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

ZBORNIK RADOVA
COLLECTED PAPERS

XLVII 2 (2013)

NOVI SAD, 2013.

ZRPFNS, Godina XLVII Novi Sad, br. 2 (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 Pupić (1974–1976),
prof. dr Milijan Popović (1977–1983), prof. dr Stanko Pihler (1984–1988),
prof. dr Momčilo Grubač (1989–1991), prof. dr Jovan Munćan (1992–1997),
prof. dr Milijan Popović (1998–2003), prof. dr Rodoljub Etinski (2004–2007).

Za izdavača

Prof. dr Ranko Keča
dekan Pravnog fakulteta u Novom Sadu

Upravnik Centra za izdavačku delatnost

Prof. dr Ljubomir Stajić

Glavni i odgovorni urednik

Prof. dr Dragiša Drakić

Članovi Uredništva:

Prof. dr Ljubomir Stajić, prof. dr Damjan Korošec (Slovenija),
prof. dr Wilhelm Brauneder (Austrija); prof. dr Tamás Prugberger (Mađarska),
prof. dr Serge Regourd (Francuska), prof. dr Gérard Marcou (Francuska),
prof. dr Heinz Mayer (Austrija), prof. dr Peter Mader (Austrija),
prof. dr Branislav Ristivojević, mr Radmila Dabanović, Marko Knežević

Menadžer časopisa

Stefan Samardžić

Sekretarijat Uredništva

dr Vladimir Marjanski, dr Dragana Ćorić, dr Bojan Tubić,
Marko Knežević, Milana Pisarić, Nataša Rajić, Uroš Stanković,
Sandra Samardžić, Luka Baturan, Cvjetana Cvjetković

Od aprila 2008. godine Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu
pod nazivom Proceedings of Novi Sad Faculty of Law je u punom tekstu
dostupan u EBSCO bazi Academic Search Complete.

Od juna 2010. godine kompletan tekst svih brojeva Zbornika radova Pravnog fakulteta u
Novom Sadu pod nazivom Zbornik radova je 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

Dr Božin Vlašković, redovni profesor
Tehnički efekat i obim patentne zaštite hemijskih i biotehnoloških pronalazaka 7

Dr Srđan Šarkić, redovni profesor
Ruski projekti državnog uređenja ustaničke Srbije 25

Akademik Jožef Salma, redovni profesor
Renta kao oblik naknade deliktne materijalne štete 39

Dr Mile Vranješ, redovni profesor
O saradnji carinskih administracija u Evropskoj uniji i Srbiji 59

Dr Rodoljub Etinski, redovni profesor
Specifične osobine ljudskih prava zajemčenih Arhuskom Konvencijom 79

Dr Zoran Arsić, redovni profesor
Sazivanje Skupštine akcionarskog društva prema Zakonu o privrednim društvima iz 2011 god. 93

Dr Gordana Kovaček Stanić, redovni profesor
Porodičnopravni odnosi roditelja i dece u Srbiji (Vojvodini) kroz istoriju i danas 107

Dr Danica Popov, redovni profesor
Načela zaštite životne sredine u dokumentima Ujedinjenih nacija, Evropske unije i Zakona o zaštiti životne sredine Republike Srbije 131

Dr Ljubomir Stajić, redovni profesor; Dr Katarina Štrbac, pukovnik
Uloga međunarodnih humanitarnih organizacija u zbivanjima na Zapadnom Balkanu (slučaj Srbija) 147

Dr Ištvan Feješ, redovni profesor
Constitutio criminalis theresiana-corpus delicti 163

Dr Marija Salma, redovni profesor
Činjenice kao predmet deklaratorne tužbe 187

Dr Drago Divljak, redovni profesor
Pravni značaj zaštite životne sredine u pravu stranih ulaganja 199

Dr Snežana S. Brkić, redovni profesor
Novine u regulisanju skraćenog postupka u ZKP Srbije iz 2011. godine 215

Dr Vojislav Đurđić, redovni profesor; Dr Marko Trajković, docent
Ka pluriperspektivističkoj bioetici 247
Dr Vuk Radović, vanredni profesor
Princip čiste univerzalnosti u međunarodnom stečaju 261
Dr Magdolna Sič, vanredni profesor
Katastri, zemljišni registri i isprave o kupoprodaji u starom Rimu – elementi modernih zemljišnih knjiga 279
Dr Dragiša Drakić, vanredni profesor
Biomedicinska tehnologija, etika i krivično pravo 303
Dr Marija Ignjatović, docent; Dr Tanja Kitanović, docent
Sporazumni razvod braka u rimskom i savremenom pravu 315
Dr Oliver Lajić, docent
Ima li alternativu oduzimanje imovine stečene kriminalom koje se sprovodi u krivičnom postupku? 331
Dr Emir A. Ćorović, docent
Princip krivice kao osnov preispitivanja opravdanosti krivičnih sankcija u Krivičnom pravu Srbije 349
Dr Gordana Drakić, docent
Odeljenje B. Kasacionog suda u Novom Sadu (1920–1941) 367
Dr Jelena Vidić Trninić, docent
Odstupanja od redovnih pravila zakonskog nasleđivanja na prostoru bivše SFRJ (Srbija, Slovenija, Makedonija, Crna Gora, Republika Srpska) 385
Dr Vladimir Marjanski, docent
Specifični privatnopravni instrumenti finansiranja troškova postupka vantelesne oplodnje 419
Dr Dragutin Avramović, docent
Sveta Gora – između autonomnosti i državnosti 431
Dr Sandra Fišer-Šobot, docent
Oslobođenje prodavca od odgovornosti prema čl. 80 Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe 449
Dr Atila Dudaš, asistent
Razvoj pravne regulative prinudne licence u međunarodnim i domaćim izvorima patentnog prava 461
Nataša Rajić, asistent
Opravdanost uspostavljanja nadležnosti Zaštitnika građana u pogledu pokretanja postupka ocene ustavnosti zakona 481
Uroš Stanković, asistent
Nacrt Zakonika o građanskom postupku Jovana Hadžića (1845) 495
Luka Baturan, asistent
Prenos prava svojine na poljoprivrednom i šumskom zemljištu na strana lica u Srbiji i drugim zemljama regiona 515

ODELJAK ZA STRUČNE RADOVE

Dragan Kalaba, zamenik višeg javnog tužioca
Produženje pritvora i rokovi 535

TABLE OF CONTENTS

Božin Vlašković, Ph.D., Full Professor
Technical Effect and Scope of Patent Protection of Chemical and Biotech Inovations 7

Srđan Šarkić, Ph.D., Full Professor
Russian Attempts on Constitutional Issue of Insurgent Serbia (1804–1813) 25

József Szalma, Academician, DSC, Dr.Hc., Full Professor
Annuity as a Form of Compensation for Future Loss Caused by Torts 39

Mile Vranješ, Ph.D., Full Professor
On cooperation of Customs Administrations in the European Union and Serbia 59

Rodoljub Etinski, Ph.D., Full Professor
Specific Features of Human Rights Guaranteed by the Aarhus Convention 79

Zoran Arsić, Ph.D., Full Professor
Convocation of Shareholders Meeting 93

Gordana Kovaček Stanić, Ph.D., Full Professor
Parent-Child Relationship in Serbia (Vojvodina) in Historical Perspective and Today 107

Danica Popov, Ph.D., Full Professor
Principles of Environmental Legislation in UN, EU and Republic of Serbia 131

Ljubomir Stajić, Ph.D., Full Professor; Katarina Štrbac, Ph.D., Colonel
The Role of International Humanitarian Organizations of the Western Balkans (Serbia Case) 147

Ištvan Feješ, Ph.D., Full Professor
Constitutio Criminalis Theresiana – Corpus Delicti 163

Marija Salma, Ph.D., Full Professor
Facts as Subject Matter of Declaratory Action 187

Drago Divljak, Ph.D., Full Professor
Legal Significance of Environmental Protection in Foreign Investments Law 199

Snežana S. Brkić, Ph.D., Full Professor
Innovations in Regulation of Simplified Procedure in Serbian Code of Criminal Procedure from 2011 215

Vojislav Đurđić, Ph.D., Full Professor; Marko Trajković, Ph.D., Assistant Professor
Towards Pluri-Perspectivism Bioethics 25
Vuk Radović, Ph.D., Associate Professor
Principle of Pure Universality in International Bankruptcy 261
Magdolna Sič, Ph.D., Associate Professor
Roman Cadastres, Land Registers and *instrumentum venditionis* – the Elements of Modern Land Registries 279
Dragiša Drakić, Ph.D., Associate Professor
Biomedical Technology, Ethics and Criminal Law 303
Marija Ignjatović, Ph.D., Assistant Professor; Tanja Kitanović, Ph.D., Assistant Professor
Divorce by Consent in Roman Law and Contemporary Law 315
Oliver Lajić, Ph.D., Assistant Professor
Is there any alternative to the confiscation of criminal assets, which is implemented in a criminal proceeding? 331
Emir A. Ćorović, Ph.D., Assistant Professor
The Principle of Guilt as a Basis for Criminal Sanctions Justification Review in the Criminal Law in Serbia 349
Gordana Drakić, Ph.D., Assistant Professor
Department B. of the Court of Cassation in Novi Sad (1920–1941) 367
Jelena Vidić Trninić, Assistant Professor
Exceptions to the Rules of Intestacy in the Former Yugoslavia (Serbia, Slovenia, Macedonia, Montenegro, Republic of Srpska) 385
Vladimir Marjanski, Ph.D., Assistant Professor
Specific Private Law Instruments of Financing In Vitro Fertilization Procedure 419
Dragutin Avramović, Ph.D., Assistant Professor
Mount Athos – between Autonomy and Statehood 431
Sandra Fišer-Šobot, Ph.D., Assistant Professor
Exemption of the Seller under Art. 80 of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods 449
Attila Dudás, Ph.D., Assistant
The Evolution of Regulation of Compulsory Licence in International and Serbian Sources of Patent Law 461
Nataša Rajić, Assistant
Justification of Establishing Jurisdiction of Initiation of the Procces of Controling Constitutionality of Statutes with Regard to Ombudsman 481
Uroš Stanković, Assistant
Jovan Hadžić's Civil Procedure Code Draft (1845) 495
Luka Baturan, Assistant
The Ban on Foreigners Acquiring Property Rights on Agricultural and Forest Land in Serbia and Other Region Countries 515

PROFESSIONAL PAPERS

Dragan Kalaba, Deputy Public Prosecutor
The Extension of Detention 535

Originalni naučni rad 347.771:[54+57
doi:10.5937/zrpfns47-3812

Dr Božin Vlašković, redovni profesor
Univerzitet u Kragujevcu
Pravni fakultet u Kragujevcu

TEHNIČKI EFEKAT I OBIM PATENTNE ZAŠTITE HEMIJSKIH I BIOTEHNOLOŠKIH PRONALAZAKA*

Sažetak: *S obzirom da su po svojoj prirodi sekvence i delovi sekvenci gena hemijske materije, a ne samo nosioci specifičnih informacija, Direktivom br. 98/44 su aktuelizovana i u novom svetlu u punoj meri otvorena pitanja obima patentne zaštite za pronalaske hemijskih materija uopšte. U njoj nije dat direktan odgovor na pitanje obima njihove patentne zaštite. Međutim, Evropski sud pravde je odlučio, kada je reč o pronalascima sekvenci i delova sekvenci gena, da je njihova zaštita ograničena funkcijom koju ostvaruju.*

Ključne reči: *analogni postupak, objavljivanje, sekvence i delovi sekvenci gena, funcija.*

I Uvod

Patentna zaštita pronalazaka hemijskih materija je više decenija bila jedan od najspornijih i najviše analiziranih problema u patentnom pravu. U velikom broju zemalja ovi pronalasci bili su isključeni iz patentiranja, a zaštita im je postupno priznavana tek u drugoj polovini prošlog veka. Priznavanje zaštite je, pak, u tesnoj vezi sa pitanjem određivanja obima zaštite patenata koji su sticani za ove pronalaske.

Posle iscrpnih polemika iskristalizovala su se dva rešenja. Po prvom, koje je bez ograničenja prihvaćeno u nemačkom pravu, zaštita je

* Rad je napisan u okviru projekta Pravnog fakulteta Univeziteta u Kragujevcu *„XXI vek – vek usluga i Uslužnog prava,“* br. 179012, koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

apsolutna. Ovo rešenje je u drugim zemljama korigovano na različite načine. Po drugom, zaštita je ograničena primenom materije.

Razvojem novih tehnologija pitanje suštine i smisla zaštite ovih pronalazaka je vraćeno u žižu interesovanja pravne teorije. Osnovni razlog za to su propisi sadržani u Direktivi o biotehnološkim pronalascima br. 98/44, a koji se odnose na patentnu zaštitu pronalazaka sekvenci i delova sekvenci gena. Naime, sekvence i delovi sekvenci gena su hemijske materije sa posebnim funkcijama, pa se njihova patentna zaštita može posmatrati sa više aspekata. Jedan je specifično vezan za ovu podvrstu pronalazaka hemijskih materija i odnosi se na etičke razloge. Drugi je opštijeg karaktera, a odnosi se na objavljivanje specifičnog biološkog delovanja gena, tj. na tehnički efekat.

Kada je reč o etičkom aspektu mišljenja su podeljena, ali preovlađuje ono da patentnom zaštitom moraju da budu podstaknute i podržane vrlo skupe inovacije na ovom području, jer se geni uvode u tkiva i ćelije pacijenata i pri tom, kao lekovi, ostvaruju značajan terapijski efekat. Ova pitanja nisu analizirana u radu.

Drugim aspektom se prvenstveno uzima u obzir multifunkcionalnost gena. Pitanje multifunkcionalnosti i konkretnog definisanja neke njihove funkcije je od velikog značaja i za određivanje obima patenta kojim su zaštićeni ti pronalasci, a u radu je razmatrano u jedinstvenom kontekstu zaštite pronalazaka hemijskih materija uopšte.

2. Analogni postupci i tehnički efekat

2.1. Pojam analognog postupka i tehničkog efekta

Pojam analognih postupaka je jedan od najspornijih pojmova u materiji patentne zaštite postupaka. Nastao je kao rezultat težnje da se reše specifični problemi vezani za patentiranje hemijskih postupaka, s obzirom na činjenicu da su hemijske reakcije koje se u njima odvijaju u načelu već poznate.

Već je 1889. godine Vrhovni Sud Nemačke u presudi *„Kongorot"* odlučivao o patentiranju postupka za proizvodnju u kome se koristila poznata hemijska reakcija, kao i poznate hemijske materije, što je suština pojma analognog postupka.[1] Na temelju takve kombinacije "staro sa starim" proizvedena je materija čije je dobijanje prosečni stručnjak mogao da predvidi. Međutim, on nije mogao da predvidi i posebne osobine te materije, koje se ispoljavaju u naročitom načinu bojenja celuloznih vlakana. Sud je dozvolio patentiranje takvih hemijskih postupaka, pod uslovom

[1] Rudolf Busse, *Patentgesetz,* 5. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin 1999, str. 57-58.

da u njima dobijeni proizvod pokazuje u primeni neočekivana svojstva, odnosno tehnički efekat.[2]

Tehnički efekat se može ispoljavati u neočekivanim svojstvima proizvoda analognog postupka, ili u samom toku i karakteristikama hemijske reakcije koja se odigrava u postupku. Od značaja za ovaj rad je tehnički efekat koji se ispoljava u osobinama proizvoda.

Pod tehničkim efektom u osobinama finalnog proizvoda podrazumeva se svaka osobina finalnog proizvoda koja je nova u poređenju sa osobinama finalnog proizvoda dobijenog korišćenjem ranijeg postupka s kojim se poredi analogni postupak.[3] Neophodno je, pak, da osobina finalnog proizvoda bude neočekivana za prosečnog stručnjaka.

Osnov za patentiranje analognog postupka ne može biti svaka razlika između finalnog proizvoda koji je njime dobijen i finalnog proizvoda dobijenog u postupku s kojim se poredi analogni postupak. Naprotiv, neophodno je da je ova razlika u izvesnom smislu značajna, pri čemu se u obzir moraju uzeti i specifičnosti industrijskih grana u kojima se postupci primenjuju. Na primer, već i sama razlika u nijansi dobijene boje može biti okarakterisana kao značajna u industriji boja. U drugim industrijskim granama razlika u nijansi boje nema nikakav značaj.

2.2. Objavljivanje tehničkog efekta

U pravnoj teoriji je vrlo sporan momenat objavljivanja tehničkog efekta. O tome postoje dva shvatanja. Po prvom, tehnički efekat se mora objaviti u prvoj patentnoj prijavi, a po drugom se može objaviti i kasnije, a može se čak i izmeniti. Osnovna razlika između ovih shvatanja je u određivanju momenta u kojem se smatra da je pronalazak završen.

Shvatanja po kome se tehnički efekat mora objaviti u prvoj patentnoj prijavi su najjasnije izražena stavom: „ Pri podnošenju patentne prijave za analogni postupak često se ne navode nikakvi podaci o dejstvima i cilju primene u njemu dobijenih proizvoda. Prijaviocu bi se moglo prigovoriti da u momentu podnošenja patentne prijave nije poznavao osobine novog proizvoda, koje su razlog za patentiranje trivijalnog postupka."[4]

---

[2] Hermann Schwanhäusser, *Stoff- und Verfahrensschutz chemische Erfindungen*, Heymann, Köln 1962, str. 31.

[3] Beil Walter, *Der „ technische Efekt" beim chemischen Analogieverfahren,* Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 7/1961, str. 319.

[4] Jürgen Klar, *Zur Problematik des chemischen Analogieverfahrens*, Chemiker Apparatur 7/1966, str. 221.

Ovo shvatanje je zastupao Savezni vrhovni sud Nemačke u presudi „*Einlegesohle"*.[5] Naime, kada učenje o patentu inkorporira radnju koja se tehnički može primeniti, ali nije pronalazačka i tu osobinu stiče tek uzimanjem u obzir posebnog cilja, tada cilj primene nije samo obična korist, nego kao postavljanje zadatka nužno spada u sadržaj učenja o patentu. Još je naglašeno i da tek određenje cilja čini suštinu pronalaska, tako da cilj mora da bude objavljen. Ista je i praksa Evropskog patentnog zavoda: „ Uvek se mora oprezno postupati kada se navode nova delovanja u cilju potvrđivanja inventivne delatnosti. Takva nova delovanja mogu da budu uzeta u obzir samo kada su implikovana u izvorno postavljenom zadatku, ili su makar s njim u vezi. U skladu sa čl. 123, st. 2, Konvencije o evropskom patentu naknadni navodi su dozvoljeni kada se posebno delovanje automatski može izvesti iz prijave u obliku u kojem je podneta, a od strane stručnjaka. Kada je reč o dovoljnom objavljivanju pronalaska u praksi Zavoda zastupan je stav da bi isključivo pravo koje se stiče patentom trebalo da bude zasnovano na doprinosu stanju tehnike."[6]

Napominjemo da je ovo shvatanje zastupano i u delu nemačke pravne teorije: „Zadatak pronalaska je uvek ili postizanje nekog delovanja koje još uvek ne pripada stanju tehnike, ili njegovo pojačavanje ukoliko ono već pripada stanju tehnike."[7]

Po drugom shvatanju pronalazak analognog postupka je dovoljno objavljen kada su navedene sirovine, način njihove obrade i finalni proizvod koji se dobija. Tehnički efekat koji se ispoljava u primeni finalnog proizvoda je, pak, samo dokaz patentibilnosti postupka, te ne mora biti objavljen u prvoj prijavi. Prijavilac ne mora da poznaje ni vrstu, ni veličinu tehničkog efekta u vreme podnošenja prijave.

Isto shvatanje izneto je u zaključku „*Appetitzügler I*". Esenca zaključka glasi: „Za objavljivanje pronalaska čiji je predmet hemijski analogni postupak dovoljno je navođenje polaznih materija, radnih metoda i finalnih proizvoda postupka. Navodi o posebnim tehničkim, terapeutskim ili na bilo koji način posebnim osobinama finalnog proizvoda, koji se zahtevaju prilikom ocene podobnosti za patentiranje, mogu da budu naknadno podneti."[8]

---

[5] BGH, 22.09. 1961, I ZR 130/57, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2/1962, str. 83.

[6] Europäisches Patentamt, 18.03.1993, T 409/91, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Int 11/1994, str. 957.

[7] Bernhard Geisler, *Der Umfang des Stoffschutzes für chemishe Erfindungen*, Heymann, Köln-München 1972, str. 146-166.

[8] BGH, 3.2. 1966, Ia ZB 26/64, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht GRUR 6/1966, str. 312.

Interesantno je da se iz obrazloženja može zaključiti da je u kasnijem trenutku u kojem je tehnički efekat objavljen, on već bio opisan u stručnoj literaturi za najvažnija jedinjenja koja su obuhvaćena ovim patentom.

Posle ukidanja zabrane patentiranja hemijskih materija, Savezni vrhovni sud Nemačke je u zaključku "*Imidazoline*"[9] nastavio svoju raniju praksu i istakao da i kada je reč o pronalascima hemijskih materija nije potrebno da u prijavi za pronalazak materije bude objavljen tehnički ili terapeutski efekat. Posebno je naglašeno da podaci o tehničkom ili terapeutskom efektu materije nisu predmet pronalaska materije, pa zato nije ni potrebno da budu navedeni u prvoj prijavi. Navodi o efektu, koji su u njoj sadržani, mogu da budu promenjeni u toku postupka za sticanje patenta ili da budu zamenjeni nekim drugim. Kada u prvoj prijavi nisu sadržani podaci o tehničkom ili terapeutskom cilju, oni mogu da budu naknadno podneti. Savezni vrhovni sud Nemačke je smatrao da bi navodi o tehničkom ili terapeutskom efektu morali da budu objavljeni u izvornim podnescima samo onda da je za pronalaske hemijskih materija uvedena relativna, a ne apsolutna zaštita.

2.3. Objavljivanje tehničkog efekta u slučaju pronalazaka gena prema ranijoj nemačkoj praksi

Kada je reč o patentiranju gena mora se najpre konstatovati da se pojedinačno izolovani geni ne nalaze u prirodi, pa se ne može tvrditi da je reč o otkrićima.[10] Jedan gen, odnosno odgovarajuća genska sekvenca, dobija se kao nova iz lanca ovih sekvenci specifičnog biološkog organizma putem hemijskog postupka uz primenu predviđenih hidrolitičkih enzima restrikcije. Iz tog razloga pojedinačni geni nisu prosto izolovane materije, koje se već u toj formi nalaze u prirodi, nego hemijski nove materije koje se mogu definisati formulama, a sastoje se iz četiri različita specijalna fosfatid-nukleotida koji su već prisutni u prirodi. [11] Kada se uzme u obzir

---

[9] BGH, 14.3.1972, X ZB 2/71, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 9/1972, str. 541.

[10] Eckehart *v.* Pechmann, *Wider aktuell: Ist die besondere technische, therapeutische oder biologische Wirkung Offenbarungserfordernis bei der Anmeldung chemischer Stofferfindungen?* Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil 4/1996, str. 371.

[11] DNK, molekul nasleđivanja, uopšteno gledajući je makromolekul koji se sastoji od dva lanca molekula koji su međusobno uvijeni jedan oko drugog u obliku dvostrukog heliksa. Hemijski se lanac DNK sastoji od niza nukleotida, a svaki se nukleotid sastoji od šećera, fosfata i nukleobaza. Prema tome, DNK je polimer, jer se sastoji od određenih nukleotida. Načelno postoji 4 vrste nukleotida, koji se identifikuju prema njihovim bazama. To su: adenin, timin, citozin i guanin, jer se retko dešava da DNK sadrži uracil kao bazu, kao što je to slučaj kod DNK PBS1 faga gde je timin zamenjen uracilom.

da je danas proizvodnja i analiziranje različitih genskih sekvenci već automatizovano, pri čemu se primenjuju poznati enzimi i metode, a takođe u obzir uzme i da je polazna osnova ovde poznata genska sekvenca, može se zaključiti da je u većini slučajeva proizvodnju novih gena u smislu patentnog prava moguće okarakterisati kao analogni postupak.[12] Iz tog razloga je shvatanje koje je zastupao Savezni vrhovni sud Nemačke u zaključku „*Imidazoline*" primenljivo i za proizvodnju novih gena, a takođe i na patentne zahteve za nove gene. Drugim rečima, samo navođenje "geni" za zahtevane, a formalno definisane fosfatid-nukleotid sekvence u izvornim podnescima, bilo bi dovoljno, jer je time jasno navedeno generalno molekularno biološko područje primene. Zaključak je da je prema u tom trenutku važećem nemačkom pravu, prilikom prijavljivanja gena dovoljno navesti novi hemijski sastav, koji je određen formulom, drugim rečima, određenu nukleotid sekvencu i u većini slučajeva trivijalni postupak za njenu proizvodnju.[13] Najznačajnije je to da se specifična biološka funkcija (ekspresija) može naknadno prijaviti, a takođe može biti i promenjena. Na taj način se u Nemačkoj prijaviocima pruža veoma dug vremenski interval za ispitivanje i utvrđivanje specifične biološke funkcije pronalaska, a da se pri tome ne izgubi prioritet patentne prijave.

3. Obim zaštite pronalazaka hemijske materije

3.1. Imidazoline doktrina nemačkog prava

U zaključku Saveznog vrhovnog suda "*Imidazoline*"je kratko i pregnantno izrečeno da patetna zaštita za materije koje su proizvedene hemijskim putem nije vezana za cilj primene. Kada je reč o pronalascima hemijske materije zadatak ili problem se sastoji u tome da se proizvede nova hemijska materija čija je konstitucija bliže opisana. Ovaj zadatak rešen je već time da je materija proizvedena. Ovakvo definisanje predmeta pronalaska hemijske materije znači da titular patenta stiče neograničeno isključivo pravo u odnosu na sve moguće primene materije. On može da zabrani svaku primenu materije, bez obzira na to da li mu je takva primena bila poznata ili nepoznata. Treće lice koje pronađe novu primenu sa inventivnim nivoom, može da je samostalno patentira, ali se takav pronalazak ne može iskorišćavati bez saglasnosti titulara patenta za pronalazak materije.[14]

---

[12] Eckehart *v.* Pechmann, navedeni članak, str. 372.

[13] Ibid, str. 373.

[14] BGH, 14.3.1972, X ZB 2/71, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 9/1972, str. 541.

Navedenom odlukom zaokružen je razvoj patentne zaštite pronalazaka materije u nemačkoj teoriji i praksi.[15] Značajno je i ne bi se smelo izgubiti iz vida, iako je to učinjeno u teoriji, da je i u odluci *"Imidazoline"* istaknuto da je dejstvo patenta za pronalazak materije u principu apsolutno, ali da se mogu zamisliti izuzetni slučajevi, kada bi takva zaštita bila ograničena. U tom kontekstu neophodno je, takođe, istaći da je Savezni patentni sud Nemačke u jednoj odluci iz 1968. godine zastupao potpuno suprotno shvatanje.[16] Sud je odbacio apsolutnu zaštitu i izjasnio se za zaštitu koja je ograničena ciljem. Shodno tome, rešenje zadatka pronalaska mora da bude opisano na takav način da se može očekivati da stručnjak primeni pronalazak. To, pak, nije slučaj, kada je materija samo proizvedena, jer korišćenje materije nije omogućeno već time da je ona proizvedena. Ono je moguće tek onda kada se zna koje su njene korisne tehničke i farmakološke osobine, pa zato one moraju da budu navedene u prijavi tako da je omogućeno njihovo ciljno upoređivanje sa supstancama na istom specijalnom području.

Veoma je interesantno da se *Bruchhausen*, kao jedan od sudija koji je učestvovao u donošenju *"Imidazoline"*odluke, kasnije distancirao od stavova koji su u njoj sadržani i istakao da shvatanje o apsolutnoj zaštiti nije motivisano polazeći od smisla i cilja patentnog prava, nego da su u odluci dati čisto pojmovni argumenti. Oni, pak, ne moraju da budu valjani ako je osnov pravičnost i primerenost.[17]

U pravnoj teoriji je više puta istaknuto da odluka *"Imidazoline"* samo potvrđuje već postojeća shvatanja o dejstvu patenta kojim se štiti pronalazak predmeta. Pronalazak materije je, kao što je poznato, samo podvrsta pronalazaka predmeta. Savezni vrhovni sud Nemačke je u svojoj praksi konstantno zastupao stanovište da navođenje cilja, delovanja i funkcije u patentnom zahtevu, po pravilu, ne ograničava dejstvo patenta čak ni onda kada je reč o novoj primeni koja je jedini razlog za patentiranje materije.[18] Takvi podaci su samo pojašnjenja čiji je cilj bolje razumevanje pronalaska predmeta. Apsolutna zaštita pronalazaka materije u izloženom smislu je posledica shvatanja da delovanje materije ne spada u zadatak ili problem.[19]

---

[15] Horst P. Götting, *Kritische Bemerkungen zum absoluten Stoffschutz*, Gewerblcher Rechtsschutz und Urheberrecht, Nr. 3-4/2009, str. 256.

[16] Friedrich Feuerlein, *Patentrechtliche Probleme der Biotechnologie*, Gewerblcher Rechtsschutz und Urheberrecht, Nr. 7/2001, str. 564.

[17] Horst P. Götting, navedeni članak, str. 257.

[18] Uta Köster, *Absoluter oder auf die Funktion eingeschränkter Stoffschutz im Rahmen von Biotech-Erfindungen, insbesondere bei Gen-Patenten,* Gewerblcher Rechtsschutz und Urheberrecht, Nr. 10/2002, str.834.

[19] Dieter Schneider & Doris Walter, *Ist der absolute Stoffschutz noch zu retten*, Gewerblcher Rechtsschutz und Urheberrecht, Nr. 10/2007, str.843.

Polazeći od stanovišta koja su izražena u *"Imidazoline"* odluci, razvijena je posebna doktrina koja se može sažeti u dva osnovna stava[20] Prvi, predmet pronalaska materije je generalno sama materija. Drugi, na dan prijave dovoljno je da se industrijska primenljivost navede sasvim uopšteno, na primer, primena na području medicine, a ne mora biti navedeno u koje se svrhe materija konkretno koristi. U slučaju da je konkretna primena i navedena, moguće je da u toku postupka bude zamenjena nekom drugom.

3.2. Rešenja u Italiji i u Velikoj Britaniji

Za razliku od Nemačke, u italijanskoj sudskoj praksi je već ranije pronađeno rešenje za korekciju neprimereno širokih patentnih zahteva. Tako je u presudi "*cimetidina*"[21] iz 1988. godine zastupan stav da je prijavljena opšta formula, ali u trenutku u kojem ova klasa materija još uvek nije bila dovoljno istražena. Drugim rečima, koji ili koje od ovih materija mogu da poseduju određene korisne funkcije, još uvek nije bilo poznato. Nova materija cimetidin je opisana na osnovu čisto teorijskih proračuna, a da nisu bile navedene osobine i moguće primene varijanti ove materije. Da bi se, polazeći od opšte formule zahteva, došlo do specijalne materije cimetidina, bili su neophodni brojni eksperimenti i istraživanja. Iz tog razloga pronalazak nije dovoljno jasno objavljen za prosečnog stručnjaka, on nije u stanju da ga ponovi, te je patent poništen.

Vrhovni sud Italije je potvrdio mišljenje da je pronalazak nedovoljno objavljen, ali je smatrao da posledica nedovoljnog objavljivanja nije potpuna ništavost patenta, nego da u obzir dolazi delimični poništaj u pogledu materija koje nisu objavljene. Isti sud je u odluci "*cefatricina*"[22] iz 1995. godine precizirao svoju praksu u smislu da zakonom dozvoljena mogućnost da se podaci o pronalasku mogu naknadno podneti u postupku prijave nema za svrhu proširenje patentne zaštite na pronalazačke rezultate kasnijih istraživanja.

Zaštita materije u Italiji, kao što se vidi iz navedenih presuda, nije apsolutna. Naime, patentni monopol se prostire na svaki način proizvodnje materije, ali se automatski ne odnosi na svaku njenu primenu. Naprotiv, zaštita je ograničena na objavljene funkcije materije i njome se ne obuhvataju rezultati za koje je neophodna dalja pronalazačka delatnost.

---

[20] Doris Walter, *Harmonisierung und angemessene Anspruchsbreite bei der Gensequenzpatentierung,* Gewerblcher Rechtsschutz und Urheberrecht, Nr. 7/2001, str. 291.

[21] Doris Walter, navedeni članak, str. 287.

[22] Ibid, str. 288.

U Velikoj Britaniji u načelnoj presudi "*Biogen vs. Medeva*" House of Lords je pružio istu argumentaciju kao i italijanski sudovi. [23] Pri tom je istaknuto da je u Velikoj Britaniji odavno prihvaćeno da patent može biti poništen kada obim zahtevanog isključivog prava prevazilazi doprinos stanja tehnike, koji je ostvaren pronalaskom u obliku koji je i objavljen u opisu. Kao primer za preširoki patentni zahtev u ovoj presudi se navodi slučaj "*O Reilly vs. Morse*" iz 1854. godine. Naime, *Morse* je bio prvi koji je otkrio praktični postupak električne telegrafije i stekao je patent kojim je zahtevao zaštitu za bilo koju upotrebu elektriciteta za proizvođenje ili izražavanje razumljivih slova ili znakova na svakoj distanci. Pre njegovog pronalaska naučnici su već poznavali mogućnosti da postignu komunikaciju posredstvom galvanske struje, ali nisu poznavali nikakav metod da bi ovaj rezultat ostvarili. *Morse* je otkrio jednu metodu i pokušao da patentira sve druge.

Pored toga, u presudi je istaknuto da postoji više načina kojima se ostvaruje domašaj patentnih zahteva preko doprinosa stanja tehnike koji je ostvaren pronalaskom. Na primer, podnosilac prijave zahteva zaštitu za rezultate koji nisu ostvareni pronalaskom, kao što je proizvodnja neke druge klase proizvoda, a pronalaskom se omogućava proizvodnja samo jednog od ovih proizvoda i nije objavljen nikakav princip kojim se omogućava proizvodnja drugih.

Međutim, Savezni vrhovni sud Nemačke je u presudi "Blasenfreie Gummibahn" iz 2003. godine, istakao: „Iako bi se patentnim zahtevima prevazilazio obim primeren pronalasku, to po sebi ne znači nijedan zakonski razlog za poništaj. Ukoliko bi naročito iz sudske prakse Doma Lordova moglo da proizađe neko drugo rešenje, Senat za njega ne može da pronađe nikakvu osnovu u *numerus slausus* katalogu razloga za poništaj."[24]

3.3. Specifičnosti nemačkog prava u odnosu na prava drugih evropskih zemalja

U pravnoj teoriji se ističe da definisanje zaštite u smislu "*Imidazoline*" zaključka znači precenjivanje doprinosa pronalazača stanju tehnike, zbog toga što se patentni zahtev ne podudara sa objavljenom pronalazačkom činidbom. Reč je o precenjivanju u širem smislu, jer se zaštita pruža za sve moguće postupke proizvodnje i za sve moguće primene, i to u okviru svih tehnologija, a da pri tome sve te tehnološke funkcije materije

[23] House of Lords, 31.10. 1996, "Biogen vs. Medeva", Gewerblcher Rechtsschutz und Urheberrecht Int. 5/1998, str. 412-419.

[24] BGH, 24.9.2003, X ZR 7/00, Gewerblcher Rechtsschutz und Urheberrecht 1/2004, str. 47.

nisu objavljene u patentnoj prijavi.[25] U nemačkom pravu korektura kvalitativno preširokih patentnih zahteva nije moguća za razliku od drugih evropskih zemalja. Razlog za to je u činjenici što su u Nemačkoj striktno razdvojeni postupak za povrede patenta i postupak za punovažnost patenta. Istovremeno je u nemačkom pravu u postupku za povrede patenta nedozvoljeno tumačenje patentnih zahteva ispod nivoa njihovog izvornog oblika. Drugim rečima, patentni zahtevi u kojima nisu sadržani podaci o primeni ne mogu se u postupku za povredu patenta redukovati na doprinos stanju tehnike. Ovakvo shvatanje je sasvim izolovanog karaktera i ne primenjuje se u drugim evropskim zemljama, izuzimajući Austriju. Ono je nezadovoljavajuće, jer se zaštita primerena pronalazačkoj činidbi, kada je reč o hemijskim materijama, može kristalizovati često tek u rešavanju nekog konkretnog slučaja povrede.

Smatra se da sve dok se princip striktnog razdvajanja ovih postupaka primenjuje u Nemačkoj u cilju eliminisanja precenjenosti doprinosa pronalaska neophodno je u samom patentnom zahtevu navesti podatke o funkcijama, ili primeni materije. Time se, kada je reč o ljudskim genskim sekvencama omogućava i sudiji u postupku zbog povrede patenta da obim zaštite patenta, tumačeći patentni zahtev, primeri doprinosu pronalaska stanju tehnike.[26]

Kada je reč o sporovima za poništaj patenta, o njima u prvoj instanci rešava Savezni patentni sud Nemačke, a kada je reč o sporovima zbog povrede patenta nadležni su redovni sudovi. Jedino u slučaju kada je u izvornom obliku patentnog zahteva sadržan odgovarajući osnov sudija može da patente koji izgledaju kao patenti za materiju tumači kao patente za postupak, a da patente koji izgledaju kao patenti za primenu tumači kao patente za materiju.

Striktno razdvajanje postupka povrede i postupka poništaja ima za posledicu da se u postupku povrede ne može zahtevati poništaj patenta putem kontratužbe. Ukoliko se uprkos procesnih i troškovnih rizika, istovremeno podigne i tužba za poništaj patenta, sudija je dužan da obustavi postupak samo u slučaju kada smatra da tužba za poništaj ima neke izglede da bude uspešna.[27]

U ovom trenutku moguće je u Nemačkoj patentni zahtev koji se odnosi na pronalazak materije u postupku zbog njegove povrede samo onda

---

[25] Doris Walter, navedeni članak, str. 286.

[26] Retro Hilty, *Schutzgegenstand und Schutzbereich – Überlegungen zur Formulierung von Patentansprüchen.* In: Festschrift für Reimar König. Köln, Carl Heymanns Verlag 2003, str. 167.

[27] PierreTreichel, *Die Sanktionen der Patentverletzung und ihre Gerichtliche Durchsetzung im Deuetschen und Französischen Recht*, Haymann, München 2001, str. 107.

primeriti doprinosu pronalaska stanju tehnike, kada su u zahtev dodatno uključeni navodi o primeni, cilju ili funkciji.[28]

4. Rešenja u Direktivi o pravnoj zaštiti biotehnoloških pronalazaka br. 98/44

4.1. Pravni okvir

U Direktivi[29] je, pošto su dati kriterijumi za razgraničenje otkrića i pronalazaka, definisano da određeni pronalasci koji su u vezi s čovekovim telom mogu biti patentirani. Tako je u čl. 5, st. 2. propisano da izolovani deo čovekovog tela, uključujući sekvencu ili deo sekvence gena, može biti patentibilan pronalazak, čak i onda kada je struktura dela identična sa strukturom prirodnog dela. Uslov je da je reč o izolovanom delu, ili delu dobijenom na drugi način na osnovu nekog tehničkog postupka. U ovom članu, u st. 3. sadržana je i odredba koja se tiče industrijske primenljivosti, kao jednog od uslova za sticanje patenta. Naime, industrijska primenljivost sekvence ili dela sekvence mora da bude konkretno opisana u patentnoj prijavi.

Članom 9. Direktive je propisano da se zaštita na osnovu patenta, koji je stečen za proizvod, koji se sastoji iz genetske informacije ili je sadrži, odnosi na svaki materijal u kojem je sadržan ovaj proizvod i u kojem je sadržana genetska informacija i pri tom ostvaruje svoju funkciju.

4.2. Obrazloženje Direktive

U obrazloženju Direktive u tač. 8. pojašnjeno je da pravna zaštita biotehnoloških pronalazaka ne zahteva uvođenje posebnog prava kojim bi se zamenilo nacionalno patentno pravo. Naime, ono je i dalje suštinska osnova za pravnu zaštitu biotehnoloških pronalazaka. Međutim, ono mora da u definisanim tačkama bude prilagođeno ili dopunjeno da bi se primereno uzeo u obzir razvoj tehnologija u kojima se koristi biološki materijal, a istovremeno su ispunjeni uslovi za sticanje patenta.

Sa stanovišta određivanja prirode i obima patentne zaštite za sekvence i delove sekvenci gena od velike važnosti je tačka 23. obrazloženja u kojoj je istaknuto da segment DNK nije učenje za tehničko postupanje i zato nije patentibilan pronalazak, ako nije navedeno koju funkciju ispunjava.

---

[28] Retro Hilty, *Schutzgegenstand und Schutzbereich – Überlegungen zur Formulierung von Patentansprüchen*. In: Festschrift für Reimar König. Köln, Carl Heymanns Verlag 2003, str. 216.

[29] Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions, OJ L 213, 30.7.1998, str. 13–21.

4.3. Stav Evropske komisije

Iz navedenih odredaba Direktive, kao ni iz tačaka obrazloženja ne proizilazi kakav je obim zaštite koji se stiče za sekvence i delove sekvenci gena. Evropska komisija je u svom prvom izveštaju o zaštiti sekvenci gena[30] navela da obim zaštite koja može biti pružena sekvencama i delovima sekvenci gena ostaje aktuelna tema i može da bude predmet različitih tumačenja. Neformalna ekspertska grupa Komisije je 2003. godine iznela stav da ne postoje objektivni razlozi da se na području pronalazaka sekvenci gena uvede posebna regulativa u smislu relativne zaštite koja se razlikuje od klasične patentne zaštite. Obrazloženje je bilo da između DNK sekvenci i hemijskih materija ne postoje nikakve razlike koje bi opravdavale različiti pristup prilikom određivanja obima patentne zaštite.

U svom drugom izveštaju[31] iz 2005. godine Komisija je zastupala stav da se, polazeći od teksta Direktive, može argumentovati da ne postoje razlozi za ograničavanje tradicionalne patentne zaštite. Drugim rečima, Evropska komisija nije zauzela nikakav stav o valjanosti implementacija u kojima se predviđa klasični ili ograničeni obim zaštite patenta. To znači da Komisija prepušta nacionalnim zakonodavstvima da traže najbolja rešenja. U svakom slučaju posle izveštaja Komisije iz 2005. godine nemačkom zakonodavcu se ne može više prigovoriti da je ukidanjem apsolutne zaštite za sekvence ljudskih gena postupio suprotno Direktivi i da je na taj način rizikovao da bude doneta suprotna presuda pred Evropskim sudom pravde. Naime, smatralo se da nova nemačka regulativa nije u saglasnosti sa Direktivom, jer se u njoj zahteva da se ubuduće, kada je reč o patentiranju ljudskih sekvenci gena u patentni zahtev mora uključiti primena sekvence gena.

5. Implementacija direktive u nemačkom pravu

5.1. Pravni okvir

U sadašnjem nemačkom Zakonu o patentima[32] je u čl. 1 a (3) propisano da industrijska primenljivost sekvence ili dela sekvence gena u prijavi mora da bude konkretno opisana uz navođenje funkcije koju ispunjavaju sekvenca ili deo sekvence.

---

[30] Erster Bericht der Kommission an den Rat und das Europäische Parlaments nach Art. 16 c RL 98/44/EG vom 7.10.2002, http://www.europa.eu.int/comm/internal market/de/indprop/invent/index.htm>, posećen 3.2.2013.

[31] Zweiter Bericht der Kommission an den Rat und das Europäische Parlaments nach Art. 16 c RL 98/44/EG vom 14.7. 2005, http://www.europa.eu.int/comm/internal market/de/indprop/invent/index.htm>, posećen 3.2.2013.

[32] Nemački Zakon o patentima u obliku od 31. 7. 2009, BGBl. I, str. 2521.

U čl. 1 a (4) je propisano: „Ukoliko je predmet pronalaska sekvenca ili deo sekvence gena, čija je struktura podudarna strukturi prirodne sekvence, ili dela sekvence ljudskog gena, tada se njihova primena, za koju je industrijska primenljivost prema stavu (3) konkretno opisana, mora uključiti u patentni zahtev."

Član 1 a (4) nije ekvivalentan ni jednom članu Direktive o biopatentu, pa je žestoko kritikovan u najvećem delu nemačke teorije. Iz same formulacije je vidljivo da se on odnosi samo na sekvence ili delove sekvenci ljudskog gena, a ne i na sekvence ili delove sekvenci gena biljaka i životinja.

5.2. Obrazloženje nemačkog Zakona o patentima

U obrazloženju nemačkog Zakona o patentima istaknuto je da bi čl. 1 a istovremeno trebalo da pojasni razgraničenje između pronalaska i otkrića, kada je reč o patentiranju sekvenci ili delova sekvenci gena. Prost odsečak genske sekvence bez navođenja neke funkcije nije učenje o tehničkom postupanju i zato nije pronalazak koji se može patentirati. Prosto opisivanje gena je otkriće.

Patentni ispitivač u svakom konkretnom slučaju mora da tačno ispita uslove za sticanje patenta. U ovom kontekstu posebno značenje pripada odredbi čl. 1 a (3). Zahtev da industrijska primenljivost gena konkretno mora da bude opisana u patentnoj prijavi, nije samo formalni zahtev u postupku prijave. Naprotiv, opis funkcije je suštinski kriterijum za patentnog isitivača da bi mogao da definiše genski odsečak koji je prijavljen za patent. Zakonodavac može da pođe od toga da će određivanje funkcije biti izvršeno što je moguće uže i preciznije. Na osnovu opisa funkcije patentni ispitivač mora da patent ograniči na deo prijavljenog gena, za koji je bitna opisana funkcija, a da isključi iz patentne zaštite prijavljene odsečke gena koji nisu neophodni za funkciju. Time se u najvećoj mogućoj meri izbegavaju preklapanja. Prema do sada važećem pravu opšti podaci o industrijskoj primenljivosti bili su dovoljni i mogli su biti dopunjeni u toku postupka. Nasuprot tome, Direktivom se uvodi novi uslov za patentiranje, a to je konkretan opis industrijske primenljivosti i time suštinski dopunjuje važeće patentno pravo za zaštitu materije u području gena.

Ukoliko se navedeno konkretizovanje, sa pooštrenim zahtevima u vezi što je moguće preciznijeg ograničavanja patentne zaštite genskih odsečaka, ubuduće u praksi tako primeni, kako zakonodavac može da očekuje, rezultat će biti da slučajevi u kojima se za već patentno zaštićeni odsečak gena pronađe neka nova patentibilna funkcija, za čije korišćenje se prvom prijaviocu mora platiti licencna naknada, biti vrlo malobrojni.[33]

[33] Drucksache 15/1790, www.landtag.rlp.de/.../drucksachen/1790-15, posećen 4.3. 2013, str. 10.

Ističemo da bi, prema dotadašnjoj nemačkoj sudskoj praksi i najvećem delu pravne teorije, član 1 a (4) bio bez velikog značaja, jer podaci o primeni i cilju mogu biti sadržani u patentnim zahtevima, ali se njima ne ograničava obim zaštite koja se stiče patentom. Oni su smatrani samo kao pojašnjavanja u cilju boljeg razumevanja pronalaska. Međutim, s obzirom da je u zaključnoj preporuci Pravnog odbora nemačkog parlamenta istaknuto da ubuduće ne postoji apsolutna zaštita za ljudske gene, to je izazvalo snažnu reakciju tradicionalnog dela nemačke pravne teorije.[34] S tim u vezi je i deo saopštenja nemačkog Ministarstva pravde u kojem je istaknuto da se na ljudske gene primenjuje ograničena zaštita materije, a da se patentiraju samo specijalna funkcija sekvence gena i njena primena.[35]

Da je reč o specijalnom slučaju proizilazi i iz samog teksta navedenog obrazloženja. Naime, kada je reč o pronalasku nove materije u obzir dolazi patentna zaštita kojom se obuhvataju svi načini njene primene. Ova apsolutna zaštita materije je neophodna u interesu efektivne zaštite inovacija. Ovo opšte patentno pravo koje već predviđa takvu zaštitu materije nije izmenjeno Direktivom. Stvarno opravdanje za obim zaštite materije nalazi se u obogaćivanju stanja tehnike učenjem kojim je omogućeno da materija prvi put postane dostupna. Na osnovu prvog opisa nove materije koja je stavljena na raspolaganje, materija postaje poznata javnosti i može da bude osnova za dalja istraživanja.[36]

Iz ovog dela obrazloženja očigledno proizilazi da se u nemačkom pravu pronalasci drugih materija, osim ljudskih gena i njihovih sekvenci štite apsolutno. Drugim rečima, i dalje će se primenjivati doktrina koja je kristalizovana u zaključku "*Imidazoline*".

6. Stav Evropskog suda pravde u vezi sa obimom zaštite za sekvence i delove sekvenci gena

Osnovni sud Evropske Unije je rešavao o zahtevu Monsanta koji se odnosio na uvoz sojinog brašna iz Argentine u Evropsku Uniju. Reč je, dakle, o tumačenju čl. 9, Direktive o pravnoj zaštiti biotehnoloških pronalazaka. Monsanto je titular evropskog patenta kojim je zaštićeno jedinjenje tolerantno na glifosat, neselektivni herbicid , koji blokira dejstvo određenih enzima koji su značajni za rast biljaka, što za posledicu ima odumiranje korovskih biljaka.[37]

---

[34] Joachim Feldges, *Ende des absoluten Stoffschutzes?,* Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 12/2005, str. 977-984, Christian Kilger & Hans-Rainer Jaenichen, *Ende des absoluten Stoffschutzes?,* Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 12/2005, str.984-998.

[35] Doris Walter, navedeni članak, str. 287.

[36] Drucksache 15/1790, www.landtag.rlp.de/.../drucksachen/1790-15, posećen 4.3. 2013, str. 11.

[37] Presuda Evropskog suda pravde od 6.7.2010, (Case 428/08, Amtsblatt EPA, 8-9/2010), str. 428-447.

U patentu je opisana klasa enzima koji ne reaguju na glifosat. Biljke koje sadrže ove enzime preživljavaju primenu glifosata, a korov biva uništen. Geni koji kodiraju enzime ove klase izlovani su iz tri različite bakterije. Monsanto je ove gene uneo u DNK soje, pa su te biljke postale rezistentne na glifosat. One su sejane u Argentini u kojoj Monsanto nije uživao patentnu zaštitu. Dve druge firme su trgovale sojinim brašnom, i uvezle ga u Amsterdam. Na osnovu carinskih propisa predstavnici Monsanta su uzeli probe iz ovog brašna u cilju da ustanove da li su za dobijanje brašna korišćene biljke soje u kojima se nalaze navedeni geni. Pošto je utvrđeno da je brašno dobijeno od ovih biljaka, Monsanto je podneo tužbu zbog povrede patenta.

Tužena strana je istakla da DNK koja se nalazi u brašnu više ne može da ispuni svoju funkciju, pa zato Monsanto ne može da zabrani prodaju brašna pozivajući se samo na to da je DNK sadržana u brašnu. Holandski sud je utvrdio da DNK ne može da ispuni svoju funkciju u sojinom brašnu koje je neživi materijal. Sud nije prihvatio obrazloženje Monsanta da je dovoljno da DNK može u bilo kojem trenutku da ispunjava svoju funkciju u biljci, ili da je može ponovo ispuniti, pošto je izolovana iz sojinog brašna i uneta u živu materiju. Međutim, sud je smatrao da se ne može izostaviti okolnost da gen ne mora da stalno ispunjava svoju funkciju kao deo živog organizma. Naime, postoje geni koji se aktiviraju samo u određenim situacijama, kao što su žega, suša ili bolesti. Holandski sud je postavio pitanje da li u slučaju da uvoz ne može biti zabranjen primenom čl. 9, Direktive, može da bude istaknut zahtev po osnovu klasične apsolutne zaštite. Zato je sud predmet uputio Sudu Unije i postavio pitanja koja se odnose na tumačenje čl. 9, Direktive. Osnovno pitanje bilo je da li se čl. 9, može primeniti i u situaciji u kojoj je DNK sekvenca deo sojinog brašna, a svoju funkciju ne ispunjava u momentu u kojem je istaknut zahtev zbog povrede, ali je tu funkciju ispunjavala ranije u biljci soje, a moguće je da je ponovo ispuni posle izolovanja iz brašna i unošenja u ćeliju nekog organizma.

Monsanto je, pak, istakao da prvenstveno zahteva patentnu zaštitu za DNK sekvencu kao takvu. Drugim rečima, patentni zahtev nije usmeren na sojino brašno u kojem je sadržana patentirana DNK sekvenca, nego je u reč o zaštiti DNK sekvence kao takve, a ona nije uslovljena ispunjenjem neke specifične funkcije, nego je apsolutna.

Sud nije usvojio ovo mišljenje. Nasuprot tome, istakao je da Direktiva ne pruža zaštitu patentiranoj DNK sekvenci koja ne može da ispuni specifičnu funkciju za koju je patentirana. Tumačenje po kojem patentirana DNK sekvenca, kao takva, uživa apsolutnu zaštitu bez obzira na to da

li ispunjava funkciju, lišava svakog smisla odredbe Direktive, jer bi se zaštita DNK sekvence kao takve nužno faktički odnosila na svaki materijal koji s njom obrazuje materijalnu celinu. Na kraju, Sud ističe da sekvenca, koja ne ispunjava svoju funkciju, ne može uživati patentnu zaštitu, jer je svrha Direktive da sprovede ograničenu harmonizaciju, koja je podesna da otkloni postojeće razlike, kao i da spreči pojavu novih na području biotehnoloških pronalazaka, pa se u svim državama članicama mora obezbediti ista patenta zaštita za ove pronalaske.

Zaključak

Savezni vrhovni sud Nemačke je u zaključku "*Imidazoline*" konačno definisao koncept najšire zaštite pronalazaka hemijskih materija, koja se odnosi na sve postupke za njenu proizvodnju i primenu. Reč je o shvatanju koje u ovakvoj apsolutnoj formi ne postoji u patentnim pravima drugih zemalja. Naime, u drugim zemljama obim zaštite je u korelaciji sa obogaćivanjem stanja tehnike koje je ostvareno pronalaskom. U postupku zbog povrede patenta sud može da redukuje sadržinu patentnih zahteva do mere koja je adekvatna pronalazačkom doprinosu u poređenju sa stanjem tehnike. Takav pristup u Nemačkoj nije moguć, s obzirom na specifičnosti procesne regulative, koja se ogleda u striktnom razdvajanju između postupka zbog povrede patenta i postupka za poništaj patenta, kao i zbog vezanosti suda u postupku povrede za već definisane patentne zahteve. To je bio i osnovni razlog da se u novom nemačkom pravu propiše da se u patentnom zahtevu koji se odnosi na sekvence i delove sekvenci ljudskih gena mora definisati njihova funkcija. Time je otvoren put da se, kao i u drugim zemljama, doprinos pronalazača dovede u vezu sa bogaćenjem tehnike koje je postignuto pronalaskom. Ovakvim rešenjem nemačko pravo se približava pravima drugih zemalja i to samo onda kada su u pitanju pronalasci sekvenci i delova sekvenci ljudskih gena. Kada je, pak, reč o drugim pronalascima materije Nemačka je i dalje zadržala sva rešenja iz koncepta izloženog u pomenutom zaključku.

U Direktivi br. 98/44 sadržana su delom i rešenja koja se odnose na patentiranje pronalazaka sekvenci i delova sekvenci gena, bez obzira na njihovo poreklo. Po stanovištu Evropske komisije u Direktivi nije dat obavezujući odgovor na pitanje obima zaštite koja se stiče odgovarajućim patentima, nego je ostavljena mogućnost državama članicama da izaberu najadekvatnija rešenja. Međutim, Evropski sud pravde je odlučio da je reč o ograničenoj zaštiti, tj. zaštiti funkcije koja se ostvaruje sekvencom ili delom sekvence gena.

Božin Vlašković, Ph.D., Full Professor
University of Kragujevac
Faculty of Law Kragujevac

Technical Effect and Scope of Patent Protection of Chemical and Biotech Inovations

Abstract: *Whereas that sequences and parts of gene sequences by their nature are chemical substances, and not only holders of specific information, with the Directive no. 98/44 are actualizing, in a new light and in full measure, and are opening the issues about scope of patent protection for inventions chemical matters in general. Directive not given a direct answer to the question of the scope of their patent protection. However, the European Court of Justice decided that in the case of inventions sequences and parts of gene sequences that their protection limited with function which exercised.*

Key words: *analog process, disclosure, sequences and parts of gene sequences, function.*

Originalni naučni rad 342.5(497.11)“1804/1813“
doi:10.5937/zrpfns47-4417

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

RUSKI PROJEKTI DRŽAVNOG UREĐENJA USTANIČKE SRBIJE[1]

(Prvi deo – takozvana „Paulučijeva konvencija“)

Sažetak:*U radu se raspravlja o ruskim pokušajima ustavnog uređenja Srbije za vreme Prvog ustanka (1804-1813). Pošto odnosi između Karađorđa i najistaknutijih starešina nisu bili regulisani nikakvim pravnim aktom, sukobi su bili česti. Da bi to pitanje rešili, ruski predstavnici u Srbiji su u dva navrata pokušavali da donesu neke dokumente kojima bi se organizacija vlasti stavila u, kakve-takve, pravne okvire. Prvi pokušaj načinio je 1807. markiz Pauluči, a drugi Konstantin Rodofinikin, ruski predstavnik u Srbiji od 1807. do 1809. Cilj ruskih projekata bio je i da dovedu Srbiju u potpunu političku i vojnu zavisnost od Rusije, što je Karađorđu vrlo brzo postalo jasno, te stoga nijedan od ta dva projekta nije zaživeo.*

U prvom delu ovoga rada autor piše o nastanku takozvane „Paulučijeve konvencije“, dajući osnovne podatke o samom markizu Paulučiju, okolnostima pod kojima je takozvana konvencija nastala, kao i prevod samog teksta konvencije. Potom se iznose različita mišljenja ruskih, sovjetskih i srpskih istoričara o karakteru ovog dokumenta.

Ključne reči: *Prvi ustanak, Karađorđe, Sovjet, Paulučijeva konvencija, ruski car, sporazum.*

Dobro je poznata činjenica da je Prvi srpski ustanak (1804-1813), pored borbe za oslobođenje od turske vlasti i nacionalnu nezavisnost, predstavljao i početak izgradnje moderne srpske države. Tu činjenicu uo-

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

čio je pre skoro dva veka i veliki nemački istoričar Leopold Ranke, kada je borbu srpskih ustanika nazvao *Srpska revolucija.*[2]

Osnovno pitanje u unutrašnjoj organizaciji ustaničke Srbije, bili su uzajamni odnosi organa vlasti. Vođa ustanka Đorđe Petrović – Karađorđe, nosio je titulu *Vožda*, sa dosta neodređenim ovlašćenjima, koja nisu bila regulisana nikakvim pravnim aktom. Zbog neospornih vojničkih sposobnosti i lične hrabrosti, Karađorđe je uživao veliki autoritet, i smatrao da njegova vlast treba da postane monarhijska. U želji da ga ograniče u tim nastojanjima, najistaknutije vojne starešine su predložile osnivanje jednog kolegijalnog organa, nazvanog *Praviteljstvujušči sovjet,* koji je trebalo da postane nešto između vlade i Voždovog saveta.[3] Na jednoj skupštini, održanoj u selu Borku 15. avgusta 1805, Karađorđe je odobrio osnivanje Sovjeta, ali kako uzajamni odnosi nisu bili regulisani nikakvim pravnim aktom, sukobi su izbijali od samih početaka.[4] Nastojeći da obez-

[2] Na osnovu obaveštenja koja je dobijao od Vuka Stefanovića Karadžića, Ranke je napisao kratku knjigu *Die serbische Revolution, Aus serbischen Papieren und Mittheilungen. Von Leopold Ranke. Mit einer Charte von Serbien,* Hamburg 1829. Pola veka kasnije, Ranke je delo znatno proširio i ono je objavljeno pod naslovom *Serbien und die Türkei im 19 Jahrhudert* (*Srbija i Turska u 19. veku*), Hamburg 1879. *Srpsku revoluciju* preveo je sa nemačkog na srpski 1864. godine Stojan Novaković, ali ju je Obrenovićska cenzura (na vlasti je tada bio knez Mihajlo Obrenović) zabranila. Prevod je konačno objavljen 1892.

[3] Prema priči Prote Mateje Nenadovića (1777-1854), inicijativu za osnivanje *Praviteljstujuščeg sovjeta* dao je ruski ministar inostranih poslova Adam Čartorijski (Adam Czartorysky), inače pripadnik jedne od najvećih poljskih plemićkih porodica. Prota Mateja Nenadović se nalazio na čelu srpske deputacije koja je 1804. stigla u Sankt Peterburg s namerom da traži rusku pomoć za ustanike. Tom prilikom ministar Čartorijski im je rekao da bi Srbi trebalo da osnuju *Sinod,* jer ruska vlada ne želi da pregovara samo sa jednim čovekom [Karađorđem] već sa narodom i Sinodom (Sovjetom). Videti Prota Mateja Nenadović, *Memoari,* Beograd 1867, str. 187. Svedočanstvo Mateje Nenadovića prihvatio je i Vuk Karadžić, *Građa za srpsku istoriju našega vremena i životi najznatnijih poglavica onoga vremena,* Beograd 1898, str. 61. Međutim, Dr Dragoslav Janković (1911-1990), dugogodišnji profesor Istorije države i prava na Pravnom fakultetu u Beogradu, u svojoj knjizi posvećenoj organizaciji vlasti u ustaničkoj Srbiji (*Srpska država prvog ustanka,* Beograd 1984), je napisao da je 1964. godine, posetio muzej i arhiv Adama Čartorijskog u Krakovu, i da u njegovim papirima nije uspeo da pronađe nikakav trag o audijenciji srpske delegacije (nav. delo, str. 97, napomena 11). Sasvim je moguće da ovaj veliki poljski gospodin nije smatrao taj događaj vrednim da ga unese u svoj dnevnik.

[4] Ni samo osnivanje Sovjeta nije prošlo glatko. Uz saglasnost nekolicine vojvoda, Prota Mateja Nenadović je sazvao skupštinu u manastiru Bogovađi, računajući da će moći da okupi oko hiljadu ljudi. Ali, dan pre nego što je skupština trebalo da počne s radom, Prota Mateja je dobio pismo od Karađorđa u kome ga obaveštava da ne može da dođe u manastir Bogovađu. Karađorđe je pozivao članove skupštine da dođu u selo Borak, čemu su Prota Mateja i ostali članovi skupštine morali da se pokore. Skupština u Bogovađi je raspuštena i sa oko 300 ljudi, Prota Mateja se uputio u Borak. Videti *Memoari Prote Mateje,* str. 189. Cf. D. Janković, nav. delo, str. 95-97.

bedi svoj uticaj u ustaničkoj Srbiji, Rusija se, preko svojih predstavnika, umešala u srpske unutrašnje prilike pokušavajući da reši sukobe između Karađorđa i najistaknutijih vojvoda. U toku 1807. nastala su dva akta, koja se u srpskoj istoriografiji obično nazivaju „ustavni akti" ili „ustavni projekti." Prvi takav dokument vezuje se za ime Filipa Osipoviča Paulučija, italijanskog oficira u ruskoj službi, i poznat je u nauci pod nazivom takozvana „Paulučijeva konvencija."

1) Takozvana „Paulučijeva konvencija"

Istorijski uvod. –Vođama Prvog ustanka bilo je savršeno jasno da ukoliko žele da ustanak uspe, neophodno je bilo da obezbede pomoć bilo Austrije, bilo Rusije. Iako je Rusija bila jako daleko i Srbi nisu znali mnogo o političkim prilikama u Carstvu, ipak su se nadali da će im „bratski" slovenski i pravoslavni narod pomoći. Stoga je već 1. septembra 1804. godine upućena tročlana delegacija u Sankt Peterburg s namerom da moli za rusku pomoć. Članovi delegacije bili su Prota Mateja Nenadović,[5] Petar Novaković Čardaklija[6]i Jovan Protić.[7] Prolazeći kroz Harkov,

[5] Prota Mateja Nenadović (1777-1854), jedan je od najznamenitijih srpskih državnika i pisaca iz prve polovine XIX veka. Najčešće se naziva jednostavno Prota Mateja, jer je još kao dečak od 16 godina postao sveštenik, a nekoliko godina kasnije i prota (grčki **πρωτος** = prvi). Njegov otac Aleksa Nenadović, knez Valjevske nahije, bio je jedan od najpoštovanijih Srba s početka XIX veka i jedna od prvih žrtava dahija u čuvenoj „Seči knezova" (2. februara 1804). Na početku ustanka Prota Mateja je postao zamenik komandanta ustaničke vojske u Valjevskoj nahiji, ali ga je Karađorđe ubrzo poslao kao vođu delegacije u Rusiju. I kasnije mu je Karađorđe poveravao diplomatske misije u Rusiji, Austriji, Bukureštu i Carigradu. Bio je osnivač i prvi predsednik *Praviteljstvujuščeg sovjeta* (27. avgust 1805 – januar 1807). Posle propasti ustanka slao ga je Miloš Obrenović kao predstavnika na Bečki kongres (1814-1815), gde se neumorno zalagao za srpsku stvar. Kasnije, za vlade kneza Aleksandra Karađorđevića, bio je član Državnog saveta (1842-1852). *Memoari* Prote Mateje Nenadovića su najznačajniji izvor za istoriju Prvog ustanka, a imaju i veliku književnu vrednost. Protin stric Jakov Nenadović bio je prvi ministar unutrašnjih dela u Srbiji (1811-1813), a sin Mateje Nenadovića – Ljubomir, bio je poznati srpski književnik.

[6] Petar Novaković Čardaklija bio je Srbin koji je služio u austrijskoj vojsci. O njegovom životu, pre dolaska u Srbiju (1804, kada je postao i član delegacije koja je išla u Rusiju) se ne zna gotovo ništa. Po povratku iz Rusije, Karađorđe ga je slao kao dipomatskog predstavnika u Carigrad (1805) i Vlašku (1807). Umro je 1808. u Beogradu. Za više pojedinosti o njegovom životu videti K. Nenadović, *Život i dela Karađorđa i njegovi vojvoda i junaka,* knjiga II, Beč 1884 (reprint Beograd 1971), str. 43-47.

[7] Jovan Protić (oko 1773 – oko 1825), bogati trgovac iz Požarevca, koji se odmah priključio ustanicima. Bio je član *Praviteljstujuščeg sovjeta* i član deputacije koja je, pored Rusije, putovala i u Bosnu (1821). Više podataka o njegovom životu daje M. Milićević, *Pomenik znamenitih ljudi u srpskog naroda novijeg doba,* Beograd 1888 (reprint 1979), str. 580-582.

pridružio im se Teodor Filipović, obrazovani Srbin iz Austrije i profesor Univerziteta u Harkovu.[8] Srpsku delegaciju primio je u dva navrata ruski ministar inostranih poslova Adam Čartorijski (novembar 1804), koji im je rekao da su zbog tadašnjih političkih prilika u Evropi (rat sa Napoleonovom Francuskom), Rusija i Turska prijateljske zemlje i saveznici. On je savetovao delegatima da Srbi treba da pronađu kompromis sa Visokom Portom i da ostanu verni sultanu.[9]

Ruska politika prema srpskim ustanicima promenila se posle sklapanja mira u Požunu (mađarski *Pozsony,* današnja Bratislava) između Francuske i Austrije (26. decembar 1805). Kao posledica poraza austrijske vojske u bitkama kod Austerlica i Ulma, francuski teritorijalni posedi su se proširili i približili granicama ustaničke Srbije. Stoga se Rusija zabrinula da bi Srbi mogli da padnu pod uticaj Francuske, i nastojala je da ih privuče na svoju stranu u eventualnom budućem ratu protiv Francuske i Turske. To je bio osnovni razlog zbog koga se u Srbiji pojavio prvi ruski diplomatski predstavnik.

Odmah nakon ovih zbivanja, sredinom 1806. godine, vrhovni zapovednik ruske Dnjestarske armije, general Ivan Ivanovič Mihelson, poslao je u Srbiju kapetana konjice Iliju Feodoroviča Ugrišića (ili Ugričića) – Trebinjskog (ili Beja Novokreščenog – Novokrštenog, kako se on sam često nazivao). Zadatak kapetana Trebinjskog bio je da ispita srpske namere prema Rusiji, i da kao vojni stručnjak pomogne Srbima u borbama sa Turcima.[10]Gotovo u isto vreme, rusko Ministarstvo inostranih poslova poslalo je državnog savetnika Konstantina Konstantinoviča Rodofiniki-

---

[8] Teodor Filipović, poznat u Srbiji kao Boža Grujović, rođen je 1776. u Rumi (u to vreme u Austriji). Diplomirao je prava na Univerzitetu u Pešti i radio kao profesor u Harkovu. Kada je srpska delegacija prolazila kroz Harkov, napustio je službu, pridružio se delegaciji i 1805. došao u Srbiju. Grujović je bio prvi sekretar i glavni organizator *Pravitelјstvujuščeg sovjeta.* Za prvu sednicu Sovjeta pripremio je besedu *O slobodama,* inspirisanu idejama francuske revolucije, ali je nikad nije izgovorio. Iznenada se razboleo, otišao na lečenje u Novi Sad, gde je i umro 1807. godine. O njegovom životu videti M. Milićević, nav. delo, str. 738-739.

[9] *Memoari Prote Mateje Nenadovića,* str. 122;*Pervoe serbskoe vosstanie 1804-1813 gg. i Rossiя,* kn. pervaя 1804-1807, Moskva 1980, s. 66.

[10] Kao izuzetno hrabar čovek, koji se zajedno sa Srbima borio u mnogim bitkama (prilikom zauzimanja Beograda 30. novembra/ 12. decembra 1806. pri jurišu je bio i ranjen) i prvi Rus koga su Srbi upoznali, kapetan Ugrišić Trebinjski je stekao veliku popularnost u Srbiji. K. Nenadović, nav. delo, knjiga II, str. 89, kaže „da ga je svaki zavolio i ljubio ga kao svoga brata i poštovao, i svak je želio da on međ Srbima za uvek ostane." Međutim, zahvaljujući intrigama Konstantina Rodofinikina, drugog ruskog predstavnika u Srbiji, i beogradskog vladike Leontija (obojica su bili Grci i veliki protivnici Srba), Bej Novokršteni je pozvan da se vrati u Rusiju i pod optužbom da je izdajnik poslat je u zatočenje u Sibir (1807). Videti K. Nenadović, nav. delo, knjiga II, str. 88-90.

na[11]u Jaši (rumunski *Iaşi,* u to vreme prestonicu Moldavske Kneževine), da posmatra prilike u evropskom delu Turske. U slučaju rata između Rusije i Turske, Rodofinikinov zadatak je bio da pronađe načina da ubedi Srbe da se pridruže i pomognu ruskoj vojsci.

Pod francuskim pritiskom Visoka Porta je 27. decembra 1806. objavila rat Rusiji. Dve sedmice kasnije (11. januara 1807), general Mihelson je poslao jedno pismo Karađorđu i srpskom narodu, u kome je laskajući hrabrosti srpskog naroda i mudrosti i postojanosti njegovog vožda, obećavao ustanicima da će dobiti svoju posebnu i potpuno nezavisnu državu, svoju „staru slavu i blagostanje", pošto je „srpski narod dostojan da bude narodom kome je stidno da plaća danak Turcima."[12]

Mihelsonovo pismo izazvalo je veliko oduševljenje među ustanicima. Međutim, Srbi nisu znali da ruski general nije imao nikakvo odobrenje ruskih vlasti za ovakav svoj postupak. Kao vojnik, Mihelson je verovao da bi Srbi mogli da pomognu Rusima u njihovim akcijama protiv Turaka; s druge strane Srbi, bez ikakvog diplomatskog znanja i iskustva, su naivno verovali da će ih „bratska" Rusija osloboditi. Niko u Srbiji u to vreme nije sumnjao u ruske namere, niti je mogao da zamisli da bi Rusija, rukovodeći se svojim interesima, kao i svaka velika sila, mogla da ostavi Srbe na milost i nemilost Turcima, kao što se to dogodilo 1812.[13]

U takvim okolnostima, sa namerom da osigura ruski uticaj, stigao je u Srbiju sledeći ruski diplomatski predstavnik, pukovnik markiz Filipo Osipovič Pauluči (*Philippo Osipovich Paulucci*), Italijan u ruskoj službi.

Paulučijeva delatnost u Srbiji. – Pre nego što je prešao u rusku službu (1806), Pauluči je u francuskoj vojsci stekao čin pukovnika.[14]

---

[11]Rodofinikin je bio Grk u ruskoj službi. O njegovoj ličnosti i delatnosti u Srbiji biće više reči u drugom delu ovog rada.

[12]N. Dubrovinь, *Serbskiй voprosь vь carsmvovanie imneramora Aleksandra I, Russkiй vesmnikь,* t. 46, Moskva 1863, str. 115.

[13]Kada je zbog pretnji od Napoleonovog napada na Rusiju sa Turskom zaključen 28. maja 1812. poznati Bukureški mir, i ruske trupe napustile Srbiju.

[14]Filipo Pauluči je rođen 1779. u Modeni. Nakon službovanja u francuskoj vojsci, 1806. pridružio se ruskoj armiji. Posle boravka u Srbiji bio je naimenovan za glavnog intendanta ruske Kavkaske vojske (1811), a potom guvernera Gruzije. Sa tog položaja istovremeno je ratovao sa Turcima (iz Karsa), kao i protiv persijskih pobunjenika iz Karabaha. U toku ratova sa Napoleonom postavljen je 1812 za generalnog guvernera Livonije. Rusku vojsku je napustio 1829. godine, kada se vratio u Italiju gde je postavljen za jednog od zapovednika vojske Pijemonta. Umro je 13/25. januara 1849. u Nici. O njegovom životu i aktivnostima u Srbiji videti M. Vukićević, *Karađorđe, knjiga druga,* Beograd 1912 (reprint 1981), str. 529-543; M. Gavrilović, *Iz nove srpske istorije,* Beograd 1926, str. 70-71.

Pošto je bio dobar poznavalac prilika u Dalmaciji, dobio je uputstva od ruskog ministra inostranih poslova Andreja Jakovleviča Budberga,[15] da preko Beča doputuje u Trst i da ispita stanje francuskih trupa u toj oblasti. Kada završi tu misiju, Pauluči je trebalo da prođe kroz Ugarsku i da dođe u Beograd. U Beogradu je, prema uputstvima ministra Budberga, trebalo da vidi u kakvom se stanju nalazi grad i da predoči ustanicima u kakvu bi nevolju došli, ako bi se podčinili Francuzima. Zadatak Paulučijev bio je i da uveri Srbe da se u Rusiju mogu uvek pouzdati, pošto je ruski narod istoga porekla i iste vere kao i Srbi. I posebno, trebalo je ispitati kakvi su odnosi između Karađorđa i mitropolita Leontija,[16] kao i kako Karađorđe misli da se može ratovati ofanzivno i šta mu je najpotrebnije za spajanje s ruskom vojskom. Pauluči je nosio i posebno Budbergovo pismo namenjeno srpskom voždu.[17]

Pauluči je krenuo na put posle 21. maja 1807, a 7. juna poslao je svoj prvi izveštaj Budbergu iz Trsta. Pošto je završio posao u Trstu, preko Slavonije i Srema, stigao je u Zemun, odakle je nameravao da se prebaci u Beograd. Međutim, austrijski komandant Zemuna mu je pravio svakojake neprilike i odvraćao ga od prelaska u Srbiju. Tek kada je Pauluči izjavio da će se žaliti ruskom poslaniku u Beču, zemunski komandant ga je pustio i ruski emisar se obreo u Beogradu 18. juna. U Beogradu je primljen s počastima koje dolikuju carsko-ruskom poslaniku, ali se ponašanje Srba, a naročito komandanta beogradske tvrđave Mladena Milovanovića, prema Paulučiju naglo izmenilo. Na to je uticalo nekoliko trgovaca, pristiglih iz Zemuna, među kojima je bio i poznati ustanički liferant Milić (Miloš) Urošević i tajni agent carsko-austrijske kancelarije Emerik Mli-

[15]Andrej Jakovlevič Budberg (Andrй Яkovlevič Budberg, 1750-1812), bio je ruski diplomata nemačkog porekla (njegovo ime na nemačkom glasi *Andreas Eberhard von Budberg*), čiji su se preci u XVI veku doselili iz Vestfalije u Livoniju. Budberg je rođen u Rigi, a u vojnu službu stupio je 1759. Učestvovao je u rusko-turskom ratu 1768-1774. i 1783. stekao čin podpukovnika. Za vlade carice Katarine II, primljen je u diplomatsku službu, a od 1784. do 1795. bio je vaspitač i tutor caričinog unuka Aleksandra Pavloviča, budućeg cara. Godine 1793. poslat je u Stokholm radi pregovora o braku između Katarinine unuke Aleksandre Pavlovne i mladog švedskog kralja Gustava V Adolfa (do tog braka nije došlo). Od 1795. do 1799. bio je ambasador u Švedskoj. Katarinin naslednik car Pavle, otpušta ga iz službe, ali se nakon dolaska Aleksandra I na vlast ponovo vraća u politički život i 1804. postaje državni savetnik. Dužnost ministra inostranih poslova obavljao je od 1806. do 1807. Pošto je bio veliki protivnik sporazuma sa Napoleonom, nakon sklapanja Tilzitskog mira 7. jula 1807. podneo je ostavku i povukao se iz politike. Umro je 1812. godine.

[16]Beogradski mitropolit Leontije bio je Grk, pristalica fanariotske frakcije, vrlo neprijateljski raspoložen prema Srbima. I njegovoj ličnosti i delatnosti biće više reči u drugom delu ovog rada.

[17]Vukićević, nav. delo, II, str. 530-532.

narić. Oni su rekli Milovanoviću da je Pauluči francuski izaslanik (Pauluči, budući Italijan, nije govorio ruski), a da mu ruski pasoš služi samo da zavara trag. Mladen Milovanović se obratio tada zemunskom komandantu, koji mu je odgovorio da je Pauluči varalica. Mada je Milovanović najpre nameravao da uhapsi Paulučija, na kraju je ipak odlučeno da se ruski emisar, zajedno sa Mihajlom Grujovićem (bratom Bože Grujovića, prvog sekretara Sovjeta) i još šest naoružanih ljudi, ukrca u čamac i niz Dunav otpravi do Smedereva, a potom kopnenim putem do Negotina, gde se u tom trenutku nalazio Karađorđe,[18] zajedno sa ruskim generalom Ivanom Ivanovičem Isajevim.[19]

Pauluči je zamolio generala Isajeva da ga predstavi Karađorđu, što je ovaj i učinio. Međutim, nešto pre toga Urošević i Mlinarić su obavestili Karađorđa o svemu što se događalo od Paulučijevog dolaska u Srbiju, nastojeći da kod Karađorđa izazovu sumnju prema ruskom poslaniku. Izgleda da je Pauluči na kraju ipak uspeo da ubedi Karađorđa u svoje dobre namere i da mu preda pismo ministra Budberga, koje je sadržalo obećanja da će Rusija pomoći Srbima. Najzad 28. juna/10. jula 1807, sačinjen je jedan zajednički dokument, koji je u srpskoj istoriografiji poznat pod nazivom „Paulučijeva konvencija." Prema svedočenju Jeremije Gagića, sekretara *Praviteljstujuščeg sovjeta,* prilikom sklapanja „konvencije" bili su prisutni, sa srpske strane, pored Karađorđa i sledeće istaknute starešine: Milenko Stojković, Vujica Vulićević, Stanoje Stamatović-Glavaš, Mihailo Stanković-Karapandža i sam Gagić. Na ruskoj strani prisutni su bili markiz Pauluči, general Isajev i njegov sekretar Legatović.[20]

Tekst „Konvencije". - Tekst takozvane „Paulučijeve konvencije" sastavljen je nekom čudnom mešavinom ruskog u crkvenoslovenskog jezika.[21] Sastoji se od kratke preambule i 13 članova koji glase:

„Dogovor **(собеседованїе)** sklopljen između predvoditelja slavenosrpskog naroda Georgija Petrovića Crnog i pukovnika njegovog imperatorskog veličanstva markiza Paulučija, poslanog od njegovog visokog

[18]Vukićević, nav. delo, II, str. 533.

[19]Ivan Ivanovič Isajev bio je ruski general koji je 7. juna 1807. sa 1500 ljudi došao u Srbiju i sa prekidima ratovao zajedno sa Srbima protiv Turaka do 10 jula 1809. Prema rečima K. Nenadovića, nav. delo, str. 91 „General Isajev, ako se i nije zadugo u Srbiji bavio, za njegovo lepo obhođenje sa Srbima, sa svima oficirima, kao prvi vođa koji je sa vojnicima došo u Srbiju, bio je od Srba ljubljen i ostavio je svoje ime u poštovanju kod Srba. On je 1810. godine u Vlaškoj umro."

[20]*Dnevnik Jeremije Gagića,* izdao M. Perović, *Prilozi za istoriju Prvog srpskog ustanka,* Beograd 1980, str. 87.

[21]U našem radu navodimo tekst konvencije u prevodu na savremeni srpski jezik, a pojedine izraze koje smatramo naročito značajnim, daćemo u zagradama i u originalu.

pravashoditeljstva **(высокопревосходительства)** gospodina pešadijskog generala **(генерала от инфантерии),** ministra inostranih dela i nosioca raznih ordena kavaljera i drugih,Andreja Budberga.

1) Pre svega prva želja srpskog naroda jeste da bude pod pokroviteljstvom Njegovog Imperatorskog Veličanstva Aleksandra Prvog.

Srpski narod najpokornije moli **(свенижайше просит)** njegovo imperatorsko veličanstvo da mu što skorije odredi za upravu sposobnog zemljeupravitelja **(в управлении сбособного землеуправителя)** koji bi narod dovedeo u pristojan poredak **(который бы в прилични порядок народ привел),** zemlju srpsku uredio i po običajima narodnim ustav doneo **(конституцїю устроил),**[22]koji bi trebalo da bude usvojen i objavljen u ime Njegovog Veličanstva Aleksandra Prvog.

2) Pošto se srpski narod poverava zaštiti i odbrani Njegovog Imperatorskog Veličanstva, to očekuje [od Rusije] sve što mu je potrebno **(vse нужныя неопходимости)** i želi da se u Srbiji nikada ne može ni najmanji deo zemlje dati kome, to jest da u Srbiji nikada ne može biti spahija **(помещика)** i da na taj način niko ne može pasti u ropstvo **(под рабство не подпадал).**[23]

3) Neimenovanja raznih lica, osim Grka,[24] u srpskim oblastima, kako za vojne, tako i za građanske časnike **(как в военной, так же и во гражданской части),** vršiće se u ime Njegovog Imperatorskog Veličanstva.

4) Radi veće sigurnosti i bolje uprave u svakoj srpskoj tvrđavi potrebna je posada od jednoga garnizona redovne ruske vojske i u svakoj tvrđavi, koja je danas u srpskim rukama i u buduće, koju ruska vojska zauzme, naimenovaće se po jedan komandant od ruske gospode.

5) Da se od ruske redovne vojske u Krajinu prema vidinskoj granici za odbranu i napad pošalje 3 000 redovnih pešaka, dva eskadrona konjice **(кавалерии)** i jedan puk kozaka, a sa srpske strane ovoj vojsci da se doda, kada to bude bilo potrebno **(в время потребное)** 20 000 vojnika.

6) Srpskom narodu je neophodno potrebno da protiv Bosne pojača snage i ostvari veze s Crnogorcima kako bi sjedinjenje Francuza i Turaka

---

[22]U originalnom tekstu upotrebljen je izraz *konstitucija.* Termin *ustav,* koji se i danas koristi za najviši pravni akt u državi, ušao je u Srbiji u upotrebu tek 1835. godine, kada je donet takozvani *Sretenjski ustav.*

[23]U tekstu je upotrebljen izraz помещик = veleposednik, ali se mislilo na *spahije* (turske feudalce). Iako se kaže da niko više u Srbiji ne može pasti u ropstvo, ciljalo se na ukidanje turskog feudalnog sistema.

[24]Odnosi između Srba i Grka u to vreme nisu uopšte bili dobri, pre svega zbog proturskih delatnosti grčke fanariotske stranke, predvođene vladikom beogradskim Leontijem (o tome će biti više reči u drugom delu rada).

osujetili i taj kraj osigurali. Da bi slanje bilo dovoljno, osim napred navedene redovne ruske vojske, može se računati i sa tri hiljade pešadinaca, dva eskadrona konjice i jednim pukom kozaka, kojima se za uspešno ratovanje u Bosni i sjedinjenje s Crnogorcima ima dodati 15 hiljada naoružanih ljudi, a granicu prema Bosni ima da čuva srpska vojska.

7) Ratujući četiri godine s neprijateljem, srpski narod je potrošio sve što je imao i stoga trpi veliku oskudicu u novcu za izdržavanje vojske i nabavku ostalih potreba. S toga je potrebno *zemljeupravitelju,* koji bi bio naznačen Srbima, dati znatnu sumu novca, koja bi stajala u blagajni. Blagajna bi bila u Beogradu, gde bi i *zemljeupravitelj* prebivao.

8) Da bi se popravio veliki broj pokvarenih topova koji se nalaze u Beogradu i po drugim tvrđavama, potrebni su dobri majstori kako za livenje topova tako i za topovska đulad i barut.

9) Srbi vrlo mnogo oskudevaju u barutu i olovu, i danas u tome trpe najveću oskudicu, te je s toga potrebno da se u Beogradu podigne magazin. Topovi se ne traže, budući da ih ruska redovna vojska ima dovoljno.

10) U beogradskom magazinu nužno bi bilo imati do 10 000 pušaka vojničkih, za slučaj da se srpska vojska uveća.

11) Radi obučavanja srpske vojske trebalo bi poslati šest artiljeriskih i inženjeriskih oficira.

12) Potrebno bi bilo da se pošalje jedna četa inženjeraca, jedna četa artiljeraca, među kojima bi bilo i bombaša.

13) Siroti srpski vojnici, kada bivaju ranjeni, leže bez ikakve pomoći, pošto nema ni lekara ni apoteka, s toga su potrebni lekari i poljske bolnice **(госпиталей, Фелдспитäлер),** a naročito u Beogradu da se urediglavna bolnica i apoteka.

Za sve ove navedene tačke nama vrlo potrebne, kao i za druge, koje zasad ne možemo znati, najponiznije molimo i preporučujemo se velikoj očinskoj milosti Njegovog Imperatorskog Veličanstva najmilostivijega našeg zaštitnika i branioca Aleksandra Prvog."

U logoru kod Negotina 28. juna 1807. godine.

Černi Georgije Petrović, predvodnik srpskog naroda u ime celog srpskog naroda

[Pečat] *Milenko Stojković*, komandant Požarevačke nahije i Krajine negotinske

[Pečat] *Jeremija Gagić,* član Sovjeta Srpskog i sekretar[25]

[25]Tekst „Paulučijeve konvencije" izdat je u više navrata. Prilikom navođenja njenog teksta koristio sam sledeća izdanja: M. Vukićević, nav. delo, II, str. 539-541; *Prvi srpski ustanak, akti i pisma,* u redakciji R. Perovića, Beograd 1977, str. 270-271; V. Berko Savić, *Karađorđe. Dokumenti I, 1804-1809,* Gornji Milanovac 1998, str. 274-280. Poslednje

Karađorđe je pristao na „Konvenciju," nadajući se da će na taj način osigurati rusku pomoć Srbiji,[26] ali kada je trebaloda stavi pečat na nju, izgovorio se da ga je izgubio.[27]

Takozvana„Paulučijeva konvencija" nikad nije stupila na snagu. Ruski car Aleksandar I nije je odobrio jer je samo tri dana pre njenog sklapanja (7. jula) potpisan mir u Tilzitu između Rusije i Francuske. Ali, u trenutku kada je „Paulučijeva konvencija" sklapana ni ruski poslanik, ni Karađorđe, niti bilo ko drugi od prisutnih, nisu znali da je mir između Francuske i Rusije zaključen.

U svom izveštaju ministru inostranih poslova Budbergu od 31. jula 1807, Pauluči je napisao da je sklapanje „Konvecije" bilo Karađorđeva želja.[28] Izgleda, međutim, da je to bila Paulučijeva ideja i da je on autor teksta, a da su mu pomagali Milenko Stojković,[29] Jeremija Gagić[30] i se-

---

izdanje sadrži faksimil rukopisa „Konvencije", tekst na rusko-crkvenoslovenskom i prevod na savremeni srpski jezik. Prevod koji navodim rađen je sa originala i razlikuje se delimično od sva tri koja sam takođe konsultovao.

[26]U trenutku kada su Karađorđe i Pauluči pregovarali u Negotinu, prilike na ratištima bile su gotovo beznadežne za Srbe. Narod je patio od nedostatka namirnica i čekao dozvolu austrijskih vlasti da mu se isporuči hrana sa austrijske teritotije. Turska vojska, koju su pomagale francuske trupe, napredovala je iz pravca Bosne, a još jedna turska armija okupljala se u Nišu. Ismail-beg, zapovednik turske vojske smeštene u bugarskom gradu Vidinu (na Dunavu, blizu srpske granice), bio je spreman sa 15 000 ljudi da pritekne u pomoć svojim saborcima. Karađorđu je ruska pomoć bila preko potrebna i bio je spreman na sve da bi je osigurao. U izveštaju, koga je Pauluči 18. jula poslao ministru Budbergu, između ostalog je napisao (izveštaj je pisan na francuskom): Je ne pourrai jamais oublier les dernieurs mots qu'il me dit au moment qu'il prit congé de moi: 'Rappellez Vous, Monsieur, que je ne desire autre chose, que de voir ma patrie libre de tout crainte et de ce voir derechef sous le joug ottoman; alors je renoncerai à tout, pour aller à ma charrue (Nikada neću moći da zaboravim poslednje reči koje mi je on [Karađorđe] uputio kada se rastajao od mene: „Imajte na umu, Gospodine, da ja ne želim ništa drugo, osim da vidim moju otadžbinu slobodnu od straha da ponovo ne padne pod otomanski jaram; tada ću se odreći svega i vratiti mom plugu"). Izdanje V. Bogišičь, *Razborь sočinenija N. A. Popova „Rosija i Serbija»,* Sanktpeterburgь 1872, s. 105. Up. M. Vukićević, nav. delo, II, str. 538, 668-669.

[27]Sa srpske strane „Konvenciju" su potpisali Karađorđe, Milenko Stojković i Jeremija Gagić. Stojković i Gagić su stavili i svoje pečate. Niko sa ruske strane nije potpisao „Konvenciju." Videti V. Berko Savić, nav. delo, str. 278.

[28]Il (Czerni George) finit par me dire qu'il était prêt à faire tout ce que je conseillerais et me demandâ d'établir une convention… (On [Crni Đorđe] mi je na kraju rekao da je spreman da učini sve što bih ja savetovao i zatražio je da sačinim jedan sporazum…). Bogišičь, nav. delo, str. 105.

[29]Milenko Stojković (1769-1831) bio je jadan od najistaknutijih starešina iz vremena Prvog srpskog ustanka. Proslavio se već na početku ustanka, kada je pohvatao i pogubio Aganliju, Kučuk Aliju, Mulu Jusufa i Fočić Mehmeda, ozloglašene dahije, odgovorne za takozvanu *Seču knezova.* Kasnije je postao jedan od najžešćih Karađorđevih protivnika. Kada je Karađorđe osnovao *Pravitelstvujušči sovjet narodni* (januar 1811), koji se sa-

kretar generala Isajeva, Legatović. Stojković i Gagić su bili veliki rusofili i očekivali su od Rusije nagrade, odlikovanja i činove, o čemu svedoči i sam Pauluči, kada kaže da im je to obećavao. U svakom slučaju, ostaje pomalo nerazumljivo, da Pauluči „Konvenciju" koju je želeo nije potpisao, dok ju je Karađorđe potpisao, iako je iskreno nije odobravao.[31] O kakvoj vrsti sporazuma se tu radi? Da li je to uopšte „Konvencija"?

Različita tumačenja. – Za dokument, koga nije potpisao, Pauluči je upotrebio izraz **собеседованїе,** što znači dogovor, sporazum,[32]dok je u pismu ministru inostranih poslova Budbergu, napisanom na francuskom, upotrebio reč *la convention* (konvencija, sporazum, dogovor).[33] Ruski istoričari iz druge polovine XIX veka, smatrali su da je „Paulučijeva konvencija" neka vrsta sporazuma. F.N. Dubrovin, u svom delu posvećenom srpskom pitanju u vreme rusko-turskih ratova 1806-1813, nazvao je taj dokument **письменное постановление** (pismena odluka) ali i **условїе** (dogovor, pogodba).[34] Nil Popov, u knjizi posvećenoj srpsko-ruskim odnosima od 1804. do 1859, govori o tom dokumentu kao o „pismenom ugovoru" koga je Karađorđe uglavio sa Paulučijem.[35] A. Petrov, pišući o ratu između Rusije i Turske 1806-1812, nazvao je pomenuti dokument „konvencijom" koju je zaključio Pauluči 28. juna 1807. u Negotinu s Crnim Đorđem.[36]

Među istoričarima koji su radili u vreme postojanja Sovjetskog Saveza, izražavana su drukčija mišljenja. Redaktori *Istorije Jugoslavije,* objavljene 1963. godine, smatrali su da je „Paulučijeva konvencija" prvi

---

stojao od 6 *popečitelja* (ministara), Milenku je ponuđen položaj ministra inostranih poslova. Stojković je odbio da ga prihvati, napustio je zemlju i ostatak života proveo u Rusiji. Videti M. Milićević, nav. delo, str. 691-694.

[30]Jeremija Gagić (1781-1859) bio je trgovac u Zemunu. U martu 1806. prešao je u Srbiju i postao sekretar *Praviteljstvujuščeg sovjeta.* Kao srpski diplomatski predstavnik bio je slat u Trst i Beč (1806). U toku 1807. smenjen je sa položaja i tada postaje sekretar Milenka Stojkovića i ogorčeni Karađorđev protivnik. Zajedno sa Stojkovićem, Gagić 1811. napušta Srbiju i otpočinje službu u ruskom ministarstvu inostranih poslova. Od 1815. do 1856. radio je u ruskom konzulatu u Dubrovniku (od 1825. kao vice-konzul). Umro je 1859. u Veneciji. Njegov *Dnevnik* je vrlo dragocen izvor za upoznavanje istorije Prvog ustanka. Detaljnije o njegovom životu videti M. Milićević, nav. delo, str. 88-91.

[31]Videti D. Janković, nav. delo, str. 127-129.

[32]V. Berko Savić je tu reč preveo kao „razgovor" (nav. delo, str. 274), što mi se čini neprihvatljivim.

[33]Videti napomenu 28.

[34]*Voennъй sbornik,* 1864, № 7, str. 30-31.

[35]Naslov knjige u srpskom prevodu je *Srbija i Rusija od Kočine krajine do Sv. Andrejevske skupštine,* sv. I, Beograd 1870, str. 55.

[36]A. Petrovъ, *Voйna Rossii sъ Turcieй 1806-1812 gg,* tomъI, S. Peterburgъ 1885, s. 243. Slična mišljenja zastupaju i A. L. Pogodin, *Istoriя Serbii,* S. Peterburgъ 1909, str. 119, i A. F. Miler, *Mustafa paša Baйraktar,* Moskva 1947, str. 149.

međunarodni ugovor ustaničke Srbije i sporazum o savezu sa Rusijom, tvrdeći da je „Pauluči imao punomoćje za zaključenje vojno-političkog saveza sa Srbijom.“[37] Međutim, u dva rada nastala takođe za vreme postojanja Sovjetskog Saveza, ovom dokumentu se odriče karakter konvencije. Oba autora smatraju da je neosnovano tretirati pomenuti dokument kao dvostranu rusko-srpsku konvenciju, jer tom aktu nedostaje osnovni element ugovornog odnosa – potpis druge strane kao znak Paulučijeve saglasnosti. Reč je, dakle, o jednostranom aktu, spisku želja srpskih ustanika, koji je ukazivao na njihove neophodne potrebe. Autori dalje ističu da Pauluči nije imao zvanično punomoćje da pregovara niti da zaključuje bilo kakav sporazum sa Srbijom u ime Rusije. Da bi se dokument o kome je reč mogao smatrati konvencijom ili ugovorom o savezu, u njemu bi morao da postoji obavezni pravni element dvostranog ugovora – potpis druge strane, a njega nema.[38]

Srpski istoričari posmatrali su takozvanu „Paulučijevu konvenciju“ kao isključivu želju Rusije da Srbiju dovede u potpunu zavisnost od Rusije i pretvori je u neku vrstu ruske gubernije. Za taj svoj poduhvat želeli su da pridobiju izvestanbroj srpskih starešina, inače žestokih Karađorđevih protivnika, koji svoje rusofilstvo nisu uopšte sakrivali. Možda najistaknutiji među njima bili su upravo dvojica potpisnika „Paulučijeve konvencije“ – Milenko Stojković i Jeremija Gagić. S druge strane, Karađorđe je želeo da Srbija postane nezavisna kneževina u kojoj će vladati on i njegovi zakoniti potomci, a nikako ruska ili austrijska provincija. Konvenciju je potpisao, jer mu je ruska pomoć bila neophodna, ali to u suštini nije želeo, na šta ukazuje i činjenica da se izgovorio kako je svoj pečat izgubio.[39]

---

[37]*Istoriя Юgoslavii,* tom I, pod redakcieй Ю. B. Bromleя, I. S. Dostяn, V. G. Karaseva, S. A. Nikitina, Moskva 1963, str. 316.

[38]Takvo mišljenje izraženo je u zborniku posvećenom spoljnjoj politici Rusije u XIX i na početku XX veka (*Vnešnяя politika Rossii XIX i načala XX veka,* tom IV, Moskva 1961, str. 554), kao i u članku S. A. Nikitina posvećenom Paulučijevoj konvenciji (*O takъ nazыvaemoй konvencii Paulučči – Kara-Georgii, Balcanica* VIII/1977, p. 238 sq).

[39]Detaljan prikaz različitih mišljenja o takozvanoj „Paulučijevoj konvenciji“ izneo je D. Janković, *Rusija i državno uređenje ustaničke Srbije, Jugoslovenske zemlje i Rusija za vreme Prvog srpskog ustanka 1804-1813, Zbornik radova prikazanih za okruglim stolom koji je od 18. do 26. novembra 1980. održao odbor jugoslovenskih i sovjetskih istoričara za objavljivanje dokumenata iz sovjetskih arhiva o Prvom srpskom ustanku, Srpska Akademija Nauka i Umetnosti, naučni skupovi, knj. XVII, odeljenje istorijskih nauka, knj. 4,* Beograd 1983, str. 250-253.

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

Russian Attempts on Constitutional Issue of Insurgent Serbia (1804–1813)

(Part One – The so-called „Paulucci Convention“)

Abstract: *Alongside the struggle for independence, the First Serbian Uprising signified the beginning of the formation of the Serbian state and an overthrow of the feudal order. This fact was already remarked by Leopold von Ranke in his book Die serbische Revolution.*

The key issue was, of course, the organization of power. The leader of the uprising, Karađorđe Petrović, held the title of „Vožd,“ i.e. leader or chief, which endowed him with sweeping powers. In order to limit them, the most prominent military commanders proposed to establish a Praviteljstvujušči sovjet, i. e. council or government. Karađorđe approved on this at an assembly in the village of Borak on August 15, 1805. But owing to the fact that the relations between the „Vožd“ and the council had not been regulated by a legal document, some mutual conflicts arose. Therefore, several attempst to find a solution to the basic constitutional issue were made.

The Russians, trying hereby to ensure their influence in Serbia, made the first of these attempts. The result was a convention between a Russian colonel, Marquis Paulucci (an Italian who first served in the French army before moving to the Russian service in 1806), and Serbian representatives headed by Karađorđe, who gathered in the city of Negotin in Eastern Serbia on June 28, 1807. First of all, the convention expressed the desire of the Serbian people to be under the protection of Russian Tsar and to obtain from him as soon as possible a capable zemljeupravitelj (land governer). Thereupon, this governor was supposed to establish order and, in the name of the Tsar, to give a Konstitucija, a constitution, to the people. Furtheremore, according to the convention, the appointing of Serbian officers was to be carried out in the name of the Russian Tsar and Russian military garrisons were to be stationed in Serbian towns. Karađorđe agreed to the convention, thereby hoping to ensure Russian aid for Serbia, but at the precise moment when the document was to be sealed by him, he excused himself for having lost the seal.

Key words: *First Serbian Uprising, Karađorđe, Council, the so-called „Paulucci Convention“, Russian Tsar, agreement.*

Originalni naučni rad 347.464:347.5
doi:10.5937/zrpfns47-4341

Akademik Jožef Salma, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu

RENTA KAO OBLIK NAKNADE DELIKTNE MATERIJALNE ŠTETE*

Sažetak: *U radu se ukazuje da je renta sukcesivna (periodična) obligacija. Može biti ugovornog porekla, kao što je to slučaj sa ugovorom o doživotnom izdržavanju.Renta može imati i deliktno poreklo i tada ima funkciju naknade štete, tako da se šteta ne nadoknađuje odjednom, u jedinstvenom iznosu, kao što je to po pravilu slučaj kod naknade štete. Obrazloženje za sukcesivnu naknadu kod pojedinih vrsta deliktne štete, kao što je to slučaj sa uamnjenjem radne sposobnosti, jeste u tome, što se i šteta iskazuje periodično, a ne odjednom. Radnik zbog telesnog oštećenja ima umanjenu radnu sposobnost, a time i umanjenu zaradu. Šteta mu se ponavlja svakog meseca u vidu razlike između zarade pre i posle oštećenja. Razmatraju se različtiti vidovi rentne odštete: sukcesivna renta kao pravilo, kumulativna renta kao izuzetak, - opravdan naročitim razlozima na strani oštećenika, kao što je potreba za prekvalifikacijom. Kod utvrđivanja visine mesečne rente analiziraju se metod aktuarskog računa, kod koga se vodi računa o elementima sadašnje i buduće štete.Zbog hipotetičkih činjeničnih elemenata aktuarskog računa, zakon dopušta naknadnu reviziju pravnosnažne presude o renti, ukoliko su se okolnosti u vezi zarade ostvarene posle oštećenja bitno izmenile, u odnosu na stvarne i hipotetične činjenice koje su se imale u vidu u vreme dosuđivanja rentne naknade, tako da je zarada bitno umanjena ili je prestala, usled pogoršanja radne sposobnosti. Konstatuje se da kod revizije rente nema proboja pravnosnažnosti, pošto činjenično dejstvo pravnosnažnosti ne obuhvata bitno nove okolnosti.*

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

Ključne reči: *Renta kao oblik naknade štete kod umanjenja radne sposobnosti, sukcesivna renta, kumulativna renta, ugovorna i deliktna renta, aktuarski račun kao metod utvrđivanja visine rente, metod povratnog utuženja, metod analogije sa penzionim osiguranjem, regresno pravo nosioca penzijskog i invalidskog osiguranja prema štetniku.*

I

Pojam i vrste rente

1. Pojam i osnovna podela. Renta je *sukcesivna* (periodična) obligacija, tj. ponavljajuće davanje (kontraktualnog ili deliktnog) dužnika u korist poverioca, u tačno određenim, pravilnim vremenskim razmacima, obično mesečno. Sintetička definicija je moguća samo u pogledu sukcesivnog obeležja. Inače, po izvoru nastanka (ugovor, delikt), rentne obligacije, po funkciji, imaju različita obeležja (kod ugovora - ispunjavanje obaveze izdržavanja, a kod delikta - obeštećenje).

Izvor rente može biti *kontrakt* ali i *delikt*. Po konačnom trajanju renta može biti *doživotna* (kao što je to slučaj sa rentnim davanjem ugovornog porekla – kod ugovora o doživotnom izdržavanju, kod deliktne rente u slučaju umanjenja radne sposobnosti, radi nadomeštenja izgubljene zarade), ali može biti i *privremena* (kao što je to slučaj sa deliktnom rentom kod izazivanja smrti davaoca zakonske obaveze izdržavanja u korist malodobnog lica, do trajanja zakonske obaveze izdržavanja).

Ugovorna renta doživotnog izdržavanja je *aleatorna*, jer je trajanje vezano za neizvesno trajanje života primaoca izdržavanja. Postoje rente, čije je trajanje određeno na izvestan način zakonom (kao što je izdržavanje malodobnog deteta do punoletstva, ili supružansko izdržavanje dok traje brak) kada su one sa *komutativnim* obeležjem. Takav je slučaj, kada je šteta nastala usled deliktne obligacije, tako što je davalac zakonske obaveze izdržavanja (npr. čiji je obveznik roditelj - prema malodobnom detetu) izgubio život u saobraćajnoj nesreći usled krivice trećeg lica. Umesto prvobitnog davaoca, na mesto obveznika (npr. oca) stupa, po osnovu deliktne odgovornosti, lice koje je u saobraćajnoj nesreći usmrtilo davaoca zakonske obaveze izdržavanja. Renta deliktnog izdržavanja će trajati koliko traje zakonska obaveza izdržavanja, tj. po pozitivnom pravu, do punoletnosti primaoca, izuzetno od toga duže, ako studira. Delikvent (lice koje je usmrtilo davaoca), je dakle u obavezi, u trajanju u kome je i davalac zakonske obaveze izdržavanja bio obavezan. Rentna obaveza naknade štete može da nastane i u slučaju umanjenja radne sposobnosti radnika. Tada je poreklo rente takođe deliktne prirode. Obveznik je poslodavac, ili treće lice koji je krivo za umanjenje rad-

ne sposobnosti zaposlenog, povredom njegovog telesnog ili zdravstvenog integriteta.

2. Ugovorna i odštetna renta. Potrebno je razlikovati rentu kao ugovornu obavezu od rente kao odštetne obaveze.[1] Osnovna je razlika u tome, što je ugovorna renta po svojoj prirodi kontraktualna primarna obaveza. Otuda je njena visina određena u kontraktu. Visina rente kao odštetne obaveze se ne određuje prema pravilima kontraktualnog, već prema pravilima o odmeravanju visine štete u oblasti deliktnog prava.

Odštetna renta se daje po važećem pravu (ZOO)[2] u slučaju smrti, oštećenja zdravlja ili tela, kada se naknada određuje po pravilu, u obliku novčane rente, doživotno ili na određeno vreme. Rentna naknada štete je dakle periodično davanje koje se sukcesivno ponavlja u pravilnim vremenskim razmacima koja se poveriocu dosuđuje doživotno, osim ako se okolnosti promene, naročito ako je došlo do prestanka osnova odštete.[3] U našem pravu sukcesivna rentna naknada, prema izgrađenoj sudskoj praksi se određuje u mesečnim novčanim davanjima. Slično je i u drugim pravnim sistemima.[4] U nemačkom pravu odštetna novčana renta se, slično kao u našem pravu, plaća od štetnika oštećenom u slučaju telesne povrede ili oštećenja zdravlja. Iznos se određuje prema okolnostima. Plaća se primenom pravila o ugovornoj renti[5] godišnje ili u kraćim razmacima. No, umesto sukcesivne rente oštećeni može od štetnika izuzetno, ako za to postoji važan razlog, da traži, slično našem pravu, i kapitalizirani iznos. U nemačkom pravu, kao i u našem, u slučaju prouzrokovanja smrti davaoca izdržavanja štetnik plaća rentu licima koja je

---

[1] Po čl. 188/1 ZOO, u slučaju smrti, telesne povrede ili oštećenja zdravlja, naknada štete se određuje,po pravilu, u obliku rente, doživotno ili na određeno vreme. Po st.2 istog člana, ako sud nije drugačije odredio, renta se daje mesečno u vidu novčanog davanja. Po st. 2. čl. 195 ZOO ako povređeni zbog potpune ili delimične nesposobnosti za rad gubi zaradu ili su mu potrebe trajno povećane ili su mogućnosti njegovog daljeg razvijanja i napredovanja uništene ili smanjene, odgovorno je lice dužno da plaća povređenom određenu novčanu rentu kao naknadu za tu štetu.U skladu sa ovim propisom sudska praksa smatra da naknada štete u obliku novčane rente može se dosuditi samo za štetu koja postoji u trenutku donošenja sudske odluke pa ubuduće. VS, odluka od 19.12.2004, br. Rev. 1869/05.

[2] *Zakon o obligacionim odnosima* RS (ZOO), Sl. list SFRJ, br. 29/1978, izemene: Sl. list SFRJ, br.39/1989, 57/1989, Sl. list SRJ, br. 31/1993. Odluka USJ, Sl.list SRJ, br. 31/93 i Sl. list SCG, br. 1/2003.

[3] V. Jožef *Salma*, Obligaciono pravo, Novi Sad, 2009, str.616; V. čl. 188/2 ZOO..

[4] Nemački BGB (BGB) se ne izjašnjava o periodu ovog davanja, ali teorija odavno smatra da ako iz prirode odnosa ne proizilazi nešto drugo, renta se plaća godišnje. V. za nemačko pravo: *Enneccerus-Kipp-Wolff . (Lehmann)*, Recht der Schuldverhältnisse, J.C.B. Mohr, Tübingen, Bd. II., 1958, str. 774., tač.1/2.

[5] Pravila o ugovornoj renti sadržana su u par. 760 nemačkog BGB. Ona se supsidijerno primenjuju ako pravila o deliktnoj renti što drugo ne predviđaju.

usmrćeni izdržavao.[6] Ako je usmrćeni imao zakonsku obavezu izdržavanja, delikvent će plaćati umesto njega izdržavanom do trajanja te vrste obaveze.

Renta može biti *ugovornog* porekla. Tada nema odštetnu funkciju, već isključivu funkciju ispunjavanja primarne obligacione obaveze. U pogledu obima obaveze merodavna su kontraktualna pravila. Ali, renta može imati i odštetnopravnu funkciju, kada je obaveza nastala usled delikta.Tada obim obaveze određuju pravila deliktnog prava.Pri čemu je osnovno pravilo – kolika je šteta, kolika je i odšteta.

Doživotno izdržavanje i doživotna renta (ugovor o dožavnom izdržavanju i ugovor o doživotnoj renti). *Doživotno izdržavanje* je ugovorno izdržavanje, regulisano u važećem domaćem pravu Zakonom o nasleđivanju.[7] Po svojoj prirodi on ima obligacionopravno dejstvo između davaoca i primaoca izdržavanja.[8] Primalac ustupa deo ili celinu svoje imovine, a davalac pruža idržavanje putem nege, opskrbe. Ipak, ovaj ugovor ima i *(negativno) naslednopravno* dejstvo. Po sili zakona, isključuje iz nasleđa zakonske naslednike u pogledu ugovorom obuhvaćene imovine. Davalac može biti bilo koje punoletno poslovno sposobno lice, obično i stručno, ako je za izdržavanje potrebno stručno znanje (npr. zdravstvena nega). Ovaj ugovor je najčešće zaključen sa *zajednicom života* davaoca i primaoca, naročito u slučaju potrebe za negovanjem, ishranom bolesnog primaoca. Međutim, u slučaju nepodnošljivosti suživota zakon dopušta raskid ugovora, kao ovlašćenje bilo koje strane. Ugovor o doživotnom izdržavanju sadrži i *nenovčanu* i novčanu obavezu davaoca. Primaočeva imovina prelazi na davaoca u trenutku delacije.[9] U tome se ovaj ugovor razlikuje od *ugovora o ustupanju imovine za života ostavioca* [10] u korist naslednika, uz saglasnost naslednika[11], kod koga se imovina ostavioca ustupa za njegovog života. Razlika je i u tome da naslednici kod ugovora o ustupanju imovine za života ostavioca, nemaju obavezu izdržavanja

---

[6] V. Par. 842-846 nemačkog BGB-a (BGB) in: *BGB – Bürgerliches Gesetzbuch mit dem Einführungsgesetz zum BGB*, Area Verlag, Köln, 2005, str. 182-183.

[7] *Zakon o nasleđivanju RS* (ZN), Službeni glasnik RS, br. 46/1995, Odluka US RS IU br. 358/95, Sl. Glasnik RS br.101/2003. V. čl. 194-205. ZN, posebno: čl.203, 202. st. 2, 203. ZN.

[8] Po par. 759 st. (1) nemačkog BGB (BGB) ugovor o doživotnom izdržavanju (Leibrente) – onaj koji se obavezao na davanje izdržavanja, u sumnji, dužan je poveriocu doživotno. Po st. (2) ugovoreni iznos rente u sumnji dužnik plaća godišnje. Po st. (3) renta se plaća unapred tromesečno, ako to proističe iz akta zasnivanja rente kao i iz njenog cilja. V., *BGB – Bürgerliches Gesetzbuch mit dem Einführungsgesetz zum BGB*, Area Verlag, Köln, 2005, str.171-172.

[9] V. st. 1. čl. 194. ZN.

[10] V. čl. 182-193. ZN.

[11] V. st. 1. čl. 183. ZN.

ostavioca. *Doživotna renta* je takođe ugovornog porekla, ona nije regulisana važećim propisima našeg prava, ali, pošto nije zabranjena, nema smetnje da se saglasno slobodi ugovaranja, zaključi. Njena suština se svodi na isključivo novčano davanje davaoca u korist primaoca, u cilju izdržavanja, bez zajedničkog života. Doživotna renta se zasniva teretnim, ugovorom, aleatorne prirode.[12] Teretnost znači da primalac, kao i kod doživotnog izdržavanja u kome ima i nenovčanih davanja, obavezan na protivuslugu u vidu ustupanje dela ili celine imovine u korist davaoca. Doživotna renta izdržavanja je dopuštena i regulisana u austrijskom Opštem Građanskom Zakoniku[13], u nemačkom Građanskom zakoniku[14], u švajcarskom Zakonu o obligacijama [15]kao i u mađarskom Građanskom zakoniku.[16] Suštinska razlika između ugovora o doživotnom izdržavanju i ugovora o doživotnoj renti je u tome što se kod doživotne rente obaveza davaoca sastoji *isključivo u novčanom davanju*, kao i u tome, što *nema zajednice života* između davaoca i primaoca. Ugovor o doživotnoj renti se obično zaključuje kada primalac nema potrebe za zdravstvenom negom i kada mu nedostaju potrebna sredstva za pokrivanje svojih svakodnevnih potreba

3. Sukcesivna i kumulativna (kapitalizirana) renta. Razlog sukcesivnosti kao pravila. Renta je sukcesivni oblik naknade štete. Odstupa od osnovnog pravila odštetnog prava o *integralnosti* odn. *potpunosti nakanade.* Naime, po tom osnovnom pravilu, šteta se naknađuje odjednom, u celini. Razlog sukcesivnosti odštetne rente se sastoji u tome, što se i *šte-*

---

[12] V. *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, Band II: *Welser*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, 12, Auflage, Manz Verlag Wien, 2001, str. 255.

[13] V. par. 1284 AOGZ: In Leibrentenvertrag verspricht ein Teil eine Leistung gegen die Zusage einer Rennte auf Lebensdauer. – Ugovorom o doživotnoj renti jedna strana obećava svoju prestaciju uz obećanje druge strane da će pružiti doživotnu rentu.

[14] V. par. 759-761 nemačkog Građanskog zakonika, in: BGB, Area, Köln, 2005, str. 171-172.

[15] V. čl.46. Švajcarskog Zakona o obligacionim odnosima.

[16] *Új Polgári Törvénykönyv* (Novi MGZ), 2o13. évi V. Törvény, Novissima Kiadó, Budapest, 2o13, par. 6:497: Életjéradéki szerződés – ugovor o doživotnoj renti. Upor. sa par. 6:528 (jövedelempótló járadék) - renta radi nadoknade izgubljene zarade i usled umanjenja radne sposobnosti. V. i paralelna izdanja važećeg i novog MGZ-a: *A Polgári Törvénykönyv*, Ptk 1959-Ptk 2013, Gt.2006- Ptk 2013, Csjt. 1952-Ptk 2013, str.217; 320-321; *A Polgári törvénykönyvrúl szóló 2013. évi V. törvény* tükrös szerkezetben (a hatályos joganyaggal), I.-II. kötet, Novotni Alapítvány, Miskolc, 2013 (szerk.*Juhász* Ágnes, *Pusztahelyi* Réka, *Révész* Katalin, lekt. *Bíró* György), tom II.str. 572;562-564. Važeći MGZ odredbe o renti radi naknade zarade zbog umanjenja radne sposobnosti sadrž par. 356-357. Renta u slučaju smrti u korist izdržavanog sadrži odredba par. 358. važećeg MGZ. Lit.:*Szalma* József, Szerződésen kívüli (deliktuális felelősség) (Vanugovorna – deliktna odgovornost), ELTE ÁJK Budapest, Bíbor Kiadó Miskolc, 2008, str.329.

ta iskazuje sukcesivno, u pravilnim vremenskim razmacima. Najbolji primer za to je nakanada štete zbog umanjenja radne sposobnosti. U tom slučaju, deliktno prouzrokavano telesno ili zdravstveno oštećenje umanjuje radnu sposobnost, tako što je radnik premešten na slabije plaćeno radno mesto, ili je ostao na istom radnom mestu, ali sa smanjenom produktivnošću i zaradom. Šteta se kod umanjenja radne sposobnosti iskazuje periodično, u razlici između zarade pre i posle telesnog oštećenja koje je dovelo do umanjenja radne sposobnosti. Kako se šteta iskazuje sukcesivno, tako se i naknada osvaruje putem periodičnih prestacija. Ipak, od pravila o sukcesivnosti rente, ima izuzetka. To je slučaj sa tzv. k*umulativnom* ili *kapitalizovanom rentom* kada se naknada izgubljene zarade određuje u jedinsvenom iznosu, koji se kao buduća procenjena šteta izračunava tzv. aktuarskim računom.[17] Kumulativna renta se određuje samo izuzetno, ako su ispunjeni posebno određeni zakonski uslovi, npr., potreba za prekvalifikacijom prema zahtevima novog radnog mesta.[18]

II

Da li je renta samo oblik naknade materijalne štete ili je podobna i za naknadu i nematerijalne štete deliktnog porekla? Razgraničenje rentne naknade zbog umanjenja radne sposobnosti i jednokratne novčane satisfakcije zbog umanjenja opšte životne sposobnosti

4. U suskoj praksi biv. Jugoslavije značajno je ukazati na stav Zajedničke sednice Saveznog i Vrhovnih sudova (1981) u kome je izraženo principijelno stanovište da se naknada nematerijalne štete zbog umanjenja opšte životne aktivnosti dosuđuje u *jednokratnom* novčanom iznosu. No, sud dopušta, da se na zahtev oštećenog dosudi naknada i u obliku novčane rente (za umanjenje opšte životne sposobnosti), ako takav oblik naknade prema okolnostima datog slučaja predstavlja odgovarajuću satisfakciju.[19] Zasnovano na navedenom načelnom stanovištu, za vreme bivše Ju-

[17] Po domaćoj sudskoj praksi kapiatlizirana renta se dobija tako što se mesečna rent množi brojem meseci – verovatnog trajanja života oštećenika i od tog iznosa odbiju diskontne kamate. Da bi se utvrdila visina kapitalizirane rente potrebno je stručno znanje kojim sud ne raspolaže, pa stoga izračunavanje visine štete u takvom slučaju treba poveriti veštaku aktuaru. VS, odluka od 09.10.2002.g. , br. Rev.2.1017/02. U pogledu uslova kapitalizirane rente (st. 4. i 5. čl.188. i st.2. čl.195. ZOO) v.presudu VSS, Rev.II 1017/2002, od 09.10.2002.g., Bilten sudske prakse VSS, br. 2/2003, str.60.

[18] V., Jožef *Salma*, Obligaciono pravo, Novi Sad, 2009, str. 617; čl. 188/4,5 ZOO.

[19] Zajednička sednica Saveznog i Vrhovnih sudova od 08.05,1981, br. NsG.12/1981,

goslavije, teorija i vrhovni sudovi, u Hrvatskoj i u Srbiji, zauzimali su različita stanovišta o tome da li je rentna naknada štete podobna samo za naknadu materijalne ili i za naknadu nematerijalne štete. U hrvatskom pravu je preovladao stav, da je renta podobna kako za naknadu materijalne tako i za naknadu nematerijalne štete. U srpskom pravu je međutim, dominantnim postalo stanovište prema kome je renta oblik naknade svojstven za materijalnu štetu. Mi smo se opredelili za drugi stav. Naš argument je pri tome bio, da je deliktna materijalna šteta usled umanjenja radne sposobnosti u vidu razlike između zarade pre i posle oštećenja, sukcesivna, i zato je tome podobna naknada u vidu sukcesivne rente. Za razliku od toga, neimovinska šteta u vidu psihičkih ili fizičkih bolova, nastupa odjednom, svejedno, da li trajno ili privremeno te je tome shodno, za nju podobnija jednokratna, potpuna naknada.

5. **Umanjenje opšte životne sposobnosti**[20] je rezultat deliktne povrede fizičkog integriteta ličnosti i predstavlja psihički bol zbog nemogućnosti ili otežane mogućnosti ostvarivanja životnih aktivnosti (vid, sluh, sposobnost kretanja i dr.) u odnosu na period pre telesnog oštećenja ili oštećenja zdravlja. Činjenični osnov se bitno ne razlikuje od činjeničnog osnova umanjenja radne sposobnosti. Šta više, iz iste povrede tela može nastati i zahtev za rentu radi nadomeštenja izgubljene zarade i zahtev za naknadu štete zbog umanjenja opšte životne sposobnosti, tako da se oni mogu kumulirati. Razlika je u vrsti štete. Dok *umanjenje radne sposobnosti* rezultira u *materijalnoj šteti*, dotle *umanjenje opšte životne sposobnosti* predstavlja *neimovinsku štetu*, - štetu koja preko povrede telesnog integriteta dovodi do povrede psihičkog integriteta ličnosti, tj. do psihičkog bola. Ta naknada, tj. naknada zbog umanjenja opšte životne sposobnosti ostvaruje se u vidu *novčane satisfakcije*, prema pravilima u novčanoj naknadi nematerijalne štete. Svakako, vodeći računa o značaju povređenog dobra. Za (jednokratnu) novčanu satisfakciju zbog umanjenja opšte životne sposobnosti nije dovoljna samo puka povreda telesnog integriteta. Potrebno je da je uz to oštećeni trpeo takve povrede koje sprečavaju ili ograničavaju ostvarivanje njegovih osnovnih životnih funkcija, npr. gubljenje, ili oštećenje čula, kao što su vid i sluh, gubljenje ili ograničenje sposobnosti kretanja, reproduktuvne funkcije i dr. Satisfakcija se daje kako za *potpuni gubitak* životnih funkcija,tako i za slučaj da one nisu potpuno izgubljene već se one *otežano* ostvaruju, npr. uz stalne i intenzivne telesne bolove. Potpuni gubitak opšte životne sposobnosti, po pravilu, dovodi do veće novčane satisfakcije. Inače se šteta ovde, za razliku od umanjenja

[20] V. st. 1. čl. 200. ZOO.

radne sposobnosti, gde je reč o *materijalnom gubitku*, gubitku dela zarade. Kod umanjenja opšte životne sposobnosti šteta se sastoji u trpljenju *psihičkih bolova* usled nemogućnosti ili ograničenja ranijih životnih funkcija. Kod utvrđivanja novčane satisfakcije zbog umanjena opšte životne sposobnosti ne traže se dodatni uslovi intenziteta i trajanja, kao kod fizičkih bolova i straha. Novčana naknada neimovinske štete zbog fizičkih bolova je zaseban osnov naknade, ako potiče iz istog činjeničnog stanja, tj. iste telesne povrede, može se kumulirati sa satisfakcijom zbog umanjenja opšte životne sposobnosti, ako su ispunjeni dodatni uslovi intenziteta i trajanja.

III

Umanjenje radne sposobnosti, umanjenje opšte životne sposobnosti: različiti vidovi štete i odštete

6. Umanjenje radne sposobnosti je činjenično rezultat delikta telesnog oštećenja ili oštećenja zdravlja.[21] Štetnik, odn. obveznik obeštećenja (u vidu rente) je lice koje je do tog stanja namerno ili nehatno dovelo. To može biti lice koje je prouzrokovalo saobraćajni delikt, poslodavac koji nije obezbedio mere zaštite na opasnom radnom mestu, medicinska ustanova ili medicinski radnik koji je nesavesno lečio pacijenta, usled čega radnik nije više u mogućnosti da obavlja ranije poslove, te je premešten na drugo, slabije plaćeno radno mesto.U slučaju kada je šteta prouzrokovana saobraćajnim udesom primarni obveznik je osiguravajuće društvo po osnovu obaveznog osiguranja od odgovornosti za štete nanete trećim licima. Svakako, osiguravajuće društvo se može regresirati za rentu u slučaju da je šteta prouzrokovana namernom krivicom. Tako da je sekundarni dužnik sam štetnik. Oštećeni je lice čija je telesna povreda dovela do umanjenja radne sposobnosti i time ujedno i do smanjenja zarade. Šteta se tada u osnovi sastoji u *razlici između zarade pre i posle telesnog oštećenja* ili zdravlja, koja se iskazuje svakog meseca.[22] Kod umanjenja radne sposobnosti se radi o gubitku zarade, te

[21] V. st. 2. čl.193. ZOO. Za prava lica koje je poginuli izdržavao, tj. u pogledu prava na njihovo izdržavanje od strane štetnika, v. st.1. i 2. čl. 194. ZOO. U pogledu prava povređenog na deo ili celinu izgubljene zarade, zbog potpune ili delimične nesposobnosti za rad, i to u vidu rente, v. st.2. čl. 195. ZOO.

[22] Po domaćoj sudskoj praksi naknada štete u obliku mesečne rente određuje se za sukcesivni gubitak zarade oštećenog u smislu st. 2. čl. 195. Zakona o obligacionim odnosima. Pri tome naknada buduće štete se dosuđuje dok takvo stanje traje, prema visini negativne razlike po mesecima, a sadašnja prema visini negativne razlike u momentu presuđenja., VS, odluka od 13. 09, 2003. g., Rev..2676/92.

je po sredi *materijalna šteta*.[23] Odmeravanje visine naknade (rente) se vrši po pravilima o novčanoj naknadi materijalne štete.

Umanjenje opšte životne sposobnosti dovodi do *nematerijalne štete*, i sastoji se u psihičkim bolovima oštećenog zbog toga što usled telesnog oštećenja više ne može ostvariti svoje ranije životne aktivnosti (sposobnost kretanja, funkcionisanje čula vida i sluha i dr.), ili ih može ostvariti samo uz povećane napore.[24] Kako se radi o psihičkom bolu, makar trajnom, pošto se iskazuje odmah i u celini, naknada se ostvaruje po pravilu jednokratno, prema pravilima o novčanoj naknadi nematerijalne štete.

Radi se dakle o dvema vrstama štete, umanjenje radne sposobnosti dovodi do materijalne, imovinske štete, podobne za rentnu naknadu, zbog periodičnosti nastupanja štete, a umanjenje opšte životne sposobnosti, zbog sledstvenog psihičkog bola, dovodi do naknade neimovinske štete i to u principu jednokratne, pošto takva šteta nastupa odjednom i u celini. No, videli smo, da ima i drugačijeg stanovišta, tj. da je i za umanjenje opšte životne sposobnosti moguće odrediti nakanadu u vidu rente, ako to oštećeni traži, a sud oceni da se na taj način bolje ostvaruje satisfakcija.

IV

Metodi odmeravanja rentne odštete zbog gubitka zarade kod deliktnog umanjenja radne sposobnosti

7. Iako je deliktna renta u suštini razlika između zarade pre i posle telesnog, odnosno zdravstvenog oštećenja radnika (zaposlenog), zahvaljujući evoluciji sudske prakse, ne radi se samo prostom poređenju. To utoliko pre, što se mora imati u vidu, da je radnik mogao biti na *medicinskoj rehabilitaciji* o trošku štetnika. Završetak medicinske rehabilitacije je trenutak u kome se utvrđuje radna sposobnost radnika. Zatim, radniku se nakon toga može *pogoršati radna sposobnost*, pa time i smanjiti zarada. Istina, po praksi sudova izuzetno, zdravstveno stanje radnika se može *po-*

[23] V. st. 1-5. čl. 188. ZOO, kao i st. 2. čl. 193. ZOO. Prema domaćoj sudskoj praksi, renta je naknada buduće materijalne štete (...) a plaća se periodično u unapred utvrđenim iznosima. Za štetu koja je već nastupila u vreme donošenja sudske odluke isplata nema karakter rente, već naknade štete zbog izgubljene zarade usled nesposobnosti za rad. Pri tom se uzima u obzir realna zarada koji bi oštećeni mogao ostvarivati. Ova zarada ne mora biti jednaka u svim mesecima za koja se obračunava.Oštećeni koji u vreme povređivanja još nije privređivao, stiče pravo na naknadu štete, odnosno rentu, od dana kada bi prema ličnim i drugim okolnostima slučaja počeo sticati zaradu.Prema stanovištu suda, materijalna šteta zbog izgubljene zarade i renta nisu iste kategorije. Novčana renta se dosuđuje kao naknada buduće štete koja će se ostvarivati posle donošenja presude. VS, odluka od 10.11. 2005.g., br. Rev.880/05.

[24] V. st. 1.čl. 200. ZOO.

boljšati, do mere koja omogućava ostavrivanje zarade na nivou pre vremena umanjenja radne sposobnosti. Što znači, da od tog trenutka pravno *nema štete* ovog oblika.Takođe, prilikom odmeravanja rentne odštete zbog umanjenja radne sposobnosti, sudovi, u skladu sa zakonom, vode računa o tome da bi radnik bez oštećenja mogao da *napreduje* na poslu i time ostvari veću zaradu nego u vremenu telesnog oštećenja, tj. umanjenja radne sposobnosti. Sve ove moguće okolnosti su motivisale sudove da uz pomoć uporedne i domaće teorije, odrede visinu rentne naknade za gubitak radne sposobnosti. Prvi je metod tzv. aktuarskog računa, a drugi je tzv. metod „tuženja u nazad" ili retroaktivno utuženje, tj. podnošenje tužbe nakon realizacije periodične štete. Prvi metod je udaljeniji od aktuelne mesečne razlike u zaradi pre i posle oštećenja, mada od nje polazi. Drugi metod je bliži aktuelnoj razlici između „ranije" i „sadašnje" zarade oštećenog.

8. Metod aktuarskog računa. Po aktuarskom računu, - upoređuje se ukupan prihod koji bi oštećeni radnik trebalo da ostvari po zaradi pre oštećenja u čitavom periodu do kraja radnog veka, uračunavajući zaradu napredovanja (hipoteza x), sa ukupnom zaradom, takođe do kraja radnog veka, ostvarenom na novom, slabije plaćenom radnom mestu, umanjenu za iznos smanjenja zarade usled pretpostavljenog pogoršanja stanja zdravlja (hipoteza y). Od ukupnog iznosa pretpostavljene zarade po njenom iznosu pre oštećenja, odbija se ukupan iznos hipotetične zarade posle oštećenja, Dobijeni rezultat se deli sa brojem meseci preostalog radnog veka. (x-y: sa brojem meseci preostalog radnog staža). Na taj način se dobija mesečna novčana renta.Ovakav račun sadrži stvarne i hipotetične elemente. Stvarne, jer polazi od konkretne zarade pre i posle umanjenja radne sposobnosti, hipotetične po tome što se uzima u obzir mogućnost napredovanja i povećanja kao i smanjenja zarade zbog pogoršanja stanja zdravlja u periodu od pre i posle oštećenja. Time, sadrži kako elemente „sadašnje" tako i elemente „buduće" štete. Aktuarski račun sprovodi ekonomski veštak, aktuar, uz pravnu kontrolu suda. Prednost ovog metoda je u jednokratnom utuženju, a nedostak je u hipotetičnim, verovatnim elemntima. Ovaj nedostatak se otklanja mogućnošću izmene pravnosnažno utvrđene rente na osnovu bitno promenjenih okolnosti, npr. oštećeni docnije ima istu ili veću zaradu nego što je imao pre oštećenja. Tada štetnik, odn. dužnik rente, može tražiti smanjenje ili ukidanje rente. Obrnuto, ako je zarada oštećenog radnika bitno smanjena ili je prestala, oštećenik može tražiti od suda povećanje rente. Procesnopravno obrazloženje ovog zakonskog rešenja materijalnog prava (sa *prividnim probojem pravnosnažnosti prvobitne rentne*

presude) litertaura (Obren Stanković) je videla u tome, što sud u vremenu donošenja presude nije obuhvatio ili nije mogo da obuhvati, utvrdi ili predvidi docnije nastupele bitne činjenice. Te nove činjenice nisu dakle ni mogle biti deo pravnosnažnosti, na njih se ne prostire činjenično dejstvo pravnosnažnostprai presude. Nedostatak ovog metoda je i u tome što se protivi principu „aktuelnosti štete i odštete", zapravo dopušta naknadu za tzv. buduću štetu, za deo pretpostavljene štete. Zakon pak, dopušta naknadu buduću štete samo u restriktivno određenim slučajevima.

Novija sudska praksa osnovano traži, da je kod naknade štete zbog izgubljene zarade (ZOO, čl. 195) neophodno da postoji *adekvatno, stručno veštačenje*. Ne može se prihvatiti naime veštačenje ortopeda o visinini izgubljene zarade. Smatra se da je za to adekvatan veštak radnik medicine rada. [25] Naša primedba je, da je za utrđivanje izgubljene zarade merodavan aktuar. Nije bitno utvrđivanje procenta gubitka radne sposobnosti u medicinskom smislu, koliko razlika između zarade pre i posle oštećenja. To dakle nije medicinsko, već je ekonomsko stručno pitanje.

9. Metod „tuženja u nazad"- retroaktivno utuženje. Metod tuženja u nazad u stvari nije pravi rentni zahtev i u praksi znači da se utužuje samo aktuelna, stvarna, a ne i buduća šteta. Sačeka se protek izvesnog vremena, npr. u trajanju od godinu dana po oštećenju, te se za svaki protekli mesec u toj godini utužuje konkretna razlika između ranije i tekuće zarade. Po isteku naredne godine tužba se ponavlja i šteta se obračunava na isti način, ali za naredni period. Prigovoru bis in idem-a (ne dvaput po istoj pravnoj stvari), nema mesta, budući da se u svakoj godini obračunava novonastala šteta u vidu mesečnog gubitka zarade. U takvom slučaju nema mesta primeni pravila o promenjenim okolnostima, tj. izmeni pravnosnažne presude zbog bitno novih okolnosti, pošto su se sve bitne okolnosti koje su se desile u intervalu od prethodnog do novog utuženja mogle uzeti u obzir, bez hipotetičnih činjeničnih elemenata. Nedostatak ovog metoda je zadržavanje naknade u prvoj godini posle nastanka štete, do prvog utuženja. Ovaj metod je zapravo započela advokatska praksa, koji je prihvaćen i od strane sudova.

10. Analogna primena pravila o penzijskom i invalidskom osiguranju (nemačko pravo). U novijem nemačkom pravu izračunavanje odštetne rente zbog gubitka zarade usled prouzrokovanja invaliditeta vrši se analognom primenom pravila o penzijskom i invalidskom osiguranju. Invalid se može obratiti za naknadu u vidu rente na osnovu zakonskog pen-

[25] Reš. Apelacionog suda u Kragujevcu, Gž.1435/2010 od 04.03.2010.

zijskog i invalidskog osiguranja. To predviđa Zakonik o socijalnom osiguranju.[26] Na ovo osiguranje su obavezni privredno zavisni radnici. Premiju plaća poslodavac. Ako je osiguranik dostigao određene godine života, ali usled bolesti ili nesreće (na poslu) ima pravo da zahteva kompenzirajuću rentu zbog umanjenja zarade.[27] U slučaju potpunog gubitka zarade oštećeni može tražiti rentu koja se izračunava na isti način kao i starosna penzija.[28] Nosilac socijalnog osiguranja ima pravo regresa od štetnika koji je prouzrokovao, tj. koji je po pravilima privatnog prava odgovoran za umanjenje radne sposobnosti.[29]

Revidirani nemački BGB (2002) zadržava pravilo o novčanoj renti, kao civilnopravno.[30] Rentni odštetni zahtev oštećenik može podneti protiv štetnika, zbog povrede tela ili zdravlja. Pri određivanju visine odštetne rente merodavna su pravila BGB-a o ugovornoj renti.[31] Pravilo je da se odštetna renta određuje u novcu, kao periodično i doživotno davanje, izuzetno na određeno vreme. Izuzetak od pravila o periodičnosti čini kapitalizirana renta. Naime, oštećeni usled važnog razloga, može tražiti kapitaliziranu rentu.[32] U pogledu izmene ranije dosuđene rente merodavna su pravila Zakona o parničnom postupku.[33]

Primena pravila o invalidskom i penzijskom osiguranju u domaćem pravu. Naša sudska praksa se izjasnila o odnosu naknade delikte rente i invalidnine po specijalnim propisima o invalidskom osiguranju. Posebno, kada je reč o *smrti* lica koje je bio *davalac izdržavanja,* ali je pre smrti imao invalidninu. Tako, po sudskoj praksi, porodična invalidnina, priznata i utvrđena po posebnim propisima, predstavlja vrstu materi-

---

[26] V. SGB – Sozialgesetzbuch, VI.

[27] V. par. 67. No. 3 SGB, VI.

[28] V. Hein *Kötz*, Gerhard *Wagner*, Deliktsrecht, Zehnte neubearbeitete Auflage, Luchterhand, Wolters Kluwer Deutscland GMBH, Nünchen, 2006, str.19-20, tač.42-44.

[29] V. Hein *Kötz*, Gerhard *Wagner*, Deliktsrecht, Zehnte neubearbeitete Auflage, Luchterhand, Wolters Kluwer Deutschland GMBH, München, 2006, str. 20-21., tač. 45-47. Dupla odšteta tj. i od direktnog štetnika i nosioca penzijskog i invalidskog osiguranja je nedopuštena zbog civilnopravnog principa zabrane neosnovanog obogaćenja. Ali, samo invalidsko osiguranje ne oslobađa štetnika odgovornosti, i to kroz regresno pravo nosioca penzijskog i invalidskog osiguranja prema štetniku i kroz štetnikovu odgovornost za razliku u odnosu na punu odštetu. V. *Kötz-Wagner*, Deliktsrecht, op. cit. str. 294-295. tač. 761-766.

[30] V. par. 843. nemačkog BGB (BGB) – Geldrente (novčana renta).V. npr., Hans *Prütting*, Gerhard *Wegen*, Gerd *Weinreich*, BGB Kommentar, 2. Auflage, Luchterhand, Wolters Kluwer, Neuwied, 2007, str. 1650.

[31] V. st. 1. i 2. par. 843. u vezi par. 760. BGB.

[32] V. Hans *Prütting*, Gerhard *Wegen*, Gerd *Weinreich*, BGB Kommentar, 2. Auflage, Luchterhand, Wolters Kluwer, Neuwied, 2007, str. 1651. tač. 4. i 5.

[33] V. par. 323. Zivilprozessordnung-a (BRD) – Zakona o parničnom postupku Nemačke.

jalnog obezbeđenja lica koje je poginuli izdržavao i mora se uzeti u obzir prilikom utvrivanja visine novčane rente, kao naknade štete koju to lice trpi smrću lica koje ga je izdržavalo.[34]

Prema domaćoj sudskoj praksi, kada se naknađuje *šteta za izgubljeno izdržavanje*[35] u vidu rente, pored rente, poverilac ima pravo i na *zateznu kamatu*. Naime, po stvau sudske prakse, naknada štete za izgubljeno izdržavanje naknađuje se plaćanjem novčane rente koja se plaća mesečno unapred, ako sud ne odredi nešto drugo, a tužioci imaju pravo na zateznu kamatu od dana dospelosti svakog pojedinog mesečnog iznosa novčane rente, pa do isplate (pri čemu se ne radi o kapitaliziranoj renti).[36]

Po stanovištu domaće sudske prakse sud je dužan da ispita *da li tužilac ostvaruje pravo na naknadu zbog manje zarade po propisima o penzijskom i invalidskom osiguranju*, da bi je uračunao u naknadu štete koja se u parnici traži.[37]

Po novijoj, po nama ispravnoj praksi VSRS, ko je izgubio potpunu radnu sposobnost i ostvario invalidsku penziju, (pored toga) ima pravo na rentu. Utoliko pre, što invalidska penzija može biti manja od gubitka zarade (st. 1. čl.154. čl. 155., i st. 2.čl. 195. ZOO).[38]

11. Švajcarsko pravo. Interesna šteta. Po švajcarskom pravu u slučaju prouzrokovanja smrti, lica koja su od strane umrlog izdržavana, imaju pravo na izdržavanje od štetnika, ako su nesposobna za rad.[39] U slučaju telesne povrede, žrtva ima pravo na naknadu *interesne štete* koja je nastala usled potpune ili delimične *nesposobnosti za rad*, radi uspostavljanja njegovog ranijeg ekonomskog stanja.[40] Sud, u zavisnosti od stanja telesnog oštećenja može *revidirati* ranije dosuđenu naknadu.[41]

U švajcarskoj literaturi odredbe ŠVZO se interpretiraju kao naknadu štete zbog buduće nesposobnosti za rad (OR 46), ili kao nadomeštenje izgubljenog davaoca izdržavanja. (OR 45,3). Naknada štete se isplaćuje ili

---

[34] V. Odluku VS od 13. 02. 2003.g. br. Rev. 4077/02.

[35] V. st. 1. i 2. čl. 194. ZOO.

[36] V. odluku VS od 07.07. 2006. g., br. Rev.867/05.

[37] V. odluka VS od 13.09.2003. g. br. Rev.2002/94.V. i presudu VSS, Rev.1818/2009 od 24.06.2009.g.u vezi čl,189.ZOO. U pogledu uslova za dosuđivanje naknade štete u obliku novčane rente zbog izgubljene zarade (čl. 195 i 197 ZOO) v. reš. VSS, Rev.573/2007. od 24. 03. 2009.g.

[38] V. presudu Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 1.961/2010., od 08.09..2010.g.

[39] V. npr. st. 1. i 2. čl. 45 Švajcarskog Zakona o obligacionim odnosima, in: *Code des Obligations*, Cancelerie federale, 2001, str. 220.

[40] V. st. 1. čl. 46. švajcarskog zakona o obligacionim odnosima. In: Code des Obligations, Cancelerie federale, 2001, str. 220.

[41] V. st. 2. čl. 46. Zakona o obligacionim odnosima Švajcarske. V. in: Code des Obligation, Cancelerie federale, 2001, str. 220.

u vidu novčane rente, ili u jednokratnom kapitalizovanom iznosu.Renta bolje odgovara zahtevu povraćaja u stanje pre oštećenja, dok kapitalizovana naknada smanjuje egzistencijalnu brigu vezanu za gubitak zarade, te obezbeđuje sredstva za egzistenciju.[42]

Po starijoj švajcarskoj sudskoj praksi, dosuđivanje rente je samo izuzetno, pravilo je da se isplaćuje jednokratna naknada.[43] Po novijoj praksi oštećeni ima pravo na *izbor* između jednokratne, kapitalizirane i rentne, sukcesivne naknade.Ako se oštećeni opredeli za rentu, sud je dužan da da na teret štetnika odredi sredstva obezbeđenja budućih potraživanja.[44] Sporno je *trajanje* rentne naknade. Po novijem stanovištu sudske prakse renta se daje do pretpostavnjenog kraja radnog veka.[45] Po ranijoj praksi rentna naknada je bila doživotna. Sud pri određivanju naknade treba da ima u vidu i uticaj smanjene radne sposobnosti na (smanjenje) iznosa socijalnog odn. penzijskog osiguranja.[46]

V

Odštetna renta i suma osiguranja

U pogledu odnosa visine odštetne rente i sume osiguranja vredno je pomenuti negdašnji stav Zajedničke sednice Saveznog suda i Vrhovnog vojnog suda (1988). Prema tom stavu obaveza osiguranja po osnovu ugovora o osiguranju korisnika odnosno sopstvenika motornog vozila od odgovornosti za štetu pričinjenu trećim licima ceni se prema osiguranoj sumi saglasno načelnom stavu Zajedničke sednice Saveznog suda, Vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 26. i 27. oktobra 1988. godine. Po tom stavu, kada se radi o naknadi štete u vidu buduće rente, veštačenjem se vrši kapitalizacija i tako dobijeni iznos buduće rente uračunava se kod utvrđivanja obima štete do visine osigurane sume. Međutim, kada se radi o zahtevu oštećenog za izmenu ranije dosuđene rente zbog promenjenih okolnosti, više se ne može raspravljati o limitu osiguranja, odnosno, da li je limit iscrpljen izvršenim isplatama, pošto je za kasnije izmene rente relevantno stanje pokrivenosti limita prilikom prvog presuđenja,[47]

---

[42] V. Theo *Guhl*, Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Bearbeitet von Alfred *Koller*, Anton K. *Schnyder*, Jean Nicolas *Druey*, Schultess, Zürich, 2000, str. 68. tač.66.

[43] *Bundesgerichtentscheid*, Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Lausanne, BGE 117 II 609.

[44] V. Bundesgericht, in: *Aktuelle juristische Praxis*, 1999, 1162.

[45] BGE (Bundesgerichtliche Entscheidungen), 86 II 7, 104 II 309, 113 II 349.

[46] Theo *Guhl*, Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Bearbeitet von Alfred *Koller*, Anton K. *Schnyder*, Jean Nicolas *Druey*, Schultess, Zürich, 2000, str. 68. tač. 67.

[47] Odluka VS od 26.09.1996, br. PsG./96.

VI

Izmena pravnosnažno utvrđene rente zbog promenjenih okolnosti

12. Poznato je da je pravilo o *clausuli rebus sic stantibus* (raskid ugovenora zbog promenjenih okolnosti) *vezano za ugovorno*,[48] a ne za deliktno *pravo*. Otuda se to opšte pravilo o promenjenim okolnostima ne primenjuje za izmenu pravnosnažno utvrđene deliktne rente. Primenjuje se *specijalno pravilo o promenjenim okolnostima*, koje je zakon (ZOO) prilagodio za deliktno pravo. [49] Dakle, radi se o specijalnoj „klauzuli rebus sic stantibus", koja u ovom slučaju znači, da sud neće dopustiti zahtev za izmenu pravnosnažno utvrđene rentne naknade štete, ukoliko nema bitnih, novih okolnosti vezanih za iznos zarade oštećenog, tj. njeno bitno smanjenje ili povećanje, odnosno prestanak isplate zarade.[50] Ovde se dakle ne radi o okolnostima otežanog izvršenja obaveze kao kod ugovornog prava, već o smanjenju zarade oštećenog usled daljeg pogoršanja radne sposobnosti.

Izmena pravnosnažno utvrđene sukcesivne rente deliktnog porekla može uslediti u slučaju da je renta utvrđena aktuarskim računom, a u odnosu na hipotetične elemente je došlo do *bitne promene okolnosti*, tako što je došlo do značajnog pogoršanja ili poboljšanja stanja zdravlja oštećenog radnika, a to je uticalo na dalje bitno smanjenje zarade nakon oštećenja na novom radnom mestu, ili do bitnog povećanja. Ta izmena, kao što je već ukazano, ne vređa princip pravnosnažnosti, budući da se radi o činjenicama koje sud nije imao u vidu u vreme presuđenja, tj. donošenja prvobitne odluke o rentnoj naknadi izgubljene zarade.[51]

---

[48] V. čl. 133-136. ZOO.

[49] V. čl. 196. ZOO. Po ovom članu sud može na zahtev oštećenika za *ubuduće* povećati rentu, a može je na zahtev štetnika smanjiti ili ukinuti, ako se *znatnije promene okolnosti* koje je sud imao u vidu prilikom donošenja ranije odluke. Kurziv: J.S.

[50] Po domaćoj sudskoj praksi sud može da za ubuduće poveća rentu, ako se znatnije promene okolnosti koje je sud imao u vidu prilikom donošenja ranije odluke. VS, odluka od 14.06. 2003.g., br. Rev. 1147/01. Po sličnom stanovištu VS, ako je došlo do znatnijih promena okolnosti pod kojimaa je dosuđena novčana renta zbog smanjene radne sposobnosti, kao oblika materijalne štete, može se tražiti izmena odluke o dosuđenoj renti, ali samo za ubuduće, pošto bi povećanje rente za proteklo vreme bilo protivno prirodi ovog oblika naknade štete. Odluka VS od 13.09.2003. g. br. Rev. 1752/84.

[51] V., Jožef *Salma*, Obligaciono pravo, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2009, str. 615; Obren *Stanković*, Naknada štete u vidu rente, Službeni list SFRJ, Beograd, 1975., str. 7; Obren *Stanković*, Izmena iznosa rente zbog pogoršanja ili poboljšanja povrede, Pravni život, str.5-15; tako i *Vrhovni sud Vojvodine*, Rev.425/83 od 22, IX 1983, Pravo, br.1/1986,str.74.V. čl. 188/4,5 ZOO prema kome poverilac može tražiti rentu u ukupnoj svoti ako dunik ne da traženo obezbeđenje za isplatu rente, odnosno, poverilac može kapitaliziranu rentzu tražiti iz ozbiljnih razloga.

Prema praksi sudova *izmena iznosa rente vredi samo za period od podnošenja tužbe* za izmenu rente, pošto je ranija visina rente obuhvaćena pravnosnažnošću presude kojom je dosuđena.[52]

Prema novijoj praksi Apelacionog suda u Novom Sadu, postoji mogućnost izmene visine naknade štete dosuđene zbog telesne povrede i izgubljene radne sposobnosti (st. 2. čl. 195 i čl. 196 ZOO). Prema sentenci, oštećeni kome je *vansudskim poravnanjem* dosuđena renta zbog telesne povrede i izgubljene radne sposobnosti, može da traži povećanje rente samo od dana podnošenja tužbe.[53]

VII

Rentna odšteta kao lično pravo oštećenog – neprenosivost

Prema ispravnom stanovištu naše vrhovne sudske prakse, zasnovano na zakonu[54] pravo na naknadu štete je lično pravo koje se ne može prenositi na treća lica osim dospelih iznosa, ali samo ako su utvrđeni pravnosnažnom sudskom odlukom ili pismenim sporazumom.[55]

VIII

Zaključne napomene

U radu smo ukazali na to da je renta sukcesivna (periodična) obligacija. Može biti ugovornog porekla, kao što je to slučaj sa ugovorom o doživotnom izdržavanju. Renta može imati i deliktno poreklo i tada ima funkciju naknade štete, tako da se šteta ne nadoknađuje odjednom, u jedinstvenom iznosu, kao što je to po pravilu slučaj kod naknade štete. Obrazloženje za sukcesivnu naknadu kod pojedinih vrsta deliktne štete, kao što je to slučaj sa umanjenjem radne sposobnosti, jeste u tome, što se i šteta iskazuje periodično, a ne odjednom. Radnik zbog telesnog oštećenja ima umanjenu radnu sposobnost, a time i umanjenu zaradu.Šteta mu se ponavlja svakog meseca u vidu razlike između zarade pre i posle oštećenja.Razmotreni su različtiti vidovi rentne odštete: sukcesivna renta kao pravilo, kumulativna renta kao izuzetak - opravdan naročitim razlozima

[52] V., Jožef *Salma*, Obligaciono pravo, Novi Sad, 2009, str. 616; Vrhovni sud Vojvodine, Rev.425/83, od 22, 09.1983, V br. 1/1884, str.15. V. čl.188/1.

[53] Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž.2144/2011 od 01.09.2011.g.

[54] V. čl. 197. ZOO. Po ovoj odredbi nenasledivo je pravo na rentu usled smrti bliskog lica ili povrede tela, odnosno oštećenja zdravlja, osim dospelih iznosa utvrđenih pravnosnažnom presudom ili pismenim sporazumom (ali ne i pravo na naknadu štete u opšte). V. u tom smislu odluku VS od 13.09. 2003, br. Rev. 5893/95.

[55] V. odluka VS od 25. 03.2003.g., br. Gž. 11911/02.

na strani oštećenika, kao što je potreba za prekvalifikacijom. Kod utvrđivanja visine mesečne rente, analizirani su metod aktuarskog računa, kod koga se vodi računa o elementima sadašnje i buduće štete. Zbog hipotetičkih činjeničnih elemenata aktuarskog računa, zakon dopušta naknadnu reviziju pravnosnažne presude o renti, ukoliko su se okolnosti u vezi zarade ostvarene posle oštećenja bitno izmenile, u odnosu na stvarne i hipotetične činjenice koje su se imale u vidu u vreme dosuđivanja rentne naknade, tako da je zarada bitno umanjena ili je prestala, usled pogoršanja ili prestanka radne sposobnosti. Konstatuje se, da kod revizije rente nema proboja pravnosnažnosti, pošto činjenično dejstvo pravnosnažnosti ne obuhvata bitno nove okolnosti.

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

Annuity as a Form of Compensation for Future Loss Caused by Torts

Abstract: *This paper analyzes annuity, as a periodical obligation, which can emanate either from a contract, as in the case of maintainance or life annuity contract, or from tort. In the latter case, it has the function to provide compensation for future loss, but not in a single payment, which is regularly the consequence of liability for torts. The justification for such successive means of compensation is that by certain types of torts, such as in the case of disability or decreased ability to work, damage does not appear in one given moment, but accrues periodically, as successive future loss. An employee, for example, suffering personal injury, may become disabled to work or their ability to work may decrease, thereby they may earn less than previously. Damage in this case accrues each month in the amount of the difference between the wages earned before and after the injury.*

The author differentiates between successive annuity, as a rule, and cumulative annuity (lump sump), as an exception, justified by special considerations on the side of the injured, such as the need to bear the costs of professional retraining, for example. Regarding the determination of the amount of monthly annuity, the subject of analysis was the method of actuarial calculation, which takes into account both present damage and future loss. Due to the hypothetical nature of some elements of such determination, the law allows a subsequent revision of judgement on the amount of annuity, which has become conclusive, if the circumstances concerning the injured persons's ability to work has changed substantially in the meantime. For instance, due to the subsequent deterioration of injured person's ability to work, they may earn less or may not earn at all. Such subsequent revision of the judgement does not break through the rules on legal finality of judgements, since the effect of legal finality does not comprise new circumstances of the case. The author supports the standpoint that annuity is an adequate form of compensation for disability or decreased ability to work, since in such case the future loss accrues successively, in monthly differences of wages before and after the injury. Contrarily, by the overall decrease of viability, causing mental suffering due to impossibility of accomplishing former capabilities (such

as the sense of sight, disability of movement), annuity is not a proper form of compensation, since immaterial damage does not emerge periodically, but in a single moment and lasts uninterruptedly.

Key words: *annuity as a form of compensation for disability to work, successive annuity, cummulative annuity, contractual annuity and annuity as damages, actuarial calculation as a means of determination of the amount of annuity, compensation by action for damages accrued in the past, compensation by instruments of social security insurance, right of the social insurance body to reimburse the amount of compensation from the tortfeasor*

Originalni naučni rad 339.543.6:061.1EU(497.11)
doi:10.5937/zrpfns47-4467

Dr Mile Vranješ, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu

O SARADNJI CARINSKIH ADMINISTRACIJA U EVROPSKOJ UNIJI I SRBIJI[1]

Sažetak: *Saradnja carinskih administracija između država članica Evropske unije i saradnja Uprave carina Republike Srbije sa inostranim carinskim administracijama kroz efikasnu razmenu informacija je, svakako, jedna je od bitnih konvencionalnih mera u suzbijanju evazije carina, kao i značajna mera u povećanju efikasnosti kod naplate carina. Problematika razmene informacija na području carina u Evropskoj uniji uređena je sa dva glavna instrumenta i to: Uredbom Saveta 515/97, koja reguliše uzajamnu pomoć između administrativnih organa država članica i njihovu saradnju sa Komisijom u cilju pravilne primene propisa o carinama i poljoprivredi i Direktivom Saveta 2010/24 EU o uzajamnoj pomoći kod naplate potraživanja u vezi sa određenim taksama, carinama, porezima i drugim merama. Pored toga, sadašnji višegodišnji program za carine u Evropskoj uniji (Carine 2013) nalazi se u Odluci Evropskog parlamenta i Saveta 624/207. Problematika razmene informacija na području carina u Republici Srbiji uređena je jednim glavnim instrumentom: Sporazumom o administrativnoj saradnji u carinskim pitanjima Republike Srbije i drugih država.*

Ključne reči*: saradnja carinskih administracija, razmena informacija, carine, Evropska unija, Srbija.*

I Uvod

Saradnja carinskih administracija između država članica Evropske unije (u daljem tekstu: EU)[2] u pogledu efikasne razmene informacija je

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

[2] U okviru rada koristiće se i termin Zajednica, koja je postojala pre stupanja na snagu Lisabonskog ugovora i u okviru koje su donešeni relevantni propisi.

uslovljena dvema činjenicama. Prva činjenica je, da EU ima zajedničku carinsku politiku prema ostatku sveta, da ulazak u EU ne predviđa individualnu carinsku politiku pojedinih država članica i da se pravna tekovina Carinske unije sastoji isključivo od, za države članice obavezujućeg zakonodavstva koje ne zahteva prenošenje u nacionalno pravo. Srbija još uvek nije članica EU, iz čega bi proizilazila obaveza primene obavezujućeg zakonodavstva Carinske unije. Međutim, pošto je zaključila Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju sa Evropskim zajednicama i njenim državama članicama, koji reguliše i neka carinska pitanja, ona je u obavezi da ga primenjuje. Ovaj Sporazum predstavlja jedno nadnacionalno ograničenje carinskih ovlašćenja države Srbije. Druga činjenica je, da je sve lakša komunikacija između carinskih administracija u EU i Srbiji u pogledu efikasne razmene informacija zbog primene savremenih informacionih tehnologija.

Saradnja carinskih administracija u EU i Srbiji u pogledu efikasne razmene informacija ima veliki značaj, jer je to jedna od bitnih konvencionalnih mera: u suzbijanju evazije carina, u povećanju efikasnosti kod naplate carina, efikasne carinske kontrole, odnosno nadzora i olakšavanja trgovine i snaženja privrednog sektora i jačanja borbe protiv prekograničnog kriminala.

Predmet saradnje carinskih administracija je razmena podataka o carinskim dužnicima, fizičkim i pravnim licima, i to podataka koji su bitni za utvrđivanje carinske obaveze. Saradnja u razmeni informacija između država članica EU na području carina uglavnom je usmerena na osiguranje pravilne primene carinskih propisa od strane zemlje/administracije odgovorne za njihovo sprovođenje.[3] Pri tome, treba imati u vidu da podaci koji su od značaja za carinske vlasti jedne zemlje treba da budu dostupni carinskoj vlasti druge zemlje. No, potpuna slobodna razmena podataka, s ciljem utvrđivanja i naplate carina, nije moguća zbog prepreka poput: prava carinskog dužnika, npr. njegovo pravo na zaštitu privatnosti ili pravo na čuvanje poslovne tajne. Takvu prepreku predstavlja i državni suverenitet, odnosno fiskalni suverenitet.

Efikasna razmena informacija u carinskim stvarima u EU regulisana je brojnim pravnim aktima u kojima se ističe potreba za kontinuiranim poboljšanjem te saradnje. Pored Ugovora o funkcionisanju EU, Carinskog zakonika EU (Modernizovani carinski zakonik), Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između EU i država nečlanica, odnosno sporazuma o carinskoj saradnji između EU i država članica EU sa drugim državama

[3] Vid.: Prats F. A. G., „Mutal Assistance in Collection of Tax Debts". *Intertax*, vol. 30/1, 2002, str. 60.

koje regulišu carinsku saradnju u EU, treba posebno istaći još dva glavna pravna akta: Uredba Saveta 515/97 [4] o uzajamnoj pomoći između administrativnih organa država članica i njihovu saradnju sa Komisijom kako bi se obezbedila pravilna primena propisa o carinama i poljoprivredi i Direktiva Saveta 2010/24/EU [5] o uzajamnoj pomoći pri naplati potraživanja u vezi sa određenim taksama, carinama, porezima i drugim merama, koji su za države članice EU prinudni evropski propisi.

Efikasna razmena informacija u carinskim stvarima u Srbiji regulisana je: u prvom redu sporazumima o administrativnoj saradnji u carinskim pitanjima Republike Srbije i drugih država, Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica s jedne strane, i Republike Srbije s druge strane (u daljem tekstu: SSP).

Cilj ovog rada je analiza saradnje carinskih administracija u EU i Srbiji koja je manifestovana putem instituta razmene informacija o carinama. Rad je podeljen na četiri dela: prvi i četvrti su uvod i zaključak. U drugom delu, ukazano je na odredbe Uredbe Saveta br. 515/97, Direktive 2010/24 i na sadašnji višegodišnji program za carine u Zajednici (Carine 2013). U trećem delu, ukazano je na sporazume o administrativnoj saradnji u carinskim pitanjima Republike Srbije i drugih država i na odredbe SSP, kao i na odgovore Republike Srbije na Upitnik Evropske komisije – Poglavlje 29 Carinska unija, odnosno na Izveštaj Evropske komisije o napretku Srbije za 2012. godinu Poglavlje 29: Carinska unija.

II Carinska saradnja u Evropskoj uniji

U *Ugovoru o funkcionisanju Evropske unije* sadržana je odredba po kojoj u okviru područja primene ugovora, Evropski parlament i Savet, odlučujući u skladu sa redovnim zakonodavnim postupkom, preduzimaju mere radi jačanja carinske saradnje između država članica i između njih i Komisije.[6] Navedena odredba je načelnog karaktera. To što je carinska saradnja sadržana u najvišem pravnom aktu EU govori da se toj saradnji pridaje veliki značaj. Takođe, u Ugovoru o funkcionisanju Evropske unije

[4] Official Journal of the European Union, L 82, Council Regulation (EC) No 515/97 of 13 March 1997 on mutual assistance between the administrative authorities of the Member States and cooperation between the latter and the Commission to ensure the correct application of the law on customs and agricultural matters, 22. 3. 1997.

[5] Official Journal of the European Union, L 84/1, Council Directive 2010/24/EU of 16 March 2010 concerning mutual assistance for the recovery of claims relating to taxes, duties and other measures.

[6] Vid.: čl. 33 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (Treaty on the Functioning of the European Union).

sadržana je i odredba koja se odnosi na Carinsku uniju,[7] a koju danas čini svih 28 država članica EU. To je od značaja zbog proširenja uobičajenih mogućnosti razmene podataka.

U *Uredbi (EZ)* br. 450/2008 *Evropskog parlamenta i Saveta* od 23. aprila 2008. godine *o Carinskom zakoniku Zajednice (Modernizovani carinski zakonik)* [8] sadržane su odredbe u Poglavlju 2: „Prava i obaveze u vezi s carinskim zakonodavstvom“, u Odeljku 1: „Pružanje informacija” o razmeni i pohranjivanju podataka; zaštiti podataka; razmeni dodatnih informacija između carinskih tela i privrednih subjekata; informacije koje pružaju carinska tela; pružanje informacija carinskim telima; elektronski sistemi.

U *Uredbi Saveta (EEZ)* br. 2913/92 od 12. oktobra 1992. godine o *Carinskom zakoniku Zajednice* [9] sadržane su odredbe koje se na indirektan način odnose na carinsku saradnju u EU.

Konvencija o uzajamnoj pomoći i saradnji među carinskim administracijama iz 1997. godine[10] reguliše posebne oblike saradnje koji se odnose na prekogranične akcije za sprečavanje, istragu i krivično gonjenje određenih povreda propisa država članica i Zajednice o carinama koju je ratifikovalo samo devet država članica EU.

Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između EU i država nečlanica EU sadrži odredbe o carinskoj saradnji. Inače, pravna osnova za zaključivanje ovog Sporazuma u *acquis communautaire*-u jeste čl. 310 Ugovora o Evropskoj zajednici, kojim je propisano da „Zajednica može s jednom ili više država ili međunarodnih organizacija zaključiti sporazume kojima se ustanovljava pridruživanje koje uključuje uzajamna prava i obaveze, zajedničko delovanje i poseban postupak.”

Uredba Saveta 515/97 *o uzajamnoj pomoći između administrativnih organa država članica i o njihovoj saradnji sa Komisijom kako bi se obezbedila pravilna primena propisa o carinama i poljoprivredi* (u daljem tekstu: Uredba 515/97) predstavlja jedan od glavnih instrumenata koji reguliše uzajamnu pomoć u oblasti carina.

---

[7] Vid.: Mile Vranješ, „Carine i carinska politika u funkciji ostvarivanja regionalnih ekonomskih integracija: primer Evropska unija”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1/2012, str. 105 i 106.

[8] Regulation (EC) No 450/2008 of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 laying down the Community Customs Code (Modernised Customs Code), *Official Journal*, L 145, 4. 6. 2008. str. 1–64.

[9] Council Regulation (EEC) No 2913/92 of 12 October 1992 establishing the Community Customs Code, *Official Journal* L 302, 19. 10. 1992, str. 1–50.

[10] Official Journal of the European Communities, C 024, Convention drawn up the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, on mutual assistance and cooperation between customs administrations (Naples II Convention), 23. 01. 1998, str. 2–22.

Direktiva Saveta 2010/24/EU o uzajamnoj pomoći pri naplati potraživanja koja se odnose na poreze, carine i druge mere (u daljem tekstu: Direktiva 2010/24) predstavlja, takođe, jedan od glavnih instrumenata koji reguliše uzajamnu pomoć u oblasti carina.

Odluka Evropskog parlamenta i Saveta 624/2007 o sadašnjem višegodišnjem programu za carine u Zajednici (Carine 2013) sadrži odredbe o carinskoj saradnji.

Kada je reč o Uredbi 515/97, ona i Direktiva 2010/24 sadrži odredbe koje su izuzetno važne za pojedince, carinske i druge organe.[11] Ova Uredba reguliše načine na koje administrativni organi, nadležni za primenu propisa o carinskim i poljoprivrednim pitanjima u državama članicama, treba da sarađuju međusobno i sa Komisijom, zatim odnose sa trećim zemljama i carinski informacioni sistem kako bi se obezbedila usklađenost tih propisa u okviru sistema Zajednice. Za promet određenih roba, u skladu sa ciljevima Uredbe 515/97, a posebno kada nije pokazana carinska deklaracija, ili kada je ona nekompletna ili kada postoji sumnja da su podaci u njoj lažni, Komisija ili nadležni organ svake države članice mogu da sa nadležnim organima bilo koje druge države članice ili sa Komisijom razmenjuju određene podatke. Svaka država članica mora da omogući svakoj drugoj državi članici pristup podacima koji se odnose na:[12] poslovno ime; trgovačko ime; adresu poslovanja; PDV identifikacioni broj poslovanja; identifikacioni broj akciza; informacije o tome da li su PDV identifikacioni broj i/ili identifikacioni broj akciza u upotrebi; imena rukovodioca, direktora i, ako je moguće, glavnih akcionara; broj i datum izdavanja fakture; i fakturisani iznos.

Kada nacionalni organi odluče da kao odgovor na zahtev za administrativnu pomoć ili saopštenje, temeljeno na ovoj Uredbi, preduzmu mere koje mogu biti primenjene samo uz odobrenje ili na zahtev sudskog organa, svaka informacija koja je tako pribavljena (a tiče se primene propisa o carinama i poljoprivredi) mora biti saopštena kao deo administrativne saradnje propisane Uredbom 515/97, ali svako takvo saopštenje moraju prethodno odobriti i sudski organi ukoliko je to neophodno prema nacionalnom pravu.[13] Dakle, ova Uredba propisuje tajnost podataka. Tajnost podataka u vezi sa institutom njihove međunarodne razmene u sklopu saradnje carinskih administracija zemalja članica odnosi se na obavezu njihove zaštite.

---

[11] Laurence W. Gormley, EU Law of Free Movement of Goods Customs Union, Oxford, 2009, str. 561.

[12] Vid.: čl. 2a Uredbe 515/97.

[13] Vid.: čl. 3 Uredbe 515/97; vid.: Laurence W. Gormley, op. cit., str. 562–564.

Uredba 515/97 navodi dva oblika saradnje između carinskih administracija zemalja članica: 1) pomoć na zahtev i 2) spontana pomoć.

Kod razmene informacija na zahtev države članice[14] primalac zahteva[15] mora da pruži informacije podnosiocu zahteva[16] koje će obezbediti usklađenost sa odredbama propisa o carinama i poljoprivredi, a posebno one koje se odnose na primenu carina i troškova koji imaju identično dejstvo, zajedno sa poljoprivrednim taksama i drugim troškovima, predviđenim zajedničkom poljoprivrednom politikom ili posebnim sporazumima koji se primenjuju na određenu robu dobijenu preradom poljoprivrednih proizvoda. Kako bi dobio traženu informaciju, organ koji je primio zahtev za pomoć ili administrativni organ kojem se on obrati, postupa kao za sopstveni račun ili na zahtev drugog tela u sopstvenoj zemlji.[17] Navedena odredba Uredbe 515/97 ne propisuje obavezu za državnog organa koji je primio zahtev za pomoć, da traženu informaciju dostavi što je moguće pre, zatim propisuje obavezu za državnog organa (kome je upućen zahtev za pomoć) da zatraži od drugih administrativnih organa informacije kojima sam ne raspolaže i da te informacije dostavi nadležnom telu države članice podnosioca zahteva kako bi mu mogle omogućiti pravilno utvrđivanje carina.

Pomoć na zahtev može uključivati: 1) pristup dostupnim dokumentima, a organ kome je upućen zahtev za pomoć dostaviće organu koji je podneo zahtev za pomoć sve potvrde, dokumenta ili overe prepisa dokumenata koje poseduje ili koje je dobio, a koji se odnose na postupke koji uređuju carinsko ili poljoprivredno zakonodavstvo;[18] 2) vršenje posebnog nadzora nad licima kada postoji osnovana sumnja da krše propise o carinama i poljoprivredi; 3) vršenje nadzora nad mestima gde se roba skladišti na način koji daje osnova za sumnju da se obavljaju aktivnosti suprotne propisima o carinama i poljoprivredi; 4) vršenje nadzora nad kretanjem robe koja predstavlja objekt mogućih kršenja propisa o carinama i poljoprivredi; 5) vršenje nadzora i nad transportnim sredstvima kada postoje razumni osnovi da se posumnja kako se ova sredstva koriste za aktivnosti kojima se krše propisi o carinama i poljoprivredi.[19]

---

[14] Vid.: čl. 4–13 Uredbe 515/97.

[15] U postupku razmene informacija po prethodnom zahtevu pod pojmom primalac zahteva podrazumeva se nadležno telo države članice kojoj se upućuje zahtev za pomoć, vid.: čl. 2 (1) Uredbe 515/97.

[16] U postupku razmene informacija po prethodnom zahtevu pod pojmom podnosilac zahteva podrazumeva se nadležno telo države članice koje upućuje zahtev za pomoć, vid.: čl. 2 (1) Uredbe 515/97.

[17] Vid.: čl. 4 Uredbe 515/97.

[18] Vid.: čl. 5 Uredbe 515/97.

[19] Vid.: čl. 7 Uredbe 515/97; vid.: Laurence W. Gormley, op.cit., str. 565-566.

Pomoć na zahtev može da uključi i sprovođenje ili omogućavanje sprovođenja odgovarajućih administrativnih istraga povodom aktivnosti koje predstavljaju ili se bar organu koji traži pomoć čini da predstavljaju kršenje propisa o carinama i poljoprivredi.[20] Organ kome je upućen zahtev za sprovođenje (posebne) administrativne istrage ili administrativni organ kome se on obrati pokreće administrativnu istragu kao da postupa za svoj račun ili na zahtev drugog organa u svojoj zemlji. Organ kome je upućen zahtev za sprovođenje (posebne) administrativne istrage dužan je da saopšti rezultate takvih istraga organu koji je podneo zahtev.[21]

U dogovoru nadležnih organa, tj. u skladu sa načelom uzajamnosti, službenici iz jedne države članice mogu biti prisutni u službenim prostorijama druge države članice prilikom vršenja istrage. Pri tome, oni ne mogu aktivno učestvovati u vršenju istrage.[22] U dogovoru nadležnih organa i u skladu sa postupcima koje je utvrdio organ (kome je upućen zahtev za pomoć), službenici koje je propisano ovlastio taj isti organ mogli bi iz službenih prostorija dobiti informacije o primeni zakona o carinskim i poljoprivrednim pitanjima a koje se izvode iz dokumentacije kojoj službenici imaju pristup i ovlašćeni su da kopiraju navedenu dokumentaciju.[23] Prisustvo službenika carinskih administracija u drugim državama, prilikom vršenja istrage, kao jedna „agresivnija" mera i vrsta uporednog nadzora, tj. carinskog nadzora, može ubrzati i pojednostaviti razmenu informacija, posebno u složenim slučajevima.

Organ od koga je tražena pomoć mora da učini dostupnim organu koji traži pomoć odgovarajuće potvrde, dokumenta ili overene prepise dokumenata koje poseduje ili koje je dobio a odnose se na postupke koji uređuju carinsko ili poljoprivredno zakonodavstvo.[24] Nalazi, potvrde, informacije, dokumenta, overene kopije i druga obaveštenja koja pribavi organ jedne zemlje i dostavi onoj zemlji koja je pomoć tražila u toku postupka, mogu biti korišćeni kao dokazi od strane nadležnih tela države članice čiji je organ tražio pomoć.[25]

Kod razmene informacija bez prethodnog zahteva države članice, nadležni organ države članice proslediće nadležnom organu druge države članice informacije i bez njenog prethodnog zahteva, u postupku spontane razmene, i to u slučajevima kada to smatra neophodnim i korisnim za

[20] Vid.: Laurence W. Germley, op.cit., str. 566.
[21] Vid.: čl. 9, stav1 Uredbe 515/97.
[22] Vid.: čl. 9, stav 2 Uredbe 515/97.
[23] Vid.: čl. 10 Uredbe 515/97.
[24] Vid.: čl. 5 Uredbe 515/97.
[25] Vid.: čl. 12 Uredbe 515/97.

poštovanje propisa o carinama i poljoprivredi, obavljaće poseban nadzor o kome je bilo reči, i obaveštavati nadležne organe druge države članice o informacijama koje poseduje (posebno izveštaje i druge dokumente ili njihove overene kopije i izvode uz postupke koji predstavljaju ili za koje se njima čini da predstavljaju kršenje propisa o carinama i poljoprivredi).[26] Nadležni organ države članice šalje nadležnom organu druge države članice sve relevantne informacije o postupcima koji predstavljaju ili za koje se njima čini da predstavljaju kršenje propisa o carinama i poljoprivredi, a posebno one o robi i novim načinima i sredstvima sprovođenja takvih postupaka.[27] Informacije koje službenici jedne države članice dobiju prosleđuju drugoj državi članici i mogu biti korišćeni kao dokazi za nadležna tela države koja je primila pomoć.[28]

Što se tiče odnosa sa Komisijom, ova Uredba propisuje da nadležni organi svake države članice moraju da saopšte Komisiji svaku informaciju koju smatraju značajnom, a odnosi se na: robu koja je predmet kršenja propisa o carinama ili poljoprivredi, načine odnosno praksu koji se koriste, ili se sumnja da se koriste, za kršenje ovih propisa, kao i informacije koje se odnose na zahteve za pomoć, preduzete aktivnosti i razmenjene informacije, koje mogu da otkriju krivična dela i carinske prekršaje u oblasti carina i poljoprivrede. Takođe, države članice će dostaviti Komisiji svaku informaciju o nedostacima ili prazninama u propisima o carinama i poljoprivredi koje su postale očigledne ili se mogu izvesti iz primene ovih propisa.[29] Komisija će, odmah po prijemu, dostaviti nadležnim organima svake zemlje članice informacije koje im mogu pomoći da sprovedu propise o carinama ili poljoprivredi.[30]

Kada nadležni organi neke države članice saznaju za aktivnosti koje predstavljaju ili bi mogle da predstavljaju kršenje propisa o carinama i poljoprivredi, koje su od posebnog značaja na nivou EU, treba da što je pre moguće, saopšte Komisiji, po sopstvenoj inicijativi ili kao odgovor na obrazloženi zahtev Komisije, sve relevantne informacije, potrebne za utvrđivanje činjenica, kako bi Komisija mogla da koordiniše mere koje preduzimaju države članice. Komisija mora da prosledi ove informacije nadležnim organima drugih država članica.[31] U roku od šest meseci od prijema ovih informacija, nadležni organi država članica moraju da dosta-

[26] Vid.: čl. 14 Uredbe 515/97.
[27] Vid.: čl. 15 Uredbe 515/97.
[28] Vid.: čl. 16 Uredbe 515/97.
[29] Vid.: čl. 17, stav 1 Uredbe 515/97.
[30] Vid.: čl. 17, stav 2 Uredbe 515/97.
[31] Vid.: čl. 18, stav 1 Uredbe 515/97.

ve Komisiji pregled anti-prevarnih mera koje su preduzele na osnovu primljenih informacija. Komisija, na osnovu ovih predloga mera mora da pripremi i pošalje državama članicama izveštaje o rezultatima mera preduzetih od strane države članice.[32]

Kada Komisija smatra da su se nepravilnosti pojavile u jednoj ili više država članica, ona mora da ih o tome obavesti, a te države moraju u najkraćem roku da sprovedu istragu, kojoj mogu da prisustvuju i službenici Komisije pod gore navedenim uslovima. Ove države članice moraju, što je pre moguće, da pošalju Komisiji rezultate istrage.[33]

Komisija treba da osnuje i rukovodi bazom podataka primljenih od javnih ili privatnih subjekata, koji su aktivni u međunarodnom lancu nabavki. Ova baza podataka može pomoći državnim organima da otkriju kretanje robe koja je predmet potencijalnih kršenja propisa o carinama ili poljoprivredi, kao i otkrivanje sredstava transporta, uključujući i kontejnere korišćene za ove svrhe.[34]

Što se tiče *odnosa sa trećim zemljama*, ova Uredba propisuje da ukoliko se neka treća zemlja pravno obavezala da će pružiti pomoć neophodnu za prikupljanje svih dokaza o nepravilnostima koje predstavljaju kršenje propisa o carinama ili poljoprivredi ili da će utvrditi delokrug aktivnosti za koje je utvrđeno da predstavljaju kršenje ovih propisa, toj zemlji će biti dostavljene informacije dobijene u skladu sa Uredbom 515/97. Informacije će dostaviti Komisija ili zainteresovana država članica uz prethodnu saglasnost nadležnih organa države članice koja obezbeđuje informacije (tamo gde je to neophodno). Takođe, informacije može dostaviti Komisija ili zainteresovane države članice unutar okvira zajedničke akcije, ukoliko su informacije obezbeđene od više država članica, a podležu prethodnoj saglasnosti nadležnih organa država članica koje obezbeđuju informacije. Država članica mora dostaviti informacije u skladu sa svojim domaćim odredbama o prenosu ličnih podataka trećim državama. U svim slučajevima, mora se obezbediti da pravila treće zainteresovane države pružaju odgovarajući stepen zaštite.[35] Navedena odredba Uredbe 515/97 kojom je predviđena mogućnost saradnje sa trećim državama tako što će im biti dostavljene informacije, znači ostvarenje načela ekonomičnosti pri razmeni informacija, i samim time i povećanje efikasnosti u suzbijanju izbegavanja carinske obaveze.

[32] Vid.: Laurence W. Gormley, op.cit., str. 569–570.
[33] Vid.: čl. 18, stav 4 Uredbe 515/97.
[34] Vid.: Laurence W. Gormley, op.cit., str. 570.
[35] Vid.: čl. 19 Uredbe 515/97.

Komisija može, kako bi ispunila ciljeve Uredbe 515/97, pod propisanim uslovima, da rukovodi administrativnim i istražnim radnjama Zajednice u trećim državama, u koordinaciji i bliskoj saradnji sa nadležnim organima država članica. Komisija obaveštava države članice i Evropski parlament o rezultatima ovih aktivnosti.[36] Nalazi i informacije dobijeni na ovaj način, a posebno dokumenta koja dostave nadležni organi trećih zemalja, treba da budu korišćeni u skladu sa odgovarajućim odredbama Uredbe 515/97 koje se odnose na tajnost podataka i ograničenja u razmeni informacija.[37]

Što se tiče carinskog informacionog sistema,[38] ova uredba uspostavlja jedan automatizovani informacioni sistem – „Carinski informacioni sistem", kako bi ispunio potrebe administrativnih organa odgovornih za primenu propisa o carinama i poljoprivredi, kao i za zakonodavstvo Komisije. Drugim rečima, ova Uredba predviđa da Carinski informacioni sistem treba da sadrži posebnu bazu podataka nazvanu „Baza za identifikaciju carinskih podataka". Ova centralna baza podataka koja je dostupna preko terminala u svakoj državi članici i Komisiji, treba da pomogne u sprečavanju kršenja carinskih propisa i propisa o poljoprivredi koji se primenjuju na robu koja ulazi ili napušta carinsku teritoriju Zajednice i da olakša i ubrza njihovo otkrivanje i gonjenje. Centralna baza podataka obuhvata isključivo podatke potrebne za ostvarivanje navedenog cilja Carinskog informacionog sistema, uključujući i lične podatke, koji se odnose na: robu, prevozna sredstva, poslovanje, lica, trendove prevara, dostupnost stručnog znanja. Navedeni podaci koji se unose i Carinski informacioni sistem utvrđuju se u skladu sa postupkom koji je propisan odgovarajućim odredbama ove uredbe. Ova uredba propisuje načela koja se moraju poštovati pri primeni Carinskog informacionog sistema vezano za lične podatke, u koju se svrhu mogu uključiti ovi podaci u Carinski informacioni sistem i koje se informacije u skladu sa navedenim mogu (delimično ili u celosti prikupljene) preneti partneru Carinskog informacionog sistema koji je predložio tu meru.

Direktan pristup podacima u Carinskom informacionom sistemu je rezervisan isključivo za nacionalne organe koje odredi svaka država članica i za odeljenja koje odredi Komisija. Ovi nacionalni organi su carinska administracija, ali se mogu uključiti i drugi organi, u skladu sa zakonima, pravilima i postupcima konkretne države članice, koje će delovati

[36] Vid.: čl. 20 Uredbe 515/97.

[37] Vid.: čl. 21 Uredbe 515/97; vid.: Laurence W. Gormley, op.cit., str. 572–573.

[38] Vid.: čl. 23–42 Uredbe 515/97.

kako bi se ostvario postavljeni cilj. Svaka država članica Komisiji šalje popis svojih imenovanih nadležnih organa koji imaju direktan pristup Carinskom informacionom sistemu i za svaki organ podatke o tome kojim podacima smeju imati pristup i u koju svrhu. Komisija o navedenom obaveštava druge države članice. Popis nacionalnih organa i odeljenja Komisije imenovanih na navedeni način objavljuje Komisija za informacije u „Službenom listu EU". Nezavisno od navedenog, Savet, postupajući na predlog Komisije, može odlučiti da međunarodnim ili regionalnim organizacijama omogući pristup sistemu pod uslovom da sa tim organizacijama istovremeno sklopi protokol u skladu sa odredbama Konvencije između država članica i EU o upotrebi informatičke tehnologije u carinske svrhe, pri čemu će se kod donošenja te odluke voditi računa o postojećim dvostranim sporazumima ili sporazumima EU u ovoj oblasti i adekvatnosti nivoa zaštite podataka.

Uredba 515/97 predviđa da će Komisiji pomagati *Odbor,* odnosno Komitet.[39] Određene mere koje su usmerene na menjanje elemenata Uredbe koji nisu suštinskog karaktera, treba da budu usvojene u skladu sa regulatornom procedurom, na kritički način. Komitet treba da ispituje sva pitanja koja se odnose na primenu Uredbe 515/97 i koja mogu biti pokrenuta od strane predsedavajućeg, na njegovu sopstvenu inicijativu ili po zahtevu predstavnika neke države članice. On ispituje sledeća pitanja: 1) opštu primenu sporazuma o uzajamnoj pomoći, predviđenih u Uredbi Saveta 515/97; 2) usvajanje praktičnih sporazuma za prosleđivanje određenih informacija; 3) određene informacije koje su poslate Komisiji, kako bi se procenilo da li se nešto može saznati iz njih, da odluči o merama potrebnim da se okončaju aktivnosti koje predstavljaju kršenje propisa o carinama i poljoprivredi i kada je to moguće, da predlaže amandmane na postojeće propise EU; 4) organizaciju zajedničkih carinskih aktivnosti, a naročito aktivnosti nadgledanja: 5) pripremanje istražnih radnji preduzetih od strane država članica, a koje koordinišu Komisija i misije EU; 6) mere preduzete u cilju čuvanja poverljivosti informacija, a posebno ličnih podataka, razmenjenih na osnovu Uredbe Saveta 515/97; 7) primenu i pravilno funkcionisanje Carinskog informacionog sistema i sve tehničke i operativne mere potrebne da bi se obezbedila sigurnost sistema; 8) potrebu da se čuvaju informacije u Carinskom informacionom sistemu.

Komitet treba da ispituje sve probleme u vezi sa funkcionisanjem Carinskog informacionog sistema sa kojima se susreću nacionalni nadzorni organi. Komitet se sastaje barem jednom godišnje i ima direktan

[39] Vid.: čl. 43 Uredbe 515/97.

pristup Carinskom informacionom sistemu. On usvaja svoja pravila postupka.[40]

Na kraju, ali ne i najmanje važno, Uredba 515/97 reguliše tajnost podataka, tj. informacija i ograničenja u razmeni informacija.[41] Imajući u vidu bitnu osetljivost informacija, lične i poslovne prirode, koje uprave carina država članica saznaju na osnovu razmene, razumljiva je potreba zaštite tih informacija obavezom čuvanja njihove tajnosti. Razmena informacija u carinskim pitanjima osetljiva je zbog mogućeg narušavanja sfere zaštite podataka lične i poslovne prirode koje se odnose na carinskog obveznika i narušavanja suverenosti na osnovu preuzimanja obaveza u vezi sa prosleđivanjem informacija carinskoj administraciji druge države.

U tom smislu, ova Uredba propisuje da bez obzira na oblik, svaka informacija (uključujući i podatke unete u Carinski informacioni sistem) koja se prenosi na osnovu ove Uredbe poverljive je prirode. Ove informacije su predmet obaveze čuvanja profesionalne tajne i uživaju zaštitu koja obuhvataju slične informacije i prema nacionalnom pravu države članice koja je prima i prema odgovarajućim odredbama koje se primenjuju na tela EU. Posebno se ističe da se navedene informacije ne smeju dostavljati drugim licima, osim onima u državama članicama ili unutar institucija EU čije funkcije od njih zahtevaju da ih poznaju ili da se koriste njima. Informacije se ne smeju upotrebljavati u druge svrhe osim onih predviđenih ovom Uredbom.

No, ipak je moguće predvideti i situacije u kojima bi objavljivanje takvih informacija bilo od opšte koristi, ili bi koristilo više nego što bi nanelo štetu. U skladu sa takvim pristupom, Uredbom 515/97 je predviđena mogućnost saopštavanja i korišćenja dobijenih informacija. To može biti učinjeno ako se država članica ili Komisija koja je informacije pružila ili ih unela u Carinski informacioni sistem, izričito složе, pod uslovima koje je utvrdila ta država članica ili Komisija i u onoj meri u kojoj odredbe na snazi u državi članici u kojoj vlast primaoca ima sedište ne zabranjuje takvo saopštenje ili korišćenje informacija. Drugim rečima, ova Uredba propisuje da država članica ili Komisija od koje je informacija zatražena nije obavezna proslediti tu informaciju ako bi to bilo suprotno zakonodavstvu ili administrativnoj praksi. Informacije o fizičkim i pravnim licima prenose se, pak, prema ovoj Uredbi samo onda kada je to neophodno radi sprečavanja, istrage ili pokretanja postupka s obzirom na postupke koji predstavljaju povredu propisa o carinama i poljoprivredi.

---

[40] Vid.: Laurence W. Gormley, op.cit., str. 585, 587 i 588.

[41] Vid.: čl, 45 Uredbe 515/97.

No, navedeno ne isključuje mogućnost korišćenja informacija dobijenih prema ovoj Uredbi u bilo kojem krivičnom ili istražnom postupku koji je naknadno pokrenut s obzirom na neusklađenost sa propisima o carinama i poljoprivredi, pri čemu se nadležno telo koje je pružilo te informacije odmah obaveštava o takvoj upotrebi informacija. Kada država članica obavesti Komisiju da su daljne istrage oslobodile od upletenosti u nepravilnost fizičko ili pravno lice čije je ime preneseno prema ovoj Uredbi, Komisija o tome odmah obaveštava sve strane kojima su ti lični podaci dostavljeni na osnovu ove Uredbe, a dotična lica se tada prestaju smatrati upletenim u nepravilnosti koje su proistekle iz prvog obaveštenja. Kada se lični podaci o dotičnom licu nalaze u Centralnom informacionom sistemu oni se uklanjaju.

Kada je reč o Direktivi 2010/24, treba istaći da ona utvrđuje pravila prema kojima države članice moraju pružati pomoć u naplati potraživanja. Inače, za naplatu carine nisu važni samo podaci koji su dostupni nadležnim carinskim organima zemlje koja naplaćuje carine, već, i podaci koji nisu dostupni nadležnim carinskim organima te zemlje. Podaci koji nisu dostupni nadležnim carinskim organima zemlje koja naplaćuje carine pojavljuju se u velikom broju slučajeva i to zbog prekograničnih odnosa i činjenica. Ti podaci, ponovimo, nisu dostupni nadležnim carinskim organima te zemlje, jer ona nema mogućnost delovanja van područja svoje jurisdikcije. Zbog toga je pomoć na ovom području od posebnog značaja pri naplati carine. Ta pomoć je regulisana ovom Direktivom. Naplata carine vrši se na osnovu izvršne isprave, dakle u postupku carinskog izvršenja (prinudne naplate carine), tj. konkretno po pravosnažnosti izvršne isprave. Jedino tada može biti tražena pomoć pri naplati carine. Takođe, treba imati u vidu da se pri naplati carina naplaćuje i porez na dodatu vrednost, akcize i takse, što proceduru za naplatu carina čini još značajnijom.

Administrativna pomoć u naplati potraživanja odnosi se na: 1) sve poreze (direktne i indirektne) i carine koje je nametnula država članica ili su nametnuti u njeno ime ili u ime njenih političko teritorijalnih jedinica, uključujući i lokalna tela, ili u ime EU; 2) naplate, intervencijske i druge mere koje čine sistem celokupnog ili delimičnog finansiranja Evropskog fonda jemstvo u poljoprivredi (EFJP) i Evropskog poljoprivrednog fonda za ruralni razvoj (EPFRR) uključujući iznose koji se naplaćuju vezano za te postupke; 3) takse i druge carine predviđene u okviru zajedničke organizacije tržišta u sektoru šećera.

Takođe, ova Uredba primenjuje se i na: 1) upravne novčane kazne, globe, takse i dodatne naknade vezane za potraživanja za koja se može zatražiti uzajamna pomoć u skladu sa navedenim, koji naplaćuju upravna

tela nadležna za ubiranje navedenih poreza ili carina ili za sprovođenje administrativnih istraga vezanih za njih ili upravna tela koja su ovlašćena od nadležnih upravnih organa ili pravosudnih tela na njihov zahtev; 2) takse za potvrde i slične dokumente izdate u vezi sa poreskim i carinskim postupkom; kamate i troškove vezane za potraživanja za koja se može zatražiti uzajamna pomoć u skladu sa gore navedenim.

Ova se Direktiva ne primenjuje na doprinose za obavezno socijalno osiguranje, navedene takse, davanja ugovorene prirode kao što je pitanje komunalnih usluga i sankcije kaznene prirode određene na temelju javnog gonjenja ili drugih sankcija kaznene prirode koje nisu obuhvaćene gore navedenim.[42]

Iz navedenog proizilazi širok predmetni obuhvat ove Direktive.

Ovom Direktivom, prestala je da važi Direktiva Saveta 2008/55 o uzajamnoj pomoći kod naplate potraživanja u vezi sa određenim taksama, carinama, porezima i drugim merama.[43]

Ova Direktiva uređuje dva oblika saradnje između država članica pri naplati poreza, carina i drugih mera: 1) razmena informacija na zahtev države članice [44] i 2) razmena informacija bez prethodnog zahteva države članice.[45]

Ova Direktiva reguliše još i: 1) *pomoć u dostavi dokumenata* – zahtev za dostavljanje pojedinih dokumenata vezanih za naplatu potraživanja,[46] način obaveštavanja; [47] 2) *naplatu potraživanja ili mere predostrožnosti*[48] – zahtev za naplatu potraživanja; uslove koji uređuju zahtev za naplatu potraživanja; instrumente kojima se dozvoljava izvršenje u državi članici koja prima zahtev i drugi propratni dokumenti; izvršenje zahteva za naplatu; sporove vezane za potraživanje; izmene ili povlačenje zahteva za pomoć pri naplati; zahtev za mere predostrožnosti; ograničenja u obavezi nadležnog tela kojem se upućuje zahtev; pitanja o ograničenjima, a koja su regulisana isključivo važećim propisima države članice koja podnosi zahtev; troškove potraživanja, tj. ko će snositi troškove postupka pri naplati carina i drugih carinskih dažbina; 3) *opšta pravila koja uređuju sve vrste zahteva za pomoć*[49] – standardni oblici i načini komunikacije;

[42] Vid.: čl. 2. Direktive 2010/24/EU.

[43] Council Directive 2008/55/EC of 26 May 2008 on mutual assistance for the recovery of claims relating to certain levies, duties, taxes and other measurs, OJ L 150 od 10. juna 2008.

[44] Vid.: čl. 5 Direktive 2010/24.

[45] Vid.: čl. 6 Direktive 2010/24.

[46] Vid.: čl. 8 Direktive 2010/24.

[47] Vid.: čl. 9 Direktive 2010/24.

[48] Vid.: čl. 10–20 Direktive 2010/24.

[49] Vid.: čl. 21–23 Direktive 2010/24.

upotreba jezika; otkrivanje, odnosno objavljivanje informacija i dokumenata; 4) *završne odredbe*[50] – primena ostalih sporazuma o pomoći; odbor; sprovodbene odredbe; izveštavanje; prenos; stavljanje van snage Direktive 2008/55/EZ; stupanje na snagu i adresati (države članice kojima je upućena ova Direktiva).

Kada je reč o Programu razvoja carinskog sistema u Zajednici (Carina 2013), treba istaći da je u pitanju sadašnji višegodišnji program za carine u Zajednici (Carine 2013) koji se nalazi u odluci Evropskog parlamenta i Saveta 624/2007[51] i koji se primenjuje od 1. januara 2008. godine do 31. decembra 2013. godine i za čiju realizaciju je nadležan Generalni direktorat Evropske komisije za poreze i carinsku uniju (DG TAXUD – Directorate General for Taxation and Customs Union). Taj program definisan je tako da on obezbeđuje podršku i smernice za rad carinskih administracija država članica u cilju efikasnog funkcionisanja unutrašnjeg tržišta EU. On treba da pomogne olakšavanju i stimulisanju trgovine pojednostavljivanjem carinskih propisa i carinskih postupaka, kao i da obezbedi zaštitu finansijskih interesa EU i bezbednost njenih građana suzbijanjem carinskih prekršaja. Suština ovog programa je da obezbedi da 28 carinskih administracija u EU sprovodi jedan zajednički carinski zakon na što ujednačeniji način. Taj program je namenjen, pre svega, državama članicama EU, ali je dostupan i zemljama kandidatima i potencijalnim kandidatima za pristupanje EU pod određenim uslovima, sa ciljem da im se pruži podrška u razvoju kapaciteta za obavljanje carinskih poslova u periodu pre i posle pristupanja. Programske aktivnosti obuhvataju: uspostavljanje i održavanje informatičkih sistema komunikacije i razmene podataka, a što je od značaja za predmet istraživanja ovog rada, zatim seminare i radionice, projektne i nadzorne grupe, obuke, radne posete i montoring akcije.[52]

Drugim rečima, program za carine u Zajednici (Carine 2013) pruža mogućnost carinskim administracijama država članica da međusobno i zajedno sa Evropskom komisijom sarađuju u oblastima od zajedničkog i posebnog interesa. On pruža pravnu i finansijsku osnovu za: 1) poboljšanje bezbednosti i sigurnosti u okviru EU i na spoljašnim granicama, 2) jačanje borbe protiv prevara i zaštitu ekonomskih i finansijskih inte-

[50] Vid.: čl. 24–31 Direktive 2010/24.

[51] Vid.: Laurence W. Gormley, op. cit., str. 561.

[52] Vid.: Izveštaj Evropske komisije o napretku Srbije za 2012, Poglavlje 29: Carinska unija, str. 4, objavljeno na zvaničnoj internet prezentaciji Kancelarije za evropske integracije Vlade Republike Srbije, http://www.seio.gov.rs (pristupljeno 23. marta 2013. godine).

resa EU i zemalja članica, 3) povećanje konkurentnosti evropskih privrednih subjekata ubrzavanjem carinskih procedura kroz stvaranje evropskog carinskog kompjuterizovanog sistema. Kroz ovaj program, carinske administracije država članica rade zajedno kako bi pronašli odgovarajuće odgovore na sledeće izazove: zaštitu finansijskog i ekonomskog interesa EU i država članica, olakšavanje trgovine i saradnje, jačanje bezbednosti i sigurnosti, proširenje i integraciju novih članica i odnose sa ostatkom sveta.

III Carinska saradnja u Republici Srbiji

Glavni instrumenti koji regulišu uzajamnu pomoć u oblasti carina jesu *sporazumi o administrativnoj saradnji u carinskim pitanjima između Republike Srbije i drugih država*. Ovi sporazumi su jedan od izvora prava koji je po pravnoj snazi zakona, u skladu sa prihvaćenim monističkim pristupom pravnom značenju međunarodnih ugovora u Srbiji. Kao međunarodni sporazumi, carinski sporazumi imaju prednost pred unutrašnjim zakonodavstvom. Do sada nisu zabeleženi slučajevi suprotnosti srpskog carinskog zakonodavstva sa odredbama carinskih sporazuma. Značaj sporazuma o razmenama informacija u carinskim pitanjima je nadzor nad intra-komunitarnim transakcijama. Srbija je do sada stvorila relativno raširenu mrežu takvih sporazuma, važnih za detaljno regulisanje načina carinske saradnje sa međunarodnim elementom. Naime, u Srbiji je trenutno na snazi dvadeset i tri sporazuma o administrativnoj saradnji u carinskim pitanjima Republike Srbije i drugih država, uključujući i one sa susednim zemljama.[53] Ono što srpski sistem sporazuma o administrativnoj saradnji u carinskim pitanjima sa drugim državama razlikuje od takvih sistema drugih država jeste da su neki od tih sporazuma (tačnije, njih šesnaest) preuzeti iz pravnog sistema bivše SFR Jugoslavije i SR Jugoslavije. Srbija ih primenjuje jer je ona pravni sledbenik Državne zajednice Srbija i Crna Gora, a Srbija i Crna Gora se smatra pravnim sledbenikom SR Jugoslavije, a SR Jugoslavija je jedan od pravnih sledbenika SFR Jugoslavije, i uz pristanak druge ugovorne strane (dakle, države koja je izvorno sklopila sporazum o carinskoj saradnji i uzajamnoj pomoći sa bivšom SFRJ i SRJ). Srbija je zaključila

[53] Makedonija, Ruska Federacija, Bugarska, Rumunija, Češka Republika, Mađarska, Slovačka, Bosna i Hercegovina, Turska, Hrvatska, Slovenija, Poljska, Francuska, Austrija, Grčka, Kina, Savezna Republika Nemačka, Italija, Sjedinjene Američke Države, Azerbejdžan, Ukrajina, Gruzija, vid.: Sporazumi o carinskoj saradnji koji su na snazi, dostupno na: http://www.carina.rs/lat/međunarodna saradnja/Stranice/ Bilateralni sporazumi/asph (pristupljeno 25. marta 2013. godine).

još dva sporazuma o carinskoj saradnji koji nisu stupili na snagu: sa Republikom Crnom Gorom i sa Islamskom Republikom Iran (a koji Iran još nije ratifikovao) i sa Belorusijom, gde je postupak potvrđivanja pokrenut još početkom prošle godine.[54]

Sporazumom o zajedničkoj pomoći u carinskim pitanjima koje je potpisala Srbija sa drugim državama stvara se pravni okvir za obezbeđivanje propisanog sprovođenja carinskih propisa, posebno u prevenciji, otkrivanju i borbi protiv prevara vezanih za carinske prekršaje, putem razmene informacija i zajedničke saradnje – sve u cilju obezbeđivanja ispravnog utvrđivanja carinskih dažbina, poreza i drugih obaveza.

Drugi pravni akt koji reguliše carinsku saradnju u Srbiji je Carinski zakon.[55] Tako, stav 1 čl. 4 *Carinskog zakona* propisuje „carinski organ uvodi i primenjuje informacione tehnologije kada je to isplativo i efikasno za Upravu carina, kao i za privredu uopšte, pri čemu primenjuje međunarodne prihvaćene standarde". Stav 2 čl. 4 Carinskog zakona ističe da je „ pravo carinskih organa da zatraže informaciju za sopstvene potrebe, i da razmene takvu informaciju sa drugim carinskim upravama i svim drugim zainteresovanim stranama", a stav 7 istog člana ističe da u svrhu carinske kontrole „carinski i drugi nadležni organi mogu, kada je to neophodno u cilju smanjenja rizika i borbe protiv prevara, razmenjivati podatke u vezi sa uvozom, izvozom, tranzitom, prenosom, skladištenjem i krajnjom upotrebom robe, kao i podatke u vezi sa prisustvom strane robe". Stav 1 čl. 25 Carinskog zakona propisuje da „carinski organ čuva kao službenu tajnu podatke koji su po svojoj prirodi poverljivi ili su pribavljeni u tajnosti i ne sme ih dalje saopštavati bez pismene saglasnosti lica ili ovlašćenog organa koji ih je dao, a stav 2 istog člana ističe da je „saopštavanje poverljivih podataka dozvoljeno u slučajevima kada je carinski organ dužan ili ovlašćen da to učini, u skladu s propisima koji se odnose na zaštitu podataka, ili su u vezi sa određenim sudskim postupkom".

Treći pravni akt koji reguliše carinsku saradnju u Srbiji je *Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica, sa jedne strane, i Srbije sa druge strane* (u daljem tekstu SSP, Sporazum) koji je stupio na snagu 1. septembra 2013. godine. Stupanjem na snagu SSP će proces pridruživanja naše zemlje EU prerasti u proces pristupanja i biće zadovoljen formalni preduslov za

[54] Sporazumi o carinskoj saradnji koji nisu stupili na snagu, dostupno na: http://www.carina.rs/lat/međunarodna saradnja/Stranice/ Bilateralni sporazumi/asph (pristup-ljeno 25. marta 2013. godine).

[55] „Službeni glasnik RS", br. 18/10 i 111/12.

početak pregovora o članstvu i Srbija će dobiti status države pridružene EU. Iako se stupanjem na snagu SSP neće mnogo promeniti u već uspostavljenoj carinskoj saradnji Srbije sa EU na osnovu Prelaznog sporazuma o trgovini i trgovinskim pitanjima između Evropske zajednice i Srbije, SSP će ipak dati novi impuls toj saradnji. SSP sadrži odredbe koje se odnose na područje carina, odnosno na carinsku saradnju. Tako, čl. 99 SSP propisuje da će stranke „sarađivati kako bi garantovale poštovanje svih odredaba koje treba da se usvoje u oblasti trgovine i kako bi se postiglo usklađivanje carinskog sistema u Srbiji sa sistemom u Zajednici, čime će se otvoriti put merama liberalizacije koje predviđaju SSP i za postepeno usklađivanje srpskih carinskih propisa sa pravnim tekovinama Zajednice. Stav dva istog člana ističe da će se u okviru saradnje uzeti u obzir „prioritetne oblasti koje se tiču pravnih tekovina Zajednice u oblasti carina". Pored toga stav 3 istog člana sadrži odredbu koja propisuje da „Protokol 6 utvrđuje pravila o uzajamnoj administrativnoj pomoći između strana u oblasti carina".[56]

Na ovom mestu neće biti govora o Protokolu 6, jer su njegove odredbe više manje iste kao i odredbe Uredbe Saveta 515/97.

Sledeća dokumenta u kojima se govori o carinskoj saradnji u Srbiji su *Odgovori Republike Srbije na upitnik Evropske komisije – poglavlje 29 Carinska unija*[57] *i Izveštaj Evropske komisije o napretku Srbije za 2012. godinu*.[58]

Srbija je 27. februara 2009. godine pristupila programu „Carina 2013" zaključivanjem Memoranduma o razumevanju između Vlade Republike Srbije i Evropske zajednice o učešću Republike Srbije u Programu Evropske zajednice „Carina 2013". Za sprovođenje programa u Republici Srbiji nadležna je Uprava carina Srbije koja je imenovala nacionalnog koordinatora zaduženog za opštu koordinaciju i upravljanje programom u Upravi carina Srbije.

Na kraju, spomenimo da Uprava carina Republike Srbije ostvaruje saradnju sa drugim carinskim službama prvenstveno kroz članstvo u međunarodnim organizacijama, učestvovanjem u raznim projektima, na skupovima u okviru međunarodnih organizacija, a takođe preduzima neophodne korake kako bi ojačala saradnju sa zemljama u regionu i šire, zaključivanjem bilateralnih sporazuma o carinskoj saradnji i protokola o razmeni informacija.

---

[56] Vid.: čl. 89 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica i Republike Srbije.

[57] Odgovori na upitnik Evropske komisije, Poglavlje 29: Carinska unija, dostupno - na: http/www.seio.gov.rs (pristupljeno 18. jula 2013. godine).

[58] Iz izveštaja Evropske komisije o napretku Srbije za 2012. godinu, dostupno na: http://www.seio.gov.rs (pristupljeno 23. marta 2013. godine).

IV Zaključak

Mišljenja smo da Uredba Saveta 515/97, Direktiva Saveta 2010/24, Odluka Evropskog parlamenta i Saveta 624/2007, kao i sporazumi o administrativnoj saradnji Uprave carina Republike Srbije i drugih zemalja (uključujući i SSP) koji regulišu uzajamnu pomoć u oblasti carina predstavljaju potpun pravni okvir za saradnju država članica EU i Srbije i jednu od bitnih konvencionalnih mera u suzbijanju evazije carine: nezakonite i zakonite.

No, pozitivno-pravni okvir za razmenu informacija u carinskim stvarima načelnog je karaktera. Zbog toga je potrebna konkretna saradnja carinskih administracija između država članica EU i između Uprave carina Republike Srbije i carinskih administracija drugih zemalja. Pored toga, ta saradnja carinskih administracija u pogledu razmene informacija mora biti efikasna i ažurna. Pri tome treba imati u vidu da ažurnoj i efikasnoj saradnji carinskih administracija stoje na putu jezičke barijere, nedostatak ljudskih resursa i sl. U tom smislu, samo kadrovski i tehnički dobro opremljene carinske administracije moći će da obezbede ažurnu i efikasnu razmenu informacija, i da savladaju navedene prepreke. Međutim, o ažurnosti i efikasnosti, odnosno delotvornosti administrativne saradnje carinskih administracija, može se govoriti samo na osnovu konkretnih podataka, koji moraju biti dostupni.

Imajući u vidu konkretnu formalnu obavezu iz čl. 99 SSP kao i to da se u EU pridaje veliki značaj efikasnoj i ažurnoj razmeni informacija u carinskim stvarima u okviru procedura ustanovljenih navedenim aktima: Uredbom Saveta, Direktivom Saveta i Odlukom Evropskog parlamenta i Saveta, Srbija mora poboljšati administrativnu saradnju sa državama članicama EU i sa drugim zemljama i ojačati raspoložive administrativne kapacitete.

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

On cooperation of Customs Administrations in the European Union and Serbia[59]

Abstract: *Cooperation of customs administrations between Member States of the European Union and cooperation of the Customs Administration of the Republic of Serbia with foreign customs administrations, regarding the efficient exchange of information is, most certainly, one of the important conventional measures for suppressing customs evasion and also a significant measure for increasing the efficiency of customs collection. Problems of information exchange regarding customs in the European Union has been regulated with two main instruments: Council Regulation 515/97, on mutual assistance between the administrative authorities of the Member States and cooperation between the latter and the Commission to ensure the correct application of the law on customs and agricultural matters and Council Directive 2010/24/EU concerning mutual assistance for the recovery of claims relating to taxes, duties and other measures. Additionally, the current multi-year program for customs in the European Union (Customs 2013) is contained in the Decision of the European Parliament and Council 624/207. Problems of information exchange regarding customs in the Republic of Serbia are regulated with one main instrument: Agreement on administrative assistance in customs matters of the Republic of Serbia and other countries.*

Key words: *cooperation of customs administrations, exchange of information, customs, European Union, Serbia.*

[59] This paperwork is a result of the research on the Project "Theoretical and practical problems of creation and implementation of law (EU and Serbia)", which is financed by Faculty of Law Novi Sad.

Originalni naučni rad 342.7:502/504(094.2)
doi:10.5937/zrpfns47-4437

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

SPECIFIC FEATURES OF HUMAN RIGHTS GUARANTEED BY THE AARHUS CONVENTION[1]

Abstract: *The Aarhus Convention legally articulates basic human needs to live in the environment adequate for human health and well-being and to engage in protection and improvement of the environment. It recognized and protected a general human right to adequate environment and three particular rights in environmental matters – to information, to public participation in decision-making and to justice. The Aarhus Convention introduced innovative approach to human rights protection in relation to transboundary issues and legal standing.*

Key words: *Aarhus Convention - transboundary issues - legal standing.*

1. Introduction

The text explores specificities of human rights, guaranteed by the Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matter, done in Aarhus on 25 June 1998[2]

---

[1] The article has been prepared in the framework of the research project "Biomedicine, Protection of Environment and Law" No. 179079, finiaced by the Ministry of Education and Science of the Republic of Serbia. (Rad je pripremljen u okviru projekta „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo" br. 179079 koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.)

[2] Entered into force on 30 October 2001. Open for signature by state members of the Economic Commission for Europe, as well as states having consultative status with the Economic Commission for Europe by regional economic integration organizations consisting of states members of the Economic Commission for Europe and with competence over matters governed by the Convention. There are 46 parties, including the EU. United Nations, *Treaty Series* , vol. 2161, p. 447. http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtdsg_no=XXVII-13&chapter=27&lang=en Text of the Convention is available at http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/ documents/cep43e.pdf

The second Meeting of the Parties, held in Almaty on 25–27 May 2005, adopted the amendment to the Convention inserting Article 6 bis and Annex I bis on public participation in decisions on deliberate release into the environment and placing on the market of genetically modified organisms. Text is available at http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/documents/2005/ pp/ece/ece.mp.pp.2005.2.add.2.e.pdf

(hereinafter: the Aarhus Convention or the Convention). The Aarhus Convention recognized and protected the general right of every person to live in an environment adequate to his or her health and well-being and three particular rights in environmental matters – the right of access to information, the right of public participation in decision-making and the right of access to justice.

The right to an adequate environment has been recognized by constitutions of several countries, but it has not been recognized at international level. International human rights treaties, except the Aarhus Convention, do not protect the right of everyone to live in an adequate environment. The European Court of Human Rights has accepted that a Contracting State can violate some human rights, including the right to life or the right to privacy and home protection by its acts or failures in the field of environment.[3] The Human Rights Committee also found violation of a human right, guaranteed by the International Covenant on Civil and Political Rights by acts a State party taken in environmental field.[4]

On the other hand, the three particular human rights, protected by the Aarhus Convention, have been already recognized and protected by international human rights provisions at international level as human rights generally applicable in various fields of social life. The right to information is recognized as an element of the freedom of expression, or as a separate human right. The right of public participation in decision-making is protected as an element of the right to participate in the conduct of public affairs. The right of access to justice is universally and generally recognized at international level.

This article argues that the three human rights, as protected by the Aarhus Convention, are distinguished by some specific features related to protected object, territorial aspect and status of victim, i.e. locus standi.

2. Aarhus Convention

The Aarhus Convention joined human rights and protection of environment. Parties to the Convention have legally recognized a human need for adequate environment in the form of human right. However, the purpose of the Convention is also to recognize and encourage a human need for engagement in protection of environment for the benefit of present and future generations. The

---

For the time being, the amendment has not entered into force.

An extraordinary Meeting of the Parties, held in Kiev on 21 May 2003 accepted Protocol on Pollutant Realise and Transfer Registers. Text is available at http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/prtr/Protocol%20texts/PRTR_Protocol_e.pdf

The Protocol entered into force on 8 October 2009.

[3] See S. Đajić, Pravo na zdravu životnu sredinu i Evropski sud za ljudska prava, *Pravni život*, br.12, IV/2012, 277-290. I. Krstić, Zaštita životne sredine u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava, *Pravni život*, br. 9, I/ 2012, 645-661

[4] Communication No. 167/1984, *Lubicon Lake Band v. Canada*, Views of 26 March 1990

Aarhus Convention is not based in interdependence of mutual benefits of the parties, i.e. on the principle *do ut des*. It has been created on the idea of international solidarity for the advancement of common values, such as protection of environment, democracy and the rule of law. Progress of each party in achievement of the goals of the Convention results in particular benefit for the party first and then in general benefit for present and future generations. In fact, the Aarhus Convention may be sorted to human rights field and to environmental field equally.

The Aarhus Convention has established minimal standards in respect of the three rights. Article 3(5) allows each party to ensure more.[5] The Convention requires implementation in national law. Article 3(1) of the Convention obliges each party to take legislative, regulatory and other measures to implement the Convention.

Article 10 of the Convention provides that Meeting of the Parties has to be held regularly once in each two years and that it will review the implementation of the Convention on the basis of regular reporting by the Parties. The Meeting of the Parties is empowered by Article 15 of the Convention to establish *optional arrangements of a non-confrontational, non-judicial and consultative nature for reviewing compliance with the provisions of this Convention* which will be accessible to the public, enable appropriate public involvement and may include the option of considering communications from members of the public on matters related to the Convention. By Decision I/7 the first Meeting of Parties, held in Lucca, on 21-23 October 2002, established the Compliance Committee and empowered it to consider communications of parties, members of the public and the Secretariat concerning the party's compliance with the Convention and to express its findings and recommendations. A party may opt out of this conciliatory procedure for a period of not more than four years. The Compliance Committee summarized its practice in *Case Law of the Aarhus Convention.*[6]

Disputes on interpretation or application of the Convention have to be resolved by negotiations between parties or by other means acceptable for the parties. Judicial means – the International Court of Justice and arbitration – are optional and may be selected by signing, ratifying or acceding to the Convention.[7]

---

[5] By Regulation (EC) No 1367/2006 of the European Parliament and the Council of 6 September 2006 on the application of the provisions of the Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters to Community institutions and bodies the EU provided, for example, a broader scope of the right of access to information than required by the Aarhus Convention.

[6] *Case Law of the Aarhus Convention Compliance Committee* (2004-2011) second ed. A. Andrusevych, T. Alge, C. Konrad (eds), RACSE, Lviv, 2011

[7] See further on the Aarhus Convention in B. Tubić, Polje primene Arhuske konvencije, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, vol. 45, 2/2011, 383-393

The Convention has introduced genuinely new legal concepts and parties must have been worried about possible consequences for their internal economies. They were very careful in shaping the rights and compliance controlling mechanism. The Compliance Committee is itself very careful in controlling compliance of parties with the Convention.

3. Human Rights Protected by the Aarhus Convention

The Aarhus Convention protects a general right to adequate environment and three particular rights – to information, to participation in decision-making and to justice in environmental matters. Article 1 of the Convention states:

In order to contribute to the protection of the right of every person of present and future generations to live in an environment adequate to his or her health and well-being, each Party shall guarantee the rights of access to information, public participation in decision-making, and access to justice in environmental matters in accordance with the provisions of this Convention.

Articles 4 and 5 of the Convention relate to environmental information. Article 4 determines an obligation of a party to extend environmental information upon a request of the public. Article 5 establishes obligations of parties in respect to collection and dissemination of environmental information.

Articles 6, 7 and 8 are devoted to public participation in decision-making relevant for protection of environment. Article 6 defines the right of public participation in decision-making regarding permission for performing activities listed in Annex I. The Annex contains a long list of activities in various economic sectors, such as energy, production and processing of metals or metal industry. The energy sector includes, for example, mineral oil and gas refineries, thermal and nuclear power stations, etc. Article 7 regulates public participation concerning plan, programmes and policies relating to the environment. Article 8 is related to public participation during the preparation of executive regulations and/or generally applicable legally binding normative instruments.

Article 9 of the Convention guarantees the right to justice in environmental matters. It secures an access to review procedures – judicial or administrative. Article 9 actually covers three separate rights. Article 9(1) provides the public, who has requested environmental information, with an access to review procedure to control whether a party was complying with Article 4 of the Convention in its treatment of the request. Article 9(2) provides the concerned public with an access to review procedures to challenge the procedural and substantive legality of any decision permitting or denying performance of activity listed in Annex I. Article 9(3) provides the public with an access to administrative or judicial procedures to challenge acts or omissions of private persons and public authorities which contravene national law of a party relating to the environment.

All three particular rights are complex and include several entitlements which differ according to their subject-matters and holders. Besides, some of them are overlapping, such as the right to information and the right of public participation in decision-making. The last includes a variant of the previous.

4. Protected Object and Content of the Right to Adequate Environment in the Aarhus Convention

The objects protected by human rights are certain values, such as human dignity, life or privacy. The Aarhus Convention added to these values a new one – an adequate environment for human health and well-being.

By recital 6 of the preamble of the Aarhus Convention the parties recognized that *adequate protection of the environment is essential to human well-being and the enjoyment of basic human rights*... By the following recital 7 they recognized that *every person has the right to live in an environment adequate to his or her health and well-being*. However, the recital continues: *and duty, both individually and in associations with others, to protect and improve of the environment for the benefit of present and future generations*... In recital 9 the parties stated that the three particular rights *contribute to public awareness of environmental issues, give the public the opportunity to express its concerns and enable public authorities to take due account of such concerns*...

By formulation of a duty of a person that individually and in association with others protects and improves the environment not only for his or her personal benefit but also for the benefit of present and future generations, definition of the human right to adequate environment differs from standard approach to human rights. A human right is generally determined as a personal entitlement of an individual and corresponding obligation of a State. A State is obliged to satisfy the entitlement or to create necessary legal framework that will enable its satisfaction. Fulfilling this obligation, a State can impose certain obligations to individuals to respect human rights. Unlike other human rights treaties, the Aarhus Convention provides for a duty of an individual in respect of the environment. In the context of the Convention, a person can perform the duty to protect and improve the environment by using the three rights – to be informed on environmental issues, to participate in decision-making and to employ justice to protect environment. Indeed, recital 9 of the preamble of the Convention states that the three rights are contributing to public awareness of environmental issues and give the public opportunity to express its concerns.

The protected object of the right to adequate environment, as formulated in the Aarhus Convention, is an adequate environment for human health and well-being. The content of the right is complex. It includes the entitlement of any person to enjoy environment adequate to his or her health and well-being.

It includes, also, the duty of any person to engage individually or in association with others in protection and improvements of the environment. On the other hand, a party to the Aarhus Convention is under obligation to provide a person with means to protect himself or herself from a change of environment detrimental for health and well-being. Equally, a party is obliged to provide a person with means enabling him or her to protect and improve the environment for the benefit of present and future generations.

The three particular human rights, elaborated in the Aarhus Convention serve for realization of the general right to adequate environment.

5. Transboundary Element of the Human Rights as Protected by the Aarhus Convention

Human rights treaties construct a human right as a legal relationship between a State and an individual under its territorial jurisdiction. Article 1 of the European Convention on Human Rights obliges Contracting Parties to secure to everyone under their jurisdiction the rights and freedoms defined in the European Convention. Similarly, Article 2(1) of the International Covenant on Civil and Political Rights obliges each State Party to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the Covenant. The European Court of Human Rights interpreted the phrase "everyone under their jurisdiction" to mean everyone on the territory of a Contracting Party.[8] Consequently, an effect of an act of a State to an individual on the territory of another State is beyond human rights regulation.

The Aarhus Convention introduced a transboundary element in the protection of human rights. The preamble of the Convention refers *inter alia* to relevant provisions of the Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, done at Espoo on 25 February 1991 (hereinafter: the Espoo Convention). The Espoo Convention articulates a cooperation of Contracting Parties, i. e. a Party of origin and an affected Party in environmental impact assessment procedures. "Party of origin" is a contracting party *under whose jurisdiction a proposed activity is envisaged to take place*. "Affected Party" is a contracting party *likely to be affected by the transboundary impact of a proposed activity*. Some elements of the right of public participation in decision-making in a transboundary context are elaborated by the Espoo Convention.

According to Article 3(8) of the Espoo Convention, involved parties are obliged to *ensure that the public of the affected Party in the areas likely to be affected be informed of, and be provided with possibilities for making comments*

[8] *Bankovic v. Belgium* (App. No. 52207/99) Decision of the Grand Chamber of 12 December 2001

or objections on, the proposed activity, and for the transmittal of these comments or objections to the competent authority of the Party of origin, either directly to this authority or, where appropriate, through the Party of origin. They are obliged, in accordance to Article 4(2) of the Espoo Convention to *arrange for distribution of the documentation to... the public of the affected Party in the areas likely to be affected and for the submission of comments to the competent authority of the Party of origin, either directly to this authority or, where appropriate, through the Party of origin within a reasonable time before the final decision is taken on the proposed activity.* Article 6(1) of the Espoo Convention obliges a Party of origin to take into account the comments and objection of the public of an affected Party, when making a final decision on the proposed activity. Besides, Article 2 of the Espoo Convention envisages that a Party of origin has to provide *an opportunity to the public in the areas likely to be affected to participate in relevant environmental impact assessment procedures regarding proposed activities and shall ensure that the opportunity provided to the public of the affected Party is equivalent to that provided to the public of the Party of origin.*

The Aarhus Convention is applicable to transboundary relationships. NGO, based in Austria, the Global 2000/Friends of the Earth Austria submitted a communication to the Compliance Committee in 2009, alleging that Slovakia was in breach of Article 6 of the Aarhus Convention, since it had not provided for public participation in decision-making process for the construction permits related to some units of Mochovce nuclear plant.[9] The Compliance Committee found in 2011 that *by failing to provide for early and effective public participation in the decision-making leading to the ... decisions...concerning Mochovce NPP, the Party concerned failed to comply with Article 6 paragraphs 4 and 10, of the Convention*.[10]

By the same communication this Austrian NGO alleged that Slovakia had been in breach of Article 9 (2,3 and 4) of the Aarhus Convention since, due to restricting rules on standing in Slovakian law, it was not possible to appeal against different decisions. Since a relevant case was pending before national court, the Compliance Committee decided not to consider the claim related to Article 9, waiting for the outcome of the pending case.[11] In 2012 Bratislava re-

[9] Communication ACCC/C/2009/41, 28.07.2009. available at http://www.unece.org/env/pp/compliance/Compliancecommittee/41TableSlovakia.html 26.08. 2013.

[10] Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2009/41concerning compliance by Slovakia, adopted by the Compliance Committee on 17 December 2010, p. 12, para 69, available at http://www.unece.org/env/pp/compliance/Compliancecommittee/41TableSlovakia.html 26.08. 2013.

[11] Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2009/41, p. 8, para 47

gional court dismissed a complaint concerning the review of disputed decisions. Together with two other Slovak NGO's, the Austrian NGO submitted a new communication to the Compliance Committee in 2012, alleging again that Slovakia had been in breach of Article 9(2,3 and4) of the Aarhus Convention.[12] The Compliance Committee found in 2013 that the communication was admissible.[13] Obviously, the Compliance Committee considers that the Austrian NGO enjoys the rights protected by Aarhus Convention in respect to Slovakia.

A special feature of human rights, protected by the Aarhus Convention, is that they include transboundary element. They cannot be defined exclusively as a legal relationship between a State and an individual under its territorial jurisdiction, since they cover legal relationships of a State and individuals beyond its territorial jurisdiction. The parties to the Aarhus Convention have recognized the fact that their acts or omissions in environmental matters can produce effects beyond the national borders and attributed to the fact proper legal consequences.

6. Status of Victims and Legal Standing in the Aarhus Convention

International procedures provide protection for victims of human rights violation. The status of victim is a prerequisite of legal standing in domestic proceedings. Article 34 of the European Convention on Human Rights states: *The Court may receive applications from any person, non-governmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the protocols thereto*. Article 1 of the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights provides: *A State Party to the Covenant that becomes a Party to the present Protocol recognizes the competence of the Committee to receive and consider communications from individuals subject to its jurisdiction who claim to be victims of a violation by that State Party of any of the rights set forth in the Covenant*. Status of victim denotes that an individual was personally affected by violation of human right. The European Court of Human Rights interprets Article 34 of the European Convention broadly and flexibly. The Court has differentiated direct, indirect and potential victims. Direct victim is an individual affected directly by violation of human right. Indirect victim is an individual affected by injury inflected on other person, due to a personal and specific link between two persons. It may be a spouse, member of family or close relative of an injured person, especially when the injured person is not able to institute or continue proceedings before the Court. Status of a potential victim presup-

[12] Communication ACCC/C/20013/89, available at http://www.unece.org/env/pp/ compliance/compliancecommittee/89tableslovakia.html, 26.08. 2013.

[13] Determination on admissibility, 28. 06. 2013. http://www.unece.org/env/pp/ compliance/compliancecommittee/89tableslovakia.html, 26.08. 2013.

poses the existence of a high probability that an individual has been affected or could be affected by violation of human right. Serious environmental risk endangering ecosystems and human health is sufficient to provide a status of victim to potentially affected individuals.[14] In spite of broad and flexible interpretation of the status of victim, certain personal detrimental impact of violation of human right is necessary as a criterion for the admissibility of an individual application before the European Court of Human Rights.

Status of victim is generally expressed in internal legal systems as a legal interest which is a condition for admissibility of an individual legal remedy. In other words, internal administrative or judicial proceedings are accessible only to individuals personally affected by violation of human right.

The Aarhus Convention defines victims and conditions for legal standing differently. In Decision I/7 regulating procedure of the Compliance Committee there is no provision similar to Article 34 of the European Convention on Human Right or to Article 1 of the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights. Point 18 of the Decision provides ... *communications may be brought before the Committee by one or more members of the public concerning that Party's compliance with the Convention ...*

The Aarhus Convention draws line between "the public" and "the concerned public". Article 2(4) of the Convention defines "the public" as *one or more natural or legal persons, and, in accordance with national legislation or practice, their associations, organizations or groups*. The "the concerned public" is defined by Article 2(5) of the Convention as *the public affected or likely to be affected by, or having an interest in, the environmental decision-making; for the purposes of this definition, non-governmental organizations promoting environmental protection and meeting any requirements under national law shall be deemed to have an interest*.

The public is entitled to information, according to Articles 4 and 5 of the Convention. Under Article 6 of the Convention the concerned public is entitled to participate in decision-making concerning permits for activities listed in Annex I to the Convention. According to Articles 7 and 8 on public participation concerning plans, programmes and policies relating to environment and on public participation during preparation of executive regulations and/or generally applicable legally binding normative instruments, an access to decision-making is open to the public. Under Article 9(1) of the Convention everybody who has requested information has an access to review procedure to control whether a public authority treated the request in compliance with Article 4 of the Convention. According to Article 9(2) of the Convention just the concerned public has the right to review procedures to challenge the procedural and substantive lega-

[14] *Taşkın and Others v. Turkey* (App. No.*46117/99*), Judgment of 10 November 2004

lity of any decision permitting or denying exercise of activity listed in Annex I. Also, under Article 9(3) of the Convention the public has the right of access to administrative or judicial procedures to challenge acts or omissions of private persons and public authorities which contravene national law of a party relating to the environment.

A category of "the concerned public" articulates the concept of legal interest in a way similar to traditional concept. It is *the public affected or likely to be affected by, or having an interest in...* Access to justice, as foreseen by Article 9(2) of the Convention is qualified by additional criterion. Members of the concerned public should have sufficient interest or maintain impairment of a right, where administrative procedural law of a party requires this as a precondition. However, the same provision states that any non-governmental organization meeting the requirements referred to in Article 2(5) of the Convention shall be deemed to fulfil the mentioned criterion. So, the concept of the concerned public as foreseen by Articles 6 and 9(2) of the Convention differentiates "ordinary" members of the concerned public, such as natural or legal persons, their associations, organizations or groups who are affected or likely to be affected or have an interest or sufficient interest and "privileged" members of the concerned public – non-governmental organizations promoting environmental protection and meeting requirements under national law. Characteristics of "ordinary" member of the concerned public do not diverge from traditional criteria for the status of victim and legal interest as condition for legal standing. Characteristics of the "privileged" members of the concerned public depart from the traditional criteria.

Radical divergence from standard criteria for legal standing has been introduced by Article 9(3) of the Aarhus Convention, which reads as follows:

...each Party shall ensure that, where they meet the criteria, if any, laid down in its national law, members of the public have access to administrative or judicial procedures to challenge acts and omissions by private persons and public authorities which contravene provisions of its national law relating to the environment.

The Article was understood as "the public's right to enforce environmental law."[15] The provision overcomes "the fact that the environment has no legal interest defender."[16] Natural or legal persons, and, in accordance with national le-

[15] John E. Bonine, The Public's Right to Enforce the Environmental Law, in *Handbook on Access to Justice under the Aarhus Convention*, The Regional Environmental Center for Central and Eastern Europe,

ed. Stephen Stec, Szentendre, 2003, 31-37

[16] B. Dette, Access to Justice in Environmental Matters; A Fundamental Democratic Right, in: M. Onida (ed.), *Europe and the Environment. Legal Essays in Honour of Ludwig Krämer*, Groningen: Europa Law Publishing 2004, 7. Quoted according to Gertjan J. Harryvan, Jan H.

gislation or practice, their associations, organizations or groups are entitled to challenge acts and omissions of private persons and public authorities which are contrary to provisions of national law relating to the environment in administrative or judicial procedures. However, parties are authorized by the same provision to establish by national law some criteria that members of the public have to meet as precondition of access to the proceedings.

The Convention does not define the criteria and leaves the parties to determine them in good faith, having in mind the object of the Convention. The key issue is whether the clause *where they meet the criteria, if any, laid down in its national law* allows parties to establish criteria, such as "being affected or of having an interest" and to satisfy in this way their domestic procedural provisions concerning traditional requirements of legal standing. Criteria – "being affected or of having an interest" – are foreseen by Article 2(5) of the Convention for the concerned public. If they were allowed, the distinction made by paragraphs 2 and 3 of Article 9 between "the concerned public" (paragraph 2) and "the public" (paragraph 3) would be erased.

For the time being, the Compliance Committee did not formulate clear and consistent standards in respect to the issue. It noted that contrary to paragraph 2 of Article 9, paragraph 3 does not refer to "members of the public concerned", but to "members of the public".[17] The Committee was of the opinion that the provisions of Article 9, paragraphs 2 and 3, of the Convention do not require that there be a single set of criteria for standing for these two types of procedure.[18] However, the Committee considered that Article 9(3) does not oblige parties to provide *actio popularis*[19] and that they can escape *actio popularis* by employing criteria, such as "being affected or of having an interest".[20] The Committee stated also that: *the Parties may not take the clause "where they meet the criteria, if any, laid down in its national law" as an excuse for introducing or maintaining so strict criteria that they effectively bar all or almost all environmental organizations or other members of the public from challenging acts or omissions that contravene national law relating to the environment.*[21]

Jans, Internal Review of EU Environmental Measures, *Review of European Administrative Law*, vol. 3, nr. 2, 2010,64

[17] Belgium ACCC/2005/11; ECE/MP.PP/C.1/2006/4/Add.2, 28 July 2006, para. 28

[18] *Belgium ACCC/2005/11; ECE/MP.PP/C.1/2006/4/Add.2, 28 July 2006, para. 44*

[19] *Belgium ACCC/2005/11; ECE/MP.PP/C.1/2006/4/Add.2, 28 July 2006, para. 35, Denmark ACCC/C/2006/18, ECE/MP.PP/2008/5/Add.4, 29 April 2008, para. 29, European Union ACCC/C/2008/32 (Part I), ECE/MP.PP/C.1/2011/4/Add.1, May 2011, para. 77*

[20] *Belgium ACCC/2005/11; ECE/MP.PP/C.1/2006/4/Add.2, 28 July 2006, para. 36. Denmark ACCC/C/2006/18, ECE/MP.PP/2008/5/Add.4, 29 April 2008, para. 31*

[21] *European Union ACCC/C/2008/32 (Part I), ECE/MP.PP/C.1/2011/4/Add.1, May 2011, para. 77*

The Compliance Committee opted for the interpretation of Article 9(3) of the Convention less irritating for the parties. The opposite interpretation that Article 9(3) has forbidden criteria such as"being affected or of having an interest" would be more in compliance with the text of Article 9, spirit and object of the Convention. Recital 7 of the preamble of the Convention states that *every person has the right to live in an environment adequate to his or her health and well-being and duty, both individually and in associations with others, to protect and improve of the environment for the benefit of present and future generations*... As observed above, the right to adequate environment is complex and satisfies not only a human need for the environment adequate for human health and well-being, but also human need to protect and improve environment. *Actio popularis*, in the context of Article 9(3) would be a proper legal instrument for achieving that end.

In spite of that, Articles 2(5) and 9(2) of the Convention distinguish non-governmental organizations promoting environmental protection and meeting requirements under national law as "privileged" members of the concerned public. The Articles 2(5) and 9(2) established irrefutable legal presumption that these non-governmental organizations have an interest, or sufficient interest and that their rights have been impairment. Consequently, parties are authorized to formulate certain requirements for legal standing of non-governmental organizations, but these requirements cannot deny access to justice due to missing legal interest or missing impairment of rights. The parties to the Aarhus Convention are obliged to accommodate their internal procedural provisions in respect of legal standing of environmental non-governmental organizations. The process is not running without difficulties. The European Union is facing some difficulties concerning the issue.

Article 11 of Regulation (EC) No 1367/2006 of the European Parliament and the Council of 6 September 2006 on the application of the provisions of the Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters to Community institutions and bodies[22] sets forth four criteria for legal standing of non-governmental organization: *(a) it is an independent non-profit-making legal person in accordance with a Member State's national law or practice; (b) it has the primary stated objective of promoting environmental protection in the context of environmental law; (c) it has existed for more than two years and is actively pursuing the objective referred to under (b); (d) the subject matter in respect of which the request for internal review is made is covered by its objective and activities*.

[22] L 264/13, 25. 9. 2006

According to Article 10(1) of Regulation (EC) No 1367/2006 any non-governmental organisation which meets the four criteria set forth in Article 11 *is entitled to make a request for internal review to the Community institution or body that has adopted an administrative act under environmental law or, in case of an alleged administrative omission, should have adopted such an act.* Administrative act is defined by Article 2(1g) of Regulation (EC) No 1367/2006 as *any measure of individual scope under environmental law, taken by a Community institution or body, and having legally binding and external effects*. Determination of administrative act as *any measure of individual scope* has become an obstacle for non-governmental organizations to use internal review procedure.[23] The General Court of the European Union found such determination of the administrative act contrary to Article 9(3) of the Aarhus Convention and annulled it.[24]

7. Concluding Remarks

The Aarhus Convention protected general human right to adequate environment and three particular rights in environmental matters – to information, to participation in decision-making and to justice. The right to adequate environment is legal recognition of basic human needs – to live in environment adequate for human health and well-being and to engage for the protection and improvement of environment. The preamble of the Convention denotes legal expression of the first need as a right and legal expression of the second need as a duty. The Convention built a legal framework that parties have to implement in their domestic legal systems in order to provide individuals and their associations with legal means to realize their rights and the duties. In comparison with human rights in general, the three particular rights, protected by the Aarhus Convention, are different in terms of their transboundary element and conditions for legal standing. Human right is understood in general as a legal relationship between State and individual under its territorial jurisdiction. Since acts and omissions of States in environmental matters produce transboundary effects, such traditional understanding of human rights is not sustainable in the field of environment. The Aarhus Convention constitutes particular rights as legal relationships between a party and individuals who have suffered transboundary effects of its acts or omissions. The Convention undermines the traditional concept of victim of human right violation and the traditional concept of legal standing.

---

[23] Gertjan J. Harryvan, Jan H. Jans, Internal Review of EU Environmental Measures, *Review of European Administrative Law*, vol. 3, nr. 2, 2010, 53-65.

[24] Case T-396/09, *Vereniging Milieudefensie v. The Commission*, Judgment of the General Court of 14 June 2012, Case T-338/08, *Stichting Natuur en Milieu v. Commission*, Judgment of 14 July 2012. Appeal proceedings are pending before the Court of the European Union.

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

Specifične osobine ljudskih prava zajemčenih Arhuskom Konvencijom

Sažetak: *Ugovornice su priznale Arhuskom konvencijom pravnu relevantnost dve osnovne ljudske potrebe u pogledu životne sredine – potrebu za životnom sredinom koja omogućava zdrav i ugodan život i potrebu za angažovanjem na zaštiti i unapređivanju životne sredine. To priznanje učinjeno je formulisanjem opšteg prava na odgovarajuću životnu sredinu i tri posebna prava koja služe ostvarivanju tog opšteg prava – prava na informisanje o pitanjima životne sredine,pravo na učestvovanje u odlučivanju o piatnjima važinm za životnu sredinu ipravo na pravne postupke u vezi sa životnom sredinom. Arhuska konvencija priznaje pravo svakog pojedinca na odgovarajuću životnu sredinu i dužnost pojedinačnog i kolektivnog angažoavnja radi zaštite i unapređenja životne sredine u interesu sadašnjih i budućih generacija. Iako se u Konvenciji koristi termin „dužnost", reč je pre o pravu pojedinca da se angažuje sam ili sa drugima. Zaista, tri posebna prava su konstituisana tako da služe, s jedne strane, odbrani prava pojedinca na život u odgovarajućoj životnoj sredini, i sa druge strane, da mu omoguće da se angažuje na zaštiti i unapređenju životne sredine u korist sadašnjih i budućih generacija. Zato, ta prava odstupaju od tradicionanih uslova koje pojedinac treba da ispuni da bi mogao da vodi unutrašnje i međunarodne postupke radi žaštite povređenog prava. Arhuska konvencija definiše „status žrtve" i uslove za pokretanje postupaka drugačije nego što je to učinjeno Evropskom konvencijom o ljudskim pravima, Fakultativnim protokolom uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima ili unutrašnjim pravima ugovornica. Takođe, pošto akti ili propusti države u oblasti životne sredine mogu da pogode i subjekte van teritorije države, bilo je nužno da se ova prava definišu ne isključivo kao pravni odnos države i pojedinaca na njenoj teritoriji, kako se to tradicionalno čini, već i kao pravni odnos države i pojedinaca van njene teritorije.*

Ključne reči: *Arhuska konvencija – prekogranična pitanja – uslovi dopuštenosti pravnog sredstva.*

Originalni naučni rad 347.72.036
doi:10.5937/zrpfns47-4356

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

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

Sažetak: *Sazivanje skupštine je oblik komunikacije društva prema akcionarima i uslovljeno je vrstama akcija, koje postoje u pravnom sistemu jedne zemlje. Po pravilu postojanje akcija na donosioca zahteva javni poziv, s obzirom da društvo ne zna ko je akcionar. Nasuprot tome, akcionari sa akcijama na ime pozivaju se na skupštinu individualnim pozivom, što je omogućeno evidentiranjem akcionara. Nezavisno od nepostojanja akcija na donosioca, u domaćem pravu prisutna su oba načina sazivanja skupštine akcionarskog društva.*

Ključne reči: *skupština akcionarskog društva, akcionar, obaveštenje*

Regulativa sazivanja skupštine akcionarskog društva iz Zakona o privrednim društvima iz 2011 god. pokazuje da je usvojena koncepcija zasnovana na dva paralelna sistema sazivanja. Prvi je zasnovan na klasičnom papirnom sazivanju skupštine – individualni poziv preporučenom poštom, javni poziv objavljivanjem u dnevnim novinama i preizimanje materijala lično ili preko punomoćnika u sedištu društva. Drugi sistem obuhvata primenu elektronskih komunikacija – individualni poziv e-mailom, javni poziv objavljivanjem na internet stranici i preuzimanje materijala sa internet stranice društva.

Prema stanovištu (inostrane) sudske prakse i vladajućim mišljenju u teoriji, sazivanje skupštine nije pravni posao. Radi se o unutrašnjem korporativnom aktu, koji predstavlja meru upravljanja i poslovođenja.[2]

---

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

[2] Ziemons Hildegard u Karsten Schmidt, Lutter Marcus, Aktiengesetz, Köln 2008, str.1342; Hüffer Uwe, Aktiengesetz, München 1999, str.558

1. Sadržaj poziva

Sadržina poziva za sednicu skupštine regulisana je u čl. 335 st.1. Radi se obaveznim elementima poziva, koji predstavljaju minimum njegove sadržine (..sadrži naročito..).

U pogledu obaveznih elemenata sadržine poziva treba reći da je, uporednopravno posmatrano, neuobičajeno da među njima nema poslovnog imena (firme). Sa praktičnog aspekta posmatrano teško je zamislivo da će biti upućivani pozivi koji ne sadrže poslovno ime društva, ali njegov izostanak ne predstavlja povredu propisa o sazivanju skupštine.

U čl.335 st. tč.1 predviđeno je da poziv sadrži dan slanja poziva. Ovo je od značaja za računanje rokova za sazivanje skupštine iz čl.365 i čl.373. Treba imati u vidu da se, u slučaju da se dan slanja poziva sadržan u pozivu razlikuje od dana stvarnog slanja poziva, u obzir uzima dan kada je poziv stvarno poslat. O dokazivanju slanja poziva biće govora u docnijim izlaganjima, koja se odnose na način sazivanja skupštine.

Poziv mora da sadrži mesto i vreme održavanja skupštine.

a) Mesto održavanja skupštine. Sednice skupštine se, po pravilu, održavaju u sedištu društva. Odbor direktora, odnosno nadzorni odbor, ako je upravljanje dvodomno, može odlučiti da se sednica skupštine održi na drugom mestu, ako je to potrebno radi olakšane organizacije sednice skupštine (čl.332). Od značaja je sedište koje je registrovano prema čl.19 st.4.

Pod mestom održavanja sednice se, u smislu sazivanja skupštine, smatra prostorija, koja se uz tačnu poštansku adresu (mesto, ulica i broj), navodi u pozivu.[3] Kao dopuna je moguće navođenje imena prostorije [4] (na pr. Beogradska Arena). Samo navođenje imena prostorije nije dovoljno.[5]

Izbor prostorije je veoma važan u postupku pripreme skupštine. Prostorija mora imati dovoljan kapacitet za procenjeni broj akcionara, mora biti snabdevena odgovarajućom tehnikom, imati dodatni prostor za pripremu odgovora na postavljena pitanja i mora odgovarati određenim bezbednosnim standardima. Često potreba za prostorijom postoji ne samo na dan održavanja sednice skupštine, nego i predhodnoj i kasnijoj fazi.[6]

Odbor direktora, odnosno nadzorni odboru slučaju dvodomnog upravljanja, može doneti odluku da se sednica zakaže u mestu različitom od sedišta društva. Zakonska norma se odnosi samo na nejčešći slučaj do-

---

[3] Ziemons H., op.cit., str.1345

[4] Ibidem

[5] Butzke Volker, Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, Stuttgart 2011, str.40

[6] Butzke V., op.cit., str.17; U pogledu prostorije slično Werner Winfried u Hopt Klaus, Wiedemann Herbert, AktG Grosskommentar, Berlin 1993,str.13

nošenja odluke o sazivanju skupštine. Smatramo da se, po analogiji, ona odnosi i na situacije kada odluku o sazivanju skupštine donosi drugi ovlašćenik – likvidator, lice određeno od strane suda (u skladu sa odlukom suda). Ovakav pristup omogućava da se reši problem koji nastaje ako skupštinu nije moguće održati i zakonom utvrđenom mestu. Ukoliko je održavanje skupštine nemoguće u mestu koje utvrđeno zakonom, to ne znači da se skupština ne može uopšte održati. Nemogućnost obuhvata i situaciju kada je skupštinu moguće održati u određenom mestu samo uz nesrazmerne poteškoće. Smatra se da tada skupštinu treba sazvati u jednom za to pogodnom mestu.[7] Ovo je posebno značajno za godišnju skupštinu, budući da se ona mora održati u određenom roku. U pogledu ovog prava predviđeno je i njegovo ograničenje – ''ako je to potrebno radi olakšane organizacije sednice skupštine''. Smatramo da, s tim u vezi, treba ukazati da organizacija sednice podrazumeva i omogučavanje akcionarima da prisustvuju sednici, zbog čega se odlukom ne može otežati vršenje prava od strane akcionara. Ovlašćenik je, u svakom slučaju, ograničen i opštom zabranom zloupotrebe prava.

Zakonsko utvrđivanje mesta održavanja skupštine, kao i spomenuto ograničenje u pogledu donošenja odluke, ima za cilj da spreči otežavanje učestvovanja akcionara na skupštini, do kojeg bi moglo da dođe korišćenjem neograničene mogućnosti zakazivanja skupštine u pogledu mesta održavanja. To se, prvenstveno, odnosi na manjinu akcionara.[8]

U vezi sa odlukom o mestu održavanja sednice skupštine, postavlja se pitanje da li je dopušteno održavanja sednice skupštine u inostranstvu. Kao odgovor na ovo pitanje javljaju se različiti stavovi, pri čemu dominira shvatanje da to nije dopušteno.[9] Protiv ove mogućnosti ističe se da je u takvom slučaju učešće akcionara u skupštini preterano otežano. Uz to se ukazuje i na pitanje zapisnika u formi notarske isprave.[10] Ocenjuje se da je relevantan kriterijum mogučnost faktičkog narušavanja prava na učestvovanje, kao i mogućnost sačinjavanja zapisnika kao notarske isprave.[11] Kada je domaće pravo u pitanju treba imati u vidu da javnobeležnička isprava nije uvek potrebna. Od situacija iz čl.86 st.1 tč.1 Zakona o javnom

[7] Schmidt Walter, Meyer – Landrut Joachim u Gadow, Aktiengesetz, Berlin 1963, str.728

[8] Gessler, Hefermehl, Eckardt, Kropf, Band II, str.81

[9] Werner W., op.cit., str.14

[10] Schmidt W., Meyer – Landrut J., op.cit., str.728; Isti stav Godin – Wilhemi, Akiengesetz, Berlin 1967, str.645; Suprotno Gessler, Hefermehl, Eckardt, Kropf, Band II, str.82 imajući u vidu odsustvo izričite zakonske zabrane.

[11] Ziemons H., op.cit., str.1350

beležništvu oblik javnobežničkog zapisnika mora imati skupština društva koje ima preko 100 akcionara,[12] pri čemu, prema čl.8 istog zakona, strane javnobeležničke isprave imaju, pod uslovom uzajamnosti, isto pravno dejstvo kao i javnobeležničke isprave sačinjene prema domaćem zakonu.

b) Vreme održavanja skupštine. Zakonom nije predviđena regulativa u pogledu vremena održavanja skupštine. Ragulativa može biti sadržana u statutu, ali to, po pravilu, nije slučaj.[13] Obično se navodi kalendarski datum dana uz navod vremenskog trenutka (sata) početka rada sednice skupštine. Prema stanovištu (strane) sudske prakse nije neophodno unošenje predviđenog trajanja sednice skupštine.[14]

Skupština se ne saziva u nevreme, odnosno u vreme kada se ne može očekivati da se akcionari pojave u skupštini.[15] Prilikom utvrđivanja dana i vremena održavanja skupštine, u odsustvu posebne norme sadržane u statutu, odbor direktora ima pravo da donese odgovarajuću odluku. Mada zakonom nisu utvrđena posebna ograničenja u tom pogledu, prilikom donošenja odluke, što je pravo odbora direktora, on je vezan opštim zabranom zloupotrebe prava. U pogledu dana i vremena zakazivanja skupštine to znači da se skupština može zakazati tako da pravo na učestvovanje ne učini preterano otežanim. S tim u vezi je pitanje mogućnosti zakazivanja skupštine u nedelju, ili na praznik. U tom pogledu se ukazuje da to nije dopušteno kada se radi o otvorenim društvima.[16] Nasuprot tome, kada su u pitanju jednopersonalna društva ovakvo ograničenje ne postoji.[17] Isto važi i za društva sa malim brojem akcionara.[18] Dopušteno je sazivanje skupštine u subotu – subota jeste neradni dan, ali nije praznik i nije primenljiva argumentacija koja je ranije izneta u pogledu nedelje i praznika.[19] Smatramo da ovi stavovi imaju ograničeni domašaj kada se radi o domaćem pravu. Treba, naime, imati u vidu da nema zakonske regulative u pogledu neradnih dana u nedelji, kao i pitanje verskih praznika koji nisu utvrđeni kao neradni dani, posebno onih koji se odnose na veliki broj ljudi (na pr. neke slave)

U pogledu određivanja vremena održavanja skupštine primenjuje se isto ograničenje kao u pogledu dana održavanja – savesnost i poštenje.

---

[12] Za razliku od Zakona o privrednim društvima iz 2004 god. osnivačka skupština ne postoji prema Zakonu o privrednim društvima iz 2011 god.

[13] Werner W., op.cit., str.15

[14] Ziemons H., op.cit., str.1344

[15] Werner W., op.cit., str.15

[16] Gessler, Hefermehl, Eckardt, Kropf, Band II, op.cit., str.83; Schmidt W., Meyer – Landrut J., op.cit., str.728

[17] Gessler, Hefermehl, Eckardt, Kropf, Band II, op.cit., str.83

[18] Hüffer U., op.cit., str.564

[19] Gessler, Hefermehl, Eckardt, Kropf, Band II, op.cit., str.84

Vreme održavanja ne može biti utvrđeno tako da se time onemogućava, ili čini otežanim učestvovanje u skupštini. To znači da vreme mora biti uobičajeno. Pri tome treba viditi računa o tome da se donesu odluke predviđene dnevnim radom, kao i o mogućnosti da akcionari dođu i odu istog dana.[20] S tim u vezi ukazuje se da je to najranije u 8 sati.[21] Kada se radi o berzanski kotiranim društvima, praksa u nekim zemljama je da se početak sednice zakazuje za 10 ili 11 časova.[22] Ako je utvrđen završetak skupštine, odnosno da kada skupštine može da traje, to ne može biti posle ponoći.[23] Početak skupštine mora biti tako utvrđen, prema vladajućem mišljenju, da se skupštine okonča u istom danu.[24] S obzirom da se kod velikih akcionarskih društva može zapaziti pojava da akcionari zloupotrebljavaju vreme za diskusiju i pravo na postavljanje pitanja, kao i insistiranjem na detaljnim informacijama, pokušavaju da protegnu rad skupštine posle ponoći, smatra se da je dopušteno sazivanje skupštine koja bi trajala dva dana.[25] S tim u vezi treba ukazati na postojanje različitih stavova. Prema manjinskom stavu nije potrebno u pozivu naznačiti mogućnost da se skupština održava dva dana. Glasanje posle 24,oo ne čini odluke manljivim. Ukoliko je produženo trajanje skupštine bilo predvidivo s obzirom na dnenvi red, opreza radi bi trebalo naznačiti mogućnost dvodnevog trajanja. Pravna obaveza u tom smisli, međutim, ne postoji. Pri tome se ukazuje da rad skupštine po danu ne bi trebalo da prelazi više od 14 sati. Prekoračenje ne deluje na punovažnost odluka.[26] Nasuprot tome, ističe se da poziv mora da sadrži oznaku da se skupština može nastaviti narednog dana, kada se skupština nastavlja narednog dana u isto vreme kada je poćela prvog dana. U odsustvu navoda o ovakvoj mogućnosti sadržaj poziva je netačan i odluke donete drugog dana su pobojne.[27] Treba ukazati da se u teoriji čini razlika između skupštine koja je (ili nije) sazvana na jedan dan od skupštine koja je samo završena posle 24 sata. Takva bi bila situacija kada je skupština samo formalno zatvorena posle 24 sata. Ista situacija bi posto-

[20] Ziemons H., op.cit., str.1345

[21] Beck AG – HB, str.398

[22] Tako u Nemačkoj prema Ziemons H., op.cit., str.1345

[23] Hüffer U., op.cit., str.564

[24] Beck AG – HB, str.398

[25] Ibidem

[26] Prema Reger Gerald u Bürger Tobias, Körber Torsten, Aktiengesetz, Heidelberger Kommentar, Heidelberg 2008, str.774 - 775

[27] Göhmann Andreas u Henn Günter, Frödermann Jürgen, Handuch den Aktienrechts, Heidelberg 2009, str.457 – 458; Zöllner Wolfgang, Beschlussfassung und Beschlussmängell u Habersack Mathias, Bayer Walter, Aktienrecht im Wandel, Tübingen 2007, str.475 - 476

jala i kada su do 24 sata završena sva glasanja na skupštini, a posle 24 sata se samo raspravlja pod tačkom ''razno''. U oba slučaja ne postoje odluke koje bi se mogle pobijati.

U tč.3 st.1 čl. 335 predviđeno je da poziv za sednicu skupštine mora da sadrži i ''predlog dnevnog reda''. S tim u vezi treba ukazati na nedoslednot zakonskog teksta. Na slabosti koncepcije zasnovane na predlogu dnevnog reda je bilo ukazivano u pogledu ranije važeće regulative.[28] Osnovnim rešenjem Zakona o privrednim društvima iz 2011 god, je usvojen, po našem mišljenju, ispravan stav prema kojem onaj ko saziva skupštinu utvrđuje i dnevni red, a ne predlog dnevnog reda (čl.336). Predviđeno je da se dnevni red sednice utvrđuje odlukom o sazivanju skupštine koju donosi odbor direktora, ali se u okviru nadležnosti odbora direktora navodi da on utvrđuje predlog dnevnog reda (čl.398 st.1 tč.8). Uz predlog dnevnog reda potrebna je naznaka o kojim tačkama se predlaže da skupština donese odluku, kao i navođenje klase i ukupnog broja akcija koja o toj odluci glasa i većini koja je potrebna za donošenje odluke.

Poziv za sednicu skupštine mora sadržati i obaveštenje o načinima na koji se mogu preuzeti materijali za sednicu. U st.10 čl.335 predviđeno je da se materijali za sednicu moraju staviti na raspolaganje akcionarima istovremeno sa slanjem poziva a) ličnim preuzimanjem, ili putem punomoćnika, u sedištu društva u redovno radno vreme, ''ili'' b) na internet stranici društva, tako da ih akcionari mogu preuzeti u celosti. Ovde se radi o alternativnoj obligaciji (''ili'') i postavlja se pitanje izbora. Po opštin propisima izbor vrši dužnik (čl.403 Zakona o obligacionim odnosima), što je u ovom slučaju društvo. Izvršenim izborom, međutim, društvo može dovesti akcionare u neravnopravan položaj, s obzirom da je moguće da nemaju svi akcionari pristup internetu. Smatramo, zato, da bi društvo, nezavisno od spomenute alternativne formulacije st.10, trebalo da omogući akcionarima oba načina preuzimanja materijala za skupštinu. Ovome u prilog ide i formulacija tč.4 st.1 čl.335 gde se govori o ''načinima''preuzimanja, a ne o ''načinu'' preuzimanja.

Poziv mora da sadrži i pouku o pravima akcionara u vezi sa učešćem u radu skupštine i obaveštenje o pravilima za njihovo ostvarivanje. To obaveštenje mora biti jasno i precizno, a pravila u skladu sa zakonom, statutom i poslovnikom o radu skupštine. Ovo obuhvata na pr. minimalni broj akcija koje akcionar mora posedovati za lično učešće u radu skupštine (čl.328 st.3), kao i mogućnost imenovanja zajedničkog punomoćnika za slučaj da akcionari pojedinačno ne poseduju taj broj akcija (ćl.328

[28] Arsić Zoran, Dnevni red za skupštinu akcionarskog društva, Pravni život 12/2007, str.103-112

st.4), mogućnost glasanja u odsustvu (čl.340), napomenu o obavezi jednakog glasanja (čl.360 st.7).

Ukoliko je na osnovu čl.340 utvrđena obavezna upotreba formulara za davanje punomoćja, tada poziv mora da sadrži i taj formular.

Poziv za skupštinu mora da sadrži i obaveštenje o danu akcionara (čl.331), sa napomenom da samo lica koja su akcionari na taj dan imaju pravo da učestvuju u radu skupštine. Kada su javna društva u pitanju potrebno je i obaveštenje iz st.5 čl.331, ako je ispunjen uslov u pogledu broja akcionara. Obaveštenje o danu akcionara mora da sadrži i podatke o pravu na predlaganje dnevnog reda (treba: dopune dnevnog reda, prema čl.337), pravima na postavljanje pitanja, uz navođenje rokova u kojima se ta prava mogu koristiti. Ako su dataljne informacije o korišćenju tih prava dostupne na internet stranici društva, tada je dovoljno navođenje tih rokova uz jasno upućivanje na internet stranicu društva. Obaveštenje o danu akcionara mora sadržati i opis procedure o glasanju preko punomoćnika, a naročito informaciju o načinu na koji društvo omogućava akcionarima dostavu obaveštenja o imenovanju punomoćnika elektronskim putem. Statutom društva mora biti predviđen makar jedan način na koji akcionar može obavestiti društvo o datom punomočju za glasanje elektronskim putem (čl.344). Obaveštenje o danu akcionara mora sadržati i opis procedure glasanja u odsustvu (čl.340), kao i za glasanje elektronskim putem ako je to predviđeno statutom, uključujući i formulare za takvo glasanje. U st.9 čl.335 predviđeno je da ako društvo iz tehničkih razloga ne može ove formulare da objavi na svojoj internet stranici, ono je u obavezi da na svojoj internet stranici naznači da se ti formulari mogu pribaviti u papirnoj formi, kada je u obavezi da te formulare dostavi putem pošte i bez ikakve naknade svakom akcionaru koji to zatraži.

Kada su u pitanju odredbe koje se odnose na formulare za glasanje putem pošte i za davanje punomoćja, u pogledu odgovarajućih odredbi u uporednom pravu iznosi se ocena da su one predviđene u korist društva da bi omogućile standardizaciju postupaka.[29]

U st.8 čl.335 je predviđeno da društvo nema obavezu da u pozivu navede elemete koji se odnose na način preuzimanja materijala, formular za davanje punomoćja i dan akcionara (tč.4,6 i 7 st.1 čl.335), ako se u pozivu za sednicu naznače internet stranice sa kojih se mogu preuzeti ti podaci, odnosno dokumenti. Ova odredba je od značaja u slučaju da se poziv dostavlja poštom u papirnoj formi. Smatramo da je primenljiva i u slučaju da se sazivanje vrši objavljivanjem na internet stranici društva,

[29] Za nemačko pravo tako Butzke V., op.cit., str.53

kada poziv, umesto odgovarajučih elemenata, sadrži linkove preko kojih je moguće preuzeti podatke, odnosno dokumente.

Uobičajeno je da se u pozivu navede i organ koji saziva skupštinu, kao i pravni osnov (odgovarajući član zakona ili statuta).

2. Način dostavljanja poziva

Poziv za sednicu skupštine se može dostavljati na dva načina – preporučenom pošiljkom putem pošte, ili objavljivanjem na internet stranici društva i na internet stranici registra prvrednh subjekata (čl.335 st.3 tč.1 i 2). U prvom slučaju se radi o individualnom pozivu, dok u drugom slučaju postoji javni poziv. Iz zakonske formulacije proizlazi da se radi o alternativnoj obligaciji gde je društvo dužnik. Izbor vrši društvo odgovarajućom odredbom statuta (čl.246 st.1 tč.7). Ovakvo rešenje odgovara i opštim propisima (čl.403 Zakona o obligacionim odnosima). Smatramo da je ovakav pristup sporan. Radi se o tome da obaveza obaveštavanja postoji zato da bi se akcionarima omogućilo da ostvare svoja prava vezana za skupštinu. S tim u vezi ukazuje se da izbor u pogledu načina obaveštavnja uvek pripada akcionaru.[30] Izborom od strane društva akcionari mogu biti stavljeni u nejednak položaj, budući da je moguće da nemaju svi akcionari pristup internetu. Ovo se vidi i iz toga da društvo može da bira između tč.1 i tč.2, ali ne može da bira između slanja poziva poštom i slanja poziva putem e-mail-a.

Poziv se šalje preporučenom pošiljkom poštom na adrese akcionara iz jedinstvene evidencije akcionara. Dostavljanje se smatra izvršenim danom slanja pošiljke na tu adresu (teorija odašiljanja). S tim u vezi je sporno da li uz ime akcionara, mora biti navedena njegova aktuelna adresa. Polazeći od zahteva da prijem bude moguć, ukazuje se da odgovor na ovo pitanje mora biti potvrdan.[31] S druge strane, kada je domaće pravo u pitanju, zakonska formulacija spominje adresu iz jedinstvene evidencije akcionara i slanje na ''tu'' adresu. Prema tome, u domaćem pravu, adresa ne mora biti aktuelna. To znači da rizik promene adrese tereti akcionara. S druge strane, rizik tačnog adresiranja na adresu iz jednistvene evidencije tereti društvo. Ovo zato što samo u tom slučaju važi pretpostavka o izvršenom dostavljanju, pri čemu rizik prenosa tereti akcionara. U slučaju spora društvo dokazuje da je pošiljka poslata. Treba, ipak, ukazati da prijemna knjiga – list pošte ne predstavlja dokaz o sadržini određenog podneska, niti da je podnesak podnet u vezi sa tač-

[30] Schmitz Ulrike, Der Einfluss neuer Tecnhnologien auf die Aktionärsmitverwaltung, Köln 2003, str.62

[31] Ziemons H:, op.cit., str.1348

no određenim predmetom, u situaciji kada u istoj nije naznačeno na koji se konkretan predmet se odnosi, niti sadržina predatog podneska (Rešenje Višeg trgovinskog suda, Iž. 902/2008 od 3.4.2008 god.). Postojanje povratnice nije propisano, što je opravdano s obzirom da je obaveza društva izvršena predajom poziva pošti.

Individualni poziv je moguć i primenom e-mail-a, ako je akcionar dao saglasnost. Saglasnost u domaćem pravu mora biti data u pisanoj formi. U pogledu davanja saglasnosti ukazuje se da saglasnoist predstavlja i kada akcionar dostavi svoju e- mail adresu u svrhu dostavljanja poziva. Saglasnost je u ovom slučaju data konkludentnom radnjom. Treba imati u vidu da nije svako dostavljanje e-mail adrese konkludentna radnja, nego samo ono koje je izvršeno u svrhu dostavljanja poziva, kao i da je dostavljanje izvršeno u pisanoj formi. Ukazuje se da takav karakter nema pisani poziv da društvo prihvati troškove preuzimanja (Download) neophodnih podataka.[32] Prijavljivanje na mailing listu na internet stranici društva, takođe, nema krakter davanja saglasnosti.

Kao i kod poziva putem pošte, poziv e - mail-om se smatra dostavljenim onog dana kada je poslat. Ovo važi samo ako je slanje izvršeno na adresu koju je dao akcionar. Rizik funkcionisanja mreže i pristupa snosi akcionar. U slučaju spora društvo dokazuje da je e – mail poslat. S tim u vezi treba ima u vidu čl.122 Zakona o elektronskim komunikacijama gde je predviđeno pravo nadležnih državnih organa da ostvare uvid u podatke o mrežnom saobraćaju koji su od značaja za odlučivanje u sporovima. Ovakav tretman poziva e-mail-om nije izričito predviđen zakonom kao u slučaju sazivanja putem pošte, ali smatramo da se ta pravila primenjuju po analogiji.

Za razliku od mogućnosti izbora između individualnog i javnog poziva, društvo ne može da vrši izbor između dva načina individuanlog sazivanja skupštine. U ovom slučaju zakonodavac je zauzeo, po našem mišljenju, ispravan stav i prepustio izbor akcionaru. Ovo je opravdano, s obzirom da bi izborom od strane društva, izvršenim odgovarajućom odredbom statuta, moglo doći do povrede principa jednakog tretemana akcionara. Ovo zato što svaki akcionar ne mora imati pristup internetu.[33]

Nezavisno od načina individualno poziva, preporučenim pismom ili e-mail-om, poziv se šalje licima koja su imala status akcionara na dan donošenja odluke o sazivanju skupštine (čl.335 st.3). Spominju se odluke odbora direktora, nadzornog odbora, kao i suda. Smatramo da se regulativa, po analogiji, primenjuje i na slučaj kada odluku o sazivanju skupštine donosi likvidator (čl.372 st.5).

---

[32] Schmitz U., op.cit., str.62 napomena br.17 i tamo navedena literatura

[33] Sasse Marc, Hauptversammlung und Internet, Berlin 2002, str.76

Kao što ranije ulazali društvo može, odgovarajućom odredbom statuta, izvršiti izbor u pogledu postupka sazivanja skupštine i opredeliti se za javni poziv. U tom slučaju se poziv objavljuje na internet stranici društva i internet stranici registra privrednih subjekata. Statutom je moguće predvideti da se poziv za sednicu upućuje i objavljivanjem u najmanje jednom visokotiražnom dnevnom listu koji se distribuira naceloj teritoriji Republike Srbije (čl.335 st.6). Nezavisno od nedovoljno precizne formulacije, ovakvo rešenje ima svojih prednosti i nedostataka. U odnosu na objavljivanje ne internet stranici, ono pretpostavlja povećane troškove, posebno imajući u vidu obimnost sadržaja poziva. S druge strane, njime se prevazilazi mogućnost nejednakog tremana akcionara, o čemu je bilo reči.

Kada se radi o javnom društvu ono je dužno da poziv objavi i na internet stranici regulisanog tržišta, odnosno multilateralne trgovačke platforme gde su uključene njegove akcije, a objavu uvek vrši i na svojoj internet stranici (čl.335 st.4).

3. Rok za slanje poziva

Za razliku od ranije važeće regulative Zakona oprivrednim društvima iz 2011 god. u pogledu roka sa slanje poziva za skupštinu ne poznaje maksimalni rok, već samo minimalni rok. U tom smislu poziv za redovnu skupštinu mora da se pošalje najkasnije 30 dana pre održavanja sednice (čl.365 st.2), a za vanrednu skupštinu najkasnije 21 dan pre održavanja sednice (čl.373).

Minimalni rok ima zaštitnu funkciju - akcionari treba da budu u poziciji da se stvarno pripreme za održavanje skupštine. Pitanje računanja roka je izuzetno važno, budući da povreda pravila o rokovima za sazivanje skupštine predstavlja osnov za poništaj skupštinskih odluka donetih na toj skupštini.[34] Na računanje roka primenjuju se opšta pravila za računanje vremena (čl.77 Zakona o obligacionim odnosima). Treba, takođe, imati u vidu da se primenjuju pravila za računanje roka u danima.[35]To znači da se dan održavanja skupštine ne računa, a obračun dana se vrši unazad. U pogledu početka roka u uporednom pravu i pravnoj teoriji postoji dilema da li se dan održavanja skupštine računa ili ne.[36] Kada je domaće pravo u pitanju smatramo

[34] Mimberg Jörg, Die Frist zur Einberufung der Hauptversammlung nach dem UMAG, Die Aktiengesellschaft 19/2005, str.717

[35] Pri tome su poznata dva pristupa – prirodni obračun (momento ad momentum) i civilni obračun (uzimaju se u obzir celi dani).

[36] S tim u vezi enlgeski sudovi smatraju da ``dani`` znače `` clear days`` odnosno dane koji ne obuhvataju dan kad je poziv poslat i dan kada skupština treba da se održi – Gower, op.cit., str.505

da je odgovor na ovo pitanje sadržan u čl.77 Zakona o obligacionim odnosima i da se njegovom primenom (direktnom ili analognom) dolazi do zaključka da se dan održavanja skupštine ne računa.[37] Posebno treba naglasiti da se računanje roka vrši unazad. Ovakav način obračuna vremena može dovesti do određenih poteškoća. Tako na pr. ako je u pitanju redovna skupština (godišnja skupština) zakazana za 5.juli 2006 god., tada se poziv mora uputiti najmanje 30 dana pre dana skupštine i 30-ti dan je 6.Juni. Taj poslednji dan roka (6. Juni) mora u celosti biti uključen u rok. Računanjem roka unazad rok ističe 6. Juna u 0.00 sati. Pri tome treba imati u vidu da akcionar mora imati na raspolaganju zakonom utvrđeni minimalni rok za pripremu za skupštinu – rok je utvrđen u cilju zaštite interesa akcionara u pogledu informisanja i pripreme. U tom smislu se ukazuje da bi trebalo govoriti o roku za pripremanje za skupštinu, što bi trebalo imati u vidu kada se radi o pozivanju na skupštinu. Sledstveno tome, poziv za skupštinu mora biti upućen najkasnije 5.Juna do 24.00 sata.[38] Pri tome ukazujemo da se poziv smatra primljen onog dana kada je poslat.

Druga situacija bi nastala kada bi poslednji dan roka (6. Juni) bio zakonom utvrđen kao neradni dan. Tada se Prema st.2 čl. 77 Zakona o obligacionim odnosima tada se kao poslednji dan roka računa ''sledeći radni dan''. Ovo pitanje koje je uzrokovano računanjem roka unazad nije nepoznato u uporednom pravu – regulativa nemačkog prava je dopunjena normom prema kojoj se u takvom slučaju uzima u obzir vremenski prethodni radni dan.[39] Kao ''sledeći radni dan'' javlja se Ponedeljak 5 Juni. Drugačije tumačenje, prema kojem bi sledeći radni dan bio kalendarski sledeći radni dan Sreda 7. Juni nije prihvatljivo, zato što u tom slučaju akcionar nema na raspolaganju 30 dana za pripremu za skupštinu. Drugačije tumačenje je onemogućeno ciljem norme, kojom se želi obezbediti akcionaru zakonom utvrđeni minimalni rok za pripremu za skupštinu.[40]

U pogledu javnog objavljivanja poziva za sednicu skupštine važe isti rokovi kao i u slučaju individualnih poziva, nezavisno da li je u pitanju objavljivanje u dnevnom listu, ili na internet stranici. U slučaju objavljivanja u dnevnom listu merodavan je datum sadržan u impresumu. Kada je u pitanju objavljivanje na internet stranici postoji specifičnost koja se odnosi na trajanje objavljivanja. Za razliku od objavljivanja u dnev-

[37] Za nemačko pravo slično Mimberg J., op.cit., str.717

[38] Primer naveden prema Repgen Tilman, Der Sontag und die Berechnung rückwärtslaufender Fristen im Aktienrecht, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1/2006, str.129

[39] Čl.123 st.4 UMAG-a

[40] Repgen T., op.cit., str.130 napomena br.38

nom listu, koje je jednokratno, objavljivanje na internet stranici (društva, registra privrednih subjekata itd.) mora trajati najmanje do dana održavanja sednice skupštine (čl.335 st.5).

Situacija je specifična ako se radi o skupštini koja nije održana zbog nedostatka kvoruma (čl.352). U tom slučaju se može sazvati ponovljena sednica skupštine. O ponovljenoj sednici se radi kada je u pitanju isti dnevni red, što je izričito predviđeno u čl.352 st.1. Kao što se vidi postoje dve pretpostavke za ponovljenu sednicu – nemogućnost održavanja prvobitno zakazane sednice zbog nedostatka kvoruma (a ne zbog drugih razloga), i isti dnevni red. Nije, dakle, moguće za ponovljenu sednicu menjati dnevni red. Ukoliko se dnevni red menja, radi se o novoj sednici i na nju se primenjuju opšti propisi o sazivanju skupštine. U pogledu rokova za sazivanje ponovljene sednice skupštine razlikuju se dve situacije. Ako u pozivu nema unapred određenog dana održavanja ponovljenje sednice, tada se ponovljena sednica može održati najkasnije 30 dana, a najranije 15 dana računajući od dana neodržane sednice. Poziv za ponovljenu sednicu se upućuje najkasnije 10 dana pre dana predviđenog za održavanje ponovljene sednice. Ako poziv za neodržanu sednicu sadrži datum mogućeg održavanja ponovljenje sednice, tada će ponovljena sednica biti održana na taj dan. Zakonom je predviđeno ograničenje u tom pogledu, s obzirom da taj dan ne može biti dan koji pada ranije od osmog ni kasnije od tridesetog dana računajući od dana neodržane sednice. S obzirom da se radi o ponovljenoj sednici sa istim dnevnim redom i unapred utvrđenim danom održavanja ponovljene sednice, nema obaveze slanja novih poziva. Osim toga, poziv nije moguće poslati naranije 10 dana pre ponovljene sednice, ako je ponovljena sednica zakazana osmog dana od dana neodržane sednice.

4. Povlačenje poziva (otkazivanje skupštine), izmena poziva, dvostruko sazivanje

Sednica skupštine se može otkazati do njenog formalnog otvaranja.[41] Kao i kod sazivnja skupštine, može se razlikovati odluka o otkazivanju skupštine i povlačenje poziva. U pogledu otkazivanja skupštine nadležan je onaj ko je doneo odluku o sazivanju skupštine. Kada se radi o načinu otkazivanja skupštine, odnosno o povlačenju poziva, sporno je da li povlačenje poziva mora da prati formu poziva za skupštinu. Smatramo da je prihvatljiv stav prema kojem to nije potrebno.[42] Ovo, pre svega, zato

[41] Ziemons H., op.cit., str.1352; Reger G., op.cit., str.775

[42] Werner W., op.cit., str.20; Reger G., op.cit., str.775; Godin – Wilhelmi, op.cit., str.644; Ziemons H., op.cit., str.1352; Suprotno Schmidt W., Meyer – Landrut J., op.cit., str.727

što pri povlačenju poziva nije uvek moguće poštovati rokove za sazivanje skupštine.[43] Izjava o otkazivanju skupštine (povlačenje poziva) mora biti data tako da omogući akcionarima najlakše sticanje saznanja o otkazivanju.[44] U obzir dolazi saopštenje u dnevnim novinama, kao i objavljivanje na internet stranici društva. Pri tome nije potrebno navođenje osnova za otkazivanja sednice skupštine.[45]

Kada se radi o izmenama poziva važe druga pravila. Izmena poziva se, načelno, tretira kao novi poziv.[46] Ako izmene obuhvataju važne promene u pogledu mesta i vremena održavanja skupštine, tada je potrebna primena procedure za sazivanje skupštine, pre svega u pogledu rokova za slanje poziva.[47] Ovakav pristup ne važi ako se radi samo o nevažnim izmenama. Tako na pr. početak sednice se može pomeriti za određeno vreme, do čega može da dođe zbog postupka kontrole ulaska u salu gde se sednica održava.[48] U literaturi postoji stav prema kojem se pomeranje početka za period do 30 minuta smatra manjom izmenom.[49] Promena prostorije u kojoj se sednica održava, takođe, ne predstavlja izmenu koja traži novi saziv skupštine.[50] Kada se radi o izmenama dnevnog reda po osnovu prihvaćenog predloga za dopunu dnevnog reda primenjuju se pravila iz čl. 334.

U delu literature se, samo kao na teorjisku mogućnost, ukazuje na situaciju dvostrukog sazivanja skupštine.[51] Takva situacija nastupa kada dva ovlašćenika na sazivanje skupštine jednu skupštinu zakažu u isto vreme ili jednu posle druge. Kada je domaće pravo u pitanju ovakva situacija bi mogla da nastane u slučaju da sud, po zahtevu manjine akcionara zbog odbijanja odbora direktora da sazove skupštinu, odredi lice koje je ovlašćeno da sazove skupštinu, a odbor direktora promeni svoju odluku i odluči da ipak sazove skupštinu, sa dnevnim redom prema zahtevu akcionara. U situacijama dvostrukog sazivanja skupštine važenje poziva se rešava po vremenskom prioritetu – prvi poziv je važeći, dok je drugi bez dejstva. Kasniji poziv ne predstavlja povlačenje ranijeg poziva, s obzirom da njega može da povuče samo onaj ko je doneo odluku o njegovom slanju. U slučaju istovremenog sazivanja oba poziva su bez dejstva.

---

[43] Werner W., op.cit., str.20
[44] Hüffer U., op.cit., str.565; Ziemons H., op.cit., str.1352
[45] Reger G., op.cit., str.775
[46] Ziemons H., op.cit., str.1352
[47] Reger G., op.cit., str.775; Werner W., op.cit., str.21; Butzke V., op.cit., str.54;
[48] Butzke V., op.cit., str.54;
[49] Hüffer U., op.cit., str.565; Reger G., op.cit., str.775
[50] Hüffer U., op.cit., str.565; Ziemons H., op.cit., str.1352; Reger G., op.cit., str.775
[51] Werner W., op.cit., str.21; Butzke V., op.cit., str.

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

Convocation of Shareholders Meeting

Abstract: *Convocation of shareholders meeting is a sort of comunication among shareholders and company determined by kinds of shares regulated in each national legal system. As a rule shareholders with registered shares are to be notified individually, while existence of bearer shares requires public announcement. Despite lack of bearer shares in domestic law, Serbian Company Act stipulates both techniques.*

Key words: *shareholders meeting, shareholder, notification*

Originalni naučni rad 347.63(497.11)(091)
doi:10.5937/zrpfns47-4423

Dr Gordana Kovaček Stanić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu

PORODIČNOPRAVNI ODNOSI RODITELJA I DECE U SRBIJI (VOJVODINI) KROZ ISTORIJU I DANAS[1]

Sažetak: *U okviru ovog rada proučeni su i analizirani porodično-pravni odnosi roditelja i dece prema zakonu kao izvoru prava, te prema stalnoj sudskoj praksi, pravnim pravilama privatnog prava i pravnoj nauci kao izvoru prava kroz istoriju i danas. U porodičnom pravu tadašnje Vojvodine sa Međumurjem i Prekomurjem primenjivalo se ugarsko zakonodavstvo, a u Sremu i na teritoriji Vojne granice važilo je austrijsko pravo. Proučena su pitanja porodičnog statusa deteta, odnosno regulativa utvrđivanja i osporavanja očinstva, te sadržina i vršenje roditeljskog prava. Osnovna ustanova koja karakteriše odnose roditelja i dece pre II svetskog rata u Vojvodini bila je očinska vlast. Status roditelja je bio primarni osnov odnosa roditelja i dece. Otac je imao prioritetnu roditeljsku ulogu kada se radi o bračnom roditeljstvu, majka kada se radi o vanbračnom, a posle razvoda braka prioritetnu ulogu je imao roditelj kome je dete povereno, dok je drugi roditelj kao osnovno pravo imao pravo na održavanje ličnih odnosa sa detetom. U drugom delu rada su analizirani sudski predmeti iz oblasti odnosa roditelja i dece u dvadesetim i tridesetim godinama XX veka koji su sačuvani u Arhivu Vojvodine. Posebna pažnja je poklonjena pozivanju suda na stalnu sudsku praksu, odnosno pravna pravila privatnog prava i pravnu nauku, koji na taj način postaju izvor prava.*

Ključne reči: *sudska praksa, zakoni, dete, roditelji, prava, obaveze*

---

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

Uvod

Porodičnopravni odnosi roditelja i dece u Vojvodini između dva svetska rata bili su regulisani ugarskim pravom, sem u Sremu i na teritoriji Vojne granice gde je važilo austrijsko pravo.[2] Osnovni izvor prava bili su zakoni. Međutim, u sudskoj praksi primetan je značaj pozivanja na stalnu sudsku praksu, pravna pravila privatnog prava i pravnu nauku. Zbog toga se u ovom radu posebno analiziraju slučajevi iz sudske prakse i pravna pitanja u kojima se sud pozivao na ove (neformalne) izvore prava. Danas, u Srbiji (i Vojvodini kao autonomnoj pokrajini) važi Porodični zakon iz 2005. godine, kao osnovni izvor porodičnog prava.

I Porodičnopravni odnosi roditelja i dece prema zakonu kao izvoru prava

U porodičnom pravu tadašnje Vojvodine sa Međumurjem i Prekomurjem primenjivalo se ugarsko zakonodavstvo. Najvažniji izvor prava su bili sledeći zakoni: Zakon o tutorstvu i starateljstvu iz 1877. godine - zakonski članak XX, Zakon o bračnom pravu iz 1894. godine - zakonski članak XXXI-XXXIII te Zakon o državnim maticama iz 1894. godine - zakonski članak XXXIII. Primenjivan je i *Tripartitum* – Verbecijeva zbirka mađarskog pisanog i običajnog prava.[3] U Sremu i na teritoriji Vojne granice važio je Austrijski građanski zakonik iz 1811. godine. [4]

Danas, u Srbiji (i Vojvodini kao autonomnoj pokrajini) važi Porodični zakon iz 2005. godine koji se primenjuje se od 1. jula 2005. godine.[5]

---

[2] U to vreme u Srbiji je važio Srpski građanski zakonik iz 19844. godine. O tome više u: Olga Cvejić-Jančić, Roditeljsko pravo u Srbiji prema Srpskom građanskom zakoniku iz 1844. godine, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2004, XXXVIII, br 2 (tom I) str. 361-381.

Gordana Kovaček-Stanić, Pravni položaj deteta u porodičnom pravu Srbije i Vojvodine pre II svetskog rata, Zbornik Građanska kodifikacija 1, Niš, 2002, str. 225-232.

[3] Tekstovi zakona u: Gliša Bogdanfi i Nikola Nikolić, *Opšte privatno pravo koje važi u Vojvodini*, 1925, Pančevo, knj. I.

[4] Austrijski građanski zakonik (u daljem tekstu AGZ) iz 1811. godine, prevod D. Aranđelovića, Beograd, 1921.

[5] U daljem tekstu PZS, *Službeni glasnik Srbije* 18/05. Imala sam privilegiju da sarađujem u izradi ovog zakona učešćem u Komisiji za njegovu izradu, predsednik Komisije je bila prof. dr Marija Draškić.

1. Porodični status deteta (utvrđivanje i osporavanje očinstva)[6]

Prema ugarskom pravu primenjivala se pravna pretpostavka da je muž majke otac deteta (*pater est quem nuptiae demonstrant*). Međutim, rođenje deteta u braku nije bio dovoljan uslov da se dete smatra bračnim. Bilo je potrebno i da se ispuni uslov začeća u braku. Naime, ako je dete rođeno šest meseci od dana venčanja, otac je mogao da ospori zakonitost deteta. Bračnom decom smatrana su i deca rođena deset meseci od prestanka braka. Dete se smatralo nezakonitim ako je rođeno u vremenu odvojenog života od stola i postelje.[7] Slično je bilo i prema AGZ. Važila je pretpostavka da su deca bračna ako su rođena u sedmom mesecu po zaključenju braka ili u desetom mesecu po smrti muža ili potpunom razrešenju bračne veze (par. 138).

Prema pozitivnom zakonodavstvu, dejstvo pravne pretpostavke *pater est* je, kada se radi o detetu rođenom u braku koji nije prestao, prošireno u odnosu na predratno pravo, na taj način što vreme začeća detea nije od značaja. Muž majke se smatra ocem deteta bez obzira u kom vremenu po sklapanju braka je dete rođeno, odnosno kada je dete začeto (čl. 54/1 PZS). S druge strane, kada se radi o slučaju prestanka braka, dejsto pretpostavke o očinstvu muža majke je suženo. Predviđeno je da se muž smatra ocem ako je dete rođeno u roku od 300 dana od dana prestanka braka, ali samo ako je brak prestao smrću muža i ako majka nije sklopila novi brak u tom roku (čl. 54/2 PZS). To znači da u slučaju prestanka braka razvodom ili poništajem pretpostavka ne važi. Kada se radi o ovim slučajevima, a naročito o razvodu braka, zakonodavac je bio mišljenja da ne bi bilo opravdano smatrati muža iz prethodnog braka za oca. U tom slučaju bi trebalo sprovesti postupak utvrđivanja očinstva, a u sadašnjim okolnostima se sa vrlo visokim procentom izvesnosti može utvrditi ko je biološki otac deteta, primenom biološko-medicinskih analiza, naročito DNK analizom. Na taj način se doprinosi tome da biološko i pravno očinstvo koincidiraju.

Kada se radi o vanbračnoj deci, prema ugarskom pravu vanbračno očinstvo se moglo utvrđivati, pravo na tužbu imalo je dete, a dok je dete maloletno, majka. Prirodnim ocem se smatrao muškarac koji je sa majkom deteta u kritično vreme (300 do 180 dana pre rođenja) polno opštio. Ovu pretpostavku nije obarala okolnost da je i drugi muškarac opštio sa majkom u to vreme,

[6] O evropskom zakonodavstvu vuše u: Dr Gordana Kovaček Stanić, Autonomija versus materijalna istina u komparativnom porodičnom statusu deteta, Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu 3/2011, tom I, XLV, str. 195-221.

[7] Zvonimir. Piškulić, Imre Đerđ, *Osnovi privatnog prava u Vojvodini*, Beograd, 124, str. 246.

ali ako je majka vodila „bludan život", odnosno bila bludnica po zanimanju, od prirodnog oca se nije moglo tražiti izdržavanje.[8] Presuda kojom je očinstvo utvrđeno imala je apsolutno dejstvo (*erga omnes*), ali u parnici za izdržavanje, pretpostavljeno očinstvo ima pravno dejstvo samo za parnične stranke (*intuitu personae*). I prema AGZ se moglo utvrđivati očinstvo „nebračnog" deteta i to na dva načina: u sudskom postupku i priznanjem oca. U sudskom postupku se dokazivalo da li je muškarac imao polni odnos sa majkom u vremenu između 180 i 300 dana pre porođaja (par. 163).

Pozakonjenje vanbračnog dateta, kojim vanbračno dete dobija bračni status, je ustanova koja je, između dva rata, bila pravno izuzetno značajna, s obzirom na postojeću diskriminaciju vanbračne dece. Pozakonjenje je, prema ugarskom pravu, bilo moguće na dva načina, naknadnim sklapanjem braka roditelja i kraljevskim ukazom. Uslov za pozakonjenje naknadnim sklapanjem braka bilo je priznanje oca. Pozakonjenje kraljevskim ukazom je mogao tražiti otac, a posle njegove smrti majka i dete. Majka i dete su morali dokazati da je otac priznao dete, te da je izjavio nameru za pozakonjenje. Pozakonjenjem kraljevskim ukazom dete je dobijalo ista prava u pogledu ličnosti kao deca rođena iz zakonitog braka, ali nije bilo u srodstvu sa srodnicima oca i majke.[9] Prema AGZ pozakonjenje je bilo moguće na tri načina. Prvi je uklanjanjem bračnih prepreka ili ako bar jednom roditelju, bez njegove krivice, nije bila poznata bračna prepreka. U drugom slučaju, međutim, dete nije moglo dobiti imovinu koja je porodičnim naredbama zadržana za bračnu decu (par. 160). Drugi način je naknadnim zaključenjem braka roditelja. Ali u ovom slučaju nije bilo dozvoljeno osporavati pravo prvorođenja i druga stečena prava deci koja su rođena u braku koji je postojao u međuvremenu (par. 161). Treći način je „milošću vladaoca" kojom se dete proglašava bračnim detetom. Pravo da traže odluku vladaoca imali su samo roditelji, a dete je sticalo staleške povlastice i pravo na imovinu (par. 162).

S obzirom da je danas pravni položaj vanbračne dece u potpunosti izjednačen sa pravnim položajem bračne dece, pozakonjenje više nema nikakav pravni značaj. U savremenim uslovima povećava se broj dece rođene kao vanbračne. U domaćim uslovima rađa se oko 20% dece čiji roditelji nisu u braku, tako da se menja i društveni odnos prema njima.[10] Deca rođena kao vanbračna više ne bi trebalo da budu stigmatizovana. Iz tih razloga PZS nije regulisao ovu ustanovu.

---

[8] Op. cit. Piškulić, Đerđ, str. 252, op. cit. Bogdanfi i Nikolić, str. 98-99.

[9] Op. cit. Bogdanfi i Nikolić, str. 99-100.

[10] U 2005. godini je 22,5% dece rođeno van braka (oko 16 000*), Statistički godišnjak Srbije* iz 2007, str. 83, 94.

Prema pozitivnom zakonodavstvu, vanbračno očinstvo se može utvrđivati na dva načina: priznanjem oca i u sudskom postupku. Priznanje očinstva je dobrovoljni način utvrđivanja vanbračnog očinstva. U domaćem zakonodavstvu predviđene su široke mogućnosti za davanje izjave o priznanju. Iako je po svojoj suštini priznanje privatni čin, ipak postoje određena ovlašćenja matičara kao javnog organa koja doprinose tome da se očinstvo utvrdi priznanjem (obaveza savetovanja majke i muškarca koji želi da prizna očinstvo). Da bi priznanje bilo punovažno treba da budu ispunjeni materijalni i formalni uslovi. Materijalni uslov koji treba da bude ispunjen se odnosi na muškarca koji priznaje očinstvo. Po domaćem pravu, očinstvo može da prizna muškarac koji je navršio 16. godinu života i koji je sposoban za rasuđivanje (čl. 46 PZS). Drugi uslov se tiče deteta. Očinstvo se može priznati samo ako je dete živo u trenutku priznanja. Izuzetno, očinstvo se može priznati i ako je dete začeto u trenutku priznanja, a rodi se živo (čl. 47 PZS). Izuzetak od pravila da dete treba da bude živo je pretpostavka *nasciturus*-a, što znači da se može priznati začeto dete pod uslovom da se rodi živo. Priznanje se ne može dati posle smrti deteta. Na ovaj način se predupređuju moguće zloupotrebe, priznanje radi ostvarenja naslednih prava, na primer. Ako dete nije u životu, očinstvo se može utvrditi samo sudskom odlukom. Treći uslov se tiče potrebnih saglasnosti na priznanje. U domaćem pravu priznanje nije unilateralni čin, sa izjavom o priznanju, potrebno je da se saglase određena lica. To su majka i dete. Sa priznanjem očinstva mora da se saglasi majka ako je navršila 16. godinu života i ako je sposobna za rasuđivanje. Ako majka ne može dati saglasnost, dovoljna je saglasnost deteta (čl. 48 PZS). Sa priznanjem očinstva mora da se saglasi dete ako je navršilo 16. godinu života i ako je sposobno za rasuđivanje. Ako dete ne može dati saglasnost, dovoljna je saglasnost majke (čl. 49 PZS). Ako ni majka ni dete ne mogu dati saglasnost, saglasnost sa priznanjem očinstva daje staratelj deteta uz prethodnu saglasnost organa starateljstva (čl. 50 PZS). Uslov saglasnosti na priznanje koje treba da daju majka i (ili) dete predviđen je da bi se sprečile zloupotrebe od strane muškarca koji daje izjavu o priznanju. Prethodna saglasnost organa starateljstva, koja je potrebna u slučaju kada saglasnost daje staratelj je uslov koji postoji zbog značaja priznanja kao akta statusnog karaktera. Izjava o priznanju očinstva može se dati pred matičarem, organom starateljstva, sudom ili javnim beležnikom (forma priznanja). PZS je ograničio državne organe koji mogu da prime priznanje na one organe koji se bave porodicom i porodičnim odnosima. Uobičajen način priznanja je priznanje pred matičarem. Izjava o priznanju očinstva može se dati i u testamentu, tada se radi o posthumnom priznanju (čl. 51 PZS).

Drugi način utvrđivanja očinstva je utvrđivanje pravnosnažnom sudskom presudom, bez ikakvih ograničenja vezanih za okolnosti začeća deteta (čl. 55/1 PZS). Aktivnu legitimaciju ima širok krug lica, lica između kojih postoji ili se pretpostavlja roditeljski odnos (majka, dete, muškarac koji tvrdi da je otac deteta, čl. 55 PZS). PZS predviđa da dete može pokrenuti ovaj postupak bez obzira na rok i tako u bilo kom momentu uskladiti biološko i pravno očinstvo (čl. 251/1 PZS). Rokovi su predviđeni za majku i muškarca koji tvrdi da je otac. Majka može pokrenuti postupak u roku od godinu dana od dana saznanja da muškarac koga smatra ocem deteta nije priznao očinstvo, a najkasnije u roku od 10 godina od rođenja deteta. Muškarac koji tvrdi da je otac deteta može podneti tužbu radi utvrđivanja svog očinstva u roku od godinu dana od dana saznanja da se sa njegovim priznanjem očinstva nisu saglasili majka, odnosno staratelj deteta, a najkasnije u roku od 10 godina od rođenja deteta (čl. 251/2,3 PZS). Muškarac koji tvrdi da je otac deteta, u slučaju da se po zakonu drugi muškarac smatra ocem, ima pravo na utvrđivanje svog očinstva uz tužbu za osporavanje očinstva, i to u roku od godinu dana od dana saznanja da je on otac, a najkasnije u roku od 10 godina od rođenja deteta (čl. 56/2 i 252/4 PZS). Dejstvo sudske odluke je u tome što dete dobija oca, formiraju se roditeljski odnosi između deteta i oca, nastaju sva porodična i ostala prava i obaveze između deteta (i potomaka deteta) i oca (i očevih srodnika). Detetu se može promeniti prezime (čl. 349 PZS). Treba primetiti da promena prezimena nije obavezna, pa dete i posle promene porodičnog statusa može nositi prezime koje je imalo ranije. Presuda deluje *ex tunc* i *erga omnes*.

Osporavanje očinstva (proglašenje nezakonitosti) u predratnom pravu je bio izuzetan postupak. Tužbu je mogao da uloži samo muž majke (otac deteta). Otac je mogao da ospori zakonitost deteta ako dokaže da nije mogao polno opštiti sa majkom u vreme između 180 i 300 dana pre rođenja. Drugi slučaj je kada je dete rođeno u prvih šest meseci braka. Tada je muž mogao da ospori zakonitost, a da nije bio dužan da dokaže nemogućnost da on bude otac, osim u slučaju da je u vreme zaključenja braka znao da mu je verenica gravidna. Posle smrti muža njegovi naslednici su mogli napadati zakonitost deteta, ali samo ako mužu nije bilo poznato rođenje deteta ili je bio sprečen da obara zakonitost.[11] Slično je bilo prema AGZ. Deca su smatrana vanbračnom („nebračnom“) ako su rođena pre ili posle zakonskog roka određenog s obzirom na zaključeni ili razrešeni brak (sedam meseci po zaključenju braka, ili deset mesedci po razrešenju barka). Ako je dete rođeno u braku u tom slučaju on može sudskim putem

[11] Op cit. Piškulić, Đerđ, str. 247.

da ospori da je on otac deteta, ali uz uslov da nije znao za trudnoću žene pre ženidbe, te da u roku od tri meseca od saznanja za rođenje pokrene postupak (par. 156). U AGZ je predviđeno da se zakonitost deteta može dokazati samo posredstvom veštaka. Brakolomstvo majke, niti njeno tvrđenje da je dete „nebračno", nisu bili dovoljni da liše dete prava bračnog rođenja. Ako je muž duševno oboleo, tada je njegov zakonski zastupnik mogao vršiti pravo osporavanja (par. 158). Osim muža, pravo na pokretanje postupka osporavanja bračnog rođenja ima i dete, ali sasvim izuzetno. To je slučaj ako je muž umro pre isteka roka za osporavanje, ili se od rođenja deteta trajno ne zna gde se nalazi. Potrebna je saglasnost majke. Rok je jedna godina od sticanja punoletnosti deteta. Međutim, pravo na osporavnje deteta prestaje, ako muž sudskim putem prizna bračno rođenje pre nastupanja pravosnažnosti presude. Osim deteta, pravo na tužbu imali su i naslednici oca u roku od tri meseca od smrti muža (par. 158, 159).

Prema pozitivnom domaćem zakonodavstvu osporavanje bračnog očinstva je široko predviđena mogućnost, postupak koji se može pokrenuti u svim situacijama u kojima muškarac koji je upisan u matičnu knjigu rođenih kao otac nije prirodni otac. Prema PZS aktivnu legitimaciju imaju sva lica između kojih postoji ili se pretpostavlja roditeljski odnos: pravni otac – muž majke, majka, dete i muškarac koji tvrdi da je otac deteta ako istom tužbom traži i utvrđivanje svog očinstva (čl. 56/2). Dete može podneti tužbu radi osporavanja očinstva bez obzira na rok i na taj način je uvaženo pravo deteta da zna ko su njegovi roditelji. Takođe, na taj način se uvažava interes da biološko i pravno roditeljstvo koincidiraju u najvećoj mogućoj meri. Za ostala lica su predviđeni rokovi. Rokovi su ujednačeni, subjektivni rok je godinu dana od dana saznanja za relevantnu činjenicu o očinstvu, a objektivni je 10 godina od rođenja deteta. Za majku i njenog muža relevantna činjenica je da muž majke nije otac, a za muškarca koji tvrdi da je otac deteta relevantna činjenica je da je on otac (čl. 252). Kada se radi o muškarcu koji tvrdi da je otac, njegovo pravo na osporavanje očinstva je uslovljeno zahtevom da se utvrdi da je on otac. Dakle, on istovremeno traži osporavanje očinstva muža majke i utvrđivanje svog očinstva. Prirodni otac, prema PZS ima široko pravo da traži osporavanje i utvrđivanje očinstva. Ne postoje nikakvi posebni uslovi, niti ograničenja. Ovakvo rešenje je u skladu sa tendencijom u uporednom pravu koja ide u pravcu poboljšanja položaja prirodnog oca, zahtevom da biološko i pravno očinstvo treba da budu usklađeni, a time se vodi računa i o pravu deteta da zna ko su njegovi prirodni roditelji. Dejstvo osporenog očinstva je u tome što dete gubi oca i dobija vanbračni status. Ako je postupak pokrenuo muškarac koji sebe smatra ocem, tada se ličnost oca me-

nja, formiraju se roditeljski odnosi između deteta i tog muškarca, a nastaju porodična i sva ostala prava i obaveze između deteta (i potomaka deteta) i oca (i srodnika oca). Detetu se može promeniti prezime (čl. 349 PZS). Promena prezimena nije obavezna, pa dete i posle promene porodičnog statusa može nositi prezime koje je imalo ranije. Presuda deluje *ex tunc* i *erga omnes*.

2. Roditeljsko pravo

2.1. Sadržina roditeljskog prava

Osnovna ustanova koja karakteriše odnose roditelja i dece pre II svetskog rata u Vojvodini bila je očinska vlast. Očinska vlast je podrazumevala da je otac bio zakonski zastupnik maloletne dece (par. 26, 87-89 XX:1877), rukovao je imovinom maloletnika (par. 16 XX:1877), osim imovinom maloletnika koji se sam stara za svoje izdržavanje. Otac je imao plodouživanje na suvišku prihoda od imovine maloletnika (po namirenju tekućih tereta i troškova izdržavanja i vaspitavanja maloletnika, par. 24 XX:1877), te je imao pravo na imenovanje i isključivanje tutora za slučaj smrti (par. 34 XX:1877).[12] Prema par. 15 tač. 3 Zak. čl. XX:1877:

„Po ovoj (očinskoj-prim. autora) vlasti otac je zakoniti zastupnik svoje maloletne dece, ovlašten je rukovati njegovim imanjem, redovno bez obaveze polaganja računa...postaviti za njih tutora i nekoga iz tutorstva isključiti“.

Prema AGZ očinsku vlast čine prava „koja naročito ocu kao glavi porodice pripadaju“ i to u pogledu izbora zanimanja – vaspitavanje deteta za određeno zanimanje (par. 148); prava u pogledu imovine – pravo upravljanja imovinom deteta (par. 149-151); i dužnosti dece – zastupanje deteta i davanje pristanka na preuzimanje obaveza (par. 152); pristanak na brak (par. 153 i par. 49) i dužnost dece da izdržavaju roditelje koji padnu u oskudicu (par. 154).

Očinska vlast je trajala do dvadeset prve godine deteta, s obzirom da je u tom uzrastu dete sticalo punoletstvo (ugarski Zakon o punoletnosti iz 1919. godine). Začeto, a nerođeno dete se smatralo kao da je rođeno, tako da je dobijalo sva prava ako se rodilo živo - pretpostavka *nasciturus*-a. Punoletstvo je sticala devojka udajom, pa i ako je muž maloletan, a punoletstvo je zadržavala i ako je pre navršene 21 godine postala udovica ili se brak razvede (Zak. čl. XXXII iz 1894. godine). Postojalo je i prećutno odobrenje punoletnosti i to u slučaju maloletnika iznad 18 godina koji pod privolom svog oca ili tutura i starateljske vlasti sa-

[12] Op. cit. Bogdanfi i Nikolić, str. 106-110.

mostalno vodi kakav zanat, te maloletnika iznad 20 godina ako otac sa privolom starateljske vlasti maloletniku preda imovinu na slobodno raspolaganje ili pristane da maloletnik vodi samostalno domaćinstvo (Zakon o tutorstvu par 1-6, XX od 1877. godine).[13] Prema AGZ očinska vlast trajala je do 24 godine deteta. Deca su mogla biti oslobođena očinske vlasti i pre navrešene 24 godine, ako ih je otac sa odobrenjem suda otpustio iz svoje vlasti, ili ako je dvadesetogodišnjem sinu dopustio da vodi sam za sebe kuću (par. 174). Doraslo dete je moglo izraziti želju za drugim zanimanjem, koje više odgovara njegovim sklonostima i sposobnostima, prvo ocu, a ako to ostane bez uspeha, moglo je pokrenuti sudski postupak, o čemu sud odlučivao s obzirom na „stalež, imovinu i primedbe očeve" (par. 148).

AGZ je regulisao zajednička prava i dužnosti roditelja. Predviđeno je da su „roditelji opšte obavezni da svoju bračnu decu vaspitavaju t.j. da se staraju za njihov život i zdravlje, da ih pristojno izdržavaju, telesne i duševne moći razvijaju i nastavom u religiji i korisnim znanjima da zasnivaju temelj dečjeg blagostanja" (par. 139). Ulozi majke se daje prednost u vezi brigom o životu i telu deteta: „...O nezi detinjeg tela i zdravlja poglavito je dužna mati starati se" (par. 141). U istoj odredbi se predviđa da je za izdržavanje deteta naročito dužan da se stara otac.

U slučaju nesaglasnosti roditelja odlučivala je reč oca, koji je mogao, ako je to smatrao za potrebno, da decu oduzme iz vlasti majke i da ih smesti van porodice.[14] Dete je bilo obavezno na poslušnost prema roditelju i tutoru, a na poslušnost su se maloletnici mogli prinuditi „kućnom disciplinom". „Kućna se disciplina može vršiti samo na način neškodljiv po zdravlje maloletnika" (par. 10 XX:1877).[15]

Prema ugarskom pravu roditelji su imali sledeća prava i dužnosti: da dete nosi prezime oca, „nezakonito" dete prezime majke, da odrede ime deteta; da dete dobije državljanstvo oca, „nezakonito" dete majke; pravo da se staraju, nadziru, vaspitavaju decu i da nad njima vrše roditeljsku vlast, da odrede prebivalište deteta; da traže natrag svoje dete, ako ga neko bespravno zadržava, pravo pristanka na brak maloletnika. Pravo određivanja maternjeg jezika i zanimanja deteta takođe pripada roditeljima.[16] Obaveza tutora da pazi na zdravstveno stanje maloletnoga i u slučaju bolesti da ga da na lečenje (par. 92). Vaspitanje i obrazovanje regulisano je par. 90, koji glasi:

[13] Op. cit. Piškulić, Đerđ, str. 14..
[14] Op. cit. Bogdanfi i Nikolić str. 103.
[15] Op. cit. Bogdanfi i Nikolić, dodatak IV, str. 130-165.
[16] Op. cit. Bogdanfi i Nikolić str. 102-103.

„Tutor je dužan starati se o tome, da maloletni postanu pobožni, moralni i korisni građani otadžbine i da u tu svrhu dobiju prema njihovim sposobnostima i imovinskim prilikama obrazovanje, odnosno sposobnost za rad i zaradu.“

Deca su imala sledeća prava, koja su korelativna pravima i dužnostima roditelja: na roditeljsko staranje, koje podrazumeva izdržavanje i lečenje, na nadzor i vaspitavanje, na ime, državljanstvo i nadležnost roditelja.[17] Relevantne odredbe su sadržane u Zakonu o tutorstvu i starateljstvu (par. 10, 90-95). Dete je imalo i posebna prava. Pravo da odlučuje o svom školovanju maloletnik je imao sa 16 godina, uz dozvolu tutorske vlasti, a mogao je da napusti roditeljsku kuću (Zak. čl. XX:1877 par. 91). Maloletnik koji je navršio 14 godina, ako se sam izdržavao, slobodno i samostalno je raspolagao onim što je stekao službom ili radom (Zak. čl. XX:1877 par. 3). Maloletnik je mogao da sačini testament već sa 12 godina, ali pre navršene 18-te godine samo u javnom obliku.[18]

Roditelji su imali obavezu da odrede veroispovest deteta:

„Ako su roditelji jedne veroispovesti dete sledi ovu. Ako roditelji u vremenu sklapanja braka nisu bili jedne te iste veroispovesti, mogu se pre sklapanja braka sporazumeti u pogledu veroispovesti dece, koja se imaju roditi. U nedostatku ovog sporazuma, muška deca slede oca, a ženska mater po veroispovesti. ... Ako nijedan bračni drug ne pripada priznatoj ili primljenoj veroispovesti, te do obaveznosti za školu ne odrede veroispovest dece, odlučuje u pogledu ovog tutorska vlast.”[19]

U AGZ-u je predviđeno da „politički propisi određuju u kojoj će se religiji vaspitati dete, čiji su roditelji raznih religija, i u kome je dobu uzrasta dete ovlašćeno preći u drugu religiju iz one, u kojoj je vaspitano” (par. 140).

Jedno od, u ovom momentu, izuzetno aktuelnih pitanja u vezi sa čuvanjem i podizanjem deteta je posebno zakonsko regulisanje dozvoljenosti primene kazni prema detetu od strane roditelja. Savremeni zakoni eksplicitno zabranjuju telesno kažnjavanje deteta i ostale ponižavajuće postupke. Jedan od prvih zakona koji je to predvideo je Zakon Švedske, koji je osamdesetih godina izričito zabranio primenu telesnih kazni na dete i ponižavajuće postupke.[20] Počevši od donošenja PZS i domaće zakono-

[17] Op. cit. Bogdanfi i Nikolić str. 110.

[18] Op. cit. Piškulić, Đerđ str. 272 (NR 257).

[19] Op. cit. Bogdanfi i Nikolić.

[20] Istraživanje o tome sprovela je A.A. Hauser, *Sweden`s law prohibiting physical punishment of children*, 1982, sa zaključkom da postojanje standarda koji zabranjuje fizičko kažnjavanje navodi roditelje da „dvaput razmisle” pre nego što upotrebe telesnu kaznu, ovaj standard spremno prihvataju deca koja upozoravaju roditelje da „dvaput razmisle”

davstvo ima sličnu odredbu. Izričito je predviđeno da roditelji ne smeju podvrgavati dete ponižavajućim postupcima i kaznama koje vređaju ljudsko dostojanstvo deteta, a dužni su da dete štite od takvih postupaka drugih lica (čl. 69/2). U istorijskom kontekstu, roditelji su i po zakonu bili ovlašćeni da kažnjavaju decu. Obaveza deteta na poslušnost prema roditelju i tutoru je predviđena u ugarskom pravu, a na poslušnost su se maloletnici mogli prinuditi „kućnom disciplinom".

„Kućna se disciplina može vršiti samo na način neškodljiv po zdravlje maloletnika" (par. 10 Zakona o tutorstvu i starateljstvu)[21].

Prema AGZ-u roditelji su imali pravo da nevaljalu, neposlušnu i takvu decu, koja narušavaju domaći red i mir, kane kaznom, koja neće biti preterana, niti po njihovo zdravlje štetna (par. 145).

U savremnom pravu ustanova očinske vlasti je napuštena. Roditelji imaju ista prava i obaveze bez obzira na pol, što proističe iz ustavnog načela o ravnopravnosti polova, uvedenog u domaći pravni sistem još Ustavom iz 1946. godine. PZS je redefinisano roditeljsko pravo određujući da je roditeljsko pravo izvedeno iz dužnosti roditelja i postoji samo u meri koja je potrebna za zaštitu ličnosti, prava i interesa deteta (čl. 67).

Sadržinu roditeljskog prava čini pravo i dužnost roditelja da se staraju o detetu, a obuhvata: čuvanje, podizanje, vaspitavanje, obrazovanje, zastupanje, izdržavanje te upravljanje i raspolaganje imovinom deteta (čl. 67-74). PZS izričito predviđa da roditelji imaju pravo da dobiju sva obaveštenja o detetu od obrazovnih i zdravstvenih ustanova (čl. 68/3). U ranijim istorijskim periodima se govorilo o pravima i dužnostima roditelja prema deci. Vremenom je uočena korelativna veza između prava i dužnosti roditelja i prava deteta, te su prava deteta posmatrana u tom kontekstu. Sticanje samostalnih prava, a naročito povećanje stepena ostvarivanja prava, sa čim će se nastaviti i dalje u budućnosti, predstavlja evolutivni tok u shvatanjima o položaju deteta u porodičnom pravu. Porodična prava deteta su eksplicitno regulisana u PZS i to prvi put u posebnom poglavlju, a koje ima osam članova. Položaj deteta je određen u skladu sa međunarodnim dokumentima i savremenim standardima. U osnovnim odredbama PZS je predviđeno da je svako dužan da se rukovodi najboljim interesom deteta u svim aktivnostima koje se tiču deteta (čl. 6). Država ima obavezu da preduzima sve potrebne mere za

---

pre nego što primene fizičku kaznu, a zaključak je i da traženje alternativa za fizičko kažnjavanje nije lako, ali da je ta borba vredna napora itd. O tome u Gordana Kovaček-Stanić, *Pravni izraz roditeljstva*, 1994, str. 130.

[21] Op. cit. Bogdanfi i Nikolić, dodatak IV, str. 130-165.

zaštitu deteta od zanemarivanja, od fizičkog, seksualnog i emocionalnog zlostavljanja te od svake vrste eksploatacije, obavezu da poštuje, štiti i unapređuje prava deteta. Dete rođeno van braka ima jednaka prava kao dete rođeno u braku, a usvojeno dete ima jednaka prava prema usvojiteljima kao dete prema roditeljima. Država je dužna da detetu bez roditeljskog staranja obezbedi zaštitu u porodičnoj sredini, uvek kada je to moguće. PZS posebno reguliše sledeća prava: pravo deteta na saznanje porekla, pravo deteta na život sa roditeljima, pravo deteta na održavanje ličnih odnosa, pravo deteta na razvoj, obrazovanje, mišljenje, te dužnosti deteta (čl. 59-66). Osim što predviđa široku lepezu dečjih prava, PZS obezbeđuje i njihovo ostvarivanje. Dete svoja prava može samostalno realizovati u određenom uzrastu.

Dete sa 15 godina ako je sposobno za rasuđivanje ima sledeća prava: pravo na promenu imena, pravo na uvid u matične knjige i drugu dokumentaciju u vezi sa njegovim poreklom, pravo da odluči sa kojim roditeljem će živeti i održavanju ličnih odnosa sa roditeljem sa kojim ne živi, pravo na davanje saglasnosti na medicinski zahvat, pravo da odluči koju će srednju školu upisati (čl. 59/3, 60/4, 61/4, 62/2, 63/2 PZS). Takođe, dete sa 15 godina može zasnovati radni odnos, ali uz saglasnost roditelja, usvojitelja ili staratelja[22], te može preduzimati pravne poslove kojima upravlja i raspolaže prihodima i imovinom stečenih svojim radom (64/3 PZS). Dete sa 15 godina stiče aktivnu testamentarnu sposobnost, dakle može sačiniti testament.[23] Dete sa 14 godina (stariji maloletnik) može preduzimati pravne poslove uz prethodnu ili naknadnu saglasnot roditelja (čl. 64/2 PZS). Dete sa 10 godina ima pravo da slobodno i direktno izrazi svoje mišljenje u svakom sudskom i administrativnom postupku u kojem se odlučuje o njegovim pravima i da se obrati sudu, samostalno ili preko drugog i da traži pomoć u ostvarivanju svog prava na slobodno izražavanje mišljenje (čl. 65/4,5 PZS). Takođe, dete sa 10 godina koje je sposobno za rasuđivanje ima pravo da se saglasi sa usvojenjem, hraniteljstvom, da predloži staratelja, te pravo na davanje sagalsnosti sa promenom ličnog imena (čl. 98, 116,127, 346/2 PZS).

2.2. Vršenje roditeljskog prava

Prema ugarskom pravu: „Za vreme trajanja braka staranje, nadzor, vaspitavanje i disciplinu vrše oba roditelja zajedno i to na taj način, da ovo pravo pripada obema strankama i ne može jedna stranka osujetiti pra-

[22] Zakon o radu, *Službeni glasnik Republike Srbije* 24/2005.
[23] Zakon o nasleđivanju, *Službeni glasnik Republike Srbije* 46/1995.

vo druge". U slučaju nesaglasnosti odlučuje reč oca, koji može, ako to smatra potrebnim, da oduzme decu iz vlasti majke i da ih smesti van porodice.[24]

U slučaju razrešenja braka roditelja, osnovni kriterijumi za poveravanje dece prema ugarskom zakonodavstvu su bili uzrast i pol deteta, te krivica za razvod braka. Tako su, po pravilu, sva deca do 7. godine ostajala kod majke, a preko ovog uzrasta poveravaju se roditelju koji nije proglašen krivim, a ako su oba proglašena krivim muška deca se poveravaju ocu, a ženska majci. Postojala je mogućnost odstupanja od ovih pravila, pa i poveravanja deteta trećem licu, s obzirom na krivicu, lične okolnosti roditelja i interese dece. Postojala je mogućnost sporazuma roditelja o poveravanju dece. Sporazum je bio osnov za sudsku odluku. Naime, sud je po službenoj dužnosti odlučivao o poveravanju („smeštanju") dece, mogao je odlučiti različito od sporazuma roditelja, ako je s obzirom na krivicu, druge lične okolnosti roditelja to u očiglednom interesu dece (Zak. čl. XXXI :1894, par. 95). Roditelj kome dete nije povereno imao je pravo na održavanje ličnih odnosa sa detetom („redovno dolaziti u dodir sa detetom"), te posebno pravo nadzora nad njegovim vaspitanjem. Postojala je mogućnost isključenja prava na lične odnose, ako je to u očiglednom interesu deteta, a nadležni organ za uređenje ličnih odnosa je bila tutorska vlast (Zak. čl. XXXI :1894, par. 103). Roditelj kome nije bilo povereno dete prema AGZ „...zadržava ... pravo da lično opšti sa detetom", a „sud može ovo opštenje bliže regulisati" (par. 142 AGZ).

Moglo bi se reći da je AGZ predviđao naprednije rešenje o poveravnju dece posle razvoda ili odvajanja roditelja, a koje su uvedene izmenama AGZ-a. Kriterijumi za poveravnju dece odlukom suda su bili: naročite okolnosti slučaja, interesi dece, poziv, ličnosti i svojstva supruga i uzrok odvajanja ili razvoda. Krivica za razvod ili odvajanje se ne izdvaja kao poseban kriterijum, a ni pol i uzrast deteta nisu odlučujući kriterijumi, za razliku od ugarskog rešenja (par. 142). Prema AGZ roditelji se mogu sporazumeti o nezi i vaspitanju dece, ali je za njihov sporazum bio potreban pristanak suda (par. 142 AGZ). Bilo je predviđeno da drugi suprug zadržava pravo da lično opšti sa detetom, te da sud može ovo opštenje bliže regulisati (par. 142). Stari tekst par. 142 je, međutim, predviđao da mušku decu do navršene četvrte godine, a ženska do navršene sedme godine, po pravilu, vaspitava i neguje majka, a troškove vaspitanja snosi otac.

Kada se radi o vanbračnom detetu, prava i obaveze prema ličnosti deteta je imala isključivo majka. Tutorstvo nezakonitog deteta pripada po

[24] Op. cit. Bogdanfi i Nikolić, str. 103.

zakonu samo punoletnoj majci, a ako je ona maloletna, tutora određuje tutorska vlast, ako postane punoletna njoj pripada zakonito i prirodno tutorstvo (Zak. čl. XX:1877, par. 39). Očinsku vlast vrši otac samo ako je dete pozakonjeno (Zak. čl. XX:1877, par. 15).

Prioritet majke u vaspitanju vanbračnog deteta je predviđao i AGZ:

„Dokle mati hoće i može sama da vaspitava svoje vanbračno dete, saobrazno njegovom budućem pozivu, ne sme joj otac dete oduzeti... Ako pak dobru detinjem preti opasnost usled materinog vaspitanja, onda je otac obvezan da dete odvoji od matere i k sebi ga uzme ili da ga skloni na drugo sigurno i pristojno mesto" (par. 169).

Osim toga, AGZ predviđa i mogućnost da se roditelji sporazumeju oko staranja, vaspitanja i izdržavanja vanbračnog deteta. Vanbračna deca imaju posebna prava ako su u vreme smrti oca u njegovoj kući vaspitavana i izdržavana. Radi se o pravu da zahtevaju izdržavanje i vaspitavanje u istoj meri i dalje dok se ne osposobe da se sama izdržavaju, ali ne u većoj meri nego što to pripada bračnoj deci (par. 171). Po AGZ vanbračno dete ima prava tražiti od svojih roditelja srazmerno njihovoj imovini, izdržavanje, vaspitanje i staranje, a prava roditelja nad detetom se prostiru toliko koliko to cilj vaspitanja zahteva (par. 166).

Dakle, status roditelja je bio primarni osnov odnosa roditelja i dece. Najkraće rečeno, otac je imao prioritetnu roditeljsku ulogu kada se radi o bračnom roditeljstvu, majka kada se radi o vanbračnom, a posle razvoda braka prioritetnu ulogu je imao roditelj kome je dete povereno, dok je drugi roditelj kao osnovno pravo imao pravo na održavanje ličnih odnosa sa detetom.

U pozitivnom pravu, vršenje roditeljskog prava se javlja u dva osnovna oblika. Jedan je zajedničko vršenje roditeljskog prava, a drugi samostalno vršenje roditeljskog prava. Zajedničko vršenje roditeljskog prava je oblik staranja koji je karakterističan za roditelje koji vode zajednički život (ako su formalno i faktički u braku, ili u vanbračnoj zajednici). Do promene u obliku staranja može doći zbog promene bračnog statusa nakon razvoda (poništaja) braka ili u slučaju prekida zajednice života, kada jedan od roditelja može dobiti samostalno vršenje roditeljskog prava. Slično je i kada se radi o vanbračnim roditeljima, najčešće se vanbračna majka samostalno stara o detetu, ako nije uspostavljena vanbračna zajednica. Savremena tendencija porodičnog prava, međutim, ide u pravcu odvajanja ustanove roditeljskog staranja od statusa roditelja (bračni, vanbračni, razvedeni roditelji) i njihovih faktičkih međusobnih odnosa (nepostojanje ili prestanak zajednice života). Zajedničko vršenje roditeljskog prava se uvodi kao oblik staranja i u situacijama u kojima je tradicionalni oblik staranja bilo samostalno vršenje roditeljskog prava jednog roditelja.

I Porodični zakon Srbije uvodi mogućnost zajedničkog vršenja roditeljskog prava i kada roditelji ne žive zajedno. Mogućnost zajedničkog vršenja roditeljskog prava i kada roditelji ne žive zajedno menja osnov roditeljskog staranja, koji više nije status roditelja, niti njihovi međusobni odnosi, nego prvenstveno biološki, odnosno pravni roditeljski odnosi. Ovaj koncept pokušava da razdvoji roditeljske odnose od odnosa između bračnih (vanbračnih) partnera, na taj način što, posmatrano sa pravnog stanovišta, odnose roditelja i deteta zadržava istim ili sličnim i u slučajevima promene u bračnim odnosima, poštujući činjenicu da roditeljstvo ne prestaje razvodom braka, te da su detetu u njegovom razvoju, po pravilu, potrebna oba roditelja. Zajedničko roditeljsko staranje je pravni izraz shvatanja po kome se smatra poželjnim da se odnosi između oba roditelja i deteta održe uprkos situacijama poremećenih odnosa roditelja kao supružnika, koji su rezultirali razvodom braka. To se nastoji postići izjednačavanjem pravnog položaja roditelja na osnovu zajedničkog pravnog staranja, a može se proširiti pravom na zajedničko faktičko staranje o detetu, odnosno odlukom o stanovanju kod oba roditelja.U teoriji i praksi iznose se različiti razlozi za orijentaciju prema zajedničkom staranju kao dominantnom. Najvažniji je, svakako, zaštita interesa deteta, što je ujedno i najznačajniji princip porodičnog prava kada se radi o deci. Zajedničko roditeljsko staranje podrazumeva da dete ima isti pravni odnos sa oba roditelja. U praksi odnos ne mora biti isti i obično nije, ali je to pravni put da se ustanove uslovi za sličan odnos sa majkom i ocem, a to je detetu, po pravilu, neophodno. Postoje razlozi za prihvatanje zajedničkog roditeljskog staranja kao preovlađujućeg i na strani roditelja. Činjenica da su roditelji u jednakom pravnom položaju u odnosu na dete ima pozitivan psihološki efekat, oba roditelja osećaju da su detetu umnogome potrebni kao roditelji. U slučaju razvoda braka roditelja, zajedničko staranje je ujedno način da se izbegnu konflikti oko poveravanja deteta, naročito u vreme trajanja brakorazvodnog postupka. Ovaj period je često najnepogodnije vreme za donošenje važnih odluka kao što je poveravanje deteta, jer je u vreme postupka eventualna tenzija između roditelja najjača. Ovakvo rešenje je i teorijski dosledno, jer tretira roditeljstvo kao specifičnu i samostalnu pravnu kategoriju koja ne zavisi od promene okolnosti ili promene u pravnom statusu roditelja kao posledice razvoda braka. Implicitno, time se u centar roditeljskih odnosa postavlja dete, a ne roditelji. Negativna strana zajedničkog staranja je potencijalna nemogućnost roditelja da postignu sporazum o odgajanju dece, koja se češće ispoljava nakon razvoda braka nego u vreme trajanja braka ili vanbračne zajednice. U situacijama stalnih konflikata roditelja, ovaj oblik staranja o detetu gubi smisao. Zbog toga i zakonodavstva koja preferiraju ovaj oblik staranja zadržavaju mo-

gućnost samostalnog staranja jednog roditelja. Kao i u mnogim dugim odnosima, tako i ovde pravo nije svemoguće, i teorijski dobro zakonsko rešenje ne mora uvek biti takvo i u praksi. Prema Porodičnm zakonu Srbije zajedničko vršenje roditeljskog prava moguće je posle razvoda braka, ali i u drugim situacijama kada roditelji ne vode zajednički život (prekid zajednice života koji nije doveo do razvoda braka, prestanak vanbračne zajednice, poništaj braka), čl. 75/2. Uslov za zajedničko staranje u ovim situacijama je pismeni sporazum roditelja. PZS ostavlja roditeljima veliku slobodu, jer im omogućava da se dogovore o pitanjima vezanim za dete na način koji najviše odgovara njihovoj, sasvim konkretnoj situaciji. Jedino postavljeno ograničenje je obaveza roditelja da postignu sporazum o tome šta će se smatrati prebivalištem deteta. Radi se o tome da se u cilju pravne sigurnosti, a prvenstveno omogućavanja nesmetanog pravnog prometa (dostavljanje pravnih dokumenata, obaveštavanje roditelja itd) odredi prebivalište, a koje prati adresa deteta (čl. 76/2 PZS).

Drugi oblik vršenja roditeljskog prava je samostalno vršenje. Jedan roditelj sam vrši roditeljsko pravo kada je drugi roditelj nepoznat, ili je umro, ili je potpuno lišen roditeljskog prava odnosno poslovne sposobnosti. Jedan roditelj sam vrši roditeljsko pravo kada samo on živi sa detetom, na osnovu odluke suda ili na osnovu sporazuma roditelja, ako sud proceni da je taj sporazum u najboljem interesu deteta (čl. 77 PZS). Sporazum obuhvata sporazum roditelja o poveravanju zajedničkog deteta jednom roditelju, sporazum o visini doprinosa za izdržavanje deteta od drugog roditelja i sporazum o načinu održavanja ličnih odnosa deteta sa drugim roditeljem. Sporazumom o samostalnom vršenju roditeljskog prava prenosi se vršenje roditeljskog prava na onog roditelja kome je dete povereno (čl. 78/1,2 PZS). PZS nije odredio specifične kriterijume koje bi sud trebalo da primenjuje prilikom odlučivanja o samostalnom vršenju roditeljskog prava, odnosno kada donosi odluku o tome da li će dete poveriti na staranje majci ili ocu, za razliku od predratnih zakona. U skladu sa načelom ravnopravnosti roditelja ne bi se ni mogla *a priori* dati prednost jednom od roditelja. Uzrast ili pol deteta kao činjenice koje su pre II svetskog rata imale presudni uticaj na poveravanje deteta majci odnosno ocu, sada nisu zakonski kriterijumi. Osnovni kriterijum, kao i u svim drugim odnosima vezanim za dete, danas je najbolji interes deteta. U svakom konkretnom slučaju, sud treba da utvrdi da li je u najboljem interesu deteta da bude povereno majci ili ocu. Osim toga, od izuzetne važnosti je želja deteta, a s obzirom da PZS predviđa da se mišljenju deteta mora pokloniti dužna pažnja u skladu sa njegovim uzrastom i zrelošću, a sa 15 godina dete, ako je sposobno za rasuđivanje, ima pravo da odluči sa kojim roditeljem će živeti. 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. Taj roditelj, takođe, može tražiti izmenu odluke o načinu vršenja roditeljskog prava, usled promene okolnosti. Pitanjima koja bitno utiču na život deteta, u smislu ovog zakona, smatraju se naročito: obrazovanje deteta, preduzimanje većih medicinskih zahvata nad detetom, promena prebivališta deteta i raspolaganje detetovom imovinom velike vrednosti (čl. 78/3,4 PZS). U poslednjim godinama broj maloletne dece pogođen razvodom braka njihovih roditelja U Srbiji je sledeći: u 2004. godini – 5000 dece; u 2006. godini – 4 300 dece. U 2006. godini 77% maloletne dece je povereno na staranje majci, a 18% ocu. Razliku čine situacije u kojima su deca podeljena između roditelja ili poverena drugim licima ili ustanovama.[25]

II Odnosi roditelja i dece prema stalnoj sudskoj praksi, pravnim pravilama privatnog prava i pravnoj nauci kao izvoru prava

U sudskoj praksi iz oblasti odnosa roditelja i dece sudovi su se u donošenju svojih odluka pozivali, osim na zakonske tekstove, još i na stalnu sudsku praksu, pravna pravila odnosno principe privatnog prava, te na pravnu nauku.[26]

1. Izdržavanje vanbračnog deteta od strane oca

U prvostepenom postupku o izdržavanju deteta, pri odlučivanju od kog momenta je tuženi dužan da plaća izdržavanje, te o zahtevu tuženog da želi da primi dete sebi na izdržavanje Sreski sud u Subotici (P. 1687/1937) se poziva na knjigu autora Bogdanfija (I knj str. 118.), i tako kao izvor prava koristi pravnu nauku. Osim toga, navodi se da „... je pravilo da se iznos izdržavanja doista ima izmjeriti prema ekonomskim prilikama tuženoga", te se tako kao izvor prava koriste i uobičajena pravila sudske prakse.

[25] Stopa razvoda braka je u 2005. godini – 1 na 1000 stanovnika. Na 1000 sklopljenih brakova razvedeno je 197 brakova, drugim rečima, svaki peti brak se razvodi. *Statistčki godišnjak Republke Srbije* 2006, str. 79, 90; *Statistčki godišnjak Republke Srbije* 2007, str. 83, 94.

[26] Analizirane su odluke sudova u Vojvodini iz oblasti odnosa roditelja i dece u dvadesetim i tridesetim godinama XX veka koje su sačuvane u Arhivu Vojvodine. O tome više u Gordana Kovaček-Stanić, Analiza sudske prakse u Vojvodini iz oblasti odnosa roditelja i dece u dvadesetim i tridesetim godinama XX veka – građa za budući naučni članak, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke* 125/08, str. 109-119.

U postupku o izdržavanju deteta Kasacioni sud Odeljenja B. Beogradskog Kasacionog suda u Novom Sadu (Rev. 831/26/1937) se poziva na stalnu sudsku praksu. „...Polni odnos na bestidan način ... tužilji u smislu stalne sudske prakse oduzima pravo na dosuđivanje izdržavanja za njeno maloletno vanbračno dete."

U prvostepenom postupku o izdržavanju deteta Sreski sud u Bačkoj Topoli (P. 290/1934/7) se poziva na privatno-pravnu praksu kao izvor prava. „Sve ove okolnosti ipak ne znače da je tužilja vodila nemoralan život u kritično vreme naročito obzirom na na privatno pravnu praksu, koja važi u ovom pogledu."

U prvostepenom postupku Kraljevski Sreski sud u Kovinu (P. 176/7/1933) se poziva na članak autora Aranđelovića o pozakonjenju objavljen u Arhivu za društvene i pravne nauke, XVI knjiga, str. 35 i 36, tako da se kao izvor prava koristi pravna nauka.

U prvostepenom postupku Sreski sud u St. Bečeju (P. 1003/1934) se poziva na praksu prilikom određivanja visine izdržavanja. „... te je tu svotu po svome ubeđenju a bez stručnjaka i utvrdio imajući u praksi više slučajeva sličnog izdržavanja".

U prvostepenom postupku Sreski sud u Subotici (P. 1745/16/1934) se poziva na stalnu sudsku praksu. „Princip je modernog prava, da se vanbračna deca imaju zaštititi. U parnicama radi izdržavanja vanbračnog deteta, težište leži u pronalaženju oca vanbračnog deteta. Međutim, vrlo je redak slučaj, skoro izuzetak, da se očinstvo može dokazati direktnim neospornim dokazima i zato sudska praksa dozvoljava utvrđenje činjenica, na kojima se osniva presuda, indicijama." I dalje: „Stalna je sudska praksa bila, da je sud u parnicama za izdržavanje vanbračnog deteta kao dokaz mogao uzeti iskaz stranke pod zakletvom, ako je stranka bila neporočna-moralna."

Okružni sud u Novom Sadu kao prizivni sud (Pl. 470/14/1937) se prilikom utvrđivanja vanbračnog očinstva, koji prethodi odluci o izdržavanju deteta, poziva na principe privatnog prava. „...To se prema principima privatnog prava tuženi ima smatrati ocem vanbračnog deteta, koje je tužilja rodila 4. oktobra 1936, pa ga je zato valjalo i osuditi na snašanje izdržavanja." Radi se o proceni da li je tužilja u vreme začeća provodila bludan i nemoralan život.

2. Izdržavanje roditelja od strane deteta

U predmetu Rev. 394/26/1936 Odeljenja Beogradskog Kasacionog suda u Novom Sadu, sud se poziva na stalnu sudsku praksu. „Materijalno-pravno pravilo je da dete - ukoliko je to moguće bez opasnosti po izdr-

žavanje svoje i svoje porodice - treba da izdržava svoga roditelja, no, samo onda, ako se roditelj bez svoje krivice delom ili u celosti ne može da izdržava iz svoje imovine ili zarade. Dalje je pravno pravilo, utvrđeno stalnom sudskom praksom, da se dete koje je obavezno da izdržava svoga roditelja, u prvom redu mora obavezati na davanje izdržavanja u svome domazluku, u prirodi, a na plaćanje izdržavanja u novcu, može se dete osuditi samo onda ako je dete uskratilo da svoga oca izdržava u naturi, ili ako je davanje izdržavanja u prirodi nemoguće zbog nesnošljivog ponašanja deteta obaveznog na izdržavanje ili zbog drugih kakvih osnovnih razloga." U istom predmetu Okružni sud u Beloj Crkvi (Pl. 269/21/1935) se takođe poziva na pravna pravila. „ ... Tužiteljeva sposobnost je umanjena za 40%... ima se primeniti pravno pravilo da je dete dužno izdržavati roditelje, samo u slučaju kad nastupi potpuna radna nesposobnsot, a tužiteljeva radna sposobnost postoji za 60% te je taj procenat dovoljan da tužitelj svojim radom pokrije svoje privatne potrebe."

Sreski sud u Beloj Crkvi (P. 1058/936/1937) kao prvostepeni sud se pozivao na pravna pravila u vezi sa poklonom. „Pravno je pravilo da darodavac ima prava zahtevati od daroprimca godišnje zakonske kamate poklonjene svote odn. vrednosti poklonjenih stvari ukoliko je darodavac posle u takvu bedu pao da se ne može izdržavati ukoliko još postoji poklonjena stvar ili njena vrednost i ukoliko i obdareni nije u bedi." U istom predmetu Okružni sud u Beloj Crkvi (Pl. 459/18/1938), kao drugostepeni sud, pozivao se na postojeću praksu u vezi sa pitanjem na koji način postoji obaveza izdržavanja, u naturi ili u novcu. „... U smislu postojeće prakse tuženi je bio dužan dati izdržavanje u novcu, ako bi bio kriv, što je tužiteljica napustila njegovu kuću, odnosno ako bi se utvrdilo da su joj tuženi ili njegova porodica uskraćivali davanje namirnica, ili onemogućavali život u kući. U tom slučaju tuženi bi bio dužan dati izdržavanje u novcu, ali i to samo dotle, dok tužiteljica ne dobija izdržavanje u naturi.“

Danas, prema PZS, osim maloletnog deteta, pravo na izdržavanje ima i punoletno dete u specifičnim situacijama (čl. 155 PZS).[27] Prva je situacija punoletnog deteta koje je nesposobno za rad i koje nema dovoljno sredstava za izdržavanje. Tada dete ima pravo na izdržavanje od svojih roditelja dok to stanje traje. Druga situacija se odnosi na obrazovanje deteta. Odraslo dete koje se redovno školuje ima pravo na izdržavanje do 26. godine života, srazmerno mogućnostima roditelja. Ali za razliku od izdržavanja maloletnog deteta PZS sadrži zaštitnu klauzulu u vezi sa izdržavanjem odra-

[27] O izdržavanju danas više u: Dr Gordana Kovaček Stanić, Dete u porodici sa jednim roditeljem: izdržavanje i porodični dom, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2008, Vol. 42, No 1-2, str. 341-358.

slog deteta. Ova klauzula predviđa da nema pravo na izdržavanje punoletno dete čiji bi zahtev za izdržavanje predstavljao očiglednu nepravdu za roditelje. Sudska praksa trebalo bi da definiše šta predstavlja očiglednu nepravdu, kao pravni standard, u pojedinačnim situacijama.

U odluci Vrhovnog suda Srbije od 11.XII 2007. godine (Rev. 3216/07) sud je izrazio mišljenje da u ovom slučaju ne postoji očigledna nepravda.[28] Sin koji je student Univerziteta u Beogradu koji nije napunio 26 godina postavio je zahtev za izdržavanje od svog oca. Otac je 100% invalid i potpuno lišen poslovne sposobnosti. U toku sudskog postupka nižestepeni sud je utvrdio koliki su prihodi oca, njegove potrebe, prihode sina i njegove potrebe i odredio da je otac obavezan da daje izdržavanje u iznosu od 25% od njegovih primanja. Zakonski zastupnik oca se protivio zahtevu sina na osnovu postojanja očigledne nepravde. Vrhovni sud je bio mišljenja da činjenica da je otac 100% invalid i potpuno lišen poslovne sposobnosti nema uticaja na njegovu obavezu da izdržava dete.

3. Izdržavanje unuka od strane dede

Kasacioni sud u predmetu Rev. 704/26/1938 Odeljenje B. Beogradskog Kasacionog suda u Novom Sadu se povodom revizije poziva na „...pravno pravilo da kada za privredu potpuno sposoban otac, koji je bez imetka u celosti ili u pretežnom delu ulaže svoj rad u gospodarstvo svojih roditelja, i za taj rad ne dobija utvrđenu nagradu u gotovom novcu i kada je obim tog rada takav, da bi mu otac morao držati zasebnog nameštenika, kojega bi za rad u svom gospodarstvu plaćao toliko koliko je potrebno za izdržavanje deteta, te da je izdržavanje deteta odgovoran i roditelj očev sve dokle traje napred navedeno stanje, i na konkretni slučaj primene t.j. i kod izdržavanja zakonite dece, i to baš na par. 11 Zak. čl. iz 1877, jer je u pitanju očeva zarada, pošto je zakoniti otac stvarno za privredu sposoban i privređuje u korist njegovog roditelja...“

Drugostepeni sud Okružni sud u Pančevu (Pl. 151/1936) se poziva na stalnu sudsku praksu smatrajući da „...je tuženik kao deda malodobne čiji je otac umro, dužan ovu izdržavati samo tada, ako je njena majka bez sredstava (par. 143 AGZ) i ako je nesposobna za privređivanje“.

4. Naknada štete od roditelja maloletnog deteta

Prvostepeni sud, Sreski sud u Kovačici (P. 585/5/1934), poziva se na opšti pravni princip i sudsku praksu. „Opšti je pravni princip da je odgovornost za naknadu štete individualna, osim izuzetaka na zakonu pred-

[28] *Bilten sudske prakse* Okružnog suda u Novom Sadu 13, 2008, str. 72-73.

viđenih.“ Nadalje navodi stav sudske prakse u vezi sa izdržavanjem vanbračnog deteta od strane vanbračnog oca po kome se izdržavanje može dosuditi „...samo onda ako prirodni otac ulaže u celosti ili pretežnom delu rad u gazdinstvo svojih roditelja ne dobijajući za taj rad nikakvu platu, osim toga da je obim njegovog rada takve prirode da bi roditelji da nema takvog rada morali da drže najamnika“. Sud smatra da bi se ovaj slučaj mogao analogno primeniti na konkretni slučaj, ako bi se ispunile sve napred pobrojane pretpostavke. „Međutim, kako tužilac ničim nije dokazao da maloletnici ulažu rad u gazdinstvo svojih roditelja to onako i na onaj način kako je izrekla praksa viših sudova to je njegov tužbeni navod neumesan te se kao takav ima da odbaci“.

Zaključak

Osnovni izvori prava u domaćem, kontinentalnom, pravnom sistemu su ustav i zakon, dok sudska praksa nije formalni izvor prava. Međutim, pravni značaj sudske prakse je značajan na nekoliko načina. Tako, načelni pravni stavovi i pravna mišljenja najviših sudova postaju smernice za niže sudove, jer objašnjavaju određena nejasna ili neregulisana pravna pitanja. Primer je Uputstvo Saveznog vrhovnog suda o vanbračnim zajednicama iz 1954. godine, kojima su date smernice sudu za postupanje u sporovima na osnovu vanbračnih zajednica, a koje je bilo potrebno doneti zbog toga što tadašnji zakon nije regulisao vanbračne zajednice. Osim toga, princip višestepenosti suđenja utiče na sudsku praksu na taj način što nižestepeni sudovi prihvataju mišljenja izražena u presudama viših sudova, kao dobro obrazložena od strane iskusnih sudija, a s druge strane iz jednog pragmatičnog razloga, a to je opasnost od poništaja odluke, ako ona nije u skladu sa mišljenjem višeg suda. Sudska praksa je posebno značajna prilikom primene pravnih normi, a naročito kada se radi o pravnim standardima koji svoju sadržinu dobijaju tek u primeni prava. U porodičnom pravu postoji određen broj pravnih standarda, npr. pravni standard najbolji interes deteta, očigledna nepravda, opravdani razlozi. Osim toga, u porodičnopravnoj sudskoj praksi poznat je i jedan primer kreiranja prava. Radi se o slučaju postojanja tzv. „mrtvih” brakova, brakova koji su postojali samo formalno. U vreme važenja Osnovnog zakona o braku iz 1946. godine isključivo kriv bračni drug nije imao pravo da traži razvod braka, a ako drugi bračni drug nije želeo da pokrene brakorazvodni postupak, brak u takvim slučajevima nije mogao biti razveden. U sudskoj praksi je formiran stav da posle dužeg odvojenog života isključiva krivica jednog bračnog druga prerasta u krivicu na strani oba bračna druga i tako i prvobitno isključivo kriv bračni drug dobija pravo da pokrene postupak.

Ovim stavovom sudska praksa je, moglo bi se reći, izmenila zakonske odredbe i postala izvor prava.

Porodičnopravni odnosi roditelja i dece u Vojvodini između dva svetska rata bili su regulisani zakonom kao izvorom prava, i to na pretežnom delu teritorije ugarskim pravom, dok je u Sremu i na teritoriji Vojne granice važilo austrijsko pravo. Ali, u sudskoj praksi u sporovima između roditelja i dece, sudovi su se prilikom donošenja odluka, pozivali na stalnu sudsku praksu, pravna pravila privatnog prava, te pravnu nauku.

U sporovima o izdržavanju vanbračnog deteta od strane oca pitanje da li je majka vodila „bludan život", odnosno bila bludnica po zanimanju, je pitanje na koje su sudovi tražili odgovor u sudskoj praksi i pravnoj nauci kao izvoru prava. Ova činjenica je bila od značaja jer se od prirodnog oca nije moglo tražiti izdržavanje ako se dokaže da je majka vodila nemoralan život (Rev. 831/26/1937 Odeljenja B. Beogradskog Kasacionog suda u Novom Sadu; Sreski sud u Bačkoj Topoli - P. 290/1934/7; Okružni sud u Novom Sadu kao prizivni sud - Pl. 470/14/1937). Drugo pitanje je pitanje određivanja visine iznosa izdržavanja. kada se sudovi, takođe, pozivaju na stalnu sudsku praksu (Sreski sud u Subotici - P. 1687/1937; Sreski sud u St. Bečeju - P. 1003/1934).

U sporovima o izdržavanju roditelja od strane deteta, pitanje na koji način dete treba da daje izdržavanje, u naturi ili u novcu, je pitanje na koji se odgovor traži u sudskoj praksi. Sud iznosi mišljenje da je pravno pravilo, utvrđeno stalnom sudskom praksom, da je dete obavezno da daje izdržavanje roditeljima po pravilu u naturi, odnosno u svom „domazluku" (Rev. 394/26/1936 Odeljenja Beogradskog Kasacionog suda u Novom Sadu; Okružni sud u Beloj Crkvi - Pl. 459/18/1938).

U sporovima o izdržavanju deteta od strane dede, postavlja se pitanje da li je deda obavezan na davanje izdržavanja ako je otac sposoban za privređivanje. Radi se o slučaju kada otac radi u gospodarstvu svojih roditelja, ali za to ne dobija naknadu. Sud se poziva na pravno pravilo da u tom slučaju, ako je obim tog rada takav, da bi „otac morao držati zasebnog nameštenika, kojega bi za rad u svom gospodarstvu plaćao toliko koliko je potrebno za izdržavanje deteta, tada je izdržavanje deteta odgovoran i roditelj očev sve dokle traje napred navedeno stanje" (Rev. 704/26/1938 Odeljenje B. Beogradskog Kasacionog suda u Novom Sadu).

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

Parent-Child Relationship in Serbia (Vojvodina) in Historical Perspective and Today

Abstract: *In this paper author have studied out and analyzed family law relations between parents and children in Vojvodina in the period between two world wars according to acts, court precedent, private law rules and legal doctrine. The author have studied family law relations between parents and children in contemporary Serbia and in European law. In historical perspective in Vojvodina (including Medjumurje and Prekomurje) the Hungarian law (acts) was in use, except in Srem and Vojna granica where the Austrian law was in use. The issues of family status of children, in other words, the rules of establishing and contesting paternity, parental rights and duties, exercise of parental rights were analyzed. The father had paternal authority and priority role if the child was born in wedlock. If the child was born out of wedlock, mother had priority role in exercising rights and duties. If parents were divorced or separated the priority role had the parent who had custody of the child, the other parent had visitation rights. In the second part of this paper the court cases in parent-child relation in twentieth and thirtieth years of XX century kept in Archive of Vojvodina, were analyzed. In particular, the author has studied cases in which the court made a decision according to court precedent, private law rules and legal doctrine.*

Key words: *court practice, acts, child, parents, rights, obligations*

Originalni naučni rad 502/504(497.11)
doi:10.5937/zrpfns47-4451

Dr Danica Popov, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu

NAČELA ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE U DOKUMENTIMA UJEDINJENIH NACIJA, EVROPSKE UNIJE I ZAKONA O ZAŠTITI ŽIVOTNE SREDINE REPUBLIKE SRBIJE[1]

Sažetak: *Zaštita životne sredine je jedno od prioritetnih pitanja kojima se bave međunarodne organizacije, od Organizacije Ujedinjenih Nacija koje na globalnom planu utvrđuju principe zaštite do regionalnih organizacija i nacionalnih zakonodavstava. Republika Srbija je u svoje zakonodavstvo implementirala osnovne principe iz akata donetih pod okriljem Organizacije Ujedinjenih nacija i Evropske unije. Prema Ustavu Republike Srbije svako ima pravo na zdravu životnu sredinu, ali i obavezu da je čuva i poboljšava. Osnove sistema zaštite životne sredine uspostavljene su 2004. godine donošenjem: Zakona o zaštiti životne sredine, Zakona o proceni uticaja na životnu sredinu, Zakona o strateškoj proceni uticaja na životnu sredinu i Zakona o integrisanom sprečavanju i kontroli zagađivanja životne sredine. Pomenuti zakoni predstavljaju okvir za mnoštvo zakona i podzakonskih akata kojima se uspostavlja koherentan, funkcionalan i integralan sistem zaštite životne sredine. Naročita pažnja posvećena je načelima zaštite životne sredine utvrđenih Zakonom o zaštiti životne sredine. Ona su u dobrim delom usaglašena sa međunarodnim izvorima prava kao izraz potrebe uključivanja Srbije u proces evropskih integracija.*

Ključne reči: *životna sredina, održivi razvoj, Ujedinjene nacije, Evropska unija, Zakon o zaštiti životne sredine Republike Srbije*

---

[1] Rad je nastao kao rezultat rada na Projektu „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“, koje finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

Ujedinjene Nacije i zaštita životne sredine

Problemima zaštite životne sredine Ujedinjene nacije počele su ozbiljnije da se bave tek krajem šezdesetih godina dvadesetog veka pod uticajem rezultata naučnih istraživanja koja su ukazivala na planetarni problem potrebe da se zaštiti čovekova životna sredina. U *Deklaraciji UN o čovekovoj sredini* koja je usvojena na *Konferenciji UN o čovekovoj sredini* koja je održana na inicijativu Švedske u Stokholmu 1972 godine (tzv. *Stokholmska konferencija*), definisano je 26. osnovnih principa zaštite životne sredine, koje u svoja nacionalna zakonodavstva treba da implementiraju države članice.

Pored usvojene Deklaracije doneta je i Odluka o osnivanju centralnog organa UN koji bi se bavio problemom životne sredine i koordinacijom aktivnosti na ovom planu- *Programa UN za životnu sredinu- UNEP (United Nations Environment Programme)*, koji je otpočeo sa radom 1973. godine. Na trećem zasedanju *Upravnog saveta UNEP-a*, 1975. godine, doneta je odluka da se dotadašnji termin međunarodno pravo čovekove okoline zameni terminom pravo životne sredine (*Invironmental Law*).

Na ovom zasedanju usvojene je i strategija daljeg razvoja prava zaštite životne sredine. Osnovni elementi strategije su: 1) sistematsko prikupljanje informacija u oblasti prava zaštite životne sredine; 2) razrada i razvoj osnovnih načela usvojenih na Stokholmskoj konferenciji; 3) podsticanje međunarodnog ugovornog regulisanja zaštite životne sredine i ulaganje napora da se i druge međunarodne organizacije više angažuju u domenu razvoja ekološkog prava; 4.) podsticanje univerzitetskih i drugih naučnih ustanova da u svoje programe unesu pravo životne sredine; 5) podsticanje uporednopravnog izučavanja nacionalnih zakonodavstava u domenu zaštite životne sredine; 6) pružanje tehničke pomoći za unapređenje ekološkog zakonodavstva u zemljama u razvoju.

U dosadašnjem radu UNEP-a postignut je veliki napredak po svim pomenutim tačkama strategije ne samo na univerzalnom, planu, već i na razvoju nacionalnih zakonodavstava pojedinih država.

Vrhunac napora UNEP-a predstavljala je *Konferencija UN o životnoj sredini i održivom razvoju* održane u Rio de Žaneiru, 1992. godine. Na ovoj Konferenciji usvojena je *Deklaracija UN o životnoj sredini i održivom razvoju* koja je proklamovala 27 osnovnih principa zaštite životne sredine koja države članice treba da inkorporiraju u nacionalna zakonodavstva. Deklaracijom iz Rio de Žaneira razrađeni su principi sadržani u Stokholmskoj deklaraciji i uvedeni neki novi, sa ciljem da se na jedinstven način uredi sistem zaštite životne sredina kako na nacionalnom tako i na univerzalnom planu.

Osnovni principi sadržani i u ovoj Deklaraciji su:

1. *Održivi razvoj*. Prilagođavanje strukture i dinamike ljudskih delatnosti strukturi i dinamici životne sredine vrši se tako da se zadovoljavanjem potreba sadašnjih generacija ne ugrožava pravo i mogućnost budućih generacija na povoljne uslove života.

2. *Integralnost*. Usklađen (održivi) privredni razvoj sa zaštitom životne sredine obezbeđuje se uspostavljanjem integralnog sistema zaštite životne sredine, planiranjem i upravljanjem prirodnim bogatstvima i sprovođenjem mera zaštite životne sredine.

3. *Preventivnost*. Zagađivanje životne sredine se sprečava na mestu nastajanja. Ako određene aktivnosti predstavljaju rizik ili opasnost po životnu sredinu, preduzimaju se posebne mere za njihovo sprečavanje ili ograničavanje.

4. *Procena uticaja*. Pri planiranju i sprovođenju aktivnosti koje bi mogle imati negativan uticaj na životnu sredinu, sprovodi se postupak procene uticaja na životnu sredinu.

5. *Kvalitet*. Zaštita životne sredine ostvaruje se propisivanjem normi kvaliteta životne sredine, proizvoda, procesa i usluga, kao i drugih mera i uslova zaštite životne sredine.

6. *Ponovna upotreba i reciklaža*. Materije koje se mogu ponovo upotrebiti, reciklirati ili biološki razgraditi imaju prednost pri korišćenju.

7. *Korisnik plaća*. Korisnik prirodnog bogatstva plaća naknadu za njegovo korišćenje i obavezan je da rekultiviše degradirani prostor.

8. *Zagađivač plaća*. Zagađivač snosi troškove preduzimanja preventivnih i drugih mera zaštite životne sredine i odgovoran je za zagađivanje i štetu nanesenu životnoj sredini.

9. *Javnost podataka*. Podaci o stanju životne sredine su javni.

10. *Obaveštavanja*. Nadležni državni organi blagovremeno i objektivno obaveštavaju javnost o stanju životne sredine i o zagađenjima koja mogu predstavljati opasnost po život i zdravlje ljudi i životnu sredinu.

11. *Obrazovanje i jačanje svesti*. Naučne ustanove, ustanove u oblasti obrazovanja, informisanja, kulture i druge ustanove, kao i udruženja građana, u okviru svojih delatnosti, podstiču, usmeravaju i obezbeđuju unapređenje svesti o značaju zaštite životne sredine.

Koncept zaštite životne sredine tokom vremena prerasta u koncept održivog razvoja. Izraz održivi razvoj, *sustainable development* potiče od latinske reči *sus tenere*, što znači «držati uspravno». U ekološkom smislu termin «održivost» označava mogućnost ekosistema da vremenom održi određenu populaciju. Dodavanjem izraza razvoj nastala je sintagma «održivi razvoj» koja ima za cilj poboljšanje kvaliteta života ljudi na planeti, a stanje životne sredine samo je odraz svih

negativnih pojava koje se događaju u društvu. Sfera interesovanja održivog razvoja postaje društvo i potreba društva da vodi brigu o životnoj sredini.

Definicija održivog razvoja koja se danas uobičajeno koristi data je u izveštaju *Komisije UN o životnoj sredini i razvoju (tzv. Brutland komisije),* pod nazivom «Naša zajednička budućnost» iz 1987. godine. U tom izveštaju, održivi razvoj se definiše kao: « razvoj kojim se ide u susret potrebama sadašnjosti tako da se ne ugrožava mogućnost budućih generacija da zadovolje svoje sopstvene potrebe».[2] Suština ovog izveštaja je bila stimulisanje privrednog rasta koji neće dovesti u pitanje opstanak budućih generacija. Dva ključna stanovišta politike održivog razvoja su: a) zadovoljenje osnovnih potreba ljudi, pre svega siromašnog stanovništva i b) privredni razvoj koji je uslovljen trenutnim stepenom razvoja tehnologije i zaštitom životne sredine. Koncept održivog razvoja na globalnom planu može se ostvariti samo uz velike promene u svetskoj ekonomskoj politici, i uz veće korišćenje znanja i tehnološkog razvoja.

Prema izveštaju, ciljevi politike održivog razvoja su: a) unapređenje ekonomskog rasta, b) menjanje kvaliteta rasta, v) zadovoljavanje osnovnih potreba za zapošljavanjem, hranom, vodom, energijom i sanitarijama, g) osiguranje održivog nivoa populacije, d) očuvanje i unapređenje osnovnih resursa, đ) preorijentacija tehnike i rizika upravljanja, i e) uključivanje ekološke ekonomije u proces odlučivanja.

Za ostvarenje navedenih ciljeva u Izveštaju se navode i promene koje treba da budu usmerene na u sledećem pravcu: a) politički sistem, koji dozvoljava efikasno učešće građana u procesima odlučivanja; b) ekonomski sistem, koji je sposoban da generiše viškove i tehničko znanje za održivi razvoj; v) socijalni sistem, koji obezbeđuje rešenja za narasle tenzije iz sadašnjeg disharmoničnog razvoja; g) proizvodni sistem, koji uvažava obavezu čuvanja ekološke osnove za razvoj; d) tehnološki sistem, koji može stalno da traga za novim rešenjima; đ) međunarodni sistem koji podržava održive modele trgovine i finansija; e) administrativni sistem, koji je fleksibilan i sposoban za samokorekciju.

Definicija održivog razvoja prema *Brutland izveštaju* predstavlja pravni okvir koji postavlja određene standarde ponašanja koje treba ispoštovati ukoliko se želi osigurati blagostanje budućih generacija. Definicija čini sintezu tri dimenzije održivog razvoja: ekonomsku održivost, društvenu održivost i zaštitu životne sredine. Sve tri komponente održivog razvoja su međusobno povezane i međusobno zavisne i sve što se predu-

[2] World Commission on Environment and Development, Our Common Future, Oxford University Press, Oxford and New York, 1987, str. 24.

zima na polju razvoja mora da bude u skladu sa svakom komponentom ponaosob.

Održivi razvoj, zapravo, znači razvoj globalnog društva koji bi eliminisao postojeće rastuće probleme u svetu kao što su: politička nestabilnost, siromaštvo, rapidan rast broja stanovnika na Zemlji, klimatske promene, gubitak prirodnih resursa, nestajanje biljnih i životinjski vrsta itd. Odn. razvoj praćen podizanjem kvaliteta života ljudi kako danas tako i u budućnosti.[3]

Na milenijumskom samitu UN održanom u Njujorku, septembra 2000. godine usvojeni su Milenijumski ciljevi razvoja. Jedan od osnovnih ciljeva je osiguranje održivosti životne sredine koji treba realizovati putem tri zadatka: 1) integrisanjem principa održivog razvoja u politiku i programe država, 2) da se do 2015. godine prepolovi procenat ljudi bez održivog pristupa ispravnoj pijaćoj vodi, 3) postići značajno poboljšanje životnih uslova barem 100 miliona stanovnika sirotinjskih četvrti do 2020. godine.[4]

Na svetskom samitu o održivom razvoju, koji je održan u Johanesburgu 2002. godine, konstatovano je da su napori UNEP-a i uopšte UN u oblasti zaštite životne sredine imaju skroman učinak zato što najveći industrijski zagađivači sveta (SAD, Rusija i drugi) nisu prihvatili principe sadržane u dotada proklamovanim deklaracijama i konvencijama UN.

U nizu mnogobrojnih deklaracija i akcionih planova, pod okriljem UN donete su i mnogobrojne Konvencije od kojih se posebno ističu *Okvirna konvencija UN o promeni klime* koja je usvojena u Njujorku 9. maja 1992. godine koja je stupila na snagu 1994.godine. Konvencijom su definisani pojmovi, kao što su: nepovoljne posledice promene klime, promena klime, klimatski sistem, emisije, efekat staklene bašte itd. Jedan od najznačajnijih pratećih dokumenata ove Konvencije je *Kjoto protokol* iz 1997. godine. Cilj Protokola je da se zaustavi porast temperature na planeti izazvanih emisijom štetnih gasova koji izazivaju efekat staklene bašte, jer globalno zagrevanje Zemlje preti da izazove nepovoljne klimatske promene. Kjoto protokol je stupio na snagu tek 2005. godine.[5]

---

[3] A. Ilić, Zakonodavstvo i zaštita životne sredine kao preduslov ostvarivanja koncepta održivog razvoja u Republici Srbiji,» Ekologija i pravo», tematski zbornik, Pravni fakultet u Nišu, 2011, str103.

[4] Milenijumski ciljevi razvoja UN objavljeni su na veb sajtu, www.un.org.yu.

[5] SAD kao jedna od najvećih svetskih zagađivača još uvek nije ratifikovala Kjoto protokol

Konvencija UN o biološkoj raznovrsnosti usvojena je na Konferenciji UN u Rio de Žaneiru 1992. godine. Ciljevi Konvencije su: očuvanje biološke raznovrsnosti, održivo korišćenje njenih komponenti i pravedna raspodela dobrobiti koje proizilaze iz korišćenja genetskih izvora na način koji uključuje prikladan pristup genetskim izvorima, kao i prenos odgovarajućih tehnologija, kao i način koji uključuje odgovarajuće finansiranje. Konvencija definiše značenje izraza kao što su: biološka raznovrsnost, biološki izvori, biotehnologija itd.[6]

Načela zaštite životne sredine u Evropskoj Uniji

Ugovori o osnivanju Evropskih zajednica nisu sadržali eksplicitni osnov za razvoj samostalne ekološke nadležnosti Evropske Ekonomske Zajednice. Odluke o ekološkim merama donošene su od 1957, do 1972. godine na osnovu čl. 2, 100 i 235 Ugovora o EEZ.

Druga faza u razvoju prava zaštite životne sredine može se utvrditi od 1972 godine do donošenja Jedinstvenog evropskog akta (JEA) iz 1987. godine. Nakon prve Ekološke Konferencije Un iz 1972. godine, evropski predsednici država i vlada zahtevali su od Evropske komisije da se razvije 1. Program ekoloških akcija, koji je donet 1973. godine i koji je po prvi put utvrdio smernice za razvoj zajedničke ekološke politike.

Treća faza trajala je od usvajanja Jedinstvenog evropskog akta 1987. do Ugovora iz Mastrihta 1993. godine. I predstavljala je značajno poboljšanje u pogledu kvaliteta životne sredine. Sa Jedinstvenim evropskim aktom, evropska ekološka politika dobila je primarno pravno utemeljenje, a sa posebnim poglavljem VII «Ekologija» dobila je i samostalan politički karakter. Zaštita životne sredine podignuta je na nivo visokog stepena zaštite.

U četvrtoj fazi, od 1993. godine, kada je osnovana Evropska agencija za životnu sredinu, do danas, ekološka zaštita u EU ima primarni cilj i prioritet u oblastima delovanja EU. Ugovor iz Amsterdama 1999. godine preuzeo je ideju o održivom razvoju kao načelo EU i integrisao je visok nivo ekološke zaštite i poboljšanje kvaliteta čovekove okoline kao jedan od primarnih zadataka EZ. (čl. 2 UEZ). Ugovorom iz Lisabona se održiv razvoj i poboljšanje kvaliteta životne sredine utvrđuju kao nadresorni zadatak među opštim ciljevima EU (čl. 3(3) Ugovora o Evropskoj Uniji).

Fundamentalna načela na kojima se zasniva evropska ekološka politika su: 1. načelo prevencije koje ima za cilj da se izbegne i otkloni doka-

[6] Konvenciju je do sada potpisalo 168 strana ugovornica. Savezna Republika Jugoslavija ratifikovala je Konvenciju 2002. godine

zana ekološka šteta. 2. načelo sprečavanja, je usmereno na dugoročno izbegavanje aktivnosti koje ugrožavaju čovekovu životnu sredinu. Ovo kao i prethodno načelo daju ekološkoj politici EU preventivni karakter. 3. načelo porekla znači da će se u zaštiti okoline primeniti one mere koje mesno i vremenski odgovaraju izvoru negativnog efekta po čovekovu okolinu. 4. po načelu uzroka, zagađivač je odgovoran za uklanjanje nastalih ekoloških šteta. Ovde je reč o reaktivnom principu propisivanja troškova za otklanjanje ekološke štete. 5. nadresorni princip i 6. visok nivo zaštite. (čl. 95.stav 3), Ugovora o Evropskoj Zajednici) [7]

Savet Evrope je do sada usvojio više dokumenata (konvencija, rezolucija preporuka) koji za predmet imaju zaštitu životne sredine. Spomenućemo samo konvencije Saveta Evrope. To su:

Konvencija o očuvanju evropske divljači i njihovih prirodnih staništa iz 1979.godine.

Konvencija o građanskoj odgovornosti za štete nastale usled aktivnosti opasnih po životnu sredinu, iz 1993.godine.[8] Konvencija se primenjuje na situacije kada se «incident»[9] dogodio na teritoriji zemlje potpisnice, bez obzira gde se osećaju posledice štete.Konvencija definiše pojam «opasne aktivnosti» i «opasne supstance». «Opasna aktivnost», je svaka ona koja se vrši u okviru obavljanja određenih delatnosti (industrijske, komercijalne, poljoprivredne, naučne i dr.) koje mogu da dovedu u opasnost život i zdravlje ljudi, njihovu imovinu i životnu sredinu. «Opasna supstanca», predstavlja onu koja ima fizičke ili hemijske osobine koje predstavljaju značajan rizik za čoveka, životnu sredinu ili imovinu (eksplozivne supstance, zapaljive i toksične supstance, preparati koji su kancerogeni, mutageni i dr.) Suštinsko obeležje ove Konvencije je to što se uvodi princip objektivne odgovornosti, čiji osnov čini rizik izazvan obavljanjem opasne delatnosti. Za naknadu štete potrebna je uzročna veza između štete i opasne aktivnosti koja se vrši. Princip objektivne odgovornosti treba da podstakne subjekte koji obavljaju opasnu delatnost na preduzimanje razumnih preventivnih mera da bi se izbegao nastanak štete. Do

[7] Ekološka politika, Evropa od A do Š, Konrad Adenauer Stiftung, Beograd, 2010. str. 70.

[8] *Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment,* Ova konvencija koja je zaključena u švajcarskom gradu Luganu, juna meseca 1993. je do kraja 2002.godine potpisalo devet članica Saveta Evrope još uvek nije stupila na snagu, jer je nijedna zemlja članica do danas nije ratifikovala Da bi stupila na snagu potrebno je najmanje tri potpisa o ratifikaciji.

[9] Konvencija definiše «incident» kao svaki iznenadni događaj (požar,emisija štetnih materija i sl.) koje imaju isto poreklo i koje dovode do oštećenja ili predstavljaju ozbiljnu opasnost po nastanak štete. Čl. 3.

isključenja objektivne odgovornosti može doći samo u slučaju ratnog stanja, građanskih ratova i drugih sličnih slučajeva, koji su taksativno navedeni u Konvenciji.[10]

Konvencija o krivičnopravnoj zaštiti životne sredine, iz 1998. godine[11], predviđa da svaka zemlja potpisnica mora da usvoji neophodne mere u svojim nacionalnim zakonodavstvima radi utvrđivanja određenih krivičnih dela koja su utvrđena Konvencijom. Osnovni ciljevi konvencije su: a) potreba vođenja zajedničke krivičnopravne politike u cilju zaštite životne sredine, b) potreba da život i zdravlje ljudi, flora i fauna kao i prirodni resursi budu zaštićeni svim raspoloživim sredstvima, uključujući i krivičnopravne mere; v) neophodnost da se kršenje principa zaštite životne sredine propiše kao krivično delo koje podleže odgovarajućim sankcijama; g) krivično gonjenje i kažnjavanje počinilaca krivičnih dela u oblasti zaštite životne sredine i želja da se tim ciljem ojača međunarodna saradnja.[12]

Evropska Konvencija o pejsažu (*European Landscape Convention ETS No.176)*,otvorena za potpisivanje od oktobra 2000. godine, ima za cilj da podstakne vlasti u zemljama potpisnicama da usvoje odgovarajuće političke mere na lokalnom, regionalnom,nacionalnom i međunarodnom nivou zaštitu, upravljanje i planiranje pejsaža širom Evrope, kako bi se održao i unapredio kvalitet i karakteristike evropskih pejsaža.[13]

Uredbom Saveta Ministara Evropske ekonomske zajednice, 1210/90.iz maja 1990. godine obrazovana je *Evropska agencija za životnu sredinu* i Evropske informacione i posmatračke mreže životne sredine.

Evropska agencija za životnu sredinu je nezavisno telo čiji je zadatak da štiti i unapređuje životnu sredinu u skladu sa odredbama Ugovora o osnivanju i Akcionim programom u cilju ustanovljavanja održivog razvoja u okviru Unije.[14] Osnovne nadležnosti Agencije su: 1) prikupljanje, pristup i prenošenje podataka o stanju životne sredine; 2) obezbeđivanje Uniji i državama članicama objektivnih informacija o stanju životne sredine koje one zahtevaju; 3) sprovođenje odgovarajuće efektivne politike

---

[10] Gordana Ilić Popov, Savet Evrope i zaštita životne sredine, Centar za mir i antiratnu akciju, Beograd 2002, str 26.-35.

[11] *Convention on the Protection of Environment through Criminal Law.* Konvencija je potpisana novembra meseca 1998. u Strazburu. Do kraja 200. godine Konvenciju je potpisalo 13 zemalja članica Saveta Evrope, ali je nijedna nije ratifikovala.

[12] Gordana Ilić,Popov, op. cit. str. 35.

[13] Republika Srbija je 2011.godine donela Zakon o potvrđivanju Evropske Konvencije o predelu, zaključene u Firenci 20.oktobra 2000. godine, «Službeni glasnik RS» br.4/2011.

[14] Tekst se može naći na veb sajtu Unije http.//europa.eu.int/

životne sredine u Uniji; 4) davanje saveta o merama zaštite životne sredine; 5) upoređivanje podataka na evropskom nivou u vezi sa stanjem životne sredine; 6) promovisanje razvoja i primena odgovarajuće tehnologije za procenu stanja životne sredine i 7) obezbeđivanje da istinite informacije o životnoj sredini budu dostupne javnosti.

Oblasti zaštite životne sredine kojima se Agencija bavi su klasifikovane u 13 grupa: upravljanje životnom sredinom, kvalitet vazduha, vode, zaštita prirode, flore i faune, regulisanje stepena industrijskog zagađenja i upravljanje rizikom, hemikalije i genetski modifikovani organizmi, buka od vozila i uređaja, nuklearna sigurnost i radijaciona zaštita, klimatske promene, zajednička politika, civilna zaštita, međunarodna saradnja .

U oblasti zaštite vazduha jedan od najznačajnijih dokumenata je Direktiva br 96/62. EC, Saveta ministara EU o proceni kvaliteta vazduha i upravljanju iz 1996. godine. U oblasti zaštite voda doneta je Direktiva 2000/60. EC Evropskog parlamenta zajedničkog okvira akcije u oblasti politike voda. U oblasti ugroženih divljih biljnih i životinjskih vrsta, jedan od najznačajnijih dokumenata EU je Uredba Saveta Ministara 338/97.EC o zaštiti vrsta divlje flore i faune putem regulisanja njihove trgovine. U oblasti zaštite od buke doneta je Direktiva Evropskog parlamenta 2002/ 49/EC u vezi sa procenom i upravljanjem bukom u životnoj sredini. Direktivom 2001/42/EC o proceni uticaja određenih planova i programa na životnu sredinu iz juna 2001. godine, reguliše se razmena informacija kao instrumenta procene uticaja kao i načela i ciljevi ekološke politike u EU.

Pravo životne sredine i održivog razvoja u Republici Srbiji

Pravo na zdravu životnu sredinu zagarantovano je Ustavom Republike Srbije kao jedno od osnovnih načela. «Svako ima pravo na zdravu životnu sredinu i na blagovremeno i potpuno obaveštavanje o njenom stanju, ali i obavezu da čuva i poboljšava životnu sredinu. Svako, a naročito Republika Srbija i autonomna pokrajina, odgovoran je za zaštitu životne sredine»[15]

U pravu Republike Srbije, prvi zakon kojim se nastojalo da se na sveobuhvatan način reguliše zaštita životne sredine bio je donet 1991. godine, po uzoru na Švedsku koja je ovakav sistemski zakon donela još 1969. godine. Nakon donošenja ovog Zakona kojim se na opšti način reguliše zaštita svih dobra od značaja za životnu sredinu, pojedine mere za-

[15] Ustav Republike Srbije «Sl. Glasnik, RS» br. 98/2006. čl. 74

štite životne sredine mogle su se utvrditi posebnim zakonima.[16] Pored zakona donet je i čitav niz podzakonskih akata kojima se konkretizuju i bliže razrađuju zakonske norme.

Ministarstvo za zaštitu životne sredine je 2001. godine izradilo novi Nacrt zakona o zaštiti životne sredine koji je imao cilj da se naše zakonodavstvo u ovoj oblasti usaglasi sa međunarodnim standardima. Posle niza korekcija prvobitnog teksta Nacrta zakona, Predlog novog zakona ušao je u skupštinsku proceduru tokom 2004. godine da bi krajem 2004. godine,[17] bio usvojen u Narodnoj Skupštini Republike Srbije. Tom prilikom doneta su još tri ključna zakona iz ove oblasti. To su: Zakon o proceni uticaja na životnu sredinu, Zakon o strateškoj proceni uticaja na životnu sredinu i Zakon o integrisanom sprečavanju i kontroli zagađivanja životne sredine.[18]

Na osnovu Zakona o zaštiti životne sredine, održivo upravljanje prirodnim vrednostima i zaštita životne sredine se uređuje i posebnim zakonima i drugim propisima koji imaju za predmet: 1. procenu uticaja planova, programa i projekata na životnu sredinu; 2. integrisano sprečavanje i kontrolu zagađivanja; 3. zaštitu prirode; 4. zaštitu vazduha, voda, zemljišta, šuma, geoloških resursa; 5. upravljanje hemikalijama; 6: upravljanje otpadom; 7. jonizujuća i nejonizujuća zračenja; 8. zaštitu od buke i vibracija i dr. U navedenim oblastima 2009. godine donet je paket zakona kojima se detaljnije reguliše zaštita u određenim sektorima od značaja za životnu sredinu[19]i kojima se uspostavlja integrisani sistem zaštite životne sredine u Srbiji.

Danas je na snazi više od 30 zakona i preko 100 podzakonskih akata kojima se uređuje zaštita životne sredine i održivog razvoja. Republika

---

[16] Tako su nakon donošenja Zakona o zaštiti životne sredine iz 1991. godine, bili doneti Zakon o vodama,1991. Zakon o šumama 1991, Zakon o poljoprivrednom zemljištu 1993. Zakon o lovstvu 1993. Zakon o ribarstvu 1994. Zakon o nacionalnim parkovima 1996. Zakon o postupanju sa otpadnim materijama iz 1996. godine i drugi zakoni kojima se uređuje oblast zaštite životne sredine.

[17] Zakon o zaštiti životne sredine, «Sl. Glasnik RS», br. 135/ 2004. izmene u dopune i br. 36/2009,72/2009 43/2011.godine.

[18] Zakon o proceni uticaja na životnu sredinu, «Sl. Glasnik RS»,br. 135/2004, Zakon o strateškoj proceni uticaja na životnu sredinu, «Sl. Glasnik RS», 135/2004. i Zakon o integrisanom sprečavanju i kontroli zagađenja životne sredine,» Sl. Glasnik RS» , br 135/2004.

[19] To su: Zakon o zaštiti prirode, Zakon o zaštiti vazduha, Zakon o zaštiti od buke u životnoj sredini, Zakon o upravljanju otpadom, Zakon o ambalaži i ambalažnom otpadu, Zakon o zaštiti od jonizujućih zračenja i o nuklearnoj sigurnosti, Zakon o zaštiti od nejonizujućih zračenja, Zakon o hemikalijama, Zakon o biocidnim proizvodima, i Zakon o zaštiti i održivom korišćenju ribljeg fonda, Zakon o nacionalnim parkovima Ovi zakoni objavljeni su u «Službenom glasniku RS» br.36/2009.

Srbija je ratifikovala preko 40 međunarodnih konvencija od značaja za zaštitu životne sredine. Domaće zakonodavstvo se intenzivno usklađuje sa ratifikovanim normama međunarodnog prava.

Predmet Zakona je uređenje integralnog sistema zaštite životne sredine kojim se obezbeđuje ostvarivanje prava čoveka na život i razvoj u zdravoj životnoj sredini i uravnotežen odnos privrednog razvoja i životne sredine u Republici Srbiji.

Subjekti sistema zaštite životne sredine u okviru svojih ovlašćenja su: Republika Srbija, autonomna pokrajina, jedinica lokalne samouprave, preduzeća, druga domaća i strana pravna lica i preduzetnici koji u obavljanju privredne i druge delatnosti koriste prirodne resurse, naučne i stručne organizacije i druge javne službe, građanin, grupe građana, njihova udruženja, profesionalne i druge organizacije.[20]

Prema Zakonu o zaštiti životne sredine, osnovna načela zaštite životne sredine su:[21]

1) *Načelo integralnosti,*- državni organi, organi autonomne pokrajine i organi jedinica lokalne samouprave obezbeđuju integraciju zaštite i unapređenja životne sredine u sve sektorske politike sprovođenjem međusobno usaglašenih planova i programa i primenom propisa kroz sistem dozvola, tehničkih i drugih standarda i normativa, finansiranjem, podsticajnim i drugim merama zaštite životne sredine. Održivo korišćenje i zaštita prirodnih vrednosti ostvaruje se u okviru Strategije prostornog razvoja Republike Srbije i Nacionalne strategije održivog korišćenja prirodnih resursa i dobara. Nacionalnu strategiju donosi Vlada RS, za period od najmanje 10. godina. Autonomna pokrajina i jedinica lokalne samouprave u okviru svojih nadležnosti utvrđenih zakonima donose svoje planove i programe upravljanja prirodnim resursima i dobrima u skladu sa Strategijom prostornog razvoja i Nacionalnom strategijom.

2) *Načelo prevencije i predostrožnosti* je jedno od temeljnih načela Zakona koje podrazumeva da svaka aktivnost mora biti planirana i sprovedena na način da: a) prouzrokuje najmanju moguću promenu u životnoj sredini; b) predstavlja najmanji rizik po životnu sredinu i zdravlje ljudi; v) smanji opterećenje prostora i potrošnju sirovina i energije u izgradnji, proizvodnji, distribuciji i upotrebi; g) uključi mogućnost reciklaže; d) spreči ili ograniči uticaj na životnu sredinu na samom izvoru zagađivanja.

Načelo predostrožnosti ostvaruje se procenom uticaja na životnu sredinu i korišćenjem najboljih raspoloživih i dostupnih tehnologija, tehnika i opreme.

[20] Zakon o zaštiti životne sredine, čl. 4.
[21] Zakon o zaštiti životne sredine, čl. 9.

Preventivno delovanje se posebno obezbeđuje strateškom procenom uticaja , kao i procenom uticaja posebnih projekata na životnu sredinu. Strateška procene mora biti u saglasnosti sa drugim procenema uticaja na životnu sredinu kao i sa planovima i programima zaštite životne sredine, dok se bez procene uticaja projekata na životnu sredinu ne može otpočeti sa izvođenjem bilo kojeg projekta jer ona čini sastavni deo tehničke dokumentacije.

3) *Načelo očuvanja prirodnih vrednosti* – prirodne vrednosti koriste se pod uslovima i na način kojima se obezbeđuje očuvanje vrednosti geodiverziteta, biodiverzitete, zaštićenih prirodnih dobara i predela. Zaštita prirodnih vrednosti ostvaruje se sprovođenjem mera za očuvanje njihovog kvaliteta, količine i rezervi kao i prirodnih procesa, kao i njihove međuzavisnosti i prirodne ravnoteže. Zakonom se načelno utvrđuje zaštita: tla i zemljišta, voda, vazduha, očuvanja šuma, biosfere i biodiverziteta, korišćenja flore i faune kao i promet ugroženim i zaštićenim vrstama divlje flore i faune, opasne materije, upravljanje otpadom, zaštita od buke i vibracija, kao i zaštita od zračenja. Ovi segmenti zaštite prirodnih vrednosti su detaljnije uređeni donošenjem posebnih zakona.

Obnovljivi prirodni resursi koriste se pod uslovima koji obezbeđuju njihovu trajnu i efikasnu obnovu i stalno unapređenje kvaliteta, a neobnovljivi pod uslovima koji obezbeđuju njihovo dugoročno ekonomsko i razumno korišćenje uključujući ograničavanje korišćenja strateških i retkih prirodnih resursa i supstituciju drugim raspoloživim resursima.

4) *Načelo održivog razvoja* – održivi razvoj je usklađeni sistem tehničko-tehnoloških, ekonomskih i društvenih aktivnosti u ukupnom razvoju u kojem se na principima ekonomičnosti i razumnosti koriste prirodne i stvorene vrednosti Republike Srbije sa ciljem da se sačuva i unapredi kvalitet životne sredine za sadašnje i buduće generacije. Radi ostvarivanja načela održivog razvoja, Republika Srbija, autonomna pokrajina i jedinica lokalne samouprave u okviru svoje nadležnosti utvrđene zakonom obezbeđuje kontinuiranu kontrolu i praćenje stanja životne sredine (monitoring). Monitoring predstavlja sastavni deo jedinstvenog informacionog sistema zaštite životne sredine. Informacioni sistem vodi Agencija za zaštitu životne sredine.

Održivi razvoj ostvaruje se donošenjem i sprovođenjem odluka kojima se obezbeđuje usklađenost interesa zaštite životne sredine i interesa ekonomskog razvoja.

5) *Načelo odgovornosti zagađivača i njegovog pravnog sledbenika* – pravno ili fizičko lice koje svojim nezakonitim i neispravnim aktivno-

stima dovodi do zagađenja životne sredine odgovorno je u skladu sa zakonom. Zagađivač koji prouzrokuje zagađenje životne sredine odgovoran je za nastalu štetu po načelu objektivne odgovornosti.[22] Zagađivač koji svojim činjenjem ili nečinjenjem prouzrokuje zagađenje životne sredine dužan je da bez odlaganja preduzme odgovarajuće mere utvrđene planom zaštite i sanacionim planom radi smanjenja štete ili uklanjanje daljih rizika ili opasnosti po životnu sredinu. Zagađivač čije postrojenje ili aktivnost predstavlja visok stepen opasnosti po zdravlje ljudi i životnu sredinu mora da se osigura od odgovornosti za slučaj štete pričinjene trećim licima usled udesa.

Zagađivač je odgovoran za zagađenje životne sredine i u slučaju likvidacije ili stečaja preduzeća ili drugih pravnih lica u skladu sa zakonom. Promena vlasništva preduzeća i drugih pravnih lica ili drugi oblici promene svojine obavezno uključuju procenu stanja životne sredine i određivanje odgovornosti za zagađenje životne sredine, kao i namirenje dugova (tereta) prethodnog vlasnika za izvršeno zagađivanje i/ili štetu nanetu životnoj sredini. Zagađivač ili njegov pravni sledbenik obavezan je da otkloni uzrok zagađenja i posledice direktnog ili indirektnog zagađenja životne sredine.Svako ko pretrpi štetu ima pravo na naknadu od zagađivača neposredno ili od osiguravača ili drugog finansijskog garanta zagađivača. Postupak za naknadu štete pred sudom je hitan Pokretanje postupka za naknadu štete zastareva u subjektivnom roku od tri godine, a u svakom slučaju ovo potraživanje zastareva u roku od 20 godina od nastanka štete. [23]

6) *Načelo «zagađivač plaća»* - zagađivač plaća naknadu za zagađivanje životne sredine kada svojim aktivnostima prouzrokuje ili može prouzrokovati opterećenje životne sredine, odnosno ako proizvodi, koristi ili stavlja u promet sirovinu, poluproizvod ili proizvod koji sadrži štetne materije po životnu sredinu.

Zagađivač u skladu sa propisima, snosi ukupne troškove mere za sprečavanje i smanjivanje zagađivanja koje uključuju troškove rizika po životnu sredinu i troškove uklanjanja štete nanete životnoj sredini.

7) *Načelo «korisnik plaća»* - svako ko koristi prirodne vrednosti dužan je da plati naknadu za njihovo korišćenje, sanaciju i rekultivaciju degradiranog prostora. Kriterijumi za određivanje naknade su: vrste, količina ili osobine emisija iz pojedinih izvora, proizvedenog ili odloženog otpada kao i sadržaj materija štetnih po životnu sredinu u sirovinama, poluproizvodima ili gotovim proizvodima. Kriterijume za

[22] Zakon o zaštiti životne sredine, čl. 103. st.1.
[23] Zakon o zaštiti životne sredine, čl. 106 i 107.

obračun naknade, obveznike, visinu, način obračunavanja i plaćanja naknade i donosi Vlada, a jedinica lokalne samouprave u okviru svojih nadležnosti može propisati naknadu za zaštitu i unapređenje životne sredine.[24]

8) *Načelo subsidijarne odgovornosti*- državni organi u okviru svojih finansijskih mogućnosti, otklanjaju posledice zagađivanja životne sredine i smanjenja štete u slučajevima kada je zagađivač nepoznat, kao i kada štete potiče usled zagađenja životne sredine iz izvora van teritorije Republike Srbije.

9) *Načelo primene podsticajnih mera* – državni organi, odnosno organi autonomne pokrajine, odnosno organi jedinica lokalne samouprave preduzimaju mere očuvanja i održivog upravljanja kapacitetom životne sredine, posebno smanjenjem korišćenja sirovina i energije i sprečavanjem ili smanjenjem zagađivanja životne sredine, primenom ekonomskih instrumenata i drugih mera, izborom najboljih dostupnih tehnika, postrojenja i opreme koja ne zahteva prekomerne troškove i izborom proizvoda i usluga.

10) *Načelo informisanja u učešća javnosti*- u ostvarivanju prava na zdravu životnu sredinu, svako ima pravo da bude obavešten o stanju životne sredine i da učestvuje u postupku donošenja odluka čije bi sprovođenje moglo da utiče na životnu sredinu. Podaci o stanju životne sredine su javni. Javnost ima pravo da učestvuje u postupku donošenja odluka o: a) strateškoj proceni uticaja planova i programa na životnu sredinu izlaganjem prostornog, urbanističkog ili drugog plana ili programa na javni uvid; b) proceni uticaja projekata, čija realizacija može dovesti do zagađenja životne sredine ili predstavlja rizik po životnu sredinu i zdravlje ljudi, javnom prezentacijom projekata i javnom raspravom o njima; v) odobravanju rada novih, kao i postojećih postrojenja koje se sprovodi tokom izdavanja dozvola za integrisano sprečavanje i kontrolu zagađenja. Izuzetno,Vlada može radi zaštite interesa odbrana i bezbednosti zemlje ograniči učešće javnosti u donošenju pomenutih odluka.[25] Ovo ograničenje se mora restriktivno tumačiti.

11) Načelo zaštite prava na zdravu životnu sredinu i pristupa pravosuđu – građanin ili grupe građana, njihova udruženja, profesionalne ili druge organizacije, pravo na zdravu životnu sredinu ostvaruju pred nadležnim organom odnosno sudom u skladu sa zakonom. Kontrolu i nadzor nad primenom propisa i obavljanjem poslova u sistemu zaštite životne sredine vrši nadležno ministarstvo preko Agencije za zaštitu životne sre-

[24] Zakon., op cit. čl. 84-87.

[25] Zakono zaštiti životne sredine, čl. 81, 82.

dine i preko inspektora. Inspektori za zaštitu životne sredine obavljaju poslove u okviru utvrđenih nadležnosti na nivou Republike autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave. [26]

Zaključak

Zaštita životne sredine je jedan od prioritetnih zadataka kako u okviru Ujedinjenih nacija Evropske Unije tako i kod nas. O značaju međunarodnopravnog regulisanja zaštite životne sredine i održivog razvoja govori i činjenica da veliki broj međunarodnih organizacija u svojim programskim dokumentima sadrže formulisane ciljeve i načela koja se odnose na različite oblike zaštite životne sredine. Na osnovu međunarodnih akata svaka država članica UN i EU trebalo bi da usvoji nacionalnu strategiju zaštite životne sredine kao i prateće dokumente za njenu realizaciju. Republika Srbija je 2008. godine donela Nacionalnu strategiju održivog razvoja za period od 2008. do 2017. godine, kao i Akcioni plan za sprovođenje nacionalne strategije održivog razvoja za period od 2009. do 2017. godine. Pored Nacionalne strategije u Republici Srbiji doneti su brojni zakoni koji imaju za cilj uspostavljanje zaokruženog sistema zaštite životne sredine. Osnovni zakon koji m se utvrđuju načela zaštite o ovoj oblasti ja Zakon o zaštiti životne sredine koji je donet 2004, godine koji je do sada nekoliko puta izmenjen i dopunjen. Uspešno sprovođenje ovog Zakona omogućeno je donošenjem mnoštva posebnih zakona kojima se konkretizuje zaštita životne sredine u pojedinim segmentima. Pristupanje Srbije EU, imaće za posledicu donošenje niza pravnih akata kojima bi se naše zakonodavstvo usaglasilo sa zakonodavstvom EU u obezbeđivanju visokih standarda zaštite životne sredine. Imajući u vidu dosadašnju aktivnost naše zemlje u sprovođenju standarda EU učinjen je značajan napredak, koji iziskuje još veće napore da bi se ostvario zavidan stepen zaštite životne sredine.

[26] Zakon o zaštiti životne sredine, čl. 109-115..

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

Principles of Environmental Legislation in UN, EU and Republic of Serbia

Abstract: *A key turning point regarding to environmental protection was the United Nations Conference on the Human environment held in Stockholm, in1972.*

On the Conference was adopted the UN Declaration on the Human environment.

On that occasion established fundamental principles of environmental protection. At the Conference, UNEP, held in Rio de Janeiro in 1992. has adopted the UN Declaration on the Environmental protection and sustainable development..

The Council of Europe has adopted a number of documents in which the central part is the protection of the environment. The Council of Europe adopted the following conventions: Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural habitats in 1979; Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment in 1993; Convention on the protection of Environment trough Criminal Law, in 1998; and European Lanscape Convention in 2000.

The Constitution of Republic of Serbia proclaims the right to a healthy environment, but also establishes the obligation of all, to conserve and improve it. The fundamental principles of environmental protection system in our county are regulated by the following .The Law on Environmental Protection, The Law on Environment Impact, The Law on Environment Strategic Impact and The Law on Integrated Pollution Prevention and Control. These Laws are aimed towards establishing an environmental management system and providing protection from natural balance degradation. With a great number of Laws in particular sectors of environmental protection, Republic of Serbia received modern legislation, which formed, a good basis for economic and social activities involved in environmental protection.

Key words*: environmental protection, sustainable development, United Nations, European Union, The Law on Environmental Protection*

Originalni naučni rad 341.215:341.33(497-15)
doi:10.5937/zrpfns47-4424

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

Dr Katarina Štrbac, pukovnik
Ministarstvo odbrane Republike Srbije
Institut za strategijska istraživanja

ULOGA MEĐUNARODNIH HUMANITARNIH ORGANIZACIJA U ZBIVANJIMA NA ZAPADNOM BALKANU (SLUČAJ SRBIJA)[1]

Sažetak: *Prostor Zapadnog Balkana je u periodu od 1992-2000. godine pa i kasnije bio poprište ozbiljnih oružanih sukoba u kojima je došlo do znatnog ugrožavanja ljudskih života ali i drugih ljudskih prava civilnog stanovništva. Angažovanje međunarodnih humanitarnih organizacija na ovom prostoru je bilo znatno i sa nešto drugačijom ulogom nego što je to recimo na afričkom ili nekim drugim kontinentima. Period od desetak ratnih i još toliko posleratnih godina njihovog angažovanja je sasvim dovoljan da se na metodološki ispravan način prouči uloga, problemi ali i stavovi „korisnika usluga" ovih organizacija o delovanju ovih organizacija i njihovoj sinhronizaciji sa državnim strukturama. Uočeni su brojni problemi iz prakse rada humanitarnih organizacija koji se moraju iskoristiti za unapređivanje njihovog rada u budućnosti. U ovom radu su prikazani samo neki delovi opsežnog istraživanja ekspertske grupe iz Srbije koji egzaktno govore o navedenim problemima. Posebno su interesantni podaci o zloupotrebama humanitarne pomoći kao i podaci koji se razlikuju od onih koji su prezentovani od strane nekih zvaničnih međunarodnih tela i organizacija.*

Ključne reči: *međunarodne humanitarne organizacije, izbeglice, raseljena lica, Zapadni Balkan, Srbija.*

---

[1] Ovaj rad je nastao kao rezultat rada na projektu „*Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)*" čiji nosilac je Pravni fakultet u Novom Sadu.

Uvod

Iako se procenjuje da je mogućnost izbijanja globalnih ratova mnogo manja, savremeni svet je opterećen brojnim lokalnim i regionalnim sukobima koji su izuzetno brutalni i surovi. Posledice takvih sukoba su masovno stradanje civilnog stanovništva, velika materijalna razaranja, uništavanje prirodne sredine i osnovnih uslova za život. Neophodnost da celokupno društvo deluje u sprečavanju kriznih situacija, a zatim i u otklanjanju nastalih posledica nametnula je potrebu za delovanjem međunarodnih humanitarnih organizacija, čiji je osnovni zadatak pripremanje i pružanje pomoći ugroženim zemljama i civilnom stanovništvu.

Osnovna uloga humanitarnih organizacija ogleda se u sprečavanju nastajanja pojedinih opasnosti, smanjenju i olakšavanju ljudskih patnji, zaštiti života i zdravlja ljudi i obezbeđenje poštovanja časti i dostojanstva ljudskih bića, sprečavanje pojave zaraznih bolesti i unapređenje zdravlja i socijalne zaštite, naročito u vreme oružanog sukoba.

Iskustva iz delovanja humanitarnih organizacija na prostoru Zapadnog Balkana u periodu od 1992-2002. godine ukazuju na određene, veoma značajne nedostatke u njihovom radu. Korektna i objektivna naučna percepcija problema funkcionisanja humanitarnih organizacija mogla bi da posluži kao osnova za značajno unapređenje njihovog rada u budućnosti u pogledu zbrinjavanja civilnog stanovništva u kriznim situacijama.

Osnovni problem u delovanju humanitarnih organizacija sadržan je u činjenici da nije razvijen dovoljno pouzdan metod za sagledavanje i predviđanje buduće stvarne slike vanrednih situacija sa aspekta uloge humanitarnih organizacija. Shodno tome, poseban problem je definisanje najrelevantnijih faktora koji mogu da utiču na njihovu ulogu, obim i vrstu pomoći koju pružaju.

Polazeći od stava da se u prošlosti nalaze brojni elementi sadašnjosti i budućnosti, funkcionisanje humanitarnih organizacija u kriznim situacijama može da pokaže, uprkos činjenici da svaki novi rat i nove mirnodopske katastrofe demantuju neke pokazatelje iz prethodnih ratova i katastrofa, da neki elementi određenih pravila i zakonitosti poprimaju i obeležja tendencije.

Može se uočiti izvestan broj metodoloških problema, koji se ogledaju, pre svega, u oceni pouzdanosti izvora podataka. Većina podataka sa terena koje su tretirale humanitarne organizacije je bila prilagođena vojnim potrebama, tako da su u njima u manjem obimu uzimani u obzir humanitarni problemi stanovništva.

U kontekstu izučavanja problema raseljenog stanovništva i uloge humanitarnih organizacija određeni zaključci su izvedeni na osnovu događaja sa prostora Zapadnog Balkana.

Sa teritorije zahvaćene ratom i ostalih teritorija R. Hrvatske raseljeno je oko 500.000 ljudi - oko 400.000 Srba i oko 100.000 Hrvata. Raseljeni Srbi su većinom prešli u Srbiju dok je njih oko 100.000 raseljeno na teritoriju s većinskim srpskim stanovništvom u Hrvatskoj. Crveni krst Republike Srpske Krajine (RSK) preuzeo je brigu o raseljenim licima na teritoriji RSK, kao i distribuciju međunarodne humanitarne pomoći na celoj teritoriji Republike Srpske Krajine.

Tadašnju Saveznu Republiku Jugoslaviju, koja je bila već značajno opteretila kapacitete zbog izbeglica iz republika bivše SFRJ, zadesila je agresija NATO-a 1999. godine, a posledica je bila dodatnih oko 200.000 interno raseljenih lica sa Kosova i Metohije, kao i razorena industrijska postrojenja i kontaminirana životna sredina. U takvom odnosu snaga pomoć međunarodne zajednice bila je jedini način da raseljena lica opstanu.

Polazne osnove sprovedenog istraživanja su dostupna saznanja i iskustva iz mirnodopske i ratne prakse i drugi dokumenti i izveštaji međunarodnih organizacija i tela, kao primarni izvori. Na osnovu navedenog, postavljena su pitanja koja, su u osnovi, činila problem istraživanja:

1. Koji se osnovni problemi pojavljuju u funkcionisanju humanitarnih organizacija u zbrinjavanju civilnog stanovništva u uslovima rata kakav je bio na prostoru Zapadnog Balkana?

2. Da li su ispoštovani osnovni principi na kojima se zasniva delatnost humanitarnih organizacija?

3. Koji su osnovni nedostaci u radu u uslovima masovnog egzodusa stanovništva sa ratom zahvaćenih prostora?

Empirijsko istraživanje

U Srbiji su registrovane tri kategorije lica koja su napustile teritoriju na kojoj su živela zbog ratova na prostoru bivše Jugoslavije. Ovim istraživanjem su obuhvaćene sve tri kategorije: izbeglice, ratom pogođena lica i interno raseljena lica.

U proteklom periodu, izvršena su tri odvojena istraživanja o stanju izbeglica, ratom pogođenih lica i interno raseljenih lica na prostoru Zapadnog Balkana. Prvo istraživanje radio je UNHCR u sklopu popisa navedenih kategorija raseljenih lica koje je obuhvatalo nekoliko oblasti zbrinjavanja izbeglica, ratom pogođenih i interno raseljenih lica.

Drugo istraživanje radio je Crveni krst Srbije u sklopu usaglašavanja stavova o ulozi humanitarnih organizacija.

Treće istraživanje je uradila ekspertska grupa iz Beograda gde su kategorije izbeglica i interno raseljenih lica davale dijametralno suprotne

odgovore od prethodna dva istraživanja što traži određene odgovore i razjašnjenja kako bi se razrešile određene kontroverze, što je bio i cilj ovog istraživanja.

Zbrinjavanje izbeglica i interno raseljenih lica

U želji da se problemi izbeglica i IRL reše na adekvatan način, u Srbiji je u julu 2001. godine osnovana Radna grupa u okviru Vlade Srbije koja se bavila tim pitanjima. Radi trajnijeg i potpunijeg rešavanja ukupnih problema izbeglica i IRL, na nivou Vlade Srbije donesena je 30. maja 2002, *Nacionalna strategija za rešavanje problema izbeglica, isteranih i interno raseljenih lica*. Cilj strategije je da se olakšaju repatrijacija i lokalna integracija izbeglica. Nacionalna strategija je usvojena za trogodišnji period, zaključno sa 2004. godinom. Budžet je procenjen na oko 678 miliona američkih dolara, od kojih je 183 miliona trebalo da obezbedi Vlada Srbije, 14,5 trebalo je da se obezbedi iz internacionalnih izvora, a ostatak – 480 miliona, trebalo je pokriti donacijama iz inostranstva i kreditima iz međunarodnih finansijskih institucija.

Nacionalnom strategijom je predviđeno osnivanje Fonda za domaćinstvo, iz kojeg bi se finansirala izgradnja kuća za izbeglice i zgrada za kategoriju izbeglica kojima je potrebna medicinska nega i koji imaju posebne socijalne potrebe. Trajnim rešavanjem smeštaja izbeglica omogućilo bi se, u većini slučajeva, zatvaranje kolektivnih centara koji su do tada bili privremeno rešenje.

Na popisu, koji je obavljen 2001. godine oko 60% od 330.000 izbeglica izjasnilo se da želi da primi državljanstvo Srbije i da se integriše u lokalnu zajednicu. Svega 20% lica je našlo posao i samostalno se izdržavalo.

Prema registraciji izbeglica koje je obavio UNHCR, aprila 2001. godine, u Srbiji je registrovana 377.131 osoba sa izbegličkim statusom.

Tabela br. 1: Broj izbeglica prema državama ranijeg prebivališta[2]

DRŽAVA	BROJ	%
Bosna i Hercegovina	133.853	35,49
Hrvatska	242.624	64,33
Makedonija	13	0,003
Slovenija	641	0,17
UKUPNO	377.131	100,00

[2] *Refugee Registration in Serbia*, March-April 2001, United Nations High Commissioner for Refugees, Commissioner for Refugees of the Republic of Serbia and European Community Humanitarian Office, Belgrade 2001.

Većina izbeglica i IRL našla je privatni smeštaj u Srbiji. Od ukupnog broja njih oko 41.000 živelo je zajedno u kolektivnim centrima ili specijalizovanim institucijama. Kolektivni centri većinom su nastali pretvaranjem hotela, letnjih kampova, kasarni ili javnih zgrada. Pored problema sa smeštajem mnogi od tih izbeglica imali su multiplicirane psihološke probleme i nedostatak motivacije za budućnost, što je u vezi s dugotrajnim smeštajem u neadekvatnim uslovima u kolektivnim centrima.

Osnovne karakteristike izbegličke populacije

Osnovna slika izbegličke populacije može se sagledati prezentovanjem podataka do kojih se došlo istraživanjem nekoliko značajnih i za ovu temu karakterističnih oblasti.

Etnički sastav izbeglica karakteriše šarolikost, među kojima je očigledna većina srpske nacionalnosti (90%), što s obzirom na prirodu sukoba ne predstavlja iznenađenje.

Tabela br. 2: Etnički sastav izbeglica[3]

	Bosna i Hercegovina		Hrvatska		Makedonija		Slovenija		UKUPNO	
	Broj	%	Broj	%	Broj	%	Broj	%	broj	%
Srbi	113.707	84,95	224.275	92,44	9	69,23	550	85,80	338.541	89,77
Hrvati	758	0,57	2.192	0,90	0	0,00	4	0,62	2.954	0,78
Slovenci	29	0,02	52	0,02	0	0,00	10	1,56	91	0,02
Muslimani	1.613	1,21	178	0,07	0	0,00	1	0,16	1.792	0,48
Bošnjaci	41	0,03	5	0,00	0	0,00	0	0,00	46	0,01
Crnogorci	269	0,20	123	0,05	0	0,00	1	0,16	393	0,10
Bez odgovora	15.642	11,69	13.988	5,77	1	7,69	59	9,20	29.690	7,87
Ostali	1.694	1,27	1.606	0,66	3	23,08	12	1,87	3.315	0,88
UKUPNO	133.853	100,00	242.624	100	13	100	641	100	377.131	100

Dinamika dolaska izbeglica, bila je uslovljena stepenom zaoštravanja međunacionalnih odnosa i ukupnim pogoršanjem stanja na ratom pogođenim teritorijama.

[3] Isto.

Tabela br. 3: Dinamika dolaska izbeglica prema godinama i regionima[4]

Godina dolaska u SRJ	Bosna i Hercegovina		Hrvatska		Makedonija		Slovenija		Ukupno	
	broj	%	broj	%	broj	%	broj	%	broj	%
1991.	1.240	0,93	20.846	8,59	2	15,38	202	31,51	22.290	5,91
1992.	60.723	45,37	16.366	6,75	4	30,77	213	33,23	77.306	20,50
1993.	10.887	8,13	6.539	2,70	1	7,69	87	13,57	17.514	4,64
1994.	6.194	4,63	4.001	1,65	1	7,69	41	6,40	10.237	2,71
1995.	26.713	19,96	142.700	58,82	1	7,69	59	9,20	169.473	44,94
1996.	20.418	15,25	18.183	7,49	0	0,00	8	1,25	38.609	10,24
1997.	3.429	2,56	10.353	4,27	1	7,69	14	2,18	13.797	3,66
1998.	2.172	1,62	18.007	7,42	3	23,08	9	1,40	20.191	5,35
1999.	1.059	0,79	3.397	1,40	0	0,00	7	1,09	4.463	1,18
2000.	840	0,63	1.962	0,81	0	0,00	1	0,16	2.803	0,74
2001.	178	0,13	270	0,11	0	0,00	0	0,00	448	0,12
Ukupno	**133.853**	**100,00**	**242.624**	**100,00**	**13**	**100,00**	**641**	**100,00**	**377.131**	**100,00**

Nakon 1998. godine svega 2,04% izbeglica došlo je u Srbiju. Najveći broj izbeglica iz Bosne i Hercegovine došao je 1992. godine, nakon početka ratnih dejstava, dok je tokom 1993. i 1994. godine taj broj smanjen. U proleće i leto 1995. godine, kada je u Hrvatskoj usledio oružani sukob, više od 190.000 ljudi napustilo je Republiku Hrvatsku i delove Bosne i Hercegovine koje su zauzele hrvatske snage.

Posebna pažnja u istraživanju je usmerena prema medicinski osetljivim kategorijama izbeglica, kojih je bilo oko 63.128 ili 17%.

[4] Isto.

Tabela br. 4: Medicinski osetljive kategorije izbeglica po tipu smeštaja[5]

MEDICINSKI STATUS		SMEŠTAJ						
		KOLEK-TIVNI CENTRI	SPECI-JALNE INSTITU-CIJE	IZNAJM-LJENI STAN	KOD PORODI-CE ILI PRIJATE-LJA	VLA-STITI SMEŠ-TAJ	OSTALI	UKUPNO
Ekstremno osetljivi	broj	228	123	638	581	303	44	1.917
	%	11,89	6,42	33,28	30,31	15,81	2,30	100,00
Invalidi	broj	926	109	3.402	2.587	1.554	310	8.888
	%	10,42	1,23	38,28	29,11	17,48	3,49	100,00
Hronična oboljenja	broj	3.832	489	18.932	16.044	7.573	1.422	48.292
	%	7,94	1,01	39,20	33,22	15,68	2,94	100,00
Mentalno hendikepi-rani	broj	221	195	416	409	201	50	1.492
	%	14,81	13,07	27,88	27,41	13,47	3,35	100,00
Zavisni od nege i pomoći	broj	178	138	467	466	159	27	1.435
	%	12,40	9,62	32,54	32,47	11,08	1,88	100,00
Slepi	broj	85	13	137	133	53	15	436
	%	19,50	2,98	31,42	30,50	12,16	3,44	100,00
Gluvi	broj	91	18	209	221	102	27	668
	%	13,62	2,69	31,29	33,08	15,27	4,04	100,00
Ukupno	broj	5.561	1.085	24.201	20.441	9.945	1.895	63.128
	%	8,81	1,72	38,34	32,38	15,75	3,00	100,00

Iz tabele se vidi da je procenat medicinski osetljivih izbeglica bio mnogo veći u kolektivnim centrima nego u ostalim kategorijama smeštaja.

Kolektivni centri su, takođe, imali veći procenat invalida od ostalih tipova smeštaja i takođe veći broj mentalno hendikepiranih, zavisnih od nege i pomoći i izbeglica sa više oboljenja.

Kao socijalno osetljive kategorije izbeglica predstavljaju lica koja zahtevaju tuđu negu i pomoć, kao i brigu društva. Istraživanjem su obuhvaćena: deca bez roditelja, deca sa jednim roditeljem, roditelji samci, starije osobe bez nege starije od 60 godina.

[5] Isto.

Većina od kategorije socijalno ugroženih izbeglica (53,96%) jesu starije osobe bez nege i pomoći, zatim deca sa jednim roditeljem (24,36%) i roditelji samci (18,89%) i to većinom majke. Mali procenat, ali veoma osetljive kategorije su deca bez jednog roditelja i siročad.

U okviru ispitane populacije bilo je 19.991 (5,30%) lica. Od toga je 12.456 (3,30%) žena i 7.535 (2%) muškaraca. Najveći broj su starije osobe bez nege i pomoći, među kojima su dominantne žene. Situacija sa smeštajem slična je kao i kod medicinski osetljivih kategorija, od kojih je 10,89% u kolektivnim centrima.

Tabela br. 5: Tip smeštaja socijalno osetljivih kategorija[6]

Sadašnji smeštaj	**Kategorije lica koja zahtevaju socijalnu brigu**								**Ukupno**	
	deca bez roditelja		**deca sa jednim roditeljem**		**samohrani roditelj**		**stara lica bez nege (60 i više godina)**		**broj**	**%**
	broj	**%**	**broj**	**%**	**broj**	**%**	**broj**	**%**		
Kolektivni centri	41	1,76	552	23,63	406	17,38	1.337	57,23	2.336	100,0
Specijalne institucije	18	5,26	27	7,89	18	5,26	279	81,58	342	100,0
Iznajmljeni stanovi	151	1,93	2.161	27,57	1.862	23,76	3.664	46,75	7.838	100,0
Kod porodice ili prijatelja	281	4,66	1.359	22,55	955	15,85	3.432	56,94	6.027	100,0
Vlastiti smeštaj	45	1,59	561	19,85	419	14,83	1.801	63,73	2.826	100,0
Drugo	21	3,38	210	33,76	116	18,65	275	44,21	622	100,0
Ukupno	557	2,79	4.870	24,36	3.776	18,89	10.788	53,96	19.991	100,0

Zanimljivo je da je svega 10,89% socijalno osetljivih kategorija izbeglica smešteno u kolektivne centre što je znatno olakšalo zadatak i opterećenost humanitarnih organizacija.

[6] Isto.

Interno raseljena lica

Interno raseljena lica su „lica ili grupe lica koja su prinuđena da napuste svoje domove ili mesta stanovanja iznenada ili neočekivano usled oružanog sukoba, unutrašnjih sukoba, sistematskih kršenja ljudskih prava ili elementarnih nepogoda i nesreća koje je izazvao čovek i koji nisu prešli međunarodno priznatu granicu države.“[7]

Posledice unutrašnjeg raseljavanja su višestruke i lica koja su pogođena time mogu da budu lišena potreba koje su im neophodne za preživljavanje. Gubitak doma, radnog mesta i sigurnosti ličnosti, pretnja životu i slobodi, nedostatak hrane, gubitak odgovarajuće zdravstvene zaštite i mogućnosti za obrazovanje samo su neke od teških i trenutnih posledica takvog raseljavanja. Većina interno raseljenih lica napustila je svoje domove zbog masovnog i grubog kršenja ljudskih prava, odnosno zbog ugroženosti njihovog života i opstanka. Međutim, bekstvo iz mesta stalnog stanovanja, pored ostalog, čini interno raseljena lica posebno izloženim daljim delima nasilja, nasilnim nestancima i napadima na njihovo lično dostojanstvo, uključujući seksualno zlostavljanje i silovanje. Vlade država koje na svojim teritorijama imaju interno raseljena lica prvenstveno su dužne da o njima brinu i da im pruže zaštitu.[8]

Značajna je činjenica da interno raseljena lica imaju sva ljudska prava i slobode koje su uživala i dok su bila u svojim stalnim mestima boravka, unutar sopstvene zemlje. Međutim, interno raseljena lica su begunci u sopstvenoj zemlji kojima se, veoma često, ne priznaju i ne štite osnovna prava i interesi.

U Srbiji se nakon NATO agresije 1999. godine i rasporeda snaga UN, prema registraciji UNHCR-a nalazi 187.129 lica koja su napustila Kosovo i Metohiju.

Prema međunarodnim kriterijumima, ta lica nisu izbeglice, već interno raseljena lica. Oni su državljani Srbije i raseljeni su u okviru zemlje. Problemi interno raseljenih lica, kao i kod izbegličke populacije, mogu se sagledati kroz nekoliko indikatora.

Prestankom ratnih dejstava počelo je naglo raseljavanje i napuštanje teritorije Kosova i Metohije i odlazak u druge delove Srbije. Nacionalna struktura interno raseljenih lica je prilično homogeno zastupljena. Kosovo i Metohiju napustilo je 86% Srba, zatim 11% Roma i oko 3% ostalih.

---

[7] To je radna verzija definicije specijalnog izvestioca za interno raseljena lica iz 1995. godine, sa simpozijuma u Ženevi, pošto do tada nisu postojali posebni međunarodni propisi koji su se odnosili na to pitanje.

[8] Štrbac, K.: *Humanitarne organizacije u zbrinjavanju civilnog stanovništva u vanrednim situacijama*, VIZ, Beograd, 2008.

Tabela br. 6: Interno raseljena lica prema nacionalnosti[9]

	Etnička pripadnost								
POL	UKUPNO	SRBI	CRNOGORCI	MUSLIMANI	ROMI	ALBANCI	EGIPĆANI	BEZ ODGOVORA	OSTALI
Zbir	187.129	141.396	7.748	4.265	19551	305	605	9.646	3.613
Muškarci	92.809	70.171	3.923	2.069	9.798	162	306	4.710	1.670
Žene	94.320	71.225	3.825	2.196	9.753	143	299	4.936	1.943

Od ukupnog broja interno raseljenih lica svega 6,9% smešteno je u kolektivne centre, najveći broj je iznajmio stan – 40,6%, kod rođaka i prijatelja smešteno ih je 39,8%, sopstveni smeštaj ima 7,6% i u ostalim tipovima smeštaja je 4,9% tih lica.

Prema sprovedenom istraživanju, 13% od svih interno raseljenih lica ima ozbiljne medicinske probleme, a od tog broja više od 70% su lica kojima je potrebna stalna medicinska nega i pomoć. Registrovana oboljenja su najizraženija kod starijih osoba. Osim već poznatih problema, kao što je i inače teško stanje interno raseljenih lica, veliki teret za zajednicu su ta lica kojima je trebalo barem privremeno rešiti smeštaj i obezbediti negu.

Stavovi o humanitarnim organizacijama

U zemlji koja je prošla kroz veoma bolnu dezintegraciju, koja je bila više ili manje, uključena u sve ratove koji su se zbivali na ovim prostorima, koja je bila pod najstrožim sankcijama i koja je bila bombardovana, u kojoj su srazmerno opadanju opšteg standarda, rasli kriminal i korupcija, humanitarna pomoć je svima delovala značajno, a mnogima je bila jedini način da se izbore sa svakodnevnim problemima vezanim za preživljavanje. Posmatrano sa stanovišta ugroženih i s obzirom na sve navedeno, aktivnost Crvenog krsta ne samo da je bila primećena nego je doživljavana i kao izuzetno pozitivna. Međutim, aktivnosti Crvenog krsta usmerene su, pre svega, ka rešavanju svakodnevnih problema ugroženih kategorija stanovništva, tako da se u javnosti o njemu znalo samo onoliko koliko je bilo važno za konkretnu akciju. U situacijama kada postoji opšta kriza, takva pozicija se lako može opravdati, ali potrebe za humanitarnim aktivnostima ostaju dugoročno. Sa smanjenjem intenziteta humanitarnih kata-

[9] *Registration of internally displaced persons from Kosovo and Metohija*, UNHCR and Commissioner for Refugees of the Republic of Serbia, 2001. Belgrade.

strofa u okruženju bile su neophodne izmene u metodima i modelima rada Crvenog krsta na prikupljanju pomoći i njenoj distribuciji što se realno nije dogodilo u optimalnoj meri.

Osnovni nalazi

Rezultati zainteresovanosti za rad i aktivnosti humanitarnih organizacija pokazuju očekivanu razliku u zainteresovanosti između izbeglica i interno raseljenih lica i ostalog stanovništva. Opšta populacija je iskazala zainteresovanost u 25,9% slučajeva, dok je taj procenat kod izbeglica i interno raseljenih lica znatno veći, i iznosi 60,3%.

Tabela br. 7: Mesto Crvenog krsta (CK) unutar humanitarnih organizacija

Naziv organizacije	**Populacija %**	**Izbeglice i IRL**
Crveni krst Srbije	**49,3**	**62,2**
Porodica, prijatelji, komšije	**17,5**	**0,0**
Crveni krst državne zajednice	**2,7**	**2,0**
Crkva	**2,7**	**2,7**
UNHCR	**0,7**	**3,1**
Međunarodni komitet Crvenog krsta	**0,3**	**0,6**
Međunarodna federacija Crvenog krsta	**0,1**	**0,8**
Ne zna	**9,6**	**0,0**

U slučaju da im je potrebna humanitarna pomoć, većina ispitanika je izjavila da bi se obratila Crvenom krstu, ali ne navodi detalje o sedištu organizacije (49,3% opšte populacije i 62,2% izbeglica i IRL)

Generalno, u svesti ispitanika, od svih humanitarnih organizacija, najprisutniji je Crveni krst (94,7% u opštoj populaciji i 92,4% kod izbeglica i IRL). Tom rezultatu treba dodati i procenat Međunarodnog komiteta Crvenog krsta (23,0% opšte populacije i 28,7% izbeglica) i Međunarodne federacije Crvenog krsta (8,8% opšte populacije i 20,2% izbeglica i IRL).

- UNHCR, UNICEF i Srpsku pravoslavnu crkvu navodi između 40% i 50% ispitanika.

- Kolo srpskih sestara (36,4% opšte populacije i 30,0% izbeglica i IRL) i Karitas (33,1% izbeglica i 18,3% opšte populacije) takođe zauzimaju značajno mesto u svesti ispitanika.

- Prema odgovorima ispitanika, značajnije mesto imaju i Lekari bez granica (22,2% opšte populacije i 24,0% izbeglica i IRL) kao i Svetska zdravstvena organizacija (12,7% opšte populacije i 15,3% izbeglica IRL).

- Navedene rezultate potvrđuju odgovori na pitanje s podsećanjem, pri čemu je evidentan skok UNHCR-a (84,6% opšte populacije i 91,1% izbeglica i IRL).

Kontakte sa nekom od humanitarnih organizacija imalo je 29,5% domaćinstava iz opšte populacije i 86,6% izbegličkih domaćinstava.

Međutim, isto tako prema navodima ispitanika, preko 60% njih smatra da postoji zloupotreba humanitarne pomoći Crvenog krsta.

Osnovni vid zloupotrebe pomoći Crvenog krsta, prema mišljenu ispitanika, jeste preprodaja pomoći (43,8% opšte populacije i 58,0% izbeglica i IRL).

Tabela br. 8: Vidovi zloupotrebe pomoći[10]

Oblici zloupotrebe pomoći Crvenog krsta	**Populacija %**	**Izbeglice i IRL %**
Preprodaja pomoći, bez zameranja	43,8	58,0
Neadekvatna raspodela pomoći	29,5	19,8
Zloupotreba statusa korisnika	18,2	16,8
Korupcija	2,7	4,5
Ne zna	13,4	10,9

Prodaju dobara humanitarne pomoći ispitanici navode bez zamerki, jer smatraju da su prinuđeni da preprodaju pomoć. Neadekvatnu raspodelu pomoći naglašava 29,5% ispitanika iz opšte populacije i 19,8% izbeglica i IRL. U postojanje zloupotrebe statusa korisnika (koji to zapravo nisu) veruje 18,2% opšte populacije i 16,8% izbeglica i IRL.

Zaključak

Već je navedeno da su u istraživanju populaciju činili izbeglice i interno raseljena lica sa teritorije Republike Hrvatske, Republike Bosne i Hercegovine i Kosova i Metohije. Prema idejnoj skici projekta istraživanja, uzorak je bio planiran, tzv. kontrolisani uzorak, bi-

[10] Isto.

ran po principu slučajnosti. Svi parametri uzorka su bili stratifikovani, a uzorak je sastavljen od pojedinih delova koji su slučajno izabrani. Stratumi u uzorku predstavljaju izbeglice i interno raseljena lica sa teritorije Republike Hrvatske, Republike Bosne i Hercegovine i Kosova i Metohije.

S obzirom na ogroman broj izbeglica i raseljenih lica prema istraživanjima UNHCR-a i Crvenog krsta Srbije koji su bili obuhvaćeni istraživanjem, a i na probleme koji su pratila ovo istraživanje, opredeljen je broj od sto izbeglica odabranih nasumce iz izbegličkog naselja u blizini Beograda i među izbeglicama koje žive u Beogradu u vlastitom smeštaju ili kao podstanari. Ipak, može se zaključiti da se došlo do valjanih rezultata zbog nezavisnosti ispitanika prilikom davanja odgovora.

Provedenim istraživanjem nametnulo se nekoliko kompleksnih problema, svojstvenih svim vrstama vanrednih situacija, koje treba rešavati u zbrinjavanju ugroženog civilnog stanovništva.

Opravdanost istraživanja i postavljanje hipoteza potvrđuju dobijeni rezultati istraživanja koji mogu značajno doprineti efikasnijem delovanju humanitarnih organizacija u budućnosti.

Rezultati istraživanja pokazuju da od izbegličke i raseljeničke populacije 67% čine izbeglice iz Hrvatske, od kojih je većina u Srbiju stigla tokom 1995. godine, dok je 33% interno raseljenih lica sa prostora Kosova i Metohije stigla tokom 1999. godine.

Bitna razlika između ove dve kategorije lica je način sticanja statusa izbeglice i interno raseljenih lica. Dok su izbeglice iz svojih ranijih prebivališta silom proterana u drugu državu u toku borbenih dejstava, dotle su raseljena lica svojevoljno napustila svoja mesta prebivališta tokom vojne intervencije. Za obe kategorije lica zajedničko je da su napustila svoja ranija prebivališta u strahu od fizičkog i psihičkog uništenja, odnosno spašavanja golih života.

Sa humanitarnog aspekta dobijeni rezultati pokazuju da su im zajednički problemi, potrebe i želje. Činjenica da su interno raseljena lica državljani Srbije nije uticala na rešavanje njihovog statusa.

Upoređivanjem rezultata istraživanja autora i Crvenog krsta, oko 50% izbeglica, interno raseljenih lica i opšte populacije, smatra trgovinu i korupciju, kao stalnu i ujednačenu aktivnost i kao najčešći oblik zloupotrebe, u kome učestvuju i same izbeglice i raseljena lica, pre svega iz razloga materijalne prirode, ali i pripadnici humanitarnih organizacija na neki način.

Prema rezultatima istraživanja neadekvatnu raspodelu humanitarne pomoći, oko jedne trećine izbeglica, raseljenih lica i opšte populacije

smatra kao oblik zloupotrebe. Međutim, prema pokazateljima istraživanja autora, sumnja u objektivnost raspodele humanitarne pomoći je u porastu, tako da se broj izbeglica i interno raseljenih lica, koji neadekvatnu raspodelu vide kao izvor zloupotrebe, popeo na 45%. Rast nepoverenja prema valjanosti raspodele humanitarne pomoći, u odnosu na smanjenje poverenja u zloupotrebu statusa korisnika pomoći (sa 16% na 6%), uglavnom je izraz poverenja i kvalitetnijeg odnosa ispitivača i ispitanika, te su ispitanici iskrenije davali odgovore.

Rezultati istraživanja iz oblasti humanitarne pomoći, a posebno fenomena zloupotrebe, značajan je pokazatelj kršenja osnovnih principa Crvenog krsta i slabosti rada humanitarnih organizacija. Istovremeno, ukazuju i na pravce osavremenjivanja humanitarne delatnosti.

Rezultati istraživanja UNHCR-a i autora rada pokazuju bitne razlike u izražavanju želja izbeglica i raseljenih lica u vezi sa načinom trajnog rešavanja svog statusa, koja su posledica promene stanja u tipu smeštaja nastalih između ta dva istraživanja.

Prema pokazateljima istraživanja 44% izbeglica i raseljenih lica izrazilo je želju za integracijom u Srbiji, odnosno za svoje stalno mesto prebivališta izabralo je Srbiju, što je za jednu trećinu manje u odnosu na prvo istraživanje. Jedan broj izbeglica i interno raseljenih lica je u međuvremenu rešio svoj status, bilo integracijom, repatrijacijom ili iseljenjem u treće zemlje, te se to može smatrati razlogom za razliku u odgovorima ispitanika. Na ovaj način rešavanja svog statusa najviše su se opredelile izbeglice i raseljena lica sa vlastitim smeštajem, podstanari i korisnici kolektivnih centara.

Za repatrijaciju u ranija mesta prebivališta opredelilo se oko 10% ispitanika, među kojima su najbrojniji sa Kosova i Metohije i oni koji su smešteni kod rođaka ili prijatelja, a najmanje onih sa vlastitim smeštajem.

Rezultati istraživanja pokazuju da je, takođe, 10% izbeglica i raseljenih lica trajno rešenje svog statusa videlo u iseljavanju u treće zemlje, i to uglavnom mlađe kategorije ispitanika, kao i oni koji već imaju rođake u tim zemljama.

Nesklad između sve većih potreba u zbrinjavanju ugroženog civilnog stanovništva i nedovoljne efikasnosti u otklanjanju posledica vanrednih situacija, može da se analizira sa ekonomskog, normativno-pravnog, socijalno-obrazovnog i političkog stanovišta. Značaj istraživanja tih problema je višestruk, jer može da doprinese objektivnijoj ulozi humanitarnih organizacija u zbrinjavanju civilnog stanovništva u vanrednim situacijama.

S tim u vezi, tokom istraživanja su utvrđeni i operacionalizovani sledeći problemi:

- nedostatak definisanih načina za rešavanje problema smeštaja, ishrane, zdravstvene zaštite i rešavanja statusa, kao i obezbeđenja humanitarne pomoći na osnovu iskustava humanitarnih organizacija u zbrinjavanju ugroženog civilnog stanovništva u kriznim situacijama iz ranijeg perioda;
- nedovoljna efikasnost humanitarnih organizacija u obavljanju osnovne uloge u zbrinjavanju civilnog stanovništva u kriznim situacijama;
- nepotpunost pravne regulative i inertnost institucionalnog faktora u zbrinjavanju ugroženog stanovništva i otklanjanju posledica kriznih situacija;
- obim i dinamika dostavljanja i zloupotreba humanitarne pomoći.

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

Katarina Štrbac, Ph.D., Colonel
Republic of Serbia, Ministry of Defence
Institute for Strategic Research

The Role of International Humanitarian Organizations of the Western Balkans (Serbia Case)

Abstract: *The Western Balkans in the period from 1992 to 2000 and later was the site of serious armed conflicts in which there was a significant threat to human life and other human rights of the civilian population. The deployment of international humanitarian organizations in this area was significant and with somewhat different role than the example of the African continent or elsewhere. Period of the ten war years as many post-war years of their engagement was quite enough for methodologically correct examenation of their role, problems and attitudes of the "beneficiaries" of these organizations on the activities of these organizations and their synchronization with the government. Numerous problems were noted from the practice of humanitarian organizations that are potencially usefull for improvements in the future. In this paper we present only some parts of the expert group from Serbia extensive research who exactly talking about these problems. Particularly interesting are the data on the abuse of humanitarian aid as well as data that are different from those presented by some official international organizations.*

Key words*: international humanitarian organizations, refugees, displaced persons, the Western Balkans, Serbia.*

Originalni naučni rad 343.1(436)“17“(094.5)
doi:10.5937/zrpfns47-4445

Dr Ištvan Feješ, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu

CONSTITUTIO CRIMINALIS THERESIANA-CORPUS DELICTI

Sažetak: *Corpus delicti je važan institut Terezijane. Njegovo utvrđivanje je bio uslov(bar u principu) da istraga iz faze generalne inkvizicije (koja se ne vodi protiv određenog lica) pređe u fazu specijalne inkvizicije(uperene protiv određenog lica).Obaveza utvrđivanja corpus delicti je sprečavala otvaranje specijalne inkvizicije na osnovu slabih, nesigurnih dokaza .Zbog toga je corpus delicti trebao biti značajna garancija za osumnjičenog i ograničenje samovolje feudalnog suda.*

Pored odredaba opšteg karaktera(pojam,podela i sl.),Zakonik sadrži i uputstva o utvrđivanju corpus delicti u pogledu brojnih krivičnih dela.Ove odrebe imaju širi značaj, jer su u njima regulisani važni procesni instituti kao što je veštačenje,uviđaj itd. i nagoveštavaju buduću ulogu materijalnih dokaza u dokazivanju u krivičnom postupku.

Ključne reči: *Terezijana, corpus delicti*

I UVOD

1. Uvođenje inkvizitorskog postupka u kontinentalnoj Evropi

Optužni postupak zasnovan na plemenskim tradicijama i verskomagijskim elementima, nakon mnogovekovne primene u zapadnoj Evropi,u doba zrelog feudaliza XIII-XIV veka, sve više postaje smetnja društvenom razvoju. Snažni društveno-ekonomski procesi koji su doveli do renesanse (oživljavanje privrede,trgovine,rast broja stanovnika,sve veća pokretljivost ljudi i ideja , itd.) zahtevali su sve snažnije da krivična dela sistematski suzbija država i tako efikasno štiti život, imovinu i druga dobra ljudi , od sve opasnijeg i masovnijeg kriminali-

teta. To je bio neophodan uslov daljeg razvoja društva. Iz brojnih razloga,tradicionalni optužni postupak je sve manje zadovoljavao ovu potrebu . Legitimitet postupka se zasnivao na verskim paradigmama i drugim iracionalnim elementima.Oni su sve više gubili na snazi u to doba ,što je dovodilo u pitanje legitimnost celog postupka. Već samo zbog toga je bila neophodna reforma i ukidanje ovog postupka u celini. Dva osnovna načela starog postupka su bili posebno naglašen , gorući problem, jer su konkretno oni u najvećoj meri onemogućavali sistematsko i efikasno suzbijanje kriminaliteta :optužni karakter postupka i iracionalni dokazni sistem.Ova dva elementa svaki za sebe ali, naročito u svojoj ukupnosti su potpuno onemogućavali efikasnu borbu protiv sve opasnijeg i masovnijeg kriminaliteta.Postupak se vodio po tužbi oštećenog[1],koji je ili tužio ili nije, imajući u vidu svoje *sopstvene* interese, a ne zejednice .Pošto su se učinilac i oštećeni skoro uvek mogli nagoditi,do krivičnog postupka je retko dolazilo,tako da su i učinioci teških krivičnih dela ostajali nekažnjeni,što je stvaralo nezadovoljstvo ljudi i nesigurnost u pogledu života,imovine ,časti i drugih vrednosti.

Sa druge strane,iracionalni dokazni sistem(zakletva,božji sudovi,sudski dvoboj) bio je apsolutno nepogodan da se utvrdi da li je osumnjičeni stvarni krivac.A

Zbog toga je reforma krivičnog postupka bila gorući problem u tadašnjoj Evropi.Uprkos tome,zakonodavna reforma je kasnila.Nemajući kud,sudska praksa nemačkih zemalja je nagomilane probleme počela sama rešavati, prihvatanjem jednog modela postupka, koji je izgrađen u teoriji i praksi severne Italije sa osloncem na rimsko –kanonski postupak.Ovaj postupak nazvan «istražni» ili «inkvizitorski» , se pokretao po *službenoj dužnosti,* a dokazni sistem se zasnivao na *racionalnim dokazima*(iskaz okrivljenog,svedoka,isprave itd). Najznačajnija srednjevekovna krivičnopravna kodifikacija ,Karolina(1532.g.) je u suštini samo pretočila u zakonsku formu već postojeću sudsku praksu.No,bez obzira na to,ona je imala veliki uticaj na razvoj krivičnog postupka u sledeća tri stoleća.U kontinetalnoj Evropi su donošeni krivični postupnici po njenom uzoru i

[1] Objektivno gledano izbora i nije bilo.Sve do renesanse cerntralna vlast i državni aparat su bili slabi,nerazvijeni i neefikasni. Zbog toga je država htela ili ne,morala prepustiti krivični progon oštećenom i njegovom plemenu ili rodu.U doba kasnog feudalizma,naročito u apsolutističkim sistemima,državni aparat je kao bitni oslonac vlasti apsulutnog vladara, dostigao takav stepen razvijenosti,da je postao sposoban za sistematski i efikasan progon učinilaca krivičnih dela.Pored toga krivični progon u privatnim rukama je bio apsolutno nespojiv sa idejom apsolutne vlasti.Krivično pravosuđe nije moglo ostati van kontrole apsolutnog vladara.

inkvizitorski tip postupka je postao dominantan u kontinentalnoj Evropi sve do kraja XVIII veka.

Constitutio Criminalis Theresiana[2] je «*srednja generacija*» postupnika koji su doneseni po ugledu na Karolinu.CCT skoro u potpunosti eliminiše privatnu tužbu ,svodeći je na svega dva slučaja,a u svim ostalim slučajevima postupak se pokretao po *službenoj dužnosti.*

Inkvirent (istražni sudija) je pokretao postupak ako je na *bilo koji način saznao* za izvršenje krivičnog dela.To su mogle biti i razne glasine,denuncijacije i sl. Postupak se na početku vodio radi utvrđivanja da li je delo stvarno izvršeno i radi utvrđivanja okolnosti dela(inquisitio in delictum) u formi generalne inkvizicije i samo ako je sakupljeno dovoljno dokaza o izvršenom delu sažetih u formi corpus delicti ,mogla je otpočeti sledeća faza upravljena protiv konkretnog lica *(inquisitio in delinquentem)*,u formi specijalne inkvizicije.Znači,uslov prelaska postupka iz faze generalne u specijalnu inkviziciju(bar u principu) je bilo utvrđivanje corpus delicti. Glava 26. CCT je posvećena tom pitanju i nosi naslov "*Izviđanje da li je delo stvarno izvršeno ili o corpora delicti*".

Učenje o corpus delicti je bilo vrlo značajno za srednjevekovno feudalno pravo.Ono je bila prekretnica u organizovanju istrage. Doveo je do podele dotad jedinstvene istrage na generalnu i specijalnu inkviziciju.Pored velikog značaja za sam tok postupka,ove odredbe su bile vrlo značajna garancija za okrivljenog, jer nisu dopuštale da se postupak nastavi bez ozbiljnijih dokaza.Tako je sprečavao da se postupak nastavi na osnovu glasina ili nekih drugih slabih dokaza .No brojni izuzeci su znatno slabili ovu garancijalnu funkciju ovog instituta

Odredbe o corpus delicti su vrlo značajne i iz drugih razloga. Njima se regulišu brojni važni instituti krivičnog postupka,mada u nekoj nearzvijenoj embrionalnoj formi :uviđaj,ekshumacija,unutrašnja pravna pomoć, rekontrukcija, veštačenje, oduzimanje predmeta itd.One odražavaju jačanje svesti o značaju materijalnih dokaza u krivičnom postupku.U ranijim periodu oni su bili zanemareni , jer zbog nerazvijenosti nauke nije mogao biti iskorišćen njihov informacioni potencijal .Doba kada je doneta Terezijana je početak naučne, idustrijske i kulturne revolucije.Iako je Austrija bila na periferiji tih događaja ,izgleda da je zakonodavac naslućivao kakve će posledice imati naučni razvoj u odnosu na materijalne doka-

[2] Prikazan je na osnovu izdanja: CONSTITUTIO CRIMINALIS THERESIANA oder der Römisch-Kaiserl.zu Hungarn und Böheim u.u.Königl Apost. Majestaet Mariae Theresaiae Erzherzogin zu Oesterreich ,ets.ets. peinliche Gerichtsordnung . Izdavač Johan Thomas Edlen von Trattern,Wien,1769.

.U daljem tekstu citirano kao: CCT

ze i uopšte na dokazivanje u krivičnom postupku i značajnu pažnju posvećuje materijalnim dokazima.Međutim ,pošto je naučna baza i logistika još uvek bila izuzetno nerazvijena ,ove odredbe u praksi nisu imale takav značaj kakav je zakonodavac deklarisao.U praksi su i dalje dominirali lični dokazi,naročito priznanje okrivljenog i zakonodavac daje skoro slobodne ruke sudu da do toga dođe.

2. Uticaj učenja o corpus delicti na dokazivanje krivičnih dela u srednjevekovnom krivičnom procesnom pravu

Institut corpus delicti je u suštini bio ustupak pritisku sve snažnije građanske klase u pravcu zaštite okrivljenog.Njime je trebalo ograničiti samovolju feudalnog suda u pogledu mogućnosti vođenja postupka protiv određenih lica i ograničenja njihovih prava.Institut corpus delicti je postavljao uslove za dalje vođenje postupka i drastičnog ograničenja prava pojedinaca.Međutim ,zbog brojnih izuzetaka od obaveze utvrđivanja corpus delicti ,ova zaštita je samo deklarativna.

Sve do XVII veka , istraga (inquisitio) je na osnovu Karoline bila jedinstvena .U to doba se počela deliti na generalnu i specijalnu inkviziciju.U osnovi je bila ideja o podeli bića krivičnog dela na objektivne i subjektivne elemente.Objektivni elementi bi se utvrđivali u toku generalne, a subjektivnu toku specijalne ikvizicije.Zbir saznanja i dokaza objektivnog karaktera prikupljenih u toku generalne inkvizicije(koji se još ne vodi protiv određenog lica) formira corpus delicti .On je trebao automatski ukazati na ličnost učinioca . Nakon toga bi se postupak nastavio istragom uperenom protiv određenog lica u formi specijalne inkvizicije.

Corpus delicti je značajan institut fudalnog krivičnog postupka i skladu sa drugim institutima feudalnog procesnog prava doveo je do sledeće konstrukcije dokaznog postupka:

1.stvaranje uverenja na osnovu tragova i predmeta o tome da je delo stvarno izvršeno

2.iz činjenice da je delo izvršeno i njenih okolnosti se izvodi zaključak o ličnosti učinioca.

Treba međutim napomenuti da su svi postupnici sa kraja XVIII .veka obavezno sprovođenje generalne inkvizicije propisivali samo u odnosu na *poštene ljude*[3].Lica na lošem glasu,lutalice,kažnjavana lica i siromašni su mogli biti uvučeni u fazu specijalne inkvizicije i *bez stvarnog utvrđi-*

[3] O tome videti zakonsku odredbu CCT na str.197 pod C/1

vanja corpus delicti i povrgnuti raznim merama i ograničenjima vezanim za tu fazu postupka.

U takvim slučajevima šema dokazivanja postaje obrnuta.:

1.okolnosti vezane za ličnost osumnjičenog su smatrane utvrđenim (kažnjavan,na lošem glasu,lutalica ,siromah itd.) i na osnovu toga

2. zaključuje se da je on učinilac.

Feudalno procesno pravo je detaljno propisivalo dužnosti sudije u pogledu utvrđivanja corpus delicti koji se mogu sumirati na sledeći način:

1.ako je iza izvršenog dela ostalo tragova ili predmeta,istraga treba da počne na licu mesta,

2.slanje veštaka na lice mesta,

3.regulisanje formalne(zakletva) i materijalne strane veštačenja(nabrajanje zadataka najčešće korišćenih veštaka),

4.zapisničko fiksiranje aktivnosti na licu mesta .

Feudalni zakonici su pored propisivanja opštih pravila,detaljnije regulisali mere koje je sud bio dužan preduzeti u pogledu načešćih krivičnih dela koja ostavljaju tragove.Posebna pažnja je posvećivana

-ubistvu

-trovanju

-krađi i razbojništvu.

Specijalna inkvizicija je bila usmerena protiv već poznatog osumnjičenog i bila je detaljno razrađena u teoriji i zakonodavstvu krivičnog postupka XVIII veka.Bio je predviđen sledeći redosled radnji:

1.Pouzdano utvrđivanje identiteta osumnjičenog

2.Pregled i pretresanje tela,odeće i stana osumnjičenog

3.Sumarno saslušanje okrivljenog

4.Detaljno saslušanje okrivljenog po optužnim tačkama.

Učenje i zakonska regulativa corpus delicti i podele istrage na dva dela u XVIII veku je bila izrazito dinamično .Napori su bili usmereni na izgradnju i jačanju kvalitativnih razlika između generalne i specijalne inkvizicije[4].Uprkos tim nastojanjima ,podela istrage na dva dela je napuštena u XIX veku.

CCT se je bio dostojan reprezentant ovih tendencija.O tome videti dalje. U izlaganjima koje slede držaćemo se redosleda izlaganja zakonske materije Zakonika,bez obzira što ono često ne odgovara savremenim standardima.

Prvo lice jednine u tekstu, odnosi se na zakonodavca ,caricu Mariju Tereziju.

---

[4] O tome više:Katona,G.:Bizonyitási eszközök a XVIII és XIX században,Budapest,1977.str.63-64.

II. ODREBE TEREZIJANE O CORPUS DELICTI

A. „OPŠTI DEO"

Prvih 8 pragrafa 26. glave, bave se nekim opštim pitanjima corpus delicti ,i čine neku vrstu "opšteg dela" .

1. Pojam corpus delicti [5]

Danas pojam corpus delicti označava razne telesne stvari-predmete koji služe kao dokaz o izvršenom krivičnom delu ili krivici određenog lica.Najčešće su u pitanju sredstva izvršenja ili predmet na kojem je izvršeno krivično delo, ali to može biti i svaki drugi predmet koji dokazuje postojanje krivičnog dela ili učešće nekog lica u tom delu.Prema tome, svi predmeti koji predstavljaju tragove krivičnog dela.U ovom smislu se ovaj izraz koristi u kriminalistici i krivičnom procesnom pravu.U materijalnom krivičnom pravu pod corpus delicti podrazumeva se ukupnost svih elemenata jednog krivičnog dela,koje se u teoriji označava terminom "*biće krivičnog dela*"[6] .

Prema CCT ,pod pojmom corpus delicti " *podrazumeva se dokaz i prijava o izvršenom krivičnom delu* [7] *"*.Dalje odredbe nastoje ovo precizirati .

2. Podela corpus delicti

Podela corpus delicti je značajna smernica u tom pogledu.Naime po CCT , corpus delicti može imati *formalni* ili *materijalni* oblik.Prvim se označava «*uverenje u pravnom smislu o izvesnosti ili stvarnosti izvršenog nedela*" . A u drugom smislu ona znači zbir tragova,sredstva i sporednh okolnosti tj.objektivnih okolnosti na kojima se može zasnovati zaključak o verovatnom, stvarno izvršenom delu.Formalni corpus delicti je imao izvesne zajedničke crte sa glosatorskim pojmom "veritas delicti " i označavao izvesnost u pogledu činjenice da je delo izvršeno.

Zbog toga ,sledi dalje objašnjenje ,utvrđivanje corpus delicti "*nije ništa drugo,do uredno sudsko istraživanje izvršenog nedela*[8]."

---

[5] CCT art.26.par.1.

[6] Pravni leksikon,Beograd ,1970 ,str.134.,isto tako i Pravna enciklopedija ,Beograd,1985.str.187

[7] "Durch da corpus delicti versteht sich Beweis und Anzeige einer begangenen Missthat. "

3. Pravni značaj corpus delicti

Nakon pojmovnog određivanja i podele corpus delicti ,CCT deklariše važnu procesnu ulogu corpus delicti . Njegovo utvrđivanje je u "*svim slučajevima zločinstva tim pre neophodno, jer bez otkrivanja i izvesnosti o delu sud ne može preći ni na specijalnu inkviziciju, a još manje izreći samu osudu"* . Zbog toga, je po CCT , corpus delicti "*osnova za dalje postupanje u svim krivičnim stvarima*".Tj. formiranje corpus delicti je procesni uslov nastavka istrage protiv konkretno određenog lica u formi specijalne inkvizicije.Odvajanje generalne i specijalne inkvizicije je bilo u čvrstoj vezi sa učenjem o corpus delicti .Institut koji su glosatori označavalikao"veritas delicti" je poznavao već i Praxis Criminalis, jedna od prethodnica CCT, ali je još pribrojavao specijalnoj inkviziciji i taj deo postupka nazivao "*postupkom stvaranja uverenja o istinitosti* corpus delicti "[9] .Kasniji razvoj je doveo do stava , da je utvrđivanje corpus delicti zadatak generalne inkvizicije. Dakle, bez utvrđivanje corpus delicti bar u principu, iz faze generalne inkvizicije, koja se ne vodi protiv konkretnog lica,već se vodi zbog dela(in delicto),a radi pronalaska osumnjičenog, postupak *ne može teći dalje i* preći u fazu specijalne inkvizicije koja se vodi protiv određenog lica.

Ovo je veoma značajno za položaj okrivljenog.Bila je garancija da se postupak protiv njega ne može nastaviti na osnovu nekih slabih indicija(glasina i sl.).Međutim brojni izuzeci od obaveze utvrđivanja corpus delicti znatno slabe upravo ovaj garancijalni aspekt.

Krajem XVIII .veka obim i značaj corpus delicti kao pravnog instituta se smanjuje prodorom pozitivističkog shvatanja dokaza i dokazivanja.

4. Hitnost utvrđivanja corpus delicti

Iz gore rečenog sledi da je primarni zadatak suda, da nakon saznanja za krivično delo, što pre utvrdi corpus delicti .Prema CCT "*neophodno je pre svega steći saznanje da li je delo izvršeno saglasno krivičnoj prijavi.Zato je svaki krvni sud(Blutgericht),na čijoj je teritoriji izvršeno jedno ili više krivičnih dela,dužan odmah, pre daljih istraživanja , bez obzira na to da li se učinilac sam prijavio i sve sam dobrovoljno priznao, istražiti* corpus delicti *, i to:pribaviti određene obavesti da li je delo stvarno izvršeno,naime, da li je taj i taj u to vreme na tom mestu ubijen i na koji način? Da li je nekom nestao novac,stoka i slično."*[10]

[8] Isto , par 2.
[9] Praxis Criminalis, Art XXII. par.3.
[10] Isto,par.3.

Ako je delo učinjeno izvan teritorije suda ,on mora bez odlaganja obavestiti mesne vlasti da bi oni istražili delo sa svim okolnostima.[11]

5. Raznolikost corpus delicti

Na utvrđivanje corpus delicti odlučujući uticaj ima da li je u pitanju delo koje ostavlja uočljive telesna obeležja(delicti facti permanentis) ili ne(delicti facti transeuntis).

Zakonodavac upozorava sud ,da su krivična dela raznovrsna, pa se " corpus delicti *ne može utvrđivati na isti način kod svih krivičnih dela.Sud treba da ima vidu,da li se radi o takvom krivičnom del,u nakon čijeg su izvršenja ostala telesna obeležja,koje se mogu čulom vida opaziti, kao što su ubistvo,krađa,paljevina ili slično,ili o takvom delu čije izvršenje nije rezultiralo telesnim odnosno vidljivim obeležjima, kao što su bogohuljenje,i sl.*"[12]

Formalni corpus delicti se morao utvrditi u oba slučaja ,razlika je bila u dokaznim sredstvim. "Materijalni corpus delicti " su bili važni za krivična dela za kojim ostaju" telesna obeležja".Corpus delicti na osnovu tragova i predmeta prošlog događaja je utvrđivan na osnovu zaključaka po pravilima formalne logike.[13]

6. Obaveza izlaska na lice mesta i preduzimanje pregleda, očevida i uviđaja

U slučaju kada izvršeno krivično delo ostavlja za sobom "*telesna obeležja*", sud je "*dužan da hitno inicira i preduzme pregled i očevid [14] i da zbog toga pošalje zaklete sudske osobe na to mesto(*gde se nalaze-F.I.*) sa nalogom, da nad postojećim obeležjem,telom,sredstvom, preduzmu uviđaj i da tačno istraže sve okolnosti i prilike i sva svoja opažanja unesu u zapisnik koji se vodi o tim radnjama".*[15] Predviđa se dakle obaveza suda da u slučaju kada postoje neki materijalni tragovi i predmeti krivičnog dela preduzme pregled i uviđaj na licu mesta i da o tome sastavi zapisnik.

7. Izuzetak od neophodnosti corpus delicti za dalji postupak

Predviđeno je ,kako treba postupiti ako bi neki "*telesni znaci bili izgubljeni,skriveni,uništeni i zato sudski uviđaj više nad njima ne bi mogao*

[11] Isto,par.4.
[12] Isto, par.5.
[13] CCT Art.27. par.2.
[14] Nije objašnjeno da li ima i kakva je razlika između pregleda,očevida i uviđaja.
[15] Isto, par.6.

biti izvršen" .Tada je *" dovoljno , o nekad postojećim obeležjima saslušati dva , ili ako ih nema, dovoljno je saslušati jednog zakletog i dobronamernog svedoka o njima, uzeti detaljan iskaz i to koristiti umesto* corpus delicti *za preduzimanje ili nastavljanje specijalne inkvizicije"*. [16]Znači,kada nije moguće preduzeti uviđaj ,jer tragova i predmeta više nema, corpus delicti se zapravo i ne utvrđuje , već je dovoljan i iskaz dva ili pak samo jednog"*zakletog i dobronamernog*" svedoka o njima, koji tada *zamenjuje* corpus delicti i postupak se može nastaviti .

8. Postupak u slučaju nepostojanja „telesnih znakova"

U slučajevima ,kada "*izvršeno delo nije ostavilo za sobom "telesne znake", o delu se ne zahteva više saznanja,nego što su nagađanja i usmene prijave,na osnovu kojih jedan razuman i častan čovek može izvući mudar zaključak da u datom slučaju nije postupljeno ispravno"*.To znači da u slučaju strogo kažnjivih krivičnih dela, gde po pravilu nema materijalnih tragova (npr.bogohuljenje i sl.) za vođenje postupka su dovoljne razne glasine i nagađanja.

CCT dalje daje instrukcije sudu ,kako da postupi u pogledu "*dela koja su izvršena u tajnosti , koja se ne mogu istražiti sticanjem saznanjao njima, niti putem saslušanja svedoka o njihovom neposrednom viđenju ili opažanju putem sluha , i niti pomoću drugih ,verovatnih okolnosti".S*ud je i tada obavezan ,da "*prijave ,pismene isprave ili saznanja istraži saglasno propisima i ako ima raspoloživih svedoka*[17]*, da ih temeljno sasluša"*.[18]

B. „POSEBNI DEO"

Drugi deo ove glave reguliše postupanje sudova u odnosu na corpus delicti , u pogledu "*zlodela koja se češće vrše*" tj.u pitanju je "posebni deo" odredaba o corpus delicti.»*Pošto krvni sudovi dobijaju ,jasnu dužnost da utvrde okolnosti vezane za* corpus delicti *i da putem toga okolnosti izvršenog zlodela pravno uobličeno istraže,tokom daljeg teksta biće izložena pravila za postupanje povodom zlodela koja se češće vrše,i to prvo za ona koja ostavljaju vidljive znake za sobom, a potom i za takva gde ovakvi znaci nedostaju*».[19]

[16] Isto, par.7.
[17] Verovatno se misli na svedoke koji nisu očevici.
[18] Isto,par. 8.
[19] Isto, par.9.

Dalji tekst Zakonika propisuje konkretne obaveze suda u pogledu utvrđivanja corpus delicti , odnosu na krivična dela koja su češća u praksi.Treba dodati, da su kod *svakog* propisanog krivičnog dela, u posebnom delu Zakonika, propisana *posebna uputstva* o postupanju u vezi tog krivičnog dela.

I. Krvična dela koja ostvaljaju „vidljiva obeležja"

CCT se prvo bavi krivičnim delima koji "*ostavljaju vidljiva obeležja,zatim u pogedu onih koja ne ostavljaju vidljiva obeležja*".[20] U odredbama koje slede CCT zapravo propisuje i uređuje posebne slučajeve veštačenja,obdukcije,ekshumaciju i druge važne institute postupka.

1. Ubistvo

CCT se bavi najviše ovim krivičnim delom u pogledu regulisanja corpus delicti .Obimnost je razumljiva zbog značaja dela,pored toga uz ovo krivično delo su propisane i odredbe o veštacima,obdukciji,ekshumaciji i sl.

1.1.Obavezno određivanje veštačenja ,broj veštaka ,predmet veštačenja i sadržaj izveštaja

Ako je izvršeno ubistvo,zakonik propisuje, da je sud obavezan angažovati *dva "lekara* za telo" ,ili jednog za "*rane*" drugog "*za telo*" ili *jednog* lekara i *berberina* .Oni treba da izvrše pregled i obdukciju leša a sudski pisari da sve beleže u zapisnik .Pored toga , lekari(i berberin!)treba da podnesu pismeni izveštaj koji se unosi u zapisnik.Propisano je šta sve treba da sadrži izveštaj:

"*U slučaju ubistva, kada je posle izvršenog dela pored tela ostalo i sredstvo u vidu* corpus delicti *,sud je pre svega dužan :uputiti potrebno sudsko osoblje sa zapisničarima zajedno sa dva lekara za telo ili jednog lekara za telo i jednog lekara za rane ili dva lekara za rane ili u nedostatku dva,bar jednog iskusnog lekara za rane ili berberina*[21] *na mesto gde se ranjeno lice ili lice u nesvesti nalazi*".Oni tamo potom "*treba da pregledaju ranjeno ili ubijeno lice,utvrde rane,udarce i osobine udara i oštećenja*". Ako je povređeni već mrtav izvršiće obdukciju"*otvoriće telo i nepristrasno utvrditi mesto povreda, njihovu dubinu i širinu i opisaće i druge osobine povrede . Prisutno sudsko osoblje to*

[20] Isto,par.9.

[21] U nedostatku obrazovanih lekara, berberi su pružali medicinske usluge (zašivali i previjali rane,vadili zube itd.).

sve treba verno da prenese u zapisnik " U zapisnik treba prepisati i priložiti " *pismeni nalaz lekara za telo i rane i berberina sa prilozima o tome da li je i zbog kojih razloga rana bila ili nije bila svakako smrtonosna.U slučaju da se lekari ne mogu saglasiti u pogledu uzroka smrti i u slučaju druge sumnje,mora se angažovati medicinski fakultet radi davanja stručnog mišljenja*".[22]

Posle obrade leša odnosno povređenog,veštaci treba da se usredsrede na sredstvo izvršenja:"*U daljem toku uviđaja zbog ubistva ili nanošenja telesnih povreda treba utvrditi čime je povreda naneta.Ako je to bio hitac(iz vatrenog oružja –I.F.),tada sudsko osoblje treba da utvrdi ne samo daljinu pucanja već i osobine hitca.Ako je sredstvo mač,sablja, kama,nož ili nešto drugo,sa čime se povreda može naneti,treba ispitati da li je baš tim sredstvom naneta povreda.Nakon toga nalaz opisati.Na kraju, ako je sredstvo bilo kamen,motka,drvo,šipka i slično, njihove osobine treba uporediti sa ranom".*Zatim CCT postavlja pitanje[23]:"*Šta ako sredstvo kojem je izvršeno delo nije na raspolaganju i pojavi se sumnja da li je(pretpostavljeno sredstvo-I.F.) podobno da prouzrokuje smrt?* " Zakonik propisuje ,da takvom slučaju treba tragati za svedokom i*" ,ukoliko se nađe dobronameran svedok koji će opisati sredstvo kao takvo i takvo,na osnovu opisa treba napraviti približno slično sredstvo i ako se svedok zakune da je napravljeno sredstvo slično stvarnom ali izgubljenom sredstvu,njemu treba pokloniti punu veru".*[24]

CCT daje važna uputva za postupanje u slučajevima nasilnog lišenja života ,kojima se ublažava obaveznost uviđaja.Naime " *u evidentnim,očiglednim slučajevima,gde je saznanje o nedelu jasno,pregled nije neophodan,"*ali da razne okolnosti ne bi ostale nezapažene, ipak se može preduzeti.

Drugo,ako je" *neko na prikriven način ubijen i bačen u vodu,ili je telo spaljeno, ili na drugi način potpuno uništeno,pa je uviđaj nemoguć, tada je za* corpus delicti *dovoljno,da je lice nestalo i da je sumnjivi učinilac opterećen jakom sumnjom nečasnog ponašanja*," Dakle, kad se corpus delicti ne može formirati uviđajem,dovoljno je da se pronađe neki "sumnjivi element" :ranije osuđivano,lice na lošem glasu i sl. ili da je na to lice ukazivano kao učinioca u nekom drugom slučaju ubistva ,pa da se oformi corpus delicti .

[22] Isto,par.10.

[23] Danas je sasvim neubičajena zakonodavna tehnika izlaganje zakonske materije u formi pitanja i odgovora.

[24] Isto,par.11.

1.2. Postupak sa nepoznatim lešom

U ovom paragrafu je propisan i postupak sa nepoznatim lešom:

"*Ako se nađe leš,bez da se zna da li se sam ubio ili je to učinilo drugo lice,ili je prirodna smrt u pitanju,tada se uviđaj mora preduzeti,ponajpre ako su ostali tragovi nasilnog lišenja života*."

Za rešavanje slučajeva nasilne smrti osnovni je uslov identifikacija žrtve.CCT propisuje postupak za identifikaciju u slučaju da je leš nepoznat:"*Ako je leš nepoznat,treba ga izložiti na nekoliko dana na nekom javnom mestu i tako dobro istražiti sve okolnosti vezane ze pokojnog, naročito one u kojima se našao kratko pre pronalaska* [25].

1.3. Posebna pravila za postupanje u slučaju sumnje na trovanje.

Predviđena su posebna pravila postupanja suda za u slučaj sumnje na trovanje."*Ako je neko otrovom ubijen ili mu je zdravlje narušeno,sudsko osoblje i lekari u rasvetljavanju dela moraju obratiti pažnju naročito na znake trovanja ,da li je pokojnik naduven,plav i sl.,istom brigom moraju otkriti i istražiti:na šta se ubijeni žalio, da li je bio slomljen?Kome ili čemu koristi njegova smrt,kako se ponašao pre smrti, i kakvi tragovi unutrašnjeg ili spoljnog trovanja su ostali.Gde i koliko otrova je pronađeno,kakve je jačine otrov i kakve osobine ima ? O svemu tome treba saslušati svedoke koji imaju stručna znanja o njima*[26]*"*

CCT je propisao da pronađene sumnjive supstance *" radi probe, treba dati životinji kao što je pas ili mačka, da bi se moglo utvrditi kako deluje,a preostali deo nakon toga priložiti aktima istrage."*[27]

1.4. Posebna pravila za čedomorstvo

Ako se javi sumnja na čedomorstvo, Zakonik obavezuje sud na sledeće: «*pored gore navedenih okolnosti, kod mrtvog deteta treba uzeti u obzir, da li je došao na svet na vreme,u prirodnom stanju sa noktima na rukama i nogama i kosićem na glavi i u inače uobičajenom obliku,da li se opažaju znaci nasilja, posebno na grudima,vratu i na glavi?Kako izgleda pupčana vrpca; da li je pripojena,odsečena, isčupana i sl.Ako se ne raspolaže sa mrtvim telašcem ili ako dovoljno sumnjiva osoba nije voljna priznati roditeljstvo,sud je obavezan da naredi da tajni deo tela sumnjive ženu pregledaju zakleta,poštena i stručna babi-*

[25] Isto,par 12.

[26] Tj. veštake.Međutim, treba imati u vidu da ni oni nisu mogli odgovoriti na najveći broj pitanja,jer do razvoja toksikologije dolazi tek u drugoj polovini XIX veka.

[27] Isto,par.13.

ca ili starija žena(«matrona»),da bi utvrdili da li su vidljivi nesumnjivi znaci skorašnjeg porođaja. [28]

1.5. Opšta pravila veštačenja kod ubistva

Posle ovakvog egzemplarnog nabrajanja ,CCT propisuje neka *opšta pravila* koja se odnose na veštake u slučajevima lišenje života gde je glavno dokazno sredsvo uviđaj ,a koji treba da obezbede objektivnost veštaka i navodi:»*Inače, u slučajevima lišenja života,u kojima se istraživanje dela i okolnosti svodi uglavnom na uviđaj,treba poštovati sledeća pravila.*[29]

*Lekari koji će izvršiti pregled ,čije se stručno mišljenje prilikom izricanja presude najčeće uzima u obzir,treba da budu uvek razumni i zakleti za krivične slučajeve,dakle, ako prethodno nisu zakleti za krivične stvari od strane državnih organa,treba da polože zakletvu pred krvnim sudom ili izaslanom komisijom,da će u datom predmetu prema svom najboljem znanju i savesti verno i bez primisli ispuniti dužnos*t».[30]

U daljem tekstu još jednom se naglašava dužnost suda da postupa u skladu sa odredbama Zakonika: »*U predmetima ubistva,trovanja ili čedomorstva u kojima treba preduzeti pregled za koje je naš sadašnji zakon propisao opšte pravne smernice,i krvni sud treba najstrožije da se drži instrukcija iz par 2.*»

Zakonodavac posle propisivanje obaveza suda , obavezuje i veštaka, na nešto što je i danas veoma aktuelno:

» *Pored toga želja nam je* [31]

Da i gore pomenut lekar ,koji će biti određen za izvršenje pregleda, kao i medicinski fakultet u posebnim slučajevima ,u svim predmetima , kada se od njih traži stručno mišljenje, budu dužni da izlože svoje mišljenje,sa navođenjem uzroka (onog što veštače-I.F.) , jasno ,dobro obrazloženo, i verno,bez korišćenja nejasnih ili sumnjivih izraza,i da u potpunosti bude otklonjena iritirajuća i loše shvaćena samilost i bez osvrtanja na to, kakvu kaznu može očekivati inkvizit[32] *i ako bi o konretnom slučaju bili dva puta pitani,nikad da ne izmene svoje prethodno mišljenje , bez da navedu dobre razloge za izmenu i odstupanje od ra-*

[28] Isto, par.14.
[29] Isto,par.15.
[30] Isto,par.16.
[31] Isto,par.17.
[32] Izgleda da su veštaci zbog neljudski telesnih i smrtnih kazni nevoljko sarađivali sa sudom. Verovatno je sličan problem postojao u pogledu obezbeđenja saradnje sveštenika.O tome videti i fusn.39. i 51.

nijeg nalaza».[33] Tj.u svom kitnjastom stilu zakonodavac traži od veštaka da svoje mišljenje iznesu jasno,obrazloženo i da na njih ne sme uticati ,kakva kazna preti optuženom.Ujedno obavezuje veštake da navedu razloge ako izmene svoje mišljenje.

1.6. Zabrana sahranjivanja leša dok se ne obavi pregled.

Radi sprečavanja izigravanja raznih obaveza propisanih ovim odredbama,zakonik strogo naređuje da se u slučaju sumnjive smrti,leš ne sme sahraniti dok se ne izvrši pregled:» *....da niko pod teretom teške odgovornosti ne sahrani pokojnika koji je iznenada umro,ili koji je nasilno lišen života,ili postoji samo sumnja u pogledu toga,niti dozvoli sahranu leša,pre nego što krvni sud ,na osnovu prijave takvog slučaja, ne sprovede pregled ili uviđaj i ne izda dozvolu za pogreb*».

No strogi propis se odmah i ublažava, zbog mogućih objektivnih teškoća koje otežavaju ili onemogućavaju njegovo sprovođenja*:» Ako je sud udaljen od leša, a prema okolnostima se ne može čekati na dozvolu, takav slučaj se može prijaviti i kod mesnog organa vlasti, da on preduzme pregled i izda saglasnost za sahranu. On je ujedno obavezan da u svakom slučaju, kad nađe sumnjive okolnosti , izvešaj o pregledu, kao i ostala saznanja odmah dostavi krvnom sudu radi daljeg postupka*».[34]

1.7. Ekshumacija

Može se javiti potreba da se pregleda već sahranjeni leš,i da je zbog toga neophodna ekshumacija.Ekshumaciju Zakonik uslovljava ocenom suda ,da je takva radnja neophodna i da je objektivno još moguće izvršiti pregled:

«*Ako krivični sudija oceni da je pregled već sahranjenog leša neophodan, i ako leš nije previše dugo pokopan i nije se raspao,radi uviđaja ga treba otkopati(...)obaviti pregled i leš ponovo zakopati u grob*».[35]

Ovi detaljni propisi ukazuju da zakonodavac pridaje daleko veći značaj materijalnim dokazima u odnosu na prethodni istorijski period . I dalje su dominanatna lična dokazna sredstva(«confessio est regina probationem»),ali se već nagoveštava sve veći značaj materijalnih dokaza u buduće .To je posledica revolucionarnog razvitka nauke i tehnike koja nije

[33] Isto,par. 18.
[34] Isto,par.19.
[35] Isto,par.20.

mimoišla ni Austriju.Nova naučna saznanja su omogućavala neviđene napredak na polju dokazivanja.

Sa druge strane,ove odredbe su ostale najverovanije na nivou želja ,deklaracije ili kao programski cilj zakonodavca,jer je na terenu u potpunosti nedostajala logistika nephohodna za njihovo sprovođenje u život.

2. Falsifikovanje novca

Posle ubistva,Zakonik se bavi falsifikovanjem novca.Ono je uvek bilo opasno krivično delo,ali intenziviranjem robnog prometa i novčanog saobraćaja, je još više dobilo na značaju,zbog opasnosti za privrede u razvoju. Zato je razumljivo,da se Zakonik falsifikovanjem bavi odmah posle ubistva.

Zakonik ovde propisuje samo postupak sa novčanicama sumnjivog porekla i sredstvima za falsifikovanje:»*Ako se pronađe falsifikovan novac, falsifikate treba proslediti u naše urede za novčanice ili dati na ispitivanje ispitivaču novčanice i zemaljskom ispitivaču i od istih zahtevati obavešenje ili prijavu pod položenom zakletvom ili već prethodno položenom zakletvom.Takođe treba ,ako je je falsifikovanje stvarno izvršeno,oduzeti falsifikovani novac od oštećenih lica,kao i pronađene alate,pečate,klišee ,novčanice i sl. i priključiti aktima istrage*.[36]U delu Zakonika u kome su propisana pojedina krivična dela,i uz ovo krivično delo su propisana pitanja na koja sud mora naći odgovor.

3. Krađa i razbojništvo

3.1. Način utvrđivanja corpus delicti

Zakonik smatra da se corpus delicti kod ovih dela najčešće utvrđuje iskazom oštećenog ili drugih lica, pa nije neophodan uviđaj, izuzev u nekim slučajvima:

«*ako bi se radilo o izvršenoj krađi,razbojništvu,provali ili nanošenju štete,u takvom slučaju* corpus delicti *se utvrđuje putem iskaza opljačkanog ili pokradenog lica,ili lica koja imaju dobra saznanja o tome ,datog pod zakletvom,i zbog toga nije neophodno izaći, na lice mesta i nad istim izvršiti uviđaj,izuzev, ako je delo potpuno sveže,mesto je pri ruci, a delo je tako izvršeno, da se na osnovu njega može utvrditi intenzitet prinudne radnje i opasnost krađe*».[37]

[36] Isto,par.21.
[37] Isto,par.22.

3.2. Postupak sa predmetima učinioca nađenih na licu mesta

Ako se na licu mesta nađu predmeti koje je izvršilac ostavio, propisan je postupak sa njima» *u slučaju da je razbojnik,kradljivac ostavio na mestu izvršenja sredstva za izvršenje krađe,oružje ili neki drugi svoj predmet,njih treba dopremiti u ruke vlasti koji će ih pregledati i opisati,pa ako lopov prizna za te stvari da su njegove,bio tim sigurniji u pogledu istinitosti njegovog priznanja»*[38].

3.3.Postupak sa predmetima sumnjivog porekla i namene pronađene kod osumnjičenog

Propisan je postupak ako se kod osumnjičenog nađu neki predmeti povezani sa krivičnim delom*:»Ako bi se kod osumnjičenog pronašala ukradena imovina, lažni ključevi,čekić,klešta za lomljenje brava i slična sredstva za provaljivanje,a ne može dokazati da su pronađena sredstva kod njega dospela po zakonitoj osnovi*[39]*»,*oni će se oduzeti.

3.4. Posebna pravila za sredstva za falsifikovanje

Na ovom mestu se propisuje i postupak sa pronađenim sredstvima za falsifikovanje:»*U slučaju da je izvršeno delo falsifikovanja ,ako se pronađu falsifikovan pečat, pismo,vaga,teg i slični predmeti za koje je verovatno da ih je učinilac koristio ,i oni će se slično pronađenim instrumentima i predmetima, oduzeti za* corpus delicti *i priključiiti aktima istrage».*[40]

3.5. Utvrđivanje štete nastale krivičnim delom

Zakonik se puno bavi pitanjem utvrđivanja štete nastale krivičnim delom.Propisuje između ostalog da je oštećeni dužan dati izjavu pod zakltevom o visini štete i da niko nije oslobođen svedočenja o visini štete,čak ni duhovna lica.

«*Onaj kome se desila šteta sam,ili umesto njega, drugo blisko lice koje ima dobra saznanja o šteti, obavezan je uvek dati neophodna obaveštenja i obavezan je o šteti njenoj vrednosti i vrsti i načinu nanošenja dati iskaz sudu, pa i da položi zakletvu.Od iskaza o šteti pod zakletvom,u slučaju inače sprovedenog dokazivanja, niko nije oslobođen,već se primerenom prinudom uvek može prinuditi na to,a takođe obavezati na naknandu sudskih troškova koji su nastali njegovim odbijanjem i prema okolnostima sud*

[38] Isto,par.22.
[39] Isto,par.22.
[40] Isto,par.23.

*treba da nas obavesti o takvom ometanju pravosuđa.*U slučaju da «*u nedostatku iskaza drugih lica o tome da je delo stvarno izvršeno , kao i o okolnostima dela , broju i osobinama oduzetih sredstava i drugih predmeta ili stvarnoj vrednosti načinjene štete, treba saslušati duhovno lice, za taj slučaj mi milostivo propisujemo ,da radi iskorenjivanja zla i pomaganju opšteg blagostanja , svetovna vlast na osnovu tog iskaza duhovnika treba da utvrdi istinu, (bez obzira na uzrok i posledicu:kakavu kaznu treba izreći), a(duhovna lica –I.F.) traženu informaciju ili svedočenje ,dužni su dati pismeno*[41] *i u celosti izneti bez obzira na njihov stav protiv telesne ili smrtne kazne uz svešteničku čast i veru*[42]*.Duhovni sud,prema njegovoj mesnoj nadležnosti,na zahtev(krivičnog suda-I.F.) treba da potvrdi takvu ispravu izdatu pod verom duhovnog lica i u svakom slučaju da se duhovne vlasti ne protive ,ako stigne zahtev,da o poslatim pitanjima uzmu iskaz od duhovnih lica.*[43]

3.6. Tekst zakletve kod utvrđivanja vrste i visine štete

Propisan je tekst zakletve koju polažu svetovna lica ,kod davanja iskaza o vrsti i visini štete.»*Zakletva koju polažu svetovna lica treba da ima sledeću bitnu sadržinu: da mi je N dana N ove godine ,oko N sati,na takav i takav način provalio,primenio nasilje ,prevaru i sl.usput na otvorenoj ulici i td.,nastala je je N povreda ili šteta,ukraden,oduzet itd je sledeći predmet ,čiju vrednost prema mom najboljem znanju pod zakletvom mogu da procenim na iznos od N,podrazumeva se naravno, da jedan Jevrejin ili lice koje ne pripada katoličkoj veri,polaže zakletvu na način uobičajen u zemlji gde žive njegovi savernici, kao što se samo po sebi razume, da duhovna lica umesto zakletve pisanu izjavu ili sudski iskaz daju pod svešteničkom čašću i verom i potvrđuju sve što sadrži gore iznesena formular zakletve ili inače je potrebno za istraživanje dela sa svim okolnostima,i dužni su izneti u celosti istinu*[44].

«Takve iskaze i zakletve po pravilu uzima krvni sud,koji sprovodi kriminalne radnje,ali ako bi lica koja mogu pružiti saznanja ,bila podvrgnuta vlasti drugog suda, njih uzima taj sud.I ako bi lice koje bi trebalo da dođe radi saslušanja i zaklinjanja bilo nepodobno ili ako bi postojao neki drugi pravno značajni uzrok, zbog koga ne može doći pred sud,tada sud treba da

---

[41] Iz ove odredbe sledi da su duhovna lica po pravilu davala iskaz u pismenom obliku.

[42]Izgleda da je ova odredba bila neophodna jer su duhovna lica izbegava saradnju sa sudom zbog surovih kazni koje su izricali sudovi .

[43] Isto,par.24.

[44] Isto,par.25.

pošalje 2 lica koja će zajedno sa sudskim zapisničarem ili službenim pisarem uzeti od tog lica zahtevani iskaz pod zakletvom»[45]

3.7. Korišćenje veštaka za utvrđivanju štete

Iako je ranije proklamovano,da se šteta utvrđuje prevashodno na osnovu iskaza oštećenog,ipak Zakonik propisuje ,da se moraju koristiti i «stručni ljudi» za procenu štete:

«Dakle,nakon što je putem iskaza pod zakletvom utvrđen stvarni iznos štete,dužnost je suda u takvim i svim drugim prilikama,gde je za instruiranja istrage potrebno nešto pregledati, poslati odgovarajući sudsko osoblje radi pregleda i procene nastale štete.Ali da bi se takav očevid što temeljitije sproveo,sud uvek treba da odredi

da to obave lica koja po svojoj profesiji stručna za predmet i njegovu vrednost,ako su ti ljudi stručni ljudi,koji su zbog svoje profesije već zakleti pred sudom,ne treba ponovo da polažu zakletvu,već je dovoljno ,da svoj nalaz potvrde sa pozivom na zakletvu.Ako to ne bi mogli,postavljena lice su dužna da svoj utvrđeni nalaz,procenu ili očevid potvrde davanjem zakletve. [46]

3.8. Obaveza krvnog suda da sve materijale priloži spisima

Krvni sud *,» je obavezan priložiti spisima ne samo sve prijave ,spise,i isprave koje pripadaju istrazi nego i* corpora delicti *materialia ,pošto su ovi zadnji uvek podložni uviđaju, radi donošnja osnovane presude koja sledi.Ako se spisi šalju Višem sudu,ili nama , naročito u takvim slučajevima,gde je osmatranje instrumenata,šema itd, nužno za donošenje pravilne odluke o većem ili manjem stepenu zle volje ,manjem ili većem stepenu društvene štetnosti,sud treba poslati sve* corpora delicti *materialia ,sve što je pronađeno,ali ako se prema okolnostima oceni da odaslanje nije neophodno,umesto toga poslaće se zapisnik zakonito sprovedenog uviđaja ili njihov veran opis*.[47]

II. Postupanje suda kada nema «vidljivih obeležja« izvršenog krivičnog dela

Posle regulisanja postupanja suda u slučajevima krivičnih dela za kojima ostaju»*vidljiva obeležja*» CCT se bavi nekim krivičnim delima kod kojih takvih «*obeležja* » nema.

---

[45] Isto,par.26.
[46] Isto,par.27.
[47] Isto,par.28.

1. Bogohuljenje

«*Sad slede primeri nedela,kod kojih ne ostaju telesni znaci,kao što je bogohuljenje,koje se izvršava upućivanjem pogrdnih reči Bogu ili njegovim svecima,u kom slučaju umesto utvrđivanja* corpora delicti *, sud saslušava raspoložive svedoke pod zakletvom o izvršenom delu i okolnostima, a u slučaju da je bogohuljenje učinjeno prikazom (slikom) ili je stavljeno na papir,inkriminisan prikaz treba podvrći pregledu, a bogohulni tekst prema okolnostima i stanju stvari tačno istražiti.*[48]

2. Silovanje

Čudno,ali CCT i silovanje pribraja slučajevima gde ne ostaju «*telesni znaci*»,iako se u velikom delu odredbe o silovanju upravo tim «znacima» bavi.

«U slučaju silovanja, sud treba i tad narediti saslušnje svedoka, ako je lice koje je prijavilo silovanje pregledala zakleta babica i od nje je pribavljen detaljan izveštaj pod novopoloženom ili već postojećom zakletvom,o tome, šta se na verovatno silovanom licu nalazi ili,na njenoj odeći i na mestu izvršenja dela.Pri čemu treba takođe zapaziti da li se postojanje nasilja može zaključiti na osnovu pokidane odeće,rasčupane kose, krika koji se čuo itd.,ili se pak, povređeno lice žalilo zbog dela ,da li je isto neko video, da li se i po kojim znacima može izvršeno delo zapaziti ,i uopšte, ništa se ne sme propustiti,iz čega se može nešto utvrditi od presudne važnosti za taj slučaj»[49].

3. Potivprirodni blud

U dosta nejasnoj odredbi su propisana pravila za utvrđivanje corpus delicti kod protivprirodnog bluda[50].

«*U slučaju protivprirodnog bluda priznanje onog koji se našao u takvoj situaciji,ili je tako zatečen(je dovoljno za* corpus delicti-*I:F.); ali u slučajevima kada je to bila nema životinja, saslušani svedoci i ne manjepronađeni znaci i usmena obaveštenja sa prijavom dela su dovoljna za* corpus delicti .»[51]

Po ovome, za corpus delicti je dovoljno zaticanje na delu ili priznanje učinioca ili žrtve, odnosno saučesnika u delu.A ako nema priznanja okrivljenog, a «žrtva» ili «saučesnik» u delu je «nema životinja» tada je

[48] Isto,par.29
[49] Isto,par.30.
[50] Na margini, u sižeu na latinskom jeziku govori se o «sodomiji».
[51] Isto,,par.31.

za corpus delicti dovoljan iskaz svedoka,prikupljeni «znaci»tj. tragovi i prijava.

4. Brakolomstvo i rodoskrvnjenje

Brakolomstvo i rodoskrvnjenje su propisana kao krivična dela.Zakonik se ovde bavi samo pitanjem kako treba utvrditi činjenicu ,da li su učesnici u ovim delima u braku sa drugim osobama ,odnosno u srodstvu.

4.1. Brakolomstvo

«*Međutim u slučaju brakolomstva ako na mestu gde se preduzima istraga ,nije poznato da lije muškarac ili žena stvarno u braku, ima se istražiti iz crkvenih knjiga ili putem svedoka da li je obljubljena osoba u braku,gde je i kada isti zaključen i ko su bili svedoci*».[52]

4.2. Rodoskrvnjenje

«*Slične radnje treba preduzeti i u slučaju rodoskrvnjenja ,da se na osnovu crkvenih knjiga ili putem svedoka pre svega istinito utvrdi: da li su i na koji način i u kom stepenu osumnjičeni u krvnom ili tazbinskom srodstvu* «[53].

4.3. Obavezna pravna pomoć

U praksi je moglo biti problema u pogledu saradnje crkvenih vlasti sa svetovnim odnosu na izdavanja izvoda iz matičnih knjiga koje su vodile crkve[54].To je verovatno bio razlog stroge naredbe Zakonika o obaveznoj pravnoj pomoći:

«*Naređujemo kao opšte pravilo,da kada svetovna vlast zatraži vernu ispravu o rođenju ,smrti ili braku od sveštenika ili drugog crkvenog dostojnika,da je ovaj dužan izdati ispravu, bez ispitivanja čemu će služiti.Ali, ako suprotno pretpostavci ,izdavanje isprave ipak ide na štetu opšte koristi i sprečava vršenje takvog pravosuđa koji se dopada Bogu, pa zbog toga nije izdata,ili u svakom slučaju kada nije dopušten uvid u original crkvenih knjiga,o takvim odbijanjima treba bez odlaganja obavestiti naš Vrhovni sud radi pomoći i sankcionisanja* «.[55]

---

[52] Isto,par 32.

[53] Isto,par.33.

[54] Izgleda da su zbog surovih,neljudskih kazni duhovna lica nerado sarađivala sa sudom .Otud verovatno odredba da je *«sveštenik dužan izdati izvod bez ispitivanja čemu će služiiti*».

[55] Isto,par.34.

C. Propisivanje opšte dužnosti suda da utvrdi sve okolnosti krivičnog dela

1. Dužnost suda da istraži sve okolnosti krivičnih dela

Zakonik naglašava važnost istraživanja svih okolnosti krivičnog dela i obavezuje sudove na to:

«*Na kraju ,želimo krivične sudove uopšte obavezati,da se pri istraživanju* corpus delicti *kod svih kriminalnih slučajeva ne usredotoče samo na delo nego i da sagledaju sve okolnosti važne za delo,kao što su mesto i vreme (izvršenja) itd. ,kako zbog dela kako zbog učinioca samog:često puno zavisi od toga da li je delo izvršeno danju ili noću, na posvećenom,slobodnom ili pak samo na lošem mestu,na prikriven način ili na otvorenom putu ,ulici ili u kući,stanu napadnutog,sa ili bez nasilja,sa ili bez pomagača, itd.,da li je izvršilac lice koje je prethodno sumnjičen za mnogo zla,ili je (sad)prvi put,ili je (učinjeno)od strane nerazumnog,maloletnog,gospodina ,građanina ili podanika,sluge, ili prijatelja,deteta, žene ili muža. Isto tako, da li je učinilac pokazao iskreno,neizveštačeno pokajanje ili ,da li je to pokazao pod uticajem sudske prinude tokom istrage i zatvora?»*[56] .

Međutim,obaveza se odmah ublažava u pogledu brojnih učinilaca i krivičnih dela:

«*Takođe treba imati u vidu,da kod okorelih seoskih kradljivaca,secikesa,uličnih razbojnika i ubica, nije nužno istraživanje svih(njihovih) teških krađa,razbojništava i starih ubistava, osim ako zato nema posebih razloga, ,ponajpre ,ako se ista(dela) za proteklo vreme nisu mogla potpuno istražiti i, ako su i bez toga, (njihova)najčeća i najteža dela već istražena.Premda inače važi pravilo,ako je jedan učinilac izvršio više krivičnih dela zaprećenih smrtnom kaznom,u pogledu svakog se mora ustanoviti corpus delicti,osim ako bi to iziskivalo* ***prevelik utrošak vremena****.»*[57]

Ovo je dosta nejasna ali veoma značajna odredba.Iz nje sledi, da sud u velikom broju krivičnih dela i učinilaca zapravo i *nije obavezan* utvrđivati sve okolnosti dela(tj. corpus delicti), osim ako za to nema nekog *posebnog razloga*, i ako su najteža dela nekog učinioca već istražena .Izuzetak je da, se corpus delicti mora utvrđivati za *svako* krivično delo zaprećeno smrtnom kaznom,osim ako bi to iziskivalo *prevelik utrošak vremena!*

[56] Isto,par.35.
[57] Isto, par.36.

2. Dužnost drugih organa vlasti da utvrđuju corpus delicti

Zakonik zadužuje sud (krvni ili zemaljski) da utvrde corpus delicti ili eventualno da to povere drugom sudu i zabranjuje lokalnoj državnoj vlasti da preuzme nadležnost krvnog suda.Ali ,zakonodavac priznaje da su objektivne okolnosti često takve da se ne može čekati na reagovanje nadležnih sudova.Zbog toga,predviđa i izuzetke.U drugom delu,nasuprotno prvom delu odredbe, ne samo ovlašćuje već i obavezuje lokalne organe vlasti da u slučaju kada preti opasnost od odlaganja preduzmu sve neodložne radnje i o svemu obaveste krvni sud.

«*Van svake sumnje je da krvni i zemaljski sudovi u slučajevima zločinstva moraju sami utrditi* corpus delicti *, ili poveriti drugom sudu,dakle drugom lokalnom organu nije dozvoljeno da preuzme nadležnost krvnog suda.Ponekad se međutim može desiti,da o delu ili važnim okolnostima, o mogućim posebnostima kod ubistva,čedomorstva,trovanja,zatim kod samoubistva kao i u pogledu drugih takvih slučajeva, iskaz treba da da stranac na proputovanju,ili smrtno bolestan svedok.Utvrđenje* corpus delicti *(u tom slučaju-I.F.) ne trpi odlaganje već naprotiv, sve okolnosti ukazuju na to , da se isti bez ikakvog gubljenja vremena mora utvrditi, jer bi inače njegovo propuštanje sprečilo ili najmanje produžilo istragu,zato ovde, radi pomaganja suđenja za kriminalne slučajeve, naređujemo,da u ovim i sličnim slučajevima,gde je krvni sud stvarno udaljen,i u pogledu istraživanja dela preti opasnost od odlaganja,može postupiti i lokalna vlast i prikupiti sve što je neodložno potrebno za rasvetljavanje i dokazivanje dela , i na ovo nije samo ovlašćen,već je po sili ovog našeg zakona i obavezan,a utvrđene* corpus delicti *i uzete svedočke iskaze obavezan je da pošalje nadležnom krvnom sudu radi daljeg postupka.Ako krvni sud pri utvrđivanju* corpus delicti *uoči neki nedostatak ili prekid,on može isto ili sam ispraviti ili putem uobičajenih dopisa postupak dopuniti*.[58]

III. Zaključak

Iz izloženih se vidi da je CCT posvetila posebnu pažnju utvrđivanju corpus delicti ,što i ne treba da čudi, jer je njeno formiranje u principu bilo uslov da se iz faze generalne inkvizicije pređe u fazu specijalne ikvizicije. Ako je ona utvrđena, završena je faza generalne inkvizicije, koja nije vođena u principu protiv određenog lica već povodom bilo kakvog saznanja za krivično delo i sa ciljem da se utvrdi da li je ono stvarno i izvršeno.Utvrđivanjem corpus delicti potvrđuje se početna sumnja i mogla je započeti sledeća faza krivičnog postupka(specijalna inkvizicija) koja je

[58] Isto,par.37.

sad već uperena protiv određenog lica.Obaveza utvrđivanja corpus delicti je bilo od izuzetne važnosti za okrivljenog.To je onemogućavalo da se postupak nastavi na osnovu kojekakvih glasina i drugih nepouzdanih informacija.Ali upravo ovu garancijalnu stranu slabe brojni izuzeci.Tako je postupak u velikom broju slučajeva mogao biti nastavljen i bez čvrstih dokaza , na osnovu glasina,lošeg glasa,ranijih sumnjičenja i sl.Pada u oči neadekvatan način štednje dragocenog sudskog vremena .Čak i u pogledu najtežih krivičnih dela,zaprećenih smrtnom kaznom, pod određenim uslovima, sud je bio oslobođen utvrđivanja corpus delicti , ako bi to zahtevalo znatan utrošak vremena .Brojni izuzeci od obaveze utvrđivanja corpus delicti su inače slab položaj okrivljeng dodatno slabili.

Zakonik je predvideo brojna pravila utvrđivanja corpus delicti i isto toliko brojne izuzetke,koji su oslobađali sud ove dužnosti.

Odredbe o corpus delicti su važne ne samo zbog značaja ovog instituta za taj tip postupka već i zbog toga ,što su njima,doduše u embrionalnoj formi regulisani i brojni važni procesni instituti,kao što je uviđaj ,obdukcija,veštačenje itd. koji su vremenom evoluirali i dobili takve forme koje danas poznajemo.Ove odredbe ukazuju i na to, da je zakonodavac osetio da će materijalni dokazi imati sve veći značaj za dokazivanje u krivičnom postupku .

Ištvan Feješ, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Constitutio Criminalis Theresiana – Corpus Delicti

Abstract: *The paper is divided into three major parts.*

In the first part the author deals with the emergence of inquisition procedure and the importance of the institute of corpus delicti for this procedure. The paper emphasizes that one of the principle reasons for the introduction of the inquisition procedure was the need to entrust the state with prosecuting criminal offenders. Commencing the procedure ex officio, by state organs enabled for systemic and efficient fight against criminality. The procedure was commenced by the court ex officio after getting hold of information that a crime was committed. By establishing corpus deliciti it was confirmed that the act had really been committed, and the process could proceed from the general phase of inquisition process to the special phase, to the phase where the inquisition was conducted against a specific person.

In the second part the provisions of Constitutio Criminalis Theresiana on corpus delicti are presented. They are very detailed and often casuistic, foreseeing a number of rules and exemptions. In these provisions, in its embryonic form, a number of important procedural institutions as inspection, expertise and like are regulated.

The third part is the conclusion.

Key words: *Theresiana, corpus delicti*

Originalni naučni rad 347.922.6
doi:10.5937/zrpfns47-4461

Dr Marija Salma, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu

ČINJENICE KAO PREDMET DEKLARATORNE TUŽBE*

Sažetak: *Naš Zakon o parničnom postupku u suštini prihvata opšte usvojene stavove evropske literature i nacionalnih zakona iz ove oblasti. To je pre svega tako u pogledu utvrđivanja pravnih pitanja kao predmeta deklaratornog utvrđenja, tj. utvrđivanja od strane suda postojanja ili ne postojanja nekog prava ili pravnog odnosa, kao i u pogledu utvrđivanja autentičnosti isprave. Rešenje našeg ZPP-a da se deklaratornom tužbom može tražiti i utvrđivanje od strane suda povreda prava ličnosti, ali i postojanje ili ne postojanje činjenica, odstupa od evropske teorije i zakonskih pravila.*

Ključne reči: *Pravo ili pravni odnos, povreda prava ličnosti, istinitost isprave, činjenično utvrđenje.*

I

Opšte usvojeno stanovište klasične procesne doktrine: predmet deklaratornog zahteva može biti principijelno- pravno pitanje a činjenično, samo izuzetno

U domaćoj i inostranoj procesnoj doktrini je opšte prihvaćen stav da su deklaratorni zahtevi takvi, kojima se traži da sud utvrdi postojanje ili ne postojanje nekog prava ili pravnog odnosa. Po tom tradicionalnom stavu činjenično pitanje ne spada u domen deklaratornog zahteva. Jedini izuzetak se odnosi na utvrđivanje istinitosti ili neistinitosti neke isprave. Podnošenjem tužbe sa ovakvim predmetom tužilac praktično traži prav-

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

nosnažno osiguranje dokazne vrednosti isprave. Sud se tada ograničava samo na ispitivanje autentičnosti potpisa. Međutim, važeći Zakon o parničnom postupku(ZPP), je uneo novu odredbu prema kojoj se deklaratornom tužbom može tražiti i utvrđivanje povrede prava ličnosti ali i utvrđivanje postojanja ili ne postojanja činjenica ako je to predviđeno zakonom ili drugim propisom.[1]

II

Primeri rešenja iz uporednog civilnog procesnog prava

Analizirajući procesne sisteme nekih susednih zemalja *(Republike Slovenije*, *Republike Hrvatske*, *Republike Srpske*, *Republike Crne Gore*), u ovoj oblasti ustanovili smo da u predmet deklaratornog tužbenog zahteva *nije uključeno utvrđivanje postojanja ili nepostojanja činjenica, na način kako je to predviđeno u našem ZPP-u.* Svi analizirani zakonski tekstovi predviđaju da tužilac može u tužbi za utvrđenje tražiti da sud samo utvrdi postojanje odnosno nepostojanje nekog prava ili pravnog odnosa ili istinitost odnosno neistinitost neke isprave.[2]

Mađarska literatura stoji na stanovištu da predmet deklaratorne tužbe može biti samo utvrđivanje postojanja ili ne postojanja prava ili pravnog odnosa. Izuzetno, predmet tužbenog zahteva može biti i činjenično pitanje vezano za utvrvrđivanje istinitosti ili neistinitosti isprave. Uslov je, „neophodnost pravne zaštite“, zapravo pravni interes tužioca u procesu utvrđivanja.[3]

U *austrijskom pravu i literaturi*, izričito se govori da se tužba za utvrđenje može podneti radi utvrđivanja postojanja prava ili pravnog odnosa. Izuzetak čini utvrđivanje istinitosti ili neistinitosti isprave. Nisu podobne za utvrđenje činjenice, kao što je stanje puta u vreme saobraćajne nesreće, određene pravne osobine činjenica, na pr. da određeno ponašanje povlači nastanak duga, pravna kvalifikacija jednog pravnog odnosa, prav-

---

[1] V čl.194. Zakona o parničnom postupku Srbije, Službeni glasnik Srbije, br.72. od 28. septembra 2011.

[2] V. čl. 187.Zakona o parničnom postupku Republike Hrvatske SL. SFRJ4/77 I dalje, kao i NN 26/91, 34/91,53/91,91/92,58/93,112/99,88/01,117/03; čl. 188. Zakona o parničnom postupku Crne Gore, Službeni list RCG br.22/2004 i 76/2006.; čl.54. Zakona o parničnom postupku Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske br.58/03 od 17. 07 2003.; čl. 181. Zakona o pravdnem postopku Republike Slovenije, Uradni list br. 73/07., 47/09.

[3] V. Kengyel Miklós,Magyar Polgári eljárásjog, Osiris Kiadó, Budapest, 2006, str.214. tač. 381.

ni odnosi koji još postoje u vreme usmene rasprave suda prve instance, dopuštenost ili protivnost dobrim običajima, neutuživa prava, apstraktna pravna pitanja. [4]

To što je predmet tužbenog zahteva u analiziranim pravnim sistemima postavljen na potpuno identičan način, pravda se činjenicom da se ovakva tužba i inače može podneti samo kada je to *posebnim propisima predviđeno*, kada *tužilac ima pravni interes* da sud utvrdi postojanje odnosno nepostojanje nekog prava ili pravnog odnosa ili istinitost odnosno neistinitost neke isprave, *pre dospelosti zahteva za činidbu* iz istog odnosa ili kada *tužilac ima drugi pravni interes* za podizanje takve tužbe.[5]

III

Stavovi (vrhovne) sudske i ustavno sudske prakse

Vrhovni kasacioni sud Srbije zauzimajući pravni stav u postupku rešavanja spornog pravnog pitanja je u svojoj novijoj praksi, nastaloj posle izmene odredaba ZPP-a o predmetu deklaratornog zahteva, konstatovao da *nije dozvoljena tužba za utvrđenje,* kojom potrošač (kupac) u sporu protiv isporučioca (prodavca) električne energije, *zahteva da se utvrdi* da isporučilac nema pravo da od potrošača naplati određeni novčani iznos po ispostavljenom računu za tačno određeni period *zbog zastarelosti potraživanja* i da nema pravo da tužiocu kao registrovanom potrošaču obustavi isporuku električne energije[6] Obrazlažući svoj stav sud navodi da se tužbom za utvrđenje ne može zahtevati utvrđenje postojanja nekih činjenica ili činjeničnog skupa. Ne može se tražiti ni utvrđivanje postojanja pravnih činjenica, jer su te činjenice element nekog pravnog odnosa ili prava. Postavljenim zahtevom se ne traži da se utvrdi da je isprava-račun neistinita, već da je neistinita sadržina isprave. Sadržina isprave pak, ne bi mogla da bude predmet zahteva za utvrđenje, već predmet dokaznog postupka u sporu povodom ostvarivanja određenog subjektivnog prava koje se zasniva na ispravi ili se ispravom dokazuje. Doktrinarno gledano, argumentacija suda je ispravna, ali je contra legem, bar prema novim pravilima našeg ZPP-a.

Zastarelost kao institut koji vodi prestanku obligacije zasniva se na proteku vremena. Međutim, *protek vremena predstavlja činjenicu*, a ne pravni odnos, stoga se tužbom za utvrđenje ne može zahtevati da se utvrdi

---

[4] V.Rechberger-Simotta, Zivilprozessrecht,Erkenntnisverfahren, 6. Auflage, Manz, Wien, 2003. str.234-236.

[5] V. stav 2 čl. 187. ZPP-a RH, stav 2 čl.188 ZPP-a RCG,stav.2. čl.54 ZPP-a RSrpske.

[6] V. Pravni stav Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda Srbije, utvrđen na sednici 21. 05 2012, verifikovan potpisima sudija 26. 06 2012. godine.

da je nastupila takva pravna činjenica u pravnom odnosu između stranaka, jer su pravne činjenice element pravnog odnosa ili određenog prava[7]

Slični problem, vezan za zastarelost potraživanja isporučioca električne energije, je u *Bosni i Hercegovini* razrešio *Ustavni sud*, zauzimajući stav da potrošač električne energije kao tužitelj ima pravni interes za podnošenje dekleratorne tužbe. Tuženi ne može sudskim putem potraživati svoj dug, niti može obustaviti isporuku električne energije.[8]

Suočavamo se sa različitim stavovima sudova povodom istih životnih situacija u dvema zemljama. Interesantna je činjenica da Vrhovni kasacioni sud Srbije nije uzeo u obzir odredbu ZPP koja predviđa mogućnost utvrđivanja postojanja ili nepostojanja činjenica, kada je to predviđeno zakonom ili drugim propisom. ZPP Bosne ne sadrži ovakvu odredbu, te se Ustavni sud BiH nije ni mogao pozivati na nju. Nesporno je da sudovi poznaju pravo.

Analiza pravila o zastarelosti našeg Zakona o obligacionim odnosima(ZOO),[9]dovodi do zaključka, da na *istek roka zastarelosti sud ne pazi po službenoj dužnosti već samo po prigovoru tuženog.* U parnici u kojoj se traži osuda na činidbu, tj. isplata obligaciono pravnog potraživanja u nedostatku prigovora zastarelosti, sud može doneti osuđujuću presudu. U suprotnom, ako tuženi uloži prigovor, sud, kontatuje činjenicu da je protekom roka nastupila zastarelost, te bi on iz tog razloga trebalo da odbije postavljeni tužbeni zahtev, čak i ako bi on bio osnovan. Iza zastarnih obligacija ostaje nudum ius tj. prirodna obligacija. Pravna posledica toga je da se više takav zahtev ne može prinudno ostvariti ali isto tako dobrovoljno, vansudsko ispunjenje ne rađa tužbu zbog neosnovanog obogaćenja.

Iz navedenih odluka moglo bi se zaključiti da u istom sporu, stav suda u mnogome zavisi od toga kako je formulisan tužbeni zahtev. Ako bi predmet dekleratornog tužbenog zahteva bio utvrđivanje, na autoritativni način, da je potraživanje tužioca zastarelo, onda bi se taj protek vremena tretirao kao činjenica. Ali, ako bi predmet zahteva bio da sud utvrdi da tuženi nema pravo na naplatu potraživanja u određenom iznosu za isporučenu elektičnu energiju, zastarelost bi se koristila kao činjenica kojom se opravdava osnovanost tužbenog zahteva.

---

[7]V. Navedeni pravni stav Vrhovnog kasacionog suda.

[8] V. odluka Ustavnog suda BiH br. AP-219/03 od 23. 07 2004. Podatak preuzet sa www.rs cest.gov.ba/..iz. okrsuda/file.

[9] V. čl. 360 i dalje do čl.390 Zakona o obligacionim odnosima,Službeni list SFRJ br.28 iz 1978godine sa izmenama i dopunama,te Ustavni zakon za sprovođenje Ustava Srbije, Službeni glasnik Republike Srbije, br.98 iz 2006.godine.

IV

Činjenice koje ne mogu biti predmet deklaratornog utvrđenja

Navedeni pravni stavovi sudova nameću pitanje koje činjenice mogu, a koje ne mogu, biti predmet deklaratorne tužbe? Sva zakonodavstva su jedinstvena u stavu da se deklaratornom tužbom može tražiti da sud utvrdi istinitost ili neistinitost neke isprave. Stoga, ovaj izuzetak od pravila koji određuju predmet deklaratorne tužbe i ne predstavlja pitanje oko koga bi se vodila rasprava. No, kako naš ZPP predviđa da tužba za utvrđenje može da se podnese radi utrđivanja postojanja ili ne postojanja činjenica, ako je to predviđeno zakonom ili drugim propisom[10] mesta za raspravu ima. U zemljama gde zakoni ne predviđaju ovakav predmet deklaratornog utvrđenja, teoretičari procesnog prava su u svojim radovima posvećenim ovoj temi navodili primere kada se ne bi moglo tražiti činjenično utvrđenje. Neke od njih smo naveli.

U našoj procesnoj literaturi, u vreme kada ZPP nije predvideo mogućnost činjeničnog utvrđenja, osim utvrđenja istinitosti ili neistinitosti isprave, navedeni su neki primeri čija je aktuelnost i danje prisutna. I prema važećem ZPP-u ne može se deklaratornom tužbom tražiti utvrđivanje da su sredstva za izdržavanje jednog lica dovoljna, da se dogodio saobraćajni udes, da tuženi ima prebivalište u nekom mestu, da svar ima kvalitativnih nedostataka, da je tuženi pao u docnju, da je tuženi poslovno nesposoban.[11]

Tužbom za utvrđenje ne može se tražiti utrđenje ni činjeničnog skupa, pa čak i kada se radi o pravnim činjenicama, jer su one elemenat nekog pravnog odnosa. Stoga, nije dopuštena tužba kojom tužilac traži da se utvrdi da ne postoji potraživanje tuženog prema tužiocu, po osnovu plaćanja naknade za korišćenje građevinskog zemljišta, što je tuženi dužan da trpi i u svojim poslovnim knjigama izvrši izmenu brisanjem predmetnog potraživalja.[12]

Tužba kojom se traži od suda da utvrdi da tuženi svojim sredstvima nije učestvovao u izgradnji sporne zgrade, ima za predmet činjenično utvrđenje, a ono ne može biti predmet deklaratorne tužbe. Zahtev se mora odbaciti jer nisu ispunjene procesne pretpostavke na koje sud pazi po službenoj dužnosti.[13]

---

[10] V.stav 3. čl 194. ZPP-a Srbije.

[11] V. V. Borivoje Poznić, Komentar Zakona o parničnom postupku, Službeni glasnik, Beograd 2009.god. str.424-427.

[12] V.Rešenje Privrednog apelacionog suda,Pž.10020/2012 od 30.11 2012.god.

[13] Okružni sud u Zagrebu, Gž-1147/93.

Spor o postojanju ugovora o arbitraži (procesno pravni odnos ili pravna činjenica)?

Kada je pak reč o sporu čiji se tužbeni zahtev odnosi na utvrđivanje postojanja sporazuma-ugovora o arbitraži pitanje je da li je dopuštena tužba za utvrđenje? Zakon o arbitraži Srbije sadrži odredbe o ništavosti sporazuma. Stranka može podneti tužbu za poništaj arbitražne presude ako sporazum o arbitraži nije punovažan po pravu koje su stranke sporazumno odredile ili po pravu Republike ako se stranke nisu drugačije sporazumele.[14]Ako sud usvoji tužbeni zahtev presuda je po svojoj prirodi konstitutivna. U našem primeru, kada stranka osporava postojanje ugovora o arbitraži, navedene odredbe Zakona o arbitraži, koje se odnose na ništavost, se ne mogu primeniti. Osnovno je pitanje da li bi postojanje ugovora o arbitraži trebalo posmatrati kao procesno pravni odnos, ili bi postojanje ugovora tretirali kao pravnu činjenicu? Obzirom da tužilac ne bi mogao ostvariti zaštitu u konkretnom slučaju na drugi način, njemu bi trebalo priznati postojanje pravnog interesa za postizanje pravne zaštite podnošenjem deklaratorne tužbe. Takođe, ZPP ne ograničava deklaratorni zahtev samo na materijalnopravne odnose, već govori uopšeno o utrđivanju nekog prava ili pravnog odnosa. Stoga bi tužba povodom zahteva za utvrđivanje postojanja ili nepostojanja ugovora o arbitraži bila dopuštena.

V

Činjenice koje bi mogle biti predmet deklaratornog utvrđenja

Pošto je utvrđivanje istinitosti ili neistinitosti neke isprave, odnosno utvrđivanje autentičnosti potpisa podnosioca isprave opše prihvaćen izuzetak od pravila koja se odnose na predmet deklaratorne tužbe, više će mo pažnju usmeriti ka traženju primera koji bi opravdali primenu odredbe našeg ZPP-a o mogućnosti da činjenice budu predmet deklaratornog tužbenog zahteva. Tako na primer, prema Zakonu o izvršenju i obezbeđenju, izvršenje koje zavisi od prethodnog *ispunjenja neke obaveze* izvršnog poverioca ili od nastupanja nekog *uslova,* dokazuje se pravnosnažnom presudom parničnog suda, ako izvršni poverilac to ne može da dokaže javnom ili u skadu sa zakonom overenom ispravom.[15] Zakon upućuje na to da tužilac-izvršni poverilac može da podnese deklaratornu tužbu kojom bi tražio od suda da utvrdi da je nastupio određeni *uslov,* ili pak da je on prethodno ispunio određenu

[14] V. čl.10. i čl. 58 Zakona o Arbitraži Srbije, Sl glasnik RS, br.46/2006

[15] V. stav 1-2.,čl. 24. Zakona o izvršenju i obezbeđenju Srbije, Službeni glasnik RS. br. 31. od 9.maja 2011.

obavezu. Slična situacija je predviđena i *kod prenosa ili prelaza potraživanja* na predlog ili u korist lica koje u izvršnoj ispravi nije označeno kao izvršni poverilac. Ono se može dokazati i pravnosnažnom presudom parničnog suda ako pre toga javnom ili u skladu sa zakonom overenom ispravom treće lice ne dokaže da je potraživanje prešlo na njega.[16] Isti zakon predviđa da izvršni poverilac ili drugo lice koje se namiruje iz prodajne cene, može drugom osporiti postojanje potraživanja, njegovu *visinu* i *red* po kome ima pravo da se namiri. U slučaju da izvršitelj sprovodi postupak izvršenja, izvršni poverilac će potraživanje osporiti pred nadležnim sudom.[17] Sud u postupku sprovođenja izvršenja na nepokretnosti, povodom izvršne radnje namirenja izvršnih poverilaca, upućuje lice koje je osporilo potraživanje da u određenom roku pokrene parnicu, ako odluka zavisi od *spornih činjenica*, osim ako svoje osporavanje ne dokazuje pravnosnažnom presudom, javnom ili u skladu sa zakonom overenom ispravom.[18]

Predmet deklaratorne tužbe, koju bi podneo učesnik ostavinskog postupka, bi mogao biti utvrđivanje *veličine naslednog dela,* naročito uračunavanja u nasledni deo. Dekleratorna tužba se podnosi i kada treba utvrditi činjenice o tome da li se neko lice odreklo od nasleđa.[19] Sud upućuje na parnicu i naslednike koji se spore o tome da li neka imovina ulazi u zaostavštinu.[20]

Deklaratorna tužba se podnosi i kada su u pitanju sporovi povodom prijavljenih potraživanja stečajnih poverilaca. Ako je potrživanje stečajnog poverilaca za koje ne postoji izvršna isprava osporeno, on se upućuje na parnicu. Tuženi je stečajni dužnik ili sam stečajni upravnik. Tužbeni zahtev je usmeren na utvrđivanje od strane suda da tužilac-stečajni poverilac ima *potraživanje u određenom iznosu* prema tuženom-stečajnom dužniku. Tužilac je dužan da navede pravni osnov svog potraživanja, a sud je tim označenjem vezan.

Tužba za utrđenje potraživanja se podnosi i u slučaju kada je osporeno potraživanje za koje postoji izvršna isprava. Stečajni sudija upućuje na parnicu stečajnog dužnika, ako je on osporio potraživanje. Ako pak potraživanje ospori neki od stečajnih poverilaca, on se pojavljuje kao tužilac a tuženi je poverilac čije se potraživanje osporava. U novoj parnici

[16] V. stav 1. čl. 23. Zakona o izvršenju i obezbeđenju Srbije.

[17] V. čl. 140. Zakona o izvršenju i obezbeđenju Srbije.

[18] V. stav 1. čl.141. Zakona o izvršenju i obezbeđenju Srbije.

[19] V. čl. 119. Zakona o vanparničnom postupku Srbije(ZVP), Službeni glasnik SRS br. 25/82 . 48/88.

[20] V. čl. 121. ZVP-a.

je ne dopušteno preispitivati osnovanost potraživanja za koje postoji izvršna isprava. Tužba je negativna i traži se od suda da utvrdi da potraživanje ne postoji.[21]

VI

Problemi koji mogu nastati podnošenjem tužbe za utvrđenje činjenica

Ako pogledamo sadržinu tužbe, posmatranu po značaju, a ne hronološli, na prvom mestu je tužbeni zahtev. On je predmet spora. O njemu sud raspravlja. Tužilac u njemu određuje sadržinu pravne zaštite koju traži da sud usvoji. Ako tužbeni zahtev nije određen, tužba je ne dopuštena. Po klasičnoj, opšte usvojenoj doktrini, tužbeni zahtev se podnosi povodom ugrožavanja ili povrede subjektivnog prava. To je direktno ili indirektno tako kod svih vrsta tužbi, tužbe za osudu na činidbu , tužbe za utvrđenje, kao i kod preobražajne tužbe. Tužba ne može biti tužba ako traži golo utvrđivanje činjenice. Mora naime, da je po sredi zaštita prava. Kada bi predmet tužbenog zahteva moglo biti utvrđivanje gole činjenice, bez tvrdnje o povredi prava ili pozivanja na pravni interes, to bi zaista bio kuriozitet koji nije u skladu sa tradicijom u dosadašnjoj domaćoj i uporednoj procesnoj regulativi iz ove oblasti. Zaštiti prava služe činjenice, tako da činjenice čine *osnov,* a ne petit, tužbenog zahteva. One predstavljaju životni događaj na kome tužiilac zasniva svoj zahtev. Na primer, tužilac može navesti činjenicu da je ispunio svoju obavezu, isplatio određeni novčani iznos. Tužilac je dužan da iznese i dokaze koji potvrđuju njegovu tvrdnju.

Predmet dokazivanja su činjenične tvrdnje, što se svodi na dokazivanje postojanja samih činjenica. Naravno, ne dokazuju se sve činjenice. Pravila o potrebi dokazivanja određuju koje činjenice sud dokazuje, a koje uzima u podlogu odluke bez dokazivanja. U nekim slučajevima sud ne izvodi dokazivanje o spornim činjenicama. Dokazivanje se završava ocenom dokaza.

Ne dokazuju se opšte poznate (notorne) činjenice, činjenice koje su rezultat *priznanja* pred sudom, ne dokazuju se *nebitne* (pravno irelevantne) činjenice, činjenice čije postojanje *zakon pretpostavlja*. Pošto u parnici ne mogu biti osporene *činjenice utvrđene pravnosnažnom osuđujućom presudom krivičnog* suda one se i ne dokazuju. Ne dokazuju se *sporne* činjenice za koje *nisu položeni troškovi* za izvođenje dokaza. Iz-

[21] V. čl.117 Zakona o stečaju, Službeni glasnik RS, br.104/2009 od 16. 12 2009. godine.

nos štete se može odmeriti po *slobodnoj oceni*, bez dokazivanja. Ne dokazuju se ni sporne činjenice ako je sud na osnovu *već izvedenih* dokaza stekao uverenje o postojanju spornih. Navedeno je već, da se ne dokazuju ni zakonom *prezumirane* (pretpostavljene) činjenice. Tako kod ugovorne odgovornosti, prezumira se krivica nesavesnog ugovornika, tako da on odgovara za svu štetu neizvršenja. Teret dokazivanja o suprotnom, kod relativnih prezumpcija pada na tuženog. U slučaju ugovorne odgovornosti može se dokazati od strane tuženog da sva šteta ne proističe iz njegovog neizvršenja, tj. da ja deo štete rezulltat drugog uzroka, npr. radnje ili propuštanja trećeg lica. *Bitne* su one činjenice koje je dispozicija materijalnog zakona kao takve odredila. Npr. kod prouzrokovanja štete, u materiji subjektivne odgovornosti– šteta, protivpravnost, uzročnost, krivica.

U klasičnoj procesnoj literaturi s pravom se razlikuje *teret dokazivanja* i *teret tvrdnje*, što se odnosi na sve vrste tužbi, pa i na deklaratornu. Teret dokazivanja je dužnost stranke da uveri sud u istinitost činjenice koja se dokazuje. Tužilac je dužan da dokaže da mu je povređeno ili ugroženo neko subjektivno pravo ili pravom zaštićeni interes. Teret tvrdnje znači podnošenje onih činjenica koje idu u prilog zahtevu ili kojima se pobijaju navodi protivnika. To znači da teret tvrdnje u kontradiktornom postupku pripada obema stranama. Teret tvrdnje prethodi dokazivanju, kojim se potvrđuju ili negiraju činjenične tvrdnje.

Zakonsko rešenje vezano za predmet deklaratorne tužbe, pokazuje da se činjenice mogu pojaviti kao *petit* tužbenog zahteva, dalje, kao *osnov* tuženog zahteva i na kraju kao *predmet dokazivanja.* Obično petit tužbenog zahteva deklaratorne tužbe ne sadrži direktno činjenice, pošto je on tvrdnja o postojanju ili nepostojanju nekog prava ili pravnog odnosa. Ali, tužilac svoj deklaratorni tužbeni zahtev potkrepljuje činjenicama za koje smatra da idu u prilog zahtevu. Osnov tužbenog zahteva je individualni pravni akt (ugovor, administrativna ili sudska odluka) odnosno druge činjenice(na pr. delikt) na kojima tužilac zasniva svoju tvrdnju o postojanju svog prava. Činjenice su okolnosti, životni događaji, koje utiču na osnovanost deklaratornog zahteva.

Na osnovu iznetih činjeničnih navoda u tužbi kao i u odgovoru na tužbu i izvedenih dokaza sud donosi odluku o osnovanosti tužbenog zahteva, tj. da li sporno pravo ili pravni odnos postoji ili ne postoji. Ako sud ocenom dokaza dođe do zaključka, da sporni pravni odnos ili pravo ne postoji, on će svojom presudom odbiti zzahtev. U slučaju da sud oceni da pravni odnos ili pravo postoji, usvojiće deklaratoran zahtev.

VII

Zaključne napomene

Rešenje našeg Zakona o parničnom postupku (ZPP-a) vezano za činjenice kao predmet deklaratornog zahteva odudara od uporednopravnih rešenja. Rešenje je ostalo usamljeno. Odstupa ne samo od uporednopravnih rešenja već i od tradicionalnih rešenja naših ranijih Zakona o parničnom postupku. Istina, novi ZPP govori o mogućnosti utrđivanja činjenica deklaratornom tužbom kada je to ZPP-om ili drugi propisima predviđeno. Ovlašćenje na traženje da sud utvrdi istinitost ili neistinitost neke isprave, provlači se u svim analiziranim zakonskim rešenjima. Podnošenjem tužbe sa ovakvim predmetom tužilac praktično traži pravnosnažno osiguranje dokazne vrednosti isprave. Praktični značaj ovog izuzetka je mali, jer sud inače mora da zauzme stav u vezi autentičnosti isprave ako druga stranka tu istinitost osporava.

U radu je pokušano da se navedu procesno pravni i materijano pravni zakoni koji omogućavaju da činjenice budu predmet deklaratorne tužbe.

Analizirana sudska praksa ne pokazuje naklonost prema utrđivanju činjenica deklaratornom tužbom, te je bilo slučajeva da je već u vreme važenja novog ZPP-a, Vrhovni kasacioni sud odbio zahtev za utvđenje činjenica, smatrajući da u konkretnom slučaju zahtev za utvrđenje činjenica prelazi okvire zakonom dopuštenih slučajeva utvrđivanja činjenica deklaratornom tužbom.

Bavili smo se i pitanjem dokazivanja činjenica postavljenih deklaratornom tubom. Činjenice predstavljaju podlogu deklaratorne tužbe. Samo utvrđivanje činjenica bez pozivanja na pravni odnos povodom koga se traži njihovo utvrđenje ne čini se prihvatljivim rešenjem.

Marija Salma, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Facts as Subject Matter of Declaratory Action

Abstract: *Provisions of our Civil Procedure Code (CPC) relating to facts being subject matter of declaratory action deviate from comparative law. The model is unique. It deviates not only from solutions adopted in comparative law but also from traditional provisions of our previous civil procedure codes. Truth be told, the new CPC speaks of a possibility to determine facts by declaratory action when it is so provided for by the CPC itself of other regulations. The possibility to request the court to determine the authenticity of a certain document is present in all the legislation analyzed in this paper. By filing an action with such subject matter, the plaintiff, in essence, seeks final and binding assurance of the probative power of documentary evidence. A real life significance of this exception is minimal, since the court must take a position regarding the authenticity of the document if the opposing party questions it.*

The paper tries to identify substantive and procedural rules of law that provide for facts to be subject matter of declaratory actions.

Case law analyzed in this paper does not indicate the courts being to favorable in determining facts based on a declaratory action. In fact, there have been cases, after the new CPC came into force, where the Supreme Court of Cassation dismissed a claim to determine the existence of certain facts by stating that in the case at hand the claim to determine the facts goes beyond legally permissible instances when facts may be determined by a declaratory action.

We also dealt with an issue of determining the facts presented in the declaratory action. The facts are the basis for the declaratory action. Determining the facts without relying on any legal issue based on which the determination of facts is sought does not seem to be an acceptable solution.

Key words: *law and legal relations, infringement of individual rights, authenticity of a document, determination of facts*

Originalni naučni rad 502/504:339.727.22
doi:10.5937/zrpfns47-4454

Dr Drago Divljak, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu

PRAVNI ZNAČAJ ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE U PRAVU STRANIH ULAGANJA[1]

***Sažetak**: U radu je izvršena analiza konceptualne interakcije između stranih ulaganja i zaštite životne, kao i njenih pravnih reperkusija. Jedan deo rada je bio usmeren i ka kritičkoj oceni pokušaja pravnog regulisanja ovih odnosa na međunarodnom planu. U radu je posebna pažnja posvećena u tretmanu životne sredine u našem pravu stranih ulaganju.*

Zaključuje se da će dominantna paradigma budućeg pravca razvoja u ovoj oblasti biti jačanje veze između međunarodnih investicija i zaštite životne sredine. Insistira se i na stavu da i naše pravo mora adekvatno pristupiti pitanju pravne valorizacije problema zaštite životne sredine. To zahteva kreiranje složenog, koherentnog pristupa,koji treba da se zasniva na adekvatnoj pravnoj nadgradnji i dopuni postojećeg Zakona o stranim ulaganjima. Osnovni pravac izmena podrazumeva da se dosadašnja obaveza stranih ulagača u ovoj oblasti podigne na viši nivo i strana ulaganja stave u funkciju ostvarivanja koncepta održivog razvoja. Međutim, takav pristup mora da prati odgovarajući mehanizam kontrole i nadzora u datoj oblasti, ako se želi postići njegova puna efektivnost.

***Ključne reči:** zaštita životne sredine, strana ulaganja, međunarodne investicije, održivi razvoj, pravna regulativa, naše pravo*

Strana ulaganja imaju izuzetan ekonomski značaj. On se ne ogleda samo u generisanju ekonomskog rasta i razvoja, već i u drugim elementima tzv. investicionog paketa, kao što su prenos novih tehnologija, veština i načina proizvodnje, obezbeđen pristup međunarodnim tržištima, povećana efikasnost korišćenja resursa i sl.[2]

---

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

[2] Loots, 1999; Ngowi,2001;UNCTAD,. 1997.

Međutim, razvojem svetske privrede i velikim sa rastom obima stranih ulaganja,[3] sve više se aktuelizuju i negativni eksterni efekti stranih ulaganja po državu i stanovništvo. Posebno su potencijalno značajne negativne posledice po stanje životne sredine

Stoga smatramo potrebnim i aktuelnim, da u radu koji sledi, izvršimo analizu konceptualne interakcije između stranih ulaganja i problema vezanih za zaštitu životne sredine i održivi razvoj, kao i njihovim pravnim reperkusijama. Posebno ćemo se baviti evolucijom pravne regulative u ovom kontekstu i kritički se osvrnuti na pokušaje pravog regulisanja ovih odnosa na međunarodnom planu. i analizirati njihovu evoluciju. Nezaobilazno je pitanje tretmana životne sredine u našem pravu, pre svega u pravu stranih ulaganju, na osnovu čega ćemo ukazati i na moguće pravce razvoja i dati odgovarajuće preporuke u pogledu nadgradnje našeg pravnog sistema u datoj oblasti.

1. Životna sredina i strana ulaganja-konceptualni pristup

Načelno,odnos ekonomije, globalizacije i zaštite životne sredine su u prvom redu predmet širokih istraživanja u moderno doba.[4] Ona su nastala kao izraz široke zabrinutost u o uticaju uvećane privredne ekspanzije u svetu po životnu sredinu, unazad pola veka. Proširenje komercijalne aktivnosti u svetu danas je dovelo do stalnog pogoršanje stanja prirodnih resursa i sistema za održavanje života na planeti,[5] u obliku globalnog zagrevanje, zagađenja tla, vazduha i vode, nestanak prirodnih staništa, ugroženost eko-sistema i oblasti divljine i izumiranje živih vrsta. Neminovnost u nastanku negativnih efekata u erodiranju životne sredine potvrđuju i studije organizacija najrazvijenijih država.[6] Zabrinutost je tim veća, jer ovakva kretanja u pogledu prekograničnog zagađenja vazduha, pogoršanja kvaliteta vode, uvećanja rizika od hemijskih zagađenja i drugih ekoloških incidenata, ne mogu biti neutralisana prednostima koje donosi sam privredni rast, pa čak i ako se uzme u obzir da ekonomskim rastom mogu

[3] Smatra se da će 2012,godini, strane direktnih investicije (SDI) premašišile $ 1,6 bilion dolara, od čega je gotovo polovina usmerena razvijenim zemljama. Mann, H.,Reconceptualizing Interantional Investmen Law in Sustainable Development, Lewis & Clark L. Rev str. 481-482.

[4] Odnos između razvoja i životne sredine je dodatno aktuelizovan radom Svetske komisije za životnu sredinu i razvoj, poznata kao Brundtland Komisija .

[5] Nastavak procesa oštećenja zemljinog ozonskog omotača, uprkos obavezama preuzetim po osnovu Montrealskog protokola to jasno ilutruje.

[6] Još je u studiji 137 OECD iz 1994. godine zaključeno da, u nedostatku odgovarajućih politika zaštite ubrzani ekonomski razvoj i trgovina mogu značajno negativno uticati na životnu sredinu.

uvećati i finansijska sredstva koja se mogu koristiti za rešavanje problema životne sredine.

Navedena kretanja i procesi, neminovno se moraju odraziti u na sferu stranih ulaganja. S obzirom da su strana ulaganja bitan zamajac privrednog razvoja u svetu, u tom kontekstu se moraju neminovno razmotriti direktni i indirektni uticaji stranih investicija na životnu sredinu i utvrditi i stepen njihove međuzavisnosti.

Danas je već nesporno da strana ulaganja mogu da dovede do promena u obimu i strukturi privredne aktivnosti u zemljama u kojima se ulaže, sa potencijalnim negativnim efektima na zdravlje i okruženje. Iz tog razloga, uvećavaju se nastojanja da se investicije u usmere ka pozitivnom doprinosu životnoj sredini, umesto ka njenom ignorisanju ili čak protiv nje. To zahteva promenu polaznog koncepta u ovoj oblasti, gde više nije najvažniji njihov kvantitet, kao dosad, već kvalitet stranih investicija. Dugo vremena je važila ideja da je svaka investicija dobra investicija, mada ona to zaista jeste u kontekstu ekonomskog rasta i razvoja. Međutim, ovaj period je završen, a u novije vreme mnoštvo faktora opredeljuju kvalitet, tj. pozitivne efekte svake investicije. Jedan od bitnih faktora u toj valorizaciji, svakako, sve više postaje i faktor uticaja na životnu sredinu. [7]

Stavovi i praksa o integracija ove dve sfere su zasnovani na različitim teorijskim modelima diferencirane širine i obuhvata, koji su, bez obzira na metodologiju iznošenja, međusobno nisu sukobljeni. U pitanju su koncepti o javnim interesima, ljudskim pravima i posebno o održivom razvoju.

Koncept javnog interesa[8] obuhvata ostvarivanje i zaštitu javnih ciljeva u oblasti zdravstva, obrazovanja, ali i zaštita fizičkog integriteta poje-

[7] Trend porasta značaju ekološke zaštite u oblasti međunarodnih investicija vidljiv je i u sporovima iz ove oblasti. Smatra se da svako ulaganje u kojima potencijalnu ulogu može imati međunarodno javno prava ima mogućnosti da da bude predmet spora zbog kršenja međunarodnog prava životne sredine. Jedan od najistaknutijih predmeta u savremenom međunarodnom pravu sa ekološkim apspektima je sličaj Pulp Mills, koji se odnosi na izvođenje investicionog projeta u Urugvaju, na reci koja graniči sa Argentinom. Ona se žestoko protivila projektu, jer je smatrala da navodno poražavajuće utiče na životnu sredinu te oblasti. Brojni međunarodni pravni instrumenti su poslužili za pravno argumentovanje ovakvog misljenja o pravu ljudi na život i zdravu životnu sredinu, uključujući Američke konvencije o ljudskim pravima i Protokol iz San Salvadora.

[8] Javni interes u ovom kontekstu je drugačiji od lsičnog koncepta,koji se javlja u drugim oblastim, Tako se smatra da je širi od sličnog koncepta o javnom poretku koji se javlja u međunarodnim dokumentima o industrijskoj svojini kao što je Sporazumu TRIPS ili dokumetnima o patentima. Uporedi: Correa, C. M. Investment Protection in Bilateral and Free Trade Agreements: Implications for the Granting of Compulsory Licenses, 26 Mich. J. Int'l L. 331 (2004-2005)

dinaca, a šire gledano i ekonomski i socijalni razvoj. Nezaobilazan je u tom kontekstu i odgovarajući tretman životne sredine. Istovremeno se sve se aktuelizuje pitanje zaštite životne sredine u oblasti stranih ulaganja u kontekstu ljudskih prava.[9] Fundamentalna povezanost međunarodnih investicija sa ljudskim pravima[10] se sve više iskazuje ne samo u teorijskim analizama, već i dokumentima međunarodnih organizacija. [11] Takav diskurs, koji polazi od toga da je pravna odvojenost i fragmentacija između ove dve oblasti nepoželjna, i da je u budućnosti treba menjati, je potvrđen i u jednom delu sudske prakse.[12]

Napred navedeni koncepti se metodološki koherentno obuhvatiti najširim konceptom o održivom razvoju.[13] Održiv razvoj se najopštije definiše kao razvoj koji zadovoljava potrebe današnjice bez ugrožavanja mogućnosti budućih generacija da zadovolje svoje potrebe ."[14]

Odnos između stranih ulaganja i održivog nije jednostavan i jednoznačan. S jedne strane, posmatrano iz čisto životne perspektive, strane direktne investicije su pogodan način za širenje novih tehnologija i po tom osnovu, pogodan instrument bržeg ostvarivanja ciljeva održivog razvoja, kako na nacionalnom,tako i na globalnom nivou. Međutim, posmatrano iz šire perspektive održivog razvoja, jasno je da strana ulaganja osim stavljanja u funkciju ekonomskog razvoja, moraju na isti način biti stavljene u funkciju socijalnog razvoja i iskorenjivanja siromaštva.[15] Nezavisno od ugla posmatranja, ne može više biti više sporno da se zaštita životne sredine više ne može v posmatrati kao prepreka za razvoj, već njegov važan sastavni deo.

---

[9] Vietri, R. , Incorporating Humanity and the Global Economy the Law of International Investment and Human Rights, 15 Int'l Trade & Bus. L. Rev. 211 (2012, str. 222.

[10] Vietri, R. , op. cit. str. 225.

[11] Na primer, član 2. Afričke povelja o ljudskim pravima i pravima naroda predviđa da " svi ljudi imaju pravo na zadovoljavajuće povoljno okruženje za njihov razvoj, "

[12] Posebno relevantna je praksa vezana rešavanje sporova u NAFTA-i, posebno u kontekstu sukoba između ljudskih prava i prava na slobodno poslovanje. Vidi slučaj Grand River v USA, 90. I u odlukama Evropskog suda se implicitno štiti pravo na zdravu životnu sredinu, bez obzira na poreklo zagađenja. Vietri, R. , op. cit. str. 225.

[13] Ljudska prava u kontekstu investicija se najčešće se posmatraju kao deo šireg koncepta o održivom razvoju. To je i logično, jer zaštita i promocija ljudskih prava je i neophodan instrument za postizanje ciljeva održivog razvoja. U određenim slučajevima, poklapaju se instrumenti koji se koriste I za poštovanje ljudskih prava i održivi razvoj, kao što su npr. pravo na zdravu hranu i vodu.

[14] Ovakvu definiciju je dala Bruntland komisija, koja je u ovoj oblasti dala nemerljiv doprinos. Ona je osnovana pod okriljem UN sa ciljem da ustanovi dugoročne strategije za rešavanje ekonomskih i socijalnih problema nastalih usled uništavanja prirodnog okruženja i iscrpljivanja prirodnih resursa.

[15] Mann, H. op. cit. str. 534.

Navedeni teorijski koncept o održivom razvoju, postepeno dobija svoju praktičnu valorizaciju. kako kod investitora,[16] tako i relevantnih međunarodnih organizacija,[17] ali, u određenom obimu[18] i kod sudske i arbitražne prakse.[19] On se legislativno i dalje razvija angažmanom Instituta za održivo razvoja (International Institute for Sustainable Development)[20] i UNCTAD-a,[21] ali i nekih regionalnih organizacija.[22] Na taj način, suštinski odnos između razvoja i životne sredine, mada pomalo kontroverzan u prošlosti, je započeo dug put univerzalnog priznanja.[23]

2. Pravna regulativa na međunarodnom nivou

Pravo međunarodnih investicija u poslednjih pola veka je stalno izloženo evolutivnim transformacijama. Prvobitni fokus u regulisanju stranih ulaganja, koji je bio je na liberalizaciji kretanja i zaštita investicija, kao bitnom faktoru za njihovo privlačenje,[24] novije vreme, sve više se fo-

[16] Tako vodeći investitori u u različitim industrijskim sektorima , sve više priznaju legitimitet zahtevima zemlje prijema investicija u vezi ostvarivnaja ciljeva održivog razvoja. Mann, H. op. cit. str. 542.

[17] Ovakav koncept se nije moga ignorisati ni kod svetskih finansijskih organizacija, striktno usmerenih na ekonomski razvoj, kao što je Svetska banka, (šire: Shihata, I. F.I., World Bank and the Environment: A Legal Perspective, Maryland Journal of International Law, 3-8-2013,)) koja je tako delom i odgovorila na poziv Bruntland-komisije finansijskim organizacijama da pomognuda bi se se izbegle ili ublažile štete koje ekonomski razvoj nanosi životnoj sredini, a opet bez usporavanja tempa ekonomskog napretka.

[18] Ekološki standardi prozašli iz arbitražne prakse i pakse ICSID-a, imaju mnog manju ulogu nego ona koja je proizašla iz prakse panela Svetske trgovinske organizacije.

[19] Sudska i arbitražna praska iz oblasti stranih ulaganja sve više uviđa potrebu da se pitanje stranih ulaganja stavi u koherentniji odnos sa problemom zaštite životne sredine, polazeći od stava da "zaštita investicija obuhvata u sebi i zaštitu interesa održivog razvoja." Uporedi: Amco Asia Corp. v. Republic of Indon, ICSID case. No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction, 1 23, (25 September 1983), 1 ICSID Rep. 377 (1993) ; Siemens AG v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02 / 8 Award, 1290 (February6, 2007), 14 ICSID Rep. 518 (2009).

[20] On je promovisao 2005. godine promovisao Agreement on Investment for Sustainable Development (IISD Model Agreement- Sporazum o investicijama za održivi razvoj.

[21] U junu 2012, godine, UNCTAD je objavio svoj investicioni okvir politike za održivi razvoj. Vidi: International agreement on investment SUSTAINABLE DEVELOPMENT: The negotiator manual (2nd ed 2006)., Available at http://www.iisd.org/pdf/2005/investment model-int Handbook.pdf. 2 UN Conference on Trade & Dev, INVESTMENT POLICY FRAMEWORK. For Sustainable Development (2012).

[22] Tako je Zajednica za razvoj južne Afrike-South African Development Community (SADC) 2012.godine, završila rad na modelu bileteralnog ugovora o investicijama sa komentarom - SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary.

[23] Shihata, I. F.I., op. cit. str. 3. i dalje.

[24] O ispravnosti takvog rezonovanja vidi: Mann, H. op. cit. str. 527.

kus pomera na druge, javne interese. U poslednjim decenijama sve više je izloženo izazovu zaštite životne sredine koji se značajno uvećava ekspanzijom obima stranih ulaganja. U tom pogledu, potrebno je preuzeti akcije različitog karaktera, svakako i one pravno-normativnog karaktera. Naime, da bi se izbegle tenzije između ovih oblasti, pažljivo je njihov međusobni uticaj regulisati na način da se one izbegnu ili umanje na najmanju moguću meru. Po tom osnovu, čine se napori i na nacionalnom u na međunarodnom planu, u cilju stvaranja novog regulatornog okvira, koji će obezbediti da strana ulaganja donose korist svima, sa krajnjim ciljem da se poboljša dobrobit ljudi.[25] Ova promena paradigme, je osnov za daljne reforme u ovoj oblasti.

S obzirom da je relevantna pravna regulativna iz oblasti stranih ulaganja veoma decentralizovana,[26] i kreira se kako na bilateralnom i multilateralnom nivou, ona se ovako diferencijalno mora i posmatrati.

Pojačana senzibilnost za problem životne sredine i drugih faktora održivog razvoja u oblasti stranih ulaganja , prvo je iskazana kod bilateralnih ugovora o zaštiti investiciji. Sve do šezdesetih godina prošlog veka, po osnovu tradicionalnog poimanja, koji je nastao tokom devetnaestog i dvadesetog veka,oni su bili isključivo fokusirani na zaštitu investitora od proizvoljnih i diskriminatornih mera i to je i bila ključna karakteristika mnogih dotadašnjih ugovora te vrste.[27] Međutim, u novije vreme, naglasak se sve više daje i na druga neinvesticiona pitanja u pokušaju da nađe adekvatan balans u njihovom odnosu i da se ovim ugovorima postignu dvojni ciljevi. Pored tradicionalnog cilja, vezanog za stvaranje stabilnog okvira za strana ulaganja, insistira se sve više i na uvažavanju i drugih javnih interesa, [28] čime se konceptualno demonstrira pristup koji strana ulaganja vidi kao globalno javno dobro. [29] Sve više se insistira i na održivom razvoju,[30] što implicira ukazuje da bi dominantna paradigma budućeg pravca razvoja investicionih sporazuma trebala biti jačanje veze između investicije i održivog razvoja.[31]

---

[25] Barnali. C., International Investment Law as a Global Public Good, Lewis & Clark Law Review, Vol. 17, No. 2, 2013 , str. 481.

[26] Smatra se da postoji preko 2500 investicionih ugovora, koji se prevashodno - zasnivaju na zabrani proizvoljnog i diskriminatorornog tretmana stranih investitora.

[27] Vietri, R. , op. cit. str. 213.

[28] Tako savremeni ugvori o investicijima kao cilj stranih investicija naovde podsticanje ekonomskog razvoja, poboljšanje životnog standarda, promociju održivog razvoja, razvoj ljudskih resursa, pa a i podsticanje razvoja lokalnih zajednica. Barnali. C., op.cit. str. 486-487.

[29] Barnali. C., op. cit. str. 510.

[30] Uporedi: Mann, H. op. cit. str. 536. Barnali. C., op. cit. str. 488-489.

[31] Mann, H. op. cit. str. 522.

U pogledu ovakve transformacije, su posebno ilustrativni nemački i švajcarski investicioni ugovori. Tako npr. dok ugovor između Nemačke i Kameruna iz 1962. godine, se fokusira samo na stvaranje "povoljnijih uslova za investicije, već 2006. godine, u ugovoru između Nemačke i Trinidad i Tobago ovi investicioni ciljevi se prevazilaze i eksplicitno se priznaje uloga stranih ulaganja u podsticanju ekonomskog razvoja i zaštiti životne sredine.[32] Primer Švajcarske kao da je još očigledniji i radikalniji. Tako, dok je njihov investicioni sporazum sa Republikom Niger iz 1962. godine ulogu stranih ulaganja isključivo video u oblasti razvoja, ekonomske saradnju i trgovine, s druge strane, njihov ugovor sa Egiptom u novije vreme, sadrži promociju održivog razvoja i uvažava potrebu poštovanja standarda u zaštiti zdravlja i životne standardi prilikom privlačenje investicija. U najnovijim ugovorima, ove vrste, kao što sto su oni iz 2011. godine ide se i dalje i kao cilj stranih ulaganje navodi se u podsticanje održivog razvoja, očuvanja zdravlja, bezbednosti, standarda rada i zaštite životne sredine , a povrh toga se ugovorom podstiču investitor da poštuju standarde i principe korporativne društvene odgovornosti. [33]

Međutim, potencijal bilateralnih ugovora u navedenom kontekstu je ograničen. Stoga je potrebna zajednička koordinisan akcija više država. U tom pogledu, zbog svoje spcijalističe usmerenosti, se izdvajaju napori NAFTA-e i OECD-a.

Organizacija za ekonomsku saradnju i Razvoj je počela razgovore u maju 1995. godine u cilju stvaranja multilateralnog Sporazuma o investicijama (Multilateral Agreement on Investment-MAI), sa ciljem da se jedinstvenim sveobuhvatnom kodifikacijom, eliminišu investicione barijere između zemalja, obezbedi jedinstven standard u tretmanu stranih ulagača I njihovih ulaganja i, shodno tome, njihovu potpunija zaštita. Mada to nije bio slučaj sa prvobitnom verzijom , u kasnijem usaglašavanju, ovaj sporazum se u jednom delu referiše i na pitanja životne sredine, uz nezadovoljstvo ekoloških organizacija.[34] I pored toga, zbog različitih stavova ,ne samo po ovom pitanju, ovaj sporazum još nije usaglašen. S druge stra-

[32] Uporedi: http :/ / unctad.org / sections / dite / iia / docs / bits / German Trinidad.-pdf with Trait6 Relatif AOL 'encouragement des Investissements de Capitauk, Cameroon-Ger, pmbl .. June 29, 1962, na http :/ / unctad.org / sections / dite / IIA / docs / bits / germanicameroun FR.pdf.

[33] Uporedi: http :/ / vvv.mfa-ks.net / storage / docs / Marr._Ks-Zvicer_ (Mrojtja e Investimeve) _033_ (anglisht) pdf, p.

[34] Osnova kirtike se zasnivala da sporazum daje veliku moć velikim multinacionalniim korporacijama, a lišava narode, naročito one u zemaljama u razvoju, osnovnih suverenih prava.

ne, NAFTA je važeći sporazum, čije odredbe o zaštiti životne sredine imaju punu važnost,i stoga uvećanu vrednost.

Pravna pravila nastala u okviru navedenih organizacija, koja se odnose na problem zašitete životne sredine u kontekstu stranih ulaganja, iako različitog karaktera i usmerenja, ipak se u metodološkom i sadržinskom pogledu naslanjaju jedna na drugu. U stvari, smatra se je da ceo paket ekološkog sidra u OECD, koga čini Preambula, relevantna pravna pravila i OECD Smernice za multinacionalna preduzeća,[35] u najvećoj meri zasnovan na pandan pravilima kreiranim u okviru NAFTE. I njihov konceptualni pristup ovoj problematici, izražen u preambulama navedenih sporazuma je u osnovi vrlo sličan. Ipak, postoje i razlike. Dok se Sporazum o investicijama direktno referiše na održivi razvoj, dotle se NAFTA zadržava na zahtevu za "jačanje ekoloških zakona i propisa i njihovom efektivnom sprovođenju." Isto tako prvim sporazumom se se eksplicitno potvrđuje i privrženost Deklaraciji o životnoj sredini i razvoju – poznatijoj kao Rio deklaracija i akcionom planu održivog razvoja za 21. Vek, pod nazivom Agenda 21, kao i ključnim načelima ekološkog prava kap što su načelo predostrožnosti i zagađivač/korisnik plaća.[36]

Upravo ovako ukomponovan pristup EOCD ekološkim pitanjima više specificiran u odnosu na pristup NAFTE ovoj problematici i čini OECD sporazum jačim u ekološkom pogledu od NAFTA sporazuma. Mada takvo odskakanje nije svakako beznačajno, ipak je upitno koliko uopšte ono ima praktičan značaj, s obzirom da se radi o neoperativnim delovima sporazuma koji nisu neposredno obavezujuće za strane ugovornice.

U pogledu pravnog tretmana, od posebnog značaja[37] je odnos navedenih sporazuma prema problemu spuštanja već dosegnutih ekoloških standarda, u cilju sticanja konkurentske prednosti. To je psebno aktuelno za države koje su geografski blizu ili se međusobno graniče. Ponekad je državama najjednostavnije da bolju poziciju u konkurenciji sa drugim ze-

---

[35] Poslednji od tri ekološka "sidra" OECD, Smernice za Multinacionalna preduzeća je neobavezujući aneks sporazuma. Ove Smernice ne nude više sigurnosti u pogledu zaštite životne sredine od pandan modela u NAFTA-i, niti su izbegnute njegove slabosti. Nažalost, uprkos realnim mogućnostima, nema značajnijih novih koraka koji bi bili zapaženi.

[36] Uporedi određenje prinicipa predostrožnosti: Uredba 2002 SL L 21/1, član 7.1.

[37] Ipak, neke studije o migracijama prljavih industrija, pokazuju da ekolopki standardi nisu primarni investitorima kada donose odluku o kalciji ulaganja, i da su u u tom pogledu važniji drugi faktori kao što su troškovi rada, prisustvo stabilnog i transparentnog pravnog režima i sl. O navedenim uticajima, vidi: Dijkstra, B. R. - Mathew, A. J. - Mukherjee,A., Environmental Regulation: An Incentive for Foreign Direct Investment, Review of International Economics,Volume 19, Issue 3, August 2011.

mljama, steknu na navedeni način, Legitimisanje takvih akcija kojim se pruža utočište zagađivačima-stranim ulagačima, kao legitimnih i legalnih, bi dugoročno imalo katastrofalne posledice po životnu sredinu, te se ovi sporazumi i bave ovim pitanjima.

Relevantne odredbe OECD sporazuma obavezuju strane govornice da se neće odreći ili na drugi način derogirati svoje unutrašnje zakonodavstvo koje se odnosi na zdravlje, bezbednost i zaštitu životne sredine. Ovakav pristup za uzor je takođe imao slična pravila NAFTA sporazuma.[38] Jedino odstupanje je u tom što je u NAFTA-sporazumu bio predvođen institut konsultacija ukoliko jedna strana odstupi od datog pravila.

NAFTA sporazum u kontekstu zaštite životne sredine je novina u odnosu na druge multilateralne ugovore, kojim se uspostavlja viši nivo zahteva za trgovinske i investicione ugovora. Bez obzira na navedeni iskorak u ovoj oblasti, ovakv pristup ima niz slabosti.[39] Prvo, primećuje se da ovo pravilo ima više upućujući, odnosno karakter preporuke, a ne imperativne naredbe. Drugo, prigovara se da je nejasan, pa i dvosmislen u ključnim aspektima.[40] Treće, odredba da strane u slučaju kršenja, pokrenu proces konsultacija ima znatno slabiji efekat, od toga da je za tu situaciju predviđen postupak klasičnog rešavanja sporova. Navedene slabosti uticali su negativno na njegovu delotvornost. Sve to govori,da i pored nastojanja da se uspostavi dovoljno rigorozan sistem odvraćanja država da degradacijom životne sredine steknu komparativnu prednost kod investitora, to u realni život nije lako efektivno uspostaviti. Međutim, to ipak ne umanjuje vrednost iskoraka i namere tvorca ovih pravila.

Na osnovu svega navedenog, generalno se može dati ocena da izloženi napori u okviru navedenih regionalnih organizacija i njihovi rezultati, bez obzira na značajne iskorake nisu dovoljni. Oni su pre svega parcijalni, usmereni na grupe zemalja. Ono što nedostaje su krovna univerzalni pravila koji bi u bitnom valorizovala značaj životne sredine u oblasti stranih ulaganja, čime bi se izbeglo njihovo sukobljavanje, čime bi zadržani visok nivo privrednog rasta u svetu morao biti i praćen adekvatnim nivoom zaštite životne sredine. Da bi se taj cilj postigao, potrebno je da pravila budu obavezujuća i to za što veći broj zemalja u svetu, Međutim,

---

[38] Odredba u NAFTA- asocijaciji je skoro identična. Uporedi: Član 20 (2) , Poglavlje 11 o ulaganjima.

[39] Vidi sadržajan kritički pristup: Charnovitz, S., The North American Free Trade Agreement: Green Law or Green Spin?, 26 Law & Pol'y Int'l Bus. 1, 54 (Fall 1994).

[40] Nejasno je da li se to odnosi na zakone ili i upravne mere,koje prositiču iz zakona, i koje te zakona mogu fleksibilnije tumačiti. Praktične posledice ovog razlikovanja nisu beznačajne. Charnovitz, S., op. cit. str. 28.

dosadašnje iskustvo jasno pokazuje da ti nije lako ostvarivo, ali bez obzira na to, nužno je krenuti u tom pravcu.

3. Naše pravo o stranim ulaganjima i zaštita životne sredine

Zaštita životne sredine sve više postaju značajna činilac ekonomskog, razvoja, trgovine i investicija. Pitanje poželjnog modela ekonomskog razvoja sve više se stavlja u direktnu vezu sa ekološkim problemima. U tom kontekstu, i svaka država ponaosob je suočena sa izazovima koje u pogledu zaštite životne sredine mogu implicirati strana ulaganja. To dejstvo u određenim okolnostima može biti nepopravljivo, posebno u pogledu korišćenja prirodnih resursa. Stoga svaka od njih, nezavisno od stepena razvoja imaju interes da se izbegne ili umanji erodiranje životne sredine i da razvije koherentan sistem ekološke zaštite u oblasti stranih ulaganja. Samostalno postupanje je neophodno, bez obzira što nadnacionalni pristup ovom problem, ima svoje značajne prednosti, jer se tako se omogućava državama da zajednički kreiraju adekvatan pravila koja su prilagođena imanentno međunarodnom karakteru trgovine i investicija,ali isto tako, izbegavaju jednostrani potezi država koji mogu imati potencijalno kontraindikovan, štetan i nefer uticaj, kao što bi recimo bio slučaj sa ekološkim kompenzatornim naknadama.

Vremenom je rasla raste potreba za zadržavanjem pa i uvećavanjem regulatorne kontrole države nad investicionim aktivnostima na svojoj teritoriji, u skladu sa nacionalnih zakonima i politikama. Ova pristup dobija potvrdu u komparativnom pravu u različitom normativnom konceptu,[41] a sve više se legitimiše i u međunarodnim dokumentima.[42]

I u našem pravu, sistem pravnih pravila u oblasti stranih ulaganja je prevashodno imao zadatak da pravnom predvidljivošću, usmerava i pod-

[41] U Kini se to zasniva na konceptu nacionalne i egonomske sigurnosti zemlje. Bath, V., Foreign Investment, the National Interest and National Security - Foreign Direct Investment in Australia and China, Sydney Law Review, Vol. 34, No. 1, 2012 , str. 6. i dalje.

[42] I u koviru Evropske unije, Komisija EU je ovlašćena da se fokusira ne samo na zaštitu investitora, već da bolje naglasi pravo javne regulacije i da ispuni obaveze EU vezane za jasnoću politike za razvoj. Od Komisije se zahteva da uključi precizne klauzule u sve buduće investicione ugovore koji daju prava određenim stranama da regulišu pitanjanacionalne bezbednosti, okruženja, javnog zdravlja, prava zaposlenih i potrošača, industrijske politike ikulturne raznovrsnosti. (Unković M., Kordić N., Regulatorni okviri za strana direktna ulaganja, 130, Menažđmment, Marketing i trgovina, Singidunum, 2011, 8 (2), str. 119). I u okviru EFTA-e, u države članice mogu ograničiti obim slobode osnivanja kompanija u slučaju postojanja specifičnih izuzetaka navedenih u posebnim aneksu. I Okvirni sporazum u ASEAN-a takođe omogućava izuzetke od lsobode investicija putem "Liste privremenih isključenja" i "osetljive liste".

stakne njihov rast. U uslovima gde ekonomski razvoj može bitno zavisiti od stranih ulaganja, razumljivo je da skoro sve države, pa i naša zemlja, pokušavaju da ih privuku stimulativnim paketima, koga čine raznovrsni pravni i ekonomski mehanizmi i mere. U takvoj situaciji. svi drugi interesi su u drugom planu. Takav pristup zaštiti životne sredine je prihvaćen i u važećem Zakonu o stranim ulaganjima iz 20002. godine. Ona se dotiče jednom odredbom i to čl. 18. gde se utvrđuje da je strani ulagač, u obavljanju delatnosti, dužan uvek da postupa u skladu sa propisima koji regulišu zaštitu životne sredine.

Takvim neodređenim pravilom upućujućeg, skoro obaveštavajučeg karaktera je faktički prepušteno da se položaj stranih ulagača u oblasti zaštite životne sredine u potpunosti definiše standardima koje se uspostavljaju relevantna specijalistička ekološka pravila. Ovakav pristup, koji je i inače pomak u odnosu na prethodni zakon iz 1996, godine, gde se na problem životne sredine zakon referiše samo kada predviđa da ugovor o ulaganju mora da sadrži o pravila o zaštiti životne sredine.[43] Takva odredba je u momentu donošenja bila odgovarajuća i opravdana. Možemo je oceniti pozitivnim jer ga odlikuje fleksibilnost i podložnost promenama, što je vrlo bitno u ovoj oblasti, a time ne uzrokuju promene relevantnog investicionog zakonodavstva. Prepuštanjem celokupne regulative koja se odnosi na ekološke aspekt stranih ulaganja, ekološkom zakonodavstvu, samo je izvršena preraspodela posla, ali se time automatski ne dobija viši stepen ekološke zaštite. Posebno to važi za vremena ekonomske krize, kao što je ova na delu,ali i ne samo onda, kada interesi zaštite životne sredine prirodnom logikom, dolaze u drugi plan u odnosu na interese ekonomskog rasta i zapošljavanja. Postavlja se racionalno pitanje, koliko će se u tim okolnostima i primenjivati ustanovljeni standardi zaštite životne sredine, kada komparativna praksa jasno ukazuje na moguće pravce ponašanja. [44]

Međutim, tokom vremena i kod nas sve više raste potreba za uvećanjem senzibilnosti prema životnoj sredini i u ovoj oblasti. To više nije luksuz, koje zemlja u razvoju, ko što je naša zemlja, sebi ne mogu da priušte. Dosadanji pristup, zasnovan na podsticajnom karakteru pravne regulative o stranim ulaganjima, iz uzgredno referisanje na problem ži-

[43] Član 20. Zakona o stranim ulaganjima.

[44] Tako su u Koreji ekonomski planeri u Vladi, u cilju privlačenja investiciji, pristali čak i na vrlo osporavani japanski Du- Pont planirani projekat titanijum dioksida, uprkos opiranju uprave za životnu sredinu. Ovaj slučaj pokazuje, da su vlade spremne da iz ekonomskih i političkih razloga svesno ne primenuje sopstvene propise o zaštiti životne sredine, kao što je ovde slučaj sa neprimenom čl. 9 Zakona o stranom kapitalu.

votne sredine, više nije dovoljan da iskaže kompleksnost potreba savremenog razvoja, već je uzeti u obzir i faktor životne sredine, koji nije suštinski važan za investiture.

To zahteva utvrđivanje novog kompleksnog pristupa ovoj problematici. koji mora da se zasniva na dugoročnom promišljanju o zašiti životne sredine, što svakako mora uključiti i rešavanja problema između stranih ulaganja i ekologije. On mora biti prilagođena stvarnim i specifičnim potrebama i interesima naše zemlje u ovoj oblasti. To znači da se ovo pitanje mora više vezati za zaštitu zdravlja i industrijsku politiku, a manje na iscrpljivanju prirodnih resursa, što je dominantan problem u jednom broju nerazvijenih zemalja.

Sa pravnog stanovišta je najvažnije stvaranje čvrstog regulatornog okvira i uspostavljanje jasnih standarda ponašanja u datoj oblasti, uz izbegavanje maglovitih koncepata i davanje prevelikog prostora diskrecionom ponašanju organa vlasti, kao što se to dešava u nekim zemljama, [45] Jasna pravila u ovom pogledu, su i dobra brana njihovog zaobliaženja i suptilnog izigravanja, što potvrđuje praksa zemalja u razvoju.[46] Ona se konceptualno ne mogu posmatrati kao izuzetak od prava investitora, već kao potpuno artikulisano pravo države, što bi bio novi kvalitet u evoluciji našeg prava o stranim ulaganjima. Naravno, ti tom pogledu, treba pronaći optimalna balans interesa. Bitno je izbeći u praksi da insistiranje na zaštiti životne sredine, ne dovede do njene instrumentalizacije u svrhe indirektne eksproprijacije.[47] Krajnji cilj je da strana ulaganja budu ne samo interesu investitora, već i države i javnih interesa, posebno onih vezanih za ekologiju.

Polazeći od navedenih ciljeva neophodno je dopuniti i nadograditi postojeća zakonska pravila o stranim ulaganja koja se odnose na zaštitu životne sredine. Smatramo da se novim opštim elementarnim okvirom za tretman životne sredine u oblasti stranih ulaganja kod nas, trebamo napravi novi iskorak, kojim bi se pravnih mehanizmi o zaštiti životne sredine u pravu stranih ulaganja stavili, bar načelno, u funkciju održivog razvoja i to normativno jasno izraziti prilikom izmena postojećeg Zakona o stranim ulaganjima.To bi bilo i u skladu sa Nacionalnom strategijom održivog razvoja Republike Srbije iz 2007. godine. To bi bilo i u skladu sa karakte-

[45] U Kini se navedeni intenzivno regulisani sistem u velikoj meri oslanja na maglovitim konceptima javnog interesa, nacionalne nacionaln bezbednosti i ekonomske sigurnosti., pri čemu se u njihovoj primeni većoj meri oslanja na diksreciona ovlaščenja ministarstava. Bath, V., op. cit. str. 5.

[46] Mann, H. op. cit. str. 530.

[47] O problemu da zaštita zdravlja i životne sredine može poprimiti karakter indirektne eksproprijacije i njegovom pravnom značaju: Mann, H. op. cit. str. 537.

rom postojećega datog zakona, koji u ovoj oblasti ima ,u osnovi simbolistički, promotivni I informativni karakter, da bi potencijalni strani investitori unapred mogli računati na ovakav režim, bez posebong konsultovanja detalističkih pravila koja utvrđuju sadržinu ekoloških standarda. Takođe smatramo da je potrebno zadržati postojeće zakonske odredbe o obavezi poštovanja svih ekoloških propisa, bez posebnog preciziranja koja ulaganja treba iz ekoloških razloga treba onemogućiti ili ograničiti, s obzirom da takva odredba, zbog svoje neodređenosti nanela više štete nego koristi.[48] Jedini bi poželjno bilo da se dopuni obavezivanjem stranog ulagača strano ulaganje mora biti planirano i sprovedena tako da prouzrokuje najmanju moguću promenu u životnoj sredini, čime bi se sprečilo svako nepotrebno erodiranje životne sredine u poslovne svrhe, čak i kada se poštuju zadati ekološki standardi.

Ovakav normativni pristup neizbežno mora obuhvatiti i adekvatnu koordinaciju javnih politika, i na njima strukturiranog zakonodavstva, koju mora pratiti podizanje nivoa ekoloških standarda uopšte.[49] To podrazumeva prilagođavanje čitavog seta pravne regulative koji neposredno ili posredno utvrđuju pravila u datoj oblasti.[50] Polazni temelj pri tome treba da budu principi i praksa međunarodnog ekološkog prava zasnovanim na brojnim međunarodnim ekološkim ugovorima. U tome podsticaj svakako može biti, proces prilagođavanja standardima Evropske unije, koji su oblasti životne sredine, relativno visoki.[51]

Bitan element navedenog složenog pristupa je aktivno učešće naše zemlje u kreiranju međunarodnih standarda i pravila, posebno na regionalnom nivou.

Isto tako, ovaj sistemski pristup nužno uključuje i strukturiranje adekvatnih mehanizama primene i nadzora. Na planu realizacije pojedinačnih investicija, to znači uspostavljanje kredibilnog mehanizma procene uticaja svakog ulaganja na životnu sredinu i nadzora nad njenom realizacijom, nezavisnog od političkih struktura ili eksternih parcijalnih interesa.

---

[48] Član 9. Korejskog Zakona o stranom kapitalu donet ranih 1960-ih, zabranjuje strane investicije u projekte koji su opasni po javno zdravlje ili životnu sredinu. I uredbom, koja je pratila zakon, ograničena su ulaganja u inistrije sa velikim stepenom zagađenja okoline.

[49] Sang Don, L., Effect of Environmental Regulations on Trade: Cases of Korea's New Environmental Laws, 5 Geo. Int'l Envtl. L. Rev. 651 (1992-1993), str. 652.

[50] U tome je poučno pravo Koreje, gde se posvećuje velika pažnja pitanjima trgovine, ekonomije i životne sredine. Tokom godina ona je svoje ekološko pravo podigla na viši nivo, tako da sada ima vrlo razrađen i sofisticiran ekološki normativni sisitem.

[51] Šire: Vasiljević. - Đurić, Đ. M., Harmonizacija propisa Republike Srbije u oblasti zaštite životne sredine sa pravom EU, Ekolgija i pravo, Beograd, 2012, str. 134 i dalje.

Zaključak

Zaštita životne sredine sve više postaju značajna činilac ekonomskog, razvoja, trgovine i investicija. I pravo stranih ulaganja odnosno investicija je sve više suočeno sa problemom davanja pravnog odgovora na sve aktuelniji problem zašite životne sredine. Tom izazovu odgovori se pokušavaju dati i na nacionalnom i međunarodnom planu, sa nejednakim uspehom. I naše pravo stranih ulaganja mora adekvatno pristupiti pitanju pravne valorizacije problema zaštite životne sredine u oblasti stranih ulaganja. To zahteva kreiranje složenog, koherentnog pristupa,koji treba da se zasniva na adekvatnoj pravnoj nadgradnji i dopuni postojećeg Zakona o stranim ulaganjima. Osnovni pravac izmena podrazumeva da se dosadašnja obaveza stranih ulagača u ovoj oblasti podigne na viši nivo i strana ulaganja stave u funkciju ostvarivanja koncepta održivog razvoja. Međutim, takav pristup mora da prati odgovarajući mehanizam kontrole i nadzora u datoj oblasti, ako se želi postići njegova puna efektivnost.

Drago Divljak, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Legal Significance of Environmental Protection in Foreign Investments Law

Abstract: *The paper presents the analysis of conceptual interaction between foreign investments and environmental protection, as well as its legal repercussions. A part of the paper has been directed towards critical review of the attempt of legal regulating of these relationships at an international level. A special attention was paid to the treatment of the environment in our foreign investments law.*

It can be concluded that the dominant paradigm of the future direction of development in this field is going to be the strengthening of the bond between international investments and environmental protection. It is insisted on the attitude that our law needs to approach adequately to the matter of legal valorisation of the environmental protection issue. This requires the creating of a complex, coherent approach that should be based on adequate legal superstructure and amendments to the existing Law on Foreign Investments. The main direction of changes implies that the current obligation of foreign investors in this field should be raised onto a higher level and foreign investments should be placed in the function of accomplishing of the concept of sustainable development. However, such an approach has to be accompanied by appropriate mechanism of control and supervision in the given field, if its full effectiveness is to be achieved.

Key words: *environmental protection, foreign investments, international investments, sustainable development, legislation, our law*

Originalni naučni rad 343.1(497.11)“2011“(094.5)
doi:10.5937/zrpfns47-4442

Dr Snežana S. Brkić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu

NOVINE U REGULISANJU SKRAĆENOG POSTUPKA U ZKP SRBIJE IZ 2011. GODINE[1]

Sažetak: *U radu se analiziraju odredbe o skraćenom postupku u Zakoniku o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine i porede sa odgovarajućim odredbama Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2001. godine. Razmatra se mesto skraćenog postupka u zakonskoj sistematici; težina krivičnog dela kao uslov za primenu skraćenog postupka; čitav niz pitanja u vezi sa pokretanjem skraćenog postupka; odredbe o glavnom pretresu i donošenju presude; odredbe o pritvoru; postupanju po privatnoj tužbi; mogućnost transformacije skraćenog postupka u poseban postupak bez glavnog pretresa, kao i posebne odredbe o sudskoj opomeni. Autor zaključuje da su neke promene posledica promene koncepta istrage i sistema dokazivanja na glavnom pretresu. Data su i neka principijelnija i preciznija rešenja. Međutim, ima i nelogičnih i kontradiktornih odredaba.*

Ključne reči: *skraćeni postupak, zakonik o krivičnom postupku, pokretanje postupka, glavni pretres, pritvor*

1. Uvodna razmatranja

Kao deo paradigme evolucijske promene, proces diferencijacije podrazumeva pojavu u sistemu neke nove jedinice. Da bi diferencijacija podrazumevala savršeniji sistem, svaka tek izdvojena jedinica mora imati povećanu sposobnost prilagođavanja za obavljanje svoje primarne funkcije u poređenju sa obavljanjem iste funkcije u ranijoj, difuznoj strukturi. Poseban podsticaj procesima diferenciranja daje rastući kom-

[1] Rad je posvećen projektu „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (Evropska unija i Srbija)“.

pleksitet okruženja, kome sistem teži da se prilagodi, postajući i sam složenijim. Pretpostavlja se da je diferenciraniji sistem istovremeno i moćniji u odnosu na one jednostavinije, koji su prinuđeni na defanzivnu politiku u opštenju sa okolinom. Osim prednosti specijalizacije, diferencirani sistem dopušta uporedo zbivanje i protivrečnih stvari, istovremeno funkcionisanje pod suprotnim premisama i time povećanje broja svojih akcionih mogućnosti.[2]

O diferencijaciji krivičnoprocesnih formi možemo govoriti samo onda kada krivično suđenje nije uniformno u svim slučajevima. Ona podrazumeva koegzistenciju najmanje dve procesne forme, koje se po nečemu razlikuju. Diferencijalni momenat mora biti prisutan u najmanje dve ravni: osnovu i strukturi procesne forme.[3] S obzirom na činjenicu da li je krivičnoprocesna forma ustanovljena kao pravilo ili kao izuzetak, ona može biti opšta ili posebna. Osnov posebne krivičnoprocesne forme predstavlja odlučujući razlog njenog stvaranja, kojeg možemo tražiti u osobenostima procesnog objekta ili /i subjekta. Specifičan osnov povlači za sobom i specifičnost procesne strukture, koja može počivati na izostavljanju ili dodavanju pojedinih procesnih stadijuma ili faza ili bitnoj modifikaciji postojećih. Ako se diferenciranim regulisanjem ne menja procesna struktura, već samo pojedine odredbe o procesnim subjektima ili procesnim radnjama, ne radi se o posebnoj procesnoj formi, već o nekom izuzetku u režimu opšte ili posebne procesne forme, kojom se ona čini fleksibilnijom. Takve odstupajuće odredbe, koje karakteriše specifičan osnov ali koje nemaju za posledicu i specifičnu strukturu procesa, nazvali smo procesnim varijabilitetima.[4] Napominjemo da je specifična struktura posebnih procesnih formi često praćena i raznim procesnim varijabilitetima, mada oni nemaju konstitutivni karakter, već čine propratna obeležja forme.

S obzirom na stepen složenosti procesne strukture u odnosu na opštu formu, posebne procesne forme mogu biti uprošćene i složene. Uprošćavanje je jedan od načina ekonomizacije delovanja koji počiva na štednji energije, a postoji kada se nešto radi manje posredno ili putem manje komplikovanog sistema radnji.[5] Uprošćavanje krivične procedure najčešće počiva na tri istovremena procesa: skraćivanju (izostanku pojedinih

[2] N. Luhmann, Legitimacija kroz proceduru, Zagreb, 1992, str. 207.

[3] Više o tome vid. kod S. Brkić, Racionalizacija krivičnog postupka i uprošćene procesne forme, Novi Sad, 2004, str. 144.

[4] Više o tome vid. kod S. Cigler, Krivični postupak i diferencijacija procesnih formi, Pravni život 9/1998, str. 601-611.

[5] Vid. T. Kotarbinjski, Traktat o dobrom delanju, Beograd, 1964, str. 151.

faza ili čitavih stadijuma); ubrzanju (predviđanju kraćih procesnih rokova) i deformalizaciji postupka (izostavljanju nepotrebnih formalnosti i garantija).[6]

Pored načelnih i istorijskih argumenata, u prilog produbljene procesne diferencijacije govore pre svega pragmatički argumenti. Razmišljanja u tom pravcu su naročito podstaknuta postojećim problemima u radu krivičnog pravosuđa, koje se ne može pohvaliti visokim stepenom efikasnosti. Svedoci smo tromog, skupog i neažurnog suđenja, koje dovodi u pitanje svoju legitimnost, a time i svrhu.[7] Iza sporosti krivičnog postupka i neažurnosti sudova stoje tri grupe faktora: sve veći priliv krivičnih predmeta, koji nije praćen adekvatnim povećanjem ulaganja u pravosuđe, kao i tendencija zaštite prava okrivljenih koja vodi umnožavanju procesnih formalnosti i garancija.[8] Traganje za uprošćenim procesnim formama računa na podešavanje stepena angažovanosti organa krivičnog pravosuđa značaju i težini, vrsti ili prirodi krivičnog dela, kao i stvarnoj potrebi za njihovim radom zavisno od stanja činjenične i dokazne građe, kao i držanja procesnih subjekata u toku postupka. Smanjenjem ulaganja u slučajevima koji to opravdavaju, po principu razmene „jednostavno za jednostavno“, može se postići značajan efekat rasterećenja pravosudnih organa. Samo u takvim uslovima, oni se mogu u punoj meri posvetiti suđenju svih ostalih, težih, značajnijih i složenijih predmeta, u kojima bi bila nedopustiva odstupanja od opšte procesne strukture i vladajućih procesnih načela. Takvoj strategiji u kreiranju procesnih formi doprinose i promene u strukturi kriminaliteta, kojoj daju pečat dve pojave: dominacija masovnog, sitnog kriminaliteta, s jedne strane, ali i sve veći rast organizovanih i drugih komplikovanijih krivičnih dela.

Ideja procesne diferencijacije nije nepoznata u našem pravu. Radikalniji zaokret u tom pravcu primećujemo najpre u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2001. godine. Taj trend je nastavljen u kasnijim procesnim reformama 2004. i 2009. godine, kao i u novom Zakoniku o krivičnom

---

[6] S. Brkić, Nove procesne forme u Zakoniku o krivičnom postupku, u: Zborniku radova: Mesto jugoslovenskog krivičnog prava u savremenom krivičnom pravu, Srpsko udruženje za krivično pravo, 2002, str. 215.

[7] Veoma ilustrativne podatke o tome vid. kod S. Cigler, Faktor vreme u praksi jugoslovenskog pravosuđa, Glasnik Advokatske komore Vojvodine 7-8/1998, str. 307-320; S. Cigler, Teze o ekonomičnosti krivičnog postupka, Glasnik Advokatske komore Vojvodine 1-2/1999, str. 3-13; S. Cigler, Budžetska izdvajanja za pravosuđe i ekonomičnost krivičnog postupka, Sudska praksa 10/1997, str. 63-69.

[8] Tako, T. Vasiljević, Značaj brzine i uzroci sporosti krivičnog sudskog postupka, Arhiv 2/1941.

postupku iz 2011. godine. Inauguraciji novih procesnih formi u pomenutom periodu pristupilo se sa saznanjem da je kaznena politika naših sudova bazirana na najlakšim i lakim krivičnim sankcijama.[9] Uporedo sa uvođenjem novih posebnih krivičnoprocesnih formi, menjali su se i prilagođavali novim uslovima i do tada postojeći posebni krivični postupci. U poslednje vreme, pažnju naučne i stručne javnosti privlačile su, pre svega, novije posebne krivičnoprocesne forme, dok su one starije bile pomalo zapostavljene. Zbog toga smo se odlučili da predmet ovog rada bude skraćeni postupak, kao jedan od klasičnih, najstarijih, najrasprostranjenijih i nespornih posebnih krivičnih postupaka.

Osnov procesne diferencijacije kod skraćenog postupka je mala težina krivičnog dela, dakle, jedna osobenost objekta postupka iz materijalnopravnog aspekta. Njegova bitna obeležja su izostanak faze istrage, faze redovne kontrole optužbe i stvaranje pretpostavki za jedan neformalniji i brži glavni postupak. Dakle, s obzirom na stepen složenosti procesne strukture, skraćeni postupak se svrstava u red uprošćenih krivičnih postupaka. On spada u obavezne posebne krivičnoprocesne forme, jer je njegova primena obavezna ukoliko je reč o krivičnim delima određene težine. Međutim, obaveznost skraćenog postupka treba shvatiti samo uslovno: on ima obavezni karakter samo u odnosu na opšti krivični postupak i njihovo razgraničenje s obzirom na težinu krivičnog dela. On prestaje da bude obavezan ako su ispunjeni uslovi i dođe do primene neke druge, uprošćenije posebne procedure, koja je postavljena kao fakultativna alternativa skraćenom postupku.[10] Odstupanja skraćenog postupka od opšte procedure mogu se pravdati već pomenutim razlozima procesne ekonomije, koji se više mogu uvažavati kod lakših krivičnih dela. Skraćeni postupak spada u nepotpune procesne forme, s obzirom na obim diferenciranog regulisanja. Takvi postupci se u delu u kome nema potrebe za drugačijim regulisanjem, oslanjaju na odredbe o opštoj formi, sa kojima nisu u suprotnosti. To se izražava klauzulom o shodnoj primeni ostalih zakonskih odredaba. U slučaju spajanja u jedinstven postupak krivičnih dela iz skraćenog postupka i krivičnih dela iz opšteg postupka, za sva krivična dela sprovešće se jedinstveni opšti postupak. Odredbe o skraćenom postupku ne mogu se primenjivati u postupku prema maloletnicima. U ovom radu

[9] Tako, npr. u 2007. godini je u ukupnoj strukturi izrečenih krivičnih sankcija dominirala uslovna osuda sa 56,1%; zatim novčana kazna sa 19,2% i razni oblici kazne zatvora do jedne godine saa 17,5%. (Saopštenje Republičkog Zavoda za statistiku br. 345 od 09.12.2008).

[10] Takav je slučaj npr., sa postupkom za kažnjavanje pre glavnog pretresa po ZKP iz 2001. godine, odnosno sa ročištem za izricanje krivične sankcije po ZKP iz 2011. godine.

osvrnućemo se na novine koje u regulativi skraćenog postupka donosi novi ZKP Srbije iz 2011. godine,[11] u odnosu na do tada važeći ZKP iz 2001. godine.[12]

2. Mesto skraćenog postupka u zakonskoj sistematici

Ovaj postupak se nalazi u glavi XXVI ZKP iz 2001. godine.. Širi kontekst u kome se nalazi ta glava zakonika pomalo je problematičan. Naime, zakonskoj sistematici može se uputiti prigovor što u okviru istog (Drugog dela) koji nosi naziv „Tok postupka" reguliše i opšti krivični postupak i „Posebne odredbe za skraćeni postupak, za postupke izricanja krivičnih sankcija bez glavnog pretresa i za izricanje sudske opomene", sadržane u odeljku D. U nazivu ovog odeljka, nekada su figurirale i posebne odredbe o postupku prema maloletnicima, dok nisu prenete u poseban Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica.[13] Sam naziv ovog odeljka je veoma rogobatan. Pitamo se koliko bi tek bio dugačak njegov naziv ako bi zakonodavac uveo neke nove oblike. Ovo poslednje je sasvim moguće, s obzirom na tendenciju širenja „posebnih odredaba" za pojedine vrste postupaka. Osim toga, već sada se tom naslovu može uputiti primedba da nije obuhvatio i posebne odredbe o postupku za krivična dela organizovanog kriminala, korupcije i druga izuzetno teška krivična dela iz glave XXIXa ZKP, koja se takođe nalazi u odeljku D. Posezanje za principom enumeracije prilikom naslovljavanja zakonskih članova, glava i odeljaka nije najsjajnije rešenje. Ono nije prihvatljivo ni iz estetskih ni iz praktičnih razloga, jer zamara čitaoca zakonskog teksta. Ono je odraz nesposobnosti zakonodavca da koristi misaone operacije apstrakcije i generalizacije. U krivičnoprocesnoj teoriji se ove „posebne odredbe" o pojedinim vrstama postupaka najčešće tretiraju kao posebne vrste krivičnih postupaka. Čini nam se da je naš zakonodavac namerno izbegao upotrebu termina „posebni postupci" u odeljku D iz dva razloga. Iza prvog razloga krije se činjenica da ti postupci nisu potpuni, odnosno da sadrže samo pojedine odstupajuće odredbe u odnosu na opšti postupak, čija pravila se shodno primenjuju ako nešto nije drugačije regulisano. Otuda naziv „posebne odredbe". Mislimo da

[11] Sl. gl. RS 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013 i 45/2013. Ovaj zakonik usvojen je 26.09.2011. godine, stupio je na snagu 6.10.2011. godine a početak njegove primene odložen je do 1.10.2013, izuzev u postupcima za krivična dela za koja je posebnim zakonom određeno da postupa javno tužilaštvo posebne nadležnosti.

[12] Sl. list SRJ 70/2001 i 68/2002 i Sl. gl. RS 58/2004, 85/2005, 115/2005, 49/2007, 20/2009, 72/2009, 76/2010, 76/2010, 72/2011, 121/2012.

[13] Sl. gl. RS 85/2005.

to nije dovoljan argument, jer, s druge strane, zakonodavcu nije smetalo da koristi termin „postupak“ u gotovo svim slučajevima tih odstupajućih odredbi. Drugi razlog je bio taj što je zakonodavac trećem delu Zakonika već dao naslov „posebni postupci“, koji očigledno nemaju karakter krivičnih postupaka, osim postupka za primenu mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja.

U ZKP iz 2011. godine skraćeni postupak regulisan je u glavi XX. Ovde je zakonodavac pravilno postupio kada je tu glavu izmestio iz drugog dela zakonika, koji je posvećen toku postupka. Sada se ta glava nalazi u trećem delu zakonika, koja nosi naslov Posebni postupci. Ovde je osnovna primedba u tome što su u istom delu zakonika pomešane posebne krivičnoprocesne forme sa procesnim varijabilitetima (npr. postupak za oduzimanje imovinske koristi) i sa nekim drugim postupcima nekrivične prirode (npr. postupak za ostvarivanje prava lica neosnovano lišenog slobode ili neosnovano osuđenog).

Prema našem mišljenju, sistematika nekog zakona treba da bude zasnovana i na pravnoj prirodi ustanova, koje su predmet zakonske regulative, osim kada bi drugačiji pristup zahtevao princip ekonomičnosti jezika prava. U tom smislu, odredbe o skraćenom postupku treba da budu izdvojene od pravila opšteg postupka, s jedne strane, a s druge strane, koncentrisane u posebnom odeljku koji obuhvata sve posebne krivičnoprocesne forme, ali ne i procesne varijabilitete ili tzv. koneksne procesne forme, koje zapravo i nisu ovaploćenje krivičnog postupka, već predstavljaju neke druge procedure, koje su tesnoj vezi sa krivičnim postupkom.[14]

3. Težina krivičnog dela kao osnov za primenu skraćenog postupka

Već je rečeno da je osnov procesne diferencijacije kod skraćenog postupka težina krivičnog dela, kao jedna osobenost procesnog objekta posmatranog iz materijalnopravnog aspekta. Težina krivičnog dela ceni se kroz propisanu kaznu. Taj kriterijum je različito postavljen u starom i novom procesnom zakoniku. Prema ZKP iz 2001. godine, nakon njegovih izmena u 2009. godini, skraćeni postupak se primenjuje na krivična dela za koja je kao glavna kazna propisana novčana kazna ili zatvor do pet godina (član 433). Prema ZKP iz 2011. godine, skraćeni postupak se obavezno vodi za sva krivična dela za koja je propisana novčana kazna ili

[14] Više o tome videti u radu S. Brkić, Klasifikacija procesnih formi u krivičnom procesnom pravu Srbije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 3/2010, str. 274-303.

kazna zatvora do osam godina (član 495).[15] Sa ovako postavljenom gornjom granicom propisane kazne, skraćeni postupak zapravo postaje pravilo, a ne izuzetak, kao što je to ranije bio slučaj. Prema nekim procenama 80-85% krivičnih predmeta sudiće se u toj skraćenoj proceduri, što je trebalo da se odrazi i na drugačiju sistematiku novog Zakonika.[16]

Treba primetiti da različito određena težina krivičnog dela kao osnova za primenu skraćenog postupka, nije uticala na promenu brojnog sastava suda. I prema starom ZKP (član 24, stav 1) i prema novom ZKP (član 22, stav 1), skraćeni postupak vodi sudija pojedinac. Istovetno rešenje u tom pogledu je bilo moguće zahvaljujući činjenici da je zakonikom iz 2011. godine istovremeno podignut prag krivičnih dela za koja sudi sudija pojedinac (dela sa propisanom novčanom kaznom ili kaznom zatvora do osam godina).

4. Pokretanje skraćenog postupka

Pošto se u skraćenom postupku ne vodi istraga, postupak se pokreće neposrednim podnošenjem optužnog akta ovlašćenog tužioca sudu. Optužni akt se podnosi u potrebnom broju primeraka za sud i okrivljenog. Optužni akt javnog i supsidijarnog tužioca u skraćenom postupku je optužni predlog a optužni akt privatnog tužioca je privatna tužba. Optužni predlog se može podneti na osnovu same krivične prijave, neposrednog saznanja

[15] Primetna je težnja našeg zakonodavca da omogući sve širu primenu skraćenog postupka. To se postizalo konstantnim širenjem uslova za njegovu primenu. Tako, npr., prema ZKP iz 1976. godine, skraćeni postupak je bio rezervisan za krivična dela za koja je bila propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine, ali isključivo pred sudom koji je sudio samo u prvom stepenu. To znači da se skraćeni postupak mogao primenjivati samo u postupku pred opštinskim, ne i pred okružnim sudom. Članom 433 ZKP iz 2001. godine stvorene su pretpostavke za širenje primene skraćenog postupka, i to na dva načina. S jedne strane, ukinuto je ograničenje koje je do tada bilo vezano za sudove koji sude samo u prvom stepenu. S druge strane, omogućena je izuzetna primena nekih odredaba o skraćenom postupku i na krivična dela sa propisanom kaznom zatvora do pet godina. To su bile odredbe koje su se odnosile na glavni pretres, presudu i postupak po žalbi. Ta mogućnost je postojala uz saglasnost sva tri osnovna procesna subjekta. Izmenama i dopunama ZKP iz 2009. godine, nastavljen je ovaj trend tako što je dotadašnja izuzetna i fakultativna mogućnost primene nekih odredaba o skraćenom postupku pretvorena u obavezno pravilo, i to u pogledu svih regula skraćenog postupka, pa i one o isključenju istrage. Time je omogućena primena skraćenog postupka na dodatnih 175 krivičnih dela kod kojih su propisani razni modaliteti kazne zatvora do pet godina u osnovnom, alternativnom ili kvalifikovanom obliku, prema tada važećem Krivičnom zakoniku. Najzad, prema ZKP iz 2011. godine, za primenu skraćenog postupka merodavna je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do osam godina.

[16] Tako M. Grubač, *Nove ustanove i nova rešenja Zakonika o krivičnom postupku Srbije od 26. septembra 2011. godine*, Pravni zapisi 2/2011, str. 510.

javnog tužioca, kao i materijala pribavljenih u pretkrivičnom, odnosno u predistražnom postupku. U tom pogledu, oba posmatrana zakonika su jedinstvena. Međutim, izvesne razlike postoje u pogledu: 1) materijalnopravnog uslova za pokretanje skraćenog postupka; 2) momenta započinjanja skraćenog postupka 3) preduzimanja pojedinih procesnih radnji pre podnošenja optužnog akta; 4) sadržine optužnog predloga; 5) prethodnog ispitivanja optužnog akta; 6) prava oštećenog u slučaju neaktivnosti javnog tužioca i 7) odustanka javnog tužioca od krivičnog gonjenja ili optužbe.

4.1. Materijalnopravni uslov za pokretanje skraćenog postupka

Materijalnopravni uslov za pokretanje skraćenog postupka prema ZKP iz 2001. godine nije posebno određen u glavi XXVI, ali on nesumnjivo proizlazi iz shodne primene opštih odredaba ZKP. Naime, u tom pogledu treba imati u vidu odredbu člana 20 ZKP, prema kojoj je javni tužilac dužan da preduzme krivično gonjenje kad postoji osnovana sumnja da je određeno lice učinilo krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti. Naravno da taj isti stepen sumnje važi i za supsidijarnog i privatnog tužioca, s tom razlikom što oni nisu vezani načelom legaliteta krivičnog gonjenja, već funkciju krivičnog gonjenja vrše rukovodeći se svojim ličnim interesima i razlozima. Iako osnovana sumnja nije definisana u zakoniku, smatra se da ona predstavlja viši stepen ubeđenja o postojanju određenih činjenica od osnova sumnje. Osnovi sumnje su dovoljni za preduzimanje pojedinih ovlašćenja u pretkrivičnom postupku. Kod osnova sumnje, razlozi protiv postojanja neke činjenice dominiraju nad razlozima za njeno postojanje. Kod osnovane sumnje razlozi za postojanje neke činjenice pretežu nad razlozima protiv njenog postojanja To znači da se ona ne može zasnivati na pretpostavkama, već na stvarnim i konkretnim podacima sadržanim u materijalima pretkrivičnog postupka. Smatraće se da je sumnja bila osnovana i kad se u daljem toku postupka utvrdi da okrivljeni nije učinio dela za koja je okrivljen. Naime, osnovana sumnja je niži standard dokazanosti od izvesnosti, koja je potrebna za donošenje presude. Krivični postupak se i vodi s ciljem potvrđivanja ili obesnaživanja te sumnje. Prema tome, normalno je da se jedan broj krivičnih postupaka završi oslobađajućom presudom ili obustavom postupka, iako je na njegovom početku stajala osnovana sumnja.

Prema članu 499, stavu 1 ZKP iz 2011. godine, skraćeni postupak se pokreće kad postoji opravdana sumnja da je određeno lice učinilo krivično delo. Opravdana sumnja je zakonikom definisana kao skup činjenica koje neposredno potkrepljuju osnovanu sumnju i opravdavaju podizanje

optužbe (član 2, stav 1, tačka 19). Dakle, opravdanu sumnju u smislu ovog zakonika treba razlikovati i od osnova sumnje (koji su dovoljni za predistražni postupak i istragu) i od osnovane sumnje (koja je potrebna za određivanje pritvora). Osnovi sumnje su zakonikom određeni kao skup činjenica koje posredno ukazuju da je učinjeno krivično delo ili da je određeno lice učinilac krivičnog dela. Osnovana sumnja je skup činjenica koje neposredno ukazuju da je određeno lice učinilac krivičnog dela. I do sada se pravila razlika između osnova sumnje i osnovane sumnje, ali samo u teoriji i u praksi. Kuriozitet je da zakonodavac pokušava da definiše takve pojmove, pri čemu to čini na neodgovarajući način. Ovde se ne radi o „skupu činjenica", već o subjektivnom uverenju organa postupka da određene činjenice postoje ili da ne postoje. Razlika između pojedinih oblika uverenja nije u kvalitetu dokaza (posredni ili neposredni), već u kvantitetu razloga koji govore da određena činjenica stoji ili da ne stoji.[17] Ove definicijke se kritikuju i zbog implicitne povrede pretpostavke nevinosti, kao i zbog uvođenja u zakonodavstvo odavno prevaziđene podele dokaza na posredne (indicije) i neposredne dokaze, što je nepotrebno u režimu slobodne ocene dokaza.[18]

4.2. Momenat započinjanja skraćenog postupka

ZKP iz 2001. godine nije odredio momenat u kome se krivični postupak smatra pokrenutim. Prema preovlađujućem stanovištu u teoriji krivičnog procesnog prava, o krivičnom postupku može se govoriti tek onda kada se steknu sva tri osnovna procesna subjekta (sud, okrivljeni i ovlašćeni tužilac). S tim u skladu, smatra se da opšti krivični postupak počinje donošenjem rešenja istražnog sudije o sprovođenju istrage, a skraćeni postupak zakazivanjem glavnog pretresa.[19]

Novi ZKP iz 2011. godine definiše i momenat započinjanja krivičnog postupka. Dve su načelne primedbe koje bi se mogle uputiti usvojenim zakonskim rešenjima. Opšti krivični postupak se smatra pokrenutim donošenjem naredbe o sprovođenju istrage. Kako tu naredbu donosi nadležni javni tužilac bez ikakve kontrole suda i bez mogućnosti njenog po-

---

[17] M. Grubač, *Nove ustanove i nova rešenja Zakonika o krivičnom postupku Srbije od 26. septembra 2011, godine,* Pravni zapisi 2/2011, str. 471. Ovu definiciju kritikuju i M. Škulić, G. Ilić, *Reforma u stilu «jedan korak napred – dva koraka nazad»,* Beograd, 2012, str. 83-89.

[18] M. Škulić, G. Ilić, *Reforma u stilu «jedan korak napred – dva koraka nazad»,* Beograd, 2012, str. 87 – 88.

[19] Tako T. Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ,* Beograd, 1981, str. 13; M. Grubač, *Krivično procesno pravo,* Beograd, 2011, str. 354.

bijanja nekim pravnim sredstvom, to znači da je napuštena do sada preovlađujuća koncepcija o krivičnom postupku kao trostranom pravnom odnosu, kao kriterijumu za rešavanje pitanja momenta otpočinjanja krivičnog postupka. Osim toga, tom rešenju dovedenom u vezu sa odredbom člana 295, stavom 1 ZKP, može se uputiti i mnogo ozbiljniji prigovor: neprihvatljiva je i sama pomisao o mogućnosti vođenja krivičnog postupka protiv nepoznatog učinioca krivičnog dela. Svakako da zakonodavac prilikom kreiranja pravnih pravila ima slobodu opredeljivanja između različitih mogućih koncepata. Međutim, on mora voditi računa o svim teorijskim i praktičnim implikacijama koje iz usvojenog rešenja proizlaze.

Problematičan je i način određivanja momenta početka skraćenog postupka u ZKP iz 2011. godine. U tom pogledu imamo dve konkurentne odredbe: u članu 7, tački 3 zakonika kaže se da je krivični postupak pokrenut donošenjem rešenja o određivanju pritvora pre podnošenja optužnog predloga u skraćenom postupku, a u tački 4 – određivanjem glavnog pretresa ili ročišta za izricanje krivične sankcije. Kako su tačka 3 i tačka 4 postavljene tako da jedna drugu ne isključuju,[20] dolazimo do krajnje neprihvatljivog rešenja da u jednom predmetu imamo dva konkurentna momenta koja se smatraju početkom krivičnog postupka: prvi put krivični postupak je započeo donošenjem rešenja o određivanju pritvora, a drugi put određivanjem glavnog pretresa, odnosno ročišta za izricanje krivične sankcije, ukoliko do njih dođe. Čisto logički posmatrano, krivični postupak zbog istog krivičnog dela bi mogao po drugi put da se zasnuje, ali samo pod uslovom da je prvobitno započeti postupak okončan i da to dopušta načelo *ne bis in idem.* Drugim rečima, ono što je započeto može samo da traje, da se prekine ili okonča, a nikako da dva puta započinje. Pomenuta logička besmislica mogla bi se eventualno izbeći samo potpuno proizvoljnim tumačenjem ovih odredaba radi izbora jednog od ova dva momenta. Praktično, dilema postoji u slučaju kada su zadovoljena oba ova uslova: određen je pritvor pre podnošenja optužnog predloga, ali je kasnije podnet i optužni predlog, povodom koga je određen glavni pretres, odnosno ročište za izricanje krivične sankcije. Nadalje, rešenje predviđeno u tački 3 člana 7 ZKP nije u skladu sa optužnim načelom, koje predstavlja osnovu savremenih krivičnih postupaka. Optužno načelo nalaže da pokretanju krivičnog postupka prethodi više-manje formalan zahtev ovlašćenog tužioca za pokretanje krivičnog postupka. U tački 3 tog zahteva nema, pa ne može biti ni krivičnog postupka. Ne može se sudskom od-

[20] Za razliku od tačke 1 i tačke 2 istog člana, koje su logički postavljene po principu ili – ili.

lukom o meri procesne prinude zameniti optužni akt u užem smislu. Osim toga, ova odredba direktno protivreči odredbi člana 499, stav 1 ZKP, po kojoj se skraćeni postupak pokreće na osnovu optužnog predloga javnog tužioca ili na osnovu privatne tužbe. Takođe treba primetiti da zakonska konstrukcija kojom se određivanje pritvora smatra momentom pokretanja krivičnog postupka, delimično dezavuiše odredbu člana 584, stava 1 ZKP o tome ko se smatra licem neosnovano lišenim slobode, koje ima pravo na naknadu štete. Pomenutom zakonskom konstrukcijom praktično je eliminisan jedan osnov sticanja tog statusa: određeno lice je bilo lišeno slobode,[21] a nije došlo do pokretanja postupka. Najzad, možemo zamisliti situaciju u kojoj je određen pritvor pre podnošenja optužnog predloga, a da kasnije optužni predlog iz nekog razloga nikada nije ni podnet. Prema odredbi člana 7, tačka 3 ZKP, krivični postupak je pokrenut u momentu donošenja rešenja o određivanju pritvora. Kada i kako će takav krivični postupak biti okončan? Da li će okrivljeni biti zaštićen načelom *ne bis in idem*?

4.3. Preduzimanje pojedinih procesnih radnji pre podizanja optužnog predloga

Faza istrage u skraćenom postupku je isključena samim zakonikom. Međutim, postoji mogućnost preduzimanja pojedinih procesnih radnji pre podnošenja optužnog predloga. Takvu mogućnost predviđaju oba zakonika, ali u tom pogledu postoje određene razlike koje su posledica uvođenja tužilačkog modela istrage u novom zakoniku. Naime, prema članu 435 ZKP iz 2001. godine, pre podnošenja optužnog predloga javni tužilac može predložiti istražnom sudiji da preduzme određene istražne radnje. Ako se istražni sudija složi sa ovim predlogom, preduzeće istražne radnje, a zatim će sve spise dostaviti javnom tužiocu. Istražne radnje sprovode se što je moguće brže i kraće. Ako se istražni sudija ne složi sa predlogom za preduzimanje istražnih radnji, zatražiće odluku vanpretresnog veća. Protiv odluke tog veća žalba nije dozvoljena. Pomenuto pravo nemaju supsidijarni i privatni tužilac, čime se neopravdano dovode u neravnopravan položaj. Kad javni tužilac primi spise, može da podnese optužni predlog ili da donese rešenje o odbacivanju krivične prijave.

Prema članu 499, stavu 2 ZKP iz 2011. godine, pre nego što odluči da li će podići optužni predlog ili će odbaciti krivičnu prijavu, javni tuži-

[21] Prema članu 2, stavu 1, tački 23 ZKP, lišenje slobode je hapšenje, zadržavanje, zabrana napuštanja stana, pritvor i boravak u ustanovi koji se, u skladu sa zakonikom, uračunava u pritvor.

lac može u najkraćem mogućem roku preduzeti određene dokazne radnje. Dakle, ovde imamo jednu terminološku i jednu suštinsku razliku. Novi ZKP je napustio termin istražne radnje i dosledno govori o dokaznim radnjama u toku celog krivičnog postupka. Suštinska razlika odnosi se na subjekta preduzimanja pojedinih procesnih radnji. Po starom zakoniku to je istražni sudija, a po novom sam javni tužilac. Zbog toga u novom zakoniku nisu ni bile potrebne odredbe o postupanju u slučaju nesaglasnosti istražnog sudije sa javnim tužiocem.

4.4. Sadržina optužnog akta

Prema članu 438, stavu 1 ZKP iz 2001. godine, optužni akt u skraćenom postupku treba da sadrži: ime i prezime okrivljenog sa ličnim podacima ukoliko su poznati, kratak opis krivičnog dela; označenje suda pred kojim se ima održati glavni pretres; predlog koje dokaze treba izvesti na glavnom pretresu i predlog da se okrivljeni oglasi krivim i osudi po zakonu. Dakle, optužni predlog se razlikuje od optužnice po tome što ne mora da sarži ostale lične podatke okrivljenog osim imena i prezimena, pravnu kvalifikaciju dela i obrazloženje. Prema članu 500, stavu 1 ZKP iz 2011. godine, optužni akt u skraćenom postupku, pored navedenih elemenata, mora da sadrži još i sledeće elemente: naznačenje činjenica koje bi se imale dokazati i kojim od predloženih dokaza, zakonski naziv krivičnog dela i predlog vrste i mere krivične sankcije i mere čije se izricanje traži.

4.5. Prethodno ispitivanje optužnog akta

I prema važećem i prema novom ZKP Srbije, u skraćenom postupku je izostavljen redovan oblik kontrole optužbe, koji postoji u opštem postupku. To znači da, prema ZKP iz 2001. godine, nema prigovora protiv optužnice, a prema ZKP iz 2011. godine nema faze potvrđivanja optužnice od strane vanpretresnog veća. Umesto toga, uvedeno je prethodno ispitivanje optužnog akta od strane sudije pojedinca, koje se vrši po službenoj dužnosti. Međutim, razlikuje se način postupanja suda, odnosno odluke koje on može doneti o određenim pitanjima povodom te kontrole

Prema članu 439, stavu 1 ZKP iz 2001. godine, kad sud primi optužni predlog ili privatnu tužbu, sudija će prethodno ispitati da li je sud nadležan, da li treba sprovesti pojedine istražne radnje ili dopuniti sprovedene istražne radnje i da li postoje uslovi za odbacivanje optužnog predloga ili privatne tužbe. Ovde je zakonodavac očigledno propustio da navede i mogućnost odbijanja optužnog akta, koja proizlazi iz kasnijih odredaba zakonika. Ako sudija utvrdi da je za suđenje nadležan drugi sud, oglasiće se nenadležnim i po pravnosnažnosti rešenja ustupiće

predmet tom sudu, a ako utvrdi da je za suđenje nadležan viši sud, ustupiće predmet na dalji postupak javnom tužiocu koji postupa pred višim sudom. Ako javni tužilac smatra da je za suđenje nadležan sud koji mu je dostavio predmet, zatražiće odluku veća suda pred kojim postupa (član 440). Prema članu 441 istog zakonika, sudija će odbiti optužni predlog iz dva razloga: a) ako delo koje je predmet optužbe nije krivično delo, a nema uslova za primenu mera bezbednosti; b) ako je krivično gonjenje zastarelo ili je delo obuhvaćeno amnestijom ili pomilovanjem ili postoje druge okolnosti koje trajno isključuju krivično gonjenje. Samo ako su bile sprovedene pojedine istražne radnje, optužni predlog će se odbiti i ako nema dovoljno dokaza da je okrivljeni osnovano sumnjiv za delo koje je predmet optužbe (upućivanje na odredbu člana 274 ZKP). U okviru samog skraćenog postupka ne navode se razlozi za odbacivanje optužnog predloga, što je svakako propust zakonodavca. Mislimo da u tom pogledu treba analogno primeniti odredbu člana 274, stava 2 ZKP, koja inače navodi razloge za odbacivanje optužnice: ako nema zahteva ovlašćenog tužioca, potrebnog predloga ili odobrenja za krivično gonjenje, ili postoje druge okolnosti koje privremeno sprečavaju gonjenje.

Novi ZKP je na ovom planu precizniji i potpuniji. Jedna od novina je odredba člana 501, stava 1, koja obavezuje sudiju pojedinca da odmah po prijemu optužnog akta ispita da li je propisno sastavljen, pa ako ustanovi da nije, vraća ga tužiocu da u roku od tri dana ispravi nedostatke. Iz opravdanih razloga, na zahtev tužioca, sudija može produžiti taj rok. Iako slične odredbe nema u ZKP iz 2001. godine, smatramo da to nije veliki propust zakonodavca, pošto se ta radnja i njene posledice podrazumevaju na osnovu shodne primene opštih odredaba ZKP (a odredbe te vrste su smeštene u članu 267 ZKP). Međutim, novina je u tome što se novim zakonikom izričito predviđa posledica propuštanja tog roka od strane javnog tužioca, a to je odbacivanje optužnog predloga. Smatramo da je to rešenje dobro jer sprečava nekontrolisano odugovlačenje postupka zbog neaktivnosti javnog tužioca. Sa druge strane, javni interes nije time oštećen jer pravnosnažno rešenje o odbacivanju optužnog akta ne potpada pod dejstvo načela *ne bis in idem*, odnosno ne sprečava novi postupak protiv istog lica za isto delo (član 4 novog ZKP).

Druga razlika odnosi se na slučaj kada sudija utvrdi da je za suđenje nadležan drugi sud. Po novom zakoniku, sud će se uvek oglasiti nenadležnim i po pravnosnažnosti rešenja ustupiće predmet tom sudu. I ovo rešenje ocenjujemo kao principijelnije od sadašnjeg.

I po novom zakoniku sudija može da utvrdi da je potrebno bolje razjašnjenje stanja stvari da bi se ispitala osnovanost optužnog akta. On tada naređuje preduzimanje određenih dokaznih radnji ili prikupljanje određenih dokaza, ali ne istražnom sudiji, kao što je to sada slučaj. Prema novom zakoniku, preduzimanje tih radnji nalaže se javnom tužiocu, a prikupljanje određenih dokaza privatnom tužiocu. Na raspolaganju im je rok od trideset dana. Sudija može na zahtev tužioca iz opravdanih razloga i produžiti taj rok. Ako javni tužilac propusti taj rok, dužan je da o razlozima propuštanja obavesti neposredno višeg javnog tužioca. Ako privatni tužilac propusti pomenuti rok, smatraće se da je odustao od gonjenja i optužba će rešenjem biti odbijena. Terminološka razlika (novi izraz dokazne radnje umesto starog termina istražne radnje) ovde nije toliko bitna. Bitno je da te radnje ne preduzima istražni sudija, već javni tužilac; da mu se ostavlja određen rok za to i da se predviđaju posledice propuštanja tog roka.

Nadalje, u novom zakoniku eksplicitno su predviđeni razlozi za odbacivanje optužnog akta: nepostojanje zahteva ovlašćenog tužioca, predloga ili odobrenja ili druge okolnosti koje privremeno sprečavaju gonjenje (član 502).

Najzad, postoji i jedna razlika u pogledu razloga za odbijanje optužnog predloga. Tu se upućuje na primenu odredaba člana 338, stava 1 novog ZKP, iz čega proizlazi da se optužni predlog uvek može odbiti i zbog nepostojanja dovoljno dokaza za opravdanu sumnju da je okrivljeni učinio krivično delo koje je predmet optužbe, nezavisno od toga da li je tome prethodilo preduzimanje pojedinih dokaznih radnji.

4.6. Prava oštećenog u slučaju neaktivnosti javnog tužioca

Oba zakonika predviđaju određena prava oštećenog u slučaju da javni tužilac u određenom roku po prijemu krivične prijave oštećenog ne podnese optužni predlog, niti obavesti oštećenog da je odbacio krivičnu prijavu. Razlika je u roku koji je u tom pogledu relevantan, kao i u pravima koja ima oštećeni.

Prema članu 437 ZKP iz 2001. godine, ako javni tužilac u roku od mesec dana po prijemu krivične prijave ne donese nijednu od dve pomenute odluke, oštećeni ima pravo da kao tužilac preduzme gonjenje, podnošenjem optužnog predloga sudu. Dakle, ovaj zakonik uvodi jedan osnov više za nastupanje supsidijarne tužbe u skraćenom postupku u odnosu na opšti postupak i istovremeno odstupa od principa da je supsidijarna tužba moguća samo u slučaju izričitog odustanka od gonjenja javnog tužioca.

Prema članu 499, stavu 3 ZKP iz 2011. godine, ako javni tužilac u roku od šest meseci od dana prijema krivične prijave ne podnese optužni predlog, niti obavesti oštećenog da je odbacio krivičnu prijavu, oštećeni ima prava iz člana 51 ZKP. To znači da on po novom zakoniku više ne može da se pojavi kao supsidijarni tužilac, već samo da podnese prigovor neposredno višem javnom tužiocu. Neposredno viši javni tužilac će u roku od 15 dana od dana prijema prigovora odbiti ili usvojiti prigovor rešenjem, protiv kojeg nije dozvoljena žalba ni prigovor. Rešenjem kojim usvaja prigovor javni tužilac će izdati obavezno uputstvo nadležnom javnom tužiocu da preduzme, odnosno nastavi krivično gonjenje.

4.7. Odustanak javnog tužioca od krivičnog gonjenja ili optužbe

Novi ZKP izričito reguliše odustanak javnog tužioca od krivičnog gonjenja ili optužbe. On može odustati od krivičnog gonjenja do određivanja glavnog pretresa ili ročišta za izricanje krivične sankcije, a od optužbe - od određivanja do završetka glavnog pretresa ili ročišta za izricanje krivične sankcije. Ova razlika je napravljena s obzirom na zakonsku definiciju momenta započinjanja krivičnog gonjenja (član 5, stav 2) i momenta pokretanja krivičnog postupka (član 7, tačka 4). Krivično gonjenje započinje prvom radnjom javnog tužioca, ili ovlašćenih službenih lica policije na osnovu zahteva javnog tužioca, preduzetom u skladu sa zakonikom radi provere osnova sumnje da je učinjeno krivično delo ili da je određeno lice učinilo krivično delo. Skraćeni krivični postupak se smatra pokrenutim određivanjem glavnog pretresa ili ročišta za izricanje krivične sankcije, odnosno donošenjem rešenja o određivanju pritvora pre podnošenja optužnog predloga. Dakle, do pokretanja krivičnog postupka, javni tužilac može odustati samo od krivičnog gonjenja i tada on zadržava mogućnost da kasnije ponovo podnese novi optužni predlog protiv istog okrivljenog. Kako krivičnog postupka u tom slučaju nije ni bilo, donosi se rešenje o odbacivanju optužnog predloga (s obzirom na član 502 ZKP), a ono ne podleže dejstvu načela *ne bis in idem.* Nasuprot tome, od momenta započinjanja krivičnog postupka (određivanjem glavnog pretresa), na odustanak od optužbe javnog tužioca sud treba da reaguje odbijajućom presudom, koja podleže načelu *ne bis in idem.*

U vezi sa članom 7, tačkom 3 novog ZKP, po kome se skraćeni postupak smatra pokrenutim i donošenjem rešenja o određivanju pritvora pre podnošenja optužnog predloga, može se pojaviti dilema da li tu javni tužilac odustaje od krivičnog gonjenja ili od optužbe. U tom

slučaju formalni optužni akt još ne postoji, ali s obzirom na zakonsku formulaciju bilo bi mesta tumačenju da tada postoji optužba u materijalnom smislu, onako kako je shvaćena u praksi Evropskog suda za ljudska prava. Naime, optužba se tu shvata u širem smislu, tako da može obuhvatiti i slučajeve izdavanja naloga za hapšenje zbog krivičnog dela.[22] Ako bi skraćeni postupak bio pokrenut na takav način a javni tužilac potom izjavio da odustaje od gonjenja pre glavnog pretresa, to bi se trebalo smatrati odustankom od optužbe, zbog čega bi sud doneo rešenje o obustavi postupka a ne odbijajuću presudu, jer se ona vezuje za glavni pretres.

U slučaju odustanka javnog tužioca u skladu sa članom 497, stavom 1 ZKP, oštećeni ima prava predviđena odredbama zakonika (član 51 i 52). Ova zakonska odredba je veoma neprecizna. Naime, postavlja se pitanje da li u oba ova slučaja oštećeni ima oba prava, odnosno da li može da bira između primene člana 51 i člana 52 ZKP. Pri tome treba imati u vidu da član 51 ZKP reguliše pravo oštećenog na prigovor, dok se član 52 ZKP odnosi na preuzimanje krivičnog gonjenja od strane oštećenog. Neki autori smatraju da ova odredba znači da, kako u slučaju odustanka od krivičnog gonjenja, tako i u slučaju odustanka od optužbe, oštećeni ima pravo da podnese prigovor ili da preduzme krivično gonjenje.[23] Nismo sigurno da ima mesta ovakvom tumačenju. Čini nam se da je intencija zakonodavca bila da omogući supsidijarnu tužbu samo u slučaju odustanka od optužbe, a ne i u slučaju odustanka od krivičnog gonjenja. Takav zaključak proizlazi iz članova 51 i 52 ZKP, koji u tom pogledu predstavljaju osnovne odredbe o pravima oštećenog. Ne vidimo zašto bi zakonodavac odstupio od tog pravila u vezi sa odustankom javnog tužioca u skraćenom postupku. Ako bi zakonodavac i imao takvu nameru, onda bi je trebao eksplicitno navesti.

5. Glavni pretres

5.1. Rok za određivanje glavnog pretgresa

Prema članu 439, stavu 2 ZKP iz 2001. godine, ako sudija ne donese nijedno od rešenja (o oglašavanju nenadležnim, o sprovođenju pojedinih istražnih radnji, o odbacivanju ili o odbijanju optužnog akta), dostaviće optužbu okrivljenom i zkazaće odmah glavni pretres. Ako se glavni pre-

[22] Tako npr., Wemhoff protiv SR Nemačke, 27.6.1968; navedeno prema N. Mole, C. Harby, *Pravo na pravično suđenje, Vodič za primenu člana 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima,* Beograd, 2003, str. 29-30.Na tom stanovištu su i G. P. Ilić i drugi, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku,* Beograd, 2012, str. 978.

[23] G. P. Ilić i drugi, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku,* Beograd, 2012, str. 978.

tres ne zakaže u roku od mesec dana od prijema optužnog akta, sudija je dužan da o razlozima izvesti predsednika suda, koji će preduzeti mere da se glavni pretres što pre održi.

Prema članu 504, stavu 1 ZKP iz 2011. godine, sudija će naredbom odrediti dan, čas i mesto održavanja glavnog pretresa najkasnije u roku od 30 dana, a ako je određen pritvor u roku od 15 dana, računajući od dana dostavljanja optužnog akta okrivljenom.

5.2. Mesto održavanja glavnog pretresa

Prema članu 443 ZKP iz 2001. godine, glavni pretres se drži u mestu suda. U hitnim slučajevima, naročito kad treba izvršiti uviđaj ili kada je to u interesu lakšeg sprovođenja dokaznog postupka, može se po odobrenju predsednika suda glavni pretres odrediti i u mestu gde je krivično delo učinjeno ili gde se ima preduzeti uviđaj, ako su ta mesta na području tog suda.

ZKP iz 2011. godine ne sadrži posebne odredbe o mestu održavanja glavnog pretresa u skraćenom postupku. On nije ni imao potrebe za fleksibilnijim odredbama o mestu održavanja glavnog pretresa u skraćenom postupku, s obzirom na shodnu primenu opšte odredbe člana 354 ZKP. Po toj odredbi, glavni pretres se održava u sedištu suda i u sudskoj zgradi. Ako su u pojedinim slučajevima prostorije u sudskoj zgradi nepodesne za održavanje glavnog pretresa ili iz drugih opravdanih razloga, predsednik suda može odrediti da se pretres održi u sudskoj zgradi izvan sedišta suda ili u drugoj zgradi na području tog suda. Predsednik Vrhovnog kasacionog suda može, na obrazloženi predlog predsednika nadležnog suda, odrediti da se glavni pretres održi i izvan područja nadležnog suda.

5.3. Pozivanje na glavni pretres

U ovom pogledu postoji jedna mala razlika između dva posmatrana zakonika. Prema članu 442, stavu 1 ZKP iz 2001. godine, sudija po potrebi pribavlja i predmete koji treba da posluže kao dokaz na glavnom pretresu. Takve odredbe u novom ZKP nema, što je u skladu sa novom koncepcijom dokaznog postupka koji se skoro u potpunosti nalazi u rukama stranaka, dok sud zadržava ulogu pasivnog posmatrača i neutralnog arbitra. S druge strane, ZKP iz 2011. godine pominje još jednog učesnika postupka koji se takođe poziva na glavni pretres, a to je stručni savetnik.[24]

[24] Stručni savetnik je lice koje raspolaže stručnim znanjem iz oblasti u kojoj je određeno veštačenje.O njegovim pravima i dužnostima videti u članu 126 ZKP.

5.4. Pretpostavke za održavanje glavnog pretresa

Pretpostavke za održavanje glavnog pretresa u skraćenom postupku su unekoliko drugačije nego u opštem postupku. One skraćeni postupak čine veoma fleksibilnim i bržim.

Međutim, ni u tom pogledu stanje nije isto u posmatranim procesnim zakonicima.

Prema članu 445 ZKP iz 2001. godine, glavni pretres održaće se i ako ne dođe javni tužilac koji je uredno pozvan, što u opštem postupku nije moguće. U tom slučaju, oštećeni ima pravo da na glavnom pretresu zastupa optužbu u granicama optužnog predloga.Takođe, u skraćenom postupku ne postoji pretpostavka odustanka od gonjenja uredno pozvanog privatnog i supsidijarnog tužioca, ukoliko su podneli predlog da se glavni pretres održi u njihovom odsustvu. Glavni pretres u skraćenom postupku može se održati i bez prisustva okrivljenog. Tu je moguće tzv. suđenje nedošavšem okrivljenom. Naime, ako okrivljeni ne dođe na glavni pretres, iako je uredno pozvan ili mu se poziv nije mogao uručiti zbog neprijavljivanja sudu promene adrese ili boravišta, sud može odlučiti da se glavni pretres održi i u njegovom odsustvu pod uslovom da njegovo prisustvo nije nužno i da je pre toga bio saslušan. Ovo predstavlja odstupanje od načela neposrednosti.

I prema ZKP iz 2011. godine moguće je suđenje nedošavšem optuženom. S tim u vezi postoje tri novine u odnosu na regulativu starog zakonika. Naime, takva mogućnost je sada ograničena na krivična dela za koja je kao glavna kazna propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine. Takođe, traži se da sud pre donošenja odluke o tome uzme izjave od tužioca. Najzad, kao jedan od uslova pominje se da je optuženi bio uredno pozvan, ali ne i da mu se poziv nije mogao uručiti zbog neprijavljivanja sudu promene adrese ili boravišta. Ova poslednja odredba nije ni bila potrebna, s obzirom na 246, stav 1 ZKP. Naime, ako se dostavljanje pismena okrivljenom ne može izvršiti na adresu o kojoj je okrivljeni obavestio organ postupka, dostavljač će ostaviti obaveštenje da će se pismeno istaći na oglasnoj tabli i po mogućstvu, na internet stranici organa postupka. Po proteku roka od osam dana od dana isticanja pismena, smatra se da je dostavljanje izvršeno.Međutim, novi ZKP više ne poznaje mogućnost održavanja glavnog pretresa u skraćenom postupku bez prisustva ovlašćenog tužioca, što je posledica jačanja dokazne inicijative stranaka i skoro potpune dokazne pasivizacije suda. S druge strane, novi ZKP sadrži i jednu novu odredbu, po kojoj se glavni pretres može izuzetno održati u odsutnosti pozvanih stranaka ako sudija oceni da bi se, prema dokazima koji se nalaze u spisima, očigledno moralo doneti rešenje kojim se optu-

žba odbacuje ili odbijajuća presuda. Inače, u teoriji i sudskoj praksi je sporno da li se u skraćenom postupku može suditi i odbeglom optuženom, ili je takva mogućnost rezervisana isključivo za opšti krivični postupak. Smatramo da se odredbe o suđenju odbeglom okrivljenom shodno mogu primeniti i na skraćeni postupak, prema oba zakonika.

5.5. Ocena mesne nadležnosti

Prema članu 440, stavu 2 ZKP iz 2001. godine, posle zakazivanja glavnog pretresa, sud se ne može po službenoj dužnosti oglasiti mesno nenadležnim. Prigovor mesne nenadležnosti može se staviti najdocnije do početka glavnog pretresa (član 444, stav 1 ZKP).

ZKP iz 2011. godine sadrži dve protivrečne odredbe o ovom pitanju. Prema članu 496 zakonika, posle zakazivanja glavnog pretresa ili ročišta za izricanje krivične sankcije, sud se ne može oglasiti mesno nenadležnim niti stranke mogu isticati prigovor mesne nenadležnosti. Međutim, prema članu 504, stavu 3 ZKP, prigovor mesne nenadležnosti može se staviti najkasnije do početka glavnog pretresa. Mislimo da bi u ovom slučaju prednost trebalo dati ovom poslednjem rešenju, kako bi stranke stvarno mogle koristiti pravo isticanja prigovora mesne nenadležnosti. Osim toga, primećuje se i terminološka neujednačenost: na nekim mestima govori se o određivanju glavnog pretresa, a na drugim o njegovom zakazivanju. Smatramo da je ova neujednačenost slučajni propust zakonodavca i da se time nije htela naglasiti nikakva razlika između tih odredaba.

U slučaju iz člana 7, tačke 3 ZKP, koji momenat otpočinjanja skraćenog postupka vezuje za donošenje rešenja o o određivanju pritvora, postavlja se pitanje da li je sud uopšte u mogućnosti da ceni svoju mesnu nadležnost. Sudska praksa je na stanovištu da postojanje optužnog akta predstavlja neizostavni uslov za ocenu mesne nadležnosti.[25] Problem je u tome što u ovom slučaju optužni predlog još nije podnet, tako da nije isključena mogućnost da se istim pitanjem sud pozabavi i kada mu bude dostavljen optužni predlog.[26]

5.6. Postupanje u slučaju stvarne nenadležnosti

Prema članu 446, stavu 4 ZKP iz 2001. godine, ako u toku ili po završetku glavnog pretresa sudija nađe da je za suđenje nadležan viši sud, dostaviće spise nadležnom javnom tužiocu, a ako nađe da je za suđenje

[25] Navedeno prema G. P. Ilić i drugi, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku,* Beograd, 2012, str. 977.

[26] Ibidem, str. 977.

nadležno veće, obrazovaće se veće i glavni pretres će početi iznova. Ovakvu fleksibilnost novi ZKP omogućava samo u slučaju obrazovvanja veća. U pogledu stvarne nenadležnosti suda postupa se po opštem pravilu: donosi se rešenje od odbacivanju optužbe (član 507, stav 3 ZKP).

5.7. Priznanje okrivljenog na glavnom pretresu

Prema članu 446, stavu 2 ZKP iz 2001. godine, u slučaju potpunog priznanja okrivljenog datog na glavnom pretresu, koje je potkrepljeno drugim dokazima, sud će uz saglasan predlog stranaka prekinuti dokazni postupak i preći na izricanje krivične sankcije, osim ako posumnja u istinitost priznanja. U težnji da stimuliše okrivljenog da prihvati ovu ustanovu, zakonik ograničava registar krivičnih sankcija koje mu se u tom slučaju mogu izreći: sudska opomena, uslovna osuda, kazna oduzimanja vozačke dozvole kazna rada u javnom interesu, novčana kazna i kazna zatvora do jedne godine, a uz njih jedna ili više sledećih mera: oduzimanje predmeta, zabrana upravljanja motornim vozilom i oduzimanje imovinske koristi. Za dela iz člana 433, stav 2 zakonika, kazna zatvora ne može biti veća od tri godine.[27]

Sličnu odredbu ima i član 508, stav 1 ZKP iz 2011. godine. U slučaju priznanja optuženog na glavnom pretresu, koje ispunjava pretpostavke iz člana 88 ZKP, sudija može nakon uzimanja izjava od stranaka, preći na izvođenje dokaza od kojih zavisi odluka o vrsti i meri krivične sankcije. Iz člana 88 ZKP, proizlazi da priznanje optuženog mora imati sledeće kvalitete: da ne postoji osnovana sumnja u istinitost priznanja; da je priznanje potpuno, neprotivrečno i jasno i da nije u suprotnosti sa drugim dokazima. U težnji da stimuliše optuženog da prihvati ovu ustanovu, zakonik ograničava registar krivičnih sankcija koje mu se u tom slučaju mogu izreći: za dela za koja je kao glavna kazna propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina, sudija može izreći kaznu zatvora do tri godine, a za krivična dela za koja je propisana kazna zatvora do osam godina može izreći kaznu zatvora do pet godina. Ova odredba zahteva poseban komentar. Posebne odredbe o skraćenom krivičnom postupku imaju smisla samo ako je opravdano neko odstupanje od pravila opšteg postupka. Iz člana 88 i člana 394, stava 3 ZKP nedvosmisleno proizlazi da se u slučaju istinitog, potpunog neprotivrečnog i jasnog priznanja, dalji dokazni postupak vodi samo radi utvrđivanja činjenica od kojih zavisi odluka suda o vrsti i meri krivične sankcije. Zbog toga je u najmanju ruku čudna odredba člana 508 ZKP, prema kojoj sudija u skraćenom postupku može

[27] Na ovom mestu zakonodavcu se potkrala jedna greška, jer se poziva na ukinuti član 433, stav 2 ZKP.

u slučaju priznanja optuženog na glavnom pretresu, nakon uzimanja izjava od stranaka, preći na izvođenje dokaza od kojih zavisi odluka o vrsti i meri krivične sankcije. U skraćenom postupku su umesna samo ona odstupanja od opštih pravila, koja su na liniji njegovog uprošćavanja, ubrzanja i deformalizacije.Ako prema opštem procesnom pravilu priznanje učinilaštva određenog kvaliteta obavezno ima za posledicu prelazak na dokazivanje činjenica od kojih zavisi odluka o vrsti i meri krivične sankcije, onda je potpuno besmisleno da je u skraćenom postupku to samo mogućnost, koja je uz to uslovljena i uzimanjem izjava od stranaka. Zbog toga bi član 508, stav 1 ZKP trebalo brisati. Odredba stava 2 pomenutog člana mogla bi se i dalje zadržati, jer zakonodavac može posebno honorisati davanje priznanja u skraćenom postupku.

6. Donošenje presude i pravni lekovi

6.1. Rok za pismenu izradu presude

Prema članu 446, stavu 5 ZKP iz 2001. godine, presuda se mora pismeno izraditi u roku od osam dana. Prema članu 507, stavu 4 ZKP iz 2011. godine, presuda će se pismeno izraditi i poslati u roku od 15 dana od dana objavljivanja.

6.2. Izostavljanje obrazloženja presude

Prema članu 446, stavu 7 ZKP iz 2001. godine, stranke i oštećeni se mogu odreći prava na žalbu odmah po objavljivanju presude. U takvom slučaju, prepis presude dostaviće se stranci i oštećenom samo ako to zahtevaju. Ako su se obe stranke i oštećeni po objavljivanju presude odrekli prava na žalbu i ako niko od njih nije zahtevao dostavljanje presude, pismeno izrađena presuda ne mora da sadrži obrazloženje.

Takve odredbe nema u ZKP iz 2011. godine u sklopu regula skraćenog postupka. Međutim, takve odredbe nisu ni bile potrebne u uslovima postojanja opštije odredbe člana 429 ZKP koja pokriva takve slučajeve i u opštem postupku, a koja je čak i dalekosežnija. Naime, pismeno izrađena presuda ne mora da sadrži obrazloženje u dva slučaka: a) ako su stranke, branilac, oštećeni i lice kome je oduzet predmet ili kome je oduzeta imovinska korist pribavljena krivičnim delom ili proistekla iz njega, odmah po objavljivanju presude izjavile da se odriču prava na žalbu; b) ako je optuženom izrečena kazna zatvora u trajanju do tri godine, novčana kazna, kazna rada u javnom interesu, kazna oduzimanja vozačke dozvole, uslovna osuda ili sudska opomena, a osuda je zasnovana na priznanju optuženog koje ispunjava pretpostavke iz člana 88 zakonika..

6.3. Rok za žalbu protiv presude

Rok za žalbu protiv presude u skraćenom postupku je kraći od roka u opštem postupku. Oba procesna zakonika predviđaju da se u skraćenom postupku može izjaviti presuda u roku od osam dana od dana dostavljanja prepisa presude (član 446, stav 6 ZKP iz 2001. godine i član 509, stav 1 ZKP iz 2011. godine). Međutim, novi ZKP sadrži jednu novinu u pogledu mogućnosti produženja tog roka. U složenim predmetima, stranke i branilac mogu odmah po objavljivanju presude zahtevati produženje roka za izjavljivanje žalbe. O tom zahtevu odmah odlučuje sudija pojedinac rešenjem, protiv kojeg žalba nije dozvoljena. Ako usvoji zahtev, sudija može produžiti rok za izjavljivanje žalbe do 15 dana.

6.4. Prošireno pravo oštećenog na žalbu

Oštećeni kao sporedni procesni subjekat po pravilu ima ograničeno pravo na žalbu. Prema članu 446, stavu 10 ZKP iz 2001. godine, ako javni tužilac nije prisustvovao glavnom pretresu, oštećeni ima pravo na izjavljivanje žalbe protiv presude, bez obzira da li se žali i javni tužilac. ZKP iz 2011. godine nema takvu odredbu iz prostog razloga što se prema njemu glavni pretres u skraćenom postupku više ne može držati u odsustvu javnog tužioca.

6.5. Obaveštavanje o sednici veća ili pretresu

Odredbe o obaveštavanju o sednici drugostepnog veća identične su u oba procesna zakonika.. Međutim, ZKP iz 2001. godine sadrži jednu odredbu, koje nema u novom ZKP. Naime, članom 448, stavom 2 tog zakonika predviđeno je da će predsednik veća kod krivičnih dela za koja se postupak vodi po zahtevu javnog tužioca, pre sednice veća dostaviti spise javnom tužiocu, koji može podneti svoj pisani predlog. S druge strane, ZKP iz 2011. godine sadrži odredbu, prema kojoj se drugostepeni pretres može održati i u odsustvu uredno pozvanog okrivljenog pod uslovima iz člana 507, stava 2 ZKP (suđenje nedošavšem okrivljenom). Takve odredbe nema u starom zakoniku.

7. Pritvor u skraćenom postupku

7.1. Osnovi za određivanje pritvora

Osnovi za određivanje pritvora u skraćenom postupku su mnogo uži nego u opštem postupku. Prema članu 436 ZKP iz 2001. godine, pritvor u skraćenom postupku se može odrediti s ciljem nesmetanog vođenja kri-

vičnog postupka protiv lica za koje postoji osnovana sumnja da je učinilo krivično delo samo po dva osnova: a) ako se krije ili ako se ne može utvrditi njegova istovetnost ili ako postoje druge okolnosti koje očigledno ukazuju na opasnost od bekstva;

b) ako je u pitanju krivično delo za koje se može izreći kazna zatvora od tri godine, a osobite okolnosti ukazuju da će okrivljeni dovršiti pokušano krivično delo ili da će izvršiti krivično delo kojim preti ili da će ponoviti krivično delo.

ZKP iz 2011. godine u tom pogledu donosi nekoliko novina:

a) kao opšti uslov za određivanje pritvora traži se samo osnovana sumnja da je neko lice učinilo krivično delo, dok se više ne pominje i cilj nesmetanog vođenja krivičnog postupka;

b) uvedena su još tri razloga za određivanje pritvora:

1) ako optuženi očigledno izbegava da dođe na glavni pretres. Prema ZKP iz 2001. godine nije postojala mogućnost određivanja pritvora iz ovog razloga. To nije ni bilo potrebno, jer je bilo moguće suđenje nedošavšem okrivljenom za sva dela koja se sude u skraćenom postupku. ZKP iz 2011. godine uvodi pomenuti pritvorski osnov i u skraćeni postupak zbog toga što je suđenje nedošavšem okrivljenom moguće samo za dela za koja je propisana kazna zatvora do tri godine, a skraćeni postupak se vodi i za dela sa propisanom kaznom zatvora do osam godina.

2) ako postoje okolnosti koje ukazuju da će uništiti, sakriti, izmeniti ili falsifikovati dokaze ili tragove krivičnog dela ili ako osobite okolnosti ukazuju da će ometati postupak uticanjem na svedoke, saučesnike ili prikrivače.[28]

3) Ako je okrivljenom izrečena kazna zatvora od pet godina ili teža i ako je to opravdano zbog posebno teških okolnosti krivičnog dela

v) pritvorski osnov koji se odnosio na opasnost od ponavljanja krivičnog dela, njegovog dovršenja ili činjenja krivičnog dela kojim preti, nije više ograničen težinom krivičnog dela. Osim toga, precizirano je da se takva opasnost vršenja krivičnih dela odnosi na kratak vremenski period.

7.2. Trajanje pritvora pre podnošenja optužnog predloga

Prema članu 436, stavu 2 ZKP iz 2001. godine, pre podnošenja optužnog predloga pritvor može trajati samo onoliko koliko je potrebno da se sprovedu istražne radnje, ali ne duže od osam dana.

Prema članu 498, stavu 2 ZKP iz 2011. godine pre podnošenja optužnog predloga pritvor može trajati samo onoliko koliko je potrebno da se

[28] Primećujemo da ovde nije uvažena mogućnost uticanja na veštake.

sprovedu dokazne radnje, ali ne duže od 30 dana. Ako se postupak vodi za krivično delo za koje se može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna, pritvor se može, na obrazloženi predlog javnog tužioca, produžiti najviše za još 30 dana, radi prikupljanja dokaza koji iz opravdanih razloga nisu prikupljeni. Predviđanje znatno dužeg roka za pritvor određen pre podnošenja optužnog predloga, opravdan je zbog činjenice da se sada u skraćenom postupku sude dela sa propisanom kaznom zatvora do osam godina.

7.3. Kontrola opravdanosti pritvora po službenoj dužnosti

Prema članu 436, stavu 3 ZKP iz 2001. godine, veće je dužno da svakih mesec dana ispita da li postoje razlozi za pritvor. Prema članu 498, stavu 4 ZKP iz 2011. godine, kontrolu opravdanosti daljeg rtrajanja pritvora vrši vanpretresno veće po službenoj dužnosti svakih 30 dana. S ovim u vezi podsećamo da se rokovi određeni na mesece i dane ne poklapaju uvek. Osim toga, ustanovi pritvora, koja treba da se svede na najkraće moguće vreme, primerenije je propisivati rokove određene na dane, nego rokove određene na mesece.

7.4. Određivanje pritvora posle izricanja presude

Član 498, stav 5 ZKP iz 2011. godine upućuje na shodnu primenu člana 211, stava 3 ZKP. Prema toj odredbi, kad izrekne presudu na kaznu zatvora ispod pet godina, sud može optuženom koji se brani sa slobode odrediti pritvor ako postoje raszlozi iz člana 211, stava 1, tačke 1 i 3 ZKP, a optuženom koji se nalazi u pritvoru ukinuće pritvor, ako za pritvor više ne postoje razlozi zbog kojih je bio određen.

Takvu upućujuću odredbu u okviru skraćenog postupka ne sadrži ZKP iz 2001. godine, ali to nije ni bilo potrebno, s obzirom na opštu odredbu o shodnoj primeni pravila opšteg postupka, tako da i tu važi član 358, stav 1 ZKP.

7.5. Dužnost postupanja sa naročitom hitnošću

Prema članu 436, stavu 4 ZKP iz 2001. godine, kad se okrivljeni nalazi u pritvoru, sud je dužan da postupa sa naročitom hitnošću. Takve odredbe nema u okviru regula skraćenog postupka u ZKP iz 2011. godine. Međutim, i ovde se pokazuje da to nije neophodno, s obzirom na opštu odredbu o shodnoj primeni pravila opšteg postupka. U tom smislu, dužnost postupanja sa naročitom hitnošću postulirana je u članu 210, stavu 2 ZKP.

8. Postupanje po privatnoj tužbi

Prema članu 447 ZKP iz 2001. godine, pre zakazivanja glavnog pretresa za krivična dela za koja se goni po privatnoj tužbi, sudija može pozvati samo privatnog tužioca i osumnjičenog da određenog dana dođu u sud radi prethodnog razjašnjavanja stvari, ako smatra da bi to bilo celishodno za brže okončanje postupka. Osumnjičenom se uz poziv dostavlja i prepis privatne tužbe. Ako ne dođe do izmirenja privatnog tužioca i osumnjičenog i povlačenja privatne tužbe, sudija će uzeti izjave od njih i pozvati ih da stave svoje predloge u pogledu pribavljanja dokaza. Ako sudija ne nađe da postoje uslovi za odbacivanje tužbe, doneće odluku o tome koji će se dokazi izvesti na glavnom pretresu i zakazaće, po pravilu, odmah glavni pretres i saopštiće to strankama. Ako sudija smatra da nije potrebno pribavljanje dokaza, a ne postoje drugi razlozi za posebno zakazivanje glavnog pretresa, može odmah otvoriti glavni pretres i po izvođenju dokaza koji se nalaze pred sudom doneti odluku povodom privatne tužbe. Na ovo će se posebno upozoriti privatni tužilac i osumnjičeni prilikom dostavljanja poziva. Za neodauzivanje privatnog tužioca na poziv za pomenuto ročište, smatraće se da je odustao od privatne tužbe. U slučaju nedolaska okrivljenog, ako je sudija odlučio da otvori glavni pretres, primeniće se član 445, stav 3 ZKP (suđenje nedošavšem okrivljenom).

Unekoliko drugačije odredbe o postupanju sa delima koja se gone po privatnoj tužbi, sadrži ZKP iz 2011. godine. Pre određivanja glavnog pretresa za krivična dela koja se gone po privatnoj tužbi, sudija će pozvati privatnog tužioca i okrivljenog da određenog dana dođu u sud radi upoznavanja sa mogućnošću upućivanja na postupak medijacije.. Okrivljenom se uz poziv dostavlja i prepis privatne tužbe. Ako u postupku medijacije dođe do izmirenja privatnog tužioca i okrivljenog i namirenja imovinskopravnog zahteva, privatna tužba se smatra povučenom i sudija donosi rešenje o odbijanju privatne tužbe, a u slučaju neuspešnog okončanja postupka medijacije, sudija će po prijemu obaveštenja o tome odrediti glavni pretres. Ako privatni tužilac i okrivljeni ne prihvate postupak medijacije, sudija će uzeti izjave od njih i pozvati ih da stave svoje predloge u pogledu pribavljanja dokaza, pri čemu moraju označiti koje bi se činjenice imale dokazati i kojim od predloženih dokaza. Ako sudija smatra da nije potrebno pribavljanje dokaza, a ne postoje neki drugi razlozi za zakazivanje glavnog pretresa, može odmah doneti rešenje da se glavni pretres održi i po završetku glavnog pretresa doneti odluku o privatnoj tužbi. Na ovo će se po-

sebno upozoriti privatni tužilac i okrivljeni prilikom dostavljanja poziva. Ako se privatni tužilac ne odazove na uredno dostavljen poziv na posebno ročište, sudija će rešenjem odbiti privatnu tužbu. Ako se okrivljeni ne odazove na uredan poziv ili mu se poziv nije mogao uručiti zbog neprijavljivanja sudu promene adrese prebivališta ili boravišta, sudija pojedinac će odrediti glavni pretres.

Cilj ove ustanove jeste taj da se mirenjem pokušaju normalizovati odnosi između okrivljenog i privatnog tužioca. Time se postiže mirno rešenje spora; predupređuje se kasnije vršenje novih krivičnih dela između istih lica; rasterećuje se krivični sud od presuđivanja jednog broja krivičnih dela koja se gone po privatnoj tužbi. Osnovna razlika je u tome što se prema ZKP iz 2001. godine to mirenje pokušava pred samim sudijom na posebnom ročištu, za razliku od ZKP iz 2011. godine, koji predviđa mogućnost upućivanja na postupak medijacije. Medijacija predstavlja poseban način rešavanja sporova od strane lica izabranog od suprotstavljenih stranaka, koje im predlaže a ne nameće rešenje spora. Prema Zakonu o posredovanju – medijaciji,[29] pravila postupka posredovanja mogu se primeniti u spornim odnosima, uključujući tu i krivične odnose, kojima stranke mogu slobodno da raspolažu, pod uslovom da nije propisana isključiva nadležnost suda. U postupku posredovanja suprotstavljene strane nastoje da sporni odnos reše mirnim putem uz pomoć jednog ili više posrednika – medijatora, tj. neutralne osobe koja može da bude sudija, advokat ili drugi istaknuti stručnjak iz oblasti za koju se traži posredovanje.

Dalje razlike ogledaju se u sledećem:

a) prema ZKP iz 2001. godine, zakazivanje posebnog ročišta je samo mogućnost (sudija može pozvati), dok je prema ZKP iz 2011. godine to obaveza suda (sudija će pozvati);

b) ZKP iz 2011. godine je eksplicitniji u pogledu određivanja ishoda postupka u slučaju uspelog mirenja: smatra se da je privatna tužba povučena i donosi se rešenje o odbijanju privatne tužbe;

v) ZKP iz 2011. godine pored izmirenja zahteva da je došlo i do namirenja imovinskopravnog zahteva;

g) u slučaju neuspešnog mirenja, sudija će pozvati stranke da stave svoje predloge u pogledu pribavljanja dokaza; to je predviđeno u oba zakonika. Razlika je u tome što prema ZKP iz 2011. godine, stranke moraju označiti koje bi se činjenice imale dokazivati i kojim od predloženih dokaza.

[29] Sl. gl. RS 18/2005.

9. Mogućnost transformacije skraćenog postupka u poseban postupak bez glavnog pretresa

Oba posmatrana zakonika predviđaju mogućnost javnog tužioca da u optužnom predlogu predloži sudu da svoju odluku donese bez glavnog pretresa, ako smatra da nije potrebno njegovo održavanje (član 438, stav 3 ZKP iz 2001. godine; član 500, stav 3 ZKP iz 2011. godine). Taj postupak prema starom ZKP zove se postupak za kažnjavanje pre glavnog pretresa, a prema novom ZKP, ročište za izricanje krivične sankcije. Prema svojoj pravnoj prirodi, oba predstavljaju neku vrstu mandatnog postupka. Mi se na ovom mestu nećemo baviti analizom ovih postupaka,[30] jer smo o tome pisali ranije. Razmotrićemo samo pitanje mesta ove procedure u zakonskoj sistematici. Prema ZKP iz 2001. godine, ovaj postupak se nalazi u glavi XXVII ZKP, sa nazivom Postupci za izricanje krivičnih sankcija bez glavnog pretresa. U okviru navedene glave ovaj postupak se nalazi zajedno sa postupkom za kažnjavanje i izricanje uslovne osude od strane istražnog sudije. Njima zaista jeste zajedničko izricanje krivičnih sankcija bez glavnog pretresa i u tom pogledu nemamo primedaba. Međutim, u ZKP iz 2011. godine ročište za izricanje krivične sankcije je regulisano u okviru glave HH, koja nosi naziv skraćeni postupak. Time se dobija utisak kao da zakonodavac negira samostalnost ovog postupka. Doduše, ove dve procedure imaju nekih sličnosti: obe predstavljaju odstupanja od opšte krivičnoprocesne forme; spadaju u uprošćene procesne forme; u obe izostaje istražna faza; optužni akt javnog tužioca zove se optužni predlog; u oba postupka vrši se prethodno ispitivanje optužnog predloga po službenoj dužnosti; sudi sudija pojedinac, itd. Međutim postoji čitav niz drugih razlika među njima, koje bi nalagale da se ročište za izricanje krivične sankcije izdvoji u zasebnu glavu. U prilog tome govori različita pravna priroda ovih postupaka. Prvo, postupak opisan pod nazivom ročište za izricanje krivične sankcije nije neki procesni varijabilitet u okviru skraćenog postupka, već zahvaljujući svojoj pravnoj prirodi predstavlja posebnu vrstu postupka, koja se odlikuje specifičnim osnovom i specifičnom strukturom. Tri su specifična osnova zasnivanja ovog posebnog postupka: dovoljnost dokazne građe, saglasnost procesnih subjekata o izboru forme postupka i njihova saglasnost o krivičnoj sankciji. Jedini osnov zasnivanja skraćenog postupka je težina krivičnog dela. Težina krivičnog dela igra izvesnu

[30] Više o tome vid. S. Brkić, Povodom decenije postojanja mandatnog krivičnog postupka u Srbiji, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 3/2011, str. 397-425.

ulogu i u mandatnom postupku, ali ima značaj dopunskog, korektivnog a ne glavnog osnova. Osim toga težina krivičnog dela je na različite načine određena u ova dva postupka: u skraćenom postupku se sude krivična dela za koja je propisana novčana kazna kao glavna kazna ili kazna zatvora do osam godina, dok se na ročištu za izricanje krivične sankcije može presuditi samo delo za koje se može izreći novčana kazna kao glavna kazna ili kazna zatvora do pet godina. Zato je potpuno neopravdano izložiti ga u okviru regula skraćenog postupka.

Još radikalnija je razlika koja postoji u strukturi ova dva postupka: dok skraćeni postupak podrazumeva glavni pretres, ročište za izricanje krivične sankcije ga isključuje. Ne treba da nas buni ni činjenica da povodom tužiočevog predloga za zakazivanje ročišta za izricanje krivične sankcije, zbog izostanka saglasnosti okrivljenog ili sudije, ipak dolazi do zakazivanja glavnog pretresa. Time je rešeno samo pitanje transformacije jednog postupka u drugi, u slučaju neispunjenosti svih potrebnih uslova za osudu bez glavnog pretresa. I obrnuto, ukoliko su pomenuti uslovi ispunjeni, isključena je primena skraćenog postupka. Najzad, tu je i treća krupna razlika koja se ogleda u obaveznosti primene skraćenog postupka i u fakultativnosti ročišta za izricanje krivične sankcije.

10. Posebne odredbe o izricanju sudske opomene

I u pogledu ovog pitanja, počećemo od zakonske sistematike. ZKP iz 2001. godine reguliše sudsku opomenu u posebnoj glavi XXVIII, koja se nalazi u odeljku D, uporedo sa skraćenim postupkom i postupcima za izricanje krivičnih sankcija bez glavnog pretresa. Po našem mišljenju, to je pogrešno, jer izricanje sudske opomene ne predstavlja posebnu krivičnoprocesnu formu, jer joj nedostaje specifična procesna struktura. Ona je samo jedan procesni varijabilitet prilagođen specifičnostima krivične sankcije. U tom pogledu bolji je ZKP iz 2011. godine, koji izricanje sudske opomene reguliše u okviru skraćenog postupka, što je više u skladu sa karakterom jednog procesnog varijabiliteta. Međutim, i ovde je bilo nepotrebno da se svega dve zakonske odredbe o ovoj temi izdvajaju pod poseban rubrum: Posebne odredbe o izricanju sudske opomene. Te dve odredbe su mogle biti date i u okviru osnovnih odredaba o skraćenom postupku.

Inače, osnovna razlika između dva procesna zakonika ogleda se u tome što je prema ZKP iz 2001. godine sudska opomena izricana rešenjem a prema ZKP iz 2011. godine presudom. Zbog toga nije postojala potreba da se novi zakonik bavi i čitavim nizom drugih pitanja kao što su ona vezana za žalbeni postupak.

11. Zaključna razmatranja

Skraćeni postupak je jedna od najstarijih, najčešćih i najnespornijih uprošćenih krivičnoprocesnih formi, koje su podobne za brže, jednostavnije i efikasnije presuđivanje lakših krivičnih dela. Novi ZKP Srbije iz 2011. godine, koji će početi da se primenjuje pred svim sudovima u zemlji 1. oktobra 2013. godine, predviđa više novina u vezi sa skraćenim postupkom. Najznačajnija novina odnosi se na širenje područja primene skraćenog postupka na krivična dela za koja je propisana novčana kazna kao glavna ili kazna zatvora do osam godina. Širenje kruga lakših krivičnih dela kao uslova za primenu skraćenog postupka može se objasniti već pomenutim promenama u strukturi kriminaliteta, kojima daju pečat dve protivrečne pojave: istovremeni porast sitnog kriminaliteta i težih krivičnih dela. U takvim uslovima može doći do promene našeg poimanja teškog i lakog dela i granica među njima. Osim toga, postoje sasvim pragmatički razlozi koji primoravaju zakonodavca da se fleksibilnijim i neformalnijim odredbama ili posebnim procedurama bolje prilagođava fenomenu lakšeg kriminaliteta i omogućava njegovo brže procesuiranje. Najzad, takvim pristupom lakšim ili srednje teškim krivičnim delima, istovremeno se oslobađaju materijalni i personalni kapaciteti organa krivičnog pravosuđa, koji mogu da posvete više pažnje i vremena za kvalitetnije suđenje težih i društveno opasnijih krivičnih dela.

Proširenje područja primene skraćenog postupka nametnulo je potrebu za preispitivanjem i nekih drugih odredaba. Zbog toga su prošireni osnovi za određivanje pritvora, kao i predviđena mogućnost dužeg trajanja pritvora pre podnošenja optužnog predloga. Iz tih razloga je suđenje nedošavšem okrivljenom rezervisano samo za krivična dela sa propisanom kaznom zatvora do tri godine.

Neke novine su posledica uvođenja tužilačkog modela istrage (npr., preduzimanje dokaznih radnji pre podnošenja optužnog predloga). Druge novine su posledica promene sistema dokazivanja na glavnom pretresu (npr., nemogućnost održavanja glavnog pretresa bez prisustva ovlašćenog tužioca). Neke promene su rezultat načelnog ograničavanja supsidijarne tužbe (npr., ukidanje prava na supsidijarnu tužbu usled neaktivnosti javnog tužioca). Neka nova rešenja su bolje usklađena sa drugim propisima, koji su u međuvremenu doneti (npr., upoznavanje stranaka sa mogućnošću medijacije).

Neke odredbe su sada preciznije formulisane (npr., prethodno ispitivanje optužnog akta). Ima i promena isključivo terminološkog karaktera (npr., napuštanje termina istražne radnje u korist termina dokazne radnje). Neka nova rešenja su principijelnija (npr., postupanje u slučaju stvarne

nenadležnosti). Međutim, ima i nelogičnih, kontradiktornih, pa i apsurdnih rešenja (npr., određivanje momenta započinjanja skraćenog postupka donošenjem rešenja o određivanju pritvora). Protivrečne su i odredbe o momentu do koga se može isticati prigovor mesne nenadležnosti. Dalje, neke nelogične odredbe su rezultat neprilagođavanja ranije postojeće odredbe o skraćenom postupku sa izmenjenim konceptom dokazivanja (npr., dejstvo priznanja u skraćenom postupku). U oba analizirana zakonika može se uočiti pojava da se ponekad nepotrebno u delu o skraćenom postupku prenose odredbe opšteg postupka, koje bi ionako trebalo primenjivati po osnovu opšte odredbe o njihovoj shodnoj primeni. Na kraju, i jednom i drugom zakoniku može se uputiti prigovor da ne vode uvek računa o pravnoj prirodi određenih ustanova i da ne razgraničavaju dosledno posebne krivičnoprocesne forme od procesnih varijabiliteta.

Snežana S. Brkić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Innovations in Regulation of Simplified Procedure in Serbian Code of Criminal Procedure from 2011

Abstract: *In this paper the author presents the evolution of the simplified procedure in Serbia from 2001 to 2011. He points to some legal innovations in this field during that deccenium. He compares old and new legal provisions about simplified procedure and finds some differences. There is a constant tendency to expanding the area of criminal offences which can be judged in this procedural form. Some new legal provisions result from new model of investigation or from new concept of trial. Some innovations are more consistent and precise. But, there are also illogical and contradictory provisions in code of criminal procedure from 2011.*

Key words: *simplified procedure, code of criminal procedure, bringing criminal charge, trial, temporary arrest*

Originalni naučni rad 57.089:34
doi:10.5937/zrpfns47-4453

Dr Vojislav Đurđić, redovni profesor
Univerzitet u Nišu
Pravni fakultet u Nišu

Dr Marko Trajković, docent
Univerzitet u Nišu
Pravni fakultet u Nišu

KA PLURIPERSPEKTIVISTIČKOJ BIOETICI*

Sažetak: *Zašto se mi pravnici danas bavimo bioetikom? Ko nam je pružio mogućnost da iz sopstvene samodovoljnosti, koju nam pravna nauka i praksa nude, krenemo na put ka bioetičkom području? Da li smo tim putem krenuli kao pravnici filozofi ili kao pozitivisti? Ako se bavimo bioetikom kao novim poljem u kojem možemo da otkrijemo korene svoje nauke, jer se bavimo životom, onda smo na valjanom putu. Ali, ako i bioetici prilazimo sa razine pravnog pozitivizma, tada ne samo da ništa valjano nismo učinili za bioetiku, već smo joj nanali nepopravljivu štetu.*

Ključne reči: *etika, bioetika, pravo, krivičnopravna teorija, integralizam, pluriperspektivizam.*

UVOD

„Da li slobodarska, sekularizovana država živi od normativnih pretpostavki koje ona sama ne može da garantuje“.[1] Koja je uloga prava u ovakvoj situaciji? Pravo mora da se okrene svom korenu, životu. Ovo nam danas „dozvoljava“ bioetika, odnosno pluriperspektivistički pristup bioetici.

---

* Ovaj članak je rezultat istraživačkog rada u okviru projekta br. 179046 „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“ Pravnog fakulteta u Nišu koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

[1] E. F. Böckenförde, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation* (1976), u: isti autor, *Recht, Staat, Freiheit,* Frankfurt/Main 1991, S. 92 ff., ovde: 112. Navedeno prema: J. Habermas, J. Racinger, *Dijalektika sekularizacije*, Dosije, Beograd, 2006, 15.

Ovo možemo da sagledavamo i sa hermeneutičke razine, jer: „Moderna hermeneutika, koja pripada modernoj strukturnoj antropologiji, pokazuje procese 'konkreativnosti' između čoveka i prirode, između čoveka i situacije, između čoveka i čoveka, i time dasadašnja iskustva 'susreta' i 'komunikacije' oslobađa za više pristupe i plodnosti, kakvi se do sada nisu mogli zamisliti. Ti su procesi 'hermeneutički' stoga što se ne izvode iz subjektivnosti niti jedne niti druge strane, a ne mogu se ni anticipirati i uplanirati u smislu nekog anonimnog 'mehanizma' ili nekog nadređenog sistema".[2] Uporište za ovakvu postavku veze između hermeneutike i pluripespektivističke bioetike nalazimo u jezičkoj sličnosti između „reči hermeneutika i imena grčkog boga Hermesa"[3]. Jer: „Kada se Hermes rodio na planini Kileni, njegova mati Maja pažljivo ga je povila i položila u rešeto za vejanje žita. Međutim, on poče da raste zapanjujućom brzinom i u tren oka postade dečak, koji se, čim se mati okrenula, iskrao u potrazi za doživljajima".[4] Tako je u Homerovoj himni on glasnik „putnik koji dolazi iz daleka i već odlazi".[5] Nasuprot njemu stoji Hestija, „Boginja Ognjišta" koja „u svakom domu i u svim gradskim većnicama štiti sve koji traže njenu pomoć".[6] Tako „Grajš uspostavlja komplementaran odnos" između nje i Hermesa: „Tamo gde Hestija domaćinski dom pretvara u zaštićen prostor iz kojeg je isključeno sve ono što je strano, Hermes širom otvara vrata kako bi strancu dao pristupa".[7] Tako se odigrava susret poznatog i nepoznatog, i stvara pluriperspektivističko polje bioetike. Jer, ako se „sve razume samo po sebi"[8] čemu istraživanje, a ako je „sve nepoznato"[9] kako istraživati. Dakle, „ako bi ono što treba razumeti bilo sasvim tuđe onome ko treba da razume i ako ne bi bilo ničega što im je zajedničko, ne bi bilo ni tačke nadovezivanja za razumevanje...".[10]

Zato na samom početku rada dajemo definiciju za koju smatramo da najbolje oslikava bioetiku: „Bioetika je otvoreno područje susreta i dijaloga različitih znanosti i djelatnosti, te različitih pristupa i pogleda na svijet, koji se okupljaju radi artikuliranja, diskutiranja i rješavanja etičkih pitanja vezanih za život, za život u cjelini i u svakom od djelo-

[2] H. Feter, *Hermeneutički ogledi*, Dosije, Beograd, 2000, 33.
[3] Ibid., 32.
[4] R. Grevs, *Grčki mitovi*, Nolit, Beograd, 1992, 59-60.
[5] H. Feter, *Hermeneutički ogledi*, 32.
[6] R. Grevs, *Grčki mitovi*, 61.
[7] H. Feter, *Hermeneutički ogledi*, 32.
[8] Ibid.
[9] Ibid.
[10] Ibid., 32, f. 68.

va te cjeline, za život u svim njegovim oblicima, stupnjevima, fazama i pojavnostima".[11]

1. PRAVO I PLURIPERSPEKTIVISTIČKA BIOETIKA

„Građani, poslušajte: govorit ću u ime svih. Tko se ne slaže sa mnom neka odmah napusti ovu salu".[12] Ovakva postavka vodi u „ideološke stranputice u kojima se jedna perspektiva, zaboravljajući protivrečnost zbiljskog, nametne kao cijela istina".[13] Ko je danas spreman da prihvati ovakvog Rusoovog (*Jean Jacques Rousseau*) „zakonodavca", osim „duboko" autoritarnih tipova ličnosti, „željnih" apsolutne vlasti i apsolutne pokornosti onih koji se prema njihovom shvatanju nalaze „ispod" njih. To je sistem „gdje se veruje u najveću i najbesramiju laž..."[14] Tako Jonas (*Hans Jonas*) „prilikom primanja Nagrade za mir Njemačkih nakladnika, ukazuje na to da on ne zagovara nikakvu, pa ni ekološku „... diktaturu za ovladavanje našim problemima.".[15] Dakle, možemo da konstatujemo sledeće: „Kao što ne može postojati neka posebna „katolička" ili „islamska" matematika, „katolička" ili „islamska" medicina, tako ne postoji ni „katolička" ili „islamska" bioetika; rječ je, zapravo, o pluralitetu pozicija onih koji ispovjedaju kršćansku odnosno islamsku religiju".[16] Takva otvorenost za definisanje bioetike i moguća nepristrasnost je „određenost neodređenosti" bioetike koja je, „njezina prednost"[17], koja može „uspostaviti i osmisliti... novu epohalnu paradigmu znanja".[18] Odnosno da ni u jednom društvu ne postoji nešto što bi mogli nazvati „crkvenom" ma koja crkva to bila i „laičkom" bioetikom. Jer: „È molto frequente, non solo in Italia, ma anche nella bioetica soprattuto anglofona, la distazione tra bioetica 'laica', che sarebbe l'etica della qualità della vita, e bioetica cattolica, che

[11] H. Jurić, *Uporišta za integrativnu bioetiku u djelu Van Rensselera Pottera*, u: Integrativna bioetika i izazovi suvremene civilizacije, (ur.) Velimir Valjan, Bioetičko društvo u BiH, Sarajevo, 2007, 83.

[12] V. Valjan, *Teškoće oko definicije i sadržaja bioetike*, u: *Integrativna bioetika i izazovi suvremene civilizacije*, (ur.) V. Valjan, Bioetičko društvo BiH, Sarajevo, 2007, 20.

[13] P. Barišić, *Pluripespektivizam – temeljni uvjet ili zatamnjenje istine?*, u: *Integrativna bioetika i interkulturalnost*, (ur.) V. Valjan, Bioetičko društvo u BiH, Sarajevo, 2009, 36.

[14] Ibid., 30.

[15] A. Pažanin, *Jonasov „princip odgovornosti" kao problem a ne kao rješenje suvremene etike*, u: *Izazovi bioetike*, (ur.) A. Čović, Pergamena Zagreb, 2000, 138.

[16] V. Valjan, *Muslimani i kršćani – zajednički ciljevi u bioetici*, u: *Integrativna bioetika i interkulturalnost*, (ur.) V. Valjan, Bioetičko društvo BiH, Sarajevo, 2009, 11.

[17] H. Jurić, *Uporišta za integrativnu bioetiku u djelu Van Rensselera Pottera*, 83.

[18] P. Barišić, *Pluripespektivizam – temeljni uvjet ili zatamnjenje istine?*, 26

sarebbe l'etica della sacralità della vita. Questa semplicistica opposizione, che non è evidentemente del tutto priva di significato, ha però il grave limite di dimenticare che è impossibile parlare di *una* bioetica laica, così come di *una* bioetica cattolica".[19]

Saglasno ovome i Švajdler (*Walter Schweidler*) razlikuje dve kulture *normkultur* i *nutzenkultur* „u kojoj opoziciji se kreće i bioetika". Dakle: „U vremenu u kojemu se govori, u „sudaru" ili „sukobu" kultura... se pokazuje da se tu ne radi o etnički, religijski ili povjesno obilježenim cjelinama... nego o duhovnim moćima koje stoje nasuprot dosadašnjim „interkulturalnim" linijama razdvajanja. Istovremeno se u „interkulturalnom" horizontu" također može govoriti o linijama razdvajanja (koje se, na primjer, tiču biomedicinskog napretka i njegove etičke i pravne regulacije). Stoga... te linije razdvajanja se korjene u principijelnim zahtjevima za istinom koji se tiču čovječanstva u cjelini, koji bi se trebali moći uskladiti s izvjesnim novim određenjem pojma „kultura", u njezinom modernom pluralnom smislu riječi".[20] Jer, „nitko nema viziju opstanka, niti tko može reći što bi u tom pravcu trebalo činiti i kojim smjerom ići".[21]

Nama pravnicima se jednostavno „nameće" pluriperspektivizam. Sv. Toma Akvinski (*Thomas Aquinas*) predstavlja okosnicu ovakve ideje, svojim stavom da se sva moralna sfera ne može pokriti pravom. Jer je: „Perspektivizam (novolat. Perspectiva), učenje po kojem određena shvaćanja, postupke i stvarno događanje ocjenjujemo prema našim interesima i promjenljivim potrebama, pa je dakle naša spoznaja određena tim faktorima, i zato relativna (a ne apsolutna)".[22] Dok je „Posmatranje života iz različitih perspektiva, pluriperspektivizam" osnova, odnosno „metodološko je polazište integrativne bioetike...".[23] Ovo zato što: „U pluriperspektivizmu se iskazuje zahtjev za utemeljenjem integriranog teoretskog i praktičnog znanja na istini smisla, a ne na objektivnoj istini".[24] Zato i, prema Čoviću, govorimo o „unutrašnjem pluralizmu" koji on i naziva pluriperspektivizam, a koji se sastoji u „mnoštvenosti njenih aspekata i mnogostrukosti perspektiva u kojima se oni sagledavaju".[25]

---

[19] M. Chiodi, *Etica della vita*, Glossa, Milano, 2006, 39.

[20] S. Bosto, *Integrativna bioetika između univerzalizma i kulturnog pluralizma*, u: *Integrativna bioetika i interkulturalnost*, (ur.) V. Valjan, Bioetičko društvo BiH, Sarajevo, 2009, 44.

[21] T. Jozić, *Kultura života*, u: *Integrativna bioetika i interkulturalnost*, (ur.) V. Valjan, Bioetičko društvo BiH, Sarajevo, 2009, 111.

[22] *Filozofijski rječnik*, u redakciji V. Filipovića, Nakladni zavod Matice hrvatske, Zagreb, 1984, 247.

[23] P. Barišić, *Pluripespektivizam – temeljni uvjet ili zatamnjenje istine?*, 25.

[24] Ibid., 26.

[25] A. Čović, *Integrativna bioetika i pluriperspektivizam*, u: *Integrativna bioetika i izazovi suvremene civilizacije*, (ur.) V. Valjan, Bioetičko društvo BiH, Sarajevo, 2007, 67.

Dok je pojam i definicija bioetike stara preko osamdeset godina, naznaka pluriperspektivističke postavke bioetike pojavila se relativno skoro. Međutim, sam zadatak bioetike star je koliko i ljudska civilizacija, a u oblasti prava koliko je staro krivično pravo kao i filozofsko promišljanje njegovog osnovnog zadatka – zaštite života, odnosno „*santittà della vita*“.[26] Etičko respektovanje celokupnog života na zemlji osnova je onoga što možemo nazvati pluriperspektivistička bioetika, a njegova zaštita, osnova je onoga što možemo nazvati pravom, sa naglaskom na krivično-pravnu materiju. Sve ovo je omogućeno samo pluriperspektivističkom postavkom bioetike. Tako i sama definicija bioetike nosi u sebi polje pluriperspektivizma.

Ipak, sam termin bioetika kao i definicija bioetike je nova. Termin bioetika vezujemo uz ime Frica Jara (*Fritz Jahr*), protestantskog pastora i etičara koji je u časopisu „Kosmos“ 1927. godine objavio članak na temu „Bio-Ethik: eine Umschau über die ethischen Beziehungen des Menschen zu Tier und Pflanze“.[27] Tada Jar povezuje bioetiku i Kantov (*Immanuel Kant*) kategorički imperativ pojmom „bioetički imperativ“, iako ga tako u tom trenutku ne naziva doslovno.

Da bioetika nije ništa što je nastalo u dvadesetom veku potvrđuje i sam Jar stavom: „In fact Bio-ethics is definitely not only a discovery of the present. As a particularly impresive example from the past we may remember the figure of St. Franz of Assisi and his great love to animals, progressing in is warm szmpathz for all living beings the Rousseauean enthusiasm for nature in its etirety by centuries“.[28] Da bi dalje rekao: „So that the rule for our actions may be the Bio-Ethical Demand: Respect every living being on principle as a goal in itself and treat it, if possible, as such!“.[29] I dalje Jar za bioetku kaže: „the systematics study og human conduct in the area of the life sciences and the personal, profesional and public moral commitment and conduct towards all forms of life, in as far as this conduct is examined in the light of moral values and principles“.[30]

Dakle, Jar daje svoje određenje bioetike koje je veoma blisko Kantovom kategoričkom imperativu, kroz sledeće postavke: „The Bioetihical Im-

[26] M. Chiodi, *Tra cielo e terra, il senso della vita a pratire dal dibattio bioetico*, Cittadella Editrice – Assisi, 2002, 16.

[27] F. Jahr, *Bio-Ethik: eine Umschau über die ethischen Beziehungen des Menschen zu Tier und Pflanze*, Kosmos 24, no. 1, 1927, 2-4. Navedeno prema: I. Rinčić, A. Muzur, *Od bioetičara –učenika do bioetičara – učitelja: pijetizam i edukacija u životu i djelu Fritza Jahra*, Jahr, Rijeka, 2012, 112.

[28] Navedeno prema: H. M. Sass, *European Roots of Bioetihcs: Fritz Jahr's 1927 Definition and Vision of Bioethics*, u: *Od nove medicinske etike do inegrativne bioetike*, Zagreb, 2009, 20.

[29] Ibid., 19.

[30] Ibid., 22.

perative guides ethical and cultural attitudes and responsabilities in the life sciences and towards all forms of life (1927)"; „The Bioethical Imprative is based on historical and other evidence that 'sompassion is an empirical established phenomenon of the human soul' (1928)"; „The Bioethical Imperative strengthens and complements moral recognition and duties towards fellow humans in the Kantian context and should be followed in respect of human culture and mutual moral obligations among humans (1928)"; „The Bioethical Imperative has to recognize, to steward, and to cultivate the struggle for life among forms of life and natural and cultural living enviroments"; „The Bioethical Imperative implments copmassion, love, and solidarity with all forms of life as a content-based principle and virtue into the 'godlen rule' and into Kant's Catgorical Imperative, which are reciprocal and formal only (1934)"; „The Bioethical Imperative includes obligations towards one's own body and soul as a living being (1934)".[31]

Na kraju je Jar, prema Sasu (*Hans-Martin Sass*), sumirao svoje zaključke o bioetici i dao četiri postavke: „Bioethics is a new and necessary academic discipline. Bioethics is a necessary moral attitude, conviction and conduct. Bioethics recognized and respect all life and living interactions in nature and culture. Bioethics has legitimate obligations in professional settings, in publice sphere, and in eduication, consultancy, publics moralitz, and cultuure".[32]

U pismu koje Poter (*Van Renssellaer Potter*) upućuje Ivanu Šegoti, on potvrđuje da je zapravo on tvorac koncepta bioetike koji nastaje 1970. godine u SAD. Poter je smatrao, da bioetika valja da bude „nova disciplina koja združuje biološko znanje i znanje o ljudskim vrednosnim sustavima (...). Izabrao sam korjen bio – označavajući njime biološko znanje, znanost o živim vrjednosnim sustavima".[33] S tim što će 2001. godine u pozdravnoj reči učesnicima simpozijuma „Bioetika i znanost u novoj epohi" predstaviti „riječ bioetika u izdanju iz 1970. godine, kao *Bioetika, moralnost opstanka* – a ne kao *znanost o opstanku*".[34] Poterov doprinos bioetici potvrđuje i Kjodi (*Maurizio Chiodi*): „Il nome 'bioetica' si é imposto nel mondo anglosassone solo verso la fine degli anni '70 – e da qui via via in tutto il mondo - , sia per l'in-

[31] H. M. Sass, *European Roots of Bioetihcs: Fritz Jahr's 1927 Definition and Vision of Bioethics*, 22-25

[32] H. M. Sass, *European Roots of Bioetihcs: Fritz Jahr's 1927 Definition and Vision of Bioethics*, 22.

[33] V. R. Potter, *Humility and Responsibility – a bioethics for Oncologist: Presidential Adress*, Cancer Research 35, 1975, 2297, 2299. V. R. Potter, *Bioethics: Bridge to the Future*, Prentice-Hall, Engglewood Cliffs, 1971, 2. Navedeno prema: V. Valjan, *Bioetika*, Sarajavo-Zagreb, 2004, 13.

[34] V. Valjan, *Teškoće oko definicije i sadržaja bioetike*, 16.

flusso di Van Rensselaer Potter (*Bioethics: Bridge to the Future*, 1971), sia per l'importanza del *Kennedy Center for Bioethics* e dell'opera monumentale – frutto di un intenso confronto interdisciplinare – che questo istituto decise di chiamare *Encyclopedia of Bioethics*. Da qui il nome si diffuse in tuto il mondo".[35] I nastavlja da: „Gli inizi della bioetica negli USA sono in stretto rapporto con la teologia morale. Basterebbe ricordare, come ha riconoscuto L. Walters, uno dei più accreditati 'storici' della bioetica, che furono due laici cattolici americani a fondare I due principali centri di bieotica negli Stati Uniti, Daniel Callahan, e André Hellegers, fondatori rispettivamente dell' *Hatstings Center*, con W. Gaylil, e del *Kennedy Institute*".[36]

Prema Šegoti, Poter je reč *bioethics* praktično „iskovao" koristeći dve grčke reči *bios* – život i *éthiké*, dok je Helegers (*André Hellegers*) reč *bioethics* te 1971. godine „stavio u naziv svoga instituta za ljudsku reprodukciju...".[37] Poter je bioetiku shvatio kao „znanost ravnoteže između čoveka i prirode i most prema budućnosti čovječanstva".[38] Pored ovakvog određenja bioetike, katolički teolozi koriste i naziv „etika života", jer se bioetika i bavi osnovnim pitanjima vezanim za vrednost života.[39]

Bioetika se u delu Jonsena (*Albert Jonsen*) shvata kao medicinska etika novog doba, mada je Jonsen napustio kasnije medikalistički pristup bioetici koji je zastupao Helegers, jer: „Bioetika je mnogo više od medicine i medicinske znanosti: to je proučavanje etičkih problema koji se javljaju kada ljudi i ono biološko u njima i njihovoj okolini djeluje jedno na drugo".[40] Utoliko se: „bioetika počela smatrati etikom bioemedicine, odnosno „biomedicinskom etikom" (*biomedical ethics*)".[41]

Poter je kao i pre njega Jar shvatio opasnost od odvajanja moralnih vrednosti od svekolikog saznanja sveta, te prihvata da se ovde zapravo radi o biomedicini kao nauci i etici te moralnim vrednostima kao osnovi svekolike ljudske delatnosti. O značaju Poterove misli u oblasti bioetike govori i stav da moramo da govorimo o „Poterovom nasleđu".[42]

Doprinos izgradnje bioetike dale su i dalje njene definicije kao što je: „the systematic study of human conduct in the area of the life scineces

---

[35] M. Chiodi, *Etica della vita*, 31-32.

[36] Ibid., 32-33.

[37] I. Šegota, *Nova definicija bioetike*, u: *Izazovi bioetike*, Zagreb, 2000, 11.

[38] I. Šegota, *Nova definicija bioetike*, 11.

[39] O tome više u: B. Schocckenhoff, *Etica della vita*, *Un compendio teologico*, Querininana: 2. ed, Brescia, 1997.

[40] A. Jonsen, *The Birth of Bioethics*, hastings centre Report, Special Supplement, XI/XII, 1993, EB2, 1624. Navedeno prema: I. Šegota, *Nova definicija bioetike*, 12.

[41] I. Šegota, *Nova definicija bioetike*, 12.

[42] V. Valjan, *Bioetika*, 14.

and helth care, in as far as this conduct is examined in the light of moral values and principles".[43]

Ono što je bilo zajedničko Jaru, Poteru i Helegersu je sledeće: „shere one important view: the urgent need of special attention towards teaching ethics in the professional and personal setting at a time of eroding values and traditions globally, in part related to progress in scinece and tehnology, in part as an independent evolztionary development in cultural history".[44]

U „Encyclopedia of Bioethics" iz 1978. godine, nalazimo da je bioetika „sustavno proučavanje ljudskog ponašanja na polju znanosti o životu i skrbi za zdravlje, ukoliko je ispitivano u svetlu moralnih vrednota i načela".[45] Dok će u drugom izdanju iz 1995. godine ova definicija biti proširena jer je bioetika „sustavno proučavanje moralnih dimenzija – uključujući moralno gledanje, odluke, ponašanje i odgovorno držanje – znanosti o životu i skrbi za zdravlje, primenjujući različite etičke metodologije s interdisciplinarnom impostacijom".[46] Ovde je primetan pomak od vrednosti ka „etičkoj metodologiji". Nismo skloni da poverujemo u nemogućnost prihvatanja pluraliteta vrednosti, te i pored nagoveštaja da je metodološka integracija jako dobra osnova za izgradnju pluriperspektivističkih područja, ostajemo potpuno na aksiološkoj razini posmatranja plurperspektivističke bioetike, a posebno kada želimo da je dovedemo u vezu sa krivičnopravnom teorijom. Jer je „pojam bioetika složenica u kojoj, iz perspektive današnjih spoznaja i interpretacija deo bio upućuje na bio-medicinske znanosti s pratećim bioetehnologijama, dok drugi dio etika upućuje najprije na filozofsku disciplinu etiku koja se bavi proučavanjem zadanih temelja ljudskog ispravnog ponašanja, a potom i na sam sustav moralno-etičkih vrjednosti koje ona definira, elaborira, eksplicira i pretpostavlja kao teoretski uvjet za definiranje okvira ispravnom praktičnom ljudskom djelovanju".[47]

Tako se usuđujemo da damo i svoje shvatanje bioetike, kao mesta, područja ne susretanja apsolutnih vrednosti, već mesta apsolutnog susretanja vrednosti.[48]

---

[43] H. M. Sass, *European Roots of Bioethics: Fritz Jahr's 1927 Definition and Vision of Bioethics*, 22.

[44] Ibid.

[45] V. Valjan, *Teškoće oko definicije i sadržaja bioetike*, 17.

[46] Ibid.

[47] T. Matulić, *Bioetika*, Zagreb, 2001, 40.

[48] Definicija koja je isključivo data od Marka Trajkovića, tako da on za nju preuzima svaku vrstu naučne odgovornosti.

Pluriperspektivističku bioetiku vidimo u holističkim okvirima, jer se kod nje radi o stvaranju „novog orjentacionog okvira". To je „inovativni način moralnog orjentiranja u delikatnim situacijama koje su proizlazile iz primjene znanstveno-tehničkih postignuća u području medicine".[49] Radi se zapravo, i tu nalazimo mesto spajanja sa pravom shvaćenim na aksiološki način, o interakciji „različitih moralnih i profesionalnih perspektiva".[50] Jer je prisutan aksiom da je veri potreban razum za domišljanje objave – *fides quaerens intellectum*, u tom svetlu nastaje novi most između vere i razuma u enciklici „Evangelium vitae", jer se smatra da prva etička mišljenja i dolaze iz svetla ljudskog razuma koji je „prosvetljen verom", a to se sve dešava po tomističkom teološkom principu po kojem milost *non destruit sed perficit naturam*. Zato se bioetika i definiše kao „pluriperspektivno područje" koje sabire „moralne perspektive" i time izlazi iz „skučene uloge „nove medicinske etike", kao i da time postaje „planetarna „etika života".[51] Jer pristup izlaganju problema bioetike nije zasnovan na načelu „ili-ili" u smislu ili samo empirijski („fizički"), ili samo metaempirijski („metafizički") govor"[52] već je zasnovan na komplementarnom načelu „i-i".[53] Tako se i omogućava da bioetika dođe u kontakt s pravom, shvaćenim na aksiološki način, jer je bioeotika „područna, relacijsko-filozofska i pluriperspektivna etika".[54] Može se reći da se radi o pluriperspektivnim pogledima na bioetičku raspravu o vrednosti života u koju mi uključujemo pravo kao vrednost. Jer, ako je bioetika nastala ko moralna reakcija na izazove tehničkih dostignuća u svim oblastima čovekovog života, zar nije moguće da se i za pravo kaže da je nastalo kao vrednosna reakcija na izazove sveukpnog života i delanja čoveka.

U holističkom maniru dajemo još jedna odredbu bioetike: „It can be defined as the systematics study of the moral dimensions –including moral vision, decisions, conductand policies – of the life scienccesand helth care, melouing a variety of ethical metodologies in an interdisciplinary setting".[55]

Dakle, mi ulazimo u „bioetičku epohu"[56] kroz ideje njenih osnivača[57], koje valja da predstavnici drugih nauka i struka na najbolji mogući način dalje vode.

---

[49] A. Čović, *Etika i bioetika*, 10.
[50] A. Čović, *Etika i bioetika*, 11.
[51] Ibid.
[52] T. Matulić, *Metamorfoze kulture*, Zagreb, 2009, 663.
[53] Ibid.
[54] A. Čović, *Etika i bioetika*, Pergamena, Zagreb, 2004, 28.
[55] I. Šegota, *N*ova *definicija bioetike*, f. 43, 22.
[56] A. Čović, *Etika i bioetika*, 10.

2. PLURIPERSPEKTIVISTIČKO-VREDNOSNA POSTAVKA BIOETIKE I PRAVA

Pošto bioetičko područje vidimo kao „orjentacijsku vrijednost“[58] mi smo na tragu vrednosne postavke čitavog područja delovanja prava unutar bioetike, a sasvim saglasno „rastućem bioetičkom senzibilitetu“[59], jer ne prihvatamo vrednosnu neutralnost nauke (*Wertfreiheit der Wissenschaft)*. Ako bioetiku, kao što smo na samom početku rada naveli prihvatamo kao „otvoreno područje“ susreta i delovanja raznih nauka, tada pravna nauka ima svoje mesto u bioetičkom području. A zbog toga je ona odgovorna za svoje vrednosno delovanje, odnosno za odbacivanje pukog pravnog pizitivizma koji je sklon da veruje u *Wertfreiheit der Wissenschaft*. Na ovakvoj vrednosnoj postavci prava insistira i Leo Štraus (*Leo Strauss*), kada kaže: „The prohibition against value judgements in social science would lead to the consequence that we are permitted to give a strictly factual description of the overt acts that can observed in concretation camps and perhaps an equally factual analysis of the motivation of the actors concerned: we would not be permitted to speak of cruelty“.[60] Ovo nas baš i uvodi u ono stanje koje Štraus i naziva „bitter satire“.[61] Vrednosna postavka celokupnog područja bioetike i prava omogućava da stvari nazovemo svojim imenom, da se ne ograničimo na jednostavno ponavljanje činjeničnog stanja, već da odemo korak napred te da kritički procenjujemo ono što vidimo, jer: „The rejection of value judgementsendangers historical objectivity. In first place, it prevents one from calling a spade a spade“.[62] A pravo pripada „carstvu smisaonih tvorevina, stvarnosti uslovljene vrednostima...“.[63] A do ispitivanja šta je osnov prava, kao nauke o ispravnom delovanju, uvek dolazi kada postane „krhka samorazumljivost moralnog ponašanja“.[64]

O negativnosti prihvatanja *Wertfreiheit der Wissenschaft* svedoči i *Manhattan Project*, jer je „srušen mit o miroljubivoj znanosti (*peaceful*

---

[57] Među osnivačima bioetike valja spomenuti i imena poput: Danijela Kalahana (*Daniel Callahan*), Danela Klousera (*Danner Clouser*), Džejmsa Čildresa (*James F. Childress*), Edmunda Pelegrina (*Edmund Pellegrino*).

[58] H. Jurić, *Uporišta za integrativnu bioetiku u djelu Van rensselera Pottera*, 85.

[59] Ibid.

[60] L. Strauss, *Natural right and history*, Chicago & London, 1992, 52.

[61] Ibid., 52.

[62] Ibid., 61.

[63] J. Binder, *Prilog učenju o pojmu prava*, Dosije, Beograd, 2008, 27.

[64] G. Küenzlen, *Čovjek kao „osoba“?*, u: *Izazovi bioetike*, (ur.) A. Čović, Pergamena, Zagreb, 2000, 117.

science). Narušena je, s najtragičnijim eksperimentalnim posledicama, predodžba o humanoj, dobroj i oplemenjivačkoj znanosti i tehnici *a priori*. *Manhattan Project* je zaista onaj međaš od kojeg započinju brojni etički i moralni prijepori i sukobljavanja između znanstvenika i filozofa, teologa, političara, te onih dužnosnika koji donose odluke (*decision makers*) i daju novac za istraživanja".[65]

Nepotrebno je i štetno izdvajati „male akademske parcele iz jedinstvenog bioetičkog područja"[66] te je pluriperspektivizam omogućio pravu da nađe svoje mesto u bioetici kao području. Susret bioetike i prava na vrednosnoj razini govori o stvaranju zajedničkog „interdisciplinarnog problemskog područja".[67] Jer se bioetika javlja „kao odgovor na postupno gubljenje moralne orjentacije ljudskog djelovanja...".[68] Na ovom putu našla se i sveukupna kultura koja i sama potvrđuje svojim problemima obaveznost pluriperpektivstičkog pristupa, jer: „La cultura postmoderna e post-inrustriale é caratterizzata da una veloce evoluzione e da un'eccezionale rapida del progresso tecnologico, da una grande complessita e iperspecializzazione dei sottosistemi che la compongono (dall'economia alla politica, dalla scuala al divertimento, dalla famiglia al mondo religioso) e da una difficile prevedibilita e governabilita di questa complessita".[69]

Sasvim u skladu s pluriperspektivističkim odnosom bioetička refleksija postupno ulazi u oblast pravne regulative, pri čemu posebno izdvajamo domen krivično-pravne materije.[70] Jer, bioetika govori o životu iz različitih perspektiva, gde ubrajamo sledeće: etičku, pravnu, filozofsku, teološku, socijalnu, psihološku kao mnoštvo drugih.[71] Međutim, pre nego što se dođe do pravne regulative postoji mnogo veće, šire područje susretanja bioetike i prava, aksiologija. Samo vrednosti mogu da ponude valjana rešenja, koja će potom pravna tehnika uobličiti u pravne propise koji će dejstvovati u oblasti bioetičkih pitanja koja zahtevaju da budu regulisana pravnim propisima. Tek je tada moguće da dođe do „uzdizanja u formu zakona"[72] bioetičkih principa, jer „razmatranje onoga što je dobro, a što loše, pravedno i nepravedno pomiče se na razinu rasprave o pravičnosti,

[65] T. Petković, A. Čović, *Etički manifesti vrhunskih znanstvenika i moralna filozofija*, u: *Izazovi bioetike*, (ur.) A. Čović, Pergamena, Zagreb, 2000, 354.
[66] A. Čović, *Etika i bioetika*, 141.
[67] Ibid., 145.
[68] T. Matulić, *Metemorfoze kulture*, Zagreb, 2009, 700.
[69] M. Chiodi, *Etica della viva*, Milano, 2006, 3.
[70] P. Barišić, *Bioetika i ljudska prava*, u: *Izazovi bioetike*, Zagreb, 2000, 43.
[71] T. Matulić, *Metamorfoze kulture*, Zagreb 2009, 664.
[72] P. Barišić, *Bioetika i ljudska prava*, u: *Izazovi bioetike*, 43.

određivanja šta je zakonito, a šta nezakonito".[73] Ali, na osnovu čega se može voditi rasprava o tome da li je nešto pravedno ili ne, a u kasnijoj pravnoj proceduri zakonito ili ne? Da bi izbegli „trikove" krajnjeg pravnog pozitivizma, gde se pitanje pravednosti javlja kao apologetsko pitanje odnosa prema vlasti, mi moramo da raspravu „okrenemo" ka vrednostima, koje su postojanije od promenljivih instanci vlasti. Jer, pluriperspektivistička bioetika pita ono što pravo ne pita: „Zašto činim to što činim? Jer, sve što je tehnički i pravno- tehnički izvodljivo nije uvek i dobro. Niz pravnih akata koji su doneti kako bi regulisali oblast bioetike izazivaju i sami veome velike nesuglasice, iako je potreba za ujednačavanjem pravne regulative na tlu Evrope i nastala zbog nesuglasica i pravno neujednačenog regulisanja bioetičke problematike.[74] Tako se na bioetiku ne može primeniti stav da se zapravo radi o, a iz perspektive prava, skupu pravnih pravila koja uređuju oblast koja zadire u medicinu. Ovim se celokupna filozofsko-etička postavka sveta i čoveka „ruši" i svodi na puku formu prava. Ovakva forma prava često i ne reaguje na problem „potamnjenja života" koji se i dešava zbog odsustva vrednosti u temelju pozitivnog prava. Dakle, uprkos etičkoj svesti čoveka, koju svi posedujemo, dešavaju se napadi na vrednost ljudskog života, pri čemu se često za ovakve postupke koristi i izraz „opravdana" ubistva, „ozakonjena" ubistva. Što dalje znači da: „Današnji čovjek, premda civiliziraniji, nije dostigo punu svjest o vrijednosti ljudskog života".[75] Jer: „Dvadeseti vek bio je, u neku ruku, poprište nadiranja istorijskih i idejnih procesa koji su vodili ka velikoj erupciji zla, ali i poprište njihovog suzbijanja".[76]

Tako je odnos normativnosti u pravu i bioetike zapravo jedan od najvažnijih problema vezanih za ovaj međusobni „dijalog" između njih. Problem normativnosti u pravu, te posebno u krivičnom pravu, zapravo je po našem mišljenju problem koji je povezan sa ontološkom suštinom prava, koju čine vrednosti. Bioetička normativnost vezana je za „ljudsko delovanje i ponašanje na polju biomedicinskih znanosti u širem i biologijskih istraživanja u užem smislu".[77] Nemoguće je ispravno govoriti o pravu i bioetici ako se zanemari njihov vrednosni aspekt. Što dalje znači da je nemoguće valjano pravno normirati bilo koje rešenje bioetičkih proble-

[73] Ibid.

[74] Valja spomenuti „Konvenciju o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primene biologije i medicine: „Konvenciju o ljudskim pravima u biomedicini", koja je doneta u Oviedu u Španiji, a prihvatila ju je i potpisala 21 zemlja članica Veća Evrope.

[75] M. Vidal, *Kršćanska etika*, Đakovo, 2001, 222.

[76] Jovan Pavle Drugi, *Sećanje i identitet*, Beograd, 2008, 5.

[77] T. Matulić, *Metamorfoze kulture*, Zagreb, 2009, 663.

ma. Za pravi pristup problemima bioetika zahteva onog koji „još uvjek ima snage poštovati njegove temeljne zakonitosti“.[78] Takvog mi vidimo u vrednostima. A jedno od dobara koje se može pokazati kao temeljna vrednost bioetike i prava je život, odnosno *santita della vita*, koja sama po sebi izaziva i pitanje odgovornosti u pravu za njegovu povredu. Dakle, pravo i bioetika moraju da povežu biološku osnovu čoveka sa njegovim osnovnim vrednostima. Radi se o moralno-vrednosnim refleksijama vezanim uz osnovne problema ljudskog življenja. Mi ne možemo da dozvolimo da se pokažu kao tačnim Huserlove reči (*Edmund Husserl*) da nam nauka nema šta reći u „nevolji našeg života“ i mi ne možemo da dozvolimo da nauka isključi „one probleme koji su najgorućiji za čovjeka koji se, u našim nemirnim vremenima, osjeća prepušten sudbini“.[79] Tako pravna nauka ne može da postupa, ona je kao i pravo stvorena zbog čoveka koga ne može ni pod kojim uslovima da ostavi prepuštenog samom sebi.

ZAKLJUČAK

Odvajanje prava od bioetike shvaćene kao pluriperspektivističko područje delovanja širokog spektra nauka i učenja, ostavlja pravo izolovanim i ograničenim u sopstvene okvire koji postaju nedovoljni za razvoj pravne misli. Ovim se nanosi nepopravljiva šteta pravu, ali i bioetici koja ne dobija pravna rešenja svojih problema, a što je neophodno. Jer, bioetika nije samo iznošenje pogleda, sagledavanje problema, već i njihovo promišljanje i u krajnjem njihovo normiranje, posebno u oblasti krivičnog zakonodavstva, odnosno davanje zakonskih odgovora na društvena pitanja koja izviru iz bioetičkog područja.

Tako ne samo da teorija i filozofija prava nalaze svoje mesto u bioetičkom području već to čini i krivičnopravna teorija, koja je i u praktičnoj sferi delovanja pravne nauke najpozvanija da zaštiti život. Takva neizolovanost pravne nauke omogućava njeno izlaženje iz sopstvene organičenosti i prepuštanje „bioetičkom senzibilitetu“. Ovo je moguće samo ako i u bioetici ali i u pravu prihvatimo kao polaznu tačku pluriperspektivizam.

Da li je moguće da i pravo bude shvaćeno kao područje delovanja raznih vrednosnih orjentacija? Pluriperspektivizam, koji ne zalazi u relativizam, će reći da, a mi smo skloni da u to poverujemo, imajući u vidu valjane rezultate do kojih se ovakvom postavkom došlo u bioetici kao području.

---

[78] Ibid., 663.

[79] E. Husserl, *La crisi della scienze europee*, Milano, 1961, 15. Navedeno prema: T. Matulić, *Metamorfoze kulture*, 671.

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

Marko Trajković, Ph.D., Assistant Professor
University of Niš
Faculty of Law Niš

Towards Pluri-Perspectivism Bioethics

Abstract: *Why are we lawyers still dealing with Bioethics? Who has given us the opportunity to, out of our own self-sufficiency, which legal doctrine and practice have enabled, make a journey towards the field of Bioethics?*

The separation of the law from Bioethics, understood as Pluri-Perspectivistic field of action of a wide range of science and teaching, leaves the law isolated and limited to its own frames that become insufficient for the development of the legal thought. This causes an irreparable damage to the law, as well as to Bioethics which does not get legal solutions to its problems, which is necessary. Since Bioethics is not a mere presentation of views, comprehending the problem, but also their reflexion and, eventually, their standardization, i.e. the providing of legal answers to the social issues that arise from the field of Bioethics.

Thus, not only the theory and philosophy of law find their place in the field of Bioethics, but the same goes for the theory of criminal law, which, also, even in the practical sphere of jurisprudence, is most likely to protect the life. Such a non-isolation of jurisprudence enables it to step out of its own constrains and accept the "Bioethical sensibility." This is possible only if we recognize the Pluri-Perspectivism as a starting point in both Bioethics and the law.

Is it possible that the law be understood as a field of activity of the various value orientations? Pluri-Perspectivism, which does not go into relativism, will claim that it is possible, and we are inclined to believe it, given the proper results obtained in the field of Bioethics via such a postulate.

Key words: *ethics, bioethics, law, criminal-law theory, integralism, pluri- perspectivism.*

Originalni naučni rad 347.736:341
doi:10.5937/zrpfns47-4347

Dr Vuk Radović, vanredni profesor
Univerzitet u Beogradu
Pravni fakultet u Beogradu

PRINCIP ČISTE UNIVERZALNOSTI U MEĐUNARODNOM STEČAJU*

Sažetak: *U ovom članku autor analizira princip čiste univerzalnosti u međunarodnom stečajnom pravu. Reč je o jednoj od najznačajnijih teorija u materiji međunarodnog stečaja, koja je nastala kao odgovor na dominaciju principa teritorijalnosti u nacionalnim stečajnim zakonodavstvima. U prvom delu rada autor pojmovno određuje princip čiste univerzalnosti. Nakon toga je ukazao na najznačajnije prednosti ovog principa, koje treba da budu opravdanje za njegovo uvođenje. Takođe, prikazana su i najznačajnija ograničenja ovog principa, o kojima se mora voditi računa prilikom eventualne implementacije. Na kraju je autor definisao preduslove za primenu principa čiste univerzalnosti. Autor se u radu zalaže za neodustajanje od ovog principa u materiji međunarodnog stečaja i pored trenutne dominacije drugih teorija.*

Ključne reči: *princip univerzalnosti, princip teritorijalnosti, čista univerzalnost, međunarodni stečaj, lex fori concursus.*

I Raznovrsnost teorija međunarodnog stečajnog prava

Tradicionalno su teoretičari međunarodnog stečajnog prava podeljeni u dva tabora: pristalice principa univerzalnosti i pristalice principa teritorijalnosti. Reč je o dva antagonistička principa, koji se uzajamno isključuju i čija primena vodi potpuno suprotnim rešenjima. Oni su „simboli dve inkompatibilne ekstremne pozicije u međunarodnom stečajnom pravu. Međutim, sa druge strane, one ne reprezentuju realnost u ovoj oblasti,

* Rad je nastao kao rezultat rada na projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu „Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom Evropske unije – pravni, ekonomski, politički i sociološki aspekti“ (2013).

jer je praksa država gotovo uvek zasnovana na nekoj formi kombinacije ili kompromisa između ova dva principa.“[1] Prema tome, teorije međunarodnog stečaja se kreću između dve ekstremne pozicije. Danas sve manji broj autora pledira za primenu čistog principa univerzalnosti ili teritorijalnosti. Moderna shvatanja međunarodnog stečaja kao aksiom prihvataju prelazna rešenja, koja pokušavaju da otklone negativne karakteristike dva ekstremna principa, a da zadrže što je moguće više njihovih prednosti. Tako su i nastale teorije modifikovane univerzalnosti, sekundarnog stečaja, kooperativnog teritorijalizma, autonomije volje, i sl.

Ovaj rad je posvećen najznačajnijoj teoriji međunarodnog stečaja – teoriji čiste univerzalnosti. Ona je nastala kao odgovor na princip teritorijalnosti, koji tradicionalno primenjuju nacionalna stečajna prava i koji se može tretirati kao pretpostavljeni princip. Nezadovoljni njegovim efektima, teoretičari su počeli da razvijaju univerzalnost kao pristup divergentan dominantnoj zakonodavnoj praksi, koji se bazira na potpuno suprotnim postavkama.

II Pojam čiste univerzalnosti

Princip univerzalnosti podrazumeva sistem međunarodnog stečaja u kome sud samo jedne države (tzv. države domaćina stečajnog dužnika) ima isključivu međunarodnu nadležnost za sprovođenje stečajnog postupka. Prema tome, jedan nacionalni sud u stečajnom postupku odlučuje o celokupnoj imovini stečajnog dužnika, bez obzira na to gde se ona nalazi, i o svim potraživanjima dužnika, bez obzira kom nacionalnom poretku poverioci pripadaju.[2] Nakon unovčenja, taj sud vrši deobu imovine u skladu sa svojim nacionalnim stečajnim pravilima o isplatnim redovima.[3]

Imajući u vidu da su se u međuvremenu razvile brojne modifikacije principa univerzalnosti u regulativi međunarodnog stečaja, jedinstvo dužnika, imovine, suda i merodavnog prava se u teoriji naziva čista univerzalnost (engl. *pure universalism*). Osnovna karakteristika ovog sistema je jednostavnost, zbog čega je privukao najviše simpatija teoretičara. Čista

[1] Michael Bogdan, „International Bankruptcy Law in Scandinavia“, *International and Comparative Law Quarterly*, br. 34/1985, str. 50.

[2] Donald T. Trautman, Jay Lawrence Westbrook, Emmanuel Gaillard, „Four Models for International Bankruptcy “, *American Journal of Comparative Law*, br. 41/1993, str. 575; Bob Wessels, *International Insolvency Law*, Kluwer, Deventer, 2006, str. 6.

[3] Lynn M. LoPucki, „The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy“, *Michigan Law Review*, br. 98/2000, str. 2220; Liza Perkins, „A Defense of Pure Universalism in Cross-border Corporate Insolvencies“, *New York University Journal of International Law and Policy*, br. 32/2000, str. 789.

univerzalnost pokušava da međunarodnom stečaju pristupi na sličan način na koji se pristupa nacionalnom stečaju. Naime, svet posmatramo kao jednu državu, a sud određene države (države domaćina) će biti isključivo nadležan za sprovođenje stečajnog postupka.

Pored univerzalnosti, u teoriji međunarodnog stečaja postoji još jedan sličan pojam – jedinstvenost (engl. *unity*). Između ova dva pojma se često stavlja znak jednakosti.[4] Međutim, neki teoretičari prave razliku između njih na sledeći način. Princip univerzalnosti ne znači da će se u stečajnom postupku primenjivati samo jedan pravni sistem (*lex fori concursus*). Ako se stečajni postupak otvori u Srbiji, a stečajni dužnik je u Mađarskoj zaposlio nekoliko radnika, za dejstva stečajnog postupka na zaključen ugovor o radu se primenjuje mađarsko a ne srpsko pravo. Prema tome, univerzalnost omogućava da se na neka pitanja unutar stečajnog postupka ne primenjuje *lex fori concursus* već neko drugo pravo. Suprotno tome, princip jedinstvenosti podrazumeva da će se na sve aspekte stečajnog postupka primenjivati *lex fori concursus.*[5]

Prema teorijskom modelu, odluke države domaćina stečajnog dužnika su obavezujuće u svim drugim državama. Drugim rečima, sve druge države su dužne da priznaju i izvrše odluke stečajnog suda države domaćina.[6] Odatle sledi zaključak prema kome međunarodni stečajni postupak ne može u celosti da sprovede samo jedan stečajni sud, već u tom postupku moraju učestvovati i sudovi drugih država. U tom pogledu, sud države domaćina ima rukovodeću ulogu, dok drugi sudovi imaju karakter njegovih pomoćnih (izvršnih) organa. Rečima najvećeg protivnika univerzalizma, „jedan sud pušta melodiju, dok svi ostali igraju“.[7] Zbog toga se ovaj sistem ne može nazivati sistemom jednog suda, već sistemom dominantnog suda.[8]

---

[4] B. Wessels, *nav. delo*, str. 6.

[5] André J. Berends, „The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: A Comparative Overview“, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, br. 6/1998, str. 315-316.

[6] Lynn M. LoPucki, „Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach“, *Cornell Law Review*, br. 84/1999, str. 705; L. M. LoPucki, „The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy“, str. 2220; Elizabeth J. Gerber, „Not all Politics is Local: The New Chapter 15 to Govern Cross-border Insolvencies“, *Fordham Law Review*, br. 71/2003, str. 2056. „Univerzalnost ... se odnosi na priznanje odluka jedne jurisdikcije.“ Vidi: D. T. Trautman, J. L. Westbrook, E. Gaillard, *nav. članak*, str. 579.

[7] L. M. LoPucki, „Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach“, str. 699.

[8] L. M. LoPucki, „The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy“, str. 2221.

III Prednosti primene principa univerzalnosti

U teoriji su istaknute brojne prednosti primene principa univerzalosti u materiji međunarodnog stečaja, a u daljem tekstu će biti reči o nekoliko najznačajnijih i najčešće isticanih.

1. *Veća likvidaciona vrednost*. Princip univerzalosti, zbog svog centralizovanog ustrojstva, omogućava ostvarivanje većih prihoda od prodaje imovine koja čini stečajnu masu.[9] Slično stečaju bez elementa inostranosti, stečajni upravnik odlučuje o tome da li će prodavati pojedinačno stvari i prava ili će ih povezivati u celinu kako bi ostvario veću prodajnu cenu. Stečajni upravnik pred sobom ima celokupnu imovinu stečajnog dužnika, bez obzira gde se ona nalazi, što mu daje velike mogućnosti za primenu brojnih prodajnih strategija. Takođe, postoji i mogućnost prodaje dužnika kao celine,[10] što omogućava očuvanje vrednosti *going concern*-a i potencijalno veće prihode.[11] Model zasnovan na principu univerzalnosti garantuje da će se stečajni dužnik posmatrati kao ekonomska celina, bez obzira gde se nalazi njegova imovina.[12] Ovakav rezon je i iz pravnog ugla logičan i dosledan, jer stečajni dužnik poseduje samo jednu imovinu, „te bi bilo protivno pravnoj prirodi imovine da se ona likvidira više nego jednom, kroz više postupaka u više država".[13]

Ekomonski efekti univerzalnosti se najbolje mogu prikazati na jednom jednostavnom primeru.[14] Pretpostavimo da je pokrenut postupak bankrotstva društva X, koje poseduje integrisan sistem proizvodnje, distribucije i marketinga u nekoliko država (A, B i V), podeljenih prema vrstama proizvoda. Takođe, pretpostavimo da je imovina raspoređena u ovim državama na približno jednake delove, ali je odnos imovine i lokalnih dugova najveći u državi A, a najmanji u državi V. Ako bi se prodavala imovina u svakoj državi, dobilo bi se oko 100 miliona evra (po 33 miliona u svakoj državi). Međutim, ako bi se svi pogoni prodali kao celina

---

[9] Princip univerzalnosti omogućava i primenu jedinstvenih mera zaštite imovine koja ulazi u sastav stečajne mase. Vidi: Jay Lawrence Westbrook, „Global Solution to Multinational Default", *Michigan Law Review*, br. 98/2000, str. 2293.

[10] Miguel Virgós, Francisco Garcimartín, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, Kluwer Law International, 2004, str. 15.

[11] J. L. Westbrook, „Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum", *American Bankruptcy Law Journal*, br. 65/1991, str. 465; B. Wessels, *nav. delo*, str. 6.

[12] M. Virgós, F. Garcimartín, *nav. delo*, str. 14.

[13] Aleksandar Jakšić, *Obezbeđenje izvršenja obaveza u međunarodnom privatnom pravu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 1989, str. 319.

[14] Primer je preuzet iz: J. L. Westbrook, „Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum", str. 465.

dobila bi se daleko viša cena (oko 200 miliona evra), najvećim delom zbog žiga koji ima internacionalnu vrednost. Ova razlika je još očiglednija ako dužnik jedan deo svojih aktivnosti obavlja u jednoj državi (na primer, proizvodnja), dok druge povezane delatnosti obavlja u nekoj drugoj državi (na primer, marketing i prodaja). U tom slučaju, prodaja celine ima daleko veću vrednost od prodaje pojedinih delova.[15] Sledstveno tome, univerzalost u celini maksimizira procenat namirenja svih poverilaca, bez pravljenja razlike među njima. Princip teritorijalnosti ne vodi računa o tome, jer akcenat stavlja na interese lokalnih poverilaca. U državi A poverioci će zbog najpovoljnijeg odnosa vrednosti imovine i potraživanja insistirati na lokalnom (teritorijalnom) stečajnom postupku, dok će poverioci u državi V insistirati na stečajnom postupku zasnovanom na principu univerzalnosti.[16] Primenom principa univerzalnosti poverioci u celini će biti povoljnije namireni, što ne znači da će lokalni poverioci u državi A biti namireni u većem procentu u odnosu na slučaj kada bi bio vođen teritorijalni postupak. Teorijski posmatrano, veći prihodi od prodaje imovine i veći stepen namirenja svih poverilaca dužnika su nesporne prednosti principa univerzalnosti.

2. *Omogućavanje reorganizacije.* Regulativa međunarodnog stečaja zasnovana na principu univerzalnosti pogoduje sprovođenje postupka reorganizacije stečajnog dužnika.[17] Reorganizacija podrazumeva jedinstvenu i koordiniranu upotrebu imovine dužnika koja se nalazi u različitim državama.[18] Uspeh reorganizacije se ne može zamisliti ako svi ključni i za nastavak poslovanja neophodni delovi imovine nisu obuhvaćeni ovim postupkom.[19] Mogućnost stranih poverilaca da u stranim državama pokreću postupke prinudnog izvršenja nad imovinom stečajnog dužnika bi obesmislila reorganizaciju.[20]

Primenom principa teritorijalnosti mogućnost i uspeh reorganizacije zavisi od više nacionalnih jurisdikcija. Primera radi, reorganizacija neće biti moguća ako se značajna imovina stečajnog dužnika nalazi u državi

[15] Melissa K. S. Alwang, „Steering the Most Appropriate Course Between Admiralty and Insolvency: Why an International Insolvency Treaty Should Recognize the Primacy of Admiralty Law over Maritime Assets“, *Fordham Law Review*, br. 64/1996, str. 2624.

[16] Prema profesoru Vestbruku, ova situacija predstavlja međunarodnu verziju problema kolektivnog odlučivanja (zatvorenikove dileme). Vidi: J. L. Westbrook, „Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum“, str. 466.

[17] J. L. Westbrook, „Global Solution to Multinational Default“, str. 2293.

[18] L. M. LoPucki, „Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach“, str. 707.

[19] M. K. S. Alwang, *nav. članak*, str. 2624-2625.

[20] M. K. S. Alwang, *nav. članak*, str. 2625.

koja: a) ne favorizuje ili ne poznaje postupak reorganizacije, b) smatra da reorganizacija nije primenljiva u tom slučaju, ili v) veruje da lokalni poverioci mogu biti isplaćeni iz lokalne imovine.[21] Prema tome, reorganizacija zavisi od volje svake države u kojoj se nalazi bitna imovina stečajnog dužnika. Za očekivati je da će sudovi većine država dozvoljavati reorganizaciju samo u slučaju da je položaj lokalnih poverilaca *ex post* povoljniji u odnosu na postupak bankrotstva.[22] Ovako posmatrano, jasno je da univerzalizam predstavlja daleko bolji okvir za sprovođenje postupka reorganizacije.

3. *Niži administrativni troškovi*. Pristalice univerzalnosti ističu argument prema kome će unovčenje stečajne mase i raspodela deobne mase od strane jednog suda indukovati stvaranje nižih troškova u poređenju sa troškovima više stečajnih postupaka koji se paralelno vode.[23] Jednostavnije rečeno, više stečajnih postupaka košta više od jednog stečajnog postupka.[24] Veći broj postupaka prvenstveno podrazumeva veće sudske troškove. Zatim, u svakom stečajnom postupku se imenuju stečajni upravnik i poverilački organi, koji za svoj rad uobičajeno dobijaju određenu naknadu i/ili nagradu. Vođenje više stečajnih postupaka podrazmeva sprovođenje istih radnji više puta, poput ispitivanja prijavljenih potraživanja. Nelogično je i ekonomski neopravdano da nakon što je sud jedne države ispitao jedno prijavljeno potraživanje, sud druge države opet sprovodi postupak ispitivanja istog potraživanja. Prilikom isticanja argumenta nižih administrativnih troškova treba voditi računa o tome da je stečajni postupak koji se sprovodi na principu univerzalnosti mnogo skuplji od teritorijalnog stečajnog postupka, ali je jeftiniji od vođenja više stečajnih postupaka.

4. *Veća predvidljivost (niži transakcioni troškovi)*. Univerzalnost karakteriše veća predvidljivost. U okvirima univerzalnosti, poverioci (kreditori) mogu sa lakoćom da utvrde primenljivo nacionalno stečajno pravo, što im omogućava da precizno ustanove rizike od kojih zavisi i visina kamatne stope. Karakteristika predvidljivosti je od velikog značaja, jer ako poverioci (kreditori) ne znaju koja će se stečajna pravila primenjivati, oni

---

[21] Andrew T. Guzman, „International Bankruptcy: In Defense of Universalism“, *Michigen Law Review*, br. 98/2000, str. 2203.

[22] A. T. Guzman, *nav. članak*, str. 2203.

[23] L. M. LoPucki, „Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach“, str. 707.

[24] „Multiplikovani postupci značajno povećavaju administrativne troškove, jer svaka zemlja u kojoj dužnik ima imovinu sprovodi pun stečajni postupak.“ Todd Kraft, Allison Aranson, „Transnational Bankruptcies: Section 304 and Beyond“, *Columbia Business Law Review*, br. 1993/1993, str. 337.

će svoje neznanje kompenzovati višim kamatnim stopama.[25] „Povećanje kamatnih stopa bez odgovarajućih koristi predstavlja neto socijalni gubitak.“[26] Koherentan sistem međunarodnog stečaja zasnovan na principu univerzalnosti će zbog nižih transakcionih troškova povećati prekograničnu trgovinu.[27] Na taj način bi koristi imali poverioci u svim državama, što bi predstavljalo veću korist od eventualne štete koju bi oni mogli pretrpeti zbog neprimene teritorijalnog stečajnog postupka u konkretnom slučaju.[28]

Profesori Bebčuk i Guzman su istakli i neke nove argumente koji potkrepljuju tezu o nižim transakcionim troškovima stečajnog postupka zasnovanog na principu univerzalnosti.[29] Oni su pošli od pravila prema kome princip teritorijalnosti sistematski favorizuje domaće (lokalne) poverioce. To je i razlog zbog koga će ova lica biti voljna da prihvate davanje kredita po nižim kamatnim stopama, dok će strani kreditori zbog većeg rizika zahtevati više kamatne stope. To će za posledicu imati neefikasnu alokaciju kapitala. Multinacionalne kompanije će često prednost davati investiranju u države čiji kreditori nude niže kamatne stope, svesno pristajući pritom na manje prihode od svoje investicije.[30] Prema tome, zaključak je da univerzalnost pogoduje donošenju efikasnijih investicionih odluka.

5. *Pravičnost*. Univerzalnost karakteriše pravičnija raspodela deobne mase među poveriocima.[31] Pravičnost se zasniva na primeni jedinstvenih pravila na sve poverioce. Jedan sud primenjujući jedinstvena stečajna pravila vrši raspodelu unovčenih sredstava svim poveriocima, čime se na jednostavan način ostvaruje princip ravnopravnosti poverilaca.[32] Ako se dozvoli pokretanje više stečajnih postupaka protiv istog stečajnog dužnika, onda se moraju pronaći i primeniti mehanizmi koji

---

[25] Robert K. Rasmussen, „A New Approach to Transnational Insolvencies“, *Michigan Journal of International Law*, 19(1)/1997, str. 17.

[26] R. K. Rasmussen, *nav. članak*, str. 17.

[27] J. L. Westbrook, „Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum“, str. 466.

[28] J. L. Westbrook, „Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum“, str. 466.

[29] Više vidi: Lucian Arye Bebchuk, Andrew T. Guzman, „An Economic Analysis of Transnational Bankruptcies“, *The Journal of Law and Economics*, vol. XLII, 1999, str. 775-807.

[30] L. A. Bebchuk, A. T. Guzman, *nav. članak*, str. 779.

[31] J. L. Westbrook, „Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum“, str. 466.

[32] L. M. LoPucki, „Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach“, str. 708.

bi uzimali u obzir isplate stečajnim poveriocima u prethodnim tj. drugim stečajnim postupcima.

6. *Skučen prostor za forum shopping*. Ishod stečajnog postupka zasnovanog na principu univerzalnosti ne zavisi od toga gde se nalazi imovina stečajnog dužnika.[33] Premeštanjem imovine ne može se zasnovati nadležnost drugog suda. Zbog toga se kao prednost principa univerzalnosti ističe smanjivanje podsticaja za *forum shopping*.[34] Ovo ne znači da je u sistemu univerzalnosti *forum shopping* nemoguć, već samo da je manje verovatan, tj. da je otežan. Da bi se promenio sud koji će biti nadležan za otvaranje stečajnog postupka, potrebne su fundamentalne promene u načinu poslovanja stečajnog dužnika. U uslovima primene principa teritorijalnosti, dužnik koji smatra da mu domaći stečajni sistem nije naklonjen može da premesti imovinu u neku „prijateljski" nastrojenu državu, i tako zasnuje stečajnu nadležnost te države u odnosu na tu imovinu.[35] Imajući u vidu neograničene mogućnosti manipulacije pokretnom imovinom, poverioci su onemogućeni da *ex ante* predvide stečajni sistem koji će se primenjivati na saugovarača.[36]

IV Nedostaci primene principa univerzalnosti

Princip univerzalnosti, ma koliko delovao kao primamljiv koncept, ima značajne nedostatke. Oni se ne smeju zanemarivati, jer od njihovog uspešnog rešavanja zavisi i efikasnost primene ovog principa. Protivnici univerzalnosti uobičajeno ističu sledeće nedostatke.

1. *Teškoće oko utvrđivanja kriterijuma*. Prvi i osnovni problem sa kojim se suočavaju pristalice univerzalnosti je utvrđivanje tzv. zemlje domaćina dužnika (engl. *debtor's home country*), tj. one zemlje koja ima isključivu međunarodnu nadležnost za sprovođenje univerzalnog stečajnog postupka. Veoma je teško odrediti precizan kriterijum za zasnivanje međunarodne nadležnosti. Zbog toga zagovornici univerzalnosti najčešće polaze od teze prema kojoj će u najvećem broju slučajeva biti očigledno koja država treba da ima međunarodnu nadležnost.[37] Sedište uprave, mesto obavljanja delatnosti, najznačajnija imovina i najveći poverioci se uo-

[33] Alexander M. Kipnis, „Beyond UNCITRAL: Alternatives to Universality in Transnational Insolvency", *Denver Journal of International Law and Policy*, br. 36(2)/2008, str. 174.

[34] Ako je irelevantno mesto nalaženja imovine, podsticaji za *forum shopping* su svedeni na minimum. Vidi: M. Virgós, F. Garcimartín, *nav. delo*, str. 15.

[35] A. M. Kipnis, *nav. članak*, str. 175.

[36] A. M. Kipnis, *nav. članak*, str. 175.

[37] R. K. Rasmussen, *nav. članak*, str. 12.

bičajeno nalaze u zemlji osnivanja dužnika. Međutim, iz najmanje dva razloga ovakav odgovor je u potpunosti neprimeren.[38] Prvo, čak i da je ova pretpostavka tačna, to ne znači da se u značajnom broju slučajeva ona neće pokazati pogrešnom. Drugo, neki od najznačajnijih slučajeva prekograničnih stečajeva, poput stečaja akcionarskog društava *Maxwell Communication Corporation* i banke BCII (*Bank of Credit and Commerce International*), jasno su pokazali probleme sa kojima se suočava primena principa univerzalnosti. Društvo *Maxwell Communication* je bilo osnovano u Velikoj Britaniji, gde se nalazilo sedište uprave, kao i najveći broj poverilaca, pri čemu je većina imovine društva (oko 80%) bila locirana u SAD.[39] BCCI je osnovana u Luksemburgu. Sedište uprave je bilo u Velikoj Britaniji, a imovina se nalazila po čitavom svetu. Neposredno pre otvaranja stečajnog postupka, sedište uprave je premešteno u Ujedinjene Arapske Emirate. Stečajni postupak je vodio sud u Luksemburgu, premda je mesto osnivanja bila jedina veza BCCI sa ovom državom.[40]

U teoriji se iskristalisalo više mogućih kriterijuma za zasnivanje međunarodne nadležnosti.[41] Mesto inkorporacije (registrovano sedište) se tradicionalno ističe kao prvi i najsnažniji kriterijum. Njega su kao pretpostavku uveli Model zakon UNCITRAL-a o prekograničnoj insolventnosti i Uredba Evropske unije o stečajnim postupcima, pri čemu oba režima dozvoljavaju pobijanje ove presumpcije.[42] Ovaj kriterijum se u teoriji kritikuje kao nezadovoljavajući,[43] jer omogućava društvima da izaberu stečajni režim koji će se na njih primenjivati samo na osnovu mesta osnivanja, pa čak i ako društvo sa tom državom nema nikakvih drugih tačaka vezivanja.

Društva se često identifikuju i sa sedištem uprave, tj. mestom odakle se upravlja poslovima društva, te i ovaj kriterijum može biti odlučujući za određivanje međunarodne nadležnosti. Zatim, u slučaju da se u određenoj

---

[38] L. M. LoPucki, „Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach“, str. 713.

[39] Više o ovom slučaju vidi: Jay Lawrence Westbrook, „The Lessons of Maxwell Communication“, *Fordham Law Review*, br. 64/1996, str. 2531-2541.

[40] L. M. LoPucki, „Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach“, str. 714; Philip R. Wood, *Principles of International Insolvency*, 2nd ed., Sweet & Maxwell, London, 2007, str. 803.

[41] Više vidi: L. M. LoPucki, „The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy“, str. 2226-2229.

[42] UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, 15. decembar 1997. godine (dalje u fusnotama: Model zakon), čl. 16(3); Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings, *Official Journal of the European Communities* L 160, 30.6.2000. (dalje u fusnotama: Uredba o stečajnim postupcima), čl. 3(1).

[43] J. L. Westbrook, „Global Solution to Multinational Default“, str. 2316. Više vidi: A. T. Guzman, *nav. članak*, str. 2207; A. M. Kipnis, *nav. članak*, str. 176-177.

državi nalazi većina zaposlenih i većina korisnika usluga tog društva, kao i da se u istoj državi obavljaju najznačajnije delatnosti, teško je zamisliti da sud te države nema međunarodnu nadležnost, pa čak i u slučaju da se registrovano sedište i sedište uprave nalaze na drugom mestu.[44] Može se desiti i da imovina društva bude potpuno odvojena od mesta obavljanja delatnosti (na primer, društvo je zakupilo fabriku u jednoj državi i tu zaposlilo najveći broj zaposlenih, dok se nepokretnosti u vlasništvu društva nalaze u drugoj državi).[45]

Iz navedenih razloga u teoriji se ističe potreba za pronalaženjem tzv. „multidimenzionalnog testa", koji bi predstavljao kombinaciju više faktora.[46] Takvo rešenje su prihvatili Model zakon UNCITRAL-a i Uredba o stečajnim postupcima, a kao osnovni kriterijum je određen „centar glavnih interesa dužnika". Ma kako bio interpretiran i shvaćen, činjenica je da ovaj kriterijum daje sudovima veliku slobodu prilikom njegovog tumačenja. Međutim, ta sloboda, ma koliko bila potrebna i nužna, omogućava sudu da brani gotovo svako rešenje, što zapravo znači da je kriterijum neodređen i da stvara pravnu nesigurnost.

2. *Manipulacije kriterijumom*.[47] Već je bilo reči i tome da princip univerzalnosti, zasnovan na kompleksnom i višedimenzionalnom kriterijumu, poput centra glavnih interesa, teorijski posmatrano smanjuje aktivnosti na polju *forum shopping*-a. Nesporno je da je teže promeniti međunarodnu nadležnost za sprovođenje univerzalnog stečajnog postupka, te je iz tog ugla posmatrano on superiorniji od teritorijalnog stečajnog postupka. Međutim, činjenica da univerzalnost karakteriše sveobuhvatnost daje posebne podsticaje za strategijske manipulacije standardom za određivanje međunarodne nadležnosti.[48] Ko je sve podstaknut da utiče na promenu? Prvo, podstaknute su države, jer stečajni postupak koji primenjuje princip univerzalnosti može doneti višemilionske prihode, i to u vidu sudskih taksi, naknada i nagrada stečajnim upravnicima, advokatima i drugim stručnim licima koja mogu angažovati stečajni organi za obavljanje

---

[44] L. M. LoPucki, „The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy", str. 2226.

[45] L. M. LoPucki, „The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy", str. 2226-2227.

[46] J. L. Westbrook, „Global Solution to Multinational Default", str. 2317.

[47] Više vidi: L. M. LoPucki, „Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach", str. 720-723; L. M. LoPucki, „The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy", str. 2234-2237.

[48] „Imajući u vidu ogromne razlike koje postoje između stečajnih prava država u svetu, podsticaji za forum shopping će u sistemu univerzalnosti biti enormni." L. M. LoPucki, „The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy", str. 2234.

stručnih poslova u stečajnom postupku (na primer, ovlašćeni procenjivači, prevodioci, računovođe, poreski savetnici, i sl.). Tako nastaje opasnost da će neke države, poznatije kao „stečajni rajevi" za međunarodni stečaj (na primer, Bermuda, Kajmanska ostrva i Luksemburg), određivati pravila igre u slučaju stečaja multinacionalnih korporacija.[49] Drugo, dužnici koji anticipiraju pokretanje stečajnog postupka su stimulisani da promene neke atribute svog poslovanja, kako bi zasnovali nadležnost stečajnog sistema koji karakteriše pro-dužnička orijentacija.[50] Treće, podstaknuti su i organi upravljanja i poslovođenja stečajnog dužnika (direktori), jer im svako stečajno zakonodavstvo ne daje ista prava, odnosno ne ustanovljanja na jedinstven način njihovu odgovornost. Direktori će posebno biti zainteresovani za one stečajne sisteme koji im daju mogućnost da i nakon otvaranja stečajnog postupka vrše iste funkcije (tzv. lična uprava). Četvrto, podsticaj za manipulisanje kriterijumom kojim se određuje međunarodna nadležnost imaju i poverioci stečajnog dužnika, koji će preferirati pro-poverilačke stečajne sisteme. Osim ove načelne preference, koja je zajednička svim poveriocima, poseban značaj će za pojedine poverioce imati položaj u pogledu prioriteta u namirenju (na primer, da li su privilegovani poverioci, da li su obezbeđeni poverioci, i sl.). Uticaj na promenu međunarodne nadležnosti se može očekivati samo od najmoćnijih poverilaca, koji svojim uticajem mogu da utiču na stečajnog dužnika[51] (na primer, banka pristaje da dâ kredit dužniku ali pod uslovom da on prenese svoje sedište u drugu državu, premesti sedište uprave, itd.). Iz svega navedenog se može zaključiti da je težina promene kriterijuma za određivanje međunarodne nadležnosti umanjena pojačanim podsticajem za *forum shopping*-om.

3. *Strani sud i strano pravo uređuju isključivo domaće odnose*.[52] Kao jedan od argumenata protiv načela univerzalnosti se ističe i činjenica da će strani sud primenjujući svoje stečajno pravo odlučivati i o isključivo domaćim (u odnosu na nadležan sud „stranim") dužničko-poverilačkim odnosima. Pretpostavka univerzalnosti je da će sve države prihvatiti i izvršiti svaku odluku nadležnog stečajnog suda. Međutim, međunarodna stečajna praksa pokazuje da države nisu spremne da se

[49] L. M. LoPucki, „Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach", str. 721.

[50] L. M. LoPucki, „Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach", str. 720.

[51] L. M. LoPucki, „The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy", str. 2235.

[52] Više vidi: L. M. LoPucki, „Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach", str. 709-713.

odreknu svog suvereniteta, u korist neke druge države.[53] Princip univerzalnosti omogućava državi domaćinu da „primenjuje svoje pravo i svoju sudsku filosofiju u odnosu na najznačajnija stečajna pitanja – relativan prioritet poverilaca u namirenju, izbor između reorganizacije i bankrotstva, i pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika".[54] Mnoga od ovih pitanja predstavljaju deo javnog poretka jedne države,[55] te se ne može očekivati da države svojevoljno prihvate da sudovi drugih država svojim odlukama zalaze u njihove javne poretke i menjaju ih u skladu sa sadržinom sopstvenog javnog poretka.[56]

4. *Stečaj poslovnih grupa*. Jedna od najznačajnijih kritika koja se upućuje načelu univerzalnosti se odnosi na teškoće utvrđivanja države domaćina u slučaju stečaja poslovnih grupa. Ova problematika je izuzetno aktuelna imajući u vidu okolnost da multinacionalne kompanije svoje delatnosti obavljaju u okviru poslovnih grupa, koje se neretko sastoje iz više desetina pravno samostalnih entiteta.

Bez obzira kako se definiše država domaćina za poslovnu grupu, ona će se u velikom broju slučajeva razlikovati od države domaćina svakog od društava koji su članovi te grupacije. Pretpostavimo da jedno akcionarsko društvo (holding) poseduje u svojoj imovini samo većinske pakete akcija tri potpuno zavisna akcionarska društva. Holding je osnovan u državi A, gde se nalazi i sedište njegove uprave, dok su zavisna društva osnovana u drugim državama (države B, C i D), u kojima obavljaju delatnosti i gde se nalazi sedište njihove uprave. Za pretpostaviti je da bi država A imala međunarodnu nadležnost za sprovođenje univerzalnog stečajnog postupka nad poslovnom grupacijom, pri čemu to nije država domaćina ni za jedno zavisno društvo.[57]

Koja država će imati međunarodnu nadležnost u slučaju stečaja jednog ili više članova poslovne grupe? Da li će se stečaj svakog od članova grupacije otvarati pred sudom države domaćina za celu grupu ili će se stečaj svakog od članova pokretati pred sudom države domaćina relevantnim samo za tog člana? Da li određivanje međunarodne nadležnosti treba da zavisi od toga koje društvo se nalazi u finansijskim te-

---

[53] Frederick Tung, „Is International Bankruptcy Possible", *Michigan Journal of International Law*, br. 23/2001, str. 46.

[54] L. M. LoPucki, „Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach", str. 709.

[55] L. M. LoPucki, „The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy", str. 2238.

[56] Za kritiku ovog argumenta više vidi: A. T. Guzman, *nav. članak*, str. 2204-2206.

[57] Slično: L. M. LoPucki, „The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy", str. 2229-2230.

škoćama, koje društvo je podnelo predlog za otvaranje stečajnog postupka, ili stepena integracije članova u grupu? Na sva ova pitanja princip univerzalnosti ne može da ponudi jedinstven odgovor koji bi bio u skladu sa njegovim osnovnim postavkama, tj. kojim bi se sačuvale sve prednosti univerzalnosti.[58]

Pravilo prema kome bi se međunarodna nadležnost određivala prema grupi, a ne prema pojedinim članovima, može za posledicu imati brojne negativne efekte. Pretpostavimo da se u prethodno navedenom primeru stečaj sprovodi samo nad zavisnim društvom čije se stvarno sedište i sedište inkorporacije nalazi u državi B. Da li je u tom slučaju logično da međunarodnu nadležnost ima sud države A, u kojoj se nalazi matično društvo, ako se ima u vidu da je jedina veza zavisnog društva sa državom A pripadnost matičnog društva tom pravnom poretku.[59] Ovakvo pravilo bi omogućilo brojne zloupotrebe, jer bi prodaja akcija od strane matičnog društva nekom drugom društvu u drugoj državi, značila i promenu međunarodne nadležnosti.[60]

Ako se, pak, predloži suprotno pravilo, prema kome se međunarodna nadležnost određuje za svakog člana poslovne grupe ponaosob, onda univerzalnost u velikoj meri gubi svoj smisao. Naime, ovakvi stečajevi će imati partikularni karakter, te će onemogućiti sprovođenje celovitog stečajnog postupka na nivou poslovne grupe, a to znači da će biti onemogućena reorganizacija i prodaja imovine po najpovoljnijoj ceni, kao dve najznačajnije prednosti principa univerzalnosti u odnosu na princip teritorijalnosti.[61] Ovo će posebno biti aktuelno, pa čak i nužno, u slučaju kada su članovi poslovne grupe integrisani u poslovnu celinu. U tom slučaju se kao prethodno pitanje postavlja stepen integrisanosti članova grupe, jer veći stepen integracije omogućava da princip univerzalnosti ostvari svoj puni efekat. Imajući u vidu da je ovo pitanje faktičko, ono je podložno različitim tumačenjima i zloupotrebama.

Problem se usložnjava i ako se postavi pitanje koji su članovi grupacije podneli predloge za otvaranje stečajnog postupka. Šta se dešava ako jedan član grupe podnese predlog, a nakon toga se stečaj pokrene i nad

[58] L. M. LoPucki, „The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy“, str. 2230.

[59] L. M. LoPucki, „The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy“, str. 2230.

[60] L. M. LoPucki, „The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy“, str. 2230.

[61] L. M. LoPucki, „The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy“, str. 2230.

nekim drugim članom? Ovakva situacija je danas pravilo, jer se stečajni postupak pokreće samo u odnosu na deo članica poslovne grupe (najčešće stečaj obuhvata trećinu članova grupe).[62]

U svakom slučaju, jasno je sa kojim se sve problemima suočava princip univerzalnosti u kontekstu poslovnih grupa. Rečima jednog njujorškog stečajnog sudije, „u eri multinacionalnih korporacija, može se desiti da dve (ili više) država imaju podjednako pravo da se smatraju državom domaćina tog dužnika.“[63] Štaviše, ovakav zaključak je potvrđen u većem broju slučajeva primene evropske Uredbe o stečajnim postupcima, kada su sudovi više evropskih država smatrali da se u njihovoj državi nalazi „sedište glavnih interesa dužnika“.[64]

5. *Diskriminisanje manje razvijenih zemalja*.[65] Princip univerzalnosti može imati diskriminatorni efekat u odnosu na manje razvijene zemlje. Multinacionalne korporacije po pravilu najsnažnije veze imaju sa razvijenim državama, što znači da će se po pravilu primenjivati njihovo stečajno pravo. U tom pogledu će nerazvijene zemlje i zemlje u razvoju biti u podređenom položaju.

6. *Veći troškovi stranih poverilaca*.[66] Princip univerzalnosti stvara visoke troškove stranim poveriocima, tj. poveriocima koji ne pripadaju državi domaćina (tzv. lokalnim poveriocima).[67] Oni će morati da proučavaju strana stečajna zakonodavstva ako žele da pravilno procene sve rizike povezane sa zaključivanjem ugovora sa dužnikom. Ovaj nedostatak je najočigledniji kod malih poverilaca.[68] Daljim uopštavanjem ovog argumenta moglo bi se reći da strani poverioci mogu biti nezaštićeni u stečajnom postupku otvorenom u drugoj državi. Ovo će naročito doći do izražaja u situaciji kada poverioci pripadaju državi koja prihvata pro-poverilačku stečajnu orijentaciju, a stečajni postupak se otvori u državi čije je stečajno pravo pro-dužnički usmereno.[69]

---

[62] L. M. LoPucki, „The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy“, str. 2232.

[63] Navedeno prema: Edward S. Adams, Jason K. Fincke, „Coordinating Cross-border Bankruptcy: How Territorialism Saves Universalism“, *Columbia Journal of European Law*, br. 15/2008, str. 54.

[64] Više vidi: Lynn M. LoPucki, *Courting Failure*, The University of Michigan Press, 2005, str. 223-225.

[65] Više vidi: Frederick Tung, „Fear of Commitement in International Bankruptcy“, *George Washington International Law Review*, br. 33/2001, str. 576-577.

[66] Više vidi: Jona Israël, *European Cross-Border Insolvency Regulation*, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2005, str. 31-32.

[67] A. M. Kipnis, *nav. članak*, str. 178.

[68] P. R. Wood, *nav. delo*, str. 803.

[69] P. R. Wood, *nav. delo*, str. 802.

7. *Različitost nacionalnih stečajnih prava.* Univerzalnost kao ideja je moguća u međunarodnom stečaju samo u slučaju da nacionalna stečajna zakonodavstva imaju slična pravila.[70] Nerealno je očekivati da će jedna država prihvatiti koncept univerzalnosti ako druga država u nekim ključnim stečajnim pitanjima ima potpuno drugačija rešenja. Ovo je posebno aktuelno kod stečajnih isplatnih redova, jer država koja maksimalno privileguje potraživanja zaposlenih, neće želeti da prihvati univerzalnu međunarodnu nadležnost države koja potraživanja zaposlenih izjednačava sa drugim stečajnim potraživanjima.[71]

V Preduslovi za primenu principa čiste univerzalnosti

Primena principa čiste univerzalnosti je neraskidivo povezana sa četiri uslova koji se moraju kumulativno ispuniti.

Prvo, čista univerzalnost se nikada ne podrazumeva. Da bi ovaj princip rukovodio postupcima međunarodnog stečaja neophodno je da ga sve države izričito prihvate, bilo tako što će ratifikovati neki međunarodni dokument koji implementira princip univerzalnosti ili promeniti svoje nacionalno zakonodavstvo u tom pravcu. Međutim, nerealno je očekivati da jedna država samoinicijativno uvede univerzalnost i na taj način sebe obaveže da poštuje odluke stečajnih organa drugih država, a da pritom ta druga država postupa na suprotan način, tj. primenjuje princip teritorijalnosti. Države koje primenjuju princip teritorijalnosti najčešće imaju odredbu kojom propisuju da stečajnu masu čini celokupna imovina stečajnog dužnika, što znači da je većina država spremna da „prihvati velikodušnu ponudu“ država koje prihvataju princip univerzalnosti.

Drugo, materijalni preduslov za razmišljanje o čistoj univerzalnosti kao preovlađujućoj koncepciji je sličnost nacionalnih stečajnih prava. Jedna država može da prihvati da neka druga država vodi stečajni postupak, odlučuje o imovini koja se nalazi na njenoj teritoriji, pravima lica koja su zaposlena kod stečajnog dužnika, kao i o pravima njenih poverilaca, samo ako zna da se primenom *legis fori concursus* ne-

[70] „...čini se nerealnim razmišljati o prihvatanju univerzalizma bez približno sličnih zakona.“ J. L. Westbrook, „Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum“, str. 485.

[71] „Univerzalizam može da funkcioniše samo u svetu u kome se primenjuju uniformni zakoni koji se odnose na stečaj i prioritete između poverilaca – svet koji još uvek ne postoji.“ L. M. LoPucki, „The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy“, str. 2216.

će ugroziti interesi onih lica koja ona treba da zaštiti. Ako uzmemo kao primer Srbiju, za pretpostaviti je da ona nikada neće pristati na primenu principa univerzalnosti u odnosu na državu čije stečajno pravo ne štiti obezbeđene poverioce ili koje ne pruža radnicima nikakvu prioritetnu zaštitu u stečajnom postupku. Imajući u vidu da se nacionalna stečajna prava u velikoj meri razlikuju, čak i oko ključnih pitanja, logično je zaključiti da čista univerzalnost na globalnom nivou nije opcija u bliskoj budućnosti. Međutim, u svetu ima puno država koje pripadaju istim stečajnim sistemima, koji dele gotovo istovetne karakteristike.[72] Između njih čista univerzalnost nije nerealna koncepcija. Tako posmatrano, čista univerzalnost je moguća samo unutar manjeg broja država sa sličnim stečajnim zakonodavstvima. Ovo na najbolji način ilustruje Nordijska stečajna koncencija iz 1933. godine, koja je zasnovana na principu univerzalnosti.[73]

Treće, države koje prihvataju princip čiste univerzalnosti u međunarodnim stečaju moraju biti približno slične razvijenosti. Razvijenijim državama po prirodi stvari više odgovara primena ovog principa, jer će najveći broj velikih stečajnih dužnika dolaziti iz tih država. Nerazvijena država nema ekonomski interes da prihvati čistu univerzalnost, jer bi ona potencijalno značila gubitak značajnih prihoda. Naravno, moguća je i obrnuta situacija, prema kojoj nerazvijena država svojim vanstečajnim zakonodavstvom (naročito poreskim propisima) pokušava da privuče što je moguće više stranih kompanija. U tom slučaju, razvijena država neće imati interes da primeni princip univerzalnosti ili će insistirati na definisanju međunarodne nadležnosti za otvaranje stečajnog postupka koji bi joj bio u interesu.

Četvrto, čista univerzalnost ne može biti sprovedena bez podrobnog regulisanja prava stranih poverilaca. Ovde se prevashodno misli na uvođenje dužnosti potpunog, blagovremenog i pouzdanog informisanja stranih poznatih poverilaca o otvorenom stečajnom postupku, kao i uređivanje prijave potraživanja stranih poverilaca u stečajnom postupku, i to počev od prava na prijavu potraživanja, preko sadržine prijave, pa sve do jezika na kome prijava treba da bude sastavljena. Na ovaj način bi bio otklonjen argument nezaštićenosti stranih poverilaca u otvorenom stečajnom postupku.

---

[72] O stečajnim sistemima više vidi: P. R. Wood, *nav. delo*, str. 53-196.

[73] Više vidi: Carl Hugo Parment, „The Nordic Bankruptcy Convention: An Introduction“, 2004, dostupno na adresi: *http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/ 398/1554.html* (21.12.2012.), str. 3.

VI Budućnost teorije čiste univerzalnosti u međunarodnom stečaju

Teorija čiste univerzalnosti se u ovom trenutku ne može smatrati validnom opcijom za uređenje materije međunarodnog stečaja. Nacionalna stečajna i vanstečajna zakonodavstva se u značajnoj meri razlikuju, što predstavlja nepremostivu prepreku za uvođenje ovog principa na globalnom nivou. Međutim, ovo ne znači da treba odustati od teorije čiste univerzalnosti. Naprotiv, čini se da čista univerzalnost uvek mora da ostane cilj kome treba težiti prilikom regulisanja stečaja sa elementom inostranosti. Uostalom, ona je i nastala kao antiteza dominirajućem nacionalnom principu – principu teritorijalnosti. Shvatajući nerealnost uvođenja principa univerzalnosti na globalnom planu, teoretičari su se brzo okrenuli ka jedinom mogućem rešenju – osmisliti prelazne teorije koje u osnovi treba da do određene mere inkorporiraju oba principa i tako pomire i usaglase interese svih država. Suštinski posmatrano, većina novonastalih teorija polazi od principa univerzalnosti kao rukovodećeg principa, ali ga kasnije modifikuje tako što u određenim precizno definisanim segmentima primenjuje i princip teritorijalnosti.

Danas se o primeni principa čiste univerzalnosti u praktičnom smislu može govoriti samo ako je reč o manjem broju država, koje imaju slične pravne poretke (uključujući tu posebno stečajno zakonodavstvo), dele slične vrednosti i između kojih postoji uzajamno poverenje u efikasnost pravnog sistema. Države članice Evropske unije su još uvek daleko od ove pretpostavke. Uredba o stečajnim postupcima doneta 2000. godine[74] je uvela princip modifikovane univerzalnosti, što znači da države članice Evropske unije nisu bile spremne da se u potpunosti odreknu principa teritorijalnosti. Međutim, ovo ne znači da je Evropska komisija odustala od doslednije primene principa univerzalnosti. Najnovijim predlogom izmena Uredbe o stečajnim postupcima,[75] Evropska komisija želi da unifikuje i neke aspekte materijalnog stečajnog prava, što može u nekoj kasnijoj fazi da dovede do daljeg pomeranja principa modifikovanog univerzalizma ka čistom univerzalizmu. Na svetskom nivou, UNCITRAL je doneo Model zakon o prekograničnoj insolventnosti, koji je u osnovi prihvatio sličan model.[76] Srpski Zakon o stečaju je u potpunosti implementirao odredbe Model zakona.[77]

---

[74] Uredba o stečajnim postupcima, čl. 3, 27-38.

[75] European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Council Regulation (EC) 1346/2000 on insolvency proceedings, Strasbourg, 12.12.2012., COM(2012) 744 final, dostupno na adresi: *http://ec.europa.eu/justice/civil/files/ insolvency-regulation_en.pdf* (15.1.2013.).

[76] Model zakon, čl. 2, 17 i 28.

[77] Zakon o stečaju, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009, čl. 174-203.

Vuk Radović, Ph.D., Associate Professor
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade

Principle of Pure Universality in International Bankruptcy

Abstract: *In this article the author analizes the principle of pure universality in international bankruptcy law. This is one of the most important theories in the field of cross-border insolvency, that came up as an answer to the dominance of principle of territoriality in nacional bankruptcy laws. In the first part of the article, the author determines the meaning and basic characteristics of the principle of pure universality. Afterwards, the most important advantages of this principle have been elaborated. They are supposed to be the justification for its introduction. Next part of the article points out to the most significant limitations of this principle, because potencial implementation must bear them in mind. In the last part of this article the author defines the basic conditions for the application of principle of pure universality. The author of this article argumented in favour of this principle, in spite of current domination of other theories.*

Key words: *principle of universality, principle of territoriality, pure universality, international bankruptcy, lex fori concursus.*

Originalni naučni rad 349.418(37)
doi:10.5937/zrpfns47-4471

Dr Magdolna Sič, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu

KATASTRI, ZEMLJIŠNI REGISTRI I ISPRAVE O KUPOPRODAJI U STAROM RIMU– ELEMENTI MODERNIH ZEMLJIŠNIH KNJIGA[1]

Sažetak: *Razlog ovog istraživanja jeste shvatanje koje postoji u civilistici da rimsko pravo u oblasti evidencije nepokretnosti nije dalo nikakav doprinos. Istina, u toku rimske istorije uknjižba nije bila konstitutivni element za sticanje prava svojine na nepokretnim stvarima, kao što je to po nemačkom sistemu zemljišnih knjiga i pravima zemalja koja se zasnivaju na austrijskom Opštem građanskom zakoniku, niti su bili zastupljeni svi principi savremenih zemljišnih knjiga, ali se ipak ne može tvrditi da je moderni zemljoknjižni sistem potpuno originalan. Elementi savremene evidencije nepokretnosti postoje već u rimsko doba, a to su: katastri, javne (cenzorske) knjige i neophodnost pisane isprave o pravnim poslovima prometa nepokretnosti, posebno o ugovoru o kupoprodaji. Nije lako rekonstruisati ove elemente u starom Rimu, jer su sačuvani izvori fragmentarni, ali oni ipak daju dovoljno osnova za tvrdnju da moderne zemljišne knjige imaju svoje preteče u rimskom pravu.*

Ključne reči*: katastari; zemljišni registri; isprave o kupoprodaji; porezi; rimsko pravo*

Uvod

Društveni položaj stanovnika Rima je od najstarijih vremena bio određen njegovim imovim stanjem. Imovina je bila osnov kako njegovih prava tako i obaveza.[2] Uopšteno posmatrano možemo konstatovati da je

---

[1] Ovaj rad je nastao kao rezultat rada na projektu: *„Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)“*

[2] *Cic. Pro Manilio*, 7, J. Zlinszky, *Ius publicum*, Budapest 1998, str. 58 – 59; 149 – 159.

evidencija nepokretnosti u starom Rimu služila zaštiti nekog javnog, prvenstveno fiskalnog interesa. Međutim, posredno, kako ćemo videti, ona je štitila i interese vlasnika nepokretnosti.

Prema tradiciji Romul je svakoj porodici *(consortium* ili *familia)* dodelio po 2 jugera (pola hektara) zemlje[3] tzv. *heredium.* Najverovatnije da su porodice dobile onu zemlju na kojoj im je stajala kuća, prateći na ovaj način princip *„superficiei solum cedit"* (zemlja prati građevinu).[4] Dodeljeni *heredium* je bio označen kamenom međašem, najstarijom evidencijom nepokretnosti, oznakom na licu mesta.[5] Međe su bile pod zaštitom posebnog božanstva koji je nazvan *Terminus* i potiče iz vremena koje je prethodilo etrurskom uticaju.[6] Ovu tradiciju potvrđuje i strogi zakon Nume Pompilija. Prema Dioniziju (2, 74) Numa Pompilije je odredio:

„De terminis agrorum legislatio: iubens unumquemque terminare agrorum suum et lapides in finibus ponere, eos Iovi Termino sacravit. Si quis vero terminos sustulisset vel transtulisset, deo sacrum esse qui fecisset, sanxit." („O regulisanju zemljišnih međa: Određuje se da svako ograniči svoju zemlju i da postavi kamene međaše na njene granice, posvećene *Iovis Terminus*u. Ako bi neko ipak povredio ili premestio međe, onaj ko bi to učinio da se žrtvuje božanstvu).[7]

Promet zemlje, koja se u najstarije vreme retko obavljala, obzirom na to da je zemlja spadala u *res mancipi,* odvijala se putem mancipacije. Javnost ovog akta i promene vlasnika obezbeđivala je svečana forma mancipacije *per aes et libram* pred pet svedoka u prisustvu merača sa vagom i javnosti. Korišćenje pismena je u to vreme bila retka.[8] Sarkalna zaštita međa i javnost prometa je bila dovoljna zaštita u to vreme u kom se

---

[3] Prema G. Luzzatto, Ekonomska povijest Italije, Zagreb 1960, str. 33. smatra se, da je obradiva površina zemlje iznosila samo 1/3 *ager Romanus*a (oko 60 000 jugera).

[4] I. Puhan*, Superficies solo cedit*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd 3 – 4/ 1953, str. 332 – 340.

[5] Prema O. Stanojević, Zajam i kamata, Beograd 1966, str. 59, u Mesopotaniji su u tu svrhu koristili *„kuduru"* kamenje sa oznakom vlasnika i tereta, čiji duplikat su čuvali u hramovima, a prema M. I. Finley, Studies in Land and Credit in Ancient Athens, New Brunswick, N.J. : Rutgers University Press, 1951, str. 98., kod Grka je u tu svrhu služila *„horoi"* mermerna ili granitna ploča. Nestanak *horoi* se objašnjava uvođenjem hipotekarnih knjiga u Atini oko sredine II veka pre n. e., o tome, S Avramović, Isejevo sudsko besedništvo i atinsko pravo, Beograd 1988, str. 159.

[6] D. Stojčević, Formiranje rane rimske države, Zbornik radova iz pravne istorije posvećen Albertu Vajsu, Beograd 1966, str. 62. *Festus,* 162; *Livius*, I, 55, 3; V, 57, 7; *Plinius, Nat. hist*. III, 53.

[7] Da se kazni smrtnom kaznom – *sacer esto.*

[8] Prema V. Novak, *Latinska paleografija*, Beograd 1980, str. 35 – 79., najstariji rimski pisani natpis potiče iz VI/V veka pre n. e. tzv. *Lapis Romuli* ili *Lapis niger*. Prvi rukopisi pisani na latinskom jeziku, međutim, sačuvani su samo iz I veka n. e.

još ne javlja ni shvatanje o razlici između svojine i državine. Prema ranom shvatanju onaj koji koristi, poseduje zemlju taj je i njen vlasnik – i kaže da je zemlja njegova *(meum esse).* Prema Paulu:

D. 41, 2, 1, pr *Paulus libro quinquagensimo quarto ad edictum: „Possessio appelata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit."* (Posed */possessio/* se tako naziva, što i Labeon kaže, prema sedištu */sedere/* ili postavljanju */positio/,* jer je prirodno da je drži onaj koji na njemu stoji).

Javnost poseda (evidencija) je takođe faktička, nalazi se na mestu, gde se nalazi (leži) sama parcela zemlje.

U interesu zajednice tzv. opštem ineresu, najverovatnije, veoma se rano javila i pisana evidencija posedovnih odnosa. Naime, ustav Servija Tulija (sredina V veka pre n. e.) bazirao se na imovinskom cenzu, koji se utvrđivao na osnovu prijave imovine. Prema Liviju (1, 42, 5) Servije Tulije je: *„Censum – instituit, - classes centuriasque et – ordinem ex censu descripsit."* (Ustanovio je imovinski cenz, razrede i centurije i odredio je redove po cenzu), a prema Dioniziju (4, 15): *„incensis poenam constituit, bonis privari et virgis caesos venum dari"* (onog koji nije izvršio prijavu, kaznio je oduzimanjem imovine i prodajom neudatih kćeri).[9]

Popis imovine u doba republike bio je u nadležnosti cezora, a obavljen je na Marsovom polju svečanim okupljanjem građana.[10] U radu cenzora je učestvovala komisija sastavljena od pretora, tribuna i izabranih građana (*iuratores).*[11] Oni su primali i beležili prijave građana date pod zakletvom. Popis je obavljen po redosledu teritorijalnih jedinca *(ordo tribuum)*.[12] Očevi porodica (*pater familias)* su bili pozivani po teritorijalnim jedinicama (tribama). Oni bi *„ex animi sententia*" naveli svoje ime, status, mesto stanovanja (*tribus)*, godine starosti (imena i dob supruge i dece[13]). Posle toga bi izvršili prijavu imovine: *res mancipi* u kviritskoj svo-

[9] O evidenciji imovine svedoče: *Liv.* IV, 8;22; Var. *de Re Rustica* III, 2, 4. Sve do 312. godine pre n. e. u cenz je prijavljivano samo zemljište *(res mancipi)* koje je bilo u kviritskoj svojini rimskih građana (*praedia* ili *iugera agri censui censendo).* Tek je kasnije evidentirana i ostala imovina izražena u novcu (*as).* O tome: P. Vilems, Rimsko javno pravo, Beograd 1898, str. 94.; Th. Mommsen, *Römische Geschichte,* Bde. 1–3. Weidmann, Leipzig 1854–56, Tom. I, str. 297.

[10] *Livius,* IV, 22, *Varro, de r. r.* III, 2, 4. *Varro, de l. l.* VI, (ovaj izvor na latinskom jeziku sa egleskim prevodom u, http://archive.org/stream/onlatinlanguage01varruoft/onlatinlanguage01varruoft_djvu.txt, pristupljeno 3. 09. 2013).

[11] A njihovi pomoćnici su bili: *curatores tribuum, nomenclator censorius*, *scribae* i *servi publici* (*Varro, de l. l.* VI, 9, *Livius,* IV, 8: XLIII, 16).

[12] *Dionis,* V, 75: *Cic., p. Flacc*, 32, 80.

[13] Ovo, najverovatnije samo počev od perioda principata.

jini, pre svega zemljišnu parcelu (*praedia censui censendo),*[14] kao i ostala dobra u kviritskoj svojini *(rationem pecuniae ex formula census).*[15] Posle toga cenzori su odredili da se ova prijava evidentira u knjige *(referre*).[16] Ovim spiskovima su dodali i cenz konjičkog reda (*recognitio equitum equo publico),* kao i onih koji nisu pripadali u tribe: maloletna lica i udovice *(pupilla /orbi/* i *viduae)* pod tutorstvom. Tako sačinjene ploče *(tabulae)* čuvali su u cenzorskim arhivama, a službenu kopiju su položili u rimsku blagajnu (*aerarium).*[17]

O javnoj evidenciji nepokretnosti svedoče i podaci o osnivanju kolonija.[18] Zemlju koja je bila određena za dodelu prvenstveno vojnim veteranima, i koja je mogla biti samo obradiva površina *(qua falx et arater erit)*, izmerili su *agrimensor*i. Podelili su to na delove *(sortes)* prema veličini određenoj u *lex coloniae.* Zatim su novi vlasnici kockom izvlačili pripadajuću parcelu.

Javna evidencija je bila pripremljena i o vlasničkim delovima na Italskoj zemlji, *ager publicus*u. Na zemljištu u Italiji do donošenja *lex agraria* 111. godine pre n. e. postojali su različiti posedovni odnosi. Od najstarijih vremena Rimljani su prilikom osvajanja novih teritorija, oduzimali od starosedelačkog stanovništva po pravilu 1/3 zemlje. Na samom početku bilo je moguće steći zemlju prostim zahvatanjem *(occupatio bellica).* Senat je, međutim, veoma brzo stavio ovo zemljište pod svoju kontrolu proglašavajući ga javnom svojinom (čiji je titular sama rimska zajednica, *civitas),* a zatim bi ga dodelio svojim članovima, najčešće u vidu zakupa. Sa druge strane, plebejci su borbom za izglasavanje agrarnih zakona na skupštinama povremeno uspevali da dobiju manje parcele zemlje.[19] Najzad je *Lex agraria* iz 111. godine pre n. e. na najvećem delu Italije ustanovio pravo svojine u korist posednika koji su po bilo kom dozvoljenom osnovu držali zemlju bez obzira na veličinu poseda.[20] Ova svojina je bila takođe javno evidentirana, kako to saznajemo iz fragmenata *lex agraria* sačuvanog na bronzanim pločama. Na primer u 8. redu Zakona piše:

---

[14] *Lex agr*., I, 8.

[15] *Lex Jul. mun*., I, 147.

[16] *Lex Jul., mun*. 1, 1*: Livius*, 1, 1.

[17] *Livius*, XXIX, 37. Prema Ciceronu (*Cic. de leg*., 3, 3, 6), u Rimu erarij je bio pod nadzorom dva kvestora (*Domi pecuniam publicam custodiendo). Aerarium* se nalazio u hramu Saturna na Kapitoliju.

[18] Videti, P. Vilems, *nav. delo*, str. 390 – 391.

[19] O tome detaljnije, M. Sič, Sitni posed u Rimu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad 1-3/1995, str. 174 – 186.

[20] Detaljnije, A. Malenica, Praktikum iz rimskog prava, prvi tom, Novi Sad 1997, str. 82 – 88.

„...eiusque locei agri aedificii emptio venditio ita, utei ceterorum locorum agrorum aedificiorum privatorum est, esto: censorque queicomque erit facito, utei is ager locus aedificium, quei ex hace lege privatus factus est, ita, utei ceteri agri loca aedificia privati, in censum referatur....” (...i neka /status/ kupovane i prodate parcele, zemljišta i građevine bude takav kakav jeste i ostalih privatnih parcela, zemljišta i građevina; i ko god bude cenzor neka učini da se ono zemljište, parcela i građevina, koje je ovim zakonom učinjeno privatnim upiše u cenz na isti način kao i ostala privatna zemljišta, parcele i građevine...).

Upisom stečene svojine na osnovu *lex agraria* u cenzorske knjige bili su obezbeđeni privatni interesi vlasnika, jer je njihova svojina bila evidentirana, a ova evidencija je bila dostupna i javnosti.

Katastri

Videli smo da se potreba za evidencijom imovine javila već sredinom V veka pre n. e. Iz kasnijih izvora saznajemo, da je svaki stanovnik Imperije bio obavezan da pod zakletvom prijavi članove svoje porodice kao i svoju imovinu od koje je najbitnija bila parcela zemlje.[21] Popis stanovništva i njihove imovine je bio posebno naređen za vreme Oktavijana Avgusta.[22] Oktavijan Avgust je odredio i katastarski premer celokupne teritorije Imperije i nastojao je i na formiranju jedinstvenih registara cenza. Za vreme republike nije postojao jedinstveni katastar za celu teritoriju Imperije, mada njegove preteče nalazimo pri osnivanju kolonija,[23] dodele zemlje na osnovu agrarnih zakona, kao i premera *ager publicus*a, posebno povodom *lex agraria* iz 111. godine pre n. e.[24] Katastarski premer celokupne teritorije Imperije smatra se završenim za vreme Trajana.[25]

Postoji mišljenje o tome, da je premer teritorije cele Imperije i klasifikacija poseda, tj. formiranje katastara, bio određen radi pravednije ras-

---

21 *Dionysius*, IV, 15; Ove prijave su bile zapisane na posebne table *(tabulae publicae)*, čiji je jedan primerak bio deponovan u rimskoj blagajni *(aerarium)*. *Liv*. XXIX, 37, detaljnije u: F. De Martino, *Storia della costituzione Romana,* Napoli 1965, IV/2, str. 824.

22 P. Vilems, *nav. delo*, str. 509. Pored bogate literature ukazuje i na sledeće izvore: *St. Luc. Evang*. II, 1: Cassiod. *Var*. III, 52: Isid. *Orig*. V, 36.

23 F. De Martino, *nav. delo*, IV/2, str. 824.; Sic. Flac. 154, 16, u Siculus Flaccus, *De condicionibus agrorum,* http://www.intratext.com/IXT/LAT0339/_P1.HTM (pristupljeno 3. septembra 2013).

24 Najstarija katastarska mapa potiče iz 162. godine pre nove ere. O takvim mapama svedoči i CIL. VI, 919. (CIL_6_31541h7461 http://drc.ohiolink.edu/handle/2374.OX/533?tagmode=all&show=full pristupljeno 4. septembra, 2013.). Na premer *ager publicusa* u Africi ukazuju redovi 77 i 80 *lex agr.*

25 F. De Martino, *nav. delo*, IV/2, str. 824.

podele poreske obaveze stanovništva. Oktavijan Avgust, smatrajući da treba odustati od daljih ratova i da Imperiju treba sačuvati u postojećim granicama, najverovatnije je bio svestan budućih finansijskih problema. Naime, Italija je bila oslobođena plaćanja osnovnog zemljišnog poreza *(tributum ex censu)* još od vremena izvojevanja pobede nad Makedonijom, 167. godine pre. n. e.,[26] a širenjem rimskog građanstva i dodelom *ius Italicum*a,[27] neki narodi su bili oslobođeni plaćanja tributa i u provincijama. Na osnovu obavezivanja stanovništva Rima u Cezarovo doba da prijavi svoju imovinu, postoji mišljenje o tome, da su još Cezar i Avgust nameravali ukinuti privilegiju italskog stanovništva.[28] Za Elmora je ovo mišljenje neprihvatljivo. Prema njegovom mišljenju, prijava imovine rimskog stanovništva uvedena u Cezarovo doba imala je za cilj da smanji broj stanovnika koji su imali pravo na besplatnu dodelu žita, kao i da spreči zloupotrebe profitera, a ne njihovo opterećivanje osnovnim porezima.[29] Smatramo da je Elmor u pravu, jer bi ovakva mera bila veoma opasna, mogla bi izazvati pobune. Naime, lišavanje stečenih prava i privilegija po pravilu izaziva negodovanje i dovodi do otpora protiv vlasti koja tu meru uvodi, a pored toga je dodela *ius Italicum*a kasnije bila čak i intenzivirana.[30]

Sama reč katastar znači premer velike površine zemlje u svrhu obračunavanja poreza.[31] Kartografija velikog razmera razvila se u Rimu početkom principata.[32]

Postavlja se pitanje koje podatke je sadržao katastar?

Osnovne jedinice katastarskog premera bile su centurije. Položaj centurija, putem postupka koji je bio nazvan *centuriatio,* bio je određivan pu-

---

26 P. Vilems, *nav. delo*, str. 116; Cic. *De off*. II, 22 §. 76; *Plin*. XXXIII, 3 §. 56.

27 P. Vilems, *nav. delo*, str. 538, n. 2. *Ius Italicum* prvi put spominje Plinije (*Plin.* III, 3; 25, 21; 139). Videti takođe, T. H. Watkins, *Coloniae and Ius Italicum in the Early Empire*, *The Classical Journal* Vol. 78, No. 4 (Apr. - May, 1983), str. 319-336. Published by: The Classical Association of the Middle West and South, http://www.jstor.org/stable/3296773

28 J. Elmore, *The Professiones of the Heraclean Tablet, Lex Iulia Municipalis*, The Journal of Roman Studies, 5, 1915, str. 125-137.

29 J. Elmore, *nav. delo*, str. 136.

30 O teritorijama čije stanovništvo je uživalo ovu privilegiju saznajemo iz sledećih - tekstova: D. 50, 15, 1 *Ulpianus libro primo de censibus;* D. 50, 15, 6 *Celsus libro 25 digestorum;* D. 50, 15, 7 *Gaius libro sexto ad legem Iuliam et Papiam;* D. 50, 15, 8 *Paulus libro secundo de censibus.*

31 O. A. W. Dilke, *Roman Large-Scale Mapping in the Early Empire,* str. 220. In. *Cartography in Prehistoric, Ancient, and Medieval Europe and the Mediterranean* (1987). Volume 1, Chapter 13, http://www.press.uchicago.edu/books/HOC/HOC_V1/HOC_VOLUME1_chapter13.pdf (pristupljeno 3. septembra 2013).

32 O. A. W. Dilke, *nav. delo*, str. 212.

tem pravougaonog koordinatnog sistema čiju su osovinu činile dve ukrštene linije: *decumanus maximus* u pravcu istok – zapad i *kardo maximus* u pravcu sever – jug. Centurije su bile identifikovane na osnovu udaljenosti od ovih osnovnih ukrštenih osovina prema položaju istok –zapad; sever – jug.[33]

Prema podacima agrimenzora Higina Gromatika *(Hyginus Gromaticus)* iz II veka n. e. severno – južna osovina (*kardo)* je pokazivala pravac osovine sveta (*„a poli axe"),* dok je istočno – zapadna *(decumanus)* pratila kretanje sunca *(„secundum solis decursum diliguntur").*[34] Ovo, međutim, nije bilo pravilo, jer formiranje centurija nije bilo jedinstveno. Tako, na primer, u severnoj Italiji u dolini reke Po, put – *Via Appia* je odredio pravac sistema centurija gradova.

Centurija je bila zemljišna parcela po pravilu pravilnog kvadratnog oblika u površini od oko 200 jugera, sa stranama od oko 2400×2400 rimske stope (708×708 metara, odnosno oko 50 hektara). Unutar centurija su izmerene parcele manje površine.

Merna jedinica je bila *actus* od 120 rimskih stopa (razdaljina do koje su volovi gonjeni pre nego što bi ih gonič okrenuo nazad). Standardna rimska stopa je bila 29.57 centimetara, prema tome *actus* je iznosio 35.48 metara. Merne površine su bile: jedan kvadratni *actus (actus quadratus)* = 14,400 kvadratnih stopa = 0.126 hektara; dva kvadratna *actus*a = jedan juger (*iugerum)* = 28,800 kvadratnih stopa = 0.252 hektara; dva jugera = jedan *heredium* = 0.504 hektara (u ovom periodu se retko koristio u praksi); sto *heredia* = jedna *centuria* = oko 50.4 hektara. To je bila parcela po pravilu od 200 jugera koliko je iznosila jedna centuria, ali je i od toga bilo odstupanja u praksi.

Centurije su bile razdvojene granicom (*limes)* koja je bila u određenoj udaljenosti od glavnih koordinanti: od *kardo maximus* i *decumanus maximus.* Radi numerisanja centurija, merači su brojali njenu udaljenost od centra ovih koordinanti, razlikujući (a) *citra kardinem,* CK ili KK (sa ove strane *kardo),* od *ultra kardinem,* VK, (ispod *kardo),* (b) *sinistra decumani,* SD, (levo od *decumanus),* od *dextra decumani,* DD (sa desne strane od *decumanus).* Ovim oznakama su zatim dodali broj udaljenosti centurije od ukrštenih glavnih koordinanti.[35] U katastar su bile upisane ove kraćenice oznaka položaja zemljišta.

---

[33] Takođe, A. Bödőcs – G. Kovács*, A római kori birtokrendszer kialakítása és tájformálóhatása Pannoniában*, Geodézia és kartografia, 2011/3 (63. évf.) str. 20. (www.academia.edu/.../A_romai_kori_birtokrendszer_...)

[34] A. Bödőcs – G. Kovács*, nav. delo,* str. 21.

[35] O. A. W. Dilke, *nav. delo*, str. 215.

Formirane katastre poseda uz oznaku i geografske okoline (planina, reka) prikazivali su, po pravilu na bronzanoj katastarskoj mapi velikog formata. Ove mape su bile istaknute na forumu grada. Mapama *(forma),* bio je dodat i poseban zemljišni registar.[36] Kopija nacrtana na lanenom platnu[37] manjeg formata bila je poslata u centralnu arhivu *(tabularium)* u Rim. Smatra se da su bronzane table bile autentične.[38]

Sa ovih mapa je svako mogao da sazna ko je dobio i koliku površinu zemlje i u kojoj centuriji.[39] Prema tome, u katastar su bila upisana pored oznaka lokacije poseda i imena posednika. Pored toga beležen je i pravni status zemlje. Prema podacima od Higina Gromatika[40] kako na mapi *(forma),* tako i na bronzane table (*tabulae aeris)* pored ostalih oznaka trebalo je upisati, korišćenjem uobičajenih skraćenica, da li je zemlja*:* dodeljena *(data adsignata)*, garantovana *(concessa)*, izuzeta *(excepta)*, vraćena u zamenu za sopstveni posed *(reddita commutata pro suo)*, vraćena starim posednicima *(reddita veteri possessori)*, itd.

Najznačajniji pisani dokument iz kojeg saznajemo tehniku pravljenja mapa i registara, kao i sadržinu ovih dokumenata jeste zbirka poznata pod nazivom *Corpus Agrimensorum.*[41] Ova zbirka se sastoji iz veoma različitih kraćih spisa od različitih autora[42] na latinskom jeziku, koji potiču i iz različitih vremena. Pojedini delovi ovog izvora potiču iz vremena republike, tri ili četiri iz vremena ranog principata, a jedan broj iz poznog carstva. Neki rukopisi sadrže i dodatke iz kasnijih vremena. Sam *Corpus* je bio sastavljen sredinom IV veka n. e., ali je kasnije, vremenom na vreme revidiran. Prema tome ovaj izvor treba koristitit sa oprezom, tumačeći njegove podatke uz korišćenje i drugih iz-

---

[36] O. A. W. Dilke, *nav. delo*, str. 214.

[37] A. Bödőcs – G. Kovács*, nav. delo,* str. 21. Prema O. A. W. Dilke, *nav. delo*, str. 214, najverovatnije da su mape i podaci registara bile beležene na voštanim tablicama ili papirusu (kasnije na pergamenu).

[38] C. Nicolet, *Space, Geography, and Politics in the Early Roman Empire*, University of Michigan Press, 1991, str. 152.

[39] A. Bödőcs – G. Kovács*, nav. delo,* str. 21.

[40] Hyginus Gromaticus, *Constitutio limitum* in *Corpus Agrimensorum Romanorum,* ed. Carl OlofThulin Leipzig, 1913; reprinted Stuttgart: Teubner, 1971.

[41] O ovom izvoru, O. A. W. Dilke, *The Roman Land Surveyors: An Introduction to the Agrimensores* (Newton Abbot: David and Charles), 1971.

[42] Od autora je samo *Sextus Julius Frontinus* dobro poznat (bio je upravnik Britanije od 74 do 77. godine n. e. Spisi koji se nalaze pod njegovim imenom u *Corpus Agrimensorum* su: O statusu zemlje; O raspravama o zemlji; O centurijaciji – su samo delovi njegovog originalnog rada. *Balbus,* čiji su kratki osvrti sačuvani u zbirci pisao je početkom II veka. Zatim su tu radovi dva pseudo (lažna) Higina, koji se pozivaju najverovatnije na *C. Julius Hyginus*, knjižničara Avgusta, ali potiču iz kasnijih vremena. Pored ova dva smatra se da je postojao i treći *pseudo-Hyginus*.

vora. Mada se svaki podatak ovog kodeksa ne može tačno da se datira, iz ovog izvora svakako možemo saznati osnovne podatke o katastrima iz rimskog perioda.

Nažalost bronzana mapa nije sačuvana, ali su sačuvani odlomci katastarskog premera na kamenu (mermeru) u Francuskoj u Oranžu *(Orange)* starom rimskom, a ranije galskom naselju, *Arausio*.[43] Tri primerka zemljišnih katastara su otkrivena u ovoj oblasti na mermeru 1949. godine.[44] Sâmo ispisano kamenje svedoči o tri vrste dokumenta. Prvi je Vespazijanov edikt iz 77. godine n. e.; drugi su fragmenti tri katastra poznatih kao katastar A, B, i C; a treći sadrži nekoliko natpisa na kamenu iz službenih javnih registara (tabularijuma) Oranža.

Prema Piganiolu,[45] u ovom regionu mogu se pratiti i promene u katastarskoj evidenciji. Najstariji katastar potiče iz 35. godine pre n. e. i ukazuje na formiranje kolonija od strane trijumvira. Kolonija je bila namenjena veteranima druge galske legije, koja je 35. godine pre n. e. zamenjena sa drugom Avgustovom legijom. Sama kolonija je bila nazvana *colonia Julia firma Secundanorum.* Površina dodeljene zemlje veteranima je iznosila oko 33½ jugera (8.4 hektara ili 20.8 *acres*).[46] Drugi katastar potiče sa kraja vladavine dinastije Julija – Klaudija, dok je poslednja verzija iz vremena Vespazijana. Vespazijan je, naime 77. godine n. e. odredio obnovu ovih katastara. O tome je sačuvan monumentalni natpis u dužini od 4,4 metara i 0,38 metara visine.[47]

Prema rekonstrukciji natpisa koju je izvršio Piganiol, tekst glasi:

ligne 1 : *[imp(erator) Cae]sar Ve[spasianus A]ug(ustus), po[ntifex] max(imus) tri(unicia) potestate VIII, im[p(erator), co(n)s(ul) VIII, censor,*

ligne 2 : [*ad rest*(*ituenda*) *pub]lica, qu*[*ae divus Augustus* (?) *militibus l*]*eg*(*ionis*) *II gallicae dederat po*[*ssessa a priva*]*tis per aliquod annos,*

ligne 3 : [*formam prop]oni* [*iussit, adnotato*] *in sing*(*ulis*) [*centuriis*] *annuo vectigali, agente curam L.V*[*alerio Umm*]*idio* (?) *Basso, procos provi*[*nc*(*iae*) *Narb*(*onensis*)]

(linija 1: Imperator cezar Vespazijan Avgust, vrhovni sveštenik u VIII godini svoje tribunske vlasti, imperator, VIII puta konzul, cenzor,

---

[43] *CIL* XII, 1244.

[44] Detaljnije o arheološkim nalazima i otkrivanju ovih dokumenta na ovoj lokaciji, - C. Jung, *Morphogenèse, fonctions et évolution de la centuriation B d'Orange et essai de restitution diachronique des paléopaysages du Tricastin (Drôme-Vaucluse)*, u: http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/59/53/43/PDF/texte_these_Jung.pdf, str. 31 (pristupljeno 3. septembra 2013).

[45] A. Piganiol, *Les documents cadastraux de la colonie romaine d'Orange*, Gallia, suppl. XVI. Paris, 1962. (prema F. De Martino, *nav. delo,* IV/2, str. 825).

[46] O. A. W. Dilke, *nav. delo*, str. 221.

[47] Više o tome, C. Jung, *nav. delo*, str. 32 i dalje.

linija 2: radi povraćaja javnih zemljišta, koja je božanski Avgust dodelio vojnicima II galske legije, a koja su bila posedovana nekoliko godina od strane privatnih lica,

linija 3: naredio je da se postave mape, sa naznakom godišnjeg vektigala za svaku centuriju, pod pokroviteljstvom L. Valerija Umidija Basa prokonzula provincije Narbone.)

Parcele koje su dodeljene su pravougaone, u katastru B odgovaraju i standardnoj površini od 200 jugera, i razlikuju se tri vrste zemljišta: *ex tributario solo* (koje podleže nametu tributa[48]); *reliqua coloniae* (koje je moglo biti dato u zakup – prodaju); i najzad ono dodeljeno domaćem stanovništvu (*Tricastini*).

Ovi katastri donekle potvrđuju podatke iz *Corpus Agrimensorum,* ali dijagrami ne sadrže topografske podatke sem linija centurija, i ne protežu se i izvan merene površine. Pored toga u *Arausio*, katastri beleže pored lokacije zemljišne parcele i finansijke zahteve carstva, kao i pravni status, a *Corpus* sadrži podatke samo o lokaciji zemišne parcele i njenom pravnom statusu.[49]

Ono što je sa pravnog aspekta bitno, jeste, da su na ovim katastarskim dokumentima evidentirali posedovne odnose i beležili i promene u statusu i posedovnom odnosu, kao i poresku obavezu posednika. O tome svedoči ovaj delimično sačuvan fragmet iz Oranža:

/sd/ XIV v /kI/
/extr(ibutario)/ CLXXV, co
/l(oniae) XX/ V, pr(aestat) a(era) IIX, /(denar.)
X/ IIS, sol(vit) Ca
reia pro IV
/(denar.) II/-T, Bassus pro
/I/ V (denar.) II-T, item e/t/
Pro IIII (denar.) II, rel(iqua)
Val(erius) Bass(us) XII S (denar.)
VI = £
/Kardo Maximus/
/sdX/ IV ck /I/
/extr(ibutario)/ CLXX, c
/col(oniae) X/ XX, pr(aestant)
/a(era VIII)/ /(denar.)/ XV
/sol(vit)/...[50]

[48] Prema Lucatou (Luzzatto, *Epigrafia giuridica,* Jura, 1957, 396) nasuprot ovom mišljenju ova zemljišta su bila izuzeta od porezskog nameta.

[49] O. A. W. Dilke, *nav. delo*, str. 222.

[50] Prema: http://terra.antiqua.free.fr/cadastres%20Orange/transcription%20cadastre%20B171_jpg_view.htm (pristupljeno 3. septembra 2013).

Zemljišni registri

Smatra se da je prvenstvena namena katastara bila utvrđivanje poreske obaveze stanovništva. Samim tim cenzorske beleške po pravilu se identifikuju sa katastrima.[51]

U cenzorsku formu (*forma censualis)* kako saznajemo od Ulpijana, iz njegove knjige „*de censibus",* trebalo je upisati imena poreskih obveznika i sve što su oni posedovali da bi se to procenilo po vrednosti: zemlju (mesto gde se ona nalazi, ko su dva najbliža suseda, kulturu koja se uzgaja na njoj, kao i veličinu itd.), robove (po narodnoj pripadnosti, starosti, službi i veštini), zatim jezera, solane, kao i kolone.

D. 50, 15, 4: *„Forma censualis cavetur, ut agri sic in censum referantur nomen fundi cuiusque: et in qua civitate et in quo pago sit: et quos duos vicinos proximos habeat. Et arvum quod in decem annos proximum statum erit, quot iugerum sit: vinea quot iugerum (sit) et quot vites habeat: olivae quot iugerum, et quot arbores habeant: pratum, quot intra decem annos proximos sectum erit, quot iugerum: pascua quot iugerum esse videantur: item silvae ceduae. Omnia ipse, qui defert, aestimet."(5 – 7) „In servis deferendis oservandum est, ut et nationes eorum et aetates et officia et artificia specialiter deferantur. Lacus quoque piscatorios et portus in censum dominus debet deferre. Salinae si quae sunt in praediis, et ipsae in censum deferendae sunt.8. si qui inquilinum vel colonum non fuerit professus, vinculis censualibus tenetur."* (Formula cenza sadrži podatke, da bi se tako znalo na čije ime glasi zemlja upisana u cenz: i u kom gradu, u kom selu se ona nalazi: i ko su dva najbliža suseda. Zatim kolika je površina obradive zemlje u poslednjih deset godina, koliko ima jugera: vinograd koliko je jugera i koliko ima loze: maslina koliko jugera i koliko ima drveta: livada koliko jugera je zahvaćeno u poslednjih deset godina: pašnjak koliko ima jugera, takođe kolika je isečena šuma. Vrednost prijavljenog treba proceniti… Pri prijavi robova treba uzeti u obzir: njihovu narodnost, dob, stručnost, a posebno treba prijaviti njihovu veštinu (umetničku sposobnost). Ribarsko jezero i kapiju sopstvenik treba da prijavi u cenz. Solanu ako postoji na posedu treba takođe prijaviti u cenz: onaj ko nije prijavio zakupca *(colonus, inquilinus)* treba da snosi teret cenza).

Stanovnici provincija, koji nisu uživali privilegiju italskog prava *(ius Italicum)* trebali su da prijave svoju imovinu po ovoj formuli. Nije poznato, da li je forma bila ista i ranije, posebno za vreme Avgusta. Međutim, najverovatnije je ova forma postala osnov prijave poreza kasnije kada je Dioklecijan uveo jedinstveni porez za celu teritoriju Imperije tzv. *capitatio – iugatio*.

[51] F. De Martino, *nav. delo*, IV/2, str. 825.

O početku sprovođenja Dioklecijnove poreske reforme svedoči edikt Aristija Optata prefekta Egipta iz 297. godine n. e.[52] U njemu se ukazuje na cilj reforme – a to je pravedna raspodela poreskih tereta: da neki građani ne bi bili izuteti, dok su drugi preopterećeni ovom obavezom. U ediktu se ukazuje i na način razrezivanja i određivanja poreza za svaki period, kao i na tu pogodnost da građani mogu da izmire svoje poreske obaveze sami, bez samovolje i pritiska sakupljača poreza.

Sačuvano je nekoliko odlomaka dokumenata (natpisa) o određivanju poreza na osnovu Dioklecijanove poreske reforme, *capitatio – iugatio*, tj. na osnovu broja obrađivača *(caput)* i kvaliteta i veličine zemlje *(iugum)*.[53] Mada je reč samo o delimično sačuvanim natpisima sa nedostacima, ovi dokumenti ipak ukazuju na ova dva bitna osnova oporezivanja.

Na primer, fragmenti registara poreza iz *Hypaepa, Lydia* (dijeceza *Asiana)* na grčkim natpisima iz 285 – 315. godine n. e. ukazuju na vlasnike i na to u čemu se sastoji njihova oporeziva imovina.

Tatia, majka, stara 48 godine
Mentoriana, njena ćerka, stara 11 godina
. . . . . ., vlasnik
vinogradi: 35 jugera
zasejana žitna polja: 35 jugera
od maslinovog drva: . . .; broj brazdi:
Aurelius, vlasnik domaćinstva, on sam 40 godine starosti
Eutyche, 30 godine starosti
. . . . .nije, njegov sin, 20 godine starosti
jedan magarac
jedna krmača

Drugi fragment iz *Chios*, sa Jonskog otoka, pored navođenja imena vlasnika ukazuje i na broj obrađivača zemlje.

Jugera
Glave *(capita)* kolona (na grčkom *paroikoi)*
bašta blizu radionica *(praxidikeion)*
Jugera
Broj kolona

[52] Ovaj edikt napisan na papirusu pronađen je još pre 1924. godine, ali je prvi put objavljen 1933. godine. Njegov tekst u engleskom prevodu „Edict of Aristius on Taxation“ (Johnson, Coleman-Norton & Bourne, *Ancient Roman Statutes*, Austin, 1961, p. 235, n. 298) dstupan je putem http://webu2.upmf-grenoble.fr/DroitRomain/

[53] Odlomci registara su dati u engleskom prevodu in: http://www.tulane.edu/~august/handouts/601crtax.htm (pristupljeno 4. septembra 2013. godine). Videti takođe, S. Corcoran, *The Empire of the Tetrarchs,* Clarendon Press Oxford, 1996, str. 175 – 176, kao i *Additional Notes*, str. 346 – 347.

Imanje *Monopeter*
kolona: 20
robova: 20
živi inventar: 20...[54]

Ovi registri se identifikuju sa njihovom osnovnom svrhom u Rimu, sa evidencijom obaveza poreskih obveznika.

Mada su Rimljani, kako to saznajemo iz Edikta prefekta Egipta Marka Metija Rufa, iz 89. godine n. e.,[55] znali i za zemljišne registre, koje su veoma slične savremenim zemljišnim knjigama, jer je njihov prvenstveni cilj evidencija vlasništva, kao i pravnih tereta na zemlji, oni ovu vrstu zemljišnih registara ipak nisu usvojili.

Određeni uticaj ovih registara ipak je bio prisutan u postklasičnom i Justinijanovom pravu. Ovaj uticaj se ogleda u sastavljanju ugovora koji se tiču prometa nepokretnosti, a to je pre svega ugovor o kupoprodaji zemlje u pisanoj formi, kao i nametanje obaveze novog vlasnika da se registruje u javne knjige. Sa druge strane, međutim, terete kao što je hipoteka, ili stvarna prava trećih lica (kao što je plodouživanje) koji leže na zemlji nisu beležili u te registre.

Manzano konstatuje, da je kod Rimljana umesto zemljišnih registara Egipatskog tipa prava i sigurna svojina prenosioca bila dokazivana cenzorskim knjigama koji su bili registri finansijkog tipa, kao i pozivom i izjavama suseda nepokretnosti.[56] Mi bi ovome dodali i pisanu ispravu o kupoprodaji *(instrumentum venditionis),* jer je promena vlasnika u cenzorskim knjigama beležena jedino na osnovu pisanih isprava.

Ukazaćemo sada na tokove razvoja i svrhu evidencije novih vlasnika nepokretnosti, pre svega zemlje, u praksi i zakonodavstvu Rima.

Isprava o kupoprodaji

Pri prodaji nepokretnosti osnov evidencije promene poreskog obveznika bio je ugovor o kupoprodaji. Ako bi neko prodao nešto iz svoje registrovane imovine, kupac bi kao njegov pravni sledbenik preuzeo na sebe poresku obavezu. To je bilo tako već u Ulpijanovo vreme. Naime, Ulpijan razmatra slučaj kupovine zemlje od strane više lica, pri čemu je pro-

[54] http://www.tulane.edu/~august/handouts/601crtax.htm.

[55] Tekst edikta sa prevodom na srpski jezik, nalazi se u A. Malenica, *nav. delo* (Praktikum iz rimskog prava, prvi tom), str. 128 – 129. Detaljnije o ovom dokumentu u: J. L. Zamora Manzano, *The Publicity in the Transfer of Real Estate in Roman Law,* UWM Law Review University of Warmia and Mazury in Olsztyn, Volume 2, February, 2010 (takođe dostupno u: uwm.edu.pl/lawreview), str. 74 – 76.

[56] J. L. Zamora Manzano, *nav. delo*, str. 77.

davac u ugovoru naznačio ime samo jednog kupca. Na ovaj način prodavac je izigrao interese u ugovoru imenovanog kupca, jer je ceo teret poreza kupljene zemlje prešao samo na njega.

D. 19, 1, 13, 6 *Ulpianus, 32 ad edictum: „Idem Iulianus dolum solere a venditore praestari etiam in huiusmodi specie ostendit: si, cum venditor sciret fundum pluribus municipiis legata debere, in tabula quidem conscripserit uni municipio deberi, verum postea legem consignaverit, si qua tributorum aut vectigalis indictionisve quid nomine aut ad viae collationem praestare oportet, id emptorem dare facere praestareque oportere, ex empto eum teneri, quasi decepisset emptorem. Quae sententia vera est".* (Julijan takođe smatra da prodavac dolozno postupa i u sledećem slučaju: ako prodavac znajući da parcelu treba da preda nekolicini stanovnika municipije, u tablu upiše da duguje samo jednom od njih, on je na ovaj način izigrao ovog kupca, jer, zaista, kasnije biva zakonom potvrđeno, da onaj čije je ime upisano, taj treba da plati razrezani tribut ili vektigal u određeno vreme ili putem sakupljanja, to ovaj kupac treba da preda, učini i ispuni, jer je na to obavezan na osnovu kupovine. I to je zaista tako).

Da bi kupac kao novi vlasnik preuzeo porez kupljene stvari na sebe, ugovor je trebalo sačiniti u pisanoj formi. Takve isprave o kupoprodaji su sačuvane i iz ranijeg perioda, iz vremena pre Ulpijana. Ove isprave ukazuju na to, da pisani ugovor o kupoprodaji nije stvarao obavezu stranaka na kasnije ispunjenje, nego je to bila isprava o već isvršenoj kupoprodaji. Na osnovu sačinjenog dokumenta poreska obaveza je prelazila na kupca. O ovome svedoči, na primer, ugovor o kupovini dela kuće, koji je bio zaključen u Daciji u mestu *Alburnus maior*, 159. godine.[57] U ugovoru je detaljno opisana nepokretnost, označeni su susedi i njihova parcela. Isprava dokazuje ne samo zaključenje već i izvršenje ugovora: isplatu cene i prenos svojine stvari mancipacijom na kupca. Pored toga sadrži i stipulaciju o preuzimanju odgovornosti prodavca za slučaj evikcije.[58] Najzad, tu je i sporazum stranaka o poreskoj obavezi: „…Sporazumeli su se o tome da poreze na kuću do ponovnog popisa snosi /prodavac/ *Veturius Valens*".

Ova isprava potiče iz vremena kada pisane isprave još nisu bile rasprostranjene, a pogotovu nisu bile obavezne za pravne poslove među rim-

[57] *CIL* III. p. 945. Prevod teksta na srpski jezik videti u: M. Sič, *Praktikum, iz rimskog privatnog prava „Život i pravo u rimskoj imperiji"*, 3. izd. Novi Sad 2009. str. 214.

[58] Obzirom na to da je reč o provincijskoj nepokretnosti korišćenje mancipacije i stipulacije je nepravilno, a pored toga u slučaju mancipacije stipulaciona garancija nije bila ni potrebna. Detaljna analiza ugovora data je u: E. Pólay, *A dáciai viaszostáblák szerződései*, Budapest 1972, str. 127 – 155.

skim građanima. Za promet *res mancipi* među rimskim građanima bila je uobičajena mancipacija, koja je obezbeđivala javnost prenosa u vreme kada još razmena dobara nije bila intenzivna, a vremenom bi sve češće sastavili i ispravu o mancipaciji kao dokazno sredstvo *(forma ad probationem)*. U provincijama, međutim, obzirom na to da provincijska zemlja, koja nije uživala privilegiju *ius Italicum,* bila opterećena porezom, smatramo, da je pisana isprava o prometu oporezovanih dobara nije korišćena samo kao dokazno sredstvo radi sigurnosti stranaka, nego je bila obavezna radi registracije poreske obaveze. Na osnovu ove isprave je novi vlasnik bio evidentiran u cenzorske formule, kako na to i Ulpijan ukazuje.

Obzirom na to, da je privilegija izuzeća od poreza Italskog stanovništva, kao i stanovništva koje je uživalo izuzeće po *ius Italicum* prestala Dioklecijanovom poreskom reformom, vremenom je pisana isprava dobila novu ulogu u celom Carstvu.

Radi uspešnog sprovođenja Dioklecijanove poreske reforme promet oporezive imovine, a prvenstveno nepokretnosti, trebalo je podvesti pod jaču kontrolu. U carskim konstitucijama se često poziva na osnovni problem, da porezi ne terete pravog vlasnika već onog koji je svojinu na zemlji već odavno izgubio.[59] Stoga je određene mere uveo već Konstantin Veliki konstitucijom iz 337. godine.

C. Th. 3, 1, 2[60] „*Idem A. ad Gregorium. „Qui comparat, censum rei comparatae cognoscat: neque liceat alicui, rem sine censu vel comparare vel vendere. inspectio autem publica vel fiscalis esse debebit hac lege, ut, si aliquid sine censu venierit, et id ab alio deferetur, venditor quidem possessionem, comparator vero id, quod dedit pretium, fisco vindicante, perdat. 1. Id etiam placuit, neminem ad venditionem rei cuiuslibet accedere, nisi eo tempore, quo inter venditorem et emptorem contractus solenniter explicatur, certa et vera proprietas a vicinis demonstretur; usque eo legis istius cautione currente, ut, etiamsi subsellia vel, ut vulgo aiunt, scamna vendantur, ostendendae proprietatis probatio compleatur.»* (Ko kupuje saznaje i porez kupljene stvari, jer nikome nije dozvoljeno stvar ni

[59] Na primer, Konstantinove konstitucije C.Th. 11, 3, 1 iz 319 godine i 2 iz 327. godine; FV. 35, 3; 4; 6; 7. O tome da je ovaj problem postojao i kasnije, posle Konstantinovih mera svedoči C.Th. 11, 3, 3 i 4 iz 363. godine; kao i C.Th. 11, 3, 5 iz 371. godine.

[60] Ova odredba je nešto šire uneta i u Fr. Vat. 35, bez veće suštinske razlike. Videti, M. Sargenti, *Contributi alla palingenesi delle costituzioni tardo-imperiali* (I. Vat. Fr. 35 e C. Th. 3, 1, 2), Studi sul diritto del tardo impero, Padova 1986, str. 259 – 279; M. Sargenti, *La compravendita nel tardo diritto romano, indirizzi normativi e realta sociale (Contributo all' interpretazione di Fr. Vat. 35),* Studi sul diritto del tardo impero, Padova 1986, str. 279 – 307.

kupovati ni prodavati bez poreza. Ovim zakonom je određena javna i fiskalna kontrola, da bi u slučaju, ako je nešto stečeno bez poreza i ovo je od drugoga preneto, prodavac bi u korist fiska gubio posed, a kupac ono što je dao na ime cene. 1. Ovaj zakon osim toga određuje, da nikome od prodaje stvari ne može pripadati bilo šta, ukoliko u vreme kada je između kupca i prodavca ugovor svečano zaključen, nije bila potvrđena stvarna i prava svojina od strane suseda, ova isprava treba da bude sastavljena po ovom zakonu i neophodno je pružiti dokaz o svojini čak i onda kada se prodaju izmerene parcele zemljišta *(subsellia, scamna)*.

Konstantinova konstitucija (C. Th. 3, 1, 2) zahteva svečano zaključivanje ugovora o kupovini zemljišta, kao i potvrdu prodavčeve svojine od strane suseda nepokretnosti. Pod svečanim zaključenjem ugovora podrazumeva se pisana forma, koja je u praksi bila već toliko rasprostranjena, da je konstitucije često pretpostavljaju.[61] Ovu formu, interpretacija konstitucije koja je nastala na Zapadu, smatra poželjnom i prilikom kupovine „stvari srednje vrednosti, da ne bi bila prodata tuđa stvar". Ispunjenjem navedenih formalnosti svojina kupljene stvari je preneta na pribavioca.[62]

Da bi svojina kupca bila sigurna, ova konstitucija stavlja naglasak na potvrdu prodavčeve svojine od strane suseda.[63] Prodaja tuđe stvari je bila zabranjena (*Int. P. S.* 1, 1, 2),[64] a ova potvrda bi bila garancija da do evikcije neće doći. Predaja stvari i isplata cene se u ovoj konstituciji pretpostavlja.

U drugim konstitucijama naglasak se stavlja na isplatu cene, što je takođe bitno za stabilnost kupčeve svojine. Na primer, *Nov. Val.* 32, iz 451. godine:

LRV. Nov. Val. 10, par. (Nov. Val. 32) /451/: «*Volenti vendere, definitam et conscriptam pecuniam oportet inferri. Videat instrumentorum scriptor, sciant ii, apud quos venditionis documentum necesse est allegari. Nihil refert, quis emat, quum publica fide pretium venditor consequatur.*» (Ko želi prodavati, dužan je da navodi određenu i potvrđenu cenu. Sastavljač pismena pazi, znajući to, kada je potrebno prodaji priključiti ispravu. Ko kupuje ništa ne vraća, ako prodavac stiče cenu uz javnu veru).[65]

---

[61] G. G. Archi, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano*, Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini, Milano 1946, str. 711. i n. 2.

[62] Govori se o translativnom dejstvu kupoprodaje, E Levy, *Weströmischen Vulgarrecht, Das Obligationenrecht,* Weimar 1965, str. 208 - 209.

[63] Takođe: D. 21, 2, 45, D. 18. 1. 18. 1, D. 19. 1. 48, D. 10. 1. 2.

[64] Detaljnije, M. Sič, *Ugovor o kupovini i prodaji prema odredbama zbornika Lex Romana Visigothorum,* (magistarski rad), Novi Sad, 1985, str. 171 – 175.

[65] *Int.: ...Sed nunc Valentiniani Imperatoris hac lege praeceptum est, ut omnes administrantes vel militantes, aut in cuocunque officio publico constituti sunt, et comparandi et com-*

Ako ove formalnosti ne bi bile ispoštovane, a posebno ako bi bila učinjena tajna prodaja, ne samo da je ugovor ostao bez dejstva, već su i stranke kažnjene: fisk bi oduzeo (konfiskovao) od prodavca posed a od kupca već plaćenu cenu.

Ove formalnosti i kazna za njihovo nepoštovanje, kako to navedena konstitucija (C. Th. 3, 1, 2) naglašava, uvedene su radi zaštite fiskalnih interesa Carstva: da tajnim sporazumima kupac ne bi izbegao plaćanje poreza, a takođe ni prodavac ne bi izgovorom da više nije vlasnik oslobodio plaćanja poreza. U konstituciji C. Th. 11, 3, 2 iz 327. godine, ukazuje se na obavezu kupca da istraži, da li je prodavac platio sve zaostale poreze, inače i ovi porezi prelaze na njega. Indirektno, međutim, samim ovim odredbama, štite se i privatni interesi, interesi pribavioca, jer se utvrđuje pravo stanje predmeta ugovora, a pre svega svojina prodavca. Prema tome, potvrđuje se i to da je kupac svečano zaključenim ugovorom postao vlasnik.[66] Kupac je ove podatke mogao da sazna i iz posebnih zemljišnih registara *(publicis libris* ili *censualibus paginis)* vođenih u postklasičnom periodu radi evidencije poreza, ukoliko je ova evidencija bila ažurna.

Ažurnost poreskih knjiga je, međutim, bila problematična u Carstvu. Tu ni Konstantinova konstitucija C. Th. 3, 1, 2 nije bila od velike pomoći, jer mada insistira na tome da kupac priznaje porez kupljene stvari („*Qui comparat, censum rei comparatae cognoscat...)* ne propisuje da ugovor o kupoprodaji treba da bude sačinjen kao javni (službeni) dokument ili barem da bude deponovan u registar da bi bio valjan i da bi javna kontrola novog poreskog obveznika bila neposredno obezbeđena. Nejasno je, kako se obavljala ta javna i fiskalna kontrola? Pretpostavlja se da je ona bila efikasna na Istoku u Konstantinovo vreme i da je Konstantin imao u vidu uhodanu praksu Istoka prilikom izdavanja ove konstitucije.[67]

Na osnovu konstitucije Teodosija, Arkadija i Honorija iz 371. godine možemo konstatovati da se prijava poreza zasnivala na zakonskoj obavezi i na poštenju *(fides)* kupca, novog vlasnika da u registar prijavi svoje ime.

---

mutandi et accipiendi donationis titulo habeant liberam potestatem. Solum est, ut nullus probat huiusmodi scripturas aut per metum aut per fraudem suppositae personae aut violenter extortas, id est, aut in carcere constituto, aut in quibuslibet vinculis posito, aut aliquod se tormentorum genus suppliciorumque perpasso aut forsitan pretium se, quod instrumentis inscriptum est, non docuerit percepisse. Tunc vero non solum instrumentum, si fuerit vacuatur, sed talis emtor et possessionem reddat, et pretium venditori, quod instrumentis continetur insertum, cogatur implere. Takođe LRV. P. S. 2, 17, 1 i Int.

[66] Takođe, J. L. Zamora Manzano, *nav. delo (The Publicity in the Transfer of Real Estate in Roman Law),* str. 79.

[67] *Ibid.*

C. Th. 11, 3, 5: *Imppp. Theodos., Arcad. et Honor. AAA. Tatiano pf. p. „Quisquis alienae rei quoquo modo dominium consequitur, statim pro ea parte, qua possessor fuerit effectus, censualibus paginis nomen suum postulet annotari, ac se spondeat soluturum; ablataque molestia de auctore, in succedentem capitatio transferatur. dat. xv. kal. oct. constantinopoli, tatiano et symmacho coss."* (Ko god da je pribavio svojinu na stvarima drugog, obavezan je da odmah upiše svoje ime u cenzorsku knjigu, i da sam garantuje isplatu u pogledu onog dela, čiji je držalac postao: otklanjajući tako neugodnosti za prenosioca, jer je *capitatio* prenet na sledbenika."

Ovo upisivanje u knjige cenza *(censualibus paginis)* ili javne knjige *(publicis libris)* u praksi nije bilo dosledno poštovano.[68] Od obavezivanja kupca da prijavi stečenu svojinu pred cenzorom *(professio censualis)*, bilo bi efikasnije sastavljanje ugovora u carskoj kancelariji ili overa ugovora od strane državnog organa i zadržavanje jednog primerka radi evidencije u kancelariji, što je bilo propisano u slučaju poklona.[69] Za poklone veće vrednosti je inače bila propisana pisana forma, svečana predaja u prisustvu suseda i javnosti, kao i *insinuatio,* tj. upis u javne knjige, ili sastavljanje ugovora pred predstavnikom carske vlasti (sudijom ili magistratom). Iste formalnosti, osim prisustva suseda, bile su propisane i konstitutcijom Teodosija, Arkadija i Honorija iz 394. godine (C. Th. 2, 29, 2) za slučaj prenosa svojine na seoskom ili gradskom zemljištu na drugog radi ostvarenja podrške za dobijanje javnih funkcija (*suffragium).*

C. Th. 2, 29, 2: *...Quod si praedia rustica vel urbana placitum continebit, scriptura, quae ea in alium transferat, emittatur, sequatur traditio corporalis et rem fuisse conpletam gesta testentur: aliter enim ad novum dominum transire non possunt neque de veteri iure discedere...*(Ako se sporazum odnosi na seosko ili gradsko zemljište, treba sastaviti o tome pisanu ispravu koja će preneti to /zemljište/ na drugog, to treba da prati predaja telom /*traditio corporalis/* i u javni registar /*gesta/*treba da se potvrdi da je stvar (prenos) dovršena; jer inače na novog (pribavioca) ne može preći svojina, niti se gasi pravo prethodnog /vlasnika/).

U ovoj konstituciji je posebno istaknuto ne samo to da sam sporazum o prenosu neće biti valjan ako ove formalnosti nisu ispunjene, nego i to da u tom slučaju neće doći ni do prenosa svojine. Prema tome, za prenos svojine po ovoj konstituciji zahteva se i upis u javni registar. Njena formulacija glasi veoma savremeno, međutim, ova odredba Teodosijevog kodeksa, nije

[68] C. Th. 11, 3, 3; M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, II, München 1959, str. 200.

[69] A. Malenica, *Poklon u rimskom pravu*, Beograd 1981, str. 193; G. G. Archi, *nav. delo*, str. 670.

postala opšte pravilo za pribavljanje svojine koji se odnosi na sticanje svojine po bilo kom osnovu (kupoprodaje, poklona itd.). Primenjivala se samo za slučaj prenosa svojine radi dobijanja podrške *(suffragium)*.

Prisustvo suseda kao svedoka vremenom se više ne zahteva ni za valjanost ugovora o kupoprodaji, kao ni poklona. Za valjanost ugovora o poklonu veće vrednosti po Zenonu (C.8.53.31 iz 478. godine) bilo je dovoljno da je poklon predat i da je ubeležen u javne registre (*traditio* i *insinuatio)*.

Neophodnost javne overe kupoprodaje biće kasnije predviđena na Zapadu, Valentinijanovom novelom *(Nov. Val*. 15, 3) iz 444 – 445. godine.

Nov. Val. 15, 3: „*Omnis autem contractus, qui clancularioo vel emente vel vendente in fraudem legis initus fuerit, careat firmitate. Quod ne fiat, ea ratione prospicimus, ut gestis municipalibus inmobilium rerum contractus constet initus, mobilium vero emissis pittaciis transigatur: et is, qui praepositus fuerit huic muneri, profiteatur se id, quod per hanc legem conpendiis publicis decretum est, consecutum, ita ut post annum securitatis amissae discussio minime requiratur*." (Stoga će svaki ugovor biti ništav ako je na inicijativu kupca ili prodavca zaključen tajno, izigravanjem zakona. Da do toga ne bi došlo, određujemo da se ugovor o nepokretnosti uvede u evidenciju (geste) municipije, a ugovor kojim se prenose pokretne stvari bude zaključen u pisanoj formi. Lice koje je u obavezi u ovoj službi treba da izjavi da je primio ono što je zakonom određeno u opštem interesu, tako da ako bi ono što je primio bilo izgubljeno posle godinu dana, nije potrebno izvesti nikakvu istragu).

Ova novela, kao ni druge postteodosijanske novele izdate na Zapadu, nije preuzetea na Istoku, niti je uvrštena u Justinijanov Kodeks.[70] Samim tim, pravila predviđena za valjanost ugovora o kupoprodaji na Istoku i u Justinijanovom pravu se razlikuju od pravila beležena u Teodosijevom kodeksu i u posteodosijanskim novelama izdatim u zapadnom delu Imperije.

Značaj javne isprave se konstatuje i u Justinijanovom kodeksu.

Prema konstituciji Honorija i Teodosija iz 414. godine C. J. 7, 52, 6:

„Gesta, quae sunt translata in publica monumenta, habere volumus perpetuam firmitatem. Neque enim morte cognitoris perire debet publica fides." (Dokumenti, koji su sačinjeni pred predstavnikom javne vlasti (javne isprave) želimo da imaju trajno važenje, jer javna vera ne može da se izgubi smrću službenika).

[70] O tome, M. Sič, *Formiranje prava Rimske imperije i pozno rimsko zakonodavstvo (Harmonizacija prava i stvaranje jedinstvenog pravnog poretka u toku rimske istorije),*Novi Sad 2011, str.158.

Takođe se zahteva i prijava novostečene svojine na zemlji u registre, radi naplate poreza i zabranjuju se sporazumi putem kojih bi prethodni vlasnik zadržao teret poreza.

C. J. 4.47.3 (= C. Th. 11, 3, 3) iz 363. godine: „*Imperator Julianus. Omnes pro his agris quos possident publicas pensitationes agnoscant nec pactionibus contrariis adiuventur, si venditor aut donator apud se collationis sarcinam pactione illicita voluerit retinere, etsi necdum translata sit professio censualis, sed apud priorem fundi dominum forte permaneat, dissimulantibus ipsis, ut non possidentes pro possidentibus exigantur.*" (Svi su obavezni da priznaju javne terete za svoju zemlju koju poseduju i da se ne nadaju da će to izbeći sporazumom, ako bi prodavac ili poklonodavac želeli da putem nevažećeg sporazuma zadrže za sebe poreze, mada ime novog vlasnika još nije uneto u cenzorski registar, nego je još ostalo na prethodnom vlasniku, /strane su same odgovorne/ za ovo sakrivanje, da bi oni koji nisu posednici platili umesto posednika).

U Justinijanov kodeks je preuzeta i Konstantinova konstitucija C. Th. 3, 1, 2, mada u jako skraćenom i izmenjenom obliku C. J. 4.47.2 (C. Th. 3, 1, 2). Posle ukazivanja na to da mnogi izbegavaju plaćanje poreza zaključivanjem posebnih sporazuma, određuje sasvim drugačiju sankciju od one u Teodosijevom kodeksu (u kom je bila predviđena konfiskacija prodate zemlje i oduzimanje plaćene cene u korist fiska). U Justinijanovoj verziji sankcija jeste, da kupac treba da plati ne samo poreze kao novi vlasnik već i sve zaostale poreze i ponavlja pravilo: „*necesse sit eum qui comparat censum rei comparatae agnoscere, nec licere cuidam rem sine censu comparare vel vendere.*" (neophodno je da onaj ko kupuje priznaje porez kupljene stvari, jer nije dozvoljeno nikome da stvar kupuje ili prodaje bez poreza.)

Iz ove konstitucije nedostaje deo koji se odnosi na formu kupoprodajnog ugovora. Ovaj deo su kompilatori namerno izostavili, jer Justinijan formalne zahteve za valjanost pisanih ugovora određuje na drugačiji način.

Justinijan u konstituciji iz 528. godine C. J. 4, 21, 17 pr. govoreći uopšteno o formalnim zahtevima valjanosti ugovora koji imaju za cilj prenos svojine (prodaja, razmena, poklon) pravi razliku u pogledu toga da li se radi o ugovorima koje treba upisati u javne knjige, ili ne: „*Contractus venditionum vel permutationum vel donationum, quas intimari*[71] *non est necessarium ... illos tamen, quos in scriptis fieri placuit,...*" (Ugovor o prodaji, razmeni ili poklonu koje nije neophodno uvesti u municipijalne registre...one međutim, koje se žele sastaviti u pisanoj formi...).

[71] *Insinuare = intimare*, vidi, V. Arangio – Ruiz, *La compravendita in diritto romano,* vol. I, Napoli 1978, str. 97, n. 4.

Za javne dokumente se podrazumeva da su sačinjeni u pisanoj formi, a da bi ove pisane isprave bile valjane, „treba da ih prihvate ugovorne strane i da potvrde svojim potpisom, a ako ih je sastavio notar da je od njega dovršen i da je zatim strankama predat (*instrumenta in mundum recepta subscriptionibusque partium confirmata est, si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa et postremo a partibus absoluta sint").* U ovoj konstituciji je rečeno i to da ukoliko ovi formalni zahtevi nisu ispunjeni niko ne može „bilo koje pravo sebi iz ovog kontrakta ili transakcije zahtevati („*aliquid ius sibi es eodem contracto vel transactione vindicare").*

U Justinijanovim Institucijama za pisane ugovore se zahtevaju iste formalnosti.

Inst. 3, 23, *pr: "... in his autem quae scriptura conficiuntur non aliter perfectam esse emptionem et venditionem constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahente autem subscripta et, si per tabellionem fiunt, nisi et completiones acceperint et fuerint partibus absoluta72. donec enim aliquid ex his deest, et poenitentiae locus est et potest emptor vel venditor sine poena recedere ab emptione.*

(Međutim, u onim slučajevima kada se o tome sastavljaju pisane isprave, određujemo da se kupovina i prodaja ne može smatrati dovršenom /valjanom/ ako isprave o kupovini ne budu napisane svojeručno od strane saugovorača ili od nekog drugog, ali u tom slučaju potpisane od stranaka, a ako je to obavio pisar, onda vrede samo ako se stranke slažu sa svim delovima ugovora i ako je ugovor strankama predat. Dokle god u pogledu toga nešto nedostaje, dotle postoji mogućnost za odustajanje, pa i kupac i prodavac mogu nekažnjeno odustati od kupovine).

Posmatrajući tekst u Justinijanovom Kodeksu i u Institucijama, smatramo, da nije zavisilo samo od volje stranaka da li će da zaključe ugovor u pisanoj formi, ili ne. I na osnovu prethodnih razmatranja možemo konstatovati, da je u onim slučajevima u kojima je bio zastupljen i opšti interes Carstva (prvenstveno naplata poreza) sačinjavanje pisane isprave o kuporpodaji bilo obavezno. Upis novog vlasnika u poreske registre je obavljen na osnovu isprave o kupoprodaji. U kojim slučajevima je trebalo sastaviti ispravu bilo je opšte poznato i o tome je vodio računa sastavljač isprave. Prema Valentinijanu73: *„Videat instrumentorum scriptor, sciant*

---

[72] Prema Aranđo Ruicu (V. Arangio-Ruiz, *La compravendita*, I, str. 97) isprava koju je sačinio notar biće valjana kada notar posle potpisa stranaka i svedoka konstatuje u završnoj klauzuli da je isprava potpuna *(completio)* i da je predata ugovornim stranama *(absolutio).*

[73] *Nov. Val.* 32.

ii, apud quos venditionis documentum necesse est allegari". (Sastavljač isprave vodi računa o tome, znajući, u kojim slučajevima prodaje je neophodno priključiti ispravu). U praksi je bilo opšte poznato i to šta isprava treba da sadrži. Uzimajući u obzir postklasične promene koje su prethodile Justinijanovom vremenu, pisana isprava je u onim slučajevima kada je bila sastavljena u opštem interesu trebala da sadrži i činjenicu isplate cene. Smatramo stoga da je druga rečenica *Inst.* 3, 23, *pr.*, povezana sa drugom rečenicom kontrediktornog teksta Justinijanovih Institucija o uslovljenosti prenosa svojine isplatom cene (*Inst.* 2, 1, 41).

Inst. 2, 1, 41: *"... vendite vero et tradite non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. ...Quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum: tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, id effici. Sed si is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fierit".* (...međutim, prodate i predate stvari ne postaju svojina kupca ako on nije prodavcu platio cenu ili mu na drugi način dao osiguranje, na primer, kada odredi drugog dužnika ili daje zalogu... Međutim, ako prodavac proda stvar kupcu na poverenje, treba reći da ona odmah postaje svojina kupca).

U onim slučajevima kada je bio zastupljen i tzv. opšti interes (prvenstveno finasijske potrebe Carstva), bazirajući se na postklasičnim zakonima (koji su pak zasnovani i na ranije prihvaćenoj praksi provincija opterećenih porezom), postojao je zahtev za isplatom cene, kao i za sastavljanjem ugovora u pisanoj formi, koja je dokazivala svojinu prodavca kao i činjenicu da je prodavac primio cenu. Poslednja rečenica, koja protivureči prethodnoj bi po našem mišljenju trebalo da glasi: Međutim, ako prodavac proda stvar /koja nije opterećena porezom ili podvrgnut javnoj kontroli/ kupcu na poverenje, treba reći da ona odmah postaje svojina kupca.

Međutim, nasuprot *Nov. Val.* 15, 3, koji određuje za valjanost ugovora o kupoprodaji nepokretnosti da se zavede u municipijalne registre *(gesta),*[74] takav zahtev u Justinijanovom zakonodavstvu nije potvrđen. Municipalni registri ugovora o kupoprodaji nepokretnosti omogućuju direktnu kontrolu javne vlasti o promeni vlasnika nepokretnosti.

Iz tekstova Justinijanovog Kodeksa i Institucija se ne vidi veza između pisanih isprava o kupoprodaji i upisa novog vlasnika u cenzorke knjige. Obaveza upisa novog vlasnika u cenzorske knjige je postojala –

[74] Primer ovih dokumenata videti u: E. Spangenberg, *Juris Romani Tabulas Negotiorum Sollemnium*: Modo in Aere, Modo in Marmore, Modo in Charta Superstites..., Lipsiae, apud Carolvm Cnobloch, 1822. Knjiga je počev od aprila 2012. godine dostupna takođe i preko interneta: http://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.39015063902103;view=1up;seq=246.

ali kako su kontrolisali da li je novi vlasnik prijavio svoje ime u ove knjige da bi preuzeo na sebe plaćanje poreza?

Najverovatnije, imajući u vidu odredbu C. J. 4.47.2 u vezi sa C. J. 4.47.3, ako novi vlasnik nije prijavio svoje ime u poreske knjige, a porezi su zahtevani od prethodnog vlasnika, ovaj je putem valjano sačinjene isprave o prodaji mogao da uputi sakupljače poreza na novog vlasnika, koji bi u tom slučaju trebalo da plati i zaostale poreze. Ako ne bi imao valjano sačinjenu ispravu o prodaji, ne bi mogao da dokaže da više nije poreski obveznik. To pretpostavlja ažurnu evidenciju poreskih obveznika i korišćenja pisanih isprava, što se na Istoku može pretpostaviti jer je ovde postojala stara praksa zasnovana na prethodnoj, pre svega egipatskoj tradiciji.

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

Roman Cadastres, Land Registers and *instrumentum venditionis* – the Elements of Modern Land Registries

Abstract: *The reason for this research is the opinion of Civilists that Roman law did not make any contribution in the area of lend recording. It is true that during the Roman history registration was not a necessary condition of acquiring ownership, as was the case in the German system of land registers, neither did Roman law contain all the principles of modern land registers. Nevertheless, it cannot be claimed that the modern land registry system is completely original. Elements of modern land registries existed already in Roman times. These were: the cadastres, the public (censor's) books and the requirement for written documents in transactions related to immovable property, especially in sales contract. It is not easy to reconstruct the elements of modern land registries in ancient Rome as available sources are in fragments; however there is sufficient basis to claim that modern land registries have their predecessor in Roman law.*

Key words: *cadastres; land registers; instrumentum venditionis; taxes; Roman law*

Originalni naučni rad 57.089:17:343.2
doi:10.5937/zrpfns47-4452

Dr Dragiša Drakić, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu

BIOMEDICINSKA TEHNOLOGIJA, ETIKA I KRIVIČNO PRAVO[1]

Sažetak: *U radu se analizira složeno pitanje odnosa biomedicinske tehnologije i etike i razmatraju zadaci krivičnog prava u regulisanju predmetne problematike.*

U prvom delu rada autor analizira odnos medicine i etike kao i etička pravila postupanja u savremenoj medicini, i ukazuje na potrebu pravne intervencije u toj materiji.

U drugom delu rada ističe se da je nagli razvoj biomedicine i biotehnologije u poslednjih dvadesetak godina doveo društvo na veliko iskušenje i nametnuo etici i pravu značajne izazove. Raspravljajući odnos biotehnologije i etike, autor naglašava da bi bilo celishodno da se princip tolerancije, koji je korigovan principom odgovornosti, proglasi osnovnim principom biotehnološkog postupanja, pri čemu ne treba u potpunosti zanemariti ni tradicionalna medicinska etička načela.

U poslednjem delu rada autor analizira domašaj i perspektive krivičnopravne reakcije u predmetnoj materiji i zaključuje, da u oblasti biotehnologije ne bi trebalo previše nade polagati u regulativnu funkciju krivičnog prava.

Ključne reči: *biomedicina, biomedicinska tehnologija, etika, krivično pravo.*

Medicina kao humani način postupanja u cilju očuvanja života i poboljšanja zdravlja ljudi u najširem smislu stara je koliko i sam čovek. Savremena medicina predstavlja oblik sintetizovanja znanja i dostignuća

[1] Rad je nastao kao rezultat naučnog angažovanja na projektu "Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo" br.179079 u 2013. godini, za čiju realizaciju je materijalna sredstva obezbedilo Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

fundamentalnih i primenjenih grana prirodnih nauka. Ipak, bilo bi pogrešno svesti je isključivo na ravan prirodnih nauka. Od "čistih" prirodnih nauka medicina se razlikuje po tome što ona ne operiše "materijom", "poljem" ili "informacijom", već čovekom, o kojem se znanje ne ograničava samo na prirodne nauke, već pretpostavlja i moralnu dimenziju[2]. Stoga se može reći da se medicina nalazi između prirodnih i antropoloških, odnosno društveno-humanističkih nauka.

Veza između medicine i etike medicinskog postupanja seže daleko u prošlost. Više od dvadeset i pet vekova u evropskoj kulturi uobličavali su se i smenjivali moralno-etički principi, pravila, preporuke, koji su pratili postojanje i razvoj medicine[3]. Njihovi koreni vuku poreklo iz najstarijih vremena ljudske civilizacije. Isti su postojali su još u vreme starih Kineza, Egipćana, Persijanaca, Indijaca i Grka[4]. Lekarska etika ima veliki značaj i uživa naročit ugled jer je "egzistencijom u dužem vremenskom periodu suptilno osvojila legitimitet opšteg važenja"[5].

Ipak, kako etička pravila postupanja u medicini nisu pravno obavezujuća, sa porastom rizika usled naglog povećanja broja i modaliteta najraznovrsnijih medicinskih delatnosti javila se potreba pravnog uređivanja predmetne materije. To je dovelo do zadiranja prava u domen koji je pre toga bio regulisan isključivo pravilima medicinske etike, ili pak nije uopšte bio regulisan. Činjenica je da je od kraja dvadesetog veka u evropskim zemljama značajno porastao broj pravnih propisa koji imaju ambiciju da pravno regulišu, ne samo odnos lekara i pacijenta, već i da stave pod pravnu kontrolu celokupnu lekarsku delatnost i njene moguće manifestacije. Ukoliko uzmemo u obzir i okolnost da su pravila medicinske etike po pravilu fleksibilna, te da ostavljaju lekarima značajan prostor diskrecione ocene i slobode odlučivanja, ne treba da nas čudi što u poslednje vreme raste napetost između prava i medicine. Dok lekari s jedne strane ukazuju da gusta mreža pravnih propisa sve više guši njihovu službu i ugrožava tradicionalno međusobno poverenje i uvažavanje sa pacijentima, pravnici s druge strane ističu da je pravni poredak jedini siguran garant poštovanja fundamentalnih vrednosti pojedinaca i zajednice, čija zaštita može izostati uko-

---

[2] I.Silujanova, *Pravoslavlje i savremena medicina* (prevod sa ruskog), Cetinje 2001, str.19.

[3] Tako, I.Silujanova, ibid, str.29.

[4] Tako, J.Radišić, *Profesionalna odgovornost medicinskih poslenika*, Beograd 1986, str.50.

[5] D.Drakić, *Sukob krivičnog prava i medicinske etike i psihijatrijske nauke na primeru psihijatrijskog veštačenja*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2/2012, Novi Sad, str.196.

liko se sve intenzivnija medicinska delatnost prepusti regulisanju neobavezujućim staleškim pravilima.

Tako je vremenom nastala grana prava koja se danas uobičajeno naziva medicinskim pravom. Ono ne predstavlja zaokruženi sistem pravnih propisa koji se nalaze u jednom zakonu, već su ovi propisi razbacani po velikom broju zakonskih tekstova koji pripadaju različitim oblastima prava. Većina ih se nalazi u oblastima građanskog i krivičnog prava. S tim u vezi, tačno je da se veliki broj ovih propisa bazira na medicinskim etičkim načelima, koja oblikuju pravne obaveze, određuju njihovu sadržinu i opseg[6]. Međutim, ne može se poreći ni to da u poslednje vreme pravni propisi ponekad protivreče dobrim običajima etike medicinskog postupanja, a dešava se i da intervenišu tamo gde ne postoji potreba za pravom. Ovaj trend je sve izraženiji, što će svakako negativno uticati na produbljivanje osećaja surevnjivosti i nepoverenja koji odavno postoji u komunikaciji pravnika i lekara u oblasti koja im je zajednička.

Ipak, prepustiti u današnje vreme regulisanje tako složene i komplikovane materije pravno neobavezujućim i uopštenim pravilima postupanja iz domena medicinske etike, za šta se zalažu pojedinci, bilo bi pogubno. Neki lekari idu toliko daleko, te tvrde da medicinski kontrolni standardi treba da su uvek nadređeni pravnim standardima, a da se kontrola rada u medicini prepusti isključivo medicinskoj profesiji[7]. Da je ovo nemoguće, ne samo zato što je malo verovatno da se može uspostaviti jedan nezavisan, autonoman, sveobuhvatan i efikasan sistem strukovne samokontrole, već i zbog toga što danas ne postoji jedinstveni sadržaj pojma medicinske etike, jasno je već na prvi pogled. S tim u vezi, u okviru pojma "medicinska etika" danas paralelno egzistiraju četiri forme odnosno različita modela etičkog postupanja: tzv. Hipokratov, tzv. Paracelzusov, tzv. deontološki, kao i tzv. princip poštovanja ljudskih prava i dostojanstva[8].

Najstariji je Hipokratov model. Najvažnija poruka koja se pojednostavljeno može izvesti iz ovog modela svodi se na devizu - "ne nanesi zlo". U Zakletvi se između ostalog kaže: "Terapiju bolesnika usmeriću u njihovu korist, u skladu sa svojim snagama i uverenjima, uzdržavajući se od nanošenja bilo kakve štete i nepravde"[9].

U srednjem veku nastao je drugi istorijski model lekarske etike tzv. Paracelzusov model. To je oblik medicinske etike u čijim se okvirima

[6] Tako, J.Radišić, *Medicinsko pravo*, Beograd 2004, str.23.

[7] Videti, H.Jung, *Biomedizin und Strafrecht*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Heft 1, Berlin – New York 1988, s.20,21.

[8] O pomenutim modelima videti detaljnije, I.Silujanova, ibid, str.29,41.

[9] Preuzeto iz, I.Silujanova, ibid, str.33.

moralni odnos prema pacijentu shvata kao sastavni deo strategije terapeutskog ponašanja lekara. Dok se u Hipokratovom modelu osvaja socijalno poverenje ličnosti pacijenta, Paracelzusov model uzima u obzir emotivno-psihičke osobine ličnosti, dubinu njenih duševnih i duhovnih kontakata sa lekarom i uključuje te kontakte u proces lečenja.

Kasnije se javlja i tzv. deontološki model, prema kojem je moralna besprekornost srž medicinske etike, u smislu usklađenosti lekarskog postupanja sa određenim etičkim normativima. Ovaj model čini sistem pravila "dužnosti", to jest ispunjavanje određenih zahteva koji odgovaraju ovoj ili onoj oblasti medicinske prakse. Gotovo svaka medicinska specijalnost poseduje sopstveni sistem precizno formulisanih pravila ponašanja.

Konačno, kao osnovni princip poslednjeg modela medicinske etike vremenom se javlja princip poštovanja ljudskih prava i dostojanstva. Pod njegovim uticajem dolazi do promene u načinu rešavanja ključnog pitanja medicinske etike – pitanja odnosa lekara i pacijenta. Dok je prethodni model funkcionisao u režimu neospornog prioriteta ili "primarnosti" lekarevog autoriteta, danas se sve odlučnije sam pacijent uključuje u proces donošenja odluka medicinske prirode, što zahteva sve češće arbitriranje u razrešavanju konflikata suprotstavljenih "prava", "principa" odnosno "vrednosti".

U poslednje vreme dešavaju se značajne promene u oblasti koju u radu razmatramo. Naime, tehnički napredak u fizikalnoj oblasti vremenom je podstakao razvoj biotehnologije i izazvao velike promene u oblasti medicine u najširem smislu, kao i značajne potrese u domenu medicinske etike. Moglo bi se reći da je došlo do svojevrsne biotehnološke revolucije koja je stavila na probu dosadašnje postavke medicinske etike. Štaviše, određeni biotehnološki zahvati u nasledna dobra života čoveka mogli bi pod određenim okolnostima da ometu stotine miliona godina stare evolucione procese, kao i da naruše izbalansiranu ravnotežu koja se gradila milionima godina[10].

"Izraz biotehnologija ne upotrebljava se jedinstveno. U načelu on obuhvata integrisanu primenu biohemije, mikrobiologije i tehnike postupanja, sa ciljem da se potencijal mikroorganizama, ćelijskih kultura i tkiva, ili njihovih delova, tehnički iskoristi"[11]. Takođe, smatra se da se preko biotehnologija upliviše u genetičku supstancu i veštački tvori nova kombinacija živog bića, pri čemu se prirodna evolucija ubrzava. Utoliko, pojam biotehnologije može imati uže i šire značenje. Dakle, biotehnologija

[10] Tako, A.Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, 2.Auflage, München 1997, s.311.
[11] A.Kaufmann, ibid.

u užem smislu može se svesti na skup metoda kojima se raspolaže ljudskim životom, a svode se na "gen-tehnologiju". I biotehnologija u širem smislu doduše uglavnom podrazumeva raspolaganje ljudskim životnim procesima, međutim, za razliku od prethodne, njome se ne utiče na naslednu supstancu, i stoga ne predstavlja "gen-tehnologiju". Reč je o metodima tehnologije rasplođavanja odnosno reprodukcione medicine, naime veštačke inseminacije, *in vitro* fertilizacije i embrio-transfera. Ovde se sa genima ništa drugo ne događa do ono, što se inače dešava prilikom prirodnih procesa rasplođavanja.

Nagli razvoj biomedicinskih tehnika, koje su se razvile poslednjih decenija, kao i činjenica da se ne može nazreti kraj puta na kojem se nalaze novi biotehnološki izumi, dovelo je do naglog širenja polja "tradicionalne" biomedicine na nove oblasti koje ranije nisu bile u njenom vidokrugu. To je dovelo do potrebe da se etički preispitaju nove biotehnologije, njihova sredstva, ciljevi, koristi i moguće štetne posledice po pojedinca i zajednicu, i zauzme etički konsenzus, kako bi se prekomponovalo bioetičko polje u skladu sa izmenjenim okolnostima.

Ipak, očigledno je da će pomenuti konsenzus biti teško dostižan. Moglo bi se reći da je biotehnološka revolucija nametnula značajne izazove etici, ali i pravu. Ti izazovi ogledaju se između ostalog u sledećem[12]. Kao prvo, pomeraju se granice između pojmova "raspoloživog", to jest onoga čime ljudi mogu slobodno raspolagati, bez ikakvih odnosno uz manja ograničenja, i "neraspoloživog", što nije u vlasti ljudskog raspolaganja, jer im je na primer to dato od prirode. Tehnološke promene dakle menjaju ove granice, jer je mnogo toga postalo "raspoloživo", čime se ranije nije moglo raspolagati. Kao drugo, biotehnološke novotarije donele su sa sobom u velikom broju produženje kauzalnog niza, u smislu proticanja dugog vremenskog intervala od trenutka preduzimanja neke radnje pa do njenog krajnjeg učinka. Ovo, kao i nemogućnost potpunog sagledavanja i razumevanja onoga što je zaista učinjeno, u smislu preduzimanja neke nove nedovoljno ispitane i rizične biotehnologije, ima za posledicu to da je veoma otežana, u etičkom i pravnom smislu, procena posledica takvog postupanja. I treće, dramatično se širi krug adresata ovog postupanja. Štaviše on se rasplinjava, jer ovde adresati, po pravilu, nisu samo one osobe koje su trenutno pogođene predmetnom tehnologijom, već i one kojih će se u bližoj ili daljoj budućnosti tek ticati posledica iste. Te osobe mogu se čak nalaziti daleko od životnog sveta onoga koji preduzima ta-

[12] O tome videti detaljnije, J.Nida – Rümelin, *Ethische Prinzipien und biotechnologische Entwicklungen*, in: Was ist der Mensch? (Hrsg. N.Elsner, H.-L.Schreiber), 2.Auflage, Göttingen 2003, s.222,223.

kvu radnju, koji sa njima nikada nije imao bilo kakav neposredan kontakt, niti je uopšte znao za njihovo postojanje.

S tim u vezi, čini se da se danas u okviru bioetičke diskusije najčešće zastupaju dva, međusobno suprotstavljena gledišta[13]. Jedno brani tradicionalne etičke principe, zagovara strogo poštovanje normi, ističe da je neophodno jasno odrediti i precizno definisati granice tehničke moći, kao i ljudske intervencije na živoj materiji. Nasuprot tome, drugo gledište zagovara "evoluciju" svesti ljudi kao i njihovih zakona, i njihovo prilagođavanje dosad neviđenim tehničkim mogućnostima. U primeni novih biotehničkim dostignuća ovo mišljenje daje prednost zadovoljenju ličnih želja i prohteva pojedinaca, koji su navodno već zauzeli istaknuto mesto u dugotrajnom procesu evolucije morala.

Može se primetiti da su oba navedena gledišta jednostrana. Prvo, kroz propagiranje bezuslovnog pokoravanja ušančenim etičkim principima, gura društvo u stagnaciju, a pojedince u neaktivnost i pesimizam. Drugo gledište, slaveći trijumf tehnike nad etikom u "postmoderni", i svodeći etiku na "etiku mogućeg", zauzima stav da je etika u modernom društvu suvišna, osuđujući na taj način pojedince i društvo na moralnu degradaciju i propast.

Čini se da je ovde potrebno zauzeti srednji stav, između ova dva krajnja pola. Trebalo bi razmišljati u celini o ta dva stanovišta iz perspektive složenosti njihovog međudejstva[14]. Biomedicini trebaju nesumnjivo i inovacije, ali i ograničenja. Tehnika treba da kaže šta je danas moguće učiniti, a etika treba da etički "profiltrira" takva stremljenja. No, ovo je lakše reći, a veoma teško u praksi valjano sprovesti. Pitanje, da li čovek sme sve što može, veoma je staro. Kao što je poznato, još se Aristotel njime bavio. Ipak, ni do danas nije na njega dat zadovoljavajući odgovor. Pitanje je da li ćemo ga ikada pronaći. Jer, čoveka njegova nesputana radoznalost i entuzijazam vuku uvek u nešto novo. Njemu se uvek čini da bi mogao i trebao više učiniti od onoga što mu etičke i pravne norme dopuštaju. Dakle, u prirodi čoveka je da se "hvata u koštac" sa prirodnim procesima. Međutim, do koje granice ovo oblikovanje prirode sme ići, ne može se unapred kazati.

U raspravljanju ovog pitanja trebalo bi voditi računa o još nečem. Naime, mi snosimo odgovornost, ne samo za ono što preduzmemo, već jednako i za ono što propustimo da učinimo. S tim u vezi, s pravom se u naučnoj i stručnoj javnosti postavlja pitanje: "Da li je opravdano da se je-

[13] Videti o tome detaljnije, R.P.Droa, *Etika* (prevod sa francuskog), Beograd 2011, str.85,86.

[14] Tako, R.P.Droa, ibid, str.86.

dan gen-tehnološki eksperiment, koji služi dobijanju efikasnog leka protiv raka, ne sprovede ni onda kada je analiza rizika od ovakvog eksperimenta povoljna?"[15]. Ovakva "etika propuštanja" svakako ne bila prihvatljiva. Stoga čovečanstvo nema mnogo izbora ni kada je u pitanju biotehnologija. Kako je rekao Karl Poper: "Mi moramo nastaviti da koračamo u nepoznato, neizvesno i nesigurno"[16]. Ipak, ne bi se ni biolozi i lekari mogli u potpunosti otrgnuti od zapovesti i zabrana etike, pozivajući se na apsolutnu slobodu nauke i istraživanja, jer ista "nalazi svoje imanentne granice u vrednostima života, tela, samoodređenja i ljudskog dostojanstva"[17]. "Kao i bilo gde, tako i u oblasti biotehnologije važi, da nauka nije prosto tragač za istinom i liferant informacija, već snosi i moralno-političku odgovornost naspram celokupne zajednice za svako svoje postupanje"[18]. Shodno tome, nigde, pa ni u medicini, ne sme se baš sve.

No, gde joj postaviti granice? Ovde treba istaći da je razvoj biomedicine doveo društvo na veliko iskušenje. S jedne strane, on je podstakao velike nade da bi se život čoveka mogao produžiti i učiniti kvalitetnijim, a s druge strane podgrejao strahove od nesagledivih štetnih posledica usled njenog nekontrolisanog širenja koje niko više nije u stanju da zaustavi i predvidi. Stoga ne čudi onaj divergentni osećaj unutar svakog pojedinca, koji u dolasku biomedicine vidi samog "anđela spasa", ali koji u isto vreme na nju gleda i kao na "đavolju rabotu". Kako onda na pravi način odmeriti granice pravne i etičke slobode koju zaslužuje biomedicina, kada ne znamo šta ona sa sobom nosi u budućnosti.

S tim u vezi, kako se dejstva nekog biotehnološkog metoda po pravilu ne mogu unapred definisati i sagledati, već tek onda kada se moguće štetne posledice više ne mogu izbeći, na pitanje šta je bioetički dozvoljeno, a šta zabranjeno, u mnogim slučajevima ne bi se moglo unapred odgovoriti. Stoga se može zaključiti da su odluke u oblasti biomedicinske etike u visokom stepenu rizične, jer u trenutku odlučivanja postoji velika nesigurnost u pogledu toga koja je odluka ispravna. Kada je u pitanju bioetički diskurs do kakvog-takvog konsenzusa može se doći jedino kada je reč o negativnim zaključcima.

Artur Kaufman ističe da u razrešavanju navedenih dilema dva principa igraju odlučujuću ulogu – princip tolerancije i princip odgovornosti[19]. Značaj prvog principa proizilazi iz obrazloženja koje sledi. Naime,

[15] A.Kaufmann, ibid, s.313.
[16] Preuzeto iz: A.Kaufmann, ibid, s.316.
[17] A.Kaufmann, ibid.
[18] A.Kaufmann, ibid, s.314.
[19] Tako, A.Kaufmann, ibid, s.315.

mnoge situacije odlučivanja u oblasti biotehnologije ne sadrže racionalno razrešive konflikte. Tako, nije samo riskantna odluka o sprovođenju jednog gen-tehnološkog eksperimenta u cilju iznalaženja efikasnog leka protiv raka ili leukemije, i suprotna odluka nosi sa sobom rizik da se propusti šansa za lečenje navedenih teških bolesti. Prihvatiti princip uzdržavanja od bilo kakvih aktivnosti u rizičnim situacijama ovde bi svakako bilo pogubno. Takav princip nepodnošljiv je u oblastima bio i gen-tehnologije. Iz tog razloga, mi nemamo izbora nego da koračamo u nepoznato. I pošto to moramo, tolerancija je jedno od najvažnijih etičkih zapovesti u modernom svetu. Da bi mogli savladati naše zadatke u budućnosti, morali bi biti otvoreni za novo. "Držanje koje je principijelno otvoreno za drugo i za novo, otuda otvoreno i za put u nepoznato, naziva se tolerancija"[20]. Tolerancija omogućuje odgovorno postupanje. Međutim, ona otvara vrata i neodgovornom postupanju. Zbog toga se princip tolerancije mora ograničiti kroz princip odgovornosti. Ovo je od posebnog značaja u biotehnologiji, a naročito u gen-tehnologiji, jer se ovde štetne posledice, pa i one velikih razmera, ne mogu unapred predvideti niti otkloniti. Da bi mogli ispravno proceniti nečiju odgovornost, potrebno je da se uzmu u obzir sve relevantne okolnosti. Naime, "brižljivo se moraju sagledati šanse i rizici, analiza troškova i dobrobiti od toga, fer princip (jedan biotehnološki projekat nipošto nije opravdan ukoliko nosi sa sobom napredak i korist za većinu, ali manjini naročito škodi), prognoza i planiranje"[21]. Shodno napred rečenom, moglo bi se reći da bi bilo celishodno princip tolerancije, koji je korigovan principom odgovornosti, proglasiti osnovnim etičkim principom biotehnološkog postupanja, ne odričući se međutim u potpunosti ni tradicionalnih etičkih načela u medicini koja smo pomenuli na početku rada.

Postavlja se na kraju pitanje, do koje mere se postupanje u oblasti biotehnologije treba regulisati krivičnopravnim sredstvima. Odgovor na ovo pitanje veoma je teško dati. "Mera i pravac zakonodavne intervencije i dalje predstavlja kontroverzu"[22]. Dok se s jedne strane mogu čuti mišljenja koja zagovaraju odlučniju krivičnopravnu intervenciju u oblasti koja sama po sebi očigledno predstavlja nepoznanicu, s druge strane imamo mišljenja da bi takva intervencija samo kočila dalji naučni biotehnološki razvoj koji je nesumnjivo u interesu čovečanstva. Dok dakle jedni smatraju da su zakonske intervencije u ovoj oblasti opravdane, drugi ih vide kao preterane, ili čak nepotrebne.

---

[20] A.Kaufmann, ibid, s.316.
[21] A.Kaufmann, ibid, s.317.
[22] H.Jung, *Biomedizin und Strafrecht*, ibid, s.4.

Umesto da se odmah priklonimo jednom ili drugom mišljenju, na ovom mestu ukazaćemo na nekoliko činjenica načelne prirode o kojima bi trebalo voditi računa prilikom raspravljanja predmetne problematike.

Tako, činjenica je da se moderno krivično pravo nedovoljno bavi biotehnologijom. Biotehnološki procesi su u punom zamahu, sa nesagledivim posledicama koje sudbonosno mogu da utiču na budućnost čovečanstva – u pozitivnom ili negativnom smislu. Stoga krivični zakonodavac ne može više ignorisati pozive koji mu se upućuju u pravcu regulisanja predmetne materije, koja je kao ogromni talas zapljusnula čovečanstvo.

Ipak, napred pomenuti princip tolerancije, kao i mesto krivičnog prava u celokupnom sistemu socijalne kontrole, upućuju na to da se ispunjenju prednjih zahteva mora pristupiti veoma obazrivo. Otuda, pre nego što bi prešli na krivičnopravnu intervenciju morali bi konstatovati da drugi, manje invanzivni mehanizmi socijalne kontrole nisu dovoljni. "Iz toga sledi da se krivično pravo sme primeniti uvek samo u homeopatskom doziranju"[23]. Međutim, ni današnje "ćutanje" krivičnog zakonodavca ne rešava problem. "Bude li on i dalje ćutao, moraće se ovo ćutanje tretirati kao pristajanje u pogledu svake biomedicinske tehnike i njenog razvoja"[24].

Dalje, tačno je da tradicionalne etičke postavke, koje su u oblasti biotehnologije uglavnom neprimenjive, predstavljaju temelj krivičnopravne regulative i osnov krivičnopravnog odlučivanja. No, trebalo bi naglasiti, takođe, da nije zadatak modernog krivičnog prava da isključivo štiti moralne pozicije. Krivičnopravna zaštita danas se orjentiše u punoj meri i prema kriterijumu socijalne štetnosti nekog ponašanja, čije ispitivanje i primena u predmetnoj oblasti pretpostavlja racionalno argumentovanje u konkretnoj situaciji, uzimajući u obzir sve okolnosti pojedinačnog slučaja. Ipak, ne može se osporiti činjenica da je današnje krivično materijalno pravo i dalje u velikoj meri "moralistički obojeno".

Konačno, svaka ljudska radnja, kako dobra tako i loša, podleže dvema različitim vrednosnim aspektima. Ona se najpre može vrednovati prema posledici koju proizvodi (vrednost posledice), ali s druge strane i nezavisno od njenog dosezanja, naime prema smislu aktivnosti kao takve (vrednost akta)[25]. Potrebno je naglasiti da krivično pravo prilikom procene neke delatnosti vodi računa o obe navedene vrednosti, uopšte, kao i prilikom krivičnopravne procene određene biomedicinske tehnologije. S

[23] H.Jung, ibid, s.39.

[24] H.Jung, ibid, s.38.

[25] Tako, H.Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, Eine systematische Darstellung, sechste Auflage, Berlin 1958, s.1.

tim u vezi, kako prilikom koncipiranja, tako i u procesu primene krivičnog prava na biotehnološke postupke, naročito se brižljivo mora ispitati smisao i značaj neke aktivnosti po sebi, ali i u jednom širem socijalnom kontekstu, što nije nimalo lako učiniti iz razloga o kojima smo napred govorili.

Na osnovu svega što smo do sada rekli, mišljenja smo da u oblasti biotehnologije ne bi trebalo insistirati na obimnoj krivičnopravnoj zaštiti, niti polagati previše nade u regulativnu funkciju krivičnog prava. Potrebno je doneti takvu strategiju socijalne kontrole biomedicine koja u sebi integriše civilnopravne i javnopravne reakcije, pri čemu je krivičnopravna reakcija u drugom planu.

Da bi se biotehnološka dostignuća pravilno sagledala sa pozicije etike i prava svakako je neophodno ovladavanje empirijskim znanjima iz oblasti biomedicine, kako bi se razumeli sadržaji kojima se bave medicinar i prirodnjak. Samo uz ispunjenost ovog uslova možemo u budućnosti očekivati da novonastale konfliktne situacije, koje će se javiti usled daljeg napretka biotehnologije a koje su često egzistencijalne prirode, rešimo etički i pravno na zadovoljavajući način. Jer, mi smo odgovorni za sve što će se u tom smislu desiti u budućnosti. Kako je rekao Gadamer, "ne postoji mogućnost da se nauci kao takvoj nametnu ograničenja. Postoji samo mogućnost odgovorne primene njenih rezultata, a stvarni nosioci te odgovornosti jesu društvo u celini i njegova politička organizacija"[26].

[26] H.-G.Gadamer, Granice eksperta; u: Evropsko nasleđe – članci (prevod sa nemačkog), Beograd 1999, str.106.

Dragiša Drakić, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Biomedical Technology, Ethics and Criminal Law[27]

Abstract: *The paper analyzes a complex relationship between biomedical technology and ethics and offers insight into the role of the criminal law in regulating this subject matter.*

In the first part of the paper the author offers analysis of the relationship between medicine and ethics as well as the ethical rules of conduct in modern medicine and stresses the need for legal intervention in this matter.

In the second part of the paper the author points out that sudden development of biomedicine and biotechnology in the last twenty years has led the society into a great temptation and forced onto the ethics and the law considerable challenges. While discussing the relationship between biotechnology and ethics, the author pointed out that it would be more suitable to declare the principle of tolerance, kept in check by the principle of responsibility, to be a fundamental principle in biotechnology. However, traditional principle of ethics in medicine should not all together be disregarded.

In the last part of the paper the author offers analysis of the extent and perspective of the criminal law reaction in the subject matter and concludes that in the field of biotechnology not too much hope should rest on the role of the criminal law.

Key words: *Biomedicine, biomedical technology, ethics, criminal law.*

[27] This paper is the result of the research conducted as part of the project titled "Biomedicine, Environmental Protection and the Law" no. 179079 in 2013, which was financed by the Ministry of Science and Technology of the Republic of Serbia.

Originalni naučni rad 347.627.2(37)
doi:10.5937/zrpfns47-3976

Dr Marija Ignjatović, docent
Univerzitet u Nišu
Pravni fakultet u Nišu

Dr Tanja Kitanović, docent
Univerzitet u Nišu
Pravni fakultet u Nišu

SPORAZUMNI RAZVOD BRAKA U RIMSKOM I SAVREMENOM PRAVU

Sažetak: *Rad je posvećen sporazumnom razvodu braka u rimskom i savremenom pravu. U početnom delu rada prikazana su osnovna obeležja ustanove sporazumnog razvoda braka u rimskom pravu. Tom prilikom je posebna pažnja poklonjena uticaju hrišćanskog verskog učenja na koncepciju braka i razvoda, kao i konstitucijama rimskih vladara kojima je započet proces ograničavanja prava na razvod. Nastavak rada razmatra normativnu regulaciju sporazumnog razvoda u pojedinim savremenim pravnim sistemima. Značajan segment rada posvećen je i kritičkoj analizi pravnog uređenja ove forme prestanka braka u pozitivnom srpskom zakonodavstvu. Na kraju rada je ukazano na uočene sličnosti i razlike u normiranju instituta sporazumnog razvoda braka u rimskom i savremenom pravu.*

Ključne reči: *sporazumni razvod braka, supružnici, posledice razvoda, rimsko pravo, hrišćanstvo, car Konstantin, srpsko pravo, savremeno pravo.*

Uvod

Država je oduvek iskazivala veliko interesovanje za brak i porodicu, budući da je od njihove stabilnosti zavisila i stabilnost same države. U tom smislu, brak je poželjna društvena ustanova, tako da država tradicionalno gaji zaštitnički odnos prema njemu. Propisivanjem brojnih ograničenja u domenu razvoda, pa čak i potpunom zabranom razvoda u pojedinim istorijskim epohama, država je permanentno nastojala da pod svojom kontrolom drži razvod braka, pri čemu je posebno negativan tretman bio rezervisan za sporazumni razvod. Naime, kao model razvoda kod koga

saglasnoj volji supružnika pripada dominantna uloga u raskidu bračne zajednice, sporazumni razvod je etiketiran kao uzročnik nekontrolisanog povećanja broja razvoda u jednom društvu i stigmatiziran kao neprijatelj stabilnosti braka i porodice. Stoga je prema ovoj formi razvoda negovan ambivalentan stav, tako da on nije egzistirao u svim istorijskim epohama i u svim brakorazvodnim zakonodavstvima.

Patrijarhalna društva nisu naklonjena ustanovi razvoda, s obzirom da dovodi do destabilizacije i raspada braka i porodice. Pri tom, u društvima ovog tipa egzistencija sporazumnog razvoda je znatno otežana, jer je patrijarhalna porodica bazirana na neravnopravnosti polova, a za sporazum je neophodna saglasnost volja, tj. dve volje istog kvaliteta. Zapravo, sporazumni razvod počiva na trijumfu volje i ličnih interesa. Opravdanje postojanja ove forme razvoda leži u proširenim slobodama čoveka. Prisustvo sporazumnog razvoda u pravnim sistemima označava stepen opšte i bračne emancipacije čoveka.[1]

Rimsko pravo se na vrhuncu svoga razvoja odlikovalo potpuno izgrađenim brakorazvodnim sistemom, čiji je izuzetno značajan segment bio i razvod braka po sporazumu supružnika. Pored toga, ovaj oblik raskida braka je doživeo svoju reafirmaciju tokom XX veka, tako da danas uživa izuzetnu popularnost u brakorazvodnoj praksi i polako postaje preovlađujući način prestanka braka u savremenom pravu. Stoga smo za predmet ovog rada izabrali analizu pravnog uređenja instituta sporazumnog razvoda braka u rimskom i savremenom pravu. U radu ćemo najpre ukazati na osnovne karakteristike pomenutog modela prestanka braka u rimskom pravu, a potom ćemo razmotriti domaću i uporednu regulativu u ovoj oblasti, kako bismo utvrdili u kojoj meri je rimska koncepcija sporazumnog razvoda reafirmisana u savremenom pravu.

Sporazumni razvod braka u rimskom pravu

Sporazumni razvod braka je bio prisutan u Rimu tokom većeg dela njegove istorije. Rimsko pravo je zastupalo ugovornu koncepciju braka, čak i kada je hrišćanstvo postalo zvanična državna religija, tako da je *solus consensus* bio dovoljan za zaključenje braka, a *contrarius consensus* za razvod.[2] Čuveni pravnik Modestin[3] definiše brak kao vezu između mu-

[1] M. Mladenović, *Porodično pravo u Jugoslaviji,* Beograd, 1993, str. 207.

[2] Detaljnije o specifičnostima zaključenja braka u pojedinim istorijskim epohama: N. Deretić, *Zaključenje braka u pravnoj istoriji,* Pravni fakultet, Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad, 2011.

[3] Digesta 23.2.1 - *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris comunicato.* Navedeno prema: J. Danilović, O. Stanojević, *Tekstovi iz rimskog prava*, Beograd, 1987, str. 152.

ža i žene, sjedinjene po božanskim i ljudskim zakonima, ali je to više stilska figura, jer je brak pre neka vrsta ugovora između supružnika nego sveta tajna.[4] U tom kontekstu, slobodna volja supružnika predstavlja osnov nastanka i prestanka braka.[5]

Iako je, prema dostupnim istorijskim podacima, još Romul uveo mogućnost raskida braka, mada samo u korist muža, u najstarijem periodu razvoja rimske države, usled strogosti običaja i religije, razvodi su bili izuzetno retki.[6] Prvobitno, brak je mogao prestati na jednostrani zahtev muža ili njegovog *pater familias-a*, a ovo pravo je imao i otac žene *alieni iuris*. Sporazumni razvod nije bio izričito regulisan u pravnim aktima toga doba, ali se smatra da su u praksi supružnici mogli, počev od Zakona XII tablica, sporazumno tražiti razvod. Međutim, ovo mišljenje u teoriji nije opšteprihvaćeno.[7] Sa druge strane, po nekim tumačenjima Romul je dozvolio i razvod braka na osnovu sporazuma supružnika.[8]

Klasično rimsko pravo se odlikuje potpuno izgrađenim brakorazvodnim sistemom, koji se sastoji iz razvoda braka po sporazumu supružnika *(divortium communi consensu)* i razvoda na zahtev samo jednog supružnika *(repudium)*. Ove dve forme razvoda su odgovarale rimskom poimanju braka, čiju suštinu čine uzajamna osećanja supružnika i njihova volja za zajedničkim životom. Stoga, brak ne može postojati ako nestanu ove dve njegove sastavne komponente.[9] Brak se ticao isključivo supružnika, pa su upravo oni bili pozvani da odlučuju o njegovoj sudbini, ukoliko dođu do zaključka da je promašen i da više ne ostvaruje svoju svrhu.[10]

---

[4] O. Stanojević, *Rimsko pravo*, Beograd, 2001, str. 138.

[5] Ibid., str. 151.

[6] Lucijus Antonijus, akter prvog poznatog razvoda koji se odigrao u Rimu 447. godine pre nove ere, bio je izbačen iz Senata, budući da se razveo pre nego što je saslušao mišljenje porodičnog veća. U periodu republike, sve do II veka pre nove ere, razvodi su kontrolisani primenom *nota censoria*. Naime, cenzori (koji su u Rimu periodično vršili popis stanovništva) su imali ovlašćenje da iz spiska rimskih građana izbrišu sve one koji su se razveli bez opravdanog razloga, što je povlačilo za sobom teške posledice. Vremenom je, međutim, ova sankcija nestala, čime je omogućen izlazak iz braka bez negativnih posledica po pravni status supružnika. Pred kraj republike i u periodu principata, usled drastičnog povećanja stope divorcijaliteta, fenomen razvoda je poprimio obrise prvorazrednog socijalnog zla starog Rima. Opširnije: M. Mladenović, *Razvod braka i uzroci za razvod braka*, Beograd, 1974, str. 45.

[7] Ibid., str. 54.

[8] Depeyre*, Le divorce et la séparation de corps*, Pariz, 1882, str. 4.

[9] G. Laurent, *La repudiation et le Divorce par Consentement Mutuel,* Paris, 1904, str. 20.

[10] Identičan koncept ustanova braka i razvoda, kako ćemo videti u nastavkku rada, akceptiran je i u savremenom pravu. Opširnije o tome: Z. Ponjavić, *Sporazumni razvod braka,* doktorska disertacija, Kragujevac, 1983, str. 36.

Forma sporazumnog razvoda bila je određena Avgustovim zakonodavstvom. Otpusno pismo *(libellus repudii)* je moralo biti dvostruko napisano, a supružnici su na jasan, nesumnjiv i izričit način morali izraziti svoju želju za razvodom na osnovu sporazuma. Prednost ovog modela raskida braka ogledala se u činjenici da supružnici nisu bili podložni novčanom kažnjavanju zbog razvoda. Isto tako, mogli su bez bilo kakvih ograničenja zaključiti novi brak. Sporazumom o razvodu regulisane su i njegove posledice. Žena je imala pravo na povraćaj miraza *(dos)*, dok je muž imao pravo da zadrži poklon *(donatio ante ili proper nuptias)* koji je dao supruzi povodom sklapanja braka. Deca su uvek pripadala ocu.[11]

Pred kraj republike i u periodu principata, usled slabljenja porodične kohezije, ublažavanja strogosti morala i nagomilavanja ogromnog bogatstva, došlo je do gotovo potpunog sloma braka i porodice. Naime, brak i porodica su pretežno bili regulisani običajima, a samo manjim delom pravnim normama.[12] Dok su se običaji poštovali i dok je vladala stroga disciplina, razvodi su bili marginalna pojava. Međutim, kada su se okolnosti promenile[13] razvod je postao zapanjujuće jednostavan. Kako je stanovništvo Rima brojčano opadalo, učestali su pokušaji rimskih imperatora, posebno pred kraj imperije, da putem zakonodavne aktivnosti utiču na jačanje braka i porodice.[14] Ali, ovi napori nisu urodili plodom. Ipak, ovaj trend je nastavljen i u periodu dominata, kada su aktivnosti preduzete na planu osnaženja braka i porodice bile pod snažnim uticajem hrišćanskog učenja o braku kao svetoj tajni.

Proces ograničavanja prava na razvod započeo je car Konstantin konstitucijom iz 311. godine, u kojoj su limitativno nabrojani svi brakorazvodni uzroci, pri čemu je izostavljen sporazumni razvod braka. Po nekim teoretičarima, pomenutim postupanjem Konstantin je ukinuo ovu formu razvoda, dok je po drugima sporazumni razvod i dalje postojao, a razlog njegovog nenavođenja u konstituciji leži u činjenici da on, za razliku od repudijacije, nije tako često praktikovan.[15] Nakon toga, Teodosije

---

[11] G. Laurent, *La repudiation et le Divorce par Consentement Mutuel*, op. cit., str. 26-27.

[12] O specifičnostima procesa izgradnje rimskog prava i uspostavljanja jedinstvenog pravnog poretka u rimskoj državi detaljnije: M. Sič, *Uspostavljanje jedinstvenog pravnog poretka - iskustvo rimske imperije,* Pravni život, br. 12/2002, str. 903-921.

[13] Opširnije: M. Sič, *Formiranje prava rimske imperije i pozno rimsko zakonodavstvo*, Vojvođanska akademija nauka i umetnosti, Novi Sad, 2011.

[14] Detaljnije o tome: N. Deretić, *Kratak osvrt na rešavanje demografskih problema u rimskoj državi,* Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 2/2009, str. 413-434.

[15] U domaćoj pravnoj književnosti autori M. Mladenović (*Razvod braka i uzroci za razvod braka*, op. cit., str. 53) i Č. Mitrović (*O bračnim parnicama, I deo, Osnovni*

Mlađi i Valentijan III, Novelom XVII iz 439. godine, eksplicitno su ukinuli sporazumni razvod braka. Međutim, ovaj potez je bio kratkog daha, budući da je sporazumni razvod reafirmisan 497. godine, ponovnim normiranjem od strane cara Anastazija.

Justinijan je svojom Novelom XXII potvrdio egzistenciju sporazumnog razvoda, pri čemu je razlikovao dve njegove varijante: 1) klasični oblik sporazumnog razvoda, odnosno razvod po sporazumu supružnika koji je rezultat njihovog slobodnog i zajedničkog odlučivanja *(communi consensu)* i 2) sporazumni razvod na osnovu pravne pretpostavke o postojanju saglasnosti supružnika da se razvedu *(per occasionem rationabile* ili razvod *bona gratia)*, ukoliko postoje neke okolnosti koje ukazuju na nemogućnost nastavljanja bračne zajednice, poput impotencije muškarca, zamonašenja supružnika, nestalosti jednog supružnika, padanja u zarobljeništvo i sl.[16] Međutim, Justinijan je ubrzo, Novelom 127, suzio područje primene sporazumnog razvoda, da bi ga Novelom 134 u potpunosti zabranio. Njegov naslednik, Justin II je Novelom 140 još jednom legalizovao sporazumni razvod, ne propisujući stroga ograničenja u pogledu njegove primene, osim što je zahtevano iscrpljivanje svih mogućnosti na planu pomirenja supružnika. Reafirmisanje sporazumnog razvoda obrazloženo je potrebom supružnika da se razvedu bez navođenja konkretnih uzroka koji su doveli do poremećaja bračnih odnosa. Ipak, reafirmacija sporazumnog razvoda je bila kratkog daha, budući da je ovaj oblik raskida braka definitivno ukinut od strane cara Leona Filozofa.

---

pojmovi o braku i zakonskim uzrocima razvoda, Beograd, 1906, str. 89, fusnota 1) su mišljenja da je car Konstantin ukinuo sporazumni razvod, dok Z. Ponjavić (*Sporazumni razvod braka*, op. cit., str. 38, pozivajući se na E. Glasson, *Le Mariage civil et le divorce*, Paris, 1880, str. 205) smatra da je ovaj oblik razvoda i dalje egzistirao, ali da on nije bio podvrgnut ograničenjima, za razliku od repudijacije koja je svedena na svega tri brakorazvodna razloga.

[16] Autor O. Stanojević navodi da su po Justinijanovom zakonodavstvu bili mogući sledeći modaliteti razvoda: 1. sporazumni razvod u slučaju kada oba supružnika sporazumno traže razvod; 2. jednostrani raskid bez krivice; 3. jednostrani raskid zbog krivice, pri čemu je postojao spisak opravdanih brakorazvodnih razloga, kako za muškarca tako i za ženu; 4. jednostrani otkaz bez razloga, koji je povlačio sankcije za onoga ko raskida brak. Videti: O. Stanojević, *Rimsko pravo*, op. cit., str. 151. Sa druge strane, autor I. Puhan razlikuje *divortium cum damno* (razvod praćen lošim posledicama) i *divortium sine damno* (razvod bez loših posledica). *Divortium sine damno* delio se na *divortium communi consensu* (razvod po obostranom sporazumu supružnika) i *divortium bona gratia* (razvod po volji jednog supružnika usled postojanja opravdanih razloga). *Divortium cum damno* delio se na: *repudium sine ulla causa* (razvod bez opravdanog razloga) i *repudium ex justa causa* (jednostrani razvod zbog krivice jednog supružnika). Videti: I. Puhan, *Rimsko pravo*, Beograd, 1977, str. 171-172.

Pravno regulisanje sporazumnog razvoda braka u evropskom pravnom prostoru

Savremena regulativa sporazumnog razvoda braka ne odlikuje se striktnom uniformnošću.[17] Kakva će koncepcija sporazumnog razvoda biti akceptirana u pozitivnom zakonodavstvu jedne zemlje zavisi od mnogo faktora. Međutim, razlike u pravnom normiranju ove forme razvoda, koje su evidentne, nisu nepremostive. Tako je sporazumni razvod u pojedinim državama regulisan kao samostalni brakorazvodni uzrok (Francuska, Švajcarska, Belgija, Portugalija, Grčka, Bugarska), dok u drugima egzistira u okviru opšteg brakorazvodnog uzroka, koji je formulisan kao nepovratni slom braka ili kao ozbiljna i trajna poremećenost bračnih odnosa (Danska, Mađarska, Italija, Holandija, Nemačka, Rusija).

Regulisanje posledica razvoda braka sporazumom supružnika jedna je od tendencija savremenog porodičnog prava. U skladu sa tim, supružnici su u obavezi da postignu sporazum o posledicama razvoda, pri čemu spektar pitanja koja moraju urediti varira od jednog do drugog pravnog sistema. Normirajući model sporazumnog razvoda, pojedina savremena prava postavljaju veoma stroge uslove, odnosno zahtevaju od supružnika da urede sva pitanja koja dobijaju na aktuelnosti u trenutku prestanka potpune porodične zajednice, kako ona ne bi dovela do konfrontiranja supružnika u postrazvodnoj fazi. Naime, razvod ne predstavlja samo kraj jedne bračne veze, već i početak nove faze u životu bivših supružnika, u kojoj oni mogu pronaći adekvatnog životnog partnera i sa njim ući u brak/vanbračnu zajednicu. Iz tog razloga je poželjno sva sporna pitanja urediti u brakorazvodnoj parnici.

Tako, po nemačkom pravu supružnici moraju postići sveobuhvatni sporazum o posledicama razvoda, odnosno moraju prezentovati sudu: sporazum o vršenju roditeljskog prava (uključujući visinu doprinosa za izdržavanje deteta i način ostvarivanja ličnih kontakata između deteta i roditelja sa kojim neće živeti po razvodu braka), sporazum o izdržavanju supružnika, sporazum o deobi zajedničke imovine i penzije, kao i sporazum o pravnom režimu porodičnog doma i predmeta domaćinstva.[18]

Slična je situacija i u bugarskom pravu. Naime, uz predlog za sporazumni razvod bračni partneri moraju priložiti: sporazum o deci, sporazum o izdržavanju neobezbeđenog supružnika, sporazum o deobi zajedničke

---

[17] Opširnije o ustanovi razvoda braka u pojedinim inostranim pravnim sistemima: G. Kovaček-Stanić, Uporedno porodično pravo, Novi Sad, 2002, str. 95-118.

[18] Par. 630 Zakona o građanskom postupku Nemačke *(Zivilprozessordnung)*, http://www.bundesrecht.juris.de/bundesrecht/zpo/gesamt.pdf.

imovine, sporazum o porodičnom domu i sporazum o upotrebi ličnog imena po razvodu braka.[19]

Isto tako, po švajcarskom pravu, supružnici koji iniciraju brakorazvodnu proceduru podnošenjem zajedničkog zahteva moraju regulisati: vršenje roditeljskog prava, izdržavanje supružnika, podelu imovine i socijalnog osiguranja, prenošenje ugovora o zakupu porodičnog stana sa supružnika koji je zakupac na supružnika koji to nije i pitanje konstituisanja vremenski ograničenog prava stanovanja na nepokretnosti u vlasništvu drugog supružnika.[20]

Belgijsko pravo nameće bračnim partnerima obavezu postizanja iscrpnog sporazuma o svim segmentima vršenja roditeljskog prava nad zajedničkom maloletnom decom, kako nakon razvoda braka, tako i za vreme trajanja brakorazvodne procedure. Posebno je apostrofiran značaj sporazuma o prebivalištu dece i supružnika u toku brakorazvodnog postupka, te nakon njegovog okončanja. Najzad, bračni partneri moraju postići sporazum o izdržavanju neobezbeđenog supružnika, o nasleđivanju ako jedan od njih umre tokom trajanja procedure razvoda, o podeli bračne tekovine i, eventualno, o posebnim zahtevima u vezi sa deobom ove imovine.[21]

U nekim situacijama, međutim, supružnici su saglasni da je njihov brak doživeo neuspeh i da ga treba razvesti, ali nisu u stanju da postignu sporazum o posledicama razvoda. Stoga, pojedini savremeni sistemi normiraju dva modela sporazumnog razvoda: prvi, kod koga je potrebno da supružnici postignu kako sporazum o razvodu, tako i sporazum o posledicama razvoda, i drugi, kod koga je dovoljno da se supružnici saglase da su njihovi bračni odnosi ozbiljno i trajno narušeni, te da brak više ne ostvaruje svoju svrhu i da je razvod neminovnost, dok je u nadležnosti suda da svojom odlukom uredi sve sporne posledice razvoda.

Dualizam formi sporazumnog razvoda prisutan je, primera radi, u savremenom francuskom pravu. Kod prvog oblika sporazumnog razvoda *(divorce par consentement mutuel)*, pored saglasnosti o samom razvodu, supružnici se moraju dogovoriti o vršenju roditeljskog prava, upotrebi ličnog imena, likvidaciji bračnog imovinskog režima, pravu na penziju, pravima iz socijalnog osiguranja, povraćaju poklona i o kompenzatornoj prestaciji.[22] Kod druge forme sporazumnog razvoda, razvoda na osnovu pri-

---

[19] Čl. 101 st. 1 Porodičnog zakona Bugarske, "Državne novine", br. 41/1985, 11/1992.

[20] Čl. 111 Švajcarskog građanskog zakonika *(Zivilgesetzbuch),* http://www.admin.ch/ch/d/sr/21.html.

[21] Čl. 1287 i 1288 Belgijskog procesnog zakonika, http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_wet/wet.pl.

[22] Art. 230-232 Zakona o razvodu No. 439-2004, od 26. maja 2004. godine, koji je inkorporiran u Francuski građanski zakonik (*Code civil*). Integralni tekst Zakonika je dostupan na internet adresi: http://www.legifrance.gouv.fr.

hvatanja definitivne propasti braka *(divorce accepté; divorce résignation)*, supružnici treba da postignu saglasnost o tome da je njihov brak doživeo trajan i nepopravljiv slom, pri čemu će sporne posledice razvoda urediti sud.[23]

Dva modela sporazumnog razvoda normirana su i u švajcarskom pravu. U tom smislu, sporazumni razvod je dopušten ako su supružnci postigli saglasnost o razvodu i o posledicama razvoda, ali je moguć i ukoliko među supružnicima, u trenutku iniciranja brakorazvodne procedure, nema saglasnosti o posledicama razvoda, kada će sporne konsekvence urediti sud.[24]

Potom, pojedina zakonodavstva dozvoljavaju sporazumni razvod ukoliko su bračni partneri postigli sporazum o posledicama razvoda, dok druga, uz regulisanje posledica razvoda, zahtevaju da podnošenju zahteva za razvod prethodi odvojen život supružnika u određenom trajanju. Naime, kako bi se sprečilo brzopleto podnošenje zahteva za razvod, koji može biti rezultat prolaznog neraspoloženja supružnika, želja za razvodom mora biti duboko ukorenjena u svesti supružnika i mora postojati u dužem vremenskom periodu. Iz tog razloga, želja za razvodom mora biti potvrđena separacijom supružnika. Ovim se sprečava zloupotreba prava prilikom iniciranja brakorazvodne procedure, obezbeđuje se zaštita od lakomislenih razvoda i olakšava utvrđivanje propasti braka.[25]

Po nemačkom pravu, zahtevu za razvod mora prethoditi jednogodišnja separacija supružnika, na bazi koje se neoborivo pretpostavlja da je brak doživeo definitivni slom, tako da ga treba razvesti. U tom smislu, brak je propao ukoliko supružnici žive odvojeno najmanje godinu dana i oboje podnose zahtev za razvod, kao i ako jedan supružnik podnosi zahtev za razvod, a drugi se sa njim saglasi.[26]

Pored toga, odvojen život supružnika je od posebnog značaja u pravu Velike Britanije, u kojoj je normiran kao poseban brakorazvodni uzrok, dok sporazumni razvod ne figurira kao način prestanka braka. Međutim, separacija supružnika praćena saglasnošću o određenim konsekvencama razvoda dovodi do razvoda braka po olakšanoj proceduri.[27]

Pojedina savremena prava ne dozvoljavaju sporazumni razvod u određenom periodu nakon zaključenja braka, tako da se trajanje braka pojavljuje

---

[23] Art. 233-234 Francuskog građanskog zakonika.

[24] Čl. 112 Švajcarskog građanskog zakonika.

[25] D. Schwab, *Familienrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 2008, str. 151.

[26] Par. 1566 I Nemačkog građanskog zakonika *(Bürgerliches Gesetzbuch)*, http://www.bundesrecht.juris.de/bundesrecht/bgb/.

[27] Opširnije o tome: K. Standley, *Family Law*, Palgrave Macmillan, 2008, str. 147-152, kao i J. Thomson, *Family Law in Scotland*, Tottel Publishing Ltd, Edinburgh, 2006, str. 140-143 i 148-149.

kao pretpostavka dopuštenosti ove forme razvoda, mada je poslednjih godina primetna tendencija napuštanja ovog uslova. Primera radi, po bugarskom[28] pravu brak mora trajati najmanje tri godine, po belgijskom[29] dve godine, a po grčkom[30] godinu dana. Isto tako, mogu se sresti zahtevi u pogledu starosti supružnika, mada je ovaj uslov, kao i prethodni, karakterističan za ranije epohe. Tako, po pravu Belgije[31] supružnici moraju imati navršenih 20 godina života, a po pravu Bugarske[32], budući da je trogodišnje trajanje braka pretpostavka za sporazumni razvod, 19 ili 21 godinu, u zavisnosti od toga da li su brak sklopili kao maloletna ili kao punoletna lica.

U modernom porodičnom pravu je godinama unazad prisutna tendencija napuštanja mirenja, kao obavezne faze brakorazvodnog postupka iniciranog zajedničkim predlogom supružnika, jer je utvrđeno da su pokušaji pomirenja supružnika u većini slučajeva osuđeni na neuspeh. Međutim, medijacija (posredovanje) je, po pravilu, moguća na dobrovoljnoj bazi, a usmerena je na pružanje pomoći supružnicima u sferi regulisanja posledica razvoda.

Klauzule kojima se eliminišu situacije ekstremno suprotne načelu pravičnosti, odnosno kojima se onemogućava razvod braka ako on može dovesti decu ili supružnika u težak materijalni ili moralni položaj, prisutne su u savremenom pravu, poput prava Nemačke *(Härteklausel),* ali je njihova primena u praksi retka, posebno u korist supružnika. Može se zaključiti da su ove zaštitne klauzule u sudskoj praksi gotovo u potpunosti obezvređene, naročito zahvaljujući sada već ustaljenom mišljenju da je za decu bolji razvod roditelja nego život u porodičnoj zajednici sa poremećenim odnosima, tako da se primenjuju samo u izuzetnim situacijama.[33] Osim toga, konstrukcija zajedničkog vršenja roditeljskog prava nakon razvoda pothranjuje delimično iluzornu predstavu o tome da je razvod roditelja za dete tako podnošljiviji, jer su oba roditelja, kao bliske osobe koje služe za uzor, u kontaktu sa detetom. Međutim, razvod nosi sa sobom realnu opasnost da dete u potpunosti prekine kontakt sa jednim roditeljem.[34]

---

[28] Čl. 100 st. 2 Porodičnog zakona Bugarske.

[29] Čl. 275 Belgijskog građanskog zakonika *(Burgerlijk Wetboek)*, http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_wet/ wet.pl.

[30] Čl. 1350 st. 2 Grčkog građanskog zakonika, *Greek Civil Code*, prevod na engleski jezik - Constantin Taliadoros, Edited by Ant. N. Sakkoulas Publishers, 2000.

[31] Čl. 276 Belgijskog građanskog zakonika.

[32] Čl. 100 st. 2 Porodičnog zakona Bugarske.

[33] Opširnije o domašaju primene klauzule o zabrani razvoda ako interesi maloletne dece ili supružnika zahtevaju očuvanje braka: D. Schwab, *Familienrecht*, op. cit., str, 153-155.

[34] Ibid.

Iako je u savremenom pravu[35] poslednjih godina primetan trend napuštanja perioda za razmišljanje *(reflection period),* pre svega pod pritiskom javnog mnjenja, s obzirom da parovi koji se razvode često ne gledaju blagonaklono na prolongiranje razvoda, smatrajući ga nepotrebnim praznim hodom[36], izgleda da ipak preovladava stav u prilog opravdanosti postojanja ovog mehanizma, koji obezbeđuje, odlaganjem razvoda za određeni vremenski period, ozbiljniji pristup društva ustanovi razvoda, odnosno društvenu kontrolu razvoda, istovremeno pružajući supružnicima mogućnost da još jednom razmisle o nužnosti razvoda, kao i da, u cilju iznalaženja optimalnog rešenja, preispitaju sporazum o posledicama razvoda, čime se obezbeđuje odgovoran razvod.

U većini savremenih pravnih sistema postupanje u predmetima sporazumnog razvoda u nadležnosti je sudskih organa. Tako je ovaj oblik raskida braka u isključivoj sudskoj nadležnosti u Švajcarskoj, Belgiji, Nemačkoj, Francuskoj, Holandiji, Grčkoj, Bugarskoj, Mađarskoj itd. Pored toga, u nekim pravima, poput portugalskog[37] i ruskog[38], predviđena je paralelna nadležnost sudskih i administrativnih organa, što zavisi od vrste sporazumnog razvoda, odnosno okolnosti konkretnog slučaja. Kada je reč o sudskoj proceduri, uočava se tendencija kreiranja specijalne sudske procedure koja nalikuje administrativnoj (npr. pravo Velike Britanije), kao i određivanje vanparnične procedure kao vrste postupka u kome se odlučuje o zahtevima za sporazumni razvod braka (npr. francusko pravo).

---

[35] U francuskom pravu je nedavno, zakonodavnom reformom iz 2004. godine, napušten period za razmišljanje kao jedan od uslova za sporazumni razvod braka. Prolongiranje razvoda je, međutim, neizbežno ukoliko sud utvrdi da sporazum o posledicama razvoda nije u skladu sa najboljim interesom deteta, ili je protivan interesima jednog supružnika, kada će supružnicima ostaviti rok od 6 meseci da sami revidiraju sporazum, a ukoliko to ne učine, odbiće razvod po sporazumu (art. 230-232 Francuskog građanskog zakonika).

[36] H. Hausheer, T. Geiser, R. E. Aebi-Müller, *Das Familienrecht das Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Stämpfli Verlag AG Bern, 2007, str. 115.

[37] Reformom brakorazvodnog prava iz 2001. godine (čl. 14 st. 2-7 Zakona No. 272/2001, koji je inkorporiran u Portugalski građanski zakonik - *Código Civil Português*, dostupan na: http://www.confap.pt/docs/codecivil.pdf.) propisana je ekskluzivna kompetencija za odlučivanje o zahtevima za sporazumni razvod u korist administrativnog organa - direktora matične službe. Sud je nadležan da postupa u brakorazvodnim predmetima samo ako su roditelji postigli sporazum o vršenju roditeljkog prava koji, po oceni nadležnog administrativnog organa, nije u najboljem interesu deteta.

[38] Po Porodičnom zakonu Rusije (*Семейный kodeks i bračnый dogovor*, Socialьnaя zaщita, vыpusk 5/1996), supružnici se mogu razvesti u administrativnom postupku ukoliko su postigli saglasnost da se razvedu, a nemaju zajedničku maloletnu decu. Pored toga, razvod u administrativnom postupku je moguć ako je jedan supružnik lišen poslovne sposobnosti, ako je nestao, kao i ako je osuđen na kaznu zatvora u trajanju preko tri godine (čl. 19 Porodičnog zakona Rusije).

Koncepcija sporazumnog razvoda braka u savremenom srpskom pravu

Model sporazumnog razvoda koji je akceptiran u srpskom pozitivnom pravu nameće supružnicima obavezu postizanja sporazuma o vršenju roditeljskog prava i sporazuma o deobi zajedničke imovine, dok ostala pitanja, koja potencijalno mogu biti izvor sukoba u postrazvodnoj fazi, supružnici nisu dužni urediti svojim sporazumom.[39] Naime, ukoliko se bračni partneri opredele za opciju sporazumnog razvoda, moraju zaključiti pismeni sporazum o razvodu koji obavezno sadrži pismeni sporazum o vršenju roditeljskog prava i pismeni sporazum o deobi zajedničke imovine.[40] Roditelji se mogu opredeliti za samostalno ili zajedničko vršenje roditeljskog prava.[41] Sporazum supružnika o vršenju roditeljskog prava unosi se u izreku presude o razvodu braka ako sud proceni da je u najboljem interesu deteta.[42] Dakle, sudovi nisu u potpunosti lišeni kontrolnih ovlašćenja, ali je prisutan trend opadanja autoritativne moći sudova, tako da je njihova moć, u poređenju sa prohujalim vremenima, daleko manja.[43]

Sporazumni razvod je u našem važećem pravu koncipiran tako da su bračni partneri dužni sporazumno urediti i imovinske odnose, čime se eliminiše potreba za vođenjem postupaka za deobu bračne tekovine, što je od izuzetnog značaja, s obzirom da ovi postupci u domaćoj sudskoj praksi spadaju u red kompleksnih, dugotrajnih i iscrpljujućih procesa. Ovaj uslov je profilisan sa namerom da se supružnici blago disciplinuju i ulože dodatni trud kako bi njihov razvod zaista bio rezultat postignute saglasnosti u pogledu najvažnijih pitanja njihovih budućih odnosa.[44] Postignuti sporazum o podeli imovine je pokazatelj zrelosti supružnika, budući da su oni, uprkos konfliktima koji verovatno postoje među njima, smogli snage da sami urede imovinska dejstva prestanka braka.

Sporazum o deobi imovine mora biti sačinjen u pisanoj formi. Zakonom o javnom beležništvu Srbije (koji je donet 2011. godine, a čija je primena odložena do 1. marta 2014. godine) je propisano da se u obliku javnobeležničkog zapisa sačinjavaju, između ostalog, i spora-

---

[39] Detaljnije o istorijskoj genezi sporazumnog razvoda u našem pravu: T. Kitanović: *Evolucija modela sporazumnog razvoda braka u srpskom pravu,* Zbornik radova Pravnog
fakulteta u Nišu, br. 63/2012, str. 231-235.

[40] Čl. 40 Porodičnog zakona Srbije, "Sl. glasnik RS", br. 18/2005.

[41] Videti čl. 76 i 78 Porodičnog zakona Srbije.

[42] Videti čl. 225 st. 1 Porodičnog zakona Srbije.

[43] Z. Ponjavić, *Ugovorno vršenje roditeljskog prava,* Pravni život, br. 10/2008, str. 236.

[44] M. Draškić, *Porodično pravo i prava deteta*, Beograd, 2005, str. 140.

zumi o deobi zajedničke imovine supružnika.[45] Prilikom sastavljanja sporazuma supružnici su slobodni da deobu imovine izvrše u skladu sa njihovim potrebama i željama. Zajedničku imovinu, dakle, ne moraju podeliti na jednake delove, niti su dužni voditi računa o doprinosu svakog od njih u sticanju imovine. U tom smislu, udeo supružnika koji samostalno vrši roditeljsko pravo nakon razvoda može biti znatno veći od udela drugog supružnika, kako bi se zajedničkoj maloletnoj deci obezbedili optimalni uslovi za život, rast i razvoj. Ukoliko su supružnici zaključili (pred)bračni ugovor, deoba zajedničke imovine će biti izvršena u skladu sa ovim ugovorom.[46] Pri tom, sud bez preispitivanja unosi postignuti sporazum o deobi imovine u izreku presude kojom se razvodi brak po sporazumu.[47]

U savremenom srpskom pravu, međutim, nije dosledno spovedena ideja o uređenju posledica razvoda sporazumom supružnika i nije redukovana na najmanju moguću meru potreba za pokretanjem postupaka za uređenje spornih posledica razvoda u budućnosti. Primera radi, sporazumni razvod nije uslovljen sporazumom o izdržavanju neobezbeđenog supružnika, mada se u uporednim pravnim sistemima, kako smo videli u prethodnom delu ovog rada, vrlo često zahteva od supružnika da postignu sporazum i o ovoj posledici razvoda. U odsustvu sporazuma, postoji mogućnost isticanja alimentacionog zahteva u postupku za razvod braka, ali zahtev ove vrste može uzrokovati nezadovoljstvo i protivljenje potencijalnog davaoca izdržavanja, koji može odustati od predloga za sporazumni razvod i na taj način osujetiti razvod po sporazumu. Budući da realizacija obaveze izdržavanja bivšeg bračnog partnera u praksi može biti praćena mnogobrojnim teškoćama, svakako je celishodnije zahtevati od supružnika da ovo pitanje urede svojim sporazumom, čime se likvidira opasnost od nastanka sukoba nakon razvoda u vezi alimentacije koja je neophodna jednom supružniku.

---

[45] Videti čl. 82 st. 1 tač. 3 Zakona o javnom beležništvu Srbije, "Sl. glasnik RS", br. 31/2011, 85/2012 i 19/2013. Zakon je donet maja 2011. godine, ali je početak njegove primene nekoliko puta odlagan, budući da se još uvek nisu stekli uslovi za njegovu implementaciju u praksi, jer je nedovoljan broj kandidata položio javnobeležnički ispit, što je jedan od uslova za rapisivanje konkursa i imenovanje javnih beležnika. Detaljnije o ovlašćenjima javnog beležnika u domenu imovinskih odnosa supružnika: G. Kovaček-Stanić, *Ovlašćenja javnog beležnika u bračnim/partnerskim odnosima,* Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 2/2012, str. 87-101.

[46] Detaljnije o pojmovnom i terminološkom određenju bračnog ugovora u savremenom srpskom pravu, njegovom zaključenju i prestanku: M. Ignjatović, *Imovinski ugovor bračnih drugova u pravu Republike Srbije - nesklad teorije i prakse,* Pravni život, br. 10/2008, tom II, str. 487-500.

[47] Videti čl. 225 st. 2 Porodičnog zakona Srbije.

Pored toga, ako se opredele za opciju sporazumnog razvoda, supružnici mogu svojim sporazumom konstituisati pravo stanovanja u korist deteta i roditelja koji vrši roditeljsko pravo, a na stanu ili kući u svojini roditelja koji ne vrši roditeljsko pravo. Sporazum o ovom pitanju, međutim, nije uslov za sporazumni razvod. U slučaju da sporazum izostane, supružnik koji vrši roditeljsko pravo, a nema rešeno stambeno pitanje, može zahtevati od suda da ustanovi pravo stanovanja. Ipak, čini nam se da je to malo verovatno, s obzirom da neslaganje supružnika koji je vlasnik stana može rezultirati njegovim odustankom od predloga za sporazumni razvod. Kako je rešenje stambenog pitanja, odnosno obezbeđenje adekvatnog stana za stanovanje od izuzetne važnosti za svakog pojedinca, a posebno za osetljivo ljudsko biće kakvo je dete, bilo bi poželjno eksplicitno normirati obavezu roditelja da postignu sporazum i o ovoj posledici razvoda.

Uzdizanjem prava na razvod na nivo ustavnog prava, u našem pravnom sistemu je otvoren put za slobodan izlazak iz braka, pri čemu je razvod postao brz i jednostavan, nezavisno od toga kojim inicijalnim aktom je pokrenut brakorazvodni postupak.[48] Stoga, sporazumni razvod ne treba shvatiti kao modalitet razvoda koji obezbeđuje lakši i brži izlazak iz braka, budući da se brak relativno jednostavno može okončati i podnošenjem tužbe za razvod, već kao oblik razvoda koji je zasnovan na sporazumnom uređenju posledica razvoda od strane samih supružnika.

Zaključak

Kao model razvoda kod koga saglasnoj volji supružnika pripada dominantna uloga u raskidu bračne zajednice, sporazumni razvod je često etiketiran kao uzročnik nekontrolisanog povećanja broja razvoda u jednom društvu i stigmatiziran kao neprijatelj stabilnosti braka i porodice. Iz tog razloga, prema ovoj formi razvoda negovan je ambivalentan stav, tako da on nije egzistirao u svim istorijskim epohama i u svim brakorazvodnim zakonodavstvima.

Sporazumni razvod je bio prisutan u Rimu tokom većeg dela njegove istorije. Rimsko pravo je zastupalo ugovornu koncepciju braka, čak i kada je hrišćanstvo postalo zvanična državna religija, po kojoj je brak zavisio od slobodne volje supružnika, tako da je *solus consensus* bio dovoljan za zaključenje braka, a *contrarius consensus* za razvod. Klasično

[48] Ustav Srbije iz 2006. godine ("Sl. glasnik RS", br. 98/2006) u čl. 62 st. 1 predviđa da "svako ima pravo da slobodno odluči o zaključenju i raskidanju braka". Ovom odredbom se garantuje sloboda razvoda, tako da odbijanje razvoda u domaćoj sudskoj praksi više nije moguće.

rimsko pravo se odlikovalo celovitim brakorazvodnim sistemom, čiji je izuzetno značajan segment bio i razvod braka po sporazumu supružnika - *divortium communi consensu*. U kasnijem periodu, pored klasičnog oblika sporazumnog razvoda koji je rezultat slobodnog i zajedničkog odlučivanja supružnika, diferencira se i sporazumni razvod na osnovu pravne pretpostavke o postojanju saglasnosti supružnika za razvod, ukoliko postoje opravdane okolnosti koje ukazuju na nemogućnost nastavljanja bračne zajednice - *divortium bona gratia*. Budući da je pred kraj republike i tokom principata, usled slabljenja porodične kohezije, ublažavanja strogosti morala i kumulacije ogromnog bogatstva, došlo do gotovo potpunog sloma braka i porodice, car Konstantin je započeo proces ograničavanja prava na razvod konstitucijom iz 311. godine, kojom su redukovani i limitativno pobrojani svi brakorazvodni uzroci, pri čemu je izostavljen sporazumni razvod braka.

Iako se još rimsko pravo odlikovalo celovitim sistemom razvoda braka po sporazumu supružnika, ovaj oblik raskida braka je u većini savremenih zemalja, čiji su pravni sistemi konstituisani na temeljima rimskog prava, normativno uobličen tek u XX veku. Prisustvo navedenog modela razvoda rezultat je potrebe ljudi da se oslobode bračnih stega ukoliko brak više ne odgovara njihovim intimnim očekivanjima, a da razloge propasti bračne zajednice zadrže daleko od očiju javnosti. Stoga je sporazumni razvod najpre egzistirao kao tvorevina sudske prakse, koja je u bližoj vezi sa društvenom realnošću i potrebama ljudi u određenom društvu, da bi se potom pristupilo i njegovom normativnom uobličavanju.

Savremena regulativa sporazumnog razvoda ne odlikuje se striktnom uniformnošću. Kako je regulisanje posledica razvoda sporazumom supružnika jedna od tendencija modernog porodičnog prava, savremena brakorazvodna zakonodavstva najčešće favorizuju sporazumni razvod, ohrabrujući supružnike da zaključuju sporazume o razvodu i o određenim pravnim posledicama razvoda, nezavisno od vrste inicijalnog akta kojim je pokrenut postupak za razvod i stadijuma u kome se ovaj postupak nalazi, čime se omogućava modifikacija osnova za razvod i transformacija brakorazvodnog postupka. Upravo u domenu uređenja posledica razvoda mogu se uočiti krucijalne razlike između rimskog i savremenog prava. Naime, u rimskom pravu nije postojala mogućnost regulisanja pojedinih posledica razvoda sporazumom supružnika, što je uslovljeno karakterom rimske robovlasničke države, čiji su temelji postavljeni na nejednakosti građana i neravnopravnosti polova. S tim u vezi, deca su po razvodu uvek pripadala ocu, koji je imao očinsku vlast nad njima *(patria potestas)*, bez mogućnosti suprotnog dogovaranja.

Pored toga, u pojedinim savremenim pravnim sistemima su normirana dva modela sporazumnog razvoda, tako da je razvod po sporazumu moguć i u odsustvu eksplicitne saglasnosti supružnika o pravnim konsekvencama razvoda, kada će sporne posledice urediti sud u brakorazvodnom postupku. Ovim je prošireno polje primene sporazumnog razvoda i na one situacije kada su supružnici saglasni da je njihov brak doživeo neuspeh, te da je razvod neminovnost, ali se ne mogu dogovoriti o posledicma razvoda. Imajući u vidu napred navedeno, sporazumni razvod uživa izuzetnu popularnost u sudskoj praksi, tako da se može govoriti o svojevrsnoj renesansi ove forme prestanka braka u savremenom pravu.

Marija Ignjatović, Ph.D., Assistant Professor
University of Niš
Faculty of Law Niš

Tanja Kitanović, Ph.D., Assistant Professor
University of Niš
Faculty of Law Niš

Divorce by Consent in Roman Law and Contemporary Law

Abstract: *The subject matter of this paper is divorce by mutual consent in Roman law and contemporary law. In the first part of this article, the authors analyzes the key tenets of consensual divorce in Roman law, with specific reference to the impact of Christian religious teaching on the concepts of marriage and divorce as well as on the Roman rulers' constitutions, which marked the beginning of the process of restricting the right to divorce. In the central part of the paper, the authors examines the regulation on the consensual divorce in some contemporary legal systems. In addition, the authors provides a substantial analysis of the normative framework on the termination of marriage in the positive Serbian legislation. In the final part of the paper, the authors provides a comparative analysis and underscores the observed similarities and differenced in the regulation of the institute of consensual divorce in Roman law and in the contemporary legislation.*

Key words: *divorce by consent, spouses, consequences of divorce, Roman law, Christianity, Emperor Constantine, Serbian law, contemporary law.*

Originalni naučni rad 343.272
doi:10.5937/zrpfns47-4289

Dr Oliver Lajić, docent
Kriminalističko-policijska akademija u Beogradu

IMA LI ALTERNATIVU ODUZIMANJE IMOVINE STEČENE KRIMINALOM KOJE SE SPROVODI U KRIVIČNOM POSTUPKU?[1]

Sažetak: *Pored oduzimanja imovine stečene kriminalom u krivičnom ili u njemu pridruženom (adhezionom) postupku, kakav egzistira u domaćem pravu, postoje i drugi modeli oduzimanja imovine u čije se legalno poreklo sumnja, zastupljeni u inostranim pravnim sistemima. Autor je zbog toga centranlni deo rada posvetio građanskopravnom oduzimanju imovine, odnosno oduzimanju imovine stečene kriminalom u upravnom postupku i oporezivanju kriminalne dobiti, kao alternativnim ili korektivnim vidovima delovanja prisutnim u uporedno-pravnim sistemima. Ukratko je dat prikaz osnovnih principa na kojima se oni baziraju i ukazano je na probleme s kojima se suočavaju subjekti angažovani na polju praktične primene. Stavljajući ove vidove oduzimanja imovine u ravan domaćeg prava, autor zaključuje da je rešenje za koje se opredelio domaći zakonodavac trenutno najbolji način za praktičnu realizaciju principa o zabrani neosnovanog bogaćenja.*

Ključne reči: *oduzimanje imovine stečene kriminalom, krivični postupak,* građanski postupak, upravni postupak

Uvod

Usredsređenost državnih organa antikriminalne borbe na imovinsku korist stečenu krivičnim delom danas se gotovo bez izuzetka predstavlja

[1] Rad je rezultat naučnoistraživačkog projekta pod nazivom *Razvoj institucionalnih kapaciteta, standarda i procedura za suprotstavljanje organizovanom kriminalu i terorizmu u uslovima međunarodnih integracija*, kojeg, pod pokroviteljstvom Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije (br. 179045), realizuje Kriminalističko-policijska akademija u Beogradu (2011−2014).

kao efikasan instrument u borbi protiv organizovanog kriminala i drugih teških krivičnih dela, kod kojih je glavni motiv sticanje imovinske koristi.[2] Zbog toga ne čudi što je u evropskim zakonodavstvima s kraja HH veka moguće uočiti trend uvođenja zakonskih odredaba u čijem centru pažnje se, pored konkretnog učinioca i krivičnog dela, sve više nalazila i sveukupna kriminalna aktivnost, naročito organizovanih kriminalnih grupa. Usvojena su nova "pravila igre", znatno drugačija u odnosu na ranije poznata. To je podrazumevalo izmenjena pravila dokaznog postupka, uz manje lagodnu ulogu lica u čije poštenje se sumnja i uvođenje specijalizovanih istražnih subjekata i ovlašćenja, uz primena instituta samo kod ograničenog kruga krivičnih dela (koji najčešće obuhvata dela trgovine drogom, krivična dela organizovanog kriminala ili i druga teška dela).[3] Dakle, sve više pažnje posvećivano je istraživanju tokova dobiti ostvarene kriminalom i stvaranju odgovarajućih mehanizama za njihovo identifikovanje i obezbeđenje, a zatim i oduzimanje. Ovakav obrazac postupanja često se veže za krivični postupak, ili za njemu pridruženi (*adhezioni*) postupak. Radi se o modelu koji je usvojen i u našem pravnom sistemu, donošenjem i stupanjem na snagu Zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela.[4]

Međutim, prilikom izlaganja o oduzimanju imovine stečene kriminalom kao sredstvu za borbu protiv organizovanog kriminala treba imati u vidu da ne postoji jedinstven i uniforman pristup koji bezrezervno garantuje uspeh.[5] U uporednopravnoj praksi postoje i drugačiji modeli oduzimanja imovine za koju se sumnja da je stečena na nezakonit način. Prethodno pomenuto oduzimanje u krivičnom ili njemu pridruženom postupku čini samo jedan od modaliteta oduzimanja imovine, koji se svrstavaju u kategoriju *sudskih*.[6] U istu kategoriju pripada i oduzimanje u građan-

---

[2] O. Lajić, O pravnoj prirodi instituta oduzimanja imovine proistekle iz krivičnog dela, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, XLIV(2), 2010, str. 350.

[3] O. Lajić, Uporedni pregled sistema za istraživanje i oduzimanje imovine stečene kriminalom, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, XLVI(2), 2012, str. 221.

[4] Zakon o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela, Sl. glasnik 97/08 i 32/13.

[5] O. Lajić, Posebni oblici oduzimanja dobiti stečene kriminalom, *Zbornik Matice Srpske za društvene nauke,* 141(4), 2012, str. 636.

[6] V.: G. P. Ilić, Oduzimanje imovine stečene kriminalom. *Revija za bezbednost - stručni časopis o korupciji i organizovanom kriminalu,* II(5), 2008, str. 8; T. Lukić, *Oduzimanje imovine kriminalcima*, 2009, Beograd: Poslovni biro, str. 73; B. Nikolić, Oduzimanje imovine stečene kriminalom – međunarodni standardi, uporedna rešenja i praksa Evropskog suda za ljudska prava. U: G. P. Ilić, B. Nikolić, M. Majić, Đ. Melilo, *Komentar Zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela sa pregledom relevantnih međunarodnih dokumenata, uporednopravnih rešenja i prakse ESLJP*, 2009,

skopravnom postupku (*ad rem*), nezavisno ili paralelno sa krivičnim postupkom. U kontekstu nesudskih postupaka obično se pominje administrativno, odnosno oduzimanje od strane nadležnih državnih organa, u *upravnom postupku*, kao i oporezivanje kriminalne dobiti. Nedavno su domaće poreske vlasti najavile "ukrštanje" podataka o prijavljenim prihodima poreskih obveznika i imovini kojom raspolažu, koje takođe može predstavljati indikator nelegalnog sticanja imovine, što u centar pažnje stavlja pitanje da li je model oduzimanja imovine za koju se sumnja da je stečena kriminalom usvojen u našem pravnom poretku najbolje pravno rešenje koji stoji na raspolaganju i šta su moguće alternative? Da bi se dao odgovor na ovo pitanje potrebno je dublje razmotriti modele oduzimanja koji se oslanjaju na građanskopravni i upravni postupak, što će biti učinjeno u tekstu koji sledi.

Građanskopravno oduzimanje imovine stečene kriminalom

Mogućnost oduzimanja imovine proistekle iz nezakonitih aktivnosti u parničnom postupku potiče iz starog saksonskog prava. Reč je o tužbi *in rem*, koja nije usmerena protiv lica, već isključivo protiv *dobara*, s ciljem donošenja sudske odluke kojom će biti utvrđeno nezakonito poreklo određenih dobara ili okolnost da su bila korišćena kao sredstvo nezakonitih aktivnosti.[7] Ipak, ovo je samo jedan vid građanskopravnog postupka za oduzimanje imovine. To je tzv. "čisti" *in rem* građanskopravni postupak, koji se primenjuje prema stvarima za koje se pretpostavlja da su stečena kriminalom, kada je nemoguće identifikovati njihovog vlasnika, ukoliko se on krije ili je nepoznato čija je to imovina, a niko je ne potražuje. S druge strane, postoji i građanskopravni postupak koji se vodi protiv lica (tzv. *in personam* građanskopravni postupak), u kojem se utvrđuje kriminalno poreklo sredstava, po standardima koji važe u građanskom pravu, a zatim se ona i oduzimaju. Kada se pomene građanskopravno oduzimanje, najčešće se misli na *in rem* postupke, mada to, kako se moglo videti iz prethodnog navedenog, nisu sinonimi.

Normativnopravni okvir koji dozvoljava oduzimanje imovine stečene kriminalom u građanskopravnom postupku veže se uglavnom za zemlje običajnog prava, prvenstveno Ujedinjeno Kraljevstvo i SAD, uz Italiju i Grčku, koje se mogu smatrati izuzecima koji potvrđuju izneto pravi-

---

Beograd: Organizacija za evropsku bezbednost i saradnju, Misija u Srbiji, str. 18; A. Trešnjev, O radnoj verziji Nacrta zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela. *Revija za bezbednost – stručni časopis o korupciji i organizovanom kriminalu,* II(7), 2008, str. 20.

[7] G. P. Ilić, *op. cit*., str. 9.

lo. Sistemi se razliku po brojnim okolnostima vezanim za strategiju sprovođenja građanskopravnog oduzimanja. Tako, za razliku od modela prisutnog u SAD, u kojem se postupak najčešće vodi direktno prema stvari, u modelu Ujedinjenog Kraljevstva postupak se, ipak, još uvek radije usmerava prema vlasniku imovine, uz dokazivanje kriminalnog porekla dobara i kriminalnog načina života u skladu s građanskopravnim standardima.[8] U delu rada koji sledi biće ukratko razmotrena neka od najvažnijih pitanja i kontroverzi vezanih za koncept građanskopravnog oduzimanja imovine kriminalnog porekla.

Razlozi uvođenja građanskopravnog oduzimanja imovine stečene kriminalom

Prilikom obrazlaganja predloga zakona kojim bi se omogućilo oduzimanje imovine stečene kriminalom, vlada Severne Irske iznela je nekoliko argumenata opšte prirode koji idu u prilog kriminalno-političkom opravdanju primene takvog sistema, a koji ukazuju na manjkavosti sistema oduzimanja imovine stečene kriminalom, vezanog za krivični progon učinilaca krivičnih dela.[9] Prema iznetom stavu, ilegalno stečena imovina ne može biti oduzeta, čak i u situacijama u kojima je očigledno da postoji, ako je nemoguće doneti presudu u krivičnom postupku. Takve situacije su relativno česte usled toga što pravila krivičnog postupka uopšte i pravila dokazivanja u tom postupku nekada štite okrivljenog, tako da taj postupak ne bude ni pokrenut, ili bude okončan njegovim oslobađanjem.[10] Ovde se prvenstveno radi o pravilima koja se odnose na standard dokaza potreban za optuženje i presuđenje u krivičnom postupku, koji u drugonavedenom slučaju mora biti na nivou izvesnosti, odnosno, rečeno terminologijom običajnih pravnih sistema, mora podrazumevati "dokazanost van svake sumnje."

Čak i kada krivični postupci budu povedeni, u praksi se dešava da postoje ubedljivi dokazi o sticanju predmetne imovine ilegalnim delovanjem, pri čemu takvi dokazi nisu dovoljni da bi se utvrdilo učešće lica u izvršenju krivičnog dela. Zbog toga je dalje vođenje krivičnog postupka onemogućeno, pa izostaje i oduzimanje imovine stečene kriminalom, koje bi se, s obzirom na njeno "dokazano" kriminalno poreklo, s pravom

[8] A. Smellie, Prosecutorial challenges in freezing and forfeiting proceeds of transnational crime and the use of international asset sharing to promote international cooperation. *Journal of Money Laundering Control*, 8(2), 2004, p. 3.

[9] Northern Ireland Assembly, *Proceeds of Crime*. Northern Ireland Assembly – Research and Library Services, 2001. http://www.niassembly.gov.uk/io/research/0301.pdf, 29. 06. 2010. p 14.

[10] *Ibidem*

moglo očekivati. Pored toga, moguće su, i u praksi se dešavaju situacije da okrivljeni nije dostupan tužilaštvu, usled toga što se nalazi u inostranstvu, ili nije među živima, ili je predmetno krivično delo izvršeno u inostranstvu (pri čemu okolnosti ne dozvoljavaju primenu univerzalnog principa krivičnog gonjenja), što, takođe, dovodi do istog ishoda, odnosno nemogućnosti donošenja krivične presude, a time i nemogućnosti oduzimanja dobara koja su stečena kriminalom u krivičnom postupku.[11] Zbog toga se nastoji snižavanjem dokaznog standarda[12] na nivo "ravnoteže verovatnoća" postići lakše oduzimanje kriminalne imovine, uz opravdanje zasnovano na činjenici da predmet istraživanja nije kriminalna aktivnost okrivljenog, nego poreklo imovine. Na ovaj način se, zapravo, fokus istraživanja pomera sa ljudi koji su odgovorni za kriminal (krivično gonjenje, *in personam*) na imovinu koja je stečena kriminalom ili je upotrebljena kako bi se omogućilo bavljenje kriminalom.[13]

Definisanje "kriminalnih sredstava" u građanskopravnim postupcima za oduzimanje imovine stečene kriminalom

Da bi se rešilo pitanje domena primene građanskopravnog oduzimanja kriminalnih dobara, neophodno je prethodno precizno odrediti koja dobra se u ovom postupku mogu smatrati imovinom stečenom kriminalom, da bi kao takva mogla biti obuhvaćena predmetnim normama. Kada se razmatra ovo pitanje, treba imati u vidu da se zakoni razlikuju od jurisdikcije do jurisdikcije, te će u nastavku biti izneto nekoliko određenja kriminalne imovine. Kennedy navodi da je, u okviru modela Velike Britanije, predviđeno da ova sredstva moraju biti stečena "nezakonitim delovanjem, ili dobijena u zamenu za isto", dok se u Irskoj definišu kao svaka imovina dobijena pomoću nezakonitog delovanja, ili u vezi s izvršenjem krivičnog dela.[14]

U okviru modela koji se primenjuje u SAD, postoje dve definicije ilegalnih sredstava, zavisno od toga da li je u pitanju zakonito stečena imovina koja se koristi na nezakonit način ili nezakonito stečena imovina. Ukoliko su u pitanju aktivnosti u koje je uključena nezakonita roba, usluge i druge nezakonite aktivnosti, nezakonito stečenim sredstvima definiše se bilo koja imovina, direktno ili indirektno dobijena izvršenjem krivič-

[11] *Ibidem*

[12] O pitanju dokaznog standarda u građanskopravnom oduzimanju imovine biće više govora u jednom od podnaslova koji slede.

[13] J. L. Worall, *Asset Forfeiture*. U.S. Department of Justice, Office of Community Oriented Policing Servicies, 2008, p. 3.

[14] A. Kennedy, Designing a civil forfeiture system: an issues list for policymakers and legislators. *Journal of Financial Crime* 13(2), 2006, p. 132.

nog dela, koja je, kao takva, podložna zapleni, pri čemu nije ograničena na neto profit ostvaren ilegalnim delovanjem (18 USC 981(a)(2)(A)). U slučajevima koji se odnose na zakonito stečenu robu i usluge kojima se trguje na nezakonit način, predmetna sredstva predstavljaju količnu novca dobijenu na osnovu ilegalnih transakcija, umanjenu za direktne troškove nabavke robe ili usluga. Ipak, ovi direktni troškovi ne obuhvataju ni jednu vrstu poreza ili dodatnih ulaganja (18 USC 981(a)(2)(B)).

Standardi dokaza u građanskopravnim postupcima za oduzimanje imovine stečene kriminalom

Zakon svake od zemalja koje su prihvatile sistem građanskopravnog oduzimanja imovine stečene kriminalom ima svoje specifičnosti. Ipak, zajedničko im je da je standard dokazivanja neophodan za oduzimanje kriminalne imovine u građanskim parnicama znatno niži nego u krivičnim postupcima, pri čemu nije neophodno postojanje krivične tužbe, s obzirom da se postupak pokreće i teče protiv stvari (*in rem*), a ne lica.[15] Kao što je više puta pomenuto u prethodnom tekstu, u građanskopravnim postupcima za oduzimanje imovine stečene kriminalom zahteva se u najmanju ruku dokazanost u vidu ravnoteže verovatnoća (eng. *the balance of probabilities*), nasuprot višem stepenu verovatnoće, tj. dokazanosti van svake sumnje (eng. *beyond reasonable doubt*), koja predstavlja dokazni standard u krivičnim postupcima, u tim istim pravnim sistemima.

U osnovi, mogućnost oduzimanja kriminalne imovine javila se kao korektivni mehanizam kojim su kreatori normativnopravnog okvira nastojali eliminisati nedostatke koje sa sobom nosi procedura oduzimanja kriminalne imovine vezana za krivični postupak. U tom smislu, ovaj postupak čini se vrlo pragmatičnim, jer su iz njega izostavljeni svi elementi koji se u redovnom toku stvari javljaju kao procesne smetnje u prvonavedenom. Tako, ranije navedeni razlozi, poput trajnog ili privremenog odsustva lica (smrti ili boravka u inostranstvu), dokaznog deficita u pogledu krivične odgovornosti ili drugih sličnih okolnosti, više nisu od značaja, jer se postupak vodi protiv stvari. Da je to tako, ilustruje i podatak koji iznosi Worall, prema kojem 90% postupaka građanskopravnog oduzimanja imovine nema veze s krivičnim presudama,[16] u najve-

[15] B. Vettori, Tough on Criminal Wealth - Exploring the Practice of Proceeds from Crime Confiscation in the EU, 2006, Dordrecht: Springer, p. 9.

[16] Kao što je prethodno pomenuto, građanskopravno oduzimanje može se voditi paralelno s krivičnim postupkom, ili potpuno nezavisno, kao postupak kojem nije neophodno utemeljenje zasnovano na činjenici postojanja krivične tužbe.

ćem broju slučajeva zbog nedovoljno dokaza na kojima bi se zasnivalo krivično gonjenje.[17]

Kennedy ukazuje na praktičnost sistema građanskopravnog oduzimanja kroz jednu drugu njegovu karakteristiku – izostanak dokazivanja direktne veze između ilegalno stečenih sredstava i konkretnog krivičnog dela, u uslovima kada je njihovo kriminalno poreklo prethodno dokazano standardom prisutnim u građanskim postupcima.[18] S obzirom da se postojanje ovakve veze ne mora dokazivati ni u većini sistema u kojima se primenjuje tzv. prošireno oduzimanje imovinske koristi u krivičnom ili njemu pridruženom postpku,[19] logično je da ova veza nije predmet dokazivanja ni u sistemima građanskopravnog oduzimanja, koji i inače zahtevaju niže dokazne standarde.

U pravnim sistemima koji su prihvatili mogućnost oduzimanja imovine u građanskopravnom postupku dovoljno je da nadležni organi dokažu sudu da je imovina stečena ili korišćena na nezakonit način, u skladu s traženim dokaznim standardom, pa da takva imovina postane predmet postupka oduzimanja. Manning navodi da standardne građanske procedure zahtevaju od ovih organa da ponude "čiste i ubedljive dokaze".[20] Ipak, ne treba gubiti iz vida da dokazni standard prisutan u građanskom pravu ima i drugu stranu medalje, odnosno da se isti standard odnosi na tužioca, koji zahteva oduzimanje, ali i na vlasnika imovine, koji u skladu s istim pravilima može sudu pružiti relevantne dokaze koji govore u prilog činjenici da je imovinu stekao na zakonit način, ili da je preduzeo odgovarajuće mere kako bi sprečio njeno nezakonito korišćenje, ukoliko je ono prethodilo i ukoliko je bilo povod oduzimanja. Ovakvo postupanje ne bi trebalo prestavljati problem nikom od savesnih sticalaca, odnosno njenih savesnih korisnika, jer, kako pominje Smellie, svako ko je stekao imovinu legalnim putem trebao bi da bude sposoban da relativno lako dokaže tu činjenicu, a naročito zbog toga što se u ovakvim situacijama zahteva niži standard dokaza.[21]

---

[17] J. L. Worall, *op. cit*., pp. 3-4.

[18] A. Kennedy, *op. cit*., p. 135.

[19] Kao što se moglo videti u ranijim izlaganjima, u većini pravnih sistema koji poznaju mogućnost oduzimanja imovine stečene kriminalom u krivičnim postupcima, zahteva se prethodno konstatovanje izvršenja krivičnog dela, odnosno donošenje osuđujuće presude, ali ne i dokazivanje da je imovina koja je predmet podstupka oduzimanja stečena nekim (i kojim) od tih dela. U tom pogledu standardi su isti, bez obzira da li se radi o građanskopravnom ili krivičnopravnom sistemu oduzimanja.

[20] G. A., Manning, *Financial Investigation and Forensic Accounting*. Boca Raton: CRC Press, Taylor & Francis Group, 2005, p. 443.

[21] A. Smellie, *op. cit*., p. 12.

Kritika građanskopravnog modela oduzimanja

Pravni sistem SAD označava se jednim od najrazvijenijih kada je u pitanju oduzimanje imovine stečene kriminalom, odnosno njegov građanskopravni vid. Pri tome se uobičajeno pohvalno izražava o rezultatima koji se na ovaj način postižu u sprečavanju i kontroli organizovanog kriminala.[22] Naime, u SAD postoji više od stotinu federalnih zakona koji dozvoljavaju građansku konfiskaciju, ali najširu primenu imaju uglavnom odredbe koje se odnose na trgovinu drogama, pranje novca i organizovani kriminal.[23] Ipak, ne postoje dokazi koji bi išli u prilog pretpostavci o smanjenju potražnje za ilegalnom robom i uslugama, kao posledici primene pomenutih mera.[24]

Upravo na domaćem terenu, odnosno u SAD, sistem građanskopravnog oduzimanja imovine ima i najoštrije kritičare. Worall je mišljenja da je *niži standard dokazivanja* prisutan u ovom vidu oduzimanja imovine jedna od kontroverzi koja ga označava, pored druge, koja se ogleda u pojavljivanju *imovine* umesto njenog vlasnika u svojstvu *objekta postupka*.[25] S druge strane, pitanje *motivacije istražnih subjekata* koji se direktno finansiraju (znatnim) delom oduzetih sredstava od ranije je prepoznato kao jedna od njegovih bolnih tačaka.[26] Naime, prema kritičarima ovakvog sistema, rešenja koja dozvoljavaju neposredno finansiranje istražnih i pravosudnih subjekata iz oduzetih sredstava, predstavljaju sukob interesa, s obzirom da su subjekti koji zavise od takvih sredstava u mogućnosti da agresivnijom primenom ili zaobilaženjem propisa direktno utiču na njihov priliv. Dakle, osnovne karakteristike ovog sistema javljaju se ujedno i kao njegove sporne tačke.

Moglo bi se reći da kritika građanskopravnog (*in rem*) sistema oduzimanja imovine stečene kriminalom dobrim delom počiva na njegovoj *ambivalentnoj pravnoj prirodi*. Tradicionalno, oduzimanje kriminalne imovine kroz građanske postupke počiva na pretpostavci da nežive stvari mogu biti "krive" za neka krivična dela, pa se i celokupna teorija zasniva na fikciji da stvari koje su krive treba da budu oduzete.[27] I zakonodavci i

---

[22] M. Levi, Reversal of the burden of proof in confiscation of the proceeds of crime: a Council of Europe Best Practice Survey. Strasbourg: Council of Europe – European Committee of Crime Problems (CDPC), 2000, p. 27.

[23] A. Freiberg, Confiscating the profits. *Reform*, 73, 1998, p. 68.

[24] M. Levi, *op. cit*., p.27.

[25] J. L. Worall, *op. cit*., p. 3.

[26] V.: E. Blumenson, E. Nilsen, Policing for Profit: The Drug War's Hidden Economic Agenda. *The University of Chicago Law Review*, 65(35), 1998.

[27] J. L. Worall, *op. cit*., p. 3.

teoretičari temelje svoje stavove na prethodno iznetom, ali se ne može poreći činjenica da se u praksi, pored proklamovane neutralnosti u odnosu prema vlasniku imovine (postupak prema stvari), javljaju percepcije ovog vida oduzimanja kao kazne.

U nešto starijem radu slične tematike Worall navodi da se Vrhovni sud SAD odredio po pitanju pravne prirode ovog instituta, te je stao na stanovište da ovaj vid oduzimanja imovine ne predstavlja povredu tzv. "klauzule dvostrugog optuženja," odnosno da građanskopravno oduzimanje imovine ne predstavlja kaznu.[28] Ovaj autor iznosi i vlastiti stav, prema kojem, bez obzira šta govorio Vrhovni sud, ili oni koji podržavaju oduzimanje imovine, naivno je pretpostaviti da građansko oduzimanje imovine nije kazna. On smatra da nije moguće odvojiti kriminalce od zarade koju su ostvarili kriminalom, što znači (1) da je lice čija je imovina oduzeta u ovom vidu postupka već "obeleženo krivim," i (2) dovodi do zaključka, koji podržavaju mnogi, da bi građanskopravno oduzimanje imovine trebalo uslediti tek pošto se dovrši krivični postupak.[29]

Na ovaj način izbegao bi se bilo kakav uticaj građanskog postupka na krivični, te ne bi bila ugrožena prezumpcija nevinosti, a lice protiv koga se vodi postupak ne bi moglo biti "dodatno kažnjavano", usled toga što bi građanski sud morao imati u vidu sankciju izrečenu od strane krivičnog suda. Kritičke tonove prema građanskopravnom vidu oduzimanja iznosi i Levi, prema kojem označenje procesa "građanskim" može biti osporeno. Naime, publicitet činjenice da imovina na koju se ono odnosi predstavlja imovinu stečenu kriminalom, ma koliko to bilo irelevantno u formalnom smislu, može voditi ka stavu da je reč o ekvivalentu izricanju krivične presude.[30]

Osim toga, mogu se javiti i druge negativne reperkusije. Na neke od njih ukazano je u dokumentu Parlamenta Severne Irske, koji je pratio donošenje zakona o oduzimanju imovine stečene kriminalom u građanskopravnom postupku. I u njemu se navodi da je princip oduzimanja definisan građanskim pravom orijentisan ka imovini, a ne ka pojedincima, a da sud donosi odluku o tome da li je predmetna imovina stečena bavljenjem kriminalom (ne o krivici određene osobe), pri čemu se zaplena karakteriše kao restitutivna, a ne kaznena mera.[31] Ipak, u istom dokumentu prizna-

[28] J. L. Worall, The Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000 – A sheep in wolf's clothing? *Policing: An International Journal of Police Strategies & Management*, 27 (2), 2004, p. 226.

[29] J. L. Worall, *op. cit*., p. 235.

[30] M. Levi, *op. cit.,* pp. 24-25.

[31] Northern Ireland Assembly, *op. cit*., 15.

je se da, iako sud donosi odluku na osnovu porekla konkretne imovine, ona može *implicitno ukazivati na krivicu optuženog* u svetlu eventualnog budućeg krivičnog progona lica od kojeg je oduzeta imovina. Slučajevi zaplene imovine su veoma interesantni medijima, i iako se odlukom u građanskopravnom postupku ne utvrđuje krivica u skladu sa standardom definisanim krivičnim pravom, niti se potvrđuje da je lice izvršilo krivično delo, njenim medijskom upotrebom može se stvoriti percepcija po kome je upravo to slučaj.[32] Vlada, navodi se u nastavku, nije navela na koji način će javnosti biti objašnjena složena razlika između odluke o oduzimanju (na osnovu građanskog prava) i utvrđivanja krivice (na osnovu krivičnog prava). Štaviše, posledice su i dalekosežnije, jer lice koje je optuženo za izvršenje krivičnog dela može dokazati da nije bilo u mogućnosti da dobije fer suđenje, usled medijskih izveštaja o meri oduzimanja imovine, koja mu je ranije izrečena. Kao posledica ove situacije može biti izrečena oslobađajuća presuda, bez obzira na suštinsku nevinost ili krivicu prethodnog vlasnika imovine.

O (očekivanoj) uspešnosti građanskopravnog oduzimanja imovine

Kada se govori o postupcima konfiskacije nameće se i pitanje njihove uspešnosti. Worall, u tradicionalno pragmatičnom američkom pristupu problemu, sugeriše nekoliko elemenata na osnovu kojih bi se mogla vršiti procena uspešnosti postupaka oduzimanja imovine za koju se sumnja da je stečena kriminalom. Iako su navedeni u kontekstu građanskopravnog oduzimanja, nema sumnje da bi se mogli primeniti i kada je u pitanju oduzimanje u krivičnom ili njemu pridruženom (adhezionom) postupku. To su: (a) poređenje vrednosti oduzete imovine s aktuelnim troškovima koje proizvode relevantni subjekti angažovani u sprovođenju postupka oduzimanja, i (b) poređenje vrednosti oduzete imovine s vrednošću imovine nad kojom su bile realizovane privremene mere.[33] Negativan skor ili vrednost bliska nuli u prvom slučaju, ili znatno odstupanje od poređenih vrednosti u drugom slučaju, jasno bi ukazivalo na pristutne probleme i potrebu preispitivanja normativnog okvira i/ili prakse istražnih i pravosudnih subjekata.

Primamljivost oduzimanja u građanskopravnoj formi je očigledna, na šta ukazuju mnogi autori. Ipak, u istraživanju sprovedenom od strane FATF ustanovljeno je da je u sedamnaest nacionalnih jurisdikcija krivična osuda preduslov oduzimanja imovine, u sedam je moguća konfiskacija i bez osude, dok su u dve oblasti bila moguća oba tipa konfiska-

[32] Northern Ireland Assembly, *op. cit.*, 17.
[33] J. L. Worall, *op. cit.*, pp. 30-31.

cije. Istovremeno, uočen je i razvoj tzv. "hibridnog" oblika u Italiji, nastalog kombinovanjem krivičnih i upravnih postupaka, kao posebne mera za suočavanje sa organizovanim kriminalnim grupama, među kojima je najistaknutija mafija.[34] Bowles i saradnici smatraju da je uspeh konfiskacije ilegalno stečenih sredstava u praksi najveći u situacijama u kojima je moguće primeniti procedure definisane građanskim, a ne krivičnim pravom, što je podstaklo veliki broj zemalja da se okrene izmeni relevantnih zakona.[35] Pri tome treba imati na umu da se nedostatak dokaza koji su u konkretnim predmetima nužni da bi se ispunili standardi krivičnog postupka često pojavljuje kao ključni razlog navođenja vode na građanskopravnu vodenicu.

Prethodno pomenuti autori ukazuju da uvođenje građanskopravnog modela oduzimanja imovine stečene kriminalom, uz druge slične korake, ipak, ne garantuje nužno povećanje uspešnosti, usled činjenice da kriminalci pribegavaju sve efikasnijim metodama izbegavanja delovanja organa reda. Uprkos širenju trgovine drogom i sve češćoj primeni mera usmerenih ka prevenciji pranja novca, u mnogim zemljama je primećeno da se konfiskuje manja količina sredstava nego ranije. To ukazuje na činjenicu da kriminalci postaju sve efikasniji u prikrivanju imovine, što ujedno stavlja veliki izazov pred istražne i pravosudne organe.[36]

Oduzimanje imovine stečene kriminalom u administrativnim (upravnim) postupcima i oporezivanje kriminalne dobiti

Kao i kod građanskopravnog oduzimanja imovine stečene kriminalom, postupak administrativnog (upravnog) oduzimanja zavisi od specifičnosti nacionalnih jurisdikcija. Ipak, ono što se može izdvojiti kao opšta karakteristika ovakvog vida zahvatanja države u nelegalno pribavljenu dobit jeste odsustvo angažovanja suda. Otuda se, shodno kriterijumu učešće ovog organa, postupci oduzimanja imovine stečene kriminalom uobičajeno dele na sudske i nesudske,[37] o čemu je prethodno bilo govora. Administrativni ili upravni postupak oduzimanja, kako i sam naziv sugeriše, podrazumeva angažovanje i donošenje odluke od strane *organa uprave*,

[34] Financial Action Task Force (1997). *Evaluation of Laws and Systems in FATF Members dealing with Asset Confiscation and Provisional Measures*. http://www.oecd.org/fatf/ evaluati.htm, 02. 07. 2010.

[35] R. Bowles, M. Faure, N. Garoupa, Economic analysis of the removal of illegal gains. *International Review of Law and Economics*, 20, 2000, 547.

[36] *Ibidem*

[37] G. P. Ilić, *op. cit.,*, str. 8; T. Lukić, *op. cit.,*, str. 73 ; B. Nikolić, *op. cit.,*, str. 18; A. Trešnjev, *op. cit.,*, str. 20.

te pripada drugopomenutoj kategoriji. Raznolikosti postoje i u pogledu nekih od njegovih osnovnih karakteristika, s obzirom da ovaj postupak može biti u potpunosti nezavisan od prethodne odluke drugog (sudskog) organa ili uslovljen njenim prethodnom donošenjem.

Specifičnosti pojedinih sistema upravnog oduzimanja imovine stečene kriminalom

Kao i kod građanskopravnog, i na polju administrativnog oduzimanja kriminalne imovine najviše se postiglo u Sjedinjenim Američkim Državama. U ovom sistemu ovlašćenje za upravno oduzimanje imovine stečene kriminalom pripada Poreskoj upravi, Federalnom istražnom birou, Upravi za borbu protiv droga i Upravi za imigraciju i carine.[38] Njihove odluke u potpunosti su nezavisne od prethodnih odluka drugih organa.

Najčešći vid administrativnog oduzimanja u SAD je prisvajanje vrednosti čije vlasništvo odriče lice kod kojeg je ona pronađena. U praksi se dešava da ilegalno stečen novac bude pronađen kod lica koja ne mogu prikazati validan pravni osnov po kojem se određena vrednost nalazi u njihovom posedu, te obično odriču bilo kakvu povezanost, imajući u vidu da bi, u suprotnom, bili u obavezi da dokažu njegovo zakonito poreklo. S obzirom da se na gubitak vrednosti u kriminalnim poslovima gleda kao na potencijalni rizik posla, preovladava situacija u kojoj ova lica pribagavaju taktici napuštanja inkriminisane stvari. Istražne agencije tada novac oduzimaju, te ukoliko se u narednom periodu ne javi niko ko bi ga potraživao (a time bio dužan i da objasni odakle mu), on pripada državi, odnosno odgovarajućim državnim agencijama.[39] Kroz ovakav vid konfiskacija ostvaruje se znatan budžetski priliv, ali treba pomenuti da su prinicipi na kojima se zasniva postupak administrativnog oduzimanja, kao i praktično postupanje vladinih agencija zasnovano na datom pravnom okviru pred-

[38] G. P. Ilić, *op. cit.*,, str. 10.

[39] Na ovaj način stiču se i neke operativne prednosti za pripadnike istražnih organa. Naime, u nekim slučajevima, primenom specijalnih istražnih metoda, može se saznati da će kurir izvršiti prenos veće količine novca, namenjenog za kupovinu nelegalnih dobara, ili proisteklog iz vršenja kriminalnih radnji. Da se ranijom realizacijom završne policijske akcije, pre nego je prikupljeno dovoljno dokaza za optuženje ključnih članova organizacije, ne bi ugrozili višemesečni napori koje su istražni subjekti uložili radi praćenja i povezivanja kriminalnih aktivnosti pripadnika organizovane kriminalne grupe, u takvim slučajevima inscenira se rutinska kontrola (npr. od strane saobraćajnog policajca), u kojoj se novac "slučajno" pronađe kod kurira, a zatim se pribegava administrativnom oduzimanju. Na ovaj način ne ugrožava se tajnost kriminalističke obrade i omogućava dalji nastavak planiranih istražnih delatnosti, bez kompromitovanja policijske akcije.

met oštrih kritika, o čemu je već bilo reči u delu o građanskopravnom oduzimanju.

Do upravnog oduzimanja u pravnom sistemu SAD može doći i prilikom naplate poreza, s tim što se može oduzeti lična imovina čija vrednost ne prelazi 100.000 američkih dolara. Upravno oduzimanje imovine stečene kriminalom moguće je i u okviru borbe protiv pranja novca, pri čemu se lična imovina može oduzeti u vrednosti do 500.000 američkih dolara, dok vrednost monetarnih sredstava nije ograničena.[40] Jedna od karakteristika upravnog oduzimanja u SAD jeste i to da imovina koja je predmet oduzimanja ne sme biti predmet potraživanja bilo koje vrste.[41]

Sistem upravnog oduzimanja imovine stečene kriminalom postoji i u Francuskoj. Ovaj model razlikuje se od američkog, a osnovni kriterijum razlikovanja sastoji se u činjenici da postupak upravnog oduzimanja sledi odluku sudskog organa. Naime, za razliku od američkog modela, do upravnog oduzimanja imovine u francuskom pravnom sistemu može doći tek posle donošenja osuđujuće sudske presude. Nakon toga pristupa se preispitivanju imovine kojom raspolaže osuđeni, i u slučaju da je njeno poreklo, ili poreklo jednog njenog dela, neutemeljeno u zakonitim aktivnostima osuđenog, pristupa se donošenju odluke o konfiskaciji.[42]

Oporezivanje kriminalne dobiti

Pored administrativnog oduzimanja imovine stečene kriminalom, značajno je pomenuti da u brojnim nacionalnim pravnim sistemima postoji mogućnost oporezivanja kriminalne dobiti. Ideja o oporezivanju kao sredstvu borbe protiv kriminala nije nova, ona potiče još iz sredine prethodnog veka.[43] Ova mogućnost javlja se kao krajnje sredstvo, u uslovima kada država nije u mogućnosti da na bilo koji drugi način izvrši oduzimanje vrednosti za koja se osnovano sumnja da su stečene kriminalom, ni kroz krivičnopravni, ni kroz građanskopravni postupak. Prethodna situacija može biti posledica više faktora. Npr. moguće je da nije bilo dovoljno dokaza za oduzimanje imovine u krivičnom postupku, a da u okviru date jurisdikcije ne postoji mogućnost njenog oduzimanja u građansko-

[40] B. Nikolić, *op. cit.,*, str. 24.

[41] N. Fuller, Confiscation and Distribution of Assets. *International Conference on Asset Forfeiture*. Belgrade: Special Prosecutor's Office Belgrade, US Department of Justice OPDAT & US Embassy of Belgrade, OSCE – Mission to Serbia, 2007, p. 9.

[42] G. P. Ilić, *op. cit.,*, str. 11, B. Nikolić, *op. cit.,*, str. 24-25.

[43] P. Alldridge, Money Laundering Law: Forfeiture, Confiscation, Civil Recovery, Criminal Laundering and Taxation of the Proceeds of Crime. Hurt Publishing: Oxford and Portland, Oregon, 2003, p. 247.

pravnom ili upravnom postupku. S obzirom da su sve mogućnosti iscrpljene, država oporezuje ovu imovinu, čime barem delom kompenzuje neuspeh na polju borbe protiv kriminala, uz istovremeno povećanje naplate javnih prihoda kroz takav vid oporezivanja.

Model oporezivanja ilegalno stečenih sredstava naročito je dobro uređen u Severnoj Irskoj, gde se javlja kao svojevrsna ekstenzija oduzimanja u upravnom postupku. U okviru tog modela pribegava se oporezivanju sredstava ukoliko nadležni organi uspeju da dokažu da je neko lice ostvarilo neprijavljen prihod, ali ne mogu da dokažu da je taj prihod stečen izvršenjem krivičnog dela. Činjenica da je verovatno reč o ilegalno stečenim sredstvima ne predstavlja prepreku oporezivanju, s obzirom da Biro za ilegalno stečena sredstva (*Criminal Assets Recovery Agency - CARA*) eksplicitno omogućava oporezivanje i primenu zakona o prihodima i na sredstva sumnjivog porekla.[44] S obzirom na činjenicu da imovina o kojoj je reč nije prijavljena u zakonom predviđenom roku, ona ne samo da može biti oporezovana, već lice koje je steklo takav prihod podleže i odgovarajućim kamatama i kaznama. To znači da se veći deo, a ponekad i celokupna ilegalno stečena imovina može oduzeti[45] postupkom njenog oporezivanja.[46] Na ovaj način, zapravo, kombinuje se oporeziivanje ilelalno stečene imovine s njenim administrativnim oduzimanjem. Da bi ovakav model bio efikasan, neophodno je da postoji razmena informacija između poreskih i istražnih organa,[47] koja je irskim modelom posebno definisana.

Interesantno je pomenuti da se mera oporezivanja u Severnoj Irskoj pokazala uspešnijom od konfiskovanja, što je uzrokovalo i "promenom prioriteta" u radu nadležnih agencija, koje je više orjentisano ka naplati poreza. Primera radi, vredi navesti da je u petogodišnjem periodu, zaključno s 2001. godinom, u Severnoj Irskoj kroz poreze naplaćeno 38 miliona funti, a kroz konfiskaciju upola manje, svega 17 miliona. Kada smo već na terenu statističkih pokazatelja, zanimljivo bi bilo pomenuti podatak koji iznosi Manning, vezan za iznose neoporezovane dobiti kriminal-

---

[44] R.E. Bell, Proving the Criminal Origin of Property in Money-Laundering Prosecutions, *Journal of Money Laundering Control*, 4(1), 2000, p. 24.

[45] U zemljama precedentnog prava obično se upotrebljava izraz "*recovery*", koji bi u prevodu značio povraćaj (sredstava), kojim se razlikuje oduzimanje u građanskom postupku u odnosu na ono koje je vezano za krivični postupak (*confiscation*). Kao što se moglo videti, ovaj izraz prisutan je i u nazivu prethodno pomenute Agencije.

[46] Northern Ireland Assembly, *op. cit.,* p. 21.

[47] R. Golobinek, A. Vuičić, D. Trninić, J. Bogić, M. Milovanović, *Finansijske istrage i oduzimanje imovine stečene krivičnim delima – priručnik za pripadnike policije i pravosuđa*, Strazbur: Savet Evrope, 2006. str. 57.

nih organizacija u SAD. Naime, ovaj autor ističe da oko 60% dobiti koje ostvare kriminalne organizacije organizovanog kriminala inkorporisane u legalne privredne tokove (a koja se procenjuje na barem 29,5 milijardi dolara) bude prikriveno, odnosno ne bude oporezivano, što ima za posledicu podizanje stope oporezivanja građana za 6,5 milijardi dolara na godišnjem nivou.[48] Međutim, treba pomenuti da su i kod ovakvog vida naplate poreza prisutna neka sporna pitanja, naročito u pogledu izbora prioriteta u delovanju i poštovanja ljudskih prava.[49]

Zaključak

Na kraju, moglo bi se postaviti suštinsko pitanje: da li je upotreba građanskog prava na prethodno opisani način legitimno sredstvo u borbi protiv kriminala ili predstavlja prečicu koju država koristi kako bi nadomestila nedostatak efikasnosti krivičnogpravnog instrumentarijuma, namenjenog borbi protiv kriminala? Na ovo pitanje ne može se *a priori* odrečno odgovoriti, jer, podsetimo se, i oduzimanje imovinske koristi, pa i oduzimanje imovine u krivičnom ili njemu pridruženom postupku, predstavlja vid građanskopravnog instituta (zabrane sticanja bez osnova) u funkciji realizacije ciljeva krivičnog prava. Dakle, suštinski, ono jeste poželjan instrument, kojim se može postići (delimična) restorativna pravda, te ono što ostaje kao predmet debate jeste pitanje forme (krivične ili građanske), odnosno prioriteta ili redosleda (samo u krivičnom postupku, samo u građanskom postupku ili u građanskom posle krivičnog), po kojem se taj instrument može koristiti, a da pri tome ne dobije nepoželjne konotacije, poput onih o kojima je bilo govora u prethodnom tekstu.

Worall smatra da, uprkos iznetim nedostacima u praktičnoj primeni, oduzimanje imovine predstavlja vrednu alatku za policijske službenike, jer pomaže da se udari na ekonomsku osnovu kriminalne aktivnosti i uspešno se može koristiti za rešavanje različitih problema kriminala, od ilegalne prodaje narkotika do vožnje u pijanom stanju.[50] U kontekstu široke primene građanskopravnog modela oduzimanja imovine, može se reći da nije dobro ukoliko se, pored načelnog kretanja u datim normativnim okvirima, u suštinskom smislu taj institut zloupotrebi i primenjuje kao sredstvo kojim se nastoji, linijom manjeg otpora, održati isti odnos u sra-

[48] Manning, *op. cit.,* p. 6.

[49] Više o pitanju usmeravanja prioriteta nadležnih tela v. M. Levi, L. Osofsky, *Investigating, seizing and confiscating the proceeds of crime*, London: Home Office Police Department, 1995, p. 64, a o izazovima vezanim za ljudska prava v. Levi, *op. cit.,* pp. 24-25 i Alldridge, *op. cit.,* pp. 250-253.

[50] J. L. Worall, *op. cit.,* p. 33.

zmeri između procenjene i oduzete vrednosti pribavljene krivičnim delima organizovanog i drugih teških oblika kriminala. Dakle, treba voditi računa da se ono iz poželjnog sredstva za suzbijanje ili kontrolu kriminala ne izrodi u pojavu koja je sama sebi cilj i opravdanje. Fiskalni državni interesi i samofinansiranje istražnih agencija predstavljaju, u tom smislu, najčešće opasnosti kojima mogu podleći donosioci relevantnih odluka.

U vezi s prethodnim vredi reći da je i među domaćim autorima pre donošenja ZOIPKD bilo razmišljanja o uvođenju građanskopravnog (*in rem*) postupka, ali se od takve ideje odustalo, s obzirom da bi bila skopčano sa značajnim poteškoćama.[51] Ovaj potez zakonodavca mogao bi se oceniti kao dobra odluka, s obzirom na činjenicu da se većina kontinentalnih jurisdikcija odlučila na taj korak tek nakon prvobitne procene uspešnosti oduzimanja vezanih za krivični postupak. Kako će se kod nas tek u vremenu koje sledi moći u punoj meri analizirati postupak oduzimanja imovine stečene kriminalom uspostavljen ZOIPKD, dobro je što zakonodavac nije odmah prihvatio sugerisani model. Čini se da bi istovremeno uvođenje i primena dve ili tri vrste postupaka (uključujući upravni) vezanih za istu materiju sasvim izvesno unelo konfuziju u istražni i pravosudni sistem, naročito u kontekstu reformskog procesa, kojem je drugonavedeni izložen već duže vreme.

Ni šanse za uspeh modela isključivog građanskopravnog (bez oduzimanja u krivičnom ili adhezionom postupku) ili isključivog upravnog oduzimanja, čini se, ne bi bile veće, s obzirom na njegovo potpuno odudaranje od naše pravne tradicije i mnoga pitanja koja bi se zasigurno pojavila kao sporna, kao što su nadležnost istražnih subjekata, njihovih ovlašćenja, privremene mere, pitanje zaštite ljudskih prava, uticaj na eventualni predstojeći krivični postupak itd. Ukoliko se zakonodavac u perspektivi odluči na ovaj korak, ostaje da se nadamo da će dobro osmisliti model i time formirati harmoničan sistem kojim uređuje predmetnu materiju, i ujedno izbeći sve zamke koje vrebaju na tom putu, a o kojima je bilo govora u prethodnom tekstu.

[51] G. P. Ilić, M. Majić, Komentar Zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela. U: G. P. Ilić, B. Nikolić, M. Majić, Đ. Melilo, *Komentar Zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela sa pregledom relevantnih međunarodnih dokumenata, uporednopravnih rešenja i prakse ESLJP*, 42-171. Beograd: Organizacija za evropsku bezbednost i saradnju, Misija u Srbiji, 2009, str. 107-108.

Oliver Lajić, Ph.D., Assistant Professor
Academy of Criminalistic and Police Studies of Belgrade

Is there any Alternative to the Confiscation of Criminal Assets, which is Implemented in a Criminal Proceeding?

Abstract: *In addition to confiscation of proceeds of crime in the criminal or its associate procedure, as exists in national law, the author suggests the existence of other models in the seizure of property whose legal origin is suspected, represented in foreign legal systems. Recognizing this fact, the central part of his work is about the civil law confiscation or seizure of proceeds of crime in the administrative proceedings and taxing criminal profit, as alternative or corrective forms of action present in comparative legal systems. Briefly has been given an overview of basic principles on which they are based, and pointed out the problems faced by entities engaged in the field of their practical application.*

After a brief presentation and analysis of these systems the author raises a rhetorical question: whether the use of civil law or administrative proceedings legitimate tool in the fight against crime or a shortcut that states use to mitigate the lack of efficiency of the instruments used in crime fighting? In doing so, he reminds that confiscation and forfeiture and the criminal or its associated procedure is exactly the kind of civil law Institute (prohibiting unjust) used in the realization of the goals of the criminal law. Essentially, it is a desirable tool, which can help to achieve (partial) restorative justice. However, putting discussed aspects of confiscation in the view of the domestic law, the author concludes that the decision which has been opted by domestic legislator is currently the best way for the practical implementation of the principle of prohibition of unlawful enrichment.

Key words: *confiscation of criminal assets, criminal proceeding, civil proceeding, administrative proceeding*

Originalni naučni rad 343.222:343.241(497.11)
doi:10.5937/zrpfns47-4419

Dr Emir A. Ćorović, docent
Državni univerzitet u Novom Pazaru
Departman za pravne nauke

PRINCIP KRIVICE KAO OSNOV PREISPITIVANJA OPRAVDANOSTI KRIVIČNIH SANKCIJA U KRIVIČNOM PRAVU SRBIJE

Sažetak: *Načelo krivice predstavlja jedno od osnovnih krivičnopravnih načela. Međutim, reč je o jednom veoma komleksnom načelu. U ovom radu predstavljena je njegova sadržina i posebno je ukazano na jedno sistematsko odstupanje od istog u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije. Naime, prema odredbi čl. 2 Krivičnog zakonika Srbije načelo krivice se vezuje za kazne i mere upozorenje, dok su mere bezbednosti i vaspitne mere ostale izvan njegovog domašaja. S druge strane, Krivični zakonik definišući pojam krivičnog dela u čl. 14 zahteva skrivljenost učiniočevog ponašanja. Time se ulazi u jedan koncepcijski problem: daje se mogućnost da se i u odnosu na lica koja nisu postupala sa krivicom primene one krivične sankcije na koje se načelo krivice iz čl. 2 Krivičnog zakonika ne odnosi – u odnosu na mere bezbednosti i vaspitne mere. Paradoksalno je prihvatiti krivičnopravnu reakciju u vidu krivične sankcije u odnosu na lica kod kojih krivica ne postoji. Ovakvo normativno rešenje po mišljenju autora rada dovodi u pitanje predmetno načelo, tačnije njegovu bazičnost, opštost i rukovodnost, tj. one kvalitete koje bi svako pravno načelo trebalo da odražava. Naravno, odstupanja od pravnih načela, pa i načela krivice su moguća, ali ona moraju biti svedena na najmanju moguću meru. Ipak, sistematska odstupanja od pravnih načela, u ovom slučaju nečela krivice, ne bi se smela tolerisati.*

Dovođenjem u vezu načela krivice sa sistemom krivičnih sankcija otvara se rasprava o voluntarizmu oličenom u slobodi volje i krivici i pozitivizmu/ determinizmu oličenom u učiniočevoj opasnosti i vaspitnoj zapuštenosti unutar krivičnog prava. Reč je o raspravi koja se više od jednog veka vodi unutar nauke krivičnog prava.

Autor rada na kraju zaključuje da krivičnopravna reakcija u vidu krivične sankcije može imati svoje opravdanje jedino ako se temelji na načelu krivice. U protivnom, takvoj reakciji nije mesto u krivičnom pravu.

***Ključne reči**: krivica, sloboda volje, prekor, krivično delo, krivične sankcije.*

1. Govoriti o pravnim načelima nije lako, s obzirom da u pravnoj nauci ne postoji njihovo opšteprihvaćeno određenje. Neki čak smatraju da o pravnim načelima uopšte ne treba ni raspravljati (*non est certandum de regulis iuris*), jer se radi o elementarnim pojmovima koji su svima jasni.[1] Ne ulazeći u bližu problematiku pojmovnog određenja pravnih načela i svesni činjenice da svako definisanje nosi sa sobom izvesni stepen opasnosti (*omnis definitio periculosa est*), moramo se osvrnuti na ona shvatanja istih koja su najzastupljenija u pravnoj teoriji.

Za pravna načela se kaže da su to najopštije pravne norme koje se nalaze u osnovama pravnog sistema;[2] u „društveno političkom pogledu princip je nesumnjivo rukovodna ideja određenog pogleda na svet, koji je prihvaćen od datog društva - države".[3] Svedeno na ravan krivičnog prava, krivičnopravna načela čine najopštije pravne norme jednog krivičnopravnog sistema, odnosno samu osnovu krivičnog prava jedne države; ona koriste zakonodavcu kao orijentir u konstituisanju svoga krivičnog zakonodavstva. Kako ističe ruski teoretičar Čučaev načela krivičnog prava su „osnovne ideje (*osnovopolagaющie idei*) navedene u krivičnom zakonodavstvu, koje određuju kako njegovu sadržinu u celosti, tako i sadržinu njegovih pojedinih instituta".[4]

Odstupanja od pravnih načela su moguća i ima ih u gotovo svim granama prava. Jer, izuzetak potvrđuje pravilo. Međutim, odstupanja od pravnih načela, a time i od krivičnopravnih načela morala bi biti svedena na najmanju moguću meru. U suprotnom, dovela bi se u pitanje njihova bazičnost, opštost i rukovodnost. Prema tome, bitno je da pojedino pravno načelo ostvaruje dominantan uticaj u određenom (krivično)pravnom sistemu, da predstavlja skelet tog sistema na koji se dalje temelje pojedini instituti, uz eventualna i ograničena odstupanja koja bi se mogla tolerisati. Načelo krivice, ili načelo individualne subjektivne odgovornosti, obič-

[1] Više: D. Nikolić, *Uvod u sistem građanskog prava*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2010, 115-116.

[2] R. Lukić, *Uvod u pravo*, Službeni list SRJ, Beograd, 1995, str. 344.

[3] D.Dimitrijević, M.Stefanović-Zlatić, Đ.Lazin, *Krivično procesno pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1987, str.38.

[4] A. I. Čučaev, V: A. I. Rarog (red.) *Ugolovnoe pravo Rossii - Časti Obщaя i Osobennaя*, Prospekt, Moskva, 2007, str. 9.

no se predstavlja kao jedno od temeljnih načela savremenog krivičnog prava. Otuda bi ono, u skladu sa prethodno rečenim, trebalo da prožima čitav sistem krivičnog prava, a odstupanja od istog bi trebala da budu redukovana na najmanju moguću meru.

Prostor nam ne dozvoljava da ispitamo sve moguće i veoma kompleksne aspekte načela krivice. Zato ćemo u ovom radu staviti akcenat na odnos između načela krivice i sistema krivičnih sankcija u Republici Srbiji. Taj odnos je, kao što ćemo videti u narednim izlaganjima, poprilično složen i daje ideju za drugačije ustrojstvo, odnosno preispitivanje postojećeg sistema krivičnih sankcija. Pre nego što se upustimo u razmatranje centralnog pitanja ovog rada, ukazaćemo na sadržinu načela krivice i neke segmente istog koji su od značaja za pravilno razumevanje pomenute problematike.

2. Značaj načela krivice leži u značaju same krivice kao takve. Pri tome, krivicu ne treba ekskluzivno vezivati za pravo i pravnu nauku, pa ni za krivično pravo kao granu prava u kojoj krivica zaista zauzima posebno mesto. Krivica je podjednako pravni, politički, filozofsko-etički pa i teološki pojam. Interesantno je, s tim u vezi, da Jaspers (*Karl Jaspers*) razlikuje četiri vrste krivice: 1. krivičnu odgovornost, 2. političku krivicu, 3. moralnu krivicu i 4. metafizičku krivicu. Svaka od navedenih vrsta krivice posebice „ukazuje na jedan aspekt stvarnosti koji ostavlja posledice u sferama preostalih pojmova krivice“. [5] Ova „fragmentizacija“ krivice prijemčiva nam je iz razloga što se krivičnopravni pojam krivice (tj. krivične odgovornosti) nadovezuje na moralni pojam krivice (moralne odgovornosti). Jer, kako ističe Golding (*Golding*) „"moralna dozvola" (*moral license*) države da nametne kaznu postoji jedino kada je prekršilac moralno prekorljiv (*morally blameworthy*) do određenog stepena“.[6] Pri tome, veli Jaspers „moralno krivi... jesu oni koji su znali i mogli da znaju a ipak su išli putem koji u samorasvetljavanju vide kao grešnu zabludu...“.[7]

Iz rečenog se može uočiti da moralna krivica podrazumeva mogućnost izbora, podrazumeva slobodu volje. Upravo su ove komponente - *mogućnost izbora* i *sloboda volje* - osnove na kojima se temelji krivičnopravni pojam krivice. Reč je o unutrašnjoj osnovi načela krivice.[8] Zaključak je sledeći: „pojam krivice u krivičnom pravu implicira slobodu

[5] K. Jaspers, *Pitanje krivice*, Fondacija Konrad Adenauer, Beograd, 2009, str. 26-27.

[6] M. Golding, „Responsibility“, In: M. Golding, W. Edmundson (ed.), *The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory*, Blackwell Publishing ltd, 2005, str. 221.

[7] K. Jaspers, op. cit., str. 50.

[8] F. Bačić, *Kazneno pravo - Opći dio*, Informator, Zagreb, 1998, str. 198.

volje, dok se negiranjem ovakve krivice negira sloboda, kao neiskustvena kategorija…“.[9] Zato, nije li besmisleno „kažnjavati (bolje reći suditi – op. E.Ć) nekoga ko nije bio slobodan u preduzimanju neke radnje, ko nije imao slobodu volje da nešto preduzme, odnosno ne preduzme“.[10] Kratko rečeno, u krivičnom pravu se krivica (krivična odgovornost) i na nju nadovezujuća osuda i kazna zasnivaju na ideji slobode.[11]

3. Načelo krivice odražava dva aspekta čovekove odgovornosti: 1. *individualnu odgovornost* i 2. *subjektivnu odgovornost*. Individualna odgovornost podrazumeva da svako lice odgovara isključivo za svoja činjenja ili nečinjenja, tako da je nedopuštena odgovornost za postupke drugih lica. Njena suprotnost - *kolektivna odgovornost* - u svojoj najprimitivnijoj formi označava oblik odgovornosti koji za zločine individue ustanovljava odgovornost celokupne zajednice kojoj zločinac pripada; češće se, međutim, manifestuje u obliku odgovornosti jednog lica za dela koja su učinila njemu bliska lica,[12] odnosno pripadnici grupacije kojoj ono pripada.[13] Subjektivna odgovornost, pak, ustanovljava odgovornost nekog lica na osnovu njegovog subjektivnog odnosa koji ima prema učinjenom delu. Njen antipod - *objektivna odgovornost* - zasniva se na činjenici da je određeno lice preduzelo protivpravne akte, tako da nije od značaja njegov subjektivni odnos prema tim aktima. Prema tome, subjektivnom odgovornošću se čovek „kao mogući subjekt podložan *osudi*, pre svega kažnjavanju, štiti od *imputiranja* odgovornosti i kažnjivosti na bazi kauzaliteta...“.[14]

Ako sublimiramo navedeno onda možemo zaključiti da *načelo krivice znači to da svako odgovara za ono krivično delo koje je učinio, a na osnovu subjektivnog odnosa koji ima prema tom delu*. Ili, poslužimo se

---

[9] D. Drakić, *O krivičnoj odgovornosti maloletnika*, Izdavačka knjižnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci / Novi Sad, 2010, str. 111.

[10] J. Ćirić, *Objektivna odgovornost*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2008, str. 24.

[11] S. Pihler, „Krivičnopravna zaštita sloboda i prava čoveka i građanina i njeno značenje za izgradnju pravne države“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1-3/2002, str. 29.

[12] Na primer krvna osveta koja predstavlja „jedan od sistema reguliranja međugrupnih odnosa, skup sankcija koje članovi povrijeđenog i oštećenog roda (porodice, plemena) primjenjuju prema rodu (porodici, plemenu) čiji mu je član nanio povrijedu ili štetu djelovanjem koje je protivno važećim grupnim običajima“. Prema: I. Josipović, „Krvna osveta i njen krivično pravni tretman“, *Pitanja*, br. 10-12/ 1982, str. 20.

[13] Prema čl. 9 i 10 Statuta Međunardnog vojnog suda u Nirnbergu postojala je mogućnost da se određene organizacije i grupe proglase zločiničkim i da se pojedinci izvedu pred sud zbog samog članstva u takvim organizacijama i grupama. Videti: A. Kaseze, *Međunarodno krivično pravo*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2005, str. 157-158.

[14] S. Pihler, „Krivičnopravna zaštita sloboda i prava čoveka i građanina...“, op.cit., str. 29.

rečima poznatog anglosaksonskog teoretičara krivičnog prava Džordža Flečera (*George Fletcher*) koji kaže da ne može postojati krivična odgovornost ako se protivpravno delovanje (*wrongdoing*) ne pripiše određenom učiniocu,[15] odnosno da krivična odgovornost ne postoji bez skrivljenog (ili prekorljivog) protivpravnog delovanja.[16] Inače, shvatanje odgovornosti u subjektivnom smislu danas je dominantno i u filozofiji i u pravnoj nauci, mada je i objektivna odgovornost još uvek prisutna u nekim granama prava i povlači za sobom izvesne pravne sankcije (objektivna odgovornost za štetu od opasnih stvari u imovinskom pravu).[17]

4. Kada je reč o našem „krivičnom" zakonodavstvu i našoj „krivičnopravnoj" doktrini, uočljivo je da je izraz „krivica" inkorporiran u samom nazivu ove grane prava. Otuda je u nas prisutan naziv *Krivično pravo*. Međutim, ovde bi dodali da je i naziv *Kazneno pravo*, koji je uglavnom prisutan u uporednom pravu (eng. „*Penal law*", nem. „*Strafrecht*", ital. „*Dirito penale*", franc. „*Droit penal*", bug. „*Nakazatelno pravo*", mak. i hrv. „*Kazneno pravo*", slov. „*Kazensko pravo*"), funkcionalno vezan za pojam krivice. Naime, u nazivu *Kazneno pravo* naglašen je izraz kazna, a kazna u savremenom pravu nije ništa drugo do represivna mera koja se temelji na težini učinjenog dela i *stepenu krivice učinioca*.[18] Ona kazna koja prekoračuje meru krivice jeste akt kojim se kriši ljudsko dostojanstvo.[19] Otuda su kazna i krivica dva korespo-

[15] G. Fletcher, *Basic concepts of criminal law*, Oxford University Press, New York, 1998, str. 82

[16] U *common law* sistemu krivična odgovornost se poima u objektivno-subjektivnom smislu, jer iste ne može biti bez zajedničkog postojanja *actus reus*-a i *mens rea*, pri čemu *actus reus* označava protivpravno delovanje, a *mens rea* kriterijum pripisivanja dela. Videti: Ibid., str. 84.

[17] Tako: M. Đorđević, U: N. Srzentić (red.), *Komentar Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije*, Savremena administracija, Beograd, 1978, str. 63. I u građanskopravnoj literaturi možemo naći slične konstantacije. Tako Salma ističe: „Subjektivna odgovornost je primarna. Do primene objektivne odgovornosti dolazi samo onda ako je to opravdano postojanjem ili upotrebom opasne stvari ili delatnosti, odnosno, ako šteta proizlazi iz upotrebe ovakvih stvari. Centralni pojam subjektivne odgovornosti jeste krivica". Videti: J. Salma, *Obligaciono pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 1999, str. 492. Isti autor navodi i sledeće: „Prema opšte usvojenom pravilu domaćeg i uporednog građanskog prava subjektivna odgovornost je princip, a objektivna odgovornost izuzetak. Linija razgraničenja "principa" i "izuzetka" se svodi na pojam opasne stvari i opasne delatnosti". Videti: J. Salma, „Objektivna odgovornost u obligacionom pravu – domen primene u domaćem i uporednom pravu", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/ 2004, str. 44.

[18] V. Kambovski, *Kazneno-pravnata reforma pred predizvicite na XXI vek*, Bato&Divajn, Skopje, 2002, str. 74..

[19] C. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, München, 2006, str. 92.

dentna pojma, tako da i naziv *Kazneno pravo* sadrži u svom biću, tj. u svojoj sadržini pojam krivice.

5. Za krivično pravo se kaže da je grana prava u kojoj subjektivizacija dolazi do naročitog izražaja, jer je jedan od njegovih bazičnih pojmova – pojam krivičnog dela, „duboko subjektivan čin", tako da je krivično delo bez krivice *contradictio in adiecto*. Naime, „o nevrednosti jednog ponašanja sa aspekta krivičnog prava ne može biti govora bez postojanja njegove subjektivne usmerenosti na povredu ili ugrožavanje onih dobara koja se krivičnim pravom štite. Neko ponašanje bez obzira na to koliko objektivno štetno bilo, bez te subjektivne usmerenosti, jedva da ima neki značaj za krivično pravo".[20] Ishod shvatanja da je krivično delo duboko subjektivan čin, tj. čin zasnovan na krivici, može se predstaviti maksimom: *nullum crimen sine culpa*. Prema tome, nepostojanje krivice „vuče" za sobom nepostojanje krivičnog dela. Formulisano na ovaj način načelo krivice postavlja zahtev za definisanjem krivičnog dela u objektivno-subjektivnom smislu, tj. sa krivicom u njegovom opštem pojmu. Time se iskazuje *dogmatsko-pravni aspekt* ovog načela.[21] Nije na odmet podsetiti da je objektivno-subjektivni pojam krivičnog dela danas gotovo opšte prihvaćen.[22] Objektivni pojam krivičnog dela, koji je ustanovio i detaljno razradio prof. Toma Živanović, više nema svoje uporište u krivičnopravnoj dogmatici. Krećući se na toj liniji KZ Srbije određuje krivično delo u objektivno-subjektivnom smislu, propisujući u čl. 14. st. 1 sledeće: „*Krivično delo je ono delo koje je zakonom predviđeno kao krivično delo, koje je protivpravno i koje je skrivljeno*".[23]

Ipak, situacija u vezi sa načelom krivice nije baš tako jednostavna i jasna kako to možda proizilazi iz rečenog. Tako, Kil (*Kühl*) i Lakner (*Lackner*) navode da se krivica može posmatrati sa tri različita aspekta: povodom pitanja preispitivanja opravdanosti krivičnih sankcija uopšte (*Schuldidee*, ideja krivice), kao spona između bića dela i mere kazne (*Strafzumessungsschuld*, krivica kao mera kazne) i kao ukupnost pretpo-

---

[20] Z. Stojanović, „Krivica ili krivična odgovornost", *Branič*, br. 3-4/2004, str. 17.

[21] V. Kambovski, *Kazneno pravo: Opšt del*, 2-ri Avgust S – Štip, Skopje, 2006, str. 172.

[22] O opštem pojmu odnosno opštim obeležjima krivičnog dela više u: J. Wessels, W. Beulke. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2002, str. 5; C. Roxin, *Strafrecht,* op.cit., str. 195-197; K. Kühl, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Verlag Vahlen, München, 2008, str. 7-8; Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2012, str. 63-65; F. Bačić, *Kazneno pravo,* op.cit., str. 105-107; V. Kambovski, *Kazneno pravo*, op.cit., str. 234.

[23] *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012.

stavki pod kojima se učiniocu izvršena radnja može pripisati (*Strafbegründungsschuld*, krivica kao opravdanje kazne). Pri tome ovi autori pitanje opravdanosti krivičnog dela (*Begründung der Straftat*) vezuju za potonji aspekt krivice. U tom smislu krivica pre svega označava *prekorljivost* (*Vorwerfbarkeit*), a jezgro krivičnog prekora postoji kada je učinilac delovao protivpravno iako je prema konkretnim okolnostima bio sposoban da svoje ponašanje uskladi sa pravnoobavezujućim normama.[24]

6. Međutim, krivica se u krivičnopravnoj doktrini obično vezuje za kaznu kao osnovnu krivičnu sankciju, pa se ovo načelo uglavnom izražava ne kao *nullum crimen sine culpa*, već kao *nulla poena sine culpa*. Već smo naveli da kazna mora biti u srazmeri sa stepenom/ merom učiniočeve krivice. S tim u vezi Roksin (*Claus Roxin*) iznosi jedno veoma zanimljivo zapažanje: „povezivanje kazne sa merom krivice je kriminalno politički najliberalnije i sociopsihološki najpovoljnije sredstvo ograničavanja državne kaznene moći koje je do sada pronađena".[25]

No, ovim nije sve rečeno. Štaviše, ovim se otvara jedan koncepcijski problem, jer kazne nisu, bar ne u jednom broju država uključujući i našu, jedina vrsta krivičnih sankcija. Zato se otvara pitanje zašto krivica nije sredstvo ograničavanja državne represivne moći i kod drugih *krivičnih* sankcija? Jer, nesporno je i da su druge *krivične* sankcije u najširem smislu reči posledice koje pogađaju učinioca dela, koje ga lišavaju ili ograničavaju u nekim pravima koja mu pravni poredak priznaje. Ako je u pitanju *krivična* ili, pak, *kaznena* sankcija (izraz „kaznena" treba shvatiti na način koji smo prethodno pojasnili), ona mora, ne samo jezički već i sadržinski biti vezana za princip *krivice*.

Nas ovo posebno interesuje, jer je u srpskom KZ načelo krivice formulisano tako da se odnosi samo na kazne i mere upozorenja (kao sankcije koje su funkcionalno vezane za kazne), što će reći da se ne odnosi na mere bezbednosti i vaspitne mere kao ostatak našeg sistema krivičnih sankcija (čl. 2 KZ, naslova „Nema kazne bez krivice", glasi: „*Kazna i mere upozorenja mogu se izreći samo učiniocu koji je kriv za učinjeno krivično delo*"). Zbog toga nam je prijemčiv onaj aspekt krivice koji se odnosi na pitanje preispitivanja opravdanosti krivičnih sankcija uopšte.

7. S tim u vezi, već više od jednog veka u pravima brojnih, pre svega evropskih država egzistiraju mere bezbednosti. Osnov njihove primene nije učiniočeva krivica, već njegova opasnost koja se manifestuje kao opasnost po okolinu, odnosno opasnost ponovnog vršenja krivičnih dela.

---

[24] K. Lackner, K. Kühl, *Strafgesetzbuch – Kommentar*, Verlag C.H. Beck München, 2011, str. 80.

[25] C. Roxin, *Strafrecht,* op.cit., str. 92-93.

Mere bezbednosti su posledica prihvatanja pozitivističkih tendencija u društvenim naukama, uključujući i pravo, pa time i krivično pravo. Njihova svrha se manifestuje u eliminisanju kriminogenih faktora koji su izvorište učiniočeve opasnosti po okolinu. Zato su ove sankcije zamišljene da budu specijalnopreventivnog karaktera, te su prožete idejama lečenja, rehabilitacije i sl.

Međutim, osnov mera bezbednosti oličen u opasnosti po okolinu ili opasnosti ponovnog kriminalnog ponašanja učinioca predstavlja njihovu osnovnu slabost, jer se svodi na prognozu učiniočevog ponašanja u budućnosti. Ali prognoza ove opasnosti, kao i svaka druga prognoza, po logici stvari se zasniva na *mogućnosti*, a ne na *izvesnosti* kao standardu koji bi trebao da bude imanentan krivičnom pravu. Drugačije rečeno, ne postoje egzaktni kriterijumi za njeno utvrđivanje.[26] Time se dovodi u pitanje sama presumpcija nevinosti, kao tekovina savremenog krivičnog prava. Naime, „navedena prezumcija podrazumeva to da se niko ne može smatrati krivim za učinjeno krivično delo dok njegova krivica nije utvrđenja pravnosnažnom sudskom odlukom...“, a mere bezbednosti se, kao što rekosmo, „izriču ne samo zbog toga što je učinilac izvršio krivično delo, već i zbog toga *što može učiniti novo krivično delo*“.[27] Prema tome, za njihovo izricanje nije dovoljno izvršeno delo, već i verovatnoća da učinilac može opet u budućnosti učiniti kakvo krivično delo, što će reći da se vezuju i za okolnost koja se može (a ne mora) desiti. Da ovo nije puko teoretisanje najbolje govori činjenica da je slovenački zakonodavac 2008. godine iz svog novog KZ uklonio medicinske mere bezbednosti, upravo uz obrazloženje da je reč o sankcijama koje su neprihvatljive sa stanovišta savremenog krivičnog prava kojima se duboko zadire u čovekove slobode i prava, s obzirom da je osnova za njihovo izricanje nekakva buduća objektivno neizvesna činjenica – mogućnost da učinilac ponovi krivično delo, te kao takve nisu u skladu sa pretpostavkom nevinosti.[28]

Kršenje pretpostavke nevinosti, usudićemo se da kažemo, nije ništa drugo do drugo ime za kršenje načela krivice, jer ako je krivično delo „duboko subjektivan čin“, kako je moguće izricati krivičnu sankciju, pa i meru bezbednosti zbog mogućeg, očekivanog, budućeg (ili kako već)

---

[26] Više: D. Drakić, „'Društvena opasnost' učinioca i krivično pravo“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2007.

[27] E. Ćorović, *Mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i alkoholičara u krivičnom pravu*, Doktorska disertacija, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2010., str. 276.

[28] M. Ambrož, „Novi slovenski Kazneni zakonik“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, br. 1/2008, str. 336. Ovo obrazloženje povlači pitanje šta je osnov izricanja nemedicinskih mera bezbednosti?

„subjektivnog čina“, tačnije zbog nečega što se nije ni zbilo, niti se zna da li će se zbiti. Jer, ako se učiniočeva opasnost predstavi kao opasnost ponovnog vršenja *krivičnog dela*, a krivično delo zahteva *skrivljeno* postupanje učinioca, ne pretpostavlja li se time, nezavisno od toga što je osnov primene mera bezbednosti predmetna opasnost, i neka buduće krivice. Jer opasnost, po pravilu, ne isključuje krivicu.[29] Prema tome, ako izricanje mere bezbednosti zavisi od „opasnosti daljeg vršenja krivičnih dela“, time se *a priori* pretpostavlja i buduća krivica, jer krivica predstavlja jedno od obeležja opšteg pojma krivičnog dela.

Naravno, svesni smo da su neke mere bezbednosti „tradicionalno“ vezane za neuračunljive učinioce protivpravnih dela koja su zakonom određena kao krivična dela (krivično delo u objektivnom smislu). Da li, međutim, tako treba da bude? Ovim se dotičemo pitanja legitimiteta medicinskih mera bezbednosti.[30] U pogledu istih interesantna nam je Bačićeva konstatacija izrečena pre skoro pola veka: konceptom medicinskih mera bezbednosti se „iskrivljuje i kvari čitava osnovna koncepcija o krivičnom pravu koje je okrenuto prema svesnim i odgovornim ličnostima“.[31] Po sredi je jedan neoklasični koncept, čiji protagonisti se „bune protiv terapeutske odluke toliko hvaljene od strane društvene odbrane, zasnovane na opasnosti koja je u vezi sa bio-socio-kulturnim uslovima“.[32] Međutim, taj tretmanski, rehabilitacioni i sličan oblik krivičnopravne reakcije, zatim nejasni koncept učiniočeve opasnosti itd., bez obzira da li se ostvaruje kroz kazne ili mere bezbednosti,[33] dugo vremena je, ako ne od samog početka pod znakom pitanja. Tako, jedan deo krivičara klasične provinijen-

[29] Kako kaže Roksin krivica nije uslov mera bezbednosti, ali ne sprečava njihovo izricanje. Videti: C. Roxin, *Strafrecht,* op.cit., str. 2. I zaista, ako pogledamo naš sistem mera bezbednosti videćemo da se sve one mogu izreći, i uglavnom se izriču, učiniocima koji skrivljeno postupaju (uključujući i bitno smanjeno uračunljiva lica). Samo izuzetno, kod psihijatrijskih mera bezbednosti iz čl. 81 i 82 KZ kada se izriču neuračunljivim licima, ne postoji krivica učinioca. Zato se u potpunosti možemo složiti sa navedenom Roksinovom konstatacijom.

[30] Naš KZ reguliše: obavezno psihijatrijsko lečenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi (čl. 81), obavezno psihijatrijsko lečenje na slobodi (čl. 82), obavezno lečenje narkomana (čl. 83) i obavezno lečenje alkoholičara (čl. 84).

[31] F. Bačić, „Mere bezbednosti u našem sistemu krivičnih sankcija - kritički osvrt“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 1/65, str. 18.

[32] Ž. Pradel, *Istorijat krivičnih doktrina*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2008, str. 72.

[33] Čak i u zemljama koje nominalno ne poznaju mere bezbednosti neka njihova obeležja su se pripisala kaznama. Zato je neoklasicizam naziv za jedan pravac u savremenom krivičnom pravu i kriminologiji koji sa skepsom gleda na ideale tretmana, rehabilitacije, specijalne prevencije, opasnosti temeljene na bio-socijalnim činiocima itd. Više: Ibid., str. 72-77.

cije je odmah po „ustoličenju“ mera bezbednosti u krivično zakonodavstvo ustao protiv istih, napadajući njihove koncepcijske osnove.[34] Nama je, međutim, interesantno zapažanje Lona Fulera (*Lon Fuller*) o tome kako su „"plemeniti" podsticaji odigrali svoju ulogu u kvarenju pojma odgovornosti“, a primer za to nalazi u krivičnom pravu i odnosi se na „zloupotrebu rehabilitativnog ideala“.[35] Naime, Fulerovo zapažanje dotaklo se jednog konkretnog predmeta (*Robinson v. California*) koji se odnosio na krivičnopravnu problematiku narkomanije, a povodom čega je isti zaključio sledeće: „Postoji mnogo razloga da se veruje kako je naš pristup problemu narkomanije pogrešan, kao i to da bi se više postiglo korišćenjem medicinskih i rehabilitacionih mera, nego li krivičnim pravom. Međutim, da bi takav program reforme bio uspešan, on treba da stvori nužne institucije za svoje ostvarivanje. On ne može sebe da umeća na neodgovarajući način u institucije koje su stvorene zbog drugog cilja; ne možete od zatvora da načinite bolnicu nazivajući ga bolnicom, ili od krivičnog postupka medicinsko ispitivanje, pretvarajući se da on to jeste“.[36]

„*Ne možete od zatvora načiniti bolnicu nazivajući ga bolnicom, ili od krivičnog postupka medicinsko ispitivanje, pretvarajući se da on to jeste*“ – ova misao, naizgled prosta, mnogo kazuje. Pre svega nije na krivičnom pravu da leči, niti su krivičnopravni mehanizmi (krivični postupak i zatvorski sistem) podesni za to. A ako nisu podesni, biće i nedelotvorni. Zašto o ovome govorimo. Zato što naš KZ dopušta da se dve *krivične* sankcije – mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi i obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi – izreknu učiniocima koji ne postupaju skrivljeno, tj. učiniocima *protivpravnih dela predviđenih u zakonu kao krivična dela*. Znači, *krivične* sankcije se izriču licima koja se ne smatraju učiniocima krivičnih dela u objektivno-subjektivnom smislu, kako je to predviđeno u već citiranoj odredbi čl 14 st. 1 KZ. Nije li to svojevrsni *contradictio in adiecto*? Nije li tada (para)krivični postupak mesto „nekakvog medikopsihijatrijskog dijagnostikovanja“,[37] u kome se može izreći *krivična*

[34] Više: D. Drakić, „Mere bezbednosti i novo krivično pravo Srbije – o potrebi egzistencije mera bezbednosti u savremenim registrima krivičnih sankcija“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 1/ 2010, str. 177.

[35] L. Fuler, *Moralnost prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001, str. 184.

[36] Ibid., str. 185.

[37] Koristimo formulaciju (para)krivični postupak jer je u procesnoj teoriji sporna priroda postupaka u kojima se izriču mere bezbednosti. Više: E. Ćorović, „Postupak izricanja mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i alkoholičara“, *Branič*, br. 3-4/ 2009., str. 48-49, kao i fn. broj 9, 11 i 12.

sankcija obavezno psihijatrijsko lečenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi, a usput rečeno „zdravstvena ustanova“ u kojoj se primarno ova mera bezbednosti treba izvršiti i nije zdravstvena ustanova u organizaciono-pravnom smislu reči, *već posebna vrsta zatvora* – specijalna zatvorska bolnica.[38] Poprilično komplikovanom šemom možemo predstaviti rečeno: (para)krivični postupak i krivična sankcija za lice koje nije krivo; zdravstvena ustanova u kojoj bi trebalo da se sprovodi lečenje baš i nije zdravstvena, već zatvorska ustanova. Sve podseća na napred navedenu Fulerovu konstataciju.

Ali problem je, kada je reč o našem krivičnom zakonodavstvu, još dublji. Jer, otvara se pitanje kako uskladiti odredbu o opštem pojmu krivičnog dela i odredbu o načelu krivice? Naime, dok odredba o načelu krivice iz čl. 2 kaže da se kazna i mere upozorenja mogu izreći samo krivom učiniocu krivičnog dela, dotle odredba čl. 14 st. 1 KZ Srbije u kojoj je definisan opšti pojam krivičnog dela zahteva skrivljenost kao njegovo konstitutivno obeležje, a odredba st. 2 istog člana *explicite* navodi da neće postojati krivično delo ukoliko je isključena protivpravnost ili krivica, iako postoje sva obeležja krivičnog dela određena zakonom! Zato nije čudno što su pojedini autori odredbu o načelu krivice okarakterisali suvišnom i nelogičnom. „Suvišna je zbog toga što je u Zakoniku prihvaćen objektivno-subjektivni pojam krivičnog dela (tj. opšti pojam krivičnog dela obuhvata i krivicu), pa je logično da je već odredbom o načelu legaliteta prihvaćen i princip krivice. Nelogična je, jer iskaz "kriv za učinjeno krivično delo" po sebi podrazumeva i mogućnost krivičnog dela bez krivice, što sa stanovišta prihvaćenog opšteg pojma krivičnog dela nije moguće“.[39] Nekako se ovakvim zakonskim formulacija zapalo u svojevrsni *circulus vitiosus*. S jedne strane želi se „skrivljeno krivično delo“, a s druge strane ne odustaje se od *krivične* reakcije prema licima koja nisu kriva.

Situacija nije „čista“, sa stanovišta načela krivice, i kada su u pitanju nemedicinske mere bezbednosti,[40] koje najgrublje rečeno karakteriše njiho-

[38] Čl. 13 *Zakona o izvršenju krivičnih sankcija* (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 85/ 2005, 72/ 2009 i 31/ 2011).

[39] S. Pihler, „Novele opštih ustanova u krivičnom zakonodavstvu Srbije (Povodom Krivičnog zakonika RS od 29. septembra 2005.g.)“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2005, str. 45.

[40] Naš KZ ih broji sedam: zabrana vršenja poziva, delatnosti i dužnosti (čl. 85), zabrana upravljanja motornim vozilom (čl. 86), oduzimanje predmeta (čl. 87), proterivanje stranca iz zemlje (čl. 88), javno objavljivanje presude (čl. 89), zabrana približavanja i komunikacije sa oštećenim (čl. 89a) i zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama (čl. 89b).

va sporna pravna priroda, jer iste nisu lišene kaznenih, odnosno generalno-praventivnih i retributivnih učinaka, što će reći da i one izražavaju vrednosni sud u odnosu na učinioca krivičnog dela.[41] Doduše, taj vrednosni sud se kod nemedicinskih mera bezbednosti nastoji prikriti plaštom navodne učiniočeve opasnosti ponavljanja krivičnog dela. Međutim, čini nam se da takvim jezičko-semantičkim maskiranjem ne može olako preći preko prave prirode predmetnih mera bezbednosti – preko toga da one nisu ništa drugo do akt ispoljavanja socio-etičkog prekora. Zbog toga smo još u prijašnjoj jugoslovenskoj krivičnopravnoj literaturi imali predloge po kojima „treba kao kaznu okvalifikovati svaku onu krivičnu meru koja je podobna da bude izraz društveno-etičke osude".[42] Pokušaji prikrivanja, pa i anuliranja prave prirode „spornih" mera bezbednosti putem određenih zakonskih floskula, ne predstavljaju ništa drugo do atak na načelo krivice. Zašto? Zato što se formalnim proklamovanjem istih u mere bezbednosti na jedan prikriven način omogućava *kažnjavanje bez krivice*. Jer, KZ samo one krivične sankcije koje je nominalno uvrstio u sistem kazni i mera upozorenja vezuje za krivicu – one kazne koje su „obučene u ruho" mera bezbednosti ne podležu predmetnom „ograničenju", tačnije ne podležu krivici. Paradoks da bude još veći zakonodavac kod pojedinih „spornih" mera bezbednosti uopšte nije nastojao da prikrije njihov vrednosni momenat. Na primer kod mere bezbednosti proterivanja stranca iz zemlje iz čl. 88 KZ, koja se može izreći ukoliko sud utvrdi „nepoželjnost daljeg boravka stranca u Srbiji". *Nepoženjnost* - nije li reč o vrednosnom kriterijumu, o prekoravanju učinioca stranog državljanstva. Zato ne treba da čudi što je makedonski zakonodavac 2004. godine nemedicinske mere bezbednosti (tačnije mere zabrane) „sistematizovao na istinsko mesto – u sistem kazni".[43] Ono što još u našem sistemu krivičnih sankcija zapada u oči, a takođe predstavlja grubo kršenje načela krivice, jeste to da KZ dopušta da se uz pomenute dve psihijatrijske mere bezbednosti, kada se izriču samostalno neuračunljivim učiniocima, mogu izreći i određene nemedicinske mere bezbednosti - zabrana vršenja poziva, delatnosti i dužnosti, zabrana upravljanja motornim vozilom i odu-

---

[41] Videti: Đ. Marjanović, „O suštini mera bezbednosti u jugoslovenskom krivičnom pravu", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 6/1987; Đ. Marjanović, „O mogućnosti unifikacije krivičnih sankcija", U: *Reforma opšteg dela KZ SFRJ i savremene tendencije u jugoslovenskom krivičnom pravu*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 1991.

[42] F. Bačić, „Mere bezbednosti u našem sistemu krivičnih sankcija - kritički osvrt", op.cit., str. 18.

[43] V. Kambovski, *Kazneno pravo,* op.cit., str. 750. Oduzimanje predmeta je uređeno kao posebna krivično-pravna mera. Zanimljivo, jedna bivša jugoslovenska republika (Slovenija) poznaje samo nemedicinske, a druga (Makedonija) samo medicinske mere bezbednosti.

zimanje predmeta. Prema tome, i lice koje nije krivo može biti adresat onih mera bezbednosti koje nose balast socio-etičkog prekora.[44]

Ove protivurečnosti koje uviđamo u našem KZ, a koje su prisutne i u brojnim evropskim zakonodavstvima, govore po našem mišljenju o jednom lutanju krivičnog prava između *voluntarizma* koji odslikava učiniočeva krivica i *determinizma*/ *pozitivizma* oličenog u konceptu opisane učiniočeve opasnosti. Na toj ne baš jasnoj relaciji izgrađen je „sistem duplog koloseka", koji istini za volju ne nudi jasan kriterijum za pravljenje razlike između kazni i mera bezbednosti. S druge strane, primećuju pojedini autori da je još sredinom prošlog veka postalo jasno da „od naivne pozitivističke koncepcije da se izvršenje krivičnih dela od strane određene osobe u budućnosti sa sigurnošću može predvidedti – nije ostalo ništa".[45] Nije li onda vreme da se krivično pravo okane pozitivističkog diskursa i da u punom obimu ispoštuje načelo krivice, barem kada je reč o *krivičnoj* reakciji. Jer *krivična* reakcija, oličena u *krivičnoj* sankciji ima mesta jedino kada je učinilac postupao sa *krivicom*.

8. Što se tiče relacije krivica - vaspitne mere, domaća teorija nema jedinstven stav po tom pitanju. Pre nego što ukažemo na ovu relaciju, podsećamo da je kod nas prisutan stav da *maloletničko krivično pravo* predstavlja „para" ili „kvazi" krivično pravo, u kojem su neki opšti instituti uključujući i krivicu, ili odsutni ili imaju drugorazredni značaj.[46] Tim povodom treba ukazati da Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica (ZM)[47] jedino kod kazne maloletničkog zatvora operiše sa pojmom krivica. Zato se javilo spornim da li je krivica nužan uslov za izricanje vaspitnih mera: neki (Radulović) su izričiti da se pitanje krivice ne postavlja kao zakonski uslov za primenu vaspitnih mera;[48] drugi (Škulić) smatraju da je krivica maloletnika neophodna da bi mu se mogla izreći bilo koja krivična

[44] Neki iako nisu protivnici koncepta mera bezbednosti priznaju istima odgovarajuće zastrašujuće ili generalnopraventivne (tj. kaznene) učinke. Tako Roksin između ostalog ističe da mera bezbednosti oduzimanja vozačke dozvole (§ 69 KZ Nemačke) deluje opšte zastrašujuće „kao očekivana kazna kod saobraćajnih delikata". C. Roxin, *Strafrecht,* op.cit., str. 97.

[45] D. Drakić, „Mere bezbednosti i novo krivično pravo Srbije...", op.cit., str. 184. Štaviše, pozitivizam i u sociologiji, nauci u kojoj je nastao, nije bio put kretanja brojnih velikana ove nauke kao što su Veber (*Max Weber*), Zimel (*Georg Zimmel*), Manhajm (*Karl Manheim*), Berger (*Piter Berger*). Više: D. Marinković, *Uvod u sociologiju*, Mediterran Publishing, Novi Sad, 2008., str. 13-17.

[46] Z. Stojanović, *Krivično pravo: Opšti deo*, Pravna knjiga, Beograd, 2006, str. 344.

[47] Službeni glasnik Republike Srbije, br. 85/ 2005.

[48] LJ. Radulović, *Maloletničko krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, str. 43.

sankcija (osim mere bezbednosti medicinsko-psihijatrijskog karaktera ili vaspitne mere upućivanja u posebnu ustanovu za lečenje i osposobljavanje), „jer samo tada njegovo protivpravno delo zakonom određeno kao krivično delo zaista i postoji kao krivično delo“.[49] Pojedini autori nemaju jasan stav povodom ovog pitanja. Tako Perić ističe da je odredba čl. 12 ZM koja se odnosi na odmeravanje vaspitnih mera[50] prilično nespretno i komplikovano formulisana, ali da se sve okolnosti koje su navedene u tom članu „usredsređuju na ličnost maloletnika shvaćenu kao bio-psiho-socijalnu celinu“.[51] Ima čak mišljenja (Milošević) da se krivica maloletnika ne bi trebala pominjati prilikom izricanja vaspitnih mera, već umesto nje kriterijumi iz čl. 12 ZM.[52] Dalje, prema nekima (Drakić) odredbe ZM nisu dovoljno jasne i dozvoljavaju kako tumačenje da krivica nije uslov za izricanje vaspitnih mera, tako i suprotno, da je ona sastavni deo maloletničkog krivičnog prava i postupka i nešto što se mora dokazati u svakom konkretnom slučaju u istom obliku u kojem se javlja u opštem krivičnom pravu da bi se maloletniku mogle izreći krivične sankcije (osim vaspitne mere upućivanja u posebnu ustanovu za lečenje i osposobljavanje), ali da je ovu agoniju prekinuo KZ, upravo kroz pomenutu definiciju načela krivice iz čl. 2.[53] Potonja argumentacija nam se *de lege lata* čini najprihvatljivijom, jer je utemeljena na izričitoj odredbi čl. 2 KZ koja je više nego jasna. S tim u vezi, postavlja se pitanje kako to da osnovne krivične sankcije prema maloletnicima, koje se u praksi izriču u preko 98% slučajeva nisu vezane za krivicu.[54] Zato je

---

[49] M. Škulić, *Maloletničko krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu/ Službeni glasnik, Beograd, 2011, str. 247.

[50] Isti glasi: „*Pri izboru vaspitne mere sud će posebno uzeti u obzir uzrast i zrelost maloletnika, druga svojstva njegove ličnosti i stepen poremećaja u društvenom ponašanju, težinu dela, pobude iz kojih je delo učinio, sredinu i prilike u kojima je živeo, ponašanje posle učinjenog krivičnog dela, a posebno, da li je sprečio ili pokušao da spreči nastupanje štetne posledice, naknadio ili pokušao da naknadi pričinjenu štetu, da li je prema maloletniku ranije izrečena krivična ili prekršajna sankcija, kao i sve druge okolnosti koje mogu biti od uticaja za izricanje one mere kojom će se najbolje postići svrha vaspitnih mera*“.

[51] O. Perić, *Komentar Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica*, Službeni glasnik, Beograd, 2005, str. 42.

[52] N. Milošević, „Izbor i odmeravanje sankcija prema maloletnicima“, *Pravni život*, broj 9/ 2011, str. 776.

[53] D. Drakić, *O krivičnoj odgovornosti maloletnika*, op.cit., str. 60-62, 71-72.

[54] 2006. bilo je 1566 „osuđenih“ maloletnika, od toga je izrečeno 17 kazni maloletničkog zatvora (1,08%); 2007. bilo je 1996 „osuđenih“ maloletnika, od čega 30 kazni maloletničkog zatvora (1,50%); 2008. je „osuđeno“ 2229 maloletnika, od toga njih 17 na maloletnički zatvor (0,76%); 2009. bilo je 1902 „osuđena“ maloletnika, od toga prema njih 19 na kaznu maloletničkog zatvora (0,99%); 2010. bilo je 1640 „osuđenih“ maloletnika,

na pravom mestu pitanje: „da li se uopšte naše maloletničko pravo može nazvati "krivičnim pravom", a vaspitne mere krivičnim sankcijama“.[55] U tom smisli bi *de lege ferenda* načelo krivice trebalo prihvatiti u našem maloletničkom krivičnom pravu i kada su u pitanje vaspitne mere. Ipak je maloletničko krivično pravo samo jedna oblast unutar opšteg režima krivičnog prava, te je nedopustivo da osnovne krivične sankcije prema maloletnicima nemaju svoje utemeljenje u načelu krivice.

9. Iz prethodnog izlaganja nužno se nameće sledeći zaključak: *u krivičnom pravu Republike Srbije postoji jedno krupno, možemo reći sistematsko odstupanje od načela krivice, koje se odnosi na postojeći „repertoar“ krivičnih sankcija, s obzirom da dve od ukupno četiri vrste krivičnih sankcija koje su propisane u KZ Srbije nisu vezane za predmetno načelo*. Paradoks da bude veći mere bezbednosti su najbrojnije krivične sankcije u našem pravu (ima ih 11), dok su, s druge strane, vaspitne mere osnovne krivične sankcije prema maloletnicima, koje se, kako smo to naveli, izriču u neuporedivo većem broju slučajeva nego kazna maloletničkog zatvora, kao jedina krivična sankcija za maloletnike čije iziricanje *ex lege* zahteva krivicu učinioca. Iako razumemo da postoje različiti teorijskopravni koncepti koji uslovljavaju ustrojstvo određenog sistema krivičnih sankcija (pre svega mislimo na pozitivizam/ determinizam), mada smatramo da se ti koncepti nisu baš pokazali delotvornim i smislenim u svojem postojanju već više od jednog veka, ipak ne možemo a da se ne otrgnemo utisku da načelo krivice u našem krivičnom pravu nema ono mesto koje bi moralo da ima. Ako u našoj državi (i nekim državama u okruženju nastalim na prostoru bivše SFRJ) ova grana prava i dalje pretenduje da nosi naziv „Krivično pravo“, onda treba poraditi na tome da ono zaista i bude krivično, što u najmanju ruku zahteva to da svaka krivičnopravna reakcija u formi krivične sankcije mora imati utemeljenje u predmetnom načelu Reakcija u vidu sankcije koja nema utemeljenje u krivici ne može nositi prefiks „krivična“. Ona može biti predmet neke druge grane prava.

Zato nam se, za kraj, čini posve upečatljivim Kaufmanovo zapažanje da mera koja je odvojena od krivice, odgovornosti i slobode nipošto nije humanija od „kazne zbog krivice“, već je suprotno, nehumanija „pošto ne pogađa čoveka u njegovom sopstvu“.[56] To je ona zloupotreba rehabilitativ-

---

od toga njih 5 maloletničkim zatvorom (0,30 %); 2011. broj „osuđenih“ maloletnika bio je 2290, od toga 13 maloletničkih zatvora (0,56%). Prema: *Maloletni učinioci krivičnih dela: prijave, optuženja i osude*, Republički zavod za statistiku, Beograd, 2011, str. 45

[55] D. Drakić, *O krivičnoj odgovornosti maloletnika*, op.cit., str. 66.

[56] A. Kaufman, *Pravo i razumevanje prava: Osnovni problemi hermeneutičke filozofije prava*, Gutenbergova galaksija, Beograd/ Valjevo, 1998, str. 153.

nog ideala koji je doprineo kvarenju pojma čovekove odgovornosti o čemu je govorio Fuler. Zato bi trebalo da se, u skladu sa rečenim, krivično pravo oslobodi onih pozitivističko-determinističkih tendencija, jer dok one postoje načelo krivice neće odražavati, barem ne dominantno, ono što bi svako načelo trebalo da odražava - ideje opštosti i rukovodnosti.

Naravno, postoje i drugi brojni primeri kojima se načelo krivice dovodi u pitanje (odgovornost pravnih lica,[57] kaskadna odgovornost, objektivni uslovi inkriminacije, konstrukcija pojedinih krivičnih dela itd.). Iako u teoriji i za pojedine od ovih slučajeva postoje predlozi za „premošćavanje problema“ u pravcu načela krivice,[58] ipak oni ne zadiru u ovolikoj meri u njegovu bit, ili pak predstavljaju one izuzetke koji bi potvrđivali pravilo – u ovom slučaju pravilo da načelo krivice dominantno prožima sistem krivičnog prava.

[57] Kod krivične odgovornosti pravnih lica prihvata se teorija *alter ego* (izvedene krivice), ali naša regulativa daje mogućnost i za objektivnu odgovornost. Uporediti odredbe čl. 7 st. 1 i čl. 35 st. 2 *Zakona o odgovornostu pravnih lica za krivična dela* (Službeni glasnik Republike Srbije, br.97/2008).

[58] Videti Atanackovićev rad: „Objektivni uslov inkriminacije i njegovo razgraničenje od posledice krivičnog dela“, U: *Problemi reintegracije i reforme jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 1995, str. 53-64.

Emir A. Ćorović, Ph.D., Assistant Professor
State University of Novi Pazar
Department of Law Sciences

The Principle of Guilt as a Basis for Criminal Sanctions Justification Review in the Criminal Law in Serbia

Abstract: *The principle of guilt is one of the essential principles of criminal law. However, it is a very complex principle. Its content has been presented in this paper particularly referring to a systematic deviation of it in the criminal legislation of the Republic of Serbia. According to the provisions of the article 2 of the Criminal Code of Serbia the principle of guilt is related to punishments and warning measures, while security and educational measures remained beyond its reach. On the other side, The Criminal Code defining a crime offense in the article 14 demands culpability of perpetrator's behavior. It involves a conceptual problem: a possibility is given for criminal sanctions of the principle of guilt, article 2 of the Criminal Code not referring to security and educational measures could be applied for people acting without culpability. It is paradoxical to accept criminal-justice reaction in the form of criminal sanctions regarding people without guilt. According to author of this paper, such a normative solution brings into issue the relevant principle, more precisely its basis, generality and guidance, the qualities that every legal principle should maintain. Of course, deviations of legal principle and the principle of guilt are possible but they must be kept to a minimum. Otherwise, systematic legal principle deviations, in this case the principle of guilt, are not to be tolerated.*

Connecting the principle of guilt with the system of criminal sanctions opens the debate on voluntarism embodied in the freedom of will and guilt and positivism/determinism embodied in perpetrator's danger and educational neglect within the criminal law. It is over a century discussion in the science of criminal law.

The author of the paper concludes criminal-justice reaction in the form of criminal sanction can be justified only of based on the principle of guilt. Otherwise, such a reaction has no place in the criminal law.

Key words: *guilt, freedom of will, blameworthiness, criminal offense, criminal sanctions.*

Originalni naučni rad 347.991(497.13 Novi Sad)“1920/1941“
doi:10.5937/zrpfns47-4468

Dr Gordana Drakić, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu

ODELJENJE B. KASACIONOG SUDA U NOVOM SADU (1920–1941)[1]

Sažetak: *Odeljenje B. Beogradskog Kasacionog suda u Novom Sadu osnovano je 1920. godine odlukom Ministarskog saveta Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca. Iste godine donesena je posebna Uredba kojom su regulisane nadležnost i organizacija najviše sudske instance na području Vojvodine. U radu je ukazano i na potonje pravne propise koji su se ticali rada Odeljenja B. Kasacionog suda, kao i na neke od problema u njegovom funkcionisanju. Posebno je razmotreno planirano i posebnim zakonom propisano premeštanje sedišta Odeljenja B. Kasacionog suda, koje, međutim, i pored izvršenih priprema nijerealizovano.*

Ključne reči: *Kasacioni sud Odeljenje B. u Novom Sadu, područje Vojvodine, sudstvo, Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca, pravni partikularizam.*

Na vojvođanskom, odnosno pravnom području Vojvodine sa Međumurjem, jednom od šest pravnih područja u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca, primenjivali su se ugarski pravni propisi. Za deo tog područja koji je ranije bio u sastavu Vojne granice važilo je austrijsko pravo. To su bile teritorije nadležnosti Okružnog suda u Pančevu i sreskih sudova u Banatskom Karlovcu, Beloj Crkvi, Kovinu, Titelu i Žablju.[2]

U geografskom smislu pojam Vojvodine se vremenom menjao. „Njena teritorijalna omeđenost nikad nije bila data u vidu jedne nepro-

[1] Rad je nastao kao rezultat naučnog angažovanja na naučnoistraživačkom projektu „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija).

[2] F. Čulinović, *Državnopravna historija jugoslavenskih zemalja XIX i XX vijeka II,* Zagreb 1959, 311.

menljive konstante pa se njena današnja teritorija ne podudara sa onim što je podrazumevalo vojvođanski prostor posle Prvog svetskog rata.“[3] Pod pojmom područje Vojvodine u ovom radu smatraćemo Banat, Bačku i Baranju, a osnovu za to nalazimo u teritorijalnoj nadležnosti najvišeg suda na tom području u međuratnom periodu o čijem osnivanju i radu ćemo detaljnije govoriti.[4]

Formiranje jedinstvenog pravnog sistema, a u njegovom okviru i sudskog sistema predstavljalo je jedan od važnih zadataka koje je trebalo ispuniti u novostvorenom Kraljevstvu Srba, Hrvata i Slovenaca. Nakon što je na Velikoj Narodnoj skupštini, održanoj u Novom Sadu 25. novembra 1918. godine, donesena odluka o otcepljenju Banata, Bačke i Baranje od Ugarske, na tom području prestala je nadležnost viših ugarskih sudova čija sedišta su se nalazila izvan teritorije 1. decembra 1918. formirane jugoslovenske države. Od drugostepenih sudova u Ugarskoj, koji su nosili naziv – Kraljevske table, jedan je imao sedište u Segedinu, a drugi u Temišvaru, dok se vrhovni sud – Kraljevska Kurija nalazio u Budimpešti.[5]

Sistem prvostepenih sudova, sreskih i okružnih, na području Vojvodine bio je prihvaćen iz ugarskog pravosudnog sistema. Vlasti novoformirane jugoslovenske države morale su, najpre, da uspostave redovan rad u prvostepenim sudskim instancama. Tek nakon toga moglo se pristupiti procesu osnivanja sudova više nadležnosti.

Iz teksta objavljenog u listu *Zastava* u februaru 1919. godine, saznajemo kako je proteklo preuzimanje Okružnog suda u Novom Sadu od strane nove vlasti. Ministarstvo pravde – Odeljenje za Banat, Bačku i Baranju izdalo je naređenje da dotadašnji predsednik Okružnog suda u Novom Sadu svoje mesto ustupi dr Milivoju Popoviću advokatu, koji je od strane Ministarstva bio imenovan za novog predsednika. U pratnji beležnika sreskog suda i policijskog kapetana, Milivoj Popović je, 17. februara 1919, došao u Novosadski okružni sud. Dotadašnji predsednik i sudije tog suda, najpre, nisu želeli da postupe u skladu sa naređenjem Ministarstva pravde. Međutim, nakon pregovora oni su protestujući, sa povicima „Živela Mađarska“,

---

[3] N. G a ć e š a, *Specifičnosti društvene strukture u Vojvodini između dva svetska rata*, Zbornik Matice srpske za istoriju 17, Novi Sad 1978, 85.

[4] U Vojvodinu je, u istorijskom smislu, pored Banata, Bačke i Baranje spadao i Srem. Međutim, nisu uvek bile zastupljene sve navedene oblasti, niti njihove geografske celine. Detaljnije o tome videti: M. P a l i ć, *Pregled administrativno-teritorijalnih promena u Vojvodini 1918-1941*, Zbornik Matice srpske za društvene nauke 38, Novi Sad 1964, 125-162.

[5] N. I g nj a t o v i ć, *Pravosuđe u Vojvodini posle Ujedinjenja*, Letopis Matice srpske, Novi Sad 1924, 302, 1, 64-65.

konačno napustili zgradu suda. Okružni sud u Novom Sadu preuzet je u potpunosti 20. februara 1919. godine.[6] Okružni sudovi u Somboru i Subotici preuzeti su 21, odnosno 22. februara 1919. godine.[7]

U Okružnom sudu u Novom Sadu održana je, 26. marta 1919, konferencija sudija i advokata kojom je predsedavao novoimenovani predsednik suda Milivoj Popović. Glavna tema konferencije bila je kako da se što brže reši pravosudno pitanje na području Vojvodine. Istaknuta je neophodnost osnivanja apelacionog i kasacionog suda za to područje.[8]

Uprkos organizovanim nastojanjima, preuzimanje sudova na području Vojvodine nije u celosti bilo realizovano u toku 1919. godine. To je konstatovano u dopisu koji je Ministarstvo unutrašnjih dela Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca 30. oktobra 1919. godine uputilo svim velikim županima i gradskim načelnicima sa županskim pravima u Vojvodini. Istaknuto je, takođe, da još uvek u pojedinim sudovima na području Banata, Bačke i Baranje sudski postupak, na mađarskom jeziku, vode sudije mađarske nacionalnosti. Osnovni uzrok takvom stanju, navedeno je u dopisu, bio je nedostatak kandidata za sudijske položaje.[9]

Od izuzetne važnosti za formiranje sudskog sistema na području Vojvodine i uspostavljanje redovnog rada u sudovima niže nadležnosti bilo je osnivanje viših sudskih instanci. Apelacioni sud u Novom Sadu osnovan je *Uredbom o osnivanju Apelacionog suda u Novom Sadu za područje Banata i Bačke* koja je doneta 13. novembra 1919. godine.[10] Uredba je imala deset članova i sadržala je odredbe o nadležnosti i organizaciji Apelacionog suda.

U prvom članu Uredbe propisano je da će Apelacioni sud u Novom Sadu vršiti sve zadatke koji su, kada je reč o području Banata i Bačke, spadali u nadležnost nekadašnjih ugarskih Kraljevskih tabli. U drugom članu istaknuto je da za Apelacioni sud ostaju na snazi ugarski propisi ukoliko nisu u suprotnosti sa Uredbom. Naredni članovi, od trećeg do sedmog, regulisali su organizaciju Apelacionog suda na čijem čelu je sta-

---

[6] *Zastava* br. 30 od 20. februara 1919. godine *Srpski barjak na zgradi Novosadskog suda*.

[7] *Zastava* br. 33 od 23. februara 1919. godine *Somborski sud u srpskim rukama* i *Zastava* br. 37 od 28. februara 1919. godine *Subotički sudbeni sto*.

[8] *Zastava* br. 63 od 30. marta 1919. godine *Iz pravničkog kruga*.

[9] Arhiv Vojvodine, Fond Narodne uprave za Banat, Bačku i Baranju, *Dopis Ministarstva unutrašnjih dela Kraljevine SHS – Odeljenje za Banat, Bačku i Baranju Br.11663/1919. od 30. oktobra 1919. godine*.

[10] *Službene Novine Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca* br. 143 od 20. novembra 1919. godine.

jao predsednik suda. Pored predsednika, u njegov sastav ulazili su i jedan potpredsednik, četiri senatska predsednika i trinaest sudija, kao i pomoćno sudsko i tehničko osoblje. Apelacioni sud odlučivao je, u svim građanskim i krivičnim predmetima, u senatu, odnosno veću sastavljenom od tri člana.

Apelacioni sud u Novom Sadu svečano je otvoren 2. marta 1920. godine. Nakon svečane sednice, Krivični senat (Krivično veće) održao je pretres, čime je i praktično otpočeo rad te sudske instance.[11] Apelacioni sud je sudio u drugom stepenu u građanskim i krivičnim predmetima u kojima su okružni sudovi sudili u prvom stepenu. Pored toga, Apelacioni sud u Novom Sadu vršio je nadzornu vlast u odnosu na okružne sudove na teritoriji svoje nadležnosti, kada se radilo o poslovima sudske uprave.

Iste godine osnovan je i najviši sud na području Vojvodine – Odeljenje B. Beogradskog kasacionog suda. U dnevnom listu *Zastava* od 5. septembra 1920. godine bila je objavljena vest da je Ministarski savet doneo odluku da se u Novom Sadu osnuje Odeljenje B. pri Beogradskom kasacionom sudu.[12]

Prema slovu *Uredbe o ustrojstvu Odeljenja B. Beogradskog kasacionog suda*, koja je doneta 17. septembra 1920. godine, Odeljenje B. osnovano je da obavlja sve zadatke koji su, za područje Banata, Bačke i Baranje, ranije spadali u nadležnost bivše Kraljevske Kurije u Budimpešti.[13] Odeljenje B. Kasacionog suda trebalo je da radi po ugarskim zakonima, naredbama i drugim propisima izdatim pre 1. novembra 1918. godine, ukoliko nisu bili protivni zakonima, uredbama i naredbama izdatim za područje Banata, Bačke i Baranje od strane nadležnih vlasti Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca posle navedenog datuma.

Uredba je propisivala da u Odeljenju B. treba da bude zaposleno pet sudija i potreban broj sekretara. Najstariji među sudijama vršio je funkciju potpredsednika Kasacionog suda i upravljao je Odeljenjem B. Potpredsednik je imao ovlašćenja koja su pripadala predsedniku Kraljevske kurije u Budimpešti kada se radilo o teritoriji Banata, Bačke i Baranje. Sudije i sekretari Odeljenja B. Kasacionog suda mogla su biti lica koja su imala kvalifikaciju potrebnu po zakonima koji su vredeli na području Vojvodine za sudije i senatske beležnike bivše Kraljevske kurije u Budimpešti. Sudije i sekretare Odeljenja B. u Novom Sadu postavljao je kralj ukazom na predlog ministra pravde. Uredbom je bilo pro-

[11] *Sloboda* br. 48 od 4. marta 1920. godine.

[12] *Zastava* br. 198 od 5. septembra 1920. godine *Kasacioni sud u Novom Sadu*.

[13] *Službene Novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca* br. 229 od 16. oktobra 1920. godine.

pisano da se u ukazu o postavljenju moralo naznačiti da se radi o sudijama i sekretarima koji će raditi u Odeljenju B. Kasacionog suda u Novom Sadu. Ministarstvo pravde je trebalo, u zavisnosti od potrebe, da odredi broj kancelarijskog osoblja i služitelja u Odeljenju B. Kandidati za takva mesta trebalo je da zadovolje uslove koji su bili propisani za takav personal Kasacionog suda u Beogradu.

Prema sedmom članu Uredbe, u Odeljenju B. Kasacionog suda u Novom Sadu, građanske, krivične i disciplinske predmete trebalo je da rešava veće od pet sudija. Bilo je, pored toga, propisano da se u slučaju odsustvovanja ili sprečenosti nekog od sudija mogao u sednicu Odeljenja B. pozvati neki od sudija Apelacionog suda u Novom Sadu, pod uslovom da prethodno nije učestvovao u rešavanju dotičnog predmeta.

Iz dopisa koji je novoimenovani potpredsednik Odeljenja B. Kasacionog suda Jovan Lalošević uputio Ministarstvu pravde 22. novembra 1920. godine, saznajemo da je on doputovao u Novi Sad 20. novembra iz Budimpešte, nakon što je primio ukaz o svom naimenovanju. Do tada, novoimenovani potpredsednik Lalošević vršio je u Budimpešti dužnost sudije u Ugarskoj Kraljevskoj kuriji. Dopisom je izvestio Ministarstvo pravde da je 21. novembra 1920. godine održana plenarna sednica novoosnovanog Odeljenja B, kojom prilikom je položio zakletvu i formalno preuzeo upravu nad tom sudskom instancom.[14]

Na samom kraju 1920. godine u *Zastavi* je objavljena vest da će novoosnovani Kasacioni sud u Novom Sadu uskoro početi sa radom. U istom članku bila su navedena imena potpredsednika, dvojice sudija i dvojice sekretara Odeljenja B. Kasacionog suda u Novom Sadu.[15] Isti list objavio je, početkom februara 1921. godine, da će Odeljenje B. početi sa radom 22. februara. Građani su bili obavešteni da će građanski senat Odeljenja B. držati svoje rasprave utorkom, a krivični senat četvrtkom, sa početkom u 9,30 sati u zgradi Okružnog suda u Novom Sadu, gde je Odeljenje B. bilo smešteno. Takođe, kod Odeljenja B. Kasacionog suda bila je ustanovljena i posebna kancelarija za davanje obaveštenja građanima, koja je radila čak i nedeljom.[16]

Odeljenje B. Kasacionog suda u Novom Sadu otvoreno je, kao što je i bilo najavljeno, 22. februara 1921. godine, kada je održana svečana sednica kojom je predsedavao potpredsednik Odeljenja B. dr Jovan La-

[14] Arhiv Vojvodine, Fond Beogradski Kasacioni sud – Odeljenje B. Novi Sad 1920-1941, *Dopis potpredsednika Kasacionog suda Odeljenja B. Ministarstvu pravde*, Br. Preds. I A 1/1920.

[15] *Zastava* br. 290 od 28. decembra 1920. godine *Kasacioni sud u Novom Sadu*.

[16] *Zastava* br. 26 od 5. februara 1921. godine *Kasacioni sud u Novom Sadu*.

lošević održavši i prigodan govor. Na samom početku, on je istakao značaj donošenja *Uredbe o ustrojstvu Odeljenja B*, rekavši: „Ovom previšnjom uredbom je ostvarena ona opšta želja da se na pomenutoj teritoriji (Banata, Bačke i Baranje) sudska vlast na celoj liniji u okviru već postojećih zakona, ali ipak prema današnjim prilikama u narodnom duhu preobrazi i ponovo organizuje. Sa ovim činom je sudska organizacija dovršena i budući današnjim danom i ovo odeljenje započinje svoj meritorni rad, to sa radošću imam da ustanovim, da sa današnjim danom na pomenutoj teritoriji novo organizovana sudska vlast na celoj liniji funkcioniše i da su s tim otklonjene sve dojakošnje prepone učvršćenju i obezbeđenju pravnog poretka“.[17]

Potpredsednik Odeljenja B. istakao je, pored toga, da je tom sudu, osim rešavanja pravnih pitanja, bilo povereno i organizovanje pravnog života na području Vojvodine. To je podrazumevalo odgovornost Odeljenja B. za zbivanja u pravosuđu u Vojvodini, te je potpredsednik Lalošević ukazao na potrebu rigoroznog i opreznog postupanja svih zaposlenih prilikom vršenja dužnosti. On je, dalje, rekao da je cilj Odeljenja B. Kasacionog suda da u svakom pojedinom slučaju pronađe materijalnu istinu, kao i da se celokupno pravosuđe na području Vojvodine podigne na visinu koja odgovara zahtevima modrenog i naprednijeg vremena. U ostvarivanju navedenih ciljeva, trebalo je da Odeljenju B. od velike pomoći budu vojvođanski sudovi niže nadležnosti. Potpredsednik Lalošević izrazio je, na kraju govora, svoju uverenost da će saradnja sudova na području Vojvodine biti uspešna i pohvalio efikasan rad Apelacionog suda u Novom Sadu.[18]

Početak rada Odeljenja B. Kasacionog suda u Novom Sadu bio je u štampi propraćen komentarima da je tim činom završena izgradnja sudskog sistema na području Vojvodine.[19]

Nastojanja državnih vlasti da se, u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca, formira jedinstveni pravni sistem, podrazumevala su i nameru da se obrazuje i jedinstveni sudski sistem. Na vrhu sudske mreže, za teritoriju čitave države, trebalo je da postoji jedinstveni Kasacioni sud. Prema prvom ustavu Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca donesenom 28. juna 1921. godine, bilo je predviđeno postojanje jednog Kasacionog suda za celu državu sa sedištem u Zagrebu.[20] Ustav je propisivao da je Kasacioni sud nadležan za rešavanje sukoba nadležnosti između upravne, građanske

[17] Arhiv Vojvodine, Fond Beogradski Kasacioni sud – Odeljenje B. Novi Sad 1920-1941, Br. Preds. II B 10/1921.

[18] Isto.

[19] *Zastava* br. 41 od 24. februara 1921. i *Sloboda* br. 9 od 27. februara 1921. godine.

[20] *Službene Novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca* br. 142 A od 28. juna 1921. godine.

ili vojne vlasti i sudske vlasti. Kasacioni sud je rešavao i sukobe nadležnosti između upravnih i sudova redovne nadležnosti.

Poslednjim stavom člana 137. Vidovdanskog ustava propisano je da će do formiranja jedinstvenog kasacionog suda za čitavu državu, poslove koji su bili u njegovoj nadležnosti obavljati sudovi koji su, i do tada, na svakom istorijski formiranom području vršili funkcije kasacionog suda. To su bili sledeći sudovi: Stol sedmorice u Zagrebu za područje bivše Kraljevine Hrvatske i Slavonije; Odeljenje B. Stola sedmorice u Zagrebu za područje bivših zemaljskih sudova u Splitu i Ljubljani; Vrhovni sud u Sarajevu za područje Bosne i Hercegovine; Veliki sud u Podgorici za područje bivše Kraljevine Crne Gore; Kasacioni sud u Beogradu za područje nadležnosti apelacionih sudova u Beogradu i Skoplju i Odeljenje B. Beogradskog kasacionog suda u Novom Sadu za područje Banata, Bačke i Baranje.

Nakon donošenja Ustava, sledeće 1922. godine donesen je *Zakon o izmenama i dopunama u Zakonu o ustrojstvu sudova*.[21] Naime, pre Vidovdanskog ustava ustrojstvo sudova je, pored partikularističkih propisa, bilo uređeno *Izmenama i dopunama zakona o ustrojstvu sudova* koje su donete 30. jula 1919. godine.[22] To su, zapravo, bile izmene i dopune *Zakona o ustrojstvu sudova Kneževine Srbije*.[23] Pomenuti zakon iz 1922. godine stupio je na snagu 18. februara kada je i objavljen u *Službenim Novinama Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*.

Izmene koje je doneo Zakon iz 1922. godine odnosile su se pre svega na odredbe o Kasacionom sudu koje su činile treći deo Zakona iz 1865. godine. Tako je, u izmenjenom prvom paragrafu odnosnih odredaba bilo propisano da nad svim prvostepenim sudovima u granicama ranije Kraljevine Srbije, nad svim sreskim sudovima i sudbenim stolovima na teritoriji nadležnosti Apelacionog suda u Novom Sadu, nad Beogradskim, Novosadskim i Skopljanskim apelacionim sudom postoji Kasacioni sud.

Drugi stav prvog paragrafa Zakona iz 1922. godine bio je dodat u skladu sa odredbama Ustava. Tako je dodata odredba koja je propisivala postojanje jednog Kasacionog suda za teritoriju čitave države sa sedištem u Zagrebu, do čijeg konstituisanja će, kao njegova odeljenja, nastaviti da rade: Kasacioni sud u Beogradu, Stol sedmorice u Zagrebu, Vrhovni sud u Sarajevu, Veliki sud u Podgorici i Odeljenje B. Kasacionog suda u Novom Sadu.

---

[21] *Službene Novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca* br. 37-Va od 18. februara 1922. godine.

[22] *Službene Novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca* br. 80 od 20. avgusta 1919. godine.

[23] *Zbornik zakona i uredaba Knjaževine Srbije* iz 1865. godine.

Drugi paragraf propisivao je broj sudija Kasacionog suda u Beogradu. Bilo je predviđeno da taj sud sa svojim Odeljenjem B. u Novom Sadu ima trideset pet sudija i potreban broj sekretara.

Izmenama iz 1922. godine tekst Zakona dopunjen je paragrafima koji su se odnosili na ustrojstvo Odeljenja B. Kasacionog suda u Novom Sadu. Sadržina osam novih paragrafa bila je slična tekstu *Uredbe o ustrojstvu Odeljenja B. Beogradskog kasacionog suda* od 17. septembra 1920, koja je donošenjem Zakona iz 1922. godine prestala da važi.

Tako je Zakonom iz 1922. godine bilo propisano da Odeljenje B. Kasacionog suda u Novom Sadu čini deset sudija i potreban broj sekretara. Najstariji među sudijama vršio je funkciju potpredsednika Odeljenja B. Kasacionog suda. Prema Uredbi iz 1920. godine u Odeljenju B. trebalo je da radi pet sudija. Tako određen broj sudija pokazao se, u praksi, kao nedovoljan, te je nakon dve godine zakonskom odredbom udvostručen, što je bilo od velikog značaja za pravilno funkcionisanje najvišeg suda na području Vojvodine. U vezi s tim, ilustrativan je komentar jednog sudije savremenika: „Odmah iz početka se videlo, da je ovaj broj sudija mali, a i inače se osećala jaka potreba, da treba organizovati dva stručna senata i to jedan za građanske, a drugi za krivične stvari. Merodavni krugovi su uvideli te potrebe, te je donesen zakon o izmenama i dopunama u zakonu o ustrojstvu Sudova, po kojem se broj sudija kod ovog odeljenja podigao na deset. Na osnovu ovog zakona bilo je moguće da se obrazuju dva senata. Od ovog doba nastala je mogućnost da Kasacioni Sud odgovori u svakom pogledu svojoj visokoj zadaći i da bude na onoj visini u pogledu suđenja, koje se po zakonu i zahteva.“[24]

Zakonom iz 1922. godine bilo je, dalje, propisano da će do uređenja jednog Kasacionog suda za celu državu, Odeljenje B. raditi privremeno u sedištu Novosadskog apelacionog suda. Za to vreme i dok se ne popune sva sudijska mesta u Odeljenju B, ili ako bi zbog odsustva, bolovanja ili izuzeća imenovanih sudija nedostajao zakonski broj sudija potrebnih za suđenje, Zakon je dozvoljavao da potpredsednik pozove, za taj slučaj, sudiju Apelacionog suda u Novom Sadu, pod uslovom da nije prethodno učestvovao u rešavanju istog predmeta.[25]

Zakonodavni rad na donošenju jedinstvenih zakona iz oblasti sudstva, u zajedničkoj državi Srba, Hrvata i Slovenaca, nije imao potreban kontinui-

[24] A. D i m š i ć, *Kasacioni sud B. Odeljenje Novi Sad*, Glasnik Advokatske Komore za Banat, Bačku i Baranju, Novi Sad 1928, 1, 3.

[25] Paragraf 36. *Zakona o izmenama i dopunama u Zakonu o ustrojstvu sudova*, *Službene Novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca* br. 37-Va od 18. februara 1922. godine.

tet. Ometan je političkim razmiricama koje su često bile jedina tema skupštinskih zasedanja potiskujući, tako, rad na donošenju jedinstvenih zakona iz različitih oblasti društvenog života u drugi plan.

Dugo očekivani *Zakon o uređenju redovnih sudova za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca* i *Zakon o sudijama redovnih sudova Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca* doneti su 24. septembra 1928. godine.[26] U oba zakona, poslednjim članom bilo je propisano da će stupiti na snagu 1. aprila 1929. godine. Ovi zakoni doneseni su neposredno nakon tragičnog događaja u skupštini 20. juna 1928, koji je bio samo povod da kralj Aleksandar Karađorđević 6. januara 1929. godine zavede, već pripremanu, otvorenu diktaturu. Potom je, nakon dva dana, 8. januara, kralj ukazom doneo novi *Zakon o sudijama redovnih sudova*, a 18. januara *Zakon o uređenju redovnih sudova za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca*.[27] Iako nisu ni stupili na snagu, zakoni iz 1928. poslužili su kao osnova prilikom donošenja zakona iz januara 1929. godine.

Naime, tekst zakona o sudijama i sudovima iz 1929, preuzet je, u suštini, iz *Zakona o uređenju redovnih sudova* i *Zakona o sudijama* od 24. septembra 1928. godine, osim što su bile izostavljene odredbe koje su propisivale stalnost i nepokretnost sudija, kao i odredbe o pravu opštih sednica okružnih, apelacionih i Kasacionog suda da vrše izbor sudija. Ove, kao i druge manje, izmene teksta zakona iz 1928. bile su učinjene u skladu sa osnovnim principima režima koji je 6. januara 1929. godine bio zaveden.

S obzirom na napred izloženo, navešćemo, u daljem tekstu, odredbe o Kasacionom sudu iz *Zakona o uređenju redovnih sudova za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca* donetog 1928. godine, koji je predstavljao rezultat višegodišnjeg zakonodavnog rada i prvi jedinstveni zakon iz oblasti sudstva u zajedničkoj državi Srba, Hrvata i Slovenaca.

U paragrafu 40. Zakona o uređenju redovnih sudova bilo je propisano da za celu Kraljevinu postoji jedan Kasacioni sud sa sedištem u Zagrebu. Prema sledećem paragrafu, Kasacioni sud vršio je sudsku vlast u poslednjem stepenu u građanskim i krivičnim predmetima u skladu sa odredbama zakona o postupku koji se tiču tih predmeta. Pri vršenju sudske vlasti, Kasacioni sud imao je zadatak da svojim delovanjem obezbe-

[26] *Službene Novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca* br. 237 od 12. oktobra 1928. godine i *Službene novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca* br. 295 od 19. decembra 1928. godine.

[27] *Službene Novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca* br. 7 od 8. januara 1929. godine i *Službene Novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca* br. 20 od 25. januara 1929. godine.

di pravilno i jednoobrazno primenjivanje materijalnih i formalnih zakona u državi. Kasacioni sud je, pored toga, bio dužan da, po predstavci ministra pravde, daje svoje mišljenje u pogledu izdavanja novih ili izmene i dopune već postojećih zakona pravosudne struke. Najviši sud je, takođe, mogao, po svojoj inicijativi, da iznosi predloge ministru pravde u tom pravcu.

Kasacioni sud je imao dva odeljenja – krivično i građansko. U krug rada tzv. pune sednice, krivičnog ili građanskog odeljenja, Kasacionog suda spadali su sledeći poslovi: rešavanje sukoba nadležnosti u skladu sa odredbama Ustava, davanje mišljenja zakonodavne prirode, te donošenje odluka o pravnim pitanjima koja su sudovi niže nadležnosti različito ili pogrešno rešili. Kasacioni sud je držao i tzv. opšte sednice, koje su mogle biti redovne i vanredne. U njihov delokrug ulazili su, između ostalog, sledeći poslovi: izbor predsednika, potpredsednika i sudija apelacionih sudova, predsednika okružnih i trgovačkih sudova, te sudija Kasacionog suda, kao i donošenje odluka o važnim pitanjima koja su se ticala unutrašnjeg poslovanja Kasacionog suda. Radi postizanja jednoobraznosti suđenja kod Kasacionog suda postojao je tzv. odsek za evidenciju koji je imao zadatak da u svim predmetima, osim krivičnih, zabeleži svaku odluku od pravne važnosti. Ukoliko bi, međutim, zapazio protivurečnosti u suđenju morao je da obavesti predsednika Kasacionog suda. U istom cilju, odsek za evidenciju vodio je zbirku važnih odluka i knjigu načelnih odluka po delovima, poglavljima i paragrafima pojedinih zakona i uredaba.

Zakonom o izmenama i dopunama u Zakonu o ustrojstvu sudova iz februara 1922. godine bilo je, kako smo naveli, propisano da u Odeljenju B. Kasacionog suda u Novom Sadu treba da radi deset sudija. Iz redovnih godišnjih izveštaja o broju zaposlenih u toj sudskoj instanci može se videti kako se kretao broj sudija, te da li je bio u skladu sa zakonskom odredbom. Tako su, prema izveštaju iz aprila, 1922. godine u Odeljenju B. bila zaposlena petorica sudija. To je bio broj koji je odgovarao slovu Uredbe iz 1920. godine. Takvo stanje zadržalo se i u toku prve polovine naredne godine, što se može videti iz izveštaja sačinjenog u maju mesecu.[28]

Naime, sudovi niže nadležnosti na području Vojvodine bili su dužni da sačinjavaju redovne godišnje izveštaje o radu i broju zaposlenih i, potom, ih šalju Odeljenju B. Kasacionog suda u Novom Sadu kao najvišem sudu na toj teritoriji. Odeljenje B. prosleđivalo je primljene izveštaje, pri-

[28] Arhiv Vojvodine, Fond Beogradski Kasacioni sud – Odeljenje B. Novi Sad 1920-1941, Br. Preds. III A 11/1923.

ključujući im i svoj, Ministarstvu pravde, koje je bilo vrhovni nadzorni organ kada se radilo o poslovanju sudskih instanci.

Prema konačnom izveštaju sačinjenom u januaru 1924. godine, koji se odnosio na poslovanje Odeljenja B. u prethodnoj godini, taj sud je u drugoj polovini 1923. godine imao 10 zaposlenih sudija što je bilo u skladu sa zakonskom odredbom. Time je omogućeno ažurno obavljanje poslova u okviru dva odeljenja te sudske instance.[29] Dakle, bio je potreban period od godinu dana, od donošenja Zakona iz 1922, da se u Odeljenju B. Kasacionog suda u Novom Sadu postigne zakonom propisani broj od 10 zaposlenih sudija. Uzimajući u obzir problem nedostatka sudija u celoj Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca, kao i činjenicu da su u Kasacionom sudu mogli da se zaposle samo kandidati sa odgovarajućim radnim iskustvom, može se zaključiti da je najviši sud na području Vojvodine kadrovski kompletiran za relativno kratko vreme.

Narednih godina, Odeljenje B. Kasacionog suda u Novom Sadu imalo je, prema podacima iz arhivske građe, odgovarajući broj sudija. Međutim, početkom januara 1932. godine predsednik Odeljenja B. obratio se dopisom ministru pravde, u kom je izložio kadrovsko stanje i predložio imenovanje jednog sudije. Naime, nakon penzionisanja jednog sudije Odeljenja B. ostalo je upražnjeno sudijsko mesto. Pored toga, situaciju je dodatno komplikovala činjenica da je jedan sudija otišao na odsustvo radi lečenja u dužem periodu, a drugi bio imenovan za člana Državnog saveta što ga je onemogućilo u vršenju dužnosti. Odeljenje B. imalo je, tako, svega sedam sudija, što je, s obzirom na veliki broj nerešenih predmeta iz prethodnih godina i stalnog pristizanja novih, bilo nedovoljno. „Sa sadanjim brojem sudija nije moguće pravilno delanje sviju veća ovoga Suda. Sadanje stanje šteti državnom i opštem interesu.“ zaključio je predsednik Odeljenja B. na kraju svog dopisa.[30]

Dakle, deficit sudijskog kadra u sudskim instancama svih nadležnosti kao jedan od osnovnih problema u pravosudnom sistemu međuratne jugoslovenske države, koji je postojao od njegovog formiranja i postupno bio prevazilažen, povremeno je, u zavisnosti od postojećih okolnosti, aktuelizovan i njegovo rešavanje zahtevalo je intervenciju državnih vlasti, pre svega Ministarstva pravde.

U pratećem dopisu uz redovni godišnji izveštaj o obimu sudskih poslova i radu Odeljenja B. Beogradskog kasacionog suda u Novom Sadu za

[29] Arhiv Vojvodine, Fond Beogradski Kasacioni sud – Odeljenje B. Novi Sad 1920-1941, Br. Preds. III A 1/1924.

[30] Arhiv Vojvodine, Fond Beogradski Kasacioni sud – Odeljenje B. Novi Sad 1920-1941, Br. Preds. I Z 2/1932.

1931. godinu, koji je predsednik uputio Ministarstvu pravde 30. januara 1932. godine, ponovo je ukazano na potrebu da se upražnjeno sudijsko mesto što pre popuni. Ističući da je u toku 1931. godine došlo do značajnog uvećanja obima posla, i u ovom dopisu, predsednik Odeljenja B. naglasio je da traženo imenovanje jednog sudije predstavlja pitanje od vitalnog značaja za funkcionisanje Odeljenja B. Kasacionog suda u Novom Sadu.[31]

Povodom navedenog zahteva predsednika Odeljenja B, ministar pravde uputio je, potom, 24. februara 1932. godine, dopis u kom ga izveštava o svojoj nameri da predloži kralju ukaz o postavljanju predsednika Okružnog suda u Čačku za sudiju Odeljenja B. Beogradskog kasacionog suda u Novom Sadu. Ministar pravde zatražio je, u skladu sa *Zakonom o sudijama redovnih sudova*, mišljenje Odeljenja B. o predloženom postavljenju. Dopis ministra pravde stigao je u Odeljenje B. sledećeg dana, te je odmah sazvana opšta sednica radi davanja traženog mišljenja, kojoj je prisustvovalo svih sedam sudija. Dvojica sudija bili su protiv toga da se predloženi kandidat postavi za sudiju Odeljenja B, a kao obrazloženje svog stava naveli su da on dolazi sa drugog pravnog područja. Ostale sudije kao i predsednik nisu imali ništa protiv da predloženi kandidat bude postavljen za sudiju u Odeljenju B, pod pretpostavkom da imenovani ispunjava sve zakonom propisane uslove za sudiju Kasacionog suda.[32]

S obzirom na to da je većina sudija Odeljenja B, u pomenutom slučaju, izrazila afirmativno mišljenje, možemo pretpostaviti da je predloženi kandidat postavljen za sudiju Odeljenja B, iako u arhivskoj građi relevantnog fonda nismo našli daljih podataka o tome. Međutim, interesantno je, u izloženom primeru, obratiti pažnju na to da je kao razlog zbog koga su dvojica sudija smatrala da predloženi kandidat ne može da postane sudija na području Vojvodine istaknut pravni partikularizam, odnosno različitost pravnih propisa, pa čak i ako uzmemo u obzir mogućnost da su to naveli u nedostatku validnijeg obrazloženja kojim bi potkrepili svoju negativnu odluku.

Pravni partikularizam bio je, kako smo to već istakli, upečatljivo obeležje pravnog sistema zajedničke države Srba, Hrvata i Slovenaca. Od samog formiranja države 1918. godine, jedan od osnovnih zadataka bilo je prevazilaženje pravne nejednakosti. Međutim, to je bio proces čija realizacija je zahtevala dugi niz godina, a trebalo je da rezultira donošenjem jedinstvenih pravnih propisa koji bi važili na teritoriji

[31] Arhiv Vojvodine, Fond Beogradski Kasacioni sud – Odeljenje B. Novi Sad 1920-1941, Br. Preds. III A 14/1932.

[32] Arhiv Vojvodine, Fond Beogradski Kasacioni sud – Odeljenje B. Novi Sad 1920 – 1941, Br. Preds. II B 5/1932.

čitave države. Da bi se taj proces unekoliko ubrzao u Ustavu je, članovima 130. i 133, bio propisan kraći postupak za izjednačenje zakonodavstva u državi. Pravna nejednakost stvarala je različite probleme u praksi, a najtežih repekusija imala je u pravosuđu, naročito u pogledu izvršenja sudskih odluka sa različitih pravnih područja, a neretko, dolazilo je i do sukoba nadležnosti.

Članom 110. Ustava ustanovljen je, kako smo naveli, jedan Kasacioni sud za celu državu. Pored ostalih zadataka, jedinstveni Kasacioni sud trebalo je da rešava sukobe nadležnosti između sudskih vlasti, ali i između sudskih i upravnih vlasti. Međutim, kako jedinstveni Kasacioni sud nije bio organizovan, shodno prelaznim odredbama Ustava, postojalo je pet sudova koji su obavljali poslove najvišeg suda, svaki na svojoj teritoriji nadležnosti.

Postavljalo se pitanje koji će od tih sudova biti nadležan da reši eventualni sukob nadležnosti između sudske i upravne vlasti sa različitih pravnih područja. Kasacioni sud u Beogradu zauzeo je stav da će nadležan za rešavanje takvih sukoba biti Kasacioni sud sa teritorije one vlasti, sudske ili upravne, koja je prva zatražila odluku povodom sukoba nadležnosti.[33]

Nesmetano izvršavanje sudskih odluka bilo je od izuzetne važnosti za pravilno funkcionisanje pravnog saobraćaja u državi i za ostvarivanje pravne sigurnosti građana. Nesporazumi, odnosno sukobi povodom pitanja izvršenja sudskih odluka sa različitih pravnih područja javili su se ubrzo nakon stvaranja Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca. Tako su izvršni sudski organi na području Hrvatske i Slavonije odbijali da izvrše presude i rešenja sudova sa Srbijanskog pravnog područja. Stol sedmorice u Zagrebu doneo je, prema pisanju savremenika, načelnu odluku da se presude i rešenja sa drugih pravnih područja ne mogu izvršavati na teritoriji Hrvatske i Slavonije.[34]

Nedoumice i različito postupanje sudova, inicirali su akciju Ministarstva pravde koje je otpočelo prepisku sa sudovima koji su vršili funkcije Kasacionog suda, kako bi se došlo do jedinstvenog rešenja u pogledu pitanja izvršavanja sudskih odluka. Na zahtev Ministarstva pravde, Odeljenje B. Kasacionog suda u Novom Sadu iznelo je, takođe, svoje mišljenje o predmetnom pitanju. Naglašavajući da pojam jedinstvene države podrazumeva i princip potpune i bezuslovne uzajamnosti u pružanju pravne pomoći, Odeljenje B. zauzelo je stav da se presude i rešenja sa drugih pravnih područja imaju izvršavati pod istim uslovima i na isti na-

[33] D. Danić, *Federalizam pravosuđa u našoj državi*, Arhiv, Beograd 1926, XIII, 1-2, 87.
[34] Isto, 90.

čin kao i presude i rešenja sudova sa područja Vojvodine, uz postojanje pretpostavke uzajamnosti. „Bojazan, da bi se takovim bezuslovnim izvršenjem presuda, mogao – usled različitih zakona pojedinih oblasti – eventualno povrediti jedan pozitivan zakon koje oblasti, ne može stajati na putu sprovađanju goreizloženog principa...“[35]

Kasacioni sud u Beogradu, u svojoj opštoj sednici, doneo je, povodom pitanja izvršenja sudskih odluka, sledeći zaključak: „U duhu je Ustava od 28. juna 1921. da sve vlasti i svi sudovi Kraljevine SHS, se imaju smatrati kao ustanove jedne iste države bez obzira na to što su njihove odluke donesene po raznim materijalnim i formalnim zakonima, koji su, u nekim pokrajinama privremeno, do izjednačavanja zakonodavstva, i dalje ostali u snazi. Svi pravni akti i sve njihove odluke, koje su postale pravnosnažne posle proglasa državnog jedinstva, ne mogu se smatrati kao odluke stranih sudova, već kao naših domaćih pa ih kao takve i treba izvršavati... i to po onim propisima za izvršenja, koji važe za teritoriju na kojoj se imaju izvršiti“.[36]

Nakon što je pomenuto pitanje raspravljeno od strane Opšte sednice Kasacionog suda u Beogradu, Ministarstvo pravde je, saglašavajući se sa zauzetim stavom, poslalo dopis predsedništvima Odeljenja B. Kasacionog suda i Apelacionog suda u Novom Sadu, kako bi, dalje, svi područni sudovi bili o tome obavešteni. Takođe, nakon upoznavanja sa stavom Ministarstva pravde i Kasacionog suda u Beogradu povodom izvršavanja sudskih odluka, „počelo se u ovome pitanju popuštati i u Hrvatskoj, kao i u ostalim pokrajinama naše države...“.[37]

U drugoj godini trajanja režima Šestojanuarske diktature donesen je u martu 1930, na predlog ministra pravde, Zakon kojim je bilo propisano da će sedište Odeljenja B. Kasacionog suda u Novom Sadu biti preneseno u Sombor. U petom paragrafu, ovog kratkog i u obrazloženjima vrlo šturog Zakona, bilo je navedeno da će odluku o datumu prenosa sedišta najvišeg suda na području Vojvodine doneti ministar pravde u formi uredbe. Zakonom je, ujedno, bilo propisano da će se, nakon preseljenja, pri Odeljenju B. Kasacionog suda ustrojiti Odeljenje Vrhovnog državnog tužilaštva, a pri Apelacionom sudu u Novom Sadu Odeljenje Višeg državnog tužilaštva.[38]

---

[35] Arhiv Vojvodine, Fond Beogradski Kasacioni sud – Odeljenje B. Novi Sad 1920-1941, Br. Preds. II B 4/1923.

[36] Arhiv Vojvodine, Fond Apelacioni sud – Novi Sad 1919-1941, *Dopis Ministarstva pravde Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca Br.19001 od 27. marta 1924. godine.*

[37] D. Danić, nav. delo, 91.

[38] *Službene Novine Kraljevine Jugoslavije* br. 87- XXXIV od 16. aprila 1930. godine.

Na osnovu podataka iz arhivske građe možemo videti da su, već u toku aprila meseca, otpočele pripreme za organizovanje veoma obimnog posla preseljenja sedišta Odeljenja B. Kasacionog suda u Novom Sadu. Prenos sedišta suda podrazumevao je, ne samo, preseljenje sudske arhive, različitog inventara, nameštaja, već i sudija i sudskog osoblja, kao i članova njihovih porodica u Sombor. Bilo je potrebno napraviti proračun troškova vezanih za selidbu i, potom, o tome obavestiti ministra pravde.

Ministarstvo pravde je, u prepisci sa Odeljenjem B. Kasacionog suda, krajem oktobra meseca 1930. godine, iznelo svoje mišljenje da se pripreme i radovi koje je trebalo obaviti pre konačnog preseljenja mogu obaviti u periodu od nekoliko meseci. S obzirom na to, procena Ministarstva pravde bila je da bi selidbu bilo moguće izvršiti na proleće 1931. godine. O toku i dinamici pripremnih radova bilo je potrebno redovno izveštavati nadležno Ministarstvo, kako bi ministar pravde mogao blagovremeno da donese odgovarajuću uredbu o načinu i vremenu izvršenja selidbe.[39]

Iz dopisa koji je Tehničko odeljenje pri Sreskom načelstvu u Somboru, u decembru 1931. godine, uputilo Opštem odeljenju Kraljevske banske uprave u Novom Sadu saznajemo da su radovi na pripremi prostorija u koje je trebalo da se preseli Odeljenje B. bili završeni krajem aprila meseca iste godine. Pomenuto Tehničko odeljenje je kao nadzorna tehnička vlast u vezi iskorišćavanja banovinskih nekretnina bilo dužno da sazna „te da se već jednom ustanovi, da li će isti (Odeljenje B. Kasacionog suda, prim. G.D) predmetne prostorije uopšte zauzeti, i ako jeste otpr. kada.“.[40] Stoga je od Opšteg odeljenja tražilo da posreduje, stupi u kontakt sa Predsedništvom Odeljenja B. i dobije odgovor. U dopisu predsednika Odeljenja B. Kasacionog suda u Novom Sadu istaknuto je da „Predsedništvu nije moguće izjaviti da li će i kada preuzeti u banovinskoj zgradi u Somboru dodeljene prostorije, pošto Gospodin Ministar Pravde, odgovarajuće propisu §-a 5 Zakona o prenosu sedišta ovog Suda od 30 marta 1930, još nije doneo uredbu o danu i načinu selidbe u Sombor“.[41]

Planirana selidba sedišta Odeljenja B. Kasacionog suda iz Novog Sada u Sombor nije realizovana, te je najviši sud na području Vojvodine svoje sedište imao u Novom Sadu sve do kraja postojanja Kraljevine Ju-

[39] Arhiv Vojvodine, Fond Beogradski Kasacioni sud – Odeljenje B. Novi Sad 1920-1941, Br. Preds. III A 85/1930.

[40] Arhiv Vojvodine, Fond Beogradski Kasacioni sud – Odeljenje B. Novi Sad 1920-1941, Spisi Predsedništva, *Dopis Tehničkog odeljka pri Sreskom načelstvu Sombor Br. 6290/22/XII/1931. Kraljevskoj banskoj upravi /Opštem odeljenju/ Novi Sad*

[41] Arhiv Vojvodine, Fond Beogradski Kasacioni sud – Odeljenje B. Novi Sad 1920-1941, Br. Preds.
III A 2/1932.

goslavije. Podatke o razlozima zbog kojih premeštanje sedišta najvišeg suda na području Vojvodine, i pored sprovedenih priprema i načinjenih kalkulacija nužnih troškova, nije ostvareno nismo pronašli u arhivskoj građi relevantnih arhivskih fondova. Nakon analiziranja sadržine raspoloživih dokumenata stiče se utisak da je, na neki način, dolazilo do prebacivanja odgovornosti između Ministarstva pravde i Predsedništva Odeljenja B, gde je svaka od involviranih strana čekala da suprotna, najpre, završi svoj deo posla i time obezbedi uslove za dalje postupanje.

Sasvim je opravdano zaključiti da su, u dobroj meri, razlozi materijalne prirode doprineli takvom epilogu, naročito ako se uzmu u obzir ukupne društvene prilike i ekonomska kriza koja je tih godina potresala i Kraljevinu Jugoslaviju ostavljajući dubok trag u njenom privrednom sistemu, te koja je direktno uticala na vođenje ekonomske politike.

Osnivanje Odeljenja B. Beogradskog kasacionog suda u Novom Sadu imalo je izuzetan značaj za konsolidaciju pravosudnih prilika na području Vojvodine u periodu između dvaju svetskih ratova. Konstituisanjem najviše sudske instance bila je zaokružena sudska organizacija na području Vojvodine. Kao osnovni zadaci Odeljenja B, od samog početka, istaknuti su: organizovanje pravnog života i koordiniranje aktivnosti u sudstvu na teritoriji svoje nadležnosti, te nastojanje da se pravosuđe u Vojvodini podigne na nivo koji bi odgovarao zahtevima naprednijeg i modernog doba. Da se ostvarivanju navedenih zadataka ozbiljno pristupilo, vidi se i po tome što su nakon nepune dve godine od osnivanja Odeljenja B, shodno odgovarajućoj zakonskoj odredbi, formirana dva veća – građansko i krivično. U skladu s tim udvostučen je broj sudija. To su bili, kako se pokazalo u praksi, osnovni preduslovi neophodni za postizanje navedenih ciljeva i efikasno suđenje.

Odeljenje B. Beogradskog kasacionog suda u Novom Sadu sa uspehom je obavljalo, na teritoriji svoje nadležnosti, sve funkcije propisane Zakonom za jedinstveni Kasacioni sud kao najviše sudsko telo u državi, koji, i pored postojanja odgovarajućih ustavnih i zakonskih pretpostavki, nije bio ustrojen. Tako je, na zahtev Ministarstva pravde, Odeljenje B. davalo svoje mišljenje u pogledu donošenja novih ili izmene postojećih pravosudnih zakona, ali i u vezi ostalih pitanja koja su se odnosila na izjednačenje zakonodavstva. Nastojalo je, takođe, da vršenjem funkcije nadzora nad radom područnih sudova, obezbedi pravilno i jednoobrazno primenjivanje materijalnih i formalnih zakona u okviru funkcionisanja sudske vlasti na području Vojvodine.

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

Department B. of the Court of Cassation in Novi Sad (1920–1941)

Abstract: *Department B. of the Court of Cassation was established in 1920 upon decision of the Ministerial Council of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes.*

Special Regulation on the Organization of the Department B. of the Belgrade Court of Cassation in Novi Sad was passed on September 17, 1920. Department B. of the Court of Cassation in Novi Sad started operations in February 1921.

This judicial body was tasked to adress legal issues, but also to organize legal life in the territory of Vojvodina.

In 1930, a special law was passed which prescribed relocation of seat of the Department B. of the Court of Cassation from Novi Sad to Sombor. The Presidency of the Department B. had responsibility to make the necessary arrangements in order to provide the conditions for the transfer of judges, court staff, their families, and also court inventory.

However, relocation of the seat of the Department B. of the Court of Cassation wasn't conducted. In the archives there is no data on the reasons that had contributed to the fact that the law on relocation of the Department B. wasn't implemented in practice.

Establishment and operation of the Department B. of the Court of Cassation in Novi Sad had a great significance for the consolidation of judicial circumstances in the territory of Vojvodina between the two world wars.

Key words*: Department B. of the Court of Cassation in Novi Sad, territory of Vojvodina, judiciary, Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes, legal particularism.*

Originalni naučni rad 347.65(497.1)
doi:10.5937/zrpfns47-4477

Dr Jelena Vidić Trninić, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu

ODSTUPANJA OD REDOVNIH PRAVILA ZAKONSKOG NASLEĐIVANJA NA PROSTORU BIVŠE SFRJ

(Srbija, Slovenija, Makedonija, Crna Gora, Republika Srpska)[1]

Sažetak: *Pažnja autora usmerena je na naslednopravni položaj koji zakonski naslednici imaju na prostoru bivše SFRJ (Srbija, Slovenija, Makedonija, Crna Gora, Republika Srpska), u slučaju primene korektiva redovnim pravilima nasleđivanja u pojedinim zakonskim naslednim redovima, odnosno u slučaju primene tzv. odstupanja od redovnih pravila zakonskog nasleđivanja. S obzirom na to da srodstvo, brak i vanbračna zajednica, u današnje vreme predstavljaju osnovne pravno relevantne činjenice u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja, a da zakon u ovoj grupi zakonodavstava, nesumnjivo predstavlja češći osnov pozivanja na nasleđivanje od zaveštanja, to je nesporno koliki praktični značaj po naslednopravni položaj zakonskih naslednika, može imati odgovarajući način normiranja određenog broja pitanja, koja se odnose na ovu problematiku, počev od kruga naslednika čiji nasledni deo može biti povećan, odnosno smanjen, te postojanja uzajamnosti u pogledu mogućnosti povećanja, odnosno smanjenja naslednih delova naslednika obuhvaćenim ovom mogućnošću, kao i načina (u smislu vrste naslednopravnih ovlašćenja) i mogućeg obima povećanja, odnosno smanjenja naslednog dela konkretnog naslednika. Analizom načina na koji svako od navedenih prava pristupa regulisanju navedenih pitanja, u radu se nastoji definisati intenzitet i kvalitet promena do kojih, primenom navedenih odstupanja, može doći u naslednopravnom položaju pojedinih zakonskih naslednika, u odnosu na onaj koji oni imaju prema redovnim pravilima zakonskog nasleđivanja u njima, kao i uočiti razlike, ali i slična ili čak istovetna rešenja, prihvaće-*

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

na od ove grupe zakonodavstava prilikom normiranja spomenute materije. Poseban akcenat u radu autor stavlja na prednosti, kao i na izvesne nedostatke, kako domaćih, tako i ostalih važećih zakonskih rešenja koja se odnose na ovu problematiku, te se u smislu donošenja Građanskog zakonika Srbije, zalaže za izvesne promene u pogledu načina regulisanja pojedinih pitanja u domaćem pravu.

Ključne reči: *potomci, roditelji, pobočni srodnici, supružnik, vanbračni partner, povećanje naslednog dela, smanjenje naslednog dela.*

Uvodna razmatranja

U najvećem broju prava Evrope, naslednopravna ovlašćenja zakonskih naslednika nisu promenljiva, imajući u vidu apstraktnost normi zakonskog nasleđivanja u njima, jer iste uzimaju u obzir samo relacije koje postoje između ostavioca i određenog lica – konkretnog srodnika ili supružnika, odnosno vanbračnog partnera, koji konkurišu na nasleđivanje, ostavljajući po strani posebne prilike i potrebe pojedinih naslednika, te u ovim pravima, ostavilac može samo putem zaveštanja uticati na izmenu veličine naslednog dela konkretnog naslednika. Ovo međutim, nije istovremeno i slučaj u određenom, manjem broju prava Evrope, u koja se mogu svrstati prava zemalja bivše SFRJ (Srbija, Slovenija, Makedonija i Crna Gora), kao i pravo Republike Srpske, u kojima je predviđeno postojanje odstupanja od redovnih pravila zakonskog nasleđivanja, u smislu mogućnosti povećanja i smanjenja zakonskih naslednih delova pojedinih naslednika prvog i drugog zakonskog naslednog reda. Od svih novonastalih država, nakon raspada SFRJ, mogućnost izmena naslednopravnog položaja pojedinih zakonskih naslednika u odnosu na onaj položaj koji oni imaju redovnim pravilima zakonskog nasleđivanja, jedino više ne postoji u zakonodavstvu Hrvatske.

Naime, još je savezni Zakon o nasleđivanju iz 1955. godine,[2] uviđajući potencijalnu nepravičnost redovnih pravila zakonskog nasleđivanja, predviđao da imovinsko stanje pojedinih zakonskih naslednika, u konkretnim slučajevima, može imati uticaj na drugačiji raspored zaostavštine, u odnosu na onaj, koji po pravilu i redovno, nastupa prema normama zakonskog nasleđivanja. Razlozi koji su rukovodili saveznog zakonodavca da predvidi mogućnost ovakvih odstupanja, a u određenoj meri i način na koji su ova pitanja bilo normirana u spomenutom zakonu, prihvaćeni su od stra-

[2] *Zakon o nasleđivanju FNRJ (SZON*) donet je 1955. godine, „Službeni list FNRJ“, br. 20/55. „Službeni list SFRJ“, br. 42/65, 47/65.

ne svih kasnije donetih republičkih, odnosno pokrajinskih zakonodavstava, a nakon toga i od strane zakonodavstava spomenutih novonastalih država nakon raspada SFRJ, kao i u zakonodavstvu Republike Srpske.

S obzirom na to da srodstvo, brak i vanbračna zajednica, u današnje vreme predstavljaju osnovne pravno relevantne činjenice u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja, a da zakon u ovoj grupi zakonodavstava, nesumnjivo predstavlja češći osnov pozivanja na nasleđivanje od zaveštanja, to je nesporno koliki praktični značaj po naslednopravni položaj zakonskih naslednika, može imati odgovarajući način normiranja određenog broja pitanja koja se odnose na ovu problematiku, počev od kruga naslednika čiji nasledni deo može biti povećan, odnosno smanjen, te postojanja uzajamnosti u pogledu mogućnosti povećanja, odnosno smanjenja naslednih delova naslednika obuhvaćenim ovom mogućnošću, kao i načina (u smislu vrste naslednopravnih ovlašćenja) i mogućeg obima povećanja, odnosno smanjenja naslednog dela konkretnog naslednika. Stoga, sva spomenuta pitanja predstavljaju predmet analize ovog rada, čiji je cilj definisanje intenziteta i kvaliteta promena do kojih, primenom navedenih odstupanja, može doći u naslednopravnom položaju pojedinih zakonskih naslednika, u odnosu na onaj koji oni imaju prema redovnim pravilima zakonskog nasleđivanja u svakom od ovih prava, kao i uočavanje razlika, ali i sličnih ili čak istovetnih rešenja prihvaćenih od ove grupe zakonodavstava prilikom normiranja spomenute materije. Imajući u vidu činjenicu da je u Srbiji u toku izrada Građanskog zakonika Srbije, to je poseban akcenat u radu stavljen na ukazivanje prednosti, kao i izvesnih nedostataka, kako zakonskih rešenja u našoj zemlji, tako i zakonskih rešenja u ostalim posmatranim zemljama, a u cilju iznalaženja najprihvatljivijih rešenja za domaće pravo.

1. Odstupanja od redovnih pravila zakonskog nasleđivanja u prvom naslednom redu

Osnovna karakteristika naslednopravnog položaja ostaviočevih prvostepenih potomaka i supružnika u svim analiziranim zakonodavstvima[3]

[3] *Zakon o nasleđivanju Srbije* donet je 1995. godine, „Službeni glasnik RS“, br. 46/95. (u daljem tekstu ZON Srbije).

Zakon o izmenama i dopunama Zakona o nasleđivanju SR Slovenije iz 1976. godine, („Uradni list SR Slovenije“, br. 15/76), donet je 2001. godine, „Uradni list RS", br. 67/2001; (u daljem tekstu, prilikom pozivanja na naslednopravne propise u ovom pravu, praviće se razlika između neizmenjenih odredaba ZON-a Slovenije i onih koje su obuhvaćene izmenama i dopunama ovog zakona), tekst zakona videti na internet adresi: http://www.uradni-list.si/1/content?id=32462#!/Zakon-o-spremembah-in-dopolnitvah-zakona-o-dedovanju-(ZD-B).

(u pravima Crne Gore i Slovenije i ostaviočevog heteroseksualnog vanbračnog partnera,[4] a u poslednje spomenutom pravu i njegovog istopolnog vanbračnog partnera)[5], kao zakonskih naslednika prvog naslednog re-

---

Zakon o nasleđivanju bivše jugoslovenske Republike Makedonije donet je 1996. godine, „Službeni vesnik na Republika Makedonija", br. 47/96; (u daljem tekstu ZON Makedonije), tekst zakona videti na internet adresi: http://www.pravo.org.mk.

Zakon o nasljeđivanju Crne Gore donet je 2008. godine, „Službeni list Crne Gore", br. 74/2008; (u daljem tekstu ZON Crne Gore), tekst zakona videti na internet adresi: http://www.sluzbenilist.me/PravniAktDetalji.aspx?tag={4E8FCC1E-3A73-40C4-B53E-45BFE22B9AF6}.

Zakon o nasljeđivanju Republike Srpske donet je 2009. godine, „Službeni glasnik Republike Srpske", br. 1/2009; (u daljem tekstu ZON Republike Srpske), tekst zakona videti na internet adresi: http://www.vladars.net/sr-sp-cyrl/vlada/ministarstva/mpr/Documents/zakon o nasljeđivanju.pdf.

[4] U čl. 9. st. 2-3. ZON-a Crne Gore predviđeno je da se kao zakonski naslednik može pojaviti i heteroseksualni vanbračni partner, koji je u zakonskim naslednim pravima izjednačen sa supružnikom, pod pretpostavkom da je vanbračna zajednica trajala duže vreme, te pod uslovom da nisu postojale smetnje za zaključenje punovažnog braka, dok je čl. 10. st. 2. ZON-a Slovenije predviđeno da samostalni osnov zakonskog pozivanja na nasleđe predstavlja i trajna zajednica života muškarca i žene, odnosno takva životna zajednica koja je trajala duže vreme, pod uslovom da nema razloga zbog kojih bi njihov brak - da su ga zaključili bio nevažeći (odnosno, da u odnosu na takva lica ne postoje bračne smetnje ili zabrane koje bi njihov brak činile nevažećim).

[5] *Zakon o registraciji istopolne partnerske zajednice Slovenije* donet je 2005. godine, „Uradni list RS", br. 65/2005, tekst zakona videti na internet adresi: http://www.uradni-list.si/1/content?id=56999#!/Zakon-o-registraciji-istospolne-partnerske-skupnosti-(ZRIPS). Ovim zakonom u pravu Slovenije došlo je do priznavanja zakonskih naslednih prava istopolnom vanbračnom partneru, koje međutim, nije značilo i njegovo izjednačenje u naslednim pravima sa supružnikom, kao ni sa heteroseksualnim vanbračnim partnerom, s obzirom na to da istopolni vanbračni partner nije mogao konkurisati srodnicima u nasleđivanju celokupne imovine umrlog partnera, već samo na delu zajedničke imovine umrlog partnera, pri čemu su posebnu imovinu umrlog partnera mogli nasleđivati samo njegovi srodnici (v. čl. 22. Zakona o registraciji istopolne partnerske - zajednice). Ovaj zakon, kada je reč o istopolnom vanbračnom partneru, nije upućivao ni na primenu odredaba Zakona o nasleđivanju Slovenije, kojima su normirane mogućnosti - povećanja, odnosno smanjenja naslednih delova naslednika prvog ili drugog naslednog reda. Međutim, Odlukom Ustavnog suda Slovenije iz 2009. godine (Odluka Ustavnog suda Slovenije U-I-425/06-10 - „Uradni list RS", br. 55/2009., internet adresa: http://www.uradni-list.si/1/content?id=93249#!/Odlocba-o-ugotovitvi-da-je-22-clen-Zakona-o-registraciji-istospolne-partnerske-skupnosti-v-neskladju-z-Ustavo() odgovarajuće odredbe Zakona o registraciji istopolne partnerske zajednice, kojima je bilo regulisano nasleđivanje između istopolnih partnera, proglašene su neustavnim, uz obrazloženje da se njima pravi diskriminacija u nasleđivanju istopolnih partnera u odnosu na supružnike, odnosno heteroseksualne vanbračne partnere. Usled toga, nakon navedene odluke, u pogledu nasleđivanja između istopolnih partnera iz registrovanih zajednica, važe ista ona pravila koja se primenjuju i u pogledu nasleđivanja između supružnika, odnosno heteroseksualnih vanbračnih partnera, prema Zakonu o nasleđivanju ove zemlje.

da, kada je reč o redovnim pravilima zakonskog nasleđivanja, ogleda se u njihovom jednakom naslednopravnom položaju. Naime, prema važećim naslednopravnim propisima Srbije, Slovenije, Makedonije, Crne Gore, kao i Republike Srpske, zakonski naslednici prvog naslednog reda su ostaviočevi prvostepeni potomci i njegov supružnik (odnosno, njegov heteroseksualni vanbračni partner u pravu Crne Gore, a u pravu Slovenije njegov heteroseksualni ili istopolni vanbračni partner), pri čemu se veličina naslednog dela supružnika određuje prema broju prvostepenih potomaka ostavioca, koji se, oni sami neposredno ili njihovo potomstvo po principu reprezentacije, pojavljuju u konkretnom slučaju kao zakonski naslednici.[6]

Međutim, normiranje izmena naslednih delova u prvom naslednom redu, u posmatranim zakonodavstvima nije identično. Naime, između posmatranih zakonodavstava postoje odgovarajuće sličnosti, ali i veoma značajne razlike, u pogledu regulisanja određenog broja pitanja, kao što su širina kruga naslednika u korist čijeg naslednog dela, odnosno, na teret čijeg naslednog dela su moguća povećanja, odnosno, smanjenja, te uslova pod kojima su moguća povećanja, odnosno smanjenja naslednih delova, a naposletku i u pogledu regulisanja pitanja načina i obima mogućeg povećanja naslednih delova zakonskih naslednika, čiji nasledni delovi dolaze u obzir da budu povećani. Usled navedenog, naslednopravni položaj naslednika prvog naslednog reda u odnosu na onaj položaj, koji ovi naslednici imaju prema prethodno iznetom redovnom pravilu zakonskog nasleđivanja, u svakom od posmatranih prava, na različit način i u različitoj meri, može biti izmenjen.

1. 1. Povećanje naslednog dela potomaka (jednosmerna odstupanja)

U okviru prvog naslednog reda, odstupanja od redovnih pravila zakonskog nasleđivanja u pravima Srbije i Makedonije su jednosmerna, s obzirom na to, da podrazumevaju samo mogućnost povećanja naslednog dela dece ostavioca, odnosno njihovih potomaka po pravu predstavljanja, te istovremenog smanjenja naslednog dela supružnika, dok mogućnost povećanja naslednog dela supružnika na teret naslednog dela dece, odnosno potomstva ostavioca nije predviđena.

Do smanjenja naslednog dela supružnika može doći u slučaju ispunjenja određenih uslova, koji se odnose na postojanje ostaviočevog deteta

[6] V. čl. 9. st. 1-2. i čl. 10. ZON-a Srbije, čl. 11-12. i čl. 10. st. 2. ZON-a Slovenije, čl. 13-14. ZON-a Makedonije, čl. 11-12. i čl. 9. st. 2-3. ZON-a Crne Gore, kao i čl. 9-10. ZON-a Republike Srpske.

čiji drugi roditelj nije ostaviočev supružnik, te na ukupnu imovinu supružnika za koju je potrebno da je veća od dela koji bi mu pripao pri podeli zaostavštine na jednake delove. Pod ovakvim uslovima, nasledni deo svakog ostaviočevog deteta u pravu Makedonije može biti povećan dva puta,[7] a u pravu Srbije do dva puta, pod pretpostavkom ispunjenja još jednog uslova, koji nije predviđen u pravu Makedonije, a koji se odnosi na sudsku ocenu opravdanosti smanjenja naslednog dela supružnika.[8]

U teoriji su izneta različita shvatanja u pogledu pitanja ispunjenosti uslova za smanjenje naslednog dela supružnika, u slučaju kada ne postoje deca ostavioca, kojima nadživeli supružnik nije drugi roditelj, koja mogu i hoće da naslede, ali postoje potomci ove dece, koji mogu i hoće da naslede. Prema jednom shvatanju, pod pojmom ostaviočevog deteta, treba podrazumevati svakog ostaviočevog potomka, s obzirom na to da drugačije tumačenje nije u skladu sa svrhom, koja se nastoji postići ovom ustanovom, koja još više dolazi do izražaja kada se na nasleđe, po principu reprezentacije, pozivaju potomci ostaviočevog deteta, kome nadživeli supružnik nije drug roditelj.[9] Prema drugom, preovladavajućem shvatanju, smanjenje naslednog dela supružnika, nije moguće, ukoliko ne postoje prvostepeni potomci ostavioca, kojima nadživeli supružnik ostavioca nije drugi roditelj, tako da izraz koji zakon upotrebljava – ostaviočevo dete, treba upravo tako i shvatiti.[10] Formulacija odgovarajućih članova Zakona o nasleđivanju Srbije i Makedonije, u kojima se navodi: „Kada postoji ostaviočevo dete (deca)...“, je prilično jasna i nedvosmislena, te iz nje proizlazi, da je ovaj uslov zaista ispunjen, samo onda, kada se radi o ostaviočevom prvostepenom potomku. Mišljenja smo da ovakvo rešenje nije pravično. Naime, ovakvo zakonsko rešenje dodatno pruža zaštitu nasled-

[7] V. čl. 15. ZON-a Makedonije.

[8] V. čl. 9. st. 3. ZON-a Srbije.

[9] V. u tom smislu: Milan Kreč, Đuro Pavić: Komentar Zakona o nasljeđivanju (sa sudskom praksom), Zagreb, 1964., str. 38.; Mihailo Mitić: „Nasledno pravo bračnog druga“, Glasnik Advokatske komore AP Vojvodine, 1970., br. 7., str. 22. Slično mišljenje izneseno je i u delu makedonske teorije, v. Kiril Čavdar: Komentar na zakonot za nasleduvanjeto, Skoplje, 1996., str. 39.

[10] V. u tom smislu: Oliver B. Antić, Zoran M. Balinovac: Komentar Zakona o nasleđivanju, Beograd, 1996., str. 132.; Oliver Antić: International encyclopaedia of laws – Serbia&Montenegro, Chapter 3., Intestacy, Kluwer Law International, 2006., (gen. ed. R. Blanpain)., str. 170; Dejan B. Đurđević: Određivanje i promena zakonskog naslednog dela, magistarski rad, Beograd, 2001., str. 187-188.; Slobodan N. Svorcan: Nasledna prava bračnog i vanbračnog partnera, Kraljevo, 1999., str. 56.; Borislav T. Blagojević: Nasledno pravo u Jugoslaviji – prava republika i pokrajina, Beograd, 1988., str. 147.; Slavko Marković: Nasledno pravo u Jugoslaviji, Beograd, 1978., str. 109.; Vukašin D. Ristić: Praktikum za nasleđe, Beograd, 2003., str. 15.

nopravnim interesima ostaviočeve dece, koja ne potiču iz braka sa nadživelim supružnikom, polazeći od pretpostavke da je supružnik ostavioca bolje materijalno obezbeđen, da po pravilu, ne živi sa ovakvom decom (koja su mu pastorci) i ne brine se o njima, te da ih u načelu nije dužan ni izdržavati, kao i da ga oni ne mogu, nakon njegove smrti ni nasleđivati. Isti ti argumenti stoje i na strani potomaka vanbračnog deteta ili deteta iz prethodnog braka ostavioca. Ono nije u skladu sa svrhom, koja se nastoji postići ovom ustanovom, jer, kako je to pravilno primećeno u teoriji, isto tako, kao što ne treba dopustiti da prvostepeni potomci ostavioca budu u gorem materijalnom položaju od ostaviočevog supružnika, sa kojim, po pravilu, ne ostaju u životnoj zajednici, tako isto, to ne treba dopustiti, ni u pogledu daljih potomaka, koji se zbog maloletstva, često mogu nalaziti u težoj ekonomskoj situaciji od prvostepenih potomaka.[11]

Drugi uslov, pod pretpostavkom čijeg ispunjenja u oba spomenuta zakonodavstva, može doći do smanjenja naslednog dela supružnika, odnosi se na imovinske prilike nadživelog supružnika. Naime, zahteva se da je imovina supružnika, po vrednosti, veća od naslednog dela, koji bi mu pripao podelom zaostavštine, prema redovnim pravilima zakonskog nasleđivanja, odnosno, podelom zaostavštine na jednake delove. Prilikom procene vrednosti imovine supružnika, ima se uzeti u obzir, kako njegova posebna imovina (ona, koju je supružnik stekao pre zaključenja braka, kao i ona, koju je besteretno stekao za vreme trajanja braka), tako i deo zajedničke imovine, sticane tokom trajanja bračne zajednice života. Ispunjenje ovog uslova, u velikoj meri, zavisi od broja prvostepenih potomaka, te je tako u slučaju većeg broja ovakvih potomaka, veća i mogućnost da ovaj uslov bude ispunjen.[12] Imajući u vidu da je kako u srpskom, tako i u makedonskom zakonodavstvu, predviđeno da imovina supružnika mora biti veća od vrednosti naslednog dela supružnika, to se stoga, ukoliko su navedene vrednosti jednake, ima smatrati da ovaj uslov nije ispunjen, dok, s druge strane i najmanji procenat za koji je imovina nadživelog supružnika veća od dela koji bi on nasledio primenom redovnih pravila zakonskog nasleđivanja, dovodi do primene ove ustanove.[13]

Normiranjem trećeg uslova, koji se odnosi na sudsku ocenu opravdanosti smanjenja naslednog dela supružnika u svakom konkretnom slučaju, u važećem pravu Srbije se nastoji se obezbediti pravičnost u pogledu mo-

[11] V. Milan Kreč, Đuro Pavić: op. cit., str. 38.

[12] V. Slobodan N. Svorcan: Komentar Zakona o nasleđivanju Srbije sa sudskom praksom, Kragujevac, 2004., str. 46.

[13] V. Kiril Čavdar: op. cit., str. 38.

gućnosti izmene naslednih delova, imajući u vidu činjenicu, da bi i pored ispunjenosti prethodno navedenih zakonskih uslova, nadživeli supružnik, u određenim situacijama, mogao biti neopravdano doveden u nepovoljniji naslednopravni položaj. Imajući u vidu da u Zakonu o nasleđivanju Srbije, nisu navedeni nikakvi bliži kriterijumi, koje bi sud imao uzimati u obzir prilikom procene opravdanosti smanjenja naslednog dela supružnika, to se u teoriji sugeriše, da bi sud, trebao uzimati u obzir imovinsko stanje i sposobnost za rad ostavičeve dece i supružnika, uzrast dece, vrednost zaostavštine, stambene potrebe naslednika, kao i dužinu bračne zajednice, između ostavioca i njegovog supružnika.[14] Kako pod pretpostavkom ispunjenja navedenih uslova, nasledni deo svakog ostaviočevog deteta, u zakonodavstvu Srbije može biti povećan do dva puta, iz toga sledi, da sud u domaćem pravu, prilikom odlučivanja o smanjenju naslednog dela supružnika ima dvostruko aktivnu ulogu, koja, najpre dolazi do izražaja prilikom ocene opravdanosti smanjenja naslednog dela supružnika, a u slučaju pozitivnog odgovora na ovo pitanje, i prilikom određivanja konkretnog obima smanjenja naslednog dela supružnika. Ovo nije istovremeno i slučaj u pravu Makedonije, u kojem izostavljanje uslova sudske ocene opravdanosti smanjenja naslednog dela supružnika, zapravo znači izostavljanje bilo kog objektivno proverljivog uslova, koji se tiče ekonomskog stanja i sposobnosti za privređivanje dece, radi čijeg je boljeg obezbeđenja i zaštite, prvenstveno i uspostavljena mogućnost smanjenja naslednog dela supružnika, s obzirom na to da se može desiti da je imovinski položaj dece toliko povoljan, da bi svako smanjenje naslednog dela supružnika, u konkretnom slučaju, bilo neopravdano.[15] Osim činjenice da funkcija suda u ovom pravu ne podrazumeva ocenu opravdanosti smanjenja naslednog dela supružnika, ona se uz to svodi i na računsko izračunavanje, istovetno u svakom slučaju, koje stoga, po našem mišljenju, u velikom broju situacija može dovesti do neopravdanog smanjenja naslednog dela supružnika.

Prema naslednopravnim propisima oba zakonodavstva, usled smanjenja naslednog dela supružnika dolazi do srazmernog povećanja naslednog dela bilo kog ostaviočevog deteta, dakle, ne samo vanbračnog, odno-

[14] V. Borislav T. Blagojević: op. cit., str. 148.; Dejan B. Đurđević: op. cit., str. 192.; Nataša Stojanović: „Krvni srodnici ostavioca kao naslednici prvog zakonskog naslednog reda“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. XXXVIII-XXXIX za 1998-1999. godinu, str. 61.

[15] U teoriji se navodi da je primera radi, moguće da ostavilac ima preko sedamdeset godina, a da njegovo dete, čiji drugi roditelj nije nadživeli bračni drug, može imati oko pedeset godina i biti veoma dobrog imovnog stanja, u kom slučaju, sud neće doneti odluku o smanjenju naslednog dela bračnog druga. V. Oliver B. Antić, Zoran M. Balinovac: op. cit., str. 132.

sno deteta iz prethodnog braka, već i deteta, koje potiče iz ostaviočevog braka sa nadživelim supružnikom, a imajući u vidu naslednopravne posledice potpunog usvojenja u ovim pravima, i do povećanja naslednog dela ostaviočevog usvojenika iz potpunog usvojenja.[16] Navedeno povećanje obuhvata i one potomke ostavioca, koji se, po pravu reprezentacije, pozivaju na mesto bilo kog ostaviočevog deteta, pa i usvojenika iz potpunog usvojenja. S obzirom na to, da su, kako u pravu Srbije, tako i u pravu Makedonije, usvojenik iz nepotpunog usvojenja i njegovi potomci, naslednici usvojioca iz nepotpunog usvojenja, to se, po našem mišljenju i veličina njihovog naslednog dela, određuje po pravilima koja važe za usvojiočevu prirodnu decu i njihove potomke. To znači, da ishodovano smanjenje naslednog dela supružnika, dovodi i do povećanja naslednog dela ostaviočevog usvojenika iz nepotpunog usvojenja, a njegovih potomaka, primenom principa reprezentacije.[17] Međutim, treba naznačiti da je povećanje naslednog dela usvojenika iz nepotpunog usvojenja moguće, samo ukoliko usvojeniku iz nepotpunog usvojenja, usvojilac, koji se pojavljuje, kao ostavilac nije potpuno isključio nasledna prava, u momentu zasnivanja usvojenja, dok smo u slučaju, kada su ovakvom usvojeniku nasledna prava, bila samo ograničena, mišljenja da bi se povećanje njegovog zakonskog naslednog dela, moglo vršiti u odnosu na onaj nasledni deo, koji bi ovakvom usvojeniku trebao pripasti, uzimajući u obzir obim umanjenja, odnosno ograničenja njegovih naslednih prava. Ovo proizlazi, iz činjenice, prema kojoj usvojenik iz nepotpunog usvojenja, kojem su nasledna prava ograničena, nasleđuje usvojioca na onom delu zaostavštine, koji je srazmeran njegovim naslednim pravima.

1.2. Povećanje naslednog dela potomaka i supružnika, odnosno vanbračnog partnera (dvosmerna odstupanja)

Postojanje dvosmernih odstupanja u prvom zakonskom naslednom redu karakteristično je za sva ostala posmatrana zakonodavstva. Tako je u pravu Slovenije predviđena mogućnost povećanja naslednog dela dece ili usvojenika iz potpunog usvojenja, te bilo kog potomka, pa i potomaka usvojenika iz potpunog usvojenja na teret naslednog dela supružnika, odnosno heteroseksualnog ili istopolnog vanbračnog partnera,[18] kao i

[16] V. čl. 9. st. 3. u vezi sa čl. 34. st. 1. ZON-a Srbije i čl. 15. u vezi sa čl. 4. st. 1. ZON-a Makedonije.

[17] V. čl. 9. st. 3. u vezi sa čl. 35. st. 1. ZON-a Srbije i čl. 15. u vezi sa čl. 23. st. 2. ZON-a Makedonije.

[18] Kako je to navedeno u prethodnim izlaganjima, nakon spomenute Odluke Ustavnog suda Slovenije iz 2009. godine, u pogledu nasleđivanja između istopolnih partnera iz

mogućnost povećanja naslednog dela supružnika ili vanbračnog partnera ostavioca na teret naslednog dela dece ili usvojenika iz potpunog usvojenja, odnosno bilo kog potomka, pa i potomaka usvojenika iz potpunog usvojenja, sve ovo, uz uslov nemanja nužnih sredstava za život na strani onog ko postavlja zahtev, s tim što prilikom odlučivanja o navedenom zahtevu, sud treba da uzme u obzir i imovinske prilike i sposobnost za privređivanje svih naslednika, kao i vrednost zaostavštine, ali i sve druge okolnosti svakog konkretnog slučaja. Specifičnost zakona predstavljaju uvedeni dopunski korektivi između samih potomaka kao naslednika, prema kojima do povećanja naslednog dela bilo kog potomka ostavioca, pa i njegovog usvojenika iz potpunog usvojenja ili njegovih potomaka, može doći i na teret naslednog dela nekih ili svih ostalih potomaka koji konkurišu u nasleđivanju. Na ovaj način, usled povećanja naslednog dela bilo kog od naslednika prvog naslednog reda, može doći do smanjenja naslednog dela samo nekih ili svih ostalih naslednika koji su u konkretnom slučaju pozvani na nasleđivanje, pri čemu obim smanjenja naslednih delova pojedinih naslednika ne mora biti isti. Sud može odlučiti, a u slučaju kada je vrednost zaostavštine tako mala da bi usled njene podele došlo do zapadanja u oskudicu onog ko je postavio zahtev, da isti nasledi celu zaostavštinu, nezavisno od toga o čijem zahtevu se radi.[19]

Uslov, pod pretpostavkom čijeg ispunjenja može doći do povećanja naslednog dela zakonskih naslednika prvog naslednog reda, u pravu Republike Srpske, kao što je to slučaj i u pravu Slovenije, odnosi se na imovinsko stanje naslednika u čiju korist do navedenog povećanja treba da

---

registrovanih zajednica, važe u potpunosti ista pravila koja se primenjuju i u pogledu nasleđivanja između supružnika, odnosno heteroseksualnih vanbračnih partnera, prema Zakonu o nasleđivanju ove zemlje, pa time i pravila o mogućnosti izmena naslednog dela.

[19] V. čl. 5. Zakona o izmenama i dopunama ZON-a SR Slovenije iz 2001. godine, kojim se menja čl. 13. ZON-a SR Slovenije iz 1976. godine, u vezi sa čl. 21. st. 1. ZON-a Slovenije. U teoriji se navodi da je slovenački zakonodavac prilikom izmene ranijeg zakonskog rešenja ove zemlje, a prema kojem je u okviru prvog naslednog reda moglo doći samo do povećanja naslednog dela dece, na način koji je sličan onom koji postoji prema važećim zakonskim rešenjima Srbije, Makedonije i Crne Gore, uzeo u obzir razloge pravičnosti. Tako se u prilog postojećeg zakonskog rešenja navodi činjenica da iza ostavioca, barem po pravilu, ne ostaju deca, koja su maloletna i neobezbeđena, već deca, koja se često nalaze u životnoj dobi, u kojoj su već ostvarili uslove egzistencije, često i uz znatnu pomoć ostavioca, te nekada dodatni izvori izdržavanja mogu biti potrebniji supružniku ostavioca, nego deci, kao i činjenica da je moguće da iza ostavioca ostane bilo koji potomak ostavioca (primera radi, maloletni unuk ostavioca, kojem su roditelji umrli), koji se nalazi u prilici nemanja nužnih sredstava za život, dok su svi ostali naslednici ili neki od naslednika prvog naslednog reda, dobrog imovnog stanja. V. Karel Zupančič: Dedovanje z uvodnimi pojasnili prof. dr Karla Zupančiča, Ljubljana, 2005., str. 51-52.

dođe, te se ogleda u nemanju nužnih sredstava za život na strani ovakvog lica, pri čemu prilikom odlučivanja o navedenom zahtevu, sud treba da uzme u obzir i imovinske prilike i sposobnost za privređivanje svih naslednika, vrednost zaostavštine, trajanje bračne zajednice, ali i sve druge okolnosti svakog konkretnog slučaja. Međutim, krug zakonskih naslednika u čiju korist može doći do povećanja naslednog dela, razlikuje se od načina na koji je ovaj krug određen u pravu Slovenije. Naime, prema važećim naslednopravnim propisima Republike Srpske, povećanje naslednog dela u okviru prvog zakonskog naslednog reda, moguće je, s jedne strane, u korist supružnika ostavioca, dok s druge strane, ono nije moguće u korist bilo kog potomka ostavioca, već isključivo u korist prvostepenih potomaka ostavioca, a time i u korist njegovog usvojenika iz potpunog usvojenja ili usvojenika iz nepotpunog usvojenja kojem nasledna prava nisu bila isključena, a ukoliko su bila ograničena, onda, u odnosu na onaj nasledni deo koji bi ovakvom usvojeniku trebao pripasti, uzimajući u obzir obim umanjenja, odnosno ograničenja njegovih naslednih prava. Pritom, dok smanjenje naslednog dela supružnika ostavioca može ići samo u korist naslednog dela prvostepenih potomaka ostavioca, dotle, nasledni deo supružnika može biti povećan na teret naslednog dela bilo kog potomka ostavioca. Slično naslednopravnim propisima Slovenije, i u pravu Republike Srpske predviđeni su dopunski korektivi između samih prvostepenih potomaka kao zakonskih naslednika, prema kojima do povećanja naslednog dela bilo kog deteta ostavioca, a time i njegovog usvojenika iz potpunog ili nepotpunog usvojenja, može doći i na teret naslednog dela nekih ili svih ostalih prvostepenih potomaka koji konkurišu u nasleđivanju.[20] Iz prethodno iznetog načina regulisanja naslednopravnih ovlašćenja zakonskih naslednika prvog naslednog reda, proizlazi da usled povećanja naslednog dela supružnika, može doći do smanjenja naslednog dela samo nekih ili svih ostalih naslednika prvog naslednog reda koji su u konkretnom slučaju pozvani na nasleđivanje, u istoj ili različitoj meri, dok usled povećanja naslednog dela deteta/dece ostavioca, može doći do smanjenja naslednog dela supružnika ostavioca ili smanjenja naslednog dela nekog drugog deteta/dece ostavioca, te naposletku, kako do smanjenja naslednog dela supružnika, tako i do smanjenja naslednog dela ostaviočeve dece, ili eventualno, samo nekih od njih – u jednakoj ili nejednakoj meri. Sud može odlučiti, kada je vrednost zaostavštine tako mala da bi usled njene podele došlo do zapadanja u oskudicu onog ko je postavio zahtev,

[20] O mogućnostima izmena naslednih delova zakonskih naslednika prvog naslednog reda u pravu Republike Srpske v. Oliver Antić: Nasledno pravo, Beograd, 2009., str. 137-138.

da isti nasledi celu zaostavštinu, nezavisno od toga da li se radi o zahtevu supružnika ostavioca ili o zahtevu njegove dece.[21]

Iako i pravo Crne Gore spada u grupu prava koja poznaju dvosmerna odstupanja, odnosno, koja predviđaju mogućnost povećanja naslednog dela kako dece, tako i supružnika ili heteroseksualnog vanbračnog partnera, zakonodavstvo ove zemlje usvaja jedno kombinovano rešenje. U zavisnosti od toga o čijem povećanju naslednog dela se radi, propisani su različiti uslovi za povećanje naslednog dela ostaviočeve dece u odnosu na uslove za povećanje naslednog dela ostaviočevog supružnika ili heteroseksualnog vanbračnog partnera, a uz to i različit način na koji se poboljšanje naslednopravnog položaja može realizovati, u smislu vrste naslednopravnog ovlašćenja.

Tako, nasledni deo supružnika ili heteroseksualnog vanbračnog partnera, može biti smanjen pod potpuno istim uslovima i na isti način, koji je predviđen i u pravu Makedonije. Usled ishodovanog smanjenja naslednog dela supružnika ili heteroseksualnog vanbračnog partnera, do kojeg, dakle, može doći u slučaju postojanja ostaviočeve dece iz prethodnog braka, njegove vanbračne dece, njegovih usvojenika, odnosno, dece koja se po zakonu smatraju da su rođena u braku, doći će do dvostrukog povećanja naslednog dela svakog tog ostaviočevog deteta, odnosno usvojenika ostavioca, u odnosu na nasledni deo supružnika ili heteroseksualnog vanbračnog partnera,[22] pa shodno tome i do povećanja naslednog dela njihovih potomaka, po pravu reprezentacije. S druge strane, do povećanja naslednog dela supružnika ili heteroseksualnog vanbračnog partnera, može doći u situaciji kada on nema nužnih sredstava za život i to na teret naslednog dela bilo kog naslednika koji mu konkuriše u nasleđivanju, što znači i na teret naslednog dela bilo kog potomka ostavioca ili više ovakvih potomaka, u istom ili različitom obimu, pri čemu, prilikom odlučivanja o navedenom zahtevu, sud treba da uzme u obzir i imovinske prilike i sposobnost za privređivanje svih naslednika, trajanje bračne zajednice, vrednost zaostavštine, kao i sve druge okolnosti svakog konkretnog slučaja. Ovo povećanje, po pravilu se ostvaruje ustanovljavanjem doživotnog plodou-

[21] V. čl. 23. i čl. 25. u vezi sa čl. 4. st. 1. i čl. 21. st. 1. ZON-a Republike Srpske.

[22] V. čl. 23. ZON-a Crne Gore. Novom formulacijom ove odredbe, u koju je dodata reč *tom,* tako da odredba glasi ...“svakom *tom* djetetu, odnosno usvojeniku, pripada dva puta veći deo nego supružniku“ bitno je promenjen njen smisao. U teoriji se navodi da se, iako iz ovakve formulacije proističe zaključak da se nasledni deo supružnika ne smanjuje u korist svakog ostaviočevog deteta, već samo one dece kojima nadživeli supružnik ostavioca nije drugi roditelj, ovakvo rešenje ne može prihvatiti, jer povređuje princip ravnopravnosti u nasleđivanju i zabrane ustavne diskriminacije. V. Dejan Đurđević: Osnovi naslednog prava Crne Gore, Podgorica, 2010., str. 113.

živanja na celini ili delu zaostavštine koju nasleđuju potomci ostavioca. Supružnik, odnosno heteroseksualni vanbračni partner i potomci, mogu uvek putem sporazuma preinačiti doživotno uživanje u doživotnu rentu, a ukoliko se prilike zbog kojih je došlo do ustanovljavanja doživotnog uživanja ili rente izmene, sud može na zahtev ostalih naslednika, doživotno uživanje ili doživotnu rentu ukinuti. Međutim, sud na zahtev supružnika, odnosno heteroseksualnog vanbračnog partnera, kada za to postoje opravdani razlozi, može odlučiti da on umesto doživotnog uživanja nasledi i jedan deo onog dela zaostavštine koji bi po zakonu trebalo da naslede potomci. Osim toga, supružnik ili heteroseksualni vanbračni partner ostavioca, može naslediti i celu zaostavštinu i na taj način isključiti iz nasleđivanja sve potomke ostavioca, kao naslednike prvog naslednog reda, kada je ona tako male vrednosti da bi njenom podelom supružnik, odnosno heteroseksualni vanbračni partner zapao u oskudicu.[23]

1.3. Prednosti i nedostaci postojećih zakonskih rešenja

Prethodno izloženi načini regulisanja odstupanja od redovnih pravila zakonskog nasleđivanja pokazali su da je, generalno posmatrano, u pravima Slovenije, Crne Gore i Republike Srpske prisutan jedan širi pristup načinu regulisanja odstupanja od redovnih pravila zakonskog nasleđivanja u prvom naslednom redu, s obzirom na to da u njima postoji kako mogućnost poboljšanja naslednopravnog položaja potomstva ostavioca, tako i mogućnost poboljšanja naslednopravnog položaja supružnika ostavioca, odnosno, u pojedinim od njih i ostaviočevog vanbračnog partnera. U kontekstu razmatranja opravdanosti zakonskih rešenja ovih zemalja, u smislu njihovog doprinosa pravičnosti i funkcionalnosti nasleđivanja, mišljenja smo da je u pravu Slovenije, u odnosu na sva ostala posmatrana prava, pa i u odnosu na prava Crne Gore i Republike Srpske, primetan najširi pristup fleksibilnosti naslednih delova – kako naslednog dela supružnika, odnosno heteroseksualnog ili istopolnog vanbračnog partnera, tako i naslednog dela bilo kog ostaviočevog potomka. Dakle, povećanja, odnosno smanjenja naslednih delova u pravu ove zemlje, moguća su u međusobnim odnosima bilo kojih naslednika koji se u konkretnom slučaju pozivaju na nasleđivanje. Uz to, primetan je i isti pristup načinu regulisanja izmena naslednih delova, s obzirom na to da do njih, nezavisno od toga o čijem povećanju, odnosno smanjenju naslednog dela se radi, može doći na potpuno isti način, odnosno pod potpuno istim uslovima, pa i onda kada se radi o mogućnosti sticanja cele zaostavštine u svojinu. Iz iznetog je

[23] V. čl. 24. ZON-a Crne Gore.

očigledno da cilj koji se želi postići primenom korektiva redovnim pravilima nasleđivanja u prvom zakonskom naslednom redu, u ovom pravu podrazumeva zaštitu imovinskog stanja bilo kog naslednika ovog naslednog reda (uzimanjem u obzir mogućnosti da razlike u imovinskom stanju bilo kog od naslednika prvog naslednog reda koji se u konkretnom slučaju javljaju kao konkurenti na nasleđe mogu biti velike, tako da bi bilo potomci, bilo supružnik, odnosno heteroseksualni ili istopolni vanbračni partner, podelom zaostavštine prema redovnim pravilima zakonskog nasleđivanja mogli zapasti u tešku imovinsku situaciju). Ovaj cilj je, smatramo, prema svakom od naslednika ovog naslednog reda ostvaren na isti, odnosno, podjednak način. Za razliku od prava Slovenije, u pravima Crne Gore i Republike Srpske, prisutan je takav pristup načinu normiranja izmena naslednih delova, koji u određenoj meri preferira naslednopravni položaj supružnika u odnosu na ovakav položaj potomaka. Ovo proizlazi najpre iz činjenice da se u ovim pravima samo pitanje povećanja naslednog dela supružnika (a u pravu Crne Gore i heteroseksualnog vanbračnog partnera), može postaviti uvek kada on konkuriše sa potomcima ostavioca, nezavisno od toga o kom potomku se radi, uz uslov koji se odnosi na nemanje nužnih sredstava za život na strani istog. S druge strane, u pravu Crne Gore, do povećanja naslednog dela niti dece, niti bilo kog daljeg potomka na teret naslednog dela supružnika, odnosno heteroseksualnog vanbračnog partnera, ne može doći na način, odnosno pod uslovom na koji je to omogućeno supružniku, odnosno heteroseksualnom vanbračnom partneru, već samo u slučaju postojanja makar jednog deteta kome nadživeli supružnik ili vanbračni partner ostavioca nije drugi roditelj (zbog čijeg obezbeđenja je u krajnjoj liniji, ova odredba i uneta u spomenuto zakonodavstvo) i pod uslovom da je imovina supružnika, odnosno heteroseksualnog vanbračnog partnera, veća od dela koji bi mu pripao podelom zaostavštine na jednake delove, u kom slučaju će navedeno povećanje obuhvatiti i ostalu ostaviočevu decu, odnosno, njihove potomke, po pravu reprezentacije. Pored toga, dok je obim potencijalnog povećanja naslednog dela dece zakonom precizno određen, u smislu dvostrukog povećanja njihovog naslednog dela u odnosu na nasledni deo supružnika ili heteroseksualnog vanbračnog partnera, pri čemu deca ni pod kakvim uslovima ne mogu steći celu zaostavštinu u svojinu i na taj način isključiti supružnika ili heteroseksualnog vanbračnog partnera iz nasleđivanja, dotle, s druge strane, sud u ovom pravu ima mogućnost da poveća „svojinski“ nasledni deo supružnika ili heteroseksualnog vanbračnog partnera na teret naslednih delova samo nekih ili svih potomaka, u obimu čiji raspon zakonom nije precizno određen, a koji se kao takav može kretati i

do potpunog isključenja iz nasleđivanja svih ostalih naslednika prvog naslednog reda, ukoliko je zaostavština tako male vrednosti da bi njenom podelom supružnik, odnosno heteroseksualni vanbračni partner zapao u oskudicu. Naposletku, favorizovanje naslednopravnog položaja supružnika u odnosu na naslednopravni položaj potomaka ostavioca, u pravu Republike Srpske, proizlazi iz činjenice da zahtev za povećanje naslednog dela ne mogu postaviti bilo koji potomci ostavioca (na teret čijeg naslednog dela može doći do povećanja naslednog dela supružnika), već samo njegovo prvostepeno potomstvo.

U drugoj, manjoj grupi prava, prisutan je znatno uži pristup po pitanju mogućnosti izmena naslednih delova u prvom naslednom redu. Kako smo to videli, osim u pravu Srbije, samo je još u pravu Makedonije, predviđena isključivo mogućnost poboljšanja naslednopravnog položaja potomaka. Uz to, analiza postojećih zakonskih rešenja, pokazala je da se u navedenim pravima, a pored njih još i u pravu Crne Gore, i samom pitanju povećanja naslednog dela potomaka, pristupa na jedan veoma restriktivan način, s obzirom na to da je cilj ovakvih zakonskih rešenja prvenstveno usmeren na obezbeđenje i zaštitu prvostepenih potomaka ostavioca, kojima nadživeli supružnik (ili vanbračni partner u pravu Crne Gore) nije drugi roditelj.

Naime, iako zakonska rešenja poslednje spomenutih prava, s jedne strane, ne dovode do neravnopravnog naslednopravnog položaja ostaviočeve dece koja potiču iz braka sa nadživelim supružnikom (odnosno, iz vanbračne zajednice ostavioca sa nadživelim vanbračnim partnerom koji se pojavljuje kao naslednik, u pravu Crne Gore) u odnosu na naslednopravni položaj one ostaviočeve dece, u slučaju čijeg postojanja može doći do smanjenja naslednog dela supružnika (odnosno, vanbračnog partnera u pravu Crne Gore), ona ipak ne uvažavaju u dovoljnoj meri naslednopravne interese ove dece, pri čemu ih, s druge strane, ponekad i neopravdano privileguju. Prvi zaključak, proizlazi iz činjenice, da do eventualnog poboljšanja naslednopravnog položaja dece ili bilo kog drugog potomka, koji potiče iz braka ostavioca sa nadživelim supružnikom (ili iz vanbračne zajednice sa vanbračnim partnerom koji se pojavljuje kao naslednik, u pravu Crne Gore), može doći samo u slučaju postojanja dece ostavioca, koja ne potiču iz njegovog braka sa nadživelim supružnikom (odnosno, iz vanbračne zajednice sa nadživelim vanbračnim partnerom koji se pojavljuje kao naslednik, u pravu Crne Gore), u kom slučaju će, kako je to spomenuto, ishodovano smanjenje naslednog dela supružnika (odnosno, vanbračnog partnera u pravu Crne Gore), automatski dovesti i do povećanja naslednog dela ostale ostavio-

čeve dece, odnosno njihovih potomaka, što praktično znači da se ovi potomci, mogu samo koristiti ustanovom smanjenja naslednog dela supružnika (odnosno, vanbračnog partnera u pravu Crne Gore), pri čemu, identičan naslednopravni položaj imaju i svi ostali potomci ostavioca, kojima nadživeli supružnik (odnosno, vanbračni partner u pravu Crne Gore) nije drugi predak. Ovo dalje znači da činjenica njihovog imovinskog stanja, ma kako ono bilo nepovoljno, ne može uticati na eventualne izmene njihovog naslednopravnog položaja. Drugi zaključak, proizlazi upravo iz činjenice automatskog povećanja naslednog dela svakog ostaviočevog deteta, odnosno potomka, među kojima, može biti i onih, koji su dobrog imovnog stanja, te koji se mogu nalaziti i u neuporedivo boljim imovinskim prilikama, od onih, u kojima se može nalaziti nadživeli supružnik ostavioca (ili njegov vanbračni partner u pravu Crne Gore), što naročito dolazi do izražaja u pravima Makedonije[24] i Crne Gore, u kojima uslov sudske ocene opravdanosti smanjenja naslednog dela supružnika (odnosno, vanbračnog partnera u pravu Crne Gore), nije ni predviđen kao zakonski uslov primene ovog instituta, a u određenoj meri i u pravu Srbije, imajući u vidu da se sudska ocena opravdanosti smanjenja naslednog dela supružnika u domaćem pravu odnosi samo imovinsko stanje dece, koja ne potiču iz njegovog braka sa nadživelim supružnikom, ali ne i ovakvo stanje ostale dece, odnosno potomaka ostavioca.

Pored navedenih primedbi, smatramo i da konkretne životne okolnosti mogu biti raznovrsne, te da ne moraju uvek odgovarati pretpostavkama, od kojih polazi srpski zakonodavac, prilikom spomenutog načina normiranja izmena naslednih delova u prvom naslednom redu. Tako se pretpostavka, koja se ističe u delu domaće teorije u prilog opravdanosti postojećeg zakonskog rešenja, prema kojoj supružnik ne može zapasti u materijalnu oskudicu, s obzirom na to da mu pripada pravo na deobu zajedničke imovine i pravo na izdvajanje predmeta domaćinstava[25] (koje, uostalom pripada i potomcima, pod uslovom da su sa ostaviocem živeli u zajedničkom domaćinstvu, a ne samo supružniku) ne može prihvatiti bez izuzetka, kao što ni pretpostavka o bliskosti odnosa između supružnika i njegovih sopstvenih potomaka, kao naslednika prvog naslednog reda, ne predstavlja pravilo, od kojeg ne postoje izuzeci, posebno, u vremenu u kome živimo. Može se desiti da, kako je to pravilno primećeno

[24] O neopravdanosti ovakvog zakonskog rešenja i neophodnosti njegove izmene u pravu Makedonije v. Ljiljana Spirovik Trpenovska, Dejan Mickovik, Angel Ristov: Naslednoto pravo vo Republika Makedonija, Skoplje, 2010., str. 87.

[25] V. Oliver B. Antić, Zoran M. Balinovac: op. cit., str. 130.

u delu slovenačke literature, razlike u imovinskom stanju nadživelog supružnika i dece ostavioca, nezavisno od toga iz kog ostavočevog braka potiču, budu velike, te da tako iza ostavioca, ostane neobezbeđen supružnik, koji nema nužnih sredstava za život (iza ostavioca, barem po pravilu, ne ostaju deca, koja su maloletna i neobezbeđena, već deca, koja će se najčešće nalaziti u životnoj dobi, u kojoj su već ostvarili uslove egzistencije, često i uz znatnu pomoć ostavioca, te nekada dodatni izvori izdržavanja mogu biti potrebniji supružniku ostavioca, nego deci), kao što je moguće da iza ostavioca, ostane bilo koji potomak ostavioca (primera radi, maloletni unuk ostavioca, kojem su roditelji umrli), koji se nalazi u prilici nemanja nužnih sredstava za život, dok su svi ostali naslednici ili neki od naslednika prvog naslednog reda, dobrog imovnog stanja. Iz napred iznetih razloga, smatramo da bi širi pristup fleksibilnosti zakonskih naslednih delova, koji bi podrazumevao pravo bilo supružnika, bilo potomaka, dakle, bilo kog naslednika prvog naslednog reda, koji se u konkretnom slučaju poziva na nasleđivanje, a koji nema nužnih sredstava za život, da traži povećanje svog naslednog dela, na podjednak način, omogućilo uzimanje u obzir posebnih imovinskih i ličnih prilika i potreba svakog od njih.

Iz svih napred iznesenih razloga, smatramo izvesnim propustom to što je Prednacrt Građanskog zakonika Srbije,[26] zadržao postojeće rešenje o krugu naslednika čiji nasledni deo može biti izmenjen, te o načinu i uslovima izmena naslednih delova u prvom naslednom redu. Mišljenja smo da bi trebalo dozvoliti mogućnost da supružnik ostavioca, koji nema nužnih sredstava za život, kada konkuriše sa potomcima, pa makar se radilo i o njegovim sopstvenim potomcima, može zahtevati povećanje svog naslednog dela, na teret naslednog dela svih potomaka ili samo nekih od njih, u zavisnosti od procene okolnosti konkretnog slučaja. Ovakvo povećanje moglo bi se ostvarivati putem prava doživotnog uživanja, na uvećanom delu ili celoj zaostavštini, a sporazumom naslednika, doživotno uživanje bi moglo biti preinačeno u doživotnu rentu, pri čemu bi isto moglo biti i ukinuto, usled izmenjenih okolnosti. Ovakvu mogućnost, smatramo opravdanom, između ostalog i zbog toga što supružnici, jedini od svih naslednika, provode život u efektivnoj zajednici uzajamnog pomaganja i izdržavanja, sve do smrti jednog od njih.[27] Na potpuno isti način, smatramo da bi treba-

[26] Tekst Prednacrta Građanskog zakonika Srbije, četvrta knjiga – nasleđivanje v. na internet adresi: http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/

[27] U našoj teoriji bilo je pokušaja da se ukaže da bi trebalo utvrditi uslove za povećanje naslednog dela supružnika u prvom naslednom redu. U tom smislu v. Vladislav Đorđević: Nasleđivanje bračnih drugova, Beograd, 1988., str. 59-61.

lo dozvoliti i mogućnost povećanja naslednog dela bilo kog potomka ostavioca (nezavisno od toga da li je reč o vanbračnom potomku, potomku iz prethodnog braka ili potomku koji potiče iz braka ostavioca sa nadživelim supružnikom koji se pojavljuje kao naslednik, te nezavisno od toga o potomku kog stepena srodstva se radi, kao što je to slučaj u slovenačkom pravu), a koji se nalazi u prilici nemanja nužnih sredstava za život, na teret naslednog dela supružnika i (ili) na teret naslednog dela sve ostale dece, odnosno ostalih potomaka ili samo nekih od njih, koji mu konkurišu u nasleđivanju, a koji su, primera radi, dobrog imovnog stanja.[28] Ovakve promene bi, dakle, za osnov, trebale da imaju nedostatak nužnih sredstava za život naslednika prvog naslednog reda, a uz njih i sledeće kriterijume: uzrast naslednika, njihovo zdravstveno stanje, obrazovni profil, imovinske prilike, sposobnost za privređivanje i vrednost zaostavštine.[29]

2. Odstupanja od redovnih pravila zakonskog nasleđivanja u drugom naslednom redu

U svim posmatranim zakonodavstvima, zakonski nasledni deo supružnika (odnosno heteroseksualnog vanbračnog partnera u pravima Crne Gore i Slovenije, a u poslednje navedenom pravu i istopolnog vanbračnog partnera) u konkurenciji sa roditeljima ostavioca ili u konkurenciji sa potomcima roditelja, kao zakonskih naslednika drugog naslednog reda, fiksno je određen i iznosi 1/2 zaostavštine, dok se preostala polovina zaostavštine deli između spomenutih srodnika. Dokle god ima srodnika iz drugog naslednog reda i među njima postoji makar jedan koji može i hoće da bude naslednik, supružnik ostavioca (odnosno njegov heteroseksualni vanbračni partner u pravima Crne Gore i Slovenije, a u poslednje spomenutom pravu i njegov istopolni vanbračni partner) nasleđuje 1/2 zaostavštine i nema nikakvo nasledno pravo prema drugoj polovini zaostavštine. Međutim, ako nema nijednog takvog srodnika, supružnik osta-

[28] U ovom smislu, u domaćoj teoriji, već su izneti odgovarajući predlozi, prema kojima bi se mogućnost povećanja naslednih delova, bilo kog naslednika prvog naslednog reda, u našem pravu mogla ostvarivati po ugledu na postojeće pravno regulisanje u drugom naslednom redu, odnosno putem konstituisanja prava doživotnog uživanja. V. Slobodan Svorcan: „Sticanje svojine i plodouživanja putem nasleđivanja – naslednopravni položaj bračnog druga“, Pravni život, br. 10/96, str. 100-102.; Nataša Stojanović: op. cit., str. 63-65.

[29] U tom smislu v. Nataša Stojanović: op. cit., str. 64. I od strane dela makedonske teorije, predlažu se odgovarajuće izmene Zakona o nasleđivanju ove zemlje, a prema kojima bi trebalo dozvoliti, kako supružniku, tako i bilo kom potomku, da u situaciji kada nemaju nužnih sredstava za život i nesposobni su za rad, postave zahtev za povećanje svog naslednog dela. V. u tom smislu: Ljiljana Spirovik Trpenovska, Dejan Mickovik, Angel Ristov: op. cit., str. 105-106.

vioca (ili heteroseksualni vanbračni partner ostavioca u pravu Crne Gore, odnosno heteroseksualni ili istopolni vanbračni partner ostavioca u pravu Slovenije), može naslediti celu zaostavštinu, isključujući iz nasleđivanja srodnike ostavioca kao potencijalne naslednike daljih naslednih redova.[30]

Za razliku od načina normiranja izmena naslednih delova naslednika prvog zakonskog naslednog reda, koji, kako smo to videli, u svakom od analiziranih prava može dovesti do različitih posledica u međusobnim naslednopravnim odnosima naslednika ovog naslednog reda, način normiranja izmena naslednih delova naslednika drugog naslednog reda, u njima je u velikoj meri sličan, u većini prava čak identičan, kako po pitanju kruga naslednika u korist čijeg naslednog dela, odnosno, na teret čijeg naslednog dela su moguća povećanja, odnosno, smanjenja, tako i pogledu pitanja uslova pod kojima su moguća ova povećanja, odnosno smanjenja, a naposletku i u pogledu pitanja načina i obima mogućeg povećanja naslednih delova zakonskih naslednika, čiji nasledni delovi dolaze u obzir da budu povećani. Izuzetak od navedenog, predstavlja važeće pravo Srbije, u kojem je koncepcija odstupanja od redovnih pravila zakonskog nasleđivanja u drugom naslednom redu u odnosu na sva ostala analizirana prava postavljena na jedan širi način, posmatrano sa aspekta kruga naslednika u čijim međusobnim odnosima postoje mogućnosti izmena naslednih delova, pri čemu je posmatrano sa aspekta načina realizacije poboljšanja naslednopravnog položaja zakonskih naslednika obuhvaćenih ovim mogućnostima, u odnosu na najveći broj prava koja su predstavljala predmet analize, ona postavljena na drugačiji način.

2.1. Povećanje naslednog dela supružnika, odnosno vanbračnog partnera

U svim posmatranim zakonodavstvima, odstupanja od redovnih pravila zakonskog nasleđivanja u drugom naslednom redu, ogledaju se u mogućnosti povećanja naslednog dela supružnika (u pravima Crne Gore i Slovenije i heteroseksualnog vanbračnog partnera, a u poslednje spomenutom pravu i istopolnog vanbračnog partnera) na teret naslednog dela ostalih naslednika ovog naslednog reda. Osnovni uslov, u izvesnom smislu preduslov povećanja naslednog dela supružnika ostavioca, koji je predviđen u svim analiziranim pravima, osim u pravu Slovenije, ogleda se u nemanju nužnih sredstava za život na strani ovog lica. Ispunjenost nemanja nužnih sredstava za život, kao bitnog prethodnog uslova za po-

[30] V. čl. 12. st. 1-2. i čl.15. ZON-a Srbije, čl. 14. st. 1-2. i čl. 17. ZON-a Slovenije, čl. 16. st. 1-2. i čl. 19. ZON-a Makedonije, čl. 13. st. 1-2. i čl. 16. ZON-a Crne Gore, kao i čl. 11. st. 1-2. i čl. 14. ZON-a Republike Srpske.

većanje naslednog dela supružnika ostavioca, na teret naslednog dela ostalih naslednika drugog naslednog reda, procenjuje se nakon što se na vrednost imovine, koju je on imao u momentu smrti ostavioca, doda vrednost njegovog naslednog dela, koji iznosi polovinu zaostavštine, imovina, koja je dobijena podelom bračne tekovine, kao i predmeti domaćinstva manje vrednosti.[31] I ostale okolnosti koje sud ima uzeti u obzir prilikom odlučivanja o celishodnosti ovakvog zahteva, te na osnovu kojih će odrediti na teret delova kojih naslednika i u kom obimu će se sastojati povećanje naslednog dela supružnika, normirane su na isti način i odnose se na imovinsko stanje i sposobnost za privređivanje supružnika (u pravima Crne Gore i Slovenije i heteroseksualnog vanbračnog partnera, a u poslednje spomenutom pravu i istopolnog vanbračnog partnera) i ostalih naslednika, dakle, srodnika ostavioca na teret čijeg naslednog dela treba da dođe do spomenutog povećanja, vrednost zaostavštine, a u pravima Srbije, Republike Srpske i Crne Gore i na trajanje bračne zajednice, a time i heteroseksualne vanbračne zajednice, u poslednje spomenutom pravu.[32]

U pravu Srbije ovo povećanje se po pravilu ostvaruje ustanovljavanjem doživotnog plodouživanja u korist supružnika, na celini ili delu zaostavštine koju nasleđuju roditelji ostavioca ili njihovi potomci, kao zakonski naslednici drugog naslednog reda, dok u pravu Crne Gore, ustanovljavanje doživotnog plodouživanja u korist supružnika ili heteroseksualnog vanbračnog partnera ostavioca, predstavlja jednu od zakonskih mogućnosti, s obzirom na to da sud u pravu ove zemlje, na

[31] V. u tom smislu: Borislav T. Blagojević, Oliver B. Antić: Nasledno pravo, Beograd, 1991., str. 172.; Oliver Antić: International encyclopaedia of laws – Serbia&Montenegro, Chapter 3., Intestacy, Kluwer Law International, 2006., (gen. ed. R. Blanpain)., str. 173; Dejan B. Đurđević: Određivanje i promena zakonskog naslednog dela, magistarski rad, Beograd, 2001., str. 211.; Vladislav Đorđević: op. cit., str. 63.; Kosta Mesarović: Posebni instituti Zakona o nasleđivanju kojima se uređuje nasledničkі položaj bračnog druga, Glasnik Advokatske komore AP Vojvodine, br. 1/1968;, str. 14-15.

[32] V. čl. 23. st. 1. i 3. ZON-a Srbije, čl. 23. st. 2. ZON-a Slovenije, čl. 27. st. 1-2. ZON-a Makedonije, čl. 24. st. 1. i 3. ZON-a Crne Gore, kao i čl. 25. st. 1-2. ZON-a Republike Srpske. Tako se u teoriji navodi primer prema kojem, ukoliko supružnik konkuriše na nasledstvo sa dva brata ostavioca, pri čemu jedan od njih ima minimalna sredstva za život i povremeno dobiva socijalnu pomoć, dok je drugi dobrog imovnog stanja i sposoban za rad, sud će dozvoliti povećanje naslednog dela supružnika samo na teret naslednog dela brata koji je dobrog imovnog stanja. V. u tom smislu: Kiril Čavdar: op. cit., str. 61. Opširnije o povećanju naslednog dela supružnika u drugom naslednom redu u pravima Makedonije i Slovenije v. Kiril Čavdar: op. cit., str. 61-63.; Karel Zupančič: op. cit., str. 53.

zahtev supružnika, odnosno heteroseksualnog vanbračnog partnera, kada za to postoje opravdani razlozi, može odlučiti da on umesto doživotnog uživanja nasledi u svojinu i jedan deo od onog dela zaostavštine koji bi po zakonu trebalo da naslede naslednici drugog naslednog reda. U oba prava supružnik (odnosno, heteroseksualni vanbračni partner u pravu Crne Gore) i roditelji ostavioca, odnosno njihovi potomci, mogu putem sporazuma preinačiti doživotno uživanje u doživotnu rentu, a ukoliko se prilike zbog kojih je došlo do ustanovljavanja doživotnog uživanja ili rente izmene, sud može na zahtev ostalih naslednika, doživotno uživanje ili doživotnu rentu ukinuti.[33] Osim toga, naslednopravnim propisima obe zemlje, predviđeno je i pravilo prema kojem supružnik (ili heteroseksualni vanbračni partner ostavioca u pravu Crne Gore) može naslediti i celu zaostavštinu i na taj način isključiti iz nasleđivanja sve srodnike ostavioca, kao naslednike drugog naslednog reda, kada je ona tako male vrednosti da bi njenom podelom on zapao u oskudicu.[34]

Za razliku od prava Srbije i Crne Gore, u pravima Makedonije, Republike Srpske i Slovenije, povećanje naslednog dela supružnika, a u poslednje spomenutom pravu i povećanje naslednog dela vanbračnog partnera (heteroseksualnog ili istopolnog), ne može se nikada ostvarivati ustanovljavanjem doživotnog plodouživanja u njegovu korist, već isključivo nasleđivanjem u svojinu još nekog dela od onog dela zaostavštine, koja bi prema redovnim pravilima zakonskog nasleđivanja trebala da pripadne srodnicima drugog naslednog reda, koji su u konkretnom slučaju pozvani na nasleđivanje. I u ovim pravima, predviđeno je pravilo prema kojem, ukoliko je zaostavština tako male vrednosti da bi njenom podelom zapao u oskudicu, supružnik ostavioca, a u pravu Slovenije i njegov vanbračni partner (heteroseksualni ili istopolni), može naslediti i celu zaostavštinu u svojinu.[35]

---

[33] V. čl. 23. st. 1. i čl. 25. st. 1-2. ZON-a Srbije, kao i čl. 24. st. 1-2. i st. 4-5. ZON-a Crne Gore.

[34] V. čl. 23. st. 2. ZON-a Srbije i čl. 24. st. 2. ZON-a Crne Gore. U delu teorije, povećanje naslednog dela supružnika koje se u pravu Crne Gore ostvaruje u vidu doživotnog plodouživanja na celini ili delu zaostavštine koju nasleđuju naslednici ili u vidu sticanja alikvotnog dela zaostavštine koji bi trebalo da naslede naslednici, zove se malo povećanje naslednog dela supružnika, dok se velikim povećanjem njegovog naslednog dela, naziva povećanje naslednog dela koje se realizuje sticanjem celokupne zaostavštine u svojinu. V. u tom smislu: Dejan Đurđević: Osnovi naslednog prava Crne Gore, Podgorica, 2010., str. 114-117.

[35] V. čl. 27. st. 1. ZON-a Makedonije, čl. 25. st. 1. ZON-a Republike Srpske, kao i čl. 23. st. 1. ZON-a Slovenije. O povećanju naslednog dela supružnika u pravu Republike Srpske v. Oliver Antić: Nasledno pravo, Beograd, 2009., str. 138.

2.2. Povećanje naslednog dela roditelja i njihovih potomaka

U svim pravima koja predstavljaju predmet analize, mogućnost povećanja naslednog dela supružnika (u pravima Crne Gore i Slovenije i heteroseksualnog vanbračnog partnera, a u poslednje spomenutom pravu i istopolnog vanbračnog partnera) na račun naslednih delova srodnika drugog naslednog reda, praćena je i mogućnošću smanjenja njegovog naslednog dela, a u korist naslednih delova roditelja ostavioca. Preduslov za ovo povećanje, ogleda se u nemanju nužnih sredstava za život na strani roditelja, pa ukoliko je on ispunjen, te pored njega uzete u obzir i sve druge zakonom propisane okolnosti o kojima treba voditi računa prilikom odlučivanja o ovakvom zahtevu, kao što su imovno stanje i sposobnost za privređivanje roditelja, supružnika (u pravima Crne Gore i Slovenije i heteroseksualnog vanbračnog partnera, a u poslednje spomenutom pravu i istopolnog vanbračnog partnera), te potomaka umrlog roditelja (odnosno, potomaka roditelja koji ne može ili neće da nasledi, u pravu Srbije), vrednost zaostavštine, a u pravima Srbije i Crne Gore, još i dužina trajanja zajednice života između ostavioca i supružnika (odnosno, heteroseksualnog vanbračnog partnera u poslednje spomenutom pravu),[36] sud će odrediti na teret delova kojih naslednika i u kom obimu će se sastojati povećanje naslednog dela roditelja. Ispunjenost spomenutog preduslova u svim posmatranim pravima, u situaciji, kada oba roditelja traže povećanje svog naslednog dela, na teret naslednog dela supružnika, ocenjuje se dodavanjem vrednosti njihove zajedničke imovine i posebne imovine, koju ima svaki od roditelja, vrednosti njihovog naslednog dela, koji ukupno iznosi polovinu zaostavštine, ali ovo, samo u slučaju kada između ostaviočevih roditelja postoji zajednica života. Dakle, kada se oba roditelja pojavljuju kao naslednici, a zajednica života između njih postoji, roditelji se tretiraju kao jedna celina, tako da se ne može smatrati da je kod njih ispunjen uslov nemanja nužnih sredstava za život, ako ta sredstva postoje makar kod jednog od njih.[37]

---

[36] V. čl. 31. st. 1. i čl. 32. ZON-a Srbije, čl. 24. st. 1. i st.4. ZON-a Slovenije, čl. 28. st. 1. i st. 4. ZON-a Makedonije, čl. 26. st. 1. i st. 5. ZON-a Crne Gore, kao i čl. 26. st. 1. i st. 4. ZON-a Republike Srpske.

[37] V. Borislav T. Blagojević: op. cit., str. 162.; Milan Kreč, Đuro Pavić: op. cit., str. 68-69.; Slobodan Svorcan: „Nasledno-pravni položaj ostaviočevih roditelja u našem pravu“, Pravni život, Beograd, 1998., br. 10., str. 437. U teoriji je izneto mišljenje, da se u situaciji kada između roditelja postoji zajednica života, čak i u slučaju, kada jedan od roditelja neće ili ne može (zbog nedostojnosti) da nasledi, procena ispunjenosti uslova nemanja nužnih sredstava za život, na strani roditelja koji hoće i može da nasledi, ima vršiti u skladu sa ukupnim imovinskim prilikama i sposobnošću za privređivanje oba

U pravu Srbije ovo povećanje se po pravilu ostvaruje ustanovljavanjem doživotnog plodouživanja u korist roditelja, na celini ili delu zaostavštine koju nasleđuje supružnik ostavioca, dok u pravu Crne Gore, ustanovljavanje doživotnog plodouživanja u korist roditelja ostavioca, predstavlja jednu od zakonskih mogućnosti realizacije povećanja njihovog naslednog dela, s obzirom na to da sud može odlučiti da se ono, umesto u vidu doživotnog uživanja, realizuje u vidu nasleđivanja i nekog dela od onog dela zaostavštine koji bi trebalo da nasledi supružnik, odnosno, heteroseksualni vanbračni partner.[38] U pravu Crne Gore, roditelji i ostali naslednici, putem sporazuma mogu preinačiti doživotno uživanje u doživotnu rentu, a ukoliko se prilike zbog kojih je došlo do ustanovljavanja doživotnog uživanja ili rente izmene, sud može na zahtev ostalih naslednika, doživotno uživanje ili doživotnu rentu ukinuti.[39] Međutim, u Zakonu o nasleđivanju Srbije nema odredbe, koja bi se odnosila na mogućnost sporazumnog preinačenja doživotnog uživanja roditelja u doživotnu rentu, niti odredbe o mogućnosti ukidanja doživotnog uživanja, konstituisanog u njihovu korist, te se u praksi, ova pitanja mogu pojaviti kao sporna. Mišljenja smo, da je u skladu sa principom slobode ugovaranja, kao jednim od osnovnih načela obligacionog prava, sporazumno preinačenje doživotnog uživanja u doživotnu rentu moguće,[40] s tim što se u teoriji sugeriše, da u ovom slučaju, ipak ne bi trebalo dozvoliti mogućnost sudskog preinačenja prava doživotnog uživanja roditelja u doživotnu rentu, zbog pretpostavljenog životnog doba ostaviočevih roditelja i njihove slabije ekonomske i životne mobilnosti od supružnika, zbog koje bi renta, kao obligaciono pravo, mogla ugroziti njihovu životnu sigurnost.[41] Osim toga, imajući u vidu da je cilj odredbi, kojima se predviđa mogućnost povećanja naslednog dela roditelja, poboljšanje njihovog naslednopravnog položaja, u slučajevima kada oni nemaju nužnih sredstava za život, smatramo da nije opravdano da pravo doživotnog uživanja i dalje postoji, u situaciji, kada se ove prilike izmene, pa dođe do ozbiljnog poboljšanja materijalnog položaja roditelja, kao i do odgovarajućih promena materijalnog položaja na strani naslednika, na teret čijeg naslednog dela je konstituisano doživotno uživanje, usled čega bi kao rešenje, mogla doći u obzir analog-

roditelja, jer bi se u suprotnom, mogle činiti zloupotrebe, davanjem izjave o odricanju od nasleđa jednog od roditelja. V. Borislav T. Blagojević: op. cit., str. 162-163.

[38] V. čl. 31. st. 1. ZON-a Srbije i čl. 26. st. 1-2. ZON-a Crne Gore.

[39] V. čl. 26. st. 6-7. ZON-a Crne Gore.

[40] U tom smislu v. Dejan B. Đurđević: Određivanje i promena zakonskog naslednog dela, magistarski rad, Beograd, 2001., str. 294.; Slično: Slobodan N. Svorcan: Komentar Zakona o nasleđivanju Srbije sa sudskom praksom, Kragujevac, 2004., str. 107.

[41] V. Oliver B. Antić, Zoran M. Balinovac: op. cit., str. 195.

na primena spomenute odredbe zakona, kojom se reguliše mogućnost ukidanja doživotnog uživanja, kada je ono konstituisano u korist supružnika.[42] Naposletku, naslednopravnim propisima obe spomenute zemlje, predviđeno je i pravilo prema kojem roditelji mogu naslediti i celu zaostavštinu u svojinu, ako je ona tako male vrednosti da bi njenom podelom oni zapali u oskudicu.[43] U ostalim pravima, odnosno u pravima Makedonije, Republike Srpske i Slovenije, do povećanja naslednog dela roditelja između kojih nije došlo do trajnog prestanka zajednice života, može doći isključivo smanjenjem „svojinskog" naslednog dela supružnika, a u pravu Slovenije i vanbračnog partnera (različitog ili istog pola), bilo delimičnim, bilo njegovim celokupnim dodeljivanjem naslednom delu roditelja, kada je zaostavština tako male vrednosti, da bi njenom podelom roditelji zapali u oskudicu.[44]

Potpuno isti slučaj će biti ako je između ostaviočevih roditelja zajednica života trajno prestala, pri čemu oba roditelja, cenjeno za svakog od njih posebno, ispunjavaju preduslov za povećanje svog naslednog dela. Ocena navedenog preduslova, odnosno nemanja nužnih sredstava za život, u pogledu roditelja između kojih je trajno prestala zajednica života, u slučaju kada samo jedan roditelj traži povećanje, ima se vršiti imajući u vidu njegovu ispunjenost samo u odnosu na tog roditelja, s tim što se povećanje u ovom slučaju može vršiti kako u odnosu na nasledni deo supružnika (u pravima Crne Gore i Slovenije i u odnosu na nasledni deo heteroseksualnog vanbračnog partnera, a u poslednje spomenutom pravu i u odnosu na nasledni deo istopolnog vanbračnog partnera), tako i u odnosu na nasledni deo drugog ostaviočevog roditelja. Ovo znači da se u zavisnosti od procene svih okolnosti, navedeno povećanje može vršiti i na teret naslednog dela samo nekog od spomenutih naslednika, pri čemu ono ne mora biti vršeno u jednakoj meri na teret naslednog dela svakog od njih. Napomenućemo, da od svih posmatranih prava, jedino u pravu Srbije, postojanje krivice jednog od roditelja za trajni prestanak zajednice ži-

[42] V. u tom smislu i: Slobodan N. Svorcan: op. cit., str. 107.

[43] V. čl. 31. st. 4. ZON-a Srbije i čl. 26. st. 2. ZON-a Crne Gore. Kao i kada je reč o povećanju naslednog dela supružnika, tako se i slučaj povećanja naslednog dela roditelja, koje se u pravu Crne Gore ostvaruje u vidu doživotnog plodouživanja na celini ili delu zaostavštine koju nasleđuju sanaslednici ili u vidu sticanja alikvotnog dela zaostavštine koji bi trebalo da naslede sanaslednici, zove malo povećanje naslednog dela roditelja, dok se velikim povećanjem njihovog naslednog dela, naziva povećanje koje se realizuje sticanjem celokupne zaostavštine u svojinu. V. u tom smislu: Dejan Đurđević: Osnovi naslednog prava Crne Gore, Podgorica, 2010., str. 125.

[44] V. čl. 24. st. 1. ZON-a Slovenije, čl. 28. st. 1. ZON-a Makedonije, kao i čl. 26. st. 1. ZON-a Republike Srpske.

vota sa drugim roditeljem, ima značaj u smislu određivanja njegovog naslednopravnog položaja, te tako, nasledni deo ovakvog ostaviočevog roditelja u domaćem pravu može biti poboljšan samo na teret naslednog dela supružnika ostavioca, dok nasledni deo ostaviočevog roditelja, koji nije kriv za trajni prestanak zajednice života, može biti poboljšan, kako na teret naslednog dela supružnika, tako i na teret naslednog dela drugog roditelja, koji je kriv za trajni prestanak zajednice života. Povećanje naslednog dela jednog roditelja ostavioca, u svim pravima koja su predmet analize, može se realizovati na isti onaj način, na koji u svakom od njih može doći i do povećanja naslednog dela roditelja između kojih nije došlo do trajnog prestanka zajednice života.[45]

Na kraju, u svim ovim pravima, može doći i do smanjenja naslednog dela pobočnih srodnika ostavioca, onda kada je jedan ostaviočev roditelj umro pre ostavioca (odnosno, ukoliko on ne može ili neće da nasledi, u pravu Srbije), a drugi roditelj nema nužnih sredstava za život. U ovom slučaju, povećanje naslednog dela drugog roditelja, može se vršiti kako u odnosu na nasledni deo supružnika (u pravima Crne Gore i Slovenije i u odnosu na nasledni deo heteroseksualnog vanbračnog partnera, a u poslednje spomenutom pravu i u odnosu na nasledni deo istopolnog vanbračnog partnera), tako i u odnosu na nasledni deo potomaka umrlog ostaviočevog roditelja (odnosno, roditelja koji ne može ili neće da nasledi, u pravu Srbije).[46] U zavisnosti od procene svih okolnosti,

[45] V. čl. 31. st. 2. ZON-a Srbije, čl. 24. st. 2. ZON-a Slovenije, čl. 28. st. 2. ZON-a Makedonije, čl. 26. st. 3. ZON-a Crne Gore i čl. 26. st. 2. ZON-a Republike Srpske.

[46] U literaturi je sporno pitanje, da li je u pravu Srbije, isticanje zahteva za povećanje naslednog dela, prema potomcima ostaviočevog roditelja, koji ne može ili neće da nasledi, uslovljeno odsustvom krivice roditelja, koji zahteva povećanje naslednog dela, za prestanak zajednice života između ostaviočevih roditelja, s obzirom na to, da zakon ne reguliše ovo pitanje. U delu teorije, izneto je shvatanje, prema kojem bi ovakav roditelj mogao postaviti zahtev za povećanje naslednog dela, prema potomcima drugog roditelja, čak i onda, kada je skrivio prestanak zajednice života između roditelja. Ovo mišljenje je, između ostalog, obrazloženo činjenicom da reprezentant nasleđuje ostavioca, po svom pravu, a ne po pravu reprezentovanog lica, te da, sledstveno tome, on ne mora uživati sve privilegije, koje je uživao reprezentovani. V. u tom smislu: Dejan B. Đurđević: Određivanje i promena zakonskog naslednog dela, magistarski rad, Beograd, 2001., str. 292-293. U drugom delu teorije, izneto je prihvatljivije mišljenje, prema kojem roditelj, koji može i hoće da nasledi, može upraviti zahtev za povećanje naslednog dela prema potomcima roditelja, koji ne može ili neće da nasledi, ali samo onda kada on nije kriv za prestanak navedene zajednice života. Izloženo mišljenje, obrazloženo je činjenicom, prema kojoj potomci roditelja, koji ne može ili neće da nasledi, crpu svoje pravo iz prava reprezentacije, usled čega, ako drugi roditelj nije mogao da zahteva povećanje, prema reprezentovanom licu, neće moći ni prema reprezentantima. U tom smislu v. Oliver B. Antić, Zoran M. Balinovac: op. cit., str. 195. Ovo tim pre, što

ovo povećanje se može vršiti i na teret naslednog dela samo nekog od njih, pri čemu, ni u ovom slučaju povećanje ne mora biti vršeno u jednakoj meri, na teret naslednog dela svakog od njih. I povećanje naslednog dela nadživelog ostaviočevog roditelja, može se realizovati na isti onaj način na koji se u svakom od posmatranih prava, može realizovati i povećanje naslednog dela roditelja između kojih nije došlo do trajnog prestanka zajednice života.[47]

Pored spomenutih mogućnosti izmena naslednih delova u okviru drugog naslednog reda, u važećem naslednom pravu Srbije, postoji još jedna ustanova, nepoznata ostalim posmatranim zakonodavstvima, koja podrazumeva mogućnost smanjenja svojinskog naslednog dela supružnika u drugom naslednom redu do jedne četvrtine zaostavštine, ukoliko su kumulativno ispunjena dva zakonska uslova: da ostaviočeva nasleđena dobra, čine više od polovine njegove posebne imovine, kao i da zajednica života između ostavioca i njegovog supružnika, nije trajala duže vremena.[48] Ona predstavlja novinu u našem zakonodavstvu, čiji je motiv proizišao iz potrebe zaštite naslednopravnih interesa ostaviočevih srodnika, u smislu sprečavanja nepravične aleatornosti - da nadživeli supružnik, koji je bio u kratkotrajnoj zajednici života, dobije onu imovinu koja se sticala

---

se u ovom slučaju, radi o odstupanju od redovnih pravila zakonskog nasleđivanja, dakle, o izuzetku od ovakvih pravila, a izuzetke treba restriktivno, odnosno najuže tumačiti (*exeptiones sunt strictissimae interpretationis*).

[47] V. čl. 24. st. 3. ZON-a Slovenije, čl. 28. st. 3. ZON-a Makedonije, čl. 26. st. 4. ZON-a Crne Gore, čl. 31. st. 3. ZON-a Srbije, kao i čl. 26. st. 3. ZON-a Republike Srpske. O specifičnostima povećanja naslednog dela roditelja, a koje se tiču lica čiji nasledni deo može biti smanjen u ovakvim slučajevima, u pravima Makedonije i Crne Gore v. opširnije: Kiril Čavdar: op. cit., str. 64-65.; Dejan Đurđević: Osnovi naslednog prava Crne Gore, Podgorica, 2010., str. 125.

[48] V. čl. 26. st. 1. ZON-a Srbije. Vladajuće je shvatanje, da pojam ostavičevih nasleđenih dobara, imajući u vidu *ratio legis* ove ustanove, treba tumačiti u smislu starine, što znači da pod nasleđenim dobrima, ne treba podrazumevati samo ono što je ostavilac stekao, kao nečiji naslednik, već dobra, koja je on besplatno pribavio od svojih predaka i pobočnih srodnika. V. Oliver B. Antić, Zoran M. Balinovac: op. cit., str. 170-171.; Dejan B. Đurđević: Određivanje i promena zakonskog naslednog dela, magistarski rad, Beograd, 2001., str. 256.; Svetislav Vuković: Komentar Zakona o nasleđivanju i Zakona o vanparničnom postupku, Beograd, 1997., str. 63.; Vladislav Đorđević: Nasledno pravo, Niš, 1997., str. 160. Kada je reč o uslovu nepostojanja dužeg trajanja zajednice života između supružnika, valja napomenuti da isti ne podrazumeva dužinu braka kao formalnog statusnog stanja, već njegovu suštinsku sadržinu, koja se ogleda u postojanju i trajanju zajednice života između supružnika. S obzirom na to, da se radi o pravnom standardu, sud će u svakom konkretnom slučaju, ocenjivati kada bračna zajednica života nije trajala duže vremena, pri čemu se u teoriji sugeriše, da bi se rok od tri godine, mogao uzeti kao orijentacioni. V. Oliver B. Antić: Nasledno pravo, Beograd, 2008., str. 141.

u porodici ostavioca.[49] Usled primene ove ustanove, kako naslednopravni položaj roditelja, tako i naslednopravni položaj potomaka roditelja, može biti poboljšan u odnosu na naslednopravni položaj supružnika, pri čemu se navedeno poboljšanje, kako to proizlazi iz prethodno navedenog, realizuje povećanjem svojinskog naslednog dela spomenutih srodnika. Međutim, valja napomenuti da, imajući u vidu cilj, koji se želeo postići normiranjem ove ustanove, zahtev za smanjenje naslednog dela supružnika može da postavi samo srodnik iz one loze, iz koje su dobra svojevremeno, putem nasleđa ili poklona, ušla u ostaviočevu zaostavštinu, prema pravilu *materna maternis, paterna paternis* (majčina imovina majčinim srodnicima, očeva imovina očevim srodnicima).[50] Sve dok se ne reši o zahtevu srodnika za smanjenje naslednog dela supružnika, on može, umesto nasleđa u svojinu, izabrati doživotno uživanje na polovini zaostavštine.[51] Pravo doživotnog uživanja, supružnik i naslednici, čije pravo svojine je opterećeno njime, mogu sporazumno preinačiti u doživotnu rentu.[52] Međutim, za razliku od situacije, kada se supružniku svojinski nasledni deo povećava, putem konstituisanja doživotnog uživanja u njegovu korist, srodnici ne mogu sudskim putem tražiti preinačenje prava doživotnog uživanja, koje je supružnik izabrao, imajući u vidu činjenicu, da bi u ovakvom slučaju, doživotna renta supružniku pružila manju sigurnost od doživotnog uživanja. Isto tako, za razliku od situacije, kada pravo doživotnog uživanja postoji povrh svojinskog naslednog dela supružnika, usled čega se u situaciji, kada se izmene okolnosti, ono može ukinuti, u ovom slučaju doživotno uživanje, predstavlja redovni nasledni deo supružnika, te se isto ne može ukinuti, jer bi sudskim ukidanjem ovog prava, supružnik izgubio bilo kakvo nasledno pravo.[53]

2.3. Prednosti i nedostaci postojećih zakonskih rešenja

Negativne konsekvence povećanja naslednog dela supružnika ili roditelja ostavioca, koje se realizuje sticanjem povećanog naslednog dela u svojinu, koje rešenje je, kao isključiva zakonska mogućnost, prihvaćeno u

[49] Oliver Antić, Slobodan Panov: Nasledno pravo – priručnik za polaganje pravosudnog ispita, Beograd, 2005., str. 127.

[50] U tom smislu v. Oliver B. Antić, Zoran M. Balinovac: op. cit., str. 172-173.; Oliver Antić: International encyclopaedia of laws – Serbia&Montenegro, Chapter 3., Intestacy, Kluwer Law International, 2006., (gen. ed. R. Blanpain), str. 178.; Dejan B. Đurđević: „Smanjenje naslednog dela supružnika u drugom naslednom redu do jedne četvrtine“, Pravni život, Beograd, 2001., br. 10., str. 158.

[51] V. čl. 28. st. 1. ZON-a Srbije.

[52] V. čl. 30. ZON-a Srbije.

[53] V. Oliver B. Antić, Zoran M. Balinovac: op. cit., str. 192-193.

pravima Slovenije, Republike Srpske i Makedonije, a kao alternativna mogućnost u pravu Crne Gore, dakle, u većini posmatranih prava, ogledaju se u tome što ovakav način popravljanja egzistencije naslednika, trajno lišava naslednike na teret čijeg naslednog dela dolazi do navedenog povećanja, njihovog nasleđa. Naime, zbog načina na koji, prema ovim zakonskim rešenjima, dolazi do povećanja naslednih delova naslednika drugog naslednog reda, promene daljeg imovinskog stanja, kako naslednika čiji je nasledni deo povećan, tako i naslednika čiji je nasledni deo smanjen, u odnosu na ono imovinsko stanje ovakvih naslednika koje je postojalo u momentu odlučivanja suda o zahtevu za povećanje, nemaju pravnu relevantnost, jer se dodeljivanjem povećanog naslednog dela u svojinu, imovinski odnosi između sanaslednika zauvek razrešavaju. Iako se dobra strana ovakvog pristupa, sa stanovišta pravne sigurnosti, ogleda u njegovoj praktičnosti, mišljenja smo da ovakvo rešenje nije pravično. Uz to, ovakvim načinom normiranja izmena naslednih delova, naročito mogu biti ugroženi naslednopravni interesi pobočnih srodnika ostavioca, kao zakonskih naslednika drugog naslednog reda, imajući u vidu činjenicu da dok se u pogledu odnosa između supružnika i roditelja ostavioca, kada je reč o mogućnosti povećanja, odnosno smanjenja njihovih naslednih delova, makar može govoriti o postojanju uzajamnosti, dotle, to nije istovremeno i slučaj kada je reč o odnosu između supružnika i roditelja ostavioca, s jedne strane i pobočnih srodnika, s druge strane. Naime, pobočni srodnici ni u jednom od spomenutih prava, nemaju mogućnost da u svoju korist traže smanjenje, niti naslednog dela supružnika, niti naslednog dela roditelja ostavioca, dok supružnik i roditelji, to pravo, imaju u odnosu na nasledni deo pobočnih srodnika. Tako, u svim ovim pravima, supružnik ostavioca (u pravima Crne Gore i Slovenije i heteroseksualni vanbračni partner, a u poslednje spomenutom pravu i istopolni vanbračni partner), nasledni deo koji je povećao na teret naslednog dela pobočnih srodnika ostavioca, a koji je ishodovan isključivo dejstvom alimentacionih činioca (koji kasnije ne moraju postojati), zauvek stiče u svojinu, koji će nakon njegove smrti nasleđivati njegovi srodnici ili njegov supružnik sa kojim je kasnije zaključio brak, odnosno, u pravima Crne Gore i Slovenije i heteroseksualni vanbračni partner, a u poslednje spomenutom pravu i istopolni vanbračni partner, sa kojim je kasnije stupio u vanbračnu zajednicu. S druge strane, ukoliko se radi o povećanju naslednog dela ostaviočevog roditelja na teret potomaka umrlog roditelja, treba napomenuti da će se ovi potomci u momentu smrti nadživelog roditelja pojaviti kao njegovi naslednici i na taj način steći deo, koji im je smanjen ili u potpunosti oduzet zbog postojanja dejstava alimentacionih činioca na strani nadživelog

ostaviočevog roditelja u momentu ostaviočeve smrti, ali samo onda kada se radi o zajedničkim potomcima oba roditelja. Ovo međutim, nije istovremeno i slučaj kada se radi samo o potomcima umrlog roditelja, koji mogu trpeti veoma nepovoljne posledice navedenih pravila o povećanju naslednog dela nadživelog roditelja na teret njihovog naslednog dela, s obzirom na to, da ovim potomcima ni u momentu smrti nadživelog roditelja u čiju je korist došlo do povećanja naslednog dela, neće pripasti ništa iz zaostavštine.

Zakonsko rešenje koje je prihvaćeno u pravu Srbije, a prema kojem se povećanje naslednog dela ostaviočevog supružnika i roditelja koji nemaju nužnih sredstava za život, po pravilu ostvaruje ustanovljavanjem plodouživanja u njihovu korist (a koje je, kao mogućnost predviđena i u pravu Crne Gore), više odgovara zahtevu pravičnosti nasleđivanja. Naime, ustanovljavanjem doživotnog uživanja, kao jednim, u izvesnom smislu pomoćnim instrumentom (s obzirom na to da ovo pravo, naslednicima pripada pored nasleđivanja u svojinu), supružnik, odnosno roditelji, obezbeđuju sredstva za egzistenciju, koja su im neophodna, u momentu kada se odlučuje o njihovom zahtevu, te im se na taj način, omogućuje da nastave život u približno istim uslovima, u kojima su se nalazili za života ostavioca. Ne sme se zanemariti činjenica da se ovakvim načinom regulisanja respektuju sve eventualne promene u imovnom stanju naslednika čiji je nasledni deo povećan i naslednika čiji je nasledni deo smanjen, odnosno, opterećen pravom doživotnog uživanja, što proizlazi iz spomenutih naslednopravnih propisa o mogućnosti preinačenja i ukidanja doživotnog uživanja. Čak i u hipotezi, da se ove okolnosti za života konkretnih naslednika ne promene, doživotno uživanje će se smrću naslednika u čiju je korist bilo ustanovljeno ugasiti i time prestati da opterećuje svojinski deo sanaslednika na čiji je teret ono bilo ustanovljeno.

Mišljenja smo da i ostala odstupanja od redovnih pravila zakonskog nasleđivanja u drugom naslednom redu, u pravu Srbije, odgovaraju zahtevu pravičnosti nasleđivanja. Naime, supružnik ostavioca, u najvećem broju slučajeva, svojim radom, odnosno privređivanjem, doprinosi sticanju imovine, koja je predmet nasleđivanja, a samo izuzetno, jedan ili oba supružnika, nasleđuju imovinu od koje žive i koju, eventualno ostavljaju u nasleđe. Ukoliko je to, međutim, već slučaj, tada naše pravo, vodeći računa o imovini, koju je i sam ostavilac stekao „kao neko, ko stoji na plećima predaka“, specijalnim pravilima o podeli zaostavštine u drugom naslednom redu, dozvoljava mogućnost smanjenja naslednog dela supružnika, u konkurenciji sa roditeljima i njihovim potomcima. Postojanje ovakvog rešenja nesumnjivo je opravdano, jer se njime ublažava ili u potpu-

nosti sprečava, mogućnost prelivanja imovine, koja je generacijama unazad sticana u jednoj porodici, supružniku, a na taj način, kasnije i srodnicima supružnika ili njegovom novom supružniku, koji ni na kakav način nisu učestvovali u njenom sticanju. Osim toga, navedenom odredbom, u naslednom pravu Srbije, a za razliku od svih ostalih posmatranih zakonskih rešenja, u potpunosti je uspostavljena uzajamnost u pogledu mogućnosti povećanja, odnosno smanjenja naslednih delova supružnika i srodnika drugog naslednog reda, imajući u vidu činjenicu da je ona sprovedena ne samo kada se radi o odnosu između supružnika i roditelja ostavioca, već i onda kada se radi o odnosu između supružnika i pobočnih srodnika drugog naslednog reda. Iz svih napred iznesenih razloga, smatramo sasvim opravdanom činjenicu da je ovakav način uređenja naslednopravnih odnosa između zakonskih naslednika drugog naslednog reda, u potpunosti zadržan i u Prednacrtu Građanskog zakonika Srbije.

Zaključna razmatranja

Postojanje korektiva redovnim pravilima zakonskog nasleđivanja, u svim pravima koja su predstavljala predmet analize, ima zajednički cilj i težnju. Naime, ovi korektivi doprinose pravičnosti nasleđivanja, s obzirom na to da njihov osnov počiva na uvažavanju određenih realnih životnih okolnosti, tesno vezanih, ne samo za zakonske naslednike ostavioca, već i za samog ostavioca, čime se pravila zakonskog nasleđivanja čine prilagodljivijim specifičnostima konkretnih slučajeva. Oni time svakako doprinose i ublažavanju krutosti sistema zakonskog nasleđivanja, što čini se, predstavlja nedostatak zakonskih rešenja najvećeg broja ostalih savremenih prava Evrope, u kojima ovakve mogućnosti ne postoje, čime se u njima umanjuje stvarna društvena vrednost zakonskog naslednog reda.

Međutim, nesumnjivo je da prethodno spomenuti cilj nije u svim posmatranim zakonodavstava ostvaren u istom intenzitetu, niti je u svakom od njih ostvaren na podjednak, odnosno dosledan način u oba zakonska nasledna reda, u kojima je predviđena mogućnost spomenutih korektiva.

Tako je, po našem mišljenju, zakonskim rešenjima o mogućnostima izmena naslednih delova u prvom naslednom redu (uzimajući u obzir način regulative svih relevantnih pitanja, počev od pitanja kruga naslednika ovog naslednog reda čiji nasledni deo može biti povećan, odnosno smanjen, pitanja postojanja uzajamnosti u pogledu mogućnosti povećanja, odnosno smanjenja naslednih delova naslednika obuhvaćenim ovom mogućnošću, kao i naposletku pitanja načina i mogućeg obima povećanja, odnosno smanjenja naslednog dela konkretnog naslednika), prethodno navedeni cilj postojanja korektiva redovnim pravilima zakonskog nasleđi-

vanja, ostvaren u velikoj meri samo u pravu Slovenije, dok je u svim ostalim posmatranim pravima na prostoru bivše SFRJ, ovaj cilj ostvaren samo delimično. Tako, i pravo Srbije, predviđajući isključivo mogućnost poboljšanja naslednopravnog položaja ostaviočevih prvostepenih potomaka iz njegovog prethodnog braka ili iz njegove vanbračne zajednice (a na jedan, samo posredan način i svih ostalih ostaviočevih potomaka), opravdavajući ovakvo rešenje nespornom činjenicom da materijalni položaj ovih potomaka nakon smrti ostavioca može biti najugroženiji, čini se, ipak, neopravdano zanemaruje naslednopravne interese svih ostalih naslednika prvog naslednog reda. Smatramo da je ovakav pristup mogućnosti izmena naslednih delova u prvom naslednom redu, koji je, nažalost, zadržan i u Prednacrtu Građanskog zakonika Srbije, veoma restriktivan, te da bi širi pristup fleksibilnosti zakonskih naslednih delova, u smislu postojanja prava bilo kog naslednika prvog naslednog reda, koji se u konkretnom slučaju poziva na nasleđivanje, da traži povećanje svog naslednog dela, onda kada nema nužnih sredstava za život, predstavljao znatno prihvatljiviji način uređenja njihovog naslednopravnog položaja, s obzirom na to da bi ovakvo rešenje na podjednak način omogućilo uzimanje u obzir posebnih imovinskih i ličnih prilika i potreba bilo kog naslednika prvog naslednog reda.

S druge strane, analizom zakonskih rešenja o mogućnostima izmena naslednih delova u drugom naslednom redu (podrazumevajući pod tim celinu regulative, koja se odnosi na krug naslednika ovog naslednog reda čiji nasledni deo može trpeti izmene, na postojanje uzajamnosti u pogledu mogućnosti izmena naslednih delova naslednika obuhvaćenim ovom mogućnošću, kao i na način i mogući obim povećanja, odnosno smanjenja naslednog dela konkretnog naslednika), došli smo do zaključka da su ona u važećem pravu Srbije, u mnogo većoj meri od svih ostalih posmatranih zakonskih rešenja, zasnovana na kategorijama fleksibilnosti, funkcionalnosti i pravičnosti u nasleđivanju. U prilog ovakvog zaključka, govore dva važna argumenta. Tako, jedino u pravu Srbije, iz sasvim opravdanih razloga, na koje smo ukazali u prethodnim izlaganjima, postoje specijalna pravila o podeli zaostavštine u drugom naslednom redu, kojima se dozvoljava mogućnost smanjenja svojinskog naslednog dela supružnika u konkurenciji sa roditeljima i njihovim potomcima, kojim pravilima je za razliku od svih ostalih posmatranih prava, u pogledu kruga lica u čijim međusobnim odnosima može doći do izmena naslednih delova, u potpunosti uspostavljena uzajamnost, kao nesumnjivo važan interes naslednog prava. Sasvim sigurno, ne od manje važnosti je i činjenica da se u pravu Srbije, povećanje naslednog dela roditelja i supružnika, kao naslednika drugog naslednog reda, po pravilu, može ostvarivati kroz ličnu službenost plo-

douživanja, za razliku od svih ostalih prava na prostoru bivše SFRJ, u kojima do poboljšanja naslednopravnog položaja spomenutih naslednika može doći isključivo svojinskim povećanjem njihovog naslednog dela (sa izuzetkom prava Crne Gore, u kojem je mogućnost, koja u pravu Srbije egzistira kao pravilo, postavljena kao alternativna mogućnost). Čini se da spomenuto zakonsko rešenje, ujedno predstavlja i najveću prednost domaćeg prava u odnosu na sva ostala posmatrana prava, s obzirom na to da je njime pravičnost u nasleđivanju ostvarena na jednom zavidnom nivou, jer trenutno imovno stanje ne dovodi do trajnih posledica, pri čemu je interes naslednika u čiju korist se uspostavlja spomenuta lična službenost u potpunosti zaštićen. Ovakav način regulisanja odstupanja od redovnih pravila zakonskog nasleđivanja u drugom naslednom redu, bez ikakvih izmena, a po našem mišljenju, iz napred iznetih razloga, sasvim opravdano, zadržan je i u Prednacrtu Građanskog zakonika Srbije.

Jelena Vidić Trninić, Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Exceptions to the Rules of Intestacy in the Former Yugoslavia (Serbia, Slovenia, Macedonia, Montenegro, Republic of Srpska)

Abstract: *The author focuses on inheritance position that relatives, spouse and concubinage partner as intestate successors have in the laws of the countries of the former Yugoslavia (Serbia, Slovenia, Macedonia and Montenegro) as well as the entity of Bosnia and Herzegovina – the Republic of Srpska law, in cases when a corrective to ordinary rules of succession in certain intestacy classes applies, that is in case of application of the so-called exceptions to the rules of intestacy. The importance given to the fact of kinship (that is, the particular category of kins), marriage and concubinage in each of these laws may be observed based on the way each of these laws approach the regulation of a number of questions related to this issue, from the circle of heirs whose intestacy share can be increased or decreased, the existence of reciprocity in terms of the possibility to increase or decrease the shares of intestate successors covered by this possibility, as well as regarding the particular way (in terms of the type of inheritance authority) and the possible scope of increasing or decreasing the share of a particular heir. Therefore, all of these questions present the subject of analysis of this study which aims to determine the intensity of the changes in the hereditary position of certain intestate successors with respect to the one that they have upon application of the ordinary rules of intestacy (which was a subject of analysis of the previous article) in each of these laws. The purpose of the study is also to point out the advantages and some of the remaining weaknesses of the existing legal provisions in the relevant laws, and ultimately, to note the different and similar or even identical solutions adopted by the mentioned group of legislations in regulating this matter. In the sense of the forthcoming Civil Code of Serbia, author emphasizes certain changes regarding the regulation of some important issues in the domestic law.*

Key words*: offspring, parents, collateral relatives, spouse, concubinage partner, increase of the inheritance share, reduction the inheritance share.*

Originalni naučni rad 616-089.888.11
doi:10.5937/zrpfns47-4444

Dr Vladimir Marjanski, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu

SPECIFIČNI PRIVATNOPRAVNI INSTRUMENTI FINANSIRANJA TROŠKOVA POSTUPKA VANTELESNE OPLODNJE[1]

Sažetak: *U ovom radu biće objašnjeni osnovni mehanizmi funkcionisanja privatnopravnih instrumenata finasiranja troškova postupaka vantelesne oplodnje koji se razvijaju zajedno sa napretkom reproduktivne medicine. Pored državnih (javnih) instrumenata finansiranja pomenutih troškova u uporednopravnoj praksi razvili su se posebni privatnopravni instrumenti pokrića troškova vantelesne oplodnje (VTO). Njih nude osiguravajuća društva, neke druge finansijske organizacije (specijalno osnovani fondovi) ili klinike (često konzorcijumi klinika) koje se bave vantelesnom oplodnjom. Najrasprostanjeniji među njima su: 1. privatno zdravstveno osiguranje kojim se pokrivaju troškovi nastali u vezi sprovođenja postupka VTO; 2. program refundiranja (povrata) većeg dela (80-90%) ili ukupnih (100%) troškova VTO nakon većeg broja neuspelih postupaka (poznati su pod različitim nazivima: eng. money-back guarantee program, shared-risk, success-based risk sharing plan, IVF success guarantee program, the IVF baby guarantee or your money back plan, pregnancy guarantee program i sl.); 3. paketi koji se sastoje iz većeg broja postupaka - ciklusa za nižu cenu (eng. packages of 2, 3 or 4 ivf cycles). Ovakvi programi povećavaju stepen iskorišćenosti reproduktivne medicine. S obzirom na to da još ne postoje u Republici Srbiji u radu će biti objašnjeni osnovni mehanizmi njihovog funkcionisanja u uporednom pravu.*

Ključne reči: *vantelesna oplodnja (VTO), privatno finansiranje troškova VTO, privatno zdravstveno osiguranje troškova postupka VTO, osiguranje od rizika neuspeha VTO.*

---

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

1. Opšte napomene

Prema raspoloživim podacima 7–9 % parova koji žele potpomstvo imaju problem sa različitim oblicima neplodnosti. Primenom različitih metoda i postupaka savremene medicine problem može biti rešen u oko 85-90 % slučajeva.[2] Tome prvenstveno doprinosi razvoj različitih postupaka biomedicinski potpomognutog oplođenja (dalje u tekstu i fusnotama: BMPO).

Postupak BMPO jeste kontrolisani postupak oplođenja žene koji se sprovodi u skladu sa savremenim standardima medicinske nauke, koji je različit od polnog odnosa i koji se sprovodi u skladu sa Zakonom o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinsko potpomognutog oplođenja (dalje u tekstu i fusnotama: ZBMPO).[3] Postupci lečenja neplodnosti postupcima BMPO jesu unutar telesno oplođenje i vantelesno oplođenje. Unutar telesno oplođenje je unošenje semenih ćelija u polne organe žene (poznato pod nazivom „inseminacija“)[4] ili unošenje jajnih ćelija zajedno sa semenim ćelijama u polne organe žene (retko u praksi). S druge strane, vantelesno oplođenje (dalje u tekstu i fusnotama: VTO) je postupak spajanja jajnih i semenih ćelija izvan tela žene uz prenošenje ranog embriona u telo žene.[5] Postupak VTO izaziva značajno veće troškove u odnosu na postupak unutar telesnog oplođenja (inseminaciju), te ćemo se u radu fokusirati na analizu pravnih instrumenata finasiranja troškova vantelesne oplodnje kao jednog od vidova postupaka BMPO.

Troškovi sprovođenja postupka VTO i dalje su izuzetno visoki. Pored toga, treba uzeti u obzir da se uspešnost VTO po jednom postupku (ciklusu) prema poslednjim dostupnim podacima kreće između 25-35%. Vrlo često je zbog toga neophodno proći tri do četiri postupka kako bi se došlo do željenog uspeha, što istovremeno višestruko povećava troškove. Velik broj parova (korisnika usluga VTO) ove troškove ne može da podnese, a i za one koji se nalaze u boljem ekonomskom položaju primena postupka VTO predstavlja značajno finansijsko opterećenje. Države i parovi nastoje da na različite načine prevaziđu ili barem ublaže ove finansijske poteškoće.

Države putem obaveznog zdravstvenog osiguranja ili drugog vida državnog finansiranja na različite načine pomažu parovima. U tom dome-

---

[2] Sylvia Aschhoff, Ansprüche gegen gesetzliche und private Krankenversicherungen bei künstlicher Fortpflanzung, Düsseldorf, 2011, str. 16.

[3] Zakon o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplođenja, „Sl. Glasnik RS“ br. 72/2009, čl. 3 st. 1, t. 1. (dalje u tekstu i fusnotama: ZBMPO).

[4] Videti ZBMPO, čl. 23, st. 1.

[5] Videti ZBMPO, čl. 23, st. 2.

nu uglavnom se sreću dva sistema. Jedan, koji postoji u Republici Srbiji, je da se parovima omogući da određen broj postupaka (dva postupka) bude sproveden „besplatno“ tj. o trošku obaveznog zdravstvenog osiguranja (tzv. sistem solidarnosti). Pojedini gradovi finansiraju tzv. „treći pokušaj“. Drugi sistem je da države iz fonda obaveznog zdravstvenog osiguranja ili budžeta pokrivaju određen procenat, npr. 50%, troškova svakog ili određenog broja postupaka VTO.[6] U Republici Srbiji, pored niskog životnog standarda stanovništva, poseban problem predstavlja relativno loše organizovan sistem sprovođenja programa VTO od strane Republičkog fonda za zdravstveno osiguranje.[7] Budući da se putem „državnog finansiranja“ samo ublažavaju finansijski problemi parova, jer često izostane uspeh i nakon dva ili tri pokušaja, parovi traže alternativne mehanizme finansiranja troškova VTO. U tom smislu razvili su se različiti privatnopravni instrumenti finansiranja pomenutih troškova. Ove pravne instrumente podelićemo na opšte i posebne.

Opšti su oni koji se generalno koriste za prevazilaženje trenutnog nedostatka novca, kao npr. zaključivanje ugovora o kreditu (bez ili sa ugovorenom namenom[8]), trošenje ušteđevine, prodaja imovine i sl.

Posebni (specifični) privatnopravni instrumenti razvijeni su ili se razvijaju u uporednom pravu i to neposredno u vezi sa postupcima vantelesne oplodnje. „Paleta finansijskih aranžmana“ na ovom relativno novom tržištu poslednjih godina postaje sve raznovrsnija i zahteva odgovarajuću pravnu analizu. U ovom radu pokušaćemo da objasnimo osnovne pravne mehanizme funkcionisanja posebnih privatnopravnih instrumenata finansiranja troškova VTO.

2. Posebni privatnopravni instrumenti finansiranja troškova postupka vantelesne oplodnje

Kao što je već istaknuto, posebni pravni instrumenti finansiranja razvijeni su ili se razvijaju u uporednom pravu i to neposredno u vezi sa postupcima VTO. Nude ih osiguravajuća društva, neke druge finansijske organizacije (specijalno osnovani fondovi) ili klinike (često konzorcijumi

[6] Ovaj drugi sistem, na primer, postoji u Saveznoj Republici Nemačkoj, Bosni i Hercegovini itd.

[7] Videti o tome opširnije kod Vladimir Marjanski, „Mogućnost uvođenja privatnog zdravstvenog osiguranja troškova nastalih u vezi sa sprovođenjem postupka biomedicinski potpomognutog oplođenja (BMPO)“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2012, str. 299.

[8] Na našem bankarskom tržištu samo jedna banka nudi tzv kredit za vantelesnu oplodnju. Videti *web* stranicu: www.bancaintesa.rs/code/navigate.aspx?id=1067 (sajt posećen 01.10.2013).

klinika) koje se bave VTO. Najrasprostanjeniji vidovi finansiranja su: 1. privatno zdravstveno osiguranje kojim se pokrivaju troškovi nastali u vezi sprovođenja postupka VTO; 2. program refundiranja (povrata) većeg dela (80-90%) ili ukupnih (100%) troškova nakon većeg broja neuspelih postupaka (poznati su pod različitim nazivima: eng. *money-back guarantee program*, *shared-risk, success-based risk sharing plan, IVF success guarantee program, the IVF baby guarantee or your money back plan, pregnancy guarantee program* i sl.);[9] 3. paketi koji se sastoje iz većeg broja postupaka - ciklusa za nižu cenu (eng. *packages of 2, 3 or 4 ivf cycles*).

Nijedan od ovih pravnih instrumenata za sada ne postoji u Republici Srbiji. Stoga ćemo tokom narednih razmatranja nastojati da objasnimo osnovne mehanizme njihovog funkcionisanja u uporednopravnoj praksi u cilju upoznavanja domaće pravne, ali i medicinske struke sa njima.

2.1. Ugovor o privatnom osiguranju troškova nastalih sprovođenjem postupka VTO

Jedan od načina finansiranja troškova VTO, koji još nije dostupan u Republici Srbiji, je privatno osiguranje kojim bi se pokrili troškovi nastali u vezi sprovođenja postupka vantelesne oplodnje. Za razliku od uporednog prava osiguranja razvijenih država (npr. SR Nemačka, Češka, Mađarska, SAD i dr.), domaća osiguravajuća društva u okviru svoje ponude privatnog zdravstvenog osiguranja ne nude ovu vrstu osiguranja. Čak šta više, u opštim uslovima privatnog zdravstvenog osiguranja izričito se iz osiguravajućeg pokrića isključuju troškovi lečenja neplodnosti, kao i troškovi koji mogu nastati u vezi sa sprovođenjem postupka VTO.

Kako je ugovor o privatnom osiguranju troškova sprovođenja postupka VTO već više od desetak godina prisutan u uporednoj praksi osiguranja, na ovom mestu ukazaćemo na osnovne karakteristike ove vrste ugovora.

Ugovor o privatnom osiguranju troškova sprovođenja postupka VTO spada u domen privatnog zdravstvenog osiguranja. Ovim ugovorom obavezuje se osiguravač da u slučaju nastupanja rizika bolesti neplodnosti, koja uzrokuje neophodnost primene postupka VTO, osiguraniku isplati naknadu troškova sprovođenja takve vrste postupka, dok se ugovarač osiguranja obavezuje da plati premiju osiguranja. Ova vrsta ugovora spada u ugovore o privatnom zdravstvenom osiguranju lica jer je predmet osiguranja zdravlje kao lično dobro osiguranika. Ipak, ova vrsta osiguranja spada u grupu odštetnih osiguranja gde se pokrivaju troškovi primene postupka VTO koji u značajnoj meri mogu opteretiti imovinu osigurani-

[9] Jim Hawkins, "Financing Fertility", *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 47, 2010, str. 119.

ka. Dakle, kod ove vrste ugovora primenjuje se načelo obeštećenja. U skladu sa tim za ostvarivanje zahteva iz ove vrste osiguranja neophodno je postojanje osigurljivog interesa na strani osiguranika. Interes osiguranika ovde je izražen kroz potrebu za materijalnim pokrićem troškova kojim on može biti izložen ako nastupi neophodnost primene postupka VTO.

U uporednom pravu uslovi za ostvarivanje zahteva iz ove vrste osiguranja su bolest partnera (jednog ili oba) i medicinska neophodnost sprovođenja određenog postupka VTO.

Osnovni uslov za ostvarivanje zahteva iz osiguranja jeste da je potrvđena bolest jednog ili oba parnera. Ona se ovde manifestuje kao neplodnost (smanjena plodnost). Dakle, zahtev po osnovu ove vrste osiguranja može imati samo lice kod kojeg je medicinskim putem utrvrđena bolest neplodnosti koja može biti tretirana primenom različitih postupaka i metoda lečenja neplodnosti. Pod lečenjem neplodnosti podrazumeva se postupak utvrđivanja uzroka neplodnosti ili smanjene plodnosti i otklanjanje tih uzroka stručnim savetima, lekovima ili hirurškim zahvatima, kao i uzimanje i čuvanje muških, odnosno ženskih polnih ćelija u slučaju kada na osnovu iskustava medicinske nauke postoji opasnost da može doći do neplodnosti muškarca, odnosno žene.[10]

Neplodnost može postojati kod jednog ili oba partnera. Ipak, zahtev može imati samo ono lice kod kojeg je utvrđena bolest neplodnosti. Dakle, to može biti samo jedan partner ili eventualno i oba parnera ukoliko se kod oboje utvrdi neplodnost ili smanjena plodnost. Ipak, budući da je za primenu postupka neophodno „učešće“ oba partnera, osiguranjem se pokrivaju i troškovi lečenja učinjeni na telu partnera kod kojeg nije utvrđena neplodnosti.[11]

Pored utvrđene bolesti neplodnosti (smanjenje plodnosti) uslov za ostvarivanje zahteva iz ove vrste osiguranja je i postojanje medicinske opravdanosti primene postupka VTO. Dokazivanje postojanja medicinske opravdanosti je značajno ne samo sa medicinskog, već i pravnog aspekta. Naime, dok bolest neplodnosti predstavlja osigurani rizik, nastanak neophodnosti primene postupka VTO u odnosu na osigurano lice zajedno sa troškovima koje primena tog postupka izaziva predstavlja osigurani slučaj kod ove vrste osiguranja.[12]

---

[10] Videti ZBMPO, čl. 3 st. 1, t. 1.

[11] Npr. neplodnost je utvrđena na strani muškarca (azospermija, astenospermija, tetratozoospermija), a postupak VTO (aspiracija jajnih ćelija, transfer oplođenih jajnih ćelija - embriona) sprovodi se na telu ženskog partnera kod kojeg nije utvrđena neplodnost.

[12] Schmeilz B, Krüger M, “Künstliche Befruchtung und die Krankenversicherung – Künstliche Befruchtung: Wer trägt die Kosten?“, München - Regensburg, 2006, str. 5.

U okviru ovog uslova postavljaju se dva pitanja: jedno se tiče opšte opravdanosti sprovođenja postupka VTO, dok se drugo odnosi na opravdanost primene konkretnog postupka VTO.

Opšta medicinska opravdanost primene postupka VTO razmatra se sa dva aspekta, kako u odnosu na druge postupke lečenja neplodnosti, tako i u odnosu na dovoljnost šanse za uspeh prema zdravstvenom stanju pacijenta u određenom trenutku. Prvo, opšta medicinska opravdanost primene postupka VTO postoji u slučaju kada lečenje neplodnosti drugim postupcima nije moguće ili ima značajno manje šanse za uspeh, ukoliko se na taj način ne dovodi do neprihvatljivog rizika po zdravlje, život i bezbednost majke, odnosno deteta.[13] ZBMPO u okviru ovog načela zanemaruje tzv. dovoljnost šanse za uspeh kao uslov postojanja medicinske opravdanosti. Drugo, iako se medicinska opravdanost primene postupka VTO posmatra prvenstveno u relaciji sa drugim postupcima lečenja (stepen mogućnosti uspeha u odnosu na druge postupke), za medicinsku opravdanost je bitno i postojanje dovoljne šanse za uspeh postupka VTO koja se posmatra u svakom konkretnom slučaju u odnosu na zdravstveno stanje pacijenta.

Procena dovoljne šanse za uspeh vrši se *ex ante,* tj. pre uključenja u sam postupak, na osnovu prethodnog vršenja niza dijagnostičkih analiza. Kod pacijenata kod kojih su šanse za uspeh izuzetno male ili kod kojih se uspeh može postići primenom nekih drugih metoda lečenja neplodnosti, ne postoji ni medicinska opravdanost primene postupka, pa u skladu sa tim oni nemaju ni pravo na naknadu iz osiguranja u slučaju primene postupka. Ovde je, međutim, problem kako napraviti pravilnu prethodnu procenu dovoljnosti šanse za uspeh, kao i koja je to granica dovoljnosti uspeha koja pacijente „kvalifikuje“ za učešće u samom postupku.[14] Procena dovoljnosti šanse za uspeh postupka VTO vrši se u svakom konkretnom slučaju u odnosu na zdravstveno stanje pacijenta u trenutku koji pada neposrednio pre uključenja u postupak.

Opravdanost primene konkretnog postupka VTO od značaja je za određivanje obima zahteva u pogledu naknade troškova od osiguravajućeg društva, jer obim troškova zavisi od vrste postupka koji se primenjuje. Visina troškova VTO determinisana je vrstom postupka[15] i pomoćnim tehnikama[16] koje se uz njih mogu primeniti.

---

[13] Videti ZBMPO, čl. 4.

[14] U sudskoj praksi nemačkih sudova postavljen je kriterijum po kome dovoljnost mogućnosti uspeha postoji ako su šanse za uspeh u procentima jednake ili veće od 15%.

[15] Savremena medicina poznaje sledeće vrste postupaka: klasičan IVF, ISCI uz pomoć PICSI i, ili IMSI metode.

[16] Takođe, svaka od ovih vrsta postupaka može biti praćena primenom pomoćnih tehnika koje iziskuju dodatne troškove *(TESA, Assisted hatching, PGD,* produžena kultivacija embriona itd.*)*

U svakom slučaju, zahtev za naknadu troškova obuhvata isključivo troškove onih postupaka i pomoćnih tehnika koje je prema objektivnoj medicinskoj proceni i saznanjima medicinske nauke opravdano sprovesti u datom trenutku, uzimajući u obzir trenutno zdravstveno stanje (stanje plodnosti) oba partnera. Konkretna vrsta postupka mora prema objektivnoj proceni biti takva da omogući izlečenje, smanjenje ili spreči pogoršanje bolesti neplodnosti.[17] Ovaj kriterijum je ispunjen ako se uspeh lečenja može u najvećoj mogućoj meri povećati. Ipak, uzimajući u obzir kompleksnost postupka i biološke procese u ljudskom telu uspeh se ipak ne može sa sigurnošću predvideti. Dakle, izbor određenog postupka i pomoćnih tehnika zavisi od konkretnog slučaja, datog trenutka i „plodnosti" parnera koji se podvrgavaju postupku.

Iako se ugovor o osiguranju zaključuje između ugovarača osiguranja (pacijenta) i osiguravajućeg društva, medicinska opravdanost izbora određenog postupka određuje lekar u okviru izabrane klinike. Za razliku od državnog programa finansiranja, gde se lice obraća izabranom lekaru odgovarajuće državne ustanove radi uključenja u postupak, u slučaju privatnog osiguranja pacijent zaključuje ugovor sa odgovarajućom klinikom (bilo državnom ili privatnom), preuzimajući samostalno obavezu plaćanja honorara za sprovođenje čitavog postupka VTO. Time lekar na posredan način utiče i na sadržinu zahteva iz ugovora u kojem on nije ugovorna strana, pa je njegova objektivnost i u tom smislu od izuzetnog značaja.

2.2. „Money back guarantee" program (osiguranje od rizika neuspeha vantelesne oplodnje)

2.2.1. Opšte napomene

Jedan od inovativnih instrumenata finansiranja u domenu reproduktivne medicine koji nije poznat ni u jednoj drugoj oblasti medicine je program privatnog refundiranja (povrata) troškova postupka VTO. Program privatnog refundiranja troškova postupka je takav sistem finansiranja VTO u kome pacijenti unapred plaćaju „premiju" tj. jednokratni novčani iznos koji im garantuje korišćenje većeg broja ciklusa (postupaka) VTO, sa pravom da ukoliko ne dođe do ugovorenog uspeha ostvare zahtev na povraćaj celokupnog (eng. 100% *money back guarantee*) ili dela uplaćenog iznosa (70-80% sredstava). Uspeh se različito tretira u zavisnosti od ponude i konkretnog ugovaranja. Uspehom se smatraju različiti događaji: dobijanje pozitivnog testa na trudnoću (vađenjem Beta HCG iz krvi 2 nedelje nakon embriotransfera), utvrđivanje kliničke trudnoće (otkucaj srca

[17] Sylvia Aschhoff, *op. cit*, str. 143.

fetusa, uglavnom u 7. nedelji trudnoće), završetak prvog trimestra trudnoće (kraj 12. nedelje trudnoće) ili rođenje deteta.

S obzirom na to da je obaveza pružaoca ovakvih usluga (eng. *providers*) u pogledu povraćaja (refundiranja) uplaćenih sredstava uslovljena nastupanjem neizvesnog događaja (eventualnog neuspeha celokupnog programa VTO), ovaj sistem liči na neku vrstu osiguranja od rizika neuspeha postupka VTO. Interesantno je, međutim, da ovakve programe ne nude osiguravajuća društva, već specifične finansijske organizacije (zajedno sa klinikama koje su im partneri) ili same klinike koje se bave postupcima VTO.

Pacijenti mogu učestvovati u programu samo ako ispunjavaju određene kriterijume i uslove (žena mora biti mlađa od određenog broja godina, npr. 36, i ispunjavati određene medicinske uslove[18], muškarac mora takođe da ispunjava određene uslove koji se uglavnom odnose na minimalan broj spermatozioda po mililitru ejakulata u neposrednom vremenskom periodu pre uključivanja u program i dr.). Ovi uslovi i kriterijumi predviđeni su tzv. minimalnim uslovima podobnosti za učešće u programu (eng. *eligibility criteria*) koji su sastavni deo ugovora i slični su onima koji se ponekad zahtevaju za zaključivanje pojedinih ugovora iz domena privatnog zdravstvenog osiguranja (npr. osiguranje uz prethodni lekarski pregled). Pored navednog, specifičnost ovakvih programa je u tome što su pacijenti u cilju uključivanja u program obavezni da daju saglasnost za primenu određenih postupaka (npr. da prihvate inseminaciju svih dobijenih jajnih ćelija, krioprezervaciju svih „prekobrojnih“ embriona, da se saglase sa embriotransferom predviđenim u planu - npr. transfer najmanje dva embriona i sl.).

2.2.2. Primer transakcije

U cilju razumevanja transakcije objasnićemo samo jedan o programa koji se nudi u praksi. Jedan program nudi opciju od tzv. tri ciklusa VTO. Pacijenti plaćaju unapred iznos od 8000 evra za tri ciklusa (jedan postupak-ciklus bez medikamenata u istoj klinici košta 2500 evra) koja mogu da iskoriste u ograničenom vremenskom periodu (12 meseci). Unapred plaćena cena obuhvata aspiraciju folikula (jajnih ćelija), njihovo fertilizaciju putem ICSI metode, *Assisted Hatching*, transfer ranih embriona u uterus majke i krioprezervaciju preostalih embriona za period od 12 meseci. Sve ovo za tzv. tri ciklusa (pokušaja). Cena ne obuhvata inicijalne konsultacije, dijagnostiku koja je neophodna kako za postupak VTO, tako i za procenu ispunjenosti minimalnih uslova podobnosti za učešće u

[18] Npr. mora imati odgovarajuću ovarijalnu rezervu (proverava se merenjem AMH hormona), odgovarajući hormonalni status (npr. meri se visina hormona FSH i dr.).

programu, cenu medikamenata (u postupku stimulacije, nakon aspiracije jajnih ćelija i tokom trudnoće), kao ni testove za trudnoću. Klinika zadržava pravo naplate troškova svih postupaka koji nisu obuhvaćeni cenom programa prema redovnim cenama koje naplaćuje kada se postupak sprovodi pojedinačno. Ukoliko u bilo kom stimulacijskom ciklusu (eng. *Fresh Cycle*)[19] pacijenti dobiju „prekobrojne embrione" koji su podobni za zamrzavanje oni se obavezno zamrzavaju i transferišu u uterus pacijentkinje u tzv ciklusu sa zamrznutim embrionima (eng. *Frozen Embryo transfer,* dalje u tekstu: FET ciklus). Ako ne dođe do uspeha u prvom stimulacijskom ciklusu, a postoje „prekobrojni" embrioni pacijenti su uslovljeni da ih iskoriste u FET ciklusu pre nego što eventualno pređu na naredni stimulacijski ciklus itd. Pružalac usluga (npr. klinika) zadržava čitav uplaćen iznos ako tokom ugovorenog perioda dođe do uspeha. Ukoliko par (druga ugovorna strana) ne ostvari uspeh nakon tri stimulacijska ciklusa i bilo kog ciklusa sa zamrznutim embrionima (FET ciklusa) klinika vraća deo ili celokupan novčani iznos koji je druga ugovorna strana uplatila na početku.

2.2.3. O značaju ovakvog instrumenta finansiranja i neophodnosti odgovarajuće regulative

Iako su ovi programi više puta kritikovani u inostranoj literaturi i to sa različitih aspekata, pa i iz razloga etičnosti, nesumnjivo je da oni imaju odgovarajuću opravdanost i značaj. Ovakvi programi povećavaju stepen iskorišćenosti reproduktivne medicine. Naime, pokazalo se da se pacijenti manje ustežu da se upuste u postupak, jer im oni daju finasijsku sigurnost još od trenutka uključenja u prvi postupak VTO. Dokazano je takođe da im finasijska sigurnost smanjuje stres, što istovremeno ima odgovarajuće pozitivno terapeutsko dejstvo. Takođe, korišćenje većeg broja postupaka povećava šanse za uspeh, pa se izbegava rizik odustanka pacijenata nakon eventualnog prvobitnog neuspeha.

Iako se ovakvi programi koriste već skoro dvadesetak godina u SAD, a u novije vreme i u drugim državama (npr. Velikoj Britaniji), državna pravna regulativa kojom bi se regulisali ovakvi programi ne postoji. Umesto toga, ovi programi regulisani su isključivo formularnim ugovorima i opštim uslovima poslovanja koji su produkt autonomnog prava koje stvaraju finansijske organizacije ili same klinike za VTO.

[19] Stimulacijski VTO ciklus je ciklus u okviru koga žena uzima medikamente za stimulaciju jajnika u cilju proizvodnje većeg broja jajnih ćelija koje će nakon njihove aspiracije (vađenja iz tela žene) biti podvrgnute različitim metodama oplođenja semenim ćelijama (spermatozoidima) muškarca. Postupak (ciklus) se završava transferom oplođenih jajnih ćelija (ranih embriona) u uterus žene.

Između pružalaca ovakvih usluga i pacijenata, međutim, postoji informaciona asimetrija. Pružaoci usluga na osnovu znanja i iskustva o mogućnosti uspeha pacijenata nude ovakve programe i pacijentima kojima ovakvi finansijski aranžmani nisu neophodni, što često dovodi do tzv. prekomerne ekonomske eksploatacije pacijenata. Iz tog razloga, u literaturi se ukazuje na neophodnost barem minimalne državne intervencije u cilju smanjivanja pomenute informacione asimetrije. U tom domenu, ukazuje se na potrebu uvođenja imperativnih normi o zaštiti potrošača ovakvih zdravstveno-finansijskih usluga. To bi se moglo obezbediti putem propisivanja obaveznog obelodanjivanja odgovarajućih informacija u ponudama ovih aranžmana, kao što je to već slučaj kod drugih finansijskih poslova (ugovori o kreditu, lizingu ili osiguranju npr.). U pogledu konkretnih informacija koje bi trebalo obelodaniti i pravnoj prirodi ovakvih ugovora kojima se regulišu "*money back guarantee"* programi biće reči u nekom o narednih radova.

2.3. Veći broj „paketa" (VTO postupaka) uz nižu cenu

Reč je o relativno jednostavnom vidu finansiranja postupka VTO koji nude uglavnom klinike koje pružaju uslugu VTO. Između pružaoca usluga i pacijenata (korisnika usluga) zaključuje se ugovor prema kojem se pružalac usluga obavezuje da će korisniku usluge obezbediti mogućnost korišćenja većeg broja postupaka VTO (npr. 3), kod sebe (ako je klinika pružalac usluga) ili u klinici sa kojom pružalac usluga (npr. poverenički fond) sarađuje, dok se korisnik usluga obavezuje da uplati unapred ugovoreni iznos. Ugovoreni iznos je veći od cene pojedinačnog postupka, ali je manji od pojedinačnog zbira postupaka koji korisnik usluge može da iskoristi (npr. unapred se plaća cena koja je ekvivalentna vrednosti dva postupka, ali se ima pravo na korišćenje tri postupka VTO). Ukoliko korisnik usluge pre nego što iskoristi sve postupke na koje ima pravo ostvari uspeh, on nema pravo da iskoristi neiskorišćene postupke (npr. kasnije radi začeća drugog deteta), „višak" uplaćenog novca ostaje pružaocu usluge i dolazi do prestanka ugovora. Uspehom se, isto kao i u slučaju tzv. „*money back guarantee"* programa smatraju različiti događaji: dobijanje pozitivnog testa na trudnoću (uzimanjem Beta HCG iz krvi 2 nedelje nakon embrio transfera), utvrđivanje kliničke trudnoće (otkucaj srca fetusa, uglavnom u 7. nedelji trudnoće), završetak prvog trimestra trudnoće (kraj 12. nedelje trudnoće) ili rođenje deteta. Razlika u odnosu na gore opisan program povrata novca za slučaj neuspeha je u tome što se korisniku ne vraća uplaćen iznos ako ni nakon iskorišćavanja ugovorenog broja postupaka na koje ima pravo ne ostvari uspeh (npr. trudnoću).

Vladimir Marjanski, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Specific Private Law Instruments of Financing In Vitro Fertilization Procedure

Abstract: *The paper explains basic ways of functioning of private law instruments aimed at financing in vitro fertilization, expansion of which goes hand to hand with the progress of reproductive medicine. In addition to state (public) instruments of financing the costs of in vitro fertilization (IVF) procedure, comparative practice has experienced a development of private law instruments for covering such expenses. These instruments are offered by insurance companies, other financial organizations (funds which are established with particular purpose) or clinics (often consortium of clinics) which practice in vitro fertilization. The most common among them are: 1. Private health insurance which covers the expenses incurred in connection to IVF procedure; 2. The program of refund (return) of most (80 to 90 percent) or all (100 percent) of the expenses of IVF after a number of unsuccessful procedures (known under different titles such as: money-back guarantee program, shared-risk, success-based risk sharing plan, IVF success guarantee program, the IVF baby guarantee or your money back plan, pregnancy guarantee program etc.); 3. Packages contained of a number of procedures – cycles for lower price (packages of 2, 3 or 4 ivf cycles). Programs such as these increase the level of reproductive medicine's usability. Since the programs are not yet applied in Serbia, the paper explains basic mechanisms of their functioning in comparative law.*

Key words: *In vitro fertilization (IVF), private financing of IVF expenses, private health insurance of costs incurred by the IVF procedure, insurance from risk of failure of the IVF procedure.*

Originalni naučni rad 2-522(495):342.2
doi:10.5937/zrpfns47-4130

Dr Dragutin Avramović, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu

SVETA GORA – IZMEĐU AUTONOMNOSTI I DRŽAVNOSTI*

Sažetak: *Pravni status Svete Gore odlikuju brojne specifičnosti, koje je čine jedinstvenim svetskim pravnim režimom. U ovom radu autor analizira specifičnosti svetogorskog teritorijalnog statusa, položaja stanovnika i posetilaca, kao i organizacije svetogorskih vlasti. Autor zaključuje da Svetu Goru karakteriše poseban oblik parasuvereniteta. Njena autonomija podrazumeva ne samo unutrašnju organizaciju, autonomno vršenje vlasti i versku samostalnost, već da ona obuhvata i mnoge elemente sekularnog života laika koji se na njoj nalaze. Sveta Gora poseduje svoju sopstvenu, posebnu zakonodavnu, upravnu i sudsku vlast, a Statut Svete Gore ima veću pravnu snagu od svih drugih zakona grčke države, jer država ne može jednostrano da menja njegove odredbe. S obzirom na širinu samouprave koja je ostavljena crkvenim vlastima, kao i na specifičnosti života na Svetoj Gori, autor stoji na stanovištu da Sveta Gora predstavlja „monašku državu", ali bez državnosti. Takođe, autor ukazuje i na brojne izazove koji stoje pred Svetom Gorom u kontekstu širenja asimilujuće univerzalne koncepcije ljudskih prava.*

Ključne reči: *Sveta Gora; „Ustav" Svete Gore; Autonomija; Suverenost; Ljudska prava.*

Sveta Gora, kao osobena „teokratska monaška republika", kako se često naziva u kolokvijalnom rečniku, predstavlja jedinstven ne samo verski, nego i institucionalni fenomen. S obzirom na specifičnosti unutrašnje organizacije, formalnosti u pogledu ulaska u svetogorsku „drža-

* Ovaj rad je rezultat realizovanja projekta „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)" koji se finansira sredstvima Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu. Rukovodilac projekta je prof. dr Dragan Milkov.

vu“ (neophodnost dobijanja posebne dozvole – *diamonitiron*), verske propise koji se primenjuju na klerike kada se nađu na njenoj teritoriji, pravne kontroverze u pogledu zabrane pristupa ženama (tzv. avaton) sa aspekta problematike ljudskih prava i ograničenja slobode kretanja, pitanja pravnog položaja Svete Gore privlače veliku pažnju, a naročito pitanje odnosa prema pravnom sistemu države Grčke, na čijoj teritoriji se ona nalazi.

Koliko je to pitanje značajno ukazuje i činjenica da je prilikom pristupanja Evropskoj uniji Grčka zahtevala da se ta njena specifičnost uvažava, bez obzira na opšte standarde o ljudskim pravima i druge standarde evropskog pravnog poretka, što je našlo odraza u jednom od temeljnih akata Evropske zajednice, odnosno kasnije Evropske unije – Amsterdamskom ugovoru iz 1997. godine.[1] Posebnu pažnju Svetoj Gori posvećuju i neki međunarodni dokumenti (naročito rezolucije Evropskog parlamenta) i projekti, pogotovo oni u kojima se pokušava definisati status tzv. svetih mesta.[2] Mada se o Svetoj Gori dosta govorilo i pisalo u tom kontekstu, kao i o načinu administrativnog upravljanja i vršenja vlasti na Svetoj Gori, iznenađujuće malo pažnje u literaturi je poklonjeno problematici njene pravne prirode. Redak izuzetak predstavlja stanovište D. Mitrovića koji Svetu Goru svrstava u kategoriju atipičnih država. „Dakle, svetogorska država je sasvim jasno zamišljena i određena kao svrhovita tvorevina sa jasnom funkcijom. Jedino, njena funkcija nije slična funkcijama svih drugih pravih ili tipičnih država... Ona raspolaže neograničenom unutrašnjom i ograničenom spoljašnjom suverenošću (spram vlasti države Grčke i vlasti vaseljenskog patrijarha u Carigradu). Takva država, koja je suverena unutar sebe, ali ne i prema drugima, predstavlja izuzetak od pravi-

[1] Pored Zajedničke deklaracije o položaju crkava i nekonfesionalnih organizacija koje su dodate uz Ugovor iz Amsterdama iz 1997. godine, 1981. godine je usvojena Zajednička deklaracija o Svetoj Gori, koja je dodata uz Ugovor o pristupanju Grčke EU (tada Evropskoj zajednici), koji glasi: „Recognizing that the special status granted to Mount Athos, as guaranteed by Article 105 of the Hellenic Constitution, is justified exclusively on grounds of a spiritual and religious nature, the Community will ensure that this status is taken into account in the application and subsequent preparation of provisions of Community law, in particular in relation to customs franchise privileges, tax exemptions and the right of establishment“, *Official Journal of the European Communities* 291/19.11.1979, p. 186.

[2] Dva takva projekta su posebno značajna. Prvi je poznat pod nazivom „Laguna“ projekt (2006), *Projet de régime juridique pour les Lieux Saints en Terre Sainte – Patrimoine Commun de l'Humanité*, *http://www.fund-culturadepaz.org/spa/03/DOCUMENTOS/SANTOS_ LUGARES_2006.pdf*, a drugi je pretočen u dokument pod nazivom *Principles and Guidelines for the Management of Sacred Natural Sites Located in Legally Recognised Protected Areas* (2008) čiji su nosioci bili UNESCO and IUCN (International Union For Conservation of Nature and Natural Resources, *http://data.iucn.org/dbtw-wpd/edocs/PAG.-016.pdf*

la."[3] Međutim, čini se da je pitanje vrste suverenosti koju uživa Sveta Gora još kompleksnije.

O pravnoj prirodi „ustava" Svete Gore

Pretpostavlja se da su se prvi monasi nastanili na Svetoj Gori krajem VIII i početkom IX veka.[4] Vizantijski car iz makedonske dinastije, Vasilije I je 883. godine je u svom sigiliju prvi proklamovao celovitost zajednice atonskih monaha i stavio ih pod svoju najvišu zaštitu.[5] Međutim, organizovan monaški život na poluostrvu Atos datira od X veka. Sveti Atanasije Atonski 957. godine dolazi na Svetu Goru i 963. godine osniva manastir Veliku Lavru, koji dobija potpunu samostalnost i biva proglašen za „Carsku Lavru".[6] Devet godina nakon osnivanja prvog manastira, 972. godine, donet je prvi sveopšti tipik o uređenju života na Svetoj Gori. Ovaj najstariji svetogorski „ustav" nazvan je Tragos (jarac), po jarećoj koži na kojoj je napisan. Taj dokument se danas čuva u Kareji, administrativnom središtu Svete Gore. Njega su potpisali 56 staraca „geronta", predstavnika starih lavri, kao i vizantijski car Jovan Cimiskije (969-976).[7] Još je Tragosom bila ustanovljena monaška autonomija na Svetoj Gori: „Uostalom i sam car smatraše da ne treba monaška pitanja da ispituju svetski poglavari, i da njihove nesloge ne treba da ulaze u javnost, pošto monašku problematiku svetovnjaci ne poznaju u dubini, s obzirom da su monaški običaji, njihove nesloge i optužbe, i obaveze koje ima svaki od njih, različite od svetskih prestupa i tužbi".[8] Tragosom odnosno Cimiskijevim tipikom

---

[3] D. Mitrović, *Teorija države i prava*, Dosije, Beograd, 2010, str. 78. Pored Svete Gore, u kategoriju atipičnih država D. Mitrović uključuje i Vatikan, a uvodi i kategoriju „privida država" u koje ubraja Monako, San Marino, Lihtenštajn, Andoru, Luksemburg, itd.). Slično razmišljanje u pravcu relativizovanja pojma suverenosti iznosi M. Živković, uvodeći kategoriju nesuverenih država koje karakteriše postojanje državnosti bez suverenosti. „To znači da je reč o državama koje poseduju samosvojan (originalan i izvorni), efikasan, u unutrašnjim pitanjima skoro potpuno nezavisan državni aparat. U spoljnopolitičkim pitanjima, nesuverena država koja poseduje unutrašnju samostalnost potčinjena je, u većoj ili manjoj meri, drugoj državi u okviru čije teritorije egzistira, odnosno državi koja nad njom vrši protektorat", M. Živković, *Osnovi teorije države i prava*, Policijska akademija, Beograd, 2003, str. 95-96.

[4] V. Ćorović, *Sveta gora i Hilandar*, Manastir Hilandar, 1985, str. 11;M. Živojinović, „Počeci svetogorskog monaštva (Od kraja VIII do druge polovine X veka)", *Kazivanja o Svetoj Gori*, Prosveta, Beograd, 1995, str. 12-14.

[5] M. Živojinović, *op. cit*., str. 17.

[6] V. Ćorović, *op. cit*., str. 14.

[7] A. Angelopulos, *Monaška zajednica Svete* Gore, Manastir Hilandar 1997, str. 36.

[8] *Ibid*., str. 64. U navedenom delu A. Angelopulosa se nalazi prevod Tragosa na srpski jezik.

je predviđeno da je Protos (Prvi) upravitelj cele Svete Gore, a njegov izbor potvrđuje sam car. Međutim, o pitanjima od opšteg interesa Protos ne može da odlučuje sam, već jedino sa Igumanskim saborom. Tako da Igumanski sabor pod predsedništvom Protosa predstavlja najvišu vlast.[9]

Današnji „ustav" Svete Gore predstavlja dokument sastavljen skoro jedan milenijum kasnije, od strane Svetogoraca 1924. godine, a koji je grčka država potvrdila Zakonodavnim dekretom (u daljem tekstu: Dekret) 1926. godine.[10] „On proističe iz carskih hrisovulja, patrijaršijskih sinđelija, sultanskih fermana, važećeg opšteg pravilnika i drevnih monaških zakona i poretka" (čl. 188, st. 2 Statuta).

Pravna priroda tog pravnog akta je izuzetno sporna. Naime, u okviru crkvenih krugova taj dokument se najčešće naziva Ustavom Svete Gore,[11] dok se u literaturi najčešće mogu sresti sledeće kvalifikacije: Konstitutivna povelja,[12] Povelja,[13] Statut. S obzirom na to da najpribližniji srpski ekvivalent grčkom terminu *Katastatikos Chartis* (koji se koristi u čl. 105, st. 3 Ustava Republike Grčke iz 1975. godine), jeste Statut, taj termin će se koristiti i u ovom radu.[14] Međutim, cilj ovog rada nije prosto prihvatanje ovog Statuta kao akta autonomnog prava, već naprotiv, ukazivanje na specifičnosti ovog akta kao „paraustava" i pokušaj analize elemenata koji vode ka određenju Svete Gore kao „monaške republike".

Detaljno određivanje statusa svetogorskih manastira i načina njihovog funkcionisanja važeći Ustav Republike Grčke prepušta Statutu Svete Gore (u daljem tekstu: Statut) koji uz saradnju predstavnika države, sasta-

---

[9] *Ibid*., str. 57.

[10] Čl. 188, st. 1 Statuta predviđa da: „Ovaj Ustav stupa na snagu kad ga overi Sveštena-opština i potvrdi država". Interesantna je činjenica da su predstavnici ruskog manastira Pantelejmona bili odsutni i da nisu potpisali ovaj statut. Čini se da to nije bilo potpuno slučajno, s obzirom na postojanje pretenzija Rusije na Svetu Goru.

[11] Tako na primer u srpskom prevodu ovog dokumenta, koji je izdao Sveti Arhijerejski Sinod Srpske Pravoslavne Crkve 1959. godine, ovaj akt je naslovljen kao „Ustav Svete Gore Atonske". Međutim, u samom tekstu dokumenta ovaj akt se kvalifikuje i kao Statut. U ovom radu će biti korišćen pomenuti srpski prevod Statuta, kao i Dekreta o potvrdi „Ustava" Svete Gore.

[12] Videti: H. Papastatis, „Savremeni pravni status Svete Gore", *Zbornik radova Vizantološkog instituta* 41/2004, str. 526-527; LJ. Maksimović, „Svetogorska uprava kroz vekove", *Kazivanja o Svetoj Gori*, Prosveta, Beograd, 1995, str. 41-42.

[13] Videti: H. Papastatis, „Država i crkva u Grčkoj", *Država i crkva u Evropskoj uniji* (priredio Gerhard Robers), Pravoslovni bogoslovski fakultet, Beograd, 2012, str. 63. Termin Povelja (*Charter*) se koristi i u prevodima grčkog ustava na engleski jezik.

[14] Termin „ustav" se ne može koristiti, zbog toga što Ustav Grčke za ovaj dokument ne koristi reč *syntagma*, kojim se jedino u grčkom jeziku označava pojam ustava. Naravno, nekorišćenje pojma *syntagma* nema samo lingvistički značaj, već jasno ukazuje na pravnu prirodu akta koji je drugačiji od Ustava.

vljaju i izglasavaju 20 Svetih Manastira, a potvrđuju ga Vaseljenska patrijaršija i grčki Parlament (čl. 105, st. 3). S obzirom na to da ustavna formulacija ukazuje na prevashodno reprezentativnu ulogu predstavnika države, jasna je težnja ustavotvorca da ostavi relativno veliku slobodu manastirima, koji bi kroz autonomno pravo uređivali značajan broj unutrašnjih pitanja. Međutim, s druge strane, ustavotvorac nije potpuno odrešio ruke vlastima Svete Gore, jer je predvideo obaveznu ratifikaciju Statuta i od strane duhovnih, ali i svetovnih vlasti. Papastatis ukazuje na sledeće: „Što se tiče prirode Konstitutivne povelje Svete Gore, treba istaći da Ustav određuje Povelju kao *zakonski akt* (podvukao D. A.) koji detaljno uređuje način života i rada svetogorskih manastira...".[15] Međutim, u Ustavu Republike Grčke iz 1975. godine nema ni pomena da Povelja (Statut) ima zakonsku snagu. Ali, u čl. 44 Dekreta o potvrdi Ustava Svete Gore stoji: „Zajedno sa ovim zakonodavnim Dekretom objavljuje se i Ustav Svete Gore, koji se njim potvrđuje u Službenim novinama kao *državni zakon* (podvukao autor)". Na osnovu iznetog, čini se da Statut Svete Gore ima pravnu snagu zakona. Međutim, Statut Svete Gore ima veću pravnu snagu u odnosu na druge zakone, jer nijedna njegova odredba ne može biti promenjena običnim zakonom.[16] Svaka promena Statuta mora biti sastavljena i izglasana od strane predstavnika svih manastira i ratifikovana od strane Vaseljenske patrijaršije i grčkog parlamenta.[17] To znači da promena pravnog položaja Svete Gore zavisi prevashodno od samih Svetogoraca. Može se zaključiti da Statut Svete Gore ne predstavlja običan akt autonomnog prava, već jedan konstitutivni akt, „paraustav", čiji je postupak promene izuzetno komplikovan, čak mnogo složeniji od postupka promene zakona.

Teritorijalni status Svete Gore

Ustavom Republike Grčke je poluostrvu Atos (Svetoj Gori), s obzirom na postojanje drevnog povlašćenog statusa, zajemčen specifičan vid samouprave u okviru grčke države. Naravno, Ustavom je predviđeno da se suverenitet grčke države prostire i na teritoriji Svete Gore, te da ostaje netaknut (čl. 105, st. 1). Sveta Gora je oduvek predstavljala sastavni deo i subjekt unutrašnjeg pravnog poretka pojedinih država: Vizantije do 1430. godine, Turske od 1430-1913. godine, i, najzad, Grčke, od 1913. godine (Bukureštanski mirovni ugovor) do danas, tj. nikada nije predstavljala su-

[15] H. Papastatis, „Savremeni pravni status Svete Gore", str. 527.

[16] Ch. Papastathis, „The Status of Mount Athos in Hellenic Public Law", *Mount Athos and the European Community*, Thessaloniki, 1993, p. 60.

[17] *Ibid*.

verenu državu, niti je posedovala međunarodnopravni subjektivitet.[18] No, da li je to baš tako, imajući u vidu postojanje paralelizma duhovne i svetovne vlasti na Svetoj Gori, kao i postojanje veoma široke autonomije na Svetoj Gori?

Dok se, s jedne strane, Ustav Republike Grčke odredio u odnosu na Svetu Goru, s druge strane, i prva glava Statuta Svete Gore nosi naziv „Konstitucija Svete Gore i njeni odnosi prema državi i crkvi". Već u čl. 1 Statuta se ističe da je Sveta Gora Atonska kostituisana od 20 „sveštenih, *suverenih* (podvukao D. A.), carskih, patrijaršijskih i stavropigiskih manastira", čija je hijerarhija od vajkada uspostavljena. I u st. 2 istog člana se ponavlja da su sve ostale ustanove (skitovi, kelije i isihastirioni) u nadležnosti jednoga od 20 *suverenih*, sveštenih manastira. Ustavom je zabranjena bilo kakva izmena sistema upravljanja, broja manastira na Svetoj Gori, hijerarhijskog reda i položaja prema njima podređenim ustanovama kao što su skitovi, kelije, isposnice (čl. 105, st. 2).[19] Na istom mestu u Ustavu se navodi da je celokupno zemljište (teritorija!) Atonskog poluostrva podeljeno između 20 Svetih Manastira i da ne podleže eksproprijaciji. I čl. 2 Statuta je u pogledu teritorijalnog određenja eksplicitan: „Sem gornjih dvadeset *suverenih* manastira *apsolutno niko drugi* (podvukao D. A.) ne uživa pravo sopstvenosti u Svetoj Gori". Takođe, u čl. 4 Statuta se dodaje da nikada nijedno svešteno obitalište na Atosu, ne može da se preobrati za svetovne potrebe. Prodaja imanja koja se nalaze na Svetoj Gori je apsolutno zabranjena, ali je dozvoljena njihova razmena između manastira (čl. 100 Statuta). „Svaka nepokretna imovina sveštenih manastira je apsolutno neotuđiva stvar svetog prava" (čl. 181 Statuta). Iako Sveta Gora teritorijalno predstavlja sastavni deo grčke države, kako i Ustav Grčke to određuje, mnogo toga ukazuje na to da ipak poluostrvo Atos predstavlja jedno teritorijalno područje *sui generis*. Tome u prilog govori i sledeće.

Pravo pristupa „teritoriji" Svete Gore je veoma ograničeno. Da bi laik, nesvetogorac uopšte pristupio Svetoj Gori, traže se posebni uslovi, različiti od onih koji se traže za ulazak u Grčku. Prvi uslov jeste da je posetilac muškog pola. Drugo, radi posete (pristupa teritoriji) Svetoj Gori nužno je pribaviti dozvolu za boravak – *diamonitirion*, jednu vrstu vize, koja je ujedno i

[18] I. Janković, „Međunarodnopravni položaj Svete Gore Atonske", *Društvo prijatelja Svete Gore Atonske* (predavanje), Beograd, 2004, str. 1, dostupno na: http://www.hilandar.org/pdf/mppolozaj.pdf

[19] Slično određenje se sreće i u čl. 3 Statuta, samo se u njemu govori i dalje govori o *suverenim* manastirima.

preporuka manastirima za gostoprimstvo. Dozvolu izdaje Sveta epistasija u Kareji (administrativnom centru „države“) i u njoj je naznačeno i vreme dozvoljenog trajanja posete (čl. 176 Statuta). U čl. 176 Statuta je učinjen izuzetak u odnosu na „obližnje poklonike“, kojima nije potrebna dozvola, a prvenstveno se misli na ljude koji rade na Svetoj Gori. S obzirom na to da Statut ne predviđa koliko može da traje boravak na Svetoj Gori, kroz praksu se formiralo stanovište da grčki državljani imaju mogućnost da ostanu do mesec dana, dok negrčki državljani mogu boraviti na Svetoj Gori do četiri dana. U oba slučaja postoji mogućnost produženja perioda boravka.[20] Dakle, odluku o izdavanju dozvole za pristup Svetoj Gori daju isključivo crkvene vlasti, osim u jednom slučaju. Naime, ukoliko je predstavnik grčke države na Svetoj Gori (guverner) obavešten da postoji osnovana sumnja da će posetilac vršiti krivična dela, može zatražiti od Svete epistasije da ne izda dozvolu. „Ukoliko se Sveta epistasija *složi* (podvukao D. A.), onda guverner izdaje naređenje policiji da zabrani ulaz tom posetiocu na Atos ili da ga deportuje.“[21] Drugim rečima, normativno posmatrano, konačna odluka je ipak u rukama svetogorskih vlasti.

Veoma interesantno, ali ujedno i vrlo sporno sa stanovišta međunarodnog privatnog prava, jeste pitanje nasleđivanja imovine laika koji živi i umre na Svetoj Gori, bez zakonskih naslednika. Naime, Statutom je predviđeno da su naslednici imovine takvih laika, kao i otpuštenih monaha (kavijota), Sveštena opština za one umrle u Kareji, a za one umrle u manastirima i njihovim područnim ustanovama, sami manastiri (čl. 179, st. 2 Statuta). Iz formulacije ove odredbe može se zaključiti da se u slučaju zaostavštine laika koga ne nasledi nijedno fizičko lice, kao poslednji naslednik javlja crkva, odnosno Sveštena opština ili manastiri. To znači da je država, kao poslednji zakonski naslednik koji je po pravilu predviđen od davnina u svim zakonodavstvima, isključena iz nasleđivanja. „Vakantna zaostavština pripada državi na osnovu njenog personalnog suvereniteta, dakle neke vrste vrhovnog prava države na `povraćaj` stvari od svojih građana u njeno vlasništvo“, kako to obrazlaže teorija naslednog prava.[22] Dakle, u slučaju Svete Gore je napravljen izuzetak od osnovnog pravila međunarodnog privatnog prava da vakantna zaostavština pripada državi na čijoj se teritoriji nalazi, na osnovu ekskluzivnog prava okupacije.[23]

---

[20] Ch. Papastathis, „The legal status of the Monks of non-Greek origin in Mount Athos“, *Osam vekova Hilandara* (ur. V. Korać), SANU, Beograd, 2000, p. 181.

[21] *Ibid*., p. 182.

[22] O. Antić, *Nasledno pravo*, Beograd, 1999, str. 117-118.

[23] *Ibid*., str. 118.

Položaj stanovnika Svete Gore

Položaj stanovnika (monaha i iskušenika) na Svetoj Gori je takođe veoma specifičan. Svako može da se nastani na Svetoj Gori kao monah ili iskušenik, bez obzira na nacionalnu pripadnost i državljanstvo, pod uslovom da je pravoslavac i da pripada kanonskoj Pravoslavnoj crkvi. Inovernicima, šizmaticima i nehrišćanima nije dozvoljeno nastanjenje na Svetoj Gori (čl. 105, st. 2 Ustava Republike Grčke i čl. 5 Statuta). Statutom je zabranjen pristup i nastanjivanje osoba ženskog pola na svetogorsko poluostrvo, prema običajima koji se poštuju od samog nastanka Svete Gore, tzv. avaton (čl. 186).[24] Pored crkvenih sankcija, za prekršaj ove zabrane je državnim aktom Grčke republike (Zakonodavni dekret br. 2623/1953) predviđena kazna zatvora od dva meseca do godinu dana, bez mogućnosti zamene ove kazne za novčanu.[25] Može se nedvosmisleno zaključiti da se za nastanjivanje na Svetoj Gori traže posebni, specifični uslovi, koji ujedno nisu i uslovi za nastanjivanje i pristup teritoriji Grčke.

Takođe, za Svetu Goru postoji poseban režim sticanja grčkog državljanstva. Naime, prijemom u manastir u svojstvu iskušenika ili monaha, *de iure* se stiče grčko državljanstvo, bez dodatnih uslova i formalnosti (čl. 105, st. 1 Ustava Republike Grčke i čl. 6 Statuta). Jedino što je potrebno jeste upis u knjigu monaha[26] ili iskušenika u manastiru – monahologija (čl. 94 Statuta).[27] Formalno, stanovnici Svete Gore je-

---

[24] „Zanimljivo je da, koliko smo mogli da ustanovimo, ova odredba u *pisanom obliku* (podvukao autor) ne postoji pre 1924. godine“, I. Janković, *op. cit*., str. 4. O avatonu videti više: A. M. Talbot, „Women and Mt Athos“, *Mount Athos and Byzantine Monasticism* (ed. A. Bryer, M. Cunningham), Variorum, Hampshire, 1996, p. 67-81; I. Konidaris, „The Mount Athos 'Avaton'“, *Revue hellénique de droit international*, Vol. 53, 1/2000, p. 215-226. Ranije je Tragos predviđao zabranu nastanjivanja i pristupa Svetoj ori mladićima, golobradima i evnusima, dok nije imao odredbu koja je govorila o zabrani pristupa ženama. „U vezi sa mladićima, golobradima i evnusima koji dolaze na Goru, predlažemo da se radi svake sigurnosti ne primaju. Ako se, pak, desi neka potreba ili neophodnost, ništa ne treba raditi, niti ih primati, niti postrizavati bez volje, znanja i nadzora Protosa i svih igumana Gore. Igumana i keliota, pak, koji prezre kanone i na svoje imanje ili keliju primi evnuha ili dečaka, te i posle jednog ili dva prekora ne ne prihvati ispravku koja mu je korisna, mislimo da treba proterati sa Gore“, A. Angelopulos, *op. cit*., str. 68.

[25] H. Papastatis, „Savremeni pravni status Svete Gore“, str. 533.

[26] „Za stupanje u monaški čin potrebno je služiti kao iskušenik jednu do tri godine i imati navršenih 18 godina starosti.“ (čl. 93 Statuta)

[27] Veliku polemiku u grčkoj stručnoj javnosti je izazvalo pitanje gubitka državljanstva svetogoraca. Nijedan pravni akt (Ustav Grčke, Zakon o državljanstvu, Statut Svete Gore) nije regulisao pitanje eventualnog gubitka državljanstva u slučaju da monah ili iskušenik napusti Svetu Goru. Naime, do skora je bio preovlađujuć stav, koji je zauzeo Državni savet Grčke u svojoj odluci od 1954. godine, prema kome državljanstvo Svetogorac može izgubiti samo pod uslovima koji su predviđeni Zakonom o državljan-

su državljani Grčke, tako da je prijem u grčko državljanstvo potpuno otvoren i oslobođen svih formalnosti koje bi se inače zahtevale ukoliko se koriste drugi osnovi za sticanje grčkog državljanstva. Državljanstvo pretpostavlja postojanje lične veze, pravnog odnosa između stanovnika i države, a u slučaju Svete Gore veza i pravni odnosi se uspostavljaju prevashodno između monaha i manastira. Drugim rečima, iako su formalno grčki državljani, stanovnici Svete Gore suštinski nemaju mnogo veze sa grčkom državom.

Naime, Sveta Gora i njeni stanovnici su oslobođeni skoro svih obaveza prema državi. Svetogorci su oslobođeni vojne obaveze (čl. 93 Statuta i čl. 38 Dekreta). U čl. 105, st. 5 Ustava Republike Grčke je zakonu prepušteno ustanovljavanje carinskih i poreskih olakšica za Svetu Goru, dok je čl. 12 Statuta eksplicitan: „Sveta Gora uživa, po pravu postojećem od vajkada, naročite privilegije i izuzeće od poreze i taksa, kao što se to konkretno propisuje u odredbama ovog *Ustava* (podvukao D. A.)". Statutom je predviđeno i da se svi proizvodi šuma (pre svega drvo, koje predstavlja važan ekonomski oslonac finansijske samostalnosti), kao i drugi proizvodi, *izvoze* (podvukao D. A.) iz Svete Gore bez oporezivanja (čl. 168 Statuta).[28] Takođe, u skladu sa čl. 169 Statuta, šume svetogorskog poluostrva ne potpadaju pod državne zakone o šumama.

Sloboda kretanja Svetogorcima je prilično ograničena. Niko ne može da izađe iz Svete Gore bez pismene dozvole njegovog manastira u kojoj se naznačava vreme i razlog odsustvovanja. Jedino studentima manastir ne može odreći dozvolu odsustva (čl. 96 Statuta).[29] Monasi koji ne

---

stvu Grčke. Na taj način je ustanovljeno pravilo da napuštanje Svete Gore ne podrazumeva gubitak grčkog državljanstva, po principu *semel civis semper civis*. S druge strane, postojao je stav da se ciljnim tumačenjem odredbe Ustava Grčke o sticanju državljanstva Svetogoraca dolazi do toga da je namera ustavotvorca upravo bila vezivanje državljanstva za status monaha ili iskušenika (Ch. Papastathis, „The legal status of the Monks of non-Greek origin in Mount Athos", p. 184). Ovo stanovište je danas odnelo prevagu. Naime, izmenama grčkog Zakonika o državljanstvu 2008. godine predviđen je dodatni osnov za gubitak grčkog državljanstva koji se odnosi na svetogorce (čl. 17, st. 1, tač. 3 Zakonika o državljanstvu). Ukoliko je stranac koji je stekao grčko državljanstvo u svojstvu iskušenika ili monaha na Svetoj Gori dokazano napustio manastir, kao i Svetu opštinu Svete Gore, on gubi grčko državljanstvo [Izmena čl. 17 Zakonika o državljanstvu je izvršena čl. 41, st. 5 Zakona 3731 (Reorganizacija opštinske policije i uređivanje nekih nadležnosti Ministarstva unutrašnjih poslova), Službeni glasnik 263/2008].

[28] Slično tome i čl. 170 Statuta ribarstvo za potrebe monaha izuzima od oporezivanja.

[29] Još je Tragosom bila ograničena sloboda kretanja Svetogorcima: „Nikom od bratije ne treba da se dozvoli da izlazi sa Gore i da prihvata usinovljenja ili pobratimstva sa svetovnjacima. A ako su neki već nešto slično učinili, ne treba više da idu u

pripadaju ni jednom manastiru, nego lutaju po Svetoj Gori, proteruju se sa Svete Gore od strane Svete epistasije (čl. 177 Statuta). Takođe, Sveta epistasija sa svojim organima – sejmenima i serdarima (jedna vrsta Svetogorske policije, kako se nazivaju u prevodu našeg Sv. arhijerejskog Sinoda) proteruje i laike koji izazivaju nered, pijanče i besposliče, tražeći po potrebi i pomoć državne policije u Kareji (čl. 37 Statuta).

Na Svetoj Gori je apsolutno zabranjeno, kao nesaglasno i protivno postojećem monaškom poretku, obrazovanje bilo kakvog udruženja ili naročitog bratstva (čl. 183 Statuta). Pod pretnjom progonstva, na Svetoj Gori je zabranjena i svaka prozelistička ili propagandistička akcija moralne, verske, crkvene, socijalne, nacionalne ili bilo koje druge prirode (čl. 184 Statuta).

Organizacija vlasti na Svetoj Gori

Samouprava, koja je Ustavom Republike Grčke dodeljena Svetoj Gori, je dvostepena. Prvostepenu samoupravu čine manastiri, kojih danas ima 20. Svakim manastirom upravlja iguman i gerondija – sabor staraca (čl. 111 Statuta). Izabrani od strane bratstva manastira, oni, bez spoljnog mešanja, rukuju imovinom manastira (čl. 13 Statuta). Iguman je doživotan, osim ukoliko čini istupe ili se pokaže „nepovoljan u svojim dužnostima i ne ispravlja svoje izgrede“ (čl. 115 Statuta).

Drugostepena samouprava, za područje čitavog Atonskog poluostrva (koja obuhvata i monahe i laike) je poverena Svetoj opštini, koju čini po jedan predstavnik svakog manastira (čl. 105, st. 2 Ustava Republike Grčke). Sedište ovog stalnog tela je u Kareji (čl. 11 Statuta). Predstavnike manastira koji sačinjavaju ovo telo biraju sami manastiri, na period od jedne godine, s tim da isti predstavnik može biti ponovo izabran na godinu dana (čl. 14, čl. 15 Statuta). Izvršni organ Svete opštine je Sveta epistasija. Dvadeset manastira podeljeno je u pet grupa od po četiri manastira (tetrade). Svaka od pet tetrada („četvornica“ u prevodu našeg Sv. Sinoda) svake pete godine vrši epistasisku dužnost godinu dana (čl. 28 Statuta). Predsednik Svete epistasije je prvi po redu (hijerarhijskom) svake tetrade i nosi titulu protoepistasa, mada je u suštini *primus inter pares*, pošto se odluke donose većinom glasova. U prvoj tetradi to je Velika Lavra, u drugoj Vatoped, u trećoj Iviron, u četvrtoj Hilandar, dok je u petoj Dionisijat (čl. 28 Statuta). Pored drugih nadležnosti,[30] Sveta epistasija se sta-

njihove kuće, niti da jedu sa njima, niti da sa njima učestvuju u gozbama“, A. Angelopulos, *op. cit*., str. 68.

[30] Jedna od važnih nadležnosti Svete epistasije je rukovanje protatskom blagajnom (čl 35 Statuta).

ra i o javnom redu i miru na Svetoj Gori: „vodi nadzor o uljudnom i pristojnom ponašanju, zabranjujući nerede, pesme, igre, muziku, nepriličnosti uopšte, pušenje i jahanje karejskim ulicama... progoni sa svojim organima – sejmenima i serdarima svaku pijanicu, besposličara i izazivača nereda, tražeći po potrebi i pomoć državne policije u Kareji“ (čl. 37 Statuta). Drugim rečima, Sveta Gora ima sopstvene „paraizvršne“ organe, nad kojima grčka država nema suštinskih ingerencija.

Vrhovni nadzor nad poštovanjem samoupravnog statusa svetogorskih manastira sprovodi se na dva nivoa. Nad duhovnim delom nadzor vrši Vaseljenska patrijaršija, a nad upravnim, država, kojoj isključivo pripada i očuvanje javnog reda i bezbednosti (čl. 105, st. 4 Ustava Republike Grčke). U duhovnom smislu Sveta Gora je pod direktnom jurisdikcijom Vaseljenske Patrijaršije (čl. 105, st. 1 Ustava Republike Grčke).[31] S druge strane, državna vlast sprovodi se preko guvernera,[32] čije je određenje prava i obaveza Ustav prepustio zakonu.[33] Međutim, i Dekretom je bliže određen položaj guvernera. Guverner je državni službenik koga postavlja Ministarstvo inostranih poslova Grčke[34] i čije sedište je u Kareji (čl. 3 Dekreta). Guverner nadgleda, osim pitanja javnog poretka i bezbednosti, i izvršavanje Ustava, skrećući pažnju Svetoj opštini na prekoračenja bilo koje monaške vlasti na Svetoj Gori. „U slučaju nesaglasnosti dužan je obratiti se nadležnom Ministarstvu spoljnih poslova, saobražavajući se njegovim uputstvima“ (čl. 3 Dekreta). On prisustvuje sednicama Sveštene opštine samo kada je pozvan. Međutim, poziv je obavezan kada njegovo prisustvo na sednici predloži najmanje osam predstavnika. U svakom slučaju, guverner na sednicama ima samo savetodavan glas (čl. 4, st. 1 Dekreta). Guverner je nadležan i za izvršenje rešenja Svete opštine i monaških vlasti (ali uvek u prisustvu jednog epistata), dok u pogledu sudskih odluka koje su donete u skladu sa propisima i postale izvršne, guverner ne može intervenisati (čl. 4, st. 3 i 4 Dekreta). Guverner ima pod nepo-

[31] Videti i čl. 5 Statuta.

[32] Papastatis opominje da je guverner nosilac javne vlasti, ali ne i organ svetogorske samouprave, te da je neprihvatljivo korišćenje termina „guverner“ i da ga treba zameniti - prilikom sledeće revizije Ustava Grčke, H. Papastatis, „Savremeni pravni status Svete Gore“, str. 529.

[33] Zakonu je prepušteno i regulisanje sudske vlasti koju imaju manastirske vlasti i Sveta opština, kao i carinske i poreske olakšice Svete gore (čl. 105, st. 5 Ustava Republike Grčke).

[34] Papastatis ukazuje na neobičnu okolnost da je jedino u Grčkoj Ministarstvo spoljnih poslova nadležno i za religijska pitanja, Ch. Papastathis, „Religious Self-Administration in the Hellenic Republic“, *Church Autonomy: A Comparative Survey* (ed. G. Robbers), Peter Lang, Frankfurt am Main, 2001, p. 22, dostupno na: http://www.academia.edu/2953750/ Religious_Self-Administration_In_The_Hellenic_Republic

srednom svojom vlašću „žandarmeriju i personal guvernata“ (čl. 5 Dekreta). Kontrolu delatnosti guvernera vrši Državni savet Grčke. Državni savet vrši i kontrolu postupaka svetogorskih organa, mimo onih koji se odnose na unutrašnju upravu Svete Gore. Sve vrste odnosa između manastirskih ustanova i monaha, između sebe, a i prema manastirskim vlastima, Državni savet smatra unutrašnjim pitanjima.[35]

Kao najviše zakonodavno i sudsko telo na Svetoj Gori je Statutom određen Vanredni dvadesetočlani sabor, koji je sastavljen od igumana i prvonačelnika svih dvadeset svetih manastira i koji se sastaje dva puta godišnje (čl. 43 Statuta). Vanredni dvadesetočlani sabor ima pravo „da propisuje uredbe koje nisu u protivnosti sa Ustavom“. One koje su čisto duhovne prirode, dostavljaju se na odobrenje Vaseljenskoj patrijaršiji, dok se sve ostale dostavljaju guverneru, a potvrđuje ih nadležno Ministarstvo (čl. 6 Dekreta). Naravno, u okviru zakonodavne vlasti je u određenoj meri nadležan i grčki parlament, koji učestvuje u postupku donošenja Statuta, kao najvišeg pravnog akta Svete Gore. Parlament je nadležan i za pitanja koja su mu eksplicitno Ustavom Republike Grčke stavljena u nadležnost. To su: određivanje prava i obaveza guvernera, regulisanje sudske vlasti koju imaju manastirske vlasti i Sveta opština, kao i carinske i poreske olakšice Svete gore (čl. 105, st. 5 Ustava Republike Grčke).

Međutim, položaj sudske vlasti je već detaljno određen Statutom i Dekretom. Prvostepene sudove na Svetoj Gori čini iguman sa gerondijom u opštežiteljnim manastirima.[36] Predsednik prvostepenih sudova je iguman (čl. 42 Statuta). Drugostepeni sud je Sveta opština Svete Gore Atonske (čl. 41 Statuta). Takođe, i Sveta epistasija, koja pored toga što predstavlja izvršnu vlast Svete opštine, istovremeno vrši i dužnosti mirovnog suda (čl. 40 Statuta), a sudi i za „istupe učinjene u Kareji“ (čl. 9, st. 1 Dekreta).[37] Konačno, najviše sudsko telo na Svetoj Gori je Vanredni dvadesetočlani sabor (čl. 43 Statuta), kao i Vaseljenski patrijarh sa Sinodom (čl. 9, st. 1 Dekreta). U čl. 44 Statuta je određena nadležnost sudova Svete Gore: presuđivanje pitanja granica manastira, očuvanje monaške discipline i kažnjavanje monaha za počinjene greške, dok je Dekretom dodato da su svetogorski sudovi nadležni za deljenje pravde na Svetoj Gori ukoliko se odnosi na crkvena prekoračenja i „na sinorske (sporove oko teritorije – prim D. A.) ili ma kakve po omologijama sporo-

[35] H. Papastatis, „Savremeni pravni status Svete Gore“, str. 529.

[36] Danas više nema idioritmijskih manastira, već su svi manastiri na Svetoj Gori opštežiteljni

[37] Jezičkim tumačenjem ove odredbe, može se zaključiti da Sveta epistasija sudi za sve „istupe“ učinjene u Kareji, što podrazumeva i istupe laika.

ve (sporove iz ugovora – prim. D. A.)“ (čl. 7, st. 1 Dekreta). Prvostepeni svetogorski sudovi sude „sve crkvene i disciplinske greške bratije manastira i njihovih područnih ustanova, policijska i opštinska prekoračenja i istupe učinjene u domenu manastirskom, sinorske i druge sporove dve područne ustanove jednog manastira“ (čl. 9, st. 1 Dekreta). Tako se iz ove odredbe može zaključiti da su prvostepeni svetogorski sudovi nadležni i za sve „istupe“ laika koji su učinjeni u okviru manastira. Sveštena opština sudi u prvom stepenu „sve sinorske sporove između sveštenih manastira kao i one koji proističu zbog omologija između jednog manastira i ma koje njegove područne ustanove“, dok u drugom stepenu ima funkciju apelacionog suda (čl. 9, st. 1 Dekreta). Na kraju, trećestepeni sud predstavlja Vaseljenski patrijarh i njegov Sinod, s tim da on tu nadležnost može da prenese na posebni sud koji sačinjava egzarhija od tri mitropolita Vaseljenskog trona ili na Vanredni dvadesetočlani sabor (čl. 9, st. 1 Dekreta). Kao vršilac dužnosti komesara zakona, guverner obavezno prisustvuje na sednicama vrhovnog suda (čl. 9, st. 2).

U čl. 51 Statuta se svetogorski sudovi odriču nadležnosti za „krivice“ koje jedan monah ili klirik nesvetogorac učini na Svetoj Gori. Tada se samo njihovo isleđenje vrši u drugostepenom svetogorskom sudu, Svetoj opštini, „a njegov se dosije šalje njegovoj nadležnoj *crkvenoj* (podvukao D. A.) vlasti“ (čl. 51 Statuta). Međutim, nadležnost za krivice iz opšteg Krivičnog zakonika, osim istupa,[38] je ustanovljena u korist državnih sudova u Solunu (čl. 7, st. 2 Dekreta). Značajno za kvalifikovanje stepena svetogorske autonomije u oblasti pravosuđa je to što se u slučajevima delikata i zločina počinjenih na Svetoj Gori istražni postupak sprovodi na Svetoj Gori. Naime, državni sudovi šalju tamo „islednog činovnika koji je *dužan* (podvukao D. A.) da odmah pozove Sveštenu epistasiju“ i da je uputi u stvar, a ona će pružiti svoju saradnju (čl. 35 Dekreta). Tako pored predstavnika državne vlasti, u fazi istrage u slučaju krivičnih dela počinjenih na Svetoj Gori, učestvuju i svetogorske vlasti, čime se ustanovljava jedan vid podeljene nadležnosti i odgovornosti. Takođe, sudska rešenja „izvršavaju se naredbom svetogorskog guvernera i njegovih područnih organa, sa dejstvom jednog epistata“ (čl. 8, st. 1 Dekreta),[39] dok se kazne crkvene prirode izvršavaju bez intervencije državne vlasti, koja mora biti samo obaveštena (čl. 8, st. 2 Dekreta). Rečju, i u slučaju izvršenja sudskih odluka dolazi do sadejstva državne i crkvene vlasti.

[38] Prema grčkom krivičnom pravu to su prekršaji ili lakša krivična dela, slično podeli na zločine, prestupe i istupe u srpskom Krivičnom zakoniku iz 1860. godine.

[39] Videti i čl. 34 Dekreta.

Da bi se predupredio sukob nadležnosti državnih i svetogorskih sudova Statutom je predviđeno da po predmetima u kojima su nadležni i jedni i drugi može svaki „da radi po svom postupku i nadležnosti i bez ograničavanja onog drugog“ (čl. 83). Takođe, na istom mestu se napominje da odluka jednog suda ne prejudicira odluku drugog, jer kod jednoga delo može biti osuđujuće, a kod drugoga oslobađajuće. Ovim se otvara izuzetno zanimljivo pitanje mogućeg različitog presuđivanja iste stvari od strane različitih sudova. Drugim rečima, ukoliko načelno jedna sudska vlast oslobodi, a druga osudi izvršioca, on će morati da se povinuje osuđujućoj presudi pred organima one vlasti koja ga je osudila. Mada se načelno može očekivati da presude svetogorskih sudova pre svega sadrže sankcije crkvene prirode, a državnih svetovne, nije isključeno da svetogorski sud može da izrekne i sankciju koja ima svetovni karakter.[40] Najzad, treba još jednom podvući da u imovinskopravnim sporovima nastalim u svetogorskim odnosima, isključivu nadležnost imaju svetogorski sudovi.

Sveta gora – „monaška“ država bez državnosti

Pravni status Svete Gore izmiče klasičnim klasifikacijama i verovatno se zbog toga u literaturi teško može naći utemeljeniji pokušaj njegovog određenja. Ipak, čini se da bi se za sada moglo reći da Sveta Gora poseduje jedan vid parasuvereniteta, specifičnu formu podeljenog suvereniteta između državnih, svetogorskih i vaseljenskih vlasti u Carigradu. „Istina je da suverenitet nije deljiv, ali on samo suštinski nije deljiv, dok je deljiv prema svojoj nadležnosti. To znači da je nadležnost crkvenog suvereniteta drugačija od nadležnosti državnog suvereniteta, zbog čega crkvena i državna suverenost mogu postojati na istoj teritoriji“.[41] Troicki se čak zalaže za priznanje međunarodnog subjektiviteta crkvama, s obzirom na postojanje konkordata i drugih međunarodnih ugovora kojima se regulišu odnosi države i crkve. Takođe, Troicki predlaže reformu klasičnog klasifikovanja prava, uvodi novi naziv „međusuvereno pravo“ (*ius inter potestates*), koje bi

[40] Papastatis na primer ukazuje na to da je Vandredni dvadesetočlani sabor 1956. godine izglasao kanonsku odredbu kojom se kažnjava novčanom kaznom i pritvorom do pet dana lice koje je uvelo na Svetu Goru životinju ženskog pola, H. Papastatis, „Savremeni pravni status Svete Gore“, str. 533.

[41] S. V. Troicki, *Crkveno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011, str. 43. Slično razmišljanje je bilo zastupljeno i u srednjovekovnim teokratijama, gde je nastala teorija simfonije, sklada između države i crkve, prvi put određena u šestoj noveli Justinijanovog *Corpus iuris civilis* 535. godine. Kako su i cezaropapizam i papocezarizam stanja neprirodna za državu i za crkvu, najbolje je da postoje dve vlasti, crkvena i državna, poput dva kruga koja se međusobno seku i čine tri oblasti: čisto crkvenu (*sacerdotium*), čisto državnu (*imperium*) i zajedničku, D. Mitrović, *Uvod u pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, str. 68-69.

trebalo podeliti na međudržavno ili međunarodno (*ius inter civitates*) i crkveno-državno (*ius inter civitates et ecclesias*).[42] Činjenica je da je `ideologija` pravnog monizma (pravnog centralizma) u današnje vreme prevaziđena usled evidentnog postojanja i sve većeg uticaja pravnog pluralizma.[43] U svetlosti toga, nužno bi bilo revidirati i relatizovati razumevanje i savremenog pojma suverenosti. Suverenost se danas ne može pojmiti kao apsolutna i nedeljiva. Nekada je verovanje u suverenost države, kao u izvor izvesnosti i nužnu osnovu normativnog poretka postojalo paralelno sa verovanjem u utemeljujuće metafizičke istine na kojima je zasnovano celokupno ljudsko znanje.[44] Otud „široko rasprostanjeno verovanje u suverenost kao suštinsku za državnost bi se dobro uklapalo sa verovanjem u državno pravo kao paradigmu za pravo".[45] Takvo shvatanje bi nužno vodilo marginalizaciji međunarodnog prava, ali ujedno i kanonskog i crkvenog prava. U današnje vreme, kako se i ističe u teoriji ustavnog pluralizma, države nisu jedina mesta na kojima može da se pronađe suverenost.[46]

Na Svetoj Gori autonomija podrazumeva ne samo unutrašnju organizaciju, autonomno vršenje vlasti i versku samostalnost, već ona obuhvata i mnoge elemente sekularnog života laika koji se na njoj nalaze. Ona poseduje svoju sopstvenu, posebnu zakonodavnu, upravnu i sudsku vlast, a Statut Svete Gore ima veću pravnu snagu od svih drugih zakona grčke države, jer država ne može jednostrano da menja njegove odredbe.[47]

S obzirom na širinu samouprave koja je već ostavljena crkvenim vlastima, kao i na specifičnosti života na Svetoj Gori, bilo bi moguće zaključiti da Sveta Gora predstavlja "teokratsku republiku", „monašku državu", bez državnosti. Analizirane specifičnosti teritorijalnog statusa, položaja stanovnika i posetilaca, kao i organizacije svetogorskih vlasti, ukazu-

---

[42] S. V. Troicki, *op. cit*., str. 45. O stavovima Troickog, višeslojnosti crkvenog prava i mestu crkvenog prava u okviru sistema prava videti: D. Mitrović, „Ecclesiastical Law and State Law", *Annals FLB – Belgrade Law Review*, 3/2012, p. 243-264.

[43] B. Z. Tamanaha, „A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism", *Journal of Law and Society*, Vol. 27, 2/2000, p. 299. O različitim koncepcijama pravnog pluralizma videti: G. Vukadinović, *Teorija države i prava II*, Futura, Novi Sad, 2007, str. 138-146; G. Vukadinović, „Vrste autonomnog prava i shvatanja pravnog pluralizma", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 4/2012, str. 45-54.

[44] N. MacCormick, "Beyond the Sovereign State", *Modern Law Review*, Vol. 56, 1/1993, p. 15.

[45] *Ibid*., p. 14.

[46] Videti: Walker, N., „The Idea of Constitutional Pluralism", *The Modern Law Review*, vol. 65, 2002, 317–359.

[47] S. Ferrari, „The Religious Significance of Jerusalem in the Middle East Peace Process – Some Legal Implications", u *Jerusalem, A City and its Future* (ed. M. Breger, O. Ahimeir), Syracuse, NY 2002, p. 228-229 navodi ove zaključke u svetlosti mogućeg rešavanja pravnog položaja svetih mesta, a pogotovo rešavanja kontroverznog statusa Jerusalima.

ju na to da ne bi bilo teško Svetu Goru ustrojiti kao državu u državi, jer neki elementi toga već postoje.[48] Kako su ovlašćenja guvernera, kao predstavnika državne vlasti uglavnom reprezentativnog karaktera, značajan uticaj grčke države se ispoljava kroz nadležnost za očuvanje javnog reda i bezbednosti (mada postoji i „policija" Svete Gore), kroz nadležnost državnih sudova za postupanje u krivičnim stvarima (osim u slučaju istupa), kao i kroz kontrolu postupaka svetogorskih organa od strane Državnog saveta (mimo onih koji se odnose na unutrašnju upravu Svete Gore). Ukoliko za to u jednom trenutku bude postojala politička volja, kako unutrašnja, tako i međunarodna, ne bi bilo teško i ove nadležnosti poveriti svetogorskim organima, s obzirom na to da je bezbednost Svete Gore retko ugrožena, kao i da je vršenje krivičnih dela u tim specifičnim uslovima pravi raritet. Takođe, kao što je već rečeno, Sveta Gora nema međunarodnopravni subjektivitet. Međutim, to ne znači da ona nije predmet međunarodnih ugovora (Sanstefanskog ugovora iz 1878. godine, Berlinskog ugovora iz 1878. godine, Londonskog mirovnog ugovora iz 1913. godine, Bukureštanskog ugovora iz 1913. godine, Lozanskog ugovora iz 1923. godine) i predmet interesovanja subjekata međunarodnog prava.[49] Specifičnost statusa Svete Gore je međunarodno priznata prilikom pristupanja Grčke Evropskoj zajednici 1979. godine, u Zajedničkoj deklaraciji br. 4 uz Završni akt Ugovora o pristupanju Republike Grčke iz 1981. godine.[50] S obzirom na specifičnosti svog pravnog statusa, Sveta Gora, u svetlosti međunarodnog prava, stoji pred brojnim izazovima. Glavni izazov budućnosti jeste pitanje režima ljudskih prava na Svetoj Gori, a naročito pitanja zabrane pristupa ženama, zabrane udruživanja, ograničenja slobode veroispovesti, slobode nastanjivanja, kao i slobode kretanja. Iako nema međunarodni subjektivitet, jedino Sveta Gora, odnosno svetogorske vlasti mogu inicirati eventualne izmene Statuta i uticati na promenu svog specifičnog pravnog položaja. To na svojevrsan način potvrđuje zaključak da i ovakav „parasuverenitet", za koji bi se moglo reći da u ovom trenutku najbliže određuje pravni status Svete Gore, ima veoma važan ne samo teorijski, nego i praktični pravni i politički značaj.

---

[48] Uostalom, samo u Evropi postoji veći broj veoma malih država, nastalih iz istorijskih razloga (pored Vatikana, tu su i Malta, Andora, Lihtenštajn, Monako, San Marino). Razlozi za njihov nastanak su u najmanju ruku uporedivi sa mogućim razlozima zbog kojih bi eventualno Sveta Gora mogla jednom ostvariti status suverene države, pogotovo s obzirom na elemente parasuverenosti koje već poseduje. U tom kontekstu, naročito bi indikativan mogao biti primer Malte, koja je u osnovi suverenost stekla pre svega zahvaljujući istorijskoj povezanosti sa Malteškim redom.

[49] I. Janković, *op. cit.*, str. 1.

[50] Videti fn. 1.

Dragutin Avramović, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Mount Athos – between Autonomy and Statehood

Abstract: *Legal status of the Mount Athos is characterized by many special features that make it internationally unique legal regime. The author analyzes peculiarities of Mount Athos territorial status, legal position of residents and visitors, as well as organization of Mount Athos authorities. The author concludes that the Mount Athos is characterized by a kind of para-sovereignty. Its autonomy involves not only the internal organization, autonomous governance and religious autonomy, but it also includes many elements of secular life of their visitors. Mount Athos has its own, separate legislative, administrative and judicial powers, while the Statute of the Mount Athos has greater legal force than all the other laws of the Greek state, because the state can not unilaterally change its provisions. Having in mind that the wide self-government is vested in church authorities and that the monks have very specific way of living, the author takes a position that the Mount Athos represent `monastic state`, but without statehood. The author also states that the Mount Athos will be faced with many challenges in the context of spreading of an assimilating, universal conception of human rights.*

Key words: *Mount Athos; `Constitution` of the Mount Athos; Autonomy; Sovereignty; Human Rights.*

Originalni naučni rad 347.751(094.2)
doi:10.5937/zrpfns47-4476

Dr Sandra Fišer-Šobot, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu

OSLOBOĐENJE PRODAVCA OD ODGOVORNOSTI PREMA ČL. 80 KONVENCIJE UN O UGOVORIMA O MEĐUNARODNOJ PRODAJI ROBE

Sažetak: *Predmet razmatranja u ovom radu je oslobođenje prodavca od odgovornosti za povredu obaveze isporuke kad je ona uzrokovana radnjom ili propustom kupca. Naime, kupac se ne može koristiti pravnim sredstvima zbog povrede obaveze isporuke od strane prodavca, ako je povredu on sam uzrokovao.*

Rad sadrži analizu čl. 80 Bečke konvencije, odnosno razmotren je odnos čl. 79 i čl. 80 BK, detaljno su analizirani uslovi za primenu čl. 80 BK i data je ocena domašaja pravila o oslobođenju od odgovornosti iz čl. 80 BK.

Ključne reči*: neizvršenje isporuke, odgovornost prodavca, oslobođenje od odgovornosti, Bečka konvencija.*

1. Uvodne napomene

Svaka ugovorna strana je odgovorna za izvršenje preuzetih ugovornih obaveza. Ponekad, međutim, mogu nastupiti takvi događaji i okolnosti koji izvršenje ugovora u velikoj meri otežavaju ili ga čine nemogućim. U navedenim slučajevima bi insistiranje na poštovanju principa *pacta sund servanda* vodilo cilju suprotnom od onog da zaštiti ugovorne strane. Upravo zbog toga i *Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe*[1] (u daljem tekstu: Bečka konvencija, BK) sadrži pravila koja regulišu odgovornost ugovornih strana kad je do povrede ugovora došlo usled događaja koji nisu u sferi njihove kontrole. Ovde se radi o slučajevima koji predstavljaju osnov za odstupanje od osnovnog principa ugovornog

[1] Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (*Službeni list SFRJ*, br. 10/1/84 od 31.12.1984; dalje u fusnotama: BK).

prava, pa je i primena normi koje regulišu oslobođenje od odgovornosti moguća i dozvoljena samo u izuzetnim slučajevima.

Povreda obaveze isporuke ima za posledicu nastupanje odgovornosti prodavca. Za odgovornost prodavca je potrebna i dovoljna povreda ugovora, kao objektivna činjenica. Odgovornost prodavca za isporuku u međunarodnom pravu je garantna odgovornost[2] (*die Garantiehaftung*), koja je nezavisna od krivice i koja postoji uvek kad ne postoje okolnosti koje vode oslobođenju od odgovornosti iz čl. 79 i 80 BK. Bezuslovno poštovanje principa garantne odgovornosti kao kauzalne odgovornosti, bi prodavca dovelo u težak položaj, pa su radi njegovog ublažavanja u BK predviđeni osnovi oslobođenja, koji nisu povezani sa krivicom.

Predmet razmatranja u ovom radu je pravno regulisanje oslobođenja prodavca od odgovornosti za povredu obaveze isporuke kad je ona uzrokovana radnjom ili propuštanjem kupca. Rad sadrži prikaz odnosa između čl. 79 i 80 BK, kao dva različita i odvojena osnova za oslobođenje od odgovornosti, kao i detaljnu analizu uslova za oslobođenje prodavca od odgovornosti za povredu obaveze isporuke prema čl. 80 BK. Na kraju rada je data ocena domašaja pravila o oslobođenju od odgovornosti iz čl. 80 BK.

2. Osnovi za oslobođenje od odgovornosti za isporuku kod međunarodne prodaje robe

Pitanje oslobođenja od odgovornosti ima veoma veliki i teorijski i praktični značaj. Oslobođenje od odgovornosti je u BK regulisano na jedinstven način za obe ugovorne strane (Glava V *Zajedničke odredbe za prodavčeve i kupčeve obaveze* Odsek IV *Oslobođenje od odgovornosti*) u čl. 79 i 80. Strana koja nije izvršila neku od preuzetih ugovornih obaveza neće biti odgovorna ako je do neizvršenja došlo usled smetnje van njene kontrole (čl. 79 BK) ili ako je neizvršenje prouzrokovano radnjom ili propuštanjem druge ugovorne strane (čl. 80 BK).

Interesantno je da u srpskoj verziji BK odsek IV nosi naziv *Oslobođenje od odgovornosti*, dok je engleski i nemački tekst naslovljen *Oslobođenja*. Smatramo da je upotreba množine bolja jer se radi o dva jasno razdvojena osnova za oslobođenje od odgovornosti.

Čl. 80 BK predstavlja samostalan osnov za oslobođenje od odgovornosti[3] i konkretizaciju načela savesnosti iz čl. 7(1) BK, odnosno u njemu

[2] Tako H.G. Bamberger, H. Roth (Hrsg.), *nav. delo*, str. 2840; W. Krüger, H.P. Westermann (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, 4. Auflage, München, 2004, str. 2428; P. Schlechtriem (Hrsg.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, str. 458.

[3] U teoriji prava međunarodne prodaje je opšteprihvaćen stav da čl. 80 BK ne predstavlja dopunu čl. 79 BK, nego da se radi o samostalnom osnovu za oslobođenje od odgovornosti. Videti npr.

je otelotvorena opšta ideja da nijedna ugovorna strana ne sme drugoj strani otežati ili onemogućiti izvršenje. Drugim rečima, bilo bi protivno načelu savesnosti i poštenja kad bi jedna ugovorna strana mogla da izvlači korist iz sopstvenog štetnog ponašanja.

Pravilo sadržano u čl. 80 BK poznaju i brojna nacionalna zakonodavstva, naročito ona koja pripadaju germanskom pravnom krugu.[4] S druge strane, u anglo-američkom pravu postoji institut podeljene odgovornosti (*contributory negligence, comparative negligence*), koji je karakterističan za pravo građanskopravnih delikata, a na ugovor bi se moglo primeniti samo kad je odgovornost za povredu ugovora identična odgovornosti za delikt, nezavisno od postojanja samog ugovora.[5]

3. Odnos čl. 80 i čl. 79 BK

Osnovi za oslobođenje od odgovornosti su u Bečkoj konvenciji regulisani u čl. 79 i čl. 80 BK. Radi se o dva potpuno odvojena i nezavisna osnova za oslobođenje od odgovornosti između kojih postoje značajne razlike.

Prvo, uzrok štete je kod čl. 80 BK povreda ugovora uzrokovana radnjom ili propuštanjem druge ugovorne strane, dok se čl. 79 odnosi na povrede ugovora nastale usled smetnje van sfere kontrole strane koja je ugovor povredila.

Ukoliko su ispunjeni uslovi za njegovu primenu, čl. 80 BK ima prednost u odnosu na čl. 79 BK. Pored toga, uslovi za primenu čl. 79 i čl. 80 BK su potpuno drugačiji. Čl. 80 BK će, u principu, voditi oslobođenju dužnika od odgovornosti čak i onda kad je mogao savladati od strane poverioca uzrokovanu smetnju.[6] Naravno, ukoliko se radi o lako savladivoj smetnji onda bi primena načela savesnosti i poštenja isključila mogućnost oslobođenja. Nasuprot tome, prema čl. 79 BK oslobođenje od odgovornosti za povredu ugovora je moguće ako je ona posledica smetnje i/ili njenih posledica koje se nisu razumno mogle izbeći ili savladati.

Rolf Herber, Beate Czerwenka, *Internationales Kaufrecht – Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den Internationalen Warenkauf*, München, 1991, str. 359; Christoph Brunner, *UN-Kaufrecht – CISG – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 – Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht,* Bern, 2004, str. 492;

[4] Ingeborg Schwenzer, Simon Manner, The Pot Calling the Kettle Black: The Impact of the Non-Breaching Party's (Non-) Behaviour on its CISG-Remedies u: Camilla B. Andersen, Ulrich G. Schroeter (eds.), *Sharing International Commercial Law accros National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, Wildy, 2008, str. 470.

[5] I. Schwenzer, S. Manner, nav. delo, str. 470.

[6] Heinrich Honsell (Hrsg.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, Berlin, Heidelberg, 2010, str. 1077.

Konačno, pravne posledice čl. 80 BK se ogledaju u tome da poverilac koji je uzrokovao povredu ugovora gubi sva pravna sredstva zbog povrede ugovora. U tom smislu je čl. 80 širi od čl. 79 BK, budući da oslobođenje od odgovornosti prema čl. 79 BK vodi samo gubitku zahteva za naknadu štete.[7]

Poverilac koji je uzrokovao povredu obaveze od strane dužnika se prema čl. 80 BK ne može pozivati na okolnost da bi se on za svoje ponašanje mogao osloboditi prema čl. 79 BK.[8]

4. Uslovi za oslobođenje od odgovornosti prema čl. 80 BK

Primena čl. 80 BK pretpostavlja da je ponašanje kupca uzrok povrede obaveze isporuke od strane prodavca. Prodavac će prema čl. 80 BK biti oslobođen od odgovornosti za neizvršenje isporuke ukoliko budu kumulativno ispunjeni sledeći uslovi. Prvo, prodavac mora povrediti obavezu isporuke. Drugo, potrebno je da postoji određeno ponašanje kupca (radnja ili propuštanje činjenja) i treće, da je upravo radnja ili propust kupca uzrok povrede obaveze isporuke.

4.1. Neizvršenje isporuke

Pojam neizvršenje u čl. 80 BK ima isto značenje kao i u čl. 79(1) BK. To je opšti pojam kojim su obuhvaćene sve povrede ugovora, pa samim tim i povreda obaveze isporuke. Prema čl. 79(1) BK ako jedna od strana *ne izvrši neku od svojih obaveza*, ona se pod određenim uslovima može osloboditi odgovornosti za to. Pojam neizvršenje obaveze je određen na opšti način i da obuhvata *svaku* povredu obaveze. Navedena formulacija ne određuje prirodu povrede ugovorne obaveze. Prema tome, neizvršenje može biti potpuno, delimično ili manljivo. Sa stanovišta oslobođenja od odgovornosti karakter povrede obaveze nije važan. Razlikovanje povrede obaveze ima posledice na dejstvo oslobođenja, odnosno na pravna sredstva koja će stojati na raspolaganju oštećenoj strani.

U teoriji su postojali oprečni stavovi u odnosu na sadržaj pojma neizvršenje isporuke. Nesporno je da neizvršenje postoji u slučaju kad prodavac uopšte ne isporuči robu ili kad sa isporukom robe zakasni. Međutim, vođene su brojne rasprave da li neizvršenje obuhvata i isporuku nesaobrazne robe. Prilikom davanja odgovora na ovo pitanje treba poći od samog pojma isporuke robe. Naime, prodavčeva obaveza isporuke je

[7] Videti čl. 79(5) BK.

[8] H. Honsell (Hrsg.), *nav. delo,* str. 1077. Videti više u delu rada koji se odnosi na ponašanje kupca.

opšteg karaktera i od prodavca zahteva da isporuči robu koja nema nedostataka, odnosno robu koja je saobrazna ugovoru. Prema izvorima prava međunarodne prodaje robe, prodavac nema posebnu obavezu garancije da će roba biti saobrazna ugovoru.[9] Prema tome i isporuka nesaobrazne robe čini neizvršenje obaveze isporuke, pa je i u ovom slučaju oslobođenje od odgovornosti moguće ako su ispunjeni svi predviđeni uslovi. U prilog našoj tvrdnji govori i sudska praksa, budući da je oslobođenje odobreno za neizvršenje koje se sastojalo u isporuci nesaobrazne robe.[10]

Da zaključimo, pojam neizvršenje iz čl. 80 BK upućuje na *sve* povrede ugovornih obaveza, pa samim tim i na sve vrste povreda obaveze isporuke. U čl. 80 BK se ne pravi razlika između situacija kad prodavac svoju obavezu uopšte nije ispunio ili je nije ispunio na ugovorom, običajima ili konvencijom predviđen način. To znači da su ovim pojmom obuhvaćeni i neizvršenje i manljivo izvršenje. Smatramo da je ovakvo shvatanje pojma neizvršenja iz čl. 80 BK u skladu sa opštim pojmom neizvršenja (povrede ugovora) koji postoji i u čl. 45(1)(b) BK. Stoga nije ispravno ni prihvatljivo takvo tumačenje koje bi pojam neizvršenja na bilo koji način suzilo ili promenilo.

4.2. Radnja ili propuštanje kupca

Neizvršenje isporuke mora biti prouzrokovano radnjom ili propuštanjem kupca. Pod *radnjom* se podrazumeva svako aktivno činjenje kupca. Pritom, obaveza činjenja kupca može biti izričito ugovorena npr. kupac može imati obavezu da prodavcu preda nacrte za izradu uređaja koji je predmet ugovora o prodaji ili da naknadno da specifikaciju robe. Međutim, čl. 80 BK obuhvata i slobodno postupanje poverioca iz sopstvenih pobuda. Takav slučaj ćemo imati ako se kupac svojevoljno umeša u konstrukciju robe. Naravno, tada će kupac snositi i odgovornost za eventualne nedostatke na robi koji iz toga proizađu.[11] Takođe, radnjom kupca se smatra i njegovo aktivno odbijanje opravdano naknadno ponuđene isporuke.[12] Radnja kupca se može sastojati i u davanju nekorektnih ili nepotpunih uputstava u pogledu transporta robe ili njegovi pokušaji da mu roba

[9] Videti više kod Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer (ed.), *Commentary on the UN Convention of the International Sale of Goods (CISG)*, New York, 2005²,str. 810 i kod Peter Schlechtriem (Hrsg.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 3. völlig neubearbeitete Auflage, München, 2000, str. 761.

[10] CISG-online 557, France, *Tribunal de Commerce de Besancon,* 19 January 1998.

[11] Videti više kod Karsten Schmidt (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München 2004, str. 720 i 721. Slično C. Brunner, *nav. delo,* str. 493.

[12] Videti više kod K. Schmidt (Hrsg.), *nav. delo*, str. 721.

bude isporučena direktno od proizvođača uz zaobilaženje prodavca suprotno zaključenom ugovoru o prodaji.[13] Dalje, prodavac će biti oslobođen od odgovornosti i ako mu kupac specifikaciju robe dostavi po proteku razumnog roka iz čl. 65(1) BK i tako dovede do docnje sa isporukom. U sudskoj praksi je prodavac bio oslobođen od odgovornosti i u slučaju kupčevog neopravdanog odbijanja njegove ponude da popravi nesaobraznu robu,[14] kao i kad se kupac nije pridržavao uputstva za upotrebu i tako uzrokovao kvar isporučene opreme.[15]

Propuštanje, s druge strane, pretpostavlja da je kupac bio dužan da nešto učini ili da sa prodavcem sarađuje, a nije tako postupio. Naime, ako iz ugovora, običaja, uspostavljene prakse ili načela savesnosti i poštenja proizlazi da je kupac obavezan da izvrši određenu činidbu, odnosno kad je činidba objektivno nužna i prikladna za izvršenje isporuke, o propuštanju možemo govoriti kada takva činidba od strane kupca izostane. Tipičan primer propuštanja postoji kad kupac nije preduzeo sve potrebne mere za dobijanje npr. potrebnih uvoznih dozvola,[16] što je prema ugovoru trebalo da učini. Takođe, propuštanjem se smatra i neoznačavanje adrese isporuke,[17] nepreuzimanje isporuke,[18] uskraćivanje informacija koje su prodavcu potrebne za dobijanje izvoznih dozvola,[19] neplaćanje cene zbog kog prodavac nije isporučio preostalu robu.[20]

Za oslobođenje prodavca od odgovornosti prema čl. 80 BK nije potrebno da radnja ili propuštanje kupca predstavlja povredu ugovora.

---

[13] Videti više kod P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *nav. delo*, str. 839; C. Brunner, *nav. delo,* str. 493.

[14] CISG-online 256, Germany, *Oberlandesgericht Koblenz*, 31 January 1997.

[15] CISG-online 1212, Russian Federation, *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry*, 29 December 2004.

[16] K. Schmidt (Hrsg.), *nav. delo*, str. 721; P. Schlechtriem (Hrsg.), *nav. delo*, str. 789.

[17] P. Schlechtriem (Hrsg.), *nav. delo*, str. 789.

[18] Wolfgang Krüger, Harm Peter Westermann (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, 4. Auflage, München, 2004, str. 2666. Takođe videti CISG-online 143, Germany, *OLG München*, 8 February 95.

[19] Videti *Kyprianon v. Cyprus Textiles Ltd. (1958) 2 Lloyd's Rep 60*. Navedeno prema P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *nav. delo*, str. 840, fusnota 11.

[20] CISG-online 656, Germany, Oberlandesgericht München, 1 July 2002;

CISG-online 282, Germany, *Oberlandesgericht München*, 9 July 1997. Sud je našao (tačka 4) da je zahtev kupca za naknadu štete isključen prema čl. 80 BK jer je prodavac opravdao svoje neizvršenje tvrdnjom da je kupac bio u docnji sa plaćanjem.

Belarus, *Belarusian Chamber of Commerce and Industry International Court of Arbitration*, 5 October 1995, dostupno na: *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951005b5.html*. U tački 5 Odluke je arbitražno veće izričito navelo da se kupac ne može pozivati na nepotpunu isporuku robe od strane prodavca ako je neizvršenje isporuke uzrokovano kupčevim odbijanjem da plati značajan deo robe koja je već isporučena.

Međutim, ako kupčevo ponašanje predstavlja povredu ugovora, onda prodavac ima prema njemu sve zahteve iz čl. 61 BK. Takođe, nema značaj da li je ponašanje kupca skrivljeno ili ne.[21] Potom, kupac se ne može pozivati na osnov za oslobođenje od odgovornosti iz čl. 79, ako je njegova radnja ili propuštanje posledica smetnje koja je van njegove kontrole, nepredvidljiva i nesavladiva. Ovo stoga što čl. 80 BK reguliše oslobođenje od odgovornosti prodavca kad nije izvršio isporuku iz uzroka koji se nalaze u sferi kupca, a ne odgovornost kupca. Ukoliko radnja ili propuštanje kupca spada u domašaj čl. 79 BK, to utiče na zahteve koje će prema njemu imati prodavac, a nikako na primenu čl. 80 BK.[22]

Kupac odgovara i za radnje svojih zaposlenih, odnosno radnje tih lica spadaju u sferu rizika kupca. Drugim rečima, izjednačene su radnja i propuštanje kupca i lica za koje on snosi odgovornost, pa je stoga irelevantno da li je radnja ili propuštanje došlo od samog kupca ili od lica za koja je on odgovoran (npr. njegov zaposleni).[23]

4.3. Uzročna veza

Poslednji uslov za primenu čl. 80 BK je postojanje *uzročne veze* između radnje ili propuštanja kupca i neizvršenja isporuke, odnosno potrebno je da je povreda obaveze isporuke uzrokovana radnjom ili propuštanjem kupca. Uzročna veza mora postojati ne samo u logičnom smislu, nego mora objektivno biti takve prirode da sprečava izvršenje u celini ili delimično.[24] Radnja kupca je kauzalna ako neizvršenje isporuke nastupi kao posledica njegovog aktivnog činjenja, dok će se propuštanje smatrati uzrokom neizvršenja, ako bi izvršenje određene radnje sa verovatnoćom koja se graniči sa sigurnošću omogućilo ispunjenje.[25]

Uzročna veza može biti *neposredna* i *posredna*. Neposredna uzročna veza postoji kad radnja ili propuštanje kupca direktno dovedu do neiz-

---

[21] Tako Wilhelm-Albrecht Achilles, *Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG)*, Luchterhand, 1999, str. 242; W. Krüger, H.P. Westermann (Hrsg.), *nav. delo*, str. 2666; K. Schmidt (Hrsg.), *nav. delo*, str. 722; Milena Đorđević, *Obim naknade štete zbog povrede ugovora o međunarodnoj prodaji robe,* Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, doktorska disertacija, 2012, str. 161.

[22] Ako, na primer, kupac prodavcu ne stavi na raspolaganje potrebne nacrte, jer su uništeni u požaru koji je zahvatio njegovo preduzeće, tada će prodavac, prema čl. 80 BK biti oslobođen obaveze da isporuči robu. U tom slučaju, prodavac prema kupcu neće imati zahtev za naknadu štete jer će on prema čl. 79 BK biti oslobođen od odgovornosti za štetu.

[23] Isto tako M. Đorđević, *nav. delo*, str. 162.

[24] P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *nav. delo*, str. 840.

[25] Ulrich Magnus, *J. von Staudingers Kommentar zum Burgerlichen Gesetzbuch: Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Sellier-de Gruyter, Berlin 2005, str. 794.

vršenja isporuke npr. ako kupac prodavcu da pogrešna uputstva za izradu robe, pa posledica toga bude isporuka nesaobrazne robe. Posredno uzrokovanje povrede obaveze isporuke postoji ako se ostvario rizik, koji je kupac svojim ponašanjem stvorio i koji se može pripisati njegovoj sferi odgovornosti.[26] Takav slučaj ćemo imati ako kupac ne da prodavcu nužne informacije ili uputstva za izradu mašine i kao rezultat kasnije docnje u proizvodnji nekompletna mašina bude slučajno uništena u fabrici prodavca.[27] Navedeni primer je prikladan za uočavanje razlike između neposrednog i posrednog kauzaliteta. Naime, davanje pogrešnih uputstava predstavlja neposredan uzrok docnje sa proizvodnjom i samom isporukom, a posredno je uticalo na propast robe i nemogućnost izvršenja isporuke.

Problematičan je slučaj kad obe strane svojim držanjem uzrokuju neizvršenje obaveze isporuke. Pre analize samog problema potrebno je ukazati na terminološke razlike koje postoje između engleskog i nemačkog teksta čl. 80 Bečke konvencije s jedne, i teksta na srpskom jeziku sa druge strane, a koje utiču i na njegovo tumačenje. Doslovno preveden engleski[28] i nemački[29] tekst glasi: jedna strana se ne može pozivati na neizvršenje druge strane *u meri* u kojoj je to neizvršenje prouzrokovano njenom radnjom ili propustom. Za razliku od toga prema srpskoj verziji konvencije jedna strana ne može se pozivati na neizvršenje druge strane *ako je* to neizvršenje prouzrokovano njenom radnjom ili propustom. Dakle, čitanje naše verzije BK nameće zaključak da se čl. 80 primenjuje u slučaju kad je isključivo kupac svojom radnjom ili propustom prouzrokovao neizvršenje isporuke. Međutim, takvo jezičko tumačenje nije ispravno, budući da je zvaničan tekst konvencije engleski, a ne srpski.

U praksi je moguće nastupanje neograničenog broja slučajeva u kojima se neizvršenje isporuke može pripisati delimično i prodavcu i kupcu. U takvim situacijama ne bi bilo pravedno da se zanemari odgovornost prodavca. Pritom treba razlikovati dve osnovne situacije. Prva je kad se doprinosi prodavca i kupca mogu jasno razgraničiti. Tada se mora razgraničiti koja radnja je dovela do povrede obaveze isporuke i ako je kupac svojim ponašanjem uzrokovao neizvršenje onda će se primeniti čl. 80 BK. *A contrario,* ako se uzrok neizvršenja nalazi na strani prodavca, onda nije moguće oslobođenje po ovom osnovu.

---

[26] Tako P. Schlechtriem (Hrsg.), *nav. delo,* str. 790.

[27] Videti više kod P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *nav. delo*, str. 840.

[28] *Art. 80 – A party may not rely on a failure of the other party to perform, to the extent that such failure was caused by the first party's act or omission*.

[29] *Art. 80 – Eine Partei kann sich auf die Nichterfüllung von Pflichten durch die andere Partei nicht berufen, soweit diese Nichterfüllung durch ihre Handlung oder Unterlassung verursacht wurde*.

Drugi slučaj postoji kad su postupci obe strane toliko povezani da se njihovo dejstvo na povredu ugovora ne može razgraničiti, odnosno kad su činjenje i/ili nečinjenje i prodavca i kupca su potencijalno mogli voditi povredi obaveze isporuke. Takvi slučajevi se u doktrini nazivaju slučajevima *podeljene odgovornosti*,[30] a određivanje stepena odgovornosti ugovornih strana može u praksi stvoriti ozbiljne teškoće. Teorija je ponudila tri različita predloga za rešenje ovog problema. Prema prvom stavu, primenu čl. 80 treba ograničiti na slučajeve kad poverilac isključivo uzrokuje neizvršenje dužnikove obaveze.[31] Shodno navedenom, čl. 80 se ne može primeniti kod obostranog doprinosa neizvršenju isporuke, a pravnu prazninu koja postoji u tom slučaju treba popuniti u skladu sa opštim načelima na kojima počiva Bečka konvencija, pre svega, sa načelom savesnosti i poštenja. Prema drugom, široko prihvaćenom shvatanju, čl. 80 se može primeniti i u svim slučajevima kad obe strane doprinesu neizvršenju obaveze prodavca, pri čemu bi pravne posledice neizvršenja zavisile od udela svake strane u uzrokovanju povrede obaveze isporuke.[32] To znači da bi domašaj isključenja od odgovornosti mogao da se menja u zavisnosti od ponašanja strana. Osnovni argument zastupnika ove ideje je da je takva primena čl. 80 u skladu sa načelom savesnosti i poštenja. Ako npr. prodavac sa zakašnjenjem pošalje robu na pogrešnu adresu koju je dobio od kupca, prodavac će biti oslobođen od odgovornosti koja je nastala usled pogrešnog uputstva kupca, ali ne i od odgovornosti za zakašnjenje nastalo iz drugih razloga. Tvorci trećeg shvatanja se zalažu za procenu oba doprinosa i primenu čl. 80 samo onda kad doprinos poverioca jasno preovlađuje.[33] Dakle, drugi i treći stav dozvoljavaju primenu čl. 80 BK i nalažu ocenu pojedinačnog doprinosa obe strane, što direktno proizlazi iz načela savesnosti i poštenja.

Jezičkim tumačenjem srpske verzije dolazimo do zaključka da se čl. 80 BK ima primeniti ako isključivo kupac, kao poverilac u pogledu isporuke, svojim ponašanjem uzrokuje njeno neizvršenje. Ali, kao što smo ranije istakli, konačan stav se ne može zauzeti na osnovu srpske verzije

---

[30] Videti više kod Thomas Neumann, Shared Responsibility under Article 80 CISG, *Nordic Journal of Commercial Law,* 2/2009, str. 10.

[31] Tako P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *nav. delo*, str. 629; W.A. Achilles, *nav. delo*, str. 244.

[32] Tako Fritz Enderlein, Dietrich Maskow, *International Sales Law*, Oceana Publications, 1992, str. 339; Cezare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell (ed.), *Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan, 1987, str. 598, 599; R. Herber, B. Czerwenka, *nav. delo,* str. 361; C. Brunner, *nav. delo,* str. 494; Thomas Neumann, nav. delo, str. 10.

[33] Tako U. Magnus, *nav. delo*, str. 794.

konvencije, jer to nije zvaničan tekst. Nasuprot tome, engleski tekst ostavlja prostor za primenu čl. 80 BK i onda kad je neizvršenje isporuke posledica sadejstva prodavca i kupca.

Ispravnim smatramo stav da ima mesta primeni čl. 80 BK i kad su obe strane uzrokovale neizvršenje obaveze isporuke jer ima svoju potporu i u tekstu konvencije i predstavlja savremeni pravni koncept.[34] Pored toga, dopuštanje primene čl. 80 BK i u slučaju obostranog uzrokovanja neizvršenja ima svojih prednosti, jer u određenoj meri omogućava prilagođavanje pravnih sredstava. Treba imati na umu da kupcu u slučaju neizvršenja isporuke na raspolaganju stoje različita pravna sredstva koja se mogu podeliti na ona kod kojih je moguće delimično oslobođenje (zahtev za smanjenje cene, zahtev za naknadu štete) i ona kod kojih je moguće samo potpuno oslobođenje (zahtev za izvršenje, raskid ugovora). Kod pravnih sredstava gde je moguće samo potpuno oslobođenje potrebno je da doprinos poverioca jasno preovlađuje.[35] S druge strane, kod druge grupe pravnih sredstava, moguće je vršiti procenu doprinosa ugovornih strana. Drugim rečima, kupac gubi pravo da zahteva izvršenje ili raskid ugovora, ako je moguće jasno odrediti njegov doprinos povredi obaveze isporuke, dok se zahtevom za sniženje cene i zahtevom za naknadu štete može koristiti u meri u kojoj je i prodavac doprineo neizvršenju isporuke.

Na kraju treba napomenuti da predloženo rešenje nije idealno i da ostavlja otvorenim određena pitanja. Prvo, kako u tom slučaju procenjivati uzročnu vezu, koja je jedan od uslova za primenu čl. 80 BK i drugo, koji je najbolji pristup za procenu doprinosa obe ugovorne strane.[36]

5. Domašaj pravila o oslobođenju od odgovornosti zbog radnje ili propusta kupca

Kupac se ne može pozivati na neizvršenje isporuke od strane prodavca kad je ono uzrokovano njegovom radnjom ili propustom.[37] Dakle, kupac u ovom slučaju prema prodavcu gubi pravna sredstva koja bi zbog povrede ugovora u skladu sa čl. 45(1) BK imao. Reči *kupac se ne može pozivati* ukazuju na to da kupac gubi sva prava i zahteve koji proizlaze iz povrede obaveze isporuke, odnosno kupcu više ne stoje na raspolaganju pravo na naknadu štete, ali ni pravo na raskid, kao ni pravo da zahteva za izvršenje ili smanjenje cene. Prema tome, ako su ispunjeni uslovi za pri-

[34] Videti više o tome kod I. Schwenzer, S. Manner, nav. delo, str. 477; Thomas Neumann, nav. delo, str. 10-13.

[35] Isto tako C. Brunner, *nav. delo,* str. 494; H. Honsell, *nav. delo,* str. 1079.

[36] Videti više kod Thomas Neumann, nav. delo, str. 10.

[37] Videti čl. 80 BK.

menu čl. 80 BK prodavac se oslobađa svih posledica koje sa sobom povlači povreda obaveze isporuke.

Budući da je, prema našem mišljenju čl. 80 BK merodavan i u slučaju sauzrokovanja neizvršenja isporuke, on bi trebalo da se primenjuje ne samo kao osnov za oslobođenje od odgovornosti prodavca, nego i da predstavlja osnov za umanjenje novčanih zahteva kupca, naročito zahteva za naknadu štete, kad je on samo delimično uzrokovao povredu ugovora.[38] U nekim slučajevima u sudskoj praksi su arbitri umanjili naknadu štete oštećenoj strani zbog njenog doprinosa nastanku štete, ali je izostalo izričito pozivanje na čl. 80 BK.[39]

6. Zaključak

Prodavac odgovara za izvršenje obaveze isporuke, a u slučaju njene povrede kupcu na raspolagalju stoje pravna sredstva iz čl. 45 BK. Međutim, kupac se ne može pozivati na neizvršenje obaveze isporuke od strane prodavca u meri u kojoj je to neizvršenje uzrokovano njegovom radnjom ili propustom. Čl. 80 BK predstavlja konkretizaciju principa savesnosti i poštenja iz čl. 7(1) BK.

Čl. 80 BK i čl. 79 BK imaju različito polje primene i predstavljaju odvojene pravne osnove za oslobođenje prodavca od odgovornosti za neizvršenje isporuke.

Prema čl. 80 BK povreda obaveze isporuke mora biti uzrokovana radnjom ili propuštanjem činjenja od strane kupca. Formulacija čl. 80 BK ukazuje da ga treba primeniti ne samo kad je sam kupac uzrokovao neizvršenje isporuke, nego i u slučajevima podeljene odgovornosti tj. kad je povreda obaveze isporuke uzrokovana radnjom prodavca i kupca. Problemi mogu nastati jer sama odredba ne daje rešenje za složene situacije u kojima su obe strane uzrokovale povredu obaveze isporuke.

---

[38] Videti više kod C. Brunner, *nav. delo,* str. 492; H. Honsell, *nav. delo*, str. 1080; R. Herber, B. Czerwenka, *nav. delo,* str. 361. Stav teorije je potvrđen i u sudskoj praksi.

[39] Isto tako M. Đorđević, *nav. delo*, str. 165. Videti još *Digest of Article 80 case law* u: 2012 UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods.

Videti takođe, CISG-online 1212, Russian Federation, *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry*, 29 December 2004.

Sandra Fišer-Šobot, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Exemption of the Seller under Art. 80 of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods

Abstract: *Seller's breach of delivery obligation will render him liable and a range of remedies will be available to the buyer pursuant Art. 45 of the CISG. However, the buyer may not rely on a seller's failure to perform delivery to the extent that such a failure was caused by his own act or omission. Art. 80 of the CISG represents the concretisation of the principle of good faith from Art. 7(1) of the CISG.*

Art. 80 of the CISG has a distinctive sphere of application in comparison to the Art. 79 of the CISG and represents independent legal ground for exemption of the seller for the non-delivery.

The provision requires that the failure to deliver the goods has been caused by the buyer's own act or omission. It is applicable not only when the buyer solely causes non-delivery, but also in cases of shared responsibility i.e. when seller's failure to perform is caused by both parties. However, Art. 80 does not provide much guidance for the complex situations where both parties have caused breach of the delivery obligation.

Key words: *non-delivery, liability of the seller, exemption, CISG.*

Originalni naučni rad 347.77.043
doi:10.5937/zrpfns47-4333

Dr Atila Dudaš, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu

RAZVOJ PRAVNE REGULATIVE PRINUDNE LICENCE U MEĐUNARODNIM I DOMAĆIM IZVORIMA PATENTNOG PRAVA*

Sažetak: *U ovom radu daje se prikaz razvoja pravne regulative prinudne licence u međunarodnim i domaćim izvorima patentnog prava. Od međunarodnih izvora analizirane su odredbe Pariske konvencije, TRIPS Sporazuma i Konvencije o komunitarnom patentu. Sa aspekta domaćeg prava, predmet analize su bili svi patentni zakoni usvojeni u Srbiji, odnosno u nekadašnjoj Jugoslaviji, počev od prvog usvojenog 1922. godine do važećeg Zakona o patentima iz 2011. godine.*

Razvoj pravne regulative prinudne licence posmatra se u vezi sa institutom oduzimanja patenta. Kako je oduzimanje patenta, kao sankcija protiv nosioca patenta koji privredno ne iskorišćava pronalazak, postepeno gubilo značaj, tako su vremenom pravila o prinudnoj licenci postajala detaljnija i razrađenija. Uprkos tome, u savremenim uslovima prinudna licenca je mera koja se vrlo retko primenjuje u praksi. Ovo se odnosi pre svega na slučajeve prinudne licence koji se mogu smatrati klasičnim: prinudna licenca zbog neiskorišćavanja ili nedovoljnog iskorišćavanja pronalaska ili zbog potrebe iskorišćavanja zavisnog patenta, s jedne, i izdavanje prinudne licence u javnom interesu u užem smislu, s druge strane. Međutim, za očekivati je da će dva njena novija oblika, prinudna licenca kao mera protiv ponašanja kojim se narušava slobodna konkurencija i prinudna licenca radi proizvodnje farmaceutskih proizvoda namenjenih izvozu u zemlje sa problemima u javnom zdravlju, imati donekle učestaliju primenu u praksi.

Ključne reči: *patent, patentno pravo, prinudna licenca*

* Članak je nastao kao rezultat rada na naučnoistraživačkom projektu br. 43008 pod nazivom *Razvoj metoda, senzora i sistema za praćenje kvaliteta vode, vazduha i zemljišta* koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

Teorijsko obrazloženje prinudne licence

Pronalazač po osnovu svog pronalaska stiče niz građanskih subjektivnih prava koja se vezuju za pronalazak kao intelektualnu tvorevinu i koja se zbirno označavaju kao pravo na pronalazak ili pronalazačko pravo.[1] Ova prava se, analogno ovlašćenjima koja čine autorsko pravo, mogu razvrstati u imovinska i neimovinska ovlašćenja pronalazača.[2] Imovinska ovlašćenja pronalazača odnose se na isključivo pravo ekonomskog iskorišćavanja pronalaska, bilo da to čini sam (što je ređi slučaj) ili prenosom prava na treće lice (što je češći slučaj)[3]. Ona podrazumevaju i ovlašćenje autora da spreči treća lica da pronalazak privredno iskorišćavaju, odnosno da ga ometaju u njegovom iskorišćavanju.[4] Ukoliko pronalazač ne želi neposredno da privredno iskorišćava pronalazak, ali želi da crpi neku ekonomsku korist iz pronalaska, svoja imovinska ovlašćenja može da prenese na treća lica. Ustupanje pojedinih prava iz patenta, isključivo ili neisključivo, vrši se ugovorom o licenci. Sporno je pitanje da li se ugovorom o licenci mogu ustupiti i druga ovlašćenja pronalazača koja ulaze u korpus pronalazačkog prava[5], ali se čini nespornim da se imovinska ovlašćenja iz sadržine patenta ustupaju ugovorom o licenci. Pronalazač ima neposredan pravni interes da podnese patentnu prijavu i da stekne pravnu zaštitu svog pronalaska patentom, jer u suprotnom rizikuje da pronalazak uđe u stanje tehnike i time postane nepatentibilan.[6]

Prema opštim pravilima građanskog prava titular subjektivnog prava ovlašćenja koja čine njegovu sadržinu vrši po svojoj slobodnoj volji, po sopstvenoj inicijativi, tj. načelo autonomije volje prostire se i na domen ostvarivanja prava.[7] Stoga, titular isključivog prava na ekonomsko iskorišćavanje pronalaska, tj. nosilac patenta, u skladu sa logikom građanskog subjektivnog prava, u načelu ne bi imao obavezu da privredno iskorišćava svoj zaštićeni pronalazak, niti ti bi to pravo morao da ustupi trećem licu. Ovakav stav pronalazača ne bi bio naročito celishodan, jer nastanak pronalaska po pravilu zahteva njegov trud, znanje, vreme i materijalno ula-

---

[1] V. Slobodan MARKOVIĆ, *Patentno pravo*, Nomos, Beograd, 1997, str. 143.

[2] V. Zoran MILADINOVIĆ, *Prinudna licenca*, Pravni život, br. 11/2000, str. 697-711, na str. 697.

[3] V. MILADINOVIĆ, *Prinudna licenca*, nav. delo, str. 697.

[4] V. Sandra FIŠER, *Patent kao subjektivno pravo*, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, str. 158.

[5] V. MARKOVIĆ, *Patentno pravo*, nav. delo, str. 317.

[6] V. MARKOVIĆ, *Patentno pravo*, nav. delo, str. 144.

[7] V. Dušan NIKOLIĆ, *Uvod u sistem građanskog prava*, deveto izdanje, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2008, str. 137.

ganje, ali bi prema logici opštih pravila građanskog prava bio moguć. Ova načelna sloboda nosioca patenta, međutim, trpi izvesna ograničenja koja se obrazlažu interesom društva da se novo rešenje nekog tehničkog problema privredno iskorišćava. Svrha dodele isključivih prava nosiocu patenta nije samo to da mu se pruži nagrada za stvaralaštvo, već da se ostvari interes društva da proizvodi dobijeni upotrebom pronalaska u privredne svrhe budu dostupni društvu.[8] Ovaj društveni interes posebno dolazi do izražaja ako se radi o značajnim pronalascima koji su prvi takve prirode, odnosno kojima se prvi put podmiruje određena potreba, tj. koji se ne mogu na adekvatan način zadovoljiti drugim pronalascima (tzv. pionirski pronalasci).[9]

Osnovi vid ograničenja nosioca patenta da slobodno odlučuje o tome da li će privredno iskorišćavati patentom zaštićen pronalazak ili neće[10], odnosno da li će uživati isključiva imovinska prava, u izvesnom smislu predstavlja vremensko ograničenje trajanja patenta, po čijem isteku pronalazak postaje javno dobro. U nekim slučajevima, međutim, društveni interes nalaže da se pre isteka vremena trajanja patentne zaštite ograniče isključiva prava nosioca patenta. Ova ograničenja se mogu podeliti u dve grupe. To su suspenzija isključivih prava i prava na naknadu, s jedne, i zakonska i prinudna licenca, s druge strane.[11] Dok se pod zakonskom licencom podrazumeva zakonom određena mogućnost određenih lica (po pravilu države ili drugih nosilaca javne vlasti) da koriste pronalazak zaštićen patentom, uz obavezu plaćanja naknade nosiocu patenta, prinudna licenca predstavlja takvo pravo trećeg lica, koje se po njegovom zahtevu stiče na osnovu odluke nadležnog državnog organa u pojedinačnom slučaju, pod pretpostavkom ispunjenosti zakonom propisanih uslova.[12] Prinudna licenca je, dakle, ovlašćenje za korišćenje određenog patentiranog pronalaska, koja se odlukom određenog državnog organa dodeljuje u javnom interesu kvalifikovanom tražiocu, u obimu koji odredi taj državni organ, bez obzira na saglasnost nosioca patenta, uz plaćanje naknade koja se određuje sporazumno, a u nedostatku sporazuma od strane državnog organa koji dodeljuje prinudnu licencu.[13] Prinudna licenca se

---

[8] V. Miodrag JANJIĆ, *Prinudna licenca u materiji patenata u uporednom i domaćem pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1962, str. 21. i 70.

[9] V. MARKOVIĆ, *Patentno pravo*, nav. delo, str. 35.

[10] V. Dušan POPOVIĆ, *Isključiva prava intelektualne svojine*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, str. 99.

[11] Ibidem.

[12] Ibidem.

[13] V. JANJIĆ, *Prinudna licenca u materiji patenata u uporednom i domaćem pravu*, nav. delo, str. 68.

može dodeliti iz nekoliko razloga, koji se svi u širem smislu tiču zaštite javnog interesa. To su neiskorišćavanje ili nedovoljno iskorišćavanje patentiranog pronalaska, zavisnost nekog drugog patenta od patenta koji je predmet prinudne licence, zloupotreba monopola, dodeljivanje prinudne licence u javnom interesu (u užem smislu) i restrikcija u trgovini.[14] Istorijski razvoj instituta prinudne licence, međutim, gravitirao je uglavnom oko dva osnova njegovog izdavanja. S jedne strane, ona se javlja kao mera protiv nosioca patenta koji ne iskorišćava pronalazak, ili ga iskorišćava u nedovoljnoj meri. Uobičajeno je da se neiskorišćavanje ili nedovoljno iskorišćavanje pronalaska utvrđuje posredno: da se trenutnom ponudom na relevantnom tržištu ne može zadovoljiti tražnja za proizvodom koji je predmet patentne zaštite, a nosilac patenta ne proizvodi, niti uvozi takve proizvode.[15] U ovom slučaju se ne može pristupiti izdavanju prinudne licence dok ne protekne određeni rok u kojem se omogućava nosiocu patenta da dobrovoljno, neposredno ili posredno, iskorišćava svoj pronalazak. Zbog svog pravnog dejstva ovi rokovi mogu da se označe kao dilatorni. S druge strane, u određenim slučajevima javni interes neposredno nameće potrebu izdavanja prinudne licence, koja se ne smatra merom pritiska na nosioca patenta zbog neiskorišćavanja ili nedovoljnog iskorišćavanja pronalaska, te se njenom izdavanju može pristupiti odmah, bez potrebe da se sačeka protek roka u kojem nosilac patenta može dobrovoljno da pristupi neposrednom ili posrednom privrednom iskorišćavanju pronalaska.

U ovom radu se daje prikaz razvoja instituta prinudne licence kako u međunarodnim, tako i u domaćim izvorima patentnog prava, s ukazivanjem na savremene tendencije. Razvoj instituta prinudne licence se uobičajeno razmatra u odnosu prema institutu oduzimanja patenta, te će se i u ovom radu tako postupiti.

Prinudna licenca u međunarodnim izvorima patentnog prava

Institut prinudne licence je prvi put bio uređen 1623. godine u engleskom Zakonu o monopolima. On je propisivao obavezu korišćenja patentiranog pronalaska u privredi, kao i mogućnost dodele prinudne licence trećem licu, ukoliko nosilac patenta nije privredno iskorišćavao pronalazak. Tokom XIX veka ova odredba je recipirana u patentnim zakonima brojnih zemalja, a kasnije uneta i u Parisku konvenciju.[16]

---

[14] V. JANJIĆ, *Prinudna licenca u materiji patenata u uporednom i domaćem pravu*, nav. delo, str. 69.

[15] V. POPOVIĆ, *Isključiva prava intelektualne svojine*, nav. delo, str. 107.

[16] V. POPOVIĆ, *Isključiva prava intelektualne svojine*, nav. delo, str. 103.

Pariskom konvencijom za zaštitu industrijske svojine od 1883. godine[17], propisano je da svaka zemlja Unije[18] ima mogućnost da primeni neophodne zakonske mere, između ostalog izdavanje prinudne licence radi sprečavanja zloupotreba koje bi mogle nastati primenom isključivog prava dodeljenog patentom, na primer neiskorišćavanjem[19]. Sve do usvajanja Pariske konvencije patentnim zakonima većine država bila je propisana obaveza korišćenja patentiranog pronalaska u proizvodnji, čije je povreda mogla da dovede do oduzimanja patenta.[20] Konvencijom je uređen i odnos između instituta oduzimanja licence i prinudne licence. Pitanje njihovog redosleda u primeni je značajno, jer oba služe sankcionisanju zloupotreba ovlašćenja koja proizilaze iz patenta. Prema Konvenciji, oduzimanje patenta će se primeniti samo ako se mera prinudne licence pokazala neuspešnom, pri čemu opozivanje ili oduzimanje patenta neće moći da se primeni pre isteka roka od dve godine od dana izdavanja prve prinudne licence.[21] Najzad, u Konvenciji je dat odgovor i na pitanje odnosa između autonomije volje nosioca patenta u pogledu ekonomskog iskorišćavanja patentiranog pronalaska i opravdanosti određivanja prinudne licence, tj. kada će se neiskorišćavanje pronalaska od strane nosioca patenta smatrati zloupotrebom prava dovoljne pravne relevantnosti. Prinudna licenca se ne može tražiti zbog neiskorišćavanja ili nedovoljnog iskorišćavanja pronalaska pre isteka roka od četiri godine od podnošenja patentne prijave, odnosno tri godine od izdavanja patenta, pri čemu se primenjuje rok koji ističe kasnije.[22] Izdavanju prinudne licence se neće pristupiti, ukoliko nosilac patenta neiskorišćavanje pronalaska opravda

[17] *Pariska konvencija za zaštitu industrijske svojine* od 1883. godine je od svog usvajanja menjana i dopunjavana ukupno sedam puta. V. http://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/trtdocs_wo020.html (pristup stranici 4. februara 2013. godine). Nekadašnja SFRJ je Parisku konvenciju ratifikovala Uredbom o ratifikaciji Pariske konvencije (...) 1974. godine, dok je tzv. Štokholmske amandmane na tekst Konvencije ratifikovala Uredbom o ratifikaciji amandmana na tekst Pariske konvencije o zaštiti industrijske svojine (Štokholmski akt, 1967). V. Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori i drugi sporazumi, br. 5/74 i Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori, br. 7/86. (u daljem tekstu: PK).

[18] Unija za zaštitu industrijske svojine osnovana je Pariskom konvencijom.

[19] V. čl. 5-A2 PK. Odredbe o prinudnoj licenci unete su u Parisku konvenciju na Briselskoj konferenciji 1900. godine, a vremenom su menjane i dopunjavane na sledećim konferencijama, sve do Lisabonske konferencije 1958. godine. V. MARKOVIĆ, *Patentno pravo*, nav. delo str. 310. fn. 9. Detaljnije o istorijatu izmena čl. 5. Pariske konvencije i uticaju istih na nacionalne patentne zakone v. umesto svih JANJIĆ, *Prinudna licenca u materiji patenata u uporednom i domaćem pravu*, nav. delo, str. 27-47.

[20] V. POPOVIĆ, *Isključiva prava intelektualne svojine*, nav. delo, str. 103.

[21] V. čl. 5-A3 PK.

[22] V. čl. 5-A4 PK.

zakonskim razlozima.[23] Prinudna licenca je neisključiva i u načelu neprenosiva.[24]

Tokom šezdesetih i sedamdesetih godina XX veka institut prinudne licence bio je jedan od glavnih izvora konfrontacija između zemalja u razvoju i razvijenih zemalja na međunarodnim konferencijama. Zemlje u razvoju su u prinudnoj licenci videle glavno sredstvo u borbi protiv tzv. „tehnološkog imperijalizma", tj. zloupotrebe neravnomernog tehničko-tehnološkog razvoja u svetu od strane razvijenih zemalja, dok su razvijene zemlje na nju gledale kao na opasnu meru zakonite eksproprijacije prava industrijske svojine svojih državljana.[25] Ovaj sukob interesa je doveo do određenih novina u međunarodnom pravnom uređenju prinudne licence, uobličenih u TRIPS Sporazumu krajem XX veka.

Odredbe Pariske konvencije o uslovima izdavanja prinudne licence su znatno pooštrene TRIPS Sporazumom.[26] Prinudna licenca će se dodeliti samo u pojedinačnim slučajevima, pod uslovom da je potencijalni korisnik pokušao da dobije saglasnost nosioca patenta (osim u vanrednim prilikama, stanja nužde ili radi nekomercijalne upotrebe pronalaska), pri čemu se obim i trajanje korišćenja pronalaska ograničavaju u skladu sa svrhom za koju se prinudna licenca izdaje.[27] Pravo privrednog iskorišćavanja pronalaska po osnovu prinudne licence je uvek neisključivo i neprenosivo, osim u slučaju istovremenog prenosa proizvodnog pogona u kojem se pronalazak koji je predmet prinudne licence koristi.[28] Prinudna licenca se odnosi samo na teritoriju države koja ju je odobrila.[29] Nosiocu patenta se uvek isplaćuje primerena naknada, uzimajući u obzir ekonomsku vrednost prinudne licence.[30] Ukoliko se promene ili prestanu okolnosti zbog kojih je prinudna licenca izdata, može doći do njenog ukidanja.[31] Države članice STO-a nisu dužne da primenjuju pravila Sporazuma o obavezi pokušaja da se izdejstvuje dobrovoljna licenca, niti se stavljanje proizvoda u

[23] Ibidem.

[24] Ibidem.

[25] V. MARKOVIĆ, *Patentno pravo*, nav. delo, str. 309-310.

[26] Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine (TRIPS Sporazum) predstavlja deo Aneksa Ugovora o osnivanju Svetske trgovinske organizacije. Republika Srbija još nije članica Svetske trgovinske organizacije, te je još odredbe TRIPS Sporazuma ne obavezuju. - Ona je od 2005. godine u svojstvu članice posmatrača STO-a. V. internet stranicu organizacije: http://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/a1_serbia_e.htm (pristup stranici 7. februara 2013. godine).

[27] V. čl. 31. st. (a)-(c) TRIPS Sporazuma.

[28] V. čl. 31. st. (d) i (e) TRIPS Sporazuma.

[29] V. čl. 31. st. (f) TRIPS Sporazuma.

[30] V. čl. 31. st. (h) TRIPS Sporazuma.

[31] V. čl. 31. st. (g) TRIPS Sporazuma.

promet mora ograničiti na teritoriju države koja je izdala prinudnu licencu, ako je privredno iskorišćavanje pronalaska neophodno da se ispravi praksa koja je protivna pravilima o zaštiti konkurencije.[32] Izdavanje prinudne licence, kao i određivanje naknade nosiocu patenta podleže pravosudnoj kontroli ili kontroli od strane drugog nezavisnog tela više instance u državi članici STO-a koja ju je izdala.[33] Najzad, prema TRIPS Sporazumu, kada je potrebno iskorišćavanje pronalaska koji se ne može iskoristiti bez povrede ranijeg patenta, moguće je izdavanje prinudne licence za ranije zaštićen pronalazak, ako pronalazak zaštićen kasnijim patentom predstavlja bitan tehnički pomak od velikog ekonomskog značaja, pri čemu nosilac ranijeg patenta takođe stiče pravo da iskorišćava zavisni pronalazak (unakrsna licenca). Pravo iskorišćavanja ranijeg pronalaska po osnovu prinudne licence je neprenosivo, osim ako se prenosi zajedno sa zavisnim patentom.[34]

Prinudna licenca je naročito došla u centar pažnje i bila predmet žestokih debata u kontekstu pregovora vođenih u okvirima Svetske trgovinske organizacije radi omogućavanja pristupa lekovima zemljama u razvoju. Ovo pitanje postalo je posebno aktuelno početkom milenija kada su nosioci patenata u Južnoj Africi zapretili da će pokrenuti postupak ocene usklađenosti zakona te zemlje sa međunarodnim standardima, koji ih je obavezao da patentirane lekove (pre svega lekove protiv SIDE, koja predstavlja jedan od najznačajnijih društvenih problema u toj državi) stavljaju u promet po znatno nižim cenama od tržišnih.[35] Podstreknuta ovim dešavanjima, četvrta Ministarska konferencija STO-a održana 2001. godine u Dohi morala je da razmotri problem pristupa lekovima od strane zemalja u razvoju. Na konferenciji je konstatovano da odredbe TRIPS Sporazuma o prinudnoj licenci mogu da predstavljaju rešenje za zemlje koje imaju kapacitete za proizvodnju lekova, ali ne i za zemlje koje ih nemaju, ali konferencija u tom momentu još nije mogla da ponudi rešenje za ovaj problem.[36] Godine 2003. je posle žestokih rasprava konačno postignut dogovor među članicama STO-a o tome da bi zemlje koje nemaju kapacitete za sopstvenu proizvodnju lekova trebalo da imaju pravo da po cenama nižim od tržišnih uvoze lekove proizvedene u drugim zemljama po

[32] V. čl. 31. st. (k) TRIPS Sporazuma.

[33] V. čl. 31. st. (i) i (j) TRIPS Sporazuma.

[34] V. čl. 31. st. (l) TRIPS Sporazuma.

[35] V. Lionel BENTLY, Brad SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 2nd edition, Oxford University Press, 2004, str. 345.

[36] V. WTO, *Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health* (20. Nov. 2001) WT/MIN(01)/DEC/2.

osnovu prinudne licence.[37] To znači da su države stekle pravo da izdaju prinudnu licencu radi proizvodnje lekova s ciljem njihovog izvoza u zemlje u razvoju. Dogovoreno je da se ograničenja iz člana 31(f) TRIPS Sporazuma u pogledu određivanja prinudne licence privremeno ne primenjuju, dok se ne postigne saglasnost u okviru STO-a o izmeni ovog člana.[38] Do dopune TRIPS Sporazuma došlo je 2005. godine, kada je odredbama Sporazuma o prinudnoj licenci dodat novi član 31*bis*.[39]

Institut prinudne licence uređuje i Konvencija o komunitarnom patentu usvojena 1975. godine u Luksemburgu[40], koja, kao ni Sporazum o komunitarnom patentu zaključen na osnovu nje, zbog nepostojanja političke volje u Uniji još uvek nije stupila na snagu.[41] Prema Konvenciji, svaka odredba nacionalnog prava o prinudnoj licenci primenjivaće se i na komunitarni patent, pri čemu će prinudna licenca koja se izdaje za komunitarni patent imati dejstvo samo na teritoriji države članice koja ju je izdala. Pri tome se neće primenjivati odredba Konvencije, koja propisuje da zaštita nosioca komunitarnog patenta ne obuhvata proizvode stavljene u promet u bilo kojoj državi članici neposredno od strane nosioca patenta ili od strane trećeg lica po njegovom ovlašćenju (iscrpljivanje prava stavljanjem u promet proizvoda).[42] Konvencija obavezuje države članice da obezbede mogućnost nosiocu komunitarnog patenta da podnese pravni lek najvišoj sudskoj instanci protiv odluke o naknadi koja mu se isplaćuje po osnovu prinudne licence.[43] Propisana je i obaveza država članica da obaveste Evropski zavod za patente o izdatim prinudnim licencama.[44] Konvencija sadrži i jednu interpretativnu odredbu, prema kojoj će se pod prinudnom licencom podrazumevati i službene licence, kao i sva prava da se patentirani pronalazak koristi u javnom interesu.[45] U Konvenciji se razlikuju dve vrste prinudne licence: ona koja se izdaje zbog neiskorišćavanja pronalaska i ona koja se izdaje zbog potrebe iskorišćavanja zavisnog patenta. U vezi sa prvom, ističe se da jedna država članica ne može da odredi prinudnu licencu zbog neiskorišćavanja pronalaska, ukoliko je

---

[37] V. BENTLY-SHERMAN, *Intellectual Property Law*, nav. delo, str. 346.

[38] V. BENTLY-SHERMAN, *Intellectual Property Law*, nav. delo, str. 346.

[39] V. POPOVIĆ, *Isključiva prava intelektualne svojine*, nav. delo, str. 114.

[40] *Convention for the European Patent for the Common Market (Community Patent Convention)*, 76/76/EEC, OJ L 17/1. (u daljem tekstu: KKP).

[41] V. FIŠER, *Patent kao subjektivno pravo*, nav. delo, str. 32.

[42] V. čl 46. st. 1. i čl. 32. KKP.

[43] V. čl 46. st. 2. KKP.

[44] V. čl 46. st. 3. KKP.

[45] V. čl 46. st. 4. KKP.

proizvod nastao po osnovu patentiranog pronalaska stavljen u promet na teritoriji druge države članice za koju se traži prinudna licenca, u dovoljnim količinama za podmirivanje njenih potreba. Ovo ograničenje u određivanju prinudne licence zbog neiskorišćavanja pronalaska ne primenjuje se na prinudne licence izdate u javnom interesu.[46] U vezi sa prinudnom licencom zbog potrebe iskorišćavanja zavisnog pronalaska, u Konvenciji se upućuje na primenu pravila nacionalnog prava država članica, kako na odnose između komunitarnog i nacionalnog patenta, tako i na slučaj kada se u odnosu zavisnog patenta i patenta koji je predmet prinudne licence nađu pronalasci zaštićeni komunitarnim patentom.[47]

Jedan poseban slučaj prinudne licence u javnom interesu, prinudna licenca za proizvodnju farmaceutskih proizvoda radi izvoza istih u države koje su suočavaju sa problemima javnog zdravlja uređena je i na nivou Evropske Unije, jednom uredbom iz 2006. godine.[48]

Istorijski razvoj instituta prinudne licence u pravu Srbije

Prvi zakon koji je u Srbiji, odnosno u nekadašnjoj Jugoslaviji, uredio materiju pravne zaštite industrijske svojine bio je *Zakon o zaštiti industrijske svojine* od 1922. godine.[49] U Zakonu je, u izvornoj redakciji, bilo uređeno samo oduzimanje patenta[50], ali ne i prinudna licenca, kao mera protiv nosioca patenta koji ne iskorišćava pronalazak. Izdavanje prinudne licence je bilo moguće samo zbog potrebe iskorišćavanja zavisnog patenta: u Zakonu je bilo propisano da nosilac zavisnog patenta ima pravo da zahteva da mu se dodeli licenca za iskorišćavanje pronalaska zaštićenog ranijim patentom, ukoliko je proteklo najmanje tri godine od njegove objave i ako je iskorišćavanje zavisnog patenta od značaja za zanatstvo ili industriju.[51] Prinudna licenca zbog neiskorišćavanja pronalaska postala je uređena u domaćem pravu tek izmenama Zakona

[46] V. čl 47. KKP.

[47] V. čl 48. KKP.

[48] *Uredba br. 816/2006 o prinudnoj licenci patenata radi proizvodnje farmaceutskih proizvoda namenjenih izvozu u države sa zdravstvenim problemima*, OJ EC L 157/2006.

[49] *Zakon o zaštiti industrijske svojine*, Službene Novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca br. 69/1922 (u daljem tekstu: ZZIS). Ovim zakonom su preuzete odredbe *Uredbe o zaštiti industrijske svojine* od 1920. godine, Službene Novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca br. 265/1920. Uredba je predstavljala prvi propis iz oblasti pravne zaštite industrijske svojine, kojim su u domaći pravni poredak inkorporirane odredbe Pariske konvencije.

[50] V. čl. 32. ZZIS.

[51] V. čl. 26. ZZIS.

od 1928. godine: umesto oduzimanja patenta, Uprava za zaštitu industrijske svojine mogla je da izda prinudnu licencu trećem licu koje dokaže stručnu spremu i sposobnost za iskorišćavanje pronalaska, ukoliko se takvom merom može postići njegovo dovoljno iskorišćavanje.[52] Međutim, naglasak je i dalje bio na oduzimanju patenta, dok je prinudna licenca predstavljala alternativnu meru, koju je Uprava za zaštitu industrijske svojine mogla da primeni ako ju je smatrala celishodnijom od oduzimanja patenta. Izmenama Zakona od 1928. godine izvršena je dakle inkorporacija izmena teksta Pariske konvencije o prinudnoj licenci usvojenih na Haškoj konferenciji održanoj 1925. godine, ali u donekle drugačijem smislu. Dok je prema haškom tekstu Pariske konvencije naglasak bio na prinudnoj licenci, a oduzimanje patenta bi se primenjivalo samo ako se prethodna mera pokazala neuspešnom, u Zakonu je prioritet u primeni dat oduzimanju patenta.[53]

Prvi patentni zakon posle Drugog svetskog rata, *Zakon o pronalascima i tehničkim unapređenjima*[54], koji je nastao u duhu izrazitog socijalističkog patentnog zakonodavstva, značajno je pomerio balans između inherentne suprotstavljenosti privatnih interesa pronalazača i društvenih interesa u vezi sa privrednim iskorišćavanjem patentiranog pronalaska u korist potonjih. Osnovni oblik pravne zaštite domaćih pronalazaka bile su pronalazačka svedočanstva, dok su patenti bili dodeljivani samo inostranim pronalazačima.[55] U ovom Zakonu je u osnovi zadržan odnos između oduzimanja patenta i prinudne licence iz prethodnog zakona. Međutim, uvažio je i neke izmene Pariske konvencije sa Haške i Londonske konferencije od 1925, odnosno 1934. godine. Tako se oduzimanje patenta, odnosno prinudna licenca zbog neiskorišćavanja pronalaska nije mogla odrediti pre proteka roka od tri godine od dana objave patenta.[56] Zakonom je bila uređena i prinudna licenca u javnom interesu, koja se mogla odrediti i pre proteka ovog roka.[57]

Dualistički sistem pravne zaštite pronalazača iz Zakona od 1948. godine se, međutim, pokazao neuspešnim i počeo se zagovarati prelaz

---

[52] V. čl. 32. st. 3, sa izmena ZZIS od 1928. godine.

[53] V. JANJIĆ, *Prinudna licenca u materiji patenata u uporednom i domaćem pravu*, nav. delo, str. 34. i 36.

[54] *Zakon o pronalascima i tehničkim unapređenjima*, Službeni list FNRJ, br. 108/1948 8 (u daljem tekstu: ZPTU1948).

[55] Pronalazač je po osnovu pronalazačkog svedočanstva imao samo moralna prava u odnosu na svoj pronalazak, a pravo na naknadu samo ako je pronalazak iskorišćavan, dok je jedino država imala isključivo pravo privrednog iskorišćavanja pronalaska. V. FIŠER, *Patent kao subjektivno pravo*, nav. delo, str. 21.

[56] V. čl. 23. ZPTU1948.

[57] V. čl. 24. ZPTU1948.

na jedinstveni sistem zaštite pronalazača putem patenata, ali je i dalje bilo sporno koja isključiva prava treba dati pronalazaču.[58] Novi pristup pravnom uređivanju zaštite pronalazača dobio je svoj normativni izraz u *Zakonu o pronalascima i tehničkim unapređenjima* usvojenom 1960. godine[59], prema kojem je patent jedini pravni oblik zaštite pronalazaštva.[60] U njemu je zadržano iz prethodnog zakona razlikovanje između prinudne licence zbog neiskorišćavanja pronalaska[61] i prinudne licence u javnom interesu[62], s tim da mogućnost određivanja potonje, bez obaveze ostavljanja roka od tri godine nosiocu patenta da privredno iskorišćava pronalazak, vezuje za potrebu iskorišćavanja nekog ranijeg pronalaska. Institut oduzimanja patenta postoji i u ovom Zakonu, ali je promenjen njegov odnos prema prinudnoj licenci. Prinudna licenca ima prioritet u primeni, jer se oduzimanju patenta pristupa ako se prinudnom licencom nije postiglo dovoljno privredno iskorišćavanje pronalaska, i to po proteku najmanje dve godine od izdavanja prve prinudne licence.[63] Odredba o roku od dve godine od izdavanja prinudne licence predstavlja inkorporaciju u domaći pravni poredak izmena Pariske konvencije usvojenih na Lisabonskoj konferenciji 1958. godine. U ovom Zakonu, za razliku od prethodnih, nije uređena prinudna licenca u javnom interesu u užem smislu, ali je za takav slučaj propisana mogućnost eksproprijacije patenta, kao izuzetna mera.[64] U doktrini se opravdano ističe da je u Zakonu trebalo urediti prinudnu licencu u javnom interesu (u užem smislu) umesto eksproprijacije patenta.[65]

Sledeći zakonski akt u oblasti industrijske svojine bio je *Zakon o zaštiti pronalazaka, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja* od 1981. godine.[66] I u njemu su posebno uređeni oduzimanje patenta[67] i

---

[58] V. JANJIĆ, *Prinudna licenca u materiji patenata u uporednom i domaćem pravu*, nav. delo, str. 25.

[59] *Zakon o pronalascima i tehničkim unapređenjima*, Službeni list FNRJ, br. 44/1960 i 28/1962 (u daljem tekstu: ZPTU1960).

[60] V. JANJIĆ, *Prinudna licenca u materiji patenata u uporednom i domaćem pravu*, nav. delo, str. 25.

[61] V. čl. 28. ZPTU1960.

[62] V. čl. 29. ZPTU1960.

[63] V. čl. 31. ZPTU1960.

[64] V. čl. 32. ZPTU1960.

[65] V. JANJIĆ, *Prinudna licenca u materiji patenata u uporednom i domaćem pravu*, nav. delo, str. 100.

[66] *Zakon o zaštiti pronalazaka, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja*, Službeni list SFRJ, br. 34/1981, 3/1990 i 20/1990. (u daljem tekstu ZZPT)

[67] V. čl. 111. ZZPT. Za oduzimanje patenta se u Zakonu koristi izraz poništaj patenta.

prinudna licenca, pri čemu se prioritet u primeni jasno daje potonjoj. Razlikuju se dva oblika prinudne licence: obavezna licenca[68] i službena licenca[69]. Pod obaveznom licencom uređena je prinudna licenca zbog neiskorišćavanja patenta i prinudna licenca zbog potrebe iskorišćavanja zavisnog patenta. U pogledu dilatornih rokova po čijem proteku se može izdati prinudna licenca, preuzete su izmene odredbe Pariske konvencije o prinudnoj licenci, usvojenih na Lisabonskoj konferenciji 1956. godine. U Zakonu je, naime, propisano da se prinudna licenca ne može izdati pre proteka roka od četiri godine od podnošenja patentne prijave, odnosno tri godine od njegove dodele.[70] Ovi rokovi ne važe za izdavanje službene licence (prinudne licence u javnom interesu).[71] O izdavanju obavezne licence odlučivala je savezna upravna organizacija za industrijsku svojinu[72], dok o službenoj licenci savezni organ uprave u čiji je delokrug spadao dotični pronalazak[73]. Imajući u vidu da je Zakon nastao u ambijentu samoupravnog socijalizma, taj društveno-ekonomski model je nametnuo još jedno specifično ograničenje prava nosioca patenta da slobodno odlučuje o iskorišćavanju pronalaska. Bila je, naime, propisana obaveza saradnje nosioca patenta sa organizacijama udruženog rada zainteresovanim za privredno iskorišćavanje pronalaska, pri čemu je postojala mogućnost intervencije javnog pravobranioca, kao i pokretanja obaveznog arbitražnog, odnosno sudskog postupka, ukoliko se nosilac patenta bez opravdanog razloga nije odazvao pregovorima radi zaključenja samoupravnog sporazuma o korišćenju pronalaska ili je odbio predlog za njegovo zaključenje. Time je na nosioca patenta stavljen priličan psihološki teret da takav sporazum zaključi, što je ozbiljno umanjilo mogućnost slobodnog raspolaganja patentom.[74] Stoga se ugovorna licenca nastala samoupravnim sporazumom u takvom ambijentu s razlogom može nazvati kvazi prinudnom licencom zbog neiskorišćavanja pronalaska. I u ovom Zakonu je bilo uređeno oduzimanje patenta (poništaj patenta), ali samo kao supsidijarna mera u odnosu na prinudnu licencu, koja se mogla izreći po proteku roka od dve godine od izdavanja prve prinudne licence.[75]

---

[68] V. čl. 139-143. ZZPT.
[69] V. čl. 140-144. ZZPT.
[70] V. čl. 143. ZZPT.
[71] V. čl. st. 1. 143. ZZPT.
[72] V. čl. 142. ZZPT.
[73] V. čl. 144. st. 2. ZZPT.
[74] V. čl. 63-70. ZZPT.
[75] V. čl. 111. ZZPT.

U *Zakonu o patentima* od 1995. godine[76] takođe se razlikuje prinudna licenca zbog neiskorišćavanja pronalaska i zbog potrebe korišćenja zavisnog pronalaska, s jedne, od prinudne licence u javnom interesu, s druge strane. Prva se mogla odrediti samo po proteku dilatornih rokova od četiri godine od dana podnošenja prijave, odnosno tri godine od dana priznanja patenta[77], pod uslovom da su strane postigle saglasnost o naknadi za prinudnu licencu. U slučaju nemogućnosti postizanja sporazuma strana o naknadi, prinudna licenca se nije mogla izdati sve dok odluka nadležnog suda o visini naknade nije postala pravnosnažna.[78] Prinudna licenca zbog neiskorišćavanja pronalaska uvek je neisključiva[79] i neće se dodeliti ukoliko nosilac patenta dokaže da ga iz opravdanog razloga nije mogao da iskorišćava.[80] Prinudna licenca u javnom interesu je takođe neisključiva koja se mogla izdati bez obaveze da se sačeka protek navedenih rokova, ali s obavezom da se postigne sporazum o visini naknade. Ni prinudna licenca u javnom interesu nije se mogla izdati dok strane nisu postigle saglasnost o visini naknade, odnosno dok odluka suda o njoj nije postala pravnosnažna.[81] Ova odredba o odložnom dejstvu sporazuma, odnosno pravnosnažnosti odluke o naknadi bila je u doktrini predmet opravdane kritike, jer se njome zapravo momenat otpočinjanja korišćenja pronalaska po osnovu prinudne licence odlaže do pravnosnažnosti odluke o visini naknade, što stvara mogućnost za zloupotrebe (parnice o visini naknade bi bile redovna pojava, koje bi nosioci patenata pokretali radi odlaganja momenta početka iskorišćavanja pronalaska od strane korisnika prinudne licence).[82] U narednim patentnim zakonima nestaje odredba o odložnom dejstvu pravnosnažnosti sudske odluke o naknadi na mogućnost početka iskorišćavanja pronalaska po osnovu prinudne licence. O prinudnoj licenci zbog neiskorišćavanja ili zbog potrebe iskorišćavanja zavisnog pronalaska odlučuje savezni organ uprave u čiji delokrug spada dotični pronalazak[83], dok o prinudnoj licenci u javnom interesu Savezna vlada[84]. Zakon o pa-

[76] *Zakon o patentima*, Službeni list SRJ, br. 15/95, 35/95 i 28/96 (u daljem tekstu: ZP1995).

[77] V. čl. 65. st. 3. ZP1995.

[78] V. čl. 64. st. 2. ZP1995.

[79] V. čl. 65. st. 1. ZP1995.

[80] V. čl. 66. ZP1995.

[81] V. čl. 68. u vezi sa čl. 64 st. 2. ZP1995.

[82] V. MILADINOVIĆ, *Prinudna licenca*, nav. delo, str. 710; Bojana DRAGOVIĆ, *Prinudna licenca u novom Zakonu o patentima*, Pravo i privreda, br. 5-8/1997, str. 831-842, na str. 839.

[83] V. čl. 63. st. 1. ZP1995.

[84] V. čl. 67. st. 2. ZP1995.

tentima od 1995. godine bio je prvi patenti zakon u kojem više nije bilo uređeno oduzimanje patenta, kao mera protiv nosioca patenta koji privredno ne iskorišćava pronalazak.

Zakon o patentima od 2004. godine[85] bio je poslednji patentni zakon usvojen na saveznom, odnosno tada već konfederalnom nivou. U njemu je osim dva osnovna oblika prinudne licence (one zbog neiskorišćavanja pronalaska, odnosno zbog potrebe iskorišćavanja zavisnog pronalaska[86], kao i one u javnom interesu[87]), posebno uređena i prinudna licenca u korist oplemenjivača biljaka[88], kao i ograničenje prava nosioca patenta da se usprotivi ponovnom korišćenju reprodukcionog materijala dobijenog od primeraka patentom zaštićene biljne sorte ili životinje, koje je poljoprivredni proizvođač zakonito nabavio.[89]

Pozitivnopravna regulativa prinudne licence u Srbiji

U važećem Zakonu o patentima od 2011. godine[90] detaljno je uređen opšti institut prinudne licence, kao i tri njena posebna oblika: za korišćenje tehnologije poluprovodnika[91], u korist oplemenjivača biljnih sorti[92] i ona za patente koji se odnose na proizvodnju farmaceutskih proizvoda radi izvoza u zemlje sa problemima javnog zdravlja.[93]

Razlog izdavanja opšteg oblika prinudne licence je u neiskorišćavanju pronalaska, s jedne, odnosno u potrebi zadovoljavanja javnog interesa, s druge strane. Ako nosilac patenta odbije da zaključi ugovor o licenci sa zainteresovanim licem ili mu postavlja neopravdane uslove, organ uprave u čiji delokrug spada dotični pronalazak može da izda prinudnu licencu[94], ukoliko nosilac prava neposredno ili posredno ne iskorišćava pronalazak u dovoljnoj meri[95], ako se drugi pronalazak ne može koristiti bez korišćenja tog pronalaska[96] (zavisni patent) ili ako je izdavanje prinudne licence potrebno radi ispravljanja postupaka kojima se vređa slo-

---

[85] *Zakon o patentima*, Službeni list SCG, br. 32/2004, 35/2004, Službeni glasnik RS, br. 115/2006 (u daljem tekstu: ZP2004).

[86] V. čl. 63-65. ZP2004.

[87] V. čl. 66. i 67. ZP2004.

[88] V. čl. 68. ZP2004.

[89] V. čl. 69. ZP2004.

[90] *Zakon o patentima*, Službeni glasnik RS, br. 99/2011 (u daljem tekstu: ZP2011).

[91] V. čl. 26. st. 10. ZP2011.

[92] V. čl. 29. ZP2011.

[93] V. čl. 30-37. ZP2011.

[94] V. čl. 26. st. 1. ZP2011.

[95] V. čl. 26. st. 1. t. 1) ZP2011.

[96] V. čl. 26. st. 1. t. 2) ZP2011.

bodna konkurencija na tržištu[97]. Treći osnov izdavanja prinudne licence (povreda pravila o zaštiti konkurencije) predstavlja novinu u odnosu na Zakon o patentima od 2004. godine. Osnovano se ističe u doktrini[98] da je posebno uređivanje ovog oblika prinudne licence u Zakonu o patentima suvišno, jer se prinudna licenca može odrediti i prema pravilima Zakona o zaštiti konkurencije.[99] Komisija za zaštitu konkurencije, naime, može da odredi razne mere radi otklanjanja utvrđene povrede konkurencije, što podrazumeva i mogućnost obavezivanja tržišnog učesnika koji je učinio povredu da zaključi ugovor o licenci.[100] Komisija formalnopravno ne može da izda prinudnu licencu, ali visoke kazne koje se stavljaju u izgled nosiocu patenta, ako ne postupi po rešenju Komisije, predstavljaju sasvim dovoljan „podstrek" da „dobrovoljno" zaključi ugovor o licenci.[101] Stoga nema razloga da se ovakva licenca ne smatra prinudnom, ili makar kvazi prinudnom.

U svim ovim slučajevima izdavanju prinudne licence pristupa se tek po proteku dilatornog roka od četiri godine od dana podnošenja patente prijave, odnosno tri godine od priznanja patenta[102], ukoliko nosilac patenta ne dokaže da iz opravdanog razloga ne iskorišćava pronalazak ili ga nedovoljno iskorišćava[103]. Pravo na prinudnu licencu zbog neiskorišćavanja pronalaska ima samo kvalifikovani predlagač, jer mora da dokaže da raspolaže tehničkim uslovima i proizvodnim kapacitetima za proizvodnju pronalaska po osnovu prinudne licence[104], kao i da je bezuspešno pokušao da dobije od nosioca patenta ugovornu licencu pod razumnim uslovima[105]. Prinudna licenca radi iskorišćavanja zavisnog patenta izdaje se pod uslovom da kasnije zaštićen pronalazak predstavlja tehnički napredak od posebnog ekonomskog značaja i da se nosiocu ranije stečenog patenta obezbedi unakrsna licenca za korišćenje kasnije zaštićenog pronalaska.[106] Izdavanje prinudne licence u javnom interesu je u Zakonu uređeno vrlo šturo, gotovo u jednoj rečenici. Ona se može izdati u slučaju kada javna opasnost ugrožava opstanak države ili građane, odnosno u slučaju javne

---

[97] V. čl. 26. st. 1. t. 3) ZP2011.

[98] V. POPOVIĆ, *Isključiva prava intelektualne svojine*, nav. delo, str. 117.

[99] *Zakon o zaštiti konkurencije*, Službeni glasnik RS, br. 51/2009 (u daljem tekstu: ZZK)

[100] V. POPOVIĆ, *Isključiva prava intelektualne svojine*, nav. delo, str. 117.

[101] V. POPOVIĆ, *Isključiva prava intelektualne svojine*, nav. delo, str. 118.

[102] V. čl. 26. st. 2. ZP2011.

[103] V. čl. 26. st. 7. ZP2011.

[104] V. čl. 26. st. 4. ZP2011.

[105] V. čl. 26. st. 3. ZP2011.

[106] V. čl. 26. st. 5. t. 1. i. 2. ZP2011.

nekomercijalne upotrebe, kada se ne primenjuju navedeni dilatorni rokovi, niti je podnosilac zahteva dužan da dokaže da je prethodno pokušao da dobije voljnu licencu od nosioca patenta.[107]

Kao poseban slučaj prinudne licence uređena je ona koja za predmet ima tehnologiju poluprovodnika, koja se može izdati samo s ciljem javne nekomercijalne upotrebe ili kao mera protiv postupaka suprotnih slobodnoj konkurenciji na tržištu.[108]

Kao zajednička pravila za sve do sada navedene slučajeve prinudne licence, propisano je da se za prinudnu licencu duguje naknada nosiocu patenta, koju strane sporazumno utvrđuju, a u nedostatku sporazuma strana nju utvrđuje sud.[109] Sudska odluka o visini naknade, odnosno njena pravnosnažnost nema dilatorno dejstvo na početak iskorišćavanja pronalaska po osnovu prinudne licence. Prinudna licenca je uvek ograničena u pogledu obima i trajanja na svrhu radi koje je izdata, neisključiva je i neprenosiva (osim istovremenog prenosa i proizvodnog pogona u kojem se iskorišćava pronalazak), izdaje se uglavnom radi snabdevanja domaćeg tržišta i može se ukinuti ukoliko se promene okolnosti na osnovu kojih je izdata.[110] Ova pravila se smatraju opšteprihavećim u savremenom patentnom pravu, te ne zahtevaju dodatnu elaboraciju. Važno je istaći, međutim, da se odredbe Zakona o prinudnoj licenci shodno primenjuju i na evropske prijave patenta i evropske patente sa dejstvom na teritoriji Srbije.[111]

Kao drugi poseban slučaj prinudne licence, u Zakonu je uređena mogućnost njenog izdavanja u korist oplemenjivača biljaka koji ne može da stekne ili koristi pravo oplemenjivača biljnih sorti, bez povrede nekog ranije stečenog patenta kojim se štiti biotehnološki pronalazak.[112] Istovetno pravo ima i nosilac patenta koji ne može da koristi svoj biotehnološki pronalazak bez povrede ranijeg prava oplemenjivača biljne sorte.[113] U Zakonu se u vezi sa ovim posebnim slučajem prinudne licence ponavljaju opšta pravila izdavanja prinudne licence: neisključivi karakter prinudne licence, ograničenost obima korišćenja pronalaska, pravo na naknadu, unakrsna licenca nosioca patenta, odnosno prava oplemenjivača biljnih sorti, itd.[114] Ovakvo nomotehničko rešenje nije celishodno, jer predstavlja

[107] V. čl. 26. st. 8. ZP2011.
[108] V. čl. 26. st. 10. ZP2011.
[109] V. čl. 27. ZP2011.
[110] V. čl. 28. ZP2011.
[111] V. čl. 155. ZP2011.
[112] V. čl. 29. st. 1. ZP2011.
[113] V. čl. 29. st. 4. ZP2011.
[114] V. čl. 29. st. 2, 3, 5, 6. i 7. ZP2011.

nepotrebno udvajanje sadržinski istovetnih zakonskih pravila. Jednostavnim upućivanjem na opšta pravila moglo se izbeći nepotrebno ponavljanje odredaba.

Najzad, u Zakonu je vrlo detaljno uređen jedan poseban slučaj prinudne licence u javnom interesu, ona koja se izdaje radi proizvodnje farmaceutskih proizvoda s ciljem njihovog izvoza u zemlje s problemima javnog zdravlja. Ovo je novina u odnosu na prethodne patentne zakone i predstavlja inkorporaciju u domaći pravni poredak rezultata međunarodnih konferencija sa početaka prethodne decenije, koje su imale za cilj da zemljama u razvoju, koje ne mogu da obezbede sebi potrebne farmaceutske proizvode, omogući pristup po cenama nižim od tržišnih. Ovaj oblik prinudne licence se stoga izdaje za patent ili sertifikat o dodatnoj zaštiti[115], ukoliko je to potrebno radi proizvodnje farmaceutskih proizvoda s ciljem njihovog izvoza u zemlje u razvoju.[116] Obim u kojem se ovi proizvodi mogu proizvesti se ograničava, s obavezom naznačenja da su proizvedeni na osnovu prinudne licence.[117] Po logici stvari, (uz neke izuzetke manjeg značaja) zabranjen je njihov ponovni uvoz u Srbiju.[118]

Zaključna razmatranja

U vreme usvajanja Pariske konvencije na prinudnu licencu gledalo se kao na blažu sankciju za privredno neiskorišćavanje patentiranog pronalaska, jer je ona predstavljala alternativu drugoj, strožoj sankciji, oduzimanju patenta.[119] Vremenom je pravnopolitički razlog da se patentirani pronalazak mora iskorišćavati u proizvodnji slabio, te je i opravdanost postojanja prinudne licence mnogo izgubila na značaju. Istaknuto je u našoj doktrini da je osnovna slabost prinudne licence u tome, što ne obuhvata i prateća znanja i iskustva koja je pronalazač stekao i koja po pravilu drži u tajnosti (tzv. *know-how*), usled čega je proizvodnja proizvoda po osnovu prinudne licence po pravilu neefikasna, jer ta znanja i iskustva nisu dostupna korisniku prinudne licence.[120] Postoji u doktrini stav da ovo nije dovoljno ubedljiv argument protiv prinudne licence, uprkos svojoj

[115] Sertifikat o dodatnoj zaštiti se izdaje za proizvode koji su kao lekovi za ljude i životinje ili kao sredstva za zaštitu bilja proizvedeni po osnovu zaštićenog pronalaska, a mogu se staviti u promet samo po osnovu posebne dozvole organa uprave nadležnog za stavljanje u promet lekova. V. čl. 113. st. 1. ZP2011. Sertifikat o dodatnoj zaštiti obezbeđuje titularu prava dodatnu zaštitu u periodu od pet godina.

[116] V. čl. 31. st. 1. ZP2011.

[117] V. čl. 31. st. 5. ZP2011.

[118] V. čl. 34. st. 1. ZP2011.

[119] V. MARKOVIĆ, *Patentno pravo*, nav. delo str. 309-310.

[120] V. MARKOVIĆ, *Patentno pravo*, nav. delo str. 310.

tačnosti, jer nju uvek treba posmatrati kao zamenu za oduzimanje patenta, kao strože mere koja se izriče zbog neiskorišćavanja pronalaska. Ističe se da bi, u hipotezi da je umesto prinudne licence izrečena mera oduzimanja patenta, treće lice koje bi moglo slobodno da iskorišćava pronalazak bilo u identičnoj situaciji, tj. ni ono ne bi moglo da se koristi tehničkim znanjem i iskustvom pronalazača.[121] Sporno je i pitanje da li se izdavanjem prinudne licence stvara obaveza nosiocu patenta da ova tehnička znanja i iskustva učini dostupnim korisniku prinudne licence. Uprkos tome što bi ovakva obaveza mogla da reši problem praktične nemogućnosti izrade proizvoda zbog toga što korisnik prinudne licence ne raspolaže tehničkim znanjem i iskustvom u vezi sa pronalaskom, smatra se u doktrini da bi takva mera ipak bila preterana.[122]

Izdavanje prinudne licence je inače vrlo retka pojava, jer ona nije zamišljena kao mera koja bi se masovno primenjivala.[123] Utvrđivanje preciznog broja izdatih prinudnih licenci otežava i to što se u mnogim zemljama ne vodi centralizovana evidencija o njima.[124] Tako je na primer u Nemačkoj u periodu posle Drugog svetskog rata do kraja sedamdesetih godina zatraženo svega 37 prinudnih licenci, ali nije izdata ni jedna.[125] U Austriji zaključno sa 2011. godinom nije izdata ni jedna prinudna licenca.[126] Najviše prinudnih licenci izdaje se u Severnoj Americi. Tako je u Kanadi najviše prinudnih licenci (613) izdato u periodu od 1969. do 1992 godine u interesu javnog zdravlja, dok posle 1998. godine ni jedna nije izdata.[127] U SAD je samo u jednom predmetu, doduše sa početka XX veka, izdata prinudna licenca za preko 1500 patenata.[128]

Izdavanje prinudne licence je retka pojava i u našem pravu. Tokom celog perioda postojanja patentnog zakonodavstva na prostorima nekada-

---

[121] V. JANJIĆ, *Prinudna licenca u materiji patenata u uporednom i domaćem pravu*, nav. delo, str. 31.

[122] V. JANJIĆ, *Prinudna licenca u materiji patenata u uporednom i domaćem pravu*, nav. delo, str. 145. Stav prema kojem bi prinudna licenca trebalo da obuhvata i obavezu nosioca patenta da učini dostupnim korisniku prinudne licence tehnička znanja i iskustva potrebna za upotrebu pronalaska u proizvodnji zastupa Janjić. V. JANJIĆ, *Prinudna licenca u materiji patenata u uporednom i domaćem pravu*, nav. delo, str. 146. Ipak treba imati u vidu da je ovaj stav iznet početkom šezdesetih godina, u periodu naglašenog značaja javnog interesa u patentnom pravu.

[123] V. JANJIĆ, *Prinudna licenca u materiji patenata u uporednom i domaćem pravu*, nav. delo, str. 154.

[124] V. POPOVIĆ, *Isključiva prava intelektualne svojine*, nav. delo, str. 104.

[125] V. MARKOVIĆ, *Patentno pravo*, nav. delo, str. 310.

[126] V. POPOVIĆ, *Isključiva prava intelektualne svojine*, nav. delo, str. 105.

[127] V. POPOVIĆ, *Isključiva prava intelektualne svojine*, nav. delo, str. 104-105.

[128] V. POPOVIĆ, *Isključiva prava intelektualne svojine*, nav. delo, str. 105.

šnje Jugoslavije izdata je samo jedna prinudna licenca, neposredno posle Drugog svetskog rata, a za vreme važenja Zakona o zaštiti pronalazaka, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja (tj. od 1981. do 1995. godine), nastalog u duhu antipatentnog pokreta u svetu, koji je patent smatrao sredstvom tehnološkog kolonijalizma i koji je propisivao obavezu korišćenja pronalaska, nije zatražena ni jedna.[129]

Ipak, uprkos malom broju izdatih prinudnih licenci, kako u Srbiji, odnosno nekadašnjoj Jugoslaviji, tako i u uporednom pravu, pravni značaj uređivanja prinudne licence u nacionalnim i međunarodnim izvorima prava nije u potpunosti zanemarljiv, jer sama mogućnost izdavanja prinudne licence deluje preventivno na nosioca patenta da ne vrši zloupotrebu prava, tj. da svoj pronalazak iskorišćava u proizvodnji ili ovo ovlašćenje ustupi zainteresovanom licu.[130]

U današnje vreme poseban značaj dobijaju dva novija osnova izdavanja prinudne licence: izdavanje prinudne licence kao mere protiv ponašanja tržišnih učesnika kojima se povređuju pravila o zaštiti konkurencije i radi proizvodnje farmaceutskih proizvoda s ciljem njihovog izvoza u zemlje u razvoju.

Prinudna licenca se u kontekstu zaštite konkurencije najčešće izdaje kao mera protiv zloupotrebe dominantnog položaja.[131] U kontekstu zaštite slobodne tržišne utakmice je ovaj slučaj izdavanja prinudne licence i najsporniji, jer još ne postoje jasni i ujednačeni kriterijumi o tome kada će se odbijanje zaključenja ugovora o licenci smatrati zloupotrebom dominantnog položaja.[132] Pri tome se merama zbog povrede konkurencije, uključujući i prinudnu licencu, ne može ograničiti sâmo isključivo pravo nosioca patenta, jer bi to bilo protivno smislu i suštini patenta, ali se mogu ograničiti pojedina ovlašćenja iz subjektivnog prava nosioca patenta, pri čemu ovo razlikovanje iz aspekta nosioca patenta nema naročito veliki praktični značaj.[133]

Prinudna licenca radi proizvodnje farmaceutskih proizvoda s ciljem njihovog izvoza u zemlje sa problemima u javnom zdravlju bi tek trebala da zaživi. U svakom slučaju ona je uređena u Zakonu o patentima, čije su odredbe u ovom pogledu usklađene sa odredbama pomenute Uredbe Evropske unije iz 2006. godine.

---

[129] V. MARKOVIĆ, *Patentno pravo*, nav. delo, str. 310. fn. 10.
[130] V. POPOVIĆ, *Isključiva prava intelektualne svojine*, nav. delo, str. 107.
[131] V. POPOVIĆ, *Isključiva prava intelektualne svojine*, nav. delo, str. 167.
[132] V. POPOVIĆ, *Isključiva prava intelektualne svojine*, nav. delo, str. 251.
[133] V. POPOVIĆ, *Isključiva prava intelektualne svojine*, nav. delo, str. 253.

Attila Dudás, Ph.D., Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

The Evolution of Regulation of Compulsory Licence in International and Serbian Sources of Patent Law

Abstract: *In this paper the author gives an overview of the regulation of compulsory licence in international and Serbian sources of patent law. From international sources the subjects of analysis are the Paris Convention, TRIPS Agreement and the Community Patent Convention, whereby the last one has not come into force yet, but also contains rules on compulsory license. As far as Serbian law is concerned, all patent laws are analysed, from the first one adopted as early as 1922 in the first Yugoslavia, until the effective Patent Law from 2011.*

The evolution of compulsory licence is traditionally paralleled to the institution of forfeiture of patent. As the forfeiture of patent, as a sanction against the patent owner who does not intend to exploit the invention, was gradually losing its significance, so were the rules on compulsory licence becoming more detailed and nuanced. Nevertheless, at present compulsory licence is an instrument rarely applied in practice. This is primarily true of cases of compulsory licences that are usually referred to as classical, such as the one issued when the patent holder does not exploit the invention or exploits it insufficiently and the one issued for the purpose of exploitation of a dependent patent, on the one hand, and the compulsory licence issued in public interest in narrower sense, on the other. It is to be expected, however, that two latest subcategories of compulsory licence, the one issued as a remedy for the infringement of the rules of competition and the one issued for the production of medicines for the purpose of export into countries with problems relating to public health, will be applied more frequently in practice.

Key words: *patent, patent law, compulsory licence*

Pregledni članak 351.941:342.7
doi:10.5937/zrpfns47-4435

Nataša Rajić, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu

OPRAVDANOST USPOSTAVLJANJA NADLEŽNOSTI ZAŠTITNIKA GRAĐANA U POGLEDU POKRETANJA POSTUPKA OCENE USTAVNOSTI ZAKONA[1]

***Sažetak*:** *Zaštitnik građana je jedna od najmlađih institucija u našem pravnom poretku. Osnovna nadležnost ove institucije odnosi se na kontrolu postupanja organa uprave i podrazumeva ovlašćenje Zaštitnika da kontroliše poštovanje prava građana, utvrđuje povrede učinjene aktima, radnjama ili nečinjenjem organa uprave, u smislu zakonitosti i pravilnosti njihovog rada. Pažnju posebno zavređuje nadležnost pokretanja postupka ocene ustavnosti i zakonitosti, koja proizlazi iz ustavnog određenja pravne prirode ove institucije kao državnog organa. Ova nadležnost, koja nije ekskluzivna nadležnost Zaštitnika građana, na svojevrstan način menja tradicionalan koncept delovanja ove institucije proširujući ga i na polje posredne kontrole rada parlamenta. U tom smislu, pitanja koja će biti razmotrena u radu su: da li je ova nadležnost neophodna u postupanju ove institucije kao i kakav je kapacitet ove institucije u pogledu njenog vršenja. Opšti cilj analize ovih pitanja je formiranje celovitije slike o ulozi i značaju institucije Zaštitnika građana u našem pravnom sistemu kao i definisanje prave mere uticaja ove institucije u opštem sistemu zaštite prava.*

Ključne reči: *Zaštitnik građana, zaštita prava građana, ustavnost i zakonitost, ustavni spor, Ustav Republike Srbije*

---

[1] Rad je rezultat istraživanja na projektu „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)“ koji finansira Pravni fakultet u Novom Sadu iz sopstvenih izvora.

Uvod

Zaštitnik građana je jedna od najmlađih institucija u našem pravnom poretku osmišljena i ustanovljena da upotpuni sistem zaštite prava građana.[2] Iako prvenstveno deluje na području zaštite prava pred organima uprave, u smislu rešavanja pritužbi i donošenja pravno neobavezujućih preporuka, ova institucija ima daleko širi značaj s obzirom na njene druge, zakonom propisane, nadležnosti. Tu se u prvom redu misli na ovlašćenja normativnog karaktera u smislu podnošenja predloga zakona kao i predloga za pokretanje postupka za ocenu ustavnosti i zakonitosti. Ova ovlašćenja daju celovitiju sliku o ulozi i značaju institucije Zaštitnika građana u našem pravnom sistemu.

Pravo Zaštitnika građana na pokretanje postupka ocene ustavnosti zakona pred Ustavnim sudom na svojevrstan način menja tradicionalan koncept delovanja ove institucije proširujući ga i na polje posredne kontrole rada parlamenta. Zaštitnik građana, dakle, sistemskim tumačenjem celine pravnog sistema, proverava da li je parlament, prilikom donošenja zakona, poštovao granice određene Ustavom kada je reč o zaštiti prava građana. U slučaju sumnje, Zaštitnik građana je ovlašćen da pokrene postupak ocene ustavnosti takvog zakona pred nadležnim organom u cilju otklanjanja neustavne zakonske norme, onemogućavanja njene dalje primene na konkrene slučajeve i prenebregavanja mogućnosti daljih povreda prava građana. Upravo zbog posledica koje mogu nastati u pogledu daljeg važenja zakonske norme formulisane voljom narodnih predstavnika, a čije nastupanje može inicirati Zaštitnik građana, pitanje postojanja ovakve nadležnosti Zaštitnika građana zaslužuje da bude podrobnije razmotreno.

Pravo na pokretanje postupka ocene ustavnosti i zakonitosti nije ekskluzivna nadležnost Zaštitnika građana, nego svih državnih organa. U tom smislu, postavlja se pitanje da li je ova nadležnost neophodna u postupanju ove institucije kao i kakav je kapacitet ove institucije u pogledu njenog vršenja. Polazišna tačka u odgovoru na ova pitanja koncentriše se oko opšteg ustavnopravnog položaja organa uprave i njihove uloge u sistemu primene prava. Kroz analizu pravnih propisa, u okvirima kojih će se tražiti odgovori na postavljena pitanja, doći će se i do zaključka o tome koja to prava građana Zaštitnik građana štiti: da li samo zakonska prava

[2] Više o instituciji ombudsmana: D. Milkov, Zaštitnik građana Republike Srbije, *Zbornik Radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1 / 2, 2008, str. 197-215; D. Milkov, Specijalizovani ombudsmani, *Zbornik Radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3, 2007, str. 101-121; D. Milkov, Ombudsman u zemljama Evropske unije, *Zbornik Radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3, 2003, str. 229-240 i dr.

ili pak, prava i zakonskog i ustavnog ranga, čime će se, praktično, definisati prava mera uticaja ove institucije u opštem sistemu zaštite prava u našoj državi.

1. Normativna ovlašćenja Zaštitnika građana

Nadležnosti Zaštitnika građana definisane su Ustavom Republike Srbije[3] kao i Zakonom o Zaštitniku građana.[4] Uošteno, ove nadležnosti se mogu svrstati u dve kategorije: nadležnosti koje Zaštitnik ostvaruje u vezi sa neposrednim postupanjem organa uprave i nadležnosti kojima Zaštitnik može uticati na korekciju normativnog okvira postupanja organa uprave.

a) Nadležnosti u vezi sa neposrednim postupanjem organa uprave

Osnovna nadležnost Zaštitnika građana odnosi se na neposredno postupanje organa uprave i podrazumeva ovlašćenje Zaštitnika da kontroliše poštovanje prava građana, utvrđuje povrede učinjene aktima, radnjama ili nečinjenjem organa uprave, u smislu zakonitosti i pravilnosti njihovog rada.[5] Nadležnost Zaštitnika građana uspostavljena je u odnosu na povredu propisa republičkog ranga, rečima zakonodavca „republičkih zakona, drugih propisa i opštih akata".[6] Ukoliko utvrdi postojanje takvih povreda, Zaštitnik je ovlašćen da donese preporuku u smislu pravno neobavezujućeg naloga kako nastale propuste treba otkloniti.

U ozbiljnijim situacijama (ako iz ponovljenog ponašanja funkcionera ili zaposlenog proizlazi namera da odbijaju saradnju sa Zaštitnikom građana ili ako se utvrdi da je učinjenom povredom građaninu pričinjena materijalna ili druga šteta većih razmera) Zaštitnik građana je ovlašćen da javno preporuči razrešenje funkcionera koji je odgovoran za povredu prava građana, odnosno da inicira pokretanje disciplinskog postupka protiv zaposlenog u organu uprave koji je neposredno odgovoran za učinjenu povredu.[7] Ako, pak, nađe da u radnjama funkcionera ili zaposlenog u organu uprave ima elemenata krivičnog ili drugog kažnji-

[3] Član 138, kao i članovi 107 stav 2 i 168 stav 1 Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik Republike Srbije* br. 98/2006.

[4] Članovi 1, 17, 18, 19 i 20 Zakona o Zaštitniku građana, *Službeni glasnik Republike Srbije* br. 79/2005 i 54/2007.

[5] Član 17 stav 1 i 2 Zakona o Zaštitniku građana.

[6] Ostaje nejasno zbog čega je zakonodavac upotrebio izraz „republički zakoni" kada je opštepoznato da u unitarnoj državi, kakva je Republika Srbija, postoji samo jedan nivo državne vlasti odnosno samo jedan državni organ koji vrši zakonodavnu vlast.

[7] Član 20 stav 1 Zakona o Zaštitniku građana.

vog dela, Zaštitnik građana je ovlašćen da nadležnom organu podnese zahtev, odnosno prijavu za pokretanje krivičnog, prekršajnog ili drugog odgovarajućeg postupka.[8]

b) Nadležnosti u vezi sa korekcijom normativnog okvira postupanja organa uprave

U okviru normativnih ovlašćenja, Zaštitnik građana ima pravo predlaganja zakona iz svoje nadležnosti; pravo podnošenja inicijative za izmenu ili dopunu zakona i drugih propisa i opštih akata, ako smatra da do povrede prava građana dolazi zbog nedostataka u propisima, kao i pravo inicijative donošenja novih zakona, drugih propisa i opštih akata; pravo da u postupku pripreme propisa daje mišljenje Vladi i Skupštini na predloge zakona i drugih propisa, ako se njima uređuju pitanja od značaja za zaštitu prava građana.[9] Dodaćemo i pravo podnošenja amandmana na tekst predloga zakona kao vid normativnog ovlašćenja, koje predstavlja sastavni deo opšteg ovlašćenja predlaganja zakona.

Ostaje nejasno je zbog čega je pravo podnošenja inicijative za izmenu ili dopunu zakona i drugih propisa i opštih akata odnosno pravo inicijative donošenja novih zakona izdvojeno kao posebno ovlašćenje Zaštitnika, kada je istovremeno Ustavom i zakonom ovlašćen da pokrene postupak donošenja zakona (novog ili zakona kojim se postojeći menja odnosno dopunjava). Ovo tim pre što postoji jasna razlika između inicijative za pokretanje postupka i podnošenja predloga zakona. Inicijativa ne mora uvek da dovede do pokretanja zakonodavnog postupka, dok podnošenje predloga zakona uvek dovodi do pokretanja zakonodavnog postupka (izuzev ako postoji „tehnička“ opstrukcija u smislu nestavljanja na dnevni red).[10]

Druga bitna „normativna“ nadležnost Zaštitnika građana odnosi se na pravo pokretanja postupka ocene ustavnosti i zakonitosti zakona, drugih propisa i opštih akata. Za razliku od tipične nadležnosti Zaštitnika građana, koja se sastoji u kontroli organa uprave u smislu zaštite prava građana, pravo pokretanja postupka ocene ustavnosti zakona predstavlja više netipičnu nadležnost ove institucije. Međutim, ustavno određivanje pravne prirode ove institucije kao i ustavno određivanje kruga ovlašćenih predlagača ocene ustavnosti zakona nedvosmisleno ukazuje da je Zaštit-

[8] Član 20 stav 2 Zakona o Zaštitniku građana.

[9] Član 18 Zakona o Zaštitniku građana i član 107 stav 2 Ustava.

[10] Više o tome: M.Pajvančić, *Parlamentarno pravo*, Konrad Adenauer Stiftung, Beograd, 2008, str.149.

nik građana državni organ kome pripada ova nadležnost.[11] Ova nadležnost je, takođe, propisana i Zakonom o zaštitniku građana.[12]

2. Opravdanost potrebe za uspostavljanjem nadležnosti Zaštitnika građana u oblasti kontrole ustavnosti zakona

Da li je nadležnost pokretanja postupka ocene ustavnosti zakona neophodna u postupanju Zaštitnika građana i kakav je kapacitet ove institucije u pogledu njegog vršenja? U odgovoru na ova pitanja, polazišna tačka koncentrisaće se oko opšteg ustavnopravnog položaja organa uprave i njihove uloge u sistemu primene prava.

Osnovna uloga organa uprave u pravnom sistemu je sprovođenje zakona u smislu njegove neposredne primene na konkretan slučaj, donošenjem upravnog akta kojim se stranci daju (zakonska) prava ili joj se nameće (zakonska) obaveza.[13] Međutim, zamisliva je situacija da organ koji vodi postupak posumnja u ustavnost zakona koji treba da primeni u konkretnom slučaju. Na koji način tada treba da postupi? Da li je pravno uređena ovakva situacija i, ako nije, koji su drugi mehanizmi za njeno prevazilaženje? U odgovoru na ova pitanje treba najpre, pojmovno razlučiti kategorije zakonskih i ustavnih prava kao i ulogu zakonodavca u materiji ustavnih prava (kao pretpostavke za pravilno razumevanje i tumačenje zakonske norme sa stanovišta zaštite prava građana), a zatim odrediti normativne mogućnosti organa uprave za razrešenje ovakve situacije.

2.1. Razlikovanje ustavnih i zakonskih prava

Podela na ustavna i zakonska prava počiva na razlici u pogledu načina određivanja subjekata, sadržine, načina ostvarivanja i pravnog režima zaštite ovih prava.

Ustavna prava su prava čiji su subjekti određeni Ustavom, čija je sadržina određena Ustavom, koja se ostvaruju neposredno na osnovu Ustava i čija je pravna zaštita, između ostalog, obezbeđena posebnim pravnim sredstvima (ustavna žalba) i institucijama, specijalizovanim za pitanja ustavnog ranga (Ustavni sud). Pravo na život je, na primer, ustavom garantovano pravo koje svi građani uživaju neposredno na osnovu Ustava. Povreda ovog prava se može isticati najpre pred sudovima opšte nadle-

[11] Član 138 Ustava, u kome se kaže da je Zaštitnik građana državni organ, kao i član 168 Ustava, u kome se kaže da postupak za ocenu ustavnosti i zakonitosti mogu pokrenuti, između ostalih, državni organi.

[12] Član 19 Zakona o Zaštitniku građana.

[13] Više o tome: D. Milkov, *Upravno pravo (Knjiga 2) Upravna delatnost*, Pravni fakultet, Centar za izdavačku dlatnost, Novi Sad 2013.

žnosti (u smislu kršenja odgovarajućih odredbi Krivičnog zakonika kojima se zabranjuju određeni postupci usmereni na život, npr. ubistvo, nanošenje teških telesnih povreda i dr.), zatim pred Ustavim sudom, putem instituta ustavne žalbe, nakon čega je zaštita moguća i pred međunarodnim sudskim instancama nadležnim za zaštitu ljudskih prava. Ova prava ne zavise od volje državnih organa i ne mogu biti podvrgnuta ograničenima, izuzev u slučajevima i pod uslovima koje propisuje Ustav.

Zakonska prava su, pak, prava čije subjekte i sadržinu uređuje zakon, čije se ostvarivanje uslovljava ispunjavanjem određenih uslova propisanih zakonom i čija se zaštita ostvaruje samo u okviru sudskih instanci opšte nadležnosti, ne i pred Ustavim sudom. Zakonska prava se, dakle, dovode u vezu sa delovanjem organa uprave koji, u postupku primene materijalnog prava na konkretan slučaj, ispituje da li građanin ispunjava uslove propisane zakonom, i shodno tome donosi svoju odluku u pogledu sticanja određenog prava. Uživanje zakonskih prava je, dakle, uslovljeno prethodno donetim upravnim aktom. Subjekti, sadržina i uslovi pod kojima se stiču ova prava zavise isključivo od volje zakonodavca i mogu se istom tom voljom menjati. Pravna zaštita zakonskih prava ostvaruje se u žalbenom postupku pred višim organom uprave, a zatim pred Upravnim sudom u upravnom sporu i, konačno, pred Vrhovnim kasacionim sudom, po podentim vanrednim pravnim sredstvima. Na ovoj instanci se zaštita zakonskih prava okončava. Ustavni sud, zbog svog ustavopravnog položaja i uloge koju ostvaruje, nije nadležan da ispituje zakonitost pojedinačnog akta (sudske odluke), te se, shodno tome, pred ovim organom povreda zakona ne može ni isticati. Kontrola zakonitosti sudske odluke se, dakle, zadržava u okvirima redovnog pravosuđa.

Postoje, međutim slučajevi u kojima Ustavni sud može uspostaviti nadležnost kada je u pitanju rad organa uprave i zaštita prava građana. To su sledeći slučajevi: neposredno, u postupku po ustavnoj žalbi, kada je prilikom donošenja upravnog akta došlo do povrede prava garantovanih Ustavom (npr. kada je uskraćivanje prava stranci usledilo diskriminatornim postupanjem organa uprave) i posredno, u postupku ocene ustavnosti zakona koji je bitan sa stanovišta ostvarivanja prava građana pred organima uprave (npr. kada su zakonom propisani uslovi za sticanje nekog prava diskriminatorni po bilo kom osnovu). U takvim slučajevima se Ustavni sud može dovesti u vezu sa postupanjem organa uprave, ali isključivo kao organ koji štiti Ustav i vrednosti sadržane u njemu kao što su ljudska prava, podela vlasti, hijerarhija pravnih propisa i dr.

Dodirnu tačku između ustavnih i zakonskih prava predstavljaju socijalna prava, čija je pravna priroda sporna, budući da su propisana Ustavom, ali bez jasnog određenja u pogledu subjekata, sadržine ovih prava

kao i uslova pod kojima se stiču. Ostvarivanje ovih prava je neizvodljivo bez delovanja zakonodavca, pa time ona pre podpadaju pod pravni režim zakonskih nego ustavnih prava. Ova prava se najčešće i ostvaruju kao zakonska prava dakle, na osnovu prethodno donetog pojedinačnog akta organa uprave.

2.2. Uloga zakonodavca u materiji ustavnih prava

Činjenica da neka prava ustavnog ranga ne mogu biti neposredno primenjena, (socijalna prava), odnosno da priroda nekih ustavnih prava nalaže potrebu propisivanja načina njihovog ostvarivanja, neizostavno iziskuje odgovarajuću zakonodavnu intervenciju kako bi se ova prava mogla ostvarivati. U tom smislu, potrebno je ustavom utvrditi granice ovakve intervencije. Pitanje uloge zakonodavca u materiji ustavnih prava je veoma značajno i s obzirom na činjenicu da odluka o ograničenju nekog ustavnog prava u konkretnom slučaju može zakonom biti poverena organima uprave (na primer, u vezi sa ograničenjem ustavom garantovane slobode okupljanja, o čemu, u formi zabrane okupljanja, odlučuje organ uprave nadležan za unutrašnje poslove).

Uloga zakonodavca u oblasti ustavnih prava je veoma restriktivna budući da je osnovno načelo u ostvarivanju ovih prava *neposrednost* (izuzev socijalnih prava).[14] Prava garantovana ustavom se, dakle, neposredno uživaju, bez njihove dodatne razrade putem akata niže pravne snage. To pretpostavlja da su subjekti i sadržaj tih prava određeni samim ustavom i da u tom smislu ne postoji potreba za bilo kakvim zakonskim preciziranjem. Uloga zakonodavca je Ustavom postavljena u jasno određene okvire. Zakonodavac, naime, može svojim aktima samo propisati način ostvarivanja ovih prava, ukoliko je to Ustavom izričito predviđeno ili ukoliko je to potrebno zbog prirode samog prava, uz uslov da se time očuva suština zajemčenog prava.[15] Striktna formulacija *„pri čemu zakon ni u kom slučaju ne može da utiče na suštinu zajemčenog prava“* postavlja nedvosmislenu instrukciju zakonodavcu u materiji ustavnih prava. Ovaj zahtev je ponovljen i u delu teksta kojim se reguliše ustavnopravni okvir ograničenja ovih prava. Zakonodavac, naime, može da ograniči uživanje ljudskih prava ukoliko ograničenje dopušta Ustav, u svrhe radi kojih ga dopušta, u obimu neophodnom da se zadovolji svrha zajemčenog prava u demokratskom društvu i *bez zadiranja u suštinu zajemčenog prava*.[16] Jasna

[14] Član 18 stav 1 Ustava Republike Srbije .
[15] Član 18 stav 2 Ustava Republike Srbije.
[16] Član 20 stav 1 Ustava Republike Srbije.

intencija ustavotvorca u pogledu zaštite suštine zajemčenog prava podvučena je i u nalogu da svi državni organi moraju da vode računa o suštini prava koje se ograničava i mogućnosti koja bi dopuštala manje ograničenje prava uz istovremeno postizanje svrhe ograničenja.[17] Ako zakonodavac ne poštuje ove okvire u donošenju zakona i, recimo, proširi razloge za ograničenje pojedinog prava (npr. ako zakonom predvidi i dodatne razloge za ograničenje slobode okupljanja, mimo onih koje propisuje Ustav - zaštita javnog zdravlja, morala, drugih prava i bezbednosti Republike Srbije) ili ako propiše ograničenja prava na način kojim se utiče na suštinu zajemčenog prava, dovodi organe uprave u priliku da izvrše neustavnu zakonsku normu.

Organi uprave, takođe, mogu doći u situaciju da primene neustavnu normu ukoliko zakonodavac, u preciziranju subjekata ili uslova pod kojima je moguće ostvariti neko zakonsko pravo, povredi ustavno načelo zabrane diskriminacije ili neko drugo ustavom garantovano pravo ili načelo (na primer, ukoliko kao nosioca ostvarivanja određenih prava po osnovu roditeljstva označi samo majku, ne i oca, suprotno zabrani diskriminacije izvršenoj po polu).

Organi uprave, dakle, primenjuju zakone čiju je sadržinu oblikovao zakonodavac, koji je kao organ vlasti i sam vezan Ustavom. Greška zakonodavca, koja se može javiti u obliku formalne odnosno materijalne neustavnosti zakona, ima za posledicu neposrednu povredu prava građana u onolikom broju slučajeva u kojem se takva zakonska norma bude primenila na konkretan slučaj. Iz tog razloga je neophodno iznaći mehanizam kojim se ovakva greška zakonodavca može otkloniti.

2.3. Normativne mogućnosti organa uprave u vezi sa pokretanjem konkretnog spora ustavnosti

a) opšta pravila

Ustavom je određeno da je državna uprava (za koju je zakonom, po ustavnom ovlašćenju, precizirano da je čine ministarstva, organi uprave u sastavu ministarstva i posebne organizacije) samostalna i da je u obavljanju svojih poslova vezana Ustavom i zakonom.[18] Državna uprava je, dakle, samostalna, (ne i nezavisna!) što proizlazi iz njenog ustavnopravnog položaja kao organa u sklopu izvršne vlasti. Vezanost Ustavom i zakonom, pak, ne određuje organe državne uprave kao organe koji na prost, mehanički način izvršavaju zakone, druge propise i opšte akte Narodne

[17] Član 20 stav 3 Ustava Republike Srbije.
[18] Član 136, stav 1 i 2 Ustava Republike Srbije.

skupštine i Vlade nego ih upućuje na jedan širi, sistemski pristup u sagledavanju celine pravnog sistema. Stoga im se ne bi moglo poreći pravo (pa i obaveza) da dovode u pitanje ustavnost zakona kojeg izvršavaju, tim pre što su oni po definiciji državni organi (koji su, po slovu Ustava, ovlašćeni za pokretanje takvog postupka). Oni bi, dakle, morali da vode računa o tome da li su predmetnim zakonom povređene neke vrednosti zaštićene Ustavom, naročito one koje se tiču prava i sloboda građana.

Sa druge strane, ovakav pristup bi uključivao i odgovarajući nivo nezavisnosti ovih organa, pak, koji oni nemaju zbog jasnog ustavnopravnog položaja (to su organi koji čine deo izvršne vlasti). Postoji i drugi argument koji govori u prilog tome da organi državne uprave ne bi trebalo da koriste pravo podnošenja predloga za ocenu ustavnosti zakona, iako to formalnopravno mogu činiti. U teoriji postoji shvatanje da takvo pravo treba da bude uskraćeno organima koji su ovlašćeni da na bilo koji način učestvuju u postupku donošenja zakona.[19] Po tom shvatanju, organi uprave (kao organi koji učestvuju u izradi nacrta zakona odnosno nacrta zakona o izmeni ili dopuni odgovarajućeg zakona) ne bi trebalo da se služe ovlašćenjem pokretanja postupka ocene ustavnosti zakona. Isti zaključak se može izvesti i kada je u pitanju delovanje Vlade u ovoj oblasti.

b) Mogućnosti pokretanja konkretnog spora ustavnosti

Konkretan spor ustavnosti podrazumeva da se pitanje ustavnosti zakona, koje se pojavilo u konkretnom postupku njegove primene, uputi Ustavnom sudu na razmatranje i konačnu ocenu. Da li bi, dakle, organi uprave bili ovlašćeni da, u slučaju sumnje u ustavnost zakonske norme koju treba primeniti, pokrenu konkretan spor ustavnosti? Pitanje u vezi sa tim je pokrenuto u teoriji.[20] Stoga treba razmotriti pitanje postojanja procesnih pravila koja regulišu ovakvu situaciju i koja, u krajnjoj liniji, predupređuju mogućnost zloupotrebe, kao i pitanje svrsishodnosti postojanja takvog ovlašćenja organa uprave.

Zakon o Ustavnom sudu sadrži procesnu normu koja se odnosi na pitanje konkretnog spora ustavnosti, ali se mogućnost njene primene ograničava samo na postupke koji se vode pred sudovima opšte i posebne nadležnosti.

---

[19] Više o tome: D. M. Stojanović, Stanje i problemi u ostvarivanju naknadne ustavne kontrole prava, *Ustav Republike Srbije: pet godina posle (2006-2011)* Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu i Pravnog fakulteta u Kragujevcu, tematski broj, str. 1-19.

[20] B. Nenadić, Dva pitanja od značaja za odnos Ustavnog suda i sudova, *Pravni informator*, br.1/2008, str. 7.

„Ako se u postupku pred sudom opšte ili posebne nadležnosti postavi pitanje saglasnosti zakona ili drugog opšteg akta sa Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima ili zakonom, su će, ako oceni osnovanim takvo pitanje, zastati sa postupkom i pokrenuti postupak za ocenu ustavnosti i zakonitosti tog akta pred Ustavnim sudom.“[21]

Zakonom se, dakle, organi uprave kao primenjivači prava *isključuju* u pogledu pokretanja konkretnog spora ustavnosti zakona. Takvo pravo je Zakonom rezervisano samo za sudove opšte i posebne nadležnosti. Organi uprave, dakle, ne bi bili ovlašćeni da u slučaju sumnje u ustavnost zakona, zastanu sa postupkom i pitanje upute nadležnom organu. Dalje, zakon kojim se uređuje opšti upravni postupak, kao poseban procesni zakon koji u svom postupanju primenjuju organi uprave, nema regulisanu ovakvu procesnu situaciju. Iako bi pitanje ustavnosti zakonske norme eventualno moglo biti tumačeno kao prethodno pitanje, veoma je upitno da li je ono kao takvo uklopivo u ovaj institut.

Kada je reč o celishodnosti postojanja ovlašćenja organa uprave u pogledu pokretanja konkretnog spora ustavnosti, nema sumnje da postoji više pozitivnih argumenata, naročito kada se ima u vidu zaštita prava stranaka. Prvo, *teško da bi stranka u žalbenom postupku mogla isticati ustavnost primenjenog zakona*, s obzirom da se žalbeni razlozi mogu odnositi samo na povrede materijalnog i procesnog zakona (kao i manjkavosti u pogledu utvrđenog činjeničnog stanja). Drugo, postupak sudske kontrole takvog upravnog akta koji se vodi pred Upravnim sudom, kao sudom posebne nadležnosti (u čijem se postupku može pokrenuti pitanje ustavnosti zakona i pokrenuti konkretan spor ustavnosti, jer je Upravni sud po svojoj pravnoj prirodi sudski organ), pokreće se tužbom koja nema, po pravilu, suspenzivno dejstvo i ne odlaže izvršenje rešenja koje je doneto na osnovu zakona čija je ustavnost upitna.[22] Zbog takvog pravnog dejstva tužbe u upravnom sporu, nadležnost Ustavnog suda, u smislu privremene obustave izvršenja pojedinačnih akata (donetih na osnovu zakona čija se ustavnost ocenjuje u postupku koji je inicirao Upravni sud) može biti praktično neupotrebljiva, jer je postupak izvršenja pojedinačnog akta već otpočeo ili je završen.[23] Time bi se u velikoj meri doveo u nepovoljan položaj pojedinac o čijim je pravima ili obavezama odlučeno u upravnom postupku. Druga okolnost tiče se upravnih akata koji se donose

[21] Član 63 Zakona o Ustavnom sudu, *Službeni glasnik Republike Srbije* br. 109/2007, 99/2011 i 18/2013 – odluka US.

[22] Član 23 stav *Službeni glasnik Republike Srbije* br.111/2009.

[23] Član 56 stav 1 Zakona o Ustavnom sudu.

na osnovu diskrecione ocene, budući da su u ograničenoj meri predmet kontrole sudske instance. Kontrola ovih akata se, naime, ostvaruje samo u pogledu pravno vezanih delova, dok je prostor slobodne ocene izvan okvira sudske kontrole.

Iako, dakle, ima argumenata u govore u prilog pravu pokretanja konkretnog spora ustavnosti od strane organa uprave, takva mogućnost je zakonom isključena odnosno rezervisana isključivo za sudove. U takvom normativnom okviru treba tražiti prostor za delovanje Zaštitnika građana u vezi sa pokretanjem postupka ocene ustavnosti zakona u čijem sprovođenju učestvuju organi uprave.

3. Značaj Zaštitnika građana u postupku ocene ustavnosti zakona

Imajući u vidu da organi državne uprave, što zbog njihove pravne prirode, što zbog nedostatka procesnih pravila, nemaju znatniju ulogu u pokretanju postupka ocene ustavnosti zakona, značaj Zaštitnika građana u ovoj oblasti je nesumnjiv. Kao organ koji je u tesnoj vezi sa postupanjem organa uprave, u prilici je da uoči eventualne normativne nedostatke u smislu njihove međusobne usaglašenosti i da deluje u pravcu njihovog otklanjanja.

Zaštitnik građana ima ovlašćenja zakonodavne inicijative u pogledu izmena i dopuna zakona, i to jeste jedan vid normativne korekcije. Međutim, daleko je jače njegovo ovlašćenje pokretanja postupka ocene ustavnosti i zakonitosti, s obzirom na praktične posledice koje nastupaju po građane o čijim se pravima i obavezama rešavalo na osnovu sporne zakonske ili druge opšte norme. Ove posledice proizlaze iz pravnog dejstva odluka Ustavnog suda. Ustavni sud, naime, može u toku postupka, do donošenja konačne odluke, obustaviti izvršenje pojedinačnog akta ili radnje koja je preduzeta na osnovu opšteg akta čija se ustavnost ili zakonitost ispituje.[24] Nakon što utvrdi neustavnost zakona, nastupaju pravne posledice koje su takođe značajne sa stanovišta zaštite prava građana. Naime, zakoni i drugi opšti akti za koje je odlukom Ustavnog suda utvrđeno da nisu u saglasnosti sa Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima ili zakonom, ne mogu se primenjivati na odnose koji su nastali pre objavljivanja odluke Ustavnog suda, ako do tog dana nisu pravnosnažno rešeni, dok se izvršenje pravnosnažnih pojedinačnih akata donetih na osnovu takvih propisa ne može ni dozvoliti ni sprovesti, a ako je izvršenje započeto mora se obustaviti.[25] Dalje, svako kome je povređeno pravo konačnim ili pravnosnažnim poje-

[24] Član 56 stav 1 Zakona o Ustavnom sudu.
[25] Član 60 stav 1 i 3 Zakona o Ustavnom sudu.

dinačnim aktom donetim na osnovu zakona ili drugog opšteg akta, za koji je odlukom Ustavnog suda utvrđeno da nije u saglasnosti sa Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima ili zakonom, ima pravo da traži od nadležnog organa izmenu tog pojedinačnog akta, u skladu sa pravilima postupka u kome je taj akt donet, u roku od šest meseci od dana objavljivanja odluke u „Službenom glasniku Republike Srbije", ako od dostavljanja pojedinačnog akta do podnošenja predloga ili inicijative za pokretanje postupka nije prošlo više od dve godine.[26]

Zaštitnik građana, dakle, koristeći ovlašćenje pokretanja postupka ocene ustavnosti i zakonitosti, može uspešno da deluje u pravcu korigovanja normativnog okvira rada organa uprave. Ovim ovlašćenjem Zaštitnik građana ostvaruje veliki uticaj na ukupan nivo zaštite prava građana, kako preventivno (onemogućavanjem primene neustavne zakonske norme na buduće slučajeve) tako i neposredno (na odnose koji su nastali primenom neustavne zakonske norme, po osnovu pravnog dejstva odluka Ustavnog suda). Dosadašnja praksa pokazuje da se Zaštitnik građana u nekoliko slučajeva (uspešno) poslužio ovim svojim ovlašćenjem u radu, što je veoma ohrabrujuć podatak, ali i dokaz da je ova institucija elastična i uklopiva u opšti sistem zaštite prava u Republici Srbiji .[27]

Zaključak

Zaštitnika građana raspolaže ovlašćenjem pokretanja postupka ocene ustavnosti i zakonitosti zakona, drugih propisa i opštih akata. Za razliku od tipične nadležnosti Zaštitnika građana, koja se sastoji u kontroli organa uprave u smislu zaštite prava građana, pravo pokretanja postupka ocene ustavnosti zakona predstavlja više netipičnu nadležnost ove institucije i ne pripada isključivo ovoj instutuciji.

Na pitanje da li je nadležnost pokretanja postupka ocene ustavnosti zakona neophodna u postupanju Zaštitnika građana, smatram da bi se mogao dati pozitivan odgovor. Ograničene mogućnosti organa uprave u pogledu ocene ustavnosti zakona kojeg primenjuju, a koje proizlaze iz njihovog opšteg ustavnopravnog položaja (kao i iz odgovarajućih normativno-procesnih nedostataka) predstavljaju nedostatak koji Zaštitnik građana može svojom aktivnoću uspešno da nadomesti. Nadležnost pokretanja postupka ocene ustavnosti zakona je, dakle, potrebna Zaštitniku građana jer se na taj način upotpunjuje opšti sistem zaštite prava građana.

---

[26] Član 61 Zakona o Ustavnom sudu.

[27] Videti podatke na sajtu Zaštitnika građana http://www.ombudsman.rs/index.php/lang-sr/zakonske-i-druge-inicijative (pristupljeno 12.08.2013).

S obzirom da vršenje ove nadležnosti podrazumeva sistemski pristup u tumačenju celine pravnog sistema, a naročito pravilno tumačenje ustavnih normi i vrednosti koje one štite (među kojima su ljudska prava esencijalna kao vrednost), jasno je da Zaštitnik građana vodi računa o svim pravima građana, bez obzira na pravni akt kojim su ona propisana. Na taj način, Zaštitnik građana ostvaruje važnu ulogu u ukupnom sistemu zaštite prava građana u Republici Srbiji. Ovim se, praktično, definiše prava mera uticaja ove institucije u opštem sistemu zaštite prava u našoj državi, budući da se Zaštitnik građana ne bavi samo zaštitom građana od sitnih nepravdi i šikaniranja, nego sistemskim pristupom prati celinu postupanja organa uprave u ostvarivanju njihovih prava.

Nesporno je da Zaštitnik građana, upravo zbog svoje prirode i osnovne uloge, nadležnost pokretanja postupka ocene ustavnosti ostvaruje u odnosu na osporavanje zakona kojima se na bilo koji način dovode u pitanje prava građana. Ostaje pitanje da li bi Zaštitnik mogao pobijati ustavnost zakona koji se ne odnosi direktno na ljudska prava, nego na druge vrednosti koje se štite ustavom, a koji stoje u funkciji ograničenja vlasti, čime se posredno štiti i ustavnom garantovani prostor privatne sfere pojedinaca. To je pitanje koje zaslužuje posebnu obradu.

Nataša Rajić, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Justification of Establishing Jurisdiction of Initiation of the Procces of Controling Constitutionality of Statutes with Regard to Ombudsman

Abstract: *Ombudsman authority disposes of an action before the Constitutional Court to review the constitutionality and legality of laws and other regulations. This competence is in the function of supplementing the general system of protection of the human rights. The exercise of this competence involves a systematic approach to the interpretation of the whole legal system, particularly the proper interpretation of constitutional norms and values that they protect (including human rights as an essential value). Thus, in effect, the Ombudsman achieves a major share in the overall system of protection of the rights of citizens and raising awareness of their importance in modern society. This, in effect, defines the real measure of the impact of this institution in the general system of protection of human rights in our country.*

Key words: *Protector of citizens, protection of citizen's rights, constitutionality and legality, constitutional dispute, the Constitution of the Republic of Serbia*

Originalni naučni rad 347.91/.95(497.11)“1845“(094.5)
doi:10.5937/zrpfns47-4488

Uroš Stanković, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu

NACRT ZAKONIKA O GRAĐANSKOM POSTUPKU JOVANA HADŽIĆA (1845)[1]

***Sažetak*:** *U radu se govori o nacrtu zakonika o građanskom postupku koji je 1845. sačinio Jovan Hadžić. Malo poznat stručnoj javnosti, ovaj projekat nije sačuvan u originalnom tekstu, već se može rekonstruisati uz pomoć drugih dostupnih izvora, uglavnom primedbi komisije koja ga je pregledala. Autor je to i učinio. Polazeći od zamerki iznetih na račun nacrta, načinio je pokušaj da što približnije utvrdi sistematiku projekta, ali i sadržinu pojedinih njegovih odredbi. Nakon toga, predmet razmatranja su bile primedbe Komisije. Pažnja je usmerena na kvantitet, vrste i sadržinu izmena unetih u nacrt.*

***Ključne reči*:** *Jovan Hadžić, nacrt zakonika o građanskom postupku, kodifikacija građanskog postupka, istorija građanskog postupka u Srbiji, građanski postupak.*

I

Rad na zakoniku o građanskom postupku u Srbiji je do druge polovine 1844. manje-više poznat. Još 1829. knez Miloš je zemunskom učitelju Georgiju Zaharijadesu poslao, po svemu sudeći, nemački prevod francuskog *Zakonika o građanskom postupku* (*Code de procédure civile*, 1806). U isto vreme na zakoniku je radila tzv. *Zakonodateljna komisija*. Pošto ona nije obavila posao na zadovoljavajući način, izrada kodeksa je pripala u delo Jovanu Hadžiću i Vasiliju Lazareviću. Njih dvojica su u početku radili zajednički, a potom su podelili posao tako da je

[1] Rad je posvećen projektu “Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava – Srbija i EU”, koji se finansira iz sredstava Pravnog fakulteta u Novom Sadu.

za izradu zakonika bio zadužen Lazarević. On je, posle mnogo peripetija i razmirica sa srpskom vladom, predao deo teksta svog nacrta u septembru 1843. U julu 1844. formirana je komisija za pregled tog projekta. Ona je donela odluku da se nacrt, budući nezavršen i neusklađen sa *Zakonikom građanskim za Knjažestvo Srbsko* (dalje: SGZ), poveri na preradu Jovanu Hadžiću.[2]

Hadžićev rad na građanskom zakoniku je u nauci i suviše obrađivan.[3] Nasuprot tome, jedva da je uopšte poznato da je on sačinio i nacrt zakonika o građanskom postupku. Ono malo saznanja koja o tome postoje krajnje su štura. Ograničavaju se ili na činjenicu da je Hadžić između ostalog izradio taj nacrt[4] ili čak netačno navode da je samo započeo, ali ne i dovršio preradu Lazarevićevog projekta.[5] Iz tog razloga će u tekstu koji sledi biti reči o Hadžićevom radu na zakoniku o građanskom postupku.

II

Ima vrlo malo podataka o tome kako je tekao rad na novom nacrtu. Iz jednog članka u *Novinama srbskim* može se videti da je Hadžić započeo s poslom pre 7. avgusta 1844. Posredno se može doći do još jednog podatka. Zakonopiscu su tokom rada, po svoj prilici, pri ruci bili tzv. *Turski ustav* (1838), "glavna ustrojenija"[6], a možda i predlog Ministarstva pravde da se donese uredba o stečaju, od 8. avgusta 1844.[7] Uz sebe je,

---

[2] Opširnije o tome U. Stanković, *Prvi pokušaji kodifikacije građanskog postupka u Srbiji (1829–1844)*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* XLVI/2 (2012), str. 489–508.

[3] Primera radi, S. Jovanović, *Političke i pravne rasprave* II, Beograd 1932, str. 88–92; M. Kićović, *Jovan Hadžić (Miloš Svetić)*, Novi Sad 1930, str. 76–77, 83, 88–89, 103, 105, 107–109, 114; V. Kapor, *Jovan Hadžić kao pisac zakona u Srbiji*, *Zbornik za društvene nauke Matice srpske* LXI (1976), str. 11–12.

[4] *Matica*, br. 12 od 30. IV 1869, str. 286; J. Hadžić, *Avtobiografija Jovana Hadžića u književnosti nazvanog Miloša Svetića*, *Stražilovo*, br. 46 od 6. XI 1886, str. 1564, Ž. Stanković, *Petrovska narodna skupština 1848. godine, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu u Beogradu 1984. godine*, str. 516; Ž. Mladenović, *Traganja za Vukom*, Beograd 1987, str. 55.

[5] Kićović, *nav. delo*, str. 122; S. Jovanović, *Srpski zakonopisac* u: *Život i rad dra Jovana Hadžića Svetića*, Novi Sad 1899, str. 74.

[6] U pitanju su najverovatnije *Ustrojenije sudova okružni* i *Ustrojenije Velikoga ili Apelacionoga suda* od 26. januara 1840, a možda i još neki tekstovi. Vidi *Sbornik zakona i uredbi i uredbeni ukaza izdani u Knjažestvu Srbskom* (dalje: *Zbornik zakona*) I, Beograd 1840, str. 182–200.

[7] *Novine srbske*, br. 64 od 9. VIII 1844, naslovna strana; Arhiv Srbije (dalje: AS), Ministarstvo inostranih dela (dalje: MID-V) 1845, fascikla II, red 254, Hadžić knezu, Beograd 4. VIII 1845; AS, Državni savet (dalje: DS), Zapisnici sednica iz 1846, Zapisnik sednice Saveta od 12. VIII 1844, br. 936.

kao što će se kasnije videti, imao i austrijski *Opšti zakonik o građanskom postupku* (*Allgemeine Gerichtsordnung*, 1781, dalje: OZGP).

Za vreme izrade zakona isticani su zahtevi da se on donese. Problemi u radu sudova su postojali sve izraženiji. Parnice su se odvijale sporo, sudsko osoblje bilo nestručno, a propisa iz oblasti građanskog postupka daleko od dovoljnog da regulišu čak i najosnovnija pitanja. Ministarstvo pravde je našlo za shodno da reaguje povodom ovakve situacije. U izveštaju o stanju sudstva koji je poslalo knezu 11. decembra izrazilo je stav da nedostatak zakonika o građanskom postupku predstavlja jedan od činilaca koji sudovima najviše otežavaju rad. Vladalac je podnesak prosledio Savetu, s pitanjem da li je u vezi s tim nešto učinjeno.[8]

Savet je i sam bio svestan da nešto treba preduzeti, pa je 2. januara 1845. formirao komisiju kojoj je stavljeno u zadatak da pregleda sve raspise Ministarstva pravde izdate od obnarodovanja *Turskog ustava*, otkrije uzroke sporosti suđenja i predloži mere za njegovo poboljšanje.[9] Komisija je između ostalog razmatrala i akt Ministarstva. Složila se sa njegovim stavom i naglasila da se na zakoniku o građanskom postupku već radi.[10]

Izradu zakonika pratila je i prekosavska štampa. U članku peštanskih *Serbskih narodnih novina* o imenovanju gore pomenute komisije uzgredno se napominje da Hadžićev nacrt još nije gotov.[11] U Srbiji se nedugo zatim pojavljuju i predlozi vezani za njegovu sadržinu. Ministarstvo pravde je, u vezi s pitanjem iz kojih će se razloga dozvoliti ponavljanje parnica oko zemlje iz vremena vladavine kneza Miloša Obrenovića (1815–1839), 28. februara knezu predočilo svoje mišljenje da bi najcelishodnije bilo da se ponavljanje postupka uredi zakonikom o građanskom postupku.[12]

Preporuka Ministarstva nije bila obavezujuća, ali zato jedna kasnija jeste. Slika srpskog pravosuđa je bila takva da se na donošenje zako-

---

[8] U. Stanković, *Rad Komisije za unapređenje građanskog postupka od 1845. godine*, *Zbornik radova međunarodnog naučnog skupa "Harmonizacija građanskog prava u regionu" održanog 26. oktobra 2012. godine na Palama*, Istočno Sarajevo 2013, str. 149, 151; AS, DS 1845, predmet br. 173, list 15, Knez Savetu, br. 1679/1844, Beograd 4. I 1845.

[9] Za članove Komisije su imenovani predsednik Saveta Stefan Stefanović Tenka, savetnici Lazar Arsenijević Batalaka, Lazar Zuban i Stojan Jovanović, kao i zakonopisac Jovan Hadžić. Po zaduženju koje je imala nazvali smo je Komisija za unapređenje građanskog postupka. Vidi U. Stanković, *delo iz napomene 8*, str. 145.

[10] U. Stanković, *delo iz napomene 8*, str. 155.

[11] *Serbske narodne novine*, br. 4 od 14. I 1845, str. 14.

[12] AS, MID-V 1844, f. V, r. 48, Ministarstvo pravde knezu br. 299, Beograd 28. II 1845. Ministarstvo se, inače, izjasnilo o predlogu tumačenja *Zakona na povraćaj zemalja* od 4. decembra 1844. Vidi U. Stanković, *Autentična tumačenja Zakona o povraćaju zemalja (1839)*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* XLV/1 (2011), 528–529.

nika nije moglo čekati. Stoga je 19. maja izdat propis čije je donošenje imalo za cilj da sanira najneuralgičnije tačke građanskog postupka i koji je prejudicirao sadržaj jednog dela kodeksa. Reč je o *Dopunitelnim pravilima u smotrenju suđenja po časti građanskoj i kriminalnoj*. U ovoj kratkoj uredbi (imala je svega 9 članova) je stajalo da će zakonik predvideti načelo usmenosti postupka, nesumnjivo s ciljem da se trajanje parnica skrati.[13]

U trenutku izdavanja *Dopunitelnih pravila* nazirao se kraj rada na projektu. Podnoseći knezu uredbu na odobrenje, Savet ga je izvestio o Hadžićevom obećanju da će nacrt biti gotov do 10. avgusta. Zakonopisac je, međutim, svoj tekst predao šest dana ranije.[14] Umesto Savetu, nadležnom za izradu i pregledanje nacrtâ zakonâ, Hadžić ga je poslao knezu. Ostaje nejasno – zašto? Lako je moguće da razlog leži u trzavicama na relaciji između Hadžića i Saveta, čiji su pojedini članovi ignorisali predloge koje je zakonopisac početkom godine dao u Komisiji za unapređenje građanskog postupka.[15]

Originalan tekst nacrta nismo uspeli da pronađemo. U njegovom nedostatku moraju se koristiti drugi izvori pomoću kojih se on može donekle rekonstruisati. Najznačajniji je, bez sumnje, zapisnik komisije za pregled nacrta. Njene primedbe su ponekad bile takve da se iz njih jasno vidi kakva je bila sadržina nekog od članova projekta pre izmena, ali na nekim mestima ne ostavljaju prostor ni za šta drugo osim domišljanja o izgledu odredbe.[16]

Nacrt se sastojao iz uvoda i tri dela. Ceo naslov uvoda nije poznat, ali može biti da je sadržao reči "osnovne čerte". Sastojao se od 13 članova. U njima su sasvim sigurno bili određeni jedno od osnovnih načela postupka i sudovi pred kojima će se parnice odvijati, a verovatno i vacatio legis (ne znamo da li za sve ili samo neke odredbe nacrta). Postupak pred sudom trebalo je da bude pismen. Projekat je propisao postojanje pet vrsta sudova (čl. 2).

---

[13] *Zbornik zakona* III, Beograd 1847, str. 38.

[14] AS, MID-V 1845, f. II, r. 254, Hadžić knezu, Beograd 4. VIII 1845.

[15] U. Stanković, *delo iz napomene 8*, str. 157–158.

[16] Komisija nije dosledno postupala u ispisivanju pregledanih članova. Ako bi smatrala da negde treba uneti izmene, ona bi ili samo kratko naznačila kako odredbu treba izmeniti ili pak ispisala član – u celini, tj. delimično, pa posle toga navela šta se u njemu menja. U dilemu nas dovodi situacija kada je napisan ceo član, a ni ispod njega ni na margini nema nikakve primedbe. Šta to znači? Da Komisija nije imala nikakvih zamerki ili da je direktno unosila prepravljeni tekst? Ponekad bi Komisija procenila da neki član ne treba menjati. Tada bi pored njega napisala "dobro", "stoji dobro" ili "stoji". Crtica uz neki član verovatno je značila da on ostaje nepromenjen, a to bi se svakako moglo reći i za izostavljanje neke odredbe sa zapisnika. Vidi AS, DS 1848, br. 81, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

Predvideo je i da će "ovi" propisi početi da se primenjuju mesec dana nakon stupanja na snagu (čl. 6), pri čemu se ne može dokučiti da li se to odnosi samo na odredbe prethodnih pet članova ili zakonik kao celinu.[17]

Nepotpun naslov prvog dela glasi "O parnicama glavnima i parničnim dokazat." (najverovatnije skraćeno od "dokazatelstvima"). Po svoj prilici je obuhvatao 17 glava, čiji su nazivi i redosled samo delimično poznati. U prvim dvema su odredbe o primiritelnim, odnosno redovnim sudovima.[18] Treća je uobličila tok postupka, što drugim rečima znači da su u njoj propisi o podnošenju tužbe, zakazivanju ročišta, pozivanju na sud, podnošenju dokaza, raspravi pred sudom, rokovima, stečajnom postupku[19], podnošenju i izvođenju dokaza, kao i donošenju presude. Materija dokaznih sredstava izložena je u šestoj glavi. Nakon nje se javlja diskontinuitet u numeraciji sve do poslednje numerisane, šesnaeste glave, koja reguliše ponavljanje postupka.[20]

Stečajni postupak bio je obuhvaćen petom glavom. Na taj zaključak jasno nas navodi činjenica da se odredbe o njemu na zapisniku nalaze između dvaju eksplicitno numerisanih glava – četvrte (neimenovane) i šeste.[21]

Na primiritelne sudove se, po svemu sudeći, odnosilo 10 članova nacrta (14–24). Najveća novina u odnosu na dotadašnji izgled sudstva bili su sreski primiritelni sudovi.[22] Nacrt je predvideo da postoji po jedan u svakom srezu. Propisan je njihov sastav, kao i nadležnost. Sastojali bi se od sreskog načelnika i pisara-delovođe. Stvarna nadležnost bi im se za početak poklapala sa onom koju imaju opštinski primiritelni sudovi, ali bi kasnije bila proširena. Redovni sudovi su u nacrtu dobili manje prostora nego primiritelni (čl. 25–29). Dostupni izvori daju dovoljno materijala da se odgonetne sadržina svega dve odredbe o njima. U članu 27 je određen

[17] Arhiv Srpske akademije nauka i umetnosti u Beogradu, Zaostavština Koste Nikolajevića, kutija 61, I/2, 1/31, Jovan Marinović Kosti Nikolajeviću, Beograd 23. avgust 1845; AS, DS 1848, br. 81, l. 6, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

[18] Razlika nema uporište u tadašnjem zakonodavstvu, već je posledica Hadžićevog stava da se primiritelni sud ne može smatrati sudom u pravom smislu te reči. Vidi *Zbornik zakona* I, str. 8, 236; U. Stanković, *delo iz napomene 8*, str. 157.

[19] Misli se na odredbe o ličnom stečaju, kada se imovina prezaduženog dužnika u sudskom postupku deli njegovim poveriocima. Vidi AS, DS 1848, br. 81, l. 14–23, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

[20] AS, DS 1848, br. 81, l. 7–14, 23–31, 36–37, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom posupku.

[21] AS, DS 1848, br. 81, l. 14–23, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

[22] Oni su u trenutku predaje nacrta postojali jedino u opštinama. Vidi *Zbornik zakona* I, 8, 236.

sud nadležan za raspravljanje o tužbama protiv činovnika iz Beograda. Ista odredba govorila je o situaciji da postoji sumnja u vezi sa nadležnošću za odlučivanje u nekom sporu.[23]

U trećoj glavi ima 44 člana (30–74). Na vrlo malo mesta se može ustanoviti šta je izvorni tekst nacrta. Tužba se mogla podneti sudu i usmeno (čl. 31). Predviđeno je postojanje sudskog odbora, koji je u postupku verovatno vršio istragu (čl. 50). Parničari su na ročištu imali pravo da govore najmanje dva puta (čl. 37). I u toku postupka moglo se tražiti izuzeće sudije zbog srodstva ili prijateljstva sa nekom od stranaka (čl. 68).[24]

Nesrazmerno velik deo nacrta zauzimale su odredbe o stečajnom postupku. One se prostiru od članova 89 do 158. Kada se tome doda da je Komisija kasnije predložila da joj se priključe još cele dve glave, ukupan broj odredbi o stečajnom postupku mogao bi da poraste za još bar 10 članova.[25] Ovako iscrpno regulisanje materije ličnog stečaja nije iznenađenje. Treba, naime, uzeti u obzir da se pre izrade nacrta u dva navrata zahtevalo izdavanje uredbe o tom pitanju – 1842. i 1844.[26] Tih zahteva svakako ne bi bilo da lični stečaj nije bio sve rasprostranjenija pojava i stoga vapio za što potpunijim regulisanjem.[27]

Hadžić je definisao lični stečaj kao slučaj "kad bi ko sebe i svoja dobra dugovima tako obteretio da se iz njegovi dobara dugovi podmiriti ne mogu" (čl. 89). Nekakav poziv, verovatno poveriocima prezaduženog da se prijave, bio bi upućivan sudovima na čijoj teritoriji dužnik ima pokretnu i nepokretnu imovinu (čl. 100). Isti član je, verovatno zbog Hadžićeve nespretne formulacije, izneo preambiciozan plan – da se otvaranje stečaja obznanjuje svima u Srbiji i van nje (!). Za nešto, pretpostavljamo dužnikove stvari, je bilo predviđeno da će se čuvati u rukama suda (čl. 104). Kada se sud uveri da je iznos dugova veći od imovine dužnika, ispitaće ga o uzrocima takvog stanja (čl. 108).[28]

---

[23] AS, MID-V 1845, f. II, r. 254, Hadžić knezu, Beograd 4. VIII 1845; AS, DS 1848, br. 81, l. 7–8, Zapsinik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

[24] AS, DS 1848, br. 81, l. 8, 10, 11 i 13, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

[25] AS, DS 1848, br. 81, l. 14–23, 38, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

[26] AS, DS, Zapisncici sednica iz 1846, Zapisnik sednice od 12. VIII 1844, br. 936.

[27] Poređenja radi, u OZGP je stečaju bilo posvećeno svega 27 članova (73–100). Vidi *Allgemeine Gerichtsordnung für Böhmen, Mähren, Schlesien, Oesterreich ob und unter der Ens, Steuermark, Kärnthen, Krain, Görz, Gradisca, Triest, Tyrol und die Vorlande* (dalje: *Allgemeine Gerichtsordnung*) Wien 1817, pp. 32–45.

[28] AS, DS 1848, br. 81, l. 14, 16–18, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

U stečajnom postupku moglo se sklopiti poravnanje (čl. 110). Bilo je dozvoljeno i zastupanje (čl. 111, 112, 114). Sudu je radi namirenja mogao da se prijavi i poverilac koji je pre otvaranja stečaja dobio neku stvar u ručnu zalogu ili sudsku zabranu[29] za svoje potraživanje (čl. 119). Ako bi "pribeleženje" (predbeležba) bilo opravdano ili učinjeno najkasnije 14 dana pre otvaranja stečaja a njegovo opravdanje počelo kasnije, poverilac sa pribeležbom bi spadao u drugi red za namirenje potraživanja (čl. 130). Imovina dužnika prvo će biti ponuđena založnim poveriocima, pa tek onda ostalim (čl. 150).[30]

Kada pogledamo šestu glavu, postaje jasno zašto je materija koju reguliše našla mesto čak i u naslovu celog dela nacrta. Na dokazna sredstva odnosila su se čak 123 člana (159–282).[31] Drugačije rečeno, na nju je otpadalo više od četvrtine nacrta, što je čini ubedljivo najobimnijom.

Kao dokazi bi se koristili priznanje, isprave, svedoci, zakletve i veštaci. Priznanje je bilo regulisano članovima 159 do 167, ali osim tog podatka ne možemo izvesti nijedan decidiran zaključak u vezi sa izvornom sadržinom odredbi o njemu. O dokazivanju ispravama govori se u članovima 168–201. Kao sinonim za "isprava" upotrebljava se izraz "ispismenica". Na početak odredbi o ispravama Hadžić nije smestio podelu na javne i privatne, nego izgleda odmah prešao na pojavne oblike onih prvih (čl. 170), što podseća na odgovarajuće odredbe OZGP (111 i 112).[32] Članovi 195 do 201 regulisali su gubitak isprava.[33]

Najviše propisa ove glave, prirodno, imalo je za predmet tada najvažnije dokazno sredstvo – svedoke (čl. 202–243). Ta pravila se ujedno u ovoj glavi mogu najviše i rekonstruisati. U postupku se moglo zahtevati odstranjenje svedoka zbog čijih bi telesnih ili duševnih nedostataka bilo očigledno da se od njega ne može doznati istina (čl. 204). Članom 207 je bila predviđena nesposobnost za svedočenje, i to samo relativna. Naime, čak i lica navedena u tom članu moraće svedočiti ako nema drugog načina da se utvrdi istina u postupku. Postojao bi institut izuzeća

[29] Prema OZGP, poverilac je bio ovlašćen da stavi zabranu na dužnikove stvari koje se nalaze u rukama trećeg lica u slučaju da zbog propasti drugih pogodnijih sredstava plaćanja njegovo potraživanje bude dovedeno u opasnost (čl. 283). *Allgemeine Gerichtsordnung*, p. 119.

[30] AS, DS 1848, br. 81, l. 18–22, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

[31] AS, DS 1848, br. 81, l. 23–31, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

[32] *Allgemeine Gerichtsordnung*, p. 49.

[33] AS, DS 1848, br. 81, l. 23–25, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

svedoka.[34] Ono bi se, između ostalog, moglo tražiti ako je svedok kum protivne stranke (čl. 208). Svedok se ne bi smeo podsećati na sadržinu iskaza dok sud to ne učini (čl. 216). Članovi 211, 217 i 218 regulisali su zakletvu svedoka. Hrišćanin bi se zaklinjao drugačije nego nehrišćanin (čl. 217 i 218). Svedoci bi se ispitivali odvojeno (čl. 220). Član 233 upućuje na to da bi svedok mogao dati iskaz i u pisanom obliku.[35]

O dokazivanju putem veštaka ima mnogo manje odredbi (čl. 244–258). Veštaci su se mogli zameniti (čl. 247). Nasuprot tome, zakletva zauzima širi prostor. Parnična stranka bi je polagala kada ne bi imala drugih dokaza (čl. 260). U odredbama o zakletvi pojavljuje se termin "polovina dokazatelstva"[36], što se verovatno odnosilo na njenu dokaznu snagu. Članovi 270 i 271 odnosili su se na "dopunsku"[37], a 272–275 na "cenoopredelitelnu"[38] zakletvu.[39]

Žalbeni postupak je bio izložen u članovima 294–315. Hadžić je upotrebio interesantne termine "naricateljni", tj. "naricanje" koji su označavali "apelacioni" (verovatno sud) i podnošenje žalbe (čl. 294 i 297). Izvršenje presude obuhvata celinu od 30 članova (316–346). Najmanja glava prvog dela je ona o ponavljanju postupka (čl. 347–354).[40]

---

[34] To je prigovor koji jedna od stranaka može uputiti na svojstva nekog svedoka (npr. rodbinsku vezu sa protivnikom u parnici), usled kojeg njegov iskaz ne bi na sudu bio uvažen kao dokaz. Vidi čl. 383 *Zakonika o sudejskom postupku u parnicama građanskim* (dalje: ZSPPG) iz 1853. *Zakonik o sudejskom postupku u parnicama građanskim*, Beograd 1853, str. 103–104.

[35] AS, DS 1848, br. 81, l. 25–29, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

[36] Očigledno doslovan prevod nemačkog "halbe Probe" iz OZGP, gde se pojavljuje u odredbama o dopunskoj zakletvi (čl. 212). *Allgemeine Gerichtsordnung*, p. 92.

[37] Prema OZGP, dopunska zakletva se polagala kada parnična stranka o nekoj odlučujućoj okolnosti u postupku podnese polovinu ili više od pola dokaza i sama ponudi da ostatak koji joj nedostaje "dopuni" zakletvom (čl. 212). Vidi *Allgemeine Gerichtsordnung*, p. 92.

[38] U ZSPPG cenoopredelitelna zakletva je ona koju oštećeni polaže na visinu pretprpljene štete, ako nju nije moguće utvrditi drugim dokazima. U OZGP se ona zove zakletva na iznos štete (*Schätzungseid*). Nju je stranka polagala na traženu sumu naknade štete kada: 1) neko prema drugom primeni nasilje; 2) otuđi stvar, pokvari je ili na njoj prouzrokuje neku drugu štetu, iako zna da pripada trećem licu ili da će je ono zahtevati; 3) ako u određenom roku ne preda, isporuči ili izvrši ono za šta zna da je dužan da preda, isporuči ili izvrši (čl. 214). Premda se to ne navodi, uslov da se stranci dozvoli polaganje zakletve svakako je bilo to da je ona sama oštećena tim radnjama (ili nečinjenjem). *Zakonik o sudejskom postupku u parnicama građanskim*, Beograd 1853, str. 132–133; *Allgemeine Gerichtsordung*, p. 93.

[39] AS, 1848, br. 81, l. 29–30, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

[40] AS, 1848, br. 81, l. 32–37, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

Drugi deo je posvećen posebnim vrstama postupka. Imao je najmanje 11 glava, od kojih su za svega pet poznati nazivi ili sadržina. Prvu je izgleda predstavljao postupak za utvrđivanje osnovanosti razloga za izuzeće sudije. Treća se zove "O likvidaciji". Na osnovu primedbi Komisije nikako se ne može izvesti zaključak šta se u njoj nalazilo. U osmoj glavi bili su propisi o poravnanju u stečajnom postupku. Naslov devete glave je "O osobenom postupanju i blagodejanijama" i ona se, sudeći po zapisima Komisije, takođe odnosila na stečajni postupak. Deseta glava regulisala je pokušaj poravnanja u redovnom postupku. Poslednja za koju imamo ikakve podatke, jedanaesta, sadržala je pravila o izbornim sudovima (arbitražama).[41]

Treći deo je najkraći. Imao je dve glave – o sudijama i advokatima.[42] Za prvu znamo da je imala 4 člana, a za drugu se posredno može zaključiti da je imala barem isto toliko. Prema Hadžićevom kazivanju, one su sadržale odredbe zajedničke za sve parnice, kojima je želeo da olakša razumevanje zakonika.[43]

Poneki dodatan podatak o svom nacrtu daje sam Hadžić. Pošto je želeo da ubrza sudski postupak, projekat propisuje kratke rokove. Međutim, oni nisu prekluzivni, jer bi to išlo na uštrb neukih stranaka. Ta neukost je u isto vreme i razlog zbog kojeg će sud neke radnje u postupku obavljati ex officio. Hadžić je naglasio i da se trudio da propisi nacrta budu što kraći i jasniji. Ako je suditi po formulacijama koje zasigurno potiču od njega, to mu nije sasvim pošlo za rukom.[44]

Knez je 8. avgusta prosledio nacrt Savetu, s molbom da pregleda podneti tekst. Savet je udovoljio kneževoj preporuci na sednici od 20. avgusta. Za pregledanje Hadžićevog projekta imenovana je komisija u čiji su sastav ušli predsednik Saveta Stojan Simić (kao predsednik Komisije), savetnici Stojan Jovanović, Lazar Arsenijević Batalaka i Stojan Jovanović, direktor Kneževske kancelarije Aleksa Janković, sekretar Apelacionog suda Jakov Dimšić, sekretar Ministarstva pravde Pavle Popović, sekretar Arhidijece-

[41] AS, DS 1848, br. 81, l. 13, 37 i 38, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

[42] Na istu materiju se odnose i poslednje dve glave OZGP, samo što su tamo izložene obrnutim redom i opširnije nego u Hadžićevom nacrtu. *Allgemeine Gerichtsordnung*, pp. 170–186.

[43] AS, DS 1848, l. 39, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku; AS, MID-V 1845, f. II, r. 254, Hadžić knezu, Beograd 4. VIII 1845.

[44] AS, MID-V 1845, f. II, r. 254, Hadžić knezu, Beograd 4. VIII 1845. Vidi, primera radi, članove 119, 130 i 150 nacrta. AS, DS 1848, br. 81, l. 19, 20 i 22, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

zalne konzistorije Vasilije Lazić, profesor Liceja Maksim Simonović[45] i sekretar Saveta Jovan Marinović.[46] Brojnost članova komisije ukazuje na želju Saveta da pregled bude što pre okončan.

Sudeći po nekim znacima, vladalo je uverenje da će se to zaista i desiti. Maksim Simonović, inače profesor Građanskog postupka i Tolkovanja (tumačenja) Građanskog zakonika, upitao je 11. avgusta Ministarstvo prosvete za dozvolu da ne predaje Građanski postupak u prvom, već u drugom semestru, kako se ne bi dogodilo da postoji raznoglasje između njegovih predavanja i novog zakonika o građanskom postupku. Ministarstvo mu je izašlo u susret. Ako je do tada i sumnjao, Simonović je sada bio čvrsto uveren u brzo donošenje kodeksa. To je pokazao 20. oktobra. Na zahtev Ministarstva prosvete da napiše udžbenike za svoje predmete, Simonović je 20. oktobra odgovorio da za Građanski postupak to trenutno ne može da učini, jer se očekuje skoro izdavanje zakonika o građanskom postupku.[47]

Sastav Komisije naišao je na pozitivne reakcije u Austriji. *Luna* (*Luna*), prilog *Zagrebačkih političkih novina* (*Agramer politische Zeitung*), je pisala da se Komisija sastoji iz teorijski i praktično obrazovanih članova. Autor članka je pripisivao članovima Komisije – nepravnicima težnju da se nacrt uskladi sa stanjem obrazovanja zemlje i narodnim običajima i predskazao da je u izgledu sukob između starog i novog, odnosno domaćeg i stranog.[48]

Bilo je u planu da komisija održi konstitutivnu sednicu 5. oktobra. Na toj sednici odlučivalo bi se o načinu rada Komisije. Članovima – nesavetnicima je upućen poziv da pomenutog dana dođu u Savet, ali u izvorima nismo pronašli nikakav zapis koji bi potvrdio da je sednica zaista i održana.[49]

---

[45] Hadžić je krajem 1846. optužio Stojana Simića da je Simonovića ubacio u Komisiju njemu u inat. To kazivanje ne bi se smelo a priori odbaciti. Zakonopisac je već uveliko bio neomiljen u Srbiji, a Simić je možda želeo da se izbegne Hadžićevo ponovno učešće u pregledu svog nacrta (učestvovao je u razmatranju projekta građanskog zakonika) i sujetnom autoru da do znanja da nije jedini obrazovani pravnik u Srbiji. Simonović se navodno izvinio Hadžiću i kazao da neće da učestvuje u Simićevoj ujdurmi. Izvinjenje ga, međutim, nije sprečilo da odigra vrlo aktivnu ulogu u pregledu nacrta. P. Srećković, *Iz arhive Isidora Stojanovića*, *Spomenik Srpske kraljevske akademije* XXX (1896), str. 13.

[46] MID-V 1845, f. II, r. 254, Knez Savetu, Beograd 8. VIII 1845. AS, DS, Zapisnici sednica iz 1845, l. 108, Zapisnik sednice Saveta od 20. avgusta 1845; Ž. Stanković, *nav. delo*, str. 516.

[47] Ž. Mladenović, *Traganja za* Vukom, Beograd 1987, str. 55; V. Grujić, *Pravničko obrazovanje na Liceju posle 1844. godine*, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1 (1955), str. 81; R. Ljušić, *Licej 1838–1863: zbornik dokumenata*, Beograd 1988, str. 230.

[48] *Novine srbske,* br. 96 od 29. XI 1845, str. 382.

[49] AS, DS 1845, br. 487, Savet Ministarstvima pravde i prosvete br. 969, Beograd 3. X 1845; AS, Ministarstvo prosvete 1845, f. VI, r. 15, Savet Ministarstvu prosvete br. 969, Beograd 3. X 1845.

Komisija se, ako je verovati njenom zapisniku, prvi put sastala 10. oktobra. Od tada, pa do 21. marta 1846, tj. dana poslednjeg zabeleženog sastanka, ona je imala ukupno 37 sednica. One su ravnomerno raspoređene; u oktobru i novembru 1845. komisija se sastajala sedam puta, u decembru pet, dok je u prva tri meseca naredne godine bilo održano po šest sastanaka.[50]

Rad Komisije nije bio završen 21. marta 1846. Za to imamo dva ubedljiva dokaza. Ukoliko bi nakon tog datuma Savetu bio upućen predlog da se donese neki propis iz oblasti građanskog postupka, on ga je prosleđivao Komisiji.[51] Malo je verovatno da Savet od četiri svoja predstavnika u Komisiji ne bi saznao da je ona prestala da radi. Osim toga, kada je Maksim Simonović po okončanju pregleda sačinio novi nacrt zakonika o građanskom postupku, Komisija se izjasnila o tom tekstu.[52] Ona se, dakle, posle 21. marta 1846. sastajala ad hoc, po potrebi.

Komisija nije radila u punom sastavu. Aleksa Janković je, verovatno zbog zauzetosti službenim poslovima, izostao sa svih njenih sednica. Broj članova Komisije angažovan na pregledanju vremenom je opadao. Najčešće su odsustvovali Jakov Dimšić, Pavle Popović i Vasilije Lazić. Iz toga sledi da su sednicama najredovnije prisustvovali članovi Saveta (izuzev Maksima Simonovića, koji nije bio savetnik).[53] To je i logično, s obzirom na činjenicu da je Savet jedino svoje članove mogao da oslobodi redovnih dužnosti.

Na pet sednica Komisije (15, 18, 22, 25. i 29. oktobra) prisustvovao je i Hadžić. Time se ponovila situacija već viđena prilikom pretresanja njegovog nacrta građanskog zakonika, samo što sada nije postojala službena odluka o Hadžićevom uključivanju u pregled. Verovatno je svrha zakonopiščevog prisustva bila da Komisiji daje potrebna objašnjenja. Na to upućuje činjenica da se na dva mesta – pored članova 36 i 64 nacrta, nalaze zapisi o pitanjima koja treba postaviti Hadžiću.[54]

---

[50] AS, DS 1848, br. 81, l. 6–9, 11–14, 16–18, 20, 23–27, 29, 31, 32, 34–37, 39, Zapsinik sednica Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

[51] Vidi AS, DS 1848, br. 81, l. 1, Ministarstvo pravde Savetu br. 1450, Beograd 25. III 1846; l. 3, Zapisnik sednice Saveta od 30. IV 1847; AS, DS 1848, br. 107, l. 1, Ministarstvo pravde knezu br. 5987/1846, Beograd 13. I 1847; l. 5, Zapisnik sednice Saveta od 17. IV 1847; MID-V 1846, f. IV, r. 36, Knez Savetu br. 1564/1846, Beograd 7. II 1847; l. 8, Zapisnik sednice Saveta od 17. IV 1847; l. 9, Knez Savetu, br. 691, Beograd 16. V 1847; l. 15, Zapisnik sednice Saveta od 25. VIII 1847.

[52] AS, DS 1848, br. 81, l. 4, Komisija za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku Savetu, Beograd 18. mart 1848.

[53] AS, DS 1848, br. 81, l. 6–9, 11–14, 16–18, 20, 23–27, 29, 31, 32, 34–37, 39, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

[54] Prvo pitanje je bilo da li je neophodna poslednja tačka člana 36, a drugo vezano za neke troškove, ali se zbog nečitkosti teksta ne razaznaje do kraja. AS, DS 1848, br. 81,

Iz jedne beleške na zapisniku Komisije saznaje se da je bilo predviđeno da se nacrt čita dva puta. Je li tako i bilo, ne zna se. Pregled neke glave trajao je jednu ili više sednica, što je zavisilo od njene dužine. Duže glave pregledane su na dve ili više, a kraće uglavnom na jednoj sednici, izuzimajući slučajeve kada bi Komisija imala krupnije suštinske intervencije u njihov tekst. Bilo je, međutim, i obrnutih slučajeva – da se za jednu sednicu pregleda čak nekoliko glava (!). Tako je, recimo, 15. marta pregledan ceo drugi i prva glava trećeg dela.[55]

Najzapaženiju rolu u pregledu nacrta imao je Maksim Simonović. Prvi poznati prevodilac austrijskog *Opšteg građanskog zakonika* (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch,* dalje: AGZ, 1811)[56] na srpski dao je primedbe na član 31 nacrta, dobio zadatak da jasnije protumači članove 72 i 268 (ne zna se na šta su se odnosili), preradi član 73 (posle izmena Komisije nejasan, govori o nekakvom rešenju suda ili odobrenju da se odustane od parnice), a povereno mu je da izmeni i skoro sve odredbe o izvršenju presude (čl. 319–346), i to prema zamerkama koje je sam izneo tokom njihovog pregleda.[57] Čini se i da je on, zajedno sa Popovićem, bio zadužen da iznova sačini glavu o primiritelnim sudovima.[58]

Sem Simonovića i Popovića, još se samo Vasilije Lazić poimenično pominje kao član Komisije koji je imao primedbe na tekst projekta. Njegove zamerke su se ticale člana 7 nacrta (za koji ne znamo šta je regulisao). Udeo ostalih u pregledanju nam nije poznat. Ipak, o tome postoje neke indicije; Jovan Hadžić je okrivio Stojana Simića da se u toku rada Komisije zalagao da se *Dopunitelna pravila* uvrste u zakonik o građanskom postupku.[59]

---

l. 6–8, 10, 13, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

[55] AS, DS 1848, br. 81, l. 6–8, 10, 13, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

[56] Više o ovom prevodu vidi u A. Ivić, *Neuspeli pokušaj štampanja zakonika za Srbiju 1828. godine, Arhiv za pravne i druptvene nauke* god. XXI, knj. XIII, br. 5 (1931), str. 361–363.

[57] AS, DS 1848, br. 81, l. 8, 14, 30, 36, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

[58] AS, DS 1848, br. 81, l. 7, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

[59] Ž. I. Ognjanović, *Jovan Hadžić o svom radu u Srbiji*, *Glasnik Istoriskog društva u Novom Sadu* IX/26 (1936), str. 435. Hadžićeva tvrdnja nije lišena svakog osnova. Komisija je umesto pismenog predvidela usmeni postupak, u skladu sa odredbom člana 1 *Dopunitelnih pravila*. Stvari slično stoje i sa članovima 14 (o parnicama pred primiritelnim sudovima u kojima žalba ne odlaže izvršenje rešenja) i 34 (o pozivanju na sud). Oni su nakon izmena nalikovali odredbama članova 9, odnosno 5 *Dopunitelnih pravila*. AS,

Komisija je unela mnogo izmena u tekst nacrta. Najkrupnije su bile one u sistematici nacrta. One su vršene na tri načina, tako što bi Komisija za neke glave ocenila da ih treba dopuniti, preraditi ili pomeriti. Svega jedanput Komisija je predložila dopunu neke glave. Prema njenom mišljenju, uvodu zakonika trebalo je dodati još pet članova. Preradi neke glave je pribegavala ukoliko prosudi da je njena koncepcija neodgovarajuća. Pri tome, preradi je mogla biti podvrgnuta ili cela glava ili jedan njen deo. Prvi slučaj je bio češći. Komisija je odlučila da prva i četvrta glava prvog, treća i jedanaesta drugog, tj. prva i druga trećeg dela budu prerađene u celosti. Samo u već pomenutom slučaju odredbi o izvršenju Komisija je predložila preradu jednog dela, doduše većeg.[60]

Zabelešku da glavu treba preraditi ponekad su pratila i uputstva kako to treba uraditi. Odredbe o sudijama bi, prema zamisli Komisije, trebalo da izgledaju tako da u njima budu izložena pravila koja regulišu obavljanje sudijske dužnosti, što je nedvosmisleno naznačila u primedbama na članove 441 i 442, ali i sugestijom da se u ovu glavu ubaci cela uredba od 22. februara 1844.[61] Slično je učinjeno i sa glavom o advokatima. Nju je Komisija videla kao mnogo lapidarniju nego Hadžić, pa je predložila da u njoj budu samo najelementarniji propisi – kad i kako će se punomoćje davati, ovlašćenja punomoćnika i pravo vlastodavca da traži povraćaj u pređašnje stanje u slučaju da ga punomoćnik prevari.[62]

Bilo je i glava za koje je Komisija smatrala da ih treba premestiti. Premeštanje se vršilo prema sličnosti predmeta regulisanja i, poput prerade, moglo biti potpuno ili delimično. Komisija je smatrala da bi osmu i devetu glavu drugog dela trebalo u potpunosti prebaciti u petu glavu pr-

---

DS 1848, br. 81, l. 6, 7, 9, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku; *Zbornik zakona* III, 38, 39, 41–42.

[60] AS, DS 1848, br. 81, l. 7, 14, 36, 37, 39, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

[61] Sastojala se od 7 članova u kojima je bilo predviđeno koje izvore prava će sudije koristiti u presuđivanju i propisane disciplinske odredbe za nesavesno vršenje sudijske dužnosti. Vidi *Zbornik zakona* II, str. 297–298.

[62] AS, DS 1848, br. 81, l. 39, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku. Zapada za oko da je Komisija preporučila donošenje uredbe kojom bi se predvidelo da je svaki "prosbopisac" (sastavljač podnesaka) dužan da se potpiše na aktu koji je sačinio, te da će mu se u slučaju da napisano predstavlja kršenje zakona zabraniti dalje sastavljanje podnesaka. Preporuka je proizvod objektivno postojećih okolnosti. Izazvala ju je, van svake sumnje, nimalo retka pojava da zbog uvredljivog sadržaja podneska nastrada stranka za koju je napisan. Vidi S. Jovanović, *Ustavobranitelji i njihova vlada (1838–1858)*, Beograd 1925, str. 15.

vog (a uz to i preraditi), pošto su se sve odnosile na stečajni postupak. Odredbe desete glave istog dela je pak trebalo ubaciti u deo koji se odnosi na tok redovnog postupka, jer je poravnanje u bliskoj vezi s njim. Delimično je premeštena prva glava drugog dela. Naime, postupak za raspravljanje o izuzeću sudija bi došao iza odredbi o nadležnosti sudova. Sudbina preostalih članova te glave (takođe se radi o manjem delu) je drugačija nego kod prerade. Oni bi jednostavno bili izbačeni.[63]

Nije bila menjana samo sistematika nacrta, već su izmene pretrpele i njegove odredbe. Menjani su ili sadržina ili stilska formulacija članova. Izmenjenih članova je bilo mnogo više od neizmenjenih. Ali takođe treba istaći da je znatno manje članova izbačeno iz nacrta u odnosu na one koji su u njemu ostavljeni. Od glava čiji je redni broj na zapisniku upisan, Komisija je izgleda mislila da je najbolje napisana ona o dokazima, jer u njoj ima najmanje izmena. Sreću se i premeštanja pojedinih članova u druge glave.[64]

Kako se primedbe Komisije ne mogu do kraja razlučiti od izvornog teksta nacrta, predmet analize će biti jedino zapisi za koje nema nikakve dileme da su zamerke na projekat. Njih je premnogo da bismo se mogli osvrnuti na svaku. Stoga ćemo se u daljem izlaganju ograničiti na one najvažnije. U krug sudova nadležnih za suđenje u parničnom postupku uvršćena je i Arhidijecezalna konzistorija. Vacatio legis je, prema Komisiji, trebalo produžiti na 6 nedelja od usvajanja zakonika.[65]

Iz naslova prvog dela izbrisana su dokazna sredstva, pošto je Komisija očigledno nalazila da skraćeni naslov pokriva i tu oblast. Presuda primiritelnog suda bi u parnicama vrednosti do 100 groša bila konačna (nenumerisana odredba koja dolazi iza člana 14, a pre člana 15). U glavi o redovnim sudovima trebalo je odrediti i koji će sud biti nadležan za raspravljanje o protivtužbi, kao i kada ima više tuženih. Komisija je zauzela stav da u slučaju dileme oko nadležnosti odluku treba da donese Ministarstvo pravde (čl. 27). Svakako u cilju skraćivanja postupka, Komisija je ograničila broj beseda stranaka na ročištu na najviše tri. U izmenjenom članu 43 je bilo navedeno da je sud u obavezi da opominje stranke na zastarelost.[66]

---

[63] AS, DS 1848, br. 81, l. 37–38, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

[64] AS, DS 1848, br. 81, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

[65] AS, DS 1848, br. 81, l. 6, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

[66] AS, DS 1848, br. 81, l. 7, 8, 10, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

U glavi o dokazima Komisija je izvršila mnogobrojne suštinske izmene. Prema njenom mišljenju, trebalo je precizirati da postoje dve vrste priznanja – sudsko i vansudsko (čl. 159). U član 170 je ubacila rečenicu da se isprave dele na javne i privatne. Stala je na stanovište da član 192 treba sačiniti drugačije – po modelu odgovarajućeg propisa OZGP (čl. 124).[67] Izmena je bilo i u delu o svedocima. Komisija je u član 207 ubacila odredbu da u postupku neće moći da svedoče supružnik (čak i razveden) neke od stranaka, roditelji za decu, tj. ona protiv roditelja. Prema izmenjenom članu 208, kršteni kum ne bi mogao da svedoči za svoje kumče, niti za njegove roditelje. Posle izmena, u članu 211 je stajalo da knez i arhijereji kao svedoci neće polagati zakletvu.[68]

Ni odredbe o zakletvi nisu ostale pošteđene izmena. Komisija je preformulisala odredbu o upotrebi zakletve kao dokaza. Umesto kada nema drugih dokaza, ona bi se polagala u slučajevima gde stranka ne bi navela druge dokaze. Tražila je i da se objasni šta znači "polovina dokazatelstva". Trebalo je proširiti odredbe o dopunskoj i "cenoopredelitelnoj" zakletvi. U vezi sa cenoopredelitelnom bilo je neophodno odrediti kada će se ona koristiti i u kojim slučajevima će sudija moći da "umeri" iznos na koji se stranka zaklela.[69] Inače, za jedan član nepoznatog sadržaja (279), Komisija je preporučila da se preradi po ugledu na odgovarajuću odredbu OZGP.[70]

Jedno od najosetljivijih pitanja bio je postupak pred višim sudovima. Put do iznalaženja zadovoljavajućih rešenja u ovoj oblasti bio je trnovit. Bilo je nužno pomiriti dve oprečne težnje – stranaka da imaju što širu mogućnost izjavljivanja žalbi na presude i zakonodavne vlasti da stane na put odugovlačenju parnica. Promišljanje o tom predmetu odužilo se na čak četiri sednice. Naposletku su usvojena izvesna pravila kojima je ova škakljiva materija detaljno regulisana.[71]

---

[67] U navedenoj odredbi OZGP stoji da je za originalne isprave u čiju se autentičnost ne sumnja dozvoljeno da budu jedino u rukama držaoca, a ostale obe stranke treba da zapečate, kako bi stigle na sud u istom stanju u kojem su pronađene. *Allgemeine Gerichtsordnung*, p. 56.

[68] AS, DS 1848, br. 81, l. 23–26, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

[69] Primedba podseća na sadržinu člana 216 OZGP. Da se Komisija ugledala upravo na ovu odredbu svedoči i činjenica da je upotrebljeni glagol "umeriti" bukvalan prevod nemačkog "mäßigen" iz navedenog člana austrijskog zakonika. Vidi *Allgemeine Gerichtsordnung*, p. 94.

[70] AS, DS 1848, br. 81, l. 29–30, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

[71] AS, DS 1848, br. 81, l. 32–35, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

Presuda primiritelnog suda bila bi konačna u sporovima vrednosti do 100, a okružnih do 500 groša. U sporovima čija vrednost prelazi poslednju cifru, nezadovoljna stranka bi se mogla obratiti Apelacionom sudu. On je presudu ispitivao samo sa formalne strane. Ako bi u tom pogledu bila valjana, on bi je potvrđivao. U protivnom slučaju, bila bi poništena i vraćena okružnom sudu na ponovno razmatranje. Presuda Apelacionog suda bila bi konačna u sporovima vrednosti manje od 1000 groša. Ukoliko je vrednost spora preko 1000, a ispod 5000 groša, presuda Apelacionog suda koju je potvrdio Vrhovni postaje konačna. Ukoliko bi stranka smatrala da joj je Vrhovni sud učinio očiglednu nepravdu, na njegovu odluku se mogla žaliti knezu. Rok za izjavljivanje žalbe iznosio je 8 dana. Još ranije, Komisija je odlučila da se nacrt dopuni odredbom prema kojoj se na presudu zbog izostanka ne može izjaviti žalba.[72]

Broj prepravki bio je vrlo velik. Stoga je Komisija u jednom trenutku rešila da se nacrt u potpunosti preradi.[73] Taj posao poveren je Maksimu Simonoviću. Izvori ne daju odgovor na pitanje kada se to desilo. Izvestan trag o tome možda bi mogao da predstavlja dopis Ministarstva prosvete Rektoratu Liceja od 7. maja 1846, u kojem se moli za odobrenje da se ispiti iz predmeta koje Simonović predaje polažu pre termina utvrđenog kalendarom nastave[74], jer će profesor zbog "zvanične potrebe" morati da napusti radno mesto.[75] Lako je moguće, s obzirom na datum, da se iza "zvanične potrebe" krije prerada nacrta.

Počevši sa radom, Simonović se uverio da prerada nipošto neće biti lak posao. I kada bi se neke glave sačinile ispočetka, pojedine oblasti ne bi bile dovoljno regulisane. Stoga je Komisija preporučila Simonoviću da izradi kompletno nov nacrt, s tim da deo po deo teksta podnosi njoj na pregled.[76] To je s jedne strane značilo da je Hadžićev nacrt odbačen kao tekst od kojeg se polazi u kodifikaciji građanskog postupka, a sa druge da će se na izdavanje zakonika sačekati još neko vreme.

---

[72] AS, DS 1848, br. 81, l. 34 i 35, Zapisnik Komisije za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku.

[73] Hadžić, naravno, nije delio to mišljenje. Krajem 1846. autor nacrta je svom prijatelju Gligoriju Vozaroviću pisao da bi nacrt pokvarile čak i vrlo malo male izmene koje bi u njega unela "nevešta ruka", time dokazujući nemalu dozu taštine. Srećković, *nav. delo*, str. 14.

[74] Radi se o 22, odnosno 24. junu. Vidi LJ. Kandić, J. Danilović, *Istorija Pravnog fakulteta (1808– 1905)*, Beograd 1997, str. 74.

[75] AS, Licej, br. 179, Ministarstvo prosvete Rektoratu Liceja br. 525, Beograd 7. V 1846.

[76] AS, DS 1848, br. 81, l. 4, Komisija za pregled Hadžićevog nacrta zakonika o građanskom postupku Savetu, Beograd 18. III 1848; l. 40, Savet knezu, br. 171, Beograd 18. III 1848.

III

Hadžić je radio na zakoniku o građanskom postupku godinu dana. U tom poslu se oslanjao i na domaće i na strano zakonodavstvo. Koji uticaji preovlađuju, ne može se sa sigurnošću reći, jer tekst nacrta nije pronađen. Rekonstruisane odredbe govore da su to bili strani, tj. OZGP. Ali iz njih se isto tako naslućuje da nacrt ni izbliza nije bio puka kopija austrijskog zakonika.

Pregled nacrta je bio vrlo temeljan. Svedok toga nije samo broj zapisanih primedbi, već i sednicâ Komisije. Iz toga proizlazi da je postojala želja da Srbija dobije što bolji zakonik o građanskom postupku. Komisija zaslužuje pohvalu i za brzinu obavljenog posla. Skoro da bi fizički bilo neizvodljivo da njeni članovi pored svojih redovnih poslova preprave nacrt brže nego što su to učinili. Jednom reči, Komisija se pokazala kao dorasla zadatku.

Poput tvorca nacrta, i Komisija se delom oslanjala na domaće, a delom na strano pravo. Prepravke iz glave o dokazima imale su model u OZGP. Neke druge, kao na primer one u glavama o primiritelnim sudovima i sudijama, zasnivaju se na domaćim propisima. I primedbe u glavi o advokatima jasan su pokazatelj da je Komisija prilagođavala nacrt prilikama u Srbiji.

Kao autor dva kapitalna nacrta zakonikâ Hadžić je imao polovičan uspeh. Jedan od njegovih projekata je ozakonjen, a drugi nije. Opravdano ili ne, za sada je vrlo teško reći. Neke izmene, koje smo videli, bile su neophodne. Da li su i druge bile takve, ne znamo, pošto izostaje tekst nacrta. Nije isključeno, međutim, da je u celoj stvari oko (ne)usvajanja nacrta bilo i malo ličnog. Konkretnije, da je bio odbačen zato što je Hadžićev, a ne zato što je loš. Netrpeljivost prema zakonopiscu je u vreme pregleda nacrta dostigla vrhunac i odbacivanje njegovog dela bio je idealan način da mu se napakosti.

Uprkos tome što nije postao zakonik, Hadžićev nacrt je i te kako značajan za srpsku pravnu istoriju. To je prvi **celovit** stručan nacrt zakonika. Prevodi Zaharijadesa i Zakonodateljne komisije se zbog nestručnosti prevodilaca ne mogu smatrati nacrtima u pravom smislu te reči. Podnošenje Lazarevićevog projekta je ključni trenutak koji razdvaja rad nestručnjaka od rada stručnjaka na kodifikaciji građanskog postupka. Ali, njegov nacrt nije predat srpskoj vladi u celosti, a podneti deo je odbačen iz formalnih razloga. Hadžić je otišao korak dalje. Predao je potpun tekst nacrta, koji je bio pretresan i sa materijalne strane. Moglo bi se reći da njegov nacrt predstavlja svojevrsnu sponu između bezmalo sasvim nepoznatog Lazarevićevog i ostalih, sačuvanih nacrta. Kao takav, važna je karika u radu na kodifikaciji građanskog postupka u Srbiji.

Uroš Stanković, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Jovan Hadžić's Civil Procedure Code Draft (1845)

Abstract: *The article sheds light on civil procedure code draft prepared by renown Serbian lawmaker Jovan Hadžić in 1845. Contrarily to Hadžić's work on producing civil code, his efforts to write civil procedure code are to a large extent obscure. Original text of the draft has not been found. Therefore, one is imposed to reconstruct it with the aid of auxiliary sources, among which the record kept by the commission tasked with revision of the draft, has prevailing significance. The author made an attempt to determine the structure of the draft, as well as the contents of its provisions as accurately as possible, wherein the remarks that the Commission had made were of most assistance.*

Hadžić consigned his draft to the Prince Aleksandar Karađorđević on August 4th 1845. The Draft consisted of introduction and three parts. The introduction comprised of general provisions. Therein was stipulated principle of trial by written declaration, determined five kinds of courts before which civil procedure should occur and established vacatio legis.

The first and concviningly largest part of the Draft was most likely entitled "On principal litigations and litigation evidence" ("O parnicama glavnima i parničnim dokazatelstvima"). It included diverse rules, such as proceedings before peace courts, proceedings before district courts, ordinary course of litigation (i. e. rules in terms of filing a complaint, scheduling of hearings, subpoenas delivery, procurement of evidence, trial, bankruptcy proceedings, forms of evidence, presentation of evidence and deliberation of judgment), appellate procedure, new trial and enforcement procedure.

The third part subsumed the title named "likvidacija" (literally "liquidation"), whose contents is undeterminable on the basis of existing text of the draft, resolution of bankruptcy proceedings via settlement, resolution of regular litigations via settlement, title named "on special proceedings and advantages" ("o osobenom postupanju i blagodejanijama"), probably related to bankruptcy proceedings) and arbitration tribunal. Within the third part, one can find solely two short titles encompassing provisions on judge and attorney's service.

The Prince forwarded consigned draft to State Council. Thereafter the Council established the Commission to revise the Draft on August 20th 1845. The Commission was made up of Stojan Simić, president of the Council (as the chairman of the Commission), state counselors Lazar Arsenijević Batalaka and Stojan Jovanović, the Council's Secretary Jovan Marinović, Director of Prince's Office Aleksa Janković, professor of law Maksim Simonović, secretary of Appellate Court Jakov Dimšić, secretary of Archdiocese Consistory Court Vasilije Lazić and secretary of Ministry of Justice Pavle Popović.

The Commission made numerous alterations in the original text of the draft. Several titles were repositioned (settlement in bankruptcy proceedings, special proceedings and advantages, settlement in regular litigations and unnamed first title of the second part, probably referring to recusal). Some other remained in the same place, but were completely altered (rules on peace courts and unnamed fourth title in the first part, provisions on liquidation and arbitration tribunals and the whole third part). Rules on enforcement of judgements were modified exclusive of several provisions. The Commission also passed a multitude of remarks on contents and style of the draft's articles, whereas the first-mentioned were far more frequent. Only a few provisions did not undergo any modifications.

By reason of considerable corrections had been made, the Commission decided that the draft should be reproduced and confined that task to Maksim Simonović, its most qualified member. Howsoever, it turned out to be overcomplicated due to excessive changes and inability to reproduce some titles in a fashion to regulate respective matters detailedly enough. Consequently, the Commission ordered Simonović to write an entirely new draft, which meant Hadžić's draft was definitely rejected as the basis for future civil procedure code.

Notwithstanding the rejection, Hadžić's draft is a document of great importance for Serbian legal history. It may be considered the first complete civil procedure code draft prepared by an expert. Thus it serves as a link between antecedent Vasilije Lazarević's draft and subsequent complete and fully conserved texts.

Key words: *Jovan Hadžić, civil procedure code draft, codification of civil procedure, history of civil procedure in Serbia, civil procedure.*

Pregledni članak 349.412.24:341.215.4(497.11)
doi:10.5937/zrpfns47-4446

Luka Baturan, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu

PRENOS PRAVA SVOJINE NA POLJOPRIVREDNOM I ŠUMSKOM ZEMLJIŠTU NA STRANA LICA U SRBIJI I DRUGIM ZEMLJAMA REGIONA[1,2]

Sažetak: *U Srbiji je propisano da vlasnik poljoprivrednog zemljišta ne može biti strano fizičko ili pravno lice, dok u Crnoj Gori, Hrvatskoj i Federaciji Bosne i Hercegovine ovakva zabrana postoji ne samo za poljoprivredno, već i za šumsko zemljište. Zabrana je izazvala dosta polemike u javnosti. U prvom delu rada analizira se mesto zabrane sticanja prava svojine na poljoprivrednom i šumskom zemljištu u pravnom poretku zemalja regiona. U drugom delu data je analiza troškova i koristi od postojanja ove zabrane, a zatim i efekti do kojih bi došlo ako bi zabrana bila ukinuta. Na kraju će biti reči o mogućnostima lakog faktičkog zaobilaženja zabrane preko osnivanja domaćeg privrednog društva u svojini stranih lica. U zaključku se ističe da bi eventualno ukidanje zabrane podstaklo efikasnost srpske ekonomije i uvećanje neto blagostanja.*

Ključne reči: *poljoprivredno zemljište, šumsko zemljište, pravo svojine, stranci.*

Uvod

Zemlje Zapadnog Balkana se 2013. godine još uvek nalaze u procesu tranzicije sa samoupravne socijalističke na tržišnu privredu. Jedan od zadataka i nauke i zakonodavca u ovom procesu je kreiranje novog pravnog okvira koji treba da omogući funkcionisanje tržišne privrede.

---

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

[2] Pojam „zemlje regiona“ u kontekstu ovog rada odnosi se na Republiku Srbiju, Republiku Crnu Goru, Bosnu i Hercegovinu i Republiku Hrvatsku.

U Srbiji, Crnoj Gori, Bosni i Hercegovini (konkretnije u Federaciji BiH) i Hrvatskoj postoje propisi kojima se onemogućava stranim licima da stiču pravo svojine na poljoprivrednom, odnosno šumskom zemljištu. U radu će primenom mikroekonomske analize koristi i troškova biti sagledani konkretni ekonomski efekti ovih pravnih normi. Neće biti analizirane mogućnosti za sticanje svojine nasleđivanjem nepokretnosti, jer je ovo posebna i pravna i ekonomska oblast. Predmet rada neće biti ni postojanje reciprociteta kao uslova za sticanje svojine na nepokretnostima, niti zabrana strancima da stiču svojinu na nepokretnostima iz razloga nacionalne bezbednosti, jer u propisima nema nikakve posebnosti šumskog ili poljoprivrednog zemljišta u odnosu na druge vrste nepokretnosti.

Jedna od osnovnih pretpostavki ekonomije je da će optimalna alokacija resursa biti postignuta na tržištu savršene konkurencije, u tački u kojoj se poklope ponuda i tražnja. To je tačka u kojoj će ukupno blagostanje u društvu biti maksimalno. Državna intervencija u privredi je dozvoljena ako ima za cilj ispravljanje tzv. tržišne greške, i to samo pod uslovom da su koristi od intervencije manje od troškova koje ona generiše. Cilj rada je da se pokaže da zabrane strancima da stiču svojinu na poljoprivrednom i šumskom zemljištu narušavaju tržišnu alokaciju resursa, što za posledicu ima smanjenje konkurentnosti domaćih privreda i smanjen nivo ukupnog blagostanja u društvima (iako će pojedini subjekti biti na dobitku).

Takođe, analizirana je i mogućnost da stranci indirektno dođu u svojinu poljoprivrednog, odnosno šumskog zemljišta, u skladu sa zakonom, posredstvom domaćeg privrednog društva u stranom vlasništvu. Pored pravne analize, data je i ekonomska analiza slučaja koji omogućuju ove norme.

Iako rad analizira problem iz ekonomskog ugla, namenjen je pre svega pravnoj naučnoj javnosti. Zbog toga su u fusnotama date definicije nekih osnovnih ekonomskih pojmova koji su korišćeni, kako bi ih pravnici mogli lakše razumeti.

Pravni okvir u Republici Srbiji

Jedna od najvažnijih aktivnosti države jeste uspostavljanje pravnog okvira u kojem će firme i pojedinci moći da stupaju u međusobne ekonomske odnose.[3] U *Ustavu Republike Srbije* načelno se prihvata oblik organizacije ekonomije koji omogućava efikasnu alokaciju resursa.[4] Tu sto-

[3] Stiglic, Džozef E. 2013., *Ekonomija javnog sektora*, Beograd: Ekonomski fakultet, str. 27.

[4] Ustav Republike Srbije, - Ustav, *Službeni glasnik RS* br. 98/2006, čl. 82-90.

ji da „ekonomsko uređenje u Republici Srbiji počiva na tržišnoj privredi, otvorenom i slobodnom tržištu, slobodi preduzetništva, samostalnosti privrednih subjekata i ravnopravnosti privatne i drugih oblika svojine.“[5]

Stranci u skladu sa međunarodnim ugovorima imaju u Srbiji sva prava zajemčena Ustavom i zakonom (izuzev prava koja po Ustavu i zakonu imaju samo državljani Srbije).[6] Što se sticanja prava svojine na nepokretnostima tiče, Ustav propisuje da „strana fizička i pravna lica mogu steći svojinu na nepokretnostima, *u skladu sa zakonom ili međunarodnim ugovorom.“*[7]

Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa kaže da strana fizička i pravna lica koja obavljaju delatnost u Srbiji, pod uslovom uzajamnosti, mogu sticati pravo svojine na nepokretnostima na teritoriji Srbije koje su im neophodne za obavljanje te delatnosti.[8] Zakon ne navodi poljoprivrednu, niti bilo koju drugu delatnost kao izuzetak.[9] Međutim, *Zakon o poljoprivrednom zemljištu*, kao u ovom slučaju *lex specialis* u odnosu na Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa, izričito propisuje da *„vlasnik poljoprivrednog zemljišta ne može biti strano fizičko ili pravno lice“*.[10] Time su stranci ograničeni u obavljanju poljoprivredne delatnosti u Srbiji, jer poljoprivrednu proizvodnju mogu organizovati jedino na zemljištu koje uzmu u zakup. Pitanje je koliko je pravno-tehnički dobro da što se ovakva norma našla u zakonu kojim se uređuje *„planiranje, zaštita, uređenje i korišćenje poljoprivrednog zemljišta, nadzor nad sprovođenjem ovog zakona i druga pitanja od značaja za zaštitu, uređenje i korišćenje poljoprivrednog zemljišta kao dobra od opšteg interesa“*[11], a ne u zakonu koji tretira svojinskopravne odnose.

---

[5] Ustav, čl. 82 (opšta načela), st. 1.

[6] Ustav čl. 17 (položaj stranaca).

[7] Ustav, čl. 85 (svojinska prava stranaca), st. 1. Iako zemlja jeste prirodni resurs, pojam „prirodna bogatstva“ iz stava 2 ovog člana se ne odnosi na zemljišne parcele koje predstavljaju nepokretnost, već na zemljište kao materiju, u smislu člana 87 Ustava.

[8] Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa, *Sl. list SFRJ* br. 6/80 i 36/90, *Sl. list SRJ*, br. 29/96 i *Sl. glasnik RS*, br. 115/2005 - dr. zakon, čl. 82a st. 1.

[9] Keča, Ranko 1993, *Zemljišno pravo i pravni režim poljoprivrednog zemljišta,* Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet u Novom Sadu, Centar za izdavačku delatnost, str. 34.

[10] Zakon o poljoprivrednom zemljištu, *Sl. glasnik RS* br. 62/2006, 65/2008 – dr. zakon i 41/2009, čl. 1 st. 3. „Poljoprivredno zemljište jeste zemljište koje se koristi za poljoprivrednu proizvodnju (njive, vrtovi, voćnjaci, vinogradi, livade, pašnjaci, ribnjaci, trstici i močvare) i zemljište koje se može privesti nameni za poljoprivrednu proizvodnju.“ Zakon o poljoprivrednom zemljištu, čl. 2 st. 1.

[11] Zakon o poljoprivrednom zemljištu, čl. 1 st. 1.

Za razliku od Zakona o poljoprivrednom zemljištu, *Zakon o šumama RS*[12] ne zabranjuje strancima da stiču svojinu na šumskom zemljištu koje se nalazi u privatnoj svojini. *Zakonom o prometu nepokretnosti RS* šume i šumsko zemljište u državnoj ili društvenoj svojini ne mogu se uopšte otuđiti, ali kako se ova zabrana ne odnosi specijalno na strana lica, neće biti predmet ovog rada.

Zabrana ili ograničenje sticanja prava svojine na nepokretnostima stranim fizičkim ili pravnim licima kakva postoji u Srbiji nije u uporednom pravu nikakva specifičnost. Da bi omogućila stvaranje jedinstvenog tržišta, Evropska unija traži od svih zemalja članica ukidanje ovakvih odredbi koje predstavljaju barijeru slobodnom odvijanju ekonomkih odnosa radi stvaranja jedinstvenog tržišta Unije.[13]

Nakon oktobarskih promena 2000. godine Srbija je jasno izrazila želju da pristupi Uniji, čak je to proglasila za svoj „strateški i nacionalni cilj“[14]. Članstvo u Uniji znači da će srpska privreda biti izložena jakom pritisku konkurencije privreda ostalih evropskih zemalja. U tom smislu, postoji i formalna obaveza Srbije da svoju privredu u toku prelaznog perioda pripremi za ono što je očekuje nakon stupanja u članstvo[15]. Čak i da to nije propisano kao uslov za članstvo, svakoj političkoj vlasti ovaj cilj ekonomske politike mora biti među najvažnijim prioritetima.

Tokom 2008. godine Srbija je potpisala i ratifikovala *Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju.* Tu se navodi da će odmah nakon stupanja na snagu Sporazuma društva kćeri privrednih društava iz Unije imati pravo sticanja i uživanja svojinskih prava na nepokretnostima pod istim uslovi-

---

[12] Zakon o šumama, Sl. glasnik RS br. 30/2010.

[13] Od 28 članica EU, jedino su Mađarska i Poljska zadržale (privremenu) zabranu i za građane EU (koja važi u prelaznom periodu), dok je manjina zadržala ograničenja samo za državljane trećih zemalja. O pravilima EU kojima se regulišu ograničenja prometa poljoprivrednog zemljišta, vidi: Sparkes, Peter 2007, *European Land Law*, Portland (USA), Hart Publishing, pp. 76-79. *“Real Property Law and Procedure in the European Union – General Report“,* European University Institute Florence / European Private Law Forum, Deutsches Notarinstitut Würtsburg, 2005, pp. 83. O zabrani prodaje zemlje strancima u Mađarskoj i Poljskoj vidi: Csák, Csilla and Nagy, Zoltán 2011, Regulation of Obligation of Use Regarding the Agricultural Land in Hungary, *Zbornik radova,* Pravni fakultet u Novom Sadu, Centar za izdavačku delatnost, god. XLV, br. 2, str. 541-550. Somogyi, Sándor 2004, Zemljišna politika Mađarske u sklopu prijema u Evropsku uniju, *Zbornik radova,* Naučni institut za ratarstvo i povrtarstvo Novi Sad, br. 40, str. 23-34. Dadak, Casimir 2004, The Case for Foreign Ownership of Farmland in Poland, *The Cato Journal*, vol. 24, No 3, Cato Institute, pp. 277-294.

[14] Rezolucija o pridruživanju Evropskoj uniji, *Sl. glasnik RS* br. 112/2004.

[15] Prokopijević, Miroslav 2009., *Evropska unija: uvod*, 2. dopunjeno izdanje, Beograd, Službeni glasnik, str. 560.

ma kao i srpska privredna društva.[16] Isto tako, Srbija se obavezala da će izmeniti 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 u roku od četiri godine od dana stupanja na snagu SSP-a.[17]

Pravni okvir u Republici Crnoj Gori

Strano lice prema slovu *Ustava Republike Crne Gore* može biti subjekt prava svojine u skladu sa zakonom[18], što znači da je načelno dopuštena mogućnost ograničenja sticanja prava svojine. Glava XII *Zakona o svojinsko-pravnim odnosima RCG*[19] reguliše prava stranih lica. Eksplicitno je propisano da strano lice (između ostalog) ne može imati pravo svojine na poljoprivrednom zemljištu,[20] šumi i šumskom zemljištu[21]. Crna Gora je ovakvu normu stavila u zakon koji tretira svojinskopravne odnose, što je pravno-tehnički mnogo bolja opcija nego što je to urađeno u Srbiji.

I Crna Gora je poput Srbije izrazila želju za pristup Evropskoj uniji. *Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju* Crna Gora je potpisala 15. oktobra 2007., a stupio je na snagu u maju 2010. godine. I Crna Gora se kao i Srbija obavezala da će nakon stupanja na snagu Sporazuma podružnice i filijale privrednih društava Zajednice imati pravo sticanja i uživanja vlasničkih prava nad nekretninama kao i domaća privredna

---

[16] „Nakon stupanja na snagu ovog sporazuma društva kćeri privrednih društava Zajednice imaće pravo sticanja i uživanja svojinskih prava na nepokretnostima kao i srpska privredna društva (...).“

„Četiri godine nakon stupanja na snagu ovog sporazuma, Savet za stabilizaciju i pridruživanje utvrdiće mogućnost proširivanja navedenih prava na ogranke privrednih društava Zajednice.“

Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica, sa jedne strane, i Republike Srbije, sa druge strane (SSP RS), *Sl. glasnik RS - Međunarodni ugovori,* br. 83/2008, čl. 53, st. 5, tč. b i v.

[17] „Po stupanju na snagu ovog sporazuma Srbija će da dopusti državljanima država članica Evropske unije da stiču svojinu nad nepokretnostima u Srbiji, uz potpunu i celishodnu primenu postojećih postupaka. U periodu od četiri godine od stupanja na snagu ovog sporazuma 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.“ SSP RS, čl. 63, st. 2. SSP RS je stupio na snagu 1. septembra 2013. godine.

[18] Službeni list RCG br. 1/2007, čl. 61.

[19] Zakon o svojinskopravnim odnosima RCG, *Sl. list RCG,* br. 19/2009.

[20] Zakon o svojinskopravnim odnosima RCG, čl. 415 (ograničenja za strana lica) st. 1 tč. 3.

[21] Zakon o svojinskopravnim odnosima RCG, čl. 415 st. 1 tč. 4.

društva.[22] Crna Gora se obavezala da će stupanjem na snagu Sporazuma državljanima država članica EU obezbediti nacionalni tretman kada je reč o sticanju nekretnina na njenoj teritoriji.[23] Za razliku od Sporazuma sa Srbijom, u SSP sa Crnom Gorom nije predviđen prelazni period za prilagođavanje crnogorskog zakonodavstva.

Pravni okvir u Bosni i Hercegovini

Bosna i Hercegovina je složena država koja se sastoji iz dva entiteta - Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine. Nadležnost za donošenje propisa iz oblasti građanskog prava pripada entitetima.

Što se tiče **Republike Srpske,** iako njen Ustav dozvoljava mogućnost ograničenja sticanja prava svojine („vlasništva“) strancima.[24] Kada je u pitanju šumsko i poljoprivredno zemljište zakonodavac tu mogućnost nije iskoristio. Jedina ograničenja koje propisuje *Zakon o stvarnim pravima* R. Srpske su uslov reciprociteta[25], kao i područja od posebnog interesa i bezbednosti za Republiku.[26]

U **Federaciji Bosne i Hercegovine** situacija je drugačija. *Zakon o vlasničko-stvarnim odnosima* Federacije u članovima 88. i 89. propisuje na kojim nepokretnostima stranci mogu da stiču pravo svojine („vlasništva“).[27] Iz navedenih članova jasno proizilazi da stranci ne mogu sticati pravo svojine na poljoprivrednom i šumskom zemljištu.

Bosna i Hercegovina je Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju sa EU potpisala još 16. juna 2008. godine. BiH se takođe obavezala da će

---

[22] Stabilisation and Association Agreement between the European Communities and their Member States, of the one part, and Republic of Montenegro, of the other part (SSP RCG), Art. 53 par. 5 subpar. b. http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/07/st11/st11566.en07.pdf. 9. avgust 2013.

[23] SSP RCG čl. 63 st. 3.

[24] „Fizička i pravna lica ostvaruju svojinska prava na nepokretnosti prema njihovoj prirodi i namjeni, u skladu sa zakonom. Jamči se svojina na poljoprivredno zemljište, na šume i šumsko zemljište u zakonom utvrđenim granicama.“ Ustav Republike Srpske (prečišćen tekst), *Sl. glasnik R. Srpske,* br. 3, 6, 8, 15 i 19 iz 1992, čl. 60 st. 1 i 2.

[25] Zakon o stvarnim pravima R. Srpske, *Sl. Glasnik R. Srpske,* br. 124/08 i 95/11, čl. 15

[26] Zakon o stvarnim pravima R. Srpske, čl. 16.

[27] „Strano fizičko i pravno lice koje obavlja djelatnost u Federaciji može biti nosilac prava vlasništva na poslovnim zgradama, poslovnim prostorijama, stanovima i stambenim zgradama, te na građevinskom zemljištu na kome su navedeni objekti izgrađeni ili će biti izgrađeni.(...)“ Zakon o vlasničko-stvarnim odnosima FBiH, *Sl. novine FBiH* br. 6/98, čl. 88.

„Strano fizičko lice koje je stalno nastanjeno u Federaciji može biti nosilac prava vlasništva na stanu i stambenoj zgradi, kao i na građevinskom zemljištu na kome su navedeni objekti izgrađeni ili će biti izgrađeni.“ Zakon o vlasničko-stvarnim odnosima FBiH, čl. 89.

odmah nakon stupanja na snagu Sporazuma društva kćeri privrednih društava iz Unije imati pravo sticanja i uživanja svojinskih prava na nepokretnostima pod istim uslovima kao i bosansko-hercegovačka privredna društva.[28] Za razliku od Srbije koja se obavezala da će u roku od četiri godine omogućiti državljanima članica Evropske unije isti tretman za sticanje nepokretnosti kao i svojim državljanima, BiH je dobila rok od šest godina.[29] Međutim, proces ratifikacije u zemljama Unije nije završen jer BiH zbog unutrašnjih političkih sukoba ne ispunjava uslove koji su joj u tom smislu postavljeni.

Pravni okvir u Republici Hrvatskoj

Ustav Republike Hrvatske takođe dozvoljava stranim licima da stiču pravo svojine, ali uz uslove određene zakonom.[30] *Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima RH*[31] bliže se određuju prava stranih lica da stiču svojinu na zemljištu na teritoriji Republike Hrvatske. Načelno, strana fizička i pravna lica mogu (pod uslovom uzajamnosti) sticati pravo svojine na nepokretnostima u smislu ovog Zakona kao i domaći državljani, osim ako nije drugačije određeno zakonom ili međunarodnim ugovorom.[32]

Kao i u slučaju Srbije, i u Hrvatskoj je *Zakon o poljoprivrednom zemljištu RH* zabranio stranim fizičkim i pravnim licima da budu nosioci prava svojine na poljoprivrednom zemljištu, osim ako međunarodnim ugovorom i posebnim propisom nije drugačije određeno.[33] Iako se Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima RH državljani EU ne smatraju stranim

---

[28] Stabilisation and Association Agreement between the European Communities and their Member States, of the one part, and Bosnia and Herzegovina, of the other part (SSP BiH), Art. 51, Paragraph 5, subparagraph b and c. http://www.official-documents.gov.uk/document/cm77/7743/7743.pdf. (9. avgust 2013).

[29] SSP BiH, Čl. 61, st. 3.

[30] Ustav Republike Hrvatske, *„Narodne novine“* br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/2000, 124/2000, 28/2001, 41/2001, 55/2001, i 76/2010, čl. 48 st. 3.

[31] Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima RH, *„Narodne novine“* br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09 i 143/12, Deo osmi (stvarna prava stranih lica), čl. 354-358b.

[32] Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima RH, čl. 354 st. 1.

[33] Zakon o poljoprivrednom zemljištu RH, *„Narodne novine“* br. 39/13, čl. 2 st. 2. Izuzetno od ovog stava, dopušteno je stranim fizičkim i pravnim licima da stiču pravo svojine na poljoprivrednom zemljištu nasleđivanjem (čl. 2 st. 3). O rešenjima iz prethodnih hrvatskih zakona i uvedenim novinama, vidi: Jelčić, Olga, *Poljoprivredno zemljište – korištenje, prenamjena i raspolaganje,* Hrvatska gospodarska komora – Sektor za trgovinu, Šesnaesti forum poslovanja nekretninama, str. 1-18. Josipović, Tatjana, Pravni promet nekretnina u Europskoj uniji – prilagodba hrvatskog pravnog poretka europskom, Narodne novine d.d. Zagreb 2003.

licima,[34] ovo se ne odnosi na poljoprivredno zemljište i zaštićene delove prirode.[35] *Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju* propisano je da će u roku od četiri godine od pristupanja Hrvatske Uniji Veće za stabilizaciju i pridruživanje utvrditi načine za proširivanje ovih prava.[36] Jelčić O. navodi da se Hrvatska obavezala da će u roku od sedam godina ukinuti sva ograničenja koja postoje za građane i pravna lica iz EU (što znači do 2020. godine), s tim da se ovaj rok može produžiti za još tri godine.[37]

Zakon o šumama RH propisuje da strana pravna i fizička lica ne mogu sticati pravo vlasništva na šumama i šumskom zemljištu, osim ako međunarodnim ugovorom nije drukčije određeno.[38] Nije najjasnije da li se ovo odnosi i na državljane EU, odnosno da li se šume i šumsko zemljište mogu podvesti pod „zaštićene delove prirode prema posebnom zakonu“, u smislu člana 358a st. 2 tč. 2 Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima. Ipak, Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju propisano je da i za šumsko zemljište postoji (privremena) zabrana stancima, kao i za poljoprivredno zemljište.[39]

Analiza koristi i troškova pri postojanju zabrane[40]

Jedna od osnovnih pretpostavki ekonomske analize prava jeste da u realnom životu svaka početna definicija prava vodi neefikasnom rezultatu. Kada su prava subjekata jasno definisana, a troškovi transakcije[41] ne postoje, ekonomski racionalni pojedinci će, težeći uvećanju lične koristi, putem slobodne razmene resursa (odnosno prava na resursima) voditi ekonomiju ka ravnotežnoj alokaciji.[42] Ekonomski efekti razmene prava svojine na poljoprivrednom, odnosno šumskom zemljištu, kao i zabrane

[34] Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima RH, čl. 358a, st. 1.

[35] Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima RH, čl. 358a, st. 2.

[36] Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske, s jedne strane, i Evropskih zajednica i njihovih država članica s druge strane, Ministarstvo vanjskih poslova i europskih integracija Hrvatske (SSP RH), Zagreb 2007, čl. 49 st. 5 tč. b i c, čl. 60 st 2 tč. 2.

[37] Jelčić, O., str. 7.

[38] Zakon o šumama RH, *„Narodne novine“* br. 140/2005, čl. 52 st. 2.

[39] SSP RH, čl. 49 st. 5 tč. b i c, čl. 60 st 2 tč. 2.

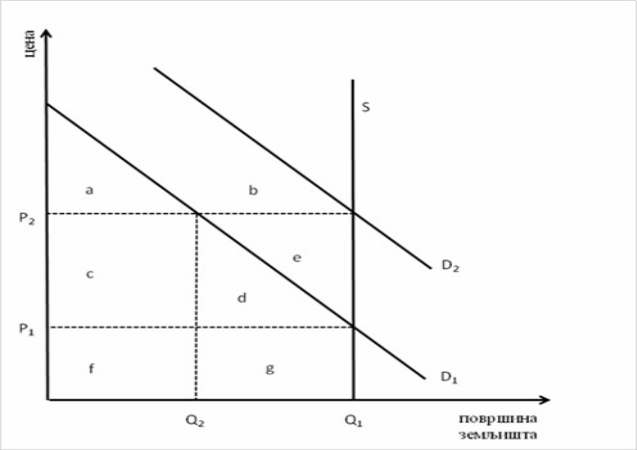
[40] Navedeno prema: Baturan, Luka: Economic Analysis of the Ban on Foreigners Acquiring Property Rights on Agricultural Land in Serbia. Rukopis prihvaćen za objavljivanje u časopisu *Ekonomika poljoprivrede,* Beograd: Naučno društvo agrarnih ekonomista Balkana, Institut za ekonomiku poljoprivrede, Akademija ekonomskih nauka Bukurešt.

[41] Troškovi transakcije predstavljaju troškove razmene prava između stranaka. Tu spadaju troškovi pronalaska partnera, troškovi pregovaranja, informisanja itd.

[42] Coase, Ronald 1960, "The Problem of Social Cost". *The Journal of Law and Economics* 3 (1): 1–44.

stranim fizičkim i pravnim licima da ih prisvajaju biće predstavljeni kroz analizu troškova i koristi.

Model ponude i tražnje za poljoprivrednim zemljištem[43] biće iskorišćen da se prikaže prirast korisnosti i troškova koji su generisani usled postojanja određenog zakonskog rešenja. Ovde se posmatra odnos dve veličine: ponuđene/tražene količine zemljišta u odnosu na njenu cenu. Na grafiku, vertikalna osa predstavlja cenu zemljišta, a horizontalna njenu površinu.[44]



Cenovno-kvantitativni efekti zabrane

Površina poljoprivrednog zemljišta na jednom prostoru je ograničena (fiksna)[45], i rast cene ne može dovesti do povećanja ili smanjenja njene

[43] Sve što bude rečeno za poljoprivredno zemljište odnosi se i na šumsko zemljište.

[44] Samuelson, A.P., Nordhaus D.W. Ekonomija, MATE doo, Zagreb 2000, str. 243. Bjelić, Branko, Principi ekonomije – klasična i neoklasična teorija vrednosti i cena, IGT, Novi Sad 2004, str. 385.

[45] U Srbiji ukupna površina poljoprivrednog zemljišta iznosi oko 3 355 859 ha. *Popis poljoprivrede 2012. godine u Republici Srbiji – prvi rezultati*, 2013., Republički zavod za statistiku, Beograd, str. 8.

U Crnoj Gori, ukupna površina šumskog zemljišta iznosi oko 744.000 ha, dok je površina poljoprivrednog zemljišta oko 516.219 ha. *Nacionalna inventura šuma Crne Gore – rezime,* Ministarstvo poljoprivrede i ruralnog razvoja RCG, Podgorica 2011, str. 26. Crna Gora u brojkama, Zavod za statistiku CG Monstat, Podgorica 2009.

U Federaciji BiH, šume i šumsko zemljište u FBiH se prostiru na površini od oko 1.585.000 ha, od čega je u državnom vlasništvu oko 1.308.000 ha ili 82,5%, a u privatnom vlasništvu i vlasništvu drugih pravnih lica oko 277.000 ha ili 17,5%. Poljoprivredne površine na području FBiH obuhvataju 1.155 hiljada hektara. *Strategija razvoja FBiH,* Federalni zavod za programiranje razvoja, Ekonomski institut d.d. Tuzla, Sarajevo 2010., str. 38 i 44.

ponude na tržištu. U ovakvom slučaju se kaže da je ponuda savršeno neelastična[46], a na grafiku se predstavlja vertikalnom krivom *(S)*. Postojanje ili nepostojanje zabrane strancima da stiču pravo svojine na poljoprivrednom zemljištu ne utiče direktno na ponudu. Prodavcima je svejedno da li zemljište prodaju domaćim ili stranim licima. Oni su pre svega zainteresovani da za dobro koje prodaju dobiju što veću cenu.

Tražnja za zemljištem kao faktorom proizvodnje izvedena je (derivirana) iz tražnje za proizvodima ili uslugama koje je ono u stanju da ponudi. Tržišna tražnja za poljoprivrednim zemljištem predstavlja zbir individualnih tražnji. Zakon tražnje apsolutno funkcioniše: što je cena veća, tražnja je manja i obrnuto.[47]

Uspostavljanje zabrane sa ekonomske tačke gledišta ne predstavlja ništa drugo do uspostavljanje monopola[48] – prevlasti domaćih poljoprivrednih proizvođača koji čine tražnju u odnosu na strane. Zbog postojanja zakonske barijere, strani proizvođači su onemogućeni da prisvajaju zemlju kao jedan od faktora proizvodnje. Domaći kupci su time zaštićeni od strane konkurencije. Na grafiku je domaća tražnja poljoprivrednog zemljišta predstavljena krivom D_1.

Pri postojanju zabrane, došlo je do formiranja tržišne cene poljoprivrednog zemljišta u međusobnom odnosu kupaca i prodavaca. Cena zemlje potpuno je određena domaćom tražnjom. Svi koji žele da prodaju zemljište po datoj ceni to mogu da učine, a zemljište je pri datom ograničenju tražnje alocirano samo domaćim licima. Na grafiku je tržišna cena u slučaju postojanja zabrane predstavljena tačkom P_1.[49]

Efekti na blagostanje

Trgovina, odnosno dobrovoljna razmena prava svojine znači uvećanje blagostanja i prodavaca i kupaca. Zabrana strancima da stiču pravo svojine na poljoprivrednom zemljištu ne znači da do trgovine neće doći,

---

Treba napomenuti da nije sve poljoprivredno zemljište obradivo. Procenat obradivog poljoprivredngo zemljišta je najveći u Vojvodini, dok je u planinskim predelima Crne Gore, Bosne i Hercegovine i centralne Srbije znatno manji.

[46] Neelastičnost znači da će promena cene neće dovesti do promene količine poljoprivrednog zemljišta koja postoji u Srbiji. U principu, moguće su neke manje promene u ponudi s obzirom na mogućnost prenamene namene drugih tipova zemljišta, ali ćemo tu mogućnost za potrebe ovog rada zanemariti.

[47] Samuelson, A.P., Nordhaus D.W. Ekonomija, str. 243. Bjelić, Branko, Principi ekonomije – klasična i neoklasična teorija vrednosti i cena, str. 385.

[48] Pojam monopol ovde se koristi u svom najširem značenju. Inače, situacija kada na tržištu postoji prevlast nekoliko ekonomskih subjekata na strani tražnje naziva se oligopson.

[49] Ne treba zaboraviti da je ova cena ujedno i oportunitetni trošak držanja zemlje.

već samo znači da su stranci isključeni da budu kupci (vlasnici) zemljišta. Zato se postavlja pitanje koliki je prirast korisnosti od trgovine pri postojanju zabrane. Odgovor se veoma lako može pročitati sa grafika. Površina *f* + *g* predstavlja ekonomsku rentu koju prisvajaju vlasnici zemlje po osnovu vlasništva nad ovim faktorom proizvodnje. Uvećanje korisnosti (domaćih) kupaca jeste razlika između cene koju su spremni da plate i (tržišne) cene (koju plaćaju), što je na grafikonu predstavljeno površinom *a* + *c* + *d*.

Analiza koristi i troškova ukidanja zabrane[50]

Ukidanje zabrane značilo bi i ukidanje monopola domaćih proizvođača[51] uspostavljanjem otvorenog i slobodnog tržišta poljoprivrednog zemljišta. Tržišnu cenu više neće određivati nivo domaće tražnje, već ukupna (domaća + inostrana) tražnja.

Cenovno-kvantitativni efekti

Tražnja za faktorom proizvodnje zavisi od koristi koju taj faktor proizvodnje donosi proizvođaču, kao i troškova koje generiše njegovo pribavljanje. Oni proizvođači koji imaju najveću efikasnost[52] proizvodnje, biće spremni da ponude najveću cenu. Dakle, ukoliko domaći proizvođači imaju istu efikasnost, odnosno produktivnost[53] pojedinih faktora proizvodnje kao i inostrani, onda se kriva tražnje D_1 uopšte neće menjati, jer stranci neće biti u mogućnosti da ponude veću cenu za zemljište. Njegova cena će ostati ista kao i da zabrane nema, a neće biti ni promena u alokaciji i nivou blagostanja.

Međutim, ova pretpostavka *ne mora* biti tačna. Prema nekim istraživanjima,[54] inostrani proizvođači imaju efikasniju proizvodnju, što znači da su

[50] Navedeno prema: Baturan, L. Economic Analysis of the Ban on Foreigners Acquiring Property Rights on Agricultural Land in Serbia.

[51] Pretpostavka je da su svi domaći kupci istovremeno i poljoprivredni proizvođači. Ova pretpostavka će u nastavku rada biti preispitana i napuštena.

[52] Efikasnost predstavlja odnos ostvarenog proizvoda prema ukupnim troškovima proizvodnje.

[53] Produktivnost predstavlja odnos ostvarenog proizvoda prema jedinici upotrebljenog faktora proizvodnje.

[54] Zekić, S. i dr. 2009, Transformacija poljoprivrede zemalja Zapadnog Balkana u periodu tranzicije, *Ekonomika poljoprivrede,* god. LVIII, br. 4. Beograd: Naučno društvo agrarnih ekonomista Balkana, Institut za ekonomiku poljoprivrede, Akademija ekonomskih nauka Bukurešt, str. 194-198. Ovde se može naći podatak da je produktivnost rada u poljoprivredi i dalje značajno niža nego u EU.

im troškovi proizvodnje niži.[55] Realno je pretpostaviti da veliki poljoporivredni proizvođači (bilo domaći bilo strani), opremljeni modernom mehanizacijom i stručnim radnicima, imaju efikasniju proizvodnju od sitnih domaćih seoskih gazdinstava koji zastarelom mehanizacijom obrađuju nekoliko svojih hektara zemljišta.[56] Zbog toga oni mogu biti spremni da plate više za dodatnu jedinicu zemljišta od sitnih domaćih proizvođača.

Ukidanjem zabrane strancima da stiču svojinu na poljoprivrednom zemljištu, mogao bi se očekivati dolazak velikih proizvođača koji bi bili spremni da ponude malim gazdinstvima veću cenu. To bi onda nateralo i velike domaće proizvođače da takođe plaćaju više ukoliko žele da prisvoje dodatnu količinu poljoprivrednog zemljišta. Kriva ukupne tražnje (domaće i strane) se tako pomera na D_2. I domaći i strani proizvođači sada moraju da izdvoje više novca za kupovinu zemlje, tako da njena cena raste do nivoa P_2. Količina zemljišta koju bi prisvojili domaći proizvođači (i to oni sa najefikasnijom proizvodnjom) bi pala na nivo Q_2, dok bi stranci kupili razliku Q_1 - Q_2.

Efekti na blagostanje

Prirast korisnosti domaćih kupaca (proizvođača) od trgovine na grafikonu predstavljalo bi sad samo polje *a* (a ne više $a + c + d$). Prirast koristi sadašnjih vlasnika predstavlja površina $c + d + e + f + g$, a prirast korisnosti stranih kupaca (proizvođača) polje *b*. Dakle, ukidanje zabrane strancima da stiču svojinu na poljoprivrednom zemljištu uvećalo bi neto blagostanje domaćih subjekata (kupaca i prodavca) za polje *e*, usled povećanja efikasnosti ekonomije. Ipak, domaći kupci ne bi više ostvarivali monopolski profit, koji bi pripao vlasnicima zemlje.

Ukoliko je dakle efikasnost domaćih i stranih proizvođača jednaka, zabrana nema nikakvu svrhu i njeno ukidanje ne bi stvorilo nikakvu štetu domaćoj ekonomiji, jer bi krajnja alokacija resursa bila kod domaćih lica.

---

[55] Na tražnju pored cene mogu da utiču i drugi faktori. Jedan od njih jesu i buduća očekivanja. U slučaju (očekivanog) priključenja Srbije Evropskoj uniji i njenoj zajedničkoj poljoprivrednoj politici, doći će do povećanja prihoda od zemljišta zbog obimnih subvencija koje dobijaju poljoprivredni proizvođači. Vidi: Baturan, L. 2010. Fondovi za finansiranje zajedničke poljoprivredne politike Evropske unije. *Zbornik radova,* Pravni fakultet u Novom Sadu, god. 44 br. 3, str. 573-583; Baturan, L. 2010. *Finansiranje zajedničke poljoprivredne politike Evropske unije i njen uticaj na srpsku poljoprivredu nakon priključenja Uniji (diplomski rad).*

[56] Kao ilustracija i primer mogu da posluže podaci objavljeni za žetvu pšenice u Sremu, gde je u sezoni 2013. godine prosečan prinos oko 5,4 tone po hektaru, dok je na imanjima poljoprivrednih firmi znatno veći, oko 6,9 tona po hektaru. Sremski žeteoci zadovoljni, ali i ljuti. *Politika,* 9. jul 2013. god.

Ukoliko je efikasnost stranih proizvođača veća, dobitnik od ukidanja zabrane bi (uz njih) bila i domaća poljoprivreda, a i celokupna ekonomija domaće zemlje. Prodavci koji imaju nisku produktivnost mogli bi da prodaju svoj resurs po većoj ceni nego u slučaju postojanja zabrane.[57] Mogućnost ulaska stranih poljoprivrednih proizvođača bi značio i priliv stranog kapitala u domaću zemlju, i to u vidu investicija.[58] Proizvođači koji bi odlučili da kupe poljoprivredno zemljište u Srbiji, Crnoj Gori, Bosni i Hercegovini ili Hrvatskoj, ne bi te parcele odneli u svoje matične države, već bi u domaćoj zemlji pokrenuli modernu poljoprivrednu proizvodnju koja bi jedino mogla da opravda visoka ulaganja. To znači da bi proizvodnja postala efikasnija, a produktivnost zemljišta kao faktora proizvodnje uvećana. S obzirom da je ukupna površina poljoprivrednog zemljišta relativno konstantna, to bi značilo i veći nivo ukupne poljoprivredne proizvodnje, veći izvoz (ili manji uvoz), čime bi se podstakao privredni razvoj zemalja.[59,60]

Isto se u principu odnosi i na šume i šumsko zemljište. Stranci, ukoliko nađu interes za kupovinu šuma, ne bi mogli da vrše eksploataciju na način koji je suprotan propisima Crne Gore, FBiH ili Hrvatske iz te oblasti. Neopravdano je pretpostavljati da će strani vlasnici šuma i zemljišta voditi manje računa od domaćih vlasnika, samo iz razloga što nemaju domaće državljanstvo, posebno ako je način eksploatacije već regulisan propisima koji obavezuju i domaća i strana lica podjednako.

Relativnost zabrane

Zakonom o poljoprivrednom zemljištu **Srbije** je jasno propisano da vlasnik zemljišta ne može biti strano ili fizičko lice. Međutim, na osnovu postojećih propisa, stranci u Srbiji mogu osnivati pravna lica. Prema Zakonu o spoljnotrgovinskom poslovanju[61], pravna lica (ili ogranci pravnih

[57] Treba naglasiti da oni to mogu, ali ne moraju da učine. Naravno da onaj kome je zemlja jedini izvor prihoda neće tu zemlju prodati a onda umreti od gladi. Cena poljoprivrednih proizvoda se formira na specifičan način, tako da će za svakog proizvođača na tržištu biti mesta, jedino je pitanje oportunitetnog troška takve proizvodnje.

[58] Ukoliko se žele privući direktne strane investicije, jedna od osnovnih mera i tehnika jeste generalni izostanak kontrole nad vlasništvom. Popov, Đorđe 2008, Podsticaji i kontrola inostranih investicija, *Zbornik radova,* Pravni fakultet u Novom Sadu, god. 42, br. 3, str. 43.

[59] Ovaj stav deli i Prokopijević, nav. delo, str. 572. Prema ovom autoru, strano „ulaganje u nekretnine bi povećalo cene ovih resursa i donelo značajan dotok kapitala, što bi dalje podstaklo finansijska tržišta i ekonomski razvoj."

[60] Popov, Đorđe 2008. Značaj inostranih investicija za privrednu stabilnost Srbije. *Zbornik radova,* Pravni fakultet u Novom Sadu, 42(1-2), str. 29-44.

[61] Zakon o spoljnotrgovinskom poslovanju RS, *Sl. glasnik RS*, br. 36/2009, 36/2011 - dr. zakon i 88/2011, čl. 3.

lica) koje imaju sedište, odnosno koji su registrovani u Srbiji smatraju se domaćim licima.

Slična odredba postoji i u **Crnoj Gori** u Zakonu o spoljnoj trgovini.[62] Tu stoji da je domaće pravno lice (i) ono koje ima sedište na teritoriji Republike,[63] odnosno deo stranog društva na teritoriji Republike, posluje na registrovanoj adresi u Republici i vodi posebne poslovne knjige na toj adresi.[64]

U **Hrvatskoj,** zakoni o poljoprivrednom zemljištu i šumama ne definišu pojam stranog lica. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, kao u ovom slučaju *lex generalis,* propisuje da se pravna lica koja imaju sedište na području RH (bez obzira u čijoj su svojini) smatraju domaćim, osim ako šta drugo nije propisano[65] (a nije).

U **Federaciji BiH** (implicitna) zabrana strancima da stiču pravo svojine na poljoprivrednom i šumskom zemljištu uvedena je Zakonom o vlasničko-stvarnim odnosima. Već u tom Zakonu je određeno da su strana pravna lica ona koja imaju sedište van Bosne i Hercegovine.[66] Dakle, na pravna lica koja imaju sedište u BiH, a koja su u vlasništvu stranih pravnih lica, ne primenjuju se odredbe Dela VIII Zakona o vlasničko-stvarnim odnosima jer su ta lica (*a contrario)* domaća.

Dakle, ovi subjekti mogu obavljati svaku delatnost za koju su osnovana – pa tako i poljoprivrednu delatnost, i u tom smislu se smatraju domaćim pravnim licima. U okviru toga, oni mogu i sticati pravo svojine na poljoprivrednom zemljištu. Na taj način, strana fizička i pravna lica mogu indirektno preko privrednog društva registrovanog u domaćoj zemlji, sticati pravo svojine na poljoprivrednom/šumskom zemljištu, potpuno u skladu sa pozitivnim propisima ovih zemalja. Naravno, to pravo svojine biće uknjiženo na privredno društvo, koje je opet u svojini stranog lica.[67]

Prema podacima objavljenim u srpskoj štampi, stranci su itekako koristili mogućnost da i pored jasnih zakonskih ograničenja, dođu na ovaj način u posed poljoprivrednog zemljišta na teritorijama navedenih zemalja. Najviše se ovo odnosi na teritoriju Vojvodine, severne srpske pokrajine gde se nalaze najveće površine obradive zemlje visokog kvaliteta. Pre-

---

[62] Zakon spoljnoj trgovini RCG, *Sl. list RCG,* br. 28/04, 37/07.

[63] Zakon spoljnoj trgovini RCG, čl. 1 st. 5 tč. b.

[64] Zakon spoljnoj trgovini RCG, čl. 1 st. 5 tč. c.

[65] Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima RH, čl. 355. Isto tako i Zakon o trgovačkim društvima RH, *„Narodne novine“,* br. 111/93, čl. 611 st. 1.

[66] Zakon o vlasničko-stvarnim odnosima FBiH, čl. 13 st. 1.

[67] Prof. dr Maja Stanivuković je na ovo upozoravala još 1996. u svom članku Svojina i druga stvarna prava na nekretninama u Jugoslaviji, *Zbornik radova,* Pravni fakultet u Novom Sadu, 30(1-3), str. 223-235.

ma istraživanju Večernjih novosti[68], stranci su kupili najmanje 23.850 „prvoklasnih“ hektara zemlje u Vojvodini. I u hrvatskoj štampi se susreću tekstovi u kojima se izražava zabrinutost da će stranci pokupovati velike površine poljoprivrednog zemljišta, pre svega u Slavoniji, ali izgleda da razmere ove pojave nisu ni približne kao u Srbiji, odnosno Vojvodini.

U planinskim područjima Crne Gore, Bosne i Hercegovine, centralne Srbije i Hrvatske nalaze se mnogo manje poljoprivredne površine, često dosta lošijeg kvaliteta nego što je slučaj u Vojvodini i Slavoniji. Međutim, identičan problem u budućnosti može se ticati mogućnosti da stranci na ovakav način steknu svojinu na šumskom zemljištu u tim krajevima.

Iz navedenog proizilazi da u pozitivnim propisima zemalja o kojima je bilo reči nije u potpunosti i nedvosmisleno određeno da li stranci imaju ili nemaju pravo sticanja svojine na poljoprvrednom i šumskom zemljištu.[69] Iako formalno postoji zabrana, preduzimljivi ljudi su kao što se vidi vrlo lako našli način da je u praksi eskiviraju. Krajnji rezultat eskiviranja zabrane jeste uvećanje blagostanja u društvima.

Može se reći da propisi u ove četiri zemlje koji se odnose na sticanje prava svojine na poljoprivrednom i šumskom zemljištu, ne vrše jasnu alokaciju prava svojine, što je prema Kouzovoj teoremi jedan od osnovnih preduslova za efikasnu alokaciju resursa. Time se ostavlja prostor za različita tumačenja, koja stvaraju pravnu nesigurnost potencijalnim ulagačima i podižu rizik poslovanja, što se dalje mora odraziti i na povećane troškove njihovih ulaganja. Zbog toga ova zakonska rešenja ne pogoduju ozbiljnim investitorima, već onima koji su skloniji rizičnijim investicijama, ili onima koji prethodno obezbede političku podršku. Krajnji rezultat trgovine kroz ovakvo zaobilaženje zabrane imaće za posledicu povećanje blagostanja učesnika u trgovini, ali bi to povećanje moglo biti i veće da nema potencijalnog rizika zbog pravne nesigurnosti koja postoji usled ovakvih zakonskih normi.

Zaključak

U Republici Srbiji, Zakonom o poljoprivrednom zemljištu strancima je uskraćeno pravo da postanu vlasnici poljoprivrednog zemljišta. U susednim Republikama Crnoj Gori i Hrvatskoj, kao i u Federaciji BiH, zabranjen je promet ne samo poljoprivrednog, već i šumskog zemljišta. Crna Gora i Federacija BiH su zabrane uspostavile zakonima o svojinsko-pravnim, odnosno vlasničko-pravnim odnosima, dok je Hrvatska zabrane

[68] Vukmirović, Đ. Stranci srpsku zemlju kupovali od preprodavaca, *Večernje novosti*, 8. avgust 2013.

[69] Za detaljniju pravnu analizu videti Josipović T. str. 130 i dalje.

uspostavila Zakonom o poljoprivrednom, odnosno šumskom zemljištu. Drugi bosanskohercegovački entitet Republika Srpska ne poznaje ovakve zabrane, već tamo stranci slobodno mogu sticati pravo svojine i na poljoprivrednom i na šumskom zemljištu. Sve države su se u kroz Sporazume o stabilizaciji i pridruživanju sa EU obavezale da će u različitim rokovima potpuno ukinuti bilo kakvu diskriminaciju za fizička i pravna lica – državljane Unije.

Ukoliko se posmatra sa čisto ekonomskog stanovišta, ova zabrana umanjuje efikasnost privreda zemalja regiona. Iako će neki ekonomski subjekti u ovim zemljama biti na dobitku, krajnji rezultat po ukupno blagostanje u društvu će biti negativan.

Ukidanjem ove norme mogla bi se uvećati produktivnost i efikasnost domaće poljoprivredne proizvodnje, kao i blagostanje vlasnika malih parcela, bilo da su prodavci, bilo da izdaju zemlju u zakup. Takođe, na dobitku bi bili i investitori iz stranih zemalja, pre svega iz Evropske unije. Naravno, domaći vlasnici krupnog kapitala bi izgubili mogućnost da po niskim cenama otkupljuju poljoprivredno zemljište, te da ostvaruju monopolsku rentu prodajući svoje proizvode po svetskim cenama.

Problem koji se odnosi na šumsko zemljište u planinskim rejonima država regiona još uvek nije eskalirao, i ne privlači pažnju javnosti kao onaj sa poljoprivrednim zemljištem. Verovatno da je razlog tome manji profit u drvnoj, nego u poljoprivrednoj proizvodnji. Dakle, nema kvalitativne razlike između ove dve zabrane, već je razlika samo kvantitativna.

S obzirom na celokupne pravne okvire koji uređuju poslovanje privrednih subjekata u domaćim zemljama, ove zabrane nemaju puno smisla, s obzirom da postoji jednostavan način da se one preko pravnog lica osnovanog u domaćoj zemlji suštinski „zaobiđu“ na legalan način. Ipak, ovakve zabrane izazivaju nedoumice i predstavljaju rizik za potencijalne investitore, jer nikad ne mogu biti sigurni kako će domaći sudovi tumačiti ovu normu u budućnosti. Za zemlje u kojima institucije tržišne privrede još uvek nisu u dovoljnoj meri izgrađene, šansa za ukidanje neefikasnih propisa dolazi kroz pritisak spoljnih fakora, kroz Sporazume o stabilizaciji i pridruživanju. Ukoliko se želi izgradnja tržišne ekonomije, zemlje regiona moraju izgraditi takav pravni sistem koji će omogućiti nesmetano funkcionisanje tržišnih mehanizama. Brisanje ovakvih zabrana iz pravnog poretka bio bi samo jedan korak u tom pravcu.

Luka Baturan, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

The Ban on Foreigners Acquiring Property Rights on Agricultural and Forest Land in Serbia and Other Region Countries[70]

Abstract: *In Serbia it is prescribed that foreign legal or natural persons could not become owners of agricultural land, while in Montenegro, Croatia and The Federation of Bosnia and Hercegovina there is the ban for both agricultural and forest land. The aim of this paper is to show that such a ban creates an economic environment where an optimal allocation of agricultural and forest land as a production factor could not be achieved. The cost - benefit analysis shows that main gainers are domestic producers and buyers of land who are able to realize a monopoly profit, whereas sellers of land are at loss, getting a lower economic rent, as well as foreign buyers. A total loss of domestic sellers only is bigger than a total profit of buyers. In the end, it is being pointed to a relativity of the ban, in the sense of a possibility to easily get past the ban through provisions of the other norms. The conclusion points out that an eventual suspension of the ban would stimulate efficiency of domestic economies and an increase in the neto welfare.*

Key words: *agricultural land, forest land, property right, foreigners.*

[70] Term "region countries" in this context aplies the Republic of Serbia, the Republic of Montenegro, Bosnia an Hercegovina and the Republic of Croatia.

ODELJAK ZA STRUČNE RADOVE

Stručni rad 343.126.1
doi:10.5937/zrpfns47-4179

Dragan Kalaba, zamenik višeg javnog tužioca
Više javno tužilaštvo u Čačku

PRODUŽENJE PRITVORA I ROKOVI
Zakonodavna rešenja – slučajevi sudske prakse

Sažetak: *Kako je pritvor važan institut krivično procesnog prava, koji se ima vrlo restriktivno primenjivati, isto tako je od značaja i sa njim povezan, institut roka trajanja pritvora. U sudskoj praksi se pojavila dilema u pogledu računanja roka kod produženja pritvora, a što će ovim radom biti prikazano i dati moguće rešenje ovakvih pravnih situacija.*

Ključne reči: *Krivični postupak, pritvor, rok, produženje pritvora.*

UVOD

Pritvor kao mera za obezbeđenje prisustva okrivljenog i nesmetanog vođenja krivičnog postupka, je predviđeno u ZKP, u glavi VIII, od člana 141 do člana 147.

Povezano sa pritvorom, kao nužna karika, jesu i rokovi, isto tako važan procesni institut predviđen u ZKP, u glavi XII od člana 182 do člana 186.

Osnov ovog rada jeste postupak donošenja rešenja kojim se okrivljenom produžava pritvor i kako se računaju rokovi za njegovo produženje.

U svakom slučaju, rok je vremenski period u kome nadležni organ treba da obavi određenu procesnu radnju.

Naravno, ovde nećemo zalaziti u teorijske aspekte pojma roka, vrste istih (materijalni, procesni, prekluzivni, dilatorni i dr.), već na bazi osnovnih i zakonskih rešenja, dati prikaz spornih situacija kao i različito postupanje drugostepenog suda u istim pravnim situacijama.

U članu 144 st.1 ZKP je regulisano da se okrivljeni može zadržati u pritvoru **najviše mesec dana** od dana lišenja slobode, a posle **toka roka,**

okrivljeni se može zadržati u pritvoru samo na osnovu rešenja o **produženju pritvora**.

U stavu 2 istog člana je regulisano da se pritvor po odluci Veća (član 24 st.6 ZKP) može produžiti **najviše za dva meseca,** a u stavu 3 je navedeno da se pritvor može produžiti **najviše za još tri meseca.**

Na osnovu navedenog jasno proizilazi da pritvor u fazi istrage (glava XIX, čl. 241-264 ZKP) može trajati najviše šest meseci i istekom navedenog roka okrivljeni se ima pustiti na slobodu.

Dakle, zakonodavac, za određivanje i produženje pritvora koristi izraz **"najviše do"**, a što znači da rešenjem istražnog sudije, a potom i Veća, pritvor se može odrediti ili produžiti i **"na dane",** a koji se mora precizno označiti.

Kada je reč o rokovima, u čl. 183 st.1 ZKP je navedeno da se rokovi računaju na sate, dane, mesece i godine, a u st. 3 da se rok određen **po mesecu** završava protekom onog dana poslednjeg meseca koji po svom **broju odgovara danu kada je rok otpočeo**.

Praktično, to izgleda ovako:

Ako je istražni sudija okrivljenom odredio pritvor najviše mesec dana (dakle, nije određen u dane), a lišen je slobode npr. 5. marta 2012., tada pritvor ističe 5. aprila 2012. godine. Ako Veće istom okrivljenom produži pritvor najviše za dva meseca (dakle, i ovde, nije određen u dane), onda isti ističe 5. juna 2012.g.

Produženje roka, podrazumeva da je prethodno istekao ranije određeni rok, a to je, kada je reč o mesecima, mora da istekne dan poslednjeg meseca koji po svom broju odgovara danu kada je rok otpočeo.

Kada se analiziraju prethodno navedena zakonska rešenja, izgleda da je u ovoj oblasti sve jasno i da u situaciji kada se rok produžava, tada produženi rok ili da se izrazimo "nastavak roka" logički podrazumeva da je završen, odnosno istekao prethodno određeni rok.

SLUČAJEVI IZ SUDSKE PRAKSE

U tekućem radu, u Višem sudu u Čačku i Apelacionom sudu u Kragujevcu, kao drugostepenom sudu, kod navedene procesne situacije - određivanje i produženje pritvora, pa računanje rokova, postoji različito postupanje različitih Veća istog suda, a što dovodi, po našem mišljenju do pravne nesigurnosti, kao i kršenje Zakona u korist okrivljenog.

Analiziraćemo dve pravne situacije. Prva, po našem mišljenju nepravilno postupawe kada se produži pritvor okrivljenom "na mesece", a faktički sa produženjem roka se skrati "mesec", pa proizilazi kao da je rok

produžen "na dane". Druga situacija, po našem mišljenju pravilna, a to je računanje produženog roka sa istekom poslednjeg dana prethodno određenog roka.

PRVA SITUACIJA

1. Istražni sudija Višeg suda u Čačku je doneo rešenje Ki 52/12 od 3. avgusta 2012. kojim je okrivljenom određen pritvor u trajanju od **najviše mesec dana,** a koji se računa od 1. avgusta 2012. godine.

Veće istog suda, povodom predloga istražnog sudije, je produžilo pritvor okrivljenom rešenjem Kv 159/12 od 31. avgusta 2012. na najviše **dva meseca,** tako da traje do 31. oktobra 2012. godine.

U ovom slučaju je uočljivo, a što će važiti i za brojne druge slučajeve, da je Veće Višeg suda, računalo produženi rok od najviše dva meseca od dana 31. avgusta 2012. godine kada je održana sednica Veća, pa produženi rok računa od **dana održane sednice**, pa navedenim postupanjem je okrivljenom skraćen pritvor za jedan dan.

2. Rešenjem istražnog sudije Višeg suda u Čačku Ki 18/11 od 16. aprila 2011. određen je pritvor okrivljenom koji može trajati **najviše mesec dana**, a koji se računa od 15. aprila 2011. godine.

Rešenjem Veća istog suda Kv 94/11 od 19. aprila 2011. okrivljenom je produžen pritvor za najviše dva meseca tako da **traje najduže** do 15. jula 2011. godine.

U ovom predmetu je istražni sudija tražio produženje pritvora za još dva meseca, pa je Apelacioni sud u Kragujevcu svojim rešenjem Kr 57/11 od 12. avgusta 2011. produžilo pritvor tako da može trajati **najduže do** 12. septembra 2011.

Potom, na ponovno traženje produženja pritvora, Apelacioni sud u Kragujevcu je svojim rešenjem Kr 68/11 od 12. septembra 2011. okrivljenom produžio pritvor za jedan mesec pa po "**ovom rešenju može trajati najduže do 12. oktobra 2011.).**

Ovde je karakteristično, po našem mišljenju, pravilno postupanje Višeg suda u Čačku, ali Apelacioni sud u Kragujevcu je povredio Zakon u korist okrivljenog jer je okrivljenom "**skraćen"** pritvor za tri dana, a što je najvažnije, pritvor je produžavan na mesece, a ne na dane, kako to iz prethodnog prikaza jasno proizilazi.

Apleacioni sud u Kragujevcu u ovim slučajevima, u obrazloženju svojih rešenja ne daje razloge zašto se pritvor ne završava 15-og u mesecu već 12-og u mesecu, ali iz uvoda rešenja proizilazi da je drugostepeni sud računao produženje roka pritvora od **dana njihove održane sednice**,

a ne od dana **isteka poslednjeg dana prethodnog roka, a to je 15-ti u mesecu.**

3. Rešenjem Veća Višeg suda u Čačku Kv 208/12 od 9. novembra 2012. produžen je pritvor okrivljenom najviše za dva meseca, a **najduže** do 9. januara 2013. (prethodno je određen 9. oktobra 2012.).

U istom predmetu, a povodom predloga istražnog sudije, Apelacioni sud u Kragujevcu svojim rešenjem Kr 1/13 od 8. januara 2013. okrivljenom pritvor produžio za **najviše jedan mesec**, tako da pritvor po ovom rešenju može trajati najduže do 8. februara 2013. godine.

Dakle, u ovom slučaju, po našem mišljenju, je povređen Zakon u korist okrivljenog, jer je pritvor skraćen za jedan dan.

4. Rešenjem istražnog sudije Višeg suda u Čačku Ki 13/12 od 10. marta 2012. određen je pritvor okrivljenom dana 9. marta 2012. kada je i lišen slobode, a potom je produžen Rešenjem Veća toga suda i traje do 9. juna 2012.

U istom predmetu, a povodom predloga istražnog sudije, Apelacioni sud u Kragujevcu je svojim rešenjem Kr 24/12 od 6. juna 2012. produžio pritvor okrivljenom **za najviše dva meseca**, tako da pritvor po ovom rešenju može trajati najduže do 6. avgusta 2012. g.

Isti sud, a povodom novog predloga istražnog sudije za produženje pritvora, donosi rešenje Kr 33/12 od 2. avgusta 2012. kojim se okrivljenom produžava pritvor **za najviše jedan mesec**, tako da po ovom rešenju može trajati najduže do 2. septembra 2012. g.

Po našem mišljenju, istražni sudija i Veće Višeg suda u Čačku, je pravilno računalo rokove za produženje pritvora, a to je do 9. juna 2012., a Apelacioni sud u Kragujevcu je prekršio Zakon računajući rokove za produženje pritvora do 6. avgusta 2012. odnosno do 2. septembra 2012.

Uočljivo je, iz oba rešenja drugostepenog suda, da se produženje roka računalo u oba slučaja **od dana održane sednice** kada je i odlučivano o produženju pritvora, iako u obrazloženju rešenja nema razloga o tome zašto se tako računalo.

Dakle, prvim rešenjem Apelacionog suda u Kragujevcu, okrivljenom je skraćen pritvor za tri dana, a drugim rešenjem je skraćen za sedam dana. I ovde ponavljamo, pritvor je produžavan na mesece a ne na dane.

DRUGA SITUACIJA

1. Rešenjem istražnog sudije Višeg suda u Čačku Ki 66/10 od 27. juna 2010., prema okrivljenom je određen pritvor u trajanju od jedan mesec tako da isti traje od 26. juna 2010. do 26. jula 2010., a potom je pro-

dužavan rešenjem Kv 227/10 od 22. jula 2010. i traje do 26. septembra 2010., odnosno produžen je **najviše dva meseca.**

Na predlog istražnog sudije za produženje pritvora, Apelacioni sud u Kragujevcu je svojim rešenjem Kr 73/10 od 23. septembra 2010. produžio pritvor okrivljenom najviše **za još jedan mesec,** i može trajati do 26. oktobra 2010. g.

2. Rešenjem istražnog sudije Višeg suda u Čačku Ki 69/10 od 6. jula 2010. određen je pritvor okrivljenima tako da licu ... se ima računati od 5. jula 2010., a licu ... od 7. jula 2010., a određen je **za najviše jedan mesec.**

Rešenjem Veća istog suda, produžen je pritvor **za najviše dva meseca** tako da licu ... traje do 5. oktobra 2010., a licu ... do 7. oktobra 2010.

Na predlog istražnog sudije, Apelacioni sud u Kragujevcu svojim rešenjem Kv 80/10 od 1. oktobra 2010. produžio pritvor okrivljenima **za još tri meseca**, tako da pritvor po ovom rešenju licu ... traje najduže do 5. januara 2011. a licu ... najduže do 7. januara 2011. godine.

Dakle, u ovim slučajevima je takođe određen i produžavan pritvor na mesece, a prilikom produženja pritvora, po našem mišljenju, pravilno je pritvor produžen, takođe na mesece i računa se od dana isteka poslednjeg dana prethodno određenog pritvora i završava se istog dana koji odgovara danu kada je pritvor i određen.

INICIJATIVA ZA REŠENJE PRVE SPORNE SITUACIJE

Kako smatramo da je povređen Zakon u prvoj situaciji, u korist okrivljenih, to je napisana inicijativa za podizanje zahteva za zaštitu zakonitosti Republičkom tužilaštvu Srbije, koji je podigao Zahtev za zaštitu zakonitosti Ktz 747/12 od 12. septembra 2012. protiv prethodno citiranih rešenja Apelacionog suda u Kragujevcu Kr 24/12 od 6. juna 2012. i Kr 33/12 od 2. avgusta 2012.

U zahtevu je predloženo da Vrhovni kasacioni sud uvaži Zahtev za zaštitu zakonitosti podignut protiv pomenutih rešenja uz konstataciju da je donošenjem rešenja o produženju pritvora za vreme koje je kraće od dužine pritvora predviđen odredbama čl. 144 st.1, 2 i 3 ZKP, Apleacioni sud u Kragujevcu u dva navrata je učinio bitnu povredu odredaba krivičnog postupka u korist okrivljenih pogrešnom primenom odredbe čl. 144 ZKP i izostankom obrazloženja za ovakve odluke kojima je skraćen rok trajanja pritvora, a što predstavlja bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz čl. 368 st.1 t.11 ZKP.

U obrazloženju podnetog Zahteva je navedeno da je Apelacioni sud u Kragujevcu povredio zakon jer je dva puta skratio rok trajanja pritvora, a produženje pritvora je traženo "**na mesece"**, da se produžetak roka računa od dana održane sednice drugostepenog suda, a ne od dana isteka prethodnog roka.

REŠENJE SLUČAJA

Povodom podnetog Zahteva za zaštitu zakonitosti Republičkog tužioca, Vrhovni kasacioni sud u Beogradu je svojom presudom Kzz 79/12 od 16. oktobra 2012. odbio kao neosnovan i prethodno citiran Zahtev za zaštitu zakonitosti.

Između ostalog, u obrazloženju Rešenja je navedeno:

a) "Iz navedenih odredbi čl. 144 st.1 proizilazi da je sud ovlašćen da produži pritvor i može ga produžiti u granicama određenim Zakonikom i u granicama predloga, s tim što navedeni rokovi predstavljaju **najdužu mogućnost trajanja pritvora u istrazi, no oni mogu biti i kraći**".

b) "Pod rokom trajanja pritvora podrazumeva se rok određen u rešenju kojim je pritvor određen ili produžen i može biti **kraći od roka zakonom određenog najdužeg trajanja**".

c) "U oba konkretna slučaja, prema izreci rešenja, pritvor je produžen za **najviše dva meseca,** odnosno **najviše jedan mesec**, te je određeno da može trajati najduže do 6. avgusta 2012. odnosno 2. septembra 2012.".

d) "Dakle, u pobijanim rešenjim je navedeno da se pritvor produžava ne **za dva odnosno jedan mesec**, već za "**najviše dva odnosno jedan mesec**".

e) "Kako je prema čl. 144 st.3 ZKP sud ovlašćen da produži pritvor najviše za tri meseca, to produženjem pritvora u novim rokovima koji su manji od tri meseca, nije povređen zakon, jer sud ima pravo i da pritvor odredi u kraćem trajanju".

Doneta presuda Vrhovnog kasacionog suda rešava samo jedan slučaj, dakle ne radi se o zauzimanju jedinstvenog pravnog stava na krivičnom odeljenju toga suda ili opšte sednice (a što po našem mišljenju će morati da se učini jednog dana), pa smatramo da nije pravilno rešilo datu procesnu situaciju, a iz više razloga:

Prvo, u spornom slučaju, je traženo produženje pritvora "na mesec" ili na "mesece", pa je drugostepeni sud trebao da pravilno primeni Zakon i da računa produženje roka od isteka poslednjeg dana prethodno određenog roka, koji je takođe određen "na mesec".

Važno je ukazati, u ovom delu na Načelni stav XVIII zajedničke sednice od 25. i 26. juna 1981. godine u kojem je navedeno da "pod rokom trajanja pritvora podrazumeva se rok do koga je određeno trajanje pritvora rešenjem kojim je pritvor određen odnosno produžen i produženje pritvora teče od dana isteka ranije određenog pritvora".

Dakle, na način kako je Apelacioni sud u Kragujevcu u dva slučaja produžio pritvor, isti nije produžen istekom poslednjeg dana trajanja prethodnog roka utvrđenog pritvora već je produžen i računa se od dana održane sednice drugostepenog veća (iako o tome nema razloga u obrazloženjima oba citirana rešenja". Na pomenuti način je skraćen prvi rok koji je određen na mesec pa pritvor je okrivljenom trajao ne "na mesec dana" već 29 ili 28 ili 27 dana.

Drugo, i u spornim slučajevima pritvor je određen i trebao je da se produži na mesece a ne na dane, a na način kako je to učinio Apelacioni sud u Kragujevcu, pritvor koji je prvobitno određen "na mesec" je pretvoren u dane, jer je mesec skraćen, a to je suprotno izrekama pobijanih rešenja kojima je pritvor određen i produžavan na mesece.

Kako je pritvor određen i produžavan, a na predlog istražnog sudije, "na mesece", a onda se ima primeniti odredba člana 183 st.3 ZKP, a to je računanje roka "na mesece", a što kršenjem zakona nije učinjeno.

Treće, ne može se prihvatiti stav Vrhovnog kasacionog suda da kada je sud ovlašćen da produži pritvor "najviše za tri meseca", pa produženjem pritvora u novim rokovima koji su manji od tri meseca nije povređen Zakon zbog toga što u konkretnoj situaciji, drugostepeni sud produžava pritvor "za mesec odnosno dva meseca", ali tako da je faktički skraćen prethodno određeni rok "od najviše mesec dana".

Četvrto, ovim postupkom, je drugostepeni sud ustvari skratio prethodno utvrđeni rok za nekoliko dana, kako je već prethodno navedeno, a o tome u obrazloženju citiranih rešenja nema ni reči. U vezi prednjeg se postavlja i sledeće pitanje: ako istražni sudija odredi pritvor u trajanju od najviše mesec dana i navede da traje do ... (videti citirane slučajeve), a to je mesec dana, kako, na koji način i na osnovu kog propisa Veće tog istog suda ili pak drugostepeni sud, taj prvobitno određeni rok može da skrati.

Drugim rečima, ovde se ne radi o žalbi protiv rešenja istražnog sudije kojim je određen pritvor, pa da se eventualno novim rešenjem preinači prethodno doneto rešenje, u pogledu računanja trajanja pritvora, već se radi o **produženju pritvora** istekom prethodno utvrđenog roka pritvora koji je određen na mesece, a ne na dane.

Tačan je zaključak Vrhovnog kasacionog suda da sud može da odredi pritvor i u kraćem trajanju a koji je manji od tri meseca. Ali, u konkrtnim slučajevima je produžen pritvor za dva odnosno za jedan mesec, ali

je početak računanja produženog roka na mesec-ce, pogrešan, pa se skraćuje prethodno određeni rok za pritvor na mesec-ce, te se skraćuje rok za pritvor okrivljenog za nekoliko dana, pa je na opisani način povređen zakon u korist okrivljenog.

ZAKLJUČAK

Imajući u vidu Ustav Srbije, važeće krivično zakonodavstvo (Krivični zakonik i Zakonik o krivičnom postupku), osnov rada nadležnih državnih organa je njihova zakonitost.

Nažalost, često nije tako. Zato kod pritvora kao mere za obezbeđenje prisustva okrivljenog glavnom pretresu, ne sme da postoji dilema, jer se radi o zaista osetljivim institutima krivično procesnog prava.

U prethodno navedenim primerima, po našem mišljenju, se vidi kršenje zakona, jer se na pokazani način prethodno određen ili produžavan pritvor "skrati" za nekoliko dana, novom odlukom o produženju pritvora.

Zato osnovano očekujemo zauzimanje važećeg stava Vrhovnog kasacionog suda na način kako je to prethodno ukazano.

Dragan Kalaba, Deputy Public Prosecutor
Higher Public Prosecutor's Office in Čačak

The Extension of Detention
Legislative solutions – judicial practice

Abstract: *Having the Constitution of Serbia in mind, valid criminal legislature (Criminal Law and the Law of criminal procedure), the working basis of the competent state authorities is their legislature (legality).*

Unfortunately, this is not often the case. So in the case of the temporary arrest obtaining accused to the court proceeding, there must not be any dilema, because it is one of delicate institutions of criminal law.

In the previously mentioned examples, according to our opinion, there is a breaking of Law because previously defined or extended temporary arrest is „shortened", for a few days by the new decision.

That is why we expect the Court of Cassation to observe existing laws and regulations, as it is shown above.

Key words: *Criminal Proceeding, Temporary Arrest, Extended Temporary Arrest.*