

PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA U NOVOM SADU

ZBORNIK RADOVA

Za izdavača
Prof. dr Ljubomir Stajić
dekan Pravnog fakulteta u Novom Sadu

Upravnik Centra za izdavačku delatnost
Prof. dr Ljubomir Stajić

Glavni i odgovorni urednik
Prof. dr Slobodan Orlović

Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu nalazi se u
HeinOnline bazi: *International & Non-U.S. Law Journals*
(<http://www.heinonline.org>).

Zbornik radova (sveske od 2007. godine) pod nazivom
Proceedings of Novi Sad Faculty of Law dostupan je u *EBSCO*
bazi *Academic Search Complete* (<http://www.ebscohost.com>).

Zbornik radova (sveske od 2005. godine) dostupan je na
veb sajtu Pravnog fakulteta u Novom Sadu
(<http://www.pf.uns.ac.rs>).

Zbornik izlazi neprekidno od 1966. godine
Od 2012. godine Zbornik izlazi četiri puta godišnje.
Cena jedne sveske Zbornika je 5.000 dinara.

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



ZBORNIK RADOVA

COLLECTED PAPERS

L 2 (2016)

NOVI SAD, 2016.

ZRPFNS, godina L Novi Sad, br. 2 (2016)

UDK 3

ISSN 0550-2179

eISSN 2406-1255

SADRŽAJ

<i>Dr Srđan N. Šarkiđ, redovni profesor</i> Vladar i dvor u srednjovekovnoj Srbiji	363
<i>Dr Zoran V. Arsić, redovni profesor</i> Prinudni otkup akcija – postupak	383
<i>Dr Marija M. Salma, redovni profesor</i> Analiza evolucije i savremenog stanja civilnog procesnog prava Austrije . . .	399
<i>Dr Drago Lj. Divljak, redovni profesor</i> Novi zakonski okvir za strana ulaganja u Srbiji – bitne karakteristike i mogući efekti	419
<i>Dr Sanja V. Đajić, redovni profesor</i> Fragmentacija međunarodnog prava i specijalni pravni režimi	435
<i>Dr Magdolna I. Sić, vanredni profesor; Milan M Milutin, asistent</i> Pribavljanje svojine na predmetu zaloge od strane založnog poverioca u rimskom pravu (<i>Impetratio dominii</i>)	455
<i>Dr Dragiša S. Drakić, vanredni profesor; Ivan D. Milić, asistent</i> Utvrđivanje istine u disciplinskom postupku koji se vodi protiv osuđenog za vreme izdržavanja kazne zatvora	469
<i>Dr Branislav R. Ristivojević, vanredni profesor</i> Moralni krstaški pohod države na spavaću sobu: prekršaj prostitucije u novom ZoJRM	485
<i>Dr Janko P. Veselinović, vanredni profesor; Dr Todor Đ. Marković,</i> <i>vanredni profesor; Dr Marijana Dukić Mijatović, docent</i> Pravni i ekonomski aspekti ugovora o osiguravanju useva i plodova od suše .	505
<i>Dr Sandra S. Fišer Šobot, docent</i> Koncentracije spajanjem učesnika na tržištu i koncentracije sticanjem kontrole u pravu konkurencije Srbije i Evropske unije	525
<i>Dr Atila I. Dudaš, docent</i> Dopuštenost jednostranog povećanja kamate u ugovorima o kreditu u pravu Srbije	539

<i>Dr Dragan M. Cvetković; Zoran Ž. Jovanović; Davor R. Bešić</i> Privredni kriminalitet u Republici Srbiji u periodu od 2006. do 2015. godine	557
<i>Jelena Z. Veselinov</i> Aktuelna pitanja restitucije u Srbiji	573
ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE	
<i>Dr Aleksandra V. Vasilj, vanredni profesor</i> Ograničenja odgovornosti za pomorske tražbine – hronološko kritički osvrt (međunarodni instrumenti i hrvatska rešenja)	591
<i>Dr Ivana Tucak, docent</i> Ograničenja autonomije u javnom zdravstvu: obavezno vakcinisanje dece	607
<i>Mirjana B. Bogunović, viši asistent</i> Sticanje putem zajedničkog roba (<i>Servus communis</i>)	631
<i>Dr. Máté Julesz, wissenschaftlicher Mitarbeiter</i> Das ungarische Umweltprivatrecht unter dem Einfluss des <i>Jus publicum</i>	643
ODELJAK ZA STUDENTE	
<i>Mr Gordana N. Preradović, student doktorskih studija</i> Kompleksnost socijalnih interakcija i pravnog uređenja odnosa u kontekstu promjene klime	663
<i>Boba M. Brankov, student doktorskih studija</i> Fotografija kao autorsko delo	679
<i>Aleksandar S. Đorđević, student doktorskih studija</i> Predsednik Republike u ustavnom poretku Srbije – desetogodišnjica Ustava od 2006.	693
PRIKAZ KNJIGE	
<i>Dr Sreten M. Jugović, redovni profesor</i> Prof. dr Milan Petrović u saradnji sa M. Pricom: Uvod u velike pravne i upravne sisteme (sa evropskim upravnim pravom)	707

TABLE OF CONTENTS

<i>Srđan N. Šarkić, Ph.D., Full Professor</i> Monarch and Court in Mediaeval Serbia	363
<i>Zoran V. Arsić, Ph.D., Full Professor</i> Mandatory Acquisition of Shares – Procedure	383
<i>Marija M. Salma, Ph.D., Full Professor</i> Analysis of the Evolution and Current Status of the Austrian Civil Procedural Law	399
<i>Drago Lj. Divljak, Ph.D., Full Professor</i> New Legal Framework for Foreign Investments in Serbia – Key Characteristics and Possible Effects	419
<i>Sanja V. Đajić, Ph.D., Full Professor</i> Fragmentation of International Law and Special Legal Regimes	435
<i>Magdolna I. Sič, Ph.D., Associate Professor; Milan M. Milutin, Assistant</i> Acquisition of Ownership over the Pledged Thing by the Creditor in Roman Law (Impetratio Dominii)	455
<i>Dragiša S. Drakić, Ph.D., Associate Professor; Ivan D. Milić, Assistant</i> Ascertaining the Facts in Disciplinary Procedures which are Initiated against Convicts during the Serving of a Prison Sentence	469
<i>Branislav R. Ristivojević, Ph.D., Associate Professor</i> State's Moral Crusade against Bedroom: Misdemeanour of Prostitution in new Public Order and Peace Act	485
<i>Janko P. Veselinović, Ph.D., Associate Professor; Todor Đ. Marković, Ph.D.,</i> <i>Associate Professor; Dr Marijana Đukić Mijatović, Ph.D., Assistant Professor</i> Legal and Economic Aspects of Contracts of Insurance of Crops and Yields against Drought	505
<i>Sandra S. Fišer Šobot, Ph.D., Assistant Professor</i> Mergers and Concentrations Occurring on the Basis of Acquiring of Control in Serbian and EU Competition Law	525
<i>Attila I. Dudás, Ph.D., Assistant Professor</i> The Legality of Unilateral Increase of Interest Rate in Banking Loan Contracts under Serbian Law	539

<i>Dragan M. Cvetković, Ph.D.; Zoran Ž. Jovanović; Davor R. Bešić</i> Economic Crime in Serbia in the Period from 2006 to 2015	557
<i>Jelena Z. Veselinov, Administrator</i> Contemporary Issues of the Restitution of Property in Serbia	573

SECTION FOR FOREIGN AUTHORS

<i>Aleksandra V. Vasilj, Ph.D., Associate Professor</i> Limitation of Liability for Maritime Claims – Chronological Critical Review (International Instruments and Croatian Solutions)	591
<i>Ivana Tucak, Ph.D., Assistant Professor</i> Autonomy Limitations in Public Health Law: Compulsory Childhood Vaccination .	607
<i>Mirjana B. Bogunović, Assistant</i> Acquisition through Common Slave (<i>servus communis</i>)	631
<i>Máté Julesz, Ph.D., Scientific Researcher</i> The Hungarian Environmental Private Law under the Influence of <i>Jus Publicum</i> . .	643

SECTION FOR STUDENTS

<i>Gordana N. Preradović, LL.M., Ph.D. Student</i> Complexity of Social Interactions and Legal Regulation of Relations in the Context of Climate Change	663
<i>Boba M. Brankov, Ph.D. Student</i> Photography as a Copyright Work	679
<i>Aleksandar S. Đorđević, Ph.D. Student</i> The President of the Republic in the Constitutional Order of Serbia – Ten Years of the Constitution of 2006	693

BOOK REVIEW

<i>Sreten M. Jugović, Ph.D., Full Professor</i> Milan Petrović in cooperation with M. Prica: Uvod u velike pravne i upravne sisteme (sa evropskim upravnim pravom)	707
--	-----

Dr Srđan N. Šarkić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
S.Sarkic@pf.uns.ac.rs

VLADAR I DVOR U SREDNJOVEKOVNOJ SRBIJI¹

Sažetak: Na početku rada autor navodi da je srednjovekovna Srbija bila monarhija sa vrhovnom vlašću vladaoca. Potom se razmatraju vladarske titule, nadležnosti i prihodi vladara. Posebno poglavlje posvećeno je dvorskim dostojanstvenicima. Među dvorskim titulama pravi se razlika između onih koje su nastale u Srbiji i onih koje su preuzete iz Vizantije. Na kraju se raspravlja o eventualnom postojanju užeg kraljevog (carevog) saveta, o čemu nas obaveštavaju vizantijski pisci, ali o kome u srpskim izvorima nema podataka. Svi autorovi zaključci zasnovani su i potkrepljeni podacima iz izvora.

Ključne reči: Veliki župan, kralj, car, knez, despot, tepčija, kefalija, logotet, sevastokrator, kraljevski (carski) savet.

U vreme kada je srednjovekovna Srbija uživala svoju političku nezavisnost (1180-1459) država je imala monarhijski oblik vladavine na čelu sa vladavcem, kao nosiocem najviše vlasti. Monarha je okruživao razgranat dvorski aparat uspostavljan i proširivan tokom trinaestog i četrnaestog veka.

1. VLADALAC

Titule i vizantijski sistem hijerarhije država

Stefan Nemanja (1168-1196), osnivač srpskog vladalačkog doma, nosio je titulu velikog župana (na srpskom велики жупанъ, u vizantijskim tekstovima ἄρχιζουπάνος, μεγαζουπάνος, μέγας ζουπάνος, u latinskim izvorima *mega-iupanus*, *magnus iupanus*).² Istu titulu nosio je njegov sin i naslednik Stefan Ne-

¹ Rad je posvećen projekt „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“, čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

² Župan (жупанъ, latinski *iopan*, *supannus*, *iuppanus*, grčki ζουπάνος) je naziv za najstarije organe vlasti kod Srba. Izraz je izveden od reči župa (жупа, latinski *çopa*, *ioba*, *supa*, *iuppa*, *xupa*,

manjić (1196-1228) sve do 1217. godine, kada je od pape Honorija III (1216-1227) dobio titulu kralja (srpski **краль**, grčki **κράλης**).³ U srpskoj tradiciji kralj je poznat pod nazivom Stefan Prvovenčani.⁴ Titulu kralja nosili su srpski vladari sve do 1346. godine, kada se Stefan Dušan (1331-1355), nakon osvajanja prostranih vizantijskih teritorija, krunisao za cara.⁵ Iako srpsko carstvo nije dugo trajalo, posle smrti Stefana Dušana dva vladara su pretendovala na carsku titulu: Uroš, Dušanov sin i zakoniti naslednik, i Simeon (Siniša), Dušanov polubrat, gospodar Tesalije i Epira, koji nije priznavao vrhovnu vlast svoga rođaka (do 1371. godine). Od 1371. godine dva srpska vladara nose titulu kneza (**кнезь**):⁶ Lazar Hrebeljanović (1371-1389) i njegov sin Stefan Lazarević (1389-1402). Avgusta 1402, Jovan VII Paleolog, savladar vizantijskog cara Manojla II Paleologa, dodelio je Stefanu Lazareviću titulu despota. Tu titulu nosili su srpski vladari sve do pada Smedereva 1459. godine i gubitka političke nezavisnosti. Počev od 1459. godine, pa sve do 1537, mađarski kraljevi dodeljivali su titulu despota srpskim velmožama koji su bili prebegli u Ugarsku i borili se protiv Turaka kao kraljevi vazali.⁷

Srpskim vladarima je od sticanja nezavisnosti 1180. godine, bila vrlo dobro poznata vizantijska državno pravna ideologija prema kojoj sve države nisu bile jednake, zbog postojanja svojevrsnog sistema hijerarhije država. Na čelu te hijerarhije nalazila se Vizantija (Istočno rimsko carstvo), legitimni nosilac ideje o

gyuppa, čuppa), verovatno avarskog porekla, koji je označavao zaštićeno mesto koga je nastanjivalo neko pleme. Videti odrednice „Župa“ i „Župan“ (G. Tomović), *Leksikon srpskog srednjeg veka* (u daljem tekstu *LSSV*), Beograd 1999, str. 195-198.

³ Prema mišljenju većine istraživača slovenska reč *kralj*, kao i mađarski izraz *király*, su izvedeni od imena Karla Velikog (*Carolus Magnus*). Videti odrednicu „Kralj“ (S. Ćirković), *LSSV*, str. 321-324.

⁴ Za označavanje krune stari srpski pisci koriste najčešće reč *venac*, te otuda i kraljev naziv. Rede se upotrebljavaju pozajmljenice iz latinskog (*corona* = kruna) i grčkog (στέμμα = stema, step-sanije). Videti odrednicu „Kruna“ (S. Marjanović-Dušanić), *LSSV*, str. 334-335. Formula „Prvovenčani kralj“ sreće se po prvi puta u intitlaciji hrisovulje koju je kralj dodelio 1219-1220. manastiru Žiči, gde stoji: **Стефанъ, по Божиен милости вѣнчанъ пръви краль въсе Сръбскиѣ Земле, Дишкантиѣ и Травъниѣ и Далмациѣ и Захълмиѣ** (*Stefan po milosti Božijoj prvi venčani kralj sve Srpske Zemlje, Duklje i Travunije i Dalmacije i Zahumlja*). *Zbornik srednjovekovnih ćirilčkih povelj i pisama Srbije, Bosne i Dubrovnika, knjiga I, 1186-1321*, priredili V. Mošin, S. Ćirković, D. Sindik, *Istorijski institut Beograd, Izvori za srpsku istoriju knj. 9, Ćirilički izvori knj. 1*, Beograd 2011, str. 91

⁵ Slovenska titula car (**царь**, prvobitni oblik **цѣцарь**) potiče od Cezarovog imena. Videti odrednicu „Car“ (S. Ćirković), *LSSV*, str. 789-792.

⁶ Slovenska reč *knez* je pozajmljenica iz starogermanskog jezika: *Kuningaz* = plemić, plemenit. Ima, međutim, filologa koji smatraju da izraz *knez* potiče od gotske reči *Kuniggs*, odnosno od savremene nemačke *König* = kralj. Videti P. Skok, *Etimologijski rječnik hrvatskoga ili srpskoga jezika, uredili akademici M. Deanović i Lj. Jonke, za tisak priredio V. Putanec*, Zagreb 1971, knjiga druga, str. 108-109.

⁷ B. Ferjančić, *Despoti u Vizantiji i južnoslovenskim zemljama*, Beograd 1960, str. 194-204; S. Šarkić, „Vladarske titule u srednjovekovnoj Srbiji“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, XLVI – 2 (2012), str. 23-35.

univerzalnom Carstvu (Rimskom carstvu). Ostale srednjovekovne države imale su u toj hijerarhiji viši ili niži rang, u zavisnosti od njihovog političkog značaja, koji nije bio nepromenljiv.⁸

Stefan Nemanja, osnivač srpskog vladalačkog doma prihvata vizantijsku ideologiju, što je izraženo već u arengi Hilandarske povelje,⁹ gde stoji: **Тѣмъже братиѣ Богъ прѣмилостивы оутвѣрди Грьке царьми а Оугре кральми... и постави ме велиега жопана, нареченега въ свѣтѣмъ крышени Стѣфана Неманю** (*Zato braćo, Bog premilostivi utvrdi Grke carevima, a Ugri kraljevima... i postavi me velikoga župana, narečenoga u svetom krštenju Stefana Nemanju*).¹⁰ Za Nemanju, dakle, samo Grci (Vizantinci) mogu biti carevi, a Ugri (Mađari) kraljevi, ali naglašavajući božiju volju kao izvor svoje monarhijske vlasti Nemanja time podvlači svoju nezavisnost u odnosu na Vizantiju: on je veliki župan po božijoj volji (a ne volji vizantijskog cara), kao što je i vizantijski vladar car po milosti božijoj. Nemanjin sin i naslednik Stefan u pismu papi Inoćentiju III (1198-1216) od 1199. godine izjednačava izvor vlasti u nacionalnoj državi sa izvorom vlasti nad univerzalnom i vaseljenskom Crkvom: Stefan je, stoji u pismu, veliki župan po milosti božijoj, kao što je papa na čelu Crkve po milosti božijoj (*Inno-centio Dei gratia summo pontifici et universali pape Romane ecclesie beatorum apostolorum Petri et Pauli, Stephanus eadem gratia et sancta oratione vestra magnus iuppanus totius Servye...*).¹¹ Ali, pošto prihvataju božiju volju kao izvor vlasti, Nemanjići su svesni da država nije njihova baština i da u njoj može vladati i neko drugi, osim njih. Takvo shvatanje izrazio je kralj Dragutin u jednoj povelji manastiru Hilandaru (1276-1281),¹² gde stoji: **Тѣмъже вожьствьнаѣ братиѣ,**

⁸ G. Ostrogorski je to sjajno pokazao trima raspravama: „Die byzantinische Staatenhierarchie“, *Seminarium Kondakovianum*, 8 (1936), pp. 41-61; „The Byzantine Emperor and the Hierarchical World Order“, *The Slavonic and East European Review*, № 84, December 1956, pp. 1-14; „Srbija i vizantijska hijerarhija država“, *O knezu Lazaru*, Beograd 1975, str. 125-137.

⁹ Arenga (grčki προοίμιον) je duži retorički, uvodni deo teksta u kome se saopštavaju moralni motivi donošenja povelje. Hilandarska povelja izdata je posle juna 1198, a pre 13. februara 1199. godine, dakle nakon Nemanjinog povlačenja sa prestola, u vreme kada je već bio monah Simeon.

¹⁰ Postoji nekoliko izdanja Hilandarske povelje: S. Novaković, *Zakonski spomenici srpskih država srednjega veka*, Beograd 1912, str. 384-385; A. Solovjev, *Odabrani spomenici srpskog prava, XII-XV vek*, Beograd 1926, str. 11-14; V. Ćorović, *Spisi Svetog Save*, Beograd – Sremski Karlovci 1928, str. 1; Đ. Trifunović, V. Bjelogrić, I. Brajović, „Hilandarska osnivačka povelja svetog Simeona i svetog Save“, *Osam vekova Studenice*, Beograd 1986, str. 54-55; Mošin, Ćirković, Sindik, *Zbornik*, str. 67-69. Današnja jezička verzija (L. Mirković – D. Bogdanović) navedena je prema izdanju Sveti Sava, *Sabrani spisi, Stara srpska književnost, knjiga 2*, Beograd 1986, str. 31.

¹¹ A. Solovjev, *Odabrani spomenici*, str. 14.

¹² Mirjana Živojinović, „Da li je sačuvana povelja kralja Dragutina Hilandaru?“, *Zbornik radova Vizantološkog instituta* 32 (1993), str. 129-136, osporava autentičnost ove povelje i pripisuje je Stefanu Urošu II Milutinu. Uz njeno mišljenje pristaje i Dragić Živojinović, „Povelja kralja Milutina Hilandaru prethodno pripisivana njegovom bratu Dragutinu (oko 1299)“, *Stari srpski arhiv* 9 (2010), str. 3-17). Čini nam se ipak ubedljivijim mišljenje koje su izneli Mošin, Ćirković,

аще кога Богъ изволи быти господина Сръвскои Зѣмли или сына кралевства мы, или вьноука, или правьноука, или вт прочиухъ... (*Zato, božanstvena braćo, molim onoga koga Bog odredi da bude gospodar Srpskoj zemlji, sina kraljevstva mi, ili unuka ili praunuka, ili nekog drugog...*).¹³

Nezavisnost srpskih vladara još je više naglašena nakon Stefanovog krunisanja za kralja 1217. godine, kada je uz vladarski naslov dodata i titula *samodržac*, doslovan prevod grčkog izraza *αὐτοκράτωρ* i latinskog *imperator*.¹⁴ Iako je u prvim vekovima vizantijske istorije ovaj izraz bio samo prevod latinskog termina *imperator*, vremenom je dobio mnogo veću važnost i označavao samog cara. Od kraja XI veka, u formuli (ime vladara) *ἐν Χριστῷ τῷ Θεῷ πιστὸς βασιλεὺς καὶ αὐτοκράτωρ Ῥωμαίων ὁ* (naziv dinastije),¹⁵ *samodržac* je postao trajni i nepromenljivi deo carskoga potpisa. U Srbiji, međutim, *samodržac* nikad nije stekao takav značaj.¹⁶ Stefan Prvovenčani nije nikada ni nosio, ni pretendovao na carsku krunu, ali je, kao i njegovi naslednici, koristio titulu *samodržac* da bi označio potpunu nezavisnost svoje unutrašnje i spoljne politike u odnosu na Vizantiju.

Vizantijska ideologija je van svake sumnje nadahnula i vodila Stefana Dušana i njegovu okolinu ka proglašenju Carstva. To se jasno vidi iz jedne povelje, izdate verovatno 1346. godine (kada je Dušan već bio car), koju je Stojan Novaković nazvao „Cara Stefana naredba o zakonodavnoj radnji”.¹⁷ Pričajući ukratko svoj život, car između ostalog kaže:

іакоже во [Бог] и прѣкраснаго іовсіфа цѣломѣдріємъ оукрѣпи. и сътвори его цара многымъ езыхомъ. и въемѣ стежанію фараоновѣ. и въемѣ египтѣ. тѣмъ же вѣразомъ по того милости и мене прѣложи вт кралевѣства на православнѣе царѣство. и въсехъ дастъ ми въ рѣцѣ іакоже и великомѣ константинѣ

Sindik, *Zbornik*, str. 268, da iako hrisovulja nema datuma, može se pretpostaviti da je izdata u početku vladavine kralja Dragutina, a kao siguran hronološki okvir ostaju sve godine do kraja 1281.

¹³ Mošin, Ćirković, Sindik, *Zbornik*, str. 269.

¹⁴ Videti odrednicu „Samodržac“ (B. Ferjančić), *LSSV*, str. 642–643.

¹⁵ (Ime vladara) u *Hrista Boga verni car i samodržac Romeja* (naziv dinastije).

¹⁶ G. Ostrogorski, „Avtokrator i samodržac“, *Sabrana dela, knjiga IV*, Beograd 1970, str. 321–338.

¹⁷ S. Novaković, *Zakonik Stefana Dušana cara srpskog 1349–1354*, Beograd 1898 (reprint Beograd 2004), str. str. 3–5. Treba napomenuti da je ova povelja sačuvana samo u Rakovačkom prepisu, s kraja 1700. godine, ali da je prepisivač, monah Pahomije, imao pred sobom neki dobar protograf. Značaj ovog rukopisa (sadrži 196 članova od ukupno 201) je u tome što u njemu nalazimo 15 članova Zakonika kojih nema ni u jednom drugom prepisu. Rukopis je najpre bio u svojini Isaije Parivodića, igumana manastira Rakovac, a 1820. godine došao je u posed novosadske gimnazije, čiji je direktor bio tada Pavel Josif Šafarik. Nešto kasnije postao je Šafarikova svojina, a nakon smrti velikog slaviste odnet je u Prag, gde se danas čuva u Praškom Narodnom muzeju u zaostavštini Pavla Josifa Šafarika. O značaju ovog rukopisa videti S. Ćirković, „Between Kingdom and Empire: Dušan's State (1346–1355) Reconsidered“, *Byzantium and Serbia in the 14th Century*, Athens 1996, pp. 110–120.

царѣ. Зем'лк и въех страны и поморіа и велике градове царства грѣчскаго, пакже и прѣжде рѣхомъ. и богомъ дарованнымъ вѣн'цемъ царьскимъ вѣн'чанъ быхъ на царство. въ лѣто 5 в на мѣсеца априла 14 днь. въ велики и много-свѣтлѣ и радостны праздниѣ въскрсе́ніа христова... симъ же в'семъ бив'шимъ. не моимъ изволеніемъ ни некою силою. нь по божію изволенію, и инихъмъ благо-словеніемъ поставише цара въ всакѣ православию вѣрѣ (*Kao što [Bog] i prekrasnoga Josifa celomudrijem ukrepi i učini ga carem mnogih naroda i svega nasleđa faraonova i svega Egipta, na isti način svojom milošću i mene uvede od kraljevstva na pravoslavno carstvo. I sve mi dade u ruke kao i velikome Konstantinu caru, zemlje i sve krajeve i pomorja i velike gradove carstva grčkoga, kao što i ranije rekosmo. I Bogom darovanim vencem carskim venčan bih na carstvo godine 6854. meseca aprila 14. dan, na veliki i mnogosvetli i radosni praznik Vaskrsenja Hristova... Ovo je sve bilo ne mojom voljom ni nekom silom, nego po božjoj volji i njihovim blagoslovom postaviše cara u svekoliku pravoslavnu veru*).¹⁸

Nadležnosti

Vladari su u srednjovekovnoj Srbiji imali različite nadležnosti, od kojih ćemo navesti one najvažnije.

a) *Zakonodavstvo*. – Do XIV veka srpski vladari su izdavali partikularna pravna pravila – povelje, kojima je bio regulisan pravni položaj nekog vlastelinstva (crkvenog ili svetovnog), pojedinih kategorija stanovništva (vlasi, meropsi, otroci) ili neka pravna pitanja (porota, ubistvo, sklapanje braka i slično). I u Srbiji se smatralo, u duhu srednjovekovnih shvatanja prisutnih i u germanskim i u slovenskim monarhijama, da izdavanje opšteobaveznih pravnih pravila sa važenjem za teritoriju cele države (**νόμοι**, *leges*, zakoni) ne spada u nadležnost vladara. Takva pravila stvarao je narod, dugotrajnim ponavljavanjem pojedinih običaja. Uloga vladara, pored zapovedanja vojskom i vršenja upravne vlasti, bila je pre svega i iznad svega da pomoću sudstva čuva i štiti običajno pravo. Izuzetno, pravo na donošenje zakona imao je, prema ovom shvatanju, samo rimski (vizantijski) car.

I Nemanjići, poput njihovih zapadnoevropskih savremenika,¹⁹ istupaju energično kao čuvari običajnog prava. O jednom takvom slučaju sačuvano nam je svedočanstvo u VIII knjizi, glavi LVIII *Dubrovačkog statuta*, pod nazivom *De*

¹⁸ S. Novaković, *Zakonik*, str. 4-5; N. Radojčić, *Zakonik cara Stefana Dušana 1349 i 1354*, Beograd 1960, str. 85; *Zakonik cara Stefana Dušana, knjiga III*, Baranjski, Prizrenski, Šišatovački, Rakovački, Ravanički i Sofijski rukopis, Srpska Akademija Nauka i Umetnosti, odeljenje društvenih nauka, *Izvori srpskog prava IV*, Beograd 1997, str. 428-430; Đ. Bubalo, *Dušanov zakonik*, Beograd 2010, str. 72-73. Današnja jezička verzija D. Bogdanović, *Izvori srpskog prava IV*, str. 429-431.

¹⁹ Nekoliko primera u kojima su francuski kraljevi istupali kao zaštitnici običajnog prava, naveo sam u knjizi *Zakon u glagoljskim i ćirilskim pravnim spomenicima (od XII do XVIII veka)*, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad 2015, str. 21-23.

pena vrasde (*O kazni vražde*), a datiranoj 29. septembra 1308. godine. U tekstu stoji da je između Dubrovčana i Srbije postojao starodrevni običaj, prema kome se za ubistvo izvršeno između Dubrovčana i Srba plaćalo na ime vražde²⁰ pet stotina perpera (*Antiqua consuetudo fuit per omnes reges et homines Sclavonie et tocius regnaminis cum omnibus comitibus et homines Ragusii, quod si aliquis Raguseus interficeret aliquam de Sclavonia et de toto regnamine, quod solveret pro vrasda perperos quingentos, et e contrario facerent homines de Sclavonie et de regnamine*). Ali, kada je 1306. godine dubrovački vlastelin Marko Lukarević ubio jednog podanika srpskog kralja, tadašnji dubrovački knez, Mlečanin Beleto Falijeri (Bellectus Fallerius, knez od 1305-1307), odbio je da primeni normu običajnog prava, već je nameravao da izrekne smrtnu kaznu, pozivajući se na statute Jovana Teupola, jednog od predhodnih knezova, na koje se on bio zakleo (*et dictus d. comes noluit sententiare dictam consuetudinem, sed voluit procedere secundum Statuta d. Iohannis Teupoli, ad que servanda dicebat se per sacramentum esse astrictum*), a koji ne poznaje vraždu.²¹ Dubrovačka vlastela je, međutim, insistirala da se i u ovom slučaju primeni stari običaj vražde, što je izazvalo neslogu između kneza i vlastele. Spor je iznet pred mletačkog dužda i komunu (budući je Dubrovnik u to vreme bio pod suverenitetom Venecije), koji su potvrdili stav dubrovačkog kneza. No, Dubrovčanima je izgleda bilo veoma stalo da se održe stari pravni običaji i dobri odnosi sa srpskim kraljem, pa su za vlade kneza Andrije Daura (1307-1309), Falijerijevog naslednika, poslali svečane poklisare (delegaciju su sačinjavali vlastela Medo Bodačić, Marin Držić i Nikola Gundulić) duždu i komuni, s molbom da se zadrži stari običaj vražde (*quod de cetero dicta antiqua consuetudo vrasde servaretur*). Nakon kraćeg kolebanja i konsultovanja Mlečani su odgovorili Dubrovčanima da mole srpskog kralja Uroša (Milutina) da on zavede onakav način suđenja kakav je ugodan Bogu, ljudima i čitavom svetu, naime da kazni ubicu smrtnom kaznom, pa da su i oni voljni isto tako da postupe, ako Dubrovčanin ubije Srbina (*quod deberent mittere ad d. regem Urosium, et eum requiere et instanter rogare quod ei placeret iusticiam, que Deo et hominibus et toti mundo amabilis est, servare, ita quod si aliquis de suis hominibus et de toto regnamine interficeret aliquem Raguseum, quod ipsum homicidium mortis supplicio puniret: quod si facere vellet, d. comes et homines Ragusii parati erant facere similem iusticiam, si aliquis Raguseum interficeret aliquem Sclavum*). Me-

²⁰ Vražda (вѣрѣжда) ima više značenja, a izvedena je od reči *vrag* = neprijatelj. U pravnoj terminologiji označava istovremeno i najteže krivično delo protiv ličnosti (ubistvo) i globu koja se plaćala kao otkup za izvršeno krivično delo. Videti odrednicu „Vražda“ (R. Mihaljčić), *LSSV*, str. 106-107.

²¹ Radi se o nekoj vrsti krivičnog zakonika, donetog za vlade kneza Jovana Teupola (juli 1237 – juni 1238), koji nije sačuvan, ali na koga se odnose pojedina mesta u *Dubrovačkom statutu*. Cf. Lib. VI, cap. 1: *Quicumque fecerit homicidium, nisi se defendendo, quod plene possit probari... moriatur*.

đutim, ako kralj Milutin ne pristane na prihvatanje principa taliona (*punire mortem pro mortem*) onda neka se u odnosima Dubrovčana i Srba i dalje primenjuje starodrevni običaj vražde. Dobivši ovakva uputstva od Mletaka, Dubrovačka komuna je uputila svečano poslanstvo (*sollempnes ambaxatores*) kralju Milutinu, koje mu je iznelo pomenuti predlog. Saslušavši poklisare, srpski kralj je *odgovorio da ni na koji način ne bi pristao na ovo i da neće da proliva krv njegovih, već da hoće i sam da poštuje i da se pridržava starog običaja vražde, svojih predhodnika i svog, i da ništa drugo neće da čini, jer je to čak potvrdio zakletvom (Quibus auditis, dictus dominus rex respondit quod in hoc nullo modo assentiret et quod nolebat spargere sanguinem suorum, sed volebat servare et tenere antiquam consuetudinem vrasde predecessorum suorum et suam, et quod aliud non faceret aliquo modo, quia hoc eciam firmaverat per sacramentum)*. Dubrovčani, naravno, mogu da postupaju sa svojim ljudima kako oni hoće, ali će on [Milutin] primenjivati prema svojim podanicima samo pravni običaj vražde (*Et quod Ragusei facerent de suis Raguseis quicquid vellent, sed ipse aliud non faceret de suis hominibus nisi secundum dictam consuetudinem vrasde*).²² Kralj je svoje stanovište čuvara običajnog prava potvrdio zakletvom i davanjem Dubrovčanima svečanih privilegija.²³

Odnos prema zakonodavstvu promenio se 1346. godine kada je Stefan Dušan prisvojio carsku krunu. Svestan da njegova titula neće mnogo vredeti u očima savremenika ukoliko ne proglasi sopstveno zakonodavstvo, Dušan u već pomenutoj povelji kojom najavljuje svoj zakonodavni rad, izjavljuje da sada *treba postaviti zakone kakve treba imati (ЗАКОНИ ПОСТАВИТИ ЈАКОЖЕ ПОДОБАЕЋЕ ИМЕТИ)*.²⁴ Zakoni koje, kako stoji u tekstu, treba imati su rimski, odnosno vizantijski, te stoga u

²² *Liber statutorum civitatis Ragusii, compositus anno 1272*, ed. V. Bogišić et C. Jireček, *Monumenta historico-iuridica Slavorum meridionalium*, vol. IX, Zagrabiae 1904, pp. 201-202. Novo izdanje *Statut grada Dubrovnika, sastavljen godine 1272*, na osnovu kritičkog izdanja latinskog teksta B. Bogišića i K. Jirečeka priredili i na hrvatski jezik preveli A. Šoljić, Z. Šundrica i I. Veselić, Dubrovnik 2002, str. 466-468. Cf. B. Nedeljković, „O saborima i zakonodavnoj delatnosti u Srbiji“, *Zakonik cara Stefana Dušana, knjiga I, Struški i Atonski rukopis, Srpska Akademija Nauka i Umetnosti, odeljenje društvenih nauka, Izvori srpskog prava IV*, Beograd 1975, str. 33-34.

²³ Posledica ovog spora bio je zakon koga je donela Dubrovačka opština i koji kaže „ako neki Dubrovčanin ubije koga iz Sklavonije [Srbije] ili celog kraljevstva, onda plaća 500 perpera na ime vražde prema rečenom starodrevnom običaju vražde, a ako rečenu vraždu ne plati biće progнан iz grada i oblasti Dubrovnika dok rečenu vraždu potpuno ne isplati“ (*quod si aliquis de cetero aliquem de Sclavonia vel de toto regnamine interfecerit, solvat perperos quingentos pro vrasda, secundum dictam antiquam consuetudinem vrasde, et si dictam vrasdam non solvet, sit in banno civitatis et districtus Ragusii donec dictam vrasdam integre soluerit*). *Lib. stat.* VIII, 58. Da je vražda bila jako ukorenjena u našem narodu svedoči i zakon koga je Dubrovačka republika donela 9. novembra 1423, prihvatajući primenu ovog starog običaja i za svoje podanike *extra urbem* (koji su živeli u prigradskim naseljima, izuzev Stona i Pelješca). Videti *Liber viridis*, cap. 182, *Ordo vrasde*, izdanje B. Nedeljković, Beograd 1984, str. 136.

²⁴ S. Novaković, *Zakonik*, str. 5; N. Radojčić, *Zakonik*, str. 86; *Izvori srpskog prava IV, knjiga III*, str. 430; Đ. Bubalo, *Zakonik*, str. 73.

sastav njegove kodifikacije ulaze i prevodi dve vizantijske pravne kompilacije: *Sintagma* Matije Vlastara²⁵ i takozvani „Justinijanov zakon“.²⁶ Dušanov zakonik samo je treći (mada najvažniji) deo ove kodifikacije srpsko-grčko-rimskog prava.²⁷

Sa gledišta Vizantije Dušanova kodifikacija je bila uzurpacija: srpski vladar je prisvojio za sebe zakonodavstvo – nadležnost koja mu nije pripadala, jer je ona bila isključivi atribut rimskih (romejskih) careva. Takvo shvatanje našlo je odraza u povelji despota Uglješe o izmirenju sa carigradskom patrijaršijom od 1386. godine u kojoj se osuđuje srpski vladar²⁸ što se proglasio samodršcem i što je „postavio svoju volju glavnim zakonom ne samo za ljudske nego i za božanske stvari“ (ὡσπερ ἑτέρος τις τῶν ἐξ οὐρανοῦ κριτῆς τε καὶ νομοθέτης τῶν τοιούτων κατατολμῶν καὶ νόμον κύριον).²⁹

b) *Zapovedanje vojskom* je bila jedna od osnovnih nadležnosti vladara, o čemu svedoči član 129 Dušanovog zakonika:

На воецѣ на вѣсакои да вбладаю воеводѣ, колико и царь. що рекоу да се чюк. аколи их кто прѣчюк оу чемь. да кст този всоужденіе кок и внемъзїи кои бы цара прѣслоушали. и соудовѣ малы и голѣмы кои соу на воецѣ да имь соудѣ воеводѣ, а инь никто (*Na svakoj vojsci da zapovedaju vojvode kao i car. Što naredi, da se posluša. Ako li ih neko u čemu ne bi poslušao, da bude osuđen kao i onaj ko cara ne bi poslušao. I u sudovima koji su na vojsci,³⁰ za male i velike stvari, da im sude vojvode, a niko drugi*).³¹

Cara je, kao što se vidi, na položaju vrhovnog zapovednika vojske mogao da zameni vojvoda, kome je dugovana ista poslušnost kao i caru.

²⁵ Prevod *Sintagme*, nomokanonske zbirke solunskog monaha Matije Vlastara, poznat je u Srbiji u dve verzije: skraćenoj i punoj. Izdanje pune *Sintagme* priredio je S. Novaković, *Matije Vlastara Sintagmat. Azbučni zbornik vizantijskih crkvenih i državnih zakona i pravila, slovenski prevod vremena Dušanova*, Beograd 1907. Dopunu izdanja priredio je S. Troicki, *Dopunski član-ci Vlastareve Sintagme*, Beograd 1956. Skraćenu *Sintagmu* izdao je V. Mošin, *Studenički rukopis*, Zagreb 1949. Prevod *Sintagme* na savremeni srpski jezik načinila je nedavno T. Subotin-Golubović, *Matija Vlastar, Sintagma, Srpska Akademija Nauka i Umetnosti, odeljenje društvenih nauka, Izvori srpskog prava XVIII*, Beograd 2013.

²⁶ Takozvani „Justinijanov zakon“ je kratka kompilacija od samo 33 člana koja uređuje agrarne odnose. Najveći broj članova preuzet je iz poznatog *Zemljoradničkog zakona* (Νόμος γεωργικός). Novo izdanje priredila je B. Marković, *Justinijanov zakon, srednjovekovna vizantijsko-srpska pravna kompilacija, Srpska Akademija Nauka i Umetnosti, odeljenje društvenih nauka, Izvori srpskog prava XV*, Beograd 2007.

²⁷ T. Florinskiĭ, *Памятники законодательной дѣятельности Душана цара Сербовъ и Грековъ*, Kiev 1888.

²⁸ Treba napomenuti da je povelju redigovala kancelarija patrijaršije u Carigradu.

²⁹ A. Solovjev – V. Mošin, *Grčke povelje srpskih vladara*, Beograd 1936, str. 262-264. Viđeti i prevod M. Petrovića, *Studenički tipik i samostalnost srpske crkve*, Beograd 1986, str. 163-165.

³⁰ Misli se na sudske postupke koji se vode zbog disciplinskih prekršaja ili krivičnih dela koje počine vojnici.

³¹ S. Novaković, *Zakonik*, str. 98; N. Radojčić, *Zakonik*, str. 67; Đ. Bubalo, *Zakonik*, str. 101.

v) *Sudska funkcija*. – U jednoj povelji kralja Dragutina Hilandaru (1276-1281), stoji da su manastirski ljudi mogli da raspravljaju svoje parnice **прѣд кралемъ или прѣд кдинѣмъ ѡд владальць двора кралева, когѡ испроси игоумнь и братиѡ** (*pred kraljem ili pred nekim od dvorana, koga izmole iguman i bratija*).³² To znači da je vladar u Srbiji, pre donošenja Dušanovog zakonika sudio nekad u prvom stepenu, ali da je mogao i da odredi nekog od svojih dvorana da ga zameni. Dušanov zakonik dosta precizno određuje slučajeve u kojima je car istupao kao sudija. Najpre član 78 predviđa slučaj spora oko crkvene zemlje koji se zakomplikovao: u tom slučaju sudije treba **да оупросе царьство ми** (*da se obrate meni caru*). Ako su **книге цареве** („knjige careve“, zapravo careva pismena naređenja) u suprotnosti sa Zakonikom, kaže član 105, **тези книги да оузьмоу соудие и да их принесоу прѣдъ царьство ми** (*te naredbe da uzmu sudije i da ih donesu pred mene, cara*). Ali, drugi deo Zakonika proglašen 1354. godine (član 171) uki- da ovu odredbu: u tim slučajevima **соудіе тоузи книгоу да не вѣроују, тъкъмо да соуде и врьше како к по правдѣ** (*sudije takve naredbe da ne uzimaju u obzir, već da sude i izvršavaju [presude] pravično*), što znači da se Zakonik stavlja iznad careve naredbe. I najzad član 181 naređuje: **ако се вѣрѣте велико дѣло и не оу- змогноу разьсоудити, ни исправити кои любо соудъ великъ боуде, да греде вѣтъ соудіе єдинъ съ вѣѣма вѣѣмази прѣдъ цара** (*Ako se nađe veliko delo [složen spor] i ne uzmogne ga rasuditi ni rešiti, koji bilo veliki sud da bude, neka ide jedan od sudija sa oba parničara pred cara*).³³ Dakle, car sudi samo u slučaju nekog izuzetno značajnog ili složenog spora.

g) *Predstavljanje države u vođenju spoljne politike*. – Vladar je predstavljao državu u međunarodnim odnosima prilikom sklapanja ugovora i sporazuma sa susednim državama (Vizantijom, Bugarskom, Mađarskom, Dubrovnikom i drugima). Ali, u vođenju spoljne politike veliki uticaj je imala ratoborna srpska vlastela sa kojom se vladar gotovo uvek savetovao i dogovarao. Da je tako bilo svedoče nam brojni strani poslanici i putnici koji su boravili na srpskom dvoru. Tako na primer, vizantijski pisac i državnik Teodor Metohit (**Θεόδωρος Μετοχίτης**), koji je pregovarao sa Srbima oko sklapanja braka kralja Milutina i vizantijske princeze Simonide (kćeri cara Andronika II), svedoči da je kralj bio pod jakim uticajem vlastele. U svom „Poslaničkom slovu“ (**Πρεσβευτικός**), poverljivom izveštaju koji je on uputio vladi u Carigradu sa jednog od svojih pet putovanja u Srbiju, između ostalog kaže: „Romeji³⁴ će, vele ovi,³⁵ sve dotle dobro zboriti, slagati se, ozbiljno govoriti i neiskreno se dogovarati dok im vreme ne pruži neki povod da dovrše i do-

³² Mošin, Ćirković, Sindik, *Zbornik*, str. 268.

³³ S. Novaković, *Zakonik*, str. 62, 80, 134, 140; N. Radojčić, *Zakonik*, str. 58, 63, 77, 79; Đ. Bubalo, *Zakonik*, str. 90, 95, 112, 114-115.

³⁴ Romeji je grčki naziv za Rimljane, odnosno Vizantince.

³⁵ Odnosi se na srpsku vlastelu.

krajče ono što su u sebi tajno namislili...³⁶ Kralj (ὁ πρίξ),³⁷ koji je ranije bio sasvim nepopustljiv prema ovim pljačkašima grobova i zločincima,³⁸ koji ga vazda na neki način saleću i napadaju i koji uopšte nije dozvoljavao da se ovako nešto dotakne i dovede u iskušenje, sada ipak počinje da popušta i... izgleda da će ga već, ako ne i potpuno, vreme koje protiče pokolebati i prelomiti.³⁹ Slično svedoči i vizantijski car i istoričar Jovan VI Kantakuzin,⁴⁰ a vizantijske izveštaje potvrđuju i dubrovački poklisari.⁴¹ Da sve ovo nisu izmišljotine stranih poslanika potvrđuju i reči iz ugovora cara Dušana sa Dubrovnikom od 20. septembra 1349. godine. Car kaže da se pri zaključivanju ugovora dogovorio sa sinom kraljem Urošem i vlastelom (...и зговори се царство ми синомъ царства ми кралемъ Урoшeмъ, и с влaстели).⁴²

Prihodi

Širenje teritorije srednjovekovne Srbije i jačanje privrede krajem XIII i početkom XIV veka uvećali su vladareve prihode i bogatstvo. Taj proces tekao je relativno brzo, što se može zaključiti iz izveštaja vizantijskih poslanika. Kada je Georgije Pahimer (Γεώργιος ὁ Παχυμέρης) posetio Srbiju (1267-1269) radi pregovora o braku između princa Milutina (budućeg kralja) i princeze Ane (kćeri cara Mihajla VIII Paleologa),⁴³ bio je iznenađen skromnošću i siromaštvom kraljevog dvora: „I sve je kod njih bilo priprosto i siromašno, kao da životare o zverinju i krađući (ὡς ἀποζῆν θήραις καὶ κλέπτοντας)“.⁴⁴ Ali već 1299. godine, Teodor

³⁶ Da izbegnu sporazum sa Milutinom.

³⁷ Zanimljivo je da Metohit za Milutina koristi staru rimsku titulu *rex*.

³⁸ Kao što se vidi Metohit ima vrlo loše mišljenje o srpskoj vlasteli i ne propušta da ih nazove najgorim mogućim izrazima.

³⁹ Postoje dva izdanja Metohitovog spisa: K. N. Sathas, *Μασαιωνικὴ Βιβλιοθήκη* I, Venezia 1872, pp. 154-193; L. Mavromatis, *La fondation de l'Empire serbe. Le kralj Milutin*, Thessalonique 1978, pp. 89-119. „Poslaničko slovo“ preveo je prvi put na srpski jezik M. Apostolović, „Teodora Metohita poslanica o diplomatskom putu u Srbiju“, *Letopis Matice Srpske* 216 (1902), str. 27-58. Noviji prevod sa detaljnim komentarom načinio je I. Đurić u zbirci *Vizantijski izvori za istoriju naroda Jugoslavije, tom VI, Vizantološki institut Srpske Akademije Nauka i Umetnosti, posebna izdanja, knjiga 18*, Beograd 1986, str. 63-143. Odlomak u radu naveden je prema Mavromatisovom izdanju (r. 114) i Đurićevom prevodu (str. 134).

⁴⁰ *Ioannis Cantacuzeni eximperatoris historiarum libri IV, graece et latine I-III*, cura I. Schopeni, Bonn 1828, II, p. 257 sq.

⁴¹ Poklisar je najčešće upotrebljavani naziv za stranog poslanika, diplomatskog posrednika ili pregovarača. Reč je preuzeta iz grčkog (ἀποκρισιάριος, od ἀποκρισις = odgovor). Videti odrednicu „Poklisar“ (S. Ćirković), *LSSV*, str. 538-539.

⁴² D. Ječmenica, „Hrisovulja cara Stefana Dušana Dubrovčanima sa dva prateća akta“, *Stari srpski arhiv* 11 (2012), str. 38.

⁴³ Ti pregovori nisu bili uspešni.

⁴⁴ Georges Pachymères, *Relations historiques*, éd. A. Failler, I-II, Paris 1984, II, p. 453, 6. Srpski prevod Lj. Maksimović, *Vizantijski izvori VI*, str. 27. Kralj Uroš bio je jako iznenađen ras-

Metohit zatiče sasvim drugi prizor: „Čitava ceremonija i prolazak behu vrlo elegantni, sa puno uvažavanja i kićenosti, pokazujući i obznanjujući stanovništvu dolazak plemenitog poslanstva najvećeg gospodara i, s obzirom na najvažniji [posao], neuporedivog u odnosu na druga ranije. I sam kralj se veoma bio nakitio i čitavo telo praznično odenuo, pretrpavši se dragim kamenjem, biserjem i naročito zlatom – koliko god je mogao. Ceo dvor blještao je od svilenih i zlatom vezanih tkanina. Izabranici koji su bili kod njega bili su opremljeni i doterani vrlo neobično i gizdavije nego što je to bilo ranije i čitav ovaj, što bi se reklo, prizor beše po ugledu na carsku i, koliko je moguće bilo, romejsku plemenitost (ῥωμαϊκῆς εὐγενείας).“⁴⁵

Prihodi srpskih vladara poticali su iz sledećih izvora:

a) *Prihodi od rudnika*. – Vladari su rudnike davali u zakup ili prodavali Dubrovčanima, Kotoranima ili Sasima, pod uslovom da dobiju zakupninu ili deseti deo prihoda. To je bio najvažniji i najsigurniji izvor prihoda srpskih monarha.

b) *Prihod od kovanja novca*. – U Srbiji se domaći novac kuje od sredine XIII veka, a vladari su i kovanje novca davali u zakup. Takva praksa dovođila je to čestih zloupotreba (kvarenje vrednosti novca, što je izazivalo posebne mere protiv srpske valute, preduzimane od stranih država, pre svih Mlečana),⁴⁶ te car Dušan u Zakoniku pokušava da zavede reda. Najpre član 168 naređuje: **Златара оу жоупахъ и оу земли царства ми нигдѣ да нѣсть; развѣ оу тръговѣхъ, гдѣ кѣтъ поставило царство ми динаре ковати** (*Zlatara u župama po zemlji carevoj nigde da nije, osim u trgovima, gde je postavio car novac kovati*). Na ovu zabranu nadovezuje se naredba iz člana 170: **Оу градовѣхъ царства ми да стоу златариѣ и да ковоу и ине потрѣбе** (*I u gradovima carevim da stoje zlatari, i da kuju i druge potrebe*). Znači da su novac mogli da kuju samo zlatari u gradovima i na trgovima ovlašćenim za kovanje novca. Član 169 predviđa slučaj kada se neko ogлуši o ove naredbe: **Ако се вѣрѣте златаръ оу градоу ковѣ динаре тинно да се златаръ**

koši vizantijske delegacije: „A kada je čuo od njih [Vizantinaca] da je takav carski red i da princezi sledi takva pratnja, on negodujući reče: *e, e, šta je to? Nama nije uobičajeno takvo ponašanje*. I to rekavši, odmah pokaza jednu mladu ženu, siromašno odevenu i predenju posvećenu: *Tako se mi*, reče pokazujući rukom, *odnosimo prema mladama*.“ *Vizantijski izvori VI*, str. 26. Mlada žena (νύμφη) koju pominje kralj je najverovatnije mađarska princeza Katalin, kći kralja Stefana (István) V, supruga prestolonaslednika Dragutina.

⁴⁵ L. Mavromatis, *La fondation*, pp. 103-104; *Vizantijski izvori VI*, str. 111-112.

⁴⁶ Veliki italijanski pesnik Dante Alighijeri (Dante Alighieri) je napisao u svojoj *Božanstvenoj komediji*, *Raj XIX*, 141 (*Divina Commedia, Paradiso XIX*, 141) sledeće stihove: „I onaj iz Raške koji je loše video mletački kalup“ (*E quel di Rascia che male a visto il conio di Vinegia*). *Quel di Rascia* (Rascia, Rassa, Raxia, srpski Raška, stari naziv za Srbiju koji se na zapadu još dugo koristio) mogao bi biti srpski kralj Milutin (1282-1321), koji je smanjivao vrednost srpskog novca i izazvao „monetarni skandal“ u Bolonji 1305. godine. Videti V. Ivanišević, *Novčarstvo srednjovekovne Srbije*, Beograd 2001, str. 39-41. Cf. i S. Šarkić, „Stefan Uroš Milutin – „Sveti kralj“ ili stanovnik Danteovog „Pakla“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu XXXVII*, 1-2 (2003), str. 59-70.

иждеже и градъ да плати глобоу що рече царь. Ако се вѣрѣте оу селѣ да се то зи село распе а златаръ да се иждеже (Ako se nađe zlatar u gradu, kujući novac tajno, da se zlatar sažeže i grad da plati globu što reče car. Ako se nađe u selu, da se to selo raspe, a zlatar da se sažeže).⁴⁷ Izgleda, međutim, da se careve stroge naredbe o zaštiti vrednosti novca nisu dugo poštovale. Za vlade cara Uroša moćni oblasni gospodari poput despota Olivera i Nikole Altomanovića, kovali su sopstveni novac. U jednoj povelji cara Uroša čelniku Musi (15. jul 1363) pominje se zlatarsko selo Lukovo (село златарьско Лѣково),⁴⁸ iz čega se da zaključiti da se novac nije kovao samo u gradovima i na trgovima.

v) *Prihod od carina* je bio takođe isključivo pravo vladara (sama reč *carina*, potiče od reči *car*), a i carine su se davale u zakup Dubrovčanima. Carine se nisu naplaćivale na granici, već na trgovima na kojima se roba prodavala.

g) *Srpski* ili *Svetodmitarski dohodak* plaćali su Dubrovčani srpskim vladarima za povlastice koje su uživali u svojim poslovima. Suma se isplaćivala na dan Svetog Dimitrija (26. oktobar), a prvi puta se pominje u zakletvi dubrovačkog kneza Žana Dandola kralju Stefanu Vladislavu (septembar 1234 – april 1235). Dohodak je iznosio 1000 perpera⁴⁹ i 50 lakata⁵⁰ purpura (... да ти дамо тисѣкю перперъ и петѣдестъ лакѣтъ скрълата чистого...),⁵¹ a isplaćivao se u dve godišnje rate (druga do Božića). Godine 1252. suma je povećana na 1200, a 1268. zaokružena na 2000 perpera. Ta količina novca potvrđena je u ugovoru kralja Dragutina sa Dubrovnikom od 1281. godine (... и сизѣ двѣ тисѣки да даю на Дмитровъ дѣнь).⁵²

d) *Stonski dohodak* (*Tributum Stagni*) bio je tribut koga su plaćali Dubrovčani počev od 22. januara 1333, kada im je kralj Dušan prodao poluostrvo Ston (današnji Pelješac u Hrvatskoj) za godišnju sumu od 500 perpera mletačkih. Suma se isplaćivala svake godine na Uskrs (ѧ ѡпѣкина дѣбровѣачка да ми даѣ на всако годише на Великъ Данъ .ѧ. сатѣ перперъ внѣтачѣихъ...),⁵³ Već 1350. godine car Dušan je ustupio *Stonski dohodak* manastiru Svetih Arhanela u Jerusalimu.⁵⁴

⁴⁷ S. Novaković, *Zakonik*, str. 133-134; N. Radojčić, *Zakonik*, str. 77; Đ. Bubalo, *Zakonik*, str. 11-112.

⁴⁸ M. Šuica, „Povelja cara Uroša o zameni poseda između kneza Vojislava i čelnika Muse“, *Stari srpski arhiv* 2 (2003), str. 144.

⁴⁹ Perper je srpski zlatni novac. Reč dolazi od grčkog ὑπέρπυρον (doslovno „isproban u vatri“).

⁵⁰ *Lakat* ili *stopa* je u Srbiji iznosio između 29,4 i 30,4 centimetra. Videti S. Ćirković, „Merenje i mere u srednjovekovnoj Srbiji“, *Rabotnici, vojnici, duhovnici*, Beograd 1997, str. 139-144.

⁵¹ Mošin, Ćirković, Sindik, *Zbornik*, str.135.

⁵² Mošin, Ćirković, Sindik, *Zbornik*, str. 266.

⁵³ D. Ječmenica, „Prva Stonska povelja kralja Stefana Dušana“, *Stari srpski arhiv* 9 (2010), str. 32.

⁵⁴ A. Solovjev, *Odabrani spomenici*, str. 149-150.

đ) *Porez na zemlju – soće* (сокъ, соки, σιτοδοσία)⁵⁵ plaćali su svi podanici srpskih vladara, a iznosio je ili jedan perper ili kabao⁵⁶ žita. Žito se iporučivalo ili na dan Svetog Dimitrija (Mitrovdan) ili na Božić.

e) *Akrostih* (*Acrostico*, Ἀκρόστιχis) u iznosu od 100 perpera bio je porez koga su plaćali primorski gradovi Budva i Bar.

ž) *Žirovnina* (Жировнина) je porez koga predviđa član 190 Dušanovog zakonika: И ако се оу жоупи жир роди тога жи́ра цароу половина а томоу власте-линоу чиа є держава половина (*I ako u župi žir rodi, toga žira caru polovina, a tome vlastelinu čije je imanje polovina*).⁵⁷ Ovo je bio značajan izvor prihoda s obzirom da je žir služio za ishranu svinja, kojih je bilo u krdima na carevim domenima. U jednom popisu imanja manastira Hilandara od novembra 1372. godine u oblasti reke Strume (u Makedoniji), ovaj porez se naziva *valanistro*,⁵⁸ što ukazuje da je on preuzet iz Vizantije (βαλάνιστρον).⁵⁹

z) *Pravo preče prodaje mesa na trgovima*. – U ugovoru kralja Milutina sa Dubrovnikom od 14 septembra 1302. godine čitamo: И да имь не намѣтоуѣ безъ волѣ месо коупити или браве или свиник или кралево или чие годѣ, ни малоу ни великоу коуплю, развѣ кѣди се хо́ке кралево месо продати, да се зароу́чи по въсемоу трьгоу, да не продаю ни коупоу́ю меса, доколѣ се кралево прода.⁶⁰ To znači da trgovci nisu smeli prodavati meso na trgovima dok se kraljevo ne rasproda. Pošto su vladari na svojim posedima raspolagali velikom količinom stoke (deo te stoke poticao je i od kazni), radilo se o značajnoj privilegiji koja je donosila zamašan prihod.

i) *Feudalne pomoći* (*Auxilia*, *aide*) koje su dugovane vladaru propisao je član 128 Dušanovog zakonika, koji kaže: Господи́нь царь кѣди имє сына жени́ти или кры́щеник и боуде моу на потрѣвоу двору чинити и коу́ки да помо́же малѣ и голем (*Gospodin car, kada ima sina ženiti, ili krštenje, i bude mu na potrebu dvor činiti i kuće, da pomaže mali i veliki*).⁶¹

j) *Prihodi sa dvorske zemlje* predstavljaju prihode koje je vladar ubirao sa krunskih domena (*territorium regale*), odnosno imanja koja su bila njegova privatna svojina. Koliki je taj prihod bio saznajemo posredno iz povelje cara Dušana

⁵⁵ Značenje reči *soće* nije razjašnjeno, mada ima više pretpostavki. Videti odrednicu „Soće“ (M. Blagojević), *LSSV*, str. 683-685.

⁵⁶ Nije sigurno koliko je iznosio jedan kabao: 16 ili 40 litara. Međutim, prema najnovijim istraživanjima M. Blagojevića, „Soće – osnovni porez srednjovekovne Srbije“, *Glas Srpske Akademije Nauka i Umetnosti, Odeljenje istorijskih nauka, knj. 11, SSSHs*, Beograd 2001, str. 1-44, jedan kabao težio je između 61,5 i 62 kilograma.

⁵⁷ S. Novaković, *Zakonik*, str. 144; N. Radojčić, *Zakonik*, str. 81; Đ. Bubalo, str. 221.

⁵⁸ A. Solovjev, *Odabrani spomenici*, str. 164.

⁵⁹ Videti Lj. Maksimović, „Poreski sistem u grčkim oblastima srpskog carstva“, *Zbornik radova Vizantološkog instituta* 17 (1976), str. 100-125, posebno 120-121.

⁶⁰ S. Novaković, *Zakonski spomenici*, str. 161-162; Mošin, Čirković, Sindik, *Zbornik*, str. 345.

⁶¹ S. Novaković, *Zakonik*, str. 98; N. Radojčić, *Zakonik*, str. 124; Đ. Bubalo, *Zakonik*, str. 100.

Hilanderu od 1348. godine u kojoj stoji: **И приложисмо отъ всега добитка живого, што се находитъ оу царства ми, десетькъ всако годиште... да си оузимаю за тѣъ десетькъ всако годиште на Гюргеѡвъ днь лѣтний оу Новомъ Брьдѣ сребра за четири тисоушта крѣстатихъ перперѣ.**⁶² Car je, znači, poklanjao Hilanderu desetinu prihoda koji je dobijao od stoke (takozvanog „dobitka živog“), što je iznosilo 400 perpera godišnje.

k) *Prihodi od kazni*, bilo u naturi ili u novcu, pripadali su vladaru, o čemu svedoči i naziv *kaznac* za sakupljača poreza. Vladar je imao pravo konfiskacije imanja vlastelina koji otkáže vazalnu zakletvu i pobegne u inostranstvo. Konfiskovana imovina se međutim, najčešće dodeljivala drugom vlastelinu ili crkvi.⁶³

Pored navedenih redovnih prihoda vladarevo bogatstvo uvećavale su i brojne privilegije kao što su obrok, priselica, besplatan prevoz, gradozidanije i slično.

2. DVOR

Prve titule

Tokom XII i XIII veka pravni spomenici ne pominju posebne dvorske titule, već se svi dvorani nazivaju, kako stoji u povelji kralja Dragutina Hilanderu, izdatoj između 1276. i 1281. godine *vladalci dvora kraljeva* (**владальць двора краља**).⁶⁴ Izuzetak su bile titule *kaznaca* i *tepčije*. *Kaznac* (*camerarius*) je bio skupljač poreza,⁶⁵ dok se *tepčija* starao o vladarevoj imovini.⁶⁶ Sa širenjem i bogaćenjem srpskog dvora krajem XIII veka uvedene su nove titule – sluga i stavilac. *Sluga* je na srpskom dvoru bio zadužen da nadgleda nabavku i služenje vina kraljevim zvanicama (*regalis pincerna* ili **πινκέρης** vizantijskog dvora). Tu titulu nosili su, tokom svoje karijere, najugledniji srpski plemići, kao što su bili Branko, Pribac i Jovan Oliver.⁶⁷ *Stavilac* je neka vrsta nadzornika carske trpeze, slično vizantijskim titulama *domestika stolnika* i *stolnika* (**ὁ δομέστικός τῆς τραπέζης**

⁶² S. Novaković, *Zakonski spomenici*, str. 419-420.

⁶³ Prvi takav primer može se naći u povelji kralja Milutina manastiru Svetog Đorđa kod Skoplja (1300), gde se kaže kako je imanje vlastelina Verihe, koji je pobegao u Bugarsku, dodeljeno manastiru. Videti Mošin, Ćirković, Sindik, *Zbornik*, str. 323.

⁶⁴ Mošin, Ćirković, Sindik, *Zbornik*, str. 268.

⁶⁵ Videti M. Blagojević, *Državna uprava u srpskim srednjovekovnim zemljama*, Beograd 1997, str. 17-24.

⁶⁶ Značenje izraza *tepčija* nije sasvim jasno. Videti M. Blagojević, „Tepčije u srednjovekovnoj Srbiji, Bosni i Hrvatskoj“, *Istorijski glasnik*, 1-2 (1976), str. 7-47.

⁶⁷ Branko je bio osnivač dinastije Brankovića, koja je vladala Srbijom u XV veku. O njegovoj ličnosti videti M. Spremić, *Despot Đurađ Branković i njegovo doba*, Beograd 1994, str. 17. Pribac je bio otac Lazara Hrebeljanovića. Videti R. Mihaljčić, *Lazar Hrebeljanović, istorija, kult, predanje*, Beograd 2001, str. 15-20. Jovan Oliver bio je najmoćniji oblasni gospodar na dvoru cara Dušana. Videti B. Ferjančić, *Despoti u Vizantiji i južnoslovenskim zemljama*, *Srpska Akademija*

и ἐπὶ τῆς τραπεζῆς). Ali, pošto je srpski dvor bio znatno skromniji od vizantijskog, stavilac je vršio i neke izvršne funkcije, a ne samo ceremonijalne (kao što je to bio slučaj sa stolnicima), i regrutovao se iz reda najpoverljivijih vladarevih ličnosti.⁶⁸

Vizantijski istoričar Georgije Pahimer pripoveda kako je srpski kralj Uroš poslao svoga mesazona (μεσάζων) Đorđa (Γεώργιος) da krene u susret vizantijskoj delegaciji koja je putovala na srpski dvor.⁶⁹ Pošto Pahimer nije dovoljno dobro poznao hijerarhiju na srpskom dvoru on je kraljevom dvoraninu Đorđu dao titulu mesazona,⁷⁰ koja inače u Srbiji nije postojala.

Reforma državne uprave kralja Dušana (1340)

Kralj Dušan sprovodi 1340. godine reformu državne uprave sa ciljem da preciznije odredi nadležnosti i prava dvorskih dostojanstvenika i lokalnih organa uprave. U tom cilju on je, pod uticajem Vizantije, u Srbiju uveo nove titule, kao što su *logotet* ili *veliki logotet*, *protovestijar*, *čelnik*, *dvorodržica*, i na lokalnom nivou *kefalija*.

Logotet ili *veliki logotet* (od grčkog λογοθέτης) bi ponajviše odgovarao kancelaru iz Zapadnoevropskih srednjovekovnih monarhija (*notarius domini regis* ili *cancellarius*). Titula je vizantijskog porekla,⁷¹ i logotet je morao biti obrazovana osoba koja pripada velikoj vlasteli. Član 134 Dušanovog zakonika kaže: И шо записоу? господинъ царь бащине комоу запише село да'ст логофетоу .л. перперъ за хрисоволь а комоу жоупоу ѿд всакога села по .л. перперъ а дикакоу за писаннъ .з. перперъ (*I što zapisuje gospodin car baštine, komu zapiše село, da je logotetu trideset perpera za hrisovulj, a komu župu, od svakoga sela po trideset perpera, a đaku za pisanje šest perpera*). Član 25 naređuje: Црквѣ да вѣлада господинъ царь, и патриархъ а логофетъ, а инъ никто (*Crkvama da upravlja gospo-*

Nauka i Umetnosti, posebna izdanja, knjiga CCCXXXVI, Vizantološki institut, knjiga 8, Beograd 1960, str. 160.

⁶⁸ O službi stavioca videti R. Mihaljčić, „Stavilac“, *Istorijski časopis*, XXIII (1976), str. 5-21.

⁶⁹ G. Pachymeres, Bonn, I, p. 474, 12; éd. Failler II, p. 455.

⁷⁰ U pozno vizantijsko doba mesazon je neka vrsta prvog ministra. O njegovoj službi videti J. Verpeaux, „Contribution à l'étude de l'administration byzantine: ó μεσάζων“, *Byzantinoslavica* 16 (1955), pp. 270-296; H. G. Beck, „Der byzantinische Ministerpräsident“, *Byzantinische Zeitschrift* 48 (1955), pp. 309-338; R. J. Loenertz, „Le chancelier impérial à Byzance au XIIIe et au XIVe siècle“, *Orientalia christiana periodica* 26 (1960), pp. 275-300; L. P. Raybaud, *Le gouvernement et l'administration centrale de l'Empire Byzantin sous les premiers Paléologues (1258-1354)*, Paris 1968, pp. 202-206.

⁷¹ Vizantijski izvori pominju pet različitih vrsta logoteta: τῶν ἀγγέλων (nadzornik krda konja i mazgi), τῶν ὑδάτων (doslovno „logotet voda“, prilično nejasna služba koja se pominje samo jedanput u tekstovima), τοῦ δρόμου (zadužen za pošte i javni saobraćaj – *cursus publicus*), τοῦ πραιτωρίου (pomoćnik prefekta Carigrada), i τοῦ στρατιωτικοῦ (visoki dostojanstvenik zadužen za smeštaj vojnika).

din car, i patrijarh i logotet, a niko drugi).⁷² Ostale dužnosti logoteta odnosile su se na diplomatske aktivnosti i zakonodavstvo.

Protovestijar (πρωτοβεστιάριος, nadzornik careve garderobe u Vizantiji, naslednik *comes sacrae vestis* iz Rimskog carstva) je u Srbiji bio glavni rizničar i starao se o državnim prihodima.

Čelnik je titula srpskog porekla. Naziv potiče od reči čelo (biti na čelu nečega), a dužnost mu je bila da zapoveda najvažnijim tvrđavama u državi.

Dvorodržica je bio intendant kraljevske palate i starao se o snabdevanju dvora.

U lokalnoj upravi kralj Dušan je uveo titulu *kefalije* (ή κεφαλή, ό κεφαλαιτικεύων, *capitaneus*), koja je takođe bila vizantijskog porekla.⁷³ Kefalije su upravljale gradovima i njihova dužnost je bila određena nekolikim članovima Dušanovog zakonika. Najpre član 63 zapoveda: *Кефалии що соу по градовѣх да оузи-маю свои дохѡдыкъ законѡмъ; и да имъ се продѡ жита и вина и меса за динарь що иномоу за два; нъ грагѡанинѣ този да моу продѡ а инѣ никто* (*Kefalije, što su u gradovima, da uzimaju dohodak po zakonu, i da im se prodaje žita, i vina, i mesa za dinar što drugomu za dva, no građanin to da mu prodaje, a drugi niko*). Prema članu 157 kefalije moraju da ...поставе страже по всех поутех и кпаліамъ да прѣдадоу поутѡве и да ихъ влюдоу съ стражами да ако се ктоо гоуци, или оукраде или се ко зло оучини тѣ час да гредоу къ кпаліамъ да им плакиаю ѡт сво коуќ, а кефалие страже да ишоу и гоусаре и тати (...*postave straže po svima putevima, i kefalijama da predadu puteve, i da ih čuvaju sa stražama, i da, ako se ko opljačka ili pokrade, ili se koje zlo učini, taj čas idu kefalijama, da im plaćaju od svoga, a kefalije straže da traže i razbojнике i lopove*). Naredba člana 160 glasi: *Ако се гдѣ слоучи комоу люво гостеви или тръговьцоу или калоѣроу тере моу оузме що гоуса или татѣ или коа годѣ забава да гредоу тизи вѣси къ цароу да имъ плати царь що боудоу изгоубили а царь да ище кпаліе и властеле кои имъ боуде поутѣ прѣданѣ и страже прѣданѣ...* (*Ako se gde dogodi kojemu bilo gostu, ili trgovcu, ili kaluđeru, te mu uzme što razbojnik ili lopov, ili koja god smetnja, da idu ti svi caru, da im plati car, što budu izgubili, a car da traži kefalije i vlastelu, kojima bude put predan i straže predane...*). Prema članu 194 kefalija je imao pravo da sudi u mešovitim sudovima, zajedno sa predstavnicima sveštenstva, ali nije imao pravo da naplaćuje globe.⁷⁴

⁷² S. Novaković, *Zakonik*, str. 102, 32; N. Radojčić, *Zakonik*, str. 68, 47; Đ. Bubalo, *Zakonik*, str. 102, 80.

⁷³ O dužnosti kefalije u poslednja dva veka vizantijske istorije videti Lj. Maksimović, *The Byzantine Provincial Administration under the Palaiologoi*, Amsterdam 1988, pp. 117-166.

⁷⁴ S. Novaković, *Zakonik*, str. 52, 123, 125, 145; N. Radojčić, *Zakonik*, str. 55, 74, 82; Đ. Bubalo, *Zakonik*, str. 87, 108, 109, 118.

Vizantijske titule

Nakon proglašenja za cara Stefan Dušan je u Srbiju uveo izvestan broj vizantijskih titula od kojih su najznačajnije *despot*, *sevastokrator*, *ćesar* i *sevast*. Prema vizantijskom nepisanom ustavu dodela ovih titula bila je ekskluzivno pravo cara, mada srpski izvori pominju vizantijske titule i pre 1346. godine. Ipak, u tim slučajevima radilo se o titulama stranog porekla koje su bili dodelili vizantijski ili bugarski carevi.

Počev od 1163. godine titula despota (**δεσπότης**, grčki prevod latinske titule *dominus*) označavala je u Vizantiji najviši rang, odmah iza carskog. Ali vizantijski pisci koriste taj izraz ponekad i za samog cara.⁷⁵ U srednjovekovnoj Srbiji despot je bila počasna titula koju su nosili članovi carske porodice i najuticajnije velmože, kao što su bili Jovan Oliver, Jovan Komnen, Dušanov šurak, Dušanov polubrat Simeon-Siniša, Dejan, suprug Dušanove sestre Teodore i Jovan Uglješa.⁷⁶ Od 1402. godine, despot je bila titula srpskih vladara, sve do propasti države (1459).

Titula *sevastokratora* (**σεβαστοκράτωρ**) nastala je u Vizantiji početkom vladavine cara Aleksija I Komnina (1081).⁷⁷ Pre nego što su postali despoti, srpske velmože nosili su titulu *sevastokratora* (Jovan Oliver, Branko Mladenović i Vlatko).⁷⁸

Stara rimska titula cezara (*caesar*, **καίσαρ**), u formi kesar ili ćesar, bila je takođe uneta u srednjovekovnu Srbiju. Prvi srpski vlastelin koji je nosio tu titulu bio je Grgur Golubić, pomenut u jednom pismu pape Klimenta VI (mart 1347) kao *Gregorius Golubic, caesar regni Rascie*.⁷⁹ Među ostalim nosiocima ove titule izvori pominju Dušanovog vojskovođu Preljuba, osvajača Tesalije, kesara Voihnu, gospodara Drame (u Grčkoj), i izvesne Novaka i Uglješu, sinove Vlatka.⁸⁰

Neki srpski izvori pominju i titulu *sevasta* (**σεβαστός**), koja je van svake sumnje, vizantijskog porekla. Izraz je zapravo grčki prevod latinske reči *augustus*, ali od vremena vladavine cara Aleksija I Komnina titula je izgubila svoj značaj i postala sastavni deo raznih novostvorenih titula kao što su *sevastokrator*, *panipersevast*, *sevastoiPERTAT*, a u vreme Paleologa i *protosevast* (**πρωτοσεβαστος**),

⁷⁵ Videti B. Ferjančić, *Despoti*, str. 3-8. O despotima u Vizantiji videti i R. Guiland, „Étude sur l'histoire administrative de l'Empire byzantin: le despote, δεσπότης“, *Revue des études byzantines* 17 (1959), pp. 52-89.

⁷⁶ Detaljnije o životima i karijerama ovih vlastelina videti B. Ferjančić, *Despoti*, str. 157-181.

⁷⁷ Anne Comnène, *Alexiade*, éd. B. Leib, Paris 1967, tome I, livre III, 4, p. 113, pripoveda: „Vasilevs Aleksije je stvorio novu titulu, spojivši titule sevasta i autokratora, i dodelio svome bratu [Isaku] titulu sevastokratora, načinivši da kažemo drugog vasilevsa (δεύτερον βασιλέα).“

⁷⁸ Videti B. Ferjančić, „Sevastokratori i kesari u Srpskom carstvu“, *Zbornik Filozofskog fakulteta u Beogradu H-1* (1970), str. 255-269.

⁷⁹ K. Jireček, „Srpski car Uroš, kralj Vukašin i Dubrovčani“, *Zbornik K. Jirečeka I*, Beograd 1959, str. 362, nap. 58.

⁸⁰ B. Ferjančić, „Sevastokratori i kesari“, str. 263-268.

pansevast sevast (πανσέβαστος σεβαστός) i *pansevast* (πανσέβαστος).⁸¹ Ali, za razliku od Vizantije gde je sevast bio počasna titula, u Srbiji je nosilac tog dostojanstva bio zadužen za katastar i finansije.⁸² Hrisovulja kralja Milutina Hilandar (1303-1304) pominje sevasta Obrada Maniaka čiji je zadatak bio da odredi međe između imanja (А те меѣ оутеса сѣвастъ ѿбрадь Маниакъ).⁸³ U poznatoj povelji istog vladara manastiru Svetog Đorđa kod Skoplja stoji da onaj koji sprečava redovno navodnjavanje polja koja pripadaju manastiru, treba da plati sevastu globu u iznosu od 21 perpera (И възврании водѣ теши на црьковноу землю, идеже ѣсть и вт испрѣва текла законная вода, да плати поткоу севастоу. VI. перьперь). Ista hrisovulja zabranjuje kraljevim dvoranima, uključujući i sevasta, da sude manastirskim sebrima (уловѣоу Светаго Гевургия да не соудѣ никои владоуши по дръжавахъ краљѣства ми, ни дѣ втрока на нь, ни казнѣнь, ни тепѣнии мали, ни соудѣни вѣли ни мали, ни севастъ, ни прахторъ...), iz čega se da zaključiti da je sevast imao i neke sudske nadležnosti.⁸⁴

Kraljevski (carski) savet

Pojedina obaveštenja koja nalazimo u izvorima nameću zaključak da je u srednjovekovnoj Srbiji postojala neka vrsta vladarevog saveta, sačinjenog od najistaknutije vlastele. Navešćemo nekoliko primera.

U žitiju Svetoga Save, iz pera monaha Teodosija, kaže se da je Sava išao na pregovore sa odmetnikom Strezom, koji nije priznavao vrhovnu vlast njegovog brata Stefana. Po povratku, Sava je pozvao brata i sve njegove najznačajnije vojvode.⁸⁵ Arhiepiskop Danilo pominje „carski Sinklit“ (σύγκλητος, grčka reč koja je korišćena za carigradski Senat), koji je prisustvovao sahrani kraljice Jelene⁸⁶ pored kralja, vlastele i naroda.⁸⁷ Kada je kralj Milutin odlučio da oslepi svoga sina Stefana Dečanskog, savetovao se sa svojim velmožama.⁸⁸ Pošto je zarobio svoga oca Stefana Dečanskog, mladi Stefan Dušan je tražio savet od najmoćnije

⁸¹ Cf. L. Bréhier, „L’Origine des titres impériaux à Byzance“, *Byzantinische Zeitschrift* 15 (1906), p. 160 sq.

⁸² Videti Lj. Maksimović, „Sevasti u srednjovekovnoj Srbiji“, *Zbornik radova Vizantološkog instituta* 32 (1993), str. 139-147.

⁸³ Mošin, Ćirković, Sindik, *Zbornik*, str. 376.

⁸⁴ Mošin, Ćirković, Sindik, *Zbornik*, str. 322, 326.

⁸⁵ Đ. Daničić, *Žitije Svetog Save, napisao Teodosije*, Beograd 1860, str. 140-143.

⁸⁶ Radi se o Jeleni Anžuskoj (Hélène d’Anjou), rođaci Karla I (Charles I) i Karla II Anžuskoj (Charles II d’Anjou), koja se u poveljama anžuskih kraljeva naziva *consaguinea nostra carissima*, *cognata nostra*, *affinis nostra carissima*. Jelena je bila supruga kralja Uroša I i majka budućih vladara Dragutina i Milutina. O njenom životu videti M. Popović, *Srpska kraljica Jelena između rimokatoličanstva i pravoslavlja*, Beograd 2010.

⁸⁷ Đ. Daničić, *Arhiepiskop Danilo i drugi, Životi kraljeva i arhiepiskopa srpskih*, Zagreb 1866, str. 91-93.

⁸⁸ *Arhiepiskop Danilo*, str. 126.

Srđan N. Šarkić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Sarkic@pf.uns.ac.rs

Monarch and Court in Mediaeval Serbia

Abstract: *The Serbian Mediaeval State was a monarchy where the ruler exercised supreme powers with legislative, military, diplomatic and judicial competences. The kings also claimed property right over the whole territory of the State (dominium eminens). However, diverse types of institutional representation completed the governmental structure. State Councils exercised a great influence. They were representative body comprising the most powerful lords, secular and ecclesiastical. The sources also mention the existence of various court dignitaries and local civil servants. The most important court dignitaries comprised the kaznac (tax collector) and the tepčija (land official). In the administrative reform of 1340, under King Dušan, new titles and offices were introduced, mostly as a result of the Byzantine influence. These new titles included the logothet (chancellor), the protovestijar (chamberlain,) the great čelnik (comes palatinus) and dvorodržica (marshal of the court), while on the local level, a new office of kefalija (capitaneus) was created. A few Serbian and Byzantine narrative sources point also to the existence of a Privy Council that regrouped the highest nobility of the kingdom.*

Keywords: *Great župan, king, tsar, despote, court, tepčija, kaznac, logothet, protovestijar, the great čelnik, dvorodržica, Privy Council.*

Datum prijema rada: 07.09.2016.

*Dr Zoran V. Arsić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
Z.Arsic@pf.uns.ac.rs*

PRINUDNI OTKUP AKCIJA – POSTUPAK¹

Sažetak: *Postupak prinudnog otkupa akcija se inicira predlogom većinskog akcionara koji je ostvario imovinski i upravljački cenzus. Prinudni otkup se zasniva na odgovarajućoj odluci skupštine akcionarskog društva. Odluka skupštine se donosi prostom većinom i otkupilac može da učestvuje u odlučivanju. Značaj skupštinske odluke je u tome što njeno postojanje omogućava zaštitu manjine akcionara, obzirom da se takva odluka može pobijati. Izuzetak u tom pogledu postoji u slučaju da cena nije utvrđena u skladu sa zakonom. U tom slučaju nezadovoljni akcionar može da se obrati sudu u vanparničnom postupku i da traži utvrđivanje cene. U slučaju da sud po takvom predlogu utvrdi višu cenu, ona se primenjuje u poledu svih akcionara čije su akcije predmet prinudnog otkupa.*

Ključne reči: *akcija, prinudni otkup akcija.*

Prinudni otkup akcija je u pravu Republike Srbije regulisan u Zakonu o privrednim društvima (ZPD, *Službeni Glasnik RS* 36/2011, 99/2011, 83/2014, 15/2015) u čl. 515–523. Cilj regulative ogleda se u omogućavanju preduzetničke slobode otkuopica akcija. Prinudnim otkupom akcija manjine akcionara izbegavaju se troškovi vezani za procedure u pogledu skupštine. S druge strane izbegava se mogućnost opstrukcije od strane manjine akcionara, koja se, najčešće odvijala putem zloupotrebe tužbe za pobijanje skupštinskih odluka.²

U daljim izlaganjima biće razmotrena pitanja vezana za postupak prinudnog otkupa akcija.

¹ Rad je deo projekta „Pravna tradicija i novi pravni izazovi” čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu

² O ovim i drugim pitanjima vidi Zoran Arsić, Prinudni otkup akcija, *Pravni život* 11/2014, str. 133 – 142; Zoran Arsić, Prinudni otkup akcija – otkupilac, preostali akcionari, zloupotreba prava na prinudni otkup akcija, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2015, str.21 – 32

1. PREDLOG (ZAHTEV)

Postupak prinudnog otkupa akcija počinje podnošenjem predloga (zahteva) od strane otkupioaca. Ovde se ne radi samo o pravu na pokretanje postupka, već i o formalnoj pretpostavci predstojećeg postupka.³ Odsustvo predloga, odnosno njegovog pravnog dejstva, ima za posledicu poboynost skupštinske odluke o prinudnom otkupu akcija.⁴

Po svojoj prirodi predlog predstavlja izjavu volje, koja ima i korporativno pravni karakter.⁵

Predlog proizvodi pravno dejstvo po prispeću. Sporno je kome se predlog upućuje. Prema jednom stavu predlog se upućuje društvu.⁶ Prema drugom stavu predlog se upućuje društvu zastupanom od strane odbora direktora, kao njegovim zakonskim zastupnicima.⁷ Kada je domaće pravo u pitanju predlog je upućen društvu zastupanom od strane izvršnih direktora, s obzirom na čl. 388 st. 1. Pri tome je dovoljno da predlog stigne samo jednom izvršnom direktoru (čl. 388 st. 3). Prema opštim pravilima imovinskog prava otkupilac se može obavezati ugovorom prema trećem da će sprovesti postupak prinudnog otkupa akcija.⁸

Kada je forma predloga u pitanju treba imati u vidu da u domaćem pravu ne postoji izričita norma. Istovetna situacija u drugim nacionalnim pravima (nemačkom) uzrokovala je stav prema kojem je dopušten i zahtev u usmenoj formi, kao i konkludentna radnja.⁹ Ovakav zaključak se zasniva na stavu da odsustvo regulative u pogledu forme zahteva nije previd zakonodavca. Smatramo da je ovakav pristup prihvatljiv i za domaće pravo. S druge strane, ako otkupilac podnese zahtev za sazivanje vanredne skupštine radi donošenja odluke o prinudnom otkupu akcija, zahtevi u pogledu forme se cene prema regulativi sazivanja vanredne skupštine. Kada je domaće pravo u pitanju nije izričito predviđeno da zahtev manjine za sazivanje skupštine mora biti u pisanoj formi, ali se takav zaključak može izvesti iz odgovarajuće regulative.¹⁰ S praktičnog aspekta posmatrano, teško je zamislivo da bi otkupilac podneo predlog koji nije u pisanoj formi.

³ Holger Fleischer u Klaus J. Hopt et al. *Aktiengesetz* §§ 327a – 328; 396–398, Berlin 2007, 58

⁴ *Ibidem*

⁵ H. Fleischer, 58; York Schnorbus u Karsten Schmidt, Marcus Lutter, *Aktiengesetz*, Köln 2008, 3040

⁶ Prema H. Fleischer, 59

⁷ H. Fleischer, 59; Hans Moritz, *Squeeze Out : Der Ausschluss von Minderheitsaktionären nach §§ 327a ff Aktg*, Lausanne 2004, 145

⁸ Y. Schnorbus, 3040

⁹ H. Fleischer, 59; H. Moritz H, 145

¹⁰ U čl. 372 nema odredbi o formi zahteva za sazivanje skupštine, ali se u čl. 339 spominje preporučena pošta.

U pogledu sadržine predloga, u uporednom pravu, postoji dilema da li predlog mora sadržati i iznos naknade.¹¹ Ovo pitanje nije od značaja za domaće pravo budući da iznos naknade utvrđuje društvo (čl. 516 st. 3).

Između sticanja cenzusa i postavljanja predloga nema vremenske veze. Otkupilac nije obavezan da podnese predlog za prinudni otkup akcija kada stekne cenzus. Radi se o pravu koje nije vremenski ograničeno.

2. SAZIVANJE SKUPŠTINE

Podnošenje punovažnog predloga otkupioca ima za posledicu nastanak obaveze sazivanja skupštine.¹² Da bi predlog bio punovažan podnosilac mora dokazati da je ovlašćen na prinudni otkup akcija, odnosno mora da postoji cenzus propisan zakonom. U tom smislu smo ranije ukazali da cenzus mora da postoji u trenutku podnošenja predloga. Sporno je koga tereti ta obaveza sazivanja skupštine.¹³ Prema jednom stavu, dužnik obaveze je nadležni organ (odbor direktora), dok je prema drugom stavu, dužnik obaveze društvo, pri čemu je nadležnost organa utvrđena zakonom. S obzirom da je adresat predloga društvo (zastupano od strane izvršnih direktora), smatramo da je ono dužnik obaveze sazivanja skupštine.¹⁴ Pri tome se ne dira u nadležnost odbora direktora, odnosno nadzornog odbora u slučaju dvodomnog upravljanja, u pogledu donošenja odluke o sazivanju skupštine.

Sporno je kakvu odluku može da donese odbor direktora. Pitanje je da li odbor direktora mora da sazove vanrednu sednicu skupštine, ili može da čeka narednu redovnu sednicu. Razlikovanje se čini zbog troškova koji bi nastali kada bi se sazivala skupština samo zbog predloga otkupioca, a kojih ne bi bilo u slučaju redovne skupštine, koja se obavezno saziva u zakonom utvrđenim slučajevima. S tim u vezi je i pitanje da li postupak prinudnog otkupa akcija u interesu društva ili samo u interesu otkupioca.¹⁵ Ukazuje se, prema nekim stavovima, da je odbor direktora u obavezi da sazove vanrednu skupštinu kada interesi društva zahtevaju brzo sprovođenje postupak prinudnog otkupa akcija, ako i kada otkupilac preuzme

¹¹ Prema vladajućem mišljenju u nemačkom pravu predlog mora sadržati i iznos naknade. Suprotno Y. Schnorbus, 3040

¹² Zoran Arsić, Odluka o sazivanju skupštine akcionarskog društva prema Zakonu o privrednim društvima iz 2011 godine, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2012, 61-72; Zoran Arsić, Sazivanje skupštine akcionarskog društva prema Zakonu o privrednim društvima iz 2011 godine, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2013, 93-106

¹³ H. Fleischer, 61

¹⁴ Tako i Timo Holzborn, Roger Müller u Tobias Bürgers, Torsten Körber, *Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz*, Heidelberg 2008, 1949 uz izričit stav da nema samostalne obaveze odbora direktora.

¹⁵ Y. Schnorbus, 3041

troškove.¹⁶ Nasuprot tome smatra se da je društvo u obavezi da sazove vanrednu skupštinu i da se ne može osloboditi te obaveze sa osnova nepostojanja interesa društva za brzim sprovođenjem postupaka.¹⁷ Ovaj stav smatramo prihvatljivim posebno imajući u vidu da otkupiocu ostaje na raspolaganju i zahtev za sazivanje vanredne skupštine iz čl. 372 pri čemu se kao ograničavajući faktor javlja period od tri meseca iz st. 3 istog člana.

Na sazivanje skupštine primenjuju se, pre svega, opšti propisi o sazivanju skupštine. S tim u vezi je sporno da li mora postojati predlog odluke o prinudnom otkupu akcija. Prema većinskom mišljenju oba obaveza tereti nadležni organ i u ovom slučaju.¹⁸

Posebna regulativa je predviđena u čl. 517 i odnosi se na materijale za skupštinu. Odbor direktora, odnosno nadzorni odbor ako je upravljanje društvom dvodomno dužan je da u okviru materijala za sednicu skupštine na kojoj se donosi odluka o prinudnom otkupu akcionarima dostavi: 1) obaveštenje o načinu utvrđivanja cene akcija koje su predmet prinudnog otkupa u skladu sa članom 475; 2) sve vrednosti tih akcija utvrđene u skladu sa članom 475; 3) godišnje finansijske izveštaje i godišnje izveštaje o poslovanju, kao i konsolidovane godišnje izveštaje o poslovanju ako postoje, za tri poslednje poslovne godine. Obaveštenje mora da sadrži i podatak o pravu akcionara čije su akcije predmet otkupa na isplatu cene utvrđene u skladu sa članom 516, pravu na pobijanje odluke skupštine, kao i o pravu da traži da nadležni sud ispita primerenost naknade u i to nezavisno od načina glasanja o odluci o prinudnom otkupu.

Dodatni zahtevi u pogledu materijala za skupštinu postoje i u drugim nacionalnim pravima. Svrha takve regulative je da se manjinski akcionari upoznaju sa sadržinom transakcije. Nezavisno od toga što je, zbog većina kojom raspolaže otkupilac, donošenje odluke prejudicirano, ovakva regulativa omogućava manjinskim akcionarima da vrše svoja upravljačka prava (postavljanje pitanja, pobijanje skupštinske odluke), kao i donošenje odluke o pokretanju sudskog postupka¹⁹ (u domaćem pravu vanparničnog postupka iz čl. 521). Regulativa čl. 517 je imperativna. Povreda tih pravila ima za posledicu pobožnost skupštinske odluke o prinudnom otkupu akcija.²⁰

Postojanje dodatnih zahteva u pogledu sazivanja skupštine je razlog zbog kojeg se u literature iznosi stav prema kojem odluku o prinudnom otkupu akcija nije moguće doneti na tzv. univerzalnoj skupštini. Ovo se obrazlaže time da mo-

¹⁶ H. Moritz, 146 napomena br. 461

¹⁷ T. Holzborn, R. Müller, 1949

¹⁸ H. Moritz, 160; H. Fleischer H, 60; T. Holzborn, R. Müller, 1949 i tamo navedena literatura uz navođenje suprotnog mišljenja. Ukazuje se da odbor direktora ne mora da sačini predlog odluke kada to nije u interesu društva ili akcionara. Tako Y. Schnorbus, 3063

¹⁹ Y. Schnorbus, 3062

²⁰ Ovde se radi o povredi prava na informisanje akcionara i u domaćem pravu nije predviđen poseban osnov za pobijanje, kao što je to slučaj u na pr. nemačkom pravu

gućnost univerzalne skupštine predstavlja izuzetak od opštih pravila u pogledu sazivanja skupštine, ali ne i posebne regulative kada se radi o prinudnom otkupu akcija. Pri tome se ukazuje da ta regulativa omogućava akcionarima vršenje njihovih prava (učestvovanje, diskusiju, postavljanje pitanja) kao i odluku o pokretanju sudskog postupaka u cilju utvrđivanja naknade za prinudno otkupljene akcije.²¹

Za razliku od nekih nacionalnih prava, u domaćem pravu nije predviđena obaveza otkupioaca da učestvuje u pripremi skupštine tako što postoji njegova obaveza da pripremi izveštaj o prinudnom otkupu akcija.²² S tim u vezi se otvara pitanje vršenja prava na postavljanje pitanja u skupštini. Dužnik davanja odgovora je društvo, odnosno odbor direktora, a ne otkupilac.²³ Otkupilac nema obavezu davanja odgovora prema odboru direktora, prema društvu, kao ni prema skupštini.²⁴ Pitanja se posebno odnose na postojanje pretpostavki za prinudni otkup akcija – predlog otkupioaca i postojanje cenzusa, kao i utvrđenih vrednosti akcija, kao i o načinu utvrđivanja cene akcija u skladu sa čl. 475. Pitanja se mogu odnositi i na pravnu i poslovnu vezu koja postoji u pogledu otkupioaca kao povezanih preduzeća (lica), s obzirom na mogućnost uračunavanja radi sticanja cenzusa.

2.1. Potreba za skupštinskom odlukom o prinudnom otkupu akcija

S obzirom da prinudni otkup akcija, prema zakonskoj koncepciji, nije preobražajno pravo, potrebna je odluka skupštine. U literaturi postoje različiti stavovi u pogledu potrebe za postojanjem skupštinske odluke o prinudnom otkupu akcija.

Ukazuje se, pre svega, da postojanje cenzusa s jedne strane, i prosta većina potrebna za donošenje odluke, s druge strane, pretvaraju skupštinsku odluku u formalnost. Ovaj stav se iznosi i u pogledu rešenja u nacionalnim pravima koja poznaju samo kapitalski cenzus. Ovo tim pre važi za domaće pravo, s obzirom da cenzus obuhvata i upravljački deo. Treba naglasiti i da se ne primenjuju pravila o glasanju akcionara sa preferencijalnim akcijama u okviru svoje klase (čl. 518). Nasuprot tome ukazuje se da neophodnost postojanja skupštinske odluke, doprinosi zaštiti interesa manjinskih akcionara. Ovo se odnosi na mogućnost pobijanja skupštinske odluke, zahtevi u pogledu materijala za skupštinu, kao i prava vezana za skupštinu, kao što je pravo na postavljanje pitanja.

²¹ H. Moritz, 162

²² Takvo rešenje postoji u nemačkom pravu.

²³ H. Moritz, 167; Y. Schnorbus, 3073

²⁴ H. Moritz, 167 uz navođenje suprotnog stava u napomeni br.524. Takav stav se zasniva na savesnosti otkupioaca, zbog čega on ima obavezu davanja odgovora prema društvu i prema manjinskim akcionarima.

U pogledu argumentacije protiv neophodnosti postojanja skupštinske odluke ukazuje se da nema mesta analogiji sa statusnim promenama, s obzirom da prinudni otkup akcija ima uticaja samo na odnose unutar društva. U tom smislu jednostrano preobražajno pravo, čije vršenje ne bi zahtevalo odluku skupštine, ne predstavlja korporativni akt.²⁵

Ukazuje se, takođe, da neophodnost skupštinske odluke o prinudnom otkupu akcija dovodi do svojevrsnog mešanja interesa otkupioca i društva, odnosno odbora direktora kao organa društva.²⁶ Odbor direktora je obavezan da sazove skupštinu, odgovara na pitanja akcionara, podnese odluku na registraciju, pri čemu su to radnje koje omogućavaju izvršenja posla koji preduzima otkupilac. Ovo zato što akcije prelaze na otkupioca, a ne na društvo.

3. SKUPŠTINSKA ODLUKA

Skupštinska odluka o prinudnom otkupu akcija, u odsustvu posedne norme, donosi se običnom većinom u skladu sa čl. 358. Statutom je moguće predvideti veći broj glasova, što obuhvata i jednoglasno odlučivanje.²⁷

Otkupilac je ovlašćen da glasa.²⁸ Nema, dakle, mesta primeni pravila o isključenju prava glasa akcionara iz čl. 362. Na ovome se zasniva stav prema kojem je donošenje skupštinske odluke čista formalnost. Ovo posebno važi za domaće pravo, budući da cenzus obuhvata i upravljačku komponentu. Ovakva ocena dolazi u pitanje u slučaju da je statutom predviđeno da se odluka može doneti samo jednoglasno.

Prilikom glasanja o odluci o prinudnom otkupu ne primenjuju se odredbe ovog zakona o glasanju akcionara sa preferencijalnim akcijama u okviru svoje klase (čl. 518). Prema stanovištu (inostrane) sudske prakse i literature, nije potrebna posebna odluka klase akcionara.²⁹ Ovo zato što se odlukom o prinudnom otkupu akcija ne menjaju povlašćena prava utvrđena statutom i odlukom o izdavanju – njome se manja samo imalac akcija. Povlašćena prava, međutim, su van domašaja odluke i ostaju nepromenjena.³⁰ Imajući to u vidu smatramo da je norma čl. 518 deklaratorne prirode.

U pogledu sadržine odluke o prinudnom otkupu akcija nema posebnih odredbi, što nije nepoznata situacija u uporednom pravu. Minimum sadržine proizlazi iz čl. 515 st. 1 „prinudni otkup svih akcija preostalih akcionara društva uz

²⁵ Prema H. Moritz, 250-251

²⁶ Prema H. Moritz, 251-252

²⁷ H. Fleischer, 63

²⁸ Nesporno prema T. Holzborn T., R. Müller, 2485

²⁹ T. Holzborn, R. Müller, 2485; H. Fleischer, 64; Y. Schnorbus, 3043

³⁰ H. Fleischer, 64

isplatu cene koja se određuje shodnom primenom odredbi (ovog zakona) o isplati nesaglasnih akcionara”. Prinudni otkup akcija se odnosi na sve manjinske akcionare i ne može biti ograničen samo na neke od njih.³¹ Otkupilac mora biti individualizovan, pri čemu način individualizacije nije predviđen. Smatramo da bi analogno trebalo primeniti odredbu čl. 265 st. 1 tč. 1. Ovo tim pre što se i u pogledu rešenja u nekim nacionalnim pravima koja predviđaju lično ime i poslovno ime i sedište, javljaju stavovi prema kojima bi u pogledu pravnih lica trebalo uneti i registarski broj.³² Manjinski akcionari ne moraju biti individualizovani, s obzirom na nemogućnost izuzimanja.³³ Smatramo da bi bilo celishodno izvršiti označavanje i manjinskih akcionara čije su akcije predmet prinudnog otkupa, s obzirom na mogućnost da neki od njih budu „deo otkupioca”, ako je došlo do uračunavanja njihovih akcija otkupiocu radi ostvarivanja cenzusa. Osim toga treba imati u vidu da akcije nekih manjinskih akcionara ne mogu biti otkupljene.

U domaćem pravu cena (naknada) nije element odluke, budući da društvo određuje cenu u roku od 30 dana od dana donošenja odluke o prinudnom otkupu. U praksi se ovo pitanje, pretežno, tretira kao deo pripreme skupštine i odluka o prinudnom otkupu akcija sadrži i cenu po kojoj se otkup vrši. Nasuprot tome, imajući u vidu zakonsko rešenje, moguća je i varijanta po kojoj se cena naknadno određuje od strane društva (ne otkupioca). Kada je položaj manjine, u tom slučaju, u pitanju treba ukazati na dva momenta. Prvo, s aspekta pobijanja skupštinske odluke ovo nema značaja, budući da se pobijanje ne može sprovesti zbog neprimerenosti cene po kojoj se otkup vrši (čl. 520 st. 2). Nasuprot tome, kada se radi o pokretanju vanparničnog postupka radi utvrđivanja cene od strane nezadovoljnog akcionara, mogu nastupiti određeni problemi. Rok za utvrđivanje cene teče od dana donošenja skupštinske odluke o prinudnom otkupu akcija, dok društvo registruje odluku neposredno posle donošenja, rok za pokretanje vanparničnog postupka počinje da teče, pri čemu manjinski akcionar još uvek ne zna koliku će cenu društvo utvrditi. Ako društvo odluči da do kraja iskoristi rok od 30 dana od dana donošenja odluke, manjinskom akcionaru u takvoj situaciji može ostati malo vremena da pokrene vanparnični postupak. Ovome treba dodati da društvo o utvrđenoj ceni mora da obavesti Centralni registar, a ne manjinske akcionare. Kada član Centralnog registra dostavi potvrdu banke o obezbeđenim novčanim sredstvima i kompletnu dokumentaciju, a u zakonskom roku, Centralni registar daje obaveštenje preko svoje internet stranice o sprovođenju postupka prinudnog otkupa (čl. 109 Korisničkog uputstva Centralnog registra, depoa i kliringa hartija od vrednosti). Manjinski akcionari se tek tada mogu upoznati sa utvrđenom cenom.

³¹ Ovo ne mora biti uvek slučaj, s obzirom na mogućnost uračunavanja.

³² Za nemačko pravo tako prema H. Moritz, 168 napomena br.529

³³ H. Moritz, 169; Y. Schnorbus, 3042

4. REGISTRACIJA ODLUKE O PRINUDNOM OTKUPU AKCIJA

Odluka skupštine o prinudnom otkupu akcija registruje se u skladu sa zakonom o registraciji i dostavlja se Centralnom registru u roku od osam dana od dana donošenja (čl. 519). Centralnom registru se dostavlja registrovana odluka.³⁴

Za razliku od nekih rešenja u uporednom pravu (nemačko pravo) u čl. 519 nisu predviđene pravne posledice registracije odluke. Nezavisno od toga, smatramo da registracija odluke ima konstitutivno dejstvo – akcije preostalih akcionara prelaze na otkupioca. Posao prenosa nije neophodan.

S tim u vezi javljaju se dva pitanja – prvo se odnosi na sopstvene akcije, a drugo na akcije koje se uračunavaju otkupiocu. U pogledu prvog pitanja, treba ukazati da je status sopstvenih akcija u literature sporan.³⁵ Kada je domaće pravo u pitanju, zakonska formulacija ukazuje da se prinudni prenos odnosi na „akcije preostalih akcionara”. S obzirom da društvo po osnovu sopstvenih akcija nije akcionar u samom sebi, smatramo da sopstvene akcije ne prelaze na otkupioca. Smatramo da isti stav treba zauzeti u pogledu akcija koje se uračunavaju otkupiocu – akcionari čije se akcije uračunavaju otkupiocu predstavljaju „deo otkupioca”.³⁶ Kada je domaće pravo u pitanju treba ukazati da prinudnom otkupu ne podležu ni akcije preostalih akcionara na kojima je upisana zabrana raspolaganja, koje su predmet izvršenja ili obezbeđenja i kojima je raspolaganje na drugi način blokirano ili ograničeno.³⁷ Ranija rešenja u pogledu zaloge, kao prepreke za prinudni otkup, su napuštena i razlikuju se dve situacije.³⁸ U slučaju prinudnog otkupa akcija na kojima je upisano založno pravo, Centralni registar vrši isplatu novčanih sredstava, po osnovu prinudnog otkupa tih založenih akcija, na račun člana koji je pokrenuo postupak prodaje na zahtev zalogoprimaca. U slučaju prinudnog otkupa akcija na kojima je upisano založno pravo, a zalogoprimac nije pokrenuo postupak prodaje, Centralni registar vrši isplatu novčanih sredstava, po osnovu prinudnog otkupa tih založenih akcija, na račun člana koji vodi račun hartija od vrednosti zalagodavca.

U slučaju prinudnog otkupa akcija neusaglašenih akcionara (akcionari sa neotpunim ili pogrešnim matičnim podacima) Centralni registar vrši isplatu novčanih sredstava na račun korporativnog agenta uzdavaoca.

³⁴ Čl. 109 Korisničkog uputstva Centralnog registra, depoa i kliringa hartija od vrednosti

³⁵ Y. Schnorbus, 3081 napomena br.41

³⁶ H. Moritz, 182; Isti stav Y. Schnorbus, 3082

³⁷ Čl. 99a Izmena i dopuna pravila poslovanja centralnog registra, depoa i kliringa hartija od vrednosti sa izmenama i dopunama koje su stupila na snagu 22.03.2016 godine

³⁸ Čl. 99b Izmena i dopuna pravila poslovanja centralnog registra, depoa i kliringa hartija od vrednosti sa izmenama i dopunama koje su stupila na snagu 22.03.2016 godine. U pogledu ranijeg rešenja koje se odnosi na zalogu vidi Z. Arsić, *Prinudni otkup akcija – otkupilac, preostali akcionari, zloupotreba prava na prinudni otkup akcija*, 28

Registracijom odluke o prinudom otkupu akcija nastaje i pravo preostalih akcionara na isplatu cene (naknade).

5. CENA (NAKNADA)

Prinudni otkup akcija vrši se uz „isplatu cene”. Na planu terminologije treba ukazati da upotreba termina „otkup” i „cena” ukazuju na koncepciju (prinudne) prodaje akcija. S tim u vezu upućujemo na ranije izlaganja u pogledu pravne prirode, gde smo ukazali na slabosti tog shvatanja, zbog čega bi bilo bolje koristiti termin „naknada”, što kao rešenje postoji u uporednom pravu.

Za razliku od nekih rešenja u uporednom pravu, cenu utvrđuje društvo, a ne otkupilac. Društvo je dužno da utvrdi cenu akcija koje treba da budu predmet otkupa u roku od 30 dana od dana donošenja odluke o prinudnom otkupu akcija i da o tome obavesti Centralni registar, u suprotnom odluka o prinudnom otkupu prestaje da važi (čl. 516 st. 3). Rok od 30 dana se računa primenom čl. 77 st. 1 Zakona o obligacionim odnosima. Ovakva regulativa je razlog zbog kojeg cena nije obavezni element skupštinske odluke. Kao što smo ranije ukazali, u praksi dominira pristup prema kojem je utvrđivanje cene sastavni deo pripreme skupštine i cena predstavlja sastavni deo odluke o prinudnom otkupu akcija.

Cena akcija utvrđuje se prema vrednosti akcija na dan koji ne prethodi više od tri meseca danu donošenja odluke o prinudnom otkupu, ne uzimajući u obzir njeno bilo kakvo očekivano povećanje ili smanjenje kao posledicu te odluke (čl. 516 st. 1). Period od tri meseca se računa primenom čl. 77 st. 2 Zakona o obligacionim odnosima. Ovakvim rešenjem zakonodavac je zauzeo stav prema jednom od pitanja koje se spominje u literaturi. Pitanje je da li manjina akcionara, čije su akcije predmet prinudnog otkupa, treba da učestvuje u povećavanju vrednosti korporacije do čega dolazi zbog povećane efikasnosti vođenje društva, zbog smanjenih troškova.³⁹ Afirmativni odgovor se zasniva na tome da određivanje cene služi kao zamena za neposredne pregovore između većine i manjine akcionara, u koma bi manjina tražila da se koristi od prinudnog otkupa uzmu u obzir. S obzirom da su intervencijom zakonodavca, u cilju efikasnosti postupka, lišeni takve mogućnosti, oni ne bi trebalo da budu u goreem položaju.⁴⁰ Nasuprot tome, u (inostranoj) sudskoj praksi zauzeto je drugačije stanovište. Prema tom mišljenju, koristi od prinudnog otkupa ne predstavljaju deo kompanije u trenutku donošenja odluke, već predstavljaju rezultat prinudnog otkupa i ne bi mogli biti korišćeni od strane manjine da do ovog postupka nije došlo. Nadalje ukazuje se da bi suprotan stav

³⁹ Christian Krebs, Freeze – Out Transactins in Gemany and U.S.: A Comparative Analysis, *German Law Journal* 8/2012, 964

⁴⁰ *Ibidem*

smanji interes za prinudnim otkupom akcija koji doprinosi efikasnosti vođenja društva.⁴¹ Rešenje u domaćem pravu iz čl. 516 st. 1 odgovara ovakvom pristupu.

Izuzetno, ako kao posledica donošenja odluke o prinudnom otkupu pojedinim akcionarima prestaju „posebne pogodnosti” na koje su imali pravo, ta činjenica se uzima u obzir prilikom utvrđivanja tržišne vrednosti akcija (čl. 516 st. 2). Ovo rešenje nije do kraja jasno. Ovo zato što posebne pogodnosti iz čl. 267 st. 3 predstavljaju obligaciona prava čiji titulari ne moraju biti akcionari i ukidaju se izmenom statuta (čl. 267 st. 4), a ne prinudnim otkupom akcija. One nisu članske prirode, ne prelaze bez daljnjega na sticaoca akcije, budući da je potreban posebni prenos. Moguće je da ovlašćenik prestane da bude član društva, ali da zadrži posebne pogodnosti.⁴²

Prema (inostranoj) sudskoj praksi dopušteno je posebno utvrđivanje cene za obične akcije i za preferencijalne akcije.⁴³

Visina cene se utvrđuje shodnom primenom pravila za nesaglasne akcionare (čl. 515 st. 1). Prema čl. 475 cenu predstavlja najviša vrednost od knjigovodstvene vrednosti akcija, tržišne vrednosti akcija utvrđenoj prema čl. 259 st. 1 i procenjene vrednosti akcija utvrđenoj prema čl. 51. Izuzetak je predviđen u čl. 523. Otkupilac koji je putem ponude za preuzimanje ispunio uslov iz člana 515. stav 1. ovog zakona ima pravo da u roku od tri meseca od dana isteka ponude za preuzimanje sprovede prinudni otkup akcija po uslovima iz ponude za preuzimanje, ako je u skladu sa zakonom kojim se uređuje preuzimanje akcionarskih društava: 1) isključivo putem dobrovoljne ponude za preuzimanje upućene svim preostalim akcionarima za sve njihove akcije stekao najmanje 90% akcija koje su bile predmet te ponude; ili 2) tu ponudu za preuzimanje sproveo kao obaveznu. Po isteku roka utvrđivanje cene akcija kod ostvarivanja prava na prinudni otkup vrši se u skladu sa čl. 515. i 516. ovog zakona. Ovaj izuzetka je najčešći povod za nastanak sporova. S tim u vezi u sudskoj praksi postoje značajna razmimoilaženja. Ona se, pre svega, odnose na karakter ponude za preuzimanje

U pogledu izvršenja finansijske obaveze otkupioaca poznata su različita rešenja. Tako u nemačkom pravu otkupilac ima zakonsku obavezu da, kao obezbeđenje manjinskih akcionara, angažuje finansijsku instituciju, prema kojoj, na osnovu zakona, manjinski akcionar ima direktan zahtev za isplatu cene. Postojanje direktnog zahteva manjinskog akcionara je razlog zbog kojeg se smatra da između otkupioaca i finansijske institucije postoji ugovor u korist trećeg (manjinskih akcionara).⁴⁴ Kada je domaće pravo u pitanju otkupilac je u obavezi da na poseban račun kod Centralnog registra otvoren za tu namenu deponuje sredstva za isplatu

⁴¹ Praksa nemačkih sudova prema C. Krebs, 965

⁴² Detaljnije Arsić Zoran, Posebna prava, nagrade i naknade, *Pravo i privreda* 5-8/2001, str. 107-115

⁴³ Y. Schnorbus, 3045

⁴⁴ Y. Schnorbus, 3056

cene akcija najkasnije u roku od osam dana od dana obaveštavanja Centralnog registra o utvrđenoj ceni u skladu sa st. 3 čl. 516. Zakonom je utvrđen rok za deponovanje sredstava samo u slučaju da društvo iskoristi pravo da utvrdi cenu u roku od 30 dana od dana donošenja odluke o prinudnom otkupu. Ako je cena sastavni deo odluke, tada rok od osam dana teče od dana dostavljanja registrovane odluke.⁴⁵ U slučaju da otkupilac ne izvrši ovu obavezu odluka o prinudnom otkupu prestaje da važi. U tom slučaju otpada osnov za isplatu i manjinski akcionara nema zahtev prema Centralnom registru. Ovakva posledica je predviđena Zakonom samo za slučaju proteka roka u situaciji kada društvo koristi pravo da naknadno utvrdi cenu akcija. Smatramo da ista posledica nastupa i u slučaju da protekne rok od osam dana od dana dostavljanja odluke u kojoj je utvrđena cena. Akcionari – ma čije su akcije predmet prinudnog otkupa Centralni registar isplaćuje cenu iz deponovanih sredstava u daljem roku od tri dana. Odnos između otkupioca i Centralnog registra je zasnovan zakonom i nije ugovorne prirode. Otkupilac svoju finansijsku obavezu izvršava deponovanjem sredstava na račun kod Centralnog registra. Ako Centralni registar padne u docnju sa plaćanjem, manjinski akcionar, čije su akcije otkupljene, može da podnese tužbu protiv Centralnog registra, a ne protiv otkupioca, s obzirom da je on svoju obavezu izvršio na način utvrđen zakonom. Prilikom plaćanja cene Centralni registar istupa u svoje ime, ali za račun otkupioca, s obzirom da se plaćanje vrši na teret sredstava koje je deponovao otkupilac.

Pravo na isplatu imaju akcionari čije akcije mogu biti predmet prinudnog otkupa – to nije društvo po osnovu sopstvenih akcija, akcionari čije akcije se uračunavaju otkupiocu, kao ni akcionari čije su akcije blokirane, o čemu je bilo govora. Spor an je položaj imalaca zamenljivih obveznica i varanata.

6. POBIJANJE SKUPŠTINSKE ODLUKE O PRINUDNOM OTKUPU AKCIJA

Na pobijanje skupštinske odluke o prinudnom otkupu akcija primenjuju se opšta pravila za pobijanje skupštinske odluke (čl. 376 – 381), kao i posebna norma iz čl. 520. Tuženi je društvo, budući da je njegov organ (skupština) doneo odluku, a ne otkupilac, nezavisno od toga što je odluka doneta u njegovom interesu. U pogledu osnova za pobijanje skupštinske odluke treba imati u vidu dodatne obaveze društva u pogledu sazivanja skupštine koje se ogledaju u neophodnosti dostavljanja materijala i podataka iz čl. 517.st. 1 i 2. Uspešnim pobijanjem skupštinske odluke o prinudnom otkupu akcija akcionara štiti svoje članstvo u društvu.

Posebnom normom iz čl. 520 st. 1 je, pre svega utvrđen drugačiji rok za podnošenje tužbe za poništaj u odnosu na opšti propis iz čl. 376 st. 2 – rok za podno-

⁴⁵ Čl. 109 Korisničkog uputstva Centralnog registra, depoa i kliringa hartija od vrednosti

šenje tužbe je 30 dana od dana donošenja odluke. Drugu specifičnost predstavlja rešenje iz čl. 520 st. 2, gde je utvrđen izuzetak u pogledu osnova za pobijanje skupštinske odluke o prinudnom otkupu akcija – odluku nije moguće pobijati zbog neprimerenosti cene. U takvoj situaciji akcionaru ostaje ne raspolaganju vanparnični postupak u kojem traži od suda da utvrdi cenu akcija koje su predmet prinudnog otkupa.

Rešenje iz čl. 520 st. 2 kojim se onemogućava pobijanje skupštinske odluke o prinudnom otkupu akcija zbog neprimerenosti cene akcija koje su premet prinudnog otkupa ima i teorijske implikacije. Radi se o tome da je tradicionalni koncept zaštite akcionara zasnovan na stavu da se članstvo akcionara štiti pravom privrednih društava, dok se akcionar kao ulagač kapitala uvek štiti pravom tržišta kapitala, a ne pravom privrednih društava.⁴⁶ Prema opštim pravilima za poništaj skupštinske odluke i u ovom slučaju akcionara bi trebao da ima na raspolaganju tužbu za poništaj skupštinske odluke. Uspešnim pobijanjem skupštinske odluke čije se dejstvo ogleda u njegovom isključenju iz članstva, akcionar bi uspešno zaštitio svoje članstvo u društvu. Zakonom je, međutim, isključena mogućnost pobijanja u slučaju nesrazmernosti cene, a akcionaru ostaje vanparnični postupak u kojem traži utvrđivanje cene od strane suda. Substitucijom tužbe za poništaj u parničnom postupku predlogom za utvrđivanje cene u vanparničnom postupku, akcionar je ostao bez mogućnosti da, u tom slučaju, štiti svoje članstvo, već samo štiti svoj položaj ulagača kapitala. Na ovaj način se pravilima prava privrednih društava daje prilog shvatanju o hibridnom statusu akcionara – kao članova društva i kao ulagača kapitala.

7. ISPITIVANJE PRIMERENOSTI CENE OD STRANE SUDA

Svaki akcionar čije su akcije predmet prinudnog otkupa koji smatra da cena koju je utvrdilo društvo nije utvrđena u skladu sa Zakonom, ima pravo da pokrene vanparnični postupak u kome od suda traži da utvrdi cenu akcija u skladu sa Zakonom (čl. 521).

Predlagač može biti svaki manjinski akcionar čije su akcije predmet prinudnog otkupa, nezavisno od toga da li je učestvovao u radu skupštine koja je donela odluku o prinudnom otkupu. Nije od značaja ni kako je glasao prilikom donošenja odluke, kao ni visina njegovog udela. Predlagač ne može biti akcionar čije se akcije, na osnovu Zakona, uračunavaju otkupiocu, zato što njegove akcije nisu predmet prinudnog otkupa. Ista argumentacija važi i u pogledu manjinskih akcionara čije su akcije opterećene zalogom. Kao predlagač se može javiti univerzal-

⁴⁶ Peter Mülbert, *Abschwächungen des mitgliedschaftlichen Bestandsschutzes im Aktienrecht*, *Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag*, Berlin 2003, 433

ni sukcesor akcionara ovlašćenog na podnošenje predloga. Sporna je pozicija singularnog sukcesora. Prema vladajućem mišljenju, na njega se može preneti potraživanje cene prema odluci društva, ali ne i „mogućnost poboljšanja”.⁴⁷

U literaturi je sporno ko je protivnik predlagača.⁴⁸ Pri tome, treba imati u vidu da, u domaćem pravu, cenu utvrđuje društvo, cena finansijski tereti otkupio-oca koji je dužan da obezbedi sredstva za plaćanje, a dužnik obaveze isplate cene je Centralni registar. Protivnik predlagača je društvo, a ne otkupilac, bez obzira što je odluka o prinudnom otkupu akcija doneta u interesu otkupiooca. Cenu uvek utvrđuje društvo – u odluci skupštine o prinudnom otkupu ili naknadno, u roku od 30 dana od dana donošenja odluke o prinudnom otkupu. Predlog je usmeren protiv odluke društva.⁴⁹ U domaćoj praksi otkupilac se često javlja kao umešač na strani društva, kao protivnika predlagača.

Predlog mora biti podnet u roku od 30 dana od dana registracije odluke o prinudnom otkupu. Ako je predlog podnet u skladu sa Zakonom, sud će odmah obavestiti Centralni registar radi obustavljanja isplate cene akcionarima čije su akcije predmet prinudnog otkupa. Ako sud ne dostavi obaveštenje centralnom registru, postupak utvrđivanja cene akcija će se okončati, jer stanka ne može trpeti posledice zbog propusta u radu suda.⁵⁰ Odluku kojom se utvrđuje vrednost akcija koje su predmet prinudnog otkupa, po njenoj pravnosnažnosti, sud dostavlja Centralnom registru. Ako je vrednost utvđena odlukom suda veća od cene koju je utvrdilo društvo, otkupilac je u obavezi da razliku uvećanu sa pripadajućom zakonskom zateznom kamatom obračunatom „od dana donošenja odluke o prinudnom otkupu” deponije na račun kod Centralnog registra u roku od 30 dana od dana prvnosnažnosti odluke suda. Nezavisno od toga što je zakonska norma jasna, postoje dileme u pogledu njene opravdanosti u pogledu trenutka od kada počinje da teče zakonska zatezna kamata, koja se duguje kada je dužnik u docnji.. Obaveza društva da utvrdi srazmernu cenu prema Zakonu, ne dospeva uvek danom donošenja skupštinske odluke, s obzirom da društvo može da utvrdi cenu u roku 30 dana od dana donošenja skupštinske odluke. Danom donošenja odluke o prinudnom otkupu ne nastupa ni docnja otkupiooca, budući da on ima na raspolaganju osam dana od dana obaveštavanja Centralnog registra o utvrđenoj ceni da izvrši obavezu deponovanja. U docnji nije ni Centralni registar, s obzirom na rok od daljnja tri dana da izvrši isplatu.

⁴⁷ H. Moritz, 208-209

⁴⁸ H. Moritz, 211-212

⁴⁹ U nemačkom pravu naknadu utvrđuje otkupilac i to se uzima za argument u prilog stava prema kojem je protivnik predlagača otkupilac, za razliku od drugačijeg pristupa prema kojem je protivnik predlagača društvo. Y. Schnorbus, 3092; H. Moritz, 211 – 212

⁵⁰ Sentenca iz rešenja Vrhovnog kasacionog suda Prev 171/2014 od 18.12. 2014, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda* 1/2015, 354

Zakonom nije predviđeno prema kome deluje prevnosnažno rešenje suda, što je situacija koja postoji i u drugim nacionalnim pravima. S tim u vezi se ukazuje da pravnosnažno rešenje deluje prema svima (*inter omnes*), na osnovu analogije sa nekim normativnim rešenjima u kojima je to izričito predviđeno.⁵¹ U domaćem pravu u obzir bi došlo rešenje iz čl. 565 st. 3 gde je predviđeno da odluka vanparničnog suda u postupku utvrđivanja primerenosti cene obavezuje društvo prema svim (spoljnim) akcionarima. Kada je domaće pravo u pitanju u prilog ovakvom pristupu ide i to da Centralni registar obustavlja isplatu akcionarima čije su akcije predmet prinudnog otkupa po prijemu obaveštenja od strane suda o pokrenutom postupku (čl. 511 st. 2). Na ovaj način svi akcionari, uključiv i one koji nisu podneli predlog sudu, imaju koristi od sudske odluke kojom je utvrđena veća cena.⁵² Smatramo da se ovakvim dejstvom rešenja obezbeđuje da se svi akcionari pod jednakom okolnostima (isključeni akcionari, odnosno akcionari čije su akcije predmet prinudnog otkupa) jednako tretiraju u skladu sa principom jednakog tretmana (čl. 269).

Sud nije vezan visinom naknade sadržanom u predlogu. Ukoliko je od suda utvrđena naknada ista kao ona koja je utvrđena od strana društva, sud će odbiti predlog kao neosnovan.⁵³ U teorijskom modelu moguće je nastupanje situacije u kojoj sud utvrdi cenu koja je niže od one koju je utvrdilo društvo. U literaturi se javlja stav prema kojem u ovakvoj situaciji ima primenu zabrana *reformatio in peius*.⁵⁴

Ako otkupilac propusti da deponuje utvrđenu razliku, društvo postaje neograničeno solidarno odgovorno za isplatu te razlike. Zasnivanje solidarne odgovornosti društva i otkupioca u pogledi utvrđene razlike može se pravdati činjenicom da cenu uvek utvrđuje društvo.

Zahtev akcionara za isplatu razlike zastareva u roku od tri godine od dana pravnosnažnosti odluke suda.

⁵¹ H. Moritz, 215

⁵² H. Moritz, 215-216

⁵³ H. Moritz, 215

⁵⁴ Behzad Karami, *Unternehmens – bewertung in Spruchverfahren beim „Squeeze Out“*, Wiesbaden 2014, 45; H. Moritz, 215

Zoran V. Arsić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
Z.Arsic@pf.uns.ac.rs

Mandatory Acquisition of Shares – Procedure

Abstract: *Company Act of Republic of Serbia includes mechanism for the mandatory acquisition of shareholdings of minority shareholders. Process of mandatory acquisition is initiated by principal shareholder who has at least 90% of share capital and at least 90% of votes. Mandatory acquisition of shares is based on a resolution of shareholders assembly that results in the transfer to principal shareholder shares of minority shareholders. The majority requirement for resolution is simple majority and principal shareholder may participate in passing the resolution. The importance of shareholders resolution is to enable minority protection because action for set aside resolution is available, except because of inadequacy of compensation. In that case minority shareholder may address the court to ascertain adequate compensation. Higher compensation awarded to one minority shareholder is applicable to all others minority shareholders.*

Keywords: *share, mandatory acquisition of shares.*

Datum prijema rada: 06.09.2016.

*Dr Marija M. Salma, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
M.Salma@pf.uns.ac.rs*

ANALIZA EVOLUCIJE I SAVREMENOG STANJA CIVILNOG PROCESNOG PRAVA AUSTRIJE¹

Sažetak: *U radu su analizirana pravila austrijskog Zakona o praničnom postupku. Iako je ovaj zakon donet još 1895. godine, on je još uvek u važnosti. Trajnost ujedno ukazuje na vrednost ovog zakonodavnog dela. Takođe, ovaj zakon je značajno uticao na srednjeevropska i istočnoevropska procesna prava. Sam ZPP Austrije, iako je sačuvao svoje osnove, od vremena donošenja do danas doživeo je brojne izmene, uključiv i izmene koje su nastale krajem XX i početkom XXI veka. Novije izmene su nastale pod uticajem zajedničkog evropskog procesnog prava i tiču se nadležnosti, izvršavanja odluke, postupka povodom platnog naloga, posebnih parničnih postupaka, kao i vanparničnog postupka. Austrijsko civilno procesno pravo je kao normativni sistem, sa pratećom bogatom literaturom, uticalo i na srpsko pravo koje je u sistemu i pojedinim institutima preuzelo rešenja austrijskog prava. U radu se daje pregled sistema i osnovnih instituta građanskog parničnog postupka Austrije: tužba, odgovor na tužbu, pripremmo ročišta, usmena rasprava, dokazna sredstva i dokazni postupak, odluke suda. Cilj je da se važeća sadržina ZPP-a Austrije sagleda u kontekstu reforme srpskog Zakona o parničnom postupku.*

Ključne reči: *Austrijski Zakon o parničnom postupku, tužba, odgovor na tužbu, usmena rasprava, podnesci, dokazivanje, presuda, pravni lekovi.*

¹ Rad je nastao kao rezultat istraživanja na projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi” čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu

Uvodne napomene: Donošenje i izmene ZPP-a Austrije u svetlu harmonizacije sa evropskim civilnim procesnim pravom

Austrijski Zakon o parničnom postupku (u daljem tekstu AZPP, Zivilprozessordnung, ZPO)² je donet krajem XIX veka i uz brojne novele³ i danas je u važnosti. Bio je jedan je od najmodernijih parničnih postupaka u vreme donošenja. To je ostao i danas. Imao je uticaja na čitav niz srednjeevropskih Zakona o parničnom postupku, najpre na Zakon o parničnom postupku Mađarske iz 1911. godine, pa docnije, u drugoj polovini XX veka, na nekadašnje jugoslovensko federalno civilno procesno pravo, a zatim, preko njegovih rešenja, u prvoj deceniji XXI veka, nakon osamostaljenja RS, i na srpsko pravo.

Međutim, i samo austrijsko procesno pravo je pretrpelo uticaje, posebno uticaj zajedničkog evropskog procesnog prava. Mnoge izmene AZPP-a koje su nastale u poslednjoj deceniji XX kao i u prvoj i početkom druge decenije XXI veka pokazuju vidan uticaj zajedničkog evropskog civilnog procesnog prava, naročito u oblasti nadležnosti, dostavljanja sudskih odluka,⁴ izvršenja sudskih i arbitražnih odluka, arbitražnog rešavanja sporova. U međuvremenu je došlo i do reforme vanparničnog postupka, kao i nekih posebnih postupaka, kao npr. radnih sporova. Zapravo, radi se o harmonizaciji austrijskog procesnog prava sa smernicama i modelima evropskog prava koje se odnose na parnični i vanparnični sudski i arbitražni postupak. Samo austrijsko procesno pravo je pokazalo znake harmonizacije.

Na zakonsko regulisanje arbitražnog postupka je ne samo u Austriji, već i u većini evropskih kontinentalnih prava uticao i Maastricht-ski sporazum (1993), koji uvodi zajedničko evropsko tržište na područjima punopravnih članica sa slobodnim kretanjem rada, proizvoda, usluga i kapitala, kao i prateći pariški model-zakon (1994) za regulisanje arbitražnog postupka, koji su ugrađeni u austrijski Zakon o arbitražama. Briše se granica između tzv. unutrašnje i spoljnotrgovinske arbitraže, budući da se smatra da se radi o istom, evropskom tržištu. Naravno, s tim u vezi, došlo je do značajne reforme materijalnog prava, posebno u oblasti

² Vid. Gesetz vom 1.8. 1895 betreffend die Einführung des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung) *Reichsgesetzblatt RGBL* 1895 /112, 113, *zuletzt novelliert* (poslednje izmene), *BGBI (Bundesgesetzblatt)* I 2013 (VfGH). Potpuno naziv: Zakon o sudskom postupku u građanskim sporovima. Skraćeni naziv: Parnični postupak, ili poredak građanskog sudskog postupka.

³ Vid. *BGBI* 1983/135, 136; 1984/501; 1985/70, 556; 1986/71; 1989/343; 1990/474; 1991/628; 1993/91; 1994/624; 1995/519; 1996/761; *BGBI* I 1997/22; *BGBI* I 1999/21; *BGBI* I 1999/125; 2000/135, 2001/96, 152; 2002/76; 2003/112, 114; 2004/120, 151; 2005/120, 164; 2009/30, 52, 137; 2010/58; 2011/21, 108; 2013/26. V., *Kodex des österreichisches Rechts, Justitzgesetze ABGB, UGB, ZPO, StGB mit Nebengesetzen* 2014/15, bearbeitet von Franz Mohr, Artur Weilingner, Heinrich Stumvoll, Helmut Fuchs, Oskar Maleczky, *Lexis-Nexis*, Wien, 2014, str. 439.

⁴ Vid. *Zustellungsgesetz, BGBI* 1982/200, poslednje izmene: *BGBI* 1990/357; *BGBI* I 1998/158; 2001/137; 2002/65; 2004/10; 2008/5; 2010/11, 2013/33 (Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetz). V. *Kodex des österreichisches Rechts, Justitzgesetze, Lexis-Nexis*, Wien, 2014, str. 583.

zakonodavstva o zaštiti potrošača⁵, kao i Zakona o preduzetništvu (Unternehmensgesetzbuch, 1897).⁶

Da bi smo u narednom istraživačkom periodu sagledali uticaj austrijskog procesnog prava kroz evoluciju srpskog procesnog zakonodavstva u fazi prve Jugoslavije, u fazi druge Jugoslavije, kao i posle osamostaljivanja, od donošenja ZPP-a 2004. neophodno je da se izvrši analiza sistema i sadržine Zakona o parničnom postupku Austrije, prema važećem pravu. Ta analiza je potrebna i sa stanovišta poređenja sa domaćim važećim parničnim postupkom imajući u vidu i postupak harmonizacije sa evropskim procesnim pravom.

Osnove sistema i sadržina (instituta) Austrijskog građanskog sudskog postupka

Sistem austrijskog građanskog sudskog postupka, kao i kod nas, obuvata *parnični, vanparnični i izvršni* postupak. Postoje, kao i u našem pravu *posebni parnični postupci*, U širem smislu, u sistem sudskog postupka spada i *arbitražno sudovanje*, pred arbitražom, za sporove u privredi, pod uslovom da postoji arbitražna klauzula, čime se spor izuzima iz nadležnosti državnog suda. Arbitražna odluka se sprovodi (izvršava) u principu na isti način kao i pravnosnažna i izvršna odluka parničnog ili vanparničnog suda. Ne samo u Austriji, već i u većini kontinentalnih evropskih zemalja, došlo je do značajne promene zakonodavstva u oblasti arbitražnog rešavanja privrednih sporova.

U ovom radu ćemo posebnu pažnju posvetiti **parničnom postupku, pred državnim sudovima** Austrije.

Austrijski **Zakon o građansko sudskom postupku** (Zakon o parničnom postupku od 1895, sa docnijim izmenama) sadrži šest delova (Teil), a delovi su podeljeni na odeljke (Abschnitt) i naslove (Titel). Zakon sadrži ukupno 617 paragrafa.⁷ Uprkos brojnim izmenama koje su usledile i pod već navedenim uticajem evropskog civilnog procesnog prava, taj zakon je zadržao osnovna originerna obeležja.

I pre uticaja evropskog prava, došlo je do značajnih izmena u odnosu na raniji, predgrađanski sistem formalne procedure. Promene su se zapažale pre svega u domenu osnovnih procesnih obeležja, načela. Ta obeležja su rezultat civilnopravnog razvoja. Civilno procesno pravo je funkcionalno, u službi ostvarivanja građanskih subjektivnih, materijalnih prava. Procesno pravo od građanskog perioda

⁵ Vid. Konsumentenschutzgesetz vom 8. März 1979, saposlednjimizmenama *BGBI I* 209/66,135; 2010/28,107; 2011/22,77,100; 2013/50; 2014/33. Vid. Kodex des österreichischen Rechts, *Justizgesetze*, Lexis-Nexis, Wien, 2014, str. 225.

⁶ Vid. Unternehmensgesetzbuch, 1897, *DRGBI* 1897/219, poslednjeizmene: *BGBI I* 2007/72; 2008/70; 2009/71, 135,140; 2010/29, 58,11; 2012/35; 2013/50. Vid. Kodex des österreichischen Rechts, *Justizgesetze*, Lexis-Nexis, Wien, 2014, str. 247-248.

⁷ Vid. Kodex des österreichischen Rechts, *Justizgesetze*, Lexis-Nexis, Wien, 2014, str. 465-581.

više nije sistem formalnih dokaza. Građanski ZPP Austrije je sa sistema formalnih dokaza prema kome je za dokazivanje prava bio potreban određeni kvantum i vrsta dokaza, prešao na sistem materijalnog, stvarnog dokazivanja. Sa formalne (pisane) procedure prelazi se na usmeni princip, raspravno načelo. Prihvata se slobodno raspolaganje procesnom građom i zahtevima u postupku. Tužilac može svoj zahtev da preinači, da ga povuče. Sud u parničnom postupku spor ne rešava po službenoj dužnosti. Stranke se u toku postupka mogu poravnati. Zahtev tužioca sa podnetim dokazima uz sprovedenu kontradiktornu raspravu je osnova rasprave, ali se uvažava odgovor tuženog sa njegovim dokazima. Ova obeležja se mogu pokazati kroz bližu analizu AZPP-a.

Prvi deo sadrži opšte odredbe. *Prvi odsek* ovog dela sarži odredbe o **strankama i njihovim zastupnicima**. Prvi pak naslov u ovom odseku je posvećen *procesnoj sposobnosti* (Prozessfähigkeit)⁸. Prema zakonskoj definiciji⁹ lice je sposobno da pred sudom kao stranka samostalno preduzima procesne radnje (procesna sposobnost) ako samostalno i punovažno može da preuzima obaveze. Nedostatak mogućnosti ovakvog obavezivanja zahteva zastupanje stranke ili za ceo proces ili za preduzimanje pojedinih praničnih radnji. Starije malodobno lice može učestvovati u sporu u pravnim stvarima u kojima po građanskom pravu ima poslovnu sposobnost i tada se ne traži učešće, odn. sadejstvo zakonskog zastupnika¹⁰. Zakonski zastupnik procesno nesposobne stranke ima pravo na zastupanje, pri čemu sud, osim u očiglednim slučajevima, može da proveri njegovo ovlašćenje pre preduzimanja prve procesne radnje¹¹. Ako zakon nije što drugo odredio, za pojedine procesne radnje koje zahtevaju posebno ovlašćenje (punomoć) ono će se proveriti prilikom preduzimanja prve procesne radnje¹². Nedostatak procesne sposobnosti, kao i potrebu za posebnim punomoćjem (ovlašćenjem) za vođenje spora, sud mora imati u vidu, po službenoj dužnosti, u svakoj fazi postupka¹³.

Drugi naslov sadrži odredbe o *suparničarstvu* (Streitgenossenschaft) i o *glavnoj intervenciji* (Hauptintervention).¹⁴ Izuzev u zakonu posebno propisanim slučajevima, više lica mogu tužiti i mogu biti tuženi (suparničari) i to 1. ako imaju prava ili obaveze u odnosu na predmet spora ili ako se nalaze u pravnoj zajednici, ili ako ih povezuje isto činjenično stanje, 2. Ako predmet spora čine zahtevi odnosno obaveze zasnovani na istovrsnom ili bitno istovrsnom činjeničnom osnovu, a istovremeno je zasnovana nadležnost suda za svaki od zahteva¹⁵.

⁸ Vid. Zivilprozessordnung, ZPO u daljem tekstu AZPP, paragraf 1-10.

⁹ Vid. paragraf br.1. AZPP

¹⁰ Vid. paragraf br.2. AZPP

¹¹ Vid. paragraf br.4. AZPP

¹² Vid. paragraf br.5. AZPP

¹³ Vid. paragraf br.6. AZPP

¹⁴ Vid. paragrafe br.11-16. AZPP

¹⁵ Vid. Marija Salma, „Pobijanje sudskog poravnanja”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2011, 146.

Treći naslov reguliše *učešće trećeg lica* u sporu, *sporednu intervenciju* (Nebenintervention).¹⁶ (1) Ko ima pravni interes da u tekućem sporu pobjedi jedna strana, može na njenoj strani da stupi upostupak (sporedna intervencija). (2) Na takvo stupanje u spor su ovlašćena i lica koja su posebnim zakonskim propisima ovlašćena na sporednu intervenciju.¹⁷ Zakon reguliše i *imenovanje prethodnika*.¹⁸

Četvrti naslov reguliše pravni (procesni) položaj *punomoćnika*.¹⁹ Ako zakon nije drugačije odredio procesne radnje se mogu preduzeti lično od strane stranaka ili preko njihovog punomoćnika.²⁰ *Apsolutna obaveza zastupanja* preko advokata postoji u postupku pred prvostepenim sudom u pravnim stvarima čija vrednost predmeta spora prelazi 5000 EUR-a kao i u svim pravnim stvarima pred višestepenim sudovima.²¹ Substitucija advokata je moguća samo preko pomoćnika koji ima položeni advokatski ispit.²²

Peti naslov prvog dela reguliše *troškove* postupka.²³ Prema osnovnoj odredbi svaka stranka snosi troškove koje je sama prouzrokovala.²⁴ Troškovi sudskih radnji koje su stranke zajedno inicirale ili su preduzete u interesu obe stranke, bilo na osnovu predloga stranke, bilo po službenoj dužnosti, snose zajedno obe stranke. Stranka koja je u potpunosti izgubila spor, snosi troškove protivnika, sporednog intervenijenta koji se pridružio stranci, i to sve troškove koji su nastali tokom vođenja spora preduzetih u cilju ostvarivanja prava, pre svega onih koji su za to bili neophodni.²⁵ Ako je stranka delom izgubila delom dobila spor, troškovi se dele srazmerno. Troškovi se mogu odrediti broјčano ili u srazmeri prema ukupnim troškovima. Troškovi obuhvataju sudske takse, državne takse, troškove službenih radnji izvan suda, naknade svedocima, veštacima, tumačima, prevodionicima, porotnicima.²⁶

Šesti naslov obuhvata i mere *obezbeđenja potraživanja* između stranaka odnosno obezbeđenja *procesnih troškova*, koji se na teret stranke u vidu vrednosnih papira ili u novcu obavezno polažu na poseban račun u banci.²⁷

Sedmi naslov obuhvata (materijalnu) *pomoć u postupku*, pri čemu pomoć pruža ona stranka koja je voljna da snosi troškove vođenja postupka u celini ili u delu, ako ima dobru veru da će traženi zahtev biti usvojen, kao i onaj koji je spre-

¹⁶ Vid. paragrafe br.17-20. AZPP

¹⁷ Vid. paragraf br. 17. AZPP

¹⁸ Vid. paragrafe br. 22-25. AZPP

¹⁹ Vid. paragrafe br. 26-39. AZPP

²⁰ Vid. paragraf br.26. st. 1. AZPP

²¹ Vid. paragraf br.27. st. 1 AZPP

²² Vid. paragraf 15. Zakona o advokaturi- Rechtsanwaltsordnung, BGBl 1990/474

²³ Vid. paragrafe br. 40-55. AZPP

²⁴ Vid. paragraf br.40 st. 1. AZPP

²⁵ Vid. paragraf br. 41. st. 1. AZPP

²⁶ Vid. paragraf br. 43. st. 1. AZPP

²⁷ Vid. paragrafe br.56-62. AZPP

man da pruži neophodno izdržavanje stranke i njene porodice. Odredbe o pomoći u postupku vrede i u slučaju sporedne intervencije.²⁸ (Odredbe su novelirane izmenama ZPP-a od 1.1.2013, BGBl I 2011/96).

Osmi i deveti naslov sadrži odredbe o *tumaču* za visoko (telesno ili mentalno) ograničena odnosno teško hendikepirana lica (hochbehinderte) ili lica koja ne mogu da govore, kao i o neophodnim pratiocima²⁹.

Drugi odsek prvog dela sadrži odredbe o **postupku** pred parničnim sudom³⁰. Prvi naslov reguliše *podneske* stranaka. Svaka stranka, pored usmenih radnji, može da podnese podneske, traženja, saopštenja koji se uvode u zapisnik. Svaki podnesak mora da sadrži označenje suda, stranaka (sa imenom i prezimenom) podatke o zaposlenju, mestu stanovanja i stranačkom svojstvu (tužilac ili tuženi), podatke o zastupniku (ako ga ima) i opis predmeta spora, opis priloga uz podnesak i njihov broj, potpis stranke odn. njenog zastupnika³¹. Svaka predstavka mora da sadrži kratak, sažeti činjenični opis³². Predstavka se mora dostaviti protivniku³³. Advokat je ovlašćen da isprave preuzme direktno u ruke, uz potpisivanje posebne isprave o preuzimanju³⁴.

Drugi naslov sadrži odredbe o *dostavljanju*³⁵. Prema osnovnoj odredbi propisanoj izmenama AZPP,³⁶ dostavljanje se vrši po službenoj dužnosti u skladu sa odredbama Zakona o organizaciji sudova, Zakona o dostavljanju³⁷. U zemlji se dostavljanje vrši po pravilu putem pošte. Odredbe o načinu dostavljanja obavezuju sud naročito ako su predmet dostavljanja presude, rešenja suda, pozivi, zapisnici ili mere suda. Ako je jedna procesna radnja preduzeta protiv viša lica koja nemaju zajedničko ovlašćeno lica kome će se vršiti dostavljanje, sud će na predlog protivnika ili po službenoj dužnosti odrediti lice kome će se dostaviti spis³⁸. Tužba se ima dostaviti uz dokaz o dostavljanju. Ako su obe stranke zastupljene preko advokata, ako jedna od njih dobije pismeni akt, obavestiće o tome i poslati kopiju preko pošte, telefaksa ili elektronske pošte zastupniku druge stranke³⁹. U pogledu dostavljanja u inostranstvu AZPP određuje, (da ako se ne radi o licu iz par. 11, st 2. i 3. Zakona o dostavljanju), dostavljanje će se izvršiti posredstvom saveznog

²⁸ Vid. paragrafe br.63-73.AZPP Odredbe su novelirane izmenama ZPP-a od 1. 1 2013, BGBl I 2011/96).

²⁹ Vid. paragrafe br. 73/a i 73/b AZPP

³⁰ Vid. paragrafe br.74-225. AZPP

³¹ Vid. paragrafe br.74-75. AZPP

³² Vid. paragraf br. 76 st. 1.AZPP

³³ Vid. paragraf br. 81 st. 1. AZPP

³⁴ Vid. paragraf br. 83 st. 1. AZPP

³⁵ Vid. paragrafe br.87-122.AZPP

³⁶ Vid. paragraf br. 87. st. 1. izmene AZPP od 01. 05 2011,BGBl I 2011/111.

³⁷ Vid. paragraf br.89/a Zakona o organizaciji sudova, Gerichtsorganisationsgesetz, *RGBl*, Nr. 21/1896.Zakona o dostavljanjuZustellungsgesetz, *BGBl* 200/1982, *BGB* I I 2010/111 od 1.5.2011

³⁸ Vid. paragraf br.97 st. 1 AZPP

³⁹ Vid. paragraf br.112. AZPP

ministarstva pravosuđa, uz saglasnost saveznog kancelara preko pošte, uz upotrebu međunarodnog poštanskog saobraćaja⁴⁰.

Treći naslov sadrži norme o *rokovima i ročištima*⁴¹. Ako *rok* nije propisan zakonom (zakonski rok) njega će odrediti sud, imajući u vidu okolnosti slučaja (sudski rokovi). Ako zakon nije drugačije odredio, zakazivanje ročišta se vrši na predlog jedne od stranaka, sa određivanjem mesta, dana i sata ročišta kod suda⁴².

Četvrti naslov sadrži odredbe o *propuštanju* i o *povraćaju u pređašnje stanje*.⁴³ Propuštanje jedne procesne radnje, ne dirajući u zakonom pojedinačno propisane ostale posledice, ima za posledicu da je stranka isključena iz (ponovnog) preduzimanja propuštene procesne radnje. Posledice nastupaju po sebi, po sili zakona, osim ako posledice nisu po zakonu uslovljene podnošenjem predloga. U potonjem slučaju, ako je za procesnu radnju predviđen rok, propuštena radnja se može u tom roku nadomestiti⁴⁴. Ako je propuštanje usledilo zbog nepredviđenog ili neotklonjivog događaja, pravne posledice će se otkloniti na osnovu predloga za povraćaj u pređašnje stanje⁴⁵.

Peti naslov sadrži odredbe o *prekidu* i *mirovanju* postupka.⁴⁶ U slučaju smrti jedne od stranaka do *prekida* će doći samo ako stranka nije bila zastupljena preko advokata. Prekid će tada trajati do preuzimanja spora od strane univerzalnog zakonskog sledbenika⁴⁷. Ako je stranka izgubila procesnu sposobnost ili ako je zakonski zastupnik jedne stranke preminuo, ili ako je prestalo svojstvo zakonskom zastupniku, postupak će se prekinuti samo ako ovim promenama pogođeno lice nije bilo zastupljeno preko advokata. Prekid će u ovom slučaju trajati dotle dok se na predlog protivnika ne pojavi novi zakonski zastupnik ili punomoćnik i preuzme spor⁴⁸. Do prekida može doći i usled insolventnosti tuženog,⁴⁹ promene u subjektivitetu stranke, ili promene advokata, kao i usled rata.⁵⁰ Pravne posledice prekida su u tome, da u vreme njegovog trajanja ne mogu nastupiti pravne posledice prethodno preduzetih procesnih radnji. Tok savkog roka za preduzimanje procesne radnje se prekida.⁵¹ Do *mirovanja* postupka može doći na osnovu sporazuma stranaka, ali ovim se ne prekidaju prekluzivni rokovi. Osim toga, mirovanje ima za posledicu da se postupak ne može nastaviti pre isteka roka od tri meseca od vre-

⁴⁰ Vid. paragraf br.121. AZPP

⁴¹ Vid. paragrafe br.123-143.AZPP

⁴² Vid. paragraf br. 130 st. 1.AZPP

⁴³ Vid. paragrafe br. 144-154.AZPP

⁴⁴ Vid. paragraf br.145. AZPP

⁴⁵ Vid. paragraf br.146. st. 1i2. AZPP

⁴⁶ Vid. paragrafe br.155-170.AZPP

⁴⁷ Vid. paragraf br.155 st. 1i2. AZPP

⁴⁸ Vid. paragraf br.158 st. 1i2. AZPP

⁴⁹ Vid. paragraf br.159.AZPP

⁵⁰ Vid. paragrafe br.160-162.AZPP

⁵¹ Vid. paragrafe br.163-167. AZPP

mena sporazuma o mirovanju. Mirovanje traje do vremena dok jedna stranka ne predloži zakazivanje usmene rasprave, do isteka roka predviđenog sporazumom za preduzimanje procesne radnje. Kad istekne rok od tri meseca ili ugovoreni rok za preduzimanje neke procesne radnje, sud će zakazati ročište po službenoj dužnosti za raspravljanje povodom procesne radnje ili će na predlog protivnika odbiti prihvatanje preduzimanja procesne radnje.⁵²

Treći odsek reguliše postupak povodom *usmenih* parničnih radnji⁵³. Prvi naslov ovog odseka propisuje *javnost* rada pred sudom, uključujući i fazu saopštavanja odluke suda. Slušaoci (publika) rasprave moraju biti nenaoružani. Pristup slušaocima rasprave može biti zabranjen ako je to u interesu njegovog ličnog razvoja. Javnost je isključena ako to zahtevaju dobri običaji ili razlozi javnog poretka, ili ako sud proceni da javnost može biti zloupotrebljena u cilju sprečavanja parnične radnje ili otežavanja utvrđivanja činjeničnog stanja. Drugi naslov reguliše procesne *predloge stranaka i radnje rukovođenja raspravom*⁵⁴. Pred postupajućim sudom stranke povodom spora svoje radnje preduzimaju usmeno. U sporovima u kojima je zastupanje preko advokata obavezno, usmena rasprava se priprema putem pisanih predloga⁵⁵. Rukovođenje raspravom obavlja predsednik, koji otvara, vodi i zaključuje raspravu, daje reč i može da je oduzme, određuje lica koja će saslušati u postupku dokazivanja i saopštava odluku veća⁵⁶.

Ako pred sudom teče između imenovanih stranaka veći broj postupaka, sa različitim tužiocima, ili različitim tuženima, na osnovu odluke (rešenja) veća (senata) ovi sporovi se mogu *spojiti*, ako se može osnovano očekivati da će se sporovi pojednostaviti i smanjiti troškovi postupka⁵⁷. Predsednik zaključuje raspravu ako senat (sudsko veće) nađe da je na osnovu izvedenih dokaza činjenično stanje raspravljeno tako da je sazrelo za odlučivanje⁵⁸. Ako je stranka ovlašćena na žalbu protiv rešenja, posebno povodom forme procesne radnje, kasnije se ne može na te propuste pozivati⁵⁹.

Treći naslov sadrži odredbe o *održavanju reda* na raspravi⁶⁰. Predsednik se stara o održavanju reda prilikom usmene rasprave. Ovlašćen je da odstrani (ako je potrebno uz pomoć policije) lica koja svojim neumesnim ponašanjem smetaju sprovođenju postupka.

⁵² Vid. paragraf br. 169. AZPP

⁵³ Vid. paragrafe br 171-225. AZPP

⁵⁴ Vid. paragrafe br.176-196.AZPP

⁵⁵ Vid. paragrafe br. 176-179.AZPP

⁵⁶ Vid. paragrafe br.180-186.AZPP

⁵⁷ Vid. paragrafe br. 187-192.AZPP

⁵⁸ Vid. paragraf br.193. st. 1.AZPP

⁵⁹ Vid. paragraf br.196. st. 1.AZPP

⁶⁰ Vid. paragrafe br. 197-203.AZPP

Četvrti naslov uređuje *poravnanje*⁶¹. Sud u toku bilo koje faze usmene rasprave i stanja spora može na predlog stranke ili po službenoj dužnosti, putem dobronamernog pružanja pomoći u rešavanju spora, sprovesti pokušaj poravnanja o pojedinim spornim pitanjima. Ako se sudu čini svrsishodnim, on može ukazati strankama na moguće rešenje spora, radi otklanjanja daljih konflikata. Ako dođe do poravnanja, njegova sadržina se unosi u zapisnik. U cilju pokušaja poravnanja, stranke mogu da se obrate ovlašćenom ili traženom sudiji. U slučaju da pokušaj ne uspe, nastavlja se parnica. U postupku pokušaja poravnanja, predlozi i zahtevi stranaka vezano za razrešenje spora, odnosno zahtevi ili predlozi za pokrivanje troškova postupka se unose u zapisnik o poravnanju⁶².

Peti naslov je posvećen propisima o vođenju *zapisnika* sa usmene rasprave⁶³. O svakoj usmenoj parničnoj radnji sud je dužan da sastavi zapisnik koji sadrži podatke o sudu odnosno o imenu sudije, zapisničara ili prevodioca, podatke o mestu i vremenu preduzimanja radnje, podatak o tome da li je bila prisutna ili isključena javnost, podatak o imenima stranaka i zastupnika, kao i kratak opis predmeta spora⁶⁴. Povodom zaključaka suda u vezi sa zapisnikom nije dopuštena posebna žalba,⁶⁵ ali stranka povodom podataka unetih u zapisnik ima pravo na prigovor. Sud je dužan da zapisnik pročita strankama. Strankama je dopušten uvid u sadržinu svake tačke zapisnika. Ako je stranka prigovorila nekoj tački zapisnika, sud je dužan da sastavi o tome dopunski zapisnik. Prigovor na zapisnik može podneti i advokat. Tek posle toga se zapisnik potpisuje od strane stranaka. Sadržina zapisnika i priloga se imaju uzeti u obzir po službenoj dužnosti⁶⁶.

Šesti naslov reguliše odredbe o *procesnim aktima*. Svaka strana, radi obrazloženja svojih predloga ima pravo da uzme u obzir pismene podneske protivnika. Uz saglasnost stranaka, uvid u akte mogu imati i treća lica⁶⁷.

Sedmi naslov sadrži odredbe o *procesnim kaznama*⁶⁸. Osmi naslov sadrži odredbe o tome, da se za vreme *praznika rokovi prekidaju*⁶⁹.

Drugi deo zakona je posvećen regulativama o postupku pred **prostepenim sudom**⁷⁰. Prvi odsek reguliše *postupak do donošenja presude*⁷¹. Prvi naslov je posvećen *tužbi, odgovoru na tužbu (pripremni postupak) i postupku povodom spora*.⁷²

⁶¹ Vid. paragrafe br.204-206.AZPP

⁶² Vid. paragraf br.204. st. 1i2.AZPP

⁶³ Vid. paragrafe br.207-217.AZPP

⁶⁴ Vid. paragraf br. 207. st. 1 tač. 1-3, st. 2i3. AZPP

⁶⁵ Vid. paragraf br.214.st. 1. AZPP

⁶⁶ Vid. paragrafe br.211-217. AZPP

⁶⁷ Vid. paragrafe br. 218-219.AZPP

⁶⁸ Vid. paragraf br. 220. AZPP

⁶⁹ Vid. paragrafe br.221-223.AZPP

⁷⁰ Vid. paragrafe br.226-430.AZPP

⁷¹ Vid. paragrafe br.216-389 AZPP

⁷² Vid. paragrafe br. 226-265.AZPP

Tužba mora imati tačno određeni zahtev, jasan i potpuni navod činjenica na kojima se zasniva zahtev tužioca u pogledu glavnog i sporednog zahteva, isto tako treba da se pojedinačno i tačno navedu dokazna sredstva kojima tužilac želi da potvrdi njegove činjenične tvrdnje i koje predlaže da se u postupku uzmu u obzir. Ako nadležnost zavisi od vrednosti spora, tužba mora da sadrži i naznačenje vrednosti predmeta spora. U pogledu ostalih uslova, shodno vrede pravila opštih propisa o pripremnim pisanim podnescima. Više zahteva prema istom tuženom, čak i onda ako su iz različitih osnova, mogu se obuhvatiti jednom tužbom, ako je 1. postupajući sud nadležan za svaki od zahteva; 2. ako je za svaki zahtev predviđena ista vrsta postupka⁷³.

Može se u istoj tužbi podneti *zahtev za utvrđivanje* postojanja ili nepostojanja jednog pravnog odnosa, ili prava, za priznanje istinitosti isprave ili utvrđivanje neistinitosti iste, pod uslovom da tužilac ima pravni interes da se određeni pravni odnos ili pravo ili istinitost isprave, utvrdi putem sudske odluke⁷⁴.

U tužbenom predlogu treba navesti one isprave koje se nalaze kod tuženog, kod javnog organa (notara), kao i svedoke.⁷⁵

Kada se tužba dostavi tuženom nastupa *litispendencija* (Rechtsanhängigkeit). Ona ima za posledicu da se za vreme trajanja *литиспенденције* ne može posu-
piti po istom zahtevu pred drugim sudom⁷⁶.

Preinačenje tužbe je moguće do nastupanja litispendencije putem proširenja zahteva, pod uslovom da se time ne isključuje nadležnost postupajućeg suda. Nakon nastupanja litispendencije preinačenje je dopušteno uz saglasnost tuženog. Saglasnošću tuženog sa preinačenjem sud će zadržati nadležnost iako za preinačenu tužbu inače ne bi bio nadležan, ukoliko je nadležnost ugovorena ili ako su razlozi nenadležnosti otklonjeni. Ne smatra se preinačenjem ako su bez promene osnova tužbenog zahteva izmenjene činjenične osnove tužbe, kao i ako su time povezani dokazi izmenjeni, upotpunjeni, pojašnjeni ili poboljšani. Takođe se ne smatra preinačenjem tužbe, ako je bez izmene osnova tužbenog zahteva, tužbeni zahtev u pogledu glavnog zahteva u odnosu na sporedni zahtev ograničen ili ako se umesto prvobitnog traženog predmeta traži neki drugi predmet. Ali, smatra se preinačenjem, ako je došlo do promene stranaka. Naročito ako je prvobitno označenje stranaka bilo ispravno, ali je došlo do promene subjektiviteta, npr. kod preduzeća. U tom slučaju se promena konstatuje i po službenoj dužnosti⁷⁷.

Međupredlog za utvrđenje (incidentni zahtev) tužilac može, bez saglasnosti tuženog podneti do zaključenja usmene rasprave, da bi se utvrdilo postojanje ili

⁷³ Vid. paragraf br.227. st. 1. AZPP

⁷⁴ Vid. paragraf br.228. AZPP, Vid. Marija Salma, „Činjenice kao predmet deklaratorne tužbe”, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2/2013, 188.

⁷⁵ Vid. paragraf br.229. st. 1 tač.1-3.AZPP

⁷⁶ Vid. paragraf br. 232 st. 1 i 233 st. 1.AZPP

⁷⁷ Vid. paragraf br.235.AZPP

nepostojanje nekog prava ili pravnog odnosa, od koga u celini ili u delu zavisi odluka o tužbenom zahtevu.⁷⁸

Tužba se bez saglasnosti tuženog može *povući* do podnošenja odgovora na tužbu. Ako je odgovor propušten, tužba se može povući bez saglasnosti tuženog, do okončanja usmenog postupka. Povlačenje tužbe se ostvaruje putem pismena koja se ima dostaviti tuženom ili putem usmene izjave date na raspravi. Osnovna pravna posledica povlačenja tužbe je u tome da se od tada smatra kao da tužba nije ni podneta. Ako se stranke drugačije ne sporazumeju tužilac bi trebalo da nadoknadi tuženom sve procesne troškove, u prekluzivnom roku od četiri nedelje računajući od vremena podnošenja predloga sudu radi povlačenja tužbe. O predlogu za naknadu troškova odlučuje predsednik veća svojim rešenjem. Povučena tužba se može ponovo podneti pod uslovom da u skladu sa odredbama zakona, pravo u međuvremenu nije prestalo.⁷⁹ Posledice povlačenja nastupaju i u slučajevima kada se tužba u smislu odredaba zakona ima smatrati povučenom⁸⁰.

Odgovor na tužbu spada u red pripremnih parničnih radnji i ostvaruje se pismeno. Odgovor mora da sadrži određeni zahtev i ukoliko se zahtev tužbe osporava, imaju se podneti prigovori, navesti sve činjenice i okolnosti na kojima se prigovori tuženog zasnivaju kao i dokazna sredstva putem kojih tuženi ima nameru tokom postupka da potvrdi svoje činjenične tvrdnje. Odgovor na tužbu može sadržati prigovor u pogledu nedostajuće nadležnosti domaćeg sudovanja, prigovor u pogledu nedopuštenosti redovnog pravnog puta, prigovor u pogledu nedostatka stvarne i mesne nadležnosti suda, prigovor litispendencije, prigovor da je o zahtevu već odlučeno pravnosnažnom presudom i zbog nedostatka procesnih pretpostavki. Odgovor može sadržati imenovanje prtehodnika, predlog za obezbeđenje procesnih troškova i radi priznanja tužbenog zahteva⁸¹.

Postupak povodom platnog naloga se predviđa u slučaju kada se tužbeni zahtev podnosi povodom novčanog potraživanja čiji iznos ne prelazi 75 000 EUR-a. Tada će sud, bez prethodnog zakazivanja usmene rasprave i bez saslušanja tuženog, ako tuženi nije podneo prigovor izdati nalog za isplatu. Nalog za isplatu ne može se narediti ako 1. je tužba povučena; 2. ako zahtev tužbe na osnovu podataka iz tužbe očigledno nije utuživ ili nije dospeo; ili ako je zavistan od protivpotraživanja; 3. ako tuženi ima mesto stanovanja ili boravka u inostranstvu; 4. ako tužba nije potpuna⁸². Ako Uredbom EU o obavezi uvođenja evropskog platnog naloga nije drugačije uređeno u pogledu zahteva predmeta spora vrede svakodobno važeći propisi o postupku⁸³. Za sprovođenje platnog naloga je isključivo nadležan okružni

⁷⁸ Vid. paragraf br. 236 st. 1. AZPP

⁷⁹ Vid. paragraf br. 237. AZPP

⁸⁰ Vid. paragraf br. 238. AZPP

⁸¹ Vid. paragraf br. 239. AZPP

⁸² Vid. paragraf br. 244 st. 1-2. AZPP

⁸³ Vid. Uredbu EU br. 1896/2006/ABl Nr. L 399 od 30.12. 2009. g., str. 1

privredni sud u Beču. Predlog za izdavanje evropskog platnog naloga se izjednačava sa tužbom.⁸⁴

Istovremeno sa prijemom odgovora na tužbu, predsednik senata(veća) kome je upućena pravna stvar određuje *pripremno ročište* za usmenu raspravu. Pripremno ročište za usmenu raspravu treba tako urediti da stranke nakon prijema poziva imaju na raspolaganju najmanje rok od tri nedelje radi pripreme za raspravu. Pripremno ročište je deo postupka usmene rasprave i služi za: 1. odlučivanje o procesnim prigovorima; 2. izlaganju stranaka; 3. razjašnjenju predloga u pogledu predmeta spora i prava i u pravnom smislu; 4. preduzimanju mera za pokušaj poravnjanja, a u slučaju da ne uspe, upoznavanju sa daljim tokom postupka i saopštenju procesnog programa; 5. ako je to svrsishodno – ono služi saslušanju stranaka radi pripreme za sprovođenja daljeg postupka. Stranke i njihovi zastupnici bi trebalo da vode računa da se do pripremnog ročišta temeljno i detaljno upoznaju sa predmetom spora, kao i da se pripreme na eventualnu mogućnost poravnjanja⁸⁵.

Nastavak postupka povodom spora⁸⁶ ostvaruje se prema pravilima o usmenom postupku i obuhvata razmatranje činjeničnih i pravnih predloga, sprovođenje postupka dokazivanja, razmatranje rezultata dokaznog postupka. Za vreme toka usmene rasprave tuženi može da podnese bez saglasnosti tužioca, predlog za utvrđivanje. U prvostepenom postupku pred sudijom pojedincem može se podneti predlog da se u presudu unese da je o pravnoj stvari koja inače spada u nadležnost specijalnog, trgovinskog suda ipak odlučio sud opšte nadležnosti.

Drugi naslov sadrži opšte odredbe o *dokazima i o dokaznom postupku*⁸⁷. Činjenične tvrdnje jedne strane ne treba dokazivati ako se je o njima, u pripremnom postupku, u pisanom obliku, izjasnila druga strana u smislu da ih je prihvatila. Činjenice koje su opštepoznate kao i one koje zakon predpostavlja, ne treba dokazivati. Važeće pravo u drugom delu zemlje, običajno pravo, se imaju dokazivati ako su oni nepoznati sudu. O tim pravnim normama, pored dokaza stranaka sud se može obavestiti po službenoj dužnosti preko ministarstva pravosuđa. Ako se zahtev odnosi na naknadu štete, sud može odlučiti o njenoj visini na osnovu slobodne procene ako je dokazivanje skopčano sa nesrazmernim teškoćama i troškovima. Ako stranka ima obavezu da neku činjenicu učini verovatnom, može se poslužiti svim dokaznim sredstvima. Sud će izričito odbiti izvođenje dokaza koje su predložile stranke ako mu se učine nebitnim. Sud će izvesti u toku postupka one dokaze za koje smatra da su bitni. Sud može izvesti dokaz preko zamoljenog suda koji će rezultate dostaviti putem uređaja za tonsko i optičko snimanje, vodeći računa o ekonomičnosti postupka.⁸⁸ Predsednik senata(veća) se stara o pozivi-

⁸⁴ Vid. paragraf br.252 st. 1-7.AZPP

⁸⁵ Vid. paragrafe br. 257 i 258.AZPP

⁸⁶ Vid. paragrafe br.259-265. AZPP

⁸⁷ Vid. paragrafe br. 266-291c. AZPP

⁸⁸ Vid. paragraf br.277 izmena, BGBI I2009/30.

ma koji se imaju uputiti svim licima radi preduzimanja dokaza. U slučaju saslušanja malodobnog lica sud će voditi računa o volji malodobnog, o njegovoj dobi i intelektualnom razvoju, i o bliskosti sa procesnom strankom. Sud može odlučiti da angažuje stručnjaka⁸⁹. Protiv rešenja suda o izvođenju dokaza nije dopuštena žalba. Zakon sadrži i odredbe o izvođenju dokaza u inostranstvu, po kome sud može da zamoli nadležni inostrani sud radi izvođenja dokaza.

Treći naslov sadrži odredbe o izvođenju dokaza putem *isprava*.⁹⁰ Isprave koje potiču od javnog organa i sastavljene su u odgovarajućoj formi, na papiru ili u elektronskom obliku, unutar naležnosti organa (javne isprave) predstavljaju potpuni dokaz o tome šta javni organ tvrdi. Isto dokazno dejstvo imaju i druge isprave koje su posebnim propisima priznate kao javne isprave. Ako stranka tvrdi da se isprava nalazi kod protivnika sud može, na predlog stranke, naložiti rešenjem drugoj strani da ispravu preda na uvid sudu⁹¹. Podnošenje isprave se može odbiti: 1. ako sadrži podatke o porodičnom životu; 2. ako bi se predavanjem isprave povredila čast; 3. ako bi se upoznavanjem sa sadržinom isprave treće lice izložilo poruzi ili krivičnom postupku; 4. ako bi predaja isprave predstavljala povredu državne tajne; 5. ili iz drugih značajnih razloga koji opravdavaju odbijanje predaje isprave⁹². Zakon nadalje sadrži propise o podnošenju isprave od strane trećeg lica⁹³ o dokazivanju istinitosti sadržaja isprave pri čemu javne isprave imaju karakter apsolutnog dokaza, dokazivanje putem poređenja isprava radi utvrđivanja autentičnosti spornih isprava, o obavezi suda da čuva podnete isprave, o mogućnosti traženja da se istrošena isprava obnovi u smislu da tako može poslužiti kao dokaz. U kojoj će meri spomenici, granični znaci i slični znaci biti prihvaćeni kao dokazi sud će odlučiti na osnovu brižljive procene⁹⁴.

Četvrti naslov je posvećen pravilima o *svedocima*.⁹⁵ Ne mogu svedočiti lica koja su nesposobna za rasuđivanje, odnosno, koja nisu u stanju da shvate događaj o kome bi trebalo da svedoče, lica koja su u obavljanju službene delatnosti dužna da informacije do kojih su došli čuvaju kao službenu ili profesionalnu tajnu. Zatim, ne može svedočiti ni medijator ako je pre parničnog postupka vođen postupak medijacije u skladu sa posebnim zakonom,⁹⁶ u pogledu poverljivih činjenica koje su medijatoru saopštile stranke u toku ovog postupka. Iskaz svedoka se može odbiti ako je svedok u bliskom srodstvu sa strankom, ako je svedok bračni drug stranke, roditelj, dete stranke, usvojlac ili usvojenik stranke, ako bi se izjavom

⁸⁹ Vid. paragraf br.289/b st. 1i2.AZPP

⁹⁰ Vid. paragrafe br.292-319.AZPP

⁹¹ Vid. paragraf br. 303 st. 1.AZPP

⁹² Vid. paragraf br.305 st. 1 tač.1-5.AZPP

⁹³ Vid. paragrafe br.308-309.AZPP

⁹⁴ Vid. paragrafe br. 310-318.AZPP

⁹⁵ Vid. paragrafe br. 320-350.AZPP

⁹⁶ Vid. Zakon o medijaciji, Zivilrechts-Mediation Gesetz, BGBl I. Nr. 29/2003

svedok izložio životnoj opasnosti ili krivičnom gonjenju, ako bi izjavom svedoka, njemu bliska lica bila izložena neposrednom imovinskopравnom riziku, itd⁹⁷. Svedok može da odbije u celini ili delu svedočenje uz navođenje razloga za odbijanje. Sve okolnosti, vezane za iskaz svedoka uključiv i njegovu verodostojnost, ceni sud po slobodnoj proceni. Zakon sadrži i odredbe a svedocima-veštacima⁹⁸

Peti naslov sadrži pravila o *veštacima*⁹⁹. Nakon saslušanja stranaka, ako sud nađe da su potrebni veštaci, odrediće jednog ili više veštaka radi davanja stručnog mišljenja iz oblasti koja nije poznata sudu.

Šesti naslov reguliše *uviđaj*¹⁰⁰ koji se preduzima po predlogu ili po službenoj dužnosti ako je neophodno da sud stekne direktan uvid na mestu događaja, u slučaju potrebe, moguće je angažovanje i veštaka.

Sedmi naslov reguliše preduzimanje dokaza putem *saslušanja strana ka* o spornim pitanjima, koje se može inicirati po predlogu ili službenoj dužnosti.¹⁰¹

Osmi naslov sadrži odredbe o *obezbeđenju dokaza* prema kojima se predviđa da sud može na predlog stranke, da preduzme mere obezbeđenja dokaza u svakoj fazi postupka, akopostoji opasnost da dokaz bez preduzimanja tih mera nestane, ili ako se oceni da bi dokazivanje bilo znatno otežano.¹⁰²

Drugi odsek sadrži odredbe o *presudama* i *rešenjima* suda.¹⁰³ Kada je predmet spora, na osnovu sprovedenih parničnih radnji i izvedenih dokaza sazreo za odlučivanje, sud će doneti presudu (*konačna presuda –Endurteil*).¹⁰⁴ *Delimična presuda* se donosi o delu zahteva koje je sazreo za odlučivanje, ako je taj zahtev postao nesporan, ili izričito priznat. Delimična presuda se može doneti i onda ako je povodom spora podneta protivtužba, ukoliko je zahtev iz tužbe ili protivtužbe sazreo za odlučivanje. Svaka delimična presuda u pogledu pravnih lekova ili izvršenja se smatra kao samostalna presuda.¹⁰⁵ *Međupresuda*¹⁰⁶ se donosi ako je tužbeni zahtev osporavan i u visini i u pravnom osnovu, a tokom postupka je sazreo za odlučivanje osporavani deo o osnov. Sud tada može da odluči o osnovanosti osnova tužbenog zahteva. *Presudu zbog propuštanja tužioca* (Urteil auf Grund von Verzicht) sud donosi na osnovu predloga tuženog ako tužilac na usmenoj raspravi učini propust u pogledu tužbenog zahteva koji je predmet raspravljanja.

⁹⁷ Vid. paragraf br. 321 tač.1-6. AZPP

⁹⁸ Vid. paragraf br.350.AZPP

⁹⁹ Vid. paragrafe br. 351-366.AZPP

¹⁰⁰ Vid. paragrafe br.368-370.AZPP

¹⁰¹ Vid. paragrafe br.371-383.AZPP

¹⁰² Vid. paragrafe br.384-389.AZPP

¹⁰³ Vid. paragrafe br. 390-430.AZPP

¹⁰⁴ Vid. paragraf br.390 st. 1.AZPP

¹⁰⁵ Vid. paragrafe br.391-392.AZPP

¹⁰⁶ Vid. paragraf br.393.AZPP

Tada sud donosi presudu o odbijanju tužbenog zahteva zbog propuštanja tužioca¹⁰⁷. Ako se propuštanje odnosi samo na jedan od više zahteva ili samo na jedan deo zahteva može se doneti delimična presuda po osnovu propuštanja.¹⁰⁸ *Preduda na osnovu priznanja* se donosi onda ako je povodom tužbe podnete protiv tuženog, tuženi na usmenom delu raprave priznao celinu ili deo zahteva. Sud tada na predlog tužioca donosi presudu na osnovu priznanja.¹⁰⁹ *Presuda zbog propuštanja tuženoga* (*Versäumnungsurteil*) se donosi ako tuženi nije blagovremeno odgovorio na tužbeni zahtev. Tada će sud na predlog tužioca doneti presudu zbog propuštanja. U tom slučaju se uzimaju za istinite činjenične tvrdnje tužioca vezane za predmet spora, ukoliko nisu u protivnosti sa raspoloživim dokazima, te se na osnovu toga usvaja zahtev tužioca.¹¹⁰ O predlogu za donošenje presude zbog propuštanja tužioca ili tuženog ili presude zbog priznanja odlučuje predsednik senata (veća). Zakon sadrži detaljne propise o *sadržini presude*.¹¹¹ Presudom se odlučuje o svim predlozima koji se odnose na glavni zahtev. Ako se tužbeni zahtev odnosio na izvršenje neke radnje (prestacije), presuda koja obavezuje na tu radnju je dopuštena ako je obaveza dospela do donošenja presude. Kod zahteva za izdržavanje takođe se traži dospelost potraživanja u vreme donošenja presude. Kod zahteva za novčanu rentu zbog prouzrokovanja smrti, oštećenja tela ili neosnovanog lišenja slobode sud može preduzeti obezbeđenje potraživanja za ubuduće ako se sudu učini da je to očigledno neophodno. Ako sud nađe da je stranka koja je izgubila spor zlonamereno odugovlačila postupak, može na predlog stranke koja je uspela u sporu da osudi drugu stranku na naknadu štete.¹¹² Ako je više sporova spojeno u zajednički postupak može se doneti jedna zajednička presuda. Odluke koje se ne mogu više napadati pravnim lekom su *pravnosnažne*. Pravnosnažnost presude se ima uzeti u obzir po službenoj dužnosti.¹¹³ Pismeni sastav presude¹¹⁴ mora da sadrži: 1. označenje suda, ime i prezime sudije koji je učestvovao u sastavljanju presude; 2. podatke o strankama sa njihovim imenima i prezimenima; o njihovom zanimanju, mestu stanovanja kao i stranačkom svojstvu; označenje njihovog zastupnika, a u pravnim stvarima statusnih sporova pored toga i dan, mesto rođenja stranaka, u posebnim slučajevima i mesto stanovanja; 3. izreku presude; 4. obrazloženje presude. Izreka i obrazloženje se moraju vidno izdvojiti. Presuda zbog propuštanja ili zbog priznanja se donosi u skraćenoj formi. Ako ovaj zakon nije što drugo propi-

¹⁰⁷ Vid. Marija Salma, „Presuda zbog izostanka”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2012, 145.

¹⁰⁸ Vid. paragraf br. 394 st1 i 2. AZPP

¹⁰⁹ Vid. paragraf br.395. AZPP

¹¹⁰ Vid. paragraf br.396 st. 1.AZPP

¹¹¹ Vid. paragrafe br. 404-410.AZPP

¹¹² Vid. paragrafe br. 406-408.AZPP

¹¹³ Vid. paragraf br. 411.AZPP

¹¹⁴ Vid. paragrafe 417-428. AZPP

sao, one odluke koje se ne donose putem presude, kao što su sudske naredbe i mere donose se u formi *rešenja* odn. *zaključka* (Beschluss).¹¹⁵ Svi zaključci doneti od strane predsednika ili senata (veća), tokom usmenog postupka ili dokaznog postupka, se moraju dostaviti odnosno saopštiti strankama.

Treći deo zakona sadrži odredbe o *postupku pred okružnim sudovima* (Bezierrksgerichte).¹¹⁶ Ako u pogledu postupka pred okružnim sudovima zakon ne sadrži posebne odredbe, primenjuju se propisi o prvostepenom postupku. Stranke civilinopravnog spora se sporazumno mogu obratiti bilo kom okružnom sudu radi zaključivanja poravnjanja putem medijacije.¹¹⁷ U pogledu postupka povodom *platnog naloga* pred okružnim sudom važe posebna pravila, i to: Za podnošenje zahteva ne postoji obaveza zastupanja od strane advokata. Isto važi i za povlačenje tužbe. Pisani zahtevi su pojednostavljeni, dovoljno je da iz pisanog zahteva proističe namera za njegovim podnošenjem. Zahtev može biti dat i na zapisnik¹¹⁸. Postoje posebna pravila ZPP-a u *sporovima zbog smetanja poseda*. To su sporovi kod kojih tužilac iznosi da je od strane tuženog došlo do povrede (smetanja) ranijeg stanja poseda i prava i traži od suda da obaveže tuženog da uspostavi pređašnje stanje poseda, u roku od trideset dana od dana kada je tužilac saznao za smetanje.¹¹⁹ Na ovakvoj tužbi, koja se podnosi u pisanom obliku mora se naznačiti da se radi o postupku zbog smetanja poseda. Sud može naložiti jedanu ili više mera obezbeđenja koje su predviđene Zakonom o izvršenju i obezbeđenju. Kod određivanja termina rasprave vodi se računa o hitnosti. Odluka (rašenje ili zaključak) se svodi na konstataciju stanja pre povrede poseda i na obavezu smetoca da uspostavi pređašnje stanje. Postoje i posebni propisi ZPP-a za *bračne sporove*.¹²⁰ U postupcima povodom bračnih sporova koji nemaju za predmet spor o imovini, sud će zatražiti da se na njegov poziv supružnici lično odazovu. Javnost je isključena. Predmet spora može biti zahtev za proglašenje braka ništavim. Takođe, može se zahtevati od suda i utvrđivanje postojanja ili nepostojanje braka. Ako se tužilac ne pojavi na ročištu za usmenu raspravu, na predlog tuženog se ima smatrati da je tužba povučena. Pre zakazivanja rasprave o razvodu sud zakazuje ročište za mirenje. Pokušaj mirenja se može ostvariti u bilo kojoj fazi postupka.

Četvrti deo zakona je posvećen *pravnim lekovima* (Rechtsmittel).¹²¹ Žalba (Berufung)¹²² se podnosi protiv prvostepene presude u roku od četiri nedelje od dana dostavljanja presude. Prvi odsek uređuje *žalbu* protiv prvostepene presude. Žalba

¹¹⁵ Vid. paragrafe br. 425-430. AZPP

¹¹⁶ Vid. paragrafe br. 431-460. AZPP

¹¹⁷ Vid. paragrafe br. 433a-447 izmena AZPP-a, BGBl I 2011/21.

¹¹⁸ Vid. paragraf br.448. AZPP

¹¹⁹ Vid. paragrafe br.454-459.AZPP

¹²⁰ Vid. paragraf br.460. tač.1-11.AZPP

¹²¹ Vid. paragrafe br.461-547. AZPP

¹²² Vid. paragrafe br.461-501. AZPP

se podnosi pismenim putem preko suda prve instance. Blagovremenim podnošenjem žalbe prekida se nastupanje pravnosnažnosti i izvršnosti u osporenim delovima presude. Žalbeni spis mora da sadrži, pored ostalih potrebnih elemenata pismenog zahteva: 1. Označenje žalbenog suda; 2. označenje presude protiv koje se podnosi žalba; 3. izjavu žalioca u kom delu pobija presudu; 4. činjenične podatke i sredstva dokazivanja kojima se može dokazati istinitost žalbenih navoda odnosno osnovanost žalbe; ako žalba nije podneta preko zapisnika, mora sadržati i potpis žalioca, odnosno njegovog zastupnika. Drugi odsek reguliše *reviziju*¹²³ koja se podnosi protiv odluke drugostepenog suda. Ona je dopuštena samo onda ako odluka zavisi od pravnog pitanja materijalnog prava ili primene pravila postupka, i to u slučaju kada se oni tiču ostvarivanja jedinstva prava, pravne sigurnosti i razvoja prava, kao npr. ako je drugostepeni sud odstupio od prakse Vrhovnog suda. Redovna revizija nije dopuštena ako vrednost predmeta spora ne prelazi iznos od 5000 EUR-a. Revizija se podnosi pismenim putem preko suda prve instance. Revizioni rok iznosi četiri nedelje od dana dostavljanja odluke drugostepenog suda. Produženje roka nije dopušteno. Blagovremenim podnošenjem revizije odlaže se nastupanje pravnosnažnosti i izvršnosti napadnute presude, u obimu revizionog predloga, sve do odluke o ovom pravnom leku.¹²⁴ Vanredna revizija je dopuštena ako vrednost predmeta spora prelazi 30.000 EUR-a. Podnošenjem vanredne revizije ne odlaže se nastupanje izvršnosti, već samo pravnosnažnosti.¹²⁵ Protivniku revizije stoji na raspolaganju prinudni rok u trajanju od četiri nedelje počev od dana dostavljanja revizionog spisa da podnese odgovor na reviziju. Prilikom ispitivanja dopuštenosti revizioni sud nije vezan za izreku presude drugostepenog suda. Treći odsek je posvećen *žalbi protiv procesnih odluka suda* (Rekurs).¹²⁶

Peti deo reguliše vanredne pravne lekove, tj. *tužbu za proglašenje pravno-snažne sudske odluke ništavom*, odnosno *zahtevu za obnovu postupka*.¹²⁷ Tužba za poništaj pravnosnažne sudske presude se može podneti ako je 1. Postupajući sudija bio u sporu isključen po sili zakona; 2. kada jedna strana u postupku nije bila zastupljena od strane zakonskog zastupnika. Predlog za ponavljanje postupka stranka može podneti: 1. ako je isprava na kojoj je odluka zasnovana krivotvorena; 2. ako je svedok ili veštak dao netačnu izjavu; 3. ako je presuda zasnovana na prevari, prisili, falsifikovanoj ispravi koja ima karakter javne isprave ili sudski kažnjivoj radnji zastupnika stranke; 4. ako je sud povredio službene obaveze na sudski kažnjiv način.

¹²³ Vid. paragrafe br.502-513. AZPP

¹²⁴ Vid. paragraf br. 505. st. 3.

¹²⁵ Vid. paragraf br. 505 st. 4 kao i BGBl I 2009/52.

¹²⁶ Vid. paragrafe br.514-528/a

¹²⁷ Vid. paragrafe br.529-547. AZPP

Šesti deo sadrži propise o *posebnim parničnim postupcima* i to o postupku po evropskim pravilima o sporovima male vrednosti,¹²⁸ postupaku povodom meničnih potraživanja,¹²⁹ postupaku po sporovima u vezi ugovora o prometu nepokretnosti,¹³⁰ kao i arbitražno rešavanje sporova.¹³¹

Zaključne napomene

U ovom radu smo analizirali pravila austrijskog Zakona o parničnom postupku. Iako je donet još 1895. godine, on je još uvek u važnosti. Trajnost zakona ukazuje na visoku vrednost ovog zakonodavnog dela. Ovaj zakon je značajno uticao na srednjevropska i istočno evropska procesna prava. ZPP Austrije, iako je sačuvao svoje osnove, je od vremena donošenja do danas, doživeo brojne izmene, uključiv i izmene koje su nastale krajem XX i početkom XXI veka. Novije izmene su nastale pod uticajem zajedničkog evropskog procesnog prava i tiču se nadležnosti, izvršavanja odluke, postupka povodom platnog naloga, posebnih parničnih postupaka (naročito radnih sporova), kao i vanparničnog postupka. Austrijsko civilno procesno pravo je kao normativni sistem, sa pratećom bogatom literaturom i kreativnom sudskom praksom, uticalo i na srpsko pravo koje je u sistemu i pojedinim institutima preuzelo rešenja austrijskog prava. U radu se daje pregled sistema i osnovnih instituta građanskog parničnog postupka Austrije: tužba, odgovor na tužbu, pripremno ročište, usmena rasprava, dokazna sredstva i dokazni postupak, odluke suda. Cilj je da se važeća sadržina ZPP-a sagleda u kontekstu reforme srpskog Zakona o parničnom postupku.

Austrijsko građansko procesno pravo je zasnovano na principu stranačke dispozitivnosti. Stranke, pre svega tužilac slobodno raspolaže sporom: može da podnese ili ne podnese tužbu, može tužbu povući, preinačiti je. U svakoj fazi postupka može se poravnati sa tuženim. Načelo neposrednosti se ispoljava u svakoj fazi postupka. Načelo kontradiktornosti se ispoljava u pravilima o odgovoru na tužbu u mogućnosti tuženog da iznese prigovore, predloge kako u pisanoj, pripremljenoj fazi tako i u usmenoj, raspravnoj fazi postupka. I tužilac i tuženi mogu podneti predlog za utvrđenje ako im se čini da od postojanja prava ili pravnog odnosa ili istinitosti ili neistinitosti isprave zavisi ishod spora u njihovu korist. ZPP sadrži i pravila o spajanju više zahteva podnetih prema istom tuženom i za slučaj da su zahtevi iz različitih pravnih osnova, u cilju ubrzanja postupka. Takođe, Zakon sadrži i princip ekonomičnosti koji se ispoljava kroz pravila o izvođenju dokaza od strane zamoljenog suda, pravila da sud može u slučaju novčanog potraživanja za

¹²⁸ Vid. paragrafe br. 548. AZPP, Vid. Marko Knežević, „O žalbi protiv presude u postupku u sporu male vrednosti”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 4/2012, 397.

¹²⁹ Vid. paragrafe br.555-559. AZPP

¹³⁰ Vid. paragrafe br.560-576. AZPP

¹³¹ Vid. paragrafe br.577-618.AZPP

naknadu štete, o njenoj visini, odluči po slobodnoj proceni ako je njeno tačno utvrđivanje skopčano sa naročitim teškoćama i nesrazmerno visokim troškovima. Kod poravnanja austrijski ZPP prihvata pravilo da se sporazum stranaka unosi u zapisnik, što znači da je prihvaćena teorija da je poravnanje akt stranaka a ne suda, razume se, sa procesnopravnim dejstvom, koji dovodi do okončanja postupka. U dokaznom postupku prihvataju se klasična dokazna sredstva, kao što je saslušanje stranaka, uvid u isprave, saslušanje svedoka povodom činjeničnih tvrdnji, ili veštaka, u slučaju potrebe za naročitim znanjima od značaja za činjenična utvrđenja, kojima sud ne raspolaže. Dokaze može predložiti i tužilac i tuženi u prilog svojih tvrdnji, ali je sud taj, koji određuje koji će se od predloženih dokaza u dokaznom postupku izvesti, vodeći računa o njihovoj relevantnosti u pogledu predmeta spora. Na sudu je da oceni dokaze. Sud o zahtevu odlučuje presudom, a o procesnim aspektima zahteva rešenjem. Većina ovih načela je prihvaćena i u domaćem pozitivnom pravu, odnosno doktrini.

Marija M. Salma, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Salma@pf.uns.ac.rs

Analysis of the Evolution and Current Status of the Austrian Civil Procedural Law

Abstract: *The paper analyses the rules contained in the Austrian Civil Procedure Act. Although this act was adopted back in 1895, it is still in force. This continuity is a proof of the great value of this legislative document. This Act has had a significant influence on the Central and Eastern European procedural laws. From the period of its enactment, despite preserving its fundamental components, the Austrian Civil Procedure Act has been through a number of modifications, including the amendments that were introduced towards the end of 20th and in early 21st century. More recent modifications are a result of the influence of common European procedural law and concern the issues like jurisdiction, enforcement of decisions, proceedings concerning payment orders, special litigations, non-contentious proceedings. The Austrian civil procedural law, as a normative system, accompanied by a rich literature and creative judicial practice, has influenced the Serbian law, whose system and particular institutes have accepted the solutions contained in the Austrian law. The paper gives an overview of the systems and basic institutes of the Austrian civil procedure: complaint, response to the complaint, preliminary hearing, main hearing, evidence and evidentiary hearing, court's ruling. The aim is to consider the existing contents of the Austrian Civil Procedure Act in the context of reforms of the Serbian Civil Procedure Act.*

Keywords: *Austrian Civil Procedure Act, complaint, response to the complaint, main hearing, petitions, presentation of evidence, verdict, legal remedies.*

Datum prijema rada: 19.09.2016.

*Dr Drago Lj. Divljak, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
D.Divljak@pf.uns.ac.rs*

NOVI ZAKONSKI OKVIR ZA STRANA ULAGANJA U SRBIJI – BITNE KARAKTERISTIKE I MOGUĆI EFEKTI¹

Sažetak: *Predmet rada su bitne odrednice, odnosno karakteristike i novine koje donosi novi srpski Zakon o ulaganjima iz 2015. godine. U drugom delu rada smo se bavili i njegovim dometima i efektivnošću pogledu privlačenja stranih ulaganja. Cilj rada je bio i da se i u ovom kontekstu izvrši kritička analiza konvencionalnih stajališta o značaju pravnih reformi u procesu privlačenja stranih ulaganja.*

U radu se zaključuje da je navedeni zakon o sadržinskom smislu, uglavnom zakon kontinuiteta, koji se zasniva se na principima liberalizacije, zaštite i podsticanja stranih investicija, uz posebne iskorake u nekim segmentima, posebno u pogledu njihove daljnje liberalizacije. Koncepcijski, najznačajnije novine se vezuju za sferu podsticaja investicija i stvaranje kompleksnog, pomalo i glomaznog sistema institucionalne podrške stranim ulaganjima.

Zasnovana na ovakvom pristupu i rešenjima, novi predmetni zakonski okvir za strana ulaganja stvara povoljniji pravni ambijent za njihovu realizaciju. Međutim, iskustvo dosadašnjih zakonodavnih reformi u ovoj oblasti kod nas i uporednom pravu, ukazuje da su dometi tih poboljšanja dosta limitirani, te stoga teško mogu dovesti do izraženijih rezultata u privlačenju investicija, posebno s obzirom na ograničenja sadržana u samoj prirodi stranih investicija i realnom uticaju pravne regulative na lociranje stranih ulaganja.

Ključne reči: *strana direktna ulaganja, srpski zakon o ulaganjima, pravne reforme, karakteristike, efekti, liberalizacija, zaštita, podsticanje.*

¹ Rad je posvećen projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi” čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

Već je konvencija da su strane direktne investicije, odnosno ulaganja² važna komponenta ekonomskog rasta i prosperiteta.³ Posebno se apostrofira njihov pozitivan uticaj u tranzicionim ekonomijama i zemljama u razvoju,⁴ kao što je Srbija. Njima oni nisu samo važan izvor finansiranja, već instrument za prenos tehnologije, znanja i veština.⁵ Međutim, u uslovima velike ekspanzije stranih ulaganja u svetu,⁶ upravo se ove zemlje suočavaju sa znatnim teškoćama u privlačenju stranih direktnih investicija. Naime, nažalost najveći deo priliva stranih direktnih investicija su usmereni ka razvijenim zemljama.⁷

Problem nesrazmere između potreba za svežim kapitalom i ostvarenog je izražen i u Srbiji. U sve zaoštrenoј konkurenciji i naša zemlja mora prilagoditi svoju strategiju. Ona svakako uključuje kreiranje stabilnog, fer i transparentnog pravnog sistema,⁸ u cilju stvaranja neophodne klime stabilnosti i predvidljivosti ovoj oblasti, što neizostavno podrazumeva kontinuiranu modifikaciju i, ponekad, potpuni remont pravnog i institucionalnog okvira za strana ulaganja.

Idući tim pravcem i logikom, naša zemlja je 2015. godine donela novi Zakon o ulaganjima. U radu koji sledi, u komparativno-pravnoj perspektivi utvrdićemo i analizirati njegove bitne značajke i novine koje donosi. U drugom delu rada, kritički ćemo se baviti i njegovim dometima i efektivnošću u kontekstu privlačenja stranih ulaganja. Cilj rada je i da se i ovim povodom izvrši kritička analiza konvencionalnih stajališta o značaju pravnih reformi i investicionog prava u procesu privlačenja stranih ulaganja.

1. BITNE KARAKTERISTIKE NOVOG REŽIMA STRANIH ULAGANJA

U Srbiji, izvori prava za strana ulaganja si raznoliki. Osim domaćih propisa koji direktno ili indirektno uređuju ovu oblast, sve veći značaj imaju relevantni međudržavni sporazumi.⁹ Međutim osnovu pravnog režima stranih investicija

² O određenju stranih direktnih investicija: Muthucumaraswamy.S., *The international law on foreign investment*. Cambridge University Press, 2010, str. 8.

³ Jeffrey P.G., Spaulding.R.B., *Understanding foreign direct investment (FDI), as contributors to buzzed international gateway for CITIBANK*, <http://www.going-global.com/jpgconsulting/services.htm> (2005). str. 1.

⁴ Cheryl. W.G., Jarosz. W.W., *Law and the Regulation of Foreign Direct Investment: The Experience from Central and Eastern Europe*, Colum. J. Transnat'l L. 33 (1995), str. 1.

⁵ Krkoska, L., *Foreign direct investment financing of capital formation in central and eastern Europe*. UN, 2002, str. 2.

⁶ O faktorima velike ekspanzije stranih investicija: Jeffrey P.G., Spaulding.R.B., op. cit. str. 1.

⁷ Botrić, V., Škuflić, L. *Main determinants of foreign direct investment in the southeast European countries*, *Transition Studies Review*, *Transition Studies Review*, 2006, 13.2, str. 362.

⁸ Hewko, J., *Foreign direct investment in transitional economies: Does the rule of law matter*. E. Eur. Const. Rev., 2002, 11, str. 71.

⁹ O značaju bilateralnih investicionih ugovora u kontekstu stranih ulaganja: Lauterpacht, E., *International law and private foreign investment*. Ind. J. Global Legal Stud., 1996, 4, str. 266;

svakako čini navedeni Zakon o ulaganjima iz 2015. godine. Njegovo donošenje se obrazlaže potrebom unapređenja investicionog okruženja u Republici Srbiji i stvaranja privlačnijeg poslovnog ambijenta, kao i neophodnošću podizanja efikasnosti u pružanju usluga organa uprave.

Njegov naziv, obuhvat, a nadasve njegova pravna rešenja upućuju na njegove bitne odrednice i značajke, kako u formalno -pravnom, tako i u sadržinskom pogledu.

a. Pravno-formalne odrednice

Prvo, u pravno-tehničkom smislu novim Zakonom o ulaganjima se čini otklon od prethodnog Zakona o stranim ulaganjima iz 2002. godine. Naime, zakoni ovog tipa mogu biti potpuni i detaljistički ili okvirni sa opštim pravnim odredbama, pri čemu se pri ovom drugom modelu omogućava veća fleksibilnost ugovornim stranama, a pravne praznine delom popunjavaju podzakonskim aktima.¹⁰ Novi zakon je bliži prvom metodi, što može pogodovati birokratizovanju sistema i po tom osnovu uvećati nesigurnost ulagača. Međutim, krajnja ocena implikacija ovog pristupa se može dati jedino nakon viđenja njegove praktične primena u praksi, pri čemu je ideal u jasnom i jednostavnom zakonu koji pruža prave informacije o pravnom tretmanu ulaganju i poslovnim mogućnostima.

Drugo, uz samog naziva predmetnog zakona je vidljivo da se njegovim donošenjem formalno dosadašnji zakonski pristup postojanja posebnih zakona o stranim ulaganjima.

Postojanje *lex specialis* ovog tipa ima korisnu ulogu u početnom period tranzicije ka tržišnoj ekonomiji, jer oni kao takvi šalju jak signal stranim ulagačima o poželjnosti njihovog kapitala. S druge strane, sadržinskom smislu zakoni ovog tipa imaju tendenciju da stvore investicione „enklave”, tj, poseban ciljani podsticajni pravni tretman stranih ulaganja, separatan u odnosu na opšti pravni režim,¹¹ ili u odnosu na domaće investitore. Ipak, u meri u kojoj je sistem enklava paralelno funkcioniše u dužem vremenskom periodu, vrlo brzo se njegova početna korisnost umanjuje i postaje kontraproduktivna. Praksa istočno-evropskih tranzicijskih zemalja je pokazala da je poželjno uporedo sa transformacijom domaće ekonomije ići na demontažu takvih separatih režima.

Na prvi pogled, koncipiranjem zakona o ulaganjima, kojim je kreirano jedinstveno investiciono zakonodavstvo, koje se odnosi kako ulaganja stranih lica, tako i na ulaganja domaćih subjekata moglo bi se reći da je generalno i naše pravo išlo

Lazo, R. P., Legal Framework of Foreign Investment in Chile. *Law & Bus. Rev. Am.*, 2012, 18, str. 220.

¹⁰ Salacuse, J., *Egypt's New Law on Foreign Investment: The Framework for Economic Openness*, *The International Lawyer* (1975), str. 659-660.

¹¹ Cheryl. W.G., Jarosz. W.W., *op. cit.* str. 39

u tom pravcu, jer deluje da se prekida formalni kontinuitet sa sistemom enklave. Međutim, suštinski gledano, ono se u novom zakonu, i dalje zadržava, posebno u sferi institucionalne i finansijske podrške i logistike. Pored toga, novi zakon logično sadrži i posebna pravila i odredbe za strana ulaganja, koja su inherentna njihovoj prirodi. Sve to ukazuje da smo u ovom segmentu još na pola puta, jer uklanjanje posebnog zakona o stranim ulaganjima nije dosledno pratilo i prirodno inkorporiranje te materije u jedinstven pravni režim, posebno u sferi kompanijskog prava. Mišljenja smo to nije učinjeno jer bi se time upravo izgubila jasna promotivna i signalizirajuća funkcija ovakvih propisa, a koje i novi zakon, ovako utvrđen, i dalje zadržava, ali sada samo u nešto drugačijoj pravnoj formi. U tom kontekst, takav pristup može imati svoje opravdanje i korisnost.

b. Odrednice u pogledu sadržine

U sadržinskom smislu, novi zakonski okvir se zasniva na principima dodatne liberalizacije, pune zaštite i podsticanja stranih investicija. U tom pogledu postoji puni kontinuitet sa ranijim odnosnim zakonskim pravilima. Nadogradnja je učinjena u oblasti podrške investicijama, posebno putem ozakonjenja podsticaja i kreiranja složenog mehanizma institucionalne podrške.

U pogledu slobode ulaganja, u našem pravu¹² se odvijao proces kontinuirane liberalizacije, pri čemu je polazni princip bio da su strana ulaganja dozvoljena, uz određene izuzetke,¹³ pri čemu je sfera izuzetaka dosledno smanjivana.¹⁴ Najnovijim zakonom se ide i korak dalje.¹⁵ Naime, u našem važećem investicionom pravu nisu određena nikakva ograničenja za strane ulagača, bilo u pogledu delatnosti, bilo u teritorijalnom pogledu. Time je formalno učinjen bitan iskorak u liberalizaciji ove

¹² Pristup tržišta stranim ulagačima u uporednom pravu je podložan različitim ograničenjima. Poseban kompleksan sistem pravila u ovom pogledu je imalo kinesko pravo. S druge strane, meksičko pravo je prošlo dug put od vrlo ekstenzivnih ograničenja do ubrzane liberalizacije: Pacheco-López, P., Foreign direct investment, exports and imports in Mexico. *The World Economy*, 2005, 28.8, str. 1159. Za ukrajinsko pravo uporedi: Marinich, S., Zafft, R., *Russia's New Foreign Investment Law. Review of Central and East European Law*, 1999, 25.3, str. 438.

¹³ Kod nas nije postojao koncept da su strana ulaganja dozvoljena samo u izričito nabranim oblastima, kao u nekim drugim zemljama. Salacuse, J., op. cit. str. 652.

¹⁴ Prema ranijem Zakonu o stranim ulaganjima iz 1994. godine, postojala su dva pravna osnova za posebno tretiranje stranih ulagača. Prvo, to su bile zabranjene zone. Drugo, to su bile specifične privredne delatnosti koje su smatrane strateški važne po zemlju i kojima strano ulaganje nije bilo dozvoljeno. One su tada obuhvatale oblasti proizvodnje i prometa oružja, javnog informisanja, sistema veza (telekomunikacioni objekti međunarodnog i magistralnog značaja, mreže sa integrisanim uslugama i satelitske telekomunikacije). Kasnijim zakonom o stranim ulaganjima iz 2002. godine zadržana su oba pravna osnova ograničenja za strane ulagače, ali je došlo do njihovog bitnog sužavanja. Ona su tada zadržana samo za oblast proizvodnje naoružanja.

¹⁵ U moderno doba globalizacije, kao imperativ se sve više postavlja slobodan protok kapitala ili bar promet sa minimalnim ograničenjima. Muthucumaraswamy, S., op. cit. str. 336.

oblasti u odnosu na ranija domaća zakonska rešenja, ali i na komparativnu praksu. To se odnosi ne samo na zemlje u razvoju,¹⁶ naročito u Južnoj Americi,¹⁷ već i na Kinu,¹⁸ ali u pojedine razvijene zemlje.¹⁹

Nepostojanje ograničenja u najnovijem investicionom zakonodavstvu u našoj zemlji da ne znači o da je apsolutno otklonjena ta mogućnost. Naime, moguće je da se ona utvrde drugim posebnim zakonima. Ovakav pristup ne ocenjujemo dobrim, jer je u ovoj oblasti nužno ne samo obezbediti transparentnost u pogledu statusa potencijalnih stranih ulagača već i njihovo lakše snalaženje i korišćenje odnosno pravne regulative. U praksi, takva mogućnost se predviđa u oblasti naoružanja i vojne opreme. Iako je načelno omogućeno stranom ulagaču da postane i većinski vlasnik kapitala u privrednom društvu koje posluje u delatnosti, to i dalje nije moguće u jednom specifičnom segmentu, u oblasti proizvodnje naoružanja i vojne opreme koji pripadaju grupaciji Odbrambena industrija.²⁰

S druge strane, princip liberalizacije za strana ulaganja se doslednije primenjuje u oblasti poslovanja kompanija sa stranim kapitalom. Naime, nisu predviđena nikakva ograničenja za strane ulagače nakon ulaska na tržište u njihovom poslovanju, pa ni u vidu vezivanja uvoza i izvoza, zahteva lokalne proizvodnje ili zahteva u pogledu zapošljavanja ili lociranja proizvodnje, kako se to negde radi u uporedno-pravnoj praksi radi, bar na formalno-pravnom nivou.²¹

Sadržinski gledano, bitan princip novog investicionog zakonodavstva je i dalje princip zaštite stranih ulagača, čemu se u samom u zakonu daje formalno daje odgovarajući prostor. U ovoj oblasti, njihov tretman se temelji na standardnim, već uobičajenim principima prisutnim uporedno-pravnoj praksi i u skladu sa standardima međunarodnog investicionog prava. U te principe spadaju: puna pravna sigurnost i pravna zaštita u pogledu prava stečenih ulaganjem,²² zaštita u

¹⁶ U Gani postoji je postojao poseban restriktivan pristup po više onova Ubezunu, C., *New Foreign Investment-Legislation*, 23 *Int'l Bus. Law* 419, 1995, 420.

¹⁷ O situaciji u Čileu u pogledu ograničenja za strane ulagače: Lazo, R. P., op. cit. str 208-209.

¹⁸ O razvoju kineskog prava u ovom pogledu: Bian, Y., *A Revisit to China's Foreign Investment Law: With Special Reference to Foreign Investment Protection*, *Journal of East Asia and International Law*, 2015, 8.2, str. 455.

¹⁹ Šire: Cote, J., *Canada's New Legislation on Foreign Investment*, *Int'l Bus. Law.*, 1985, 13.

²⁰ Bitno je precizirati da toj grupaciji pripada proizvođač naoružanja i vojne opreme, čiji većinski osnovni kapital pripada državi. Kod tih lica, strano ulaganje može biti samo do 49% vrednosti kapitala, pri čemu jedan strani ulagač ne može imati više od 15% učešća u kapitalu. Šire Divljak, D., *Primenjena nacionalnog tretmana u pravu stranih ulaganja Srbije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad, vol. 49, br. 3, str. 1048-1049.

²¹ S druge strane, moguće su u praksi, faktičke situacije gde se strane kompanije kod nas mogu dovesti u neravnopravan tretman, kao što su: poseban tretman javnih preduzeća ili direktne i indirektne subvencije, preferencijalni tretman u procesu javnih nabavki, mogućnost uticaja na regulatorna tela i državne organe i sl.

²² Slično je u ruskom pravu: Marinich, S., Zafft, R., op. cit. str. 440.

slučaju oduzimanja biznisa,²³ nacionalni tretman,²⁴ sloboda plaćanja prema inostranstvu, i sloboda kupovine deviza na deviznom tržištu²⁵ i pravo stranog ulagača na transfer finansijskih i drugih sredstava u vezi sa ulaganjem.²⁶

Posebno je značajno da navedeni zakon omogućava i nedsikriminatorski sistem rešavanja sporova.²⁷ Naime, utvrđeno je pravo ulagača da ugovori arbitražu za rešavanje imovinskih sporova u vezi sa ulaganjem, u skladu sa zakonom kojim se uređuju arbitraže.²⁸ U tom pogledu postoji kontinuitet sa rešenjima prethodnog zakona.²⁹

Teškoća u vezi rešavanja sporova može biti značajna prepreka za strane investicije, naročito u zemljama u razvoju sa nerazvijenim pravnim i pravosudnim sistemom. Uspešno rešavanja ovog problema putem dozvoljavanja nezavisnih arbitraža bitno smanjuje post-transakcione troškove za strane ulagače. Ovo pitanje je od suštinskog značaja i za smanjenje rizika ulaganja. Ipak, arbitražu ne može da zameni potpuno fer i funkcionalan domaći pravosudni sistem, jer one mogu biti efikasne samo ako su domaće pravosudne institucije voljne i sposobne da prepoznaju i primene njihove odluke.³⁰

v. Novine u novom zakonskom režimu

Novi pravni režim sadrži i pojedine novine, koje do sada nisu bile prisutne u našem pravu stranih ulaganja.

Jedna od novina u novom investicionom zakonodavstvu je i rangiranje ulaganja po značaju³¹ i to na ulaganje od posebnog i na ulaganje od lokalnog značaja.³² Navedeno klasifikovanje nije samo sebi svrha, već je u funkciji ostvarivanja podsticaja i utvrđivanja nadležnosti državnih organa.

Objektivizacija u ovoj oblasti se postigla sistemom kriterijuma u vrednovanju njihovog značaja. Kriterijumi na osnovu kojih se utvrđuje značaj ulaganja su:

²³ Članom 6. Zakona o ulagačima utvrđeno je se da se stvari i prava ulagača mogu oduzeti samo ako je takva mogućnost predviđena zakonom, na način i po postupku propisanim zakonom. U slučaju oduzimanja prava ulagača na obavljanje delatnosti („oduzimanje biznisa”), ulagaču pripada naknada koja će odgovarati tržišnoj vrednosti oduzetog ulaganja koja je bila neposredno pre oduzimanja i na vrednost neće uticati činjenica da je namera oduzimanja bila poznata ranije.

²⁴ Član 7. Zakona o ulaganju iz 2015.godine.

²⁵ Član 8. Zakona o ulaganju iz 2015.godine.

²⁶ Član 8. Zakona o ulaganju iz 2015.godine.

²⁷ Bian, Y., op. cit. str. 449. Slično kao ukrajinskom pravu: Ševerdina, O.V., *Legal Foreign Investment: The Definition*, Law Rev. Kyiv U.L. 260, 2012., str. 262.

²⁸ Član 10. Zakona o ulaganju iz 2015.godine.

²⁹ Član 17. Zakona o stranim ulaganjima iz 2002. g.

³⁰ Cheryl. W.G., Jarosz. W.W., op. cit. str. 31.

³¹ U ruskom pravu iz 1999.godine se razlikuju pojmovi direktne strane investicije, investicioni projekat i prioritetni investicioni projekt.

³² Član 11. Zakona o ulaganju iz 2015.godine.

1) broj novih radnih mesta i efekat ulaganja na broj zaposlenih u privredi u jedinicama lokalne samouprave; 2) vrsta i iznos ulaganja; 3) uticaj na ukupan spoljno-trgovinski bilans Republike Srbije ili u pojedinačnim industrijskim granama, odnosno prema ciljanim izvoznim tržištima; 4) dugoročnost ulaganja; 5) stvaranje velike vrednosti ili visoke dodate vrednosti; 6) reference i kredibilitet ulagača.³³ U ovako kompleksnom i sitemu vrednovanja, smatramo da je trebao naći svoje mesto jedan vrlo koristan kriterijum za naš ekonomski i ukupan razvoj, a koji se tiče nivoa angažovanja tehnologije kod realizacije stranih ulaganja.³⁴

Od navedenog vrednovanja ulaganja, u kontekstu zakonskih novina, veći značaj svakako ima kreiranje kompleksnog sistema institucionalne podrške stranim ulaganjima i ozakonjenje podsticaja.

Posebna pažnja, skoro prvorazredna u novom pravnom okviru za strane investicije je posvećena institucionalnom sistemu koji prati strana ulaganja. Njihovo efektivno ustrojstvo bitno poboljšava ukupnu investicionu klimu i stavlja zemlju u povoljniji položaj u rastućoj međunarodnoj konkurenciji za investicije.³⁵ Iz tog razloga se i u zvaničnom obrazloženju predlagača zakona kao jedan od ciljeva zakona navodi uređenje institucionalnog okvira za efikasno pružanje usluga imalaca javnih ovlašćenja ulagačima.

U uporednom pravu nije neuobičajeno³⁶ da ceo proces pripreme ulaganja, kao i njegove realizacije prati angažman nadležnih državnih organa, opšte ili specijalne nadležnosti. Razlika je u njihovom broju, strukturi i nadležnostima. Takva situacija je bila prisutna i u našem ranijem pravu. Ono što je novom je vrlo kompleksan pristup vidljiv po broju organa i načinu njihovog strukturiranja, realizovan većim brojem zakonskih odredbi. Sudeći po tome, logičnim deluje da je uređenje ove materije jedan od ključnih razloga donošenja novog zakona.

U našem pravu institucionalni aparat koji prati strana ulaganja čine prevashodno organi promocije i podrške,³⁷ sa ciljem stvaranja uslova za efikasniju realizaciju ulaganja. To pokazuje da se naš zakonodavac rukovodio vrlo važnim praktičnim interesom stranih ulagača da imaju institucije-partnere u državi, koji će mu pomagati u prevladavanju birokratskih prepreka u započinjanju i realizaciji ulaganja.³⁸

³³ Član 12. Zakona o ulaganju iz 2015. godine.

³⁴ O kineskom primeru u tom pogledu: Bian, Y., op. cit. str. 469.

³⁵ Cheryl. W.G., Jarosz. W.W., op. cit. str. 39-40.

³⁶ U Gani je to Centar za promociju (Ghana Investment Promotion Centre Act 1994). Ubezozonu. C., op. cit. str. 411.

³⁷ U našem pravu ne postoji organ sličan Odboru za inostrane investicije (FIC) u Čileu, koji je bio nadležan da prihvati ulazak stranog pod posebnim režimom.

³⁸ Uobičajena žalba među investitorima u zemljama koje su najmanje uspešne u privlačenju investicija je bila nedostatak ovlašćenja i volje da se donese odgovarajuća administrativna odluka i beskrajan birokratski lavirint u tom pogledu. Hewko, J., op. cit. str. 74.

U skladu sa Zakonom o ulaganjima, institucionalni sistem za podršku ulaganjima čine Savet za ekonomski razvoj, ministarstvo nadležno za poslove privrede, Razvojna agencija Srbije i jedinice za lokalni ekonomski razvoj i podršku ulaganjima.³⁹ Podršku ulaganjima za ulaganja u praktičnoj ravni daju i projektni timovi.⁴⁰ U ovom pogledu, centralnu ulogu ima Razvojna agencije Srbije, sa posebnom obavezom u pogledu koordinacije rada organa sa javnim ovlašćenjima, u procesu planiranja i sprovođenja ulaganja, podsticanja i realizacije direktnih ulaganja.⁴¹

Novim zakonom utvrđene su striktno obaveze navedenih institucija u pogledu pružanja pomoći i podrške.⁴² Istovremeno je, što je možda još važnije, predviđaju i obaveze drugih državnih organa, da predmet u vezi sa ostvarenjem i održanjem registrovanih ulaganja, i ostvarenjem prava i obaveza registrovanih ulagača, rešavaju po hitnom postupku, kao predmete sa pravom prvenstva.⁴³ Utvrđuje se i pravo ulagača na pritužbe na rad organa vlasti, ukoliko oni ne postupaju na utvrđeni način, kao i postupak po pritužbi.⁴⁴

Ovakav stepen pažnje i kompleksna struktura organa u ovoj oblasti ima svoje loše i dobre strane. Prednost je što se na taj način zaobilaze mnoge od prepreka za strana ulaganja. S druge strane, na ovaj način, angažovanjem datih organa u pomaganju investitorima se suštinski kreira poseban sistem u kome se zabašuruju svi generalni nedostaci pravnog sistema i mane državnog administrativnog aparata u celini, čime se zakonodavac pasivizira, umesto da institucionalno rešava praktične probleme stranih ulagača. Loše je i što ovako kompleksan sistem može stvoriti novu birokratsku strukturu, koja u efektivni može biti čak i kontra-produktivna, kako nas iskustvo uči.

Bitna novost u novom srpskom investicionom pravu je i da podsticaji postaju zakonska kategorija,⁴⁵ čime se želi naglasiti stimulatívni karakter novog pravnog režima stranih ulaganja.

U uporedno-pravnoj praksi, podsticaji se vezuju za ulaganje u značajne investicije ili specifične ekonomski sektore i uglavnom nisu dostupni domaćim investi-

³⁹ Član 15. Zakona o ulaganju iz 2015.godine.

⁴⁰ Članom 22. Zakona o ulaganju iz 2015.godine uređuju se obrazovanje i rad projektnih timova, koje formira predsednik opštine, odnosno gradonačelnik, odnosno nadležni organ autonomne pokrajine za poslove privrede za ulaganja od lokalnog značaja, u slučaju da se ona sprovede na teritoriji autonomne pokrajine, formiranje i rad projektnih timova za podršku ulaganjima od posebnog značaja za Republiku Srbiju

⁴¹ Član 36. Zakona o ulaganju iz 2015.godine.

⁴² Članom 19. Zakona o ulaganju iz 2015.godine utvrđuje se obaveza jedinica za lokalni ekonomski razvoj i podršku ulaganjima da pruže stručnu pomoć i podršku ulagaču u realizaciji ulaganja, ako to zatraži ulagač.

⁴³ Član 16. Zakona o ulaganju iz 2015.godine.

⁴⁴ Član 18. Zakona o ulaganju iz 2015.godine.

⁴⁵ Popov, Đ. V., *Rast stranih investicija u Srbiji – zakon i šta još?*, Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad, vol. 49, br. 2, 2015, str. 414.

torima.⁴⁶ Novi zakon o ulaganjima podstičaje vezuje za njihov značaj i namenjuje ih, bar formalno, svim investitorima. U tom kontekstu postaje relevantna ranije spomenuta klasifikacija ulaganja,⁴⁷ pri čemu obe vrste ulaganja mogu ostvariti podsticaje, samo od različitih nivoa vlasti.

Ulagачi mogu ostvariti pravo na različite podsticaje: državnu pomoć, poreske podsticaje i olakšice i oslobođenja od plaćanja taksi, carinske povlastice i sistem obaveznog socijalnog osiguranja. Osim toga, imaju pravo na oslobođenje od plaćanja carine i drugih uvoznih dažbina na uvoz opreme koji predstavljaju ulog stranog ulagača.⁴⁸

Iako na prvi pogled nelogična, praksa da relativno siromašne zemlje „plaćaju” bogatim kompanijama da investiraju u tu zemlju, nije nova. U zaoštrenoј konkurenciji za privlačenjem stranih ulaganja, zemlje pokušavaju i dodatnim merama pospešiti njihov priliv, pa i na ovaj način. U tom okviru Srbija, kao i druge zemlje, je spremna da potencijalnim ulagačima pruži pogodnosti različitog karaktera. Sistem podsticaja, koji postoji u našem pravu korespondira sa takvom sve češćom praksom u ovim zemljama.

Međutim, iako deluje nužan u kontekstu zaoštrene konkurencije na tržištu kapitala i stanja nacionalne ekonomije, primena ovakvog sistema podsticaja ne samo da opterećuje ionako nedovoljan državni budžet, već dovodi i do drugih negativnih implikacija. Konceptualno, ovako izraženi sistem podsticaja dodatno ojačava sistem pravnih enklava, sa svim kontraproduktivnim posledicama koje ono nosi. Dugoročno takav pristup dovodi do toga on vremenom postaje glavna poluga privlačenja stranih ulaganja, što je i pokazala praksa istočno-evropskih zemalja koje su svoju pažnju prevashodno usmerile na preferencijalne poreske šeme, ignorišući dodatne transakcione troškove sa kojima su se suočavali strani

⁴⁶ Cheryl. W.G., Jarosz. W.W., op. cit. str. 34.

⁴⁷ Član 11. Zakona o ulaganju iz 2015. godine utvrđuje da će ulaganje od posebnog značaja čije ostvarenje bi bitno uticalo na dalji razvoj privrede Republike Srbije, unapređenje konkurentnosti privrede i Republike Srbije kao investicione lokacije i njen ravnomeran regionalni razvoj u odnosu na predmet ulaganja i teritorijalnu koncentraciju određenih privrednih grana i privrednih delatnosti i kod kojeg postoji značajno ulaganje u osnovna sredstva ili otvaranje većeg broja novih radnih mesta. Ulaganje od posebnog značaja je i ulaganje koje se realizuje na teritoriji jedne ili više jedinica lokalne samouprave i podstiče realizaciju zajedničkih razvojnih prioriteta više jedinica lokalne samouprave u funkciji povećanja nivoa njihove konkurentnosti, kao i ulaganje na osnovu usvojenih bilateralnih sporazuma i sporazuma o prekograničnoј saradnji. Za ulaganja od posebnog značaja predlog dodele državne pomoći donosi se bez objave javnog poziva. Ulaganje od lokalnog značaja je ulaganje koje u skladu sa ovim zakonom ne predstavlja ulaganje od posebnog značaja, a koje doprinosi privrednom i društvenom razvoju jedinice lokalne samouprave na čijoj teritoriji se realizuje.

⁴⁸ Član 14. Zakona o ulaganju iz 2015. godine utvrđuju se carinske olakšice, osim za putnička motorna vozila i automate za zabavu i igre na sreću, pod uslovom da je oprema koju ulagač uvozi u skladu sa propisima kojima se uređuju zdravlje i bezbednost građana i zaštita životne sredine.

investitora po osnovu stvarnog stanja investicionog ambijenta.⁴⁹ U krajnjem slučaju, ovakav sistem podsticaja može ojačati i birokratske strukture koje mogu nepotrebno komplikovati investicioni ambijent i povećati transakcione troškovi za strane investitore.

2. MOGUĆI EFEKTI I DOMET NOVE PRAVNE REGULATIVE

Donošenjem novog zakona o ulaganjima, Srbija je opet dovedena u zonu starih očekivanja u pogledu ubrzanog priliva stranog kapitala, koji će po nekima samim tim rešiti sve naše ekonomske i druge probleme. U tom kontekstu se iznova aktuelizuje pitanje efektivnosti stranih ulaganja, a posebno zakona koji reguliše tu oblast.

Takva očekivanja treba svesti na meru koja korespondiraju ne samo prirodom stranih ulaganja, već pre svega sa stvarnim značajem i efektima pravne regulative u tom procesu, kao i vremenskoj dimenzije ispoljavanja pozitivnih efekata.

Prvo, učinak i dejstvo stranih ulaganja nije uvek jednoznačno pozitivno.⁵⁰ Pojedina ekonomska istraživanja su registrovala neke od negativnih implikacija i one nisu specifikum samo jedne zemlje.⁵¹ S druge strane, neke od njih su vidljive i kod nas, čak i široj javnosti⁵² i nisu benigne po državu i društvo. Sve to govori nema potrebe preterivati u apsolutizaciji vrednosti stranih ulaganja samih po sebi, kao leka za sve. Po logici stvari, strani investitori nisu altruističke organizacije, i njihovi interesi ne moraju uvek da se podudaraju sa interesima društva u celini ili interesima domaćih investitora, te stoga očekivanja da strana ulaganja rešavaju sve probleme države nisu realna i treba ih svesti na razumnu meru.⁵³

Time nikako ne želimo dovesti u pitanje njihov potvrđeni ekonomski značaj⁵⁴ i korisnost za zemlju domaćina kapitala,⁵⁵ što je, konačno nadvladalo strah malih

⁴⁹ Cheryl. W.G., Jarosz. W.W., op. cit. str. 17.

⁵⁰ Popov, Đ., op. cit. str. 402.

⁵¹ U meksičkoj poslovnoj praksi uočene su sledeće posledice: Prvo, veza između stranih ulaganja i lokalnih industrija je prilično slaba. Isto tako, ona u najmanju ruku uvećavaju regionalne ekonomske razlike. Drugo, održava se podvojenost između domaće privrede i one sa stranim ulagačima, koja dovodi do povećanja uvoza, pri čemu je ona sa stranim ulozima uvozno orijentisana, te tako efekat njihovog izvoza redukuje njegove ekonomske prednosti. Treće, pravni okvir stranih ulaganja je onemogućio intervenciju države u cilju zaštite domaćeg sektora, čime je ona izgubila kontrolu u dizajniranju ekonomskog razvoja. Vrlo bitna je i činjenica da su multinacionalni konglomerati kao strani ulagači u stanju da koncentrišu veliku moć nad manjim i slabijim ekonomijama, koju mogu zloupotrebiti i usmeriti na domaću konkurenciju. Šire: Pacheco-López, P., op. cit. 1169-1171.

⁵² Hewko, J., op. cit. str. 72.

⁵³ Pacheco-López, P., op. cit. str-1169.

⁵⁴ Lazo, R. P., op. cit. str. 203.

⁵⁵ Hewko, J., op. cit. str. 73, Ševerdina, O.V., op. cit. str. 260.

zemalja u pogledu gubitka ekonomskog suvereniteta zbog stranih ulaganja⁵⁶ i prihvatanja politike otvorenosti u tom pogledu.⁵⁷ Međutim, zalažemo se da se ova oblast posmatra u svojoj svojoj kompleksnosti i da se u skladu s tim, ne bagatelišu njihove negativne posledice, koje ponekad u mnogome mogu umanjiti njihovu ne-spornu generalnu korisnost.⁵⁸

Od pitanje implikacije stranih ulaganja uopšte i kod nas, sa pravnog stanovišta je značajnije pitanje koliki su dometi i ograničenja novog Zakona o ulaganja, odnosno njegova stvarna efektivnost i uticaj na ubrzani priliv stranog kapitala⁵⁹ i da li je presudan, kako se kod nas nekad naglašava.

Pitanje je u stvari, koliko je njihov značaj u poređenju sa drugim mnogobrojnim faktorima koji utiču na priliv stranih ulaganja, o čijoj kategorizaciji i vrednovanju nema unisonih stavova.⁶⁰ Ipak, najšire se može reći da ga velikoj meri određuje dve vrste faktora.⁶¹ Prvi se odnosi na prirodne resurse, radnu snagu i blizinu tržišta. Drugi se tiče stanje političkog, ekonomskog i pravnog sistema.⁶²

O problemu „osetljivosti” stranih investitora na stanje investicionog zakonodavnog okvira za njihova ulaganja nema jedinstvenog stanovišta. Pojedini autori tvrde da se značaj pravne regulative i ovoj oblasti potcenjuje.⁶³ S druge strane, tradicionalna doktrina zastupa da je pravni regulatorni okvir nezaobilazni faktor povoljnog okruženja za investicije. Međunarodni bankarski stručnjaci⁶⁴ i zakonodavci obično ove stavove podržavaju.⁶⁵

⁵⁶ Tokom sedamdesetih godina prošlog veka strana ulaganja su tretirana sa sumnjom u zemljama u razvoju. Problem je manje bio u ekonomskoj eksploataciji, a više briga ta umanjjenje ekonomske suverenosti.

⁵⁷ Bijit, B Foreign direct investment: research issues. Vol. 22. Routledge, 2002, str. 1.

⁵⁸ Uporedi: Muthucumaraswamy, S., op. cit. str. 337.

⁵⁹ Morgan, R. E., & Katsikeas, C. S., Theories of international trade, foreign direct investment and firm internationalization: a critique, Management decision, 1997, 35.1, str. 70.

⁶⁰ O faktorima za lociranje stranih ulaganja šire: Bevan, A. A., Estrin, S., The determinants of foreign direct investment into European transition economies. Journal of comparative economics, 2004, 32.4; Holland, D., Pain, N., The diffusion of innovations in Central and Eastern Europe: A study of the determinants and impact of foreign direct investment. London: National Institute of Economic and Social Research, 1998; Cheng, L. K., Kwan, Y. K., What are the determinants of the location of foreign direct investment? The Chinese experience. Journal of international economics, 2000, 51.2.

⁶¹ Erdal, F., & Tatoglu, E., Ekrem. Locational determinants of foreign direct investment in an emerging market economy: evidence from Turkey. Multinational business review, 2002, 10:, str. 21 i dalje..

⁶² Uporedi: Globerman, S., Shapiro, D., Global foreign direct investment flows: The role of governance infrastructure. World development, 2002, 30.11, str. 189; Organisation for Economic Co-operation and Development. OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment 2008. OECD Publishing, 2001.

⁶³ Cheryl. W.G., Jarosz. W.W., op. cit. str. 1.

⁶⁴ Perry, A., Effective legal systems and foreign direct investment: In search of the evidence. International and Comparative Law Quarterly, 2000, 49.04, str. 781.

⁶⁵ Uporedi: Lazo, R. P., op. cit. str. 203.

Nije sporno da način na koji se pravna regulativa implementira može delovati kao mera odvracanja ili privlačenja u potencijalnih stranih investitora,⁶⁶ ali pitanje njihove važnosti nije istraživački potvrđeno, posebno na empirijski način.⁶⁷ Bez te potvrde,⁶⁸ ne možemo biti sigurni da li se uvećanje nivoa stranih direktnih investicija⁶⁹ može pripisati stanju relevantne pravne regulative ili drugim faktorima.

S druge strane, pregledom postojeće literature može se uvideti da postoje osnove za pretpostavke da je uticaj pravnih sistema na lociranje stranih ulaganja verovatno ograničen.⁶⁹ Takvi stavovi su empirijski potvrđeni u jednom istraživanju u Šri Lanci, čuju validnost nemamo razloga osporiti. Ono je pokazalo da je većina stranih investitora u istraživačkom uzorku nije potpuno podrobno istražilo pravni sistem pre ulaganja u tu zemlju. Takav njihov pristup sugerise da im stanje pravnog sistema nije bio odlučujući faktor pri odlučivanju o ulaganju. Što je još važnije, iako je većina ispitanika smatrala da su bitni relevantni aspekti pravnog sistema ove zemlje neodgovarajući i nepredvidivi, ogromna većina ispitanika je potvrdila da bi i dalje uložili u zemlju da su tada imali sve informacije koje sada poseduju. To znači da prepoznavanje pravnog sistema ove zemlje kao „neefikasnog” po standardnoj definiciji, nije sprečilo ulaganje investiture. Pri tome, naravno, osetljivost ulagača nije konstanta i ona je zavisna i od njegove veličine,⁷⁰ porekla i nacionalnost ulagača,⁷¹ ali i izvozne orijentacija ulagača.⁷²

Napred navedemo pokazuje da većina stranih investitora, kada su suočeni sa atraktivnim poslovnim prilikama je spremna da prihvati činjenicu da su, u opštem smislu, zakoni i pravni sistemi u zemljama u razvoju i tranzicionim zemljama, daleko od idealnih. U mnogim slučajevima nedostaci u zakonskim i institucionalnim strukturama neke zemlje su samo jedan od faktora u analizi rizika poslovanja : što je veća potencijalna stopa prinosa u datoj investiciji, to su investitori voljniji da minimiziraju značaj nedostataka u investicionom pravnom ambijentu jedne zemlje.⁷³

⁶⁶ Perry, A., op. cit, str. 779.

⁶⁷ Perry, A., op. cit, str. 797.

⁶⁸ Empirijske studije obično nisu specijalističke i najčešće samo uzgred dotaknu vezu između pravnih sistema i lociranja stranih ulaganja. Ne retko su i kontradiktorne. Perry, A., op. cit, str. 784.

⁶⁹ I pristalice shvatanja o ključnoj važnosti pravne regulative ukazuju na potencijalna ograničenja u ulozi pravnih sistema kao determinante privlačenja stranih ulaganja, kao što je npr. „ograničena racionalnost” investitora pri odlučivanju. Perry, A., op. cit, str. 787

⁷⁰ Isto istraživanje je pokazalo i da nisu svi strani investitori u istoj meri zavisni od prirode i efikasnosti pravnog sistema i regulative, uprkos drugačijoj, često ponavljanoj tvrdnji. U ovom pogledu nezaobilazni elemenat je veličine korporacije koja ulaže, jer svakako nije ista pozicija malih, srednjih i velikih korporacija. Perry, A., op. cit, str. 786.

⁷¹ Istraživanje je pokazalo da su zapadni investitori osetljiviji na prirodu pravnog sistema, za razliku npr. od azijskih. Perry, A., op. cit, str. 794,

⁷² Korporacije koja se bave izvozom mogu da očekuje da će imati manje interakcija sa pravnim sistemom države domaćina od onih usmerenih na lokalno tržište. Perry, A., op. cit, str. 795.

⁷³ Hewko, J., op. cit. str. 73.

Napred izneto može da indicira da novi pravni režim u Srbiji o stranim ulaganjima, po svemu sudeći, sam po sebi neće doneti epohalni napredak u prevlačenju stranih investicija. Drugi faktori su izgleda dosta važniji za investitore, kao što su postojanje stvarnih poslovnih mogućnosti i ukupna percepcija stranih investitora o zemlji domaćinu.⁷⁴ Iako je pravni sistem sastavni deo takve percepcije, on generalno nije odlučujući faktor u donošenje odluke o ulaganju, već samo jedan od važnijih.

Naravno, zaključak ne treba da bude da našoj zemlji nije potreban nikakav angažman države u sferi popravke pravnog režima stranih investicija. Naime, nije sporno da međunarodnoj konkurenciji za privlačenje direktnih stranih investicija, države sa „efikasnim” pravnim sistemom će imati apsolutnu prednost u odnosu na zemlje sa neefikasnim pravnim sistemom u privlačenju onih investitora koji su osetljivi na stanje pravnog sistema. Stoga je jasno da je ovaj angažman poželjan i koristan, ali on nije bez ograničenja.⁷⁵ To znači da rad na pravnom ambijentu za strana ulaganja svakako ne treba da bude jedina alternativa. Naša strategija privlačenja investicija treba da se zasniva komparativnim prednostima i drugim faktorima investicione klime, gde će pravne reforme biti samo jedan od njenih segmenata.

U budućim nastupanju u ovoj oblasti, potrebno je promeniti akcenat i umesto stalne promene koncepata, energiju usmeriti ka rešavanju konkretnih problema sa kojima se ulagači susreću, što bi bilo produktivnije po priliv stranih ulaganja. U pravnoj sferi potrebno je obezbediti stabilnost i jasnoću u svim oblastima neposredno i posredno vezanim za strana ulaganja,⁷⁶ kao i ograničenim diskrecionim ovlašćenjima državnoj administraciji.⁷⁷ Pri tome treba imati u vidu da svaka promena u zakonodavstvu zahteva vreme za njeno ukorenjivanje i efektivnije rezultate, po tom osnovu.⁷⁸

⁷⁴ Radi se o opštoj percepciji stabilnosti i investicione klime u zemlji domaćinu stranih ulaganja. Hewko, J., op. cit. str. 74.

⁷⁵ Mogućnost nastanka poptuno idealnog ambijenta u kome bi nestao rizik je iluzija. To jeste poželjna situacija, ali i investitori obično racionalno znaju da „ako čekate nestanak rizika nestaće i mogućnost za profit.”

⁷⁶ U tom pogledu su relevantne mnoge pravne oblasti kao što su ugovorno pravo, stečajno pravo i pravo zaštite konkurencije i sl.. Uporedi: Hewko, J., op. cit. str. 71; Ševerdina, O.V., op. cit. str. 260; Botrić, V., Škuflić, L. op. cit. str. 363.

⁷⁷ Perry, A., op. cit. str. 783.

⁷⁸ Uobičajeno mišljenje je da se uspostavljanje vladavine prava u ovoj oblasti može postići u relativno kratkom roku, nakon čega će strana ulaganja početi da teku. Iskustvo postkomunističkih zemlja istočne Evrope i bivšeg Sovjetskog Saveza su ukazale da je pravna reforma organski proces, gde nisu moguća laka i brza rešenja. Naprotiv, proces zakonodavne i institucionalne reforme je dug i mučan. Istinska reforma podrazumeva da se nova pravna kultura razvija i ukorenjuje u društvu, što zahteva velik napor i dosta vremena, posebno u uslovima odsustva spoljnih pritisaka. Hewko, J., op. cit. str. 72.

ZAKLJUČAK

Novi srpski Zakona o ulaganjima iz 2015. godine je u sadržinskom smislu, uglavnom zakon kontinuiteta, koji se zasniva se na principima liberalizacije, pune zaštite i podsticanja stranih investicija, uz posebne iskorake u nekim segmentima, naročito u pogledu njihove daljnje liberalizacije. Konceptijski, najznačajnije novine se vezuju za sferu podsticaja investicija i stvaranje kompleksnog, pomalo i glomaznog sistema institucionalne podrške stranim ulaganjima.

Zasnovana na ovakvom pristupu i rešenjima, novi predmetni zakonski okvir za strana ulaganja stvara povoljniji pravni ambijent za njihovu realizaciju. Međutim, iskustvo dosadašnjih zakonodavnih reformi u ovoj oblasti kod nas i uporednom pravu, ukazuje da su dometi tih poboljšanja dosta limitirani, te stoga teško mogu dovesti do izraženijih rezultata u privlačenju investicija, posebno s obzirom na ograničenja sadržana u samoj prirodi stranih investicija i realnom uticaju pravne regulative na lociranje stranih ulaganja.

Drago Lj. Divljak, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Divljak@pf.uns.ac.rs

New Legal Framework for Foreign Investments in Serbia – Key Characteristics and Possible Effects

Abstract: *This paper deals with the key determinants, namely characteristics and novelty regarding a new Serbian Law on Investments from 2015. The second part of the paper deals with its outreach and effectiveness in terms of foreign investment attracting. The objective of the paper was to conduct, in this context, a critical analysis of conventional attitudes about the significance of legal reforms in the process of foreign investments attracting.*

The paper concludes that the above-mentioned law, in the sense of its contents, represents prevalingly the law of continuity that is based on principles of liberalisation, protection and encouraging of foreign investments, with special breakthroughs in some segments, in particular regarding their further liberalisation. Conceptually speaking, the most important novelties are connected with the sphere of promotion of investments and creating of a complex, and somewhat cumbersome system of institutional support to foreign investments.

Based on such an approach and solutions, the subject new legal framework for foreign investments creates a more favourable legal environment for their fulfilment. However, the experience of previous legislative reforms in this field in our country and in comparative legislation indicates that the outreach of these improvements are quite limited and that is why they can hardly result with more emphasised outcomes in attracting of investments, considering in particular the limitations contained in the mere nature of foreign investments and actual impact of legislation on foreign investments positioning.

Keywords: *foreign direct investment, serbian law on investments, legal reforms, characteristics, effects, liberalisation, protection, encouraging.*

Datum prijema rada: 23.09.2016.

Dr Sanja V. Đajić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
S.Djajic@pf.uns.ac.rs

FRAGMENTACIJA MEĐUNARODNOG PRAVA I SPECIJALNI PRAVNI REŽIMI¹

Sažetak: U ovom radu autor se bavi jednim od osnovnih teorijskih pitanja međunarodnog prava, fragmentacijom koja je posledica specijalizacije međunarodnog prava i nastanka specijalnih pravnih režima. Članak se oslanja na rad Komisije UN za međunarodno pravo i njen izveštaj o fragmentaciji iz 2006. godine. U ovom izveštaju Komisija UN za međunarodno pravo je zaključila da fenomen fragmentacije nije takvih proporcija da bi ugrozio međunarodno pravo kao sistem. Autor pokušava da ospori neke od zaključaka Komisije i ukaže na činjenicu da specijalni pravni režimi nisu postupili kako je to Komisija UN za međunarodno pravo očekivala uprkos tome što postoje instrumenti koji mogu da otklone ili reše sukobe pravila i sukobe nadležnosti. Povećanje broja međunarodnih sudova je svakako doprinelo različitim tumačenjima što neminovno vodi ka pravnoj nesigurnosti i nejednakosti. Koristeći više primera iz sudske prakse autor pokušava da pokaže da je problem fragmentacije realan i prisutan, i da zahteva možda i nova rešenja za postojeće i buduće sukobe normi i sukobe nadležnosti.

Cljučne reči: fragmentacija međunarodnog prava, sukob nadležnosti, specijalni pravni režimi.

1. UVOD

Jedno od osnovnih teorijskih i praktičnih pitanja za međunarodno pravo je da li ono poseduje systemske odlike, odnosno da li međunarodno pravo postoji kao jedan celovit, koherentan i usaglašen sistem pravnih normi.² Skoro je in-

¹ Rad je pripremljen u okviru projekta „Pravna tradicija i novi pravni izazovi” Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu i projektne teme „Procesi globalizacije i fragmentacije u savremenom međunarodnom pravu: međunarodno pravo između koherentnog sistema i dezintegracije”.

² Rodoljub Etinski, Sanja Đajić, *Međunarodno javno pravo*, 6. izdanje, Novi Sad 2014, 25-27.

stinktivno poređenje sa domaćim pravnim sistemom i njegovom relativno jasnom horizontalnom i vertikalnom strukturom, ali i drugačijom političkom organizacijom. Ipak, čak i ako se odustane od poređenja sa domaćim pravnim sistemom, ostaje pitanje da li postoji međunarodni pravni sistem i da li je horizontalna i vertikalna koordinacija uopšte neophodna, te da li je, u slučaju negativnog odgovora, takav nedostatak fatalan za postojanje međunarodnog prava.

Tako je jedno od aktuelnih teorijskih pitanja postojanje dezintegrirajućih faktora u međunarodnom pravu, odnosno postojanje trenda fragmentacije i dezintegracije. Nedostatak potpune koordinacije različitih oblasti međunarodnog prava, specifičan i uglavnom decentralizovani pravnostvaralački postupak, fakultativni i decentralizovani sistem rešavanja sporova obeležja su međunarodnog prava i uzroci njegove fragmentacije. Ovaj rad će biti posvećen fenomenu fragmentacije i jednom njegovom posebnom obliku, specijalnim pravnim režimima. Nakon određivanja specijalnih pravnih režima, u radu će se obraditi njegove pojedine vrste a potom sistemi za rešavanje sporova i njihov uticaj na fragmentaciju međunarodnog prava.

2. FENOMEN FRAGMENTACIJE

Čini se da je ovo pitanje postalo naročito aktuelno okončanjem Hladnog rata tokom 90-tih godina prošlog veka,³ ali je ono dobilo poseban status kada se Komisija UN za međunarodno pravo⁴ odlučila da ga obradi kao posebnu temu. Poznato je da se Komisija UN za međunarodno pravo bavi ključnim i fundamentalnim pitanjima međunarodnog prava,⁵ tako da je stavljanjem ovog pitanja na njen dnevni red problem fragmentacije i dezintegracije potvrdio svoj značaj.⁶ Generalna skupština UN je 2006. godine usvojila izveštaj Komisije pod nazivom „Fragmentacija međunarodnog prava: poteškoće koje su posledica diversifikacije i ekspanzije međunarodnog prava.”⁷

³ Anne Peters, “Fragmentation and Constitutionalization”, *The Oxford Handbook of the Theory of International Law* (eds. Anne Orford, Florian Hoffmann, Martin Clark), Oxford 2016, 1012-1013.

⁴ UN International Law Commission, <http://legal.un.org/ilc/>, 16. septembar 2016.

⁵ Stevan Đorđević, „Kodifikacija međunarodnog prava”, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 1-3/1996, 193-202; Milan Šahović, „Kodifikacija i progresivni razvoj i evolucija međunarodnog prava”, *Međunarodno pravo u međunarodnim odnosima – druga polovina XX veka* (ur. Milan Šahović), Beograd 2008, 278-285.

⁶ Odluka da se ovo pitanje uvrsti u posebne teme kojima će Komisija UN za međunarodno pravo baviti doneta je 2000. godine (ILC Report, A/55/10, 2000, chap. IX(A)(1), paras. 726–733). Ovoj odluci prethodio je izveštaj Gerharda Hafnera o problemu fragmentacije međunarodnog prava (Gerhard Hafner, “Risks Ensuing from Fragmentation of International Law”, *Yearbook of the International Law Commission* 2/2000, Annex 143-150).

⁷ The International Law Commission, “Conclusions of the work of the Study Group of the International Law Commission on the Fragmentation of international law: difficulties arising from

U svom komentaru izveštaja⁸ Komisija predstavlja fragmentaciju kao problem sukoba normi i načela, kada je nemoguće istovremeno primeniti dva ili više pravila.⁹ Sukob različitih normi imanentan je svakom pravnom sistemu, a rešavanje takvih sukoba je uobičajen zadatak prilikom svakodnevne primene prava i kao takav deo standardnog pravnog rezonovanja.¹⁰ Međutim, ovakav problem sukoba se u domaćim pravnim sistemima može lakše otkloniti zahvaljujući relativno centralizovanoj subordinaciji i hijerarhiji pravnih normi, i jedinstvenom i obaveznom sistemu rešavanja sporova, tačnije obaveznom sudstvu. Ono što ovaj sukob čini posebno zahtevnim za međunarodno pravo je decentralizovan sistem donošenja pravila i jednako decentralizovan sistem rešavanja sporova. Drugim rečima, poslednju reč prilikom rešavanja sukoba u međunarodnom pravu mogu imati različiti subjekti i različiti forumi, i to je ono što omogućava postojanje trajnog sukoba i održanja trenda fragmentacije.

Problem fragmentacije postao je akutan i uočljiv upravo zahvaljujući sistemu rešavanja sporova i sukobu nadležnosti različitih međunarodnih sudskih tela.¹¹ Različite varijante sukoba normi i sukoba nadležnosti su postale uočljive u konkretnim sporovima: izbor između različitih izvora prava, nadležnost za primenu različitih pravnih izvora, različito tumačenje istih pravnih normi, itd. Povećanje broja sudskih tela i proširenje njihove nadležnosti može predstavljati uzrok fragmentacije jer sve veći broj sudskih tela odlučuje o istim pitanjima na osnovu istih pravnih instrumenata i tako raste rizik od sukobljenih tumačenja i stavova.

Konačno, pretpostavka od koje polazi Komisija, a čini se i većina autora, je da su unifikacija i koherentnost, pa čak i univerzalnost, svojstva i vrednosti međunarodnog prava od kojeg zavisi njegovo postojanje.¹² Fragmentacija, koja čini se uvek ima negativno značenje u poređenju sa terminima koji označavaju skoro isti fenomen, kao što su pluralizam i specijalizacija, predstavlja opasnost po pravnu prirodu i legitimitet međunarodnog prava.¹³ Međutim, možda treba uzeti u obzir i mogućnost

the diversification and expansion of international law", (A/61/10, para. 251), *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, Part Two.

⁸ *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi A/CN.4/L.682 13 April 2006 (u daljem tekstu: Komentar Komisije).

⁹ *Ibid.*, pasus 25.

¹⁰ *Ibid.*, pasus 26.

¹¹ O ovome više u poglavlju 5.

¹² „Fragmentacija dovodi u pitanje koherentnost međunarodnog prava. Koherentnost se ocenjuje kao pozitivna osobina jer je u neposrednoj vezi sa predvidljivošću i pravnom sigurnošću. Što je najvažnije, samo koherentan pravni sistem postupa prema svim pravnim subjektima jednako.” – Komentar Komisije, nav. delo, pasus 492.

¹³ „Ono što se nalazi u osnovi rasprava o fragmentaciji, kao i u raspravama o konstitucionalizaciji, jeste bojazan zbog gubitka legitimiteta međunarodnog prava, gubitka koji će u krajnjoj liniji zapretiti samom postojanju ovog prava.” – A. Peters, 1015.

da su ove vrednosti zapravo cilj, ali da nikada zaista i nisu bile obeležje međunarodnog prava: pluralizam, bilateralizam i regionalizam prisutni su tokom celokupnog razvoja međunarodnog prava.¹⁴ Drugim rečima, možda je upravo fragmentacija jedno konstantno obeležje međunarodnog prava,¹⁵ dok su univerzalni karakter i harmonizacija tek ciljevi kojima teži međunarodno pravo, ali ne i obeležja koje je međunarodno pravo posedovalo pa izgubilo. Fragmentacija na taj način postaje tek jedna faza u evoluciji međunarodnog prava.¹⁶ Procesi globalizacije i univerzalizacije se smenjuju se sa procesima regionalizacije, specijalizacije i fragmentacije.

Kao jedan od uzročnika i obeležje fragmentacije predstavlja poseban oblik međunarodnog pravnog pluralizma, a to su specijalni ili tzv. „zatvoreni” režimi (*self-contained regimes*). Ovaj rad će biti posvećen upravo ovom fenomenu, tipičnom za međunarodno pravo.

3. ODREĐIVANJE SPECIJALNIH PRAVNIH REŽIMA U MEĐUNARODNOM PRAVU, NJIHOV MEĐUSOBNI ODNOS I ODNOS PREMA REŽIMU OPŠTEG MEĐUNARODNOG PRAVA

Specijalni pravni režimi, u svom osnovnom jezičkom značenju na engleskom jeziku (*self-contained regimes*),¹⁷ označavaju režime koji su po svom sadržaju samostalni i nezavisni, i koji mogu da funkcionišu i van šireg, pretpostavlja se me-

¹⁴ „Ključni zaključak ove studije je da je normativni sukob endemski za međunarodno pravo. Zbog spontane, decentralizovane i hijerarhijski neuređene prirode nastanka pravila međunarodnog prava – putem običaja i međunarodnih ugovora – pravnici su oduvek morali da se bave različitim izvorima različitog nivoa opštosti i različite pravne snage.” – Komentar Komisije, nav. delo, pasus 486.

„Pluralizam i normativna rasutost oduvek su bili prisutni u savremenom međunarodnom pravu i ne predstavljaju ništa drugo do izraz njegove beskonačne raznovrsnosti.” – Maurizio Arcari, “The Creeping Constitutionalization and Fragmentation of International Law: From ‘Constitutional’ to ‘Consistent’ Interpretation”, *Polish Yearbook of International Law* 2013, 9-25.

¹⁵ „Fragmentacija u međunarodnom pravu je danas pravilo a ne izuzetak.” – Tomer Broude, “Keep Calm And Carry On: Martti Koskeniemi and the Fragmentation of International Law”, 27 *Temple International and Comparative Law Journal* 1/2013, 280-281; Andreas Fisher-Lescano, Gunther Teubner, “Regime-Collisions? The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Michigan Journal of International Law* 4/2004, 999-1046.

¹⁶ „Kada se na ovaj način sprovede analiza, verujem da teorija sistema može pokazati da je fragmentacija tek jedan korak u evoluciji međunarodnog pravnog sistema ka većoj koherentnosti.” – Anthony J. Colangelo, “A Systems Theory of Fragmentation and Harmonization”, *New York University Journal of International Law and Politics*, June 21, 2016, Forthcoming; SMU Dedman School of Law Legal Studies Research Paper No. 261. Dostupno na SSRN mreži: <http://ssrn.com/abstract=2754402>, 4.

¹⁷ Sama Komisija kritikovala je izbor prvobitno odabranog termina za ovaj fenomen (*self-contained regime*) smatrajući da ovaj izraz može pogrešno da uputi na izolovan karakter ovih režima tako da je i predložila upotrebu termina „specijalni” (*special regime*). Komentar Komisije, nav. delo, pasus 152(5).

đunarodnopravnog sistema. Režimi su tako specijalizovani i relativno autonomni delovi fragmentisanog pravnog poretka.¹⁸ Ono što ih čini odvojenim i drugačijim od opšteg, šireg sistema kojem pripadaju su ne samo specijalna primarna pravila (*lex specialis*) već i specijalne sankcije za povredu ovih pravila (sekundarna pravila) odnosno drugačija pravila o odgovornosti.¹⁹ Samo postojanje posebnih primarnih pravila čini se da nije dovoljno da konstituiše specijalni samostalni sistem – međunarodno pravo se i deli na posebne grane – ali nije svaka pravna grana istovremeno i specijalni režim. Pravne grane su one koje odlikuju samo posebne pravne norme i koje uređuju određenu vrstu društvenih odnosa. Specijalnost primarnih pravila moraju da prate i posebna pravila o odgovornosti da bi se konstituisao poseban, izdvojen sistem.²⁰ Posebna primarna pravila jesu specijalna po svom predmetu ali ne i po načinu nastanka, jer i ona nastaju saglasnošću volja subjekata međunarodnog prava i u obliku izvora međunarodnog prava. Ona mogu postaviti i buduće drugačije načine stvaranja pravila (na primer, pravo Evropske unije), ali su u svom osnovu autentični izvori međunarodnog prava. Međutim, specijalna mogu da budu pravila o tumačenju normi zatvorenih režima,²¹ što donekle i proizilazi iz specijalnih primarnih pravila. Posebno izgrađena pravila tumačenja primenjuju se unutar pojedinog režima zajedno sa opštim pravilima tumačenja koja nisu derogirana, što istovremeno znači da se ne mogu primeniti druga specijalna pravila tumačenja koja su izgradili drugi samostalni režimi. Na primer, Žalbeno veće STO nije prihvatilo tumačenje načela predostrožnosti iz prava zaštite životne sredine smatrajući da je ono specifično za ovaj režim, ali da još nije postalo deo opšteg međunarodnog prava.²²

Pojedini samostalni pravni režimi imaju i poseban sistem za rešavanje sporova. Postojanje ovakvog sistema nije neophodno da bi pojedinu pravnu oblast odredili kao samostalni pravni režim, sudeći po kriterijumima Komisije. Decentralizovani i fakultativni sistem rešavanja sporova postoji nezavisno od pojedinih pravnih grana, ali isto tako postoji i trend da se za pojedine ugovore, koji istovremeno predviđaju i posebna pravila o odgovornosti, konstituišu i posebni mehanizmi za rešavanje sporova. Ovakav vid procesne specijalizacije nesumnjivo doprinosi fragmentaciji tako da ono što se smatra progresivnim razvojem, putem instituci-

¹⁸ Salem Hikmat Nasser, "Direito Global em Pedacos: Fragmentação, Regimes e Pluralismo", *Revista de Direito Internacional Brasília*, 2/2015, 98-126, 100.

¹⁹ Komentar Komisije, nav. delo, pasusi 122-131.

²⁰ Specijalni izvestilac za pravila o odgovornosti država je još 1982. godine zapazio: „Međunarodno pravo kakvo je ono danas nije sačinjeno po modelu samo jednog sistema, već više različitih podistema gde u okviru svakog postoje tzv. 'primarna pravila' i tzv. 'sekundarna pravila' koja su blisko povezana – i kao takva nedeljiva." Nav. prema: Komentar Komisije, nav. delo, pasus 139.

²¹ Komentar Komisije, nav. delo, pasusi 132-133.

²² Evropske zajednice – mere koje se odnose na meso i mesne prerađevine (hormoni) (*European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*), Odluka Žalbenog veća od 16. januara 1998, WT/DS48/AB/R, str. 180-181, stavovi 123-125.

onalizacije međunarodnog prava, istovremeno vodi i ka njegovoj dezintegraciji jer su različita tumačenja opštih pravnih pravila izvesna.

Prilikom pripreme pravila o odgovornosti država za protivpravni akt, Komisija UN za međunarodno pravo se osvrnula na problem samostalnih pravnih režima. Pravila o odgovornosti koje je Komisija usvojila 2001. godine²³ opšteg su karaktera i, po definiciji, samostalni pravni režimi imaju drugačija pravila od opštih, i u pogledu odgovornosti. Nacrt pravila Komisije to i dozvoljava u članu 55 ali na jedan širi način, dopuštajući generalno *lex specialis*.²⁴

Ograničenja specijalnih pravila, a samim tim i specijalnih pravnih režima, su u kogentnim pravnim pravilima²⁵ što znači da ni pravila specijalnih pravnih režima ne mogu imati status kogentnih pravila. Postoje i druga ograničenja. Isključeno je derogiranje i odstupanje od prava u korist trećih, od konstitutivnih instrumenata javnopravnog karaktera kojima se ustanovljavaju međunarodne organizacije, i od onih pravila za koja postoji sporazum da je isključeno odstupanje kojima je ustanovljeno legitimno očekivanje da do odstupanja neće doći.²⁶

Međutim, čak i izdvojenost i ekskluzivnost samostalnih pravnih režima u pogledu primarnih i sekundarnih pravila ne isključuje u potpunosti opšta pravna pravila. Osnovna polazna tačka je u pravilima kojima je ustanovljen samostalni pravni režim. Komisija predlaže restriktivno tumačenje celokupnog korpusa izdvojenog pravnog režima po principu restriktivnog tumačenja izuzetaka u međunarodnom pravu.²⁷ Nadalje, opšta pravila međunarodnog prava primenjuju se kada nisu posebno isključena, direktno ili indirektno, ili u slučaju nedelotvornosti ili neuspeha pravila samostalnog pravnog režima. Dakle, opšta pravila ostaju primenljiva kao rezidualna i pomoćna u tzv. *fall-back* situacijama.²⁸

U praksi se režimi ne odriču opšteg međunarodnog prava direktno. Vrlo često se na njega pozivaju i tumače ga. Konačno, obaveznost posebnih režima postoji upravo zahvaljujući opštim pravilima međunarodnog prava i saglasnosti koja je na osnovu njega i obezbeđena; punovažnost režima se odmerava takođe prema opštim pravilima međunarodnog prava.²⁹

²³ Pravila o odgovornosti država za međunarodne protivpravne akte, Komisija UN za međunarodno pravo, 2001, *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 10 (A/56/10)*.

²⁴ Član 55

Ovi članovi se neće primeniti u slučaju i u onom obimu u kome su uslovi postojanja nekog akta protivnog međunarodnom pravu ili sadržina i ostvarivanje međunarodne odgovornosti države regulisani specijalnim pravilima međunarodnog prava.

²⁵ Komentar člana 55 Pravila o odgovornosti država za međunarodne protivpravne akta, stav 2, *ibid.*, str. 357.

²⁶ Komentar Komisije, nav. delo, pasus 154.

²⁷ „Dok specijalni/ugovorni režim (kao *lex specialis*) ima prioritet u pogledu svog polja primene, to polje se ima tumačiti tako da se izuzeci tumače restriktivno.” – *Ibid.*, pasus 152(3).

²⁸ *Ibid.*, pasus 152(4).

²⁹ *Ibid.*, pasus 177.

Postoje različiti samostalni pravni režimi koji ispunjavaju kriterijume koje je definisala Komisija UN za međunarodno pravo. Kao najpoznatiji samostalni pravni režimi pominju se pravo Svetske trgovinske organizacije, pravo Evropske unije, pravo zaštite ljudskih prava, međunarodno krivično pravo, međunarodno investiciono pravo, pravo zaštite životne sredine, kosmičko pravo i drugi.

Najčešće se za primer samostalnog pravnog režima uzima Svetska trgovinska organizacija (STO), njeno pravo i mehanizam za rešavanje sporova. STO je danas univerzalni institucionalni regulatorni okvir međunarodne trgovine.³⁰ Osnovni pravni okvir predstavlja složeni Ugovor o osnivanju STO koji, pored glavnog sporazuma, čine brojni aneksi. Oni se zajedno nazivaju „obuhvaćeni sporazumi” (*covered agreements*) a ova pravila se nazivaju još i pravo STO. STO je poznat i po posebnim pravilima odgovornosti: najčešća sankcija za povredu obaveze iz obuhvaćenih sporazuma je ukidanje osporene mere i njeno usklađivanje sa sporazumima. Pravo STO, na primer, isključuje primenu protivmera oštećene države kako su one predviđene opštim međunarodnim pravom – pravo na protivmere oštećena država stiče odlukom Panela STO³¹ tako da je i to jedna od specifičnih sankcija STO sistema. Najčešća sankcija je ukidanje beneficija iz STO, dok je naknada štete tek krajnja, vrlo retka i privremena mera, koja će biti izrečena po zahtevu u novom postupku ukoliko tužena država nije sprovela prvobitno izrečenu meru, o kojoj će strane u sporu imati pravo da pregovaraju.³² STO raspolaže prilično efikasnim i aktivnim³³ dvostepenim mehanizmom za rešavanje sporova, koji obuhvata panele i žalbeno veće koji su pod kontrolom organa za rešavanje sporova (Dispute Settlement Body).³⁴ Pored specifičnih izvora, pravila o odgovornosti i sistema za rešavanje sporova, praksa je razvila i posebne metode tumačenja prava STO koji se ponekad naziva i „duh STO” (*WTO ethos*).³⁵

Kao drugi primer specijalnog režima možemo navesti i kosmičko pravo koje ne raspolaže posebnim mehanizmom za rešavanje sporova, ali koje ima specijalna primarna i sekundarna pravila.³⁶ Razvoj specijalnih pravila počinje u drugoj polovini prošlog veka u brojnim multilateralnim ugovorima koji uređuju ovu spe-

³⁰ Vid. Predrag Cvetković, *Uvod u pravo Svetske trgovinske organizacije*, Niš 2010, 5-43.

³¹ Član 22 Sporazuma o pravilima i postupcima za rešavanje sporova (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes) 1869 U.N.T.S. 401.

³² Član 3 Sporazuma o pravilima i postupcima za rešavanje sporova, *ibid*.

³³ U 2015. godini broj postupaka pokrenutih pred organom za vođenje sporova popeo se na 500. WTO Annual Report – Dispute Settlement 2015, https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/anrep16_chap6_e.pdf, 18.9.2016.

³⁴ Vid. Sanja Đajić, *Međunarodno pravosuđe*, Beograd 2012, 123-144.

³⁵ Komentar Komisije, nav. delo, pasus 170.

³⁶ Peter Malanczuk, “Space Law as a Branch of International Law”, *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law* (eds. L.A.N.M. Barnhoorn, K.C. Wellens), The Hague – Boston 1995, 143-180.

cifičnu pravnu oblast.³⁷ Ova oblast poznaje i drugačiji oblik odgovornosti, apsolutnu odgovornost, koja isključuje primenu opštih pravila o deliktnoj odgovornosti države za protivpravni akt.³⁸ Reč je o najstrožem obliku odgovornosti jer država odgovara za sve visoko rizične delatnosti na svojoj teritoriji uz izuzetke koji su drugačiji od onih koje predviđaju opšta pravila.³⁹ Apsolutna odgovornost je ovde primenljiva jer je rezervisana upravo za kosmičku aktivnost⁴⁰ ali i zbog primene pravila o visokorizičnim aktivnostima⁴¹ kojima ona svakako pripada.

Međunarodna pravila o zaštiti životne sredine takođe čine specijalni pravni režim.⁴² Brojni izvori koji uređuju ovu oblast čine međunarodnopravna pravila usvojena radi sprečavanja zagađivanja, smanjivanja i otklanjanja štetnih posledica zagađivanja, i radi očuvanja biološke raznovrsnosti.⁴³ Postoje i neka posebna pravila koja su imanentna pravu zaštite životne sredine, kao što je to načelo predostro-

³⁷ Ugovor o načelima kojima je uređena delatnost država na istraživanju i korišćenju svemira, uključujući Mesec i druga nebeska tela iz 1967. godine (U.N.T.S. vol. 610, 1967); Sporazum o spasavanju astronauta, povratku astronauta i vraćanju predmeta izbačenih u vanatmosferski prostor iz 1968. godine (U.N.T.S. vol. 672, 1968); Konvencija o međunarodnoj obavezi naknade štete pričinjene od strane vasioniskih letelica iz 1972. godine (U.N.T.S. vol. 961, 1975); Konvencija o registraciji objekata lansiranih u kosmos iz 1975. godine (U.N.T.S. vol. 1023, 1976); Sporazum o delatnostima država na Mesecu i na drugim nebeskim telima iz 1979. godine (U.N.T.S. vol. 1363, 1984). Pored ovih i drugih ugovornih pravila postoje i brojne rezolucije Generalne skupštine UN koje su i među prvim uredile ovu oblast, kao na primer Rezolucija o pitanju miroljubivog korišćenja kosmosa (Rezolucija GS UN 1348 (XIII)) od 13. decembra 1958.; Rezolucija o međunarodnoj saradnji i miroljubivom korišćenju svemira (Rezolucija GS UN 1472 (XIV)) od 12. decembra 1959. godine; Deklaracija o pravnim načelima kojima je uređena delatnost država u istraživanju i korišćenju kosmosa (Rezolucija GS UN 1962 (XVIII)) od 13. decembra 1963, itd. Rezolucije u ovoj oblasti su brojne i donose se relativno često, ne samo u okviru Generalne skupštine UN već i u okviru drugih, specijalizovanih tela UN. Samo rezolucija koje je donela GS UN u ovoj oblasti danas ima 126 (Vid. *United Nations, Office for Outer Space Affairs, Documents and Resolutions Database*, <http://www.unoosa.org/oosa/documents-and-resolutions/search.jsp?&view=resolutions>, 19.9.2016.)

³⁸ Vid., R. Etinski, S. Đajić, 323-328.

³⁹ Čl. III i VII Konvencije o međunarodnoj obavezi naknade štete pričinjene od strane vasioniskih letelica iz 1972. godine (U.N.T.S. vol. 961, 1975).

⁴⁰ Član II Konvencije o međunarodnoj obavezi naknade štete pričinjene od strane vasioniskih letelica iz 1972. godine; čl. VI i VII Ugovora o načelima kojima se uređuje istraživanje i korišćenje svemira, uključujući Mesec i druga nebeska tela iz 1967. godine; član 14. Sporazuma o Mesecu iz 1979.

⁴¹ Nacrt pravila o sprečavanju činjenja prekogranične štete izuzetno opasnim aktivnostima (Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, with commentaries 2001), *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two; Nacrt pravila o alokaciji gubitaka uokolnostima prekogranične štete uzrokovane izuzetno opasnim aktivnostima (Draft principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities, with commentaries 2006), *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, Part Two.

⁴² Komentar Komisije, nav. delo, pasus 8.

⁴³ R. Etinski, S. Đajić, 671.

žnosti.⁴⁴ Dakle, postoje specijalna pravila o zaštiti koja su posebna upravo po tome što su usmerena na prevenciju i što raspolazu specifičnim multilateralnim mehanizmima zaštite, ali i po tome što poznaju drugačija pravila o odgovornosti, od onih koja odgovornost ograničavaju,⁴⁵ do onih koja predviđaju apsolutnu odgovornost za štetu,⁴⁶ kao i onih koja propisuju i unifikuju pravila o odgovornosti fizičkih i pravnih lica za štetu učinjenu životnoj sredini,⁴⁷ ili propisuju solidarnu odgovornost za globalno zagađivanje.⁴⁸ Uprkos brojnim izvorima, specifičnost obaveza se pokazala kao neprilagođena klasičnim, sudskim mehanizmima za rešavanje sporova. Ovaj specijalni režim poznat je i po tome što je izgradio i nešto drugačije mehanizme za rešavanje sporova,⁴⁹ tzv. “*non-compliance procedures*”⁵⁰ koji više odgovaraju pravnoj prirodi međunarodnih ugovora o zaštiti životne sredine.

Čak i ove samostalne pravne režime možemo razlikovati po tome da li poznaju sopstvene, autonomne i ekskluzivne mehanizme za rešavanje sporova. Ako postoji i poseban mehanizam za rešavanje sporova, on može postati generator razvoja samostalnog pravnog režima. U literaturi se kao primer navodi Sud pravde Evropske unije koji je otvorio put autonomnosti i specijalnosti prava Evropske unije u svojoj praksi, počevši od predmeta Van Gend en Los i Kosta ENEL.⁵¹ Preneto u širi kontekst to znači da kada postoje posebni mehanizmi za rešavanje sporova, naročito kada pretenduju na isključivu nadležnost, oni predstavljaju jedan od glavnih faktora stvaranja i održavanja samostalnih pravnih režima.

⁴⁴ Bojan Tubić, „Načelo predostrožnosti u međunarodnom pravu životne sredine i međunarodnoj sudskoj praksi”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2014, 367-384.

⁴⁵ Međunarodna konvencija o građanskoj odgovornosti za štetu prouzrokovanu zagađivanjem nafte (1969) koja je zamenjena Protokolom iz 1992. godine koji je dopunjen 2000. Ovaj međunarodni ugovor postavlja gornje granice odštetnih iznosa.

⁴⁶ Nacrt pravila o sprečavanju činjenja prekogranične štete izuzetno opasnim aktivnostima (Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, with commentaries 2001), *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two; Nacrt pravila o alokaciji gubitaka u okolnostima prekogranične štete uzrokovane izuzetno opasnim aktivnostima (Draft principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities, with commentaries 2006), *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, Part Two.

⁴⁷ Zoran Arsić, „Konvencija o građanskoj odgovornosti za štete nastale usled delatnosti opasnih po životnu sredinu”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2014, 91-103.

⁴⁸ Tako, na primer, Protokol iz Kjota (1997) i Sporazum iz Pariza (2015). Iako sadrže različita rešenja za problem globalnog zagađivanja, oba ova ugovora su primer solidarne odgovornosti.

⁴⁹ Komentar Komisije, nav. delo, pasus 137.

⁵⁰ Više o ovim posebnim mehanizmima za rešavanje sporova iz oblasti životne sredine, vid. S. Đajić 2012, 243-244.

⁵¹ Jan Willem van Rossem, “The Autonomy of EU Law: More is Less?”, *Between Autonomy and Dependence* (eds. R. A. Wessel and S. Blockmans), The Hague 2013, 13-46.

4. REŠAVANJE SUKOBNA IZMEĐU RAZLIČITIH REŽIMA

Sukob se javlja na dva nivoa: kao sukob opšti pravila međunarodnog prava i pravila specijalnog pravnog režima, i kao sukob različitih specijalnih pravnih režima.

Rešenje prvog sukoba se može postaviti kao odnos opšteg i posebnog. Odnos opšteg i posebnog je načelno jednostavan: primenjuju se specijalno ugovorena pravila dok se opšta koriste tek ako pitanje nije posebno uređeno specijalnim pravilima ili ako ona nisu isključena posebno ugovorenim pravilima. Poslednja varijanta na koju upućuje Komisija postoji u slučaju potpunog neuspeha specijalnog režima kada će ono u celosti biti zamenjeno opštim pravilima. Ipak, ovakvo jednostavno rešenje nije uvek lako primeniti u praksi jer ovi režimi mogu vremenom izgraditi specijalna pravila i načela kroz praksu kojima će se još više udaljiti od opšteg režima čak i kada ova specijalna pravila nisu izričito navedena u osnovnim dokumentima samog režima.⁵²

Odnos opšteg i posebnog se u ovom kontekstu može posmatrati i sa stanovišta konstitucionalnih obeležja opšteg međunarodnog prava. Problemu fragmentacije se, uostalom, često pristupa kao pojavi čija je suprotnost, a samim tim i lek, konstitucionalizacija.⁵³ Ovde je reč o nešto drugačijoj dimenziji opšteg karaktera međunarodnog prava u odnosu na prethodnu: međunarodni sistem ima ustavna obeležja, ili se to bar može odnositi na Organizaciju Ujedinjenih nacija i Povelju. Ako se nekom sistemu daju obeležja ustavnosti time se prevazilazi relativno jednostavan odnos opšteg i posebnog jer se ovde sada uključuje interes zajednice i javnopravni karakter sistema. Sama Povelja pretenduje na status višeg prava preko člana 103. Međutim, konstitucionalizacijom sistema uvode se i drugačija pravila tumačenja, jer se norme tumače šire i u funkciji ostvarenja njegovih ciljeva. Ipak, čak i ako se na ovaj način pristupi rešenju problema fragmentacije može se desiti da je rešenje istovremeno i uzrok problema: samostalni pravni režimi će težiti razvijanju istog trenda i stvaranju ustavnog karaktera svojih režima.⁵⁴ Širokim tumačenjem svojih sistema i njegovih funkcija će zapravo pojačati fragmentaciju. Zato pojedini autori smatraju da konstitucionalizacija ne može biti rešenje za problem fragmentacije.⁵⁵

⁵² „Ovim se ne isključuje pojava posebnog ‘duha STO’ prilikom tumačenja STO sporazuma – na isti način na koji je moguće govoriti i o ‘duhu ljudskih prava’ u radu tela za zaštitu ljudskih prava.” *Ibid.*, pasus 170.

⁵³ Harlan Grant Cohen, “From Fragmentation to Constitutionalization”, *Global Business & Development Law Journal*, 1/2012, 381-394.

⁵⁴ M. Arcari, 9-25.

⁵⁵ Rossana Deplano, “Fragmentation and Constitutionalisation of International Law: A Theoretical Inquiry”, *European Journal of Legal Studies*, 1/2013), 67-89.

Dok se konstitucionalizacija predstavlja kao mogući antipod i lek za bolest fragmentacije,⁵⁶ ona sama ima niz nedostataka. Jedan od osnovnih je činjenica da je sama konstitucionalizacija fragmentisana i nejedinstvena jer dolazi iz različitih centara moći. Ali je možda najozbiljniji prigovor konstitucionalizaciji taj da u međunarodnoj zajednici ne postoji politička zajednica niti odgovarajuća politička volja: „ne postoji ni na vidiku politički pokret koji bi međunarodni sistem odveo u konstitucionalnom pravcu”.⁵⁷ Takođe, razlike su suviše velike da bi se mogle premostiti bez problema i povrede interesa slabijih putem ustavnopravnog koncepta. Zato pojedini autori smatraju da je konstitucionalizacija izvodljiva i poželjna samo putem procesnih mehanizama i ustavnih načela bez uvođenja strogih hijerarhijskih režima.⁵⁸

Odnos opšteg sistema i samostalnih pravnih režima može se posmatrati i preko fenomena globalizacije. Fragmentacija i globalizacija tako postaju suprotstavljeni trendovi: dok se prvim teži specijalizaciji i otklonu od centralističkih težnji jačih centara moći u međunarodnom pravu, globalizacija teži ujednačavanju pravnih pravila i koncentraciji moći u pojedinim centrima. Postoje autori koji univerzalnost međunarodnog prava zapravo vide kao rezultat imperijalizma s kraja 19. veka⁵⁹ tako da je istorija međunarodnog prava delimično uslovljena i istorijom odnosa imperije i periferije, odnosno globalizacije i fragmentacije. U takvom kontekstu fragmentacija je otpor globalizaciji, naročito ako je regionalnog ili ekonomskog karaktera.

⁵⁶ „Vrlina konstitucionalizma je njegovo antifragementaciono dejstvo tako da se za njega zaista može reći da ono predstavlja njegov osnovni razlog postojanja i osnovni pokretač.” – Johannes Gerald van Mulligen, “Global Constitutionalism and the Objective Purport of the International Legal Order”, *Leiden Journal of International Law* 2/2011, 277-304, 284.

⁵⁷ A. Somek, „From the Rule of Law to the Constitutionalist Makeover: Changing European Conceptions of Public International Law”, 18 *Constellations* 567-88 (2011), str. 578. Navedeno prema: A. Peters, nav. delo, str. 1019.

⁵⁸ „Globalni konstitucionalizam je korisno sredstvo analize za razumevanje razvoja i funkcionisanja međunarodnog prava, sve dok se on razume kao ‘tanko’ (zadovoljavajući se procedurom a ne sadržinom) i višeslojno (uključujući i domaće ustavno pravo). Čak i ako globalni konstitucionalizam ovog tipa ostane van domena međunarodnog prava, ono će se uvek javljati u fragmentima međunarodnog pravnog poretka. U normativnom smislu, konstitucionalizam, baš kao i drugi predlozi protiv fragmentacije, nudi postupke i mehanizme za koordinisanje specijalizovani pravnih tela i za pomirenje divergentnih ciljeva specijalnih režima međunarodnog prava.” – A. Peters, nav. delo, str. 1030.

⁵⁹ „Međunarodno pravo je univerzalno. To je skup pravnih pravila koja se primenjuju na sve države bez obzira na njihove različite kulture, verovanja i političku organizaciju. Ono je zajednički skup doktrina koje sve države koriste da bi uredile međusobne odnose. Veza između međunarodnog prava i univerzalnosti je toliko čvrsto utkana da je svako ukazivanje na ovu vezu tautološko. (...) Univerzalnost međunarodnog prava je suštinski rezultat imperijalne ekspanzije koja se odigrala krajem ‘dugog devetnaestog veka.’” – Antony Anghie, “Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law”, *Harvard International Law Journal* 1/1999, 3-4.

Međutim, poseban problem češće predstavlja odnos različitih samostalnih režima nego njihov odnos sa opštim međunarodnim pravom. Kako sama Komisija UN za međunarodno pravo primećuje, u osnovi problema fragmentacije nalazi se „pojava nastanka specijalizovanih pravila i sistema pravila koji nemaju međusobno definisan odnos.”⁶⁰

Iako se smatraju odvojenim od celine ovi posebni režimi zapravo mogu da regulišu istu materiju, i to na različite načine. Fragmentacija međunarodnog prava tada postaje problem jer dovodi do pravne nesigurnosti: „odgovori na pravna pitanja zavise od toga koga pitate i koji sistem pravila koristite.”⁶¹ Drugim rečima, dok postoje bar nekakvi mehanizmi za uređenje odnosa samostalnih pravnih režima sa opštim međunarodnim pravom, takvih mehanizama nema za sukob samostalnih pravnih režima. Dok se funkcionalna specijalizacija može smatrati pozitivnim znakom razvoja međunarodnog prava, sukobi specijalizovanih režima to svakako nisu. Osnovni problem za međusobni odnos samostalnih pravnih režima leži u činjenici da među njima ne postoji jasan hijerarhijski odnos: Komisija UN čak to i tvrdi.⁶² Međutim, u praksi nije retko da pojedini samostalni pravni režimi sebe pretpostave drugim pravnim režimima, direktno ili indirektno.⁶³

5. SPECIJALNI PRAVNI REŽIMI I SISTEMI ZA REŠAVANJE SPOROVA

Iako postojanje posebnog sistema za rešavanje sporova nije uslov za postojanje samostalnog pravnog režima, veliki broj ovih sistema zapravo raspolaže sopstvenim mehanizmima za rešavanje sporova. To može biti višestruko značajno za pitanje kojim se ovde bavimo. Kako je i sama Komisija primetila, odgovor na mnoga pitanja u međunarodnom pravu zavisice od toga kome su postavljena, jer „prava i obaveze pravnih subjekata zavise od toga koja institucija je pozvana da ih prizna.”⁶⁴ Ovo je već dovoljno da opravda bojazan od fragmentacije i pravne nesigurnosti. Druga opasnost se nalazi u tome što mehanizmi za rešavanje sporova koji pripadaju samostalnom pravnom režimu mogu jednostavno biti pristrasni i tumačiti odredbe tako da ga održe ili čak i prošire u odnosu na druge slične režime ili opšti okvir međunarodnog prava. Drugim rečima, dok bi se od sudova i drugih sličnih mehanizama za rešavanje sporova moralo očekivati da obezbede objektivno tumačenje normi, njihov položaj, uz činjenicu da ne postoji centrali-

⁶⁰ Komentar Komisije, nav. delo, pasus 483.

⁶¹ Komentar Komisije, nav. delo, pasus 483.

⁶² Komentar Komisije, nav. delo, pasus 407.

⁶³ Musa Njabulo Shongwe, “Regime Collisions: Fragmentation Across International Law Disciplines”, *Kazan Journal of International Law and International Relations*, 1/2016, 55-68, 56.

⁶⁴ Komentar Komisije, nav. delo, pasus 489.

zovan i obavezan sistem za rešavanje sporova, prirodno može konstituisati čitavo tržište sudova koji pokušavaju da osvoje prostor i privuku potencijalne parničare.⁶⁵

Međunarodni pravosudni sistem zapravo i nije sistem već grupa vrlo različitih sudskih i kvazisudskih tela za rešavanje sporova i zaštitu prava garantovanih merodavnim međunarodnim ugovorima i drugim izvorima međunarodnog prava. Iako oni nužno imaju nekih sličnosti zahvaljujući kojima stiču status međunarodnog suda,⁶⁶ za problem fragmentacije nisu važne samo razlike koje među njima postoje (u pogledu nadležnosti, prava na pristup, merodavnog prava i drugih sličnih pitanja), već više konsensualnost i fakultativnost međunarodnog prava zahvaljujući kojima postoji skoro neograničena mogućnost osnivanja i ugovaranja nadležnosti različitih sudova. Sistemi za rešavanje sporova su najčešće specijalizovani i po pravilu odnos sa drugim sudovima uopšte nije definisan. Već sama mogućnost izbora jednog od više mogućih foruma za rešavanje sporova svedoči ne samo o fenomenu konkurentne nadležnosti već i o pravom tržištu međunarodnih sudova i neizbežnom fenomenu *forum-shopping*. Ipak, treba na ovom mestu napomenuti da postoje autori koji smatraju da čak i ovakav međunarodnopravni sistem ipak doprinosi razvoju međunarodnog prava⁶⁷ i da, uprkos nesuglasicama i različitim tumačenjima, postoji konvergencija prakse i izvesna ujednačenost u primeni međunarodnog prava.⁶⁸

Problemi koji mogu da proisteknu zbog postojanja velikog broja sudskih mehanizama specijalnih pravnih režima su različiti, ali ćemo mi na ovom mestu izdvojiti dva. Prvi se tiče nadležnosti i prava specijalizovanih sudova da odlučuju o opštim pitanjima međunarodnog prava, odnosno o specijalnim pravilima koja izlaze iz domena njihove specijalne nadležnosti. Drugi se tiče suprotnih i sukobljenih stavova različitih sudova čak i kada postupaju u okviru svoje nadležnosti

⁶⁵ „U slučaju zatvorenog sistema pravila kojim se uređuje nastanak, upravljanje, izmena i okončanje pravila, opšta pravna pravila će biti još više isključena. Ovaj sistem pravila biće uređen specijalnim pravilima o tumačenju koja će biti odraz predmeta i cilja samog režima. Ovo će imati naročitu posledicu na nadležnost organa u čijoj je nadležnosti tumačenje i unapređenje ciljeva specijalnog režima.” – Komentar Komisije, nav. delo, pasus 172.

„Postoji institucionalni i supstancijalni aspekt bojazni zbog fragmentacije međunarodnog prava. Na institucionalnom nivou, povećanje broja organa za primenu i sprovođenje pravila – najčešće sudova – za konkretan ugovorni režim, dovelo je do bojazni zbog različite jurisprudencije i forum šopinga.” – Komentar Komisije, nav. delo, pasus 489.

⁶⁶ „Minimum osnovnih zajedničkih karakteristika sudskog rešavanja sporova u međunarodnom pravu mogao bi se svesti na sledeća obeležja: institucija koja je sastavljena od nezavisnih sudija koja rešava sporove između dva subjekta ili više njih (od kojih najmanje jedan mora biti država ili međunarodna organizacija, tj. Međunarodnopravni subjekt) primenjujući međunarodno pravo u unapred utvrđenom postupku i koji donosi obavezujuće odluke.” – S. Đajić (2012), 24.

⁶⁷ Johnatan I. Charney, “The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals”, *New York University Journal of International Law and Politics* 4/1999, 697-708.

⁶⁸ Chester Brown, *A Common Law of International Adjudication*, New York 2007.

i čija suprotstavljena stanovišta tako imaju šire dejstvo od predmeta u kojem odlučuju. Time se zapravo dolazi do suštine problema fragmentacije: pravne nesigurnosti i pravne nejednakosti. Problem postaje naročito aktuelan ako se tumačenje norme odnosi na iste subjekte – tada više nije reč samo o opštoj pravnoj nesigurnosti i ugroženosti sistema kao takvog već o situaciji u kojoj će se subjekti naći u nemogućem položaju da postupe po različitim uputstvima i u kojima će predstavljati prave žrtve fragmentacije međunarodnog pravnog poretka.

Možda kao najbolja ilustracija prvog problema može da posluži jedan od najpoznatijih sukoba međunarodnih sudova u pogledu tumačenja pravila o odgovornosti države za povrede pravila humanitarnog prava. Reč je o predmetu Tadić⁶⁹ pred Međunarodnim krivičnim tribunalom za bivšu Jugoslaviju (Tribunal) u kojem se Tribunal otvoreno suprotstavio zaključku Međunarodnog suda pravde iz njegove presude u predmetu Nikaragva.⁷⁰ Naime, u predmetu Nikaragva Međunarodni sud pravde je našao da država može da odgovara za povrede međunarodnog humanitarnog prava na stranoj teritoriji tek ukoliko se dokaže da su te snage delovale po direktnom uputstvu i pod kontrolom strane države, što je postalo poznato kao test efektivne kontrole.⁷¹ Odlučivanje o odgovornosti države uopšte nije u nadležnosti Tribunala. Njegova nadležnost je krivična i ograničena na utvrđivanje individualne krivične odgovornosti za dela propisana Statutom Tribunala. Sa druge strane, Međunarodni sud pravde ne samo da ima opštu stvarnu nadležnost da odlučuje o svim pitanjima međunarodnog prava već je ona upravo ustanovljena za odlučivanje o odgovornosti države. Pored toga, oba ova suda pripadaju sistemu UN u kojem je članom 94. Povelje UN posebno mesto rezervisano za Međunarodni sud kao glavnog sudskog organa ove organizacije, dok je Tribunal deo sistema zahvaljujući načinu osnivanja, izbora sudija i finansiranja. Oba ova obeležja, čini se, pretpostavljaju Međunarodni sud pravde Tribunalu, što nije sprečilo Tribunal da se izjasni o jednom opštem pitanju međunarodnog prava direktno se suprotstavljajući Međunarodnom sudu pravde. Usledila je zanimljiva akademska rasprava i ona u samoj Organizaciji Ujedinjenih nacija.⁷² Poslednja reč pripala je Međunarodnom sudu pravde koji je ne samo potvrdio pravilo o efektivnoj kontroli nad aktom privatnog lica kao uslovu za odgovornost države već je i napome-

⁶⁹ Duško Tadić, Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju, predmet br. IT-94-I-T, presuda Žalbenog veća od 19. jula 1999.

⁷⁰ *Ibidem*, 39-75.

⁷¹ *Vojne i paravojne aktivnosti u Nikaragvi i protiv Nikaragve*, Međunarodni sud pravde, Presuda 27. Juna 1986. godine, stav 115 (*Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America) (Merits), Judgment, ICJ Reports (1986)).

⁷² Povodom ovog sukoba dva suda predsednici Međunarodnog suda su se čak u tri navrata izjašnjavali u godišnjem izveštaju i obraćanju Generalnoj skupštini UN: Stefan Švebel (1999), Žilber Gijom (2000, 2001). Svi govori su dostupni na internet stranici Međunarodnog suda pravde: *International Court of Justice – Statements by the President*, <http://www.icj-cij.org/court/index.php?pl=1&p2=3&p3=1>, 20.9.2016.

nuo da ovo pitanje nije uopšte bilo potrebno Tribunalu da bi odlučio o postojanju međunarodnog oružanog sukoba.⁷³ Na ovom primeru vidljivo je kakvi problemi mogu proizaći iz specijalizacije institucija međunarodnog prava: da li specijalni sudovi mogu da raspravljaju o opštim pitanjima međunarodnog prava i da li mogu da odstupe od tumačenja koja su ponudila drugi, pretpostavlja se nadležni međunarodni sudovi opšte nadležnosti.

Drugi primeri ilustruju problem različitog tumačenja istih pravnih standarda koji mogu dovesti do pravne nesigurnosti i na taj način specijalizaciju međunarodnog prava i međunarodnog pravosuđa učiniti negativnom pojavom. Ovdje nije više važno samo pitanje nadležnosti postupajućeg suda već, čak i kada je ta nadležnost nesporna, pitanje neujednačenog tumačenja. Tako su, na primer, Evropski sud za ljudska prava i Evropski sud pravde različito tumačili pravo na privatnost.⁷⁴ Nesumnjivo je da oba suda imaju nadležnost da odlučuju o ovom pitanju – Evropski sud za ljudska prava to može da čini preko člana 8 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava, dok Evropski sud pravde opet preko iste konvencije koja je inkorporisana u pravo EU, ali i opštih pravnih načela, a danas i na osnovu Povelje EU o osnovnim ljudskim pravima. Pitanje oko kojeg su se sudovi razišli odnosilo se na domašaj prava na privatnost: da li se njime štite samo fizička ili i pravna lica, te da li ono obuhvata samo privatne ili se ono može proširiti i na poslovne prostorije. Evropski sud pravde se prvi izjašnjavao o ovom pitanju u vezi sa prigovorom nemačkog privrednog društva da su odluke Komisije o sprovođenju istrage zbog povrede konkurencije suprotne članu 8 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava.⁷⁵ Evropski sud pravde zaključio je da se ova odredba ne odnosi na pravna lica ni na poslovne prostorije jer je ona usmerena na razvoj lične čovekove slobode. Ovaj nalaz Sud je ponovio u nekoliko narednih slučajeva.⁷⁶ Nekoliko godina kasnije Evropski sud za ljudska prava doneo je drugačiji zaključak našavši da se član 8 odnosi na privatne i poslovne prostorije,⁷⁷ a deset

⁷³ *Primena Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida* (Bosna i Hercegovina protiv Srbije), Međunarodni sud pravde, Presuda od 26. februara 2007, stav 403 (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Bosnia and Herzegovina v. Serbia, ICJ Reports 2008).

⁷⁴ Spojeni predmeti 46/87 i 227/88, Hechst AG protiv Komisije Evropskih zajednica (*Hoechst AG v. Commission of the European Communities*), Sud EZ, odluka od 21. septembra 1989; *Nimic protiv Nemačke (Niemietz v. Germany)*, Evropski sud za ljudska prava, presuda od 16. decembra 1992. godine.

⁷⁵ Hechst AG protiv Komisije Evropskih zajednica, nav. presuda.

⁷⁶ Predmet 85/87 *Dau Benelux protiv Komisije (Dow Benelux v. Commission)*, odluka od 17. oktobra 1989; spojeni predmeti 97-99/87, *Dau Kemikal Iberika i drugi protiv Komisije (Dow Chemical Iberica and Others v. Commission)*, odluka od 17. oktobra 1989.

⁷⁷ *Nimic protiv Nemačke (Niemietz v. Germany)*, Evropski sud za ljudska prava, presuda od 16. decembra 1992. godine.

godina kasnije i da ova odredba jednako štiti pravna i fizička lica.⁷⁸ U posljednjem slučaju je čak bilo reći o merama sprovedenim na osnovu odluka Komisije za sprovođenje istrage o povredi pravila konkurencije. Podvodeći pravna lica i poslovne prostorije pod član 8, i to u kontekstu ovlašćenja Komisije za zaštitu konkurencije, Evropski sud je našao da ovakve odluke moraju biti podvrgnute prethodnoj sudskoj kontroli. Dakle, različita tumačenja istog pravnog standarda, u ovom slučaju člana 8 Evropske konvencije i prava na privatnost, za posledicu ima ne samo pravnu nesigurnost već i uticaj jednog specijalnog sistema na drugi: zahtev da se odluke Komisije podvrgnu sudskoj kontroli. Rešenje je bilo u delimičnom ustupku koje je učinio Evropski sud pravde naloživši domaćim sudovima da postupe po nalogu Komisije koji takav zahtev mogu tek izuzetno odbiti, dodatno ograničivši domaće sudove na minimum informacija koje smeju da traže prilikom davanja saglasnosti da se ne bi ugrozila istraga.⁷⁹ Međutim, ovim se nije okončala rasprava o ograničenjima Komisije jer je u uredbi koja je naknadno usvojena propušteno uvođenje uslova prethodne sudske kontrole.⁸⁰ Po rešenju Ugovora iz Lisabona, koji je stupio na snagu nakon ovih odluka, deo korpusa prava EU postala je Povelja o osnovnim ljudskim pravima po kojoj je Evropska konvencija obavezujuća i to sad u svetlu prakse Evropskog suda za ljudska prava,⁸¹ čime bi njegove odluke morale da imaju odlučujući uticaj prilikom tumačenja Konvencije.⁸² Dok

⁷⁸ *Societe Kolas Est protiv Francuske (Société Colas Est and Others v. France)*, Evropski sud za ljudska prava, presuda od 16. aprila 2002.

⁷⁹ Predmet 94-00, *Roket Frer SA* i generalni direktor Generalnog direktorata za konkurenciju, potrošnju i suzbijanje prevara (*Roquette Frères SA and Directeur general de la concurrence, de la consommation et de la repression des fraudes*), Sud EZ, presuda od 22. oktobra 2002.

⁸⁰ Čini se da je prethodna sudska kontrola rezervisana isključivo za pretres privatnih prostorija: „Iskustvo je pokazalo da postoje situacije kada se poslovni podaci čuvaju u privatnim domovima direktora i drugih lica koja rade za preduzeće. Da bi se obezbedila efikasnost inspekcije, službenici i druga lica koja ovlasti Komisija moraju da imaju ovlašćenje za ulazak u sve prostorije u kojima se čuvaju poslovni podaci, uključujući i privatne domove. Ipak, ovo drugo ovlašćenje mora biti podvrgnuto odobrenju sudske vlasti.” – Uredba 1/2003, preambula, stav 26.

Sa druge strane, postoji još jedna odredba u preambuli koja upućuje na Povelju o osnovnim pravima i to na sledeći način:

„Ovom Uredbom poštuju se osnovna prava i načela koja su priznata, naročito Poveljom o osnovnim pravima Evropske unije. Prema tome, ovu Uredbu treba tumačiti i primenjivati u skladu sa ovim pravima i načelima.” – Uredba 1/2003, preambula, stav 37.

⁸¹ Član 53 Povelje EU o osnovnim pravima.

⁸² „U pogledu Povelje, njen član 52, stav 3 propisuje da u meri u kojoj prava koja Povelja sadrži a koja odgovaraju onima koje garantuje Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava, njihovo značenje i domašaj će biti isti kao i oni koji su propisani Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava. Prema tumačenju ove odredbe, značenje i domašaj garantovanih prava se imaju utvrđivati ne samo prema tekstu Evropske konvencije već, inter alia, i prema praksi Evropskog suda za ljudska prava.” – Predmet C-279/09, *DEB Deutsche Energiehandels und Beratungsgesellschaft mbH v Bundesrepublik Deutschland*, Evropski sud pravde, presuda od 20. decembra 2010. godine, stav 35.

je sa jedne strane postojao jak otpor praksi Evropskog suda za ljudska prava bar u onoj meri u kojoj je ona ograničavala ovlašćenja institucija Evropske unije (ali ne i ona koja se odnosila na države članice), izmenama osnivačkih ugovora bi ovaj otpor morao da bude slomljen. Ovakvo rešenje predstavlja vrlo značajno sredstvo za obezbeđivanje dejstva Evropskoj konvenciji koja na ovaj način može da koristi instrumente prava Evropske unije.

Sličan problem u tumačenju istog pravnog standarda postoji često u praksi međunarodne investicione arbitraže. Iako su brojni dvostrani sporazumi o zaštiti stranih ulaganja formalno različiti ugovori, po pravilu sadrže neke identične odredbe. To je naročito slučaj sa odredbom o poštenom i pravičnom tretmanu koja gotovo nikad nije ni definisana. Dok se različito tumačenje ove odredbe može ponekad pripisati drugačijim činjenicama slučaja, kada su ove činjenice identične a tumačenje različito takvu razliku je teško braniti činjenicom da je reč o dva različita ugovora jer među njima suštinske razlike ne postoje. To se upravo desilo u predmetima *Lauder protiv Češke*⁸³ i *CME protiv Češke*.⁸⁴ Oba postupka su vođena po UNCITRAL arbitražnim pravilima povodom mera države u postupku izdavanja dozvola, gde je prvi postupak pokrenuo vlasnik holandskog privrednog društva dok je drugi formalno pokrenulo društvo. Postupci su vođeni po različitim dvostranim sporazumima sa garancijama koje se po svom sadržaju nisu značajno razlikovale. Identičnost dva spora bila je više nego očigledna ali su odluke bile potpuno različite: dok su u prvoj odbijeni svi tužbeni zahtevi u drugoj je ustanovljena povreda nekoliko standarda međunarodnog prava čija je formulacija u oba BIT-a bila praktično ista. Sukob u tumačenju istih pravnih standarda ovde je zabrinjavajući zbog istih činjenica ali i zbog toga što je ovde reč o sukobu unutar specijalnog pravnog režima. Drugim rečima, fragmentacija međunarodnog prava nije nužno posledica odnosa opšteg i posebnog, ili različitih specijalnih režima, već se može javiti i unutar jednog specijalnog režima. To bi moglo značiti da fragmentacija i pravna nesigurnost nisu posledica samo fenomena specijalizacije međunarodnog prava, već da njene uzroke možemo tražiti i u drugim činionicima.

Ovi primeri nisu izuzeci. Iako se na ovom mestu ne bavimo problemima povećanog broja međunarodnih sudova, a to su sukobi nadležnosti, litispendencija i pravilo o presuđenoj stvari, jasno je da se fragmentacija u domenu tumačenja materijalnopravnih normi javlja upravo zbog procesnih nedorečenosti međunarodnog pravnog sistema. Dok su prethodni primeri pokazali kako do fragmentacije dolazi jer su različiti sudovi tumačili istu normu na različite načine, postoje

⁸³ Ronald S. Lauder protiv Češke Republike (*Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*), UNCITRAL, Dvostrani sporazum o zaštiti stranih ulaganja između SAD i Češke Republike, arbitražna odluka od 3. septembra 2001. godine.

⁸⁴ CME Češka Republika BV protiv Češke Republike (*CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. Czech Republic*), UNCITRAL, Dvostrani sporazum o zaštiti stranih ulaganja između Holandije i Češke Republike, arbitražna odluka od 14. marta 2003.

i slučajevi kada će jedinstvo međunarodnog sistema biti narušeno jer će specijalni sistem odbiti da primeni opšte ili specijalne norme upravo pozivanjem na nadležnost. Na primer, u investicionoj arbitraži nije retkost da se istakne argument zaštite ljudskih prava kao osnov za tumačenje obaveze države, radi ograničenja ovlašćenja investitora. Međutim, investicioni arbitražni sudovi nisu se upuštali u tumačenje i primenu ljudskih prava,⁸⁵ a praktična posledica bila je zapravo nepri-
znavanje dejstva normama o zaštiti ljudskih prava.⁸⁶

Slično je i sa Svetskom trgovinskom organizacijom – Apelacioni panel STO odbio je da primeni načelo predostrožnosti našavši da ono nije postalo deo opšteg međunarodnog prava već da je ono samo režima zaštite životne sredine.⁸⁷ Ovakav zaključak potvrdio je i u docnijoj praksi.⁸⁸ Drugim rečima, STO je spreman da primeni opšta pravila međunarodnog prava i pravo STO koje proizilazi iz tzv. „obuhvaćenih sporazuma”⁸⁹ ali ne i druga pravila međunarodnog prava. Stav se samo delimično može braniti stvarnom nadležnoću STO panela, jer takvo izričito ograničenje ne postoji u sporazumima. Nije jasno ni kako načelo predostrožnosti uopšte može postati deo opšteg međunarodnog prava jer se ono odnosi samo na zaštitu sredine koja uključuje i pravila o zaštiti zdravlja. Konačno, načelo predostrožnosti pominje se i u preabuli Sporazuma o sanitarnim i fitosanitarnim merama. Ipak, po mišljenju Panela to nije dovoljno da bi se ono primenilo kao opravdanje i razlog za suspenziju garancija iz prava STO.⁹⁰

6. ZAKLJUČAK

Specijalizacija i diverzifikacija usmerava međunarodno pravo ka pravnom pluralizmu. Jedan od glavnih zaključaka Komisije UN za međunarodno pravo je da, ipak, pojava specijalnih ugovornih režima ozbiljno ne ugrožava pravnu sigurnost, predvidljivost obaveza i pravnu jednakost, te da osnovni instrumenti za rešavanje sukoba (*lex specialis*, *lex posterior*, *inter se* sporazumi, obaveze koje

⁸⁵ Moshe Hirsch, “Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths”, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (eds. Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni, Ernst-Ulrich Petersmann), Oxford 2009, 98-114.

⁸⁶ Sanja Đajić, „Pravo na vodu”, *Pravni život* 12/2014, 211-228.

⁸⁷ Evropske zajednice – mere koje se odnose na meso i mesne prerađevine (hormoni) (*European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*), Odluka Žalbenog veća od 16. januara 1998, WT/DS48/AB/R, str. 180-181, stavovi 123-125.

⁸⁸ Evropske zajednice – mere koje se odnose na odobrenje i reklamiranje biotehnoških proizvoda (*European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*), Izveštaj Panela od 29. septembra 2006. godine, WT/DS291-293/R, stavovi 7.88-7.89.

⁸⁹ S. Đajić (2012), 123-125.

⁹⁰ Evropske zajednice – mere koje se odnose na meso i mesne prerađevine, nav. presuda, stav 124.

postoje prema međunarodnoj zajednici kao celini) predstavljaju odgovarajuće i dovoljne mehanizme za prevazilaženje nesaglasnosti.⁹¹ Komisija UN za međunarodno pravo smatra da je rešenje sukoba pravila i sukoba nadležnosti u Bečkoj konvenciji o ugovornom pravu: reč je o instrumentu koji pripada opštem međunarodnom pravu i koji sadrži neka rešenja o odnosu različitih vrsta ugovora. Bečka konvencija može poslužiti i kao polazna osnova za izgradnju kolizionih normi međunarodnog javnog prava jer ne postoji hijerarhija među samim specijalnim pravnim režimima.⁹²

Samo postojanje specijalnih režima nije nužno negativna pojava. Oni istovremeno dokazuju specijalizaciju međunarodnog prava, u materijalnopravnom i institucionalnom pogledu. Ipak, zbog specifičnih obeležja međunarodnog prava, kao što su decentralizacija i drugačiji pravnostvaralački proces, samostalni pravni režimi mogu dovesti i do sukoba pravnih normi i sukoba nadležnosti, i do različitih tumačenja istih pravnih normi. Čini se da problem za međunarodni pravni sistem ne predstavlja toliko odnos opšteg i posebnog, već međusobni sukob različitih specijalnih pravnih režima. Iako je Komisija 2006. godine zaključila da fragmentacija ne ugrožava međunarodnopravni sistem, pitanje je da li zaista ima mesta takvom optimizmu jer praksa ipak pokazuje da nisu retki primeri gde se države mogu naći u situaciji gde je ispunjenje različitih obaveza postaje nemoguće, što upravo direktno ugrožava pravnu sigurnost, predvidljivost obaveza i pravnu jednakost.

⁹¹ Komentar Komisije, nav. delo, pasus 492.

⁹² Komentar Komisije, nav. delo, str. 250.

Sanja V. Đajić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Djajic@pf.uns.ac.rs

Fragmentation of International Law and Special Legal Regimes

Abstract: *In this article the author tackles one of the long-standing theoretical issues of international law: fragmentation that has been caused inter alia by so-called self-contained or special legal regimes. The article relies on and develops from the assumptions and conclusions of the International Law Commission of the UN and its 2006 report on fragmentation. While the report concluded that the phenomenon of fragmentation still has not reached alarming proportions so as to threaten the existence of international legal system, the author tries to challenge some of these conclusions. It seems that special legal regimes have not diligently followed the advice of the ILC for constructing their ties with the general legal order and other special regimes despite the fact that there exist instruments for solving such conflicts. The proliferation of international courts and tribunals seem to have contributed to conflicting jurisprudence and forum-shopping thereby causing both legal uncertainty and inequality. Building on several examples from international jurisprudence, the author tends to illustrate that fragmentation seems to be a phenomenon that requires a vigorous attention and possibly a new and different approach to solving conflicts of rules and conflicts of jurisdictions.*

Keywords: *fragmentation of international law, conflicting jurisprudence, special legal regimes.*

Datum prijema rada: 26.09.2016.

*Dr Magdolna I. Sič, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
M.Sic@pf.uns.ac.rs*

*Milan M. Milutin, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
M.Milutin@pf.uns.ac.rs*

PRIBAVLJANJE SVOJINE NA PREDMETU ZALOGE OD STRANE ZALOŽNOG POVERIOCA U RIMSKOM PRAVU (*IMPETRATIO DOMINII*)¹

Sažetak: *Manje je poznato da je od vremena dinastije Severa poverilac stekao mogućnost da uputi caru posebnu molbu kako bi dobio dozvolu za pribavljanje trajne svojine na predmetu zaloge (impetratio dominii). Poznato je, pak, da je zaštita interesa dužnika, od kojih se porez lakše naplaćivao nego od veleposednika, bila od velike važnosti za carske finansije. Stoga su, pored Konstantinove zabrane ugovaranja komisorne klauzule (lex commissoria), te uslovljavanja Marcijanskog pakta (pactum Marcianum) pravičnom cenom založene stvari, prava dužnika štićena i uslovljavanjem impetratio dominii. On je bio uslovljen prethodnim pokušajem prodaje koja je morala da bude javno oglašena, te poništavanjem impetratio dominii ukoliko poverilac nastavi sa uzimanjem kamate nakon sticanja svojine nad založenom stvari. Nezadovoljan što se ovi uslovi u praksi nisu poštovali, Justinijan je 530. godine postavio dodatne uslove za primenu ovog instituta: obavezu nastojanja da se zaloga proda u roku od dve godine; obaveštavanje dužnika o tome čak i posle proteka ovog roka, da bi mu se dala mogućnost iskupljenja zaloge; posebno odobrenje cara za sticanje svojine posle proteka ovih rokova; naknadna mogućnost dužnika da otkupi zalogu od poverioca u roku od dve godine; neopozivost poveriočeve svojine na predmetu zaloge samo posle proteka oko četiri godine; pravičnu procenu vrednosti zaloge sa obavezom poverioca da vrati višak dužniku i sa njegovim pravom da*

¹ Ovaj rad je rezultat istraživačkog rada na projektu Pravnog fakulteta u Novom Sadu: „Pravna tradicija i novi pravni izazovi.”

zahteva isplatu nedostajućeg dela od dužnika. U ovom radu će biti razmatrana pitanja nastanka i evolucije ovog instituta i okolnosti u kojima je postojao.

Ključne reči: *impetratio dominii*; zaloga; naplata potraživanja; sticanje prava svojine nad predmetom zaloge; zaštita interesa dužnika

1. UVOD

S obzirom na to da je zabrana ugovaranja komisorne klauzule (*lex commissoria*) preuzeta u savremeno pravo evropskih zemalja, romanisti su prvenstveno zaokupljeni pitanjima koja se vezuju za tu zabranu. Međutim, u rimskom pravu postoje i pravila koja omogućuju poveriocu da pod određenim uslovima stekne predmet zaloge u trajnu svojinu. Pored poznatog Marcijanskog pakta (*pactum Marcianum*), koji dozvoljava poveriocu da kupi predmet zaloge od dužnika, manje je poznato da je u vreme dinastije Severa poveriocu bila data mogućnost da uputi caru posebnu molbu da bi dobio dozvolu za pribavljanje svojine na predmetu zaloge (*impetratio dominii*). Pravila *impetratio dominii* detaljno su razrađena za vreme cara Justinijana. Imajući u vidu to da u savremenom pravu radi omogućavanja naplate poveriočevog potraživanja postoji potreba da se poveriocima omogući i sticanje svojine na predmetu zaloge, analiziraćemo odredbe koje se odnose na ovaj institut. Cilj našeg istraživanja nije da sugerišemo uvođenje sličnog instituta u naše pravo, već da ukažemo na težnju rimskog zakonodavca da vodi računa o interesima ne samo poverioca, nego i dužnika, jer bez različitih mera u korist dužnika i zabrana komisorne klauzule može da se izigra.

2. ODREDBE O STICANJU SVOJINE NA PREDMETU ZALOGE NA OSNOVU ZAHTEVA UPUĆENOM CARU (*IMPETRATIO DOMINII*)

Ove odredbe se nalaze u Justinijanovom kodeksu pod naslovom „*De iure dominii impetrando* (O ostvarenju prava svojine) /C. J. 8, 33/. Prva je reskript cara Aleksandra Severa izdat 229. godine građaninu Nikoli na njegov zahtev.

C. J. 8, 33, 1: *Imp. Alexander A. Nicolae* (a. 229). „*Dominii iure pignora possidere desiderans nomina debitorum, quos in solutione cessare dicis, exprimere et, an sollemnia peregisti, significare debuisti, dummodo scias omnia bona debitoris, qui pignori dedit, ut universa dominio tuo generaliter addicantur, impetrare te non posse.*” (Ako zahtevaš da stekneš pravo svojine na predmetu zaloge, potrebno je da naznačiš imena dužnika za koje tvrdiš da nisu isplatili (dug), kao i da si ispunio formalnosti koje se za to zahtevaju; ipak treba da znaš da sva dobra (celokupnu imovinu) dužnika, koja je on založio; ne možeš da dobiješ ni onda ako su ona u celini putem opšte zaloge bila opterećena u tvoju korist).

Ovom konstitucijom je građanin, za koga znamo da se zove Nikola, dobio od cara putem reskripta privilegiju da stekne pravo svojine na dužnikovoj zalozi. Najverovatnije ovo nije bio jedini slučaj kada se građanin obratio caru da reši njegov problem vezan za naplatu potraživanja na osnovu zaloge, jer su uslovi pod kojima može da ostvari svoj zahtev uopšteno formulisani bez ikakvog detaljnog uputstva: treba da naznači imena dužnika i da ispunji zahtevane formalnosti u pogledu svog založnog prava. U daljem tekstu, imajući u vidu da je u praksi korišćena i generalna hipoteka, car (tj. pravnik koji je sastavio reskript) napominje da ni u tom slučaju ne može da stekne svojinu na svim dužnikovim dobrima.² Mada je reč o privilegiji, ovim reskriptom se rešava i jedan pravni problem usled čega ima opštu primenu. To potvrđuje i njegovo unošenje u Justinijanov kodeks.

Pored ovih oskudnih saznanja o uslovima pod kojim poverilac može da stekne predmet zaloge u svojinu, ova konstitucija nam pruža druga bitna saznanja. Saznajemo da, mada će ugovaranje komisorne klauzule tek mnogo kasnije, 320. godine, zabraniti Konstantin Veliki,³ sa primenom *lex commissoria* u slučaju zaloge bilo je već problema i u kasnom klasičnom periodu. Naime, ako se vratimo u prošlost, možemo videti da se *lex commissoria* primenjivao u slučaju fiducije zaključene sa poveriocem (*fiducia cum creditori contracta*),⁴ a prema nekim mišljenjima to pravilo se primenjivalo i u slučaju pignusa (*pignus*), barem na osnovu ugovaranja sticanja svojine poverioca na predmetu zaloge ukoliko dužnik ne bi isplatio svoj dug na vreme.⁵ Najverovatnije da se *lex commissoria* primenjivao u

² Pojedine vrste stvari nisu mogle uopšte da budu predmet zaloge. Primera radi, strogo je kažnjavano uzimanje robova orača i volova za oranje u zalogu (C. Th. 2, 30, 1). U početku su u zalogu mogle da se uzmu samo telesne stvari, da bi uvođenjem koncepta bonitarne svojine, njihov krug bio proširen i na bestelesne. O tome vid. Donald E. Phillipson (Filipson), "Development of the Roman Law of Debt Security", *Stanford Law Review*, Vol. 20, 1968, 1237, fn. 65. Tako su vremenom pravo plodouživanja, seoske službenosti, službenost puta, pa čak, od drugog veka, i sama založna prava stekla mogućnost da budu založena. Isto tako, svojstvo predmeta zaloge, u prvim fazama razvoja rimskog prava imale su samo pokretne, da bi ih kasnije stekle i nepokretne stvari. O tome vid. D. E. Phillipson, 1239. Upravo u drugom veku, usled široke upotrebe *pactum vendendi*, uspostavilo se pravilo da sve što može da se proda, može i da se založi. Tako, npr. u taj krug nisu spadali slobodan čovek i šticećnikova imovina. O tome vid. D. 20, 1, 9; D. E. Phillipson, 1243. Čak i kod generalne hipoteke, izuzeti su bili predmeti neophodni za dužnikovu dobrobit: osim pomenutih robova i volova (C. J. 8, 16 (17), 7; 8, 16 (17), 8), tu su spadali odeća, dobra neophodna za funkcionisanje domaćinstva (D. 20, 1, 6), predmeti u svakodnevnoj upotrebi (D. 20, 1, 7), konkubina, njena deca, šegrti (D. 20, 1, 8, C. J. 8, 16 (17), 1). O tome vid. Roger J. Goebel (Gebel), "Reconstructing the Roman Law of Real Security", *Tulane Law Review*, Vol. XXXVI, 1961, 47-48 i 57.

³ C. Th. 3, 2, 1 = Brev. C. Th. 3, 2, 1 = C. J. 8, 34, 1.

⁴ Vid. Magdolna Sič, „Kupovina predmeta zaloge od strane založnog poverioca prema Papinijanu (*Fragm. Vat 9*)”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2010, 157, fn. 5, kao i 158, fn. 11; Magdolna Szűcs (Sič), "Creditor rem sibi oppignoratam a debitore emere non potest" (Brev. IP. 2, 12, 6)", *Journal on European History of Law*, Vol. 2/2011, 67, posebno fn. 19, kao i D. E. Phillipson, 1235. i dalje.

⁵ M. Sič (2010), str. 158. O ovome vid. i R. J. Goebel, 35.

slučajevima kada je zajam dat procenom vrednosti založene stvari. U tom slučaju dužnik kao da je prodao poveriocu predmet zaloge i ako ne bi platio dug, ta prodaja bi postala definitivna (*“si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus emptus sit”*).⁶ To je u suštini suprotan slučaj ugovaranja *lex commissoria* kod kupoprodaje: da ako kupac ne isplati cenu u određenom roku, stvar nije kupljena (*“si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit”*).⁷ Međutim, razvojem tržišnih odnosa zaloga je postala sredstvo obezbeđenja koje se koristilo kao opšte sredstvo obezbeđenja, pri čemu vrednost založene stvari nije odgovarala striktno vrednosti duga. Samim tim razvoj naplate potraživanja iz predmeta zaloge uzeo je drugi vid i umesto pribavljanja svojine na predmetu zaloge primenjivao se ispravniji način putem uvođenja prodaje predmeta zaloge (*ius vendendi*). Ovo pravo poverioca u prvo vreme bilo je bazirano na sporazumu stranaka, da bi u klasičnom pravu postalo prirodni elemenat zaloge, bez obzira na to da li se radilo o fiduciji, pignusu ili hipoteci,⁸ a u Justinijanovo vreme nije se moglo isključiti ni sporazumom stranaka.⁹ Ipak, pored *ius vendendi*, smatra se, da je u klasičnom periodu i dalje bio u primeni i *lex commissoria*, ako ne i po samom pravu, onda barem na osnovu sporazuma stranaka.¹⁰ Ova mogućnost naplate poveriočevog potraživanja iz klasičnih izvora unetih u Justinijanova Digesta izostavljena je zbog usaglašavanja pravnih pravila sa postklasičnim i Justinijanovim pravilima i posebno sa izričitom zabranom ugovaranja *lex commissoria* u slučaju zaloge unetom u Justinijanov kodeks.¹¹ Prema ovim saznanjima *lex commissoria* je u vreme izdavanja navedene konstitucije (reskripta) najverovatnije mogao biti ugovoren kao alternativa prodaji predmeta zaloge. Prema tome, potreba za omogućavanjem *impetratio dominii* mogla je nastati zbog nemogućnosti realizacije *ius vendendi*, kao i nemogućnosti izdejstvovanja saglasnosti dužnika da umesto isplate duga poveriocu dozvoli sticanje svojine na predmetu zaloge putem ugovaranja *lex commissoria* ili *datio*

⁶ Vid. Frank Peters (Peters), “Der Erwerb des Pfandes durch den Pfandgläubiger im klassischen und nachklassischen Recht”, *Studien im römischen Recht*, Berlin 1973, 166.

⁷ *Pomp. D.* 18, 3, 2.

⁸ M. Sič (2010), 159; D. E. Phillipson, 1241, fn. 100; R. J. Goebel, 35 i 52; John Henry Wigmore (Vigmore), “The Pledge-Idea: A Study in Comparative Legal Ideas III”, *Harvard Law Review*, Vol. 11, No. 1, 1897, 28 – 30; Reinhard Zimmermann (Cimernan), *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, New York, 1996, 223 – 224.

⁹ M. Sič (2010), 159; D. E. Phillipson, 1244; R. J. Goebel, 35 i 52.

¹⁰ R. J. Goebel, 35.

¹¹ C. J. 8, 34, 3: *Imperator Constantinus. “Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. 1. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt.”* O tome vid. Magdolna Sič, “Remarks on the Reasons of Commissoria Rescindenda”, *Acta Univ. Sapientiae, Legal Studies* 3, 1, 2014; M. Sič (2010), 171 i dalje, kao i R. J. Goebel, 35, 38, 51 i 54; M. Szűcs (2011), 68-69; D. E. Phillipson, 1244.

in solutum (davanje umesto ispunjenja). Dužnik najverovatnije nije pristajao na ove načine gašenja obaveze, jer je vrednost zaloge premašila vrednost duga.

Sledeća konstitucija je reskript cara Gordijana izdat 238. godine građaninu po imenu Justa.

C. J. 8, 33, 2: *Imp. Gordianus A. Iustae*. „*Si creditor pignus iure dominii a nostra serenitate possidere petiit et post formam praescripti alio anno usuras a vobis accepit, a beneficio impetrato recessisse videtur.*” (Ako poverilac zahteva od naše blagosti da predmet zaloge poseduje na osnovu prava svojine i posle godinu dana od dobijene dozvole (reskripta) uzima kamatu od vas, smatra se da je odustao od dobijene beneficije).

Ovaj reskript potvrđuje da je poverilac mogao da stekne svojinu na predmetu zaloge ako je tu privilegiju odobrio car. Pored toga ukazuje i na to da je dužnikov dug u potpunosti ugašen ovim načinom i da poverilac ništa više ne može da zahteva od svog bivšeg dužnika. Ako bi iz koristoljublja, pozivajući se na inflaciju, uzimao i kamatu, izgubio bi i dobijenu beneficiju. Pored toga što je opšte pravilo da je obaveza dužnika na ovaj način ugašena,¹² usled ekonomske krize i rasta cena založene stvari poverilac bi pored zaloge, čija je vrednost u međuvremenu porasla, kamatama za dug ostvario dvostruku dobit na štetu dužnika. Sankcija je prema tome gubitak prava svojine na predmetu zaloge, što je u tim uslovima nepovoljnije za poverioca.

Posle ove dve odredbe slede detaljna pravila cara Justinijana u opštoj konstituciji izdatoj 530. godine upućenoj Demostenu, prefektu pretorija. U uvodnom delu poduže konstitucije, Justinijan ukazuje na nedostatke prethodne pravne regulative, prvenstveno u pogledu uslova koji treba da budu ispunjeni.

C. J. 8, 33, 3: *Imp. Iustinianus A. Demostheni p.p. (530)*. „*Vetustissimam observationem, quae nullatenus in ipsis rerum claruit documentis, penitus esse duximus amputandam, immo magis clarioribus remediis corrigendam. Igitur in pignoribus, quae iure dominii possidere aliquis cupiebat, proscriptio publica et annus luitionis antiquus introducti sunt, pignus autem publice proscriptum neque vidimus neque nisi tantummodo ex librorum recitatione audivimus.*” (Smatramo da staro pravilo, imajući u vidu i to da dokumenti koji se na to odnose nisu jasni, treba da bude potpuno ukinuto i zamenjeno jasnijim odredbama. Naime, javnu objavu prodaje i mogućnost iskupljenja zaloge u roku od godinu dana koje je staro pravo garantovalo u slučaju ako bi neko želeo da pribavi svojinu na predmetu zaloge, možemo potvrditi samo pregledom knjiga, jer nikad nismo videli da je prodaja zaloge bila javno oglašena).

Iz ove odredbe saznajemo moguće uslove za *impetratio dominii*, koji su najverovatnije bili u primeni već od vremena Aleksandra Severa. To su: javno oglašavanje prodaje i rok od godinu dana u kom je dužnik isplatom duga mogao da isku-

¹² Smatra se da je uzimanje kamata inkompatibilno sa *lex commissoria*.

pi i oslobodi svoju zalogu. Istovremeno saznajemo i to da u praksi ovi uslovi nisu poštovani. Justinijan nezadovoljan prethodnom praksom, stara pravila ukida i uvodi nova. Putem svojih pravila uvodi nekoliko uslova čije ispunjenje se zahteva da bi poverilac mogao da ostvari pravo svojine na predmetu zaloge.

Prvi uslov i početni jeste da se pristupi prodaji predmeta zaloge.

C. J. 8, 33, 3, 1: „*Sancimus itaque, si quis rem creditori suo pigneraverit, si quidem in pactione cautum est, quemadmodum debet pignus distrahi, sive in tempore sive in aliis conventionibus ea observari, pro quibus inter creditorem et debitorem conventum est. Sin autem nulla pactio intercesserit, licentia dabitur feneratori ex denuntiatione vel ex sententia iudiciali post biennium, ex quo attestatio missa est vel sententia prolata est, numerandum eam vendere.*” (Stoga, određujemo da ukoliko je neko založio stvar poveriocu, i bilo je predviđeno u sporazumu na koji način da se proda predmet zaloge, bilo u pogledu vremena ili drugih dogovora, treba uzeti u obzir ono što je između poverioca i dužnika bilo ugovoreno. Međutim, ako nije bilo nikakvog sporazuma, data je mogućnost zajmodavcu da nakon dve godine od obaveštavanja ili donošenja sudske presude, računajući od momenta kada je obaveštenje upućeno ili presuda doneta – stvar može prodati).

U Justinijanovo vreme prodaja predmeta zaloge bila je obavezna, nije se mogla isključiti ni sporazumom stranaka. Njoj se moglo pristupiti u roku i na način kako su se poverilac i dužnik dogovorili, a ako se o tome nisu izjasnili onda nakon dve godine od obaveštenja dužnika o dospelosti duga na naplatu ili donošenja presude.

Po proteku ovog roka, ako niko nije kupio predmet zaloge, dužnik se ponovo obaveštavao i data mu je dodatna mogućnost da isplatom duga oslobodi predmet zaloge.

C. J. 8, 33, 3, 2: „*Sin vero nemo est, qui comparare eam maluerit, ut necessarium fiat creditori saltem sibi eam iure dominii possidere, in huiusmodi casibus causam esse observandam censemus, ut, sive praesens sit debitor, denuntiatio ei scilicet post biennium mittatur, sive afuerit, provinciale tribunale creditor petat et iudicem certiorare festinet, quatenus ille eum requisierit, certo tempore super hoc ab eo statuendo, ut fiat debitori manifestum per apparationem iudicis, quod a creditore petatum est, et certum tempus statuatur, intra quod et, si fuerit inventus, debet qui pecunias creditas accepit debitum offerre et pignus recuperare.*” (Međutim, ako nema nikog ko bi je kupio, tako da je neophodno da je poverilac poseduje na osnovu prava svojine, određujemo, da u ovim slučajevima treba imati u vidu sledeće: ako je dužnik prisutan potrebno mu je uputiti obaveštenje, čak i po isteku dve godine; ili ako je odsutan, poverilac može zahtevati od provincijskog sudije da uputi poziv da se dužnik pojavi u određeno vreme; ovaj poziv treba da bude sačinjen od strane sudskog službenika i treba da sadrži ono što poverilac zahteva i treba da bude određen datum u kom se dužnik može pronaći da bi plaćajući dug oslobodio predmet zaloge).

Prema ovoj odredbi vodilo se računa o tome da li se dužnik nalazi u mestu koje je određeno za isplatu duga ili se nalazi u drugoj provinciji, što određuje način njegovog obaveštavanja. Ukoliko se dužnik ne bi mogao pronaći ni na ovaj način, dobio bi još dodatno vreme za ispunjenje obaveze.

C. J. 8, 33, 3, 3: "*Sin autem nullatenus fuerit inventus, iudex certum tempus definiat, intra quod licentia ei dabitur sese manifestare et offerre pecunias et pignus ab oppigneratione liberare*". (Ako se ne bi mogao nikako pronaći, sudija treba da naznači određeno vreme u kom mu je dozvoljeno da se pojavi, položi novac i iskupi zalogu).

Tek posle ispunjenja ovih uslova i isteka navedenih rokova može poverilac ostvariti svojinu na predmetu zaloge.

C. J. 8, 33, 3, 3a: "*Sin autem in tempore statuto vel minime fuerit inventus vel creditam pecuniam totam offerre noluerit, tunc creditor adeat culmen principale et precibus porrectis iure dominii habere eandem rem expetat habeatque ex divino oraculo eam in suo dominio*". (Međutim, ako se dužnik po isteku određenog vremena ne pronađe ili odbija da plati puni iznos novca uzetog na zajam, poverilac tada može da se obrati caru i da zahteva od njega sticanje prava svojine na toj stvari i očekivano će je imati iz božanske milosti (cara) u svojoj svojini).

Ipak, kako saznajemo iz nastavka odredbe, poveriočeva svojina ovim još nije postala definitivna. Mada je stekao svojinu na predmetu zaloge, dužniku iz humanih razloga daje se rok od dve godine u kom roku može da otkupi predmet zaloge od svog poverioca.

C. J. 8, 33, 3, 3b: "*Et postquam hoc fuerit subsecutum, pietatis intuitu habeat debitor intra biennii tempus in suam rem humanum reversum ex die sacri oraculi numerandum, et liceat ei, creditori qui iam dominus factus est offerre debitum cum usuris et damnis vitio eius creditori illatis, quorum quantitatem creditor debet suo iuramento manifestare, et suum pignus recuperare*". (Posle kada je to postignuto, dužniku je data mogućnost iz humanih razloga da u roku od dve godine računajući od dana izdavanja carske odluke povрати svoju stvar; to će postići tako što će ponuditi poveriocu, koji je sada vlasnik, isplatu iznosa duga sa kamatama i naknadom štete koju je poverilac pretrpeo, čiju visinu poverilac mora svojom zakletvom da dokaže, i tada može svoju zalogu povratiti).

Da bi povratio predmet zaloge dužnik je trebalo da plati svoj dug sa kamatama i da naknadi i štetu koju je poverilac pretrpeo. Poverilac je visinu štete koju je pretrpeo trebalo da potvrdi svojom zakletvom. Nije precizirano da li je reč o šteti koja je nastala zbog neispunjenja dužnikove obaveze na vreme ili zbog toga što je poverilac kao vlasnik predmeta zaloge utrošio sredstva za održavanje ove stvari, ili možda zbog oba razloga? Mada je u prethodnoj odredbi poverilac naznačen kao zajmodavac, s obzirom na to da treba da plati i kamatu nikako nije reč o besplatnom prijateljskom zajmu (*mutuum*), jer je korišćen izraz „*fenerator*”, koji

ukazuje na profesionalne zajmodavce i na zelenaše. Imajući u vidu ove uslove, otkup založene stvari nije bio pod povoljnim uslovima za dužnika.

Ako je dužnik propustio ovaj rok od dve godine za otkup zaloge, poveriočeva svojina postala je definitivna.

C. J. 8, 33, 3, 3c: „*Sin autem biennium fuerit elapsum, plenissime habeat rem creditor idemque dominus iam inrevocabilem factam.*” (Međutim, ako je isteklo vreme od dve godine, poverilac će imati stvar u punoj svojini i njegova svojina postaje neopoziva).

U daljem tekstu konstitucije vodi se računa o ekvivalenciji vrednosti, da ni poverilac, ni dužnik ne bi pretrpeli štetu ili ostvarili neosnovanu dobit putem ove carske beneficije. Prema poslednjoj odredbi, koja je izgleda dodata na kraju, da bi se izbegla subjektivna procena zaloge, njenu vrednost treba da proceni sudija.

C. J. 8, 33, 3, 6: „*Aestimationem autem pignoris, donec apud creditorem eundemque dominum permaneat, sive amplioris sive minoris quantum ad debitum quantitatis est, iudicialis esse volumus disceptationis, ut, quod iudex super hoc statuerit, hoc in aestimatione pignoris obtineat.*” (Međutim, procenu vrednosti zaloge dok ona ostaje kod poverioca u njegovoj svojini, da li je veća ili manja od vrednosti duga, određujemo da izvrši sudija, i da ono što u pogledu toga sudija utvrdi, to da se primeni u pogledu procene vrednosti zaloge).

Ako je vrednost predmeta zaloge bila manja od iznosa dužnikovog duga sticanjem svojine na predmetu zaloge poverilac nije izgubio pravo da zahteva od dužnika da isplati i razliku.

C. J. 8, 33, 3, 4: „*Sed si quidem minus in pignore, plus in debito inveniatur, in hoc, quod noscitur abundare, sit creditori omnis ratio integra.*” (Ali ako zaloga vredi manje od duga, poveriocu pripada svo pravo da zahteva ono što nedostaje).

Ako su vrednosti jednake jasno je da ni dužnik, a ni poverilac nemaju dodatne obaveze.

C. J. 8, 33, 3, 4a: „*Sin autem ex utraque parte quantitas aequa inveniatur, sine omni dubitatione totam rem antea pigneratam retineat.*” (Međutim, ako se nađe da su vrednosti jednake sa obe strane, poverilac bez sumnje zadržava celu stvar prethodno datu u zalogu).

Ako je predmet zaloge veće vrednosti od iznosa duga, višak (*superfluum* ili *hyperoha*) služi za naplatu potraživanja drugih dužnikovih poverilaca, a ako njih nema, ili nešto preostaje i posle namirenja njihovih potraživanja, taj iznos se vraća dužniku.

C. J. 8, 33, 3, 4b: „*Sin autem minus quidem in debito, amplius autem in pignore fiat, tunc in hoc quod debitum excedit debitori omnia iura integra lege nostra servabuntur, creditoribus quidem feneratoris non suppositum, aliis autem debitoris creditoribus vel ipsi debitori servatum.*” (Ali ako je dug manji od vrednosti zaloge, tada iznos koji prelazi dug, čuvajući sva prava dužnika putem našeg prava,

treba da pripada, ne pretpostavljajući poveriočeve zajmodavce, drugim dužnikovim poveriocima ili samom dužniku).

U pogledu ovog viška poveriocu je data dozvola da taj iznos proceni i da za to pruži posebnu garanciju.

C. J. 8, 33, 3, 4c: „*Et ne ex communicatione fiat aliqua difficultas, licentia dabitur creditori seu domino aestimationem superflui debitori vel creditori debitoris cum competenti cautela in eum exponenda offerre.*” (I da ne bi nastale poteškoće u pogledu ovog viška, data je dozvola poveriocu odnosno vlasniku da procenjujući vrednost viška ponudi posebnu garanciju za isplatu tog viška dužniku ili dužnikovim poveriocima).

U daljem tekstu vidimo da se o ekvivalenciji vrednosti duga i zaloge vodi računa i u slučaju ako bi poverilac, sada već vlasnik, kasnije prodao predmet zaloge. S obzirom na to da je dužnik imao rok od dve godine od odobrene *impetratio domini*, da otkupi predmet zaloge, ova prodaja je mogla uslediti samo posle proteka ovog roka, kada je poveriočeva svojina postala neopoziva. Ovo rešenje ne odgovara savremenom shvatanju o svojini. U savremenom pravu ako vlasnik proda svoju stvar postignuta viša cena na tržištu ide u njegovu korist, a manja na njegovu štetu. Stoga tekstovi koji slede dovode u sumnju definitivnost poveriočeve svojine.

C. J. 8, 33, 3, 5: „*Sin vero creditor, postquam iure domini hoc possideat, vendere hoc maluerit, liceat quidem ei hoc facere, si quid autem superfluum sit, debitori servare.*” (Ako bi poverilac, posle kada je postao vlasnik založene stvari, želeo da je proda, to mu je dozvoljeno, s tim da višak prodajne cene sačuva za dužnika).

C. J. 8, 33, 3, 5a: „*Sin autem dubitatio exorta fuerit pro venditione utpote vilioris pretio facta, sacramenti religionem creditor praestare compellatur, quod nulla machinatione vel circumscriptione usus est, sed tanti vendidit rem, quanti potuerit venire: et hoc tantummodo reddi, quod ex iuramento superfluum fuerit visum. Sin autem ex iureiurando etiam minus habuisse creditor inveniatur, in residuo habeat integram actionem.*” (Ali ako je nešto sporno u pogledu prodaje, na primer, da je postignuta niža cena, poverilac treba da položi zakletvu da nije koristio nikakvu mahinaciju ili prevaru, nego je stvar prodao za onoliko za koliko je mogao: i biće obavezan da vrati dužniku onaj višak za koji se zakleo. Međutim, ako je jasno iz zakletve poverioca da je prodajom primio manju cenu od vrednosti duga, imaće pravo da tuži dužnika za iznos koji nedostaje).

Prema tome, ako bi poverilac/vlasnik prodajom ostvario višu cenu od vrednosti zaloge, ovaj višak je bio obavezan da ustupi dužniku, ali ako bi bila ostvarena niža cena poverilac je trebalo da položi zakletvu da nije koristio nikavu prevaru, pa ni onu koja je bila dozvoljena u klasičnom periodu (*circumscriptio, dolus bonus*), nego je prodao po pravoj ceni koju je mogao da ostvari na tržištu. Eventualni višak vrednosti je i u ovom slučaju trebalo da vrati dužniku, a ako bi njegovo potraživanje prevazišlo ostvarenu cenu, taj nedostatak je mogao još uvek da zahteva od dužnika.

Ove neuobičajene odredbe nastoje u još većoj meri da spreče da ova carska beneficija postane instrument ekonomskog iskorišćavanja dužnika, ali i poverioca. S obzirom na to da se ove odredbe ne uklapaju u pravno-tehnička pravila prava svojine, njih možemo objasniti samo navedenim pravno-političkim razlozima.

3. RAZLOG UVOĐENJA I KASNIJE PRIMENE U JUSTINIJANOVO VREME

Videli smo da je ovaj institut uveden za vreme cara Aleksandra Severa 229. godine. U to vreme fiducija je još bila u primeni, a ni ugovaranje komisorne klauzule nije bilo zabranjeno. Shodno tome, mada je osnovni način namirenja poveriočevog potraživanja bio putem prodaje predmeta zaloge, nije bilo onemogućeno ni to da uz saglasnost dužnika poverilac stekne svojinu na predmetu zaloge.¹³ Tome je služila i mogućnost da poverilac sam kupi predmet zaloge ili da ga pribavi putem davanja umesto ispunjenja. Svi ovi načini su bili mogući samo ako je dužnik dao svoju saglasnost. U nedostatku ovog uslova poverilac je bio prinuđen da sačeka dok se javi neko ko će kuptiti zalogu. Prema tome, cilj uvođenja *impe-tratio dominii* bio je da ukoliko se ne pronađe adekvatan kupac predmeta zaloge, omogući poveriocu da ga sam stekne u svojinu na osnovu posebne beneficije cara.

Sledeći reskript koji je izdat posle pada dinastije Severa, 238. godine, početkom vojne anarhije, koja je bila posledica prvenstveno ekonomske krize, ukazuje na probleme vezane za inflaciju, jer zabranjuje da poverilac koji je već stekao svojinu na predmetu zaloge kasnije zahteva od dužnika i kamate.

Posle ovih odredbi, prvenstveno su u zapadnom delu Imperije nastali ozbiljni problemi zbog ekonomske krize. Došlo je do jačanja i postepenog osamostaljivanja veleposednika, koji se u izvorima nazivaju „moćnicima” (*potentiores*). Oni su vršili pritisak na dužnike od kojih bi, ako ne bi mogli da naplate svoje potraživanje, oduzimali i prisvajali dobra, ne vodeći računa o ekvivalenciji vrednosti duga i prisvojene stvari. To su izdejstvovali najverovatnije ne samo u slučaju ako je dug bio pre toga obezbeđen zalogom, nego i u nedostatku iste. O tome svedoči i Konstantinova konstitucija o zabrani ugovaranja komisorne klauzule doneta 320. godine u kojoj se ne navodi da je reč o zalozi,¹⁴ kao i zabrana poveriocima da kupe predmet zaloge od dužnika.¹⁵ Prvenstveni razlog ovih zabrana bio je da se spreči prisvajanje stvari veće vrednosti od duga od strane moćnika, jer bi to dovelo do njihovog bogaćenja uz istovremeno osiromašenje i propadanje sitnih posednika,

¹³ Vid. Paolo Frezza (Freca), *Le garanzie delle obbligazioni II. Le garanzie reali*, Padova 1963, 230 – 232; Antonio Saccoccio (Sakoćo), *Aliud pro alio consentiente domino in solutum dare*, Milano 2008, 123.

¹⁴ M. Sič (2014), 93. Reč je o konstituciji C. Th. 3, 2, 1 = Brev. C. Th. 3, 2, 1.

¹⁵ M. Szűcs (2011), 65-72.

koji bi postali koloni veleposednika. Mada na prvi pogled ove mere izgleda da štite dužnike, one su služile u suštini zaštitu interesa Carstva. Naime, porezi su mogli biti naplaćivani samo od nezaštićenih sitnih posednika, kao i bezemljaša, jer su veleposednici Zapada silom sprečavali sakupljače poreza da taj zadatak obave na njihovim posedima. Prema tome, ovim merama Carstvo je štitilo svoj interes za naplatom poreza. Imajući u vidu ove okolnosti, a posebno moć veleposednika koji bi pritiskom na oslabljenog cara nastojali da izdejsvuju pogodnosti u svoju korist,¹⁶ *impetratio dominii* nije bio u primeni u zapadnom delu Imperije.

Na Istoku, kako saznajemo iz navedene Justinijanove konstitucije *impetratio dominii* ostao je i dalje u primeni. U ovom delu Imperije veleposednici nisu bili osamostaljeni, nego su zavisili od cara, jer su svoje posede dobili zbog obavljanja carske službe i mogli su da ih zadrže samo dok služe caru. Izigravanja namene *impetratio dominii*, međutim, bilo je i u ovom delu carstva, jer Justinijan ukazuje na to da oglašavanje javne prodaje u praksi nije bilo poštovano, nego je samo konstatovano u dokumentima, da je ovaj uslov bio ispunjen. Nezadovoljan prethodnom praksom Justinijan je 530. godine postavio dodatne uslove za primenu ovog instituta: obavezu nastojanja da se zaloga proda u roku od dve godine; obaveštavanje dužnika o tome čak i posle proteka ovog roka, da bi mu se dala mogućnost iskupljenja zaloge; posebno odobrenje cara za sticanje svojine posle proteka ovih rokova; naknadna mogućnost dužnika da otkupi zalogu od poverioca u roku od dve godine; neopozivost poveriočeve svojine na predmetu zaloge posle proteka oko četiri godine; pravičnu procenu vrednosti zaloge sa obavezom poverioca da vrati višak dužniku i sa njegovim pravom da zahteva isplatu nedostajućeg dela od dužnika. Pored toga, nastojao je, takođe, da i druga pravna pravila, koja omogućuju poveriocu da stekne pravo svojine na predmetu zaloge dovede u saglasnost sa ovim uslovima. Usled toga fiducija kao sredstvo obezbeđenja poveriočevog potraživanja (*fiducia cum creditore contracta*), koja je u postklasičnom periodu izašla iz upotrebe,¹⁷ izostavljena je u potpunosti iz Justinijanove kodifikacije. Konstantinovu konstituciju o zabrani ugovaranja komisorne klauzule Justinijan preuzima u svoj kodeks uz izmenu da se ova zabrana odnosi na zalogu, ostavljajući tako mogućnost da se i dalje ugovara u slučaju kupoprodaje. Marcijanskom paktu, koji omogućuje poveriocu da kupi predmet zaloge od dužnika dodaje se uslov da cena treba da bude pravična (*iusto pretio tunc aestimandum*), izbegavajući pri tome da poverioca kao kupca nazove vlasnikom predmeta zaloge, jer se navodi da će kupac steći zalogu u posed na osnovu prava kupovine (*iure*

¹⁶ Magdolna Sič, „Tumačenje prava u skladu sa pravičnošću”, *Zbornik radova PFNS*, 2/2015, 628.

¹⁷ Magdolna Sič, „*Fiducia* and *Pignus* in Sources of Post-Classical Roman Law – Synonyms or Terms Utilized for Different Kinds of Pledges – Part I”, *Zbornik radova PFNS*, 1-2/2008, 476-478, 480, 481; Magdolna Sič, „*Fiducia* and *Pignus* in Sources of Post-Classical Roman Law – Synonyms or Terms Utilized for Different Kinds of Pledges – Part II”, *Zbornik radova PFNS*, 3/2008, 145 i 149.

empti possideat).¹⁸ Papinijanovu odredbu, sačuvanu u Vatikanskom fragmentu (*Fragm. Vat.* 9), koja kupcu omogućuje sticanje svojine na predmetu zaloge kupovinom (*iure empti dominium retineat*), potpuno izostavlja.¹⁹ Jedino zadržava *datio in solutum*,²⁰ jer to nudi sam dužnik svom poveriocu kao način iplate duga i Justinijan i u ovom slučaju zahteva pravičnu procenu vrednosti zaloge.²¹

S obzirom na to da fiducija nije bila više primenjivana i da je ugovaranje komisorne klauzule bilo zabranjeno, poverilac je mogao steći svojinu na predmetu zaloge voljom vlasnika (dužnika) samo putem *datio in solutum*. Ugovaranjem Marcijanskog pakta na osnovu kupovine (*iure empti possideat*) stiće samo državinu predmeta zaloge, ali ne i svojinu. Da li je ovo rešenje posledica postojanja podvostručene svojine (kviritske i pretorske), ili nastojanja da se i kupovina predmeta zaloge uskladi sa Justinijanovim pravilom o *impetratio dominii*, tj. da se dužniku omogući dodatni rok da bi isplatom duga oslobodio predmet zaloge tereta – na osnovu izvora ostaje otvoreno pitanje.

U svakom slučaju primetno je nastojanje na tome da se ne vrši pritisak na dužnika, ne samo od strane poverioca, nego ni usled ekonomskih razloga, da bi se on odrekao svojine založene stvari, a ako do toga ipak dođe da to bude uz pravičnu procenu zaloge.

4. ZAKLJUČAK

Mada su rokovi predviđeni u Justinijanovoj konstituciji predugački za savremene potrebe prometa, smatramo da bi dužniku ipak trebalo obezbediti razuman rok da i posle dospelosti svoje obaveze nađe načina da isplati svoj dug, kao i da se vodi računa o pravičnoj proceni predmeta zaloge. U suprotnom će i mogućnost kupovine zaloge od strane založnog poverioca, kao i davanje zaloge umesto iplate duga dovesti do istog efekta kao i zabranjeno ugovaranje komisorne klauzule.

¹⁸ M. Sič (2010), 160; M. Szűcs (2011), 69, fn. 38.

¹⁹ M. Sič (2010), 171 i dalje.

²⁰ C. J. 8, 13, 13 (293). “*Cum dominam non minorem XXV annis ea quae obligaverat tibi iure dominii possidere permisisset et in solutum dedisset precibus significes, dominae contractus et voluntas ad firmitatem tibi sufficit.*” (S obzirom na to da je gospodarica koja nije bila mlada od dva-deset i pet godina ono što je založila tebi obećala da poseduješ po pravu svojine i na ime ispunjenja ti je dala, kao što to tvrdiš u molbi, ugovor zaključen sa gospodaricom i njena saglasnost je tebi dovoljna potvrda (da si stekao svojinu na predmetu zaloge). Detaljnije o tome, vid. Valentina Zafarana (Zafarana), *Datio in solutum – prospettive storico-comparatistiche*, <http://www.diritto.it/docs/31241-datio-in-solutum-prospettive-storicocomparatistiche>, (15. maj 2016).

²¹ Nov. 120, 6, 2. “*... quod pro soluto dicitur, eandem accipere possessionem, iusta et distracta aestimatione facta ...*” (ono što je rečeno da je dato umesto ispunjenja, taj posed se preuzima po pravičnoj proceni prodajne /cene/).

Magdolna I. Sič, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Sic@pf.uns.ac.rs

Milan M. Milutin, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Milutin@pf.uns.ac.rs

Acquisition of Ownership over the Pledged Thing by the Creditor in Roman Law (Impetratio Domini)

Abstract: *It is less known that since the Severan Dynasty the creditor had the opportunity to ask the emperor for permanent ownership over the pledged thing (impetratio domini). It is known, however, that the protection of the debtor's interests, given that it was easier to collect taxes from them than from large land-owners, was of utmost importance for imperial finances. Therefore, apart from prohibiting the stipulation of lex commissoria, as well as conditioning pactum Marcianum with just price of the pledged thing, the rights of the debtor were protected by subjecting impetratio domini to several conditions. Impetratio domini depended on a publicly announced previous attempt of sale as well as on its annulment in case the creditor continues to collect interest after the acquisition of ownership over the pledged thing. Unsatisfied with the lack of application of these conditions in practice, Justinian posted additional conditions for the application of this institute in 530: the obligation to attempt to sell the pledged thing within two years; to inform the debtor about it even after the expiration of this deadline, in order to give him the opportunity to pay his debt; to seek special approval of the emperor for the acquisition of ownership after the expiration of these deadlines; by introducing a subsequent possibility for the debtor to repurchase the pledge from the creditor within two years; making irreversible the creditor's ownership over the pledged thing only after the expiration of approximately four years; fair assessment of value of the pledged thing with the obligation of the creditor to return the surplus to the debtor as well as his right to request the payment of the outstanding amount from the debtor. This paper explores the emergence and evolution of impetratio domini as well as the circumstances that lead to its emergence.*

Keywords: *impetratio domini; pledge; debt collection; acquisition of ownership over pledged thing; protection of debtor's interests*

Datum prijema rada: 08.09.2016.

*Dr Dragiša S. Drakić, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
D.Drakic@pf.uns.ac.rs*

*Ivan D. Milić, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
I.Milic@pf.uns.ac.rs*

UTVRĐIVANJE ISTINE U DISCIPLINSKOM POSTUPKU KOJI SE VODI PROTIV OSUĐENOG ZA VREME IZDRŽAVANJA KAZNE ZATVORA¹

Sažetak: *prava i obaveze osuđenih lica za vreme izdržavanja kazne zatvora u „kaznenom zavodu” uređena su strogim pravilima. Svako nepostupanje u skladu za zakonom ili podzakonskim aktima povlači disciplinsku odgovornost osuđenika, što u krajnjoj liniji znači i izricanje disciplinskih mera.*

Da bi se osuđeniku izrekla disciplinska mera potrebno je da se utvrdi da je on zaista i učinilac prestupa, dakle, potrebno je da se utvrdi istina da je osuđenik prekršio pravila ponašanja u toku izdržavanja zatvorske kazne. Utvrditi istinu u disciplinskom postupku u zatvorskim uslovima, na osnovu važećih propisa jeste jako težak zadatak disciplinske komisije, upravnika zavoda ili sudije za izvršenje.

Autori u radu ukazuju na teškoće utvrđivanja istine u disciplinskom postupku koji se vodi protiv osuđenog lica u „kaznenom zavodu” zbog postojanja „sumnje” da je učinio teži ili lakši disciplinski prestup.

Ključne reči: *istina, prestup, postupak, sudija, komisija, upravnik.*

UVOD

Kažnjavanje osuđenika po slobodnom nahodjenju „zatvorskih vlasti”, bez unapred propisanih strogih materijalnih i procesnih pravila, davna je prošlost. Život u kaznenom ustanovi uređuje se strogim pravilima, i to kako zakonima tako

¹ Rad je napisan u okviru Projekta „Pravna tradicija i novi pravni izazovi” čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

i podzakonskim aktima. Tim opšti aktima uređuju se prava osuđenih lica, ali isto tako i njihove obaveze, kao i odgovornost. Ukoliko postoji sumnja da je osuđenik za vreme izdržavanja zatvorske kazne učinio disciplinski prestup protiv njega se pokreće disciplinski postupak, kojem prethodi podnošenje disciplinske prijave. Zatim se vodi prvostepeni disciplinski postupak, a postoji i mogućnost da se vodi i postupak po žalbi. O tome da li je osuđenik učinio disciplinski prestup ne može da odlučuje bilo ko od zaposlenih u zavodu, već odluku o tome može da donese samo ono lice ili komisija, u čijoj je nadležnosti da o tome i odlučuje.

Utvrditi istinu² u disciplinskom postupku koji se vodi protiv osuđenog lica, jednako je važno kao i utvrđivanje istine u bilo kojem drugom sudskom postupku. Međutim, propisi koji sadrže materijalne, procesne i izvršne odredbe koje se tiču disciplinskog kažnjavanja osuđenih lica su dosta nepecizni, nedorečeni, a možemo slobodno reći i kontradiktorni, što ćemo i videti u daljem radu. Na osnovu takvih propisa utvrđivanje istine je stavljeno u drugi plan. S obzirom da se u srpskim kaznenim zavodima, uslovnom možemo reći, nalaze dve kategorije osuđenih lica, „obični” i „osuđenici za najteža krivična dela”, predmet naše pažnje je disciplinski postupak prema običnim osuđenima, ali smo u jednom delu rada ukazali i na specifičnosti disciplinskog kažnjavanja *osuđenika za najteža krivična dela*.

1. PROPISI KOJIMA SE UREĐUJE DISCIPLINSKO KAŽNJAVANJE OSUĐENIH LICA

Osnovni zakon kojim se uređuje izvršenje krivičnih sankcija Zakon o izvršenju krivičnih sankcija³ sadrži pojedine materijalnooprave i procesnoopravne odredbe kojima se uređuje disciplinsko kažnjavanje, kao i sam disciplinski postupak.

Osim ZIKS-a, propis koji je „namenjen” da u potpunosti uredi disciplinski postupak, jeste i jedan podzakonski akt. Reč je o Pravilniku o disciplinskom postupku prema osuđenim licima,⁴ koji je donet 2014. godine.⁵ Stupanjem na snagu ovog Pravilnika, prestao je da važi Pravilnik o disciplinskim prestupima,

² O utvrđivanju istine vid. Dragiša Drakić, Načelna razmatranja o istini – uopšte i u krivičnom pravu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2016, 107-127.

³ Zakon o izvršenju krivičnih sankcija, *Sl. glasnik RS*, br. 55/2014. (u daljem tekstu: Zakon o izvršenju krivičnih sankcija ili ZIKS). O pojedinim novinama ovog Zakona vid. Ivan Milić, O nekim novinama u oblasti izvršenja kazne zatvora, *Zbornik radova – Pravni sistem i zaštita od diskriminacije*, druga sveska, Kosovska Mitrovica, 2015, 239-251.

⁴ Pravilnik o disciplinskom postupku prema osuđenim licima, *Sl. glasnik RS*, br. 79/2014. (u daljem tekstu: Pravilnik o disciplinskom postupku prema osuđenim licima ili Pravilnik o disciplinskom postupku).

⁵ Pravilnik je doneo Ministar pravde, na osnovu člana 176. stav 1. Zakona o izvršenju krivičnih sankcija.

merama i postupku prema osuđenim licima⁶, koji je ranije uređivao disciplinski postupak.

S druge strane, kada je reč o osuđenim licima za „*najteža krivična dela*”, koja kaznu zatvora izdržavaju u Posebnom odeljenju za izdržavanje kazne zatvora za krivična dela organizovanog kriminala u kazneno-popravnim zavodu zatvorenog tipa sa posebnim obezbeđenjem, pojedine odredbe o njihovom disciplinskom kažnjavanju sadrži i Pravilnik o kućnom redu Posebnog odeljenja za izdržavanje kazne zatvora za krivična dela organizovanog kriminala.⁷

2. DISCIPLINSKI PRESTUPI

Da bi osuđenom licu za vreme izdržavanja kazne zatvora bila izrečena disciplinska mera, potrebno je da učini disciplinski prestup i da se u samom disciplinskom postupku utvrdi njegova odgovornost. Disciplinski prestup, dakle, mora biti propisan pre nego što je učinjen. Niko se ne može kazniti zbog preduzimanja ili nepreduzimanja neke radnje, ako ona nije propisana kao disciplinski prestup. Disciplinske prestupe propisuje Zakon o izvršenju krivičnih sankcija, koji ih deli na teže i lakše.⁸

Teži disciplinski prestupi su:⁹ 1) bekstvo ili pokušaj bekstva iz zavoda; 2) podstrekavanje na pobunu ili bekstvo; 3) pripremanje pobune ili bekstva; 4) neovlašćeno napuštanje zavoda; 5) nasilje prema drugom licu, fizičko ili psihičko zlostavljanje drugog lica; 6) pravljenje, posedovanje ili korišćenje opasne stvari ili sredstva za komunikaciju na daljinu; 7) izrada ili unošenje u zavod sredstva podobnog za napad, bekstvo ili izvršenje krivičnog dela; 8) sprečavanje pristupa u bilo koji deo zavoda službenom licu ili licu koje se ovlašćeno nalazi u zavodu; 9) ugrožavanje, oštećenje ili uništenje imovine većeg obima; 10) odbijanje izvršenja zakonitog naloga ovlašćenog lica usled čega je nastupila ili mogla nastupiti teža štetna posledica; 11) ugrožavanje tuđeg zdravlja izvršeno namerno ili grubom nepažnjom; 12) proizvodnja, posedovanje ili korišćenje opojnih droga ili psihoaktivnih supstanci; 13) grubo zanemarivanje lične higijene osim ako grubo zanemarivanje lične higijene nije nastalo usled telesnog ili mentalnog oboljenja; 14) ba-

⁶ Pravilnik o disciplinskim prestupima, merama i postupku prema osuđenim licima, *Sl. glasnik RS*, br. 59/2006. (u daljem tekstu: Pravilnik o disciplinskim prestupima, merama i postupku prema osuđenim licima ili Pravilnik o disciplinskom postupku-2006.)

⁷ Pravilnik o kućnom redu Posebnog odeljenja za izdržavanje kazne zatvora za krivična dela organizovanog kriminala, *Sl. glasnik RS*, br. 18/2010 i 43/2013.

⁸ Poštovanje reda i discipline nametnuto režimom života u kazneno-popravnim zavodu jeste nužna pretpostavka za ostvarivanje svih zakonom garantovanih prava osuđenih lica i preduslov za uspešno i neometano odvijanje programa resocijalizacije. Snežana Soković, *Izvršenje krivičnih sankcija*, Beograd, Kragujevac, 2008, 87.

⁹ Čl. 157 Zakona o izvršenju krivičnih sankcija.

vljenje igrama na sreću; 15) otpor zdravstvenom pregledu ili merama za sprečavanje opasnosti od zaraze; 16) podstrekavanje lica lišenog slobode na teži disciplinski prestup; 17) zanemarivanje radne obaveze koje je izazvalo ili je moglo izazvati težu štetnu posledicu; 18) obučavanje o načinu izvršenja krivičnog dela na osnovu ličnog ili tuđeg iskustva; 19) teža zloupotreba dobijenih proširenih prava i pogodnosti; 20) nedolično, nasilničko ili uvredljivo ponašanje prema zaposlenom; 21) protivpravno prisvajanje tuđih pokretnih stvari; 22) ponavljanje najmanje tri lakša disciplinska prestupa u periodu od tri meseca; 23) odbijanje osuđenog da se podvrgne testiranju u slučaju osnovane sumnje na uzimanje opojnih droga ili psihoaktivnih supstanci.

Lakši disciplinski prestupi su:¹⁰ 1) ugrožavanje i ometanje drugog osuđenog u obavljanju radnih i slobodnih aktivnosti; 2) udaljavanje iz kruga zavoda ili radilišta i radionice zavoda bez odobrenja; 3) iznošenje alata i drugih materijalnih sredstava sa radnog mesta; 4) međusobna kupoprodaja odeće, obuće, lekova i drugih stvari; 5) kockanje; 6) pripremanje obroka, napitaka ili hrane van prostora predviđenog u tu svrhu; 7) tetoviranje i telesni pirsing sebe ili drugog u zavodu; 8) ugrožavanje i oštećenje imovine; 9) narušavanje izgleda zavoda; 10) neovlašćeno korišćenje i ulaženje u službene prostorije; 11) lakša zloupotreba dobijenih posebnih prava; 12) posedovanje stvari koje osuđeni ne sme imati kod sebe; 13) nedisciplinovanost, nepristojno i agresivno ponašanje koje remeti život i rad u zavodu; 14) nedozvoljena izrada predmeta; 15) pušenje van prostora određenog u tu svrhu; 16) zanemarivanje radne obaveze; 17) odbijanje izvršenja zakonitog nalogu ovlašćenog lica; 18) neovlašćeno korišćenje stvari; 19) omogućavanje pristupa neovlašćenom licu u prostor zavoda; 20) uvredljivo ponašanje prema drugom licu po bilo kom ličnom svojstvu; 21) davanje netačnih podataka o činjenicama bitnim za ostvarivanje prava.

Iako se Zakonom o izvršenju krivičnih sankcija iscrpno navode disciplinski prestupi, mi smatramo da je na ovom mestu nužno ukazati i na rešenje Krivičnog zakonika¹¹ koje se odnosi na disciplinsko kažnjavanje osuđenog lica. Naime, KZ propisuje da osuđeni koji za vreme izdržavanja kazne zatvora ili maloletničkog zatvora učini krivično delo za koje zakon propisuje novčanu kaznu ili kaznu zatvora do jedne godine, kazniće se disciplinski.¹² Prema ovakvom rešenju, dakle, ukoliko osuđeni učini krivično delo, on za krivično delo neće odgovarati pod sledećim uslovima:

1. ukoliko učini krivično delo za vreme izdržavanja kazne zatvora;
2. ako je za to krivično delo propisana kazna zatvora do jedne godine ili novčana kazna.

¹⁰ Čl. 158 Zakona o izvršenju krivičnih sankcija.

¹¹ Krivični zakonik, *Sl. glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/ 2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014. (U daljem tekstu: Krivični zakonik ili KZ).

¹² Čl. 62 st. 3 Krivičnog zakonika.

Vidimo da KZ na ovom mestu ne precizira da li se osuđeni, u ovom slučaju, kažnjava kao da je učinio lakši ili teži disciplinski prestup. S obzirom da je reč o učinjenom krivičnom delu, mi smatramo da osuđeni treba da se kazni kao da je učinio *teži* disciplinski prestup. S obzirom da je reč o osuđeniku koji je učinio krivično delo bilo bi krajnje neozbiljno da disciplinski postupak zbog učinjenog krivičnog dela može da vodi neko ko nije diplomirani pravnik,¹³ već smatramo da je neophodno da postupak vodi komisija, u kojoj će jedan član biti diplomirani pravnik.

3. DISCIPLINSKE MERE

Za učinjeni disciplinski prestup, osuđenom licu se izriču disciplinske mere, i to samo one mere koje su zakonom propisane. ZIKS propisuje (čl. 159) da se za učinjene disciplinske presteupe izriču sledeće disciplinske mere:

- 1) ukor;
- 2) ograničenje ili zabrana primanja paketa do tri meseca;
- 3) oduzimanje dodeljenih proširenih prava i pogodnosti iz člana 129. st. 1. i 2. ovog zakona do tri meseca;
- 4) ograničenje ili zabrana raspolaganja novcem u zavodu do tri meseca;
- 5) upućivanje u samicu u slobodno vreme ili tokom celog dana i noći.

Vidimo da se propisuje priličan broj disciplinskih mera,¹⁴ s tim što se za teže disciplinske presteupe može izreći bilo koja mera, a kada je reč o osuđenim licima koja su učinila lakši disciplinski prestup njima se ne može izreći ograničenje ili zabrana raspolaganja novcem u zavodu do tri meseca niti upućivanje u samicu u slobodno vreme ili tokom celog dana i noći.¹⁵

¹³ O tome vidi deo koji se odnosi na prvostepeni disciplinski postupak.

¹⁴ U Ruskoj Federaciji propisana je i novčana kazna. vid. Статья 115. Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации, (v red. Федеральных законов от 08.01.1998 N 11-FZ, от 21.07.1998 N 117-FZ, от 24.07.1998 N 125-FZ, от 16.03.1999 N 49-FZ, от 09.03.2001 N 25-FZ, от 20.03.2001 N 26-FZ, от 19.06.2001 N 85-FZ, от 11.06.2003 N 75-FZ, от 08.12.2003 N 161-FZ, от 29.06.2004 N 58-FZ, от 22.08.2004 N 122-FZ, от 04.11.2004 N 129-FZ, от 01.02.2005 N 1-FZ, от 01.04.2005 N 28-FZ, от 01.04.2005 N 29-FZ, от 09.05.2005 N 46-FZ, от 09.05.2005 N 47-FZ, от 05.01.2006 N 8-FZ, от 09.01.2006 N 12-FZ).

¹⁵ Čl. 159 st. 5 ZIKS. U našoj nekadašnjoj državi postojala je i disciplinska mera koja se ogledala u ograničenju dopisivanja osuđenika sa članovima uže porodice. Jedan od Zaključaka Savetovanja, koje je odnosio na prevaspitavanje osuđenika, jeste da se ova disciplinska mera ukine. Vid. Drugo savetovanje o prevaspitavanju osuđenih lica u kazneno-popravnim domovima Jugoslavije. Održano od 16. do 19. juna 1966. u KP domu Sremska Mitrovica, 423. Više o kažnjavanju osuđenih lica i disciplinskim merama vid. Ivan Milić, Darko Dimovski, Kažnjavanje osuđenih lica – disciplinske mere, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2016, 447-457.

4. POKRETANJE DISCIPLINSKOG POSTUPKA

Da bi se pokrenuo disciplinski postupak, a kasnije i vodio, potrebno je da se disciplinski prestup *otkrije*. U praksi će najčešće zaposlena lica biti ta koja će otkrivati i prijavljivati učinioce disciplinskog prestupa, mada nije isključena mogućnost da i sama osuđena lica prijavljuju druge osuđenike, posebno kada su oni oštećeni, ili da se osuđeni sam prijavi. Pravilnik o disciplinskom postupku prema osuđenim licima, propisuje kada se disciplinska prijava mora, a kad može podneti protiv osuđenog lica.

Svaki zaposleni u zavodu je *obavezan* da odmah po saznanju prijavi disciplinski prestup koji je učinilo osuđeno lice. Osuđeni koji je oštećen disciplinskim prestupom *može* podneti prijavu pismeno i usmeno u zapisnik podnosiocu predloga za pokretanje disciplinskog postupka.¹⁶ Vidimo da je zaposlenim licima nametnuta obaveza da prijavljuju da je učinjen disciplinski prestup, dok na strani osuđenih lica, pod uslovom da su oštećena disciplinskim prestupom, postoji sloboda izbora da li će ili neće podneti prijavu. Smatramo da bi bilo prihvatljivije rešenje da je propisano da svako osuđeno lice može da podnese prijavu, a ne samo onaj osuđenik koji je oštećen prestupom.

5. VOĐENJE DISCIPLINSKOG POSTUPKA PROTIV OSUĐENOG LICA

Disciplinski postupak koji se vodi protiv osuđenog lica je dvostepen. Prvo-stepeni disciplinski postupak vodi se u samom zavodu u kojem osuđeni izdržava kaznu zatvora, a postupak vodi upravnik zavoda ili lice koje on ovlasti, odnosno disciplinka komisija.¹⁷ Eventualni drugostepeni postupak, postupak po žalbi, vodi sudija za izvršenje krivičnih sankcija (u daljem tekstu: sudija za izvršenje). Ovakvo rešenje predstavlja novinu u našem krivičnom izvršnom zakonodavstvu, jer ranije o postupku po žalbi nije odlučivao sudija za izvršenje, već direktor Uprave za izvršenje krivičnih sankcija.¹⁸

¹⁶ Čl. 27 st. 1 i 2 Pravilnika o disciplinskom postupku prema osuđenim licima.

¹⁷ Detaljnije o disciplinskim prestupima, merama i samom postupku vid. Đorđe Ignjatović, *Pravo izvršenja krivičnih sankcija*, Beograd, 2014, 177-181.

¹⁸ Vid. čl. 74 Pravilnika o disciplinskim prestupima, merama i postupku prema osuđenim licima. Vid. Vladimir V. Veković, *Sistem izvršenja krivičnih sankcija*, Beograd, 2013, 117. Ne možemo da ne primetimo da je i ovakvo rešenje zakonodavca bilo problematično. Zašto? Opet se postavlja pitanje da li je jedan od uslova, da bi neko bio postavljen na mesto direktora Uprave za izvršenje krivičnih sankcija, da je diplomirani pravnik. Prethodni Zakon o izvršenju krivičnih sankcija, *Sl. glasnik RS*, br. 85/2005, 72/2009 i 31/2011. propisivao je (čl. 26 st. 4): Za direktora Uprave može biti postavljeno lice koje ima visoku školsku spremu i najmanje devet godina radnog iskustva posle stečenog visokog obrazovanja na studijama drugog stepena (diplomske akademске

5.1. Prvostepeni disciplinski postupak

Kao što smo rekli, prvostepeni disciplinski postupak protiv osuđenog lica vodi se u samom zavodu u kojem osuđeni izdržava kaznu zatvora, što znači da je taj zavod uvek stvarno, mesno i funkcionalno nadležan za vođenje prvostepenog disciplinskog postupka.¹⁹ Prvostepeni disciplinski postupak vodi *upravnik zavoda*, s tim da on može da ovlasti drugo lice da umesto njega vodi postupak, ali samo ako je reč o lakšem disciplinskim prestupu.²⁰ Dakle, zakonodavac je procenio da

studije – master, specijalističke akademske studije, specijalističke strukovne studije), odnosno na osnovnim studijama u trajanju od četiri godine. Vidimo da direktor Uprave nije morao da bude diplomorani pravnik, a mogao je da odlučuje o žalbi. Tačnije, on je bio i jedini u čijoj je nadležnosti bilo da odlučuje u drugom stepenu. Iz ovakvog rešenja možemo da zaključimo da je postojala mogućnost da oba disciplinska postupka vode i da u njima utvrđuju istinu lica koji nisu diplomirani pravnici.

¹⁹ O stvarnoj, mesnoj i funkcionalnoj nadležnosti „suda” vid. Snežana Brkić, *Krivično procesno pravo I*, Novi Sad, 2014, 141-147.

²⁰ *Iz sudske prakse*: Disciplinski postupak za lakše prestupe u kazneno-popravnim zavodima, pored upravnika zavoda, može da vodi i lice koje on odredi, s tim da to lice ne može biti ono koje je podnelo predlog za pokretanje predmetnog disciplinskog postupka. *Iz obrazloženja*: „Prema spisima predmeta i razlozima obrazloženja osporenog rešenja, tuženi organ je pravilno odbio žalbu tužioca podnetu protiv rešenja prvostepenog organa, u postupku sprovedenom bez povreda pravila postupka, a za odluku je dao dovoljne i jasne razloge, koje u svemu prihvata i ovaj sud. Naime, tuženi organ je odlučio kao u dispozitivu osporenog rešenja, jer je u sprovedenom postupku utvrđeno da je tužilac dana... godine, po povratku sa vikenda, doneo preparate koje, kako je naveo, koristi za vežbanje, koje je služba za obezbeđenje identifikovala kao... različitih tableta,... kreatina u prahu i... praškaste materije, koji se ne nalaze na listi preparata za koje je osuđenim licima dozvoljeno da ih dobijaju od kuće u paketima, dok se ne stabilizuje snabdevanje kantine u Zavodu. Kako je tužilac prilikom povratka u Zavod imao kod sebe veću količinu zabranjenih sredstava, tableta i preparata u prahu, to je prvostepeni organ pravilno utvrdio da je tužilac odgovoran za disciplinski prestup posedovanja stvari koje osuđeno lice ne sme imati kod sebe, kvalifikovan kao lakši disciplinski prestup iz člana 19. stav 1 tačka 12. Pravilnika o disciplinskim prestupima, merama i postupku prema osuđenim licima. Imajući u vidu navedeno, po oceni Suda, pravilno je tuženi organ osporenim rešenjem odbio žalbu tužioca podnetu protiv rešenja prvostepenog organa od... godine, jer je u sprovedenom postupku utvrđeno da je tužilac, po povratku u Zavod sa vikenda, poneo veću količinu tableta i preparata u prahu, koje osuđena lica ne mogu imati u svom posedu. Sud je neosnovanim ocenio navode tužbe da tužiocu nije omogućeno pravo na pravnu pomoć, jer iz spisa predmeta sledi da je tužilac od dana prijema poziva za raspravu pa do dana kada je održana, imao vremena da obezbedi prisustvo punomoćnika iz reda advokata, pri čemu nije tražio odlaganje rasprave kako bi se punomoćnik, eventualno, pojavio na sledećoj raspravi. Kako je postupak, na predlog načelnika Službe za obezbeđenje, vodilo lice određeno od strane upravnika za vođenje disciplinskog postupka, to su neosnovanim ocenjeni i navodi tužbe koji se odnose na neobičnu izreku osporenog rešenja. Ovo sa razloga što je odredbom člana 156. stav 1. Zakona o izvršenju krivičnih sankcija („Službeni glasnik RS”, br. 85/05...31/11) i odredbom člana 37. stav 2. Pravilnika o disciplinskim prestupima, merama i postupku prema osuđenim licima („Službeni glasnik RS”, br. 59/06), propisano da disciplinski postupak za lakše prestupe vodi i odluku donosi upravnik zavoda ili lice koje on odredi, s tim da to lice ne može biti podnosilac predloga za pokretanje disciplinskog postupka.” (Presuda Upravnog suda, 11U 7713/2012 od 5.7.2012. godine). Izvor: elektronska baza podataka – *Paragraf Lex*.

kada je reč o lakšim disciplinskim prestupima odluku može da donese i osoba koja se nalazi na „čelu zavoda”. S druge strane, kada je osuđeno lice učinilo teži disciplinski prestup postupak mora da vodi *disciplinska komisija*. Po Zakonu o izvršenju krivičnih sankcija disciplinsku komisiju imenuje direktor Uprave, na predlog upravnika zavoda.²¹ Pravilnik o disciplinskom postupku ne sadrži nijednu odredbu koja se tiče imenovanja Komisije.

Iako se, na prvi pogled, čini da ovakvo zakonsko rešenje nema nikakvih manjkavosti mi, ipak, smatramo da je zakonodavac ostao nedorečen. Postavlja se pitanje da li direktor Uprave imenuje disciplinsku komisiju za svaki disciplinski postupak pojedinačno, ili imenuje samo jednu komisiju koja uvek vodi sve disciplinske postupke u zavodu. Dakle, da li se imenuje stalna ili *ad hoc* komisija. Da bismo dali odgovor na ovo pitanje moramo se vratiti korak unazad, u vreme važenja prethodnog Pravilnika koji je uređivao disciplinski postupak. Tim Pravilnikom bilo je propisano da disciplinsku komisiju *od tri člana i tri zamenika* imenuje direktor Uprave na predlog upravnika zavoda, na vreme *od dve* godine.²² Vidimo da je direktor Uprave imenovao stalnu disciplinsku komisiju i određivao im zamenike u slučaju da neko od stalnih članove ne može da bude član komisije ili da mora biti izuzet, što je po našem mišljenju sasvim opravdano. Na osnovu sadašnjeg rešenja vidimo da nije jasno da li se formira stalna ili *ad hoc* komisija, a problem je i što se ne određuju zamenici članova disciplinske komisije.

S obzirom da upravnik ili komisija vodi disciplinski postupak, oni će na kraju postupka doneti i odluku da li je osuđeno lice učinilo disciplinski prestup i individualizirati disciplinsku meru. Oni su dužni i da utvrde istinu u tom postupku. Sada se postavlja pitanje da li i na koji način utvrđuju istinu, i ono što je najbitnije da li su oni za to zaista i kompetentni. Pozitivno zakonsko rešenje ogleda se u tome da predsednik disciplinske komisije mora biti *diplomirani pravnik*, što je sasvim razumno. Dakle, samo neko ko je diplomirani pravnik može i da odlučuje o disciplinskom kažnjavanju osuđenog. Međutim, kada je reč o upravniku zavoda koji vodi postupak, ili licu koje on ovlasti, Zakonom se ništa ne propisuje. Tako da se dolazi do rešenja da ta lica *ne moraju* biti diplomirani pravnici. Do takvog rešenja se dolazi i tumačenjem člana 28. stava 5. ZIKS-a, kojim se propisuje da za upravnika zavoda i zamenika upravnika može biti raspoređeno lice koje ima sedam godina radnog iskustva na poslovima izvršenja krivičnih sankcija, u pravosuđu, advokaturi, vojsci ili policiji posle stečenog visokog obrazovanja na studijama drugog stepena (diplomске akademske studije – master, specijalističke akademske studije, specijalističke strukovne studije), odnosno na osnovnim studijama u trajanju od četiri godine. Vidimo da upravnik zavoda ne mora nužno biti diplomirani pravnik, tako da posta-

²¹ Čl. 168 st. 5 Zakona o izvršenju krivičnih sankcija.

²² Čl. 38 st. 1 Pravilnika o disciplinskim prestupima, merama i postupku prema osuđenim licima.

je upitno kako neko može da utvrđuje istinu u disciplinskom postupku i odlučuje o disciplinskoj odgovornosti kada nije pravnik? Takođe, nejasno je i ko sve može biti drugo lice kojeg može upravnik zavoda da ovlasti da vodi disciplinski postupak, i da li to lice mora biti diplomirani pravnik?²³ Da zaključimo, po našem mišljenju nije prihvatljivo da istinu u disciplinskom postupku utvrđuje lice koje nije diplomirani pravnik.

5.1.1. O nekim pravilima prvostepenog postupka

Da bi se donela pravična odluka, koja se može doneti tek nakon što se utvrdi istina, nužno je da se u postupku obezbede mehanizmi koji će omogućiti da se o samom disciplinskom prestupu raspravi. S tim u vezi, Pravilnik o disciplinskom postupku uređuje pravila postupka, koji su na neki način pandan pojedinim odredbama zakonika kojim se uređuje krivični postupak. Međutim, odredbe Pravilnika su dosta neprecizne, kontradiktorne, a najveći problem je taj što se pojedina pitanja uopšte ne uređuju. Za potrebe ovog rada, a u cilju ukazivanja da o utvrđivanju istine prilikom donošenja ovog Pravilnika nije vođeno mnogo računa, ukažemo samo na neke nedostatke propisa kojima se uređuje postupak.

Disciplinski postupak tokom rasprave je *javan*. Javnost može biti isključena iz razloga bezbednosti, morala, zaštite osuđenog ili razloga čuvanja službene tajne.²⁴ Čini se da se Pravilnikom pokušalo urediti ovo pitanje kao što je to učinjeno Zakonikom o krivičnom postupku. Kako se u literaturi navodi „javnost krivičnog postupka podrazumeva pravo građana (ne samo stranaka, već i drugih za ishod postupka nezainteresovanih lica) da neposredno prisustvuju preduzetim procesnim radnjama i da o preduzetim radnjama budu obavешteni putem sredstava javnog informisanja.”²⁵ Neprihvatljivo je da se dozvoli svakom građaninu da prisustvuje disciplinskom postupku (raspravi) u kaznenoj ustanovi. Smatramo da je neophodno da postoji samo stranačka javnost, a izuzetno treba dozvoliti i službenim licima i naučnim radnicima, eventualno određenim osuđenim licima iz zavoda da prisustvuju disciplinskom postupku.

Pravilnik sadrži samo nekoliko odredaba o veštačenju, i to: osuđeni i njegov branilac imaju pravo da, preko lica koje vodi postupak, postavljaju pitanja svedoku i *veštaku*.²⁶ Daje se reč podnosiocu predloga, a ako je naloženo *veštačenje* čita se ili usmeno saopštava nalaz i mišljenje *veštaka*. Moguće je suočavanje osuđenog i

²³ Interesanto je ukazati na zakonsko rešenje, kada se vodi disciplinski postupak protiv zaposlenog u zavodu. Tako se ZIKS-om (čl. 267. st. 2) propisuje da disciplinski postupak protiv zaposlenih unutar zavoda vodi upravnik zavoda ili lice koje on ovlasti. *Lice koje ovlasti upravnik zavoda mora da bude diplomirani pravnik – master, odnosno diplomirani pravnik*. O disciplinskoj odgovornosti odlučuje upravnik.

²⁴ Čl. 37 Pravilnika o disciplinskom postupku.

²⁵ Momčilo Grubač, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2008, 204.

²⁶ Čl. 45 st. 3 Pravilnika o disciplinskom postupku.

svedoka, a mogu se izvoditi i drugi dokazi.²⁷ Ali se ništa više o tome ne govori. Nadalje, o samom postupku vodi se zapisnik, ali se propisima ništa bliže ne uređuje o tome ko ga vodi, šta treba da sadrži i ostale pojedinosti bez kojih nema pravilnog vođenja zapisnika. Prethodni Pravilnik je propisivao da na sva pitanja koja nisu uređena ovim pravilnikom a od značaja su za njegovu primenu, shodno se primenjuju odredbe Krivičnog zakonika i Zakonika o krivičnom postupku.²⁸

Osnovno pravo osuđenika u disciplinskom postupku jeste pravo na odbranu. Osuđeni ima pravo da se brani sam, ali može da ima i stručnu pomoć. Stručnu pravnu pomoć osuđenom u disciplinskom postupku može da pruži diplomirani pravnik. Ako osuđeni u disciplinskom postupku nema svog punomoćnika, zavod mu *dostavlja spisak diplomiranih pravnika* iz zavoda. Uz poziv za raspravu osuđenom se dostavlja predlog za pokretanje disciplinskog postupka, uz obaveštenje o pravu na stručnu pravnu pomoć.²⁹ Dakle, osuđeni koji ne angažuje punomoćnika, dobiće uz poziv spisak diplomiranih pravnika iz zavoda. Očigledno je da dostavljanje ovog *spiska* ima za cilj da osuđeni izabere ko će mu od „ponuđenih” diplomiranih pravnika pružiti stručnu pomoć. Mada je dosta upitno u kojoj meri će diplomirani pravnik da pruži stručnu pomoć osuđenom, dakle, da čini sve u postupku u korist osuđenog lica, s obzirom na to da je u tom zavodu zaposlen, te će neminovno doći u koliziju sa interesima podnosioca zahteva za pokretanje postupka.

5.1.2. *Žalba na prvostepenu odluku*

Kao što smo rekli disciplinski postupak protiv osuđenog lica je dvostepen. Protiv rešenja *osuđeni* može izjaviti žalbu sudiji za izvršenje, nadležnom prema sedištu zavoda u roku od tri dana od dana prijema rešenja. Odluku o žalbi sudija za izvršenje donosi u roku od tri dana od dana prijema žalbe. Žalba ne odlaže izvršenje rešenja.³⁰ Dakle, na prvostepeno rešenje može da se uloži žalba, ali to pravo ima samo osuđeni, a ne i podnosilac predloga za pokretanje disciplinskog postupka. Osuđeni će, po logici stvari, izjaviti žalbu samo onda kada mu je i izrečena neka disciplinska mera, dakle kada je kažnjen. Nije nam sasvim jasno zašto pravo žalbe ima samo osuđeni? Kao da se zakonodavac rukovodio idejom da podnosilac zahteva neće imati razloga da se žali, jer će odluka uvek biti takva da se osuđenom izriče disciplinska mera. Podneta žalba ne odlaže izvršenje odluke i mora se podneti u roku od tri dana od dana prijema rešenja, što je veoma kratak vremenski period.

²⁷ Čl. 45 st. 4 Pravilnika o disciplinskom postupku.

²⁸ Čl. 91 Pravilnika o disciplinskim prestupima, merama i postupku prema osuđenim licima. Međutim, i takvo rešenje je bilo sporno u delo koje se tiče shodne primene Zakonika o krivičnom postupku, jer se postavlja pitanje da li je trebao da se primeni zakon kojim se uređuje upravni postupak.

²⁹ Čl. 39 st. 1, 2, 3 Pravilnika o disciplinskom postupku.

³⁰ Čl. 174 Zakona o izvršenju krivičnih sankcija.

5.2. Drugostepeni postupak – postupak pred sudijom za izvršenje

Drugostepeni disciplinski postupak se vodi samo ukoliko je u prvostepenom postupku osuđeni kažnjen, i pod uslovom da je uložio žalbu. Što se tiče samog postupka ZIKS na ovom mestu, kao ni Pravilnik ne sadrže odredbe kojima se uređuje sam postupak pred sudijom za izvršenje. Međutim, ZIKS u delu koji se odnosi na „sudiju za izvršenje” sadrži i odredbe o postupku po žalbi osuđenog lica. Tako se u članu 40 koji nosi naziv „*postupak po žalbi protiv odluke upravnika zavoda i direktora Uprave*” propisuje da osuđenik može da podnese žalbu sudiji za izvršenje protiv odluke upravnika zavoda ili direktora Uprave u roku od tri dana od dana dostavljanja odluke, u slučajevima predviđenim ovim zakonom. Žalba mora da sadrži podatak o odluci protiv koje se podnosi, razlog zbog koga se žalba izjavljuje i potpis lica koje izjavljuje žalbu. Blagovremeno izjavljena žalba protiv odluke iz stava 1. ovog člana ne zadržava izvršenje odluke. Osuđeni žalbu podnosi *preko* zavoda prvostepenom organu, koji je dužan da žalbu sa spisima predmeta odmah dostavi sudiji za izvršenje. Podnosilac žalbe može u žalbi da predloži utvrđivanje novih činjenica i pribavljanje novih dokaza, ako nisu bili poznati u vreme donošenja pobijane odluke. Još samo da napomenemo da je sudija za izvršenje dužan da odluku povodom podnete žalbe donese u roku od tri dana.³¹

Mišljenja smo da će ovako neuređeno regulisanje postupka stvarati velike probleme u praksi. Mi smatramo da je bilo nužno urediti preciznije postupak po žalbi, kako bi mogla da se utvrdi istina tj. da se utvrdi da li je osuđeni učinio disciplinski prestup ili nije. Ovakvim rešenjem ostaju mnoga pitanja sporna, s obzirom da se ne reguliše sam postupak pred sudijom za izvršenje. Međutim, Zakon o izvršenju krivičnih sankcija se poziva na shodnu primenu Zakonika o krivičnom postupku, tako što propisuje da na postupak pred sudijom za izvršenje shodno se primenjuju odredbe Zakonika o krivičnom postupku ako ovim ili drugim zakonom nije drugačije određeno.³² Iako se, možda, na prvi pogled čini da se ovom odredbom rešavaju sve nedoumice, jer na sve što nije regulisao ZIKS-om primenjuju se odredbe ZKP-a, mi smatramo da je ipak matičnim zakonom, a to je Zakon o izvršenju sankcija, bilo nužno u potpunosti urediti postupak pred sudijom za izvršenje. Zakonodavcu je ovo bio najlakši način za rešenje problema, ali smatramo da je to istovremeno i najlošiji način. Iako je postupak za disciplinski prestup pred sudijom za izvršenje novina u krivičnom izvršnom pravu Srbije³³, smatramo da je zakonodavac morao više pažnje da posveti ovom pitanju.

³¹ Čl. 147 st. 3 Zakona o izvršenju krivičnih sankcija.

³² Čl. 36 st. 3 Zakona o izvršenju krivičnih sankcija. ZIKS je jasan, dakle, samo na postupak pred sudijom za izvršenje se primenjuje odredbe Zakonika o krivičnom postupku, što bi *argumentum a contrario* vodilo ka zaključku da se odredbe ZKP ne primenjuju na prvostepeni disciplinski postupak.

³³ Više o sudiji za izvršenje vid. Vladimir V. Veković, Sudija za izvršenje krivičnih sankcija – novi institut u izvršnom krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije, Zbornik radova, *Pravni sistem i zaštita od diskriminacije*, druga sveska, Kosovska Mitrovica, 2015, 59-66.

Nije moguće primeniti odredbe jednog zakona na drugi postupak koji nije kompatibilan sa postupkom koji se uređuje osnovnim zakonom. Drugim rečima, smatramo da krivični postupak nije pandan disciplinskom postupku koji se vodi protiv osuđenika, pa je skoro nemoguće primeniti pojedine odredbe kojima se uređuje krivični postupak na disciplinski postupak protiv osuđenog lica. Sada se postavlja i glavno pitanje, koje konkretno odredbe Zakonika o krivičnom postupku treba da primenimo u ovom slučaju. Možda bi se na prvi mah moglo reći da su to odredbe koje se tiču postupka po žalbi, što je na prvi pogled i logično. Ali se, sa druge strane, postavlja pitanje kojeg postupka po žalbi – da li treba primeniti odredbe Zakonika o krivičnom postupku koje se odnose na postupak po žalbi u skraćenom postupku, ili odredbe koje se odnose na „redovan postupak”. Najlakše je zakonodavcu da se pozove na shodnu primenu drugog zakona ili njegovih pojedinih odredaba, ali je to, s druge strane, opravdano samo ako je reč o kompatibilnim postupcima. U suprotnom, ako nije reč o kompatibilnim postupcima, onda je zakonodavac samo otežao stvar svim učesnicima u postupku.

Rok za izjavljivanje žalbe, kao i rok u kojem sudija za izvršenje treba da donese odluku je veoma kratak. Kao što smo videli, osuđeni može da izjavi žalbu u roku od tri dana, a sudija za izvršenje, takođe, mora u roku od tri dana da donese odluku. Sporno je i da li osuđeni ima pravo da prisustvuje donošenju odluke. Namerno smo rekli donošenju odluke, jer se iz odredaba ZIKS-a ne može zaključiti da li sudija za izvršenje odluku donosi na pretresu ili ne.³⁴ Sada se postavlja pitanje da li sudija u roku od tri dana može da utvrdi istinu, posebno ako je neki od tih dana neradni dan. Nadalje, ukoliko sudija odluči da se „sasluša” i osuđeno lice, svedoke, kako će to učiniti u tom kratkom roku?

6. DISCIPLINSKO KAŽNJAVANJE OSUĐENIH ZA NAJTEŽA KRIVIČNA DELA

U Republici Srbiji postoji jedna kategorija osuđenih lica na koja se primenjuju posebna „*zatvorska pravila*”. Reč je o osuđenim licima za najteža krivična

³⁴ Interesanto je da ZIKS uređuje pitanje „*ročišta pred sudijom za izvršenje*” u čl. 48 na sledeći način. Sudija za izvršenje može održati ročište na kome će se učesnici u postupku usmeno izjasniti o činjenicama i dokazima važnim za donošenje sudske odluke. Sudija za izvršenje će održati ročište ako iz navoda *pritužbe*, odnosno *zahteva za sudsku zaštitu* i drugih dokaza proceni da je pravo na život, telesni integritet ili zdravlje pritvorenika ili osuđenika ugroženo. Ako pritvoreno ili osuđeno lice ima punomoćnika, na ročište se poziva i punomoćnik. Ako se uredno pozvani punomoćnik ne odazove pozivu suda, ročište će se održati u njegovom odsustvu. *Ročište se može održati u sudu ili u prostorijama zavoda*. Sudija za izvršenje tokom postupka može saslušati u svojstvu svedoka lica zaposlena u zavodu, druge osuđene, pribaviti ili izvršiti uvid u dokumentaciju zavoda i drugih državnih organa, posetiti prostorije zavoda i utvrđivati činjenice na drugi način. Međutim, ova pravila ne važe i kada sudija za izvršenje odlučuje u postupku po žalbi.

dela. Srpski zakonodavac doneo je Zakon o izvršenju kazne zatvora za krivična dela organizovanog kriminala³⁵ kojim se uređuje postupak izvršenja kazne zatvora za krivična dela koja se, u smislu Zakona o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, smatraju krivičnim delima organizovanog kriminala, organizacija i nadležnost državnih organa u postupku izvršenja kazne, položaj osuđenih i nadzor nad izvršenjem kazne zatvora.³⁶ Ovim Zakonom se propisuje pod kojim uslovima osuđeno lice, za takstativno navedena krivična dela, može da kaznu zatvora izdržava u Posebnom odeljenju za izdržavanje kazne zatvora za krivična dela organizovanog kriminala u kazneno-popravnim zavodu zatvorenog tipa sa posebnim obezbeđenjem. Ukoliko osuđeno lice izdržava zatvorsku kaznu u Posebnom odeljenju onda se njegov boravak za vreme izdržavanja kazne uređuje ovim Zakonom, kao i drugim podzakonskim aktima koji su doneti na osnovu njega, koji se primenjuju samo u ovom Odeljenju. S tim da ako nešto nije uređeno ovim Zakonom ili podzakonskim aktima koji su na osnovu njega doneti supsidijarno se primenjuje ZIKS.

Za naš predmet interesovanja značajne su nam odredbe o disciplinskom kažnjavanju koja se primenjuju samo na osuđena lica u Posebnom odeljenju. ZKZ ne sadrži odredbe o disciplinskim prestupima, niti o samom disciplinskom postupku. S druge strane, Pravilnik o kućnom redu Posebnog odeljenja za izdržavanje kazne zatvora za krivična dela organizovanog kriminala³⁷ sadrži nekoliko članova o disciplinskim prestupima. Njime se propisuju samo disciplinski prestupi i disciplinske mere. Prema ovom Pravilniku (čl. 59)³⁸: Disciplinski prestupi su teže i lakše povrede reda i bezbednosti, kao i povrede drugih pravila ponašanja osuđenog utvrđenih zakonom i ovim pravilnikom. *Teži disciplinski prestupi su*: 1) bekstvo ili pokušaj bekstva iz Posebnog odeljenja; 2) podstrekavanje na pobunu ili bekstvo; 3) pripremanje pobune ili bekstva; 4) neovlašćeno napuštanje Posebnog odeljenja; 5) nasilje prema drugom licu; 6) pravljenje, posedovanje ili korišćenje opasne stvari ili sredstva za komunikaciju na daljinu; 7) izrada ili unošenje u Posebno odeljenje sredstva podobnog za napad, bekstvo ili vršenje krivičnog dela; 8) sprečavanje pristupa u bilo koji deo Posebnog odeljenja službenom licu ili licu koje se ovlašćeno nalazi u Posebnom odeljenju, odnosno ulazi u njega; 9) ugrožavanje, oštećenje ili uništenje imovine većeg obima; 10) odbijanje izvršenja zakonitog naloga ovlašćenog lica usled čega je nastupila ili mogla nastupiti teža štetna posledica; 11) namerno ili grubom nepažnjom ugrožavanje tuđeg zdravlja; 12) proizvodnja, posedovanje ili korišćenje opojnih droga ili psihoaktivnih supstanci; 13) grubo za-

³⁵ Zakon o izvršenju kazne zatvora za krivična dela organizovanog kriminala, *Sl. glasnik RS*, br. 72/2009 i 101/2010. (u daljem tekstu: ZKZ).

³⁶ Vid. čl. 1 ZKZ.

³⁷ Pravilnik o kućnom redu Posebnog odeljenja za izdržavanje kazne zatvora za krivična dela organizovanog kriminala.

³⁸ Interesanto je da se u ovom slučaju disciplinski prestupi propisuju Pravilnikom, a ne zakonom.

nemarivanje lične higijene; 14) bavljenje igrama na sreću; 15) namerno ugrožavanje svog zdravlja radi onesposobljavanja za izvršenje obaveze; 16) otpor zdravstvenom pregledu ili merama za sprečavanje opasnosti od zaraze; 17) podstrekavanje drugog osuđenog na teži disciplinski prestup; 18) zanemarivanje radne obaveze koje je izazvalo ili je moglo izazvati težu štetnu posledicu; 19) obučavanje sebe ili drugog o načinu izvršenja krivičnog dela na osnovu ličnog ili tuđeg iskustva; 20) teža zloupotreba dobijenih posebnih prava iz člana 42. stav 1. Zakona; 21) ponavljanje lakših disciplinskih prestupa. *Lakši disciplinski prestupi su:* 1) ugrožavanje i ometanje drugog osuđenog tokom boravka u Posebnom odeljenju; 2) tetoviranje i telesni pirsing sebe ili drugog; 3) ugrožavanje i oštećenje imovine; 4) narušavanje izgleda Posebnog odeljenja; 5) neovlašćeno korišćenje i ulaženje u službene prostorije; 6) lakša zloupotreba dobijenih posebnih prava; 7) posedovanje stvari koje osuđeno lice ne sme imati kod sebe (član 5. stav 2. ovog pravilnika); 8) nepristojno i agresivno ponašanje; 9) nedozvoljena izrada predmeta; 10) pušenje van prostora određenog u tu svrhu; 11) odbijanje izvršenja zakonitog naloga ovlašćenog lica; 12) neovlašćeno korišćenje stvari; 13) uvredljivo ponašanje prema drugom licu po bilo kom ličnom svojstvu; 14) davanje netačnih podataka o činjenicama bitnim za ostvarivanje prava.

Što se tiče *disciplinskih mera*, Pravilnikom se propisuju sledeće mere (čl. 60): 1) ukor; 2) ograničenje ili zabrana primanja paketa do tri meseca; 3) oduzimanje dodeljenih posebnih prava; 4) ograničenje ili zabrana raspolaganja novcem u Posebnom odeljenju do tri meseca; 5) upućivanje u samicu u slobodno vreme ili tokom celog dana i noći. Vidimo da se propisuju iste disciplinske mere, kao i ZIKS-om, ali nam nije baš najjasnija četvrta mera, upućivanje u samicu u slobodno vreme ili tokom celog dana i noću – tzv. „samica”. Cilj te disciplinske mere postiže se kada se kazna zatvora izdržava skupno, ali ne i pojedinačno. Prema ZKZ osuđeno lice u Posebnom odeljenju kaznu zatvora, po pravilu izdržava *pojedinačno*³⁹, pa se onda gubi smisao usamljenja, kad osuđenik, već izdržava kaznu sam. Svakako, mi ne osporavamo druge reperkusije samice, kao što je manja kvadratura prostora, ukidanje drugih prava osuđenom za vreme dok je u samici.

Problemi će se pojavljivati se u praksi, iz razloga što se ništa više ne propisuje u ovoj oblasti. S tim u vezi, na sam disciplinski postupak primeniće se shodno odredbe ZIKS-a i Pravilnik o disciplinskom postupku, ali je problematično primenjivati druge propise koji nisu kompatibilni sa propisom koji se poziva na shodnu primenu. Ovakva nedorečenost zakonodavca jeste velika prepreka ka utvrđivanju istine u disciplinskom postupku, koja će se najnepovoljnije odraziti na osuđena lica protiv kojih se vodi disciplinski postupak.

³⁹ Čl. 29 ZKZ.

ZAKLJUČAK

Kao što smo u radu videli, svako nedisciplinovano ponašanje od strane osuđenih lica ima za posledicu pokretanje i vođenje disciplinskog postupka, i na kraju donošenje odluke o tome da li je ili nije učinjen disciplinski prestup, te ako jeste potrebno je i da se disciplinska mera izrekne i individualizuje.

Naši propisi kojima se uređuje izvršenje kazne zatvora, bilo da je reč o „običnim” ili „osuđenima za najteža krivična dela”, nisu u potpunosti uredili sam postupak disciplinskog kažnjavanja, što će se svakako loše odraziti na utvrđivanje istine. Utvrditi istinu u disciplinskom postupku, na osnovu propisa koji su bili predmet analize ovog rada, jeste izuzetno teško. Iz dosadašnjeg rada može se zaključiti to da je zakonodavac više vodio računa o materijalnim, nego o procesnim pitanjima, jer veoma iscrpo propisuje šta sve može biti teži ili lakši disciplinski prestup, a postupak veoma površno uređuje.

Ukoliko se u toku sprovedenog disciplinskog postupka utvrdi „istina” da je osuđeni učinio disciplinski prestup, njegov „život” u zavodu (u smislu prava i obaveza) se pogoršava. Osim izricanja disciplinskih mera, osuđenik može biti razvrstan u drugo odeljenje. Disciplincko kažnjavanje može biti i suštinski razlog za njegov premeštaj u drugi zavod, a svakako će se ta činjenica uzeti u obzir i prilikom odlučivanja o uslovnom otpustu.

Ne možemo a da se ne zapitamo zašto je ova oblast uređena na jedan veoma „površan način”, u poređenju sa propisima koji obezbeđuju utvrđivanje istine u nekom drugom kaznenom postupku. Donosioci propisa imali su maćehinski odnos u regulisanju disciplinskog kažnjavanja osuđenika. Mogući razlog takvog odnosa može predstavljati priroda oblasti koja se uređuje. Možda se pošlo od stava da je, ipak, reč o osuđenim licima te da uređivanje ove oblasti stoga nema veći značaj.

U kojoj je meri ovakav zakonodavčev pristup štetan ne bi trebalo posebno naglašavati.

*Dragiša S. Drakić, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Drakić@pf.uns.ac.rs*

*Ivan D. Milić, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
I.Milic@pf.uns.ac.rs*

Ascertaining the Facts in Disciplinary Procedures which are Initiated against Convicts during the Serving of a Prison Sentence

Abstract: *The rights and obligations of convicts while serving prison sentences in „penitentiary” are regulated by strict rules. Every failure to comply with the law and bylaws is grounds for disciplinary responsibility of the convict, which also means that in the end disciplinary measures will be ordered.*

For a disciplinary measure to be ordered against the convict, it is necessary to ascertain the truth – that the convict has broken the rules of behavior while serving his prison sentence. To ascertain the truth in a disciplinary procedure in a penitentiary, based on current regulation, is an extremely difficult task for the disciplinary commission, the prison warden or the operating judge.

In this work the authors point out the difficulties of ascertaining the truth in disciplinary procedures against convicts in a „penitentiary” because of the existence of „doubt” whether he has committed a serious or mild disciplinary offence.

Keywords: *truth, offence, procedure, judge, commission, warden.*

Datum prijema rada: 14.09.2016.

*Dr Branislav R. Ristivojević, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
B.Ristivojevic@pf.uns.ac.rs*

MORALNI KRSTAŠKI POHOD DRŽAVE NA SPAVAĆU SOBU: PREKRŠAJ PROSTITUCIJE U NOVOM ZoJRM

Sažetak: *U radu pisac istražuje novi ZoJRM i odredbe o tzv. moralnim prekršajima u njemu. Među njima kao najrevolucionarniju prepoznaje novu radnju izvršenja u starom prekršaju prostitucije. Ovom novinom ZoJRM širi oblast prekršajne odgovornosti, pored same prostitutke i na korisnika njenih usluga.*

Pisac prvo upućuje načelnu kritiku krivičnom ili prekršajnom pravu kada pokušavaju da moral pretvore u zaštitni objekat, što je u nauci već opšte mesto. Zatim istražuje kakvo je moralno shvatanje zaštićeno ovim prekršajem uz zaključak da ono zalazi u oblast u kojoj sloboda građana nikako ne bi smela da bude narušena – oblast dobrovoljnog polnog odnosa dva lica. Iz ovog razloga, pisac pomalo šaljivo, upozorava nazivom rada da će država morati da izvrši moralni krstaški pohod na spavaću sobu, ako želi da dosledno sprovodi ove odredbe.

Pisac u radu razobličava i poreklo ovog moralnog stava, on dolazi iz društava sa nadmoćnom protestantskom verskom etikom kao moralnom osnovom, kao i njegovu genezu, koju vidi u zaoštavanju polnog morala do koje dolazi u industrijski društvima u razvoju u drugoj polovini XIX veka. Pisac zaključuje da su našem društvu i nama svojstvenom moralnom stavu ovakvi tuđi moralni kalemovi nepotrební, naročito ako se ima u vidu da su upravo u zemlji njegovog porekla, SAD, odavno odbačeni i označeni kao simboli represije i neslobode.

Ključne reči: *prostitucija, moralnost, javni red i mir, prekršaji, seksualnost.*

*Prostitucija je kao kanta za đubre:
Niko ne bi da mu je pod prozorom,
ali svi bi da nije daleko.*

UVOD

Marta 2016. godine stupio je na snagu novi Zakon o javnom redu i miru (u daljem tekstu: Zakon ili ZoJRM) koji je, iako je uzor našao u prethodniku, doneo i niz novina od kojih je jedna predmet interesovanja ovog rada. Naime, ekvivalent prekršaja iz člana 14. starog Zakona, koji se u novom Zakonu nalazi u članu 16. (sada ima i naziv: **Prostitucija**) dobio je jednu značajnu novinu. Ako se nekada sankcionisao samo onaj „ko se odaje prostituciji” ili onaj „ko ustupa prostorije za bavljenje prostitucijom”, sada se pored njih sankcioniše i onaj „ko koristi usluge prostitucije”.

Otkud ova novina u tekstu ZoJRM? Koje kriminalnopolitičko promišljanje je nadahnulo zakonodavca da učini ovaj, na prvi pogled beznačajan, ali suštinski krupan korak.

U radu će se obrazložiti da je ovaj korak u stvari učinjen unazad i da predstavlja jedan značaj regres i odstupanje od načelnih kretanja koja savremeno krivično, pa sa njim i prekršajno pravo, krase već decenijama. Kako je moguće da u eri već sasvim jasnog naučnog stava da moralna shvatanja sama po sebi ne bi mogla biti objekat krivičnopravne zaštite i da nije zadatak krivičnog prava da štiti moral,⁴⁰ a da moral istovremeno skoro uopšte nije prisutan u prekršajnom pravu,⁴¹ odnosno da su prekršaji „pretežno vrednosno neutralni”⁴² imamo na zakonodavnom polju ne samo zadržavanje, već širenje domašaja ovakvog prekršaja (prostitucije) čiji je zaštitni objekat, kako će se pokazati, isključivo moral odnosno moralna shvatanja?

U radu će se izložiti da to nije slučajno i da je u pitanju normativno kretanje koje nam dolazi iz anglosaksonske porodice pravnih sistema i tesno je vezano sa mitom o trgovini ljudima koji se već duže vremena silom kalemi na naš pravni sistem.

1. PREKRŠAJI U NOVOM ZOJRM

Poređenjem sadržaja starog i novog Zakona jasno je da je novi samo evolutivni nastavak starog. Prekršaji u njemu su sa malim novinama (npr. prekršaj iz člana 11.) isti koji su bili u starom. Drugačije su raspoređeni i logički bolje poslani, a merilo je bio sadržina odnosno zaštitni objekat. Tako npr. prekršaji iz članova 6. i 15. starog Zakona, koji su odvojeno uređivali svađanje i vikanje (član 6.) i buku (član 15.) spojeni su u jedan prekršaj u članu 7. novog Zakona. Svakako

⁴⁰ Potpuno o odnosu krivičnog prava i morala kod: Zoran Stojanović, *Krivično pravo-opšti deo*, Beograd 2013, 12-16.

⁴¹ „Stanovište da prekršajima kao tipu neprava po pravilu nedostaje moralna osuda nailazi na prihvatanje i u našoj literaturi.”: Igor Vuković, *Prekršajno pravo*, Beograd 2015, 36.

⁴² Zoran Stojanović, „Značaj pojma prekršajne odgovornosti za prekršajno pravo”, *Revija za krivično pravo i kriminologiju*, 1-2/2012, 27.

je ista sadržina kod dva stara prekršaja, oba imaju ideju da zaštite javni red i mir od jakih zvukova, vodila logički ispravnom rešenju spajanja u jedan. Takođe je izvršena logički ispravno prebacivanje jednog oblika radnje izvršenja (vređanje) krivičnog dela **Ometanje službenog lica u vršenju službene dužnosti** u prekršaj. Činjenica je da se vređanjem teško može ometati službeno lice u vršenju službene dužnosti i da ono ne zaslužuje da bude svrstano sa napadom na službeno lice.

Jedna od novina (koja se iz nekog razloga nije dosledno sprovedena u celom Zakonu) jeste i dodatak reči „neovlašćeno” u biće prekršaja preprodaje ulaznica. Sada se samo neovlašćena preprodaja ulaznica sankcioniše kao prekršaj. I ovo je logično s obzirom da je u današnje vreme preprodaja ulaznica postala naročit vid poslovanja, sasvim je legitimna i besmisleno je sankcionisati je. Organizatori različitih priredbi i manifestacija se ne bave plasiranjem ulaznica na tržištu nego to prepuštaju specijalizovanim preduzećima. Međutim, ovako postavljen prekršaj nema više mesto u ZoJRM. Budući da se više ne smatra da preprodaja ulaznica („tapkanje” kako se nekada zvalo) remeti javni red i mir, već je legalan poslovni poduhvat, postavlja se pitanje šta ovaj prekršaj radi u ovom Zakonu? On sada štiti legalne preduzetnike od nelojalne konkurencije (**neovlašćeno**) pa nije jasno kakve veze ima ravnopravnost učesnika na tržištu sa javnim redom i mirom? Njemu je sada mesto u Zakonu o zaštiti konkurencije,⁴³ a ne u ZoJRM.

Ovaj logični dodatak u odredbi prekršaja preprodaje ulaznica nije dosledno sproveden u odredbi prekršaja kockanja. Danas su igre na sreću, ne zabranjene, već upravo obrnuto, dozvoljene i uređene zakonodavstvom⁴⁴ i predstavljaju jedan od važnih izvora prihoda državnog budžeta. One se smatraju legitimnim poslovnim poduhvatom, tako da je ne unošenje izraza „neovlašćeno” u biće prekršaja potpuno prevaziđeno. Štaviše, zakonodavac je ovaj pristup kockanju već sledio u Krivičnom zakoniku. Krivično delo **Neovlašćeno organizovanje igara na sreću** štiti interese koji proizilaze iz zakonitih oblika igara na sreću.⁴⁵ Drugim rečima, štite se interesi legalnih organizatora igara na sreću (kockanje je igra na sreću) od nelojalne konkurencije.⁴⁶ Zakonodavac je donoseći ZoJRM prosto trebao da sledi put koji je već prešao kada je radio KZ. A to znači da unese izraz **neovlašćeno** u biće prekršaja i time ga uskladi sa ostatkom pravnog poretka. Naravno da bi se tada postavilo pitanje kao i kod prethodnog prekršaja tzv. **tapkanja**. Ako bi se njime štiti interesi legalnih organizatora igara na sreću onda bi mu mesto bilo u Zakonu o zaštiti konkurencije, a ne u ZoJRM.

⁴³ Zakon o zaštiti od konkurencije, *Službeni glasnik RS*, br. 79/2005

⁴⁴ Zakon o igrama na sreću, *Službeni glasnik RS*, br. 84/2004

⁴⁵ Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog Zakonika*, Beograd 2012, 924.

⁴⁶ Jedina greška koju pravi KZ jeste položaj koji daje ovom delu. Verovatno po inerciji nalazi se u glavi posvećenoj delima protiv javnog reda i mira iako bi po zaštitnom objektu trebalo da se nalazi u grupi dela protiv privrede zajedno sa srodnim delima kao što su nedozvoljena proizvodnja ili nedozvoljena trgovina.

Ovaj kratki i sumarni pregled izmena koje je novi Zakon doneo kod prekršaja namerno završava sa tipičnim prekršajem protiv javnog reda i mira (kockanje) kojim se nekada štitio moral jer se tako pravi uvod za objašnjenje problematike morala i moralnosti kao zaštitnog objekta u ovom aktu.

2. MORAL U OPŠTIM ODREDBAMA STAROG I NOVOG ZOJRM

Predstavljjanje pojma javnog reda i mira je nephodno jer se oba zakona njime služe da uvedu pojam morala, istina na različit način. Stari to radi u samom definiciji pojma javnog reda i mira, a novi u definiciji pojma prekršaja protiv javnog reda i mira.

Činjenica je da je javni red i mir naročita i posebna kategorija u društvu koju je teško odrediti. Relativno nepodoban pokušaj definisanja koji je učinio stari, u neposrednom oslonu na njega prerastao je novim Zakonom u apsolutni. Rešenje koje je dato u članu 3. novog Zakona još više dodaje nedoumici nego što je razrešava:

„U smislu ovog zakona upotrebljeni izrazi imaju sledeće značenje: 1) javni red i mir – jeste usklađeno stanje međusobnih odnosa građana nastalo njihovim ponašanjem na javnom mestu i delovanjem organa i organizacija u javnom životu radi obezbeđenja jednakih uslova za ostvarivanje ljudskih i manjinskih prava i sloboda građana zajemčenih Ustavom; 2)...”⁴⁷

Ovako dato objašnjenje javnog reda i mir pre liči na odredbu nekog zakona koji se bavi zabranom diskriminacije nego javnim redom i mirom. U starom zakonu zakonodavac je u 2. članu, ako već nije mogao da pruži urednu definiciju javnom reda i mira, bar pokušao da nabroji sadržaje koji nesumnjivo čine njegov deo:

„Javni red i mir, u smislu ovog zakona, jeste usklađeno stanje međusobnih odnosa građana nastalo njihovim ponašanjem na javnom mestu i delovanjem organa i organizacija u javnom životu radi obezbeđenja jednakih uslova za ostvarivanje prava građana na ličnu i imovinsku sigurnost, mir i spokojstvo, privatni život, slobodu kretanja, očuvanje javnog morala i ljudskog dostojanstva i prava maloletnika na zaštitu.”⁴⁸

Poređenjem dve odredbe vidimo da je druga bolja iako je opterećena sa više teksta. Ona je polje javnog reda i mira omeđila tamo gde mu verovatno i jeste mesto. U pitanju su prava građana na: 1) ličnu i imovinsku sigurnost; 2) mir i spo-

⁴⁷ Zakon o javnom redu i miru, *Službeni glasnik RS*, br. 2/2016

⁴⁸ Zakon o javnom redu i miru, *Službeni glasnik RS*, br. 51/1992, 53/1993, 67/1993, 48/1994, 101/2005 – dr. zakon i 85/2005 – dr. zakon

kojstvo; 3) privatni život; 4) slobodu kretanja; 5) očuvanje javnog morala i ljudskog dostojanstva; i na poslednjem mestu pravo maloletnika na zaštitu. Sa izuzetkom poslednjeg, koje je verovatno zalutalo u stari zakon jer on nigde nema pomena nekakve posebne zaštite maloletnika, sve ostalo su manje-više, nesumnjivo prava i slobode građana, sa izuzetkom jednog: javnog morala.

Novi zakon koristi pojam *moral* bez prideva *javni* i to u interpretativnom članu 3. koji, između ostaloga, daje definiciju prekršaja protiv javnog reda i mira:

„Prekršaji protiv javnog reda i mira – jesu protivpravna dela kojima se na javnom mestu ugrožava ili narušava javni red i mir, stvara uznemirenje ili ugrožava sigurnost građana, ometa kretanje građana na javnim mestima ili ostvarivanje njihovih prava i sloboda, vređa moral, ugrožava opšta sigurnost imovine, vređaju ili ometaju službena lica ili se na drugi način narušava javni red i mir.”

Iako je, nesumnjivo jezičko tumačenje ove odredbe to govori, *vredanje morala* ovde samo jedan od vidova narušavanja javnog reda i mira na javnom mestu, drugi zaključak koji se nameće jeste značajniji. Novi ZoJRM daje definiciju prekršaja koju stari, sa razlogom, nije imao.

Ako je Zakonom o prekršajima⁴⁹ već data definicija opšteg pojma prekršaja, kao što je bilo u vreme starog ZoJRM, zašto bi se novi Zakon trudio da pruži odredbu prekršaja koja je drugačija od odredbe zakona koji je tome posebno posvećen? Sada se postavlja pitanje da li su prekršaji protiv javnog reda i mira posebna vrsta prekršaja? Ovo pitanje naročito dobija na značaju kada se uporedi čisto formalna odredba opšteg pojma prekršaja u Zakonu o prekršajima sa već predstavljenom odredbom opšteg pojma prekršaja protiv javnog reda i mira u novom ZoJRM koja je formalno-materijalna. Kao što se vidi iz odredbe ona koristi zaštitne objekte da opiše granice prekršajnogprave zaštite kod prekršaja protiv javnog reda i mira. Drugim rečima odredba koristi zaštitne objekte kao neku vrstu materijalnog merila za određivanje granica prekršajnogprave zaštite u ovom slučaju. Ovako nešto je odavno u nauci ocenjeno kao „iluzorno”.⁵⁰ Zamislite odredbu opšteg pojma krivičnog dela koja bi uključivala u sebi i popis zaštitnih objekata, pa makar samo grupnih? Ovako postavljena odredba podseća na član 1. starog KZ SFRJ koji je pokušavao da opiše zaštitnu funkciju krivičnog prava popisivanjem zaštićenih vrednosti i određivanjem napada na njih. Opšta ocena nauke onog vremena bila je da je odredba deklarativnog karaktera.⁵¹ Prilikom prve velike reforme našeg krivičnog prava 2005. godine ona je izbačena iz teksta sadašnjeg KZ.

⁴⁹ Zakon o prekršajima, *Službeni glasnik RS*, br. 65/2013, 13/2016.

⁵⁰ Više od tome kod: Z. Stojanović (2013), 68-71.

⁵¹ Nikola Srzentić *et al*, *Komentar KZ SFRJ*, Beograd 1978, 9.

Drugo je pitanje da li je uopšte bilo neophodno dati definiciju prekršaja protiv javnog reda i mira ako već postoji definicija opšteg pojma prekršaja? Verovatno da nije. To bi bilo isto kada bi neki zakon koji bi spadao u oblast tzv. sporednog (posebnog) krivičnog zakonodavstva dao definiciju pojma krivičnog dela samo za svoje potrebe. Naravno da bi se onda postavilo pitanje odnosa tog pojma sa opštim pojmom iz KZ. Još je zanimljivije da je ovo urađeno u eri koju odlikuje prelazak na čisto formalne odredbe svih opštih pojmova delikata u našem deliktном pravu u svrhu ostvarivanja pravne sigurnosti i drugih krivičnopravnih načela.

U svakom slučaju pojam *moral* koji koristi novi ZoJRM, i pojam *javnog morala* koji koristi stari, nemaju određenja. Pri tome treba uzeti u obzir da novi zakon ima interpretativnu odredbu (stari je nema) na samom početku zakona (član 3.) pa se moglo očekivati da se zakon upusti u poduhvat određivanja pojma morala. Srećom po njega (a i nas adresate zakona) on to nije uradio. Zašto srećom? Moral je jedna od najvažnijih kategorija sa kojom operišu nauke kao što je filozofija (etika je deo filozofije koji se bavi moralom), filozofija prava ili sociologija. Određenje morala je toliko složeno i kompleksno (i verovatno nemoguće metodama koje stoje na raspolaganju pravnoj nauci) da bi pokušaj davanja njegove odredbe u ZoJRM bilo svakako, najblaže rečeno, smešno. I dobro je da se zakonodavac od toga uzdržao.

Ako pokušaja određivanja morala nema u opštim odredbama ZoJRM, šta o njemu govore posebne odredbe, one o prekršajima?

3. MORAL U POSEBNIM ODREDBAMA ZOJRM

Prekršaji u novom zakonu za razliku od starog imaju nazive, verovatno po uzoru na krivični zakonik. Iako ovo samo po sebi ne mora da bude loše, u većini slučajeva nazivi su samo prepisane radnje izvršenja. Iako bi na osnovu definicije pojma prekršaja protiv javnog reda i mira mogli da imamo drugačiji utisak, jer ona kao jednu od sfera materijalne protivpravnosti u koju smešta ove prekršaje proglašava i moral, izričiti pomena morala u posebnom delu ZoJRM imamo samo u članu 8. (Nepristojno, drsko i bezobzirno ponašanje) i to kao jednu od alternativno navedenih posledica prekršaja. Tako se prema slovu člana 8. zakona nepristojnim, drskim i bezobzirnim ponašanjem može narušiti javni red i mir, ugroziti sigurnost građana ili „vredati moral građana”.

Da li to znači da nema drugih prekršaja protiv javnog reda i mira koji imaju moral ili moralna shvatanja za zaštitni objekat? Naravno da ne. Tu su još tri stara prekršaja koji su odavno u nauci obeleženi kao „moralni prekršaji”: prosjačenje, kockanje i prostitucija.⁵² Sve skupa 4 prekršaja protiv javnog reda i mira koji bi se

⁵² Krainski naziva jednim imenom *posrnuli ljudi* sledeća lica: prosjake, skitnice, prostitutke, kockare, nove bogataše i zelenaše. On piše „da je krivični zakon nemoćan u borbi sa ovim elementima jer njihove radnje ne prekoračuju zvanične granice zakonskih propisa i javljaju se u

mogli nazvati moralnim prekršajima jer imaju izričito (samo jedan), ili prećutno (tri) moralna shvatanja kao zaštitni objekat.⁵³

Koji moral je ovde u pitanju? Da li je preživljen? Da li je i danas nemoralno, kao što je nekada kada su pisani zakoni koji su bili uzori sadašnjem ZoJRM bilo, prosjačiti, prostituisati se ili kockati? Zadržaćemo se na ova tri zato što oni nemaju izričiti pomen morala kao zaštitnog objekta, što po svemu sudeći govori da je njihova nemoralnost bila tako očita i na prvi pogled vidljiva da nema ni potrebe da se izričito napomene da se njima „vreda moral građana” kao što je to slučaj kod nepristojnog, drskog i bezobzirnog ponašanja. Pitanje je, dakle, da li i danas stvari stoje tako?

3.1. Prosjačenje

Prosjačenje je po svemu sudeći toliko jasno i nesporno u sadržaju za zakonodavca da nije bilo potrebe ni da se pomene u članu 3. ZoJRM koji ima ulogu interpretativne odredbe zakona.

Koji moralno shvatanje ili sadržaj morala, navodno, pogađa prosjačenje kao pojava ili prosjak kada ga vidimo na ulici? Prosjaci sasvim očito gađaju na jedan sadržaj hrišćanske verske etike, a to je milosrđe. Prosjaci koriste činjenicu da hrišćanska verska etika uči ljude sažaljenju nad ubogima i onima u nemaštini, naročito tamo gde je njihova verska etika dodatno podstaknuta na takvo ponašanje, ispred hramova ili u toku verskih obreda na javnom prostoru i slično. Drugim rečima, hrišćanska verska etika, ne da ne osuđuje prosjačenje, nego ga toleriše i na prosjaka gleda sa sažaljenjem. Prema Svetom grigoriju Bogoslovu:

„To što ima mnogo onih koji stradaju, koji boluju, koji su u nevoljama, treba da nas podstiče ne da okrivljujemo Boga, nego na želju da promenimo svet na bolje, tvorački se umešamo u situaciju. Bog nas priziva na satrudništvo. On želi da mi sa njim podelimo brigu o bednima, uzmemo na sebe deo Njegovе brige o bolesnima i unesrećenima. Hrišćanin je pozvan da proavljuje Božiji lik tamo gde su suze i jad, gde su nevolja i beda, on treba da bude Bog za one koji su izgubili Boga, izgubili veru, koji su pali u uninije i očajanje.”⁵⁴

obliku poroka, amoralnih i asocijalnih radnji”: Nikola Krainski, „Posrnuli ljudi”, *separat iz časopisa Policija*, sveska za juli, avgust i septembar 1933, 2.

⁵³ Ovde se namerno izuzimamo prekršaj *Uznemirenje građana vraćanjem, proricanjem i sličnim obmannjivanjem*, jer on, iako ima moralnu dimenziju naročito kada se hrišćanska verska etika i njoj svojstven moral uzmu u obzir, ima za zaštitni objekat na prvom mestu imovinu (*slično obmannjivanje*), a zatim mir i spokojstvo građana (*uznemiravanje*).

⁵⁴ 14. beseda Svetog Grigorija Bogoslova, „O ljubavi prema siromašnima”, izgovorena 373. godine n.e. u Kesareji u Kapadokiji, navedeno prema: episkop Ilarion (Alfejev), „Život i učenje Svetog Grigorija Bogoslova”, <http://www.verujem.org/alfejev/HTML/2%20milosrdje.htm>, posećeno 9. jula 2016. godine.

Ideja milosrđa prema njemu dolazi najneposrednije iz Svetog pisma. Hristos kaže:

„Blaženi milostivi jer će biti pomilovani.”⁵⁵

Kako je moguće da pored ovakvog stava nadmoćne verske etike u našem društvu zakonodavac smatra prosjačenje moralnim prestupom? Odgovor na ovo pitanje ponudiće se kasnije, nakon što se analiziraju kockanje i prostitucija kao moralni prekršaji protiv javnog reda i mira jer čini se, postoji jedinstven odgovor.

3.2. Kockanje

Kada je kockanje u pitanju čini se da je odgovor na pitanje moralnog nevrednosti dato još u vreme ukidanja krivičnog dela kockanja 2002. godine. Ono je već tada bilo preživljeno prostom činjenicom da je država već ranih 90-tih godina igre na sreću, ne da nije zabranila, već upravo obrnuto, dozvolila i uredila zakonodavstvom.⁵⁶ One predstavljaju jedan od važnih izvora prihoda državnog budžeta i smatraju se legitimnim poslovnim poduhvatom.

To naravno ne znači da kocka nije i ne može da bude neki vid socijalnopatološke pojave, i da je poželjna u nekom društvu.⁵⁷ Može da bude i verovatano jeste problem kao društvena pojava. Ali jeste i čitav niz drugih pojava pa ih država ne zabranjuje nego uređuje i prihoduje od njih (alkoholizam, pušenje itd.). Prosto i jednostavno: ako nešto spada u sferu slobode volje čoveka, a to je način na koji će potrošiti svoj novac, ne treba ga u tome sprečavati zakonima. Iz ovakvog stava o legitimnosti kockanja sasvim prirodno dolazi ključno pitanje: da li je uređena zakonom kao i svaka druga poslovna delatnost ili nije. Odgovor je jeste. I to ne samo da je uređena nego se razuzdala i danas se na ulicama naših naselja može videti sve više zatvorenih poslovnih prostora, a sve više kockarnica, kladionica ili igračnica.

Da kocka nije strana ni najvažnijim institucijama naše države, pokazaćemo samo na jednom primeru. Ustav SPC predviđa da će se u slučaju izbora partijarha između poslednje trojice kandidata odlučiti tzv. apostolskim načinom što znači kockom. U stavu 3. člana 50. Ustava SPC on se zove žrijeb.⁵⁸

Slično prosjačenju, vidimo da se kockanje kao prekršaj po svemu sudeći nalazi u raskoraku sa savremenim moralnim stavom društva.

⁵⁵ *Sveto jevanđelje po Mateju*, 5:7

⁵⁶ Zakon o igrama na sreću, *Službeni glasnik RS*, br. 84/2004

⁵⁷ Potpuno o kocki kao društvenoj pojavi kod tvorca pojma *Homo ludens* (čovek igrač) čuvenog holandskog sociologa Johana Hujzinga. Hujzinga je ne vidi kao naročito štetnu pojavu, već kao deo šireg postavke igre kao čovekovom biću svojstvenog ponašanja: Johan Hujzinga, *Homo ludens: o podrijetlu kulture u igri*, Zagreb 1992, 1-196. Naročito pogledati naslov: *Nealtetičke igre kao sport* na 178-179 gde obrađuje kockanje.

⁵⁸ Ustav SPC, *II izdanje Svetog Arhijerejskog Sinoda*, Beograd 1957, 10.

3.3. Prostitucija

Od svih moralnih prekršaja ovaj ima najznačajnije promene u novom ZoJRM koje jesu i bile povod za ovaj tekst. U odredbi prekršaja dodat je novi oblik radnje izvršenja prekršaja. Pored klasičnih radnji izvršenja u odredbi a prema kojima se sakcioniše onaj „ko se odaje prostituciji” i onaj ko „ustupa prostorije radi prostitucije” sada je dodat i onaj ko „koristi usluge prostitucije”. Na prvom mestu treba ispitati da li je, slično prosjačenju i kockanju ova odredba prevaziđena zato što prostitucija nije više moralno izopštena. Ako jeste onda njoj nije mesto u ZoJRM pa samim tim ni dodatak odredbi nije potreban. Bez obzira na odgovor na prvo pitanje treba ispitati otkud ova promena.

3.3.1. Evolucija vrednosnih stavova o prostituciji u Zapadnom društvu

U uvodu rada je postavljena teza da nam ova moralna normativna novina dolazi iz anglosaksonske porodice pravnih sistema. Sada već treba precizirati da je njeno dalje poreklo u onim zapadnim društvima u kojima je nadmoćni obrazac življenja protestantska verska etika.

Prostitucija se ne zove uzalud najstarijim zanatom na svetu. Pratilac je ljudskog društva od kad je sveta i veka. Niko ju nije suzbio niti ju je ukinuo. Istorijski gledano ona je tretirana sa manje ili više prihvatanja ili odbijanja, ali u većini danas razvijenog sveta ona više nije prokazana ili gonjena.⁵⁹ Ovo se naročito odnosi na Zapadne države, odnosno države EU, kojoj Srbija teži i koja joj je uzor u mnogo kojem zakonodavnom poduhvatu. Naš zadatak, naravno, nije njena temeljna analiza, već samo pokušaj da damo ocenu njenog polažaja u našem savremenom društvu koje se u pogledu odnosa prema njoj ne razlikuje mnogo od društava (većine, ne svih) Zapadnih država. Zato je neophodno objasniti kada je došlo do ključne promene u tretmanu prostitucije u savremenom dobu u Evropi i kako se to ocrtalalo na njen položaj u pravu. O ovome je pisac iscrpno objašnjenje dao na drugom mestu.⁶⁰ Ovde će ti stavovi biti sažeto prikazani.

⁵⁹ Pre 40godina većina država Evrope zauzimala je represivan stav prema prostituciji i inkriminirala ju je kao krivično delo, ili, češće, kao prekršaj: Vladimir Kuhajda, *Prostitucija u Vojvodini*, magistarski rad, Beograd 1972, 48; Danas su nadmoćne države koje je ne zabranjuju, bilo da je pravno uređuju ili ne. U manjini su one koje je i dalje posmatraju kao delikt. Ovo važi za Evropu, za ceo svet ne. Ako se stav prema prostituciji posmatra na nivou celog sveta još uvek su nadmoćne države koje je zabranjuju: Cho Seo-Young, Axel Drexler, Eric Neumayer, “Does Legalised Prostitution Increase Human Trafficking?”, *World Development*, 41/2013, 80, Analiza je rađena 1995. godine na uzorku od 167 država iz celog sveta. Svega 5,39% država je potpuno legalizovalo, 35,9% delimično, dok je 58,7% potpuno zabranjuju.

⁶⁰ Branislav Ristivojević, *Mit o trgovini ljudima u međunarodnom krivičnom pravu*, Novi Sad 2015, 29-30.

Prostitucija menja svoje mesto u evropskim društvima savremenog doba sa naglim razvojem gradova u tzv. Industrijskoj revoluciji, a to znači od polovine XIX veka. Kulminaciju doživljava 1910. godine sa donošenjem tzv. zakona Man u SAD odnosno Zakona o trgovini belim robljem.⁶¹ Do tada ona je bila tolerisana i trpljena, ako bi se nalazila izolovana i odvojena od celine gradskog života, u nekom kvartu tzv. Crvenih fenjera. Ona je tada u suštinskom smislu tolerisana i držana na društvenoj margini, iako je negde i bila formalno zabranjena. Uglavnom je smatrana problemom zdravstvene higijene i komunalnog reda, a tek onda prekršajnog ili krivičnog prava. Od polovine XIX veka dolazi do njenog preobražaja od tolerisane društvene pojave do moralno negativno vrednovane, a formalne zabrane prostitucije počinju da se uvode, ili tamo gde su postojale, zaista da se sprovedu. Proces u kojem su sve sfere ljudske seksualnosti (pa tako i prostitucija⁶²), prvo moralno prokazane, a zatim upotrebljene kao mehanizam vladavine nad ljudima (i njegove uzroke) je najbolje opisao Mišel Fuko u svojoj *Istoriji seksualnosti* i nazvao ga je *usađivanjem izopačenosti*.⁶³ Lep literarni opis prostitucije tog doba daje Igo u liku Fantine u svojim čuvenim *Jadnicima*, a likovni Tuluz-Lotrek nizom platna iz svakodnevnog života javnih kuća u Parizu na kraju XIX veka. Vrlo pronicljive primedbe o razlici između odnosa koji Zapadno društvo s kraja XIX veka i ono u međuratnom periodu ima prema ljudskoj seksualnosti, pa samim tim i prostituciji, daje Štefan Cvajg u svojoj autobiografiji *Jučerašnji svet*.⁶⁴ U samo nekoliko decenija razlike on vidi Kopernikanski obrt u moralu koji uređuje odnose između polova. Prostitucije je, prema Cvajgu, bila sveprisutna na ulicama velikih evropskih gradova na kraju XIX veka jer je razlika između polne zrelosti muškrca i vremena kada se smatrao pristalim za brak bilo 10 i više godina. Jedin način na koji se ova razlika mogla nekako premostiti bila je prostitucija. S druge strane on na svojim putovanjima po SAD stiže da vidi i opiše, kao kontrast, slike sa ulica američkih gradova polovine 1930-ih godina gde se mladi ljudi slobodno druže, kontaktiraju, kominiciraju i opšte.⁶⁵ Cvajg čitaocu ostavlja da primeti kako prostitucija u društvenom okruženju koje oslobađa stega odnose između polova jedva da može da opstane i naravno da se ne vidi. Oslobođeni polni moral, sugeriše Cvajg, jeste bio način da se jaz između vremena polne zrelosti i

⁶¹ „Zakon Man je rođen od neobičnih roditelja. Histerija mu je bila majka, a međunarodne pravne obaveze otac. SAD su 1908. godine prihvatile Međunarodni sporazum za suzbijanje trgovine belim robljem i ovaj zakon je delimično usvojen da se sprovedu obaveze preuzete kroz ugovor.”: David J. Langum, *Crossing Over the Line: Legislating Morality and the Mann Act*, Chichago-London 1992, 3.

⁶² „U celini svojih značenja prostitucija je uvek odražavala kontekst opštih društvenih stavova prema seksualnom opštenju.”: Dragan Radulović, *Prostitucija u Jugoslaviji*, Beograd 1986, 140.

⁶³ Mišel Fuko, *Istorija seksualnosti*, Beograd 1982, 52-79.

⁶⁴ Štefan Cvajg, *Jučerašnji svet*, Loznica 2014, 50-54.

⁶⁵ Ibid., 60.

vremena stupanja u brak prevaziđe na legitiman način, što je, treba dodati, smanjilo značaj i ulogu prostitucije u društvima sa takvim moralnim ustrojem.

Scene iz SAD koje je Cvajg video svedoče o prvom zamahu oslobađanja polnog morala koji se desio u Zapadnim društvima nakon I Svetskog rata (tzv. Prva ili Mala seksualna revolucija), ali nije bio tako jak kao drugi podstrek oslobađanju društvenog položaja seksualnosti, pa samim tim i prostitucije, do kojeg dolazi odmah nakon Drugog svetskog rata.⁶⁶ Tada su izum kontracepcije (1948. godine) u sadejstvu sa efektima snaženja ženske uloge u društvu do koje je doveo rat zajedno sauzrokovali tzv. Drugu ili Veliku seksualnu revoluciju u kojoj se poništavaju poluge kojim su zabrane u polju seksualnosti (pa tako i prostitucija) korišćene kao mehanizam vladavine nad ljudima, a najvažnija je bila strog polni moral. Polni moral je ponovo oslobođen (čak i razuzdan!), i tako je trajalo sve do polovine 80-tih godina prošlog veka, kada je pojava jedne neizlečive polne bolesti (u sadejstvu sa drugim činiocima) dovela do novog nazadovanja u društvenom položaju seksualnosti i do oživljavanja starih društvenih (moralnih) pravila koja su seksualnim zabranama i zauzdavanjem seksualnosti vladale ljudima. Ovo stanje u zapadnoevropskim društvima je, sa određenim (u nekim slučajevima velikim!) razlikama s obzirom na polje seksualnosti, prisutno i danas. Nosilac ovih obnovljenih nazadnih moralnih stavova⁶⁷ u pogledu seksualnosti, pa i prostitucije, jesu udružene konzervativne verske⁶⁸ i radikalne feminističke organizacije u SAD.⁶⁹

⁶⁶ Ratovi uvek vode oslobađanju polnog morala i liberalizaciji društvenih stavova o seksualnosti.

⁶⁷ Abolicionizmom se naziva feministički ideološki i politički stav koji je promovisan kroz istoimeni pokret, čiji je osnivač čuvena Žozefina Batler u Belikoj Britaniji u drugoj polovini XIX veka, a koji je prema prostituciji bio veoma represivan. Tražio je ukidanje njenog regulisanja pravom i, u svojoj najoštrijoj formi nazvanoj prohibicionizam, njenu zabranu. On je nosilac ideje represivnog kriminalnopolitičkog stava ne smao prema prostituciji kao pojavi već i prema korisnicima njenih usluga

⁶⁸ „...Kvekerski društveni aktivizam i Anglikanski evangelicizam postavili su temelje britanskoj abolicionističkoj kampanji koja je na kraju dovela do ukidanja ropstva; tako i danas treba da priznamo paralelnu ulogu ljudskopravaškog aktivizma (koje i dalje uključuje Kvekere), s jedne strane, i „Verske desnice” u SAD, s druge strane, i njihovom zajedničkom uticaju u američkom Kongresu na izglasavanju Zakona o zaštiti žrtava trgovine ljudima.”: Jean Allain, Kevin Bales, “Slavery and Its Definition”, *Queen’s University Belfast Law Research Paper No. 12-06, Global Dialogue*, 2/2012, 1; „Kalvinisti su sigurno nasledili [od svog osnivača] teško kvalifikovanje žena u najstarijoj profesiji.”: Ruth Rosen, *The Lost Sisterhood: Prostitution in America 1900-1918*, Baltimore-London 1983, 1.

⁶⁹ Ronald Weitzer, “The Social Construction of Sex Trafficking: Ideology and Institutionalisation of Moral Crusade”, *Politics and Society*, 3/2007, 448-450; „...široko prisutna verovanja da žene trpe zbog svoje seksualne ranjivosti... ..je ideološki element koji povezuje abolicioniste i konzervativce.”: Penelope Saunders, “Traffic Violations: Determining The Meaning of Violence in Sexual Trafficking Versus Sex Work”, *Journal of Interpersonal Violence*, 3/2005, 355; Wolken ovaj spoj naziva „čudnim saveznicima” (strange bedfellows) koristeći se igrom reči. Reč bedfellow u engleskom ima značenje „saveznik” ali i „partner u krevetu”: Cynthia L. Wolken, “Feminist Legal

Budući da je to jedan slobodna i demokratska zemlja u kojoj se sloboda govora ozbiljno praktikuje i štiti, u javnoj raspravi su protivnici ovog morala sprečili da se on ozakoni u zemlji u kojoj je, ako ne i začet, a ono uspešno odnegovan, jer su SAD od Velike Britanije preuzele vodeću ulogu u privredno razvijenom Zapadnom svetu na početku XX veka. Iako je neuspešan kod kuće, uspešno je (na silu) izvezen, i izvozi se, u druge zemlje sveta i u međunarodno pravo bilo u vidu represivnog stava prema prostituciji, bilo prema trgovini ljudima ili prema oba zajedno.⁷⁰ Do ove povezanosti je došlo tako što su nosioci abolicionističkih stavova⁷¹ o prostituciji počeli da na trgovinu ljudima gledaju kao na neku vrstu praktično-političkog cilja u svrhu ostvarenja glavne ideje – ukidanja prostitucije.⁷² Tako su prostitutke postale ikonični likovi borbe protiv trgovine ljudima.⁷³ Na vrhuncu svoje moći 1999. godine, ovaj vrednosni stav prema seksualnosti je kao svoj najotrovniji plod dao Palermo protokol.⁷⁴

Zakonodavna politika represivnog pristupa prostituciji (kao obliku ispoljavanja ljudske seksualnosti) koja nije dobra za SAD, jer je tamo poražena od nosilaca umerenih stavova prema polnom moralu⁷⁵ dobra je za Švedsku, Norvešku ili Island u Evropi. Švedska je prva evropska zemlja koja je 1999. godine uvela korišćenje usluge prostitutke kao krivično delo, Island i Norveška su je sledili. Na kraju se u vidu novog ZoJRM i Srbija pridružila ovom „isključivom” krugu zemalja.

Većina država Zapadnog sveta nisu i ne pokazuju nameru da se pridruže ovom zakonodavnom kretanju ograničenog uspeha. Najbolji primer su Holandija, Nemačka, Austrija ili Švajcarska kao nosioci verovatno i najslobodnijeg moralnog

Theory and Human Trafficking in the United States: Towards a New Framework”, *University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender & Class*, 2/2006, 408-409.

⁷⁰ Prostitucija je toliko povezana s međunarodnopravnim uređenjem trgovine ljudima da je skoro nemoguće raspravljati o njima odvojeno: Martti Lehti, Kauko Aromaa, “Trafficking for Sexual Exploitation”, *Crime and Justice: A Review of Research*, 2006, 133.

⁷¹ Za stavove abolicionističkog pokreta pogledati podnožnu napomenu broj 28.

⁷² „Abolicionistički naponi bili su usmereni na ukidanje zakonske regulacije prostitucije. Kao praktično-politički ciljevi pojavili su se borba protiv trgovine ljudima i borba za ukidanje javnih kuća.”: D. Radulović, 170.

⁷³ Edi C. M. Kinney, “Appropriations for the Abolitionists: Undermining Effect of the U.S. Mandatory Anti-Prostitution Pledge in the Fight Against Human Trafficking and HIV/AIDS”, *Berkeley Journal of Gender, Law and Justice*, 2006, 166.

⁷⁴ Barbara Sullivan, “Trafficking in Woman: Feminism and New International Law”, *International Feminist Journal of Politics*, 1/2003, 81; Činjenica da Protokol ne poznaje podelu na prinudnu i slobodnu prostituciju jeste argument koji koristi Miriam u prilog ove teze: Kathy Miriam, “Stopping The Trafficking in Woman: Power, Agency and Abolitionin Feminist Debate over Sex-Trafficking”, *Journal of Social Philosophy*, 1/2005, 1.

⁷⁵ Sukob ova dva stava u američkoj akademskoj javnosti je nazvan „seksualni rat”, a okončan je krajem osamdesetih i početkom devedesetih godina prošlog veka: K. Miriam, 1; Američki Zakon o zaštiti žrtava trgovine ljudima nema odredbu koja poistovećuje trgovinu ljudima i prostituciju: P. Saunders, 352.

vrednosnog stava prema prostituciji u Evropi koji je poznat svakome sa iole urednom opštom kulturom da ga ne treba ni objašnjavati niti potkrepiti podnožnim napomenama (Amsterdam – Kvart crvenih fenjera, Hamburg – Sent Pauli...). Za nas su najvažniji stavovi država nemačkog kulturnocivilizacijskog kruga jer su one Srbiji bile i jesu primer i uzor za mnogo koju zakonodavnu reformu, naročito u oblasti krivičnog prava. Pravo je pitanje otkud onda u srpskom prekršajnom pravu jedan, u većini slučajeva u Zapadnom društvu poražen i odbačen moralni vrednosni stav, koji, kako smo videli, vodi poreklo iz društava sa nadmoćnom vrednosnim stavom protestantske verske etike.

3.3.2. Vrednosni stav našeg društva prema prostituciji

Verujemo da se vrednosni stav našeg društva ne razlikuje mnogo od onog koji krasi opisane primere,⁷⁶ s tim da je, utisak je, ipak nešto oštrij od onog na Zapadu. Ovo je posledica našeg oštrijeg bračnog i porodičnog morala koji opet vodi poreklo u bračnoj i porodičnoj etici istočnokršćanske crkve.⁷⁷ Ipak, mora se istaći da ima sve više pokazatelja o njegovom snažnom preobražaju u jednom slobodnijem pravcu:

1) Priredbe i događaji kojim se javno ispoljava seksualnost koji su do juče bili nezamislivi na srpskim ulicama bez nereda i protesta sada su postali svaki-danji prizor (Šetnja homoseksualaca);

2) Neukusno širenje najogoljenije prostačke seksualnosti u tzv. rijaliti šou programima na našim televizijskim stanicama jesu njihovi najgledaniji sadržaji i gledaoci ne traže njihovo ukidanje, upravo suprotno;

3) Pripadnost probranim krugovima u prostituciji postala je legitimno zanimanje u zvanju tzv. starleta, a pripadnice ovog esnafa postaju nosioci poželjnog društvenog stava dok se njihov životni stil oponaša i mera je uspeha drugih mladih žena u životu (nažalost!);

4) Naše krivično zakonodavstvo je reformom 2005. godine zauzelo vrednosni stav po kojem polni moral više nije zaštitni objekat već je to postala polna sloboda.

⁷⁶ Za istorijat pravnog uređenja prostitucije u našoj državi videti: Vladimir Kuhajda, „Pravno regulisanje prostitucije”, *Zbornik Radova PFNS*, 1975, 87-89. Sve do 1934. godine prostitucija je bila uređena kao zanimanje, na nju je plaćan porez i tetirana je kao problem zdravstvene higijene. Tada je zabranjena, ali je to učinjeno odredbama *Zakona o suzbijanju polnih bolesti* (Zakon je donet 28. marta 1934. godine nakon diskusije koja je trajala čak tri redovne sednice, VIII, IX, X, od 20. oktobra 1933. godine do 24. februara 1934. godine) što govori da je i dalje posmatrana kao problem zdravstvene higijene, a ne polnog morala.

⁷⁷ Za više o ovome videti razdeo B) *Bračne smetnje* i razdeo V) *Bračne zabrane*: Bračna pravila SPC, *II izdanje Svetog Arhijerejskog Sinoda*, Beograd 1994. Obrazlaganje ove teme u ovom radu nema mesta spram zadatka postavljenog u Uvodu, iako to zasluži i bila bi od pomoći.

Ovaj poslednji pokazatelj je najvažniji. Sasvim je jasno naše krivično zakonodavstvo putem seksualnih delikata više ne štiti vrednosni stav društva o seksualnosti, bez obzira kakav je, slobodan ili ne, već slobodu dva ili više lica da se upuste u polni odnos. Sve što je u polju te slobode ne treba da bude predmet krivičnogpravne represije. I ovaj stav našeg zakonodavca jasno govori da je vrednosni odnos našeg društva prema seksualnosti delimično preobrazio i oslobodio se. Tim pre se nameće pitanje da li treba prostitucija kao dobrovoljni polni odnos dva lica da bude predmet državne represije? Posebno se ovo pitanje nameće u društvima koja su po ugledu na Zapadna ponudila svekolikom tržištu sva ljudska zadovoljstva, pa tako i seksualna, kroz sveprisutnu bestidnu i skarednu tobožnju umetnost (pornografiju). Zaista nije moguće objasniti kako to da prostitucija narušava javni red i mir, a to isto ne rade tzv. rijaliti šou programi koji se emituju po ceo dan na televizijskim stanicama sa nacionalnom pokrivenošću ili neukusna šetnja homoseksulaca na ulici?

3.3.3. Zaštitni objekat prekršaja prostitucije

Naročito razmatranje zaštitnog objekta ovog prekršaja nije neophodno. Sasvim je jasno da to nije polna sloboda, jer se prostitutka i njen klijent dobrovoljno nalaze u odnosu razmene seksualnog rada i materijalne protivusluge. Jednako je jasno da to nije ni javni red i mir. Iako prostitutka koja na ulici nudi svoje usluge možda i narušava isti, korišćenje te usluge od strane njenog kupca sigurno nije izloženo pogledu javnosti (koji iole normalan čovek polno opšti u javnosti?) pa stoga ne može da narušava javni red i mir. Tako da za zaštitni objekat ovog oblika radnje prekršaja prostitucije ostaje samo polni moral. Nedovoljna ocena istog kao zaštitnog objekta već je data u nauci, i u ovom radu je samo ponovljena, a u samo njegovo postojanje u vrednosnom stavu našeg društva prema seksualnosti uopšte (pa tako i prostituciji) već je izrečena duboka sumnja. Ova sumnja je dodatno ojačana izlaganjem porekla i mesta nastanka ovako snažnih nepovoljnih moralnih stavova prema prostituciji i seksualnosti uopšte. Krajnje neslobodan polni moral i izrazito nepovoljan vrednosni stav prema prostituciji je našem društvu uglavnom stran. Kada se piše *krajnje* i *izrazito* misli se na onaj nivo neslobode koji toliko osuđuje dobrovoljni polni čin dva lica koji se obavlja u tajnosti da zahteva da se on *razotkrije* da bi mogao da se sankcioniše. Najveći deo ljudi je sramota da ih neko posmatra dok opšte i sa sopstvenom suprugom, a kamoli sa prostitutkom, pa taj čin obavlja u tajnosti nekog zatvorenog prostora.

Ima više mogućih štetnih dejstava ovako nepromišljeno postavljene norme. Na prvom mestu kako će država da otkrije korišćenje dobrovoljnog polnog odnosa prostitute i kupca njene usluge? Da li državi ova odredba daje za pravo da npr. naruši nepovredivost zatvorenog prostora u kojem se obavlja polni čin kako bi dokazala postojanje prekršaja? Jer, pokušaj u našem pravu pretpostavlja započi-

njanje radnje izvršenja, a ona se kako smo rekli, u pravilu odigrava u tajnovitosti. Ili će država naknadno, nakon korišćenja usluge prostitutke, kada korisnik usluge izađe iz prostora koji uživa nepovredivost, istog lišavati slobode? Na drugom mestu, kako će država da razdvoji prostituciju od drugih sličnih pojava koje u sebi istovremeno uključuju dobrovoljni polni odnos i materijalni interes kao što su privremeni, povremeni ili letimični vanbračni odnosa (tzv. sponzirisanja) ili prividnih odnosno tobožnjih radnih odnosa (pevačice, igralice, tv voditeljke, manekenke, modeli, starlete...)?⁷⁸ Ako bi se strogo držali najuobičajenije odredbe prostitucije koja obavezno uključuje ova dva elementa (dobrovoljnost u polnom odnosu i materijalni interes iz istog) onda bi i brak iz interesa kao što su novac ili napredovanje u poslu spadali u prostituciju.⁷⁹

4. VREDNOVANJE TIPIČNIH MORALNIH PREKRŠAJA U NAŠEM DRUŠTVU

Iz ove kratke analize čini se da je moralna nevrednost sva tri nazvaće se *klasičnih moralnih prekršaja* dubiozna. Kockanje je zakonito preduzeće danas, prosjaci nam smetaju samo ako su nametljivi i prljavi, a ne zato što prose jer smo učeni da budemo milosrdni, a odavanje prostituciji u nama izaziva pre sažaljenje, kako prema ženi koja se time bavi tako i prema muškarcu koji koristi njene usluge, nego moralnu osudu. Ako neko tvrdi da nametljivo nuđenje usluga prostitutki (na ulici) i narušava javni red i mir, slično nametljivom prosjačenju, onda korišćenje usluge prostitutke (seksualni čin) to svakako ne radi. Svi koji to rade žele da budu u tajnosti i sklanjaju se sa ulice, naročito kada je prostitutka u pitanju. Naime, korišćenje usluga prostitutki unižava muškarca u očima društva jer ukazuje da nije sposoban da osvoji žensku naklonost bilo kojim svojstvom muževnosti nego isključivo parama. Takav muškarac u očima drugih izaziva, ne moralnu osudu, nego sažaljenje.

Otkud onda u našem novom ZoJRM ova tri prekršaja? U pitanju je čista tromost duha, koju je pokrenuo stari Zakon, a pisci novog nisu imali ni snage ni volje ni znanja ni kriminalnopolitičkog promišljanja da preispitaju i zaustave. Stari ZoJRM je pisan još u vreme socijalističkog samoupravnog morala (a koji je samo preuzeo ustrojstvo zabrane prostitucije, kocke i prosjačenja koji je postojao pre Drugog svetskog rata⁸⁰) koji je osuđivao svako sticanje bez rada. Prosjaci, kockari i prostitutke su bili nepovoljno vrednovani moralom socijalističkog samoupravnog

⁷⁸ Više o razdvajanju prostitucije i srodnih „zanimanja”: Vladimir Kuhajda, „Razlika između prostitucije i pojava koje sadrže pojedine elemente koje mi smatramo konstitutivnim za prostituciju”, *Glasnik AKV*, 9/1972, 45-51.

⁷⁹ N. Krainki, 19.

⁸⁰ D. Radulović, 183.

društva kao neradnici, lenčuge, oni koje stiču bez rada. I zato su stari zakoni o javnom redu i miru, donošeni kod nas posle Drugog svetskog rata kod nas tako oštro osuđivali društvene pojave sticanja bez rada i truda koji se vide na javnom mestu – prosjačenje, skitničenje, kockanje i prostituisanje. U pitanju su bili društvene pojave suprotne radnoj etici komunističkog/samoupravljačkog društva, a ne običnom (prosjačenje, skitanje ili kockanje) ili polnom (prostituisanje) moralu. Lepo objašnjenje ovog vrednosnog, odnosno moralnog, stava jeste obrazloženje koje pisac prvog magistarskog rada iz sfere kriminalistike na temu prostitucije u SFRJ, Vladimir Kuhajda, koristi da potkrepi vrednosni stav prohibicionizma (pokreta za zabranu prostitucije). On 1972. godine piše:

„Za ilustraciju navodimo slučaj jedne nekvalifikovane radnice koja zarađuje mesečno između 1000 i 1200 dinara i jedne prosečne prostitutke koja zarađi između 2000 i 2500 dinara. Dok prva teško odradi svojih 8 sati dnevno, dotle druga ceo dan, bez spavanja, ništa ne radi, uveče izađe lepo obučena, sedi u nekom lokalu čekajući konzumenta, pije, puši, najčešće dobije besplatnu večeru i na kraju naplati zadovoljstvo koje pruži muškom licu.”⁸¹

Nije neprirodno da je moral komunističkog/samoupravljačkog društva osuđivao nerad. Ovo stoga što je tada nadmoćni oblik svojine bio društvena svojina, odnosno sticanje dobara svih koji rade se skupljalo na jedno mesto i spram potreba i što ravnomernije raspoređivalo na *sve* pripadnike društva. Komunističko/samoupravljačko društvo nije nikog nesposobnog za rad ostavljalo za sobom. Deca, stari, bolesni, nesposobni za rad, učenici itd. su svi učestvovali u raspodeli iako nisu sticali. Takav sistem je mogao da opstane samo ako su svi sposobni za rad učestvovali u stvaranju dobara koja se raspodeljuju. Ako bi se veliki broj neradnika izuzimao iz takvog pretka, on bi propao. Zato je stvorena radna etika u komunističkom društvu koja je snažno osuđivala nerad. Rezultati nerada su se, putem društvene imovine kao vida zajedničke imovine, knjižili svima. A tako nešto svakako nije pošteno i zaslužuje prezir i prekor.

Za savremene vrednosne stavove ovako nešto je potpuni anahronizam. Savremena društva su osnovana na nadmoći privatne svojine. Stečena dobra pojedina, nakon odbijanja poreza, završavaju na privatnom, a ne na zajedničkom računu. Nema podele sa neradnicima. Zahvaljujući tome, savremena društva su mogla da razviju i slobodu kao osnovu za uređenje odnosa između ljudi. Pošto se nerad knjiži lenčugi, savremena društva su slobodna i za neradnike. Oni koji izaberu da ne rade, to rade na svoju štetu. Bilo ona materijalna, u slučaju običnog nerada, ili nematerijalna, u oblasti časti i ugleda, u slučaju odabira prostitucije kao zanimanja.

⁸¹ Vladimir Kuhajda (1975), 84, fn. 7.

ZAKLJUČAK

Novi ZoJRM je usled tromosti, ne preispitijući uopšte moralno stanje društva, ali i stanje ostalih delova pravnog poretka (primer: položaj kockanja u krivičnom pravu) prepisao postojeće odredbe tzv. moralnih prekršaja protiv javnog reda i mira iz starog Zakona. Zatim ih je, neznanjem i slabošću zakonodavca obogatio jednim našem stanju duha i kulturi stranim moralnim kalemom, koji se u zemlji porekla nije primio, ali je u izvozu uspešan.

Na prvom mestu odgovor na pitanje da li nam uošte treba moral ili moralna shvatanja kao zaštitni objekat u prekršajnom pravu ili krivičnom pravu nauka je već dala i ovde se samo osnažuje ponavljanjem – ne treba. Međutim, i u slučaju kad bi trebao da bude zaštitni objekat koji je, i čiji moral u pitanju? Taj moralni stav je toliko represivan i do te mere oštro osuđuje korišćenje polnog odnosa sa prostitutkom da zahteva prekršajno sankcionisanje klijenta i pored činjenice da on, kako smo pokazali, niti remeti javni red i mir (kao opšti zaštitni objekat ZoJRM) jer se takav polni čin obavlja u tajnosti, niti zadire u oblast tuđe polne slobode (kao grupni zaštitni objekat seksualnih delikata) jer je dobrovoljan. U svojoj represivnosti ovaj moralni stav ide toliko daleko da zahteva da se zađe u oblast tuđe polne slobode, ili slikovitije rečeno, da se uđe u tuđu spavaću sobu. Da li je u pitanju moralni stav svojstven našem društvu?

Pokazali smo da vrlo verovatno to nije slučaj i da se polni moral kod nas preobražava, u upravo suprotnom, slobodnom, pravcu. Ima, istina, i pokazatelja da naši ljudi žele da uđu u tuđu spavaću sobu. O tome svedoči sveopšte konzumiranje bludnih i sablažnjivih sadržaja tzv. rijaliti šou programa na našim televizijama. Međutim, čak i takvi ljudi, koji bi voleli da vide šta se dešava u tuđoj spavaćoj sobi, ne žele da neko uđe u njihovu, i što je još važnije ne žele da neko *zna* za njihovu nastranu želju! Ovo je stoga što naš moral osuđuje bavljenje tuđim stvarima i zalaženje u tuđ život. Primeri ovog moralnog stava se mogu naći u narodnim poslovicama, izrekama ili umotvorinama koje govore o osudi takvog pojedinca: „ne guraj nos u tuđa posla”, „počisti prvo svoje dvorište”, „gledaj svoja posla”, i „u svakoj čorbi mirođija”. Najmanje što može ovaj tekst da uradi jeste da izrazi sumnju da naš narod želi da se ozakoni pravo da se proverava na koji način koriste sve oblasti svoje slobode, a naročito polne slobode. Nama je tako nešto strano i nije u oblasti onoga što naš moral od nas zahteva. U našem narodu svojstvenom moralu bilo bi nepovoljno ocenjeno upravo suprotno, saznanje da se neko otvoreno zanima ne samo za tuđu seksualnost, nego uopšte za tuđ život.

Poreklo ovakvo oštrih stavova polnog morala se nalazi u protestanstskoj verskoj etici⁸² koja se neposredno (kao u slučaju korišćenja usluga prostitutke u

⁸² Više o odnosu protestantizma i prostitucije kod: Melissa Hoe Ditmore, *Encyclopedia of Prostitution and Sex Work*, 2/2006, 390; „Kalvinisti su sigurno nasledili [od svog osnivača] teško kvalifikovanje žena u najstarijoj profesiji.”: R. Rosen, I; „Represivne zakonske sankcije za odre-

novom ZoJRM) ili posredno (kao u slučaju trgovine ljudima) putem međunarodnog prava kalemi u naš pravni poredak, nema dobru podlogu i ne može da se primi. Toliko se već odredba o prekršaju prostitucije izobičajila iz prakse naših prekršajnih sudova da već može da se govori o faktičkoj dekriminalizaciji ovog prekršaja kod nas. Ovo nije slučajno. Naš moral prosto ne osuđuje prostituciju već je sažaljeva, pa je samim tim ni policija (i policajac je deo naroda i deli njegov moralni stav) ne goni već trpi i previđa, pa ni sudovi nemaju posla s njom. Najbolje bi bilo da tako ostane. Sprovođenje ove nama strane moralne novine u ZoJRM bi moralo da ide na silu i samo bi izazvalo probleme u radu našeg pravosuđa, ali što je još važnije, samo bi narušilo poverenje građana u opravdanost pravnog poretka kao osnov za generalnopreventivni učinak prava.

Dok se, s jedne strane, dozvoljava homoseksualcima da napadno i skaredno šetaju ulicama uz policijsku pratnju koja podseća na slike iz skorih ratova na našim prostorima i nezabranjuje prostitutkama da neukusno i sablažnjivo predstavljaju sebe i svoj opsceni život na televizijskim stanicama sa nacionalnom pokrivenošću preko celog dana, s druge strane se uz pomoć ZoJRM ustoličava represivan polni moral stran našoj kulturi, kojim se država obavezuje da troši energiju, vreme i novac poreskih obveznika da razotkrije dobrovoljni polni odnos prostitutke i korisnika njenih usluga koji se obavlja u tajnosti.

Do juče smo spavaću sobu štitili od nasilnog upada drugih. Ako se ova odredba novog ZoJRM bude sprovodila štitićemo je od moralnog krstaškog pohoda države, i to u ime nama stranog i tuđeg polnog morala.

đene oblike seksualnog ponašanja predviđene su u gotovo svim savremenim pravnim sistemima. Svojom oštrinom izdvajaju se zemlje u kojima su prisutne puritanske tradicije i konzervativne društvene snage.”: D. Radulović, 140.

Branislav R. Ristivojević, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
B.Ristivojevic@pf.uns.ac.rs

State's Moral Crusade against Bedroom: Misdemeanour of Prostitution in new Public Order and Peace Act

Abstract: *In this paper, the author investigates the new Public Order and Peace Act (Ser. ZoJRM) and the provisions on so-called morale offences contained therein. Of these provisions, the one he recognizes as the most revolutionary is that of a new instance of perpetration under the old offence of prostitution. With this novelty, the Act extends liability for the offence not only to the prostitute, but also to the user of her services.*

The author first puts forward a general criticism to the criminal and misdemeanour laws when these attempt to turn morality into the object of protection, which already has a general place in science. Then he investigates what perception of morality is protected by this offence, concluding that it crosses over into the sphere in which the freedom of citizens must in no way be interfered with – the sphere of voluntary sexual intercourse of two persons. For this reason, the author, in somewhat humorous fashion, warns, through the paper's title, that the state will have to undertake a moral crusade against bedroom if it wants to consistently enforce these provisions.

Moreover, the author sheds light on the origin of this moral stance, finding its roots in the societies with dominant protestant religious ethics as the moral foundation, as well as on its genesis, seeing it in the rise in sexual morality standards that occurred in the developing industrial societies in the second half of the nineteenth century. The author concludes that to our society and our natural moral stance such foreign moral implants are unnecessary, particularly if one considers that it is precisely in the country of their origin, the US, that they have long been rejected and marked as symbols of repression and non-liberty.

Keywords: *prostitution, morality, public order and peace, offences, sexuality*

Datum prijema rada: 25.10.2016.

*Dr Janko P. Veselinović, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Poljoprivredni fakultet u Novom Sadu
veselinovic.janko@gmail.com*

*Dr Todor Đ. Marković, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Poljoprivredni fakultet u Novom Sadu
todor.markovic@polj.edu.rs*

*Dr Marijana Dukić Mijatović, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Ekonomski fakultet u Subotici
m.mijatovic@ef.uns.ac.rs*

PRAVNI I EKONOMSKI ASPEKTI UGOVORA O OSIGURANJU USEVA I PLODOVA OD SUŠE

Sažetak: Ugovor o osiguranje useva i plodova od suše zasniva se na riziku od manje količine padavina u odnosu na raniji merodavni period. Autori su sa pravnog i ekonomskog aspekta analizirali specifičnost predmeta rizika suše, ali i druge odredbe koje su karakteristične za ovaj ugovorni odnos. Analizira se i položaj ugovornih strana u ovom ugovornom odnosu, koji jednim delom proizlazi iz monopolskog položaja osiguravajuće organizacije. U tom delu je analizirana i sloboda ugovaranja, koja je ugrožena usled nejednakog položaja ugovornih strana. Posebna pažnja posvećena je izvorima prava i to naročito opštim i posebnim uslovima osiguravajućih organizacija, jer su oni osnovni izvor prava, u nedostatku zakonske regulative u ovoj oblasti. Analizirani su razlozi za nerazvijenosti ove vrste osiguranja kod nas i posledice takvog stanja na sigurnu poljoprivrednu proizvodnju. Analizirana je i uloga zakonodavca u pogledu regulisanja pojedinih elementata ovog ugovornog odnosa, ali i po pitanju državnih podsticaja koji bi doprineli većem procentu osiguranih poljoprivrednih površina. Time bi se smanjila neizvesnost i šteta koju poljoprivrednici trpe usled sve većih vremenskih kolebanja. Imajući u vidu neadekvatnu pravnu i ekonomsku tradiciju

edukacija u ovoj oblasti bi predstavljala značajan doprinos za razvoj ove vrste osiguranja. Iako je za sigurnost poljoprivredne proizvodnje i izvesnost nadoknada usled smanjenja prinosa zbog suše pretpostavka za sigurnost poljoprivrednika, zbog niza razloga interes osiguravajućih organizacija i poljoprivrednika je nedovoljan. Autori analiziraju pravne i ekonomske razloge takvog stanja. Autori analiziraju razliku između ugovora o osiguranju plodova i useva od rizika suše i vremenskiog derivativnog ugovora, kojima se može trgovati na berzi.

Ključne reči: osiguranje, suša, ugovor, pravni, ekonomski

1. UVOD

Svedoci smo učestale promene vremena i čestih sušnih godina, koja neminovno prouzrukuju štetu na poljoprivrednim proizvodima. Pored agrotehničkih mera, u ovakvim uslovima, osiguranje poljoprivredne proizvodnje od suše, kao njena ekonomska zaštita, postaje nužnost.

Na osnovu istraživanja procenjuje se da je čak 80% svetske privrede zavisno od kolebanja vremenskog faktora.¹ To se posebno odnosi na poljoprivrednu proizvodnju jer je ona mnogo više izložena vremenskim nepogodama, uključujući i sušu. Na ratarskoj proizvodnji, koja je manje-više nezaštićena, povećava se rizik nastupanja nekog štetnog događaja (grad, mraz, oluja, požar, poplava, suša i tsl.) , često sa katastrofalnim posledicama.² Prema procenama stručnjaka biljna proizvodnja u Srbiji zbog suše je prepolovljena, a šteta se procenjuje na 2,1 milijardi dolara.³

Uspeh poljoprivredne proizvodnje za Srbiju je veoma važan to važno jer prema obimu i strukturi raspoloživih poljoprivrednih površina Republika Srbija spada u red evropskih zemalja sa povoljnim zemljišnim resursima budući da raspolaže sa 0,7 hektara poljoprivrednog, odnosno 0,46 hektara oraničnog zemljišta po stanovniku.⁴ Ako se osvrnemo na rimsku tradiciju Romul je svakoj porodici (consortium ili familia) dodelio po 2 jugera (pola hektara) zemlje3 tzv. heredium.⁵ Srpske porodice imaju mnogo više, promenio se način obrade zemlje, ali značaj

¹ J. Auer: Weather Derivatatives Heading for Sunnz Times, in: Frankfurt Voice, Deutsche Bank Research, frankfurt am Main, 2003, p. 1.

² T. Marković, Vremenski derivati i upravljanje rizikom u poljoprivredi, monografija, Univerzitet u Novom Sadu, Poljoprivredni fakultet, 2013, str.1.

³ <http://www.novimagazin.rs/ekonomija/steta-zbog-suse-21-milijade-dolara>, preuzeto 03.07.2016.

⁴ D. Popov, Zaštita, uređenje i korišćenje poljoprivrednog zemljišta u Republici Srbiji, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 3. 2014, Novi Sad, str. 68.

⁵ M. Sič, Katastri, zemljišni registri i isprave o kupoprodaji u Starom Rimu – Elementi modernih zemljišnih knjiga, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2. 2013., str. 280.

poljoprivredne proizvodnje nije smanjen. Postavlja se pitanje da li idemo u korak sa vremenom ili sigurnost poljoprivredne proizvodnje prepuštamo slučaju.

U odnosu na razvijene zemlje Evrope i Severne Amerike, gde je sistem osiguranja visoko razvijen, kod nas je zaštita proizvodnje na poljoprivrednim gazdinstvima već duže vreme na veoma niskom nivou.⁶

Osiguranje useva i plodova može biti realizovano kao poseban ugovor o osiguranju, ali postoji mogućnost da ono bude uključeno u kombinovano osiguranje od većeg broja rizika ili da bude deo osiguranja useva i plodova od svih vrsta rizika (allrisk crop insurance). Postoji mogućnost da osiguranje useva i plodova od suše bude uključeno u osiguranje vrednosti proizvodnje (revenue insurance) ili osiguranje prinosa celokupnog gazdinstva (income insurance). Osiguranje od suše, koje danas poljoprivrednicima zadaje dosta poteškoća, najčešće nije uključeno u kombinovano osiguranje.⁷ Ova ocena se odnosi na evropske modele osiguranja, dok se za Srbiju može reći da osiguranje useva i plodova od suše nije uključeno ni u jedan model kombinovanog, niti osiguranja useva i plodova od svih vrsta rizika. Paketom osiguranja od više rizika postižu se pozitivni efekti zaštite poljoprivrednika.⁸ Kod nas se osiguranje useva i plodova od suše realizuje kroz ugovor o osiguranju od jedne vrste rizika.

Osiguranje od suše je proizvod novijeg datuma i kod nas ga realizuje samo jedna odiguravajuća organizacija⁹ i to samo samo za pojedine ratarske kulture. Suša predstavlja jedan od najvećih poljoprivrednih rizika koji može umanjiti prinose i preko 50%.

Pod sušom se podrazumeva umanjenje padavina u odnosu na merodavne višegodišnje količine padavine u periodima u kojim je potreba useva za vodom najveća¹⁰ i koje rezultuje umanjenjem prinosa osiguranog useva.

Ugovor o osiguranju useva i plodova može da se analizira sa ekonomskog i pravnog aspekta, mada je za sagledavanje svih odnosa koji nastaju zaključivanjem ugovora potrebno imati u vidu i znanja iz oblasti ratarstva, meteorologije, statistike i drugih nauka koje svojim istraživanjima mogu doprineti što celovitijem sagledavanju ovog ugovornog odnosa. U ovom ugovornom odnosu na jednoj strani

⁶ J. Miloradović: Ekonomski efekti osiguranja u poljoprivredi i prehrambenoj industriji AP Vojvodine. Doktorska disertacija, Poljoprivredni fakultet, Novi Sad, 2004, str. 9.

⁷ T. Marković: Osiguranje useva i plodova – postojeći evropski modeli, u : Agroekonomika, 41-42, Novi Sad, 2009, str. 39-40.

⁸ E. Berg: Ertragsausfallversicherungen – ein geeignetes Instrument zur Erlossicherung? In: Tagungsband des Deutschen Bauernverbands und der Andreas Hermes Akademie "Weiterentwicklung der EU-Agrarpolitik – zwischen Weltmarkt und Verbraucherschutz", Bonn – Rottgen, 2001, S. 5.

⁹ *Generali osiguranje Srbije*

¹⁰ za kukuruz i šećernu repu – tokom maja, juna, jula i vgusta, za soju tokom juna, jula i avgusta

je osiguravač, koji je osiguravajuća organizacija, a na drugoj ugovarač (osiguranik), koji može biti fizičko ili pravno lice.

U Srbiji se osiguranje prvi put pominje u Srpskom građanskom zakoniku iz 1884. godine, u članovima 798. i 799. Tako se u članu 798. Navodi: „Što se tiče osiguranja štete na slučaj neizvesni za naplatu, kao osiguranje espapa na vodi i na suvu; kuća i miljkova protiv vatre i vode, to će se po osnovama navedenim, i osobitim propisima za razna ova osiguranja suditi”.¹¹ Iako je poljoprivreda i kroz istoriju a i da nas jedna od ključnih privrednih grana, zaštita poljoprivrednika od prirodnih nepogoda najčešće nije bila državni prioritet. I dok su još tokom 19 veka u svetu ustanovljeni neki oblici zaštite proizvođača u biljnoj proizvodnji kroz prikupljanje sredstava u naturi, kao izraza organizovane solidarnosti proizvođača u odnosu na opasnosti koje prete usevima i plodovima, za to vreme u pojedinim krajevima Srbije dodole su prizivale kišu.¹²

U normativnom pogledu postoji nekoliko faza u razvoju zakonodavstva iz oblasti osiguranja kod nas. Početkom 20. veka, 1905. godine, posle više pripremljenih predloga, donet je Zakon o fondu za naknadu šteta postradalima od grada. U Kraljevini Jugoslaviji polovinom 1923. godine donet je Zakon o obezbeđenju useva i plodova od grada. Pomenuti zakon stavljen je van snage, kada je krajem 1929. godine donet Zakon o unapređenju poljoprivrede. Nakon što su 1930. godine formirane banovine, početkom sledeće godine donet je novi Zakon o obaveznom obezbeđenju useva i plodova od grada. Još pre završetka Drugog svetskog rata doneta je odluka o konfiskaciji neprijateljske imovine, shodno tome početkom 1945. godine, doneta je Odluka o spajanju u Državni zavod za osiguranje i reosiguranje osiguravajućih preduzeća koje prelaze u državnu svojinu. Budući da je početkom pedesetih godina došlo do promena u društveno-političkom sistemu u zemlji što se ogleda u uvođenju radničkog upravljanja i decentralizacije državne uprave, polovinom 1961. godine, donet je Zakon o osiguravajućim zavodima i zajednicama osiguranja. Period samoupravljanja u ovoj oblasti okončan je donošenjem Zakona o obligacionim odnosima, i novih Pravila osiguranja i tarife premija. Nakon raspada SRFJ polovinom 1996. godine stupa na snagu Zakon o osiguranju imovine i lica, a 2004. godine donosi se dugo očekivani Zakon o osiguranju, kojim je obezbeđeno značajnije približavanje ove oblasti zakonskim propisima Evropske unije. Poslednji Zakon o osiguranju donet je 2014. godine.

¹¹ Građanski zakonik za Kraljevinu Srbiju (1884), Izdavačko i knjižarsko preduzeće „Geca Kon”, Beograd 1937, str. 267.

¹² **Dodola** ili **Perperuna** je biće slovenske mitologije koje predstavlja boginju kiše, i vezuje se za vrhovnog staroslovenskog boga groma Peruna. Dodolski rituali su paganske ritualne igre i pesme čiji magični elementi su imali za cilj da izazovu kišu.

2. SVRHA OSIGURANJA USEVA I PLODOVA OD SUŠE

„Osiguranjem imovine obezbeđuje se naknada za štetu koja bi se desila u imovini osiguranika zbog nastupanja osiguranog slučaja”.¹³ Ako bi ovu definiciju primenili na osiguranje useva i plodova od suše mogli bi smo reći da se osiguranjem useva i plodova od suše obezbeđuje naknada za štetu koja bi se desila u poljoprivrednoj proizvodnji, na usevima i plodovima osiguranika, zbog nastupanja suše. Osiguranje, zapravo, omogućava da se brzo obnove ekonomska dobra koja bi u slučaju nastupanja određenih događaja bila uništena ili oštećena.¹⁴

Pojedini autori¹⁵ nabrajaju najznačajnije funkcije odnosno društveno – ekonomske koristi od osiguranja. Među njima su naknada štete, smanjenje zabrinutosti i straha, izvor investicionih sredstava, prevencija gubitka i povećanje kreditnog potencijala. U našoj literaturi navodi se, kao primarna funkcija osiguranja, zaštita imovine i lica, a kao sekundarne funkcije: novčano-mobilizatorska i socijalna funkcija.¹⁶ Osnovni zadatak osiguravajuće delatnosti je zaštita proizvodnog procesa u biljnoj proizvodnji, na koju se nadovezuju sekundarne funkcije: akumulacijska, gde se deo premije osiguranja plasira u finansijski sektor, odnosno socijalna, gde se poljoprivrednicima pomaže u savladavanju problema koji nastaju usled uništenja njihovih osnovnih izvora prihoda.¹⁷

Volja ugovornih strana izražava se kroz jasno izraženu nameru osiguranika da plati premiju kako bi osigurao plodove od rizika suše, dok osiguravač iskazuje nameru da, uz naknadu, preuzme rizik na sebe. Na ovaj način izražava se *kauza*, kao uslov postojanja ugovora. Ona u određenom smislu može biti dovedena u pitanje ako *animus* ili namera nije bila do kraja izražena i ukoliko je osiguravač *kauzu* relativizovao kroz svoje posebne uslove, koji nisu bili na pravi način prezentovani osiguraniku.

Kod osiguranja useva i plodova i ostalih proizvoda zemlje iznos štete utvrđuje se s obzirom na vrednost koju bi imali u vreme sabiranja, ako nije drugačije ugovoreno.¹⁸

3. RIZIK SUŠE KAO OSNOV ZA ZAKLJUČENJE UGOVORA

Usevi i plodovi podložni su nastupanju suše, koji ih mogu oštetiti ili uništiti i tako poljoprivrednim proizvođačima naneti velike gubitke. Ta izvesnost da

¹³ ZOO, čl. 925.

¹⁴ J. Veselinović, Privredno pravo, Poljoprivredni fakultet Novi Sad, 2011., str. 209.

¹⁵ E.G. Rejda: Principles of Risk Management and Insurance, 2005, p. 30.

¹⁶ J. Miloradović: Ekonomski efekti osiguranja u poljoprivredi i prehrambenoj industriji AP Vojvodine. Doktorska disertacija, Poljoprivredni fakultet, Novi Sad, 2004, str. 43.

¹⁷ isto

¹⁸ ZOO, čl. 925. st. 3.

svaki pojedinac može pretrpeti štetu, ali da se sa sigurnošću ne može reći hoće li je pretrpeti, naziva se rizik.¹⁹

Zakonska definicija polazi od toga da događaj s obzirom na koji se zaključuje osiguranje (osigurani slučaj) „mora biti budući, neizvestan i nezavisan od isključive volje ugovarača.”²⁰ Rizik se može definisati i kao stanje u kome postoji mogućnost negativnog odstupanja od poželjnog ishoda koji očekujemo ili kome se nadamo.²¹ Pojedini autori rizik definišu kao neizvesnost u pogledu ostvarivanja nekog budućeg događaja.²²

Osigurani slučaj suša je budući, pošto se ugovor o osiguranju zaključuje pre njegovog nastupanja, po pravilu do kraja setve.

Suša ispunjava i zakonsku odredbu da je „neizvesna” jer ugovarači, kako osiguravajuća organizacija, tako ni poljoprivredni proizvođač ne mogu da znaju da li će ona nastupiti. Istina, u tom pogledu postoje meteorološka predviđanja, ali su to ipak samo predviđanja i niko ne može garantovati realizaciju prognoze, pogotovo ne na mikro nivou, osigurane poljoprivredne površine. U odnosu na neke druge rizike od kojih se osigurava imovina (kao što su požar, krađa, saobraćajna nezgoda) mogućnost predviđanja su veća ali se ne može osporiti činjenica da je i pored toga suša neizvesan događaj. Možda bismo mogli dopuniti definiciju kao: „neizvestan događaj za koji se ne može sa velikom verovatnoćom potvrditi da li će se dogoditi” Ona je „nezavisna od isključive volje ugovarača” jer ukoliko je poljoprivredni proizvođač primenio uobičajene agrotehničke mere, uključujući i navodnjavanje, ukoliko je ono moguće i ukoliko je do tada navodnjavanje provodio, količina padavina ne može da zavisi niti od volje osiguravajuće organizacije, niti od poljoprivrednog proizvođača.

Iako je rizik suše postao realan, osiguranje od ovog rizika, pa time i zaključivanje ugovora o osiguranju od suše, još uvek nije značajno. Prema nekim procenama u Srbiji se osigurava ukupno oko 10% poljoprivredne proizvodnje, a u tom skromnom procentu udeo osiguranja od suše je najmanji. Kada su suočeni sa rizikom, donosioci odluka različito se ponašaju u zavisnosti od stava prema riziku. Oni mogu da poseduju sklonost, odbojnost i neutralnost prema riziku. Generalno najviše se govori o averziji (odbojnosti) prema riziku, koja podrazumeva negativno poimanje slučajnih kolebanja rezultata datog postupka, pa je potrebno dodatno „žrtvovanje” za njihovo odstranjivanje, odnosno smanjivanje.²³

¹⁹ T. Marković, M. Jovanović, Razvoj osiguranja useva i plodova u Srbiji, Agroekonomika, 207, br. 36, str. 104.

²⁰ Zakon o obligacionim od odnosima, Sl.list SRFJ 29/78, sa izmenama (ZOO), čl 898, st. 1.

²¹ E. Vaghan, T. Vagnan: Osnove osiguranja i upravljanja rizicima, 1995, str. 5

²² Jelena Kočivić, P. Šulejić: Osiguranje, Ekonomski fakultet, Beograd, 2002, str. 58.

²³ E. Berg: Assessing the farm level impacts of yield and revenue insurance> and expected value-variance approach, in: Proceedings of the Xth Congress of the European Association of Agricultural Economists (EAAE), yaragoya, 2002, p. 111.

4. ZAKLJUČENJE UGOVORA O OSIGURANJU USEVA I PLODOVA OD SUŠE

Ugovorne strane kod ugovora o osiguranju useva i plodova od suše, su sa jedne strane osiguravajuća organizacija, a sa druge strane svako lice koje ima interes da se ne dogodi osigurani slučaj, pošto bi inače pretrpeo neki materijalni gubitak. To znači da osiguranik može biti i poljoprivredni proizvođač koji je vlasnik zemljišta, ali i poljoprivrednik koji na tuđoj zemlji, po osnovu zakupa ili drugog pravno valjanog posla, realizuje poljoprivrednu proizvodnju.

Ugovor o osiguranju useva i plodova od suše zaključuje se u pisanoj formi. Preciznije, ugovor o osiguranju je zaključen kada ugovarači potpišu polis osiguranja ili list pokrića.²⁴ Prema posebnim uslovima²⁵ „osiguravač zadržava pravo da njegove stručne službe izvrše reviziju rizika, tj. pregled useva koji mogu biti predmet osiguranja u cilju provere stanja useva i plodova i primene odgovarajućih agrotehničkih mera i da shodno tome donesu odluku o prihvatanju ili neprivatanju zaključenja ugovora o osiguranju konkretnog useva.” Ovo je pravni nonsens jer ovaj stav sledi nakon stava da je ugovor o osiguranju zaključen „kad ugovarači potpišu polis ili list pokrića”. Ako je ugovor zaključen, naknadna „revizija rizika” dovodi u pitanje pravni karakter zaključenog ugovora, jer činjenica da na osnovu revizije „shodno tome donese odluku o prihvatanju ili neprihvatanju zaključenja ugovora o osiguranju konkretnog useva” ova revizija faktički tek stvara uslov za punovažnost zaključenog ugovora. Ako bi ovaj stav trebao da znači da osiguravač ima pravo da pregleda usev pre zaključenja ugovora onda nema mesta reći „revizija”. Osiguravač je, u svakom slučaju, u posebne uslove uneo odredbu koja može široko da se tumači, a postavljena je tako da može biti tumačena prvenstveno u korist osiguravača. Ako analiziramo odredbe Zakona o obligacionim odnosima, moglo bi se reći da u ove odredbe posebnih uslova u suprotnosti sa zakonskim normama. Naime prema Zakonu o obligacionim odnosima „pismena ponuda učinjena osiguravaču za zaključenje ugovora o osiguranju vezuje ponudioca, ako on nije odredio kraći rok, za vreme od osam dana oda dana kada je ponuda prispela osiguravaču, a ako je potreban lekarski pregled, onda za vreme od trideset dana. Ako osiguravač u tom roku ne odbije ponudu koja ne odstupa od uslova pod kojima on vrši predloženo osiguranje, smatraće se da je prihvatio ponudu i da je ugovor zaključen.”²⁶ U tom slučaju ugovor se smatra zaključenim kada je ponuda prispela osiguravaču. Kako se u pomenutim posebnim uslovima ne pominje rok od osam dana moguće je da ugovarač „reviziju rizika” vrši i nakon tog roka čime se probija zakonski rok, a na taj način osiguranik može biti oštećen. Ukoli-

²⁴ ZOO čl. 901.st. 1.

²⁵ Posebni uslovi *Generali osiguranja Srbija (PU Generali)*, preuzeto sa zvaničnog sajta 05.05.2016., član 6. stav 2.

²⁶ ZOO, čl 901.st. 2. i 3.

ko bi se direktno primenile zakonske odredbe osiguranik koji je dao pismenu ponudu za osiguranje svojih useva i plodova od rizika suše bio bi osiguran ukoliko u roku od osam dana osiguravač nije odbio ponudu. U tom slučaju smatralo bi se da je ugovor zaključen kada je ponuda prispela osiguravaču.

Osiguranje useva i plodova spada u oblast dobrovoljnog osiguranja. U predratnoj Kraljevini Jugoslaviji osiguranje useva i plodova od pojedinih rizika bilo je obavezno. Prema Zakonu o obaveznom obezbeđenju useva i plodova od grada /Službene novine Kraljevine Jugoslavije”, br 43/1931) u čl. 1 se navodi: „Ovlašćuje se Ministar poljoprivrede, da po predlogu banova a za pojedine banovine, uredbom propiše obavezno obezbeđenje useva i plodova od grada i razrezivanje troškova oko obaveznog obezbeđenja na svakog vlasnika i posednika (prитеžіоца), i to u vidu paušalnog uloga (osiguranine) po jedinici obrađene površine.”²⁷

U našim propisima ne postoje odredbe koji bi eventualno uslovljavale davanje državnih subvencija obavezom osiguranja useva i plodova od suše. Isto je i sa drugim rizicima, koji dovode do umenjenja prinosa. Sa druge strane, prema Zakonu o podsticajima u poljoprivredi i ruralom razvoju²⁸ predviđeni su „regresi za premiju osiguranja za useve, plodove, višegodišnje zasade, rasadnike i životinje” koji je određen „u minimalnom ukupnom iznosu od 40% plaćene premije osiguranja za prijavljene površine pod odgovarajućom kulturom do najviše 20 ha”. Do izmena ovog Zakona ovaj regres mogao se ostvariti za osigurane površine na većoj površini, do 100 ha. Pravilnik, koji je donet na osnovu ovog Zakona, predviđeno je da se pravo na regrese ostvaruje za osiguranje „useva i plodove od rizika umanjenja prinosa i rasadnika i mladih višegodišnjih zasada pre stupanja na rod od rizika koji su propisani uslovima osiguravajućih društava”²⁹. Iako Zakonom nisu posebno nabrojani rizici zbog kojih bi moglo doći do umanjenja prinosa jasno je da je i suša jedan od rizika zbog kojih može doći do umanjenja prinosa na usevima i plodovima. Prema Opštim uslovima³⁰ pojedinih osiguravajućih organizacija, suša se definiše kao umanjenje padavina u odnosu na merodavne višegodišnje količine padavina u periodima u kojim je potreba useva za vodom najveća. Ti periodi definišu se za svaku ratarsku kulturu posebno.

²⁷ Zakon o obaveznom obezbeđenju useva i plodova od grada, Uredba o obezbeđenju useva i plodova od grada u Dunavskoj banovini sa izmenom od 18.vgusta 1938. godine, broj M.P.V 56364/38 g. I Pravilnik za izvršenje Uredbe o baveznom obezbeđenju useva i plodova od grada u Dunavskoj banovini, Štamparija Dunavske banovine, Novi Sad 1979.-38, str. 3.

²⁸ Zakon o podsticajima u poljoprivredi i ruralnom razvoju, „Službeni glasnik RS”, br. 10/13), čl. 35.

²⁹ Pravilnik o uslovima, načinu i obrascu zahteva za ostvarivanje prava na regres za premiju osiguranja useva, plodova, višegodišnjih zasada, rasadnika i životinja, Sl. glasnik RS”, br. 48/16, 48/13

³⁰ Opšti uslovi za osiguranje useva i plodova, *Generali osiguranje Srbija (OU Generali)*, preuzeto sa zvaničnog sajta 05.05.2016 – Posebne odredbe, čl. 13.

Osim što je smanjena površina za koje se daje regres, nivo podsticaja od 40% je daleko manji od onoga koji se primenjuje u zemljama razvijenog sveta (od 60 – 80% bez ograničenja površine).³¹ Političke mere, kako pojedini autori nazivaju direktna plaćanja, interventne cene, sistem kvota i kratkoročne pomoći za slučaj katastrofalnih događaja, koje predstavljaju zamenu za osiguranje, gube polako vremenom na značaju.³²

U Zakonom o osiguranju, kao osnovnom zakonu za ovu oblast, osiguranje od suše razvrstano je u „ostala osiguranja imovine, koja pokrivaju štete na imovini nastale zbog loma mašina, provalne krađe, loma stakla, grada, mraza ili drugih opasnosti...”³³. Rizik grada se posebno ne pominje već je on u grupi „drugih opasnosti”. Smatramo da je usled globalnog zagrevanja, i sve većih posledica od suše eksplicitno navođenje suše u zakonu nužno. Sam ugovor o osiguranju uređen je Zakonom o obligacionim odnosima.³⁴ U ovom zakonu u odeljku „osiguranje imovine” pominje se „osiguranje useva i plodova i ostalih proizvoda zemlje”.³⁵ Iako postoje dva zakona koji regulišu oblast osiguranja, jedan većim delom u statusnom, a drugi u dinamičkom delu, ipak najznačajniji izvor prava za ugovor o osiguranju useva i plodova od rizika suše su opšti i posebni uslovi za osiguranje useva i plodova osiguravajućih organizacija. Kako kod nas samo jedna osiguravajuća organizacija ima u ponudi osiguranje useva i plodova od rizika suše, samim tim njihovi opšti i posebni uslovi postali su značajan izvor prava u ovoj oblasti.

5. PREDMET UGOVORA

Predmet ugovora o osiguranju useva i plodova od suše teoretski mogu biti svi usevi i plodovi. Bitno je da su ispunjeni osnovni uslovi za osigurani slučaj „da je događaj s obzirom na koji se zaključuje budući, neizvestan i nazavisan od isključive volje ugovarača osiguranja, osiguranika ili lica koje ima imovinski interes nad predmetom osiguranja”. Međutim, u praksi su predmet osiguranja samo oni usevi i plodovi koje osiguravajuće kuće imaju u svojoj ponudi osiguranja, odnosno oni koje oni žele da osiguraju od ovog rizika.

Osigurana opasnost je suša pod kojoj se podrazumeva „umanjenje merodavne količine padavina u odnosu na merodavnu višegodišnju količinu padavina”³⁶

³¹ N. Beljanski, „Država da deluje preventivno, ne da nadoknađuje gubitke”, <http://www.ekapija.com/website/sr/plainPage.php?id=1170168&tb=p>, preuzeto 03.07.2016.

³² G. Breustedt: Subventionen für landwirtschaftliche Einkommensversicherungen – Nutzlich und notwendig? In: Tagungsband 43. Jahrestagung der GEWISOLA, Stuttgart, 2003, S. 19

³³ Zakon o osiguranju, „Službeni glasnik Republike Srbije”, broj 139/14, čl 9.

³⁴ ZOO, čl. 897-965.

³⁵ ZOO, čl. 925. st. 3.

³⁶ PU *Generali*, čl. 3.

Suša se prema posebnim uslovima osiguravajućih organizacija meri prema odstupanju merodavnih količina padavina u osiguranom periodu u odnosu na merodavne višegodišnje padavine. Time se posebnim uslovima, kao autonomnim izvorima prava, daje relevantna kvalifikacija suše. Tako kada je predmet osiguranja merkantilni ili semenski kukuruz, merkantilna ili semenska soja ili merkantilna šećerna repa, rizik suše je nastupio: „kada je na određenoj zoni rizika suše zabeležena merodavna količina padavina niža od merodavne višegodišnje količine padavina za više od 30% i kada je usled umanjenja merodavne količine padavine u odnosu na merodavnu višegodišnju količinu padavina te zone rizika suše došlo do umanjenja ugovorenog prinosa po jedinici površine za više od 10%.”³⁷

Dakle za ispunjavanje uslova za nastanak štetnog događaja neophodno je da je količina padavina u odnosu na merodavni višegodišnji proseka manja za 30%, kao i da je umanjenje prinosa manje za najmanje 10%. Nekoliko elemenata, koji se tiču osiguranog slučaja zavređuje analizu. Prvo je pitanje neizvesnosti, a polazeći od činjenice da „osigurani slučaj mora biti budući, neizvestan i nezavisan od isključive volje ugovarača osiguranja, osiguranika ili lica koje ima imovinski interes na predmetom osiguranja”. Neizvesnost, kao uslov je značajno manja nego u drugim oblastima osiguranja, gde je mogućnost predviđanja znatno umanjena ili onemogućena. Druga dilema može se ticati pravičnosti odredbe o neophodnosti kumulativne ispunjenosti dva uslova: manja količini padavina od najmanje 30% i procenat umanjenja ugovorenog prinosa po jedinici površine za više od 10%. To možemo posmatrati na dva načina: pretpostavljeni dodatni troškovi koje je osiguranih imao u navodnjavanju usled manje količine padavina, čime je umanjio štetu od nastupajuće suše. Time je smanjio štetu ali je korist od toga pripala osiguravajućoj organizaciji jer je umanjenje prinosa osiguranik sveo npr. ispod 10%. Drugi slučaj, mogao bi se ticati štete koja je veća od 10% iako je razlika u merodavnim količinama padavina bila ispod 30%. Taj slučaj mogao bi da se desi ukoliko su vreli dani ili suv vetar anulirali pozitivne efekte padavina.

Poljoprivrednici prilikom zaključenja ugovora moraju da imaju u vidu da prema posebnim uslovima osiguranja useva i plodova od suše, koje donose osiguravajuće organizacije, predmet ugovora nisu štete koje nastaju usled dejstva visokih temperatura i neujednačenog rasporeda padavina tokom vegetacionog perioda, kao i usled nedostatka dubinske vlage, nedostajuće vlažnosti vazduha, i bilo kog drugog atmosferskog i drugog uticaja koji nije rizik suše u skladu sa definicijom datom u posebnim uslovima osiguravajuće organizacije.³⁸ Na ovaj način relativizuje se pojam suše, koja se prema posebnim uslovima svodi na usko značenje pojma „umanjene količine padavina u odnosu na prethodni referentni period”, kao i štetu nastalu na osnovu toga. Posebno pravno pitanje je utvrđivanje visine štete

³⁷ Čl. 4, stav 3.

³⁸ PU *Generali*, čl. 5. st 4.

koja je prouzrokovana umanjanim količinama padavina, koje su predmet osiguranja u odnosu na efekte npr. visokih temperatura ili neujednačenog rasporeda padavina.

Prema sadašnjim uslovima kod nas od rizika suše mogu da se osiguraju: merkantilni i semenski kukuruz, merkantilna i semenska soja i merkantilna šećerna repa. Ne smatraju se predmetom osiguranja usevi i plodovi: koju su zasejani (zasađeni) na parcelama koje nemaju svoju identifikacionu oznaku, koji su zasejani (zasađeni) na parcelama koje se prema zonama rizika geografski ne nalaze unutar administrativnih opština. Osiguranjem nisu pokrivene štete niti umanjivanja prinosa koji su nastali usled: bilo kakvog razloga koji nije osigurani slučaj; dejstva bolesti, štetočina ili lošeg nicanja; nepridržavanja propisa proizvodne tehnologije, tj. primene optimalnih agrotehničkih mera za dati rejon i datu kulturu (rokovi setve, dubina setve, đubrenje, itd.) ili njihovog nepravilnog sprovođenja; dejstva visokih temperatura, neujednačenog rasporeda padavina tokom vegetacionog perioda, nedostatka dubinske vlage, neodgovarajuće vlažnosti vazduha i bilo kog atmosferskog i drugog uticaja koji nije rizik suše.

6. BITNI ELEMENTI UGOVORA

Prema Zakonu o obligacionim odnosima ugovor o osiguranju, odnosno polisa, treba da sadrži sledeće elemente: ugovorne strane, osiguranu stvar, odnosno osigurano lice, rizik obuhvaćen osiguranjem, trajanje osiguranja i period pokrića, svota osiguranja ili da je osiguravanje neograničeno, premija ili doprinos, datum izdavanja polise i potpisi ugovorenih strana.³⁹ Ugovor o osiguranju useva i plodova od rizika suše treba da sadrži i elemente specifične za ovaj ugovor. Neophodno je da su njime uređena pitanja koja se tiču: merodavnog mernog mesta, perioda merenja, merodavne maksimalne količine padavina u periodu merenja, merodavne količine padavina u periodu merenja i alternativne podatke o dnevnoj količini padavina, merodavnoj količini padavina, zoni rizika suše i merodavnoj višegodišnjoj količini padavina. Ova pitanja u analiziranom slučaju data su u posebnim uslovima za osiguranje useva i plodova od rizika suše⁴⁰, a time postaju sastavni deo zaključenih ugovora.

Da bi se na adekvatan način utvrdila merodavna količina padavina u periodu merenja neophodno je utvrditi koja su merodavna merna mesta za svaki pojedini ugovor o osiguranju. Merodavna merna mesta su merodavne klimatološke stanice Republičkog hidrometerološkog zavoda Srbije (RHMZ), sa svojim međunarodnim oznakama i lokacijama, određene za svaku zonu rizika suše posebno u

³⁹ ZOO, čl. 902.

⁴⁰ PU *Generali*

skladu sa odgovarajućim tarifama premija osiguravača, ili odgovarajuće Prognožno – izveštajne službe zaštite bilja AP Vojvodine (PIS).

Periodi merenja podrazumevaju niz od 10 ili 11 uzastopnih dana tokom kalendarskog meseca. Period merenja se određuje na način da svaki kalendarski mesec sadrži tri perioda merenja.

Merodavna količina padavina u periodu merenja podrazumeva zvanični podatak RHMZ ili PIS o zbiru količina padavina zabeleženih na merodavnim mer-nim mestima tokom perioda merenja. Za svako merodavno merno mesto neop-hodno je ugovoriti alternativno merno mesto.

Ugovorom o osiguranju useva i plodova od rizika suše neophodno je utvrdi-ti merodavnu maksimalnu količinu padavina tokom perioda merenja (kumulativ-no za period merenja). Ova odredba donekle štiti osiguranika kako se ekstremni pljuskovi, provale oblaka i sl.ne bi negativno odrazile na ukupne merodavne ko-ličine padavina. Ukoliko se tokom jednog perioda merenja zabeleže veće količine padavina od navedenog u ugovoru kao gornja granica, navedena maksimalna količina padavina se uzima kao referentna.

Referentni vremenski period podrazumeva vremenski period tokom godine kada se utvrđuju parametri vezani za rizik suše. Njegov početak i kraj zavisi od vrste useva i plodova na osnovu agroekonomskih karakteristika određene vrste useva i plodova.

Merodavna količina padavina predstavlja zbir svih merodavnih količina pa-davina u periodu merenja tokom referentnog vremenskog perioda izmerenih na merodavnoj klimatološkoj stanici

Zona rizika suše podrazumevaju se teritorije administrativnih opština Re-publike Srbije razvrstanih u skladu sa merodavnim mernim mestima. Za svaku pojedinu zonu rizika suše određuje se jedno merodavno mesto – klimatološka stanica RHMZ, a u okviru koje može postojati jedna ili više automatskih meteo-roloških stanica PIS-a, u skladu sa odgovarajućim tarifama premija osiguravača i ugovora se na svakom pojedinom ugovoru o osiguranju – polisi ili njenim prilo-zima.

Kao osnov za određivanje razlike u količini padavina u odnosu na godinu osiguranja određuje se merodavna višegodišnja količina padavina. Merodavna višegodišnja količina padavina za svaku pojedinu zonu rizika i svaki pojedini referentni period utvrđuje se na osnovu višegodišnjih dnevnih količina padavina zabeleženih od strane RHMZ-a, kao zvaničnih podataka. Pod merodavnom više-godišnjom količinom padavina podrazumeva se proizvod koeficijenta 1,45 i sred-nje vrednosti 10 najnižih količina padavina izmerenih tokom referentnog pvre-menskog perioda, posmatrajući svaku pojedinu godinu za višegodišnji period od 1961. do 2012.godine, na osnovu dostupnih podataka RHMZ-a i zaokruženih na jedno decimalno mesto.

7. PREMIJA OSIGURANJA

Premija osiguranja je novčani iznos koji osiguranik plaća osiguravaču, kao uslugu za prenos rizika. Ona se može predstaviti i kao cena rizika, jer je rizik najznačajniji element koji određuje visinu premije. Premija osiguranja mora odgovarati riziku u određenom vremenskom periodu, odnosno treba da je srazmerna dužini perioda u kome se rizik pokriva.⁴¹ Za osiguranika premija osiguranja je jedinstvena i izražava se u ukupnom iznosu dok je za osiguravača ona sastavljena iz više delova sa različitim namenom.⁴² Visina premije osiguranja useva i plodova od suše zavisi od biljne vrste, ali i od ugovorene visine pokrića, lokacije na kojoj se usevi i plodovi osiguravaju, planiranog prinosa i ugovorene proizvođačke cene useva ili prodova..

Opštim uslovima je definisano da je ugovarač osiguranja dužan da plati premiju osiguranja, ali je osiguravač dužan da primi uplatu premije od svakog lica koje ima pravni interes da ona bude plaćena.⁴³ Ako se ugovori plaćanje premije u ratama, može da se zaračuna ugovorna kamata, a ako se dospela rata ne plati u ugovorenom roku, može se računati zatezna kamata. Osiguravač ima mogućnost da umanju iznos naknade iz osiguranja za isplatu za iznos dospele a nenaplaćene premije osiguranja. U ovom delu analizirani opšti i posebni uslovi su određenoj koliziji jer se u posebnim uslovima se navodi da „obaveza osiguravača da plati naknadu iz osiguranja počinje 24 časa od dana koji je u polisi osiguranja označen kao početak osiguranja, pod uslovom da je do tada plaćena premija osiguranja.”⁴⁴ Iz ove odredbe proizlazi zaključak da se naknada isplaćuje samo ukoliko je „do tada plaćena premija osiguranja”, pa tako nema prostora da se iz „naknade iz osiguranja umanju iznos neplaćene premije”, kako piše u opštim uslovima. Imajući u vidu da po opšteprihvaćenoj pravnoj teoriji prioritet u primeni imaju posebni uslovi u odnosu na opšte mogli bi smo da zaključimo da pored odredbi u opštim uslovima osiguranik nema pravo na isplatu naknade iz osiguranja ukoliko nije platio dospelu premiju osiguranja.

Postavlja se pitanje da li osiguranik ima obavezu da plati premiju ako iz bilo kog razloga usev uopšte nije zasejan ili zasađen. Prema odredbama koje smo analizirali u opštim uslovima osiguranik se u ovom slučaju može osloboditi plaćanja premije, a obaveza je na osiguraniku da se pismenim putem obrati osiguravaču i traži oslobađanje plaćanja premije po ovom osnovu, ali najkasnije do optimalnog roka za žetvu odnosno berbu za osigurani usev ili plod.

Premija osiguranja određuje se prema tarifi osiguravača i po pravilu važi za jedan period osiguranja, odnosno za vreme od zaključenja ugovora o osiguranju do ubiranja useva ili plodova. Tarife obično uključuju i moguće popuste.

⁴¹ B. Marović: *Osiguranje i špedicija*, 2001, str. 40.

⁴² J. Kočović, P. Šulejić: *Osiguranje*, 2006, str. 116.

⁴³ OU *Generali*, čl. 6.

⁴⁴ PU *Generali*, čl. 7. st 3.

8. TRAJANJE OSIGURANJA

Prema Zakonu o obligacionim odnosima ugovor je zaključen kad ugovarači potpišu polisu osiguranja ili listu pokrića. Ukoliko osiguravač ne odbije ponudu koju je dobio od osiguranika, u zakonskom roku od osam dana ili kraćem roku koji je odredio osiguranik, u tom slučaju ugovor se smatra zaključenim danom kada je ponuda prispela osiguravaču.⁴⁵ Na primer, ako je ponuda prispela npr. 20. marta, a osiguravač u roku od osam dana ili nekom kraćem roku, koji je odredio osiguranik, nije odbio ponudu smatra se da je ugovor zaključen 20. marta. Ove zakonske odredbe dopunjene su kroz posebne uslove osiguravajućih organizacija. Jedna od tih odredbi je da osiguranje useva i plodova „počinje istekom 24 časa dana naznačenog na polisi kao početak osiguranja i traje do isteka 24 časa dana naznačenog na poslisi kao istek osiguranja, pod uslovom da je plaćana premija osiguranja”⁴⁶ Definisani su i rokovi do kojih mogu da se zaključe ugovori o osiguranju useva i polodova od suše. Do 30. aprila tekuće godine moguće je zaključiti ugovor o osiguranju od rizika suše za merkantilnu šećernu repu, a do 10. maja tekuće godine za merkantilni i semenski kukuruz.

Obaveza osigurača da plati naknadu iz osiguranja počinje u 24,00 časa od dana koji je u polisi osiguranja označen kao početak osiguranja, pod uslovom da je do tada plaćena premija osiguranja.⁴⁷ Ako se drugačije ne ugovori, obaveza osiguravača za naknadu iz osiguranja prestaje istekom 24,00 časa dana koji je u polisi naznačen kao istek osiguranja.

9. PROCENA ŠTETE I UTVRĐIVANJE NAKNADE PO OSNOVU UGOVORA O OSIGURANJU

Pod naknadom iz osiguranja podrazumevaju se sva izdvajanja iz fonda za osiguranje, kada nastupe predviđeni nepovoljni slučajevi, odnosno kada se dese ekonomski štetni događaji.⁴⁸

Po prijemu prijave o nastalom osiguranom slučaju od strane osiguranika, osiguravač je dužan da pristupi utvrđivanju i proceni štete. Utvrđivanje i procenu štete vrši poljoprivredni stručnjak osiguravača. Proceni štete može prisustvovati osiguranik ili njegov predstavnik u cilju pružanja potrebnih podataka za utvrđivanje osnova i visine štete. Procenom štete se utvrđuje procentualno umanjeње prinosa predmeta osiguranja u odnosu na ugovoreni prinos na polisi osiguranja zbog

⁴⁵ ZOO, čl. 901.

⁴⁶ PU *Generali*, čl 7.st. 1.

⁴⁷ PU *Generali*, čl. 7. st. 3.

⁴⁸ J. Kočović, P. Šulejić: *Osiguranje*, 2006, str. 137.

umanjenja merodavne količine padavina u odnosu na merodavnu višegodišnju količinu padavina za tu zonu rizika određenu polisom osiguranja.

Osiguravajuće organizacije definišu i „maksimalne procenite umanjenja prinosa” koji se mogu primeniti u skladu sa ugovorom o osiguranju useva i plodova od suše. Za to se daju i posebne tabele umanjenja. Na osnovu tih maksimalizovanih obaveza osiguravača njihova obaveza za nadoknadom iz osiguranja po svakom pojedinom osiguranom usevu „ni u kom slučaju ne može biti veća od 30% (ili 40% ako je posebno ugovoreno)”⁴⁹. Tako ako je zabeleženo umanjenje merodavne količine padavina u odnosu na merodavnu višegodišnju količinu padavnina preko 50%, pa čak i ako je šteta na usevima i plodovima veća od tog procenta obaveza osiguravača ograničena je na 30%, odnosno 40% u odnosu na ugovoreni prinos sa polise.

Procena štete od rizika suše vrši se u skladu sa opštim uslovima poslovanja osiguravača, u kojim su date odredbe o načinu utvrđivanja obima štete. Procena štete se vrši po prijemu prijave o nastalom osiguranom slučaju. Utvrđivanje i procenu štete vrše poljoprivredni stručnjaci osiguravača, a proceni može prisustvovati osiguranik ili njegov predstavnik „radi pružanja potrebnih podataka za utvrđivanje osnova i visine štete”.⁵⁰ Procena može biti prethodna (pretprocena) i konačna. Kada je procena prethodna, ne utvrđuje se konačna visina štete, već se samo utvrđuje stanje useva i plodova, priroda oštećenja i drugi elementi koji su od važnosti za konačno utvrđivanje, odnosno procenu štete. Konačnom procenom utvrđuju se svi potrebni elementi neophodni za utvrđivanje visine naknade iz osiguranja.⁵¹ Kada su usevi i plodovi oštećeni i dejstvom neke druge opasnosti koja osiguranjem nije obuhvaćena, utvrđuje se koliki je procenat oštećenja od te opasnosti i za visinu tog procenta smanjuje se visina prinosa koji bi se dobio da oštećenja od tih rizika uopšte nije bilo. Kada se oštećeni usev ili plod mora požnjati ili obrati a procena štete još nije izvršena, osiguranik je dužan da ostavi kontrolne uzorke.

Postoji mogućnost da se osiguranik ne složi sa procenom procenitelja, koga je angažovala osiguravajuća organizacija. U tom slučaju realizuje se superveštačenje, koje je posebno uređeno opštim uslovima osiguravajuće organizacije.

Prema Zakonu o obligacionim odnosima⁵² „u slučaju kad je ugovor zaključen prema unapred odštampanom sadržaju, ili kad je ugovor bio na drugi način pripremljen i predložen od jedne ugovorne strane, nejasne odredbe tumačiće se u korist druge strane”. Svakako je osiguranik kada je u pitanju ugovor o osiguranju plodova i useva od suše ugovorna strana koja „pristupa” već unapred pripremlje-

⁴⁹ PU *Generali*, čl. 9. st. 5.

⁵⁰ OU *Generali*, čl. 23.

⁵¹ J. Miloradić: Ekonomski efekti osiguranja u poljoprivredi i prehrambenoj industriji AP Vojvodini, 2004, str. 108

⁵² ZOO, čl 100.

nom ugovoru i po tom osnovu zakon joj obezbeđuje zaštitu, ali je domet ove zaštite ograničen jer su odredbe posebnih uslova najčešće jasne ali idu na štetu osiguranika. U tom pogledu trebalo bi analizirati potrebu zakonskih izmena koje bi dodatno ograničile mogućnost da se kroz posebne uslove u bitnome ugrozi pozicija jedne ugovorne strane. Pored veće transparentnosti posebnih uslova bilo bi nužno da osiguranik svojim potpisom overi sve odredbe koje relativizuju njegova prava, a ekstenziviraju njegove obaveze. Treba imati u vidu da je u ovom slučaju na jednoj strani stručna i profesionalna organizacija, a na drugoj strani poljoprivredni proizvođač, kojemu oblast osiguranja nije profesija.

10. RAZGRANIČENJE UGOVORA O OSIGURANJU OD VREMENSKOG DERIVATIVNOG UGOVORA

Pored ugovora o osiguranju useva i plodova od suše u svetu sve veći značaj ima vremenski derivativni ugovor kojim se korisnik osigurava od nedovoljne količine padavina. Ovi ugovori pogodni su i za njihovu trgovinu na berzi. U Srbiji se oni tek izučavaju, ali je važno napraviti razliku u odnosu na klasične ugovore o osiguranju useva i plodova od suše.

Osnovna razlika između ugovora o osiguranju plodova i useva od suše i vremenskog derivativnog ugovora o kupovini „vremenske budućnosti” koji u osnovi imaju predupređenje rizika od nedovoljne količine padavina (suša) ogleda se u činjenici da kod vremenskog ugovora nije bitna veličina štete od suše već količina padavina koja je manja od višegodišnjeg referentnog perioda. Za razliku od vremenskog ugovora, kod ugovora o osiguranju, činjenica da je merodavna količina padavina niža od merodavne višegodišnje količine padavina je samo uslov da se pristupi proceni štete i tek ukoliko se utvrdi da je u zoni osiguranoj od rizika suše došlo do umanjjenja ugovorenog prinosa (i to najčešće više od 10%) isplaćuje se naknada te štete.

Sa druge strane, prema Zakonu o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata, čl. 3. u finansijske instrumente se ne ubrajaju polise osiguranja i reosiguranja i drugi proizvodi osiguranja društava za osiguranje. Ugovor o osiguranju iako sui generis, svrstava se u ugovore robnog prometa. Sama zakonska definicija ugovora o osiguranju pravi jasnu razliku u odnosu na ostale slične poslove. „Ugovorom o osiguranju obavezuje se ugovarač osiguranja da, na načelima uzajamnosti i solidarnosti udružuje određeni iznos u zajednici osiguranja, odnosno zajednici rizika (osiguravač), a zajednica se obavezuje da, ako se desi događaj koji predstavlja osigurani slučaj, isplati osiguraniku ili nekom trećem licu naknadu, odnosno ugovorenu svotu ili učini nešto drugo.”⁵³

⁵³ ZOO, čl. 897.

Izvesno je da se mora konstatovati činjenica da vremenski derivati, kojima se osiguravaju usevi od nedovoljne količine padavina ili drugih vremenskih neprilika, imaju mnogo elemenata ugovora o osiguranju. To ova dva pravna posla čini sličnim ali je bitno naglasiti i ono što ova pravna posla čini različitim. Gledajući sa ekonomske strane razliku između vremenskih ugovora i ugovora o osiguranju „vremenski derivatima se pokrivaju događaji nivoa rizika, ali visoke verovatnoće nastupanja, dok se osiguranjem pokrivaju štetni događaji visokog rizika, ali male verovatnoće nastajanja.”⁵⁴ Na osnovu toga, vremenski derivati, za razliku od osiguranja, polaze od činjenice da odstupanja od svega nekoliko stepeni temperature ili nekoliko mm padavina mogu da ugroze prihode.

⁵⁴ T. Marković, *Vremenski derivati i upravljanje rizikom u poljoprivredi*, monografija, Univerzitet u Novom Sadu, Poljoprivredni fakultet, 2013, str. 112.

*Janko P. Veselinović, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Agriculture Novi Sad
veselinovic.janko@gmail.com*

*Todor Đ. Marković, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Agriculture Novi Sad
todor.markovic@polj.edu.rs*

*Dr Marijana Dukić Mijatović, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Economics Subotica
m.mijatovic@ef.uns.ac.rs*

Legal and Economic Aspects of Contracts of Insurance of Crops and Yields against Drought

Abstract: *The contract of insurance of crops and yields against drought is based on the risk of decrease of precipitation in comparison with an earlier relevant period. The authors analysed the specificities of the case of draught risk, but also other regulations characteristic of this contractual relationship, both from the economic and the legal point of view. The paper also treats the position of contractual parties in this contractual relationship, partly arising from the monopolising position of the insuring organisation. That part also analyses the contract freedom that is endangered due to unequal positions of contractual parties. Special attention is paid to legal sources, especially the general and special conditions of insurance organisations, seeing as they are the main source of law, as there is a lack of legal regulation of this field. The number of Serbian insurance organisations that offer this type of insurance is extremely low, as well as the percentage of insurance against this risk.*

The authors analyse the reasons for which this type of insurance is underdeveloped in Serbia, as well as the consequences of such a state to a safe agricultural production. The paper also covers the topic of the role of legislators and the state in general, in terms of regulation of certain elements of this contractual relation, but also in terms of state incentives that would contribute to a higher percentage of insured agricultural areas. This would reduce the uncertainty and the damage suffered by agricultural producers due to increasing weather fluctuations. Taking into account the inadequate legal and economic tradition, education

in this field would represent a significant contribution to the development of this kind of insurance.

The authors analyse the difference between the contracts of insurance of crops and yields against drought and the weather derivative contracts, which can be traded on the stock market.

Keywords: *insurance, drought, contract, legal, economic*

Datum prijema rada: 21.07.2016.

*Dr Sandra S. Fišer Šobot, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
S.FiserSobot@pf.uns.ac.rs*

KONCENTRACIJE SPAJANJEM UČESNIKA NA TRŽIŠTU I KONCENTRACIJE STICANJEM KONTROLE U PRAVU KONKURENCIJE SRBIJE I EVROPSKE UNIJE

Sažetak: *Relevantni izvori prava konkurencije Srbije i Evropske unije ne definišu šta se smatra koncentracijom, nego određuju koje poslovne operacije vode koncentraciji učesnika na tržištu. Prema tome da li utiču na promenu pravnog položaja učesnika u koncentraciji, sve koncentracije mogu da se podele na sledeći način. Prvu grupu čine koncentracije koje dovode do statusnih promena učesnika na tržištu, odnosno u kojima jedan ili oba učesnika na tržištu gube pravni subjektivitet. To su koncentracije spajanjem. Drugu grupu predstavljaju koncentracije sticanjem kontrole nad ciljnim društvom. U ovom slučaju učesnici u koncentraciji povezuju se ugovorom, a između njih se uspostavlja odnos nadređenosti i podređenosti. Konačno, zajedničko ulaganje dva ili više učesnika na tržištu za trajno obavljanje svih funkcija samostalnog privrednog subjekta smatra se koncentracijom, a osnov mu je ugovorno povezivanje jer se njime ne menja pravni položaj učesnika na tržištu.*

Predmet rada je pojmovno određenje i analiza koncentracija spajanjem učesnika na tržištu i koncentracija sticanjem kontrole u pravu konkurencije Srbije i Evropske unije.

Ključne reči: *pravo konkurencije, koncentracije, spajanja, kontrola, odlučujući uticaj.*

1. UVODNA RAZMATRANJA

Koncentracije učesnika na tržištu, pored restriktivnih sporazuma i zloupotrebe dominantnog položaja, predstavljaju treći institut većine modernih prava konkurencije. Koncentracije su zabranjene ako se njima stvara i/ili jača dominantan

položaj na tržištu ili ako je njihova posledica slabljenje konkurencije. Utvrđivanje uticaja koncentracije na tržišnu utakmicu vrši se u postupku njihove kontrole, jer se tada vrši se razgraničenje između štetnih i onih transakcija koje podstiču konkurenciju.¹ Kontrolom koncentracija obezbeđuje se da procesi promene tržišne strukture putem spajanja ili povezivanja tržišnih učesnika ne uzrokuju trajnu štetu konkurenciji. Pojmovno određenje koncentracija je od suštinskog značaja za postupak njihove kontrole.

Pravno regulisanje koncentracija u EU rezultat je višegodišnjeg razvoja pravnih pravila.² Danas je na snazi *Uredba Saveta (EZ) br. 139/2004 od 20. januara 2004. godine o kontroli koncentracija između preduzeća*³ (dalje u tekstu: *Uredba 2004*). Pored toga, Komisija EU usvojila je 2008. godine *Prečišćeni tekst Obaveštenja o nadležnosti na osnovu Uredbe o kontroli koncentracija između preduzeća*⁴ (dalje u tekstu: *Obaveštenje EK*) čija je svrha pružanje smernica u vezi sa najvažnijim pitanjima u pravu koncentracija. Radi se o sveobuhvatnim i obavezujućim uputstvima na osnovu kojih učesnik na tržištu može brzo da utvrdi da li je i u kojoj meri njegova namera obuhvaćena normama o kontroli koncentracija, čak i pre nego što se obrati Komisiji EU. U Obaveštenju je određen pojam koncentracije i zajedničkog poduhvata sa potpunim funkcijama, na koje učesnike na tržištu se primenjuje i način računanja godišnjeg prihoda.⁵

¹ O značaju konkurencije vid. Jovana Đuričić, „Usaglašena praksa i/ili svesni paralelizam na oligopolističkom tržištu”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (Zbornik radova PFNS)*, 1/2011, 550.

² Budući da osnivački ugovori nisu sadržali odredbe o koncentracijama, shodno su primenjivani čl. 81 i 82 *Ugovora o Evropskoj zajednici* (dalje u tekstu: *UEZ*). Komisija EU i Sud pravde pokušavali su da postojeću pravnu prazninu popune tumačenjem čl. 81 i 82 *UEZ* tako da se njima obuhvate i neke koncentracije. Vid. presudu u predmetu *Continental Can (Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities, Case 6-72, 21 February 1973)*. Vid. više kod H. Gamerith, M. Winner, *Wettbewerbsrecht II KartG – Kartellrecht*, Wien, 2014⁸, 97; R. D. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Kragujevac 2011, 415.

Navedene odredbe nisu mogle da budu osnov preventivne sveobuhvatne kontrole koncentracija, pa je Savet ministara 1989. godine usvojio *Uredbu Saveta (EEZ) br. 4064/89 od 21. decembra 1989 o kontroli koncentracija između preduzeća (Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings*, Official Journal L 395, 30.12.1989, 1-12). *Uredba iz 1989. godine izmenjena je Uredbom Saveta (EZ) br. 1310/97 od 30. juna 1997. o izmeni Uredbe (EEZ) br. 4064/89 o kontroli koncentracija između preduzeća (Council Regulation (EC) No 1310/97 of 30 June 1997 amending Regulation (EEC) No 4064/89 on the control of concentrations between undertakings*, Official Journal L 180, 09.07.1997, 1-6.) kojom su uvedene značajne izmene u pravo koncentracija.

³ *Uredba 2004.* je usvojena 20. januara 2004. godine, a stupila je na snagu 1. maja 2004. godine. *Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings*, Official Journal L 24, 29.1.2004.

⁴ *Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings*, OJ C95, 16.04.2008.

⁵ Vid. *Obaveštenje EK*, 4, para 3.

U Srbiji donet je 2009. godine *Zakon o zaštiti konkurencije*⁶ (dalje u tekstu: ZZK). Njime je regulisana i oblast koncentracija i njihove kontrole. ZZK u osnovi sledi rešenja Uredbe iz 2004.

U domaćem pravu konkurencije koristi se pojam koncentracije.⁷ U pravu EU i Srbije koncentracije predstavljaju opšti pojam kojim su obuhvaćeni slučajevi spajanja učesnika na tržištu, sticanja kontrole nad ciljnim društvom i zajednički poslovni poduhvat (*joint venture*), odnosno zajedničko ulaganje.⁸

U pogledu terminologije, u evropskom pravu konkurencije postoji autonoman pojam *undertaking* (nem. *das Unternehmen*, hrv. *poduzetnik*), čije stvaranje je bilo nužno da bi se prevazišle razlike između pravnih pravila država članica. U srpskom jeziku *undertaking* se uobičajeno prevodi kao preduzeće. Iako prevod nije u potpunosti adekvatan, u radu će biti korišćen u onom značenju koje mu daje komunitarno pravo. Preduzeće u evropskom pravu konkurencije predstavlja posebnu kategoriju pravnih subjekata na koje se primenjuju pravila konkurencije. U izvorima prava EU ne određuje se pojam preduzeća. Definicije se nalaze u odlukama Komisije i presudama sudova, koje pojam tumače široko. Naime, u pojmovnom određenju Komisija i sudovi polaze od tzv. funkcionalnog pristupa pri čemu se u obzir uzima delatnost i funkcija subjekta, dok je potpuno irelevantan njegov pravni oblik ili forma.⁹

U domaćem pravu koristi se opšti pojam *učesnik na tržištu*, koji je nastao po ugledu na *undertaking*, ali oni nisu sadržinski identični.¹⁰ Učesnikom na tržištu smatra se svako pravno i fizičko lice koje neposredno ili posredno, stalno, povremeno ili jednokratno učestvuje u prometu robe, odnosno usluga, nezavisno od njihovog pravnog statusa, oblika svojine ili državljanstva, odnosno državne pripadnosti.¹¹

⁶ Službeni glasnik RS, br. 51/2009 i 95/2013.

⁷ Čl. 17 ZZK.

⁸ U engleskoj terminologiji postoji dualitet i koriste se termini *merger* i *concentration*. Pojam *merger* u užem smislu koristi se u pravu privrednih društava i odnosi se na statusnu promenu spajanja, dok se u širem smislu poklapa sa terminom *concentration*. Pritom je *concentration* termin karakterističan za evropsko pravo konkurencije, dok je *merger* svojstven engleskom pravu.

⁹ O pojmu preduzeća vid. više kod A. Pošćić, „Pojam poduzetnika u evropskom pravu tržišnog natjecanja”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (Zbornik PF SR)*, 2/2008, 921-933.

Preduzeće u komunitarnom pravu konkurencije je „svaki subjekat koji obavlja privrednu delatnost nezavisno od njegove forme i finansiranja”. Vid. obimnu sudsku praksu kod J. Bornkamm, F. Montag, F.J. Säcker, *Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht – Kartellrecht, Missbrauchs- und Fusionskontrolle*, Band I, München 2015², 2620 fn. 11.

¹⁰ Vid. više kod I. Rakić, *Koncentracije privrednih subjekata u Republici Srbiji sa osvrtom na pravo Evropske unije*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2014, 13-14.

¹¹ Vid. čl. 3(1) ZZK.

2. POJAM KONCENTRACIJA

Pojmovno određenje koncentracija je suštinski važno za transparentnost postupka njihove kontrole. Učesnici na tržištu treba da znaju da li su njihove transakcije obuhvaćene pravilima o kontroli koncentracija iz najmanje dva razloga. Prvi razlog, ako određeno ponašanje može da se smatra koncentracijom tržišni učesnici treba svoje postupanje da usklade sa pravilima kojima su regulisane koncentracije i njihova kontrola. Drugi, ako transakcija ne predstavlja koncentraciju, a narušava konkurenciju ona će biti obuhvaćena odredbama o zabrani zloupotrebe dominantnog položaja ili zabrani restriktivnih sporazuma. Upravo pojam koncentracije predstavlja osnov za razgraničenje da li se na npr. sporazum učesnika na tržištu primenjuju pravila o kontroli koncentracija ili pravila kojima se kontroliše ponašanje učesnika na tržištu. Naime, na sporazume koji predstavljaju koncentraciju isključivo se primenjuju pravila o kontroli koncentracija, dok se na sve ostale sporazume učesnika na tržištu primenjuju pravila iz čl. 101 FEU¹², odnosno čl. 10 ZZK.

Koncentracije možemo pojmovno odrediti kao različite oblike trajnog povezivanja učesnika na tržištu na statusnoj i/ili ugovornoj osnovi kojima se stvara pravno i/ili faktičko (ekonomsko) zajedništvo između učesnika koncentracije, pri čemu su učesnici koncentracije pre sprovedene koncentracije bili pravno i ekonomski nezavisni.¹³

Koncentracijama se smatraju samo one operacije kod kojih postoji promena u kontroli nad učesnikom na tržištu i kod kojih je promena kontrole trajna.¹⁴ Trajne promene u kontroli nad učesnikom na tržištu vode promenama tržišne strukture¹⁵ i, shodno tome, za njih je zainteresovano pravo konkurencije.

¹² Vid. J. Bornkamm, F. Montag, F.J. Säcker, 2618.

¹³ Spajanja su takve poslovne transakcije u kojima su dva ili više prethodno ekonomski nezavisnih preduzeća kombinovana na takav način koji uključuje trajnu promenu u strukturi ili vlasništvu jednog ili više odnosnih preduzeća. Vid. *Defining „Merger” Transactions for Purposes of Merger Review* dostupno na www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc327.pdf. (jul 2015).

Koncentracije se mogu odrediti kao različiti oblici statusnog ili ugovornog objedinjavanja privrednih subjekata kojima se na trajnoj osnovi menja kontrola nad jednim ili više privrednih subjekata i kojima se oni dovode pod zajedničku kontrolu, čime se ostvaruje poslovno jedinstvo svih učesnika u koncentraciji koji su do tada bili nezavisni. I. Rakić, 9.

Vid. sličnu definiciju kod D. Akšamović, „Pravni režim za koncentracije poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja EZ i Hrvatske s posebnim osvrtom na mjere restrukturiranja koncentracija i mjere praćenja ponašanja sudionika koncentracije”, *Zbornik PFSR*, 2/2008, 1035.

Pod koncentracijama se u pravu konkurencije podrazumevaju sve promene koje dovode do spajanja, pripajanja, preuzimanja privrednih društava ili ostvarivanja kontrole nad određenim učesnikom na tržištu od strane drugog učesnika na neki drugi način. B. Begović, V. Pavić, *Uvod u pravo konkurencije*, Beograd 2012, 94.

¹⁴ Obaveštenje EK, para. 7.

¹⁵ Vid. para 20 Uredbe 2004.

Uredba 2004. i ZZK ne definišu šta se smatra koncentracijom, nego određuju koje poslovne operacije i transakcije vode koncentraciji učesnika na tržištu. Neodređivanje pojma koncentracija uslovljeno je prilikama koje postoje u savremenom poslovanju. Privredni subjekti se povezuju na najrazličitije načine pa bi postojanje definicije predstavljalo opasnost da neke koncentracije budu izuzete iz pravnog regulisanja.

Prema Uredbi 2004 koncentracija nastaje kada dođe do trajne promene kontrole usled spajanja dvaju ili više preduzeća ili delova preduzeća koji su pre bili nezavisni (čl. 3(1)(a) Uredbe 2004.) ili sticanja neposredne ili posredne kontrole nad celim ili nad delovima jednog ili više drugih preduzeća od strane jednog ili više lica koji već kontrolišu najmanje jedno preduzeće ili od strane jednog ili više preduzeća, bilo kupovinom hartija od vrednosti ili imovine na osnovu ugovora ili na bilo koji drugi način (čl. 3(1)(b) Uredbe 2004.). Takođe, koncentracijom u smislu čl. 3(1)(b) Uredbe 2004. smatra se i stvaranje zajedničkog poduhvata, za trajno obavljanje svih funkcija samostalnog privrednog subjekta.¹⁶

Prema čl. 17(1) ZZK koncentracija učesnika na tržištu nastaje u 3 slučaja. Prvo, koncentracija nastaje usled spajanja i drugih statusnih promena u kojima dolazi do pripajanja učesnika na tržištu u smislu zakona kojim se uređuje položaj privrednih društava. Drugo, koncentracijom se smatra sticanje od strane jednog ili više učesnika na tržištu, neposredne ili posredne kontrole u smislu čl. 5(2) ZZK nad drugim učesnikom na tržištu ili više učesnika na tržištu, ili delom, odnosno delovima drugih učesnika na tržištu, koji mogu predstavljati samostalnu poslovnu celinu. Treće, zajedničko ulaganje od strane dva ili više učesnika na tržištu u cilju stvaranja novog učesnika na tržištu ili sticanja zajedničke kontrole u smislu čl. 5(2) ZZK nad postojećim učesnikom na tržištu, koji posluje na dugoročnoj osnovi i ima sve funkcije nezavisnog učesnika na tržištu takođe predstavlja koncentraciju.

Iako postoje određene razlike između regulative EU i Srbije, koje će biti predmet daljih razmatranja, sve koncentracije mogu da se podele prema tome da li utiču na promenu pravnog položaja (statusa) učesnika u koncentraciji. Prvu grupu čine koncentracije koje dovode do statusnih promena učesnika na tržištu, odnosno u kojima jedan ili oba učesnika na tržištu gube pravni subjektivitet. Možemo ih nazvati koncentracije spajanjem (fuzije). Drugu grupu predstavljaju koncentracije sticanjem kontrole, odnosno takva povezivanja učesnika na tržištu kojima se uspostavlja neposredna ili posredna kontrola nad učesnikom na tržištu ili njegovim delovima, koji mogu da predstavljaju poslovnu celinu. U ovom slučaju postoji povezivanje na ugovornoj osnovi, a između učesnika koncentracije uspostavlja se odnos nadređenosti i podređenosti.¹⁷ Učesnici na tržištu zadržavaju pravni subjektivitet i formalno-pravno su nezavisni, ali *de facto* to nisu. Konačno, zajednički

¹⁶ Čl. 3(4) Uredbe 2004.

¹⁷ Vid. J. Bornkamm, F. Montag, F.J. Säcker, 2621.

poduhvat, odnosno zajedničko ulaganje za trajno obavljanje svih funkcija samostalnog privrednog subjekta smatra se koncentracijom, a osnov mu je ugovorno povezivanje jer se njime ne menja pravni položaj učesnika na tržištu.

S obzirom na složenost i obimnost predmeta analize, u daljem tekstu biće razmatrane koncentracija spajanjem učesnika na tržištu i koncentracija sticanjem kontrole nad ciljnim društvom, dok će pitanje zajedničkog ulaganja biti predmet razmatranja u posebnom radu.

3. KONCENTRACIJA SPAJANJEM UČESNIKA NA TRŽIŠTU

Spajanja učesnika na tržištu su u pravnom smislu jednostavnija od drugih oblika koncentracija, ali nisu toliko česta u praksi.¹⁸

Uredba 2004. najpre reguliše slučajeve trajne promene kontrole nastale usled spajanja dva ili više preduzeća ili delova preduzeća koji su ranije bili nezavisni.¹⁹ Uredba 2004. ne definiše pojam spajanje, što je razumljivo ako se ima u vidu postojanje značajnih razlika u pravnom regulisanju statusnih promena privrednih društava u zemljama članicama EU. U Obaveštenju EK navodi se da spajanje u smislu čl. 3(1)(a) Uredbe 2004. nastaje kada se dva ili više nezavisnih preduzeća sjedine u novo preduzeće i prestanu da postoje kao samostalni pravni subjekti.²⁰ Dakle, spajanje postoji kada do tada dva ili više pravno i ekonomski nezavisnih učesnika na tržištu izgube sopstveni pravni subjektivitet, odnosno prestanu da postoje kao nezavisna pravna lica dok se s druge strane stvara novi pravni subjekat. Takođe, spajanjem se smatra slučaj kada je preduzeće absorbovano od strane drugog preduzeća, gde kasnije preduzeće zadržava svoj pravni subjektivitet.²¹ Takav slučaj postoji kod pripajanja privrednih društava.

Osnovna karakteristika spajanja je da na kraju ostaje da postoji samo jedan nosilac prava, koji predstavlja samostalnu privrednu celinu. Za tzv. *pravno spajanje* potrebna je promena strukture na nivou preduzeća, odnosno nosioca prava.²² Promena u strukturi preduzeća bez promene na nivou imaoca prava ne smatra se koncentracijom.²³

¹⁸ Prema godišnjim izveštajima o radu Komisije za zaštitu konkurencije (KZK) za 2013 i 2014. godinu pred KZK odobreno je 2 koncentracije po osnovu spajanja ili drugih statusnih promena od ukupno 182 predmeta. Podaci dostupni na <http://www.kzk.gov.rs/izvestaji>.

¹⁹ Čl. 3(1) Uredbe 2004.

²⁰ Obaveštenje EK, 5, para. 9.

²¹ Obaveštenje EK, 5, para. 9. U teoriji vid. C. Koenig, K. Schreiber, *Europäisches Wettbewerbsrecht – Kartell- und Missbrauchsverbot, Fusionskontrolle, Beihilfen- und Vergaberecht*, Tübingen 2010, 190.

²² Vid. odluku KZK u predmetu *Actavis PLC Irska – Forest Laboratories INC Delaver, SAD*, Rešenje br. 6/0-02-169/2014-8 od 25.03.2014.

²³ Vid. više kod C. Koenig, K. Schreiber, 190.

Prema dominantnom stavu u teoriji i praksi EU, pored pravnog moguće je i tzv. *privredno (faktičko) spajanje*. Privredno spajanje postoji kada prethodno nezavisna preduzeća, uz zadržavanje sopstvenog pravnog subjektiviteta, kombinuju svoje aktivnosti tako da to rezultira stvaranjem stalnog i samostalnog ekonomskog upravljanja,²⁴ odnosno kada prethodno nezavisna preduzeća ugovore uspostavljanje trajnog zajedničkog privrednog upravljanja²⁵ ili formiraju tzv. dvostruko listirano društvo (eng. *dual listed company* – *DLC*, nem. *zweifach börsennotiertes Unternehmen*)²⁶. Drugim rečima, ukoliko ranije nezavisna preduzeća tako organizuju svoje poslovanje da zajedno čine privrednu celinu postoji faktičko spajanje. Kod privrednog spajanja preduzeće ne gubi pravni subjektivitet. Pri proceni da li postoji *de facto* spajanje, pored trajnog zajedničkog upravljanja kao osnovnog preduslova, uzimaju se u obzir i raspodela dobiti i snošenje gubitaka ili postojanje sporazuma o podeli prihoda između različitih preduzeća u unutrašnjem odnosu i solidarna odgovornost preduzeća u spoljnjem odnosu.²⁷ U svakom slučaju, faktičko spajanje mora da vodi trajnoj promeni tržišne strukture. Ukoliko ovaj uslov nije ispunjen nema koncentracije.

²⁴ Obaveštenje EK, 5, para. 10. C. Koenig, K. Schreiber, 191. Vid. odluku u predmetu *IV/M.1016 – Price Waterhouse/Coopers&Lybrand* u kojoj je EK odobrila ovu koncentraciju. *Price Waterhouse* i *Coopers&Lybrand* su dve velike organizacije za pružanje profesionalnih usluga (revizorske usluge, poreske usluge...), koje su se sastojale od mreže autonomnih nacionalnih preduzeća. Pojedinačna preduzeća su nastupala pod zajedničkim imenom i poštovala su zajedničke etičke norme i standarde pružanja usluga. *Price Waterhouse* i *Coopers & Lybrand* su zaključili sporazum o spajanju njihovih globalnih mreža.

²⁵ U nemačkom pravu privrednih društava primer bi bio osnivanje *Gleichordnungskonzern*, koji označava grupu društava koja su pravno odvojene celine, ali su pod jedinstvenom kontrolom bez postojanja matičnog društva; u engleskom pravu to je *amalgamation of partnerships*. Vid. više kod E. J. Mestmäcker, H. Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, München 2014³, 651.

²⁶ Dvostruko listirano društvo nastaje kao rezultat prekograničnog faktičkog spajanja učesnika na tržištu. Na osnovu ugovora dolazi do objedinjavanja poslovanja društava, dok ona zadržavaju pravni subjektivitet, sedišta i postojeće listiranje na berzi. Vid. više kod I. Rakić, 124, fus. 253. Takođe, vid. J. Bornkamm, F. Montag, F.J. Säcker, 2622.

„DLSs su privredni entiteti čijim akcijama se ne trguje kao akcijama jedinstvene grupe, nego kao dve posebne javno listirane kompanije. Struktura zadržava RTZ i CRA kao odvojene javno listirane pravne entitete koji zadržavaju svoj korporativni identitet. Struktura ne uključuje bilo kakvu promenu u pravu svojine ili pravu korišćenja bilo koje imovine RTZ ili CRA... RTZ i CRA će delovati kao jedinstveni učesnik na tržištu.” Odluka u predmetu *IV/M.660 – RTZ / CRA* od 7.12.1995, para. 5.

„...transakcija neće dovesti do spajanja ili prenosa sredstava između Carnival i POPC; umesto toga dvema kompanijama će biti upravljano kao da su jedinstveni učesnik na tržištu u skladu sa ugovorima i izmenama osnivačkih dokumenata oba društva. Iako će svaka kompanija nastaviti da samostalno postoji, menadžment obe kompanije biće identičan.” Odluka u predmetu *COMP/M.3071 – CARNIVAL CORPORATION / P&O PRINCESS (II)* od 10.02.2003, para. 5.

²⁷ Obaveštenje EK, 5, para. 10. Vid. više kod E. J. Mestmäcker, H. Schweitzer, 651; J. Bornkamm, F. Montag, F.J. Säcker, 2622.

Prema čl. 17(1) ZZK koncentracija nastaje u slučaju spajanja i drugih statusnih promena u kojima dolazi do pripajanja učesnika na tržištu u smislu zakona kojim se uređuje položaj privrednih društava, odnosno *Zakona o privrednim društvima*²⁸ (dalje u tekstu: ZPD) iz 2011. godine. Pojam spajanja i pripajanja proizlazi iz odredbi ZPD kojima su regulisane statusne promene u našem pravu.²⁹ Pod *spajanjem* u smislu čl. 487 ZPD podrazumeva se kada dva ili više društava osnuju novo društvo i na to društvo prenesu celokupnu imovinu i obaveze, čime društva koja se spajaju prestaju da postoje bez sprovođenja likvidacije. Statusna promena *pripajanja* postoji kada se jedno ili više društava pripoji drugom društvu prenošenjem na to društvo celokupne imovine i obaveza, čime društvo koje se pripaja prestaje da postoji bez sprovođenja postupka likvidacije.³⁰ Moguća je i *podela uz pripajanje*, kada se društvo deli a celokupnu imovinu i obaveze prenosi na dva ili više postojećih društava.³¹ U tom slučaju društvo prenosilac prestaje da postoji. Konačno, statusna promena *izdvajanje uz pripajanje* podrazumeva da se društvo deli i deo svoje imovine i obaveza prenosi na jedno ili više postojećih društava.³² Društvo prenosilac i nakon sprovedene statusne promene nastavlja da postoji.

S druge strane, koncentracija ne nastaje ako dođe do pripajanja između dva učesnika na tržištu koji su i pre pripajanja bili povezani kao društva unutar grupe (npr. zavisno društvo se pripaja matičnom društvu). U ovom slučaju, iako su u formalnom smislu ispunjeni uslovi za postojanje koncentracije, jer se jedno društvo pripaja drugom, koncentracija u smislu prava konkurencije ne nastaje jer nema promene kontrole nego se vrši izmena postojeće ekonomske strukture u okviru određene ekonomske celine.

Čl. 3(1)(a) Uredbe 2004. ne definiše pojam spajanje, a iz stavova iznetih u teoriji i praksi proizlazi da je širi od pravila sadržanog u ZZK jer obuhvata i *de facto* spajanje. Međutim, to ne znači da faktičko spajanje, bez spajanja u pravnom smislu nije regulisano ZZK, samo bi taj slučaj bio obuhvaćen čl. 17(2) ZZK. Po pravilu ako su ispunjeni uslovi za postojanje privrednog spajanja, istovremeno su ispunjeni i zahtevi za sticanje kontrole iz čl. 3(1)(b) Uredbe 2004, odnosno čl. 17(2) ZZK. Međutim, između spajanja i sticanja kontrole postoji razlika u procesno-pravnom smislu. Naime, u slučaju spajanja i sticanja zajedničke kontrole prijavu koncentracije podnose zajedno oba učesnika u koncentraciji. S druge strane, kod sticanja pojedinačne kontrole prijavu podnosi onaj učesnik na tržištu koji stiče kontrolu.³³

²⁸ *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014.- dr. zakon i 5/2015.

²⁹ Statusne promene regulisane su čl. 483-514 ZPD.

³⁰ Čl. 486 ZPD. Vid. odluku u predmetu *Delhaize Group NV SA Belgija – Koninklijke Ahold NV Holandija*, Rešenje KZK 6/0-02-537/2015-6 od 31.07.2015.

³¹ Čl. 488(2) ZPD.

³² Čl. 489(2) ZPD.

³³ Čl. 4(2) Uredbe 2004, čl. 63(3) ZZK.

4. KONCENTRACIJA STICANJEM KONTROLE

Koncentracija nastaje usled trajne promene kontrole nad učesnikom na tržištu i ukoliko na taj način nastane promena u tržišnoj strukturi. Koncentracijom se smatra sticanje od strane jednog ili više učesnika na tržištu, neposredne ili posredne kontrole nad drugim učesnikom na tržištu ili više učesnika na tržištu, ili delom, odnosno delovima drugih učesnika na tržištu, koji mogu predstavljati samostalnu poslovnu celinu.³⁴

Pojam i značenje kontrole određeno je Uredbom 2004. i ZZK. Kontrola se zasniva na pravima, ugovorima ili bilo kakvom drugom sredstvu, koje posebno ili u kombinaciji, vodeći računa o svim činjeničnim i pravnim okolnostima, omogućava *odlučujući uticaj* na preduzeće.³⁵ U srpskom pravu, kontrola nad učesnikom na tržištu u smislu ZZK predstavlja mogućnost *odlučujućeg uticaja* na vođenje poslova drugog ili drugih učesnika na tržištu.³⁶ Navedene norme predstavljaju opšte klauzule, čija konkretizacija se vrši uzimajući u obzir cilj kontrole koncentracija. Na taj način je pojam koncentracija ostavljen otvorenim. Drugim rečima, svako ponašanje, svaki ugovor ili sporazum između učesnika na tržištu koji vodi uspostavljanju odlučujućeg uticaja nad drugim učesnikom na tržištu može da predstavlja koncentraciju u smislu čl. 3 Uredbe 2004., odnosno čl. 17(2) ZZK.

Pojam kontrole iz Uredbe 2004. nije nužno identičan sa pojmovima kontrole koji postoje u nacionalnim pravima, ali im je u određenim delovima blizak.³⁷ Isto tako, u srpskom pravu pojam kontrole iz čl. 5(2) ZZK razlikuje se npr. od pojma kontrole iz čl. 62(5) ZPD. Upravo zbog navedenog pojam kontrole treba tumačiti autonomno u smislu prava konkurencije.

Kontrola može da se stekne prenosom imovine društva, sticanjem udela u društvu u skladu sa statusnim pravilima ili na bilo koji drugi način. U prvom slučaju, društvo stiče kontrolu na osnovu prava svojine ili prava korišćenja cele ili dela imovine preduzeća.³⁸ S druge strane, kontrolu je moguće ostvariti sticanjem udela u društvu putem prava ili ugovora, koji omogućavaju odlučujući uticaj na sastav, glasanje³⁹ i odlučivanje organa preduzeća.⁴⁰ Konačno, izvori prava regulišu i sticanje kontrole na bilo koji drugi način.⁴¹ Ovakvo pravilo bilo je neophod-

³⁴ Vid. čl. 17(2) ZZK i čl. 3(1)(b) Uredbe 2004.

³⁵ Čl. 3(2) Uredbe 2004.

³⁶ Čl. 5(1) ZZK.

³⁷ Vid. više J. Bornkamm, F. Montag, F.J. Säcker, 2623.

³⁸ Vid. čl. 3(2)(a) Uredbe 2004, čl. 5(2) ZZK.

³⁹ Vid. npr. Zoran Arsić, „Pravo glasa akcionara – osnovni principi”, *Zbornik radova PFNS*, 2/2009, 55-31.

⁴⁰ Vid. čl. 3(2)(b) Uredbe 2004, čl. 5(1) ZZK.

⁴¹ Kontrola na drugi način može da se stekne npr. kada na osnovu ugovora o zajmu koji je jedan učesnik na tržištu dao drugom nastane odnos zavisnosti i kada zajmodavac zbog te zavisno-

no da bi se njime obuhvatili svi slučajevi sticanja odlučujućeg uticaja koji mogu da nastanu u praksi.

Za postojanje odlučujućeg uticaja nije nužno da se on zaista i vrši, nego je dovoljna *moгуćnost* vršenja odlučujućeg uticaja.⁴² Odlučujući uticaj pretpostavlja mogućnost sticajca da odredi poslovnu strategiju ciljnog preduzeća na način koji isključuje autonomno formiranje volje ciljnog preduzeća.⁴³ Procena da li je došlo do sticanja kontrole vrši se prema kriterijumu mogućnosti vršenja odlučujućeg uticaja na poslovanje ciljnog preduzeća, odnosno da li će sticalac kontrole u budućnosti moći da vrši odlučujući uticaj na poslovanje ciljnog društva.

Mogućnost odlučujućeg uticaja može da nastane na osnovu prava ili činjenica. Vršenje uticaja ne mora da se odnosi na vođenje svakodnevnih poslova učesnika na tržištu. Dovoljno je da postoji mogućnost uticaja na donošenje strateški važnih odluka. Iz Obaveštenja EK zaključujemo da strateškim mogu da se smatraju odluke o imenovanju uprave preduzeća, o finansijskom planu (budžetu), o poslovnom planu (eng. *business plan*), o većim investicijama, kao i odluke tzv. tržišno specifičnim pravima (npr. odluka o uvođenju nove tehnologije ili razvoju novog proizvoda).⁴⁴ Stav je Komisije EK da tipična prava manjinskih članova u privrednom društvu sama po sebi ne predstavljaju kontrolu.⁴⁵

4.1. Vrste kontrole

Uredba 2004. i ZZK prave razliku između nekoliko oblika kontrole. Prvo, na osnovu ovlašćenja za vršenje kontrole razlikujemo neposrednu (direktnu) i posrednu (indirektnu) kontrolu.⁴⁶ Kod neposredne kontrole sticalac kontrole je imalac prava ili može da se koristi pravima iz predmetnih ugovora.⁴⁷ Dakle, sticalac neposredno vrši odlučujući uticaj na poslovanje ciljnog društva (npr. sticanjem 51% udela u društvu⁴⁸). Posredno sticanje kontrole postoji kada sticalac kontrole, iako nije imalac prava niti može da se koristi pravima iz takvih ugovora,

sti može da ostvaruje sadržajnu kontrolu nad odlukama zajmoprimca. Vid. još primera kod V. Butorac Malner, J. Pecotić Kaufman, S. Petrović, *Pravo tržišnog natjecanja*, Zagreb 2013, 294-295.

⁴² Vid. čl. 3(2) Uredbe 2004 i čl. 5(2) ZZK. Obaveštenje EK, 7, para. 16. U teoriji vid. C. Koenig, K. Schreiber, 192; R. Whish, *Competition Law*, New York, 2005⁵, 804.

„Dok odlučujući uticaj da bi postojao, u smislu čl. 3(3) Uredbe br. 4064/89 ne mora nužno da se vrši, postojanje kontrole u smislu čl. 3 te Uredbe zahteva da mogućnost vršenja tog uticaja stvarno postoji.” Presuda Suda prve instance u predmetu T 282/02 *Cementbouw v Commission* od 23.02.2006, para. 58.

⁴³ C. Koenig, K. Schreiber, 192.

⁴⁴ Vid. Obaveštenje EK, 18-19, para 68-73.

⁴⁵ Obaveštenje EK, 18, para. 66.

⁴⁶ Vid. čl. 3(1)(b) Uredbe 2004, čl. 17(2) ZZK.

⁴⁷ Čl. 3(3)(a) Uredbe 2004.

⁴⁸ Vid. npr. odluku u predmetu *Heineken International BV Holandija – Pivovarna Laško dd Slovenija*, Rešenje KZK br. 6/0-02-363/2015-6 od 28.05.2015.

ima ovlašćenje za ostvarivanje prava koja iz njih proizlaze.⁴⁹ Posredna kontrola karakteristična je za povezana društva, kod kojih sticalac kontrole ima mogućnost vršenja kontrole preko drugog učesnika na tržištu ili lica, koji je sticalac u formalnom smislu (npr. kada matično društvo preko svog zavisnog društva vrši kontrolu u cilnom društvu⁵⁰). Drugim rečima, sticalac kontrole razlikuje se od lica ili učesnika na tržištu koji formalno ima prava ili može da se koristi pravima iz ugovora. U tom slučaju, dakle, nastaje lanac preduzeća nosilaca prava od kojih prvi vrši kontrolu nad sledećim i tako redom do poslednjeg preduzeća u nizu.⁵¹ Postojanje posredne kontrole je faktičko pitanje o kome se odlučuje na osnovu okolnosti svakog konkretnog slučaja. Pri proceni od naročitog značaja su sledeći faktori: udeo u privrednom društvu, ugovorni odnosi, izvor finansiranja i porodične veze.⁵² Konačno moguće je da učesnik na tržištu na osnovu jedne koncentracije stekne i neposrednu i posrednu kontrolu, odnosno da sticanjem neposredne kontrole nad ciljnim društvom istovremeno stekne i posrednu kontrolu nad zavisnim društvima ciljnog društva.⁵³

Drugo, kontrola može da bude pojedinačna i zajednička. Pojedinačna kontrola postoji kada jedan učesnik na tržištu može da vrši odlučujući uticaj na drugog. Drugim rečima, kontrola se vrši preko pojedinačnog subjekta prava. Redovno se pojedinačna kontrola ostvaruje sticanjem svih ili većine udela u društvu⁵⁴ ili putem sticanja većine prava glasa u cilnom društvu. Sticalac pojedinačne

⁴⁹ Vid. čl. 3(3)(b) Uredbe 2004.

⁵⁰ Vid. odluku u predmetu *BSH Hausgeräte GmbH Nemačka–BSH Wroclaw sp z oo Poljska – Fagor Mastercook SA Poljska*, Rešenje 6/0-02-350/2015-6 od 13.05.2015; *Robert Bosch GmbH Savezna Republika Nemačka – Robert Bosch BV Holandija – TTA International BV Holandija* Rešenje KZK 6/0-02-457/2015-6 od 10.07.2015.

⁵¹ Vid. više C. Koenig, K. Schreiber, 191.

⁵² Obaveštenje EK, 6, para. 13.

⁵³ Vid. odluku u predmetu *WESTON INVESTMENT COMPANY LIMITED Engleska – ADRIS GRUPA d.d. Hrvatska – TDR d.o.o. Srbija* Rešenje KZK 6/0-02-481/2015-6 od 09.07.2015; *Telemach BiH – Kablovska televizija HS BiH – HKB net BiH – M&H Company BiH – Vrbaska kablovska televizija-network BiH – KKR&Co. L.P. SAD* Rešenje KZK 6/0-02-281/2015-12 od 2.07.2015.

⁵⁴ Vid. odluku u predmetu *Agrokor d.d. Hrvatska – Adriatica.Net d.o.o. Hrvatska*, Rešenje KZK 6/0-02-405/2015-6 od 12.06.2015. (neposredna pojedinačna kontrola na osnovu dokapitalizacije društva „Adriatica.Net” d.o.o. od strane društva „Agrokor” d.d., na koji način su potraživanja „Agrokor-a” prema „Adriatica.Net” d.o.o. pretvorena u osnovni kapital ovog društva, čime „Agrokor” d.d. uspostavlja kontrolu nad „Adriatica.Net” d.o.o., kroz uvećanje svojih udela u ovom društvu sa postojećih 23,54% na planiranih /80-90/% udela); *Telekom Austria AG Austrija – Amisco NV Belgija* Rešenje KZK 6/0-02-510/2015-6 od 21.07.2015. (neposredna pojedinačna kontrola kupovinom 100% akcija ciljnog društva); *Telemach d.o.o. Bosna i Hercegovina – Velnet d.o.o. Bosna i Hercegovina – KKR&Co. L.P. SAD* Rešenje KZK 6/0-02-485/2015-4 od 2.07.2015. (posredna pojedinačna kontrola kupovinom ukupnih vlasničkih udela u ciljnom društvu); *OTP Banka Srbija a.d. Novi Sad, Srbija – Findomestic Banka a.d. Beograd, Srbija* Rešenje KZK 6/0-02-521/2015-6 od 15.07.2015. (pojedinačna kontrola preuzimanjem celokupnog akcijskog kapitala); *Delhaize Group NV SA Belgija – Koninklijke Ahold NV Holandija*, Rešenje KZK 6/0-02-537/2015-6 od 31.07.2015. (pojedinačna kontrola nakon statusne promene pripajanja).

kontrole može samostalno da donosi strateške odluke ciljnog preduzeća bez obzira na interese svih ostalih imalaca udela u tom društvu. Zajednička kontrola podrazumeva da dva ili više preduzeća zajedno imaju odlučujući uticaj u ciljnog društvu.⁵⁵ Imaoci zajedničke kontrole odluke o poslovnoj politici preduzeća mogu da donesu samo zajedno, odnosno uz saglasnost svih imalaca zajedničke kontrole. Po pravilu, svaki pojedinačni imalac zajedničke kontrole ima mogućnost da zabrani ili blokira donošenje odluke sa kojom nije saglasan.⁵⁶

I konačno, iako u Uredbi 2004. i ZZK ne postoji izričito razlikovanje, kontrola može da postoji u pozitivnoj ili negativnoj formi. Pozitivna kontrola postoji kada sticalac svojim odlukama utvrđuje strateško tržišno ponašanje kontrolisanog preduzeća, a negativna, kada sticalac može da spreči donošenje strateških odluka putem veta.⁵⁷ Većinsko učešće u osnovnom kapitalu, po pravilu, predstavlja pretpostavku pozitivne kontrole. Međutim, ukoliko se za donošenje strateških odluka ugovorom o osnivanju ili statutom zahteva jednoglasnost, onda lice sa većinskim učešćem u osnovnom kapitalu svakako ima negativnu kontrolu.

4.2. Trajnost kontrole

Uredba 2004. i ZZK ne regulišu transakcije koje za posledicu imaju privremenu promenu kontrole. Samo trajna promena kontrole i posledično trajna promena tržišne strukture predstavljaju koncentraciju.⁵⁸ Kada postoji trajna promena kontrole je faktičko pitanje i procenjuje prema relevantnim pravnim i faktičkim okolnostima. EK je trajnom promenom kontrole, po pravilu, smatrala ugovore koji prevazilaze uobičajeno vreme u određenoj oblasti poslovanja.⁵⁹ Trajnim je redovno smatrala ugovore zaključene na vremenski period od 10 godina i duži (npr. isključiva licenca na 10 godina,⁶⁰ menadžerski ugovori u trajanju od 10-15 godina⁶¹).

⁵⁵ Vid. npr. odluku u predmetu *Finedining (Cayman) Limited Kajmanska Ostrva – FIBA Beteiligungs-und Anlage GmbH Austrija – WMF Group GmbH Nemačka* Rešenje 6/0-02-389/2015-7 od 8.06.2015.

⁵⁶ Vid. odluku u predmetu *Finedining (Cayman) Limited Kajmanska Ostrva – FIBA Beteiligungs-und Anlage GmbH Austrija – WMF Group GmbH Nemačka* Rešenje 6/0-02-389/2015-7 od 8.06.2015, str. 4 (U Ugovoru o kupoprodaji udela regulisano je raspolaganje pravom veta u pogledu strateških odluka učesnika na tržištu, kao što su odluke o budžetu).

⁵⁷ Obaveštenje EK, 16, para. 54.

⁵⁸ Prema tač. 20 Preamble Uredbe 2004. koncentracije obuhvataju delovanja koja uzrokuju trajne promene u kontroli predmetnih učesnika na tržištu, a time i u strukturi tržišta.

⁵⁹ E. J. Mestmäcker, H. Schweitzer, 660.

⁶⁰ Vid. odluku u predmetu *COMP/M.5727- MICROSOFT/ YAHOO! SEARCH BUSINESS* od 18.02.2010. Komisija EU pošla je od pretpostavke da je u oblasti internet pretraživača period od 10 godina izuzetno dug.

⁶¹ *COMP/M.3858 – LEHMAN BROTHERS / SCG / STARWOOD / LE MERIDIEN* od 20.07.2005, para. 9.

5. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Koncentracije su različiti oblici trajnog povezivanja učesnika na tržištu na statusnoj i/ili ugovornoj osnovi kojima se stvara pravno i/ili faktičko (ekonomsko) zajedništvo između učesnika koncentracije, pri čemu su učesnici koncentracije pre sprovedene koncentracije bili pravno i ekonomski nezavisni. Koncentracija nastaje samo u slučaju trajne promene kontrole nad učesnikom na tržištu i ukoliko na taj način nastaje promena u tržišnoj strukturi.

Koncentracije spajanjem iako jednostavnije, retko se javljaju u praksi. Spajanje postoji kada do tada dva ili više pravno i ekonomski nezavisnih učesnika na tržištu prestanu da postoje kao nezavisna pravna lica, dok se s druge strane stvara novi pravni subjekat. Takođe, spajanjem se smatra slučaj kada se jedno preduzeće pripoji drugom, gde kasnije preduzeće zadržava svoj pravni subjektivitet.

Koncentracije sticanjem kontrole nastaju ukoliko se promeni kontrola nad učesnikom na tržištu. Za ove koncentracije odlučujuć je pojam kontrole. Pojam kontrole je *materijalne prirode* i određuje se kao mogućnost vršenja odlučujućeg uticaja na vođenje poslova učesnika na tržištu.

*Sandra S. Fišer Šobot, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.FiserSobot@pf.uns.ac.rs*

Mergers and Concentrations Occurring on the Basis of Acquiring of Control in Serbian and EU Competition Law

Abstract: *Relevant Serbian and EU competition legislation does not define what is considered a concentration, but regulates which business transactions lead to concentrations of undertakings. Concentrations can be differentiated according to whether the concentration affects legal position of the merging undertakings. A concentration shall be deemed to arise where a change of control on a lasting basis results from the merger of two or more previously independent undertakings or parts of undertakings. Second type of concentrations occurs in the case of an acquisition of control. Finally, the concentration shall be deemed to arise in the case of creation of a joint venture performing on a lasting basis all the functions of an autonomous economic entity.*

This paper analyses mergers and concentrations occurring on the basis of acquiring of control in Serbian and EU competition law.

Keywords: *Competition law, concentrations, mergers, control, decisive influence.*

Datum prijema rada: 15.09.2016.

Dr Atila I. Dudaš, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
A.Dudas@pf.uns.ac.rs

DOPUŠTENOST JEDNOSTRANOG POVEĆANJA KAMATE U UGOVORIMA O KREDITU U PRAVU SRBIJE*

Sažetak: *Ekonomska kriza, koja je 2008. godine dobila svetske razmere i zahvatila i Srbiju, znatno je otežala otplatu kredita indeksiranih u stranoj valuti, tada pre svega u švajcarskim francima. Rastući broj kredita sa čijom otplatom su dužnici bili u docnji neminovno je doveo do povećanja broja sudskih postupaka u kojima su korisnici kredita pokušavali da postignu proglašenje ugovora o kreditu ništavim. U ovim postupcima sudovi su morali da zauzmu stav u vezi sa nekim tipskim odredbama u ugovorima o kreditu ili bankarskom praksom koju su korisnici kredita smatrali nedopuštenim. U najvećem broju slučajeva sudovi su nepoštenom proglašavale odredbu u ugovoru o kreditu na osnovu koje je banka imala pravo da naknadno, tj. po zaključenju ugovora, i jednostrano, tj. bez posebne saglasnosti korisnika kredita, promeni (redovno poveća) kamatnu stopu s dejstvom za preostali period u otplati kredita, kao i odredbu koja je omogućavala banci da isplatu i otplatu kredita obračunava po različitim kursovima: isplatu kredita po kupovnom, dok rate otplate kredita po prodajnom kursu. Ove nepoštene odredbe ugovora o kreditu bez sumnje postojale su u bankarskoj praksi i pre izbijanja ekonomske krize, ali su poteškoće u otplati kredita prouzrokovane krizom bile društveni činilac usled kojeg su dospele u vidokrug sudova.*

U ovom radu je predmet analize reakcija najpre sudske prakse, a nakon toga i zakonodavca, na praksu ugovaranja klauzule u ugovoru o kreditu koja ovlašćuje banku da varijabilnu kamatnu stopu naknadno i jednostrano poveća. Prime-nu ove klauzule su banke redovno uslovile značajnim promenama na međunarodnom finansijskom tržištu ili povećanjem troškova izvora finansiranja, dok je u

* Članak je nastao kao rezultat rada na naučnoistraživačkom projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu pod nazivom *Pravna tradicija i novi pravni izazovi*. Autor se zahvaljuje organizaciji potrošača *Efektiva – udruženje bankarskih klijenata* na pomoći u pristupu sudskim odlukama koje su predstavljale polaznu osnovu za realizaciju istraživanja.

nekim slučajevima uslov njene primene jednostavno bila promena poslovne politike banke ili potreba da banka posluje sa dobiti. U pitanju su okolnosti na koje korisnik kredita nikako ne može da utiče, a dobrim delom su okolnosti na koje je banka mogla da utiče, odnosno da ih u vreme zaključenja ugovora uzme u obzir, ili su okolnosti koje spadaju u sferu njene kontrole, odnosno za koje ona snosi poslovni rizik.

Jednodušni stav sudske prakse, kako u vezi sa ugovorima o kreditu u kojima se na strani korisnika kredita pojavljuje potrošač, tako i u onima u kojima se u tom svojstvu nalazi pravno lice ili fizičko lice koje se ne kvalifikuje kao potrošač, je da su ovakve odredbe ništave, jer su protivne načelu savesnosti i poštenja i načelu jednake vrednosti uzajamnih davanja, s jedne, kao i zbog toga što čine predmet ugovora neodređenim, s druge strane. Sudovi, međutim, zbog ovakve klauzule gotovo nikada ne proglašavaju ugovor u celini ništavim, već primenjuju institut delimične ništavosti. Do usvajanja Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga 2011. godine, sudovi su odluku o delimičnoj ništavosti zasnivali na pravilima opšteg ugovornog prava prema Zakonu o obligacionim odnosima. Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga izričito zabranjuje izmenu kamatne stope pozivom na promenu poslovne politike ili na interne akte banke i propisuje da se kao promenljivi elementi varijabilne kamatne stope mogu ugovoriti samo elementi (podaci ili indeksi) koji se zvanično objavljuju, odnosno elementi na koje nijedna strana ne može da utiče jednostranom izjavom volje. Ovim je ugovaranje varijabilne kamatne stope sa neodredivim elementom ili elementom na koji banka jednostrano može da utiče, mehanizam koji su banke često primenjivale i u slučajevima kada to ekonomski nije bilo opravdano, postalo i zakonom izričito zabranjeno.

Ključne reči: jednostrano povećanje kamatne stope u ugovorima o kreditu, varijabilna kamatna stopa, ugovor o kreditu, potrošački kredit

UVODNE NAPOMENE

Finansijska i opšta ekonomska kriza, koja je izbila u SAD 2007. godine, a došla svetske razmere 2008. godine¹, stavila je u potpuno novu dimenziju dugoročne bankarske kredite, posebno stambene kredite obezbeđene hipotekom. Kriza je imala neposredan ekonomski uticaj na ugovore o kreditu, budući da je pod njenim pritiskom iz dana u dan rastao broj onih dužnika, koji usled gubitka posla, odnosno smanjenja zarade ili pada njene kupovne moći više nisu mogli da otplaćuju rate

¹ Vid. detaljnije Đorđe Popov, „Svetska ekonomska kriza i restrukturiranje dugova”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2009, 7-20.; Đorđe Popov, „Evropska unija i Svetska ekonomska kriza”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2010, 7-23.; Đorđe Popov, „Svetska ekonomska kriza i Srbija”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2010, 7-27.

kredite, ili su ih otplaćivali uz znatno veće poteškoće nego ranije. Rastući broj kredita sa čijom otplatom su dužnici bili u docnji, neminovno je doveo do povećanja broja sudskih postupaka u kojima su sudovi morali da zauzmu stav u vezi sa takvim tipskim odredbama u ugovorima o kreditu ili takvom bankarskom praksom koje pre krize nisu dobijale sudski epilog. Ovo se posebno odnosi na zemlje u Srednjoj Evropi, u kojima osim nepoštenih ugovornih klauzula i bankarske prakse dodatni problem u ugovorima o kreditu indeksiranim u stranim valutama predstavlja slabljenje domaće prema stranim valutama, pre svega prema švajcarskom franku, jer je najveći broj takvih kredita u prvim godinama krize bio indeksiran upravo u ovoj stranoj valuti. Neposredna posledica slabljenja domaće valute prema švajcarskom franku bilo je povećanje iznosa rata otplate kredita u dinarima u meri koja daleko premašuje kreditnu sposobnost dužnika. Pitanje je da li se realizovani valutni rizik naknadno može prevaliti na banku, ukoliko je banka u vreme zaključenja ugovora o kreditu, odnosno za vreme njegovog važenja, postupala savesno i poštovala svoju obavezu urednog obaveštavanja klijenta o svim okolnostima na kojoj je klijent zasnovao svoju odluku da zaključi ugovor.²

Poteškoće korisnika kredita da u jeku ekonomske krize otplaćuju svoje kredite neminovno je imalo za posledicu povećanje broja sudskih postupaka u kojima se zahtevalo utvrđivanje ništavosti ugovora o kreditu. U većini ovih postupaka klijenti se kvalifikuju kao potrošači, ali postoje slučajevi u kojima su gotovo identične zahteve postavili korporativni klijenti, tj. korisnici kredita koji se ne smatraju potrošačima. U potonjem slučaju punovažnost ugovora o kreditu procenjuje se na osnovu Zakona o obligacionim odnosima³, dok se u prethodnom prvenstveno primenjuju odredbe Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga i Zakona o zaštiti potrošača, ali i odredbe ZOO, kao pravila opšteg ugovornog prava. Međutim, imajući u vidu da je Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga usvojen tek 2011. godine⁴, sudovi su

² Izvanredno objašnjavaju složenost ovog pitanja, koje izaziva veliku pažnju medija, ali kojem se inače često prilazi površno, Dragor Hiber i Miloš Živković rečima da „laki odgovori na teška pitanja koji se kao pravnički nude u štampi pre zbunjuju nego što doprinose rešenju problema”. Dragor Hiber, Miloš Živković, „Zaštita korisnika kredita od jednostrane izmene visine ugovorene kamate”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 70, 2015, 573-586, 574. Time se ni u kom slučaju ne žele relativizovati ozbiljne socijalne implikacije drastičnog povećanja iznosa rata kredita u dinarskoj protivvrednosti, koje pogađaju skoro 30.000 korisnika kredita indeksiranih u švajcarskim francima. Tako, u jednom slučaju, koji se može smatrati tipičnim, vrednost kredita preračunata u evre na dan isplate bila je 85.000 evra, dok je nakon četiri godine uredne otplate korisnik kredita je još uvek bio dužan banci ukupno 92.000 evra, pri čemu je iznos mesečne rate sa početnih 58.000 dinara postepeno dostigao iznos od 105.000 dinara. Vid. Dušan Nikolić, „Legal protection of the weaker side in private law of the Republic of Serbia”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 70, 2015, 499-515, 510.

³ Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 197/29, 1985/39, 1989/45 (odluka US), 1989/57, *Službeni list SRJ*, br. 1993/31 i *Službeni list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja (u daljem tekstu: ZOO).

⁴ Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 36/2011. i 139/2014 (u daljem tekstu: ZZKFU).

o punovažnosti pojedinih odredaba potrošačkih kredita, zaključenih pre njegovog stupanja na snagu, morali da zauzimaju stav na osnovu odredaba Zakona o obligacionim odnosima i podzakonskih akata Narodne banke Srbije. U najvećem broju slučajeva nepoštenim su smatrane odredbe na osnovu koje je banka imala pravo da naknadno, tj. po zaključenju ugovora, i jednostrano, tj. bez posebne saglasnosti korisnika kredita poveća kamatnu stopu s dejstvom za preostali period u otplati kredita, kao i odredba koja je omogućavala banci da isplatu i otplatu kredita obračunava po različitim kursovima: isplatu iznosa kredita prema kupovnom, dok rate otplate kredita po prodajnom kursu. Ove nepoštene odredbe ugovora o kreditu, odnosno oblici nepoštene bankarske prakse, bez sumnje postojale su u bankarskoj praksi i pre izbivanja ekonomske krize, ali su poteškoće u otplati kredita prouzrokovane krizom bile društveni činilac, usled kojeg su dospеле u vidokrug sudova. U ovom radu će predmet istraživanja biti samo pitanje dopuštenosti i pravnih posledica jednostrane i naknadne promene (povećanja) kamatne stope od strane banke.

Ugovori o kreditu se redovno zaključuju kao adhezioni ugovori, što znači da banka, koja ima jaču pregovaračku poziciju, priprema tekst ugovora, na čiju sadržinu druga strana, korisnik kredita, retko i samo u minimalnoj meri može da utiče. Njena sloboda ugovaranja se, po pravilu, ispoljava u (ograničenoj) mogućnosti uticaja na one odredbe ugovora koje se tiču komercijalnih elemenata ponude banke, kao što su kamatna stopa, naknade koja banka naplaćuje i sl., dok sadržina ostalih odredaba ostaje van domašaja pregovaračke moći korisnika kredita. Uobičajena je bila pojava da se u ugovore o kreditu, posebno u dugoročne, unese odredba koja ovlašćuje banku da naknadno, ukoliko se promene okolnosti na osnovu kojih je izvršena procena rizika ulaganja, promeni kamatnu stopu, što redovno znači mogućnost naknadnog i jednostranog povećanja kamatne stope.⁵ Takvu, tzv. varijabilnu kamatnu stopu po sebi još ne bi trebalo smatrati nedopuštenom i ima svoju ekonomsku funkciju, jer treba ostaviti mogućnost bankama da u dugoročnim kreditnim odnosima uslove kreditiranja prilagode novonastalim promenama u uslovima finansiranja, ali može biti veoma sporno na osnovu kojih kriterijuma banka može da donese odluku o naknadnoj promeni kamatne stope. O dopuštenosti varijabilne kamatne stope, pre usvajanja Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga mogao se zauzeti stav samo na osnovu odredaba Zakona o obligacionim odnosima i podzakonskih akata Narodne Banke Srbije. Zakon o obligacionim odnosima, u delu koji se odnosi na ugovor o kreditu izričito ne uređuje varijabilnu kamatnu stopu, ali je ni ne zabranjuje. Stoga, odgovor na pitanje punovažnosti ugovaranja varijabilne kamatne stope treba tražiti u odredbama Zakona o obligacionim odnosima koje se odnose na određenost ili odredivost predmeta ugovora. ZOO imperativno propisuje da predmet ugovora mora da bude moguć,

⁵ Vid. Hiber-Živković, 575.

dopušten i određen ili odrediv⁶, pod pretnjom ništavosti ugovora.⁷ Očigledno je da predmet ugovora o kreditu sa varijablom kamatnom stopom nije određen, ali to još ne znači da se ne može kvalifikovati kao odrediv. Predmet ugovora je odrediv, ako ugovori sadrži podatke na osnovu kojih se može odrediti obaveza ili se njeno određivanje saglasnošću strana prepušta trećem licu.⁸ U doktrini se za prvi vid odredivosti koristi termin objektivna odredivost predmeta, a za drugi subjektivna odredivost, pri čemu je gotovo jednoduššan stav doktrine da ostavljanje određivanja predmeta ugovora jednoj ugovornoj strani čini predmet ugovora neodređeni, te ugovor ništavim.⁹ Stoga, odredivost predmeta ugovora o kreditu sa varijabilnom kamatnom stopom, a time i punovažnost ugovora, zavisi od toga na osnovu kojih merila banka utvrđuje, tačnije konkretizuje promenljivi elemenat varijabilne kamatne stope, i da li je pri tome postupala savesno.

Međutim, odredba ugovora o kreditu, koja omogućava banci da naknadno i jednostrano poveća kamatnu stopu, uz prosto obaveštavanje korisnika kredita, po pravilu je tako bila formulisana da su okolnosti na osnovu kojih je banka mogla da primeni tu odredbu ugovora, ostale vrlo nejasne ili se kao najznačajnija takva okolnost navodila promena poslovne politike banke, potreba da banka posluje sa dobiti, povećanje troškova izvora finansiranja ili promena tržišnih uslova poslovanja.¹⁰

U jeku ekonomske krize, počev od 2008. godine, banke su masovno počele da aktiviraju ove ugovorne odredbe i jednostrano povećavale kamatne stope u vezi sa već isplaćenim, ali još nevraćenim kreditima. Pri tome se nije tražila saglasnost korisnika kredita, jer je mogućnost jednostrane promene kamatne stope bila predviđena odredbom u ugovoru o kreditu, s kojom se korisnik kredita potpisivanjem ugovora unapred saglasio. Banke su korisnike kredita samo obaveštavale da će se ubuduće kamatno zaduženje korisnika kredita obračunati po novoj, višoj kamatnoj stopi, i dostavljale im nove planove otplate kredita. Ovakva praksa je naišla na veoma negativnu reakciju korisnika kredita od kojih su mnogi pokrenuli parnice radi poništaja odredaba ove vrste u ugovorima o kreditu i, zavisno od toga da li su postupili po novim planovima otplate kredita, zahtevali povraćaj u pređašnje stanje.

Iz današnje perspektive gledano, imajući u vidu odredbe Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga, pravna kvalifikacija ovakvih odredaba je neuporedivo jednostavniji zadatak, ali u vreme kada su sudovi mogli da se oslone samo na odredbe ZOO, izazov je bio znatno veći. Najpre će se izvršiti analiza i ocena reakcija sudske prakse na ovakve odredbe u potrošačkom kontekstu, a nakon toga u vezi sa ugovorima u kojima korisnik kredita nema status potrošača.

⁶ Vid. čl. 46 st. 2 ZOO.

⁷ Vid. čl. 47 ZOO.

⁸ Vid. čl. 50 ZOO.

⁹ Vid. Hiber-Živković, 577-578.

¹⁰ Vid. Hiber-Živković, 575.

JEDNOSTRANO I NAKNADNO POVEĆANJE KAMATNE STOPE OD STRANE BANKE U UGOVORIMA O POTROŠAČKOM KREDITU

Istraživanje je obuhvatilo više presuda¹¹, od kojih će detaljnije biti analizirana jedna presuda Apelacionog suda u Beogradu¹², koja se čini najindikativnijom, jer su u njoj elaborirana gotovo sva pravna pitanja u vezi sa dopuštenošću odredaba ugovora o kreditu koje ovlašćuju banku da kamatnu stopu naknadno i jednostrano poveća.

Tužba je podneta radi poništaja odredbe u ugovoru o kreditu zaključenog 2007. godine, s rokom otplate kredita na 300 mesečnih rata, kojom je utvrđeno pravo banke da, pozivom na promenu poslovne politike, naknadno i jednostrano poveća kamatnu stopu, tj. bez posebne saglasnosti dužnika za promenu kamatne stope, uz njegovo prosto obaveštavanje i dostavljanje novog plana otplate kredita. Kamatna stopa je u vreme zaključenja ugovora iznosila tromesečni LIBOR za švajcarski franak, na koju je banka obračunala dodatni fiksni deo kamate od 2%. Banka je 2008. godine aktivirala navedenu odredbu ugovora o kreditu, i pozivom na promenu poslovne politike povećala fiksni deo kamate na 3%, a 2009. godine ponovo ga povećala na 4,75%.¹³

Sud je klauzulu ugovora, na osnovu koje je banka na navedeni način naknadno i jednostrano povećavala kamatnu stopu, proglasio ništavom. Odluka prvostepenog suda, koju je potvrdio i drugostepeni sud, zapravo je delimična presuda, kojom je sud odlučio o punovažnosti odredbe ugovora o pravu banke da naknadno i jednostrano poveća kamatnu stopu, dok će o ostalim tužbenim zahtevima sud doneti odluku po pravnosnažnosti delimične presude. Ostali tužbeni zahtevi se uglavnom odnose na povraćaj u pređašnje stanje, tj. na obavezivanje banke da vrati korisniku kredita onaj deo kamate koji je korisnik kredita po osnovu naknadnog povećanja kamatne stope isplatio banci. Sud ugovor nije u celini proglasio ništavim, već je primenio institut delimične ništavosti¹⁴ i ništavom proglasio samo odredbu ugovora koja je ovlašćivala banku da pozivom na promenu poslovne politike naknadno i jednostrano poveća kamatnu stopu.

Sud je odluku zasnovao isključivo na opštim pravilima ugovornog prava prema Zakonu o obligacionim odnosima, jer je Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga usvojen tek 2011. godine. U obrazloženju presude polaznu tačku predsta-

¹¹ Vid., na primer, Presudu Apelacionog suda u Beogradu br. Gž 2907/13 i Presudu br. Gž 8427/2013 (1), ili Presudu Višeg suda u Beogradu br. Gž 5596/2014.

¹² Vid. Presudu Apelacionog suda u Beogradu br. Gž 2907/13.

¹³ Vid. obrazloženje Presude Apelacionog suda u Beogradu br. Gž 2907/13, str. 2.

Važno je naglasiti da u ovom slučaju banka nije menjala elemenat kamatne stope koji je deklarisan kao varijabilni, već elemenat koji je u ugovoru utvrđen kao fiksni, ali sa mogućnošću njegove naknade i jednostrane izmene, čime je i taj elemenat postao varijabilan.

¹⁴ Vid. čl. 105 ZOO.

vljala su dva osnovna načela obligacionog prava: načelo savesnosti i poštenja u zasnivanju i ostvarenju prava i obaveza¹⁵ i zahtev jednake vrednosti uzajamnih davanja u obligacionim odnosima.¹⁶ Prema stavu suda, odredba ugovora o kreditu koja ovlašćuje banku da naknadno i jednostrano promeni kamatnu stopu, pozivom na promenjenju poslovnu politiku, protivna je zahtevu savesnosti i poštenja. Osim toga, smatra sud, povređeno je i načelo jednake vrednosti uzajamnih davanja, jer je banka naknadno gotovo neograničeno mogla da povećava kamatnu stopu, usled čega je obaveza korisnika kredita u toj meri mogla da poraste, koju korisnik kredita u vreme zaključenja ugovora nije mogao da predvidi.

Osim povrede navedena dva osnovna načela obligacionog prava, sud je identifikovao i mnogo konkretnije pravne osnove na kojima je mogao da zasnuje odluku o ništavosti sporne odredbe ugovora o kreditu. Po stavu suda, koji se može smatrati ispravnim, pravo banke da praktično bez ograničenja jednostrano i naknadno povećava kamatnu stopu, jedan od bitnih elemenata ugovora o kreditu, čini predmet ugovora neodređenim, jer se nije mogao smatrati odredivim. Odredivost predmeta podrazumeva da se naknadno određivanje ili preciziranje predmeta vrši na osnovu podataka iz ugovora, odnosno od strane trećeg lica, ali svakako bez potrebe da strane naknadno daju izjavu, pri čemu strane na određivanje ili preciziranje predmeta ne smeju jednostrano uticati.¹⁷ Ukoliko jedna strana jednostrano može da utiče na obim obaveze druge strane, pozivom na promenu sopstvene poslovne politike, predmet ugovora postaje neodređen, jer određivanje ili preciziranje predmeta ugovora vrši isključivo jedna strana, na osnovu podataka ili merila na koja druga strana nije mogla da utiče, niti su ti podaci ili merila bili opšte poznati. Stoga, predmet ugovora ne može se smatrati ni odredivim, te nije punovažan. Imajući u vidu, međutim, da je predmet ugovora postao neodrediv samo zbog toga što je kamatna stopa jednostrano povećana, po osnovu sporne odredbe ugovora o kreditu, utvrđivanjem njene ništavosti prestaje svaki razlog neodređenosti predmeta, te je sud odlučio da ništavost te odredbe ne povlači ništavost ugovora u celini i primenio institut delimične ništavosti.

INTERVENCIJA ZAKONODAVCA

Imajući u vidu da se u periodu od 2008. do 2010. godine pokazalo da su nepravilne i nepoštene klauzule u ugovorima o kreditu zapravo redovna pojava i predstavljaju uobičajenu sadržinu tipskih ugovora o kreditu koje su banke zaključivale sa klijentima, intervencija zakonodavca postala je nužna. Zbog rastuće

¹⁵ Vid. čl. 12 ZOO.

¹⁶ Vid. čl. 15 ZOO.

¹⁷ Vid. čl. 50 st. 1 ZOO.

tenzije između korisnika kredita i bankarskog sektora, s jedne, i sve većeg broja sudskih postupaka pokrenutih radi poništaja ugovora o kreditu, pitanja koja se tiču pravne zaštite potrošača u vezi sa ugovorima o kreditu, i finansijskih usluga uopšte, trebalo je urediti posebnim zakonom. Ova pitanja dobila su preterano veliki društveni značaj da bi i dalje bila rešavana samo na osnovu opštih pravila ugovornog prava i slobode ugovaranja u granicama koje dozvoljava potrošačko pravo, i to putem naknadne sudske kontrole. U ovakvom društvenom okruženju je 2011. godine usvojen Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga.

Nastojanje da se zakonski uredi samo oni ugovori u kreditu koji spadaju u kontekst pravne zaštite potrošača, proizilazi već iz uvodnih odredaba Zakona. Propisuje da se na predviđene mehanizme zaštite može pozivati samo korisnik finansijskih usluga, kojim se smatra fizičko lice, pod uslovom da finansijske usluge ne koristi u poslovnoj ili komercijalnoj delatnosti, preduzetnik ili poljoprivrednik, pod uslovom da je nosilac ili član registrovanog poljoprivrednog gazdinstva.¹⁸ Očigledna je intencija zakonodavca da ustroji sistem pojačane zaštite fizičkog lica, u različitim svojstvima u kojima se može pojaviti u pravnim odnosima sa finansijskim organizacijama, te se odredbe Zakona ne primenjuju na pravna lica.

Zakon je u sferu finansijskih usluga uveo brojne zaštitne mehanizme, od kojih se neki tiču pitanja koja su predmet analize u ovom radu. To su odredbe Zakona koje pooštavaju uslove ugovaranja varijabilne kamatne stope i koje zabranjuju ugovaranje klauzule koja bi ovlastila banku da naknadno i jednostrano izmeni promenljivi elemenat varijabilne kamatne stope. U periodu do usvajanja Zakona upravo je mogućnost ugovaranja varijabilne kamatne stope i ovlašćenje banke da je naknadno i jednostrano menja predstavljala okvir u kojem su se manifestovali najučestaliji oblici nepoštene bankarske prakse i nepoštene odredbe ugovora o kreditu.

Zakon ne zabranjuje ugovaranje varijabilne kamatne stope, ali je smatra dopuštenom samo uz ispunjenje određenih uslova. Propisuje da ugovorna obaveza mora da bude određena ili barem odrediva. Ovo po sebi još ne predstavlja neku revolucionarnu novinu, budući da se i u Zakonu o obligacionim odnosima, koji se primenjuje supsidijarno, nalazi suštinski identična odredba u vezi sa uslovima punovažnosti predmeta ugovora.¹⁹

Suštinsku novinu u Zakonu predstavlja to što precizno uređuje kada će se ugovorna obaveza u ugovorima o kreditu smatrati odredivom. Razume se, pitanje odredivosti ugovorne obaveze najviše dolazi do izražaja u vezi sa varijabilnom kamatnom stopom. Konstatovano je da Zakon o obligacionim odnosima u odredbama posvećenim ugovoru o kreditu izričito ne dopušta ugovaranje varijabilne ka-

¹⁸ Vid. čl. 2 st. 1 t. 9) ZZKFU.

¹⁹ Vid. čl. 46 ZOO.

matne stope, ali je ni ne zabranjuje, čime odredbe Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga posebno dobijaju na značaju.

Zakon propisuje da se novčana obaveza smatra odredivom u pogledu njenog iznosa, ukoliko zavisi od ugovorenih promenljivih elemenata, odnosno od promenljivih i fiksnih, pri čemu se kao promenljivi elementi kamatne stope mogu ugovoriti samo podaci koji se zvanično objavljuju.²⁰ Navodi referentnu kamatnu stopu i indeks potrošačkih cena, kao dopuštene promenljive elemente varijabilne kamatne stope. Nabranjanje, međutim, nije zatvoreno, te strane imaju slobodu da ugovore i druge podatke ili kriterijume na osnovu kojih se obaveza može tačno odrediti, pod uslovom da se javno objavljuju. Iz ovoga jasno proizilazi da banka više ne može proizvoljno da određuje promenljivi deo kamatne stope. Zakon uređuje i vremensku dimenziju odredivosti obaveze korisnika: obaveza se smatra odredivom, ukoliko se njena dospelost može utvrditi iz sadržine ugovora.²¹ Veoma značajnu meru zaštite interesa korisnika kredita predstavlja odredba Zakona, koja izričito propisuje da elementi na osnovu kojih se utvrđuje varijabilna kamatna stopa i dospelost novčane obaveze korisnika kredita moraju biti takvi da na njih nijedna strana ne može jednostrano uticati.²² Ova odredba predstavlja reakciju zakonodavca na pojavu nepoštenih odredaba u ugovorima o kreditu, kojima su banke u periodu do usvajanja Zakona redovno ustanovljavale sebi pravo da kamatnu stopu naknadno i jednostrano povećaju. Najčešće su banke, kao što je već istaknuto, povećanje kamatne stope obrazlagale promenom u poslovnoj politici ili činionicima koji ipak spadaju u sferu njihove kontrole. Radi sprečavanja ovakve nepoštene bankarske prakse u budućnosti, zakonodavac je smatrao celishodnim da se u Zakonu jasno propiše ništavost odredbe ugovora o kreditu koja bi ovlastila banku da pozivom na svoju poslovnu politiku ili interne akte jednostrano izmeni one elemente ugovora o kreditu koji se prema Zakonu smatraju obaveznim elementima.²³ Osim toga što banke više ne mogu jednostrano da utiču na sadržinu promenljivih elemenata, u Zakonu je propisana obaveza banaka da u svojim poslovnim prostorijama u kojima se nude usluge klijentima i na internet prezentaciji na dnevnom nivou objavljuju obaveštenja o vrednosti ugovorenih promenljivih elemenata.²⁴ Ova dužnost banke svakako doprinosi boljem informisanju korisnika kredita, s jedne, i dodatno sužava prostor za eventualne zloupotrebe ili nepoštenu bankarsku praksu, s druge strane. Najzad, Zakon propisuje da banka novčanu obavezu korisnika kredita može utvrditi isključivo na način predviđen Zakonom²⁵, tj. ne može da

²⁰ Vid. čl. 8 st. 2 ZZKFU.

²¹ Vid. čl. 8 st. 3 ZZKFU.

²² Vid. čl. 8 st. 4 ZZKFU, odnosno izričito u vezi sa utvrđivanjem promenljive nominalne kamatne stope čl. 26 st. 2 ZZKFU.

²³ Vid. čl. 8 st. 6 ZZKFU.

²⁴ Vid. čl. 8 st. 5 ZZKFU.

²⁵ Vid. čl. 8 st. 7 ZZKFU.

ustanovi drugačiji metod utvrđivanja novčane obaveze korisnika kredita, čak ni uz njegovu saglasnost, kao i da se izričito smatraju ništavim odredbe ugovora o kreditu kojima se korisnik kredita odriče svojih prava zagarantovanih Zakonom.²⁶ Ovim je zakonodavac sprečio da se u ugovore o kreditu unose odredbe koje umanjuju ili ukidaju neka prava koja korisniku kredita na osnovu Zakona pripadaju. Bez ovih odredaba bi strane, u skladu sa načelom slobode ugovaranja, mogle da odstupe od pravila Zakona i tako utvrdile međusobna prava i obaveze, što bi u kontekstu neravnopravnog pregovaračkog položaja korisnika kredita prema banci, redovno poboljšalo pravni položaj banke, a pogoršalo pravni položaj korisnika kredita.

Posebno je značajno pitanje da li se odredbe Zakona mogu primeniti na ugovore o kreditu zaključene pre njegovog stupanja na snagu, ali koji još nisu u potpunosti izvršeni, odnosno kod kojih otplata pojedinih rata pada na period posle njegovog stupanja na snagu, što će biti redovna pojava, budući da se potrošački krediti koji glase na veće iznose, pre svega stambeni krediti, zaključuju na period od više godina, neretko i na 20 godina. Ovo pitanje je Zakon uredio u prelaznim i završnim odredbama. Izričito propisuje da se čl. 8 i čl. 26 st. 1-3, tj. odredbe koje se odnose upravo na uslove punovažnosti varijabilne kamatne stope, primenjuju na obaveze korisnika kredita koje dospevaju posle dana početka primene Zakona.²⁷ Banke su dužne da do početka primene Zakona ugovore o kreditu usklade s njim. Usklađivanje sa Zakonom, s jedne strane, znači obavezu izmene ugovora u delu koji se odnosi na kamatnu stopu u smislu da visina ugovorene promenljive, ali neodredive kamatne stope, ne može da bude veća od one kamatne stope koja je važila u trenutku zaključenja ugovora.²⁸ S druge strane, od dana stupanja na snagu Zakona banke više ne mogu povećavati visinu kamatnih stopa koristeći ugovorene neodredive elemente.²⁹ U praktičnoj primeni prava poseban problem će predstavljati tumačenje prvog pravila, tj. pravila o obavezi banaka da izmene odredbe ugovora o kreditu na osnovu kojih se kamata utvrđuje prema neodredivim promenljivim elementima. Pitanje je, naime, da li će se ovako izmenjeni ugovor o kreditu primeniti *ex tunc* ili samo *ex nunc*, tj. sa dejstvom i na već isplaćene rate kredita ili samo na rate koje dospevaju nakon izmene ugovora. Čini se ispravnim stav u doktrini koji zagovara *ex tunc* pravno dejstvo izmene ugovora³⁰, što dovodi do obaveze povraćaja onog dela kamate koji je obračunat i naplaćen preko onog iznosa koji se dobija primenom odredaba Zakona. Ako se ugovorna odredba o neodredivim promenljivim elementima proglasi ništavom, prema ovom shvatanju, treba smatrati da su sve isplate izvršene na osnovu nje bez pravnog osnova, što

²⁶ Vid. čl. 7 st. 3 ZZKFU.

²⁷ Vid. čl. 54 st. 1 ZZKFU.

²⁸ Vid. čl. 54 st. 2 ZZKFU.

²⁹ Vid. čl. 54 st. 3 ZZKFU.

³⁰ Vid. Hiber-Živković, 580.

povlači obavezu restitucije. Ovakvim tumačenjem bi se donekle odstupilo od načela zabrane retroaktivne primene zakona³¹, ali ono ne bi bilo pravno nemoguće, jer ovo načelo nužno podrazumeva neke izuzetke³².

JEDNOSTRANO POVEĆANJE KAMATNE STOPE U UGOVORIMA O KREDITU ZAKLJUČENIM SA KORPORATIVNIM KLIJENTIMA

Svršishodno je izvršiti analizu stava sudske prakse povodom odredaba ugovora o kreditu kojima se ustanovljava pravo banke da jednostrano poveća kamatnu stopu i u onim ugovorima u kojima se u svojstvu korisnika kredita pojavljuje pravno lice, redovno privredno društvo. Razmatranje ovog pitanja čini osnovanim i činjenica da banke pri zaključenju ugovora o kreditu sa korporativnim klijentima, uz neznatne razlike, primenjuju gotovo identične formulare ugovora kao pri zaključenju ugovora sa fizičkim licima. Iz ovog razloga čini se osnovanom pretpostavka da su i ugovori o kreditu zaključeni sa korporativnim klijentima redovno sadržavali odredbu koja je ovlašćivala banku na jednostrano povećanje kamatne stope, na osnovu sličnih merila ili okolnosti kao u vezi sa potrošačkim kreditima.

U ovom kontekstu je važno podsetiti se da je u Zakonu o obligacionim odnosima prihvaćena koncepcija monizma u pogledu pravnog uređivanja obligacionih odnosa, tj. jednim zakonskim aktom se uređuju kako obligacioni odnosi koji nastaju između strana koje se ne mogu smatrati privrednim subjektima, tako i obligacioni odnosi između privrednih subjekata. To znači da se odredbe Zakona o obligacionim odnosima jedinstveno primenjuju na sve obligacione odnose, osim ako taj zakon ili neki drugi ne nalaže primenu posebnih pravila u obligacionim odnosima između privrednih subjekata.³³ Stoga se pravila opšteg ugovornog prava primenjuju uglavnom identično na sve ugovore o kreditu, bez obzira na to da li se u svojstvu korisnika kredita pojavljuje privredni subjekat ili strana koja to nije. Razume se, između potrošačkog kredita i kredita koji to nije postoje značajne razlike, imajući u vidu da se na potrošačke kredite osim ZOO sada primenjuje i Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga, kao specijalan zakon, ali je režim opšteg ugovornog prava uglavnom identičan u oba slučaja. S obzirom, dakle, na suštinski identičan pravni položaj korisnika kredita nezavisno od toga da li je privredni subjekat ili to nije, kada se primenjuje režim opšteg ugovornog prava,

³¹ Vid. Hiber-Živković, 579.

³² Vid. Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006, čl. 197 st. 2; Dušan Nikolić, *Uvod u sistem građanskog prava*, jedanaesto izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu-Novi Sad, 2013, 116-118.

³³ Vid. čl. 25 st. 1 ZOO.

kao i na gotovo identične obrasce tipskih ugovora o kreditu koje banke koriste, bilo je za očekivati da će pre ili kasnije sudovi morati da zauzmu stav o dopuštenosti odredaba ugovora o kreditu zaključenih sa privrednim subjektima, kojima je ustanovljeno pravo banke da naknadno i jednostrano poveća kamatnu stopu. U ovom pogledu, čini se veoma indikativnom jedna odluka Privrednog apelacionog suda.³⁴

Tužbeni zahtev tužioca, društva sa ograničenom odgovornošću, bio je usmeren na utvrđivanje ništavosti odredbe ugovora o kreditu zaključenog 2008. godine, kojom je ustanovljeno pravo banke da bez naknadnog pitanja ili odobrenja korisnika kredita jednostrano poveća kamatnu stopu. Stopa ugovorne kamate sastojala se od dve komponente: tromesečne LIBOR kamatne stope na CHF i kamatne marže od 1,1%. Sporna odredba ugovora o kreditu je, međutim, ustanovila pravo banke da poveća kamatnu stopu, ukoliko to budu opravdavale bitne promene tržišnih uslova. Do jednostranog povećanja kamatne stope došlo je 2010. godine. Banka je obavestila korisnika kredita da zbog promene tržišnih uslova, na osnovu navedene odredbe ugovora, kamatnu maržu povećava sa 1,1% na 6,1%, čime je mesečna kamatna obaveza korisnika kredita povećana sa 260 CHF na 1.225,34 CHF.³⁵ Prema stavu tužioca, na ovaj način povećana kamatna marža učinila je predmet ugovora neodredivim, usled čega ugovor treba smatrati ništavim.³⁶

Tuženi je u odgovoru na tužbu istakao da je povećanje kamatne stope izvršeno u skladu sa ugovorom o kreditu, s čijom sadržinom se tužilac saglasio, te ga u skladu sa načelom slobode ugovaranja treba smatrati punovažnim. Naglasio je da u vreme ekonomske krize ovakve ugovorne odredbe postaju uobičajene, jer banke moraju da se zaštite od nepredvidivih promena na tržištu kapitala, te je potrebno da se u ugovorima o kreditu ustanovi pravo banke da kamatnu stopu naknadno i jednostrano poveća. S tim u skladu, tuženi je osporio navode tužioca da je zbog ove odredbe predmet ugovora postao neodrediv, jer je mogućnost naknadnog i jednostranog povećanja kamate u trenutku zaključenja ugovora mogao da predvidi, imajući u vidu da je ona izričito bila predviđena ugovorom.³⁷

Prvostepeni sud prihvatio je argumentaciju tuženog i odluku zasnovao na premisama načela slobode ugovaranja. Zauzeo je stav da su strane u ugovoru izvršile alokaciju rizika, tj. ugovorom utvrdile koja strana snosi rizik nastupanja nekog događaja koji se nije mogao predvideti. Smatrao je da su strane rizik promene kamatnih stopa usled promena okolnosti na tržištu kapitala punovažno prevalele na tužioca. Osim toga, po shvatanju suda, odredba ugovora o kreditu koja

³⁴ Vid. prvostepenu presudu Privrednog suda u Beogradu br. 40-P 341/2012, kao i drugostepenu presudu Privrednog apelacionog suda br. 9 Pž 8313/2012.

³⁵ I u ovom slučaju je elemenat ugovorne kamate, koji je u ugovoru o kreditu inicijalno utvrđen kao fiksni, zapravo varijabilni, jer ga je banka na osnovu ugovorne odredbe naknadno i jednostrano mogla izmeniti.

³⁶ Vid. presudu br. 40-P 341/2012, str. 2.

³⁷ Vid. presudu br. 40-P 341/2012, str. 3.

ovlašćuje banku da kamatnu stopu naknadno i jednostrano izmeni još ne čini predmet ugovora neodredivim.³⁸

Drugostepeni sud, međutim, nije prihvatio ovakvo pojednostavljeno tumačenje načela slobode ugovaranja i pravila o odredivosti predmeta ugovora. Priznao je ekonomsku opravdanost varijabilne kamatne stope i njenu načelnu pravnu dopuštenost, ali je naglasio da to još ne znači da banka kamatnu maržu u varijabilnoj kamatnoj stopi može naknadno, i to praktično neograničeno i nekontrolisano da menja.³⁹ Naknadna izmena kamatne stope bila bi dopuštena, ukoliko banka kredit ne bi isplatila u jednom iznosu, već bi korisniku kredita odobrila kreditnu liniju, u okviru koje bi sukcesivno odobravala i isplaćivala više pojedinačnih iznosa kredita. U ovom slučaju bi banka, pre isplate pojedinačnih iznosa kredita, imala pravo da proceni da li je ekonomski celishodno da se kredit isplati po inicijalno ugovorenoj kamatnoj stopi, ili bi se koristila svojim pravom da u svetlu promenjenih okolnosti na tržištu kapitala izmeni kamatnu stopu i da dužnikovu obavezu plaćanja kamate u vezi sa novom tranšom kredita utvrdi prema novoj kamatnoj stopi. Ako je, međutim, iznos kredita u celini isplaćen korisniku kredita, banka ne može pozivom na promene na tržištu kapitala naknadno i jednostrano da izmeni kamatnu maržu, a time i ukupnu kamatnu obavezu dužnika, jer je uslove finansiranja odmerila kada je kredit isplaćen, te nove okolnosti na tržištu kapitala nikako ne mogu da utiču na procenu ekonomske svrsishodnosti već isplaćenog kredita. Nesporno je da pod uticajem novih okolnosti na tržištu kapitala uslovi finansiranja mogu biti drugačiji, usled čega kreditiranje može da bude skuplje, ali to može da ima uticaja samo na kredite koji će u budućnosti biti odobreni i isplaćeni, a ne i na već isplaćene kredite. Iz ovog razloga je Privredni apelacioni sud preinačio odluku prvostepenog suda i utvrdio ništavost odredbe ugovora o kreditu koja ovlašćuje banku da naknadno i jednostrano poveća kamatnu maržu u varijabilnoj kamatnoj stopi, kao i novi plan otplate kredita, sačinjen na osnovu nove, veće kamatne stope.⁴⁰

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Uobičajena je bila pojava da su banke u formulare dugoročnih ugovora o kreditu, koji su sa korisnicima kredita zaključivani kao ugovori po pristupu, unosile odredbu kojom se ustanovljava pravo banke da nakon zaključenja ugovora o kreditu i isplate iznosa kredita jednostrano, tj. bez posebne saglasnosti korisnika kredita, izmeni (tačnije poveća) stopu ugovorne kamate. Ova odredba redovno se ugovarala u vezi sa varijabilnom kamatnom stopom, jer ona pojmovno podrazu-

³⁸ Vid. presudu br. 40-P 341/2012, str. 6.

³⁹ Vid. presudu br. 9 Pž 8313/2012, str. 4.

⁴⁰ Vid. presudu br. 9 Pž 8313/2012, str. 4.

meva mogućnost promene odgovarajućih elemenata koji je čine. Utvrđivanje kamatne obaveze korisnika kredita prema varijabilnoj kamatnoj stopi po sebi još nije nedopušteno. Međutim, ovakav način utvrđivanja kamatne stope može se smatrati punovažnim, ukoliko promenljivi elementi varijabilne kamatne stope ne zavise od isključive dispozicije volje nijedne strane, već su objektivno utvrdivi na osnovu podataka koji se zvanično objavljuju ili koje određuje treće lice. U svojim ugovornim konstrukcijama banke su nastojale da pravo na jednostrano povećanje kamatne stope uslove nekim, makar naizgled objektivnim razlozima. U nekim slučajevima su ti razlozi takve prirode da se može pretpostaviti da su zaista bili ili mogli bili van domašaja banaka. Tako, banke su primenu ovog prava ponekada uslovile „promenom referentne kamatne stope Narodne banke Srbije”, ali znatno češće promenom referentne kamatne stope banke isplatioca kredita, pri čemu se ona formirala imajući u vidu „promene na međunarodnom tržištu kapitala”, „povećanje troškova izvora finansiranja”, „promene tržišnih uslova poslovanja” ili neke slične, od banke prima facie nezavisne okolnosti. Punovažnost ovakvih ugovornih odredaba o varijabilnoj kamatnoj stopi trebalo bi da zavisi od toga da li su one okolnosti na osnovu kojih se varijabilna kamatna stopa mogla modifikovati zaista bile van domašaja banke, što bi se utvrđivalo u svakom konkretnom slučaju, jer mogućnost uticaja banke na utvrđivanje varijabilne kamatne stope, a time i rizik od eventualne zloupotrebe od strane banke nije isti u svim ovim slučajevima.⁴¹ Tako, promena referentne kamatne stope NBS je okolnost na koju poslovna banka ne može da utiče, te se ona ni pre usvajanja Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga nije mogla smatrati takvom da čini predmet ugovora o kreditu neodredivim⁴² Češće je bilo, međutim, da su banke kao promenljivi element varijabilne kamatne stope utvrđivale njihovu referentnu kamatnu stopu, čiju su visinu redovno činile zavisnom od povećanja troškova izvora finansiranja ili promenom tržišnih uslova finansiranja. Ovakav način određivanja varijabilne kamatne stope u formalnom pogledu može da bude punovažan, ali stvara potrebu ispitivanja da li je banka postupala savesno i objektivno u utvrđivanju promenljivih elemenata koji utiču na konkretizovanje varijabilne kamatne stope.⁴³ U takvom slučaju bi odredbu o varijabilnoj kamatnoj stopi trebalo smatrati punovažnom, ali bi se spor mogao pojaviti u vezi sa načinom na koji je banka utvrđivala vrednost promenljivog elementa varijabilne kamatne stope. Stoga bi se u ovom slučaju pre moglo govoriti o pogrešnoj primeni jednog pravnog standarda od strane banke, tj. o pogrešnoj primeni ugovornih kriterijuma odredivosti kamatne stope, a ne o ništavosti same ugovorne klauzule kojom je utvrđen mehanizam određivanja varijabilne kamatne stope.⁴⁴

⁴¹ Vid. Hiber-Živković, 582-584.

⁴² Vid. čl. 8, st. 2 ZZKFU.

⁴³ Vid. Hiber-Živković, 583.

⁴⁴ Ibidem.

Međutim, bilo je i slučajeva u kojima ni taj trud nije uložen da se primena prava na jednostrano povećanje kamatne stope pokuša usloviti nekom okolnošću koja je *prima facie* van domašaja banaka, već su banke naprosto predvidele u ugovoru da će imati pravo na jednostrano povećanje kamatne stope ukoliko to bude opravdava promena poslovne politike banke ili ako banka proceni da treba da posluje sa dobiti. Ovakav način utvrđivanja promenljivih elemenata kamatne stope ne bi se mogao smatrati punovažnim, ne samo prema pravilima Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga, već ni prema pravilima opšteg ugovornog prava.

Na ovakve tipične odredbe u ugovorima o kreditu prvo je reagovala sudska praksa. U vezi sa ugovorima o kreditu koji se zaključuju u potrošačkom kontekstu, gotovo je jednodušan stav sudske prakse da je ništava odredba koja ovlašćuje banku da jednostrano poveća kamatnu stopu, jer ona novčanu obavezu korisnika kredita, a time i predmet ugovora čini neodređenim, pri čemu se redovno primenjuje institut delimične ništavosti. Primenu delimičnu ništavosti opravdava potreba da se ugovori održavaju na snazi kada je to pravno moguće, posebno ugovori sa trajnim izvršenjem prestacija, kakvim se ugovor o kreditu može smatrati.⁴⁵

Uslovi punovažnosti varijabilne kamatne stope su dodatno pooštreni Zakonom o zaštiti korisnika finansijskih usluga, koji izričito propisuje da se kao promenljivi elementi varijabilne kamatne stope mogu ugovoriti elementi (podaci, merila, indeksi, i sl.) koji se zvanično objavljuju. Osim toga, Zakon izričito proglašava ništavom odredbu ugovora o kreditu kojom se ustanovljava pravo banke da pozivom na promenu poslovne politike ili interne akte jednostrano izmeni one elemente ugovora o kreditu, koji se smatraju obaveznim, i predviđa mehanizam za usklađivanje ugovora o kreditu koji se zaključeni pre njegovog stupanja na snagu, a koji još nisu u celini izvršeni, tj. na osnovu kojih pojedine rate otplate kredita dospevaju nakon njegovog stupanja na snagu.

U ugovorima o kreditu koji se smatraju privrednim ugovorima, tj. u kojima se u svojstvu korisnika kredita pojavljuju privredna društva, stepen pravne zaštite korisnika kredita je niži, jer se na njih ne odnosi Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga. Međutim, pozivom na pravila opšteg ugovornog prava iz Zakona o obligacionim odnosima sudovi i u ovim slučajevima usvajaju identičan stav: naknadno i jednostrano povećanje kamatne stope od strane banke čini predmet ugovora o kreditu neodredivim, ukoliko se varijabilna kamatna stopa sastoji od elemenata na koje banka jednostrano može da utiče, te odredbu ugovora o kreditu koja na to ovlašćuje banku treba smatrati ništavom.

⁴⁵ S razlogom se ukazuje, međutim, u doktrini na to da je u primeni instituta delimične ništavosti potrebno posebno ispitati ispunjenost jednog od uslova primene ovog instituta iz čl. 105 ZOO, tj. da li je obračun kamate po varijabilnoj kamatnoj stopi, onako kako je predviđeno ugovorom o kreditu, bila odlučujuća pobuda banke, jer ako se ona može takvim kvalifikovati, tj. ako banka bez nje ne bi zaključila ugovor o kreditu, ugovor će u celini biti ništav. Vid. Hiber-Živković, 581.

*Attila I. Dudás, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
A.Dudas@pf.uns.ac.rs*

The Legality of Unilateral Increase of Interest Rate in Banking Loan Contracts under Serbian Law

Abstract: *The economic crisis spread in 2008 through the world and reached Serbia, rendered the repayment of banking loans indexed in foreign currencies, mostly in CHF at the time, even more difficult. The growing number of non-performing loans inevitably led to an increase in number of the court proceedings in which the debtors made attempts to have the loan contracts declared null and void. In these proceedings, the courts needed to take a stand on some typical clauses in loan contracts and on some banking practices that the debtors considered to be contrary to the principle of good faith, which, before the crisis, was hardly ever given judicial epilogue. In the majority of cases, two types of clauses proved to be unlawful: a clause establishing a right of the bank to subsequently, i.e. after the formation of the contract, and unilaterally, i.e. without a specific consent of the debtor, change (regularly increase) the interest rate for the remainder of the credit period; and a clause establishing the right of the bank to apply different exchange rates, i.e. the buying rate to the disbursement of the loan, and the selling rate to the value of credit installments. These clauses certainly existed even before the crisis, but the difficulties in performing the loans caused by the crisis was the social propelling force that brought these cases within the sight of the judiciary.*

In this paper the author analyzes the reaction of courts, and subsequently that of the legislator, to the clause in loan contracts entitling the bank to unilaterally increase the variable interest rate after the formation of contract. The application of this clause was usually conditioned on significant changes in international financial markets or changes in the costs of the sources of financing, while in some cases the conditions of the application of the clause were simply changes in the business policy of the bank or the need to operate with profit. In any case, these are circumstances which the debtor could not influence. In most cases the bank could have influenced these circumstance or at least taken them into consideration at the time of the formation of contract. If not, they still fall within the bank's sphere of control or the bank bears the risk of their occurrence.

The uniform approach of the courts, both in respect to credit contracts in which the debtor is a consumer, and contracts in which the debtor does not qualify as consumer, is that these clauses in loan contracts are null and void, since

they are contrary to principles of good faith and equal value of reciprocal obligations, on the one hand, and make the object of the contract unascertainable, on the other. The courts, however, hardly ever declare the contract null and void in its entirety, but rather apply the rules on partial invalidity. Until the adoption of the Law on the Protection of Financial Services Consumers in 2011, the courts could render their decisions based only on the rules of general contract law pursuant to the Law on Obligations from 1978. The Law on the Protection of Financial Services Consumers explicitly forbids the modification of variable interest rate due to changes in the business policy or internal acts of the bank and prescribes that only officially published data or criteria may be used as variable elements of the interest rate. By this means, stipulating the right of the bank to subsequently, unilaterally and, in fact, freely increase the interest rate, a practice frequently applied in cases in which it was not economically justified, became statutorily forbidden.

Keywords: *unilateral increase of interest rate in credit contracts, variable interest rate, credit contract, consumer credit*

Datum prijema rada: 26.08.2016.

Dr Dragan M. Cvetković
Policajska uprava za grad Beograd
cvetkovicdragan@mts.rs

Zoran Ž. Jovanović
Tehnička škola Beograd
zojo30@yahoo.com

Davor R. Bešić
Policajska uprava za grad Beograd
davorbesic@hotmail.com

PRIVREDNI KRIMINALITET U REPUBLICI SRBIJI U PERIODU OD 2006. DO 2015. GODINE

Sažetak: *Privredni kriminalitet nesumnjivo je jedan od veoma aktuelnih problema naše današnjice, koji kao poseban vid kriminaliteta sve više narušava nesmetano funkcionisanje privrede, ali i nanosi značajnu materijalnu štetu društvu. Podaci o privrednom kriminalu, a naročito o materijalnim posledicama koje prouzrokuje, uzimajući u obzir i tamnu brojku ovog kriminalnog fenomena, ostavljaju zabrinjavajući utisak. Posledice privrednog kriminala su višestruke po društvo: direktna šteta privrednim subjektima, državnom budžetu, ukupnim privrednim i ekonomskim tokovima i državi u celini. Zbog toga je od izuzetne važnosti pravilno sagledati statistiku ovog kriminalnog fenomena, tj. strukturu ponašanja kroz koja se ispoljava privredni kriminal, zatim promene u njegovom obimu kao i oblike ispoljavanja privrednog kriminala. U ovom radu, definisaćemo pojam i karakteristike privrednog kriminaliteta. Prikazaćemo učešće privrednog kriminaliteta u masi celokupnog kriminaliteta, dinamiku i strukturu privrednog kriminaliteta. Pokušaćemo da izdvojimo i prikazemo kretanje najzastupljenijih krivičnih dela privrednog kriminaliteta u Republici Srbiji u periodu od 2006. – 2015. godine, zarad adekvatnijeg angažovanja nadležnih organa u cilju sprečavanja ove vrste kriminaliteta.*

Ključne reči: *privredni kriminalitet, posledice, tamna brojka, krivična dela.*

1. UVODNA RAZMATRANJA

Kriminalne aktivnosti zastupljene su u svim sferama društva i predstavljaju teret kako razvijenim tako i manje razvijenim državama. Denis Szabo, kanadski kriminolog, navodi da kriminalne aktivnosti pogađaju društvo pravo u srce uz nanošenje značajne materijalne štete zajednici¹. Srbiju puno koštaju takve kriminalne aktivnosti i ona zbog toga, procenjuje se, izgubi 3-5% bruto društvenog proizvoda godišnje.

Privredni kriminalitet karakteriše izuzetna promenljivost oblika ispoljavanja, što je i sasvim logično, zbog njegove uslovljenosti novonastalim društveno-ekonomskim i političkim odnosima u kojima se neminovno stvaraju uslovi za promene i pojavu novih pojava oblika. Zbog toga postoji potreba permanentnog praćenja ove problematike radi izmene zakona i usaglašavanja definicije privrednog kriminala sa njegovim sadržajem i karakteristikama u određenom periodu društvenog razvoja, kako na nacionalnom, tako i na međunarodnom planu, s obzirom da sve više, kroz odgovarajuće organizovane forme, dobija internacionalnu dimenziju.²

U borbi protiv ovog vida kriminala Republika Srbija je do sada preduzela određene mere³: sprovedene su obuke o integrisanim finansijskim istragama, donet je Zakon o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela, osnovana je Direkcija za upravljanje oduzetom imovinom, osnovana je posebna jedinica za finansijske istrage u okviru Ministarstva unutrašnjih poslova, osnovana su posebna odeljenja za borbu protiv korupcije u Republičkom javnom tužilaštvu, apelacionim i višim javnim tužilaštvima, donet je Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela⁴ i Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima⁵. Pokrenuta je inicijativa Agencije za borbu protiv korupcije, sproveden je Zakon o agenciji za borbu protiv korupcije⁶, pokrenut je Projekat za borbu protiv pranja novca i finansiranja terorizma u Srbiji (MOLI)⁷, doneta je Strategija istraga finansijskog kriminala za period od 2015. do 2016. godine⁸. Pored toga, u Srbiji su

¹ N. Arežina et al „Zastupljenost krivičnih dela protiv privrede i privrednih prestupa u Republici Srbiji”, XV Međunarodni naučni skup Sinergija, Bijeljina, 12/2014,1.

² Dragan Cvetković, Marija Mićović, Marta Tomić “Criminal Offences Against Economy In Serbia In Period 2006 – 2010”, *Zbornik radova Međunarodnog naučnog skupa „Dani Arčibalda Rajsa”*, Tom I, Beograd 2016, 493–502.

³ *Strategija istraga finansijskog kriminala za period od 2015. do 2016. godine*, „Sl. glasnik RS”, br. 43/2015.

⁴ „Službeni glasnik RS”, broj 97/08.

⁵ „Službeni glasnik RS”, broj 20/09.

⁶ „Sl. glasnik RS”, br. 97/2008, 53/2010, 66/2011 – odluka US, 67/2013 – odluka US i 112/2013.

⁷ Projekat za borbu protiv pranja novca i finansiranja terorizma u Srbiji (MOLI Srbija), 2011, (pristup: 01. 06. 2016), dostupno na: <http://www.apml.gov.rs>

⁸ „Sl. glasnik RS”, br. 43/2015

preduzete i druge mere i pokrenuti drugi projekti a sve u cilju jačanja kapaciteta državnih organa u borbi protiv privrednog kriminaliteta.

Privredni kriminalitet u našoj državi karakterišu složena krivična dela, posebno u oblastima finansija, računovodstva, bankarstva, spoljne trgovine, kao i u procesu privatizacije. Ovaj vid kriminaliteta, pored opštih odlikuje se i posebnim karakteristikama, od kojih se izdvajaju obim ili masovnost, relativno učešće privrednog kriminaliteta u ukupnom kriminalitetu, njegova dinamika kao i struktura, koja podrazumeva vrste inkriminisanih ponašanja koja smatramo privrednim kriminalitetom, kao i njihovo učešće u masi privrednog kriminaliteta.

Ovaj rad se stoga fokusira na privredni kriminalitet, njegove osnovne karakteristike i zastupljenost krivičnih dela privrednog kriminaliteta u Republici Srbiji. U tom smislu ćemo se takođe osvrnuti na učestalost pojedinih krivičnih dela pomenutog kriminaliteta. Podaci dobijeni analizom u ovom radu, mogu poslužiti kao indikatori dinamike i strukture ovog vida kriminaliteta.

2. POJAM PRIVREDNOG KRIMINALITETA

Ozbiljan pristup istraživanju privrednog kriminaliteta, njegovih posledica po društvene i ekonomske odnose u jednoj privredi, kao i mogućnosti delovanja i primene mera u cilju suzbijanja navedene pojave u savremenom društvu, polazi od definisanja pojma privrednog kriminaliteta. Shodno tome činjeni su veliki naponi da se dođe do jedinstvene definicije privrednog kriminaliteta kako u domaćoj teoriji i praksi, tako i u stranoj. Međutim, još uvek ne postoji jedinstveno mišljenje o pojmu privrednog kriminaliteta. Najverovatnije je razlog takvog međunarodnog stanja – nepostojanje jedinstvene i integralne definicije privrednog kriminaliteta, upravo različitost društveno-ekonomskih i političkih sistema, ali ni u okviru jedne zemlje u pravnoj i kriminološkoj literaturi ne postoji jedinstvena definicija privrednog kriminaliteta.

Jedna od najčešće citiranih definicija privrednog kriminaliteta potiče od Edwina Sutherlanda, predsednika američkog sociološkog udruženja, koji za privredni kriminalitet upotrebljava termin kriminalitet „belog okovratnika”. Ovaj autor definiše ovu pojavu kao „kriminalitet koji se javlja u oblasti privrednog poslovanja i ističe da su njegove osnovne forme ispljavanja najčešće u mahinacijama u vezi sa kupoprodajom raznih akcija, lažnim iskazivanjem stanja i poslovanja pojedinih korporacija, lažnim reklamiranjem robe, podmićivanjem poslovnih partnera i državnih činovnika radi ostvarivanja povoljnih poslovnih aranžmana, nenamenskim trošenjem sredstava, poreskim utajama i sl.”⁹ Isti autor daje novu

⁹ Sutherland, H. Edwin. *White-Collar Criminality*, American Sociological Review, February 1940, 1-12.

definiciju kriminaliteta „belog okovratnika”, označivši ga kao „kriminalitet koji, u okviru svoje profesionalne aktivnosti, vrše lica sa visokim društvenim ugledom.”¹⁰

U preporuci Saveta Evrope 11 (2001) ukazuje se na jaku uzajamnu vezu organizovanog i privrednog kriminaliteta, naročito korupcije, pranja novca i prevara. U CARPO izveštaju Saveta Evrope o organizovanom kriminalu za Jugoistočnu Evropu za 2006. godinu navodi se da je razlika između organizovanog i privrednog kriminaliteta u tome što „organizovane kriminalne grupe osnivaju kriminalna preduzeća za činjenje kriminalnih radnji čak i u legitimnim poslovima, dok privredni kriminalitet koristi legalna preduzeća za legalne poslove koji počivaju na prevarama, kartelima, monopolima i korupciji kako bi ostala konkurentna na tržištu”.¹¹ Prema Savetu Evrope, privredni kriminal „ima negativno dejstvo mimo pojedinačnih žrtava i materijalne štete po tome što utiče na veliki broj osoba, društvo i državu u celini; on šteti funkcionisanju nacionalne ili međunarodne privrede i izaziva gubitak vere i poverenja u ekonomski sistem.”¹²

Na osnovu analizirane literature možemo reći da se autori uglavnom slažu u pogledu shvatanja privrednog kriminaliteta kao „svih onih nedozvoljenih ponašanja kojima se napada privredni sistem, bez obzira na to od koga dolazi taj napad, od službenih lica, privrednih organizacija ili, pak, od lica van privredne organizacije koja na posredan ili neposredan način atakuju na privredni sistem”.¹³ U užem smislu pod privrednim kriminalitetom smatraju se samo krivično pravni privredni i finansijski delikti. Tu ne ulaze privredni prestupi i prekršaji. U širem smislu pod privrednim kriminalitetom smatra se ponašanje koje nadležni državni organ (sud ili neki drugi organ) kvalifikuje kao kažnjivi delikt u zato utvrđenom postupku. Tu ulazi delinkvencija i fizičkih i pravnih lica u oblasti finansijsko-pravnog poslovanja (krivična dela, prestup i prekršaj). Veoma često u literaturi umesto termina privredni kriminalitet su u upotrebi i termini finansijski, ekonomski kriminalitet, kriminalitet korporacija kao i kriminalitet belog okovratnika.

Krivični sistem Republike Srbije pod privrednim kriminalitetom obuhvata kategorije krivičnih dela definisanih Krivičnim Zakonom Republike Srbije¹⁴: protiv privrede (falsifikovanje novca, pranje novca, zloupotreba ovlašćenja u privredi, po-

¹⁰ Sutherland, H. Edvin. *White-Collar Criminality. Crime?*, American Sociological Review, April 1945, 132-139.

¹¹ CARPO izveštaj – izveštaj Saveta Evrope o organizovanom kriminalu za 2006. (pristup: 01. 07. 2016), dostupno na: <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/organisedcrime/projects/carpo/>;

¹² OEBS (2006) *Izveštaj o pranju novca i predikatnim krivičnim delima u Srbiji za 2000-2005*. (pristup: 25. 06. 2016), dostupno na: <http://www.osce.org>

¹³ Milan Milutinović, *Kriminalitet kao društvena pojava*, Savremena administracija, Beograd 1957, 147.

¹⁴ Do kraja 2005. krivični zakonik se zasnivao na starom jugoslovenskom saveznom krivičnom zakoniku i Krivičnom zakoniku Republike Srbije. Okvir je prerađen početkom 2006. sa uvođenjem novog Krivičnog zakonika.

reska utaja, nedozvoljena proizvodnja i trgovina, krijumčarenje, prouzrokovanje stečaja itd.) i krivična dela protiv službene dužnosti (zloupotreba službenog položaja, kršenje zakona od strane sudije, javnog tužioca i njegovog zamenika, nenamensko korišćenje budžetskih sredstava, protivzakonita isplata i naplata, pronevera, primanje i davanje mita itd.), krivična dela protiv pravnog sobračaja (falsifikovanje isprave, falsifikovanje službene isprave) kao i krivična dela iz seta posebnih zakona.

3. KARAKTERISTIKE PRIVREDNOG KRIMINALITETA

Kompleksnost, raznovrsnost i dinamičnost privrednog kriminaliteta nalaže potrebu stalnog izgrađivanja i usavršavanja kriminalističkih metoda, pri čemu se mora voditi računa o mogućnostima korišćenja dostignuća prirodnih, tehničkih i društvenih nauka, čija primena ima poseban značaj u obezbeđivanju materijalnih i ličnih dokaza u postupku razjašnjavanja i dokazivanja pojedinih krivičnih dela iz oblasti privrednog kriminaliteta.

Privredni kriminalitet karakteriše izuzetna promenljivost oblika ispoljavanja, što je i razumljivo ako se zna njegova uslovljenost novonastalim društveno-ekonomskim i političkim odnosima koji generišu uslove za promene i pojavu novih pojava oblika. Stim u vezi treba istaći, promene u ekonomskim i političkim sistemima, koje uslovljavaju nastanak novih pojava oblika privrednog kriminaliteta, nisu obuhvaćeni sadržajem definicije iz prethodnog perioda jer nisu postojali ili kvalifikovani kao društveno opasna dela, tj, nisu zakonom bili propisani kao krivično delo. Mišljenje većine autora je da u najznačajnije karakteristike privrednog kriminaliteta spadaju sledeće karakteristike:

- sposobnost prilagođavanja novim društveno-ekonomskim odnosima i pozitivnopravnim propisima koji regulišu oblast privrednog poslovanja;
- prikrivenost i konspirativnost izvršenja krivičnih dela privrednog kriminaliteta,
- izuzetno visoka „tamna brojka”¹⁵;
- složenost i različitost, te dinamičnost, odnosno sklonost promenama pravnih propisa koji regulišu oblast privrednog poslovanja;
- specifična svojstva izvršilaca krivičnih dela privrednog kriminaliteta uključujući svojstva karakteristična za kriminalitet belog okovratnika kao i koristoljublje kao motiv;

¹⁵ Tamna brojka predstavlja razliku između stvarno izvršenog i zvanično evidentiranog kriminaliteta. U kriminalistici, tamna brojka označava nepoznati, tj. neotkriveni kriminalitet. Procene tamne brojke se najčešće kreću između 5 i 20. Važno je napomenuti, da tamna brojka nije isto što i siva brojka kriminaliteta koja predstavlja sveobuhvatan broj prijavljenih krivičnih dela koja kasnije nisu rasvetljena, tj. nije utvrđen njihov počinilac, Opširnije videti: Dragan Cvetković, *Dizajniranje pokazatelja ekonomske efikasnosti neprofitnih organizacija – sa posebnim osvrtom na suzbijanje ulaganja nezakonito stečenih prihoda*, (doktorska disertacija), Ekonomski fakultet Univerziteta u Novom Sadu, 2013, 338.

- izvršioci krivičnih dela su najčešće službena ili odgovorna lica u privrednom i finansijskom poslovanju

Zajedničko za dela privrednog kriminaliteta je da se vrše u svim granama privrede i vanprivrednim delatnostima, iz koristoljublja, egoizma ili nesavesnog vršenja službene dužnosti, ali je najčešći motiv koristoljublje, odnosno protivpravno sticanje dobiti.

4. STANJE I DINAMIKA PRIVREDNOG KRIMINALITETA U SRBIJI U PERIODU OD 2006. DO 2015. GODINE

U nastojanju da ustanovimo kakve su odlike savremenog privrednog kriminaliteta, analizirali smo podatke o stanju privrednog kriminaliteta u Republici Srbiji za period od 2006. do 2015. godine, koji su publikovani u godišnjim statističkim izveštajima Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srbije o prijavljenim krivičnim delima.¹⁶

Na području Republike Srbije u vremenskom periodu od 2006. do 2015. godine od strane policije registrovano je ukupno 1.023.208 krivičnih dela. Tačnije, prosečno godišnje 102.320,8 odnosno svaki dan po 280,33 ili na svaki sat po 11,68 krivična dela.

Tabela 1. *Obim prijavljenih krivičnih dela privrednog kriminaliteta u Srbiji u periodu 2006-2015.*

God.	Ukupno KD	Ukupno KD privrednog kriminala	Procentualni udeo (%) privrednog kriminala u ukupnom
1	2	3	4
2006.	98414	10499	10,46
2007.	104118	10697	10,09
2008.	105203	10481	9,54
2009.	102261	10889	10,30
2010.	100028	10451	9,92
2011.	101309	9677	9,55
2012.	97015	8768	9,03
2013.	113600	7421	6,53
2014.	102715	7836	7,62
2015.	98545	8175	8,29

¹⁶ Pored policijske evidencije – statistike o kriminalitetu postoje i evidencije tužilaštva i suda. Radi se o statističkim evidencijama koje vode zvanični organi zaduženi za njegovu kontrolu – pravosudne statistike. Podatke o kriminalitetu punoletnih i maloletnih lica objavljuje i Republički zavod za statistiku u godišnjim biltenima, u kojima se daju statistički podaci o broju prijavljenih, optuženih i osuđenih lica.

Kada je u pitanju obim privrednog kriminaliteta na teritoriji Republike Srbije i njegovo relativno učešće u ukupnoj masi kriminaliteta, gornja tabela ukazuje da je na području Republike Srbije u vremenskom periodu od 2006. do 2015. godine od strane policije prijavljeno ukupno 94.894 krivičnih dela. Prosečno godišnje 9.489,4 odnosno svaki dan po 26 krivična dela. Ni u jednoj godini učešće krivičnih dela privrednog kriminaliteta u ukupnoj masi prijavljenih krivičnih dela nije prelazilo 11%.

Tokom 2006. godine u oblasti privrednog kriminaliteta, otkriveno je i nadležnim tužilaštvima prijavljeno 10.499 krivičnih dela. Visina štete pričinjene izvršenjem ovih krivičnih dela iznosi oko 66 milijardi dinara a pribavljene imovinske koristi oko 64 milijardi dinara. Među krivičnim delima privrednog kriminaliteta preovlađuju krivična dela zloupotreba službenog položaja (1.943), falsifikovanje službene isprave (1.459), prevara u privrednom poslovanju (985), i pronevera (510). Krivičnim prijavama koje su podnete nadležnim tužilaštvima, obuhvaćena su 6.292 lica, zbog osnovane sumnje da su počinila krivična dela privrednog kriminaliteta.

U 2007. godini na području Srbije u oblasti privrednog kriminaliteta otkriveno je i nadležnim tužilaštvima prijavljeno 10.679 krivičnih dela. Što u odnosu na prethodnu godinu znači povećanje otkrivanja krivičnih dela privrednog kriminaliteta za 2%. Visina štete pričinjene izvršenjem ovih krivičnih dela iznosi oko 24 milijardi dinara a pribavljene imovinske koristi oko 20 milijardi dinara. Među ovim krivičnim delima preovlađuju krivična dela zloupotreba službenog položaja (2.214), falsifikovanje službene isprave (1.630), prevara u privrednom poslovanju (1.290), pronevera (391). Krivičnim prijavama koje su podnete nadležnim tužilaštvima, obuhvaćeno je 5.989 lica, osumnjičena da su izvršila krivična dela privrednog kriminaliteta.

Tokom 2008. godine ukupno je otkriveno i nadležnim tužilaštvima prijavljeno 10.481 krivičnih dela, tako da privredni kriminalitet beleži smanjenje za 1,9% u odnosu na prethodnu godinu. Visina štete pričinjene izvršenjem ovih krivičnih dela iznosi oko 28 milijardi dinara a pribavljene imovinske koristi oko 22 milijardi dinara. Među ovim krivičnim delima preovlađuju krivična dela zloupotreba službenog položaja (2.764), falsifikovanje službene isprave (1.879), prevara u privrednom poslovanju (1.398), pronevera (413), zloupotreba ovlašćenja u privredi (305), koja po svojoj društvenoj opasnosti predstavljaju teža krivična dela privrednog kriminaliteta. Krivičnim prijavama koje su podnete nadležnim tužilaštvima, obuhvaćena su ukupno 6.304 lica, osumnjičena da su izvršila krivična dela privrednog kriminaliteta.

U 2009. godini na području Srbije, privredni kriminalitet beleži povećanje za 4% u odnosu na prethodnu godinu. Naime, u ovoj godini, otkriveno je i nadležnim tužilaštvima prijavljeno 10.889 krivičnih dela. Visina štete pričinjene izvršenjem ovih krivičnih dela iznosi oko 15 milijardi dinara a pribavljene imovinske

koristi oko 14 milijardi dinara. Među ovim krivičnim delima preovlađuju krivična dela zloupotreba službenog položaja (2.580), falsifikovanje službene isprave (1.998), prevara u privrednom poslovanju (1.419), pronevera (422), koja po svojoj društvenoj opasnosti predstavljaju teža krivična dela privrednog kriminaliteta. Posebno su ostvareni dobri rezultati na suzbijanju svih oblika korupcije i zloupotreba u bankarskom poslovanju. Krivičnim prijavama koje su podnete nadležnim tužilaštvima, obuhvaćena su ukupno 6.492 lica, osumnjičena da su izvršila krivična dela privrednog kriminaliteta.

Tokom 2010. godine na području Srbije otkriveno je i nadležnim tužilaštvima prijavljeno 10.451 krivičnih dela, tako da privredni kriminalitet beleži smanjenje za 3,5 % u odnosu na prethodnu godinu. Visina štete pričinjene izvršenjem ovih krivičnih dela iznosi oko 22 milijardi dinara a pribavljene imovinske koristi oko 20 milijardi dinara. Među ovim krivičnim delima preovlađuju zloupotreba službenog položaja (2.783), zatim falsifikovanje službene isprave (1.938), prevara u privrednom poslovanju (1.014), pronevera (425), zloupotreba ovlašćenja u privredi (413) i dr, koja po svojoj društvenoj opasnosti predstavljaju teža krivična dela privrednog kriminaliteta. Nadležnim tužilaštvima prijavljeno je 6.843 lica, osumnjičena da su izvršila krivična dela privrednog kriminaliteta.

U 2011. godini na području Srbije privredni kriminalitet beleži smanjenje za 7,4% u odnosu na prethodnu godinu. Naime, otkriveno je i nadležnim tužilaštvima prijavljeno 9.677 krivičnih dela. Visina štete pričinjene izvršenjem ovih krivičnih dela u odnosu na prethodnu godinu beleži značajan rast i iznosi oko 55 milijardi dinara a pribavljene imovinske koristi oko 40 milijardi dinara. Među ovim krivičnim delima preovlađuju zloupotreba službenog položaja (2.558), zatim falsifikovanje službene isprave (1.870), prevara u privrednom poslovanju (991), zloupotreba ovlašćenja u privredi (448) i dr, koja po svojoj društvenoj opasnosti predstavljaju teža krivična dela privrednog kriminaliteta. Nadležnim tužilaštvima prijavljeno je 6.292 lica, osumnjičena da su izvršila krivična dela privrednog kriminaliteta.

Tokom 2012. godine na području Srbije otkriveno je i nadležnim tužilaštvima prijavljeno 8.768 krivičnih dela, tako da privredni kriminalitet beleži smanjenje za 9,3% u odnosu na prethodnu godinu. Visina štete pričinjene izvršenjem ovih krivičnih dela, u odnosu ne samo na prethodnu godinu već i u odnosu na sve posmatrane godine, beleži značajan rast, i iznosi oko 127 milijardi dinara a pribavljene imovinske koristi oko 250 milijardi dinara. Među ovim krivičnim delima preovlađuju zloupotreba službenog položaja (2.284), zatim falsifikovanje službene isprave (1.640), prevara u privrednom poslovanju (862), zloupotreba ovlašćenja u privredi (531) i dr, koja po svojoj društvenoj opasnosti predstavljaju teža krivična dela privrednog kriminaliteta. Nadležnim tužilaštvima prijavljeno je 5.793 lica, osumnjičena da su izvršila krivična dela privrednog kriminaliteta.

U 2013. godini na području Srbije otkriveno je i nadležnim tužilaštvima prijavljeno 7421 krivičnih dela, tako da privredni kriminalitet beleži smanjenje za 15,3 % u odnosu na prethodnu godinu. Visina štete pričinjene izvršenjem ovih krivičnih dela iznosi oko 127 milijardi dinara a pribavljene imovinske koristi oko 125 milijardi dinara. Među ovim krivičnim delima preovlađuju zloupotreba službenog položaja (1.268), zatim falsifikovanje službene isprave (1.082), zloupotreba položaja odgovornog lica¹⁷ (835), prevara u privrednom poslovanju (656), i dr, koja po svojoj društvenoj opasnosti predstavljaju teža krivična dela privrednog kriminaliteta. Nadležnim tužilaštvima prijavljeno je 5.254 lica, osumnjičena da su izvršila krivična dela privrednog kriminaliteta.

Tokom 2014. godine na području Srbije otkriveno je i nadležnim tužilaštvima prijavljeno 7.836 krivičnih dela, tako da privredni kriminalitet beleži povećanje za 5,6 % u odnosu na prethodnu godinu. Visina štete pričinjene izvršenjem ovih krivičnih dela iznosi oko 44 milijardi dinara a pribavljene imovinske koristi oko 33 milijardi dinara. Među ovim krivičnim delima preovlađuju falsifikovanje službene isprave (1.281), zatim zloupotreba položaja odgovornog lica (1.054), zloupotreba službenog položaja (709), prevara u privrednom poslovanju (582) i dr, koja po svojoj društvenoj opasnosti predstavljaju teža krivična dela privrednog kriminaliteta. Nadležnim tužilaštvima prijavljeno je 5.122 lica, osumnjičena da su izvršila krivična dela privrednog kriminaliteta.

U 2015. godini, privredni kriminalitet beleži rast za 4,3 % u odnosu na prethodnu godinu. Na području Srbije ukupno je otkriveno je i nadležnim tužilaštvima prijavljeno 8.175 krivičnih dela iz oblasti privrednog kriminaliteta. Visina štete pričinjene izvršenjem ovih krivičnih dela iznosi oko 62 milijardi dinara a pribavljene imovinske koristi oko 34 milijardi dinara. I u 2015. godini, najzastupljenija krivična dela iz oblasti privrednog kriminaliteta su falsifikovanje službene isprave (1.171), zatim zloupotreba položaja odgovornog lica (906), zloupotreba službenog položaja (834), prevara u privrednom poslovanju (576) i dr, koja po svojoj društvenoj opasnosti predstavljaju teža krivična dela privrednog kriminaliteta. Nadležnim tužilaštvima prijavljeno je 5.355 lica, osumnjičena da su izvršila krivična dela privrednog kriminaliteta.

U posmatranom periodu (2006. – 2015.) najmanji broj krivičnih dela zabeležen je 2012. godine (97.015) a najveći 2013. godine (113.600). U analiziranom periodu u odnosu na ukupan broj registrovanih krivičnih dela (1.023.208 krivičnih dela) udeo krivičnih dela iz oblasti privrednog kriminalite prosečno se kretao 9,1%.

¹⁷ Izmenama Krivičnog zakonika koje su stupile na snagu 15.04.2013.godine došlo je do izmene tako što je raniji član 234 – nesavestan rad u privrednom poslovanju, promenjen u član 234 – zloupotreba položaja odgovorog lica. Ovaj član odnosi se za odgovorna lica iz privrede, privatna preduzeća i akcionarska društva koja odgovaraju po pomenutom krivičnom delu ako su protivpravnim delovanjem pribavili protivpravnu imovinsku korist.

Iz datih tabela može se videti da u periodu od 2006. do 2010. godine nisu zabeležene značajne varijacije broja otkrivenih krivičnih dela privrednog kriminaliteta. U periodu od 2011. do 2014. godine primetan je opadajući trend broja otkrivenih krivičnih dela iz ove oblasti kriminaliteta, a od 2014. godine dolazi do neznatnog povećanja. Pored opisanih tendencija koje se lako uočavaju u datim tabelama, u istim se jasno može uočiti i to da je najmanji broj otkrivenih krivičnih dela iz oblasti privrednog kriminaliteta u posmatranom periodu, zabeležen 2013. godine (7.421) dok je najveći zabeležen u 2009. godini (10.889).

Izvođenje objektivnih zaključaka o trendu kriminaliteta u jednoj državi zahteva i analizu njene strukture, tačnije analizu procentualnog učešća najtežih krivičnih dela u ukupnom kriminalitetu. Kada je reč o strukturi otkrivenih i prijavljenih krivičnih dela privrednog kriminaliteta, podaci u datoj tabeli, pokazuju da krivično delo zloupotreba službenog položaja iz člana 359 KZ RS dominira u strukturi krivičnih dela privrednog kriminaliteta u Republici Srbiji od 2006. do 2013. godine. Najmanji broj ovog krivičnog dela zabeležen je 2014. godine a najveći 2010. Krivično delo Zloupotreba službenog položaja čini 18,1% od ukupnog broja prijavljenih krivičnih dela privrednog kriminaliteta u 2006. godini, 20,7% u 2007. godini, 26,3% u 2008. godini, 23,7% u 2009. godini, 26,6% u 2010. godini, 26,4% u 2011. godini, 26 % u 2012. godini, 17,1% u 2013. godini, 9,1% u 2014. godini i 10 % u 2015. godini, dakle 20,4 % u proseku za pomenuti period.

Sledeće krivično delo po zastupljenosti je falsifikovanje službene isprave (član 357. KZ RS) koje čini 13,9% od ukupnog broja prijavljenih krivičnih dela privrednog kriminaliteta u 2006. godini, 15,2% u 2007., 18,1% u 2008.g., 18,3% u 2009.g., 18,5% u 2010. g., 19,3% u 2011.g., 18,7% u 2012.g., 14,6% u 2013.g., 16,3% u 2014.g. i 14,3% u 2015.godini. U proseku oko 16,2% od ukupnog broja prijavljenih krivičnih dela privrednog kriminaliteta u posmatranom petogodišnjem periodu. Najmanji broj ovog krivičnog dela zabeležen je 2013. godine a najveći 2009. Ovo krivično delo u 2014. i 2015. godini je najzastupljenije od ukupnog broja prijavljenih krivičnih dela privrednog kriminaliteta.

Krivično delo prevara (član 208. KZRS) čini 9,4% od ukupnog broja prijavljenih krivičnih dela privrednog kriminaliteta u 2006. godini, 12,0% u 2007., 13,3% u 2008.g., 13,0% u 2009.g., 9,7% u 2010. godini, 10,2% u 2011.g., 9,8% u 2012., 8,8% u 2013.g., 7,4% 2014.g. i 7,1% u 2015. g. u proseku oko 10% u odnosu na ukupan broj prijavljenih krivičnih dela privrednog kriminaliteta. Najmanji broj ovog krivičnog dela zabeležen je 2015. godine a najveći 2009. godine.

Krivično delo pronevera (član 364. KZRS) u strukturi otkrivenog i prijavljenog privrednog kriminaliteta čini 4,5% od ukupnog broja prijavljenih krivičnih dela privrednog kriminaliteta u 2006. godini, 3,6% u 2007., 3,9% u 2008. g., 3,9% u 2009. g., 4,1% u 2010. godini, 4,1% u 2011. godini, 4,7% u 2012. godini, 6% u 2013. godini, 4,3% u 2014. godini, 4,2% u 2015. godini, u proseku oko 4,5%

u odnosu na ukupan broj prijavljenih krivičnih dela privrednog kriminaliteta. Najmanji broj ovog krivičnog dela zabeležen je 2014. godine a najveći 2006.

Ono što je vidljivo iz prezentiranih podataka jeste da se sa uvođenjem novog krivičnog dela – zloupotreba položaja odgovornog lica (član 234 KZ)¹⁸ umesto krivičnog dela – nesavestan rad u privrednom poslovanju,¹⁹ beleži opadajući trend zastupljenosti krivičnog dela zloupotreba službenog položaja (čl. 359 KZ).

Navedena krivična dela u strukturi otkrivenog i prijavljenog privrednog kriminaliteta zauzimaju oko 60%. Međutim, imajući u vidu poznate i postojeće kriminogene faktore privrednog kriminaliteta, sa velikim stepenom verovatnoće može se pretpostaviti da struktura krivičnih dela privrednog kriminaliteta, koja su u sferi „tamne brojke” izgleda znatno drugačije.

Pored pomenutih krivičnih dela komentar zasluži i krivično delo zloupotrebe ovlašćenja u privredi, koje u strukturi otkrivenog i prijavljenog privrednog kriminaliteta zauzima nešto značajnije mesto. Procentualno ovo krivično delo u petogodišnjem periodu učestvuje prosečno sa 3% u ukunom broju otkrivenih krivičnih dela privrednog kriminaliteta.

Tabela 2. – Broj podnetih KP, prijavljenih lica, iznos imovinske štete i pribavljena imovinska korist obuhvaćena krivičnim prijavama iz oblasti privrednog kriminaliteta na teritoriji Republike Srbije u periodu od 2006. do 2015.

God.	Broj krivičnih prijava	Broj prijavljenih lica	Iznos imovinske štete (dinara)	Iznos imovinske koristi (dinara)
1	2	3	4	5
2006.	5.110	6.292	65.974.357.058	63.609.772.533
2007.	4.690	5.989	24.197.941.424	20.204.783.879
2008.	4.958	6.304	27.906.061.000	21.840.049.285
2009.	5.022	6.492	15.059.169.274	14.030.714.570
2010.	5.121	6.843	21.909.078.012	19.834.599.575
2011.	4,748	6,292	54,189,892.683	40,743,609.249
2012.	4,384	5,793	126,522,761.678	251,689,905.296
2013.	3,909	5,254	126,794,392.482	125,141,596.637
2014.	4,324	5,122	43,869,128.665	33,330,263.942
2015.	4,507	5,355	61,888,901.086	33,923,939.057

¹⁸ Na koji način je razgraničena zloupotreba službenog položaja od zloupotrebe položaja odgovornog lica odnosno razdvaja se krivična odgovornost službenih i odgovornih lica)

¹⁹ Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, *Službeni glasnik RS*, br. 121/12, čl. 112, stav 5.

Tabela 3. – *Struktura određenih KD privrednog kriminaliteta*²⁰

God.	Ukupno KD privrednog kriminala												
		čl. 136	čl. 139	čl. 147	čl. 171p	čl. 242	čl. 245	čl. 247	čl. 248	čl. 251	čl. 254	čl. 255	
		čl. 234	čl. 238	čl. 243	čl. 208-p	čl. 359	čl. 361	čl. 363	čl. 357	čl. 364	čl. 367	čl. 368	čl. 231
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14
2006.	10.499	78	246	416	985	1943	54	7	1459	510	54	27	12
2007.	10.697	59	239	277	1290	2214	60	21	1630	391	111	111	38
2008.	10.481	30	305	284	1398	2764	66	64	1897	413	46	31	45
2009.	10.889	52	409	190	1419	2580	91	44	1998	422	148	120	34
2010.	10.451	31	413	279	1014	2783	31	9	1938	425	79	70	90
2011.	9677	35	448	240	991	2558	48	15	1870	399	122	96	181
2012.	8768	37	531	271	862	2284	54	18	1640	414	147	114	123
2013.	7421	835	364	358	656	1268	48	67	1082	449	139	65	28
2014.	7836	1054	239	397	582	709	64	15	1281	338	92	53	27
2015.	8175	906	300	562	576	834	87	15	1171	348	236	129	5

Indikativno je da u ovom posmatranom periodu učešće krivičnih dela primanje i davanje mita u strukturi prijavljenih krivičnih dela privrednog kriminaliteta uz blage oscilacije, beleže svoj maksimum u 2015. godini ali ipak nedovoljno da bi zauzeli neko značajnije mesto u ukupnoj strukturi otkrivenih krivičnih dela privrednog kriminaliteta. Krivično delo primanja mita u strukturi prijavljenih krivičnih dela privrednog kriminaliteta zauzima manje od 2% od ukupnog broja prijavljenih krivičnih dela. Najmanji broj ovog krivičnog dela zabeležen je 2008. godine a najveći 2015. godine. Sa davanjem mita situacija je slična situacija. Stim što je najmanji broj ovog krivičnog dela zabeležen u 2006. godine a najveći 2015. godine.

Za ovaj period karakteristično je pojava krivičnog dela pranje novca u okviru privrednog kriminaliteta, koje je kao krivično delo predviđeno Krivičnim zakonikom (čl. 231 KZRS) tek od 2006. godine. Prema krivičnom zakoniku RS izvršilac krivičnog dela pranja novca može biti svako lice (i odgovorno lice u pravnom licu ukoliko je znalo, odnosno moglo i bilo dužno da zna da novac ili imovina predstavljaju prihod stečen krivičnim delom) koje izvrši konverziju ili

²⁰ Dana 06.05.2005. godine usvojen je novi Krivični zakonik Republike Srbije, po kome su promenjeni članovi istog zakona, ali većinom u numerološkom smislu promene članova istog, pa je tako do sada krivično delo Zloupotreba službenog položaja bilo regulisano članom 242 KZRS, a po novom zakonu, članom 359 KZRS i dr. Treba još napomenuti da se sadržina gore navedenih krivičnih dela nije promenula.

prenos imovine sa znanjem da ona potiče od krivičnog dela, ili stekne, drži ili koristi imovine sa znanjem u trenutku prijema da ta imovina potiče od krivičnog dela.²¹ Reč je o delatnosti koja predstavlja subverzivni elemenat ugrožavanja sva-ke legalne ekonomije a time i samog sistema privredno finansijskog poslovanja.²² Podaci iz tabele 3. ukazuju da je broj otkrivenih krivičnih dela pranje novca rastao iz godine u godinu, sa osetnim oscilacijama. Najmanji broj ovog krivičnog dela zabeležen 2015. godine a najveći 2011. godine.

Analiza podataka prikazanih u tabeli 2 koji se odnose na imovinsku štetu i imovinsku korist nastale odnosno pribavljene kriminalnim radnjama, izvršenjem krivičnih dela u periodu od pet godina počev od 2006. do 2015. godine, pokazala je da je u analiziranom periodu ukupna šteta nastala izvršenjem ovih krivičnih dela iznosila oko 550 milijardi dinara ili prosečno oko 55 milijardi. Najmanja šteta nastala vršenjem krivičnih dela privrednog kriminaliteta je registrovana 2009. godine (oko 15 milijardi dinara), a najveća 2013. godine (oko 126,8 milijardi dinara).

Slična situacija je i sa trendom imovinske koristi pribavljene izvršenjem krivičnih dela privrednog kriminaliteta u posmatranom periodu. Naime, ukupna korist pribavljena izvršenjem ovih krivičnih dela u analiziranom period, bila je oko 620 milijardi dinara ili prosečno oko 62 milijardi dinara. Najmanja imovinska korist pribavljena vršenjem krivičnih dela privrednog kriminaliteta je zabeležena 2009. godine (oko 14 milijardi dinara), a najveća 2012. godine (oko 251 milijardi dinara).

5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Analiza je izvršena na osnovu raspoloživih statističkih podataka, koji, uz sva, u nauci poznata ograničenja i nedostatke, ipak predstavljaju nezamenljiv izvor podataka o otkrivenom kriminalitetu. Generalno, analiza je pokazala da u strukturi otkrivenih i prijavljenih krivičnih dela iz oblasti privrednog kriminaliteta najveće procentualno učešće ima samo nekoliko krivičnih dela. U pitanju su određena krivična dela iz krivičnog zakona Republike Srbije i to, protiv privrede: zloupotreba položaja odgovornog lica, zloupotreba ovlašćenja u privredi, nedozvoljena trgovina; protiv imovine: prevara; i protiv službene dužnosti: zloupotreba službenog položaja, falsifikovanje službene isprave, pronevera. Ono što je vidljivo iz prezentiranih podataka jeste da se od 2013. godine sa uvođenjem novog krivičnog dela – zloupotreba položaja odgovornog lica (član 234 KZ) umesto kri-

²¹ Tatjana Lukić „Borba protiv pranja novca u Republici Srbiji”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2/2010, 197–215.

²² Milo Bošković „Pranje novca kao kriminološki i krivično pravni problem”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2007, 192.

vičnog dela – nesavestan rad u privrednom poslovanju, (na koji način je razgraničena zloupotreba službenog položaja od zloupotrebe položaja odgovornog lica odnosno razdvojena krivična odgovornost službenih i odgovornih lica), beleži značajan opadajući trend zastupljenosti krivičnog dela zloupotreba službenog položaja (čl. 359 KZ) uz istovremeni rast zastupljenosti krivičnog dela zloupotreba položaja odgovornog lica (čl. 234 KZ).

Ovome treba dodati podatak da nisu u dovoljnoj meri otkriveni najteži oblici kriminaliteta pre svih krivična dela sa koruptivnim elementima (primanje mita, davanje mita i dr.). Tu činjenicu prepoznalo je i Ministarstvo unutrašnjih poslova označivši borbu protiv svih oblika korupcije kao jedan od prioriteta u svom radu.

Na kraju, nesumnjivo je izvršeno znatno više krivičnih dela iz oblasti privrednog kriminaliteta nego što to pokazuju prezentirani podaci s obzirom na „latentnu prikrivenost” ovog vida kriminaliteta. Moglo bi se čak reći da pomenu ti podaci više odražavaju aktivnost organa otkrivanja, prvenstveno policije, nego realno stanje u oblasti privrednog kriminaliteta.

Dragan M. Cvetković, Ph.D.
Police Department of the City of Belgrade
cvetkovicdragan@mts.rs

Zoran Ž. Jovanović
Technical school Belgrade
zojo30@yahoo.com

Davor R. Bešić
Police Department of the City of Belgrade
davorbesic@hotmail.com

Economic Crime in Serbia in the Period from 2006 to 2015

Abstract: *Economic crime is undoubtedly one of the most actual problems of our day, which as a special form of crime increasingly undermines the smooth functioning of the economy, but also causes considerable material damage to the company. Data on economic crimes, and especially the material consequences caused by taking into account the dark figure of this criminal phenomenon, leaving a disturbing impression. The consequences of economic crime on society are manifold: direct damage to businesses, state budget, total industrial and economic developments and the country as a whole. It is therefore of utmost importance to look at the proper statistics for this criminal phenomenon, ie. the structure of behavior that manifests itself through economic crime, followed by changes in its scope and manifestations of economic crime. In this paper, we define the concept and characteristics of economic crime. We will show the participation of economic crime in the mass of the entire crime, dynamics and structure of economic crime. We will try to isolate the movement and show the most common criminal acts of economic crime in the Republic of Serbia in the period 2006-2015. year, for the sake of adequate involvement of the competent authorities in order to prevent this type of crime.*

Keywords: *Economic crime, consequences, dark figure, criminal offenses.*

Datum prijema rada: 08.07.2016.

Jelena Z. Veselinov, upravnik poslova
Matice srpske
veselinov.jelena@gmail.com

AKTUELNA PITANJA RESTITUCIJE U SRBIJI

Sažetak: *Proces restitucije, u svom osnovnom konceptu, mora ravnopravno postaviti dva cilja: a) otklanjanje učinjenih nepravdi, tj. povraćaj imovine ranijim vlasnicima kojima je ona oduzeta intervencijom države; b) stvaranje uslova za nastajanje tržišno orijentisanih privrednih subjekata i postizanje većeg stepena ekonomske stabilnosti. Bez toga, restitucija bi imala ograničen domašaj. Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju donet je tek 2011. godine, dakle u vreme kada je proces transformisanja svojine tekao već više od dve decenije. Kada se promena fundamentalnih principa u organizovanju društva zahvataju odnosi svojine, princip pravičnosti zahteva da svi subjekti, koliko je to moguće, budu u pravno jednakoj poziciji. Međutim, kada je reč o restituciji, donošenjem i primenom propisa praktično je učinjena posredna diskriminacija. U radu su otvorena samo neka aktuelna pitanja restitucije koja se odnose na povredu osnovnih pravnih načela: Razlike u pravnom položaju lica kojima je oduzeta imovina; Razlike u mogućnostima ostvarivanja prava lica kojima se oduzeta imovina vraća opštim zakonom i zakonom o restituciji imovine crkvama i verskim zajednicama; Različiti stepen pravne sigurnosti za lica kojima se imovina vraća u naturi i za lica kojima se naknada daje u novcu i hartijama od vrednosti. Problemi u sprovođenju zakona koje, na osnovu važećih zakonskih rešenja, praktično ni teorijski, nije moguće razrešiti, a koji su u radu prikazani imali su za cilj da ukažu na postojanje ozbiljnih nedostataka i protivrečnosti u tekstu Zakona i neophodnost njegove izmene i dopune.*

Ključne reči: *svojina, oduzimanje imovine, restitucija, ustanova, udruženje građana.*

NAPOMENE O SVOJINI

Restitucija, po svom osnovnom sadržaju, označava vraćanje imovine ranijim vlasnicima, kojima je ta imovina oduzeta u vreme drugih, bitno drugačijih dru-

štvenih odnosa. Zato smatramo neophodnim da se, pre prelaska na razmatranje pitanja restitucije, učini kratak osvrt na osnovni sadržaj i funkcije svojine.

Svojina je prvenstveno ekonomska kategorija. Osnovni sadržaj svojine, prisvajanje ekonomskih dobara, može se (ili mora) posmatrati i kao svojstvo čoveka kao biološkog bića, a to znači kao instinkt, prirodni nagon, deo nagona za održanje vrste: „u suštini ona (svojina) je produžetak našeg instinkta samoodržanja”.¹ Pitanje svojine je, dakle, fundamentalno egzistencijalno pitanje. „Svojine nema u prirodi, već samo u društvu.”² Povodom ostvarivanja ekonomskog sadržaja svojine (prisvajanja), ljudi stupaju u različite međusobne odnose koju su često protivrečni i suprotstavljeni. Javlja se imperativ njihovog uređivanja, nužnost pravne regulative koja će umanjiti ili isključiti evidentne rizike spontanog, neartikulisnog (samovoljnog) reagovanja. Zato su pravne norme koje uređuju svojinske odnose oduvek, u svim političkim i pravnim sistemima, imale izuzetan značaj. Dakle, svojina jeste prvenstveno ekonomska kategorija, ali je istovremeno i fundamentalni pravni institut čiji se osnovni koncept i sadržaj, po pravilu, uređuju najvišim pravnim aktom – Ustavom, a zatim razrađuju drugim zakonskim i podzakonskim pravnim aktima. U teoriji prava, uglavnom je nesporno da odnosi svojine i način njihovog uređivanja u velikoj meri opredeljuju karakteristike, razvitak i funkcionisanje pravnog sistema u celini. Razumljivo je zato da promene u strukturi svojinskih odnosa, a zatim pravna regulativa kojom se te promene uređuju, pobuđuju veliko interesovanje. Iznete postavke nalaze se u osnovi ove teme.

Kroz istoriju, filozofska i politička misao, u svim epohama, bavila se pitanjima svojine. Antički mislioci shvataju slobodu kao izraz čovekovog dostojanstva, ideju slobode vezuju za pojam pravičnosti, a pravičnost za svojinu: „da pojedinci ne dobiju nešto što je tuđe, a da im se ne oduzima ono što je njihovo”.³ Čovekova sloboda i putevi njegovog ostvarivanja osnovna je Hegelova preokupacija. Ovaj centralni problem Hegel neposredno povezuje sa svojinom: privatna svojina je nužni oblik u kome rad fundamentalno deluje, a čovekova sloboda utemeljena je u svojini. To je osnova na kojoj se grade svi osnovni instituti građanskog društva.⁴ Ovu ideju u našoj pravno-filozofskoj misli prihvata i razrađuje Andrija Gams: „Kada se prilazi problemu slobode sa gledišta njenog pravno-normativnog izraza, ona se utapa u svoju materijalnu osnovu – u svojinu”.⁵ Škola prirodnog prava uključuje svojinu u prirodna prava čoveka. Svojina je jedan od četiri temelja na kojima se zasniva celokupni koncept: „niko ne može ograničavati drugog u životu, dostojanstvu, slobodi i svojini” i „veliki (glavni) cilj zbog koga se ljudi udružuju u

¹ Andrija Gams, *Svojina*, Centar za filozofiju i društvenu teoriju, Beograd 1987, 12

² A. Gams, 13

³ Platon, *Država*, (prev. A. Vilhar i B. Pavlović), BIGZ, Beograd 2002, 120

⁴ Hegel, *Osnovne crte filozofije prava*, Veselin Masleša, Sarajevo 1964.

⁵ A. Gams, 86

zajednicu je očuvanje svojine”⁶. Izneti stanovišta imaju jedan zajednički imenitelj. Ona u privatnoj svojini ne vide prepreku ostvarivanja čovekove slobode, već naprotiv, osnov i uslov njenog ostvarivanja.

Suprotno iznetim stanovištima, ali uporedo sa njima, razijao se koncept sa bitno drugačijim pristupom. Prema ovim stanovištima, svojina (privatna) je osnova antagonističke (klasne) strukture društva, ona je uzrok trajnih društvenih protivrečnosti, sukoba, ratova, revolucija. Na analizi i kritici privatne svojine, klasici marksizma su zasnovali svoju poznatu teoriju o otuđenju rada i otuđenju ličnosti: privatna svojina, kada je nastala, mogla je nastati jedino kao rezultat otuđenog rada. Otušeni rad je njen pravi izvor, njeno pravo poreklo. Otušenost čoveka, njegove ličnosti i otušenost zajednice, postala je bitna karakteristika stanja i odnosa. Sloboda je, dakle, izgubljena ne samo za pripadnike podređenih društvenih grupa (nevlasnike), već isto tako, mada u drugačijim oblicima, i za pripadnike povlašćenih društvenih grupa, nosioce prava svojine, vlasnike kapitala i sredstava rada. Oni su postali robovi svojine i podredili se neumitnim zakonima njenog razvitka.⁷ Prema ovom stanovištu, putevi ostvarivanja čovekove slobode nužno vode kroz zamršeni lavirint svojinskih odnosa. Ograničenje ili pak potpuno ukiđanje privatne svojine javlja se kao nezaobilazan uslov, jer ona nije osnov niti uslov ostvarivanja čovekove slobode, već naprotiv njena evidentna zapreka. Na toj osnovi razvila se teorija revolucija koja u svojoj osnovi ima nasilnu promenu u odnosima svojine.⁸ Ovakav koncept, u periodu nakon Drugog svetskog rata, postao je dominantan i na našem prostoru, ali realizacija iznetog koncepta nije dala očekivane rezultate. Nasilnim oduzimanjem privatne svojine i njenim prenošenjem u svojinu države, državna svojina postala je dominantan, izrazito preovlađavajući odnos. Osnovna karakteristika ovog odnosa je objedinjavanje, simbioza ekonomskih funkcija i državnog imperijuma. Posledica svega bio je ekonomski neuspeh, zaoštajanje umesto prosperiteta, zaoštavanje protivrečnosti umesto njihovog prevlađavanja. Stvoreni su uslovi za koncentraciju moći kod nevelikih društvenih slojeva ili grupa, te su nesloboda, potiskivanje prava i pravna nesigurnost, samo posledice ovakvog stanja.⁹

⁶ Dž. Lok, *Dve rasprave o vladi* (prev. K. Čavoški, N. Savić), Utopija, Beograd 2002, 238–299

⁷ Karl Marks, *Ekonomsko-filozofski rukopisi iz 1844. godine*.

⁸ Fridrih Engels, *Anti-Diring*: „proleterijat zauzima javnu vlast i pomoći te vlasti pretvara u društvenu svojinu sredstva za proizvodnju, koja izmiču iz ruku vlasnika kapitala”.

⁹ U teoriji su i dalje prisutne rasprave da li se osnovni problemi nalaze u samom konceptu ili u načinu njegove realizacije, uz neophodnu napomenu da je jugoslovenski koncept u vremenskom periodu od 1950. do 1990. godine bio bitno različit u odnosu na iskustva drugih država tzv. „narodne demokratije”.

1. NEKE KARAKTERISTIKE ZAKONA O POVRAĆAJU ODUZETE IMOVINE I OBEŠTEĆENJU

Nakon izvršenih krupnih društvenih promena pristupilo se ponovnom uspostavljanju društvenog sistema na osnovama građanskog društva, u čijoj se osnovi nalazi privatna svojina kao osnovni svojinski oblik. Restitucija, tj. vraćanje oduzete imovine ranijim vlasnicima, samo je jedan od neophodnih koraka u ukupnom procesu transformacije društvenih odnosa.

Rasprave o restituciji kod nas traju više od dve decenije. Posmatrano sa ustavno-pravnog aspekta, pretpostavke za restituciju stvorene su još 1988. godine amandmanima na Ustav SFRJ uklanjanjem granica prava svojine: kvantitativnih, kvalitativnih i funkcionalnih i otvaranjem prostora privatnoj svojini u svim oblastima delatnosti, praktično bez ograničenja.¹⁰ Već tada je postalo izvesno da pravo novih vlasnika na neograničenu privatnu svojinu imperativno zahteva da se otvori pitanje vraćanja svojine ranijim vlasnicima (i njihovim naslednicima), kojima je ova svojina oduzeta merama državne intervencije u oblasti svojinskih odnosa. Stvoreni su uslovi da otpočne proces restitucije. Ovaj proces ne može se posmatrati odvojeno od ukupnog procesa transformacije svojinskih odnosa. To su dva dela jednog istog procesa sa, u osnovi, istim ciljevima i istim sadržajem. Otuda proces restitucije, u svom osnovnom konceptu, mora ravnopravno postaviti dva cilja: a) otklanjanje učinjenih nepravdi, tj. vraćanje imovine ranijim vlasnicima kojima je ona oduzeta intervencijom države, u skladu sa uspostavljanjem novih ekonomskih i političkih odnosa u društvu; b) stvaranje uslova za nastajanje tržišno orijentisanih privrednih subjekata i postizanje većeg stepena ekonomske stabilnosti. Bez toga, nastojanje da se otklone ranije učinjene nepravde bilo bi lišeno jednog svog značajnog sadržaja i imalo bi ograničen domašaj. Pravno uređivanje ovih pitanja nužna je pretpostvaka uspešnog odvijanja procesa restitucije. Treba nastojati da se odgovarajućim zakonskim rešenjima svi subjekti restitucije dovedu u, koliko god je to moguće jednak, ravnopravan položaj. U protivnom, u postupku njihovog sprovođenja, nužno dolazi do raskoraka između zakonskih rešenja i njihovog stvarnog značenja, tj. njihove realizacije. To se nepovoljno odražava na stanje pravne sigurnosti. Data konstatacija, sa aspekta ove teme, ima poseban značaj.

Proces restitucije, kod nas, otpočeo je sa ozbiljnim zakašnjenjem. Ima osnova za konstataciju da to nije posledica nesporne složenosti čitavog kompleksa ekonomskih i pravnih pitanja već, u istoj meri, posledica sučeljavanja različitih interesa koji i u pravnoj regulativi, traže prostor i oslonac za sopstvenu realizaciju. Zato se, neopravdano i neprihvatljivo kasnilo sa donošenjem zakonskih rešenja

¹⁰ Kasnija ustavna rešenja su, još u većoj meri, osnažila ustavno-pravni koncept za sprovođenje restitucije

o restituciji. Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju¹¹ donet je tek 2011. godine, dakle u vreme kada je proces transformisanja svojine tekao već više od 2 (dve) decenije i kada je prema odredbama zakona kojima je uređivano transformisanje svojine, ovaj proces umnogome trebalo da bude okončan. U istom periodu nije donet nijedan zakon koji bi se odnosio na vraćanje svojine ranijim vlasnicima. *Na taj način, proces restitucije potpuno je odvojen od ukupnog procesa transformisanja svojinskih odnosa (privatizacije).* Nepostojanje jasnog konsenzusa o potrebi donošenja zakona o restituciji dovelo je do neopravdanog zakašnjenja u donošenju ovog zakona i doprinelo da u njegov tekst bude „uneto više odredbi kojima se pokušava obesmisлити njegova suština, te omesti proces vraćanja oduzete imovine ranijim vlasnicima”.¹²

Predmet privatizacije su društveni i državni kapital. Sva imovina koja je oduzeta primenom propisa o agrarnoj reformi, nacionalizaciji, sekvestaciji, kao i drugih propisa na osnovu kojih je vršeno podržavljenje, preneti je u opšte narodnu, državnu ili društvenu svojinu. Samim tim predmet privatizacije, dakle predmet prodaje imovine od strane države drugim privatnim vlasnicima, po postupku utvrđenim zakonima, bila je i imovina koja je oduzeta po osnovu navedenih zakona i koja je ne samo mogla već i morala biti obuhvaćena propisima o restituciji. Proces privatizacije se odvijao, a da proces restitucije nije ni otpočeo. Na taj način, došli smo u situaciju da se kroz proces privatizacije prodaje imovina koja je, u ukupnom procesu svojinskih odnosa, prihvatajući jasno uspostavljena načela, morala biti predmet restitucije i vraćena ranijim vlasnicima. Nepravde nisu otklonjene, a učinjene su nove.

Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju (čl. 10) sadrži odredbu prema kojoj „sticalac imovine koji je, nakon podržavljenja imovine, u skladu sa zakonom stekao pravo svojine, ostaje vlasnik i držalac stvari a njegova prava ne smeju biti povređena”. Na prvi pogled, ovakav stav saglasan je sa principom pravičnosti koji je jedan od osnovnih principa, pre svega imovinskog prava. Međutim, ima osnova za konstataciju da je ovako stečeno svojinsko pravo, stečeno protivno upravo istom principu pravičnosti, jer ako je bilo izvesno da je određena imovina oduzeta od ranijih vlasnika i da treba (mora) biti predmet restitucije, nije bilo osnova da se takva imovina još jednom prodaje novom vlasniku. Povređen je princip vladavine prava.¹³ Ako država u momentu prodaje ima dovoljno saznanja da je imovina pripadala drugom, ranijem vlasniku, ako takvo saznanje ima i kupac (novi sticalac), tačnije ako je to njemu moglo ili moralo biti poznato, takva

¹¹ Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, *Službeni glasnik RS*, br.72/2011, 108/2013 i 142/2014.

¹² Luka O. Baturan, „Ekonomska analiza instituta prava preče kupovine u Zakonu o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2015, 1962.

¹³ Ustav Republike Srbije čl. 3: Vladavina prava je osnovna pretpostavka Ustava i počiva na neotudivim ljudskim pravima...

imovina nije mogla biti predmet nove prodaje, a da prethodno ne bude predmet reprivatizacije: ona se nalazi u svojini države (državna ili društvena) samo zato što jedan važan zakon, kojim se uređuju pitanja restitucije nije donet, a mogao je ili je morao biti donet. Posmatrano sa pozicije prava imamo sledeću situaciju: prodavac-država zna da nije nesporni vlasnik mada je njeno vlasništvo formalno-pravno uneto u zvanične evidencije; kupac, neki drugi zainteresovani subjekt, zna ili bi morao znati, da kupuje imovinu koja je ranije pripadala drugom vlasniku, u krajnjoj konsekvenci zna da, faktički, kupuje imovinu od vlasnika čije se pravo svojine osnovano može dovesti u pitanje. Drugim rečima, u konkretnom slučaju, formalno-pravno, sve je u skladu sa važećim pravnim propisima. Imovina koja je predmet prodaje upisana je u zvanične evidencije kao državna ili društvena, pa se sa tog aspekta valjanost pravnog posla ne može dovesti u pitanje. U stvarnosti, ovo je samo privid. Ovakav postupak prodaje opravdano se može dovesti u pitanje i to sa pozicije važećeg Ustava. Ustav Srbije (član 98) jemči „mirno uživanje svojine i drugih imovinskih prava stečenih na osnovu zakona” i utvrđuje da „pravo svojine može biti oduzeto ili ograničeno samo u javnom interesu utvrđenom na osnovu zakona, uz naknadu koja ne može biti niža od tržišne”. Ima osnova za konstataciju da je, prilikom svake prodaje imovine koja je pripadala ranijim vlasnicima, a koja je mogla ili morala biti obuhvaćena procesom restitucije, povređena citirana odredba Ustava. *To znači da se privatizacija, odnosno prodaja imovine ranijeg vlasnika, vrši pre i potpuno nezavisno od postupka restitucije koji bi morao da prethodi privatizaciji ili da sa njom bude paralelan i istovremeni proces.* Zakon o planiranju i izgradnji¹⁴ produbio je ovaj problem. U samom pristupu izgleda kao da je ovim zakonom pored ostalog otvoren put za kupovinu određene imovine od strane određenih subjekata, pre nego što ova imovina bude zahvaćena procesom restitucije, dakle pre donošenja propisa koji uređuju ovu oblast. Na izloženi način, skoro dve decenije, odvijao se proces prodaje „tuđe imovine”. U tom procesu nije bilo teško uočiti interese pojedinaca i grupa koji su očiglednu „pravnu prazninu” uspešno stavili u funkciju svojih interesa.

Kada se promenama fundamentalnih principa u organizovanju društva zahvataju odnosi svojine, princip pravičnosti zahteva da svi subjekti, koliko je to moguće, budu u pravno jednakoj poziciji. Međutim, kada je reč o restituciji, donošenjem i primenom propisa, praktično je učinjena posredna diskriminacija. Raniji vlasnici, saglasno Zakonu, podeljeni su u dve velike grupe, koje imaju bitno različit pravni položaj: a) vlasnici čija je imovina kroz proces privatizacije prodana drugim novim vlasnicima i b) oni čija imovina se i dalje nalazi u državnoj odnosno društvenoj svojini i može biti vraćena. S jedne strane imamo visok stepen pravne sigurnosti za lica kojima se imovina vraća u naturi, a s druge strane visok stepen neizvesnosti za

¹⁴ Zakon o planiranju i izgradnji *Službeni glasnik RS*, br. 47/03 i 34/06 (važio do 2009. godine)

lica kojima se naknada daje u novcu ili hartijama od vrednosti. Njihovo pravo na mirno uživanje svojine (član 58 Ustava) posredno je povređeno.

2. PRAVNI POLOŽAJ UDRUŽENJA GRAĐANA I USTANOVA

Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju reguliše i uređuje uslove, način i postupak vraćanja oduzete imovine ili obeštećenje za oduzetu imovinu ako vraćanje imovine u naturi iz nekog od zakonom predviđenih razloga nije moguće. Zakon (član 2) metodom enumeracije, određeno nabraja sve propise donete u periodu u kom je vršeno oduzimanje imovine bez naknade. Zakon, zatim (član 5) takođe metodom enumeracije, nabraja subjekte koji imaju pravo na vraćanje ili obeštećenje.¹⁵ Reč je o izričitim pravnim normama koje se ne mogu drugačije tumačiti. To znači da drugi subjekti – lica (fizička ili pravna) koja nisu nabrojana, prema izričitim odredbama Zakona, nemaju pravo na povraćaj imovine ili obeštećenje. Zakon zatim, istim metodom, nabraja subjekte koji nemaju pravo na povraćaj imovine ili obeštećenje. I ovde je reč o imperativnim normama, koje ne

¹⁵ Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, čl 5:

Pravo na vraćanje imovine ili obeštećenje ima:

1) domaće fizičko lice koje je bivši vlasnik oduzete imovine, a u slučaju njegove smrti ili proglašenja umrlim – njegovi zakonski naslednici, utvrđeni u skladu sa propisima koji uređuju nasleđivanje u Republici Srbiji i sa odredbama ovog zakona;

2) zadužbina kojoj je oduzeta imovina, odnosno njen pravni sledbenik;

3) bivši vlasnik koji je svoju nekadašnju imovinu koja je oduzeta vratio u svojini na osnovu teretnog pravnog posla;

4) fizičko lice koje je zaključilo ugovor o kupoprodaji sa državnim organom u periodu od 1945. do 1958. godine ako se u sudskom postupku utvrdi da je oštećeno visinom kupoprodajne cene ima pravo isključivo na obeštećenje, u skladu sa ovim zakonom, umanjeno za visinu isplaćene kupoprodajne cene;

5) fizičko lice – strani državljanin, a u slučaju njegove smrti ili proglašenja umrlim, njegovi zakonski naslednici, pod uslovom reciprociteta.

Pretpostavlja se da postoji reciprocitet sa državom koja nije uređivala vraćanje imovine ako domaći državljanin može da stekne pravo svojine i nasledi nepokretnosti u toj državi.

Pravo na vraćanje imovine ili obeštećenje nema:

1) fizičko lice – strani državljanin, odnosno njegovi zakonski naslednici, za koje je obavezu obeštećenja preuzela strana država po osnovu međunarodnog ugovora;

2) fizičko lice – strani državljanin, odnosno njegovi zakonski naslednici, koji su i bez postojanja međunarodnog ugovora, obeštećeni ili im je pravo na vraćanje imovine priznato pravom strane države;

3) lice koje je bilo pripadnik okupacionih snaga koje su delovale na teritoriji Republike Srbije, za vreme Drugog svetskog rata, kao ni njegovi naslednici.

Otklanjanje posledica oduzimanja imovine žrtvama Holokausta i drugim žrtvama fašizma na teritoriji Republike Srbije, koje nemaju živih zakonskih naslednika, uređiće se posebnim zakonom.

Postojanje reciprociteta sa stranom državom i međunarodnog ugovora, u smislu ovog člana, utvrđuje Agencija po službenoj dužnosti.

ostavljaju prostor za drugačije tumačenje. *Ni u jednom ni u drugom slučaju, dakle, ni kod subjekata koji imaju pravo na povraćaj imovine i obeštećenje, niti pak kod subjekata koji to pravo nemaju, ne pominju se udruženja građana ustanove i druge organizacije, dakle, pravna lica koja su građani slobodno osnovali radi ostvarivanja određenih društveno korisnih ciljeva. Ovih subjekata sa svojstvom pravnog lica u ovom zakonu jednostavno nema.*

U samom pristupu, poštujući ustavni princip zabrane diskriminacije i princip jednakosti pred zakonom, svi subjekti koji su saglasno važećim pravnim normama bili nosioci prava svojine koja im je zatim oduzeta propisima iz člana 2 Zakona, u skladu sa utvrđenim načelima, morali bi biti obuhvaćeni odredbama Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju. Pravna lica nastala udruživanjem građana u svim pravnim sistemima bila su i sada jesu nosioci, subjekti prava svojine. *Potpuno je nesporno da je na osnovu citiranih propisa (čl. 2. Zakona) ovim nosiocima prava svojine oduzeta imovina, jednako kao i svim drugim subjektima na koje su se ovi propisi odnosili. Međutim, kada je reč o subjektima koji imaju prava na povraćaj imovine ili obeštećenje, udruženja građana, ustanove i druge organizacije građana osnovane u skladu sa zakonom potpuno su izostavljeni, mada su ovi subjekti, nosioci prava svojine, potpuno nesporno, postojali i tada (u vreme donošenje zakona i drugih propisa kojima je imovina oduzeta) a postoje i sada kada se imovina vraća. Izostavljanjem udruženja i ustanova iz kruga subjekata kojima je dato pravo na povraćaj ili obeštećenje za oduzetu imovinu, ostaju bez odgovora pitanja o kriterijumima koji su pritom poslužili kao osnov za ovakav pristup. Ovo pitanje dobija na značaju ako se ima u vidu da među tim pravnim licima ima i udruženja i ustanova čiji se značaj ni po jednom kriterijumu ne bi mogao dovesti u pitanje. Neka od njih su, po svom trajanju, starija od moderne srpske državnosti, a neka po svom prestižu i ugledu predstavljaju stožerne ustanove od nacionalnog značaja: Matica srpska, Srpska akademija nauka i umetnosti, Beogradski univerzitet, Crveni krst, a zatim i druga udruženja i ustanove kojima je oduzeta imovina. Svi ovi subjekti postojali su u vreme donošenja zakona i drugih propisa kojima je imovina oduzeta, a postoje i sada kada se imovina vraća. Zato, ima razloga da se otvori pitanje da li je u konkretnom slučaju reč o „zaboravnosti”, o propustu prilikom pravnog normiranja koji nije uočen u pripremi Zakona niti u raspravi pa je zato usvojen u predloženom tekstu. Ovu pretpostavku, pored ostalog, demantuje donošenje Zakona o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama.¹⁶*

Nije predmet ove teme da razmatra pojedine pravne norme sadržane u Zakonu o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama.¹⁷ Imamo u

¹⁶ *Službeni glasnik RS*, br. 46/2006

¹⁷ Zakon je bio predmet ocene ustavnosti pred Ustavnim sudom Srbije. Ustavni sud nije prihvatio inicijative za ocenu ustavnosti. Ipak, ima razloga da se određene odredbe ovog zakona dalje razmatraju uz mogućnost pokretanja nove inicijative po drugom pravnom osnovu.

vidu sam zakon koji je po svom osnovnom sadržaju u skladu sa opredeljenjem da se ranijim vlasnicima, (uključujući i crkve i verske zajednice) vrati imovina koja im je oduzeta. Sa tog polazišta sam zakon, kao celina, u potpunosti je u skladu sa Ustavom. Razmatramo, međutim, u svetlu ovog zakona, položaj drugih udruženja građana, pravnih lica kojima je imovina takođe oduzeta. Opravdano se otvara pitanje: po kom pravnom ili drugom kriterijumu crkve ili verske zajednice imaju drugi i bitno drugačiji pravni položaj od ostalih udruženja i ustanova, pravnih lica, osnovanih i registrovanih u svemu u skladu sa ustavom i zakonom.¹⁸ U ovom delu neophodno je da budemo potpuno jasni: *niko ne osporava pravo crkava i verskih zajednica, ali se osnovano postavlja pitanje zašto druga neprofitna pravna lica, udruženja i ustanove, osnovana i upisana u registar u skladu sa zakonom, uključujući i ustanove od nacionalnog značaja, nemaju ista takva prava*. Odgovor na ovo pitanje ne može biti dat na način koji će potvrditi pravnu osnovanost takvog pristupa. Ni po jednom pravno održivom osnovu, ostala neprofitna pravna lica od kojih je, sasvim izvesno na potpuno isti način oduzeta imovina, ne mogu biti izostavljena iz kruga subjekata kojima se vraća ranije oduzeta imovina.

Ustavni sud Srbije je na sednici na kojoj je razmatrao ustavnost zakona o vraćanju imovine crkvama i verskim zajednicama konstatovao da se „zakonodavac opredelio za „kaskadnu denacionalizaciju”, odnosno za postupnu denacionalizaciju po vrsti imovine i po subjektima sa krajnjim ciljem sprovođenja opšte denacionalizacije kojom treba da se okonča vraćanje imovine bivšim vlasnicima u Srbiji”.¹⁹ Ovakvo stanovište zahteva poseban osvrt. Prvo, otvara se pitanje da li ima osnova da se u krug pitanja koja raspravlja i ocenjuje Ustavni sud uključuju propisi koji nisu doneti a za koje se pretpostavlja da će biti doneti. Prema našem mišljenju, Ustavni sud može da razmatra samo postojeće važeće propise i njihovu usklađenost sa zakonom, ali ne može „pravdati” evidentne pravne praznine u postojećim propisima, nekim drugim pretpostavljenim, budućim propisima koji nisu doneti, ne ulaze u krug pozitivnih propisa, a samo se pretpostavlja da će biti doneti.²⁰ U prilog ovakvoj konstataciji ide i činjenica da je nakon usvajanja Zakona o vraćanju (restituciji) imovini crkvama i verskim zajednicama donet jedino opšti Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, koji ne obuhvata (ostala) udruženja, ustanove ili druge oblike organizovanja u skladu sa zakonom.

¹⁸ vid. Stefan Samardžić, „Naturalna restitucija u Srbiji – period gestacije”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2012, 449

¹⁹ Inicijativa za ocenu ustavnosti Zakona o restituciji imovine crkvama i verskim zajednicama nisu prihvaćene, <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/sr-Latn-CS/0-101423/inicijative-za-ocenu-ustavnosti-zakona-o-restituciji-imovine-crkva-i-verskim-zajednicama-nisu-prihvacene>, 27. april 2016.

²⁰ Vid. S. Samardžić, 449: „Zakon o restituciji crkvene imovine samo je jedan od niza zakona koji je u naš pravni sistem ušao preko reda. Nije sasvim jasno obrazloženje donošenja lex specialis bez da postoji osnovni zakon kojim se rešavaju pitanja opšte restitucije.”

Iznetim pristupom, udruženja, ustanove i druge organizacije građana, kao pravna lica, podeljena su u dve grupe: a) crkve i verske zajednice na jednoj i b) ostala udruženja, ustanove i druge organizacije na drugoj strani. Njihov pravni položaj u odnosu na pitanje prava na povraćaj oduzete imovine, u skladu sa važećim pravnim propisima, bitno je različit. Ova konstatacija ne traži dodatno obrazloženje. Naime, kod postojanja ovakve različitosti, koja je evidentna, opravdano je otvoriti pitanje da li je, u konkretnom slučaju, narušen ustavni princip o zabrani diskriminacije. Prema izričitoj odredba ustava (član 21 stav 1) „pred ustavom i zakonom svi su jednaki” i dalje „svako ima pravo na jednaku zaštitu bez diskriminacije”. *Ova pravna lica su u stvari građani koji su se organizovali, osnovali udruženje radi ostvarivanja nekog dozvoljenog društveno korisnog cilja. Zato se citirane odredbe Ustava, koje se odnose na zabranu diskriminacije, istovremeno odnose i na građane i na pravna lica koja su oni osnovali.* Kada je reč o udruženjima, ustanovama i drugim organizacijama građana, nejednakost je evidentna. Sve one imaju očigledno bitno nejednak položaj u odnosu na jedno značajno pitanje: na pitanje povraćaja ili obeštećenja ranijim propisima oduzete imovine. Ako se pođe od ove konstatacije, izostavljanje pravnih lica – svih ustanova i udruženja osim crkava i verskih zajednica – od mogućnosti restitucije predstavlja narušavanje ustavnog principa zabrane diskriminacije.

3. O SPROVOĐENJU ZAKONA

Praksa nedvosmisleno potvrđuje postojanje ozbiljnih nedostataka i protivrečnosti u tekstu Zakona. Sasvim očekivano, javili su se problemi koje na osnovu važećih zakonskih rešenja, praktično ni teorijski, nije moguće razrešiti. U nekim segmentima, rezultati primene ovog Zakona približavaju se apsurd. Zakonom (član 5 stav 1 tačka 2) utvrđuje se da pravo na povraćaj imovine i obeštećenje ima zadužbina kojoj je oduzeta imovina, odnosno njen pravni sledbenik. Zakon, međutim, ne sadrži odredbu prema kojoj bi se ranijem vlasniku, udruženju ili ustanovi, pravnom licu osnovanom u skladu sa zakonom, vratila zadužbinska imovina, koju su im pojedini istaknuti građani, zadužbinari, preneli u svojinu radi ostvarivanja jasno određenih ciljeva. Tako na primer Srpska akademija nauka i umetnosti nije zadužbina, ali su joj brojni zadužbinari poklanjali određenu imovinu; Matica srpska, takođe, nikada nije bila niti je mogla biti zadužbina, ali je uvek bila institucija od nespornog nacionalnog značaja, kojoj su istaknuti privrednici i naučni i javni radnici, kao zadužbinari, poklanjali ili ostavljali imovinu ili delove svoje imovine. Dakle, zadužbina je vrednost koja je u određenom periodu na osnovu volje zadužbinara postala vlasništvo SANU, Matice srpske, Beogradskog univerziteta ili neke druge ustanove i organizacije, ostaje izvan domašaja Zakona,

samo zato što ovi subjekti nisu zadužbine, već vlasnici brojnih zadužbina (zadužbinske imovine). Ovakvu situaciju, međutim, zakon „ne poznaje”.

U svim do sada pokrenutim slučajevima doneta su istovrsna rešenja sa šablonskom konstatacijom kako je „utvrđeno da podnosilac zahteva nije aktivno legitimisan shodno članu 5 Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju”.²¹ Saglasno zakonu, bilo koje udruženje, ustanova ili druga organizacija, formalno-pravno ne može imati aktivnu legitimaciju. Svi zahtevi udruženja i ustanova za vraćanje imovine odbijeni su zbog nedostatka aktivne legitimacije. Neodrživost postojećih pravnih rešenja sadržanih u Zakonu o vraćanju imovine i obeštećenju proizlazi, praktično iz svakog pojedinačnog slučaja. Radi primera citiramo samo jedno obrazloženje „... utvrđeno je da Matica srpska ima svojstvo pravnog lica u skladu sa zakonom i statutom i da ista predstavlja jedinstvenu i samostalnu, književno, naučno i kulturno društvo, a ne zadužbinu...”, te budući da je utvrđeno „da je predmetna nepokretnost oduzeta kao vlasništvo Matice srpske, koja nema status niti oblik zadužbine kojoj je imovina oduzeta... nesporno je utvrđeno da nisu ispunjeni uslovi predviđeni članom 5 zakona koji propisuje ko ima pravo na vraćanje imovine”.²² Ističući još jednom da se, iako je imovina formalno oduzeta od Matice srpske, radi o oduzetoj zadužbinskoj imovini konstatujemo da ovakvom obrazloženju nije potreban dodatni komentar.

Protiv velikog broja rešenja izjavljene su žalbe, ali u predmetima u kojima je odlučeno po žalbama, nijedna žalba nije uvažena. Jednostavno, saglasno važećim propisima, „nedostatak aktivne legitimacije” više je nego očigledan. Tužbe podnete Upravnom sudu iz istog razloga, prema našoj oceni, nemaju mnogo izgleda na uspeh. One bi, eventualno, mogle da imaju izgleda na uspeh jedino ako bi Ustavni sud prihvatio da raspravlja i odlučuje o neustavnosti zakona koji je, bez održivog osnova i obrazloženja, izostavio širok krug pravnih lica iz kategorije subjekata kojima se vraća ranije oduzeta imovina, tačnije o evidentnoj pravnoj praznini koja, po našem mišljenju, dovodi u pitanje njegovu saglasnost sa Ustavom Republike Srbije. Pored toga, celishodno je učiniti i napore u pravcu pokretanja inicijative za izmene zakona kojima će se udruženja i ustanove, kao nesporni nosioci prava svojine, obuhvatiti kao subjekti koji imaju pravo na povraćaj imovine i obeštećenje.

U praksi se javljaju i nejasnoće prilikom određivanja pravnog sledbenika zadužbina. Pri podnošenju zahteva za povraćaj imovine Agenciji za restituciju je bilo neophodno priložiti dokaz o pravnom sledbeništvu i druge dokaze da je zadužbina pravni sledbenik zadužbine kojoj je imovina oduzeta, odnosno dokaze da je stupila kao pravni sukcesor u njena prava i obaveze. Imajući u vidu da se prilikom donošenja novih propisa o zadužbinama menjao i organ koji je vodio registar za-

²¹ Rešenje Agencije za restituciju područna jedinica Novi Sad predmet bpoj: 46--012842/2014

²² Isto

dužbina, bilo je neophodno pribaviti dokaze o postojanju registracije zadužbine u skladu sa važećim zakonima za sve periode od nastanka zadužbine. Ministarstvo kulture Republike Srbije je, kako se navodi u rešenjima, na osnovu čl. 24 Zakona o zadužbinama, fondovima i fondacijama iz 1989. godine izdavalo rešenja kojima je utvrđivalo da je zadužbina upisana u registar zadužbina koji vodi Ministarstvo kulture. Rešenjem se odobrava obnavljanje rada zadužbine. Iz navedenog proizlazi da je nadležni državni organ Republike Srbije (Ministarstvo kulture) na taj način utvrdio da se upravo radi o istoj zadužbini, odnosno o identičnom pravnom licu čiji je rad obnovljen sa istim ciljem. Nakon donošenja novog Zakona o zadužbinama 2011. godine upis u registar vrši Agencija za privredne registre kao povereni posao. Sve zadužbine su tokom svog trajanja morale da usklade svoje akte sa pozitivnopravnim propisima pa tako i da se registruju kod nadležnog organa. Međutim, pri utvrđivanju kontinuiteta zadužbine, odnosno pravnog sledbeništva Agencija za restituciju tumači upis u registar (čl. 24 Zakona o zadužbinama, fondovima i fondacijama iz 1989. godine i čl. 29 Zakona o zadužbinama iz 2011) kao konstitutivni akt, u smislu osnivanja zadužbine. Sasvim je razumljivo da je zadužbina vremenom menjala svoju pravnu formu i način registrovanja, jer su to uslovljavale promene koje su nastajale pre svega u pravnim propisima države. *Jasno je da ukoliko u propisanom roku ne bi došlo do registracije u novom registru, zadužbina bi prestala formalno-pravno da postoji pa je takva „preregistracija” bila uslov usklađivanja sa novim propisima.* Međutim, Agencija za restituciju, rešenjima kojima odbija vraćanje imovine ukoliko je došlo do ove vrste registracije upravo to navodi kao razlog za odbijanje zahteva. Na ovaj način je postupajući organ, potpuno netačno, na neodrživ način izmenio vreme osnivanja zadužbina dajući svom upisu konstitutivni karakter, iako je zadužbina osnovana pre više decenija. Tako je subjektima kojima je dozvoljeno učešće u postupku restitucije, u praksi neosnovano uskraćeno to pravo.

U konkretnim slučajevima radi se o zadužbinama pod upravom Matice srpske koja je u skladu sa statutima zadužbina, u vreme oduzimanja bila pravni sledbenik u smislu nosioca svih prava i obaveza na imovini zadužbine, pa je tako njen pravni sledbenik ostala i danas. Kontinuitet zadužbina tako ne bi smeo biti dovođen u pitanje, jer se radi o instituciji koja traje već 190 godina. Zakon u krug lica koja imaju pravo na povraćaj imovine ubraja zadužbinu kojoj je imovina oduzeta, odnosno njenog pravnog sledbenika, stoga jezičko, a naročito ciljno tumačenje svakako dozvoljava da pravni sledbenik zadužbine svakako ne mora biti zadužbina.

Usko tumačenje Zakona od strane organa koji ga sprovode je potpuno neprihvatljivo. Norme Zakona čiji je osnovni cilj da se imovina vrati ne bi smele biti tumačene na način da se što veći broj zahteva odbije, već upravo suprotno. Pitanje aktivne legitimacije moglo bi biti sporno tek kada bi više ustanova, zadužbina ili njihovih pravnih sledbenika pretendovalo na istu imovinu.

U do sada iznetim konstatacijama jasno se vidi da je proces restitucije u Srbiji, kada se radi o korisnicima restitucije, normiran po principu „svi su pred zakonom „jednaki” samo što su neki „više jednaki”.²³ Tako uočavamo još jednu kategoriju lica čija su prava povraćaj imovine potpuno neopravdano suspendovana. U Zakonu o povraćaju imovine i obeštećenju (član 5 tačka 1) su izostavljena lica koja su testamentalni naslednici bivših vlasnika oduzete imovine. Osnovni princip naslednog prava je da onaj ko je stekao imovinu sa njom slobodno raspolaze. Primenom ovog principa testamentarni naslednici imaju prednost u odnosu na zakonske naslednike, jer ako postoji testament, volja ostavioca se mora ispoštovati. Izuzetak je jedino nužni deo.²⁴ Zakon na neprihvatljiv način, kao subjekte koji imaju pravo na vraćanje imovine poznaje jedino zakonske naslednike, a testamentalne potpuno isključuje. Zakon o nasleđivanju²⁵ (član 2) navodi dva osnova nasleđivanja: na osnovu zaveštanja (testamenta) i zakonsko, s tim što se zakonski red nasleđivanja primenjuje kada zaveštanje ne postoji. Ne vidi se razlog za izostavljanje testamentalnih naslednika u ovoj kategoriji ovlašćenih lica za podnošenje zahteva za povraćaj imovine, odnosno obeštećenje. Na ovaj način Zakon o restituciji je u suprotnosti sa odredbom 59 Ustava Republike Srbije kojim se jamči pravo nasleđivanja, u skladu sa zakonom.

ZAKLJUČAK

U teoriji prava, uglavnom je nesporno da odnosi svojine i način njihovog uređivanja u velikoj meri opredeljuju karakteristike, razvitak i funkcionisanje pravnog sistema u celini. Razumljivo je zato da promene u strukturi svojinskih odnosa, a zatim pravna regulativa kojom se te promene uređuju, pobuđuje veliko interesovanje. U slučaju donošenja zakona o restituciji došlo je do neopravdanog kašnjenja. Tekst Zakona o vraćanju oduzete imovine nije opravdao očekivanja. U ovom tekstu prikazani su samo neki od mnogih, evidentnih nedostataka zakonskog teksta. Pojedine odredbe su neprihvatljive sa stanovišta teorije prava, a praksa svakodnevno nedvosmisleno potvrđuje postojanje ozbiljnih nedostataka i protivrečnosti u tekstu Zakona.

Kada se promenama fundamentalnih principa u organizovanju društva zahvataju odnosi svojine, princip pravičnosti zahteva da svi subjekti, koliko je to moguće, budu u pravno jednakoj poziciji. Zato je u radu posebna pažnja posvećena licima koja nisu obuhvaćena Zakonom o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju. Pravna lica nastala udruživanjem građana u svim pravnim sistemima bila

²³ S. Samardžić, 445

²⁴ Reč je o zaštiti direktnih potomaka od potpunog isključenja od nasleđa.

²⁵ Zakon o nasleđivanju, *Službeni Glasnik RS*, br. 46/95. Vidi: Odluku US RS, IU br. 358/95 – 101/2003-18

su i sada jesu nosioci, subjekti prava svojine. Potpuno je nesporno da im je kao nosiocima prava svojine oduzeta imovina jednako kao i svim drugim subjektima na koje su se ovi propisi odnosili. Međutim, kada je reč o subjektima koji imaju prava na povraćaj imovine ili obeštećenje, udruženja građana, ustanove i druge organizacije građana osnovane u skladu sa zakonom potpuno su izostavljeni, mada su ovi subjekti nosioci prava svojine, potpuno nesporno, postojali i tada, u vreme donošenje propisa o oduzimanju imovine, a postoje i sada kada se ta imovina vraća. Imovina je, posebnim zakonom, vraćena jedino crkvama i verskim zajednicama koje, u osnovi, imaju isti pravni položaj kao ostala udruženja građana i ustanove. Stoga je opravdano otvoriti pitanje da li je ovakvim pristupom učinjena povreda ustavnog principa zabrane diskriminacije. Istovremeno celishodno je učiniti napore u pravcu pokretanja inicijative za izmene zakona, koje su se i u teoriji i u praksi pokazale kao nužne i hitne. Ovim izmenama zakona bi sva lica kojima je oduzeta imovina morala biti obuhvaćena kao subjekti koji imaju pravo na povraćaj imovine i obeštećenje. Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju ima i niz drugih nedostataka čija je izmena neophodna, jer se radi o veoma složenoj materiji kojom se pored vraćanja imovine ranijim vlasnicima u skladu sa uspostavljanjem novih ekonomskih i političkih odnosa u društvu, stvaraju i uslovi za nastajanje tržišno orijentisanih privrednih subjekata i postizanje većeg stepena ekonomske stabilnosti. Pravno uređivanje iznetih pitanja, koja se u svojoj suštini odnose na zaštitu svojine kao osnovnog, Ustavom zagarantovanog prava, nužna je pretpostavka za uspostavljanje pravne države i vladavine prava.

Jelena Z. Veselinov, Director of Matica Srpska
Matica Srpska
veselinov.jelena@gmail.com

Contemporary Issues of the Restitution of Property in Serbia

Abstract: *The process of restitution, in its basic concept, has to set equally two objectives: a) elimination of the injustices, i.e. restitution of property to former owners who were stripped from the property during state intervention; b) creating conditions for market-oriented economic subjects and conditions for achieving greater economical stability. Without that, restitution will have limited reach. Serbian Law on Property Restitution and Compensation was passed only just in 2011, when the process of transformation of ownership was in the act for more than two decades. If relations of property are affected during the change of fundamental principles in organizing the society, the principle of fairness must require that all subjects, if it's possible, be in the same legal position. However, when it comes to restitution, adoption and implementation of regulations make indirect discrimination. This paper deals only with current restitution issues that refer to the violation of basic legal principles: The differences in the legal status of persons who were deprived of their property; The differences in the possibilities of exercising the rights of persons whose deprived property is returned on the basis of the general law and the law on property restitution to churches and religious communities; Different degree of legal certainty for the persons whose property is returned in kind and for persons that are given cash and securities for reimbursement. Problems in the implementation of the law which, under the applicable legislation, practically and theoretically, cannot be resolved, were presented in the paper in order to point out the serious shortcomings and contradictions in the text of the Law and to point out the need for amendments.*

Keywords: *property, forfeiture, restitution, institutions, citizens associations.*

Datum prijema rada: 31.08.2016.

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

*Dr Aleksandra V. Vasilj, vanredni profesor
Univerzitet J.J. Štrosmajera u Osijeku
Pravni fakultet Osijek
avasilj@pravos.hr*

OGRANIČENJA ODGOVORNOSTI ZA POMORSKE TRAZBINE – HRONOLOŠKO KRITIČKI OSVRT (MEĐUNARODNI INSTRUMENTI I HRVATSKA REŠENJA)

Sažetak: *Ograničenje odgovornosti broдача može biti stvarno i lično – on odgovara određenim delom imovine (npr. brodom) ili celokupnom svojom imovinom do određenog iznosa. U prvom slučaju reč je o stvarnom, a u drugom o ličnom ograničenju odgovornosti. Na navedenim principima razvili su se svi međunarodni instrumenti iz ovoga pravnog područja.*

Jedno od dobro poznatih „univerzalnih” načela građanskog prava govori o tome da je štetnik obavezan oštećenome nadoknaditi štetu u celosti, dakle u njenom punom obimu i visini. Međutim, kada se u pogledu odgovornosti za štetu i obaveze njene nadoknade primenjuju odredbe pomorskog prava (kao i transportnog prava uopšteno), situacija je, u pravilu, sasvim suprotna.

No, da se pretrpljeni iznos štete sve više približava pomenutom univerzalnom načelu građanskog prava, potkrepljene su izmenama Protokola Konvencije o ograničenju odgovornosti za pomorske trazbine iz 1996. godine (LLMC 1996).

Tim izmenama iznos opšteg (globalnog) ograničenja odgovornosti za pomorske trazbine povećan je za 51% u odnosu na iznose u LLMC. Povećani iznosi primenjuju se od 8. juna 2015. godine. U vezi sa opisanim izmenama, mogu se postaviti brojna pitanja koja se, uopšteno, odnose na opravdanost uvođenja instituta ograničenja odgovornosti, odnosno razloga zbog kojih je upravo u pomorstvu (i šire u transportu), u kontekstu visine obaveze nadoknade štete, štetnik povlašćen, te može li se primenom toga instituta narušiti načelo koje je utkano u pravni poredak svake savremene zemlje, a prema kojem oštećeni ima pravo na pravičnu naknadu štete. S druge strane, pravičnost se može uzeti i kao argument za uvođenje sistema ograničenja odgovornosti.

Ključne reči: *ograničenje odgovornosti, brodar, potraživanja.*

1. UVOD

Osnovno načelo građanskog prava govori o tome da je štetnik dužan oštećenom nadoknaditi štetu u celosti. Kada se u pogledu odgovornosti za štetu i obavezi nadoknade štete primenjuju odredbe pomorskog prava situacija je u pravilu drukčija.

Relevantni međunarodni ugovori i nacionalni propisi sadrže odredbe prema kojima su te osobe, kada su odgovorne za štetu, u pravilu obavezne nadoknaditi štetu samo do tačno navedenog iznosa. Radi se, dakle, o institutu zakonskog ograničenja odgovornosti. Postavlja se pitanje može li se primenom toga instituta narušiti načelo koje je utkano u pravni poredak svake savremene zemlje, a prema kojem oštećeni ima pravo na pravičnu naknadu štete i zbog čega u pomorstvu i transportu uopšteno štetnik povlašćen i može li se uvođenjem tog instituta narušiti princip prema kojem oštećeni ima pravo na pravičnu novčanu naknadu.

Pravičnost se može uzeti i kao argument upravo za uvođenje sistema ograničenja odgovornosti. Može se tvrditi da je pravično da svi učesnici prevoznog poduhvata (primer prevoznik i korisnik prevoza stvari) zajednički snose rizik neuspeha toga poduhvata, na način da deo štete na teretu koja je posledica neuspeha poduhvata snosi prevoznik, a drugi deo korisnik prevoza – vlasnik stvari. Sistem opšteg ograničenja odgovornosti odnosi se na granice van ugovorne i ugovorne odgovornosti brodovlasnika u pogledu štete koja je prouzrokovana iskorišćavanjem broda. Posebno ograničenje odgovornosti odnosi se samo na ugovornu revoznikovim odgovornost za štetu. Do takve odgovornosti može doći u slučaju prevoza stvari (odgovornost po koletu, engl. *package limitation*), putnika i prtljaga, dakle prevoza koji su izuzetno bitni u kontekstu međunarodnog tržišta robe i usluga. Sve to regulisano je brojnim konvencijama i protokolima. Postavlja se pitanje opravdanosti uvođenja instituta ograničenja odgovornosti. On svoje ishodište nalazi u stvarnom životu, koji je od davnina nezamisliv bez međunarodne trgovine. Prevoz, osobito pomorski, sastavni je deo međunarodne trgovine. Saznanja „unapred” o prirodi, obimu i visini te potencijalne odgovornosti omogućuju preduzetnicima da donesu inicijalnu ali i ključnu odluku o stupanju u plovidbeni poduhvat. Pri tome nikako ne treba smetnuti s uma izuzetno važnu činjenicu da svi „mudriji” brodarski preduzetnici danas obezbeđuju svoju odgovornost kroz institut osiguranja odgovornosti za štetu, u pravilu kroz *P. & I.* klubove.

Od uvođenja sistema opšteg ograničenja odgovornosti krajem 17. veka, istorijski možemo pratiti razvoj opšteg ograničenja odgovornosti kroz tri sistema opšteg ograničenja odgovornosti. To su: 1. sistem abandona ili francuski sistem, 2. sistem egzekucije ili nemački sistem te 3. engleski sistem ili ograničenje odgovornosti prema tonaži broda.¹

¹ Marija Pospišil Miler, „Usvojen prijedlog povećanja iznosa općeg (globalnog) ograničenja odgovornosti za pomorske tražbine”, *Poredbeno pomorsko pravo*, 166/2012, 229.

Ograničenje odgovornosti brodar (brodovlasnika) može biti stvarno i osobno, pa zavisno od toga odgovara li određenim delom imovine (npr. brodom) ili celokupnom svojom imovinom do određenog iznosa. U prvom slučaju reč je o stvarnom, a u drugom o osobnom ograničenju odgovornosti. Na navedenim načelima razvili su se svi međunarodni instrumenti iz ovoga pravnog područja.²

Opšte ograničenje odgovornosti prema sistemu abandona uvedeno je poznatom francuskom *Ordonnance de la marine marchande* iz 1681. godine, a zatim preuzeto u francuski *Code de commerce* iz 1807. godine.³ Osnovna karakteristika abandona je ograničenje odgovornosti na sam brod i vozarinu za obaveze nastale u poslovanju broda, tj., brod i vozarina pravno i stvarno predstavljaju fond za namirenje verovnika.⁴

Do ograničenja dolazi nakon što brodar izjavi da prepušta brod i vozarinu verovnicima radi namirenja, s tim da eventualni višak pripada njemu.⁵

Sistem opšteg ograničenja odgovornosti uveden nemačkim Trgovačkim zakonikom iz 1897. godine, ukinut je u Nemačkoj 1972. godine i više se ne primenjuje.⁶ U sustavu egzekucije izjava nije potrebna jer brodovlasnik odgovara ograničeno unapred (pre štetnog događaja) pomorskom imovinom bez obzira je li ili nije u posedu broda.⁷

Engleski sistem opšteg ograničenja odgovornosti uvodi engleski *Merchant Shipping Act* iz 1854. i danas je važeći sistem ograničenja odgovornosti prihvaćen i u najnovijim međunarodnim instrumentima kojima se reguliše pitanje opšteg ograničenja odgovornosti.⁸ Prema modelu ograničene odgovornosti do određenog iznosa brodar odgovara celokupnom imovinom, a za izračun odgovornosti koristi se tonaža broda.⁹

2. PREGLED ISTORIJSKI REŠENJA OGRANIČENJA ODGOVORNOSTI ZA POMORSKE TRAŽBINE

Istorijski, rimsko pravo je poznavalo pravilo *receptum nautarum* prema kojem bi odgovornost pomorskog prevoznika za svaku propast ili oštećenje poverenih mu stvari „prestajala jedino u slučaju kada je do štete došlo višom silom”.¹⁰ Fran-

² Ante Vuković, Dejan Bodul, „O obvezi osnivanja fonda ograničene odgovornosti”, *Pomorstvo*, 2/2012, 338.

³ M. Pospišil Miler, *op. cit.*, 230.

⁴ Pravni leksikon, Zagreb, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, 2007, 1.

⁵ Pomorska enciklopedija, Zagreb, Jugoslavenski leksikografski zavod, 1972, 1.

⁶ M. Pospišil Miler, *op. cit.*, 230.

⁷ A. Vuković, D. Bodul, *op. cit.*, 338.

⁸ M. Pospišil Miler, *op. cit.*, 230.

⁹ A. Vuković, D. Bodul, *op. cit.*, 338.

¹⁰ Ante Romac, *Rječnik rimskog prava*, Zagreb, Informator, 1975, 473.

cusko pravo dalo je dva izuzetno važna propisa iz pomorskog prava: (1.) *Ordonnance de la Marine marchande* iz 1681. c (2.) *Code de commerce* iz 1807. U Ujedinjenom Kraljevstvu ograničenje odgovornosti uvedeno je 1733. u *Responsability of Shipowners Act*. Brodovlasniku je bilo dopušteno ograničiti svoju odgovornost za slučajeve šteta uzrokovanih krađom zapovednika ili posade. U 1786. g. ograničenje je prošireno na svaku radnju zapovednika ili posade koja je nastala bez brodovlasnikove osobne krivnje. U SAD je još uvek na snazi Zakon o ograničenju odgovornosti (*U. S. Limitation of Liability Act*) iz 1851. prema kojem ovlaštena osoba, pod preduvetom da nema osobne krivnje, odgovara do vrednosti broda i pripadajuće vozarine (stvarno osiguranje).¹¹

Na našim prostorima do stupanja na snagu Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi (Sl. list SFRJ, br. 22/77., 13/82., 30/85., 80/89. i 29/90. dalje u tekstu: Plovidbeni zakon) vredeo je sistem abandona, preuzet iz francuskog Trgovačkog zakona (*Code de commerce*) te austrijskog Političkog edikta o plovidbi iz 1774.¹²

U periodu do Drugog svetskog rata važio je Nacrt pomorsko-trgovačkog zakona iz 1937. te Uredba o izvršenju i bezbednosti na brodu zbog novčanih potraživanja i o privremenim naredbama koja je donesena 21. 3. 1940. Brodovlasnik je bio osoba koja je odgovarala za štete proizišle iz korišćenja broda po propisima opšteg privatnog prava, ako nije bilo drugačije određeno. U pogledu odgovornosti s brodovlasnikom se izjednačuje brodar koji tuđim brodom, ali za svoj račun, u cilju privređivanja vrši plovidbu kao i glavni uzimalac pod naval.¹³

Nakon Drugog svetskog rata glavni izvor bio je Zakon o ugovorima o iskorišćavanju pomorskih brodova¹⁴ (Sl. list FNRJ, br. 25/59. i Sl. list SFRJ, br. 20/69.) koji je ukinuo pravila iz Trgovačkog zakona te prihvatio Briselcke konvenciju iz 1957. (tzv. engleski sistem ili sistem ograničene odgovornosti utvrđenim iznosom) jer Konvenciju o općem ograničenju odgovornosti iz *Bruxellesa* iz 1924. Jugoslavija nije potpisala, a niti ratificirala.¹⁵ Pomorski zakonik (*Narodne novine*, br. 17/94., 74/94. i 43/96. – dalje u tekstu: PZ 94.) bio je prvi celoviti i sistemski po-

¹¹ Ivo Grabovac, *Ograničenje odgovornosti u pomorskom poduzetništvu*, Split, Književni krug, 2001, 29.

¹² Ivo Grabovac, *Hrvatsko pomorsko pravo i međunarodne konvencije*, Split, Književni krug, 1995, 67.

¹³ Vladislav Brajković, „Problemi brodara i njegove odgovornosti de iure condendo, Ugovori o iskorišćavanju brodova na moru: Zbornik rasprava”, Zagreb, JAZU, 1951, 61.

¹⁴ Navedeni Zakon sadržavao je i odredbe o općem ograničenju odgovornosti za pomorske tražbine (čl. 378. – 396.) pa je ovlaštena osoba mogla konzumirati i te povlastice u određenim iznosima (čl. 390.). Ako je brodar želio ograničiti svoju odgovornost putem instituta općeg ograničenja odgovornosti morao je osnovati fond ograničene odgovornosti (čl. 390.) Velimir Filipović, *Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi s napomenama i komentarskim bilješkama*, Narodne novine, 1978, 14.

¹⁵ Boris Kandare, „Izvanparnični postupak u Zakonu o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi”, *Pravna misao*, 11-12/1987, 57.

morski zakonodavni zbornik, pravi hrvatski *corpus iuris maritimi*,¹⁶ a imao je uzor u derogiranom Plovidbenom zakonu,¹⁷ kao i u rešenjima iz Konvencije o ograničenju odgovornosti za pomorske tražbine, *London, 1976. (Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976. – LLMC)*. Zakonik ne sadržava odredbe o obveznom osnivanju fonda ograničene odgovornosti (čl. 415.). Angažovanje velikih novčanih iznosa od strane brodara”,¹⁸ bio je razlog da se u ovaj Zakonik uvede fakultativna odredba o osnivanju fonda¹⁹ u skladu sa *LLMC-u*.

2.1. Potreba ujednačavanja prava ograničenja odgovornosti brodovlasnika na međunarodnom nivou

Različito regulisanje prava na opšte ograničenje odgovornosti brodovlasnika različitim nacionalnim propisima izazvalo je već vrlo rano i potrebu za ujednačenja prava po tom pitanju na međunarodnom nivou pa su po pitanju opšteg ograničenja odgovornosti donesene tri međunarodne konvencije.

(1.) Međunarodna konvencija za ujednačavanje određenih pravila o ograničenju odgovornosti vlasnika pomorskih brodova, *Bruxelles, 1924.* (vlasnik pomorskog broda odgovara do visine vrednosti broda, vozarine i uzgrednosti broda s tim da iznos ne prelazi 8 funti sterlinga po toni zapremine broda);

(2.) Međunarodna konvencija o ograničenju odgovornosti vlasnika pomorskih brodova, *Bruxelles, 1957.*

(3.) Konvencija o ograničenju odgovornosti za pomorske tražbine, *London, 1976. LLMC* je, kao i drugi instrumenti podložan stalnim izazovima. Uobičajeno se novele međunarodnih ugovora rade putem protokola koji su samostalni međunarodni pravni akti.²⁰

(4.) Protokol o izmjenama i dopunama Međunarodne konvencije o ograničenju odgovornosti vlasnika pomorskih brodova iz 1957., *Bruxelles, 1979.* te

(5.) Protokol iz 1996. kojim se menja i dopunjuje Konvencija o ograničenju odgovornosti za pomorske potraživanja iz 1976.²¹ Protokol iz 1996., Donosi značajne promene pravila o granicama odgovornosti brodara u odnosu na potraživanja

¹⁶ Ivo Grabovac, *Pomorski zakonik s pojmovnim kazalom*, Zagreb, Informator, 1994, 5.

¹⁷ Axel Luttenberger, Dragan Bolanča, “Some Views on the New Croatian Maritime Code”, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 1/2/1995, 113.

¹⁸ Ljerka Mintas-Hodak, „Novi Pomorski zakonik”, Pomorski zbornik, 31/1993, 29.

¹⁹ Čl. 416., st. 1. određuje „Svaka osoba koja bi mogla odgovarati u sporu može osnovati fond”.

²⁰ Jasenko Marin, „Međunarodne konvencije i protokoli kao izvori hrvatskog pomorskog prava”, Poredbeno pomorsko pravo, 161/2007, 91.

²¹ Protocol of 1996 to amend the Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976 – dalje u tekstu: Protokol LLMC.

Zakon o potvrđivanju Protokola iz 1996. kojim se mijenja i dopunjuje Konvencija o ograničenju odgovornosti za pomorske tražbine iz 1976., Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 12/05.

za telesne i ostale štete, kao i za telesne štete putnika na brodu (čl. 3. i 4.) Novi, pooštreni sistem opšteg ograničenja prema ovlašćenim licima u svoje pomorsko zakonodavstvo unela je i Republika Hrvatska putem izmena i dopuna Pomorskog zakonika.²²

3. PREGLED ZNAČAJKI POZITIVNOPRAVNIH ODREDNICA FONDA OGRANIČENE ODGOVORNOSTI

3.1. Značajke LLMC konvencije

LLMC konvencija postala je, kao ratificirani i objavljeni međunarodni ugovor dio unutarnjeg prava Republike Hrvatske 1993. godine, te sastavni dio Pomorskog Zakonika iz 1994. godine.

Postoje četiri vrste fondova ograničenja odgovornosti koje mogu osnovati vlasnik broda (vlasnik, naručilj u brodarskom ugovoru, brodar i poslovođa pomorskog broda) i spašavatelj:

- (1.) za potraživanja UNCITRAL zbog smrti ili telesne povrede (čl. 6., st. 1.);
- (2.) za sva ostala potraživanja (čl. 6., st. 1.);
- (3.) za spašavatelja koji ne obavlja akcije spašavanja s nekog broda ili za svakog spašavatelja koji deluje isključivo na brodu kojemu se pruža pomoć (čl. 6., st. 4.);
- (4.) za potraživanja putnika (čl. 7.).

Osnova za izračunavanje granice odgovornosti za telesne i materijalne štete je bruto tonaža broda koja se izračunava prema Aneksu I. Međunarodne konvencije o baždarenju brodova, 1969. (čl. 6., st. 5.), dok se ograničenje u odnosu na spašavatelja obračunava prema tonaži od 1.500 tona (čl. 6., st. 5.). 4 Posebne granice odgovornosti vlasnika broda vrede za putnike i iznose 46.666 *SDR* po putniku, ali najviše 25 miliona *SDR* (čl. 7., st. 1.). Međutim, pozivanje na ograničenje odgovornosti ne znači priznanje te odgovornosti (čl. 1., st. 7.).

3.2. Osobe ovlaštene ograničiti svoju odgovornost

Krug osoba ovlašćenih ograničiti odgovornost prema konvencijama o opštem ograničenju odgovornosti stalno se širi. Konvencija iz 1924. to pravo priznaje brodovlasniku, brodaru neovlasnike i glavnom naručiocu u brodarskom ugovoru (čl. 1. i 10.). Konvencija iz 1957. pored brodovlasnika, broдача, naručioca prevoza u brodarskom ugovoru, pravo na ograničenje daje i poslovođama broda, zapovedniku broda, članovima posade i drugim radnicima osoba ovlašćenih ograničiti odgovor-

²² Pomorski zakonik (dalje u tekstu: PZ), Narodne novine, br. 181/04, 76/07, 146/08, 61/11, 56/13, 26/15.

nost (vlasnika, naručioca prevoza, brodarka, poslovođe broda²³ (čl. 6.).²⁴ *LLMC* u odnosu na Konvenciju iz 1957. povećava broj dodajući spašavatelja i osobe za čija dela, propuste ili greške on odgovara te osiguratelj odgovornosti za potraživanja koje podležu ograničenju odgovornosti u skladu sa ovom konvencijom (čl. 1.)²⁵

Konvencija o ograničenju odgovornosti za pomorske tražbine iz 1976. u svo-
me stavu 1. člana 1. navodi osobe koje su ovlašćene da ograniče svoju odgovornost.
To su brodovlasnik i spasilac. Pod izrazom „brodovlasnik”, prema stavu 2. istog
člana Konvencije iz 1976. podrazumeva se vlasnik, naručilac, poslovođa i brodar
pomorskog broda.²⁶

3.3. Veza ograničenja odgovornosti i fakultativnosti osnivanja fonda ograničenja

Pravilo je da se ovlašćena osoba može pozvati na opšte ograničenje odgovor-
nosti s ili bez osnivanja fonda (čl. 10.). Fond je dakle fakultativan, pa svaka država
ugovarateljica ima suvereno pravo da odluči hoće li ili ne u svoju legislativu ugra-
diti njegovo osnivanje pri čemu je najvažnije da se određene granice odgovornosti,
ponekad samo donji iznosi nadoknade štete, primenjuju na ukupnost svih potraži-
vanja koje su nastale iz istog štetnog događaja. Drugim rečima, ovlašćenik prava
na ograničenje mora, prilikom pozivanja na ograničenje, poštovati kogentne pravi-
la o granicama svoje odgovornosti za sve potraživanja predviđene u *LLMC*, a su-
kladuno pravu države u kojoj ograničava odgovornost (*lex fori*). Republika Hrvatska
se odlučila za rešenje prema kojem je brodar koji želi ograničiti svoju odgovornost
dužan osnovati fond ograničene odgovornosti, pa ako se brodar poziva na ograni-
čenje odgovornosti, a fond ograničene odgovornosti nije osnovan, odgovarajuće se
primenjuju odredbe člana 397. Pomorskog zakonika (čl. 395.).²⁷

3.4. Osnivanje i dioba fonda

Fond se osniva u iznosima iz čl. 6. i 7. *LLMC-a*, uvećanima za kamate koje teku
od dana događaja iz kojeg je nastala odgovornost do dana osnivanja fonda (čl. 11.).²⁸

²³ PZ je propustio u čl. 386. unijeti poslovođu broda (operator) i upravitelja (manager) kao
osobe koje mogu ograničiti svoju odgovornost. Predlažemo *de lege ferenda* da se i ove osobe uvr-
ste u krug ovlašćenih osoba u skladu s *LLMC*.

²⁴ Razlog povećanju broja ovlašćenih osoba je u odluci engleskog Apelacijskog suda *The Himalaya* iz 1955. kojom je pravo na ograničenje dano i zapovedniku broda.

²⁵ J. Marin, *op. cit.*, 92.

²⁶ Konvencija iz 1976., prema stavku 6. članka 1., daje mogućnost ograničenja odgovornosti
i osigurateljima brodovlasnikove odgovornosti, u skladu s odredbama te konvencije i u mjeri u
kojoj povlastice ograničenja može koristiti i osiguranik-brodovlasnik.; cit. u J. Marin, *op. cit.*, 125.

²⁷ Čl. 397. PZ govori o načelima diobe i subrogaciji. Ipak, trebalo bi zaključiti da brodar
koji nije osnovao fond, a želi ograničiti svoju odgovornost, odgovara vjerovnicima neograničeno.

²⁸ Ne kaže se izrijekom o kojim se kamatama radi pa je moguće da su to zatezne kamate koje se
plaćaju na dospjele novčane tražbine iako, s druge strane pozivanje na ograničenje odgovornosti ne

Osnovani fond je na raspolaganju samo za isplate potraživanja radi kojih se može pozvati na ograničenje odgovornosti (stroga namena fonda), a može se osnovati polaganjem svote ili pružanjem garancije koje je prihvatljivo u državi gde je fond osnovan.²⁹ Fond koji osnuje jedna od ovlaštenih osoba ili njezin osiguratelj, smatra se da je osnovan od svih osoba. Samojoj diobi fonda (podeli novčanih sredstava) pristupa se kada se nesporno utvrdi-prizna pravni položaj verovnika u prilično složenom postupku ograničenja odgovornosti koji je konvencijski prepušten nacionalnim zakonodavstvima. Samojoj diobi fonda (podjeli novčanih sredstava) pristupa se kada se nesporno utvrdi-prizna pravni položaj verovnia u prilično složenom postupku ograničenja odgovornosti koji je konvencijski prepušten nacionalnim zakonodavstvima (čl. 12.).³⁰ Osnovna pravila diobe su pravilo prvenstva (prioriteta) i pravilo proporcionalnosti (pariteta) što znači da će potraživanja za telesne povrede biti u redosledu namirenja pre ostalih potraživanja, dok će se potraživanja istog isplatnog reda namirivati srazmerno (*pro rata*). Ako u fondu nema sredstava za isplatu svih naknada za telesne štete one će tada s ostatkom konkurirati drugom isplatnom redu (ostale štete). *LLMC* zaštićuje i pravo subrogacije.

3.4.1. Pravne posledice osnivanja fonda

Temeljno je pravilo da verovnik koji prijavi potraživanje prema osnovanom fondu kod suda koji upravlja tim fondom, ne može prema dužniku (brodaru) za čije tražbine on odgovara ograničeno, istaknuti zahtev za njegovu preostalu imovinu (sprečavanje drugih zahteva). Daljnje pravne posledice osnivanja fonda prema PZ-u su:

(1.) privilegiji na brodu prestaju osnivanjem fonda ograničene odgovornosti za tražbine osigurane privilegijem na brodu koje su podvrgnute ograničenju odgovornosti (čl. 246., st. 1., t. 4.);

(2.) hipoteka na brodu ne prestaje osnivanjem fonda (čl. 236. PZ);

(3.) oslobađanje zaustavljenog ili zaplenjenog broda (čl. 398., st. 2.)³¹ koja je iskoristila pravo unošenja rezerve u pogledu neprimenjivanja Konvencije glede

znači i priznanje te odgovornosti dužnika novčane obveze. I PZ ništa ne govori o vrstama kamata što je propust koji dovodi do pravne nesigurnosti budući da od trenutka nastanka štetnog događaja do osnivanja fonda može proteći i nekoliko godina jer konvencijama i zakonima nije određen rok u kojem brodar mora osnovati fond pod prijetnjom zastare ili prekluzije što je nesporno još jedna njegova povlastica (čl. 396.). Međutim, na pravodobno prijavljeno potraživanje teče zakonska zatezna kamata od dana osnivanja fonda. Plovidbeni zakon je imao drugačija rješenja: zatezna kamata teče od dana događaja na temelju kojega je nastalo potraživanje do dana snivanja fonda ograničene odgovornosti, ali nakon osnivanja fond zatezne kamate ne teku (383.). U svakom slučaju, pitanje kamata treba precizno urediti.

²⁹ Pojam jamstva treba shvatiti ekstenzivno što znači da je, pored gotovog novca na sudskom depozitu prihvatljiva i bankarska garancija kao i jamstvo od P&I klubova kao najčešći oblici jamstava.

³⁰ *LLMC* ostavlja svakoj državi ugovarateljici da samostalno odredi postupak ograničenja brodatoreve odgovornosti. RH je iskoristila to pravo pa su te odredbe propisane u čl. 401. – 429. PZ.

³¹ Međunarodni konvenciju za izjednačenje nekih pravila o privremenom zaustavljanju pomorskih brodova iz 1952., stupila je na snagu 24. 2. 1956. Ratificirana od strane bivše Jugoslavije (Sl. list SFRJ, MU i drugi sporazumi, br. 12/67.)

sporova o vlasništvu broda (čl. 10. a). Preuzeta je od strane Republike Hrvatske 8. 10. 1991. (*Narodne novine – Međunarodni ugovori*, br. 1/92.).³²

(4.) obustava ovršnog postupka i postupka osiguranja i ukidanje svih provedenih radnji u tim postupcima te zabrana pokretanja redovitog ovršnog postupka (čl. 407.) i dr.

Ovakva rešenja su potpuno opravdana jer osnovan fond znači sigurnost verovniku (ovrhovoditelju, predlagatelju osiguranja i tužitelju) u naplati kroz izvanparnični sudski postupak, ali i zaštitu stvarnih prava drugih na brodu.

3.4.2. Odnos međunarodnih ugovora o posebnom i opštem ograničenju odgovornosti

Brodar samostalno odlučuje kako će zaštititi svoj pravni interes u konkretnom štetnom događaju za koji je odgovoran (temeljem krivnje). Može koristiti povlastice opšteg ograničenja odgovornosti, ali odgovara i neograničeno ako baš mora. Može li, međutim, brodar odgovarati prema pravilima posebnog ograničenja odgovornosti za teret, putnike i prtljagu budući osnovica za obračun nije ista zasebno je pitanje. Odgovor je potvrđan jer međunarodni ugovori iz područja posebnog ograničenja za teret (*Haaška, Haaško-Visbyjska i Hamburška pravila*) ne menjaju ni prava ni obveze prevoznika što proizlaze iz bilo kojeg važećeg zakona koji se odnosi na ograničenje odgovornosti vlasnika pomorskih brodova. Pošto je rezultat rada na unifikaciji pravila o prevozu stvari morem postojanje više međunarodnih konvencija i više različitih pravila o odgovornosti brodarka a faktičko stanje je takvo da neke države pristupaju novim međunarodnim aktima a istovremeno ne otkazuju ranije, a neke države nisu ratifikovale ni jednu konvenciju pa primenjuju nacionalno zakonodavstvo, posledica je da je međunarodni pomorski prevoz regulisan različitim pravnim pravilima, što nije dobro rešenje jer stvara konfuziju i pravnu nesigurnost.³³

Jakaša s pravom zaključuje da će brodar odgovarati prema pravilima za posebno ograničenje sve dok njegova odgovornost ne dosegne iznose općeg ograničenja odgovornosti koje je gornja granica njegove odgovornosti.³⁴ Sve ovo pod uslovom da brodar ima pravo na ograničenje odgovornosti do dana osnivanja fonda (čl. 11. *LLMC-a*). Potom verovnici prijavljuju potraživanja dužniku (brodaru) koje treba razvrstati u dva fonda (jedan za telesne, a drugi za ostale štete). Dioba (distribucija) fonda obavlja se po načelu pariteta što znači da će se verovnici namirivati *pro rata* (prema jednakom procentu za sve verovnike od iznosa utvrđene potraživanja). U slučaju da u fondu za telesne štete nedostaje novčanih sredstava tada ostatak potraživanja za telesne štete konkuriše fondu za ostale štete.

³² Jasenko Marin, *Privremene mjere zaustavljanja broda*, Zagreb, Pravni fakultet, 2003, 73.

³³ Dušanka Đurđev, „Pravna priroda odgovornosti prevozioca”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1-2/2008, 279.

³⁴ Branko Jakaša, *Sistem plovidbenog prava Jugoslavije, Knjiga 3., Ugovori o iskorištavanju brodova*, Čakovec, 1983, 110.

3.4.3. Fond i pomorsko osiguranje odgovornosti

Osnovno načelo ugovora o osiguranju profesionalne odgovornosti jest obveza osiguratelja nadoknaditi, do iznosa osigurane svote osiguranja iz police, iznose koje je osiguranik (revoznik) dužan platiti trećoj osobi (oštećeniku) temeljem odgovornosti za štetu.³⁵ Ovo osiguranje, međutim, nije obvezno što objektivno može predstavljati značajan problem za oštećenika u vezi naplate naknade materijalne štete ako brodar nije osnovao fond ili nije solventan, odnosno prezadužen je pa mora u stečaj. No, u slučaju kada je ovo osiguranje obvezno, kao i u slučaju odgovornosti za smrt i telesnu ozledu člana posade broda i narušavanju zdravlja člana posade, oštećenik može zahtevati neposredno od osiguratelja naknadu štete (*actio directa*) koju je pretrpeo događajem za koji odgovara osiguranik, ali najviše do iznosa osiguravateljeve obveze (čl. 743., st. 2. PZ-a). Ako je odgovornost brodara pokrivena istim ugovorom kojim je osiguran brod, naknada za osiguranje odgovornosti daje se neovisno o visini naknade ostalih šteta pokrivenih osiguranjem broda (čl. 744., st. 1. PZ-a).

Ako u ugovoru nije predviđena posebna svota za osiguranje odgovornosti brodara, smatraće se da je njegova odgovornost osigurana na istu svotu na koju je osiguran i brod (čl. 744., st. 2. PZ-a).

U vezi sa navedenim postavlja se pitanje treba li onda PZ propisati pravila o obaveznom osiguranju od odgovornosti. Za brodara bi to značilo povećane troškove poslovanja, a za korisnike njegovih usluga povećane cena usluga što je za njih prihvatljivo rešenje zbog mogućnosti korišćenja instituta *actio directa*. U dobrovoljnim osiguranjima od odgovornosti primena ovog instituta nije predviđena u PZ-u.

Na nivou Evropske unije postoji *Direktiva 2009/20/EC*³⁶ o obveznim osiguranjima brodovlasnika za pomorske tražbine u visini granica odgovornosti iz Protokola *LLMC*-a za svaki brod od 300 i više BT po jednom štetnom događaju (čl. 4., st. 3.). To je zapravo dodatan sloj osiguranja oštećenim licima u slučaju postojanja nadoknade štete od strane brodovlasnika. Osiguranje se dokazuje potvrdom (ili svedočanstvima) koja se mora nalaziti na brodu (čl. 5.), a izdaju ga *P. & I.* klubovi (čl. 3.).

3.5. Aktualnosti u vezi pitanja povećanja iznosa općeg ograničenja odgovornosti za pomorske tražbine

Neposredan povod za izmenu *LLMC* 1996 bila je nezgoda broda *Pacific Adventurer* koja se dogodila 11. marta 2009. godine uz istočnu obalu Australije.³⁷

³⁵ Drago Pavić, *Pomorsko osiguranje: pravo i praksa s osnovama kopnenog i zračnog transportnog osiguranja*, Split, 2012, 429.

³⁶ Directive 2009/20/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the insurance of shipowners for maritime claims, Official Journal of the European Union L 131, 28. 5. 2009., 128-131.

³⁷ Tom prilikom je 31 kontejner pao u more pri čemu su probijena dva tanka goriva. Došlo je do izlivanja u more oko 270 tona teškog goriva. Posljedica ovog izlivanja goriva bilo je one-

Australija je stranka Bunker konvencije³⁸ iz 2001. godine koja je za Australiju stupila na snagu 16. juna 2009. godine, a stranka je i *LLMC* 1996 od stupanja na snagu 13. maja 2004. godine.³⁹ Stoga, bez obzira što Bunker konvencija u vreme događaja još nije bila na snazi za Australiju⁴⁰, u pogledu ograničenja odgovornosti vlasnika broda trebalo je primeniti iznose utvrđene u *LLMC* 1996. Nezadovoljna tom činjenicom s obzirom da su procenjeni troškovi čišćenja bili viši od iznosa na koji je vlasnik imao pravo da ograniči svoju odgovornost, Australija je već 31. jula 2009. godine podnela Pravnom odboru *IMO*-a predlog⁴¹ da u plan rada za idući dvogodišnji period (2010.-2011.) uvrsti i raspravu o povećanju iznosa ograničenja odgovornosti iz čl. 6.1 (b) *LLMC* 1996 te ukoliko utvrdi potrebnim, usvoji izmene *LLMC* 1996 u postupku prešutnog prihvata u skladu s čl. 8. tog Protokola koji predviđa mogućnost povećanja ograničenja odgovornosti do maksimalno 6% za svaku godinu računajući od donošenja *LLMC* 1996.⁴²

Od svog predloga Australija nije odustala niti nakon što je brodovlasnik dobrovoljno prihvatio da platiti Aus\$ 25 miliona, čak 10,5 miliona više od iznosa

čišćenje oko 56 km jugoistočne obale Queenslanda koja je od vrlo velikog ekološkog i ekonomsko-sociološkog značaja ne samo za Queensland nego za cijelu Australiju. Operacije čišćenja obale trajale su dva mjeseca s preko 2.500 ljudi koji su ručno uklanjali onečišćeni pijesak. Australiske vlasti su početno procijenile troškove čišćenja na iznos od preko Aus\$ 30 milijuna (US\$ 25 milijuna).

³⁸ Međunarodna konvencija o građanskoj odgovornosti za štetu zbog zagađenja pogonskim uljem iz 2001. godine, (Bunker konvencija), donesena na diplomatskoj konferenciji održanoj u Londonu od 19. do 23. marta 2001. godine u sklopu Međunarodne pomorske organizacije (IMO) s namerom osiguravanja adekvatne, brze i efikasne nadoknade osobama koje trpe štete od onečišćenja mora pogonskim gorivom, stupa na snagu 21. novembra 2008. godine. Uvjeti za stupanje na snagu ispunjeni su 21. novembra 2007. polaganjem 18. ratifikacioni instrumenti od strane Sijera Leone. Stranke konvencije su: Bahami, Bugarska, Kipar, Estonija, Grčka, Hrvatska, Island, Jamajka, Letonija, Litvanija, Luksemburg, Maršalski Ostrva, Nemačka, Norveška, Poljska, Samoa, Sijera Leone, Singapur, Slovenija, Španija, Tonga, Velika Britanija; Prema: Status of Conventions, <http://www.imo.org/>, stranica posećena 17. 10. 2016. Hrvatska je postala strankom konvencije 15. decembra 2006. na osnovu Zakona o potvrđivanju objavljenom u Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 9/2006. od 18. oktobra 2006.

³⁹ Marija Pospišil Miler, „Usvojen prijedlog povećanja iznosa općeg (globalnog) ograničenja odgovornosti za pomorske tražbine”, *Pomorsko poredbeno pravo*, 166/2012, 233.

⁴⁰ Začuđuje da Australija nije bila stranka Bunker konvencije od njenog stupanja na snagu na međunarodnoj razini usprkos činjenici da je upravo Australija bila inicijator donošenja te konvencije podnošenjem zahtjeva na 36. zasjedanju Odbora za zaštitu pomorskog okoliša *IMO*-a. godine. Vidi: MEPC 36/21/6.

⁴¹ IMO LEG 96/12/1, <https://www.uscg.mil/imo/leg/docs/leg>, stranica posećena 17. 10. 2016.

⁴² Svoj predlog Australija opravdava upravo slučajem izlivanja goriva sa broda *Pacific Adventurer* u kojem procenjeni trošak čišćenja premašuje iznos od Aus\$ 14,5 milijoa na koji vlasnik broda ima pravo ograničiti svoju odgovornost temeljem *LLMC* 1996 kao i ranijim slučajem koji se dogodio u *Akashi Strait*, Japan 5. marta 2008. godine kada je nakon sudara tri broda došlo do potonuća jednog od brodova i značajnog onečišćenja, a procenjena šteta također prelazi iznose ograničenja odgovornosti prema *LLMC* 1996.

ograničenja odgovornosti prema *LLMC* 1996, a nije odustala niti nakon konačnog izvešća australskih vlasti o uzrocima nezgode⁴³ prema kojem se za nezgodu ne može kriviti samo brod, nego delomično i australske vlasti koje nisu detektirale, iako su trebale, da metoda pakiranja robe u kontejnerima nije bila u skladu s međunarodnim propisima o pakiranju opasnih tereta, a što je moglo doprineti nezgodi.

Drugi razlog za povećanje iznosa ograničenja odgovornosti Australija opravdava time da je od donošenja *LLMC* 1996 protekao značajan vremenski period pa da su stoga iznosi ograničenja odgovornosti postali nedovoljni, a nakon što se prihvati pokretanje postupka za izmenu Protokola, s obzirom na propisane rokove, izmene i tako ne mogu stupiti na snagu pre 2015. godine, a to znači 19 godina nakon donošenja Protokola iz 1996. Na 96. Zasedanju Pravnog odbora *IMO*-a održanom 5.-9. oktobra 2009. predlog Australije je prihvaćen i razmatranje povećanja iznosa ograničenja odgovornosti uvršteno je u plan rada Pravnog odbora *IMO*-a unatoč iznesenim statističkim podacima *International Group of P. & I. Clubs*⁴⁴ koji su pokazali da je u periodu od 2000.-2009. godine samo u 8 od ukupno 595 incidenata u tom vremenskom periodu, što znači u svega 1,34% slučajeva, iznos štete prouzrokovan izlivanjem goriva bio veći od iznosa ograničenja odgovornosti utvrđenog prema *LLMC* 1996.⁴⁵

Povećanje iznosa opšteg (globalnog) ograničenja odgovornosti za 51% na sadašnje iznose iz *LLMC* 1996 stupio je na snagu u skladu sa postupkom prešutnog prihvata protekom 36 meseci od notifikacije rezolucije o prihvatanju povećanja državama potpisnicama *LLMC* 1996 tj. 8. junia 2015. godine.

4. UMEŠTO ZAKLJUČKA

Morem se godišnje preveze više milijardi tona različitih tereta, a prevoznik i njegova posada dužni su sa svakim teretom u prevozu brižljivo postupati, kako bi ga mogli predati na odredištu u istoj količini, izgledu i stanju u kojem su ga preuzeli. Jedno od dobro poznatih načela građanskog prava govori o tome da je štetnik obavezan oštećenome nadoknaditi štetu u celosti, dakle u njenom punom obimu i visini. Međutim, kada se u pogledu odgovornosti za štetu i obaveze njene

⁴³ U svom konačnom izvješću *Australian Transport Safety Bureau (ATSB)*, utvrdio je da je uz jako nevjeme i slabo održavana sredstva za vezivanje kontejnera, nezgodi doprinelo i nepravilno slaganje sadržaja u kontejneru koji je trebao biti složen u skladu s međunarodnim pravilima o opasnom teretu (*International Maritime Dangerous Goods Code*), a što su propustile detektirati australske nadležne vlasti (*Australian Maritime Safety Authority*). Vidi: *ATSB Transport Safety Report, No. 263, MO-2009-002, Final, Pacific Adventurer, 11 March 2009.*, str. 47 i 48; cit. u Marija Pospišil Miler, „Usvojen prijedlog povećanja iznosa općeg (globalnog) ograničenja odgovornosti za pomorske tražbine”, *Pomorsko poredbeno pravo*, 166/2012, 234.

⁴⁴ *International Group of P. & I. Clubs*, međunarodna grupa P&I klubova u koju je udruženo 13 P. & I. klubova koji pružaju pokriće odgovornosti za 95% ukupne svetske flote.

⁴⁵ Vidi dokument: *IMO LEG 96/6*.

nadoknade primenjuju odredbe pomorskog prava (kao i transportnog prava uopšteno), situacija je, u pravilu, sasvim suprotna. U odnosu na druge vrste prevoza, pomorski prevoz je specifičan, jer postoji više međunarodnih konvencija koje imaju različite potpisnike što, uz činjenicu da se sadržinski dosta razlikuju, ne doprinosi pravnoj sigurnosti učesnika u pomorskom prevozu, što je inače cilj unifikacije.⁴⁶

Relevantni međunarodni ugovori i nacionalni propisi sadrže odredbe prema kojima su te osobe, kada su odgovorne za štetu, u pravilu obavezne nadoknaditi štetu samo do tačno navedenog iznosa. Radi se, dakle, o institutu zakonskog ograničenja odgovornosti.

Ograničenje odgovornosti brodarka može biti stvarno i lično, zavisno od toga da li odgovara određenim delom imovine (npr. brodom) ili celokupnom svojom imovinom do određenog iznosa.

Sistem ograničene odgovornosti u pomorskom pravu već vekovima omogućava brodovlasnicima da ograniče svoju odgovornost za štete prouzrokovane njihovim brodovima kako putem opšteg (globalnog) ograničenja odgovornosti tako i putem posebnog ograničenja odgovornosti.⁴⁷ Fond ograničene odgovornosti brodarka je pravni pojam koji, šire gledajući, postoji jedino u pomorskom prevozu jer rečni,⁴⁸ drumski,⁴⁹ železnički⁵⁰ te vazdušni transport⁵¹ ne poznaju fond ograničene odgovornosti, nego isključivo ograničenje odgovornosti bez fonda.⁵²

Nastanak koncepta ograničene odgovornosti vezuje se uz podsticanje investiranja u pomorsku industriju i podsticanje pomorskih poduhvata, a time i podsticanje međunarodne trgovine, omogućujući državama napredak njihovih privreda i njihov uticaj širom sveta. Nastao je u vreme kad je bavljenje pomorskim

⁴⁶ D. Đurđev, *op. cit.*, 277.

⁴⁷ Marija Pospisil Miler, „Usvojen prijedlog povećanja iznosa općeg (globalnog) ograničenja odgovornosti za pomorske tražbine”, *Pomorsko poredbeno pravo*, 166/2012, 227.

⁴⁸ *Budimpeštanska konvencija o ugovoru o prijevozu robe unutarnjim plovnim putovima (CMNI)*, *Narodne novine – Međunarodni ugovori*, br. 10/04, engl. *Budapest Convention on the Contract for the Carriage of Goods by Inland Waterway (CMNI)*, 22 June 2001, (stupila na snagu 01. 04. 2005)

⁴⁹ *Konvencija o ugovoru o međunarodnom prijevozu robe cestom (CMR)*, 1956. – *Narodne novine – Međunarodni ugovori* 1/92; engl. *Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR)* Geneva, 19 May 1956, *United Nations Treaty Series*, vol. 399, p. 189.

⁵⁰ *Konvencija o međunarodnom željezničkom prijevozu (COTIF)*; engl. *Convention concerning International Carriage by Rail, Vilnius, 1999.*; *Jedinstvena pravila o međunarodnom željezničkom prijevozu robe (CIM)*, kao *Dodatak B COTIF konvencije iz 1980. u verziji Protokola o izmjenama od 3. lipnja 1999. godine*, *Narodne novine – Međunarodni ugovori* br. 12/00.

⁵¹ *Varšavska konvencija – Konvencija o izjednačavanju izvjesnih pravila o međunarodnom zračnom prijevozu*, potpisana u Varšavi 12. 10. 1929.; engl. *Convention for the Unification of certain rules relating to international carriage by air, Warsaw, 1929.*; *Montrealska konvencija*, engl. *Convention for the Unification of Certain Rules for International carriage by Air, Montreal, 1999.*

⁵² A. Vuković, D. Bodul, *op. cit.*, 335.

prevozom bilo izuzetno riskantna delatnost s neretkim gubicima brodova i tereta, a smatralo se da rizike pomorskih putovanja ne trebaju snositi samo brodovlasnici, nego da oni trebaju biti podeljeni sa onima koji imaju koristi od pomorskih poduhvata, krcatelja i vlasnicima robe kao i samim potrošačima te robe.

Konvencija o ograničenju odgovornosti za pomorske tražbine⁵³ ostavlja svakoj državi ugovarateljici samostalno pravo odlučivanja o tome, hoće li osnivanje fonda biti preduslov za ograničenje odgovornosti. U Pomorskom zakoniku (čl. 395., st. 1.), Republika Hrvatska je osnivanje fonda odredila kao obavezno. Izmene Protokola Međunarodne konvencije o ograničenju odgovornosti za pomorske tražbine iz 1976. godine usvojene su 19. aprila 2012. godine na 99. zasedanju Pravnog odbora *IMO-a* održanom u Londonu.⁵⁴

Izmene *LLMC* 1996 imaju direktan uticaj na nekoliko međunarodnih i regionalnih instrumenata. Treba istaći one najvažnije. Pre svega, to je Bunker konvencija iz 2001. godine koja svojim odredbama izričito veže ograničenje odgovornosti i iznos obaveznog osiguranja.

Prema toj Konvenciji na *LLMC* kako je izmenjena, a to automatski uključuje i ove najnovije izmene *LLMC* 1996. Bunker konvencija, osim što ima značajan broj država stranaka, postigla je primenu na visoki postotak tonaže (90% ukupne svetske tonaže brodova), što znači da svi ti brodovi moraju imati i traženo osigurateljno pokriće. Uprkos činjenici da sama Konvencija navodi da će se u svakom konkretnom slučaju na ograničenje odgovornosti primeniti bilo koji nacionalni ili međunarodni sistem ograničenja odgovornosti prema pravu koje se primenjuje u državi stranci na čijem se području zagađenje dogodilo, povećanje iznosa ograničenja odgovornosti iz *LLMC* 1996 imat će odmah neposredan uticaj na visinu osiguravajuće pokrića, a time i na premije osiguranja. To stoga što se unapred ne može znati gdje će se nezgoda dogoditi, a time ni koje pravo će se primeniti pa će osiguratelji odgovornosti već kod procene rizika morati uzeti u obzir da se šteta može dogoditi u državi s najvišim iznosima ograničenja odgovornosti.

Broj država stranaka *LLMC* 1996 znatno je manji od broja država stranaka Bunker konvencije što ne ide u prilog ujednačenja prava. Stoga ne čudi da *IMO*, ali i EU potiču države stranke na ratifikaciju *LLMC* 1996. Najnovije izmene *LLMC* 1996, za koje mnoge države nisu videle veliku potrebu obzirom na dosadašnja iskustva nezgoda, bile su rezultat političkog kompromisa, a manje stvarne potrebe. Stoga je teško verovati da će doprineti povećanju broja stranaka *LLMC* 1996, bez obzira što se povećanje čini umerenim.

⁵³ Konvencija o ograničenju odgovornosti za pomorske tražbine, engl. *Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims (LLMC)*, London, 1976.

⁵⁴ Tim izmenama iznos opšteg (globalnog) ograničenja odgovornosti za pomorske tražbine povećan je za 51% u odnosu na iznose iz čl. 3. *LLMC* iz 1996. koji se odnose na čl. 6.1 (a) i 6.1 (b), *LLMC* 1976, dok iznosi iz čl. 7. Konvencije nisu menjani.

Treba također spomenuti *EU Direktivu 2009/20/EC* u odnosu na osiguranje vlasnika broda za pomorske tražbine. Direktiva utvrđuje obavezu vlasnika broda da se osigura od odgovornosti za štetu prema trećim licima kao što je na primer osiguranje koje pružaju *P. & I.* klubovi u okviru *International Group*, te obvezu broda od 300 BRT i više da ima dokaz o zaključenom takvom osiguranju do iznosa utvrđenog prema *LLMC 1976* kako je izmenjena *LLMC* Protokolom 1996 za svaki događaj. Ova Direktiva trebala je biti primenjena od 1. januara 2012., iako sve države članice EU još uvek nisu stranke *LLMC 1996*. I tu je teško verovati da će novo povećanje iznosa ograničenja odgovornosti iz *LLMC 1996* biti podsticaj državama da ratifikuju *LLMC 1996*.

Republika Hrvatska je stranka *LLMC 1996*, a bila je i jedna od 19 država koje su podržale predlog Australije. Povećanje iznosa ograničenja odgovornosti će za Hrvatsku kao obalsku državu imati pozitivan učinak, posebno obzirom da je Republika Hrvatska stranka Bunker konvencije te je članica EU. Međutim, ovo povećanje iznosa ograničenja odgovornosti svakako će otežati ekonomsku situaciju hrvatskom brodarstvu koje je već i tako pritisnuto finansijskom krizom.

Može se zaključiti da sve izmene koje idu za neopravdano visokim granicama odgovornosti, iako su preduzete u dobroj nameri (zaštite oštećenih), nemaju uvek najbolji rezultat i čak mogu biti na štetu oštećenih ako države ne prihvate takve međunarodne instrumente pa oni nikada ne stupe na snagu, ili stupe na snagu samo za uzak krug država u kojima će se primenjivati.

*Aleksandra V. Vasilj, Ph.D., Associate Professor
J.J. Strossmayer University of Osijek
Faculty of Law Osijek
avasilj@pravos.hr*

Limitation of Liability for Maritime Claims – Chronological Critical Review (International Instruments and Croatian Solutions)

Abstract: *Limitation of liability of shipowner can be based on property or can be personal – shipowner responds to certain part of the property (for example ship) or his entire assets to a certain amount. In the first case it is a real, and in the other the personal limitation of liability. On these principles all international instruments in this legal field have been developed. One of the well-known “universal” principle of civil law says that the injurer must pay for a damage in full, in full extent and amount. However, when we are applying provisions of maritime law (as well as transport law in general) on the liability for damages and its compensation, the situation is quite opposite.*

Though, that the amount of suffered damages is coming closer to said universal principle of civil law has been confirmed by Amendments to the Protocol to the Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims 1996 (LLMC 1996). These Amendments increased amount of general (global) limitation of liability for maritime claims by 51% compared to the amounts in LLMC. Increased amounts are applicable from 8th June 2015.

Regarding these amendments, a number of issues can be placed: justification for introducing the institute of limitation of liability in general; reasons why the injurer is privileged in maritime (and broader in transport), in the context of the amount of the obligation of compensation for damage; and whether the application of the institute undermine the principle that is enshrined in the legal system of every modern country, according to which the injured party has the right to just compensation. On the other hand, justice can be taken as well as an argument just to implement the limitation of liability system.

Keywords: *limitation of liability, shipowner, claims.*

Datum prijema rada: 28.06.2016.

*Dr Ivana Tucak, docent
Univerzitet J.J. Štrosmajera u Osijeku
Pravni fakultet Osijek
ivana.tucak@gmail.com*

OGRANIČENJA AUTONOMIJE U JAVNOM ZDRAVSTVU: OBAVEZNO VAKCINISANJE DECE

Sažetak: Programi obaveznog vakcinisanja koji su prisutni u mnogobrojnim državama imaju brojne protivnike koji, važno je naglasiti, nemaju jedinstven stav kad su u pitanju razlozi zbog kojih se protive vakcinisanju. Protiv ove medicinske preventivne mere od samih početaka ističu se „naučni prigovori” oko njene efikasnosti i sigurnosti, prigovori utemeljeni na savesti (verski i filozofski), prigovori protiv državnog ograničenja ljudskih sloboda i autonomnog odlučivanja o sopstvenom telu. Svrha je ovog rada da pruži kritički prikaz etičkih i pravnih pitanja vezanih za obavezno vakcinisanje. U ovim naukama vodi se široka rasprava oko pitanja mogu li koristi obaveznog vakcinisanja odneti prevagu nad svim problemima povezanim s tom praksom. Cilj nam je da se odredi granica državnog uplitanja u ličnu autonomiju i roditeljske slobode. Ovo pitanje ima i šire političke i društvene reperkusije koje se odražavaju u zakonodavnim i sudskim raspravama. U vezi s tim posebno ćemo razmotriti razloge koji se nalaze u rešenju Ustavnog suda Republike Hrvatske iz januara 2014. o neprihvatanju predloga za pokretanje postupka za ocenu saglasnosti s Ustavom određenih odredbi Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti (Zakon o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti).

Gljučne reči: autonomija, načelo štete, obavezno vakcinisanje, dobročinstvo, neškodljivost

1. UVOD

Edvard Džener (*Edward Jenner*) je otkrićem vakcine protiv velikih boginja postao osnivač nauke imunologije¹ i danas se slavi kao naučnik zbog kojeg su veli-

¹ James G. Hodge, Lawrence O. Gostin, “School Vaccination Requirements: Historical, Social and Legal Perspectives”, *Kentucky Law Journal* 90/2001–2002, 840.

ke boginje, a nakon njih i niz drugih dotad nepredvidljivih i neukrotivih zaraznih bolesti, stavljene pod kontrolu. Zakonodavci su vrlo rano prihvatili i podržali naučne tvrdnje o vakcinisanju kao nužnoj meri zaštite od smrtonosnih zaraznih bolesti. Nedugo nakon Dženerovog revolucionarnog otkrića države su počele podržavati vakcinisanje, a masovni programi vakcinisanja u većini razvijenih država počeli su se primenjivati '40-ih godina prošlog veka.² Države su ozbiljno shvatile vrednost ostvarenja kolektivnog imuniteta tzv. imuniteta stada. Naime, vakcinisanje pojedinca nije dovoljna zaštita od bolesti, nego je potrebno postići visoku stopu vakcinisanosti stanovništva i tako sprečiti kruženje uzročnika bolesti unutar zajednice. Imunitet stada naročito je važan i radi zaštite lica koja zbog „medicinskih kontraindikacija nisu vakcinisana i lica kod kojih vakcinisanjem nije postignuta zadovoljavajuća zaštita (nijedno vakcinisanje ne štiti 100% vakcinisanih lica)”.³ Znači njegovo ostvarenje bitno je iz aspekta pravednosti odnosno zaštite najranjivijih grupa.⁴

No ti programi obaveznog vakcinisanja koji su prisutni u mnogobrojnim državama imaju brojne protivnike koji, važno je naglasiti, nemaju jedinstven stav kad su u pitanju razlozi zbog kojih se protive vakcinisanju. Protiv ove medicinske preventivne mere od samih početaka ističu se „naučni prigovori” oko njene efikasnosti i sigurnosti, prigovori utemeljeni na savesti (verski i filozofski), prigovori protiv državnog ograničenja ljudskih sloboda i autonomnog odlučivanja o sopstvenom telu.⁵

Svrha ovog rada je da pruži kritički prikaz etičkih i pravnih pitanja vezanih uz obavezno vakcinisanje. U ovim naukama vodi se široka rasprava oko pitanja mogu li koristi obaveznog vakcinisanja odneti prevagu nad svim problemima povezanim s tom praksom?⁶ Načelo privatnosti odnosa roditelja i deteta jamče važni međunarodni ugovori poput Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta⁷, ali i nacionalni ustavi i porodičnopravni propisi. Cilj nam je da se odredi granica državnog uplitanja u ličnu autonomiju i roditeljske slobode. Ovo pitanje ima i šire političke i društvene reperkusije koje se odražavaju u zakonodavnim i sudskim raspravama. U vezi s tim posebno ćemo razmotriti rešenja Ustavnog

² Vid. Ivana Tucak, “Informed Consent”, *Current Problems of Legal Theory and Comparative Law* (ed. Ivana Tucak), Osijek, u štampi.

³ Prevod autora. Ustavni sud Republike Hrvatske U-I-5418/2008 U-I-4386/2011 U-I-4631/2011 od 30. 01. 2014. *Narodne novine*, br. 22/2014. U daljem tekstu Rešenje Ustavnog suda Republike Hrvatske. Tačka 6.3.

⁴ E. Malmquist, G. Helgesson, J. Lehtinen, K. Natunen, M. Lehtinen, “The Ethics of Implementing Human Papillomavirus Vaccination in Developed Countries”, *Med Health Care Philos* 1/2011, 19.

⁵ J. Hodge, L. Gostin, 844., Robert I. Field, Arthur L. Caplan, “A Proposed Ethical Framework for Vaccine Mandates: Competing Values and the Case of HPV”, *Kennedy Institute of Ethics Journal* 2 /2008, 113.

⁶ Michael H. Shapiro, “Updating Constitutional Doctrine: An Extended Response to the Critique of Compulsory Vaccination”, *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics* 1/2012, 131.

⁷ Konvencija je usvojena 20. novembra 1989. na 44. zasedanju Opšte skupštine. Rezolucija br. 44/25. Vid. čl. 5.

suda Republike Hrvatske iz januara 2014. o ustavnosti Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti⁸ i pratećeg Pravilnika.⁹

U drugom poglavlju odredićemo vrednosti ili načela koja su vezana uz problematiku obaveznog vakcinisanja, od kojih se posebno ističu dva: načelo autonomije i načelo korisnosti. Stoga ćemo u trećem poglavlju odrediti što se podrazumeva pod načelom autonomije, a u četvrtom promišljaćemo o Milovom načelu štete koje se u raspravama pojavljuje kao najuticajnije opravdanje državnog uplitanja u individualni izbor građana. U petom delu podelićemo protivnike vakcinisanja u grupe. U vezi s tim slažemo se s konstatacijom Lote Asveld (*Lotte Asveld*) da protivnici vakcinisanja nisu homogeni. Ponajpre usredsredićemo se na dve grupe: grupu koja ističe verske prigovore protiv vakcinisanja kao i na grupu koja se ne slaže sa naučnim objašnjenjem korisnosti vakcinisanja a koje podupiru i države. Jesu li zahtevi za uvažavanjem ovih protivnika vakcinisanja utemeljeni na autonomiji koju treba poštovati? Asveld je pružila odgovor koji ćemo preispitati. Peto poglavlje pruža odgovor na pitanje zašto je državna intervencija koja ograničava autonomiju pojedinaca, a budući da je ovde reč o deci zapravo je reč o autonomiji njihovih roditelja, legitimna.

2. SUKOBLJENE VREDNOSTI KOD VAKCINISANJA

Rasprava o vakcinisanju može se posmatrati kao „takmičenje” između konkurentnih etičkih načela ili vrednosti.¹⁰ Vrednosti koje se spominju u ovom kontekstu u velikoj su meri nadahnute principalističkom strujom u bioetici, naročito radom Toma Bošampa (*Tom Beauchamp*) i Džejmsa Čajldresa (*James Childress*).¹¹ Sama pojava bioetike vezana je uz moralne sukobe koji su prisutni u području zdravstva i u biomedicinskim naukama.¹² Sve donedavno unutar bioetike¹³ jav-

⁸ Propitivala se ustavnost članaka 8., 26., 28., 32., 40., 76., 77. i 78. Zakona o zaštiti pučanstva od zaraznih bolesti, *Narodne novine*, br. 79/2007, 113/2008, 43/2009 22/2014 – RUSRH.

⁹ Pravilnik o načinu provođenja imunizacije, seroprofilakse, kemoprofilakse protiv zaraznih bolesti te o osobama koje se podvrgavaju toj obvezi, *Narodne novine*, br. 103/2013. Ustavni Sud Republike Hrvatske U-II-4387/2011 U-II-4632/2011 od 30. 01. 2014.

¹⁰ R. Field, A. Caplan, 111.

¹¹ Sérgio de Castro Lessa, José Garrofe Dórea, “Bioethics and Mass Childhood Vaccination”, *Rev. Bioét.* 2/2013, 228. „Cilj tih načela bio je u prvom redu označiti okvire evaluativnih pretpostavki kroz koje se destilirala moralnost i na taj se način ljudima različitog porekla davala zajednička i upotrebljiva grupa standarda za razmišljanje o raznim moralnim problemima u biomedicinskim naukama.” (prevod autora) Tom L. Beauchamp, „Načela u bioetici”, *Društvena istraživanja* 3–4/1996, 533.

¹² S. de Castro Lessa, J. Garoffe Dorea, 228.

¹³ O odnosu bioetika i prava vidi opširnije: Marko Trajković, Dragiša Drakić, „Bioetika kao humana crta opšte i krivično-pravne teorije”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2014, 137.-151.

nozdravstvena problematika koja se odnosi na „kolektivne interese, prava i obaveze” te na „društvenu odgovornost zaštite i podsticanja zdravlja celokupnog stanovništva” pa tako i na preventivnu medicinu – bila je poprilično zanemarena.¹⁴

Vrednosti ili načela koje su kod obaveznog vakcinisanja uključene u sukob jesu pojedinačna autonomija kao i njoj suprotstavljene vrednosti koje mogu pružiti potporu državnoj intervenciji: dobročinstvo, neškodljivost, paternalizam i načelo korisnosti.¹⁵ Zaključak o tome kako bi moralni delatnici trebali postupati donosi se razmatranjem i uravnoteženjem različitih vrednosti i interesa.¹⁶ „U slučaju sukoba treba pronaći neku pravu meru, harmoniju ili neku vrstu ravnoteže – u suprotnom, jedna norma će naprosto prevagnuti nad drugom.”¹⁷

U vezi s obaveznim vakcinisanjem, etički izazov sastoji se u ocenjivanju „relativne važnosti suprotstavljene vrednosti koja je nadvladana” i „karakteristika i okolnosti” onih koji su u obavezi da se vakcinišu.¹⁸ Obaveza vakcinisanja može se opravdano propisati ispunjenjem određenih preduslova i ako je na taj način moguće ostvariti cilj svakog imunizacijskog programa – kolektivni imunitet (tzv. imunitet stada).¹⁹

U kontekstu vakcinisanja, među načelima biomedicinske etike koje navode Bošamp i Čajldres, nasuprot vrednosti autonomije koja podupire „sposobnost donošenja odluka nezavisnih lica” nalaze se dobročinstvo, neškodljivost i pravednost.²⁰ Dobročinstvo se definiše kao „moralni imperativ delovati u korist drugih”. To je pozitivna obaveza na delovanje u određenim okolnostima kao što su priskočiti u pomoć ljudima u nevolji ili sprečiti štetu.²¹ Prema rečima Bošampa, dobročinstvo je „skup načela koja zahtevaju da sprečimo štetu, omogućimo dobrobit i

¹⁴ S. de Castro Lessa, J. Garoffe Dorea, 228.

Pojedini autori ističu i neprikladnost principalizma za analizu javnozdravstvenih radnji, naročito u kontekstu analize individualnih radnji poput vakcinisanja koje imaju važan uticaj na javno zdravlje. (*Ibid.*, 231.–232.)

No u zadnje vreme pojavili su se radovi koji uspešno koriste bioetička načela ili vrednosti u kontekstu obaveznog vakcinisanja. Vid. R. Field, A. Caplan, 2008., Lotte Asveld, “Mass-Vaccination Programmes and the Value of Respect for Autonomy”, *Bioethics* 5/2008.

Bošamp i Čajldres spominju vakcinisanje u knjizi *Principles of Biomedical Ethics* na više mesta, na str. 48., 56., 168., 173., 251. i 313. Tom L. Beauchamp, James F. Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, 5th edn., Oxford University Press, New York 2001.

¹⁵ Upor. R. Field, A. Caplan, 111.

¹⁶ S. de Castro Lessa, J. Garoffe Dorea, 229.

¹⁷ Sami autori ne prave razliku između pravila i načela: „U našem pristupu načela i pravila ne treba shvatiti ni kao praktična pravila ni kao neupitne propise. Oni su pre norme koje uvek obavezuju osim u slučaju kad su suprotni obavezama sročnim u nekom drugom moralnom načelu ili pravilu.” (prevod autora) T. Beauchamp, 535.

¹⁸ R. Field, A. Caplan, 134.

¹⁹ *Ibid.*, 111.

²⁰ T. Beauchamp, 533. Upor. R. Field, A. Caplan, 115.

²¹ R. Field, A. Caplan, 134.

odmerimo dobrobit u odnosu na opasnost i cenu”.²² Dobročinstvo može biti posebno odnosno usmereno na određenu grupu pojedinaca, npr. decu i nemoćne. Za lekare to je „tradicionalno hipokratsko načelo”.²³ Lekari imaju etičku obvezu da deluju s posebnim dobročinstvom prema pacijentima. Dobročinstvo može biti i „opšta obaveza” delovanja prema svima.

Neškodljivost „zahteva da se drugima ne nanosi zlo”.²⁴ Tako zdravstveni radnici usvajaju etičko načelo ne činiti štetu svojim pacijentima: *primum non nocere*.²⁵ Ovo načelo podrazumeva dužnost nezavisnu od pokušaja stvaranja dobrobiti. Ono ne pokriva samo pozitivne radnje kojima se nanosi zlo drugima, nego i propuštanja.²⁶ Pravednost se definiše kao „skup načela koja zahtevaju ravnomernu i poštenu raspodelu dobrobiti, opasnost i cene”.²⁷ U kontekstu vakcinisanja, ona podrazumeva da vakcine budu dostupne svima kojima su potrebne i da svi doprinose ostvarenju kolektivnog imuniteta „koje će zaštititi one koji ostanu nevakcinisani” zbog svog uzrasta ili medicinskih razloga.²⁸

Gore spomenutim načelima treba dodati kao relevantne za našu problematiku paternalizam i načelo korisnosti. Kad je posredi paternalizam, Robert Fild (*Robert Field*) i Artur Keplin (*Arthur Caplan*) definišu ga kao primenu dobročinstva da bi se nadvladala autonomija određenog pojedinca. Tako postupaju lekari koji pružaju ili uskraćuju određeni tretman pacijentu protivno njegovim željama postupajući u skladu sa sopstvenim viđenjem pacijentovog najboljeg interesa. Paternalizam dakle označava „spoljnu procenu” – „najboljeg konačnog ishoda za pacijenta”.²⁹ Džoel Fajnberg (*Joel Feinberg*) definiše pravni paternalizam kao načelo „koje priznaje potrebu sprečiti samonanesenu štetu kao legitimizirajući razlog za prisilno zakonodavstvo”.³⁰

Razlozi za prevladavanje autonomije, s obzirom na status koji ona danas uživa u savremenoj medicini i pravu, moraju biti ozbiljni. Od svih navedenih najprisutniji u opravdanju obaveze vakcinisanja je zahtev korisnosti za najveći deo

²² T. Beauchamp, 533.

²³ Iva Sorta Bilajac, „Informirani pristanak – konceptualni, empirijski i normativni problemi”, *Medicina Fluminensis* 1/2011, 41.

²⁴ T. Beauchamp, J. Childress, 113.

²⁵ S. de Castro Lessa, J. Garoffe Dorea, 229.

²⁶ R. Field, A. Caplan, 115.

²⁷ Beauchamp, 533.

²⁸ E. Malmquist *et al.*, 19. O pravednosti vidi takođe Ivana Tućak “Legal and Ethical Justification of Compensation Regarding Compulsory Vaccination Injuries”, *Interdisciplinary Management Research XII* (eds. Urban Bacher *et al.*), Faculty of Economics in Osijek, Osijek 2016, 783.–800.

²⁹ R. Field, A. Caplan, 134.

³⁰ Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law Vol. 3: Harm to Self*, Oxford University Press USA, New Edition, New York – Oxford 1986, 8.

Paternalističko opravdanje smatra se slabijim od načela korisnosti, ali je i dalje prisutno. Primera radi, prihvataju ga Bošamp i Čajldres. Vid. E. Malmquist *et al.*, 22.

stanovništva. Kod javnozdravstvenih programa poput vakcinisanja koji su nametnuti pojedincu, zakonodavac je svestan da će vakcinisanje određenim pojedincima prouzrokovati štetu, ali tu meru smatra opravdanom budući da će vakcinisanjem nastala šteta biti znatno manja od ukupne koristi koja time nastaje za najveći deo stanovništva.³¹ Kao što je to već istaknuto, pojedinac svojim nevakcinisanjem ne nanosi štetu samo sebi, nego doprinosi i smanjenju kolektivnog imuniteta i tako omogućava nastanak štete za druge. Stoga ćemo u nastavku rada najpre elaborirati koncept autonomije, zatim načelo štete i na kraju prikazati važnost svakog od ovih načela u kontekstu obaveznog vakcinisanja.

3. AUTONOMIJA

Protivnici uvođenja obaveznog vakcinisanja pozivaju se na načelo prisutno i u etici i u pravu, a reč je o tome da sposobne odrasle osobe mogu odlučivati o svom telu pa čak i odbiti medicinski tretman koji je očito preporučljiv.³² Rizici, pa tako i oni povezani s nuspojavama vakcina, ne mogu se nametnuti pojedincima bez njihovog pristanka.³³ *Volenti not fit injuria*. O obaveznom vakcinisanju dece, zbog činjenice da se dečijoj autonomiji ne pridaje posebna važnost, obično se raspravlja s gledišta roditeljske autonomije.³⁴

Reč *autonomija* potiče od grčke reči „autos” koja znači „sam” i „nomos” u značenju „pravila”. Doslovce znači *biti svoj zakonodavac*.³⁵ Izvorno se odnosila na „samoupravljanje” nezavisnih gradova država³⁶ da bi se postepeno proširila na

³¹ T. Beauchamp, J. Childress, 168.

³² U SAD-u protivnici vakcinisanja podnosili su ustavne tužbe protiv ove prakse na osnovu zaštite individualne autonomije koju jamči XIV. amandman na Ustav SAD-a (sloboda ne može biti oduzeta bez pravičnog postupka. R. Field, A. Caplan, 123.). Premda je Vrhovni sud priznao pre više od stotinu godina da pojedinci mogu biti podvrgnuti mnogobrojnim ograničenjima za opšte dobro (Vid. *Jacobson v. Massachusetts* 1905. 197 U.S. 11., R. Field, A. Caplan, 123., L. Asveld, 246.).

Prema Flenigen, ljudi su ovlašćeni donositi „medicinske odluke koje se tiču samo njih na osnovu svojih verskih ili filozofskih uverenja”, ali ne i one koji nameću štetu drugima (Jessica Flanigan, “A Defence of Compulsory Vaccination”, *HEC Forum* 1/2014, 19.). Mogu odbiti i medicinske tretmane koji bi im spasili život. U američkom pravu to potvrđuju slučajevi poput *Bartling v. Superior Court*. 1984. 163 Cal. App. 3d 186, 209 Cal. Rptr. 220 (Cal. App. 2 Dist.). R. Field, A. Caplan, 113.

Kritičko ispitivanje prava na odbijanje medicinskog tretmana u Hrvatskoj vidi u Ksenija Turković, „Pravo na odbijanje medicinskog tretmana u Republici Hrvatskoj”, *Medicina Fluminensis* 2/ 2008, 158.–170.

³³ R. Field, A. Caplan, 113.

³⁴ Tu se intervencija može videti kao instanca zaštite trećih strana (najjače opravdanje vakcinisanja): roditeljske želje moraju ustupiti mesto zaštiti njihove dece i šire zajednice.

³⁵ J. Feinberg, 27.

³⁶ T. Beauchamp, J. Childress, 57.

pojedince.³⁷ Izraz autonomija nije jednoznačan ni u običnom jeziku niti u filozofiji.³⁸ Ne postoji jedinstvena koncepcija autonomije te se „etička težina” različitih koncepcija individualne autonomije razlikuje.³⁹

Bošamp i Čajldres navode neka od njenih mnogobrojnih značenja: „samouprava, prava slobode, privatnost, lični izbor, sloboda volje, uzrok sopstvenog ponašanja i biti sopstvena ličnost.”⁴⁰ Autori ističu da sve koncepcije autonomije podrazumevaju sledeće uslove: slobodu nosioca, njegovu „nezavisnost od kontrolišućih uticaja” i ograničenja drugih⁴¹, „spособnost pojedinca za namerno delovanje” i razumevanje efekata sopstvenih radnji.⁴²

Lice smanjene autonomije lice je koje ili kontrolišu druga lica ili lice čije su sposobnosti razumevanja neodgovarajuće što sprečava svaki smisleni izbor i delovanje u skladu sa sopstvenim planovima.⁴³ Lica čijoj se autonomiji danas pridaje manja važnost (posebno u vezi s vakcinisanjem) jesu, kao što je to već istaknuto, deca, ali i zatvorenici te pripadnici određenih profesija poput zdravstvenih radnika i vojnika.⁴⁴

Poštovanje autonomije podrazumeva „poštovanje sposobnosti donošenja odluka nezavisnih lica”.⁴⁵ Zahtev za poštovanjem nečije autonomije nalazi se dakle u javnoj sferi, uvek je upućen prema nekom drugom⁴⁶ i zasniva se na „društvenom priznanju vrednosti poštovanja autonomije”.⁴⁷ Bošamp i Čajldres ističu je kao jedno od četiri načela koja smatraju osnovnim za biomedicinsku etiku, premda autonomiju navode prvu, ispred načela neškodljivosti, dobročinstva, i pravednosti, izričito kažu da je to samo nabranje, a ne redosled njihove važnosti. Autonomija za njih nema prvenstvo u odnosu na sva druga načela i ne smatraju da autonomija nadvladava sve druge moralne obzire: „Želimo stvoriti koncepciju poštovanja autonomije koja nije isključivo individualistička (ne zanemaruje socijalnu prirodu pojedinaca i učinak pojedinačnih izbora i radnji na druge), niti preterano usredsređenu na razum (zanemarujući emocije) i ne u potpunosti legalističku (naglašavajući zakonska prava, i umanjujući važnost društvene prakse)”.⁴⁸

³⁷ *Ibid.*, 58.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Onora O’Neill, “Some Limits of Informed Consent”, *J Med Ethics* 29/2003, 4.

⁴⁰ T. Beauchamp, J. Childress, 58.

⁴¹ R. Field, A. Caplan, 113.

⁴² T. Beauchamp, J. Childress, 58.–59., Vida Jeremić, „Informirani pristanak: komunikacija između liječnika i bolesnika”, *JAH* 7/2013, 528.

⁴³ Beauchamp, Childress, 58.

⁴⁴ O. O’Neil, 5, R. Field, A. Caplan, 118.

⁴⁵ T. Beauchamp, 533.

⁴⁶ L. Asveld, 251.

⁴⁷ *Ibid.*, 246.

⁴⁸ Prevod autora. T. Beauchamp, J. Childress, 57.

Slično pojmovima negativne i pozitivne slobode, autonomija se može iskazati kao negativna i pozitivna obaveza⁴⁹ odnosno kao da ima spoljni i unutrašnji aspekt.⁵⁰ „Spoljna autonomija” ili „negativna obaveza” odnosi se na slobodu od kontrolišućih uticaja drugih.⁵¹ „Unutrašnja autonomija” odnosi se na „spособnost pojedinaca da zaista deluju prema sopstvenim moralnim uverenjima”. Unutrašnja autonomija „uključuje razmišljanje o sopstvenom delovanju, čiji ishod efikasno određuje to delovanje”.⁵²

Autonomija kao pozitivna obaveza, ističu Bošamp i Čajldres, obavezuje pojedince i da prošire opcije koje su dostupne drugima, da pomognu drugima u ostvarivanju njihovih ciljeva. Za zdravstvene radnike to znači „saopštiti informacije, tražiti i osigurati razumevanje i dobrovoljnost kao i podsticati na odgovarajuće donošenje odluka”.⁵³ Na ovom mestu važno je ukazati na razliku između autonomije i sposobnosti (*competence*). Premda ova dva pojma imaju različito značenje, kriterijumi autonomnog i sposobnog lica su „zapanjujuće slični”.⁵⁴ Autonomija označava samoupravljanje (*self-governance*) dok sposobnost „mogućnost obaviti zadatak ili niz zadataka”.⁵⁵

Kada je reč o legitimnosti razloga za odbijanje vakcinisanja, Asveld ističe da legitimnost zahteva zavisi od toga mogu li se smatrati zaista autonomnim zahtevima.⁵⁶ Prema Asveld, „Zaista autonomni zahtevi su oni za koje se može dokazati da se nalaze u nečijem identitetu (lična priča) i kompatibilni su, u nekim ključnim aspektima, s okolnim sociokulturnim pričama, uključujući i naučne”.⁵⁷ U vezi s vakcinisanjem, zahtev za poštovanjem nečije autonomije može se sastojati u tome da drugi prihvate činjenicu da pojedinac ne želi biti vakcinisan, odnosno ne želi vakcinisati svoje dete. Razlozi koje pojedinac nudi moraju biti takvi da ih drugi mogu priznati kao normativne, odnosno moraju poticati iz identiteta koji dele svi članovi zajednice.⁵⁸

4. NAČELO ŠTETE

Ograničenje slobode roditelja – pojedinaca da ne vakcinišu svoje dete radi opšteg dobra može se zasnivati na utilitarizmu, moralnoj filozofiji 19. veka čiji su

⁴⁹ *Ibid.*, 64.

⁵⁰ L. Asveld, 248.

⁵¹ Upor. L. Asveld, 248., T. Beauchamp, J. Childress, 64.

⁵² L. Asveld, 248.

⁵³ T. Beauchamp, J. Childress, 64.

⁵⁴ *Ibid.*, 72.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ L. Asveld, 251.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

najpoznatiji predstavnici iz tog vremena Džeremi Bentam (*Jeremy Bentham*)⁵⁹ i Džon Stjuart Mil (*John Stuart Mill*). Bentam, utemeljivač modernog utilitarizma, smatrao je da društvo treba organizovati tako da dovodi do ostvarenja „najveće sreće najvećeg mogućeg broja ljudi”.⁶⁰ Za Mila u razvijenijim društvima upravo zaštita slobode doprinosi maksimizaciji sreće.⁶¹ Mil je postavio načelo štete 1859. godine u knjizi *O slobodi* (*On Liberty*), a ono je tokom vremena postalo jedno od najvažnijih načela u socijalnoj politici i zakonodavstvu,⁶² kao i filozofski temelj prava na samoodređenje u sudskim odlukama u angloameričkom pravu.⁶³ Samo delo *O slobodi* ubraja se među najcitiranija dela iz političke filozofije o pravnoj primeni moralnosti.⁶⁴ Reč je o Milovoj posveti „odbrani slobode pojedinca” od „neopravdanih” „samovoljnih” i „preteranih” ograničenja.⁶⁵ Ovo načelo pruža liberalni odgovor na pitanje: „Šta država može legitimno zahtevati od pojedinca”⁶⁶ i redovno se upotrebljava u ispitivanju javnozdravstvenog prava.⁶⁷

Mil je kao predmet svog rada označio „građansku” ili „društvenu slobodu”, odnosno određenje legitimne vlasti društva nad pojedincem, a ne „slobodu volje”.⁶⁸ Središnja vrednost u njegovom pristupu ovom problemu jeste čovek kao razumni delatnik koji poseduje sposobnost za autonomiju.⁶⁹ Načelo štete primenjuje se na sposobne odrasle osobe, „ovo učenje (je) zamišljeno da se primeni samo na ljudska bića koja su postigla zrelost u razvoju svojih sposobnosti”.⁷⁰ Odnosi se na

⁵⁹ „Bentamova verzija utilitarizma jeste da se ispravnost ili pogrešnost određenih radnji može prosuđivati prema njihovim posledicama u smislu proizvodnje zadovoljstva ili bola.” Austen Garwood-Gowers, “The Right to Bodily Security vis – a – vis the Needs of Others”, *Autonomy and Human Rights in Health Care, An International Perspective* (eds. D. N. Weisstub, G. Díaz Pintos), Springer, Dordrecht 2008, 392.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ A. Garwood-Gowers, 392.

⁶² Silvermen i Mej to ograničavaju na SAD. „Načelo štete štiti nečije vršenje autonomije, ali istovremeno priznaje da nečije vršenje autonomije može zapretiti slobodi druge osobe da uredi svoj sopstveni život i vrednosti.” (prevod autora) Ross D. Silverman, Thomas May, “Private Choice Versus Public Health: Religion, Morality, and Childhood Vaccination Law”, *Md. L. J. Race Relig. Gender & Class* 1/2001, 510., 513.

⁶³ James Munby, “Rhetoric and Reality: The Limitations of Patient Self-Determination in Contemporary English Law”, *J. Contemp. Health L. & Pol’y* 14/ 1997–1998, 316.

⁶⁴ Kent Greenawalt, “Legal Enforcement of Morality”, *J. Crim. L. & Criminology* 3/1994–1995, 715.

⁶⁵ Jedediah Purdy, Neil S. Siegel, “The Liberty of Free Riders: The Minimum Coverage Provision, Mill’s “Harm Principle” and American Social Morality”, *American Journal of Law & Medicine* 2-3/2012, 383.

⁶⁶ *Ibid.*, 382-387.

⁶⁷ R. Silverman, T. May, 520.–521. Autori pišu radove u kojima se ograničavaju na moralnu valjanost državne intervencije (obavezno vakcinisanje) na osnovu načela štete (*Ibid.*, 505).

⁶⁸ John Stuart Mill, *O slobodi* (prev. Jelena Kovačević, Dubravka Mićunović), Beograd 1988, 35.

⁶⁹ R. Silverman, T. May, 518.

⁷⁰ J. S. Mill (1988), 44.

osobe koje su sposobne „racionalno oceniti koristi i terete svojih radnji pri uživanju autonomije”.⁷¹ To znači da se ne primenjuje na decu.⁷²

Za Mila razlozi za vrednovanje autonomije „konsekventni” su (*consequential*).⁷³ Smatrao je da društvo treba da dopusti pojedincima da se razvijaju prema sopstvenim uverenjima sve dok to ne utiče na slobode drugih ljudi.⁷⁴ Kao utilitarista smatrao je da slobodu koja ne služi „opštoj sreći” ili „blagostanju” ne treba štiti.⁷⁵ Mil odbacuje svaki oblik paternalizma⁷⁶ kao osnov državnog uplitanja u slobodu pojedinca. Pojedinaac treba da uživa neograničenu ličnu autonomiju pri izvođenju radnji koje se tiču samo njega (*self-regarding acts*).⁷⁷ Dobrobit samog pojedinca ne može biti razlog nametanja prisile.⁷⁸ Mil jedino opravdano ograničenje slobode izbora pojedinca pronalazi u zaštiti šire zajednice.⁷⁹ Načelo štete pretpostavlja zahtev uzdržavanja od radnji koje mogu direktno naneti drugima štetu.⁸⁰

„(...) jedini cilj radi koga čovečanstvo, bilo pojedinačno ili kao celina, ima pravo da se meša u slobodu delovanja bilo kog svoga člana (je) – samoodbrana, te da jedina svrha radi koje vlast može s pravom da se koristi protiv volje bilo koga člana jedne civilizovane zajednice, jeste da spreči povrede drugih. Vlastito dobro člana društva, bilo fizičko ili moralno, nije dovoljno opravdanje. Član zajednice se ne može s pravom prisiliti da učini ili ne učini nešto zato što će to biti bolje za njega i što će ga usrećiti, ili što bi po mišljenju drugih to bilo mudro ili pak pravilno. To su valjani razlozi da mu se žalimo, da se raspravljamo s njim, da ga ubeđujemo (...) Da bi to bilo opravdano, ponašanje od koga želimo da ga odvratimo moralo bi biti sračunato na to da učini zlo nekome drugom. Jedino ponašanje pojedinca zbog koga je on odgovoran društvu jeste ono koje se tiče drugih. U ponašanju koje se tiče samo njega samog, njegova nezavisnost je, naravno, apsolutna. Nad samim sobom, nad svojim telom i duhom, pojedinac je suveren.”⁸¹

Život u društvu zahteva od pojedinca poštovanje određenih interesa drugih ljudi koje Mil naziva pravima, pritom je nevažno jesu li ta prava određena izričitim

⁷¹ R. Silverman, T. May, 519.–520.

⁷² *Ibid.*

⁷³ T. Beauchamp, J. Childress, 64.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ A. Garwood-Gowers, 393.

⁷⁶ J. Purdy, N. Siegel, 382.

⁷⁷ *Ibid.*, 382.–387

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ K. Greenawalt, 471.

⁸¹ J. S. Mill (1988), 43.

pravnim odredbama ili „prećutnim sporazumom”.⁸² Na ponašanje koje se tiče interesa samog pojedinca, društvo može izraziti svoje neodobravanje putem „saveta, uputstava, uveravanja” kao i izbegavanjem tog pojedinca.⁸³

Da sumiramo, u lični domen ubrajaju se odluke koje „ponajpre i neposredno utiču samo na interese njihovih donosilaca” (*self-regarding decision*).⁸⁴ Izvan tog domena su odluke koje „neposredno” i „ponajpre” utiču na interese drugih osoba (*other-regarding decision*).⁸⁵ No, „niko nije ostrvo”.⁸⁶ Svaka odluka, ističe Fajnb-berg, ima indirektne učinke na druge. Zato je neizbežno postojanje „sive zone” u kojoj je teško odrediti u koju grupu određeni slučajevi pripadaju. No, kako to ističe Fajnb-berg, to je karakteristično i za mnoge druge distinkcije. Treba pažljivo razlikovati ponašanja koja se primarno tiču samog pojedinca i koja samo indirektno utiču na interese drugih i ona koja na druge imaju direktan uticaj. Kada se ne bi poštovala ta razlika, to bi opravdalo intervenciju u svako područje života i obezvređilo ideju autonomije.⁸⁷

Mil daje danas dobro poznat primer pojedinca za kojeg ističe da ne može biti kažnjen samo zbog činjenice da je u alkoholisanom stanju, međutim situacija je bitno drugačija i kažnjavanje je opravdano kada je reč o vojniku ili policajcu na dužnosti. U tom slučaju ponašanje je iz domena slobode prešlo u domen moralnosti ili prava.⁸⁸ Za Mila je dakle svojstveno „kategoričko odbacivanje paternalizma i uslovno odbacivanje koje je ujedno i uslovno prihvatanje međuzavisnosti kao osnova pravne prisile pojedinca”.⁸⁹ „Područje međuzavisnosti” mesto je gde su interesi drugih implicirani ne samo činjenjem nego i nečinjenjem.⁹⁰ Kao što pojedinac može naneti zlo drugima ne samo svojim radnjama nego i svojim propustima i tako se smatrati opravdano odgovornim za povredu,⁹¹ država može legitimno ne samo da traži uzdržavanja nego i određene pozitivne radnje (pa tako i pozitivnu radnju vakcinisanja): „svedočenje na sudu”, „pošteno učestvovanje u zajedničkoj odbrani”, „spašavanje života svog bližnjeg ili odbrana nezaštićenog od zlopotrebe”. Za sve nabrojano društvo ga može pozvati na odgovornost.⁹²

U kontekstu vakcinisanja nameće se pitanje koliko je ozbiljna pretnja od nevakcinisanja i jesu li opasnosti od tog pojedinačnog čina odbijanja vakcinisanja u

⁸² *Ibid.*, 105.

⁸³ *Ibid.*, 123.

⁸⁴ J. Feinberg, 56.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ R. Silverman, T. May, 512.

⁸⁸ John Stuart Mill, *On Liberty*, Batoche Book Kitchener (1859) 2001, 75.–76.

⁸⁹ J. Purdy, N. Siegel, 387.

⁹⁰ *Ibid.*, 385.

⁹¹ J. S. Mill (2001), 15.

⁹² *Ibid.*, 14.–15., 45.

potpunosti individualne.⁹³ Načelo štete bilo je podsticaj za američki Vrhovni sud pri nastanku još važećeg presedana o obaveznom vakcinisanju *Jacobson v. Massachusetts*⁹⁴ koji je postavio temelje za javnozdravstvene zakone u SAD-u.⁹⁵ Slučaj se odnosio na opiranje vakcinisanju odrasle osobe, Heninga Jakobsona (*Henning Jacobson*), švedskog emigranta koji se protivio uvedenoj obavezi vakcinisanja u toku epidemije velikih boginja od koje su 1902. u *Massachusettsu* umrle 284 osobe.⁹⁶ Prvostepeni sud osudio ga je na plaćanje kazne od pet dolara.⁹⁷

Jacobson je doveo u pitanje ustavnost ove obaveze kao „neopravdanog, arbitrarnog i neprijateljskog prema urođenom pravu svakog čoveka da vodi brigu o svom telu i zdravlju na način koji on smatra najboljim”.⁹⁸ Vrhovni sud zahtev je ocenio neosnovanim i potvrdio nadležnost država u okviru tzv. policijskih ovlašćenja⁹⁹ na stvaranje takvih obaveza u kojima je zaštita javnog zdravlja iznad pojedinačnih interesa. Prema često citiranim rečima sudije Džona Maršala Harlana (*John Marshall Harlan*):¹⁰⁰

„Sloboda koju Ustav Sjedinjenih Američkih Država pruža svima koji potpadaju pod njegovu jurisdikciju ne podrazumeva apsolutno pravo svih da budu uvek i u svim okolnostima potpuno slobodni od ograničenja. Postoje mnogobrojna ograničenja kojima je zbog opšteg dobra svaka osoba nužno podvrgnuta. Uređeno društvo koje jamči sigurnost svojim članovima ne može postojati na nekim drugim temeljima.”¹⁰¹

„Na temelju načela samoodbrane, od izuzetne važnosti, zajednica ima pravo da se zaštiti od epidemije bolesti koja ugrožava sigurnost njenih članova.”¹⁰²

Harlanova rasprava utemeljena je na sudskom prihvatanju važnosti i valjanosti vakcinisanja kao metoda borbe protiv zaraznih bolesti.¹⁰³ Odluka zakono-

⁹³ R. Silverman, T. May, 512.

⁹⁴ R. Field, A. Caplan, 115.

Američki Vrhovni sud u poznatom je slučaju *Roe v. Wade* u kojem je odlučivao o pravu žene na pobačaj, a koji je utemeljio pravo privatnosti (XIV. amandman), istakao da slučaj *Jacobson v. Massachusetts* isključuje „neograničeno pravo” pojedinca da čini sve što želi sa svojim telom. Allan J. Jacobs, “Needles and Notebooks: The Limits of Requiring Immunization for School Attendance”, *Hamline L. Rev.* 33/ 2010, 187.

⁹⁵ M. Shapiro, 87.

⁹⁶ Wendy E. Parmet, “Informed Consent and Public Health: Are They Compatible When it Comes to Vaccines?” *Journal of Health Care Law & Policy* 1/ 2005, 71.

⁹⁷ J. Hodge, L. Gostin, 855.

⁹⁸ *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U. S., 14 nav. prema J. Hodge, L. Gostin, 855.

⁹⁹ Izraz „policijska ovlašćenja” odnosi se na „široka ovlašćenja suverene države da uređuje pitanja koja utiču na zdravlje, sigurnost, i opštu dobrobit javnosti”. J. Hodge, L. Gostin, 855.

¹⁰⁰ *Ibid.*, R. Silverman, T. May, 57.

¹⁰¹ *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U. S. 24., nav. prema J. Hodge, L. Gostin, 855.

¹⁰² *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U. S. 11, 12.–13., nav. prema W. Parmet, 71.

¹⁰³ W. Parmet, 79.

davca nije bila podložna sudskom poništenju i zbog „jake potpore u iskustvu ove i drugih zemalja”.¹⁰⁴ Taj je slučaj važan premda je proglasio obavezu uvođenja vakcinisanja ustavnom istovremeno je postavio i ograničenja vlasti država da učine obaveznim sve vakcine.¹⁰⁵

Zaključak koji proizlazi iz slučaja *Jacobson v. Massachusetts* jeste da vakcine koje se žele uvesti kao obavezne moraju proći „test ravnoteže” (*a balancing test*),¹⁰⁶ mora biti reči o srazmernom odgovoru na javnozdravstvenu nužnost.¹⁰⁷ Prema Džejmsu Hodžu (*James Hodge*) i Lorensu Gostinu (*Lawrence Gostin*), *Jacobson* je odredio ograničenja državnim ovlašćenjima. Ovu obavezu moguće je uvesti ako su ispunjene sledeće pretpostavke, tj. mora postojati: „javnozdravstvena nužnost”, „razuman odnos između javnozdravstvene intervencije i ostvarenja legitimnih javnozdravstvenih ciljeva”, mera mora biti srazmerna opasnosti koja pretili i treba dopustiti medicinska izuzeća za one pojedince koji bi vakcinisanjem pretrpeli štetu.¹⁰⁸

To bi značilo da država ne može legitimno propisati vakcinisanje protiv svih bolesti za koje postoje vakcine. Može li se načelo štete primeniti i na one bolesti protiv kojih je vakcinisanje primarno usmereno na zaštitu samog pojedinca koji se vakciniše, a ne šire zajednice?¹⁰⁹ To je naročito važno utvrditi onda kada je priroda bolesti i opasnosti koje od nje prete sporna.¹¹⁰

Tako se nameće pitanje uvođenja obaveze vakcinisanja za bolesti koje se ne mogu preneti uobičajenim međuljudskim kontaktima nego poput polno prenosivih bolesti nastaju rizičnim ponašanjem pojedinca. U novijim radovima to je postalo važna tema moralnih i ustavnopravnih rasprava. Koji bi bili ustavni osnovi za nametanje ove dužnosti? Naročito je kontroverzno uvođenje novih vakcina protiv HPV-a.¹¹¹ Nameće se pitanje je li zaštita trećih lica dovoljno snažan razlog opravdanja prisile kod vakcinisanja protiv ove polno prenosive bolesti.¹¹² Poznato je da virus HPV-a može dovesti do raka cerviksa koji je drugi najčešći uzrok raka među ženama na svetskom nivou.¹¹³ To je razlog zašto je dostupnost vakcine navela

¹⁰⁴ *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U. S. 35., nav. prema W. Parmet, 79.

¹⁰⁵ A. Jacobs, 174.–176.

¹⁰⁶ *Ibid.*, 171.

¹⁰⁷ A. Jacobs, 201.

¹⁰⁸ J. Hodge, L. Gostin, 855.

Ovu interpretaciju Hodža i Gostina citiraju brojni drugi autori. Primera radi, M. Shapiro (108.) parafrazira autore da je to bila prva sudska uopštena izjava o ustavnim ograničenjima vlade. Ta predložena četiri standarda premda su dopuštala javnozdravstvenu intervenciju, zahtevala su raspravni postupak radi zaštite slobode.

¹⁰⁹ Vid. I. Tucak, 783–800.

¹¹⁰ R. Field, A. Caplan, 113.

¹¹¹ Početna se rasprava vodila oko vakcine Gardasil proizvođača Mercka. Vakcinu je odobrila američka Agencija za hranu i lekove u junu 2006. *Ibid.*, 112.

¹¹² Mello, M. M., “Rationalizing Vaccine Injury Compensation”, *Bioethics* 1/2008, 3., E. Malmquist *et al.*; 22.

¹¹³ U SAD-u je 2006. zabeleženo 9710 novih slučajeva i 3700 smrti (R. Field, A. Caplan, 120.). U zemljama u razvoju situacija je još gora (E. Malmquist *et al.*, 19.).

mnoge da zagovaraju obavezno vakcinisanje devojčica protiv ove zloćudne bolesti.¹¹⁴ Budući da je efikasnost vakcine protiv HPV-a ograničena na pojedince koji nisu bili izloženi bolesti i da nema učinka kod akutne infekcije, imunizaciju treba sprovesti pre nego što devojčice uđu u polni život, preporuka je u jedanaestoj ili dvanaestoj godini.¹¹⁵

Ostavimo li po strani probleme vezane za uvođenje svih novih vakcina, rizike vezane uz njihovu sigurnost i efikasnost kao i kliničko iskustvo s vakcinom,¹¹⁶ vakcinisanje protiv ove bolesti povezano je i s nizom drugih pravnih i etičkih problema. Među njima je svakako i to da ta bolest ne mora biti smrtonosna budući da postoje i uspešne alternativne metode prevencije raka cerviksa.¹¹⁷ No kao najvažnije treba navesti da boravak u školskoj sredini ne povećava mogućnost zaraze, bolest ne utiče na sposobnost pohađanja nastave, te karcinom ne nastupa u školskom uzrastu devojčica nego je potrebno niz godina nakon zaraze da bi se bolest razvila.¹¹⁸ Ova je činjenica naročito važna u američkom pravnom sistemu budući da je u toj zemlji prisila u vezi s vakcinisanjem posredna: naime, vakcinisanje je obavezno zato što je u svim državama uslov upisa u privatne i državne škole.¹¹⁹

Kod vakcine protiv HPV postavlja se i pitanje zaštite jednakosti i pravednosti. Reč je o bolesti koja uglavnom štetno utiče na žene. Premda se ovom bolesti mogu zaraziti pripadnici oba pola, kod muškaraca klinička patologija nije konačno utvrđena.¹²⁰ Trebaju li se stoga vakcinisati pripadnici oba pola? Prisutna su i druga povezana sporna politička pitanja, naročito o mogućnosti uticaja vakcinisanja na rano upuštanje dece u polne odnose, što može biti u koliziji s porodičnim vrednostima.¹²¹ Moramo se složiti s autorima koji ističu da uvođenje vakcinisanja protiv ove bolesti ne može proći „test ravnoteže” iz slučaja *Jacobson v. Massachusetts*.¹²²

U ovom kontekstu važno je spomenuti da se i hrvatski Ustavni sud vodio zaštitom trećih lica i državnim interesima kada je podržao ustavnost Zakona o zaštiti stanovništva protiv zaraznih bolesti:

„U skladu s navedenim, odbijanjem vakcinisanja roditelji ugrožavaju zdravlje sopstvene dece, zdravlje drugih lica koje zbog medicinskih kontraindikacija

¹¹⁴ A. Jacobs, 181.–184.

¹¹⁵ To je preporuka američkog Savetodavnog odbora za imunizaciju pri Ministarstvu zdravlja i socijalne brige. R. Field, A. Caplan 112., E. Malmquist *et al.*, 20.

¹¹⁶ A. Jacobs, 192., R. Field, A. Caplan, 112. I kad su posredi dobrovoljne vakcine, uvođenje visokorizičnih vakcina opravdano je samo kod visokorizičnih bolesti. M. Shapiro, 100.

¹¹⁷ Papa-test je zaslužan za smanjenje smrtnosti od raka cerviksa za više od 50% u periodu od 1982 do 2002. R. Field, A. Caplan, 120.

¹¹⁸ A. Jacobs, 174.–176., R. Field, A. Caplan, 120.

¹¹⁹ A. Jacobs, 192. Vid. *Zucht v. King*, 260 U. S. 174 (1922).

¹²⁰ A. Jacobs, 174.–176., R. Field, A. Caplan, 120.

¹²¹ A. Jacobs, 174.–176., R. Field, A. Caplan, 112.

¹²² A. Jacobs, 192.

nisu vakcinisana i lica kod kojih vakcinisanjem nije postignuta zadovoljavajuća zaštita (nijedno vakcinisanje ne štiti 100% vakcinisanih lica), te im time uskraćuju pravo na zdrav život. S tim u vezi, radi osiguranja navedenog prava, opravdano je zakonom obavezati građane na vakcinisanje protiv bolesti čije je sprečavanje od interesa za Republiku Hrvatsku.”¹²³

Ustavni sud je takođe odredio da vakcnisanje dece nije obaveza nego pravo koje im je država dužna osigurati na osnovu člana 24. Konvencije o pravima deteta.¹²⁴

5. PROTIVNICI VAKCINISANJA

U prethodnim poglavljima videli smo da se prisila kojom se utiče na autonomiju pojedinca smatra etički problematičnom i traži snažno (argumentovano) opravdanje.¹²⁵ Cilj ovog poglavlja je da se utvrdi koji su to dovoljno snažni razlozi za prevladavanje autonomije pojedinca kod obaveznog vakcinisanja.¹²⁶ Pritom ćemo se u određenom smislu osloniti na ranije razmatranje ove problematike Asveldove, naročito na njeno zapažanje da protivnici vakcinisanja nisu homogena grupa. Asveld ističe da protivnici vakcinisanja koji se pozivaju na zaštitu autonomije nisu homogeni te ih deli u tri grupe. U prvu grupi spadaju oni koji se pozivaju na versku slobodu; u drugu oni koji slede logiku tzv. slobodnih jahača; a u treću grupu spadaju oni koji sumnjaju u naučno objašnjenje rizika bolesti. Prema ovoj zadnjoj grupi rizici koji danas pojedincima prete od bolesti protiv kojih je propisano vakcinisanje redovno su preuveličani, dok se umanjuju opasnosti od samog vakcinisanja.¹²⁷

Sama Asveld ističe da se često prepliću motivi protivnika vakcinisanja. To je redovno vidljivo i u tvrdnjama podnosioca predloga za ocenu ustavnosti propisa koji uvode obaveze vakcinisanja, pa tako i kad je posredi podnosilac hrvatskog predloga za ocenu ustavnosti zakona koji propisuje obavezu vakcinisanja. U ovom radu usredsredićemo se na prigovore koji se zasnivaju na verskim slobodama i prigovore usmerene na naučno objašnjenje korisnosti vakcinisanja, odnosno prigovore protiv same nauke. Mogu li se takvi prigovori vakcinisanju smatrati legitimnim? S bioetičkog stanovišta, Asveld, kako bi ih ocenila, služi se konceptom narativne autonomije izvedenim iz koncepta narativnog identiteta (*narrative identity*) Marije Šehtman (*Marya Schechtman*).¹²⁸ Koncept narativne autonomije postavlja

¹²³ Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske. Tačka 6.3. (prevod autora).

¹²⁴ *Ibid.*, tačka 6.3.

¹²⁵ E. Malmquist *et al.*, 21.–22.

¹²⁶ *Ibid.*, 22.

¹²⁷ L. Asveld, 247., 254.

¹²⁸ *Ibid.*, 245.

posebne zahteve za poštovanje autonomije u društvenom kontekstu.¹²⁹ Šehtman predlaže primenu dvaju ograničenja za ustanovljavanje valjanosti ličnih priča (*of personal narratives*) – ograničenje oblikovanja ili izražavanja (*the Articulation Constraint*) i ograničenje stvarnosti (*the Reality Constraint*).¹³⁰

Kad je reč o ograničenju izražavanja, Šehtman traži da zahtevi za autonomijom budu iskreni i verodostojni da barem naizgled odgovaraju identitetu pojedinca.¹³¹ Ograničenje oblikovanja ili izražavanja „zahteva da je lice sposobno da objasni šta radi i zašto to radi. Drugi bi trebalo da mogu da prepoznaju konzistentnu, koherentnu priču koja daje smisao odvojenom događaju”.¹³²

Ograničenja stvarnosti su da „zahtevi treba da odgovaraju zajedničkom osećaju stvarnosti unutar društva ili zajednice”.¹³³ Različita poimanja stvarnosti nisu jednako vredna.¹³⁴ Bez postojanja „osnovnog sporazuma o osnovnim aspektima stvarnosti” među ljudima, ističe Asveld, ne bismo bili razumljivi jedni drugima.¹³⁵ To se odnosi kako na „činjenice” tako i na „prakse traganja za istinom”. Asveld opisuje nauku kao „institucionalizovan način traganja za znanjem”. Nauka podrazumeva opšteprihvaćene metode za pružanje tačnog opisa stvarnosti.¹³⁶

5.1. Protivnici vakcinisanja koji se pozivaju na verske slobode

Treba li u slučaju pozivanja na verske slobode poštovati autonomiju roditelja i dopustiti nevakcinisanje dece (barem u okviru instituta prigovora savesti) ili zbog štete koja time može nastati drugim pojedincima ili društvu u celini – otклонiti takvu mogućnost? Neki protivnici vakcinisanja pozivaju se na verske slobode, čija zaštita u današnje vreme u demokratskim pravnim sistemima ima istaknuto mesto.¹³⁷ U današnjim ustavnim porecima očito je da uživanje nekih zajamčenih prava može biti „štetno” za druge ljude. Svesni smo, ističe Džesika Flenigen (*Jessica Flanigan*), da, primera radi, pravo pojedinca na slobodu izražavanja može naneti štetu drugim pojedincima, ili da pravo na slobodu udruživanja može sprečiti pojedince da postanu članovi određenih udruženja.¹³⁸ To je razlog

¹²⁹ *Ibid.*, 256.

¹³⁰ *Ibid.*, 245.

¹³¹ *Ibid.*, 256.

¹³² Prevod autora. *Ibid.*, 249.

¹³³ *Ibid.*, 249.

¹³⁴ *Ibid.*, 250.

¹³⁵ *Ibid.*, 250.

¹³⁶ *Ibid.*, 250.

¹³⁷ Zanimljiv prikaz odnosa bioetike i religije vidi u: Miloš Marjanović, „Bioetika i religija: Od nastanka bioetike do svetskog etosa”, *Zbornik Radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2014, 57–68.

¹³⁸ J. Flanigan, 17.

zašto pojedine države koje imaju programe obaveznog vakcinisanja dopuštaju korišćenje prigovora savesti.¹³⁹

Oni koji se pozivaju na verske slobode obično smatraju da zdravlje dolazi od Boga.¹⁴⁰ Oslanjaju se na argumente da je bolest „prirodna pojava” ili „deo Božjeg plana”¹⁴¹ pa da je vakcinisanje čin nepoverenja.¹⁴² Zbog tih razloga mogu smatrati da nisu odgovorni za nevakcinisanje i sve posledice koje iz toga mogu proizaći i za njih same i za druge.¹⁴³

Njihova verska uverenja su nezavisna od nauke.¹⁴⁴ S aspekta zaštite autonomije, prema mišljenju Asveldove, jedino ovi prigovori koji se zasnivaju na kršenju verskih sloboda, zaslužuju uvažavanje.¹⁴⁵ Njihovi su zahtevi vezani uz njihov identitet „duboko religiozne osobe”.¹⁴⁶ Asveld smatra da autonomiju tih pojedinaca treba poštovati čak i onda kada podrazumeva „blago povećanje rizika nametnutih drugima”.¹⁴⁷ U ovom slučaju jasno je da je autonomija suprotna načelima neškodljivosti i slobode od štete, budući da su drugi ljudi i zajednica ugroženi njihovim odbijanjem vakcinisanja.¹⁴⁸

Upravo na tim osnovima Flenigen odbija opravdanost njihovih tvrdnji. Pojedinci nisu ovlašćeni da nameću rizike i nanose štetu drugima,¹⁴⁹ niti karakterizacija šteta koje time nastaju drugima ne može biti „blago povećanje rizika”, budući da su u zadnje vreme dobro popraćene epidemije bolesti u zajednicama gde je stopa vakcinisanosti bila niska.¹⁵⁰

Premda, ističe Flenigen, ljudi nemaju pravo ne biti povređeni zbog prirodnih pojava, danas kada je poznato da se zarazne bolesti mogu sprečiti imunizacijom, prenos bolesti ne može se više jednostavno pripisati prirodnim uzrocima nego i onima koji su sprečili imunizaciju. Premda je savremena imunizacija nastala do-

¹³⁹ Tako je, na primer, početkom ove godine češki Ustavni sud dopustio prigovor savesti kod vakcinisanja. “Court Undermines Mandatory Czech Vaccination Regime”.

<http://www.czech.cz/en/Life-Work/Court-undermines-mandatory-Czech-vaccination-regim>. 17. 07. 2016.

¹⁴⁰ L. Asveld, 247.

¹⁴¹ J. Flanigan, 10.

¹⁴² L. Asveld, 247.

¹⁴³ J. Flanigan, 10.

¹⁴⁴ L. Asveld, 254.

¹⁴⁵ *Ibid.*, 245., 256.

¹⁴⁶ *Ibid.*, 252., 257.

¹⁴⁷ *Ibid.*, 246.

¹⁴⁸ Asveld ističe kako različita društva imaju različita rešenja za ovaj sukob. *Ibid.*, 252.–253.

¹⁴⁹ J. Flanigan, 10.

¹⁵⁰ Tako je u Hrvatskoj od decembra 2014. do juna 2015. u romskoj populaciji, koja ima niži obuhvat vakcinisanih u odnosu na ostatak stanovništva, zabeleženo više od 200 obolelih i 50 hospitalizovanih zbog malih boginja.

Tamara Poljičan, Bernard Kaić, „Cijepljenje – pravo svakog djeteta”, *Zaštita najboljeg interesa djeteta*, Zbornik priopćenja s Godišnje konferencije i Tematskog sastanka Mreže pravobranitelja za djecu Jugoistočne Europe (ur. Ivana Milas Klarić, Ester Radmilo), Zagreb 2015, 65.

sta kasno, ljudima je mnogo pre bio poznat način prenosa bolesti. Tako su poznati, ističe Flenigen, istorijski slučajevi korišćenja bolesti kao oružja. Istorijska je istina da su britanski vojnici u 18. veku davali pokrivace zaražene velikim boginjama američkim starosedeocima. Time su, ističe Flenigen, grubo prekršili prava plemenskih članova.

Poput ovih zlonamernih prenosa bolesti, čak i slučajevi prenosa bolesti bez takvih nehumanih motiva mogu biti pogrešni. Flenigen navodi primere lica koje nehatno zarazi neinformisanog partnera polnom bolešću ili kompanije koja, primjera radi, izloži zaposlene kancerogenim hemikalijama. Kako to ističe autorka u oba slučaja povređena su prava ljudi na okolinu slobodnu od bolesti, premda ljudi nemaju pravo na zaštitu od raka ili polnih bolesti.

Ukoliko se vratimo na problematiku obaveznog vakcinisanja dece, primetno je da različita društva imaju različita rešenja za ovaj spor.¹⁵¹ Kao odgovor na pitanje krši li država nametanjem obaveze vakcinisanja, koja su suprotna verskoj praksi određenih grupa, slobodu verskog izražavanja (*Free Exercise Clause*) iz prvog amandmana na Ustav SAD-a u američkom ustavnom pravu relevantnim se smatra *Prince v. Massachusetts* iz 1944..¹⁵²

„Pravo na slobodno ispoljavanje religije ne uključuje slobodu izlaganja zajednice ili deteta zaraznoj bolesti ili potonjeg bolesti ili smrti (...) država ima širok spektar ovlašćenja za ograničavanje roditeljskih sloboda i autoriteta u pitanjima koje utiču na dobrobit deteta; i (...) to uključuje, u određenoj meri, pitanje savesti i verskih uverenja.”

Prince dakle jasno upućuje na načelo štete u priznanju širokih državnih ovlašćenja radi zaštite javnosti.¹⁵³ Međutim, u predmetu *Prince* Vrhovni sud svoju odluku temelji i na koncepciji *parens patriae* koja opravdava državno uplitanje na osnovu „potencijalne štete” za određeno lice a ne za celu zajednicu. Sud je priznao jaku *parens patriae* vlast zbog zaštite dece čak i kada je to suprotno verskim uverenjima njihovih roditelja.¹⁵⁴ *Parens patriae* je primer „neskrivljenog (*nonblamable*) paternalizma” reč je o starom ali još važećem načelu angloameričkog prava prema kojem država ima „suverenu moć starateljstva” nad maloletnicima i ostalim pravno nesposobnim licima zbog zaštite njihovih interesa.¹⁵⁵ Prema Sudu: „Roditelji mogu biti slobodni da sami postanu mučenici (na osnovu svojih verskih uverenja, prim. I. T.). Ali iz toga ne sledi da su slobodni (...) da učine svoju decu mučenicima”.¹⁵⁶ No važno je napomenuti kako u SAD-u premda se, što pokazuje i *Prince*, smatra ustavnim prisiliti pojedince da vaknišu decu

¹⁵¹ Vid. L. Asveld, 253.

¹⁵² J. Hodge, L. Gostin, 858.

¹⁵³ R. Silverman, T. May, 511.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ J. Feinberg, 6.

¹⁵⁶ R. Silverman, T. May, 505.

protivno njihovim verskim uverenjima, gotovo sve države jamče pravo na verska izuzeća.¹⁵⁷

Motivi onih koji se protive vakcinisanju mogu se sumirati na sledeći način: Ljudi podstaknuti verskim motivima prihvataju službene verzije javnozdravstvenih vlasti, ali smatraju da je pravo poštovanja autonomije jedno od njihovih prava koje im dopušta legitimno odbijanje vakcinisanja.¹⁵⁸ Oni se prema tome razlikuju od grupe čije ćemo prigovore razmotriti u sledećem poglavlju, a koje Asveld označava kao „one koji imaju različito shvatanje rizika”. Ta grupa protivnika vakcinisanja ne prihvata službena objašnjenja korisnosti vakcinisanja.¹⁵⁹

5.2. Prigovori protiv vakcinisanja utemeljeni na sumnji u nauku

U ovom potpoglavlju istražićemo opravdanost argumenata koji su utemeljeni na sumnji u naučne istine. Razvitak biomedicinskih tehnologija stavio je iza zove ne samo pred zakonodavca nego i ustavne sudove koji su se našli u položaju da moraju da donose odluke „o nauci i u nauci”.¹⁶⁰ Budući da ljudska verovanja nisu nepogrešiva, skepticizam kad su posredi naučne istine pa tako i u vezi s vakcinisanjem zapravo je poželjan.¹⁶¹ Sumnja u postojeće naučne istine dovela je mnoge naučnike do novih i revolucionarnih otkrića:

„Nauka ne bi trebalo da tvrdi da njena otkrića imaju svojstvo izvesnosti. To ostavlja apsolutnu istinu drugim područjima, kao što su matematika, logika i religija (...). Dakle, sami naučnici treba da budu skeptični prema kritikama onoga što se već smatra uspostavljenim. Takav je umereni konzervatizam racionalan i često neizbežan. Teret dokaza, na početku, s pravom je na kritičarima prihvaćenih naučnih tvrdnji, osim ako su te tvrdnje apsurdne (što je retko slučaj). Sa svoje strane, naučnici poput Zemelvajsa, Maršala i Vorena takođe su imali pravo jer nisu uzimali utvrđene stvari kao sigurne”.¹⁶²

No kakvu ulogu u utvrđivanju naučnih istina mogu imati zakonodavci ili sudije ustavnog suda? Greške stručnjaka preko naučnih istraživanja redovno utvrđuju drugi stručnjaci.¹⁶³ Kao što je to već istaknuto u uvodnom poglavlju, zakonodavci su vrlo rano prihvatili i podržali naučne tvrdnje o vakcinisanju kao nužnoj meri za zaštitu od smrtonosnih zaraznih bolesti. U kontekstu ustavnog sudovanja

¹⁵⁷ J. Hodge, L. Gostin, 859.

¹⁵⁸ L. Asveld, 247.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ M. Shapiro, 92.–93.

¹⁶¹ *Ibid.*, 89.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ *Ibid.*, 129.

postavlja se pitanje trebaju li sudije u tim pitanjima podržati zakonodavca ili se moraju sami upustiti u istraživanje složenih naučnih zahteva. To podrazumeva ispitivanje osnovnih ustavnih vrednosti koje su sastavni deo nacionalnog identiteta, odnosno ispitivanje u ustavu sadržane hijerarhije vrednosti.¹⁶⁴

U Republici Hrvatskoj predlagači ocene ustavnosti Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti (*Zakona o zaštiti pučanstva protiv zaraznih bolesti*) doveli su u pitanje naučne tvrdnje o vakcinisanju, ističući negativne posledice vakcinisanja za pojedince kao i dostupnost jednako efikasnih ili efikasnijih alternativnih metoda zaštite od bolesti. Možemo reći da prema predlagačima ocene ustavnosti Zakona vakcinisanje zapravo krši jedno od osnovnih načela bioetike – načelo neškodljivosti.¹⁶⁵

„Predlagači smatraju da su „neka od obaveznih vakcina u Republici Hrvatskoj pokazala značajne negativne učinke“. Pri tome se pozivaju na rezultate vakcinisanja protiv određenih bolesti obavljanih u raznim zemljama, koje pojedinačne slučajeve predlagači izričito navode u svom predlogu, ističući: „(...) – Prilikom vakcinacije utiče se na ljudski imunološki sistem, a što stvara mogućnost oboljenja upravo od bolesti protiv kojih se vrši vakcinacija. – 70-ih godina prošlog veka deca su primala 10 vakcina pre polaska u osnovnu školu, dok se danas broj vakcina višestruko povećao te se koriste i višenamenske vakcine koje su namenjene za suzbijanje većeg broja bolesti.“ (...)”¹⁶⁶

Protivnici vakcinisanja na osnovu sumnje u nauku redovno imaju tzv. alternativni životni stil pa i metode koje predlažu za zaštitu od zaraznih bolesti idu u tom smeru:¹⁶⁷

„U obrazloženju predloga podnosilac (...) ističe da se ljudski organizam efikasnije i uz manji rizik štiti od zaraznih bolesti, razvijanjem prirodnog imuniteta putem različitih nekonvencionalnih postupaka (meditacije, energizacije, muzikoterapije) i prirodnim načinom života, upotrebom prirodnih proizvoda (posebno pčelinjih proizvoda), nego obaveznom imunizacijom.”¹⁶⁸

Mogu li se takvi prigovori vakcinisanju smatrati legitimnim? Konflikt između onih koji priznaju korisnost vakcinisanja i onih koji u to sumnjaju svodi se na različitu percepciju stvarnosti.¹⁶⁹ Valjanost ličnih priča mora zadovoljiti uslov

¹⁶⁴ *Ibid.*, 108.

¹⁶⁵ L. Asveld, 253.

¹⁶⁶ Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske. Tačka 6.1. (prevod autora).

¹⁶⁷ L. Asveld, 253.

¹⁶⁸ Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske. Tačka 6.2. (prevod autora).

¹⁶⁹ L. Asveld, 254.

stvarnosti (*the reality constraint*).¹⁷⁰ „Zahtevi moraju odgovarati zajedničkom osećaju za realnost u zajednici. Sadržaj zahteva mora odgovarati obliku (*form features*) naučne prakse.” Asveld ističe da autonomija ne štiti donošenje bilo kakvog izbora, izbor mora biti ispravan.¹⁷¹ Ispravan u smislu da odgovara „zajedničkom osećaju za realnost u zajednici”.¹⁷²

Tako i hrvatski Ustavni sud ističe da roditelji nemaju pravo odbiti vakcinisanje zato što je to „pogrešan izbor”.¹⁷³ Za „osvetljavanje sveta” nužna je naučna metodologija.¹⁷⁴ Nauka je postala relevantni deo naše stvarnosti. Oslanjanje na nenaučne metode zaštite od bolesti danas se ne smatra izrazom autonomije koju treba zaštititi pod svaku cenu. Isto tako ističe se da su iskrivljavanja informacija o štetnosti vakcinisanja prisutna na nizu internet stranica protivnika vakcinisanja pa tako i u predlogu za ocenu ustavnosti hrvatskog imunizacijskog programa – lako dokaziva. Naime, u Hrvatskoj kao i u većini savremenih država štetne posledice vakcinisanja redovno se prate.

Načelo neškodljivosti kod vakcinisanja suprotstavljeno je načelu dobročinstva i korisnosti. U programima masovne imunizacije dolazi do zamagljivanja granica između ovih načela.¹⁷⁵ Vakcinisanje kao i ostali lekovi može proizvesti određene neželjene posledice.¹⁷⁶ Norme dobročinstva tada nameću toliko jake obaveze koje nadvladavaju obaveze neškodljivosti.¹⁷⁷ Tada radnja kojom se postupalo u skladu s načelom dobročinstva krši načelo neškodljivosti.¹⁷⁸

„Prema službenim podacima u Hrvatskoj se svake godine sveukupno prijavi oko 150 do 200 nuspojava na vakcine iz programa obaveznog vakcinisanja.”¹⁷⁹ One se najčešće svode na lokalne reakcije: „lokalna osetljivost, otekline ili crvenilo”, povišena temperatura, a opasnost od ostalih posledica neznatna je.¹⁸⁰ Obaveze dobročinstva mogu tada zahtevati ispunjenje zahteva načela korisnosti.¹⁸¹ Kod vakcinisanja se zbog ukupne koristi koja proizlazi za društva iz takvih programa neškodljivosti ne daje prednost.¹⁸²

Hrvatski Ustavni sud je o mogućnosti ocene svrhovitosti naučnih tvrdnji izneo jasan stav u rešenju o vakcinisanju:

¹⁷⁰ *Ibid.*, 257.

¹⁷¹ *Ibid.*, 246.

¹⁷² *Ibid.*, 257.

¹⁷³ Rešenje Ustavnog suda Republike Hrvatske. Tačka 6.3.

¹⁷⁴ M. Shapiro, 89.

¹⁷⁵ S. de Castro Lessa, J. Garoffe Dorea, 229.

¹⁷⁶ R. Field, A. Caplan, 115.

¹⁷⁷ T. Beauchamp, J. Childress, 168.

¹⁷⁸ S. de Castro Lessa, J. Garoffe Dorea, 229.

¹⁷⁹ T. Poljičan, B. Kaić, 67. (prevod autora).

¹⁸⁰ T. Poljičan, B. Kaić, 67.

¹⁸¹ T. Beauchamp, J. Childress, 168.

¹⁸² *Ibid.*

„Konačno, Ustavni sud smatra potrebnim naglasiti da je u konkretnom slučaju reč o stručnom (medicinskom) pitanju, a ne o pitanju ostvarivanja jamstva na slobodu savesti, uverenja, mišljenja i veroispovesti u smislu člana 40. Ustava i člana 9. Konvencije.

Imajući to u vidu, Ustavni se sud ne može upuštati u ispitivanje njegove svrhovitosti sa stručnog, medicinskog aspekta.”¹⁸³

6. ZAKLJUČAK

Današnje pravne, filozofske i društvene borbe oko obaveznog vakcinisanja pokazuju važnost utvrđivanja granica država da prisile na imunizaciju dece. Vrednosti ili načela koje su kod obaveznog vakcinisanja uključene u sukob jesu pojedinačna autonomija te njoj suprotstavljene: dobročinstvo, neškodljivost, paternalizam i načelo korisnosti.¹⁸⁴ Spor koji postoji između protivnika i zagovornika obaveznog vakcinisanja tako se može prikazati kao spor oko prvenstva ovih vrednosti.¹⁸⁵ Traži se za kompromisom između javnozdravstvenih koristi i kršenja pojedinačnih i roditeljskih sloboda.¹⁸⁶ Različite grupe opiru se onome što vide kao prisilno paternalističko lečenje.¹⁸⁷ U ovom radu usredsredili smo se na prigovore koji se zasnivaju na verskim slobodama i prigovore usmerene na naučno objašnjenje korisnosti vakcinisanja, odnosno prigovore protiv same nauke. Pokušali smo da odgovorimo na pitanje mogu li ti prigovori vakcinisanju da se smatraju legitimnim.

Zakonodavstvo u velikom broju država koje propisuje ovu obavezu pokazuje da država može nadvladati pojedinačna uverenja u korist zaštite opšteg dobra. Ali, kako to ističe Ros Silverman (*Ross Silverman*), i dalje ostaje pitanje jesu li ti pravni temelji moralno opravdani „u kontekstu liberalnog, ustavnog političkog sistema.”¹⁸⁸ Ovo pitanje nije samo pitanje sukoba različitih etičkih i pravnih vrednosti. Naučno objašnjenje postalo je službeno objašnjenje našeg sveta. U vezi sa zaraznim bolestima stanovišta naučnika redovno podupiru državne vlade, tako da društveni izbor načina obavljanja imunizacije podrazumeva postupanja u skladu s dostupnim naučnim dokazima.¹⁸⁹ Razvitak biomedicinskih tehnologija stavio je izazove ne samo pred zakonodavca nego i ustavne sudove koji su se našli u položaju da moraju donositi odluke o naučnim istinama ispitivanjem osnovnih ustavnih vrednosti.

¹⁸³ Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske. Tačka 6.5.1. (prevod autora).

¹⁸⁴ Up. R. Field, A. Caplan, 111.

¹⁸⁵ *Ibid.*, 113.

¹⁸⁶ J. Hodge, L. Gostin, 834.

¹⁸⁷ R. Silverman, T. May, 509.

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ A. Jacobs, 174.–176.

Ivana Tucak, Ph.D., Assistant Professor
J.J. Strossmayer University of Osijek
Faculty of Law Osijek
ivana.tucak@gmail.com

Autonomy Limitations in Public Health Law: Compulsory Childhood Vaccination

Abstract: *It needs to be stressed that the opponents of compulsory vaccination programmes for children, which are nowadays preferred by many states, are not unanimous in their arguments against such policies. Since its very beginnings, this preventive medical measure has, among other things, induced 'scientific objections' to its effectiveness and safety, conscientious objections (of religious and philosophical origin) and objections to restrictions imposed by the state with respect to human freedoms and bodily integrity. The purpose of this paper is to provide a critical overview of ethical and legal issues related to compulsory vaccination. For some time now scientific circles have been preoccupied with the issue if the benefits of compulsory vaccination can prevail over all the problems caused thereby.*

The paper is also aimed at setting a limit on the state interference with personal autonomy and parental freedoms. This issue have broader political and social repercussions which are reflected in legislative and judicial discussions. In addition, special light is shed on the reasons behind the Ruling of the Constitutional Court of the Republic of Croatia of 30 January 2014 dismissing the application for initiation of the procedure for assessment of compliance of particular provisions of the Act on the Protection of the Population against Communicable Diseases with the Constitution.

Keywords: *autonomy, harm principle, compulsory vaccination, beneficence, nonmaleficence.*

Datum prijema rada: 05.10.2016.

Mirjana B. Bogunović, viši asistent
Univerzitet u Banjoj Luci
Pravni fakultet u Banjoj Luci
mirjanabogunovic86@gmail.com

STICANJE PUTEM ZAJEDNIČKOG ROBA (SERVUS COMMUNIS)

Sažetak: *Zajednički rob (servus communis) je rob koji se nalazi u svojini dva gospodara. Oba gospodara mogu u potpunosti da raspolažu robom jer imaju vlasnička ovlaštenja u cijelini. Međutim, kada se obavezuju preko zajedničkog roba (servus communis) situacija nije jasna. Da li rob jednakomjerno obavezuje oba gospodara ili isključivo onog gospodara u čije ime je postupao? Da li rob može da preuzme obavezu u interesu jednog gospodara a da obaveže drugog gospodara? Kome odgovara nesavjesni rob, trećem licu ili iznevjerenom gospodaru? U radu će se analizirati mišljenja dvojice rimskih pravника, Gaja i Julijana čime će se dijelimično riješiti dileme koje ovaj institut izaziva.*

Ključne reči: *Condominium. Servus communis. Societas. Nominatio. Ex re unius ex domini.*

1. UVOD

Zajednički rob nije bio strana pojava u rimskom pravu¹. U pitanju je jedna kompleksna pravna ustanova, koja u sebi objedinjuje elemente obligacionog i stvarnog prava. Rob je mogao postati svojina dvoje ili više lica na osnovu nasljeđa, poklona, kupoprodaje ili obavljanjem djelatnosti u okviru ortakluka. U ranije doba su takve situacije nastajale zbog nerazvijenosti privrednih odnosa i patrijarhalnog karaktera društva u kojima je rob predstavljao jedno od osnovnih sredsta-

¹ Najznačajnije monografije u romanistici na temu zajedničkog roba su Mario Bretone, *Servus communis. Contributo alla storia della comproprietà romana in età classica*, Napoli, 1958, Andrea di Porto, *Impresa collettiva e schiavo „manager“ in Roma antica*, Milano, 1984. a monografija koja se u značajnoj mjeri osvrće na pitanje zajedničkog roba William Warwick Buckland, *The Law of Slavery*, Cambridge, 1908.

va za proizvodnju². Robovi djeluju kao lica *potestas subiecti* i njihovo djelovanje u pravnom poretku opravdava se snagom vlasti paterfamilijasa. U klasičnom pravu pravni subjektivitet robova apsolutno iščezava; robovi postaju dio imovine gospodara i klasifikuju se kao stvari.³ Iako je njihov subjektivitet⁴ pravom nepriznat, robovi sve aktivnije učestvuju u pravnom prometu. Upravo institut zajedničkog roba je jedan od vjerodostojnih svjedoka o dominantnoj ulozi koju su robovi imali u razvoju rimske privrede. Zajednički rob djeluje kao nosilac poslovne aktivnosti u slučaju udruženih poslovnih poduhvata⁵, kada je sam rob dio pekulijarne imovine.

Izvori kojim se bave pitanjem sticanja posredstvom zajedničkog roba su Gajeve Institucije koje daju opšte pravilo o sticanju, dok Justinijanove Institucije ponavljaju Gajeve riječi ne svjedočeći neke veće promjene u osnovi ovog instituta.⁶ Širu sliku o institutu daju Justinijanove Digeste koje u više titulusa pominju sticanje preko zajedničkog roba u različitim varijantama.⁷ Kako je rob tretiran kao stvar u klasičnom periodu⁸, na zajedničkog roba su se primjenjivala opšta pravila o suvlasništvu (*condominium*)⁹. Tako su svojinu nad robom gospodari

² Vjerovatno je takva situacija bila učestala u prvobitnom obliku porodične zajednice *consortium-ercto non cito*.

³ Neosporno je da je rob apsolutno izgubio pravni subjektivitet po Akvilijevom zakonu iz 286. p.n.e.

⁴ O pravnom subjektivitetu robova u vidi šire Carlo Castello, *Lo schiavo tra persone e cose nell'arcaico diritto romano*, Studi in Onore di Arnaldo Biscardi, I, Milano 1982, Alberto Burdese, *Controversie giurisprudenziali in tema di capacità degli schiavi*, Studi in Onore di Arnaldo Biscardi, I, Milano, 1981.

⁵ A.A. Novikov, *Pravno regulisanje prestanka ugovora o prostom ortakluku u ruskom građanskom pravu i prestanak dejstva kod societas unius rei vel unius negotii i societas questus u rimskom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u novom Sadu, 38, Novi Sad, 2004, 137-147.

⁶ 3.17.3.

⁷ D. 14.3.13.2, D.45.3.28.1, D.41.1.45, D.10.3.24, D.10.3.8.4, D. 10.3.9.

⁸ Zanimljivo je mišljenje Alana Votsona koji kaže da je rob „misleća stvar”, Alan Watson, *Thinking Property at Rome*, Kent Law Review, 68, Chicago, 1993, 1355.

⁹ D.45.3.5. *Ulpianus, libro 48 ad Sabinum Servus communis sic omnium est non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant quam corpore: et ideo si quid stipulatur vel quaquam alia ratione acquirit, omnibus acquirit pro parte, qua dominium in eo habent. Licet autem ei et nominatim alicui ex dominis stipulari vel traditam rem accipere, ut ei soli adquirat. Sed si non nominatim domino stipuletur, sed iussu unius dominorum, hoc iure utimur, ut soli ei adquirat, cuius iussu stipulatus est.*

Zajednički rob je u takvom vlasništvu sviju da on ne pripada u cijelosti svakom pojedinom, nego jedino po neodvojivim dijelovima, tako da oni na njemu imaju više idealne nego tjelesne udjele. I stoga, ako on stipulira, ili iz bilo kojeg drugog razloga nešto stekne, stiće svima sukladno suvlasničkim udjelima na njemu. Ipak, on može stipulirati i uz spominjanje samo jednog od suvlasnika ili prihvatiti predanu stvar, tako da stiće samo za njega. Ali, ako stipulira bez pominjanja suvlasnika, nego po uputi jednog suvlasnika, onda je ispravno da stiće samo za onog po čijoj je uputi stipulirao. (Mirela Šarac, Ivana Stanić, *Stjecanje posjeda putem podčinjenih u rimskom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 60/1, Zagreb, 2010, 185.)

izražavali idealnim dijelom koji je mogao biti dogovoren u nejednakom odnosu. Obavezivanje posredstvom roba u tako specifičnom statusu je interesantno iz više razloga. Da li rob obavezuje sve gospodare a kako odgovaraju gospodari i u kojem procentu? Da li rob ima samostalnu odgovornost u poslovima preduzetim na taj način?

Rob obavezuje oba gospodara, jer sva prava i obaveze koje on ima, imaju i njegovi gospodari koji ih stiču po pretklasičnom principu koji je Gaj zabilježio u drugoj knjizi Institucija (*Igitur quod liberi nostri quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex aliquolibet causa adquirent, id nobis adquiritur; ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest*).¹⁰ Pošto gospodari dijele svojinu na robu tako treba da dijele i prava i obaveze koje stiču preko njega. Prava i obaveze bi trebalo da se stiču proporcionalno udjelu koji imaju, tako da je moguće da obavezu preduzimaju u razdijeljenom obimu (*pro parte*). Ako jedan suvlasnik ima udio u svojini nad robom u iznosu od 1/3, onda u tolikom obimu može da stiče prava i obaveze.

2. GAJ

G.I. 3.167. *Communem servum pro dominica parte dominus adquirere certum est; excepto eo quod uni nominatim stipulando aut mancipio accipiendo illi soli adquirit, velut cum ita stipuletur Titio domino meo dari spondes? Aut cum ita mancipio accipiat hanc rem ex iure Quiritium L. Titii domini mei esse aio eaque ei empti esto hoc aere aeneaque libra*¹¹.

Gaj je ustanovio opšte pravilo po kojem zajednički rob stiče za gospodara srazmjerno udjelu koji gospodar ima u svojini (*pro dominica parte*)¹². Izraz *pro dominica parte* se isključivo odnosi na stvarnopravni režim koji gospodari imaju na robu a ne na eventualni obligacionopravi odnos koji su zasnovali. Suvlasništvo je osnova odnosa i sva pitanja koja nisu eksplicitno riješena a koja mogu da iskrsnu u vezi sa ovim hibridnim institutom, regulisaće se pravilima koja se primjenjuju u slučaju suvlasništva. Obaveza koju ustanovljava rob za svoje gospodare je

¹⁰ G.I. 2.87.

¹¹ Jasno je da zajednički rob pribavlja svojim gospodarima srazmjerno njihovim udjelima u svojini nad njim. Izuzetak je kada je jedan imenovan pri zaključenju stipulacije ili pri pribavljanju mancipacijom, jer tada samo tome pribavlja, kao u slučaju kada se ovako stipuliše: „Obećavaš li da ćeš dati Ticiju, mom gospodaru? ili kada pri pribavljanju mancipacijom izgovori: Tvrdim da ova stvar po kviritskom pravu pripada L(uciju) Ticiju, mom gospodaru, i da mi je pribavljena ovom bronzom (bakrom) i bronzanim tegovima.” (Obrad Stanojević, Gaj. Institucije, Beograd, 1982, 223.)

¹² O sticanju nasljedstva preko roba vidi Samir Aličić, Ubistvo roba, izgubljeno nasleđe i Lex Aquilia, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 3, Novi Sad, 2010, 485-499.

prema navedenom tekstu uvijek razdijeljena. Svaki od gospodara ima *ius adcre-scendi*, tj. pravo prirastanja imovine koju stekne rob gospodarovoj imovini. Imovina prirasta gospodarima proporcionalno vlasničkim udelima. Gaj u Institucijama ne pruža širu sliku o potencijalnim odnosima između suvlasnika.

Da bi rob mogao da pristupi samoj stipulaciji, pa makar i kao gospodarov nuntius, morao je da ima određeni vid sposobnosti. Prvobitno je bilo dovoljno da postoji vlast paterfamilijasa nad robom (*dominica potestas*)¹³ koja bi pružala legitimitet robovim sticanjima. Vremenom su sticanja preko robova postala češća i odvijala se u složenijim uslovima (kad bi se rob i gospodar nalazili u različitim gradovima, kada bi rob bio relativno kratko u vlasti paterfamilijasa)¹⁴ što bi treća lica dovelo u nedoumicu prilikom sklapanja pravnog posla. Tako se sve češće koristi jusum (*iussum*) kao ovlaštenje kojim se stavlja do znanja trećim licima do koje mjere robovi obavezuje gospodare. Ponekad bi rob morao i samoinicijativno da zaključi pravni posao, bez prethodnog znanja gospodara i tada bi pravni posao bio važeći ukoliko ga gospodar ratihabira.

Kako rob nije puki prenosilac gospodareve volje, već i lice koje samostalno odlučuje, mora se razlikovati položaj roba koji preduzima pravne poslove za gospodara i onog roba koji obavlja samo fizičke poslove za gospodara. Ovaj princip je izraz shvatanja da robovi ipak nisu samo puki alat za obradu zemlju i uvećanje prihoda već misleće stvari koje mogu da zaključuju pravne poslove i stiču na osnovu njih. Pravni subjektivitet robova i njihovog gospodara nije razdijeljen, jer se rob tretira djelimično kao stvar u imovini gospodara (*res*) a djelimično kao subjekt prava (*persona*). Rob ima određeni vid poslovne sposobnosti, što je pravno nelogično da neko ko nema pravnu sposobnost (D.4.5.3.1. Paulus ... *servile caput nullum ius habet*) može da ima poslovnu sposobnost, ma u kojem obimu. Poslovna sposobnost roba se „posuđuje” od gospodara (*ex persona domini*)¹⁵, jer kako je rob u vlasti gospodara (G.I. 1.52. *In potestate itaque sunt servi dominorum...et quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur*, D.45.3.2. Ulpianus libro quarto ad Sabinum *Servus communis ipse sibi stipulari non potest, quamvis constaret eum se stipulari domino posse: non enim se domino acquirit, sed de se obligationem*), onda on po prirodi stvari preuzima od njega domen poslovne djelatnosti. Nije riječ o samostalnoj poslovnoj sposobnosti roba već poslovnoj sposobnosti koja je ograničena i uslovljena poslovnim kapacitetom gospodara. Paralelnim pojavljivanjem roba i gospodara u pravnim poslovima ipak vidimo

¹³ Sam izraz je problematičan i protivrječan jer *dominica* upućuje na *dominium* što označava vlasništvo, tj. vlast nad stvarima, a *potestas* znači vlast nad licima. Jasno je da su Rimljani robove percipirali djelimično kao stvar, a djelimično kao osobu.

¹⁴ Uslozljavanje privredne prakse je posljedica razvoja kopnene i pomorske trgovine koja se desila poslije Punskih ratova.

¹⁵ U tom smislu Adolf Schmidt, *Die Persönlichkeit des Sklaven nach römischem Recht*, Erste Abteilung, Festschrift der Universität Freiburg, Freiburg, 1868, 14.

prisutnost roba u značajnom stepenu. Njegova uloga nikako nije samostalna jer on djeluje u ime i za račun svojih gospodara (*domini mei esse aio*). On ne može da izgovori svojinsku formulu u prvom licu (*meum esse aio*) kao što to zahtjeva strogi formalizam mancipacije, ali to može da čini u trećem licu. Genitivni oblik *domini mei* upućuje na konačnog destinataru odnosa. Obavezivanje gospodara prema trećim licima je direktno i trenutno proizvodi pravne posljedice u njegovoj imovinskoj sferi.

Rob ima samo *ius adquirendi*¹⁶, pravo sticanja za gospodara, ali ne i sticanja u vlastito ime; dakle, stvari ne stiče u vlasništvo, niti postaje dužnik odnosno povjerilac u preuzetim obavezama. Da bi rob mogao da ostvari *ius adquirendi* on mora da ima određene subjektivne pretpostavke, znanje i volju u vezi bitnih elemenata ugovora. Rob je aktivni činilac obligacionog odnosa, subjekt obaveze, iako pravo koje ostvaruje ide u korist njegovog gospodara. Civilno pravo u skladu sa opštim pravilom o zabrani ugovaranja za drugog, ne dozvoljava licima u vlasti ni robovima da zaključuju stipulaciju ni sa svojim gospodarima a ni sa drugim licima (*sed servus quidem et qui in mancipio est et filia familias et quae in manu est non solum ipsi, cuius iuri subiecti subiectaeve sunt, obligari non possunt, sed ne alii quidem ulli*).¹⁷ Kako je ovo rigidno pravilo iz starijeg perioda održavano na snazi, tako je i u praksi bilo potpuno drugih rješenja. U periodu klasičinog prava rob aktivno stiče za gospodara i ne više samo u jednostrano obavezujućim pravnim poslovima gdje je za gospodara sticao samo prava, već posluje u njegovo ime i tako preuzima i obaveze za njega¹⁸. Vake tvrdi da imati pekulijum, znači imati pravo istupanja u pravnom prometu.¹⁹ U tom smislu, kroz pretorski edikt data je pravna zaštita raznolikoj robovoj poslovnoj aktivnosti. Pored organizovane poslovne aktivnosti na čijem čelu se mogao naći, zajednički rob je mogao da stiče iz drugih osnova za gospodara, putem nasljeđa, legata, darovanja i ostalih dvostranih ugovora, mogao je da stiče posjed, da gospodare obavezuje deliktno i svojim radom.

Kod sticanja preko zajedničkog roba primjenjuju se opšta pravila za sticanje preko lica koja su *potestas subiecti*. U pravilu rob stiče za gospodare proporcionalno suvlasničkim udjelima. Ukoliko rob napravi jasnu distinkciju stiče samo za

¹⁶ Justinijan u Digestama potvrđuje Gajevu formulaciju. D.1.6.1.1. Gaius, libro primo Institutionem *Igitur in potestate sunt servi dominorum (quae quidem potestas iuris gentium est: nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitae necisque potestatem fuisse) et quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur*.

¹⁷ G.I. 3.104. A rob, lice u mancipijumu, kćer u porodici i žene pod manusom, ne samo što se ne mogu obavezati prema onom pod čijom se vlašću nalaze, već ni prema bilo kome drugom.

¹⁸ Birge kaže da je zajednički rob istinski primjer antičkog menadžera, Alfons Bürge, Rezension Di Porto, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, 105, Goettingen, 1988, 856 – 865

¹⁹ Andreas Wacke, Die libera administratio peculii. Zur Verfügungsmacht von Hauskindern und Sklaven über ihr Sondergut, Sklaverei und Freilassung im römischen Recht, Symposium für Hans Josef Wieling zum 70. Geburtstag (Thomas Finkenauer), Berlin, Heidelberg, 2006, 263.

onog gospodara čije ime izričito navodi u dijalogu stipulacije (*nominatim stipulando*) ili pominje u samom mancipationom ritualu (*mancipio accipiendo*).²⁰ Ovaj Gajev tekst daje samo opšte pravilo o sticanju i napominje da u slučaju sticanja formalnim pravnim poslovima (stipulacija i mancipacija) ime gospodara mora biti pomenuto (*nominatim*).²¹ Iz samog teksta se ne saznaje puno konkretnih detalja. Šta ako zajednički rob posluje na osnovu pekulijuma koji mu je povjeren a pretežni dio pekulijuma, pripada jednom od gospodara. Da li će on isključivo obavezati gospodara koji je pretežni vlasnik imovine ili će gospodare obavezivati u proporcionalnom iznosu? Prema Gajevom tumačenju zajednički rob stiće za svoje gospodare uvijek u iznosu proporcionalnom vlasničkom udjelu (*pro dominica parte*), bez obzira da li je položaj jednog suvlasnika dominantniji.

D. 45.3.28.1. Gaius libro tertio de verborum obligationibus *Si servus communis ex re unius stipulatus erit, magis placuit utrique adquiri, sed eum, cuius ex re facta est stipulatio, cum socio communi dividundo aut societatis iudicium de parte recipienda recte acturum: idemque esse dicendum et si ex operis suis alteri ex dominis servus adquiret*.²²

Gaj u komentarima o stipulaciji daje konkretnije objašnjenje pitanja obavezivanja posredstvom zajedničkog roba. I dalje ostaje vjeran opštem stavu da zajednički rob stiće za oba gospodara, čak i u bitno promijenjenim okolnostima kada je imovina jednog od suvlasnika predmet ugovora (*ex re unius*). Jasno se vidi da Gaj smatra da suvlasnički odnos trajno determiniše odnose između gospodara i da se svako dalje sticanje ravna prema suvlasničkim udjelima. Suvlasnik koji je pretrpio gubitak imovine ima pravo na namirenje do cjelokupnog iznosa od ostalih suvlasnika na osnovu diobene tužbe (*actio communi dividundo*) ili obligacionopravne (*actio pro socio*). Posezanje za pomenutim tužbama je alternativno i obe tužbe dovode do istih efekata, uređenja internih odnosa između suvlasnika i razmjernog namirenja. Vrijedi napomenuti da upotreba pomenutih tužbi u ovoj situaciji može biti dramatična, jer može dovesti do razvrgnuća odnosa između suvlasnika, ali može se i restriktivno primijeniti, isključivo za stvar ili iznos koji se stiće iz stipulacije. Gaj naglašava jedinstven identitet suvlasnika jer zajednički rob redovno stiće za obojicu. Volja gospodara se ostvaruje tek u njihovom internom odnosu a ne prema trećim licima. Treća lica ne stiču predstavu u kolikom obimu zajednički rob obavezuje gospodare pojedinačno, jer on istupa prema njima kao jedinstveni subjekt koji zastupa interese oba gospodara.

²⁰ I.3.28.3.

²¹ Izraz *nominatim* se susreće u rimskom nasljednom pravu, prilikom nužnog nasljeđivanja i izričitog pominjanja muških nužnih nasljednika, te se u tom značenju prihvata i ovdje.

²² Ako zajednički rob stipuliše sa imovinom koja pripada samo jednom gospodaru, vjerovatnije je da obojica stiču, ali onaj čijom imovinom se stipulisalo, ima pravo da se namiri od suvlasnika putem suvlasničke tužbe ili tužbe iz ortakluka do visine svoga dijela. Isto je rečeno kada rob stiće za gospodara putem svog rada.

Gajeva interpretacija obavezivanja preko zajedničkog roba u komentarima odstupa djelimično od osnovnog pravila koje je dao u Institucijama. U Institucijama daje jasnu mogućnost obavezivanja *nominatim*, tj. obavezivanja i sticanja isključivo u korist jednog suvlasnika, dok za odnos koji nastaje *ex re unius* ne nudi takvu mogućnost. Zašto se posebno izdvaja situacija kada se posluje imovinom samo jednog gospodara ako je već naglašeno da postoji mogućnost da se jedan od suvlasnika samostalno obavezuje? Da li bi se moglo pretpostaviti da su pitanju kompilatorske dorade i da je originalni Gajev tekst u komentarima drugačije bio formulisan? Taj argument bi bilo najlakše prihvatiti, ali to nije rješenje u ovom slučaju. Gaj skreće pažnju na situaciju kada zajednički rob posegne za imovinom samo jednog gospodara a pravni posao zaključuje uopštenom formulacijom kojom se jednako obavezuju oba gospodara. Štiti interese suvlasnika koji povjeravanjem pekulijarne imovine zajedničkom robu faktički gubi kontrolu raspolaganja tom imovinom. Rob je u ovom slučaju aktivni subjekt odnosa jer stiče nezavisno od volje suvlasnika, pa možda čak i protiv volje jednog od suvlasnika. Suvlasnici nemaju solidarni identitet u ovom slučaju, već je i dalje na snazi uopšteno pravilo o razdijeljenoj obavezi, proporcionalno suvlasničkim udjelima. Solidarna odgovornost bi u ovom slučaju bila odlično rješenje, jer bi se tim mehanizmom uprostiti međusobni odnosi između suvlasnika. Izbjegla bi se upotreba pomenutih tužbi, a na osnovu eventualnog prava regresa, zainteresovani suvlasnici bi mogli da se namire do visine svog dijela.

D. 41.1.45 Gaius libro septimo ad edictum provinciale *Communis servus si ex re alterius dominorum adquisierit, nihilo minus communi id erit, sed is, ex cuius re adquisitum fuerit, communi dividundo iudicio eam summam praecipere potest: nam fidei bonae convenit, ut unusquisque praecipuum habeat, quod ex re eius servus adquisierit. Sed si aliunde servus communis adquisierit, omnibus sociis pro parte dominii hoc acquiritur.*²³

Poredeći novi Gajev fragment sličnog sadržaja sa prethodnim uočava se novi momenat u odnosima između gospodara i zajedničkog roba, a to je navođenje drugih osnova sticanja posredstvom zajedničkog roba. Zajednički rob može uvećati imovinu svojih gospodara sticanjem na osnovu nasljedstva, legata, darovanjem i radom. Dakle, osnov sticanja ne mora biti samo obavljanje poslova u korist gospodara po imenovanju ili nalogu već ostvarivanje koristi posredstvom roba i bez naloga gospodara. Gaj napominje da u takvom slučaju sticanja ne važi pravo regresa među suvlasnicima, te da se isključivo stiče prema vlasničkim udjelima.

²³ Kad zajednički rob stekne nešto na osnovu imovine jednog gospodara stvar postaje ništa manje nego zajednička, ali onaj čijom imovinom je stečena može cjelokupnu vrijednost vratiti suvlasničkom tužbom jer dobra vjera nalaže da svako ima pravo na tužbu za ono što je stečeno na osnovu njegove imovine. Ali ako zajednički rob stekne na neki drugi način, onda stiče za gospodare prema njihovom vlasničkom udjelu.

3. JULIJAN

D. 45.3.2. *Julianus, libro 52 digestorum Si servus communis meus et tuus ex peculio, quod ad te solum pertinebat, mutuam pecuniam dederit, obligationem tibi adquiret et, si eandem mihi nominatim stipulatus fuerit, debitorem a te non liberabit, sed uterque nostrum habebit actionem, ego ex stipulatu, tu quod pecunia tua numerata sit: debitor tamen me doli mali exceptione summovere poterit.*²⁴

Ovaj Julijanov fragment uvodi novu situaciju u primjeni opšteg pravila o sticanju preko zajedničkog roba. Julijan, kao posljednji predstavnik sabinijanske pravne škole i značajan unifikator različitih pravnih stavova dve pravne škole, priznaje mogućnost isključivog sticanja za jednog suvlasnika. Zajednički rob obavezuje onog vlasnika kojeg navede pojedinačno (*nominatim*) u stipulaciji, ako ne navede eksplicitno imena (*inpersonaliter*)²⁵, onda ih obavezuje obojicu²⁶. Moguće je da zajednički rob obaveže posredno i drugo lice koje izričito ne navede prilikom zaključenja pravnog posla. Ukoliko zajednički rob uđe u interesnu sferu drugog gospodara, odnosno pozajmi novac koji pripada isključivo jednom gospodaru, a u stipulaciji navede ime drugog lica, ili uopšteno zaključi stipulaciju ne navodeći pojedinačna imena, onda ih obavezuje obojicu ili uopšte koliko suvlasnika već ima. Suvlasnik čiji je novac predan u zajam ima pravo na naknadu, ne posebnom ugovornom tužbom, već kondikcijom jer je izgubio vlasništvo na stvari bez pravnog osnova. Treće lice može biti dovedeno u krajnje rizičnu situaciju, jer mu mogu biti upućena dva zahtjeva na vraćanje stvari, jedan od pravog vlasnika, drugi od lica koje nesavjesno upotrebi pravo na tužbu iz stipulacije. Ova situacija je riješena opštim prigovorom protiv prevare (*exceptio doli mali*).²⁷

Julijan u odnosu na Gaja, ustanovljava novu dimenziju odnosa između su-gospodara i roba. Jasno je naglašen identitet gospodara i njihova individualna volja za sticanje. Volju svakog gospodara mora zajednički rob valjano da manifestuje, u skladu sa svim pravilima civilnog prava, da bi stipulacija bila valjana. Uvažavanje volje se vrši pojedinačno, odnosno zajednički rob dobro mora da pazi da li izražava istinsku volju svakog od suvlasnika. Kako odgovornost principala zavisi od stepena svijesti i volje koje ima o preduzetim pravnim poslovima, zajednički rob koji preduzme pravne poslove bez znanja gospodara i dalje obave-

²⁴ Ako naš zajednički rob pozajmi novac, koji je tvoje vlasništvo, onda nastaje obaveza za tebe. Ako isti novac pozajmi u moje ime, dužnik neće biti oslobođen obaveze prema tebi, već obojica imamo pravo da ga tužimo. Ja iz stipulacije, ti na osnovu toga što je tvoj novac pozajmljen. Dužnik se mom zahtjevu može suprotstaviti prigovorom prevare (*exceptio doli mali*)

²⁵ D. 45.3.15. *Florentinus libro octavo institutionum Sive mihi sive sibi sive conservo suo sive inpersonaliter dari servus (servi) meus stipuletur, mihi adquiret.*

²⁶ U Julijanovim fragmenti spominju se dva vlasnika, što je dovelo do konstrukcije *servus communis quasi duo servo sunt*, mada je jasno da može postojati više gospodara.

²⁷ Nepostojanje posebnih pravnih sredstava u ovoj situaciji govori o institucionalnopravnoj neizgrađenosti odnosa i podvođenju ovog instituta pod opšte situacije ugovornih odnosa.

zuje gospodara. U ovom slučaju dominantnije je shvatanje roba kao stvari u svoji- ni gospodara, nego kao zastupnika u pravnim poslovima. Julijan više naglašava sticanje preko zajedničkog roba automatizmom stvarnog prava, na osnovu *ius ad- crescendi* nego što pridaje pažnju ispunjenju subjektivnih pretpostavki za sticanje na strani zajedničkog roba.

Problem koji se javlja u ovoj situaciji jeste da li zajednički rob može da stiče ako je gospodar *insciens*, ne zna za obavezivanje koje rob vrši u njegovo ime, ili nema volju da preuzima obavezu (*voluntas*). Da bi rob mogao uspješno da prenese volju gospodara do trećeg lica, mora i sam da ima određeni vid volje i svijesti. Rob jeste stvar ali „misleća stvar” kao što kaže Votson²⁸ i njegova poslovna sposob- nost derivira iz poslovnih sposobnosti njegovih gospodara. Zajednički rob kao što se vidi iz izvora, ponekad djeluje kao samostalan entitet a ne kao lice koje savje- sno i vjerodostojno očituje volju svojih gospodara. Uloga zajedničkog roba u ostva- rivanju pravnog odnosa je presudna jer on transponuje volju njegovih gospodara i uvodi je u pravni odnos. Bez njegovog objelodanjivanja volje, pri čemu je anga- žovao svoje kognitivne i intelektualne kapacitete, ne bi bilo pravnog odnosa a ni obaveze. Tako da se zajednički rob ne može smatrati *pro parte nullius*. Ako go- spodar ne zna ili ne odobrava pravni posao koji preduzima zajednički rob, onda ni taj posao ne bi mogao da proizvodi pravno dejstvo. Julijan ne odriče važenje pravnom poslu koji je preduzet mimo volje gospodara kao što ne čini ni Gaj, jer po teoriji očitovanja, zajednički rob je ustanovio pravno valjanu obavezu. Tom činjenicom se stiče još jedan argument u korist poslovne sposobnosti roba. Ukoli- ko zajednički rob zaključi pravni posao protiv ili mimo volje gospodara, pravni posao mora biti nevaljan *ab initio* što bi inače bilo jedino rješenje po civilnom pravu, ali to nije slučaj kod sticanja posredstvom roba. Pravni posao proizvodi dej- stvo a interesi oštećenog gospodara i savjesne treće strane će se štititi posebnim tužbama.

D.14.3.13.2. Ulpianus libro 28 ad edictum *Si duo pluresve tabernam exerceant et servum, quem ex disparibus partibus habebant, institorem praeaposuerint, utrum pro dominicis partibus teneantur an pro aequalibus an pro portione mercis an vero in solidum, Iulianus quaerit. Et verius esse ait exemplo exercitorum et de peculio actionis in solidum unumquemque conveniri posse, et quidquid is prae- stiterit qui conventus est, societatis iudicio vel communi dividundo consequetur, quam sententiam et supra probavimus.*²⁹

²⁸ Alan Watson, op. cit., 1355.

²⁹ Kada dve ili više osoba vode trgovinu i postave kao institora zajedničkog roba čiji su vlasnici u nejednakim iznosima, Julijan se pita da li odgovaraju prema visini suvlasničkih udjela ili jednako ili prema visina udjela u ortakluku ili solidarno. Ispravnije bi bilo prema ugledu na eksercitornu i pekulijarnu tužbu, da odgovaraju solidarno, a onaj koji je izvršio cijelu obavezu može putem ortačke tužbe (*actio pro socio*) ili suvlasničke tužbe (*actio communi dividundo*) na- miriti se. Tako smo i prethodno utvrdili.

Citirano Julijanovo mišljenje iz ovog fragmenta je izuzetno značajno jer daje novo rješenje o regulisanju odgovornosti suvlasnika. Kompleksna pravna situacija u kojoj zajednički rob nastupa kao institor prema trećim licima, zahtjeva odstupanje od opšteg pravila o sticanju preko zajedničkog roba, ustanovljenog u Gajevim Institucijama. Ulpijan se poziva na Julijanove prijedloge o odgovornosti suvlasnika, koji uvažavaju njihov suvlasnički odnos, njihovo organizovanje u ortakluk i naposljetku, njihovu adjekticijsku odgovornost. Pošto je specifična situacija u pitanju, da zajednički rob posluje za gospodare pod prepozicijom, onda i pravila adjekticijske odgovornosti derogiraju opšta pravila obavezivanja preko zajedničkog roba. Ulpijan se odlučuje za solidarnu odgovornost kao najbolje rješenje (*verius esse ait*) ove složene situacije, ali zadržava osnovna pravna sredstva za zaštitu interesa suvlasnika (*societatis iudicio vel communi dividundo*). Da li je Julijanovo rješenje o solidarnoj i neograničenoj odgovornosti gospodara bilo apsolutni novitet u rješavanju pitanja njihove odgovornosti ili su pravila solidarne odgovornosti postojala u ranijem periodu? Ulpijan se ne poziva ni na jednog ranijeg pravnika koji je dao mišljenje o tom pitanju tako da tek od Julijana solidarna odgovornost gospodara postaje pravilo kod djelovanja zajedničkog roba.

U slučaju udruženog kapitala više preduzetnika *negotatio plurimum*, često zajednički rob posluje pod prepozicijom kao kapetan broda ili poslovođa trgovine i tada se postavlja pitanje njegove poslovne sposobnosti. Odnosno, prepozicija daje granice u kojima zajednički rob preduzima obaveze ali on samostalno odlučuje o preduzimanju konkretnih obaveza, naročito u situacijama *negotiationes transmarinae*. Gospodar posla daje prethodnu saglasnost kroz prepoziciju na djelovanje zajedničkog roba i sam snosi tzv. „poslovni rizik”. Adjekticijske tužbe predstavljaju viši stepen poslovanja preko lica u vlasti, tako da je često predmet poslovanja kupoprodaja, posudba, zakup, ugovor o djelu, što predstavlja dvostrano obavezujuće poslove, tako da rob sada svojim gospodarima ne pribavlja samo pravo već i obaveze. Obavezivanje gospodara preko zajedničkog roba jasno anulira primjenu osnovnog pravila civilnog prava o zabrani pogoršanja položaja gospodara kroz aktivnost robova³⁰. Ovdje je djelatnost zajedničkog roba na višem stepenu samostalnosti nego što je to slučaj kod djelovanja u interesu gospodara na osnovu naloga ili pukim imenovanjem.

D.10.3.24.2 *Julianus libro octavo digestorum Cum agere tecum communi dividundo vellem, partem tuam Titio tradidisti mutandi iudicii causa: teneris mihi praetoria actione, quod fecisses, ne tecum communi dividundo ageretur.*³¹

³⁰ D.50.17.133. *Gaius, libro nono ad edictum provinciale Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest.*

³¹ Ako protiv tebe pokrenem tužbu communi dividundo, a ti svoj dio preneseš Ticiju, promijeniće se osnovna tužbe, imaću pravo na pretorsku zaštitu, jer protiv tebe neću moći upotrijebiti (tužbu) communi dividundo.

Julijan rješava konfliktnu situaciju u kojoj jedan od suvlasnika nesavjesno postupa da bi izbjegao primjenu tužbe *communi dividundo*. On predviđa neimenovanu pretorsku zaštitu interesa iznevjerenog suvlasnika, vjerovatno neku *actio in factum* protiv trećih lica (Ticija) koja dođu do imovine koja pripada suvlasniku. Intrigantno je zašto Julijan ne predlaže upotrebu kondikcije u ovom slučaju jer je očigledno u pitanju dio prihoda koji je ostvario zajednički rob a koji pripada u imovinsku sferu samo jednog suvlasnika. Vjerovatno Julijan smatra da je u pitanju svojina u nastajanju, odnosno da suvlasnik ne bi imao legitimitet da traži od trećih lica nešto što nije još uvijek njegovo. Sticanje preko zajedničkog roba po Julijanu ima stvarnopravni učinak za oba gospodara bez obzira na pravni osnov koji obezbjeđuje sticanje samo jednom licu. Diobena tužba *communi dividundo* ne može se adekvatno upotrebiti protiv trećih lica jer ona djeluje samo *inter partes* (suvlasnika) iako služi za zaštitu stvarnog prava.

4. ZAKLJUČAK

U najstarijem periodu zajednički rob djeluje samo kao sredstvo preko koga njegovi suvlasnici stižu imovinu. Pravno uporište za direktno proizvođenje pravnih efekata u imovinskoj sferi gospodara se nalazi u civilnom pravu, pravilu o imovinskoj nesamostalnosti robova i lica pod vlašću i suvlasničkom odnosu kao osnovi regulisanja internih odnosa suvlasnika. Pretorska nadgradnja ovog instituta se vrši kroz pružanje dodatne zaštite u slučaju udruživanja u ortakluk ili djelovanja zajedničkog roba u položaju zapovjednika broda ili poslovođe trgovine. Gajeva formulacija o sticanju preko zajedničkog roba daje prednost sticanju proporcionalno vlasničkim udjelima (*pro dominica partibus*). Prioritet u sticanju može imati samo ono lice koje je dalo nalog (*iussum*) za sticanje ili koje je pomenuto (*nominatim*) u stipulacionom dijalogu ili mancipacionom ritualu, čime ga je zajednički rob isključivo obavezao. Interni odnos između suvlasnika, radi eventualne naknade do visine odgovarajućeg dijela, reguliše se diobenom tužbom *communi dividundo*. Gajev savremenik, Julijan daje veći značaj identitetu gospodara i njihovoj individualnoj volji u sticanju. Institut zajedničkog roba doživljava svoj puni razvoj u Julijanovo vrijeme koji priznaje solidarnu odgovornost gospodara za pravne poslove preduzete preko zajedničkog roba. Uvođenje mehanizma solidarne odgovornosti, kredibilitet zajedničkog roba raste u očima trećih lica čime on postaje vrlo bitna figura rimskog privrednog sistema u klasičnom periodu.

Mirjana B. Bogunović, Assistant
University of Banja Luka
Faculty of Law Banja Luka
mirjanabogunovic86@gmail.com

Acquisition through Common Slave (servus communis)

Abstract: *Common slave (servus communis) is a slave who belongs to two masters. Both masters may entirely dispose with the slave because their joint ownership allows it. However, acquisitions through common slave (servus communis) is not that clear. Does a slave evenly oblige co-masters or only the master on whose behalf he has acted? Is it possible for a slave to work in the interest of one master and oblige another? Who does the unconscientious slave correspond to, the third party or a betrayed master? This paper will analyze the opinions of two Roman iurists, which will partly solve doubts that this institute causes.*

Keywords: *Condominium. Servus communis. Societas. Nominatio. Ex re unius ex domini.*

Datum prijema rada: 12.07.2016.

*Dr. Máté Julesz, wissenschaftlicher Mitarbeiter
Universität zu Szeged
Fakultät für Medizin
Institut für Rechtsmedizin
mate.julesz@freemail.hu*

DAS UNGARISCHE UMWELTPRIVATRECHT UNTER DEM EINFLUSS DES *JUS PUBLICUM*

Zusammenfassung: *Die Beziehung zwischen Umweltpublikrecht und Umweltprivatrecht ist mehr und mehr wichtig. Nicht nur hat das Umweltstrafrecht Effekt auf das Umweltprivatrecht, aber, in der neuen juristischen, politischen und ökonomischen Epoche nach 1989, auch im Umweltverwaltungsrecht sind privatrechtliche Elemente zu befinden. Die Reziprozität zwischen Umweltprivatrecht und Umweltverwaltungsrecht ist eindeutig. Einige privatrechtlichen Institutionen – wie, z.B., der zivilgerichtliche Unterlassungsbefehl und die Kautio – kommen in umweltverwaltungsrechtlichen Verträgen vor. Der Effekt von verwaltungsrechtlichen Entschlüssen hat rechtliche Konsequenzen für, z.B., Nachbarn: in einigen Fällen kann der störende Nachbar vor Verwaltungsbehörde gebracht werden.*

Die objektive Haftung im Umweltprivatrecht ist durch das Gericht und durch die Gesellschaft anerkannt. Das Niveau von Objektivität kann aber in anderen Staaten verschieden sein. In der Praxis des ungarischen Umweltprivatrechts ist, 3 Jahre nach, die objektive Haftung durch eine subjektive Haftung subrogiert. Dies macht die Exkulpation leichter.

Die res ipsa loquitur-Haftung im Weltraumrecht ist keine absolute Haftung, aber diese Haftung etabliert eine praesumptio juris, die sagt, dass der Staat, der das Weltraumobjekt (z.B. einen Satelliten) in den Weltraum geschickt hat, ist für den durch dieses Objekt verursachten Schaden verantwortlich ist. Die Vermutung ist – nicht leicht – widerleglich.

In der ungarischen gerichtlichen Rechtspraxis ist die objektive umweltrechtliche Haftung seit der Novella von 1977 des Bürgerlichen Gesetzbuches anwesend. Diese Novella integrierte das Umweltprivatrecht in das Umweltrecht. Diese Novella des Bürgerlichen Gesetzbuches war durch das Umweltschutzgesetz von 1976 vorausgegangen.

Die Wichtigkeit der Ökonomie im Umweltprivatrecht ist durch die ungarische Rechtswissenschaft neu akzeptiert. Die Rolle des Coase-Theorems ist zweifellos.

Das Umweltprivatrecht ist ein relativ neues Phänomen in der ungarischen Rechtswissenschaft. Trotzdem ist die Entschädigung für nachbarrechtliche Störungen in der ungarischen gerichtlichen Rechtspraxis seit dem 19. Jahrhundert anwesend. Die Rechtspraxis fügte zwei Sanktionssysteme zur nachbarrechtlichen Norm im BGB: die Entschädigung und den Besitzschutz.

Stichwörter: *Umweltprivatrecht, Umweltverwaltungsrecht, Umweltstrafrecht, Weltraumrecht, die res ipsa loquitur-Haftung, objektive und subjektive Haftung, Verjährung.*

I. DAS NEUE UNGARISCHE BGB

Das neue ungarische Bürgerliche Gesetzbuch von 2013 trat am 15. März 2014 in Kraft. Es brachte einige Änderungen zur zivilrechtlichen Haftung, aber das System war damit nicht grundlegend geändert worden.

Das neue ungarische BGB ist ein Ergebnis einer mehr als zwei Jahrzehnte dauernden Vorbereitung. Die Kodifikationsfachliteratur ist reichhaltig und viele unterschiedliche Meinungen und professionelle Aspekte tauchten auf. Die Anzahl der Fachartikel und der Fachbücher stieg auf über 1000.¹

Die Rolle der Grenzwerte im Zivilrecht ist gemäß des neuen BGB nicht eindeutig festgelegt. Es ist *expressis verbis* nicht geregelt, deshalb muss der Rechtsanwender es selbst herausfinden. Diese rechtswissenschaftliche Lakune im BGB ist aber nicht gegen die *rule of law*. Die Rechtssicherheit bleibt unberührt. Die neuen Regeln ermöglichen die Entwicklung einer neuen Rechtspraxis auf diesem Gebiet.

II. RECHTLICH VERURSACHTE SCHÄDEN UND GRENZWERTE

§ 6:519 BGB besagt, dass derjenige, der einem anderen widerrechtlich Schaden zufügt verpflichtet ist, Schadenersatz zu leisten. Der § 6:518 BGB besagt, dass eine widerrechtliche Schädigung gesetzlich verboten ist.

¹ *József Szalma*: Az új magyar polgári törvénykönyvről (Über das neue ungarische BGB), *Valóság* 55 (2012) 10, 10-21; *József Szalma*: Természetjog és polgári jogi kodifikáció (Naturrecht und zivilrechtliche Kodifikation), *Magyar Jog* 50 (2003) 3, 129-139; *Máté Julesz*, Az új Ptk. környezetvédelmi szempontból (Das neue ungarische BGB vom Gesichtspunkt des Umweltschutzes), *Magyar Jog* 60 (2013) 3, 165-168; *Máté Julesz*, Az új Ptk. és a fair eljárás (Das neue ungarische BGB und das fair Verfahren), *Társadalomkutatás* 31 (2013) 2, 140-147; *Lajos Vékás*, Bíráló és jobbitó észrevételek az új Ptk. törvényjavaslatához (Kritik und positive Bemerkungen zum Entwurf des neuen BGB), *Magyar Jog* 60 (2013) 1, 1-7; *Lajos Vékás*, A polgári törvénykönyv – magyarázatokkal (Das Bürgerliche Gesetzbuch – mit Explikationen) (2013); *Lajos Vékás*, *Parerga* (2008); *Lajos Vékás*, Az új polgári törvénykönyv elméleti előkérdései (Die theoretischen Vorfragen des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches) (2001).

Die Distinktion zwischen Entschädigung von widerrechtlich verursachten Schäden (*kártérítés*) und rechtlich verursachten Schäden (*kártalanítás*) bedeutet, dass Schäden, die unter den verwaltungsrechtlichen Grenzwert fallen, rechtlich verursacht sind. Nach § 6:564 des neuen ungarischen Bürgerlichen Gesetzbuches sind alle rechtlich verursachten Schäden zu ersetzen. Somit macht der § 6:564 BGB *prima facie* scheinbar klar, dass eine Schädigung unter dem verwaltungsrechtlichen Grenzwert ersetzt werden sollte.

Diese Frage war in der ungarischen Rechtsgeschichte seit Urzeiten präsent², ob das Prinzip *de minimis praetor non curat* bedeutet, dass Schädigungen unter dem verwaltungsrechtlichen Grenzwert nicht zu ersetzen sind. Die Meinungen gehen dabei weit auseinander.³ Hinsichtlich der gerichtlichen Rechtspraxis ist dieses Problem außer dem neuen ungarischen BGB, durch die Kasuistik geregelt. Die Verwaltungsrechtlichkeit bedeutet nicht automatisch eine Zivilrechtlichkeit und *vice versa*. Schädigungen, die unter den verwaltungsrechtlichen Grenzwert fallen, können nicht zivilrechtlich sein. Dies bedeutet, dass die Rechtswidrigkeit in zivilrechtlichen Verfahren nicht von den Grenzwerten abhängt.

Ein Beispiel im Bereich des Nachbarrechts zeigt, dass die Vollversammlung eines Gemeinschaftshauses einen Grenzwert für Störung durch Schall festlegen kann. Derjenige, der diesen privatrechtlichen Grenzwert überschreitet, begeht somit eine Ordnungswidrigkeit. Das Nichtüberschreiten von verwaltungsrechtlichen Grenzwerten kann Schadenersatzforderungen (*kártérítés*) nach sich ziehen. Dieser Schadenersatz (*kártérítés*) also bleibt eine Frage von zivilrechtlicher Rechtswidrigkeit.

III. DE MINIMIS PRAETOR NON CURAT?

Der Richter am obersten Gerichtshof (OGH) *Ödön Zoltán* äußerte 1979, dass das Nichtüberschreiten der verwaltungsrechtlichen Grenzwerten niemanden zur privatrechtlichen Schädigung berechtigt. Die Einhaltung von verwaltungsrechtlichen Grenzwerten macht es unmöglich, den Schadensverursacher zu einer verwaltungs-

² *Barnabás Lenkovics*, A környezetszennyezés polgári szankciói (Die zivilrechtlichen Sanktionen der Umweltverschmutzung), in: *Felelősség és szankció a jogban* (Haftung und Sanktion im Recht), hrsg. von *László Asztalos* (1980) 324; *Gyula Bándi*, Környezetjog (Umweltrecht) (2004) 189; *Tibor Bakács*, Magyar környezetjog (Ungarisches Umweltrecht) (1992) 86; *Gyula Eörsi*, Comparative civil law: law types, law groups, the roads of legal development (1979).

³ *Máté Julesz*, A közigazgatási határérték szerepe a környezetvédelmi magánjogi kártérítésben (Die Rolle des verwaltungsrechtlichen Grenzwertes im umweltprivatrechtlichen Schadenersatz), *Magyar Közigazgatás* 53 (2003) 11, 703-704; *Máté Julesz*, Amicus curiae írás a határértékek környezetvédelmi magánjogi érvényesüléséről a biztosítási jog kapcsán (Ein Amicus Curiae Brief über die umweltprivatrechtliche Wirkung der Grenzwerte auf dem Gebiet vom Versicherungsrecht), *Biztosítási Szemle* 53 (2007) 2, 27-33.

rechtlichen Geldbuße zu verurteilen.⁴ Der Richter am OGH *Ferenc Petrik* meinte 2002, dass eine Schädigung, die den verwaltungsrechtlichen Grenzwert nicht überschreitet, auch zu Schadenersatzleistungen führt.⁵

Wir sahen im Dargelegten, dass neben den verwaltungsrechtlichen Grenzwerten auch privatrechtliche Grenzwerte existieren. Was die verwaltungsrechtlichen Grenzwerte betrifft, ist die juristische Lage dieselbe, die unter dem früheren BGB festgelegt worden war. Was die durch die Vollversammlung eines Gemeinschaftshauses bestimmten Grenzwerte anbetrifft, beeinflussen diese den zivilrechtlichen Schadenersatz ebenfalls nicht. Im Falle einer Störung durch Schall in einem Gemeinschaftshaus findet ein Schadenersatz nicht automatisch statt.

Natürlich können die Beweise zu einem minimalen Schadenersatz führen. Es hängt von der Absicht des Geschädigten ab, ob er den Fall *sub judice* vorbringt. Wenn der Geschädigte nur einen minimalen Schaden vor Gericht nachweisen kann, kann der Richter von einer mutwilligen Klage ausgehen und die Klage abweisen.

Die ungarische Rechtspraxis macht klar, dass eine Aktivität, die die Grenzwerte nicht überschreitet, als nachbarrechtliche Störung aufgefasst werden kann. Auf dem Gebiet des Umweltprivatrechts gewinnt dieser Aspekt eine spezielle juristische Nuance. Wenn der Nachbar keine verwaltungsrechtlichen Grenzwerte überschreitet, aber andere Nachbarn stört, können diese Besitzschutz beantragen. Wenn der gestörte Nachbar Schäden erlitt, kann dieser auch Schadenersatz einfordern. In Ungarn kann Besitzschutz binnen eines Jahres vor der örtlichen Selbstverwaltungsbehörde beantragt werden (§ 5:8 BGB Abs. 1). Später ist es dann nur mit einem Gerichtsverfahren möglich. Gemäß § 5:8 BGB Abs. 2 kann die örtliche Selbstverwaltungsbehörde auch die Höhe des Schadenersatzes festlegen. Wenn eine der Parteien sich an das Gericht wendet, kann die Vollstreckung des Schadenersatzes suspendiert werden.⁶

Professor *Tibor Bakács* schrieb, dass die Gefährdungshaftung entkräftet wird, wenn diese Haftung nur über die verwaltungsrechtlichen Grenzwerte ersucht werden sollte.⁷ Diese Äußerung von *Tibor Bakács* ist immer noch gültig. Die juristische Funktion der Gefährdungshaftung würde zielloos werden, wenn, z.B.,

⁴ *Ödön Zoltán*, Felelősség a környezetet veszélyeztető tevékenységgel okozott kárért (Haftung für den durch umweltgefährdende Aktivität verursachten Schaden), *Magyar Jog* 26 (1979) 5, 419.

⁵ *Ferenc Petrik*, Kártérítési jog (Schadenersatzrecht), (2002) 72.

⁶ *Máté Julesz*, Az új Ptk. környezetvédelmi szempontból (Das neue BGB hinsichtlich des Umweltschutzes), *Magyar Jog* 60 (2013) 3, 165-168; *Máté Julesz*, Környezetvédelmi magánjog (Umweltprivatrecht), *Magyar Jog* 30 (2012) 4, 358-369; *Máté Julesz*, Umweltrecht im neuen ungarischen BGB, *Wirtschaft und Recht in Osteuropa* 24 (2015) 6, 176-179.

⁷ *Tibor Bakács*, *Magyar környezetjog* (Ungarisches Umweltrecht) (1992) 86. Vgl. *József Szalma*: Szerződésen kívüli (deliktális) felelősség – az európai és a magyar magánjogban (Extra-kontraktuelle [deliktuelle] Haftung – im europäischen und im ungarischen Privatrecht) (2008); *József Szalma*: A polgári jogi felelősség alapelvei (Die Grundprinzipien der zivilrechtlichen Haftung) (2008).

Schäden, die aus dem Führen von Kfz. stammen, nicht ersetzt würden, weil der Fahrzeugführer die vorgeschriebene Geschwindigkeit nicht überschritt. Die verwaltungsrechtlichen Grenzwerte beeinflussen dennoch die Rechtspraxis. Die Grenzwerte ermöglichen dem Richter die Höhe des Schadenersatzes einzuschätzen. Die Höhe des Schadenersatzes hängt oft von der Argumentation des Rechtsanwaltes ab. Die Verteidiger argumentieren mit der Unerheblichkeit des Schadens. Obwohl das Prinzip *de minimis praetor non curat* nicht zu verwenden ist, beachtet das Zivilgericht die Grenzwerte.

In der grundsätzlichen Gerichtsentscheidung No. 517/2001 konstatierte das Gericht, dass derjenige, der schon für die unnötige nachbarrechtliche Störung einen Schadenersatz bekam, die Beendigung der nachbarrechtlichen Störung nicht im Weiteren ersuchen kann. Dies ist im ungarischen Recht eine *common law* Regel: der Störer kann das Recht zu stören einfach erkaufen. Im ehemaligen ungarischen Recht war diese Regel nicht zu finden. Es ist ein neuer westliche Import in die ungarische Rechtsprechung. Vor der politischen Wende von 1989 akzeptierte das ungarische Gericht keine derartige Argumentation. Professor *Herbert Küpper* schrieb 2015: „Während des BGB 1959 – ähnlich wie das deutsche Recht – im Grundsatz von der Naturalrestitution ausging und den Geldersatz nur 'hilfsweise' zuließ, stellt sich das BGB 2013 den Realitäten und erhebt in § 6:527 den Ersatz des Schadens in Geld zum Grundsatz.“⁸ Diese Lösung verstärkt die sich zur Rechtsregel entwickelte Rechtspraxis, dass die erworbenen Rechte durch das Gericht geschützt werden sollen. Mit Zeit kann man Rechte erwerben, und die andere (verletzte) Partei kann nur Schadenersatz bekommen. Dies bedeutet, dass die verletzte Partei Geld erhält, aber das Recht einbüsst.

Diese Regel ist auf dem Gebiet des Nachbarrechts immerhin bedeutungsvoll. Vor ungarischen Gerichten ist es die Praxis, dass ein Nachbar keinen Besitzschutz oder Schadenersatz einfordern kann, wenn der störende Nachbar seine störende Aktivität (z.B. Schweinzucht, Tabernenleitung etc.) vor dem Einzug des neuen Nachbarn begonnen hat. Allgemein ist die richterliche Explikation, dass sich der neue Nachbar vor dem Kauf seiner Wohnung oder seines Hauses in der Umgebung umschauen sollte. Die Überschreitung der Lärmgrenzwerte ist öffentlich-rechtlich zu sanktionieren, aber diese Sanktion begründet keine zivilrechtliche Sanktion. In einem solchen Fall kann der Nachbar sich an die Verwaltungsbehörde wenden. Die Verwaltungsbehörde examiniert den Fall aus dem objektiven Aspekt der Grenzwertüberschreitung. Wenn die Verwaltungsbehörde mit dem störenden Nachbarn über die Beendigung der grenzüberschreitenden lärmenden Aktivität einen öffentlich-rechtlichen Vertrag schließt, muss der Nachbar lange Zeit warten. Wenn keine öffentlich-rechtliche Regelverletzung erfolgte, kann der unvorsichtige neue Nachbar somit alle Chancen für ein geruhames Leben verlieren.

⁸ *Herbert Küpper*, Ungarns neues BGB – Teil 9: Gesetzliche Schuldverhältnisse, Wertpapiere, Zivilprozess, Wirtschaft und Recht in Osteuropa 24 (2015) 2, 47.

Die objektive Verwaltungshaftung kann allerdings keine Verschuldenshaftung substituieren. Die objektive Verantwortung beschützt nicht den Nachbarn, sondern die Staatsordnung. Der mögliche nachbarrechtliche Effekt ist nur eine Drittwirkung. Der verwaltungsrechtliche Tatbestand kann nicht auf dem Gebiet des Zivilrechts hervorgerufen werden. Das Gericht soll einen zivilrechtlichen Tatbestand feststellen. Die in den verwaltungsrechtlichen Tatbestand aufgenommenen Fakten sind wegen der unähnlichen Regeln des Zivilrechts meistens nicht verwendbar. Andere Rechtsregeln benötigen andere faktische Begründung. Ein unterschiedlicher Tatbestand kann zu einem abweichenden Endergebnis führen.

IV. ÄNDERUNGEN DER RECHTLICHEN SINNESART

Die ungarische Rechtsentwicklung führte den menschenrechtlichen Begriff *rule of law* in die Rechtspraxis ein. *Rule of law* ist schon mit der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (1948) in das ungarische Rechtssystem eingebracht worden, aber sie war für Jahrzehnte nur ein rechtstheoretischer Begriff. Die Annäherung Ungarns an das westeuropäische Rechtssystem führte zur Verwirklichung dieses Begriffs. Die Verwirklichung geschah auf zwei Ebenen:

- auf der politischen Ebene und
- auf der Ebene der Rechtsprechung.

Die politischen Änderungen begannen in den 1980er Jahren und führten Ungarn 1989 in die soziale Marktwirtschaft, und 2011 in die freie Marktwirtschaft. Die Rechtsprechung entwickelte sich parallel: die Übernahme der Rechtsinstitute der Europäischen Union veränderte – nicht nur – das ungarische Privatrecht. Die Rechtsprechung übte eine deutliche Wirkung auf die Gesetzgebung aus, die im Text des neuen ungarischen BGB auch spürbar ist.

Der Systemwechsel von 1989 geschah mit einer 'amtlichen Revolution', aber der Wechsel des Rechtssystems in Ungarn erfolgte nur schrittweise. Die Evolution des Rechtssystems hatte schon in den 1980er Jahren begonnen, unter dem vorherigen politischen Regime, und setzte sich während der Verhandlungen über den EU-Beitritt fort. Jetzt ist das ungarische Rechtssystem auf dem Niveau der anderen EU-Mitgliedstaaten. Die Evolution ist dennoch nicht beendet. Beispiele sind vom Westen übernommen worden und auch die nationale Rechtspraxis gibt der Rechtsentwicklung neue Richtungen.

Die lokale und die nationale Rechtsentwicklung beeinflussen sich gegenseitig. Die Rolle der Grenzwerte im Umweltprivatrecht beweist den Effekt des lokalen Gewohnheitsrechts auf die nationale Rechtswissenschaft und Gesetzgebung.

Ulrike Wolf schrieb 1995: „Die vermittelnde Meinung hält sich mit der Rechtsprechung an die Trennung von privatem und öffentlich-rechtlichem Immissionschutz. Dies folgert sie daraus, dass sich die Zwecke beider Rechtsgebiete

wesentlich unterscheiden. Ziel der öffentlich-rechtlich festgelegten Grenzwerte sind der Schutz und die Verbesserung der Umwelt im Interesse der Allgemeinheit. Sie betreffen in erster Linie das Verhältnis zwischen Staat und Bürger. Um hieraus private Rechte abzuleiten, bedürften diese Vorschriften der Transformation in privatrechtliche Nachbarnschutzvorschriften.”⁹ Diese Perzeption des Verhältnisses zwischen Grenzwerte und Zivilrecht hat sich schon verändert. Die Relation zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Rechtsnormen ist allgemein anerkannt.

V. ABERGLAUBE ODER JURISTISCHE REALITÄT?

In vielen Rechtsfällen haben nationale Gerichte der EU-Mitgliedstaaten über Schadenersatz für die negativen Effekte von Sendefunkanlagen geurteilt. Zu Beginn haben die Gerichte die Klagen verweigert, weil es nur eine Aberglaube zu sein schien, dass Sendefunkanlagen Schaden verursachen können. Später begannen die Gerichte einen Schadenersatz anzuerkennen, aber nicht aufgrund der Schädlichkeit dieser Sendefunkanlagen, sondern aufgrund des Preisrückgangs der naheliegenden Häuser auf dem Immobilienmarkt. Es ist jetzt eine wohl funktionierende Rechtspraxis, Schadenersatz in solchen Fällen einzufordern. Die Rechtsprechung hat den gordischen Knoten durchgeschlagen mit der Verwendung des Schadenersatzes ohne abergläubische Argumente zwecks Rechtfertigung zu argumentieren.

Frank Kühn-Gerhard schrieb 2013: „Gegenüber den thermischen Effekten sind die Wirkungen im athermischen Intensitätsbereich elektromagnetischer Felder des Hochfrequenzbereichs wenig erforscht, so dass hier noch zahlreiche wissenschaftliche Fragen offen sind. Lange ging die Wissenschaft davon aus, dass Hochfrequenzstrahlung, von der keine thermischen Effekte ausgehen, insofern unproblematisch sei, als hier die Energie zu gering ist um biologisch wirksame Effekte auszulösen, die beispielsweise über Mutationen der Erbsubstanz kancerogen wirken.”¹⁰

Die magische Sinnesart ist fern von der juristischen Sinnesart. Die Rechtsprechung kann nur sinnvolle Explikationen annehmen. Solange die Rechtsanwälte sich auf tatsächlich nicht beweisbare Behauptungen bezogen, konnten die Richter keinen Schadenersatz beurteilen. Als die Rechtsanwälte sich auf beweisbare Tatsachen zu beziehen begannen, öffnete sich die Tür für den Schadenersatz. Seitdem haben viele Hauseigentümer Abfindungen bekommen. Diese Abfindungen verkörpern einen 'gerichtlichen Tarif' für derartige Störungen. Der 'Tarif' ist von

⁹ *Ulrike Wolf*, Deliktsstatut und internationales Umweltrecht (1995) 90.

¹⁰ *Frank Kühn-Gerhard*, Eine ökonomische Betrachtung des zivilrechtlichen Haftungsproblems 'Entwicklungsrisiko' (2000) 9.

den verwaltungsrechtlichen Grenzwerten unabhängig. Dies hängt nur allein vom zivilrechtlichen Wert der Liegenschaft ab. Aberglaube ist also aus der Rechtsprechung einfach exkludiert.

VI. PRIVATRECHT – ÖFFENTLICHES RECHT

§ 241 Abs. 4 des ungarischen Strafgesetzbuches (StGB) besagt, dass die durch Verschmutzung begangene 'Umweltschädigung' strafrechtlich nur allein relevant ist, wenn die Verschmutzung den verwaltungsrechtlichen Emissionsgrenzwert überschreitet. Gemäß § 241 Abs. 1 StGB kann die 'Umweltschädigung' 'anders' als durch Verschmutzung begangen werden, aber, wenn eine Verschmutzung in Frage kommt, gewinnen die öffentlich-rechtlichen Grenzwerte an Relevanz.

Die strafrechtliche und die privatrechtliche Bedeutung der Grenzwerte unterscheiden sich voneinander nicht nur auf dem Gebiet des Umweltrechts, sondern das Umweltrecht gibt dabei ein ziemlich klares Beispiel. Dabei stellt sich die Frage: Warum sind die Grenzwerte anhand des Strafgesetzbuches wichtig und warum ist nichts über die Grenzwerte im BGB zu finden?

Ein Rechtstheoretiker würde antworten, dass das Strafrecht – wie die verwaltungsrechtlichen Grenzwerte – Teil des öffentlichen Rechts sind. Das BGB hat mit verwaltungsrechtlichen Rechtsinstituten nichts zu tun, weil das BGB privatrechtliche Beziehungen regelt. Diese Antwort ist dennoch unbefriedigend. Das Strafgesetzbuch sagt nicht, dass die 'Umweltschädigung' nur allein durch Grenzwertenüberschreitung verwirklicht werden kann. 'Anders begangen' bedeutet eine Straftat somit, dass die 'Umweltschädigung' ohne eine Verletzung des Verwaltungsrechts erfolgt.

Wenn das Strafgericht eine umweltgefährdende oder umweltschädigende Tat zur Straftat erklärt, ist immer das Zivilgericht damit verbunden. So muss das Zivilgericht die Tat wie begangen in Betracht ziehen. Dies bedeutet aber nicht direkt, dass ein Schadenersatz stattfinden kann. Wenn, z.B., die 'Umweltschädigung' genannte Straftat nur durch Umweltgefährdung begangen mangels Schadenseintritt erfolgte, kann das Zivilgericht keinen Schadenersatz einfordern.

Gemäß § 241 StGB hat die 'Umweltschädigung' kein passives Subjekt, deshalb kann keine Nebenklage (§ 53 StPO) stattfinden, falls der Staatsanwalt oder die Polizei die Anzeige wegen 'Umweltschädigung' abgewiesen hat. Trotzdem leitet die Überschreitung der umweltrechtlichen Grenzwerte – die keine Straftat darstellt – zur verwaltungsrechtlichen Verantwortung. So bleibt der *ultima-ratio*-Charakter des Strafrechts unberührt.

Weil keine Nebenklage im Falle von 'Umweltschädigung' stattfinden kann, verliert die geschädigte Partei die Möglichkeit um Schadenersatz im Strafprozess nachzusuchen. Die beschädigte Partei kann Schadenersatz in einem Zivilprozess

einfordern. Dabei taucht die Frage auf, ob der Mangel einer strafrechtlichen Umweltgefährdung oder Umweltschädigung die Verwirklichung der zivilrechtlichen Gefährdungshaftung nicht verhindert.

Aus anderer Perspektive gesehen, kann die Verweigerung des Strafprozesses dem Zivilgericht die Freiheit geben, die Situation als 'umweltgefährdend' zu beurteilen. Ohne die Chance auf ein bestandskräftiges Strafurteil ist das Zivilgericht nicht mit einem vorherigen Strafurteil verbunden.

Wenn es um eine nicht umweltgefährdende Schädigung geht – und es keinen anderen Grund für Gefährdungshaftung gibt –, kann nur allein eine Verschuldenshaftung konstatiert werden. Diese Drittwirkung des Umweltstrafrechts auf das Umweltprivatrecht kann in vielen Fällen entscheidend sein, weil sich eine Exkulpationsmöglichkeit aus der Verschuldenshaftung viel leichter, als aus der Gefährdungshaftung ergibt.

Derjenige, der sich wie allgemein erwartet verhielt, kann sich aus der Verschuldenshaftung einfach exkulpieren (§ 6:519 BGB). Derjenige, der gemäß den Regeln der Gefährdungshaftung verantwortlich ist, muss zwecks Exkulpation beweisen, dass der Schaden aus einem außer seiner gefährlichen Aktivität stehenden und unabwendbaren Grund verursacht wurde (§ 6:535 BGB). Der Unterschied ist spürbar und berührt die Vermögenverhältnisse.

VII. OBJEKTIVE, SUBJEKTIVE HAFTUNG

Die Relation zwischen dem Strafrecht und dem Zivilrecht ist wahrnehmbar und ganz klar. Diese Relation hängt auch vom Charakter der Haftung ab.

Weil die objektive Haftung dem ungarischen Strafrecht unbekannt ist, ist im Zivilrecht der Unterschied zwischen Gefährdungshaftung und Verschuldenshaftung relevant. Das ungarische Haftungssystem anerkennt die absolute Haftung im Allgemeinen nicht, weil in einem solchen Fall die Exkulpation total unmöglich wäre. Rechtssoziologisch wäre es ungerecht. Das ungarische Strafrecht erfordert eine Subjektivität, aber im ungarischen Zivilrecht ist in einigen Fällen keine Subjektivität postuliert. Die Gefährdungshaftung ist im ungarischen Strafrecht nicht verankert, trotzdem finden wir im Rechtssystem der Vereinigten Staaten (USA) Beispiel für strafrechtliche Objektivität. Das Gesetz *Refuse Act* erfordert keine *mens rea* von Seiten des Betreibers, wenn der Abfall aus dem Schiff in den Fluss geriet. Eine solche Haftung ist nicht im ungarischen Strafrecht zu befinden.

Die Relation zwischen der strafrechtlichen Subjektivität und der zivilrechtlichen Subjektivität ruft juristische und rechtssoziologische Beziehungen auf. Im ungarischen Rechtssystem verstehen wir unter der strafrechtlichen Subjektivität, dass der Täter sich nicht wie von ihm erwartet verhielt. Die Differenz zwischen strafrechtlicher Subjektivität und zivilrechtlicher Subjektivität besteht darin, dass

der zivilrechtliche Schadensverursacher sich nicht gemäß der personalisierten Subjektivität, jedoch gemäß der allgemeinen Subjektivität verhalten soll. Es geht nicht um das vom konkreten Schadensverursacher erwartete Verhalten, aber um ein allgemein anerkanntes Verhalten. In der Praxis kann diese Differenz zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.

In Ungarn ist die absolute Haftung weder im Strafrecht noch im Zivilrecht verankert. Es gibt einen rechtswissenschaftlichen Anspruch auf die Annahme der absoluten Schuld ins Zivilrecht, aber die ungarische Gesellschaft ist nicht dafür bereit. Eine rechtliche Lösung, wie anhand amerikanischen Gesetzes *Refuse Act*, ist dem ungarischen Strafrecht fremd. Die rechtliche Entwicklung kann später einmal zu solchen Lösungen führen, aber nur wenn die ungarische Gesellschaft fähig ist, diese rechtssoziologische Härte zu akzeptieren. Die Objektivierung auf der Ebene des ungarischen Strafrechts würde eine strengere rechtskonforme Haltung der Gesellschaft erforderlich machen. Für die Annahme der absoluten Haftung wäre eine strengere rechtskonforme Haltung der Gesellschaft aber nicht ausreichend: die Rechtsnormen sollten durch reine gesellschaftlichen Normen substituiert werden. Gegenwärtig können reine gesellschaftlichen Normen die Rechtsnormen nicht substituieren, sondern nur ergänzen und verbessern.

Die strafrechtliche Subjektivität wird niemals zur Absolutisierung der Haftung führen, trotzdem könnte die Entwicklung der zivilrechtlichen Objektivität hauptsächlich mit Hilfe der wirtschaftlichen Funktionierung der ungarischen Gesellschaft ein nicht absolutes, aber mehr objektives Haftungssystem ergeben. Ein solches Ergebnis kann nur aus der Kooperation der Wirtschaft und der Gesellschaft entspringen. Die öffentlich-rechtlichen Regeln des Umweltrechts haben Wirkungen auf das privatrechtliche Funktionieren des Umweltrechts. Die öffentlich-rechtlichen Sanktionen beeinflussen z.B. die privatrechtliche Aktivität der Parteien. Die Höhe der verwaltungsrechtlichen Geldbußen hat einen präventiven Effekt auf das Umweltprivatrecht: die verwaltungsrechtlichen Sanktionen verstärken die rechtsachtende Haltung auch im Bereich des Privatrechts.

VIII. DIE *RES IPSA LOQUITUR*-HAFTUNG

Das Recht auf gesunde Umwelt ist unter dem Abs 1 Art XXI des ungarischen Grundgesetzes konstitutioniert.¹¹ Dieses Recht ist vom absoluten Charakter unter

¹¹ Vgl. *József Szalma*: Magyarország Alaptörvényéről (Über das Grundgesetz von Ungarn), *Magyar Jog* 58 (2011) 11, 641-650. Vgl. *Gergely Horváth*: The renewed constitutional level of environmental law in Hungary, *Acta Juridica Hungarica* 56 (2015) 4, 302-316; *Gergely Horváth*: Az élet természeti alapjainak védelmi rendszerei (Die Schutzsysteme der natürlichen Gründe des Lebens), *Társadalomkutatás* 31 (2013) 4, 386-402; *Gergely Horváth*: A „fenntartható jólét” programjának környezeti előfeltételei (Die umweltlichen Prekonditionen des Programmes vom 'nachhaltigen

dem Aspekt des Umweltpublikrechts, aber im Umweltprivatrecht kann es absolut oder relativ sein. Der absolute Charakter der Rechtsnorm zieht keine absolute Haftung nach sich.

Im Personenrecht ist das Recht auf gesunde Umwelt ein absolutes Recht des Individuums, das alle zu respektieren haben. Im Deliktsrecht ist der Verursacher eines Umweltschadens im relativen Rechtsverhältnis mit dem Geschädigten, aber das ungarische Bürgerliche Gesetzbuch bewertet es als eine Gefährdungshaftung. Das Recht auf gesunde Umwelt im konstitutionellen Recht ist im *Jus Privatum* in eine objektive Haftung übersetzt. Die Objektivität exkludiert nicht die Exkulpationsmöglichkeit, aber macht es schwerer, als es im Falle der Subjektivität wäre.

Im internationalen Weltraumrecht ist die *res ipsa loquitur*-Haftung ein weniger öffentlich-rechtliches, als privatrechtliches Rechtsinstitut. Die Exkulpation ist möglich, aber schwer: der einen Satelliten in den Weltraum schickende Staat hat zu beweisen, dass der Schaden nicht durch seinen Satelliten verursacht war. Nichtsdestoweniger gilt die *res ipsa loquitur*-Haftung über Schadenersatz zwischen Staaten.¹² Die *res ipsa loquitur*-Haftung ist im Weltraumrecht anerkannt, aber diese Haftung gilt nicht als Teil des Umweltprivatrechts. Dieser spezieller Fall der Haftung etabliert eine *praesumptio juris*, um die Verantwortlichkeit festzulegen. Was die Zulässigkeit der absoluten Haftung betrifft, ist die *res ipsa loquitur*-Haftung keine absolute Haftung. Die *res ipsa loquitur*-Haftung ist im Weltraumhaftungsübereinkommen von 1972 der Organisation der Vereinten Nationen verankert.¹³

Nur wenige Fälle tauchten auf, wenn die weltraumrechtliche *res ipsa loquitur*-Haftung zur Geltung kommt. Einer dieser Fälle war, als ein zurückkehrender Satellit namens *Kosmos 954* der Sowjetunion 1978 Schäden auf dem Gebiet Kanadas verursachte. Die Sowjetunion zahlte 3 Millionen Dollar an den kanadischen Staat als Schadenersatz für die durch den strahlenden Abfall verursachten Umweltschäden.

In den meisten Fällen dient die Objektivität zur Genüge der umweltprivatrechtlichen Rechtssicherheit. Die objektive Haftung für Umweltschäden ist in Ungarn sowohl gesellschaftlich, als auch wirtschaftlich akzeptiert, und die ungarischen Gerichte verwenden diese Haftung seit der BGB-Novelle von 1977 (in Kraft

Wohlstand”), Társadalomkutatás 32 (2014) 1, 51-62. Vgl. László Kőhalmi: A környezet büntetőjogi védelmének dilemmái (Die Dilemmas des Umweltschutzes durch Strafrecht), Társadalomkutatás 31 (2013) 3, 255-266; László Kőhalmi: A büntetőjogi alapproblémái (Die Grundprobleme des Strafrechts) (2012). Vgl. Antal Ádám: Bölcséletek, vallások, jogi alapértékek (Philosophien, Religionen, rechtliche Grundwerte) (2015); Antal Ádám: Alkotmányi értékek és alkotmánybíráskodás (Konstitutionelle Werte und Verfassungsgerichtsbarkeit) (1998).

¹² Máté Julesz, Space Waste and Environmental Space Law, Jura 16 (2010) 2, 39-45.

¹³ Máté Julesz, Környezetvédelmi ürgogi kérdések hodie et in futuro (Einige umweltrechtlichen Fragen des Weltraumrechts hodie et in futuro), Magyar Jog 58 (2011) 4, 222-229; Máté Julesz, Az emberiség jövője az űrszemét árnyékában (Die Zukunft der Menschheit im Schatten des Weltraumabfalls), Társadalomkutatás 28 (2010) 4, 407-418.

seit 1978), die das Umweltprivatrecht als Teil des Deliktsrechts bestimmte. Diese Bestimmung der BGB-Novelle von 1977 war schon im Umweltgesetz von 1976 festgelegt.

IX. DAS VERURSACHERPRINZIP

Das erste Mal erschien das Verursacherprinzip 1972 in einer Empfehlung des Rates der OECD¹⁴. Das Verursacherprinzip hatte das Ziel die staatliche Finanzierung der neuen umweltrechtlichen Regelungen zu eliminieren, um den wirtschaftlichen Wettbewerb auf internationaler Ebene zu fördern. Damals war das wichtigste Problem, dass die Staaten die nationalen Firmen mit finanziellem und steuerlichem Doping auf dem Weltmarkt förderten. Diese Ungleichheit führte zur Deformierung des Wettbewerbs durch öffentlich-rechtliche Instrumente und verursachte eine ungewünschte Drittwirkung des öffentlichen Rechts auf das Privatrecht.

Laut Abs. 2 Art. 191 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union zielt die Umweltpolitik der Union unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Gegebenheiten in den einzelnen Regionen der Union auf ein hohes Schutzniveau ab. Diese Umweltpolitik beruht auf den Grundsätzen der Vorsorge und Vorbeugung, auf dem Grundsatz, Umweltbeeinträchtigungen mit Vorrang an ihrem Ursprung zu bekämpfen, sowie auf dem Verursacherprinzip.

Der Abs. 14 der Präambel der Richtlinie 2004/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden sagt, dass die Richtlinie nicht für Personenschäden, Schäden an Privateigentum oder wirtschaftliche Verluste gilt und die Ansprüche im Zusammenhang mit diesen Schadensarten unberührt lässt. Das Verursacherprinzip (*polluter pays principle*) ist schon in der Fachliteratur gründlich betrachtet worden.

Die erwähnte Richtlinie ist ein Beispiel für die Wirkung des öffentlichen Rechts auf das Umweltprivatrecht auf der supranationalen Ebene der Europäischen Union. *Ab ovo* war die Richtlinie für ein umweltprivatrechtliches Rechtsinstrument geplant. Jetzt beeinflusst diese Richtlinie die umweltprivatrechtlichen Rechtsrelationen aus dem Aspekt des öffentlichen Rechts.

Gemäß Abs. 2 der Präambel der Richtlinie sollte die Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden durch eine verstärkte Orientierung an dem Verursacherprinzip und gemäß des Grundsatzes der nachhaltigen Entwicklung erfolgen. Grundlegendes Prinzip dieser Richtlinie sollte es deshalb sein, dass ein Betreiber,

¹⁴ *Recommendation of the Council on Guiding Principles concerning International Economic Aspects of Environmental Policies*, C(72)128.

der durch seine Tätigkeit einen Umweltschaden oder die unmittelbare Gefahr eines solchen Schadens verursacht hat, dafür finanziell verantwortlich ist; hierdurch sollen die Betreiber dazu veranlasst werden, Maßnahmen zu treffen und Praktiken zu entwickeln, mit denen die Gefahr von Umweltschäden auf ein Minimum beschränkt werden kann, damit das Risiko ihrer finanziellen Inanspruchnahme verringert wird.

Laut Abs. 18 der Präambel der Richtlinie sollte – entsprechend dem Verursacherprinzip – der Betreiber, der einen Umweltschaden bzw. die unmittelbare Gefahr eines solchen Schadens verursacht, die Kosten der erforderlichen Vermeidungs- oder Sanierungsmaßnahmen tragen. In Fällen, in denen eine zuständige Behörde selbst oder über Dritte anstelle eines Betreibers tätig wird, sollte diese Behörde sicherstellen, dass die ihr entstandenen Kosten vom Betreiber erstattet werden. Die Betreiber sollten auch letztlich die Kosten für die Beurteilung der Umweltschäden bzw. einer unmittelbaren Gefahr solcher Schäden tragen. Abs. 2 Art XXI des ungarischen Grundgesetzes besagt, dass der, der Schäden an der Umwelt verursacht, diese wie gesetzlich festgelegt zu beheben oder die Kosten der Behebung zu tragen hat. Das Verursacherprinzip ist ins neue ungarische Grundgesetz eingebracht worden. Die Staatshaftung ist subsidiär, aber die Rolle des Staates ist gemäß des Verursacherprinzips akzentuiert worden. In diesem Fall dient das Rechtsinstitut der Entschädigung dem *commodum publicum*. Das Recht auf die gesunde Umwelt ist nicht nur ein Recht des Individuums, sondern ein gesellschaftliches Recht. Die Umwelt bedeutet nicht nur die Umwelt des individuellen Bürgers, sondern ist ein kollektiver Wert.

Das Umweltprivatrecht dient nicht nur allein der Entschädigung. Nachbarrechtliche und andere Aspekte sind auch erfasst. Die öffentlich-rechtliche Wirkung auf das Umweltprivatrecht ist aus der verwaltungsrechtlichen Regelung der Privatrechtsnormen entnehmbar. Die privatrechtliche Funktionierung des Umweltrechts ist durch konstitutionelle und verwaltungsrechtliche Regeln orientiert. Diese Orientierung verwirklicht die *rule of law* auf dem Gebiet des Umweltprivatrechts. Das Verursacherprinzip hilft den Regierungen bei der Gesetzgebung über die umweltrechtliche Staatshaftung. Der Gesetzgeber muss den Staat und die Wirtschaft voneinander trennen, aber dies bedeutet nicht, dass der Staat und die wirtschaftlichen Akteure nicht auch zusammenarbeiten müssen. Das Verursacherprinzip fördert diese Zusammenarbeit und die Gesellschaft profitiert davon.

X. DIE WIRKUNG DER SCHWACHEN FORM DES COASE-THEOREMS

Die schwache Form des Coase-Theorems hat spürbare Wirkung auf das umweltrechtliche Schuldrecht. Wenn die Rechte der beteiligten Personen *ex ante*

geregelt und bekannt sind und es keine Transaktionskosten gibt, wird das Ergebnis der freien Abmachung der Parteien immer pareto-optimal.

Die umweltrechtliche Regelung hängt vom Gesetzgeber ab, der das Verursacherprinzip zu berücksichtigen hat. Auch die Transaktionskosten hängen vom Gesetzgeber ab. Dies bedeutet, dass der Staat durch die Verwirklichung des Verursacherprinzips normalerweise pareto-optimale Situationen verursachen kann. Die Berücksichtigung des Verursacherprinzips ist ein Muss für den Staat, aber es ist nicht nur ein rechtliches, sondern auch ein ökonomisches Erfordernis. Die pareto-optimale Funktionierung der ökonomischen Verhältnisse dient dem Umweltprivatrecht. Diese privatrechtlichen Verhältnisse sind ökonomisch durch öffentlich-rechtliche Regeln zugesichert.

XI. ÖKONOMISCHE UND ÖKOLOGISCHE ASPEKTE DES UMWELTPRIVATRECHTS

Der ungarische Gesetzgeber hat die ökonomische Atmosphäre gemäß der Regeln der Europäischen Union verändert. Die Änderungen der privatrechtlichen Gesetze spielten eine wichtigere Rolle auf dem Gebiet der Transformation des kommunistischen Staates, als die Änderungen der öffentlich-rechtlichen Normen. Die politische Wende von 1989 brachte die Beschleunigung der Erneuerung des bisherigen Rechtssystems mit sich.

Die Erneuerung hatte mit der Reform von 1977 des ungarischen Bürgerlichen Gesetzbuches und mit dem Gesetz von 1979 über das internationale Privatrecht angefangen. Die 1980er Jahre führten zur Geburt des Gesetzes von 1988 über Gesellschaften, das das privatrechtliche Fundament der politischen Änderungen legte. Das Umweltschutzgesetz 1976 wurde durch das Umweltschutzgesetz von 1995 ersetzt. Letzteres betrachtet die Umwelt nicht nur als einen zu beschützenden Wert, sondern auch als Gebiet von z.B. Braunfeldinvestitionen.

Die ökonomische Betrachtung des Umweltschutzes ist im europäischen supranationalen Recht verankert. Diese Betrachtung ist in ungarischen Gerichtsurteilen auch spürbar. Die gerichtliche Kasuistik hat das ökonomische Fundament des Umweltprivatrechts ausgearbeitet. Nicht nur im Falle von Braunfeldinvestitionen, aber auch z.B. im Bereich des Vertragsrechts: der Auftragnehmer hat eine Instruktion des Auftraggebers, die gegen das Umweltrecht gerichtet ist, zu verleugnen. Diese Regel gilt auch im Arbeitsrecht.

Die Generalklauseln des ungarischen Bürgerlichen Gesetzbuches und des Arbeitsgesetzbuches spiegeln eine ähnliche Auffassung des normenadequaten bürgerlichen Verhaltens wider. Treu und Glauben werden nicht nur auf der Ebene des zivilrechtlichen Vertragsrechts und Deliktsrechts, sondern werden auch auf der Ebene des Arbeitsrechts eingefordert. Das Umweltprivatrecht umfasst die

zivilrechtliche und die arbeitsrechtliche Annäherung. Derjenige, der sich nicht gemäß Treu und Glauben verhält, verletzt das rechtliche Verhältnis der vertragschließenden Parteien, und verletzt damit die umweltrechtlichen Regelungen. Diese umweltrechtlichen Regelungen sind meistens durch das *Jus Publicum* bestimmt, haben aber trotzdem eine deutliche Wirkung auf das Umweltprivatrecht. Die Vermeidung der Umweltschäden und der Umweltgefährdung ist nicht nur von rein öffentlich-rechtlichem Interesse des Staates, sondern, anhand Abs. 2, § 6:535 BGB, ist es auch im Interesse der privatrechtlich Kontraktierenden.¹⁵

XII. DER UMWELTVERWALTUNGSRECHTLICHE VERTRAG UND DAS UMWELTPRIVATRECHT

Auf dem Gebiet des kontinentalen Umweltprivatrechts ist die *Injunction* durch das Gericht häufiger verwendet als der Schadenersatz. Im Bereich des Sachenrechts als auch des Schuldrechts kann der umweltgefährdenden Person jegliche Eigenaktivität verboten werden, oder dieser Person kann eine bestimmte Aktivität zwecks Vermeidung der Umweltverschmutzung sogar vorgeschrieben werden. Das ungarische Sachenrecht ordnet diese Institution unter die Regeln des Besitzschutzes ein (5:8 § BGB), aber das ungarische Schuldrecht ordnet diese Institution dem Deliktsrecht zu (Punkt A, 6:523 § BGB). Die *Injunction* spielt im englischen Recht eine sekundäre Rolle, weil der Schadenersatz die private Autonomie der Personen weniger stört als die *Injunction*. So beurteilt das englische Gericht den Umweltgefährdenden zur *Injunction* nur allein dann, wenn ein Schadenersatz die kommutative Gerechtigkeit nicht wiederherstellen kann.¹⁶ In der ungarischen Rechtspraxis ist die Tendenz spürbar, dass ungarische Gerichte in der Zukunft diesen Weg annehmen werden.

Im ungarischen Rechtssystem ist die Institution der Kaution im Bereich vom Sachenrecht gleichart wie auch vom Schuldrecht geregelt. Von einer umweltgefährdenden Person kann die Leistung einer Kaution verlangt werden (Punkt C, 6:523 § BGB).¹⁷ Die *Injunction* wird auch von der Umweltverwaltung verwendet, und ein verwaltungsrechtlicher Vertrag kann die Leistung einer Kaution erforderlich machen. Das Umweltverwaltungsrecht und das Umweltprivatrecht nähern sich dem Umweltrecht von zwei unterschiedlichen Seiten an, trotzdem ist ihr Ziel dasselbe: nämlich die Umwelt zu schützen.

¹⁵ Máté Julesz, Ökonómia és ökológia mint koercitív tényezők (Ökonomie und Ökologie als koerzitive Faktoren), Magyar Jog 54 (2007) 11, 649-657.

¹⁶ Máté Julesz, Felelősség az emberi környezetet veszélyeztető magatartásokért (Haftung für Aktivitäten, die die Umwelt gefährden), Jura 13 (2007) 1, 90-110.

¹⁷ Máté Julesz, Fejlemények a környezetvédelmi biztosítás és biztosítékadás terén (Entwicklungen auf dem Gebiet der umweltrechtlichen Versicherung und der Kaution), Biztosítási Szemle 52 (2006) 9, 45-55.

Die verwaltungsrechtlichen vertraglichen Verhältnisse bedeuten keine Relation zwischen privatrechtlichen Subjekten. Ein Vertragsbruch führt zum *Jus Publicum*. So werden öffentlich-rechtliche Konsequenzen durch die Verwaltung erzwungen. Die Institution des verwaltungsrechtlichen Vertrags floriert in Ungarn seit der Wende von 1989. Die Wirkung dieser Institution auf die Wirtschaft ist positiv, jedoch nur allein in einer Marktwirtschaft vorstellbar. Vor der Wende von 1989 war die Institution des verwaltungsrechtlichen Vertrags unvereinbar mit der politisch beeinflussten Wirtschaft. Vor 1989 hatte die Umweltverwaltung kein Recht einen Vertrag mit den umweltgefährdenden Personen abzuschließen. Die Nebenordnung von Individuum und Verwaltung war inkompatibel mit dem kommunistischen *Jus Publicum*. Im heutigen ungarischen Umweltrecht ist nicht nur der Einfluss des *Jus Publicum* auf das Umweltprivatrecht wahrnehmbar, sondern auch das Privatrecht hat einen proaktiven Effekt auf das umweltrechtliche *Jus Publicum*.¹⁸

¹⁸ Máté Julesz, *Jus publicum és jus privatum kapcsolata a környezetjogban* (Verhältnis zwischen Jus Publicum und Jus Privatum im Umweltrecht), *Magyar Jog* 53 (2006) 9, 529-534.

Máté Julesz, Ph.D., Scientific Researcher
University of Szeged
Medical Faculty
Insitute for Forensic Medicine
mate.julesz@freemail.hu

The Hungarian Environmental Private Law under the Influence of *Jus Publicum*

Abstract: *The relationship between environmental public law and environmental private law is of a growing significance. Not only environmental criminal law has an effect on environmental private law, but, since the beginning of the new legal, economic and political era in 1989, private law elements are also to be found in the environmental administrative law. The reciprocity between environmental private and administrative law is clear-cut. Private law institutions, like injunction or deposit, are upheld in environmental administrative contracts. The effect of an administrative ruling has legal consequences in the relationship between, e.g., neighbors: there are cases in which a noisy neighbor can be brought before the public administration.*

The objective liability in the field of environmental private law is accepted by the courts and by the citizens. The level of objectivity may, though, vary from country to country. In the practice of the Hungarian environmental private law, after 3 years, the objective liability is subrogated by a subjective liability, this latter one making exculpation easier.

The res ipsa loquitur liability in space law is not an absolute liability, though it establishes a praesumptio juris that the environmental damage caused by a space object (e.g. a satellite) is to be covered by the state which has sent the satellite into space. The presumption is, though not easily, rebuttable.

In the Hungarian case law, objective environmental liability has been applied sub judice since the novella of the Civil Code in 1977. This novella made environmental private law a part of environmental law. The novella of the Civil Code was preceded by the Act on Environmental Protection of 1976.

The importance of economics in environmental private law has only recently been accepted by the Hungarian legal science. The role of the Coase theory is indisputable.

The environmental private law is quite a new phenomenon in the Hungarian legal science, however, the institution of neighborhood damage has been present in the Hungarian case law since the 19th century. The case law added two systems of sanctioning to the disposition of the neighborhood norm in the Hungarian Civil Code: the indemnity and the protection of possession.

Keywords: *private and public law protection of the environment, environmental damage, strict liability or liability based on fault for environmental damage*

*Dr Mate Jules, naučni istraživač
Univerzitet u Segedinu
Medicinski fakultet
Institut za sudsku medicinu
mate.julesz@freemail.hu*

Privatnopravna zaštita životne sredine u Mađarskoj pod uticajem javnog prava

Sažetak: *Autor u radu analizira građanskopravnu odgovornost za ekološke štete u svetlu kako važećeg mađarskog prava, tako i evropskog ekološkog prava. Posebnu pažnju posvećuje principijelnim odredbama novog Mađarskog građanskog zakonika posvećenim ekološkoj odštetnoj odgovornosti. Dok je ekološka odgovornost pre promene sistema bio sagledavan u kontekstu administrativne odgovornosti, sa isključenjem odgovornosti ako je šteta bila ispod administrativnog limita, danas se odgovornost za ekološke štete uređuje u oblasti privatnog prava, uz javnopravni uticaj sa ciljem povećane zaštite životne sredine. U novom mađarskom ekološkom pravu, u skladu sa evropskim ekološkim principima, naglašava se princip „zagađivač plaća”, tako da za ekološke štete odgovara onaj koji je svojom protivpravnom radnjom prouzrokovao štetu, bez socijalizacije rizika od ekoloških šteta. Pravilo je da se za ekološke štete odgovara prema pravilima objektivne odgovornosti, a samo izuzetno po pravilima subjektivne odgovornosti, budući da su ekološki rizici izazvani dejstvom opasnih stvari ili delatnosti. Javnopravni upliv se sagledava u tome da je zaštita životne sredine podignut u novom Ustavu Mađarske na nivo ustavne obaveze, u smislu da je zaštita životne sredine od opšteg i javnog interesa, – kao i u tome da privatnopravna odgovornost za ekološke štete samo izuzetno dozvoljava isključenje odgovornosti.*

Ključne reči: *privatnopravna i javnopravna zaštita životne sredine, objektivna i subjektivna odgovornost za ekološke štete*

Datum prijema rada: 05.07.2016.

ODELJAK ZA STUDENTE

*Mr Gordana N. Preradović, student doktorskih studija
Univerzitet u Banjoj Luci
Pravni fakultet u Banjoj Luci
preradovic.goga@gmail.com*

KOMPLEKSNOST SOCIJALNIH INTERAKCIJA I PRAVNOG UREĐENJA ODNOSA U KONTEKSTU PROMJENE KLIME

Sažetak: Rad se bavi pitanjima višestruke povezanosti čovjeka i klimatskih promjena i štetnih posljedica klimatskih promjena koje značajno utiču na egzistenciju i kvalitet života pojedinaca i ljudskih zajednica. S obzirom na specifičnu prirodu klimatskih promjena i njihov globalni karakter, postavlja se niz pitanja vezanih za pravno regulisanje čovjekovih aktivnosti koje doprinose klimatskim promjenama, kontrolu i prevenciju njihovog daljeg pogoršavanja, kao i pravni tretman nastalih šteta koje su posljedice klimatskih promjena, od kojih su masovne nasilne migracije jedna od najdrastičnijih, a za koje još uvijek ne postoji odgovarajuće pravno rješenje. Klimatske promjene imaju veliki uticaj i na sigurnost društvenih zajednica, jer mogu biti „katalizator” i „okidač” nastanka nasilnih konflikata unutar države ili regiona, kada sa već postojećim lošim ekonomskim, socijalnim i drugim relevantnim faktorima, dovode do eskalacije otvorenog sukoba. U radu se, takođe, analiziraju osnovni elementi strategije borbe sa klimatskim promjenama i njihovim štetnim posljedicama. Kompleksnost socijalnih interakcija, kada se radi o klimatskim promjenama, iziskuje multidisciplinarn pristup njihovom istraživanju, što u praksi znači da se na bazična istraživanja koja su u domenu prirodnih nauka nadovezuju naučna istraživanja u oblastima društvenih nauka, među kojima je pravno uređenje odnosa povezanih sa klimatskim promjenama od krucijalnog značaja.

Ključne reči: klimatske promjene, mjere ublažavanja, mjere prilagođavanja.

„Ko 40 odsto svih površina kopna uređuje prema svom nahođenju, osiromaši riblji fond najvećeg dijela okeana i mnogo brže mijenja sastav atmosfere nego što je to slučaj

*u ciklusima ledeno doba – međuledeni period, ne treba da se čudi globalnim posljedicama.*¹

1. UVODNE NAPOMENE

Svjedoci smo brojnih prirodnih katastrofa koje se ispoljavaju u vidu ekstremnih vremenskih neprilika, suša, poplava, uragana, klizišta zemljišta, i sl., a koje se širom svijeta dešavaju sve učestalije i sa sve pogubnijim i dalekosežnijim štetnim posljedicama, u vidu uništavanja ekosistema, ogromnih ljudskih žrtava i velikih materijalnih šteta. Nesporno je da se klima mijenja i zbog uticaja različitih prirodnih činilaca (sunčeva i vulkanska aktivnost, te astronomski parametri)², ali je naučno dokazano da su ljudi svojim djelovanjem, prije svega nekontrolisanim sagorijevanjem fosilnih goriva i krčenjem velikih šumskih površina, doprinijeli da se klima mijenja, i to naročito od sredine prošloga vijeka.³ I pored postojanja naučno utvrđenih činjenica o tome da su klimatske promjene uzrokovane čovjekovim djelovanjem, i dalje postoje brojni skeptici koji u to sumnjaju, te smatraju da aktivisti koriste prijetnju od globalnog zagrijavanja kako bi napadali slobodno tržište i industrijsko društvo uopšte.⁴

Međuvladin panel o promjeni klime (*Intergovernmental Panel of Climate Change – IPCC*) u svom Sinteznom izvještaju o procjeni klimatskih promjena iz 2014. godine⁵, ističe kako je uticaj čovjeka na klimu i klimatski sistem očigledan u većini područja na svijetu, te da je ekstremno visoka vjerovatnost da je uticaj ljudskih aktivnosti dominantan uzrok globalnog zatopljenja od sredine 20. vijeka, na šta ukazuje sve više naučnih dokaza koji proizilaze iz sve brojnijih i kvalitetnijih opažanja, povećanog razumijevanja procesa u klimatskom sistemu i poboljšanih klimatskih modela.

U izvještajima je, takođe, naglašeno da samo ublažavanje ne može spriječiti da ljudi trpe zbog svih navedenih uticaja klimatskih promjena, pa su istraživanja o prilagođavanju na klimatske promjene imperativ kako bi se što bolje informisali i podržali razvoj i implementacija politika adaptacije i vezanih akcionih programa na raznim nivoima vlasti – međunarodnom, nadnacionalnom, nacionalnom ili subnacionalnom nivou. Cilj ovih istraživanja je izgradnja snažne i sveobuhvatne baze znanja koja je potrebna kako bi bile identifikovane odgovarajuće opcije i raz-

¹ Hartmut Grasl, *Klimatske promene*, Laguna, Beograd 2011, 25.

² Više o tome vidjeti u Tomislav Šegota, „*Klimatologija za geografe*”, Školska knjiga, Zagreb 1976, 363-403.

³ H. Grasl, 10.

⁴ Joel Achenbach, *The Age of Disbelief*, “National geographic”, broj 101, 2015, 44 – 47.

⁵ Climate Change 2014. – Synthesis Report – Summary for Policymakers, http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/AR5_SYR_FINAL_SPM.pdf, 07. 4. 2016.

rađene strategije za adaptaciju na nacionalnom, regionalnom i lokalnom nivou. U izvještaju se naglašava da je potrebno razvijati odgovarajuće metode i alatke kojima bi bilo moguće procijeniti klimatske uticaje, ranjivost, rizike i troškove, te predvidjeti ekološke, socijalne i ekonomske efekte adaptivnih mogućnosti.⁶

2. GLOBALNA PRIRODA KLIMATSKIH PROMJENA I NJIHOVIH POSLJEDICA

Shodno odredbama UN Okvirne konvencije o klimatskim promjenama (*United Nations Framework Convention on Climate Change – UNFCCC*), klimatske promjene su promjene klime koje se pripisuju direktnim ili indirektnim djelovanjima čovjeka kojima se mijenja sastav globalne atmosfere i koje se uz prirodne klimatske varijacije posmatraju tokom uporedivog vremenskog perioda. Štetni efekti tih promjena su okarakterisani kao promjene u fizičkoj životnoj sredini ili bioti (živom svijetu) koje imaju značajne štetne uticaje na sastav, otpornost ili produktivnost prirodnih ili upravljačkih ekosistema, na djelovanje socio-ekonomskih sistema ili na ljudsko zdravlje i blagostanje.⁷

Navedena definicija klimatskih promjena se zasniva na uzajamnoj povezanosti – interakciji, između čovjeka i klimatskih promjena, jer klimatske promjene su nastale djelovanjem čovjeka, a te iste klimatske promjene imaju dalekosežan uticaj na čovjeka, pa tako i na ljudske zajednice i sve odnose koji se unutar tih zajednica odvijaju. Etinski navodi da promjenu klime posmatramo kao složeno i dugotrajno međusobno djelovanje socijalnih i prirodnih procesa u kome socijalni procesi utiču na mijenjanje klimatskog sistema, a promjene tog sistema imaju povratni uticaj na socijalne procese.⁸ Radi se o uzajamno-povratnoj sprezi, s tim da su štetne posljedice koje nastaju usljed nekontrolisanog sagorijevanja fosilnih goriva ireverzibilne, što znači da prestankom ili smanjenjem štetnih djelovanja, štete koje su načinjene ne mogu nestati.⁹ Prevaziđeni su kapaciteti prirodnih sistema da sami neutrališu štetne posljedice tako velikih količina sagorijevanja fosilnih goriva. Ograničavanje klimatskih promjena značajnim smanjenjem emisija štetnih gasova, zajedno sa adaptacijom na klimatske promjene, može značajno smanjiti rizike.

Klimatske promjene duboku zadiru u sve aspekte pogođene društvene zajednice, ali istovremeno se tiču ljudske zajednice na globalnom, svjetskom nivou, što proizilazi iz njihove prirode koja prevazilazi prirodu prekograničnih zagađenja, kod

⁶ *Ibid.*

⁷ Član 1. UN Okvirne konvencije o klimatskim promjenama. Tekst konvencije je dostupan na: http://unfccc.int/key_documents/the_convention/items/2853.php.

⁸ Rodoljub Etinski, „Promena klime i promene u međunarodnom poretku”, *Zbornik radova Klimatske promene – pravni i ekonomski izazovi* (ur. Stevan Lilić), Pravni fakultet u Beogradu 2011, 66.

⁹ http://architecture2030.org/the_problem-climate-change, 15. 01. 2016.

kojih je uglavnom jasno koja je država prouzrokovala prekogranično zagađenje, a koja je država zbog toga pretrpjela štetu.¹⁰ Prema tome, kompleksnost pravnog regulisanja uzroka i posljedica klimatskih promjena proističe već iz prirode njihovog nastanka gdje se ne može sa potpunom sigurnošću utvrditi koja država je štetnik, ali je sigurno da se štetne posljedice u vidu izmjene klimatskog sistema kao opšteg dobra, tiču svih. Zato je kao rješenje usvojena primjena načela zajedničke, ali diferencirane odgovornosti za klimatske promjene, shodno kojem je određeno koje su to države koje su najviše odgovorne za globalno zagrijavanje, pa su tim državama nametnute određene obaveze koje su one dužne ispoštovati u određenom roku.¹¹

Ovakvo djelovanje je efikasno i može dati odgovarajuće rezultate, jer nije dovoljno samo istraživati klimatske promjene u domenu meteorologije, biologije i fizike, nego je značajno da se sva postignuća i saznanja iz domena navedenih prirodnih nauka stave u funkciju boljeg društvenog i socijalnog odgovora na posljedice koje takve promjene izazivaju.¹² Klimatske promjene mijenjaju ne samo naš fizički svijet, nego i naš intelektualni, socijalni i moralni svijet, i to na način koji nismo mogli ni zamisliti generaciju ili dvije prije, navodi *Nelson*, tako da smo suočeni sa potrebom globalno koordinirane akcije kakvu ljudska vrsta, koja je evoluirala u manje grupe rodova i naroda, nikada ranije nije pokušala.¹³

3. VIŠESLOJNOST PRAVA KLIMATSKIH PROMJENA

Multidisciplinarnost je bitna karakteristika grane međunarodnog prava koja se bavi klimatskim promjenama, tako da u procesu legislacije mora biti uključen širok krug stručnjaka. Dinamičnost razvoja prava životne sredine je u neposrednoj vezi sa dinamičnošću razvoja mnogih oblasti prirodnih nauka, pa je neophodno da se u postupku legislacije pitanja koja pripadaju problematici životne sredine koristi nauka, odnosno naučna ekspertiza, svrha koje je ne samo davanje savjeta o tekućem stanju nauke, već i preuzimanje izvjesnog rizika u smislu naučne nesigurnosti, neizvjesnost, jer predloženo rješenje može dovesti ne samo do pozitivnih rezultata već i izazvati nove probleme.¹⁴ O brojnim pravnim izazovima na koje se

¹⁰ Rodoljub Etinski, Sanja Đajić, *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu 2012, 591.

¹¹ *Ibid.*, 612.; Vid. Rodoljub Etinski, *Human Right Protection in view Climate Change Impacts*, Nouva Revista de Drepturile Omului, No. 1, 2012, 24.; Vid. više o ovom načelu Rowena Maguire, "Foundation of International Climate Law: Objectives, Principles and Methods", *Climate Change and the Law* (eds. K. Kulovesi, M. Mehling, E. J. Hollo), Dordrecht 2013.

¹² Vid. Oli Brown, *Migration and Climate Change*, IOM, Geneva 2008, 12.

¹³ Julie A. Nelson, "Ethics and the economist: What climate change demand of us", *Ecological Economics* 85 (2013) 145-154.

¹⁴ Vida Čok, "Pravo životne sredine i klima", str. 55, Zbornik radova *Klimatske promene – pravni i ekonomski izazovi* (ur. Stevan Lilić), Pravni fakultet u Beogradu 2011, 55.

nailazi u tom procesu govori Čok kada kaže da klima i klimatske promjene predstavljaju poseban izazov za pravo, jer da globalno svojstvo uticaja klime na život na Zemlji izaziva potrebu globalnog dogovaranja i prihvatanja obaveza na međunarodnom, regionalnom i nacionalnom nivou. Takođe, ona ističe da pravo klimatskih promjena, kao i uopšte pravo životne sredine, treba da prati razvoj nauke, tehnologije, društvenih i ekonomskih odnosa.¹⁵

Dok UN konvencija o klimatskim promjenama i Kjoto protokol igraju ključnu ulogu u usmjeravanju i razvoju prava klimatskih promjena, klimatskim promjenama se upravlja i reguliše na više nivoa, od međunarodnog, regionalnog i nacionalnog, do lokalnog i transnacionalnog, s tim da ono uključuje razne aktere.¹⁶ Ova regulatorna raznolikost je razumljiva s obzirom na kompleksnost temeljnog problema kojim se bavi ova grana prava. To se veoma jasno može vidjeti na primjeru brojnih pravnih izvora koji se uobičajeno paralelno primjenjuju na jednoj transakciji ugljen-dioksida u skladu sa Mehanizmom čistog razvoja (*Clean Development Mechanism – CDM*), ustanovljenog Kjoto protokolom¹⁷, što potvrđuje navedenu kompleksnost regulatornog okvira koji pravnici i brojni drugi akteri koji se bave ovom oblašću prava moraju znati koristiti. Autorka Kulovesi smatra da su pitanja interakcije između različitih izvora pravnih autoriteta u pitanjima regulisanja klimatskih promjena sve relevantnija u istraživanju klimatskog prava, čemu doprinosi i rastuća tendencija nekih aktera, uključujući Evropsku Uniju, da utiču na razvoj prava izvan svojih teritorija, posebno onog dijela koji se odnosi na ublažavanje klimatskih promjena. Međutim, pravne norme vezane za klimatske promjene uzajamno djeluju i na druge načine. Npr. nacionalno zakonodavstvo o Šemama zelenih investicija (*Green Investment Schemes*) u nekim zemljama Centralne i Istočne Evrope dopunjuju međunarodna pravila o trgovini emisijama ugljen dioksida. Takođe se uočava i trend deformalizacije i jačanje uloge privatnog sektora i drugih nedržavnih aktera u oblasti prava klimatskih promjena.¹⁸

4. MEHANIZMI BORBE S KLIMATSKIM PROMJENAMA

4.1. Mjere ublažavanja

Mehanizmi borbe s klimatskim promjenama predstavljaju aktivno angažovanje određenih segmenata društva, ali istovremeno i društva u cjelini. Režim ublažavanja se zasniva na principima preventivnih mjera i zajedničke, ali diferencirane odgovornosti. Ublažavanje samo po svojoj prirodi traži da se spriječe štete koje bi

¹⁵ *Ibid.*, 63-64.

¹⁶ Kati Kulovesi, "Exploring the Landscape of Climate Law and Scholarship: Two Emerging Trends", *Climate Change and the Law* (eds. K. Kulovesi, M. Mehling, E. J. Hollo), Dordrecht 2013, 31. i dalje.

¹⁷ Član 12. Kjoto protokola.

¹⁸ K. Kulovesi, *ibid.*

mogle nastati.¹⁹ Princip zajedničke ali diferencirane odgovornosti je primijenjen u Kjoto protokolu tako što su propisane obaveze samo za industrijski razvijene zemlje. UN Konvencija o klimatskim promjenama i Kjoto protokol zagovaraju da razvijene zemlje treba da pokažu liderstvo u implementaciji mjera ublažavanja, prije svega, unutar svojih teritorija, a uz to da obezbijede pomoć zemljama u razvoju u implementaciji mjera ublažavanja.²⁰ Kako bi postigao svoju svrhu, ali i krajnji cilj UN Konvencije o klimatskim promjenama, režim ublažavanja koristi kombinovane metode koje uključuju: obavezu implementacije nacionalnih politika i mjera u cilju ograničavanja antropogene emisije gasova staklene bašte; primjenu fleksibilnih mehanizama Kjoto protokola: zajedničku implementaciju, mehanizam čistog razvoja i trgovinu emisijama, koji se mogu upotrijebiti kao pomoć u ispunjavanju ciljeva postavljenih ovim režimom; podnošenje izvještaja u kojima se ističu mjere redukcije emisije koje su u skladu sa smjernicama i metodologijama Međudržavnog panela o klimatskim promjenama.²¹ Klimatske promjene su globalne kako po svojim uzrocima tako i svojim posljedicama, tako da svaka akcija vezana za klimatske promjene mora biti organizovana na globalnom nivou uz punu međunarodnu saradnju. Svaka akcija koja je usmjerena na smanjenje emisije ugljikovodonika treba da uzme u obzir i ekonomsko stanje u kome se nalaze zemlje u razvoju.²²

4.2. Mjere prilagođavanja

Adaptacija je proces prilagođavanja na klimatske promjene i njihove uticaje.²³ To prilagođavanje se odnosi na brojne aktivnosti društva na koje klimatske promjene imaju naročito velik uticaj, ali istovremeno, prilagođavanje pretpostavlja i da se izvrše određene promjene u aktivnostima pojedinaca i društvenih zajednica kojima se inače značajno doprinosi klimatskim promjenama.

Pravo je značajno sredstvo za implementaciju politike prilagođavanja kroz različite sektore i oblasti, jer zakoni priznaju prava i nameću obaveze i time utiču na izgradnju i regulisanje ponašanja i djelovanja. Takođe, formira okvir za javno učestvovanje u donošenju odluka, te arbitrira i rješava sporove između države i pojedinaca i između pojedinaca.²⁴

¹⁹ vid. Bojan Tubić, „Načelo predostrožnosti u međunarodnom pravu zaštite životne sredine i međunarodnoj sudskoj praksi”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Novi Sad 2014, vol. 48, br. 2, 371-372.

²⁰ R. Maguire, 103.; član 4. stav 1. tačke (a) i (b) UN Konvencije o klimatskim promjenama.

²¹ *Ibid.*, 104.

²² Đorđe Popov, „Prilog ekonomskoj analizi klimatskih promena”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Novi Sad 2014, vol. 48, br. 3, 9-24.

²³ Jonathan Verschuuren, “Legal Aspects of Climate Change Adaptation”, *Climate Change and the Law* (eds. K. Kulovesi, M. Mehling, E. J. Hollo), Dordrecht 2013, 259.

²⁴ Jan McDonald, “The role of law in adaptation to climate change”, *John Wiley & Sons, Ltd.*, Volume 2, Griffith (Australia) 2011, 284.

Adaptacija i ublažavanje su dva važna elementa svake strategije i politike borbe i suočavanja s klimatskim promjenama, koji su međusobno pozitivno i negativno povezani. Prije svega, mnoge mjere adaptacije podjednako služe i kao ciljevi ublažavanja. Pošumljavanje, očuvanje i obnova šumskih resursa s ciljem da se zaštititi zemljište od plavljenja, klizišta nakon jakih kiša, ili negativnih uticaja oluja, jesu mjere koje mogu biti dio strategije ublažavanja klimatskih promjena.²⁵

Druga veza između adaptacije i ublažavanja je negativna. Mjere prilagođavanja mogu biti štetne po klimu tako što mogu dovesti do povećanja emisije gasova staklene bašte, ili mogu redukovati apsorbovanje ugljen-dioksida. Očigledan primjer je masovno instaliranje klima uređaja u borbi protiv velikih vrućina, čime se doprinosi povećanju potrošnje energije, a ako energija dolazi iz uglja, dolazi i do povišene emisije gasova staklene bašte. Na drugoj strani, mjere ublažavanja, mogu biti štetne za adaptaciju. Pošumljavanje u sušnim i polusušnim oblastima veoma smanjuje vodne prinose, što ima štetan uticaj na lokalnu poljoprivredu i biodiverzitet. Prelazak na hidroenergiju može smanjiti mogućnosti za navodnjavanje za potrebe poljoprivrednika, i tako ih lišiti mogućnosti prilagođavanja. Stoga se politike adaptacije i ublažavanja moraju razvijati tako da se uzajamno nadopunjuju.²⁶

4.3. Adaptacija i Kjoto protokol

Kjoto protokol²⁷ je u pretežnom dijelu fokusiran na redukciju emisije gasova staklene bašte, a ne na adaptaciju, što je i razumljivo s obzirom da je u vrijeme kada je ovaj protokol usvojen bilo od prioritetnog značaja da se smanje štetne emisije, pa je to razlog da je Kjoto protokol oskudan odredbama koje se odnose na mjere adaptacije. Međutim, protokol ide nešto dalje od UN Konvencije o klimatskim promjenama tako što formuliše da programi koji olakšavaju mjere adaptacije na klimatske promjene moraju da uzmu u obzir sektore energije, transporta i industrije, kao i poljoprivrede, šumarstva i zbrinjavanja otpada, te prostornog planiranja. S praktične tačke posmatranja, najvažnija odredba Kjoto protokola o adaptaciji jeste ona o Mehanizmu čistog razvoja (*Clean Development Mechanism*)²⁸, koja propisuje da se novac koji se dobija kroz ove projekte treba upotrijebiti kako bi se pomoglo zemljama u razvoju da snose troškove adaptacije. Na osnovu ove odredbe, četiri godine kasnije, osnovan je Fond za adaptaciju.²⁹

²⁵ J. Verschuuren, 262.

²⁶ Verschuuren, 263.

²⁷ Tekst Kjoto protokola dostupan na: http://unfccc.int/essential_background/kyoto_protocol/items/1678.php, 30. 5. 2016.

²⁸ Član 12. Kjoto protokola.

²⁹ J. Verschuuren, 272.

4.4. Kankunski okvir za adaptaciju

Sporazum iz Kankuna (2010)³⁰ se bavi prije svega adaptacijom, pa tek onda ublažavanjem. U njemu je naglašena potreba da se hitno inteziviraju aktivnosti na adaptaciji, pa je Konferencija strana ugovornica ustanovila Okvir za adaptaciju unutar kojega ugovornice UN Konvencije o klimatskim promjenama imaju brojne obaveze po pitanju uvođenja, planiranja, primjene, procjene i jačanja mjera adaptacije.³¹

4.5. Pariški sporazum o klimi

Priznavanje važnosti prava na održivi razvoj i iskorjenjivanje siromaštva se naročito ogledaju u Pariškom sporazumu o klimi (*Paris Climate Agreement, 2015*) kojega su prihvatile 196 ugovornica UN Konvencije o klimatskim promjenama.³² Ovaj sporazum je specifičan po tome što njime nisu određene količine redukcije emisije štetnih gasova za svaku razvijenu zemlju, niti su zemlje u razvoju oslobođene obaveze redukcije emisije gasova staklene bašte. Svaka ugovornica će individualno odrediti svoj doprinos ukupnoj redukciji emisija na bazi pravičnosti a u kontekstu održivog razvoja i nastojanja da se iskorijeni siromaštvo, s tim da je zemljama u razvoju dozvoljeno da dostignu svoj maksimum emisija u dužem periodu nego razvijenim zemljama. Pored toga, predviđeno je da zemlje u razvoju dobiju finansijsku i drugu podršku potrebnu kako bi izvršile svoje obaveze iz Pariškog sporazuma.³³

Pod mjerama adaptacije sporazum podrazumijeva aktivnosti strana ugovornica da povećaju prilagodljivost i otpornost svoga društva na uticaje klimatskih promjena.³⁴ Pariški sporazum je značajan i zbog toga što je načeo rješavanje pitanja zaštite ljudskih prava u kontekstu štetnih posljedica klimatskih promjena. Iako je pozivanje na ljudska prava koje je bilo predviđeno u članu 2. stav 2. Nacrta sporazuma izostavljeno u tekstu samog sporazuma, sporazum odražava brigu za ljudska prava kao što su rodna ravnopravnost, pravo učestvovanja i transparentnost, te razmatranje ranjivih grupa i zajednica.³⁵

5. NASILNE MIGRACIJE KAO POSLJEDICA KLIMATSKIH PROMJENA

Klimatski događaji sa teškim posljedicama po životnu sredinu i ljude, kao što su poplave, postepeni gubitak svježe vode ili poljoprivrednih resursa, mogu

³⁰ Vid. http://unfccc.int/meetings/cancun_nov_2010/items/6005.php, 30. 8. 2016.

³¹ J. Verschuuren, 270 – 271.

³² Član 2. Pariškog sporazuma; tekst sporazuma dostupan na: <https://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/109.pdf>, 05. 9. 2016.

³³ Rodoljub Etinski, “Paris Climate Agreement and Human Rights”, *Nuova Revista de Drep-turile Omului* 1/2016, 5.

³⁴ *Ibid.*, 7.

³⁵ *Ibid.*

biti okidač za migracije ljudi. Istraživanja pokazuju da su migracije uzrokovane brojnim faktorima, a klimatske promjene su jedan od njih. Takve migracije mogu biti unutrašnje ili prekogranične. Važeći propisi o izbjeglicama nisu primjenjivi na ekološke (što uključuje i klimatske) izbjeglice, jer ova lica nisu prisiljena da se sele zbog političkih razloga ili ugrožavanja ljudskih prava. Stoga je, navodi *Verschuuren*, potrebno ili da se osmisli novi samostalni međunarodni pravni instrument, ili da se usvoji protokol o klimatskim izbjeglicama unutar UN Konvencije o klimatskim promjenama.³⁶

Ono što je specifično za ovu oblast jeste paradoks da su klimatske promjene nastale djelovanjem razvijenih zemalja, a da štete koje iz njih proizilaze najdramatičnije pogađaju nerazvijene države i njihove stanovnike, dakle one koji gotovo ničim nisu doprinijeli da do klimatskih promjena dođe.³⁷ *Etinski* navodi da su nejednako raspoređene koristi i štete vezane za ovaj proces, odnosno da koristi koje neki izvlače iz tog procesa daleko nadmašuju štete koje trpe, i obrnuto, da štete koje taj proces pričinjava drugima daleko pretežu koristi. Ovaj paradoks se nastoji riješiti jednim od načela koje propisuje UN Konvencija o klimatskim promjenama i Kjoto protokol, a to je načelo zajedničke ali diferencirane odgovornosti i odgovarajućih mogućnosti³⁸, shodno kojem su sve ugovornice dužne da preduzmu mjere radi usporavanja procesa promjene klime i ublažavanja njenih štetnih posljedica, s tim da su razvijenim državama nametnute ekonomski najteže obaveze koje se odnose na smanjenje emisije gasova staklene bašte. Kako bi ispunile ovako preuzete obaveze, države moraju da intervenišu u svoje privredne aktivnosti, ali i u načinu života svojih građana.³⁹

Brojni su primjeri područja na Zemlji koja su naročito izložena štetnim posljedicama klimatskih promjena, čije stanovništvo u potpunosti ostaje bez najosnovnijih uslova za dalji život na tim područjima, pa su prisiljeni da ih napuste i potraže sigurnije mjesto za život, čime se otvaraju brojna druga egzistencijalna pitanja.⁴⁰ Stoga, nasilne migracije kao posljedice klimatskih promjena, i svi problemi koje u sebi nose ove značajne demografske promjene, predstavljaju pitanje koje treba biti riješeno na nivou međunarodne zajednice.

Pitanjem migracija usljed klimatskih promjena se bavi *Leal-Arcas*, i to kao jednim od načina adaptacije na posljedice klimatskih promjena, pa navodi procjenu da bi do sredine 21. vijeka moglo biti od 200-250 miliona do moguće jedne milijarde ljudi koji će se seliti kako bi izbjegli posljedice klimatskih promjena,

³⁶ J. Verschuuren, 263.

³⁷ R. Etinski (2011), 68-69.

³⁸ Član 3. st. tačka 1. UN Konvencije o klimatskim promjenama.

³⁹ R. Etinski (2011), 73; vid. R. Etinski (2016), 7.

⁴⁰ Međunarodna organizacija za migracije procjenjuje da će broj ljudi raseljenih zbog povišenja razina okeana porasti na 200 miliona do 2050. godine, <http://ba.voanews.com/a/dokumentarni-filmovi-o-teskim-posljedicama-klimatskih-promjena-na-zemlji-91561609/1177982.html>, 13. 4. 2016.

kao što su podizanje nivoa mora, suše, kao i mnogo češće i intenzivnije vremenske neprilike. Autor kritički analizira pitanje klimatskih migracija, daje analizu postojećeg prava u toj oblasti i predlaže ispravke postojećih propisa. Takođe naglašava da ne postoji međunarodna obaveza za države da prime migrante za stalno na svoje teritorije, ali da postoje određene mogućnosti u okviru djelovanja međunarodnih institucija, kao što su Međunarodna organizacija o migracijama (IOM) i Visoki komesarijat UN za izbjeglice (UNHCR), koje obezbjeđuju pomoć i podršku klimatskim migrantima.⁴¹

Konferencija strana ugovornica UN Konvencije o klimatskim promjenama u Kankunu je prepoznala važnost mjera za poboljšavanje razumijevanja, koordinacije i saradnje u pitanjima klimatskih promjena koje uzrokuju raseljavanje, migracije i planirano izmiještanje na nacionalnom, regionalnom i međunarodnom nivou, na koji je način UN Konvencija o klimatskim promjenama postavljena kao potencijalna platforma za pitanja seljenja usljed klimatskih promjena.

Dakle, očigledno je postojanje nedostataka u propisima koji se tiču klimatske migracije. Prvo, klimatski migranti nemaju pravo da se nasele u drugoj državi, pa čak ni oni koji nemaju nikakvu drugu opciju, kao što su to stanovnici ostrva koja bi mogla nestati zbog klimatskih promjena. Shodno postojećim propisima, jedini način da se klimatske izbjeglice stalno nasele u nekoj drugoj državi jeste da se uklope u kategorije propisane nacionalnim imigracionim zakonima države njihove destinacije. Drugo, klimatski migranti nemaju pravo na finansiranje iz međunarodnih fondova, niti imaju na to pravo od države u koju su se doselili, što naročito otežava položaj siromašnih migranata i onih iz zemalja u razvoju.⁴²

6. UTICAJ KLIMATSKIH PROMJENA NA NASTANAK NASILNIH KONFLIKATA

Klimatske promjene u današnje vrijeme sve više podrivaju sigurnost ljudi, što će u budućnosti biti još izraženije, i to tako što će se redukovati pristup dovoljnim i kvalitetnim prirodnim resursima koji su važni za održivu egzistenciju. Klimatske promjene ujedno umanjuju sposobnost država da obezbijede usluge službi koje pomažu ljudima da održe svoju egzistenciju, što sve pod određenim

⁴¹ Rafael Leal-Arcas, "Climate migrants: Legal options", *Elsevier Ltd., Procedia – Social and Behavioral Sciences* 37/2012, 90.

⁴² *Ibid.*, 91. – Razvojne agencije za pomoć mogu obezbijediti finansiranje za pomoć na adaptaciju na klimatske promjene, iako je ukupna finansijska pomoć znatno više fokusirana na ublažavanje klimatskih promjena, nego na adaptaciju. Strane ugovornice Kjoto protokola su osnovele Fond za adaptaciju u cilju davanja podrške specifičnim projektima, i to novcem koji potiče od naknada na *Clean Development Mechanism* transakcijama.

uslovima pogoduje da direktni i indirektni uticaji posljedica klimatskih promjena povećaju rizik od nastanka nasilnih konflikata.

Način na koji klimatske promjene podrivaju sigurnost ljudi variraju širom svijeta, jer variraju i prava i pristupi na prirodne izvore i usluge, kao i socijalne sposobnosti za adaptaciju.⁴³ *Barnet* i *Adger* navode da postoje određena istraživanja o odnosu između klimatskih promjena i bezbjednosti ljudi koja se fokusiraju na lokalne uslove koji ograničavaju pojedincima i grupama pristup ekološkim, finansijskim i socijalnim resursima neophodnim da se reaguje i adekvatno odgovori na klimatsku ranjivost i promjene. Brojne studije slučaja u oblasti ekološke sigurnosti su pokazale da promjene u životnoj sredini mogu biti značajan faktor koji podriva bezbjednost ljudi, te da su marginalizovani narodi širom svijeta, u stvari, najranjiviji na klimatske promjene.⁴⁴ Faktori koji utiču na nastajanje nasilnog konflikta su: ugrožena egzistencija populacije (usljed nedovoljne količine pitke vode, priobalni regioni, ekstremni događaji i bolesti), siromaštvo (relativno/hronično/prolazno), slabost države i njenih institucija, te migracije. Autori naglašavaju da navedeni faktori klimatskih promjena ne uzrokuju nasilni konflikt, nego utiču na parametre koji su ponekada važni u procesu nastanka nasilnog konflikta.⁴⁵

7. KLIMATSKE PROMJENE, PLANIRANJE PROSTORA I IZGRADNJA

Između izgradnje i funkcionisanja objekata i klimatskih promjena je prisutna snažna interakcija. Naime, izgradnja objekata i njihovo održavanje i funkcionisanje (zagrijavanje i hlađenje) uveliko doprinose povećanju emisije gasova staklene

⁴³ Jon Barnet, W. Neil Adger, "Climate change, human security and violent conflict", *Political Geography*, 26 /2007, 641. – Autori navode primjer kako za razliku od mnogih industrijskih država gdje je poljoprivreda zastupljena sa svega 1-2 % radne snage, u Istočnom Timoru oko 85 % populacije je zavisno od poljoprivrede kao jedinom i osnovnom izvoru prihoda, i većina stanovništva se bavi ekstenzivnom (naturalnom) poljoprivredom, tako da 46 % ruralne populacije živi ispod granice siromaštva sa 0,55 \$ po danu. Oni nemaju alternativne izvore hrane izvan njihove sopstvene proizvodnje. Primjer Istočnog Timora pokazuje da je klima egzogeni okidač, a da su postojeći osnovni socijalni problemi, u stvari, dublji uzrok krize hrane.

⁴⁴ *Ibid.*, 642. – Autori se pozivaju na studije slučaja iz: Sjevernog Pakistana (Matthew, 2001), Južne Azije (Najam, 2003), Delte rijeke Niger (Mochizuki, 2004), Pacifičkih ostrva (Cocklin & Keen, 2000) i Etiopije (Haile, 2004).

⁴⁵ Sa ovim stavom je saglasan i stav *Colina Kelley*-a, klimatologa sa Kalifornijskog Univerziteta, koji takode smatra da npr. ozbiljne suše mogu biti katalizator u nastanku građanskog rata, ali one nisu uzrok tog sukoba. – Navedeno prema Mark Fischetti, "Climate Change Hastened Syria's Civil War", 2015, <http://www.scientificamerican.com/article/climate-change-hastened-the-syrian-war/>, 13. 4. 2016.; vid. još: Peter H. Gleick, "Water, Drought, Climate Change and Conflict in Syria", *American Meteorological Society* Oakland 2014, 334.

bašte.⁴⁶ U isto vrijeme, klimatske promjene imaju dubok i dalekosežan uticaj na izgrađenu životnu sredinu, te iako nije dovoljno precizno utvrđeno koliki je obim tog uticaja, sigurno je da on značajno varira između i unutar regiona.⁴⁷ Mnoge građevine su osjetljive na progresivne klimatske promjene i ekstremne događaje. Bez ulaganja u poboljšanje otpornosti, ova ranjivost se povećava. Tako se sektor građevinarstva suočava sa direktnim uticajima klimatskih promjena. Ekstremne padavine povećavaju kašnjenja i troškove u građenju. Klimatske promjene, takođe, utiču na dužinu trajanja građevinske sezone, a posljedice ekstremnih vremenskih neprilika podrazumijevaju znatno više rekonstrukcija i radova na popravcima građevina. Povećanje učestalosti i jačine toplotnih talasa imaju značajan uticaj na projektovanje građevina, pa se aktuelna arhitektonska rješenja zamjenjuju različitim novim pristupima izgradnje.⁴⁸

Vlade država su ključne u koordinisanju odgovora građevinskog sektora i mogu identifikovati i ohrabriti sinergiju između izgradnje koja će biti prilagođena klimatskim promjenama i ublažavanju njihovih emisija gasova staklene bašte, prepoznajući u tome potencijal za višestruke koristi. Cilj je redukcija energije koju koristi građevina na nulu ili čak ispod nule. Dakle, tehnologija može da redukuje, ali i da pogorša rizik nastanka štete za vrijeme ekstremnih vremenskih događaja. Primjer ovog drugog je uragan Katarina u Nju Orleansu, gdje je bila dozvoljena izgradnja na plavnim područjima koja su pretpjela katastrofalne štete u tom ekstremnom događaju.⁴⁹

Politika planiranja korištenja zemljišta ima potencijal da se nađe među najisplativijim i najefikasnijim načinima redukcije emisija gasova staklene bašte. U stvari, ove politike mogu redukovati trenutne emisije do otprilike 20 %.⁵⁰ Carter navodi da ove politike uključuju: *green-energy* efikasne građevine – opštinske, industrijske, komercijalne i stambene; brojne redukcije i promjene vezane za transport; korištenje alternativnih energija; očuvanje otvorenog prostora; urbano pošumljavanje i očuvanje divljeg zemljišta – urbani interfejs za upravljanje požarima. U tom radu autorka je došla do zaključka da navedene politike planiranja korištenja zemljišta dovode do ušteda, s tim da je politika očuvanja otvorenog prostora i poljoprivrednog zemljišta skuplja i manje efikasna, međutim, treba uzeti u obzir

⁴⁶ Od ukupne količine električne energije koja se koristi u SAD-u, tri četvrtine (74,9 %) otpadaju na funkcionisanje zgrada i objekata u kojima se živi i radi svakog dana. Za poređenje, industrija koristi 24,9 % a transport manje od 1 % električne energije, http://architecture2030.org/buildings_problem_why/, 11. 4. 2016.

⁴⁷ Patrick Chalmers, “Understanding the UN Climate Science Report – Climate Change: Implications for Buildings”, University of Cambridge, 2014, 12, <http://www.cisl.cam.ac.uk/Resources/Climate-and-Energy/Climate-Change-Implications-for-Buildings.aspx>, 15. 11. 2015.

⁴⁸ P. Chalmers, *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*, 13.

⁵⁰ Rebecca Carter, “Land Use Planning in the Changing Climate of the West”, <http://www.southwestclimatechange.org/feature-articles/land-use-planning>, 27. 3. 2016.

da se njome ostvaruju druge koristi, kao što su zaštita otvorenog prostora i zaštita i očuvanje staništa biljnih i životinjskih vrsta.⁵¹

Zakoni koji regulišu korišćenje zemljišta i uređenje prostora su veoma važni instrumenti u adaptaciji na razne uticaje klimatskih promjena, tako što se npr. zabranjuje građenje u oblastima koje su sklone plavljenju. Planiranje prostora je istovremeno značajan instrument u adaptaciji infrastrukture transporta. Mjere adaptacije i ublažavanja su u oblasti transporta veoma blisko povezane. Pametno planiranje naselja kako bi se izbjeglo nekontrolisano urbano širenje i povećanje saobraćaja, te favorizovanje korišćenja bicikla kao prevoznog sredstva po gradovima i naseljima, zagovaraju se i kao sredstva smanjenja pritiska na ranjivu transportnu infrastrukturu, i kao sredstvo ublažavanja.⁵²

8. ZAKLJUČAK

Između čovjeka i klimatskih promjena postoji snažna interakcija, jer klimatske promjene, kako ih definiše UN Konvencija o klimatskim promjenama, nastaju djelovanjem čovjeka i imaju globalan i dalekosežan uticaj, kako na cjelokupni biljni i životinjski svijet, tako i na čovjeka i na ljudske zajednice i sve odnose koji se unutar tih zajednica odvijaju. Čovjekovo djelovanje u vidu nekontrolisanog iskorištavanja i upotrebe fosilnih goriva je dovelo do narušavanja prirodne ravnoteže, tako da je neophodno što hitnije smanjivanje upotrebe fosilnih goriva, ali i uspostavljanje i razvijanje mjera prilagođavanja na nastale klimatske promjene, u čemu pravo ima značajnu ulogu kao sredstvo za implementaciju politike ublažavanja i prilagođavanja kroz različite sektore i oblasti.

Interakcija između čovjekovog djelovanja – prirode – i štetnih posljedica takvih djelovanja je veoma kompleksan sistem uzročno-posljedičnih odnosa, pa je i pravno regulisanje tih odnosa multidisciplinarnan proces u kojem se sva dostignuća u oblastima prirodnih nauka i tehnološkog razvoja koriste u procesu pravnog oblikovanja tih odnosa. UN Konvencijom o klimatskim promjenama, u okviru koje su donijeti značajni multilateralni međunarodni sporazumi, nastoje se regulisati prava i obaveze država u vezi sa redukcijom i kontrolom emisija gasova staklene bašte, što pretpostavlja brojne aktivnosti društva na koje klimatske promjene imaju naročito velik uticaj, ali istovremeno i uvođenje određenih promjena u aktivnostima pojedinaca i društvenih zajednica kojima se inače značajno doprinosi klimatskim promjenama. Stoga je neophodno da se politike adaptacije i ublažavanja razvijaju tako da se uzajamno nadopunjuju.

⁵¹ Vid. Elisabeth Hamin, Nicole Gurrán, "Urban form and Climate change: Balancing adaptation and mitigation in the U. S. and Australia", *Elsevier – Habitat International*, Vol. 33, Issue 3, 2009; vid. J. McDonald, 285.

⁵² R. Carter, 281.

Značajan je uticaj klimatskih promjena i na sigurnost ljudi širom svijeta, a naročito u određenim regionima u kojima su pored već postojećih narušenih ekonomsko-socijalnih uslova života, klimatske promjene okidajući faktor eskalacije nasilja i sukoba, pa je jasno da štetne posljedice klimatskih promjena najteže po-
gađaju one koji su najranjiviji, a to su nerazvijene zemlje i zemlje u razvoju.

Iako se donijetim međunarodnim propisima regulišu složeni odnosi u oblasti klimatskih promjena, postoje pitanja u toj oblasti koja do sada još uvijek nisu regulisana na odgovarajući način međunarodnim aktima. Prije svega su to pitanja koja se tiču zaštite prava klimatskih migranata, čiji broj iz godine u godinu značajno raste. Stoga je neophodno da se u međunarodnoj legislaciji pristupi popunjavanju takvih praznina, na način da se dopune postojeći propisi, ili da budu donijeti novi međunarodni akti kojima će biti regulisana pitanja zaštite prava migranata, i uopšte naroda i pojedinaca čija su osnovna ljudska prava ugrožena štetnim efektima klimatskih promjena.

Gordana N. Preradović, LL.M., Ph.D. Student
University of Banja Luka
Faculty of Law Banja Luka
preradovic.goga@gmail.com

Complexity of Social Interactions and Legal Regulation of Relations in the Context of Climate Change

Abstract: *The paper deals with issues of multiple connections between man and climate change and harmful effects of climate change, which significantly influence on existence and quality of life of individuals and human communities. With regard to the specific nature of climate change and its global character, there is a number of questions related to the legal regulation of human activities that contribute to climate change, issues of prevention and control of its further deterioration, as well as the legal treatment of damages caused by the effects of climate change, out of which massive forced migrations are the most drastic ones, and for which there is still no appropriate legal solution. Climate change has a great influence on safety of human communities, because they can be “a catalyzer” and “a trigger” for occurrence of violent conflicts in the state or the region, when the existing poor economic, social and other relevant factors lead to the escalation of open conflict. The paper also analyzes basic elements of any strategy on climate change and its adverse effects. The complexity of social interactions, when it comes to climate change, requires a multidisciplinary approach to their research, which in practice means that the basic research from natural scientific domains is followed by scientific research in the fields of social sciences, among which legal regulation of relations connected with climate change is of crucial importance.*

Keywords: *climate change, mitigation measures, adaptation measures.*

Datum prijema rada: 13.09.2016.

*Boba M. Brankov, student doktorskih studija
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
boba.brankov@gmail.com*

FOTOGRAFIJA KAO AUTORSKO DELO

Sažetak: *Autor fotografije, odnosno nosilac autorskog prava, raspolaže lič-nopravnim i imovinskopравnim ovlašćenjima, koja su detaljno regulisana ZASP. Fotografija se može smatrati autorskim delom, ukoliko ispunjava kriterijume koji su predviđeni zakonskom definicijom autorskog dela: fotografija mora biti ljudska tvorevina, mora imati duhovni sadržaj, navedeni duhovni sadržaj mora imati odgovarajuću formu i mora biti originalno delo. Odbor za ustavna pitanja i zakonodavstvo je u januaru 2016. godine podneo Narodnoj skupštini Republike Srbije predlog za usvajanje autentičnog tumačenja odredbe člana 2 stav 2. ZASP. Suština ovog predloga jeste da se svaka rutinski izrađena fotografija, koja se preuzima u elektronskom obliku, ne može smatrati autorskim delom, a samim tim i da autori navedenih fotografija ne mogu uživati zaštitu autorskog prava. Navedeni predlog za autentično tumačenje člana ZASP je motiv za pisanje ovog rada. U okviru posebnih poglavlja, razmotreni su elementi fotografije kao autorskog dela, povreda autorskog prava usled neovlašćenog korišćenja fotografije, uz poseban osvrt na povredu prava putem društvenih mreža.*

Ključne reči: *fotografija; autorsko pravo; povreda autorskog prava; društvene mreže; Internet*

1. UVOD

Shodno važećem Zakonu o autorskom i srođnim pravima u Republici Srbiji, fotografija predstavlja autorsko delo. U skladu sa ZASP, autorsko delo je originalna duhovna tvorevina autora, izražena u određenoj formi, bez obzira na njegovu umetničku, naučnu ili drugu vrednost, njegovu namenu, veličinu, sadržinu i način ispoljavanja, kao i dopuštenost javnog saopštavanja njegove sadržine.¹

¹ Zakon o autorskom i srođnim pravima („Sl. glasnik RS”, br. 104/2009, 99/2011, 119/2012 i 29/2016- odluka US), čl. 2, st. 1, daljem tekstu: ZASP.

Autor fotografije je svako lice koje je stvorilo predmetnu fotografiju. Autor je nosilac autorskog prava, s tim što nosilac može biti i svako lice koje je u skladu sa ZASP steklo autorsko pravo. Autorsko pravo ostvaruje se od momenta nastanka autorskog dela, te shodno navedenom autor fotografije može ostvariti zaštitu svog autorskog prava od momenta nastanka predmetne fotografije, nezavisno od činjenice da li je fotografija objavljena, odnosno da li je postala dostupna javnosti.²

Autor fotografije raspolaže ličnopravnim i imovinskopравnim ovlašćenjima. Po osnovu prava paterniteta, autor fotografije ima pravo na priznanje autorstva na njegovom delu. Takođe, autor ima pravo na naznačenje imena na fotografiji. Autor fotografije ima pravo da objavi svoju fotografiju, odnosno da odredi način na koji će ona biti objavljena, pravo na zaštitu integriteta svog autorskog dela, što se prevashodno odnosi na zaštitu od neovlašćene izmene fotografije. Autor fotografije ima pravo da se usprotivi bilo kakvom nedostojnom iskorišćavanju fotografije koja narušava ili može narušiti ugled ili čast autora fotografije.

Kad je reč o imovinskopравnim ovlašćenjima autora fotografije, autor ima prava da ekonomski iskorišćava svoje autorsko delo i za svako iskorišćavanje od strane drugog lica ima pravo na odgovarajuću naknadu. Autor ima pravo da dozvoli ili zabrani beleženje i umnožavanje svoje fotografije. Takođe, autor ima pravo stavljanja primeraka dela u promet. Autor dela, odnosno pravni sledbenik autora³, ima pravo da ustupi pojedina ili sva imovinska prava na autorskom delu drugom licu.⁴

Na osnovu prethodnih navoda može se jasno zaključiti da autor fotografije, odnosno nosilac autorskog prava, ostvaruje pravo na fotografiji kao autorskom delu, baš kao i autori drugih vrsta autorskih dela, koja su predviđena ZASP. Upravo zbog toga je stručnoj javnosti bilo nejasno zašto je Odbor za ustavna pitanja i zakonodavstvo u januaru 2016. godine podneo Narodnoj skupštini Republike Srbije predlog za usvajanje autentičnog tumačenja odredbe člana 2 stav 2. Zakona o autorskom i srodnim pravima („Sl. glasnik RS”, br. 104/2009, 99/2011 i 119/2012).⁵ Suština ovog predloga jeste da se ne može svaka rutinski izrađena fotografija, koja se preuzima u elektronskom obliku, smatrati autorskim delom, a samim tim i da autori navedenih fotografija ne mogu uživati zaštitu autorskog prava. Pitanje fotografije kao autorskog dela i autorskog prava fotografa je izazvalo pravu medijsku buru u našoj zemlji.

² Više o tome vid. Sanja Radovanović, Tehnološke mere u sistemu zaštite autorskog prava, Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu, 1/2011, str. 399-411.

³ Više o tome vid. Sanja Radovanović, Autorsko pravo nakon smrti autora, Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu, 2/2004, str. 201-224.

⁴ Dragica Popesku, Fotografija kao autorsko delo, Pravo intelektualne svojine, Pravo i privreda broj 7-9/2016, Beograd 2016, 397.

⁵ Vid. Zvanični predlog Odbora za ustavna pitanja i zakonodavstvo za usvajanje autentičnog tumačenja odredbe čl. 2, st. 2 Zakona o autorskom i srodnim pravima („Sl. glasnik RS”, br. 104/2009, 99/2011 i 119/2012) broj: 011-3417/15 od 21.12.2015. godine.

2. KRITERIJUMI ODREĐIVANJA FOTOGRAFIJE KAO AUTORSKOG DELA

Fotografija, kao autorsko delo, predstavlja predmet autorskopravne zaštite. Da bismo dobili odgovor na pitanje da li neka fotografija predstavlja autorsko delo ili ne, neophodno je utvrditi da li ta fotografija ispunjava odgovarajuće kriterijume, na osnovu kojih se utvrđuje da li neko delo može biti predmet autorskopravne zaštite.

Kriterijumi na osnovu kojih se utvrđuje da li se neko delo može smatrati autorskim delom, sadržani su u zakonskoj definiciji autorskog dela. Autorsko delo je pre svega tvorevina autora, što znači da mora biti *ljudska tvorevina*. Autorsko delo mora imati *duhovni sadržaj* koji dolazi do izražaja u samom delu, jer čovek kao duhovno biće ispunjava svoja dela duhovnim sadržajem. Dalje, navedeni duhovni sadržaj mora imati *određenu formu*, jer duhovni sadržaj koji se zadržava samo u svesti autora bez mogućnosti da ga drugi ljudi koriste, ne može se smatrati autorskim delom. I na kraju, autorsko delo mora biti *originalno*, odnosno jedinstveno, što znači da u njemu mora postojati odraz ličnosti samog autora.⁶

Važan deo definicije autorskog dela jeste da ono uživa pravnu zaštitu bez obzira na njegovu umetničku ili naučnu vrednost, namenu i dopuštenost javnog saopštavanja. U praksi se često dešava da se autorska dela određuju uz pomoć pojmova i vrednosnih stavova nauke i umetnosti iz razloga što se u prvom članu ZASP navodi da se njime uređuju prava autora književnih, naučnih, stručnih i umetničkih dela. Međutim, ovaj stav je pogrešan iz razloga što zakonska definicija autorskog dela nedvosmisleno ističe da autorsko delo ne mora imati umetničku, naučnu ili kulturnu vrednost.

2.1. Fotografija kao ljudska tvorevina

Fotografija je autorsko delo ukoliko je nastala kao proizvod čovekovog rada. Kao i sva ostala autorska dela, i fotografija mora biti ljudska tvorevina. Iako fotografije danas nastaju upotrebom digitalnog fotoaparata, odnosno kamere, ovi uređaji predstavljaju samo tehnička sredstva, koja čovek, odnosno autor, koristi u cilju stvaranja fotografije. Fotografija koja nije nastala čovekovom aktivnošću, ne može se smatrati autorskim delom. U američkoj praksi je poznat slučaj, u kom je tužbu zbog povrede autorskih prava podnela organizacija za zaštitu prava životinja PETA u ime majmuna po imenu Naruto protiv fotografa Dejvida Slejtera. Naime, životinja je uslikala sama sebe (napravila tzv. selfi) iskoristivši aparat pomenutog fotografa, te je PETA smatrala da u skladu sa američkim zakonom o autorskim pravima, nosilac autorskih prava na fotografiji majmun Naruto, a ne fotograf.

⁶ Slobodan Marković, Dušan Popović, Pravo intelektualne svojine, Beograd 2014, 38-41.

Američki sud je pravilno zauzeo stav da dela životinja ne mogu uživati autorsko-pravnu zaštitu.⁷

2.2. Duhovni sadržaj fotografije

Da bi se fotografija mogla smatrati autorskim delom, ona mora imati duhovno značenje. Fotografija kojoj nedostaje duhovni sadržaj ne može se smatrati autorskim delom. Taj sadržaj proizilazi iz čoveka, kao duhovnog bića. „*Duhovni sadržaj (smisao, značenje) mora doći do izražaja u samom delu, a ne u nekim pratećim saznanjima ili uputstvima koja su izvan dela. Drugim rečima, komunikacija koju autorsko delo uspostavlja između ljudi mora biti neposredna, tj. zasnovana na smislu i značenju koji su imanentni samom delu.*”⁸ Kao primer možemo uzeti fotografiju televizora, koja je nastala samo zato da bismo pokazali prijateljima novi televizor koji smo kupili. Pomenuta fotografija se ne može smatrati autorskim delom iz razloga što je njena jedina svrha prenošenje informacije o kupovini novog aparata, nema duhovnog sadržaja i zato što ovakva fotografija nema nikakvog smisla bez dodatnog objašnjenja o razlogu njenog nastanka. Ali ako uzmemo kao primer fotografiju televizora, koja je urađena posebnim tehnikama, uz specijalno osvetljenje, i koja ima za cilj reklamiranje novog proizvoda tehnike, takva fotografija se može smatrati autorskim delom. Navedena fotografija poseduje značenje, jer ukazuje na snagu i karakteristike novog proizvoda, prenosi potencijalnim kupcima poruku da će uz novo dostignuće tehnike gledati kvalitetniju sliku televizijskog programa.

2.3. Forma fotografije

Forma fotografije kao autorskog dela je vizuelnog karaktera, ispoljava se putem slika i boja, čime se prenosi duhovni sadržaj samog dela. Kada je reč o određenosti forme fotografije, ne misli se prevashodno na materijalnu formu, jer nije bitno da li je fotografija sačuvana na CD-u, u memoriji računara ili na memorijskoj kartici fotoaparata. Forma kao bitan elemenat autorskog dela ispoljava se u vidu znakova komunikacije. Na osnovu navedenih vizuelnih znakova komunikacije čovek se upoznaje sa sadržinom autorskog dela. Ono što je karakteristično za fotografiju, jeste da se sadržina fotografije može spoznati samo putem čula vida, za razliku od književnog dela koje se može saopštiti u pisanoj formi ili usmeno.⁹

⁷ Monkey who took selfie can not own copyright to the photo, judge rules, <http://www.telegraph.co.uk/news/newstoppers/howaboutthat/12086397/Monkey-who-took-selfie-can-not-own-copyright-to-the-photo-judge-rules.html>, 25.maj 2016.

⁸ S. Marković, D. Popović, 38.

⁹ S. Marković, D. Popović, 39.

2.4. Fotografija kao originalno delo

Originalnost fotografije je najbitniji kriterijum na osnovu kog se određuje da li se neka fotografija smatra autorskim delom. Fotografija je originalna ukoliko sadrži otisak individualnosti samog autora. Svaka fotografija koja se smatra autorskim delom mora biti jedinstvena i neponovljiva, baš kao što je i duhovni izraz svakog autora. Originalnost fotografije se ne može posmatrati u apsolutnom smislu, jer kreativnost i stvaralaštvo svake individue počiva na saznanjima i veštinama koje čovečanstvo prenosi i proširuje vekovima. To znači da se u svakom autorskom delu nalaze elementi koji se mogu pronaći i u drugim delima iste vrste, s tim što je neophodno da autorsko delo sadrži i elemente na osnovu kojih će ono biti prepoznatljivo u odnosu na ostala dela, kako zbog sopstvene specifičnosti, tako i zbog specifičnosti njenog autora.

Poznat slučaj u američkoj praksi u kom je zauzet stav u vezi pitanja originalnosti autorskog dela jeste tužba koju je poznati američki fotograf Džonatan Menjon podneo protiv proizvođača piva zbog povrede autorskog prava, ističući da je tuženi iskoristio njegovu fotografiju košarkaške zvezde Kevina Garneta za sopstvenu reklamu. Sud je zauzeo stav da se originalnost fotografije ogleda u samom izlaganju, odnosno prezentaciji slike i samom momentu fotografisanja, ali se nikako ne može proširiti na objekat odnosno kadar koji se fotografiše. Objekta i kadar mogu biti element originalnosti, samo ukoliko ih je fotograf sam stvorio.¹⁰

2.5. „Selfi” fotografija

Oksfordski rečnik je izabrao „selfi” za reč 2013. godine. Selfi je fotografija, odnosno autoportret samog fotografa, najčešće uslikana digitalnom kamerom telefona i objavljena putem društvenih mreža.¹¹ Selfi je svakako jedna od najzastupljenijih fotografija na društvenim mrežama. U praksi se često postavlja pitanje da li se selfi fotografija može smatrati autorskim delom. Na dodeli nagrade Oskar 2014. godine, koju dodeljuje američka Akademija filmskih umetnosti i nauka, nastao je najpoznatiji selfi koji je na svom Tviter nalogu objavila tadašnja voditeljka programa dodele Oskara, čuvena američka voditeljka Elen Dedženeres. Nakon što je AP (Asosijeted Pres)¹² dobio dozvolu od voditeljke za saopštavanje fotografije u novinama, stručna javnost je postavila pitanje da li je voditeljka autor selfija, odnosno da li je nosilac autorskog prava na predmetnoj fotografiji. Iako postoje različita mišljenja u stručnoj javnosti o tome ko je nosilac autorskog prava na čuvenoj selfi fotografiji, većina je zauzela stav da je autor fotografije po-

¹⁰ Mannion v. Coors Brewing Co. <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/2005%20Mannion%20Abridged.pdf>, 11. maj 2016.

¹¹ Eng. selfie, The Oxford Dictionaries Word of the Year 2013, <http://blog.oxforddictionaries.com/press-releases/oxford-dictionaries-word-of-the-year-2013/>, 15. maj 2016.

¹² Associated Press, čuveno američko udruženje novinskih agencija.

znati glumac Bredli Kuper, koji je napravio fotografiju, odnosno koji je faktički pritisnuo dugme za slikanje na kameri telefona. Ova činjenica nije sporna, jer je i sama voditeljka objavila na svom Tviter nalogu da je glumac uslikao spornu selfi fotografiju. Takođe, pravni stručnjaci su zauzeli stav da nosilac autorskog prava sigurno nije kompanija Samsung, koja je proizvođač mobilnog telefona, uz pomoć kog je nastala selfi fotografija.¹³

3. POVREDA AUTORSKOG PRAVA-NEOVLAŠĆENO KORIŠĆENJE FOTOGRAFIJE

Povreda autorskog prava predstavlja neovlašćeno vršenje bilo koje radnje koja je obuhvaćena isključivim pravima nosioca autorskog prava, neplaćanje naknade propisane ZASP ili ugovorom, kao i neizvršavanje drugih obaveza prema nosiocu autorskog prava, propisanih ZASP.¹⁴ U slučaju povrede autorskog prava, autor fotografije ima pravo da tužbom zahteva naknadu materijalne i nematerijalne štete, u skladu sa Zakonom o obligacionim odnosima.¹⁵

Zahvaljujući razvoju tehnologije, pojavi digitalnih fotoaparata i digitalne fotografije, neovlašćeno korišćenje fotografija je postala svakodnevna pojava. Analogna fotografija se na jednostavan način može, fotokopiranjem ili fotografisanjem digitalnom kamerom, pretvoriti u digitalnu, te se može izmeniti, odnosno obraditi putem pristupačnih kompjuterskih programa za obradu fotografije.¹⁶

Čest primer neovlašćene upotrebe fotografije u praksi jeste neovlašćeno saopštavanja fotografije od strane medija. Pod medijem se podrazumevaju dnevne i periodične novine, servis novinske agencije, radio-program i televizijski program i elektronska izdanja tih medija, kao i samostalna elektronska izdanja (uređivački oblikovane internet stranice ili internet portali), a koji su registrovani u Registru medija.¹⁷ U novinama i na internet stranicama medija se često saopštavaju fotografije (koje u skladu sa ZASP predstavljaju autorska dela), bez saglasnosti i bez označenja imena autora fotografije, čime se vrši povreda autorskog prava. Povreda autorskog prava ne postoji u slučaju kada se objavljene fotografije pojavljuju kao deo obaveštavanja javnosti o tekućim događajima.¹⁸

¹³ Paging Bradley Cooper's Lawyers: He Might Own Ellen's Famous Oscar Selfie, <http://www.thewire.com/politics/2014/03/paging-bradley-coopers-lawyers-you-might-own-ellens-famous-oscar-selfie/358758/>, 23. maj 2016.

¹⁴ ZASP, čl. 204.

¹⁵ D. Popesku, 398.

¹⁶ Dragan Prlja, Mario Reljanović, Zvonimir Ivanović, *Internet pravo*, Beograd 2012, 75 i 76.

¹⁷ Zakon o javnom informisanju i medijima („Sl. glasnik RS”, br. 83/2014, 58/2015 i 12/2016 – autentično tumačenje), čl. 29, st. 2.

¹⁸ Dozvoljeno je, u okviru izveštavanja javnosti putem štampe, radija, televizije i drugih medija o tekućim događajima, u obimu koji odgovara svrsi i načinu izveštavanja o tekućem doga-

Izrada fotografije u kolaž tehnici može predstavljati povredu autorskog prava.¹⁹ Kolaž tehnika je prevashodno slikarska tehnika, ali se upotrebljava i u izradi umetničke fotografije. Autor fotografije, upotrebljene prilikom izrade kolaža, ima pravo na naknadu štete u slučaju neovlašćene upotrebe njegove fotografije. Međutim, u međunarodnoj praksi postoje i suprotni stavovi. Poznati slikar Ričard Princ je napravio izložbu umetničkih kolaža upotrebivši fotografije drugog umetnika sa motivima rastafarianaca iz Jamajke. Fotograf je podneo tužbu protiv slikara, a drugostepeni sud je po žalbi zauzeo stav da je 25 od 30 upotrebljenih fotografija dovoljno izmenjeno, da bi se mogle smatrati „pravičnom upotrebom”.²⁰ Institut pravične upotrebe²¹ postoji u anglosaksonskom pravu, i pod njim se podrazumeva pravo na korišćenje autorskog dela, bez saglasnosti autora. Pravičnu upotrebu ne treba shvatiti kao pravo na neograničeno korišćenje autorskog dela, već upotrebu autorskog dela u korist nekih viših društvenih ciljeva i interesa. Primena navedenog instituta postoji u slučaju upotrebe autorskog dela prilikom kritičkog izlaganja, predavanja, novinarskog izveštavanja, istraživanja i u drugim sličnim radnjama. Američki zakon o autorskim pravima predviđa kriterijume na osnovu kojih se može utvrditi da li se radi o primeni instituta pravične upotrebe, i tu spadaju: svrha i karakter upotrebe dela, priroda autorskog dela, u kojoj meri je autorsko delo upotrebljeno i efekat upotrebe autorskog dela.²²

Zabranjeno je saopštavanje fotografije u vidu ilustracije u knjizi²³, u okviru reklame ili reklamnog bilborda, čestitki, razglednica i sličnih vidova komercijalne upotrebe, bez dozvole autora fotografije. Autor fotografije može u pisanoj

daju, bez dozvole autora i bez plaćanja autorske naknade: 1) umnožavanje primeraka objavljenih dela koja se pojavljuju kao sastavni deo tekućeg događaja o kome se javnost izveštava; 2) pripremanje i umnožavanje kratkih izvoda ili sažetaka iz novinskih i drugih sličnih članaka u pregledima štampe; 3) umnožavanje političkih, verskih i drugih govora održanih na javnim skupovima, u državnim organima, verskim ustanovama ili prilikom državnih ili verskih svečanosti; 4) slobodno korišćenje dnevnih informacija i vesti koje imaju prirodu novinskog izveštaja. Odredba stava 1. ovog člana shodno se primenjuje na sve oblike javnog saopštavanja pomenutih dela-ZASP, čl. 43.

¹⁹ Gorana Aralica Martinović, Trgovački sud u Zagrebu, Fotografija kao autorsko djelo, http://www.vtsrh.hr/index.php?page=conference&conf_id=2200&article_id=2209, 22. april 2016.

²⁰ 8 Legal Cases Every Photographer Should Know, <http://petapixel.com/2014/10/28/8-legal-cases-every-photographer-know/>, 09. april 2016.

²¹ Eng. fair use.

²² Photography and Copyright Law, <http://blog.kenkaminesky.com/photography-copyright-and-the-law/>, 19. februar 2016.

²³ Bez dozvole autora, a uz obavezu plaćanja autorske naknade, dozvoljeno je, u obliku zbirke namenjene nastavi, ispitu ili naučnom istraživanju, umnožavanje na papiru ili sličnom nosaču, putem fotokopiranja ili bilo kojeg oblika fotografske ili slične tehnike koja daje slične rezultate, odlomaka objavljenih autorskih dela, pojedinačnih kratkih objavljenih autorskih dela u oblasti nauke, književnosti i muzike ili pojedinačnih objavljenih autorskih dela fotografije, likovne umetnosti, arhitekture, primenjene umetnosti, industrijskog i grafičkog dizajna i kartografije ako se radi o objavljenim delima više različitih autora, osim ako to autor izričito ne zabrani – ZASP, čl. 55.

formi izričito zabraniti izlaganje fotografije, prilikom otuđenja originalnog dela, osim ukoliko je vlasnik fotografije galerija, muzej ili druga javna ustanova.²⁴

U eri informacione tehnologije, Interneta i društvenih mreža, potreba za izradom digitalne fotografije gotovo da je prestala da postoji. Saopštavanjem fotografije putem internet sajtova, omogućen je pristup fotografijama širokoj javnosti, te se iste mogu veoma lako sačuvati i koristiti, kako u lične, tako i u komercijalne svrhe. Zbog toga se najčešće povrede autorskog prava dešavaju upravo usled objavljivanja fotografija putem Interneta.

4. POVREDA AUTORSKOG PRAVA NA FOTOGRAFIJI PUTEM DRUŠTVENIH MREŽA

Povreda privatnosti i zloupotreba ličnih podataka na društvenim mrežama je sve češća pojava, kako zbog brojnih praznina u pravilima korišćenja društvenih mreža, tako i zbog nepoznavanja istih od strane korisnika. Zahvaljujući društvenim mrežama, čiji su korisnički nalozi besplatni, korisnici širom sveta mogu međusobno stupiti u kontakt, saznati lične podatke drugih korisnika, pregledati i sačuvati tuđe fotografije. Korisnički nalozi se mogu zaštititi, te se pristup podacima korisnika može ograničiti. Na taj način se pravi razlika između korisničkih naloga čiji su sadržaji apsolutno dostupni i naloga čija je sadržina dostupna užem krugu korisnika društvene mreže.

Mnogi korisnici nisu svesni činjenice da podaci koji se registruju putem društvene mreže i podele sa ostalim korisnicima mogu ostati trajno zabeleženi, pa čak i nakon brisanja naloga, što je slučaj kod društvene mreže Fejsbuk.²⁵ „Čak i ukoliko odluči da obriše korisnički nalog i uništi informacije koje su objavljene, korisnik ne može da bude siguran da neko već nije odštampao podatke ili fotografije.”²⁶ Iz navedenog razloga, korisnik prilikom kreiranja korisničkog naloga mora posebno obratiti pažnju na politiku privatnosti²⁷ društvene mreže u okviru koje kreira nalog. Kada je reč o fotografijama na društvenim mrežama, najpopularnije društvene mreže putem kojih se objavljuju fotografije korisnika, jesu Fejsbuk, Instagram i Tviter²⁸. Osnovno pitanje jeste: da li su, i u kojoj meri, autorska prava autora fotografije zaštićena nakon objavljivanja fotografije putem društvenih mreža.

²⁴ ZASP, čl. 37.

²⁵ <https://www.facebook.com/>, 11.april 2016.

²⁶ Miomir Kostić, Vida Vilić, Privatnost korisnika društvenih mreža, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, broj 64, 2013, 72.

²⁷ eng. privacy policy.

²⁸ <https://www.instagram.com/>, <https://twitter.com/?lang=en>, 15.april 2016.

4.1. Fotografija na društvenoj mreži Fejsbuk

Pristup fotografijama objavljenim putem društvene mreže Fejsbuk može biti ograničen. Korisnik naloga može, prilikom saopštavanja fotografije, predvideti da fotografija bude dostupna svima ili da bude dostupna samo određenoj grupi korisnika, sa kojima je korisnik naloga povezan preko društvene mreže.

Fejsbuk je pod uticajem kritika Elektronskog informacionog centra za zaštitu podataka promenio politiku privatnosti na taj način što je omogućio korisnicima naloga da putem podešavanja imaju veći uticaj na dostupnost svojih ličnih podataka objavljenih putem Fejsbuka. Međutim, i pored unapređenja politike privatnosti, i dalje postoje nedostaci u pogledu zaštite podataka korisnika. Ukoliko ukucate ime i prezime određene osobe preko Gugl pretraživača, pojaviće vam se korisnički nalog tog lica, ukoliko je registrovan na Fejsbuk mreži.²⁹ Pored naloga, biće vam dostupna profilna i naslovna fotografija korisnika, za koje ne postoji mogućnost ograničenja dostupnosti.

Prilikom kreiranja korisničkog naloga, korisnik daje saglasnost na uslove korišćenja³⁰. Kada je u pitanju sadržaj koji se odnosi na pravo intelektualne svojine, kao što su video i fotografije (IP sadržaj), korisnik naloga prenosi Fejsbuku, u skladu sa postavkama privatnosti, izričitu, neekskluzivnu, prenosivu dozvolu koja se može podlicencirati, za koju se ne plaća naknada i koja važi za ceo svet, te Fejsbuk može da koristi bilo koji IP sadržaj koji korisnik objavi u usluzi Fejsbuk ili u vezi sa istom (IP dozvola).³¹ Postoje različita tumačenja u pogledu granica korišćenja fotografija korisnika naloga od strane Fejsbuka. Na primer, postoji mišljenje da Fejsbuk raspolaže širokim ovlašćenjima u pogledu upotrebe fotografija korisnika, ali da se nikako ne može smatrati nosiocem autorskog prava.³² Takođe, treba napomenuti da fotografije objavljene putem Fejsbuka mogu postati dostupne marketinškim partnerima Fejsbuka, drugim kompanijama i državnim organima, ukoliko je to neophodno.³³

Fejsbuk je internet posrednik koji se smatra odgovornim za nastalu povredu prava, ukoliko je znao ili morao znati za povredu prava koja je izvršena putem njegove mreže, odnosno ako je o istoj obavešten, a sporni sadržaj nije odmah uklonjen, osim ukoliko nije ostvario finansijsku korist nastalu u vezi sa navedenom povredom prava (hosting provajder). Ako se uzmu u obzir činjenice da korisnici Fejsbuk mreže prilikom registrovanja profila daju saglasnost sa opštim uslovima mreže, da Fejsbuk najčešće uklanja sadržaje kojima se vrši povreda

²⁹ M. Kostić, V. Vilić, 68.

³⁰ eng. terms of service.

³¹ <https://sr-rs.facebook.com/legal/terms/update>, 15. april 2016.

³² Does Facebook Really Own Your Photos?, <https://www.plagiarismtoday.com/2015/05/13/does-facebook-really-own-your-photos/>, 15.maj 2016.

³³ M. Kostić, V. Vilić, 65 i 66.

prava prilikom prijave korisnika i da su usluge Fejsbuka pretežno besplatne, kompanija Fejsbuk vrlo lako može izbeći odgovornost za nastalu povredu autorskog prava putem njihove mreže.³⁴

4.2. Fotografija na društvenoj mreži Instagram

Instagram je društvena mreža koja se nalazi u vlasništvu kompanije Fejsbuk (osnivača društvene mreže Fejsbuk) putem koje korisnici naloga objavljuju fotografije i video snimke. Samim tim ova društvena mreža ima manji broj korisničkih mogućnosti, u odnosu na Fejsbuk. „*Suština Instagrama kao društvene mreže je u slobodnom šerovanju i deljenju u cilju promovisanja dela anonimnih umetnika. Instagram je posvećen tome da korisnici slobodno dele svoje fotografije omogućavajući im da budu prepoznati u široj javnosti, a ne samo među svojim kontaktima.*”³⁵

Korisnički nalog na društvenoj mreži Instagram može biti dostupan svima ili se pristup nalogu može ograničiti samo na korisnike mreže, kojima korisnik naloga omogućuje pristup.³⁶ Pravila korišćenja Instagrama su, kada je reč o fotografijama korisnika naloga, slična kao i na društvenoj mreži Fejsbuk. Iako se navodi da Instagram nije vlasnik objavljenog sadržaja od strane korisnika naloga, Instagram stiče dozvolu za korišćenje objavljenog sadržaja, uz mogućnost podlicenciranja dozvole.³⁷

4.3. Fotografija na društvenoj mreži Twitter

Kada je reč o društvenoj mreži Twitter, pravila korišćenja ove mreže su slična pravilima ostalih društvenih mreža. Fotografije, video zapisi, tekstualne poruke i ostali sadržaji, objavljuju se od strane korisnika u vidu takozvanih „tvitova”. Pravila korišćenja ove mreže, odnosno deo koji se odnosi na prava korisnika, sadrži apostrofirano objašnjenje šta znači dozvola, koju korisnik daje mreži, u pogledu sadržaja koji objavljuje: tom dozvolom korisnik omogućava mreži da njegove „tvitove” učini dostupnim svima na svetu, kao i da omogućiti drugima da učine istu stvar.³⁸

Jedan od prvih slučajeva u međunarodnoj praksi koji se odnosi na uslove korišćenja fotografija objavljenih putem društvenih mreža je spor između AFP (Agencija Frans Pres) i fotografa Daniela Morel. Pomenuti fotoreporter je putem mreže

³⁴ Sanja Radovanović, *Autorsko pravo i Fejsbuk*, s posebnim osvrtom na pravo Srbije, *Intelektualna svojina i Internet*, Beograd 2016, 160-163.

³⁵ Čije su moje Instagram fotografije, <http://pravoikt.org/cije-su-moje-instagram-fotografije/>, 23. mart 2016.

³⁶ Takozvani pratilci naloga, eng. followers.

³⁷ <https://help.instagram.com/478745558852511>, 16. april 2016.

³⁸ <https://twitter.com/tos?lang=en#yourrights>, 16. april 2016.

Tviter objavio fotografije prizora sa Haitija nakon zemljotresa 2010. godine. AFP je otkrila ove fotografije putem tviter naloga drugog korisnika, te je navedene fotografije prenela drugoj kompaniji, a koje su kasnije objavljene i putem medija. Fotograf je optužio AFP za povredu autorskih prava, a da bi dokazala da je postupila u skladu sa pravilima društvene mreže Tviter, AFP je podnela tužbu protiv Morela, koji je uzvratio protivtužbom. Sud je zauzeo stav da pravila mreže Tviter dozvoljavaju korisnicima da podele (retvituju)³⁹ fotografije drugih korisnika putem mreže, odnosno da ih podele sa ostalim korisnicima, ali nikako da ih upotrebe u komercijalne svrhe.⁴⁰

Slično pravno stanovište postoji i u našoj pravnoj teoriji, kada je reč o povredi autorskih prava na društvenoj mreži Tviter. „*U slučaju da određeni tvit ispunjava uslove za autorskopravnu zaštitu, njegovo prosleđivanje (retvitovanje) bez saglasnosti titulara autorskog prava predstavljaće radnju povrede prava, osim u slučaju kada je preduzimanje takve radnje bez saglasnosti titulara prava dopušteno zakonom kao vid ograničenja prava. Međutim, ograničenje prava ne deluje u slučaju kada se tuđi tvit preuzima bez navođenja izvora. Tviteraš čiji originalan tvit je „prepisan”, a ne retvitovan, mogao bi, stoga, da podnese zahtev za uklanjanje tvita, na osnovu „Tviterove” Politike zaštite autorskog prava, ili da pokrene sudski postupak za utvrđivanje povrede autorskog prava.*”⁴¹ Retvitovanje predstavlja citiranje celokupnog tuđeg tvita, uz navođenje imena autora tvita. U slučaju prepisivanja tvita koji ispunjava uslove za autorskopravnu zaštitu, bez navođenja imena autora tvita, došlo bi do povrede autorskog prava.⁴²

5. ZAKLJUČAK

U teoriji postoje različita shvatanja o pitanju koje fotografije uživaju autorskopravnu zaštitu. Pojedini autori smatraju da samo umetničke fotografije mogu biti autorska dela. „*U teoriji nema dileme da pravnu zaštitu ne treba pružiti svim fotografijama, već samo umetničkim fotografijama. Po pitanju razlikovanja umetničke fotografije od ostalih tzv. „običnih” fotografija (koje predstavljaju običan prikaz faktografije u obliku živih bića, stvari ili prirode), postoje različita mišljenja i kriterijumi.*”⁴³ „*Kada su u pitanju fotografije neophodno je napraviti razliku između fotografija kao umetničkog dela koju štiti Zakon o autorskim i srodnim*

³⁹ eng. to retweet.

⁴⁰ Photographer wins \$1.2 million from companies that took pictures off Twitter, <http://www.reuters.com/article/us-media-copyright-twitter-idUSBRE9AL16F20131122>, 01.april 2016.

⁴¹ Dušan V. Popović, Autorskopravni pogled na korišćenje „Tvitera”, Intelktualna svojina i Internet, Beograd 2016, 112.

⁴² Ibid., 102 i 103.

⁴³ Vidoje Spasić, Autorska dela u digitalnom okruženju, Niš 2011, 86.

*pravima i običnih fotografije koje imaju zaštitu samo na osnovu opštih principa građanskog prava i propisa koji regulišu nelojalnu konkurenciju. Fotografija kao umetničko delo mora da poseduje izvestan stepen originalnosti i kreativnosti koji je odvajaju od obične fotografije, odnosno moraju da imaju određenu umetničku vrednost.*⁴⁴

Navedeni stav predstavlja temelj predloga Odbora za ustavna pitanja i zakonodavstvo za autentično tumačenje odredbe člana 2 stav 2. Zakona o autorskom i srodnim pravima. U predlogu se navodi da bi se u skladu sa zakonskom definicijom, svaka rutinska fotografija koja se preuzima u elektronskom obliku mogla nazvati autorskim delom, bez dokazivanja postojanja elemenata iz definicije, te se kao primer navodi selfi fotografija, fotografija praznih rafova, rupe na putu i slično. U obrazloženju navedenog predloga se posebno naglašava da autorskopravnu zaštitu ne mogu uživati fotografije koje čine deo ilustracije članka u novinama, a predstavljaju rezultat „mehaničke” radnje. Takođe, predlogom se ukazuje na hiperprodukciju fotografije usled razvoja tehnologije, kojom se umanjuje učešće čoveka u procesu stvaranja fotografije.⁴⁵

Na osnovu zakonske definicije se jasno može utvrditi koje elemente fotografija mora imati da bi se smatrala autorskim delom. Pre svega fotografija mora biti proizvod čovekovog rada, jer se samo ljudsko delo može smatrati autorskim delom. Fotografija mora imati duhovni sadržaj, nezavisno da li je u pitanju „rutinska” ili umetnička fotografija. Ukoliko fotografija praznih rafova u prodavnici nosi određeno duhovno značenje, prenosi određenu poruku i služi uspostavljanju komunikacije među ljudima, onda se takva fotografija može smatrati autorskim delom. Isto pravilo važi i za selfi fotografiju, naravno ukoliko ona nije nastala slučajnim pritiskanjem dugmeta za slikanje na fotoaparatu. Fotografija mora biti izražena u određenoj formi, s tim što u pogledu autorskopravne zaštite nije presudno da li se radi o analognoj ili digitalnoj fotografiji, da li je fotografija sačuvana u telefonu ili računaru. Sama materijalna forma nema značaja bez postojanja duhovnog sadržaja autorskog dela. Uz sve navedene elemente, fotografija mora biti i originalna. Originalnost je najvažniji element autorskog dela, jer se na osnovu ovog elementa autorska dela međusobno razlikuju. Originalnost se mora uslovno posmatrati. Danas svakako ne možemo pronaći fotografiju koja je originalna u apsolutnom smislu, jer svaka fotografija mora sadržati neke karakteristike koje su slične drugim fotografijama. Ono što je bitno kod originalnosti, jeste da fotografija mora imati specifičan trag autorove ličnosti u sebi, da bi se razlikovala od drugih fotografija. Kadar koji se fotografiše može biti identičan, ali izraz autora kroz fotografiju mora se razlikovati, da bi se fotografija smatrala autorskim delom.

⁴⁴ D. Prlja, M. Reljanović, Z. Ivanović, 75.

⁴⁵ Vid. Zvanični predlog Odbora za ustavna pitanja i zakonodavstvo za usvajanje autentičnog tumačenja odredbe člana 2 stav 2. Zakona o autorskom i srodnim pravima („Sl. glasnik RS”, br. 104/2009, 99/2011 i 119/2012) broj: 011-3417/15 od 21.12.2015. godine.

Ono što je svakako bitno istaći, jeste da fotografija kao autorsko delo ne podleže naučnom, umetničkom, moralnom ili nekom drugom sistemu vrednovanja.

Neovlašćena upotreba fotografije je svakodnevna pojava i dešava se u različitim društvenim sferama. S obzirom da živimo u eri kompjuterske tehnologije i digitalne fotografije, povreda autorskog prava se najčešće dešava putem Interneta i društvenih mreža. Praznine koje postoje u pravilima korišćenja društvenih mreža svakako doprinose povećanju broja slučajeva neovlašćenog korišćenja fotografija. Zadatak sudske prakse jeste upravo otklanjanje navedenih praznina, utvrđivanje povrede autorskog prava i zaštita autorskog prava autora fotografije. Iz primera međunarodne sudske prakse može se videti da se stavovi suda razlikuju u svakom pojedinačnom slučaju povrede autorskog prava, ali se isti zauzimaju u okvirima zakona i zakonskih elemenata autorskog dela. Sudovi u našoj zemlji bi trebalo, po ugledu na međunarodnu sudsku praksu, u svakoj pojedinačnoj situaciji da utvrde da li se neka fotografija smatra autorskim delom i da li je učinjena povreda autorskog prava, a sve u skladu sa ZASP. Predlog autentičnog tumačenja s jedne strane sužava krug fotografija koje se mogu smatrati autorskim delom, a s druge strane nepotrebno predviđa dodatno pojašnjenje zakonske definicije autorskog dela, koja je sama po sebi dovoljno precizna. Možda su upravo to i razlozi, zbog kojih navedeni predlog autentičnog tumačenja nije usvojen od strane Skupštine Republike Srbije.

*Boba M. Brankov, Ph.D. Student
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
boba.brankov@gmail.com*

Photography as a Copyright Work

Abstract: *The original holder of copyright has moral rights and property rights according to the law. Photograph can be regarded as copyright work, if it meets the criteria stipulated by the legal definition of copyright work: a photo must be created by a human being, it must have a spiritual content, spiritual content above must have the appropriate form and must be an original work. Committee on Constitutional and Legislative Affairs in January 2016 submitted to the National Assembly of the Republic of Serbia a proposal to adopt authentic interpretation of the provisions of article 2, paragraph 2 of Copyright Law. The purpose of this proposal is that each routinely made photo, which is downloaded in digital form, can not be considered as a copyright work. The proposal of the authentic interpretation above is the motive of this article. This work is focused on the elements of photograph as copyright work, copyright infringement due to unauthorized use of photographs, with special reference to the infringement of copyright through social networks.*

Keywords: *photograph; copyright; copyright infringement; the social network; Internet*

Datum prijema rada: 23.09.2016.

*Aleksandar S. Dorđević, student doktorskih studija
Univerzitet u Beogradu
Pravni fakultet u Beogradu
aleksandar.djordjevic@advokatdjordjevic.com*

PREDSEDNIK REPUBLIKE U USTAVNOM PORETKU SRBIJE – DESETOGODIŠNJICA USTAVA OD 2006.

Sažetak: *Od uvođenja višestranačja u Srbiji, predsednik Republike je bio u središtu pažnje. To naročito važi za period važenja Ustava Srbije od 1990, ali i posle, otkada je na snazi Ustav od 2006. Ukoliko bi se zadržali isključivo na normativnoj analizi, nema dileme da bi zaključak bio da je ustavotvorac nastojao da od predsednika Republike stvori moderatornu vlast koja svojim nezavisnim ustavnopravnim položajem treba da doprinosi uspostavljanju ravnoteže u sistemu vlasti. U ustavnoj praksi, u prethodnih deset godina, za važenja Ustava Srbije od 2006, imali smo dva potpuno različiti „stila predsednikovanja“, pri čemu nijedan ne odgovara važećoj „ustavnopravnoj slici“ ove institucije. Od 2007. do 2012. predsednik Republike Tadić se ponašao kao centralna ustavna figura, težeći da usredredi vlast u svojim rukama, oslanjajući se na moć koja je proizlazila iz pozicije vođe tada najjače političke partije. S dolaskom na mesto predsednika Nikolića, koji se odrekao funkcije predsednika političke partije, ustavna i politička moć se pomeraju gotovo u potpunosti ka predsedniku Vlade, a predsednik Republike se katkad ponaša i ispod ustavnih ovlašćenja kojima raspolaže.*

Ključne reči: *Ustav od 2006. – Predsednik Republike. – Izbor predsednika. – Ovlašćenja predsednika. – Odgovornost predsednika.*

1. UVOD

Od uvođenja višestranačja u Srbiji, predsednik Republike je bio u središtu pažnje. Na jednom polu, bili su oni koji su smatrali da je Ustav od 1990. godine ustanovio izvitopereni parlamentarizam¹ i da je ostvarenje načela podele vlasti bilo radikalno ograničeno autoritarnom prirodom Miloševićevog režima.² Na

¹ Pavle Nikolić, *Od raspada do beznađa i nade*, Beograd 1997, 151.

² Bogoljub Milosavljević, „Načelo podele vlasti u ustavu i ustavnoj praksi Republike Srbije“, *Pravni zapisi*, god. III, br. 1/2012, 5.

drugom, bili su malobrojni na čelu sa Ratkom Markovićem koji su objašnjavali da je ustavotvorac imao nameru da od predsednika Republike stvori arbitražnu vlast, koja svojim nezavisnim ustavnopravnim položajem treba da obezbeđuje ravnotežu u sistemu vlasti.³ Sagledavajući praksu primene Ustava od 1990. godine, može se zaključiti da položaj i ustavna uloga predsednika Republike više zavisi od ličnog autoriteta šefa države i njegove faktičke moći u odnosu na parlamentarnu većinu, a daleko manje od konkretnih ustavnih ovlašćenja ove političke institucije.⁴ Ustav od 2006. godine nije uneo suštinske novine u regulativu institucije predsednika Republike. Međutim, predsednik Republike je, u međuvremenu, „evoluirao od najvećeg faktičkog i ustavnog kapaciteta u nosioca manjeg dela izvršne vlasti, prepuštajući vladi centralnu političku ulogu“⁵. Otuda je i tema ustavnopravnog položaja predsednika Republike Srbije neprestano aktuelna, budući da promene u funkcionisanju ustavnog sistema traže i odgovarajuća objašnjenja.

Ukoliko se oslonimo na ustavne norme stiče se utisak da je predsednik Republike zamišljen kao arbitražna vlast kojoj je poverena uloga usklađivanja rada vlade i parlamenta. Ustavno određenje predsednika Republike kao institucije koja izražava državno jedinstvo Republike Srbije (član 111) potvrđuje tu tezu, jer je Vlada predviđena kao nosilac izvršne vlasti u Republici Srbiji (član 122). Otuda, trebalo bi očekivati da je predsednik Republike institucija koja vrši prvenstveno „moralni uticaj“ (*magistrature morale*), a ne politički (F. Frison-Roche).⁶ Dvojica predsednika koji su „predsednikovali“ do sada po tom ustavu potvrdili su da se ova institucija u velikoj meri može personalizovati, što znači da ona itekako dobija obeležja ličnosti predsednika, a zavisi i od njegove realne političke (stranačke) moći i konkretnog društveno-političkog okvira. „Služeći“ istom Ustavu, predsednici Tadić, potom aktuelni Nikolić, vršili su ovu funkciju na dva različita načina. Prvi, koncentrišući vlast u svojim rukama; drugi, prepuštajući da predsednik Vlade bude (i više nego) centralna figura u ustavnom poretku.

Instituciju predsednika Republike Srbije analiziraćemo, ustavnopravno, putem tri njegove bitne odrednice: 1) načina izbora; 2) ovlašćenja; 3) odgovornosti.⁷

2. IZBOR PREDSEDNIKA REPUBLIKE

Predsednik Republike bira se na neposrednim izborima, tajnim glasanjem (član 114), na vreme od pet godina, pri čemu nijedno lice ne može više od dva

³ Vid. Ratko Marković, „Moć i nemoć predsednika Republike“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3-4/2004, 336.

⁴ Dragan Stojanović, *Ustavno pravo*, knjiga II, Niš 2007, 269.

⁵ Slobodan Orlović, *Načelo podela vlasti u ustavnom razvoju Srbije*, Beograd 2008, 141.

⁶ Navedeno prema: Darko Simović, *Polupredsednički sistem*, Beograd 2008, 220.

⁷ Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Beograd 2015, 323-334.

puta biti izabrano na ovu funkciju (član 116). Neposredan izbor od strane građana neophodna je pretpostavka za ostvarivanja arbitražne funkcije koju je Ustav poverio predsedniku Republike. Naime, kako je dosadašnje iskustvo pokazalo fuzija parlamena i vlade, karakteristična za parlamentarizam, može da dovede do vlasti vlade nad parlamentom.⁸ „I upravo radi obezbeđivanja stvarne podele vlasti, neophodno je postojanje organa izvršne vlasti koji se konstituiše, funkcioniše i politički odgovara po principu neparlamentarne egzekutive. Tek tada se obezbeđuje stvarna ravnoteža vlasti, tako karakteristična za parlamentarizam“⁹. U cilju obezbeđivanja takvog položaja, pored neposrednog izbora od strane građana, Ustav je dalje predvideo da predsednik Republike ne može da obavlja drugu javnu funkciju ili profesionalnu delatnost (član 115), pri čemu je njegov imunitet istovetan onom kojim raspolažu narodni poslanici (član 119).

Neretko, među našim teoretičarima vlada uverenje da izbor od strane birača predstavlja snažan element predsedničkog sistema.¹⁰ Ipak, dosadašnje uporedno-pravno iskustvo potvrđuje stanovište da neposredan izbor šefa države ne protivreči institucionalnoj logici parlamentarizma.¹¹ Način izbora šefa države nije odlučujući element za određivanje pravne prirode jednog sistema vlasti. Ustavno-pravni položaj šefa države značajnije definiše delokrug ovlašćenja kojim on raspolaže.

Ipak, ako nije ključni element za kvalifikaciju sistema vlasti, način izbora je od velikog značaja za određenje legitimiteta predsednika Republike. Neposredan izbor daje jak demokratski legitimitet, a samim tim, potencijalno, i veći autoritet predsedniku. Posredan izbor predsednika vodi izvedenom, slabijem legitimitetu, a samim tim i, potencijalno, manjem autoritetu. Čini se da je našem političkom mentalitetu bliži predsednik Republike koji je neposredno izabran, te da bi tako i ubuduće trebalo da ostane.

3. OVLAŠĆENJA PREDSEDNIKA REPUBLIKE

U analizi će biti izostavljena ona ovlašćenja koja su po svojoj prirodi takva da ovom organu ne obezbeđuju realnu političku moć, kao i ona koja čine deo tradicionalnog delokruga poslova šefa države u parlamentarnom sistemu.

Kada je reč o njegovim ovlašćenjima u postupku obrazovanja vlade, Predsednik Republike, pošto sasluša mišljenje predstavnika izabranih izbornih lista, pred-

⁸ Ratko Marković, „Stari i novi ustav Srbije“, u: Olivera Vučić, Kosta Čavoški (ur.), *Ustavne promene*, Beograd 2003, 67.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Miodrag Jovičić, „Ustavni položaj predsednika Republike po novom srpskom Ustavu“, u: M. Jovičić, *Srbija na prelomu veka*, Izabrani spisi 6, Beograd 2006, 341.

¹¹ Darko Simović, *Polupredsednički sistem*, Beograd 2008, 216-248.

laže Narodnoj skupštini kandidata za predsednika Vlade (član 112, stav 1). To je rešenje koje u potpunosti odgovara duhu parlamentarne vladavine. Međutim, formulacija ustavne norme navodi na zaključak da ustavopisac nije bio potpuno precizan kada je određivao ulogu predsednika Republike u ovoj oblasti. Nema dileme da će njegova uloga u postupku obrazovanja Vlade opadati sa ukрупnjavanjem političke scene koja bi vodila formiranju stabilnih parlamentarnih većina. I obrnuto, uloga predsednika Republike će rasti ukoliko političke prilike ne omogućavaju lako i brzo formiranje parlamentarne većine, pa bi njegova moderatorna uloga mogla doći do izražaja u usmeravanju procesa postizanja koalicionih dogovora. Nakon poslednjih parlamentarnih izbora, održanih u proleće 2016. godine, predsednik Republike je imao samo da formalno pozove sve predstavnike izabranih izbornih lista, kako mu Ustav nalaže, jer je zbog ubedljive pobede koalicije oko SNS-a, mandatar za sastav Vlade bio poznat i pre nego što ga je predsednik zvanično predložio.

Ustav ne obavezuje predsednika Republike da pri predlaganju kandidata za premijera uvaži volju parlamentarne većine, međutim takođe je jasno da bi neprihvatanje većinskog mišljenja bilo politički nesvrishodno.¹² Ukoliko bi predsednik Republike ignorisao stav parlamentarne većine, u nameri da ometa ili blokira postupak konstituisanja nove vlade predlaganjem kandidata koji nema podršku većine, to bi bio jedan od mogućih razloga da se zbog zloupotrebe ustavnih ovlašćenja pokrene pitanje njegove odgovornosti zbog povrede Ustava.

Ukoliko se osvrnemo u neposrednu prošlost, može se zapaziti da se ustavno rešenje iz 1990. godine samo u nijansama razlikovalo od postojećeg i da je u postupku predlaganja mandatar za sastav vlade postojala obaveza za predsednika Republike da sasluša mišljenje predstavnika većine, a ne svih izabranih izbornih lista. Postavlja se pitanje da li ovakva promena u ustavnom regulisanju postupka formiranja vlade ima praktičnih posledica? Može se zaključiti da oba ustavna rešenja odlikuje elastičnost na kojoj je i zasnovan parlamentarizam.¹³ Budući da rezultat proporcionalnih izbora po pravilu nudi više političkih kombinacija za formiranje koalicione vlade, jasno je da konsultacije sa predstavnicima izabranih izbornih lista neće biti čisto protokolarnog karaktera.¹⁴ U svakom slučaju, predsednik je, po novom ustavnom rešenju, dužan da pozove sve predstavnike izabranih izbornih lista. Predsednik Nikolić je, nakon poslednjih parlamentarnih izbora održanih u aprilu 2016. godine, u prvom trenutku odlučio da ne poziva sve predstavnike izabranih lista, jer mu se to učinilo sasvim nepotrebnim. Posle nekoliko dana, shvatio je da bi takav njegov propust mogao biti okvalifikovan kao

¹² Darko Simović, „Institucionalne pretpostavke usklađivanja ustavnopravnog i realnog položaja predsednika Republike Srbije“, *Nauka, Bezbednost, Policija*, br. 1/2013, 13-14.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Dragan Stojanović, *Ustavno pravo*, knjiga II, Niš 2007, 263.

povreda Ustava, pa je odlučio da bar pozove sve predstavnike izabраних изборних lista i čuje *pro forma* njihovo mišljenje.

Ustav od 2006. godine predviđa rešenje na osnovu koga predsednik Republike može raspustiti Narodnu skupštinu isključivo na obrazloženi predlog Vlade (član 109, stav 1). S obzirom na to da je nesamostalno, jer zavisi od predloga vlade, pravo na raspuštanje parlamenta nije efikasan način političke borbe protiv parlamentarne većine u periodima kohabitacije. Da Vlada kojim slučajem dobija investituru od šefa države, koji bi istovremeno mogao da utiče na njenu egzistenciju, onda bi se moglo reći da predsednik Republike na posredan način raspolaze neograničenim pravom disolucije.¹⁵ Međutim, ako se ima u vidu da Vlada proizlazi iz parlamentarne većine jasno je da, u redovnim okolnostima, ona neće izazivati raspuštanje predstavničkog tela, jer bi tako urušavala i svoju političku egzistenciju. Prema tome, može se zaključiti da će ovako postavljeno pravo disolucije predsednik Republike koristi isključivo u situacijama sukoba parlamentarne većine i vlade. Otuda, Ustavom proklamovano pravo raspuštanja Narodne skupštine od strane predsednika Republike ne protivreči prirodi parlamentarnog sistema vlasti.

U praksi, poslednja dva predsednikova raspuštanja Skupštine, pokazala su da je ovo ovlašćenje instrument u rukama Vlade, to jest njenog predsednika da odabere politički najpovoljniji trenutak za nove izbore i ponovno osvajanje većine za formiranje Vlade. Predsednik je, kao i u ranijim slučajevima raspuštanja Skupštine, samo formalno donosio odluku o raspuštanju. Onaj koji je odluku suštinski donosio bio je predsednik Vlade.

Pravo suspenzivnog zakonodavnog veta predsednik Republike ima u vezi sa svojim ustavnim ovlašćenjem da „ukazom proglašava zakone, u skladu sa Ustavom“.¹⁶ Naime, predsednik Republike je dužan da najkasnije u roku od 15 dana od dana izglasavanja zakona, odnosno najkasnije u roku od sedam dana ako je zakon donet po hitnom postupku, donese ukaz o proglašenju zakona ili da zakon, uz pismeno obrazloženje vrati Narodnoj skupštini na ponovno odlučivanje (član 113). Da bi vetirani zakon stupio na snagu neophodno je da na ponovnom glasanju u Narodnoj skupštini bude izglasan većinom od ukupnog broja poslanika. U tom slučaju, predsednik Republike je dužan da proglasi ponovno izglasani zakon. Ukoliko bi ovo rešenje uporedili sa onim koje je predviđao Ustav od 1990. godine, može se zaključiti da je ustavotvorac od 2006. godine dodatno osnažio predsednikovo ovlašćenje odgodnog veta.

Ipak, pri analizi domašanja predsednikovog suspenzivnog veta treba imati u vidu da Ustav ne predviđa jednoobrazan način odlučivanja u Narodnoj skupštini.

¹⁵ Darko Simović, „Institucionalne pretpostavke usklađivanja ustavnopravnog i realnog položaja predsednika Republike Srbije“, 14.

¹⁶ Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Beograd 2015, 330.

Naime, najvažnije, precizno Ustavom navedene materije uređuju se zakonima koji se donose većinom od ukupnog broja svih narodnih poslanika (član 105). U tom kontekstu iskazano pri ponovnom glasanju o veteranom zakonu neophodno je postići već ostvarenu većinu na inicijalnom glasanju. U praksi bi ovo svoje ovlašćenje šef države trebalo da koristi primarno zbog necelishodnosti izglasanog zakona, jer na ustavnost svih zakona motri poseban, specijalizovan organ, Ustavni sud.¹⁷ Naime, ukoliko bi se predsednik Republike pozivao na neustavnost pojedinih zakona, to u svakom slučaju ne bi imalo posebnog pravnog značaja, tako da bi Narodna skupština iznova mogla da usvoji veterani zakon.

Kada je reč o snazi ovako koncipiranog prava suspenzivnog zakonodavnog veta precizirajmo da ono omogućava predsedniku Republike da uspori zakonodavni proces ukoliko smatra da zbog necelishodnosti ili neustavnosti nekog zakona Narodna skupština ponovo treba da raspravi o tome da li je neophodno njegovo usvajanje. Krajnji domet suspenzivnog veta je vraćanje zakona Narodnoj skupštini na ponovno glasanje, a Narodna skupština ima konačnu reč o sudbini tog akta.¹⁸ Ne treba sasvim potcenjivati značaj suspenzivnog veta, ali je jasno da, u slučaju postojanja stabilne parlamentarne većine, ono postaje neefikasno sredstvo borbe protiv zakonodavne vlasti. Istina, kada je predsednik poslednji put koristio veto, u leto 2015. godine, skupštinska većina je bila vrlo stabilna, ali je „vetiranje“ zakona imalo apsolutno dejstvo. Naime, Narodna skupština je odlučila da ne glasa o zakonu koji je predsednik Republike vratio, tako da je veterani zakon „propao“.

Od ukupnog broja sudija Ustavnog suda predsednik Republike republike imenuje njih pet (član 172), dakle jednu trećinu sastava ovog organa. Precizirajmo da predsednik Republike nije samostalan pri imenovanju sudija Ustavnog suda, jer je ustavotvorac izukrštao organe pri konstituisanju sastava Ustavnog suda. Naime, predsednik Republike imenuje pet sudija Ustavnog suda između deset kandidata koje predloži Narodna skupština. S druge strane, kao protivteža ovom ovlašćenju Narodne skupštine, stoji ovlašćenje predsednika Republike da predloži 10 kandidata od kojih Narodna skupština bira pet sudija Ustavnog suda. Preostalih pet sudija imenuje opšta sednica Vrhovnog kasacionog suda između 10 kandidata koje na zajedničkoj sednici predlože Visoki savet sudstva i Državno veće tužilaca.

Ukoliko se uporedi postojeća uloga predsednika Republike u postupku formiranja Ustavnog suda, sa onom koju je imao po Ustavu od 1990. godine, moglo bi se reći da je pozicija predsednika Republike oslabljena. Naime, prema rešenju iz 1990. godine predsednik Republike je predlagao kandidate za predsednika i sve sudije Ustavnog suda čiji je izbor bio u nadležnosti Narodne skupštine. Treba imati u vidu činjenicu da je funkcija sudija Ustavnog suda bila stalna, pa se moglo oče-

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Bogoljub Milosavljević, Dragoljub Popović, *Ustavno pravo*, Beograd 2008, 277.

kivati da će biti predsednika koji i neće biti u prilici da za vreme trajanja svog mandata iskoriste ovo svoje pravo.¹⁹ Istovremeno, pri predlaganju kandidata za sudije, predsednik Republike je uvek morao da vodi računa o raspoloženju parlamentarne većine čime je njegova sloboda bila znatno sužena.

Premda se u prvi mah moglo zaključiti da je novoustanovljeno rešenje izbalansirano sa načelom podela vlasti i njemu se upućuju reči kritike: „Ovde odmah valja zapaziti i da se predsednik Republike javlja kao organ koji ima najveći uticaj na izbor sudija Ustavnog suda, ili bar veći od ostala dva organa vlasti. On o tom izboru, za razliku od ostala dva organa, kao da „preteže“. Naime, iako ne odlučuje o izboru deset sudija u celosti, on ima priliku da utiče na izbor više od jedne trećine sudija, u meri većoj od one koja se javlja na strani predstavničkog tela. Taj uticaj je veći ako je predsednik Republike pripadnik iste političke opcije koja ima većinu u parlamentu, i koja, iz tog razloga, presudno utiče na izbor kandidata za sudije Ustavnog suda i to u dva maha, jednom kod predlaganja, drugi put kod imenovanja.“ (O. Vučić)²⁰

Prema Ustavu Vlada je nosilac izvršne vlasti u državi i vodi unutrašnju i spoljnu politiku države. Ipak, kao institucija koja uzrađava državno jedinstvo i predsednik Republike raspolaže tradicionalnim ovlašćenjima u domenu spoljne politike. Naime, predsednik Republike predstavlja državu u zemlji i inostranstvu (član 112, tačka 1), prima akreditivna i opozivna pisma stranih diplomatskih predstavnika (član 112, tačka 6), a na predlog Vlade ukazom postavlja i opoziva ambasadore Republike Srbije (član 112, tačka 5). U tom smislu, predsednik Republike nije samostalan pri imenovanju diplomatskih predstavnika Srbije u inostranstvu, jer on postupa isključivo na predlog Vlade, kao efektivnog nosioca izvršne vlasti u državi. Na ovom polju se predsednik Republike može smatrati korektivnim faktorom predloga Vlade, kao poslednji filter koji treba da proceni da li je neko lice dostojno da predstavlja Republiku Srbiju u inostranstvu. Prema tome, predsednik Republike za diplomatskog predstavnika ne može da nametne ličnost po svom nahođenju, ali ne mora da prihvati predlog Vlade. U našoj teoriji je izraženo gledište da upravo iz tog razloga, ovo ovlašćenje predsednika Republike nije isključivo protokolarnog karaktera.²¹ Nesumnjivo, ovo ovlašćenje nije koncipirano na način koji će omogućiti snažniji uticaj šefa države na vođenje spoljne politike. Ipak, kao institucija koja oličava Republiku, ovakvo rešenje ima puno opravdanje jer ono omogućava predsedniku Republike, da kao arbitražna vlast odbije predlog Vlade ukoliko izrazi sumnju u kvalitete nominovane ličnosti.

¹⁹ Darko Simović, „Institucionalne pretpostavke usklađivanja ustavnopravnog i realnog položaja predsednika Republike Srbije“, 15-16.

²⁰ Olivera Vučić, Vladan Petrov, Darko Simović, *Ustavni sudovi bivših jugoslovenskih republika*, Beograd 2010, 111.

²¹ Marijana Pajvančić, „Nadležnost predsednika Republike“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, knj. 69, br. 7-8, jul – avgust, Novi Sad 2009, 274.

Predsednik Republike, u skladu sa zakonom, komanduje Vojskom i postavlja, unapređuje i razrešava oficire Vojske Srbije (član 112). Reč je o jednom od njegovih tradicionalnih ovlašćenja u kome se „očituje nadređenost civilne nad vojnom vlašću“²². Ipak, uporedno pravo ne pruža jednoobrazan model uticaja šefa države u sferi odbrane. U pojedinim ustavnim sistemima šef države ima efektivnu ulogu u komandovanju oružanim snagama, dok drugi primeri ukazuju na njegov isključivo protokolaran položaj. Ukoliko bi trebalo dati konačnu ocenu o njegovom položaju u sferi odbrane treba imati u vidu da Ustav nije bio iscrpan u regulisanju ovlašćenja predsednika Republike Srbije, već je predvideo da se ovo pitanje detaljnije uređuje zakonom. Dakle, osim toga što je prepušteno Narodnoj skupštini da precizira ovlašćenja predsednika Republike, tradicionalno ovlašćenje komandovanja oružanim snagama nije od značaja za određivanje prirode jednog sistema vlasti, jer mu ono ne omogućava aktivnu ulogu u vođenju državne politike. Naime, budući da je primarna funkcija vojske zaštita spoljnih granica države, ovo ovlašćenje, dolazi do izražaja jedino u izuzetnim okolnostima koje su nesumnjivo retke u životu svake države.²³

Pored komandovanja oružanim snagama, predsedniku Republike pripadaju i određene nadležnosti u vezi sa ratnim i vanrednim stanjem. Prema Ustavu, Narodna skupština je inicijalno nadležna da donese odluku o proglašenju vanrednog, odnosno ratnog stanja. Međutim, ukoliko Narodna skupština nije u mogućnosti da se sastane, odluku o tome donose zajedno predsednik Republike, predsednik Narodne skupštine i predsednik Vlade (član 200, stav 5). Dakle, umesto rešenja iz Ustava od 1990. godine koje je primarnu nadležnost dodeljivalo šefu države, Ustav od 2006. godine, tek u drugom koraku i to ako Narodna skupština ne može da se sastane, kombinuje više institucija pri odlučivanju o vanrednom ili ratnom stanju, pri čemu je uloga predsednika Republike značajno oslabljena, jer on ima samo jedan od tri glasa koja odlučuju. Nesumnjivo, prvo rešenje ima prednost jer vodi efikasnijem i bržem odlučivanju u kriznim situacijama. Međutim, kod takvog rešenja uvek lebdi opasnost da će vanredna ovlašćenja biti zloupotrebljena. S druge strane, novo rešenje je više demokratsko, jer je predstavničko telo, barem teorijski, najpotpuniji i najbolji izraz narodne volje i suvereniteta naroda, pa se primarna nadležnost legislative teorijski zaista snažno može pravdati.²⁴ Ipak, njegova osnovna mana je u tome što je daleko teže doneti odluku, jer se traži jednoglasnost pri odlučivanju. Dakle, ako izostane saglasnost samo jednog od tri organa koja odlučuju odluka ne može biti doneta, ma koliko to okolnosti opravdavaju uvođenje vanrednog stanja. Upravo zbog potrebe brzog reagovanja i donošenja od-

²² Ratko Marković, *Ustavno pravo*, 328.

²³ Darko Simović, „Institucionalne pretpostavke usklađivanja ustavnopravnog i realnog položaja predsednika Republike Srbije“, 17.

²⁴ Dragutin Avramović, „Uvođenje vanrednog stanja prema Ustavu Republike Srbije iz 2006. godine“, *Nauka, Bezbednost, Policija*, br. 2/2010 Beograd, 129.

luke u situacijama kada i sam opstanak države može biti ugrožen, pojedini teoretičari se opredeljuju za isključivu nadležnost izvršnih organa vlasti.²⁵

Pomilovanje je prema svojoj prirodi sasvim posebno ovlašćenje predsednika Republike. Premda ga mnogi kategorišu u klasična ovlašćenja šefa države, to je važno ovlašćenje „imajući u vidu i veliki broj molbi koje pravnosnažno osuđeni i lica na izdržavanju kazne zatvora podnose predsedniku u toku jedne godine. Premda je razmatranje ovih molbi jedna od redovnih, kontinuiranih aktivnosti predsednika Republike, odluka o pomilovanju se donosi izuzetno. U suprotno, akt pomilovanja izgubio bi svoj smisao“.²⁶

4. ODGOVORNOST PREDSEDNIKA REPUBLIKE

Sagledavajući ustavnopravni položaj predsednika Republike, može se zaključiti da se najveća novina u ustavnom normiranju ove institucije tiče upravo njegove odgovornosti. Predsednik Republike može biti razrešen zbog povrede Ustava odlukom Narodne skupštine i to glasovima najmanje dve trećine narodnih poslanika (član 118). Postupak za razrešenje pokreće Narodna skupština na predlog najmanje jedne trećine narodnih poslanika, a povredu Ustava utvrđuje Ustavni sud najkasnije u roku od 45 dana po pokrenutom postupku.

Uključivanjem Ustavnog suda u postupak razrešenja predsednika Republike otklonjeni su nedostaci ustavnog modela odgovornosti šefa države prema Ustavu od 1990. godine. Naime, prema prošlom ustavnom rešenju, procena o tome da li je predsednik Republike „prekršio Ustav“, spadala je u domen diskrecione ocene Narodne skupštine, budući da ona, bez ikakvih posebnih uslova predviđenih Ustavom slobodno ceni da li je neki akt šefa države u skladu sa Ustavom ili ne.²⁷ Otu- da, je prethodno rešenje podrazumevalo uvođenje gotovo čiste političke odgovornosti šefa države.²⁸ Međutim, i postojeće rešenje nije bez nedostataka. Izraženo je gledište da je Ustav trebalo da precizira koje povrede Ustava čine osnov odgovornosti šefa države, jer „povreda Ustava predstavlja širok pojam koji obuhvata ne samo izričitu povredu ustavne odredbe, već i povredu onog što se u ustavnoj teoriji obično naziva „duhom“ ustava“ (V. Petrov).²⁹ Tako se jedno izrazito pravno pitanje, kao što je pitanje povreda ustava od strane predsednika Republike, može transformisati u pitanje političke celishodnosti njegovog rada, što svakako nije bio cilj pri ustavnom normiranju ovog instituta.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Darko Simović, Vladan Petrov, *Ustavno pravo*, Beograd 2014, 230.

²⁷ Ratko Marković, *Ustavno pravo*, 333.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Vladan Petrov, „Novi ustavni sud Republike Srbije“, *Nova srpska politička misao*, Posebno izdanje „Ustav i iskušenja“, 2/2008 Beograd, 77.

Osim ove primedbe, aktuelno ustavno rešenje o odgovornosti šefa države može se kritikovati i zbog činjenice da se predsednik Republike lakše razrešava nego što se bira, čime se bitnije slabi njegov položaj u ustavnom sistemu. Imajući u vidu da je predsednik Republike neposredni izabranik građana, sasvim primenije rešenje je da o njegovom razrešenju odlučuju oni koji su ga na tu funkciju i izabrali, a to su građani.

Najzad, veoma ozbiljna primedba može biti upućena ustavotvorčevom pozicioniranju Ustavnog suda u postupku razrešenja šefa države. Naime, ustavotvorac „u jedno političko pitanje odnosa legislative i egzekutive, umeće apolitički Ustavni sud, koji treba da utvrdi povredu Ustava od strane predsednika Republike, a političku sankciju zbog te povrede da izrekne Narodna skupština“ (R. Marković)³⁰. Ukoliko je već postojalo opredeljenje da Ustavni sud treba da odlučuje o povredi Ustava od strane šefa države, onda je i ta odluka ovog organa za zaštitu ustavnosti trebalo da bude konačna u pravom smislu te reči i da za posledicu može da ima razrešenje predsednika Republike. Postojeće ustavno rešenje ostavlja mogućnost da Ustavni sud utvrdi odgovornost šefa države za povredu Ustava, a da ga Narodna skupština ne razreši dužnosti, jer se za takvu odluku traži dvotrećinska većina. Dakle, pri odlučivanju o razrešenju predsednika Republike primat je dobio politički faktor, jer je Narodnoj skupštini ostavljeno arbitrarno ovlašćenje da konačno odluči o sudbini nosioca predsedničke funkcije. Međutim, ta sloboda Narodne skupštine da ne razreši predsednika Republike, iako je on povredio Ustav doprinosi narušavanju autoriteta Ustavnog suda. Takođe, narušio bi se i ugled predsednika Republike, budući da on nastavlja da obavlja funkciju šefa države, uprkos činjenici što je Ustavni sud nedvosmisleno utvrdio da je povredio Ustav.

U svakom slučaju, od tri elementa koja određuju ustavnopravni položaj predsednika Republike, prva dva – izbor i ovlašćenja su uređeni solidno, dok je treći – odgovornost predsednika, potrebno urediti s više doslednosti.

5. JEDAN USTAV DVA PREDSEDNIČKA STILA – UMEŠTO ZAKLJUČKA

U ustavnoj praksi, u prethodnih deset godina, za važenja Ustava Srbije od 2006, imali smo dva potpuno različiti „stila predsednikovanja“, pri čemu nijedan ne odgovara važećoj „ustavnopravnoj slici“ ove institucije. Od 2007. do 2012. predsednik Republike Tadić se ponašao kao centralna ustavna figura, težeći da usredsredi vlast u svojim rukama, oslanjajući se na moć koja je proizlazila iz pozicije vođe tada najjače političke partije. Njegova „sveprisutnost“ u svim granama vlasti i na svim teritorijalnim nivoima vlasti nije imala osnovu u ustavnim nor-

³⁰ Ratko Marković, „Ustavni sud u Ustavu Republike Srbije od 2006 godine“, *Analitičko-pravna fakulteta u Beogradu*, godina LV, 2/2007 Beograd, 39.

mama, već u njegovoj stranačkoj i političkoj snazi, kao i u ličnim karakteristikama.

S dolaskom na mesto predsednika Tomislava Nikolića, koji se odrekao funkcije predsednika političke partije, ustavna i politička moć se pomera gotovo u potpunosti ka predsedniku Vlade, a predsednik Republike se katkad ponaša i ispod ustavnih ovlašćenja kojima raspolaže. On prilično liči na „klasičnog“ šefa države u parlamentarnom sistemu, koga bira parlament i koji ima pretežno predstavnička i ceremonijalna ovlašćenja.

Neupućeni posmatrač bi gledajući u dva različita predsednička „stila“ morao zaključiti da su dvojica predsednika vršili vlast prema dva različita ustava. A Ustav je bio isti. Onaj koji je već deset godina na snazi i o čijoj promeni se ponovo uveliko govori. U toj priči o promeni Ustava, ponovo se spominju način izbora predsednika, njegova ovlašćenja itd. Suviše često se previđa da u političkim zajednicama, poput Srbije, u kojima je nizak nivo političke i pravne kulture, ustavna reforma, sama po sebi, ne znači mnogo. Takođe, ustav može ostati isti, ali se odnos političkih snaga menja, a to odmah iz temelja menja i odnos između ustavnih institucija. Tome nas uči i prvih deset godina našeg još uvek mladog ustava.

Aleksandar S. Đorđević, Ph.D. Student
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade
aleksandar.djordjevic@advokatdjordjevic.com

The President of the Republic in the Constitutional Order of Serbia – Ten Years of the Constitution of 2006

Abstract: *It is undoubted that the President of the Republic of Serbia represents the most controversial issue debating in constitutional theory and practice. We can find completely opposite attitudes toward the constitutional status of the President of the Republic: on one hand, the prevailing opinion that the President of the Republic has an active role in the executive branch of the government, but on the other hand, the opinion that the President of the Republic is a figurehead and has only a moderating role. If we remain focused only on normative analysis, there is no doubt that we will be brought to a conclusion that the constitution-maker insisted on the moderating role of the President of the Republic making him an independent constitutional body providing the balance in the system of government. In the constitutional practice, in the previous ten years, we have been in a position to see two totally different “stiles of presidency”. None of them is in accordance with the “constitutional picture” of the institution. From 2007 to 2012 president Tadić was a central constitutional figure. He tended to concentrate all constitutional powers in his hands using the position of the leader of the strongest political party. With coming into power president Nikolic, who gave up the function of the president of the party, constitutional and political power moved almost completely to the president of the Government. The president of the Republic acts sometimes as he has less power than the Constitution gives him.*

Keywords: *the 2006 Constitution. – the President of the Republic. – the Election of the President. – the Competences of the President. – the Responsibility of the President.*

Datum prijema rada: 13.10.2016.

PRIKAZ KNJIGE

*Dr Sreten M. Jugović, redovni profesor
Kriminalističko-policijska akademija
Beograd
sreten.jugovic@kpa.edu.rs*

PROF. DR MILAN PETROVIĆ U SARADNJI SA M. PRICOM: UVOD U VELIKE PRAVNE I UPRAVNE SISTEME (SA EVROPSKIM UPRAVNIM PRAVOM)

Budući retka, kapitalna dela u pravnoj prozi uvek izazivaju simpatije pravničke javnosti. Jedno od takvih dela je svakako „Uvod u velike pravne i upravne sisteme (sa evropskim upravnim pravom)”, profesora dr Milana Petrovića, u saradnji sa M. Pricom, od 2015. godine. Do pojavljivanja ovog dela, koje je, u stvari, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje prethodnika-prvenca iz 2013. godine, u našoj pravnoj teoriji veliki pravni sistemi obrađivani su uglavnom posredno, primenom uporednopravnog metoda, dakle delimično i parcijalno, a retko sistemski. Kao takva, sistemski vredna dela treba izdvojiti: „Veliki pravni sistemi i kodifikacije” Srđana Šarkića i Dragoljuba Popovića iz 1993. (poslednje izdanje 2014), „Uvod u velike pravne sisteme današnjice” Budimira Košutića iz 2001. (poslednje izdanje 2008), kao i „Uvod u uporedno pravo” Dragoljuba Popovića iz 2005. (poslednje izdanje 2011). Međutim, do pojavljivanja prikazivanog udžbenika ni jedan autor nije teorijski obradio sve pravne i upravne sisteme sa evropskim upravnim pravom, na jednom mestu, u jednom udžbeniku.

Izlaganje u udžbeniku „Uvod u velike pravne i upravne sisteme (sa evropskim upravnim pravom)” je podeljeno u dva dela: opšti i poseban deo. Opšti deo je naslovljen „Uvod u velike pravne sisteme” i sastoji se iz pet glava. Prva glava posvećena je pojmu i klasifikaciji velikih pravnih sistema gde autor postavlja temelje ove naučne discipline, govori o značaju izučavanja stranog prava i nagoveštava sistematiku daljeg izlaganja. Netipično za ovakvo štivo, i veoma dragoceno, jedan odeljak autor je posvetio ideji svetskog prava.

U drugoj glavi autor izlaže romansko-germansko-slovenski pravni sistem. Pored istorijskog razvoja i izvora prava ove grupacije, posebno i detaljno je analizirano francusko, austrijsko, nemačko, švajcarsko pravo i slovensko-ruski pravni sistem. Kao poseban odeljak autor izdvaja pravni sistem Srbije i ukazuje na

njegove osobenosti, kao i na najznačajnije uticaje koji su ga oblikovali. Posebno na ovom polju, do izražaja je došla suptilna autorova sintetička moć zapažanja, kao i gotovo enciklopedijska erudicija koja se ne vezuje samo za jednu granu prava.

Treća glava je posvećena angloameričkom velikom pravnom sistemu u kojoj se, u zavisnosti od instituta o kome je reč, paralelno iznose rešenja prava Engleske i SAD. Primetno je da je autor više prostora posvetio i detaljnije analizirao anglo-američki pravni sistem u odnosu na grupaciju romansko-germansko-slovenskog velikog pravnog sistema.

Četvrta glava posvećena je islamskom pravu, koja pored analize osnovnih pravnih instituta sadrži i poseban odeljak posvećen islamskom međunarodnom i međukonfesionalnom pravu. Kao poseban segment ovog odeljka izdvojen je i problem džihada (svetog rata). Političko zakonodavstvo islamskih zemalja izloženo je uopšteno sintetičkim pristupom, s tim što je poseban podnaslov posvećen Islamskoj Republici Iran.

Poslednju, petu glavu Opšteg dela udžbenika autor je posvetio rubnim (ivičnim) pravnim sistemima u okviru kojih je, sa merom i istančanim smislom za razlikovanjem bitnog od nebitnog, analizirao kinesko, japansko i hinduističko pravo.

Poseban deo udžbenika naslovljen je „Uvod u velike upravne sisteme (sa evropskim upravnim pravom)”. Segment posvećen velikim upravnim sistemima predstavlja osobenost ovog kapitalnog izdanja, po čemu se ovo delo razlikuje u odnosu na sve minule poduhvate konstituisanja velikih pravnih sistema u našoj literaturi. Na ovom polju je i najvidljivije da je autorov osnovni životni poziv bio bavljenje upravnom pravom. Naime, pre upuštanja u uporednopravno razmatranje ove grane prava, prof. dr Milan Petrović je izložio svoje viđenje pojma uprave i upravnog akta. Ova dragocena izlaganja nadmašuju potrebe udžbenika i predstavljaju inspirativno izвориšte suptilnog razmišljanja o najdelikatnijim pojmovima upravnog prava. Ne manje značajan je i odeljak posvećen evropeizaciji upravnog prava, kao i odeljak u kome se analiziraju reformske tendencije u upravnom pravu zapadnoevropskih država. Kao pretposlednji odeljak ove glave izdvojen je tekst posvećen velikim savremenim službeničkim sistemima u Evropi u okviru koga se izlažu osobenosti službeničkog sistema Nemačke, Francuske, Velike Britanije i Rusije.

Dragocen tekst predstavlja novi odeljak u odnosu na prvo izdanje, koji se odnosi na uticaj (zajedničkog) prava Evropske unije na upravna prava država članica. Pri tom, najviše prostora je posvećeno uticaju prava EU na francusko upravno pravo, u osvetljavanju uticaja tog prava kroz najznačajnije upravne institute i kategorije: upravne akate (transnacionalnost upravnih akata); upravne odluke; činovničko pravo; upravnu policiju; upravnu odgovornost. Ovde se ističu nove pravne pojave, načela „transnacionalnosti” i „internacionalnosti” i druga

načela zajedničkog prava, koje sve više potiskuje suverena upravna prava pojedinih država EU. EU, ne samo da zauzima mesto države u donošenju upravnih akata koji se primenjuju na teritoriji država članica, nego ona nameće obavezu država-ma članicama da primenjuju izvesne upravne akte koji potiču od drugih država članica (transnacionalnost). Izlaganje se upotpunjuje uticajima zajedničkog prava EU na nemačko i italijansko upravno pravo.

Autora prof. dr Milana Petrovića odlikuje netipičnost i originalnost stila, bez uzora u našoj pravnoj književnosti. Udžbenik „Uvod u velike pravne i upravne sisteme” odraz je nesvakidašnje erudicije koja se oseća u svakoj rečenici. Pritom, autor ne opterećuje suvišnim informacijama, već čitav tekst deluje nenametljivo, diskretno i nimalo usiljeno. Autor podjednako vešto i uspešno objašnjava institute javnog i privatnog prava. Pri tom, svi pravni sistemi su analizirani u svojoj istorijskoj genezi koja omogućava da se sagleda njihov razvoj i razume postojeći pozitivnopravni poredak.

Ovaj udžbenik je jedan od retkih primera koga ne odlikuje izveštačenost izražavanja. Pored činjenice da je dugogodišnje pedagoško iskustvo omogućilo autoru da nađe pravu meru materije koju će izložiti studentima, treba imati u vidu da je ovaj udžbenik nastao u živoj reči na osnovu predavanja koje je zabeležio i pripremio za objavljivanje asistent Miloš Prica.

Premda udžbenik, namenjen prvenstveno didaktičkoj svrsi, ovo delo bi bilo još potpunije da je sadržalo spisak korišćene literature koja bi mogla biti nepogrešivi putokaz za neka nova istraživanja i rukopise poštovaoca dela prof. dr Milana Petrovića. Takođe, snalaženje u beskrajnom relevantnih i zanimljivih informacija, od kojih je ne mali broj po prvi put naveden na srpskom jeziku, bilo bi unekoliko lakše da udžbenik sadrži indeks pojmova. No, to mogu biti i korisne sugestije autoru da u sledećem izdanju svoj rukopis osavremeni ovim dvema tehničkim dopunama koje ni na koji način ne umanjuju suštinsku vrednost „Uvoda u velike pravne i upravne sisteme”. Nesumnjivo, reč je o delu nastalom u punoj naučnoj zrelosti, koje se može označiti i krunom dosadašnjeg naučnog stvaralaštva prof. dr Milana Petrovića.

Datum prijema rada: 17.06.2016.

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У НОВОМ САДУ
ЗБОРНИК РАДОВА

Досадашњи главни уредници:

Проф. др Владимир Капор (1966), проф. др Никола Воргић (1967–1968),
проф. др Милош Стеванов (1969–1973), проф. др Боривоје Пупић (1974–1976),
проф. др Милијан Поповић (1977–1983), проф. др Станко Пихлер (1984–1988),
проф. др Момчило Грубач (1989–1990), проф. др Јован Мунђан (1991–1997),
проф. др Милијан Поповић (1998–2003), проф. др Родољуб Етински (2004–2006),
проф. др Драгиша Дракић (2006–2013).

Чланови Уредништва:

Проф. др Љубомир Стајић, prof. dr Damjan Korošec (Словенија),
prof. dr Wilhelm Brauner (Аустрија); prof. dr Tamás Prugberger (Мађарска),
prof. dr Serge Regourd (Француска), prof. dr Gérard Marcou (Француска),
prof. dr Heinz Mayer (Аустрија), prof. dr Peter Mader (Аустрија),
prof. dr. Suphawatchara Malanond (Тајланд), проф. др Бранислав Ристивојевић,
проф. др Татјана Бугарски, мр Радмила Дабановић

Менаџер часописа

Лука Батуран

Секретаријат Уредништва

Проф. др Владимир Марјански, доц. др Драгана Ћорић, доц. др Бојан Тубић,
др Марко Кнежевић, др Цвјетана Цвјетковић, др Урош Станковић, др Милана
Писарић, Наташа Рајић, Сандра Самарцић, Стефан Самарцић, Ратко Радошевић

Компјутерска обрада текста

Владимир Ватић, „Графит“

Штампа:

„Футура“ Петроварадин
Тираж: 200 примерака

2016

