

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 4 (2016)

NOVI SAD, 2016.

ZRPFNS, godina L Novi Sad, br. 4 (2016)

UDK 3

ISSN 0550-2179

eISSN 2406-1255

SADRŽAJ

<i>Dr Gordana B. Kovaček Stanić, redovni profesor</i> <i>Sandra O. Samardžić, asistent</i> Zaštita slabijeg partnera u ugovornom bračno-imovinskom režimu	1047
<i>Dr Ljubomir S. Stajić, redovni profesor</i> <i>Nenad P. Radivojević, asistent</i> <i>Vladan M. Mirković, asistent</i> Vojna neutralnost kao princip strateškog opredeljenja Republike Srbije – problemski pristup	1065
<i>Dr Dušan Ž. Nikolić, redovni profesor</i> <i>Sloboda D. Midorović, asistent</i> Svojinski odnosi i pravo na vodu u epohi masovnih migracija	1081
<i>Dr Senad R. Jašarević, redovni profesor</i> Uticaj digitalizacije na radne odnose	1099
<i>Dr Snežana S. Brkić, redovni profesor</i> Posebna uloga suda u maloletničkom krivičnom postupku i načelo procesne ekonomije	1113
<i>Dr Zoran Ć. Keković, redovni profesor</i> <i>Jelena M. Dinić, student doktorskih studija</i> Transformacija nacionalne bezbednosti: rezilijentnost u strategijama bezbednosti velikih sila kao odgovor na globalne bezbednosne pretnje	1133
<i>Dr Darko Z. Simović, redovni profesor</i> <i>Dr Biljana Simeunović-Patić, vanredni profesor</i> Prilog raspravi o zabrani fizičkog kažnjavanja deteta	1149
<i>Dr Tatjana D. Bugarski, vanredni profesor</i> <i>Dr Milana M. Pisarić, asistent</i> Uzajamno priznavanje sudskih odluka kao osnov pribavljanja i prenosa dokaza u krivičnom postupku	1165
<i>Dr Slobodan P. Orlović, vanredni profesor</i> Šef države u Srbiji – kralj naspram predsednika Republike	1185

<i>Dr Gordana M. Drakić, vanredni profesor</i>	
<i>Dr Uroš N. Stanković, asistent sa doktoratom</i>	
Život i delo Pavla Šeroglića (1800–1857)	1201
<i>Dr Zoran J. Lončar, vanredni profesor</i>	
Posebni upravni postupci	1217
<i>Dr Jelena Đ. Vidić Trninić, vanredni profesor</i>	
Olografski i alografski testament u srpskom i uporednom pravu	1235
<i>Dr Vladimir Ž. Marjanski, vanredni profesor</i>	
Sporedne činidbe kao dodatna obaveza člana društva s ograničenom odgovornošću .	1263
<i>Dr Nataša Lj. Deretić, docent</i>	
Koreni političke korupcije u starom veku	1275
<i>Dr Sanja M. Radovanović, docent</i>	
<i>Nikolina B. Mišćević, asistent</i>	
Jednostrana kompenzacija zastarelog potraživanja	1293
<i>Dr Petar M. Đundić, docent</i>	
Obaveza transparentnog ponašanja države prijema ulaganja prema stranom ulagaču .	1313
<i>Dr Ranko I. Keča, redovni profesor</i>	
<i>Dr Marko S. Knežević, asistent sa doktoratom</i>	
Otuđenje spornog prava ili stvari u srpskom parničnom postupku: ka mešovitoj teoriji (i)relevancije	1327
<i>Dr Bernadet I. Bordaš, redovni profesor</i>	
Razvoj međunarodnog privatnog prava Unije u službi ostvarivanja njenih ciljeva . .	1347
<i>Dr Dragana M. Ćorić, docent</i>	
Tragom rasprava o unifikaciji jugoslovenskog prava u prvoj polovini 20. veka – uloga jezika i narodnog duha u nomotehnici	1365
ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE	
<i>Dr Atila Bado, redovni profesor</i>	
Reprezentativnost sudija laika u Mađarskoj. Empirijsko istraživanje	1385
<i>Dr Janoš E. Silađi, vanredni profesor</i>	
Sticanje prava svojine na poljoprivrednom zemljištu u Mađarskoj, s posebnim osvrtom na pravo Evropske unije i prava drugih zemalja	1407
PRIKAZ KNJIGE	
<i>Mr Stojana Đ. Petrović, viši asistent</i>	
Doc. dr Zoran Vasiljević, Pravna teorija kredita	1425

TABLE OF CONTENTS

<i>Gordana B. Kovaček Stanić, Ph.D., Full Professor</i>	
<i>Sandra O. Samardžić, Assistant</i>	
Protection of the Weaker Partner in the Marital Property Agreements	1047
<i>Ljubomir S. Stajić, Ph.D., Full Professor</i>	
<i>Nenad P. Radivojević, Assistant</i>	
<i>Vladan M. Mirković, Assistant</i>	
Military Neutrality as a Principle of Strategic Orientations of the Republic of Serbia – Problem Solving Approach	1065
<i>Dušan Ž. Nikolić, Ph.D., Full Professor</i>	
<i>Sloboda D. Midorović, Assistant</i>	
Ownership Relations and the Right to Water in the Epoch of Mass Migrations	1081
<i>Senad R. Jašarević, Ph.D., Full Professor</i>	
Influence of Digitalization on Labour Relations	1099
<i>Snežana S. Brkić, Ph.D., Full Professor</i>	
The Special Role of the Court in Juvenile Criminal Procedure and the Principle of Procedural Economy	1113
<i>Zoran Ć. Keković, Ph.D., Full Professor</i>	
<i>Jelena M. Dinić, Ph.D. Student</i>	
National Security Transformation: Resilience within National Security Strategies of Great Powers in Response to Global Threats	1133
<i>Darko Z. Simović, Ph.D., Full Professor</i>	
<i>Biljana Simeunović-Patić, Ph.D., Associate Professor</i>	
Contribution to the Discussion on the Banning of Corporal Punishment of Children .	1149
<i>Tatjana D. Bugarski, Ph.D., Associate Professor</i>	
<i>Milana M. Pisarić, Ph.D., Assistant</i>	
Mutual Recognition of Judicial Decisions as Basis for Obtaining and Transfer of Evidence in Criminal Proceedings	1165
<i>Slobodan P. Orlović, Ph.D., Associate Professor</i>	
Head of State in Serbia – the King versus the President of the Republic	1185

<i>Gordana M. Drakić, Ph.D., Associate Professor</i>	
<i>Uroš N. Stanković, Assistant with Ph.D.</i>	
Life and Work of Pavle Šeroglić (1800–1857)	1201
<i>Zoran J. Lončar, Ph.D., Associate Professor</i>	
Special Administrative Procedures	1217
<i>Jelena Đ. Vidić Trninić, Ph.D., Associate Professor</i>	
Holographic and Written Will Made before Witnesses in Serbian and Comparative Law	1235
<i>Vladimir Ž. Marjanski, Ph.D., Associate Professor</i>	
Ancillary Obligations as an Additional Obligation of a Limited Liability Company's Member	1263
<i>Nataša Lj. Deretić, Ph.D., Assistant Professor</i>	
Roots of Political Corruption in Ancient History	1275
<i>Sanja M. Radovanović, Ph.D., Assistant Professor</i>	
<i>Nikolina B. Mišćević, Assistant</i>	
Unilateral Offsetting of an Expired Claim	1293
<i>Petar M. Đundić, Ph.D., Assistant Professor</i>	
Obligation of the Host State to Act Transparently towards the Foreign Investor	1313
<i>Dr. Ranko I. Keča, ordentlicher Professor</i>	
<i>Dr. Marko S. Knežević, Assistent mit Doktorgrad</i>	
Die Veräßerung des streitbefangenen Gegenstandes im serbischen Zivilprozess: zur eine gemischte (Ir)Relevanztheorie	1327
<i>Bernadet I. Bordaš, Ph.D., Full Professor</i>	
The Development of EU Private International Law as Means of Realization of its Objectives	1347
<i>Dragana M. Ćorić, Ph.D., Assistant Professor</i>	
Discussions about Unification of Yugoslav Law in 20. Century – the Role of Language and National Spirit in Nomotechnics	1365
SECTION FOR FOREIGN AUTHORS	
<i>Attila Badó, Ph.D., Full Professor</i>	
Hungarian mixed court without representativity. An empirical research	1385
<i>János E. Szilágyi, Ph.D., Associate Professor</i>	
Acquisition of the ownership of agricultural lands in Hungary, taking the EU's and other countries' law into consideration	1407
BOOK REVIEW	
<i>Stojana Đ. Petrović, LL.M., Assistant</i>	
Zoran Vasiljević, Pravna teorija kredita	1425

*Dr Gordana B. Kovaček Stanić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
G.KovacekStanic@pf.uns.ac.rs*

*Sandra O. Samardžić, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
Sandra.Samardzic@pf.uns.ac.rs*

ZAŠTITA SLABIJEG PARTNERA U UGOVORNOM BRAČNO-IMOVINSKOM REŽIMU

Sažetak: *U mnogim pravnim sistemima supružnici/vanbračni partneri imaju mogućnost izbora bračnog imovinskog režima. Posmatrano komparativno, tako je u zapadnoevropskim zemljama, a u poslednje vreme i istočnoevropske i srednjoevropske zemlje u svoje pravne sisteme unose mogućnost sklapanja ugovora između supružnika kojima se menja zakonski imovinski režim.*

Sloboda ugovaranja, međutim, nije apsolutna. Ograničenje slobode ugovaranja je posledica činjenice da su strane ugovornice specifični subjekti – lica u braku, između kojih postoje lični odnosi, a što iziskuje opreznost i neku vrstu zaštite slabijeg partnera.

U ovom radu se analiziraju pravni mehanizmi zaštite slabijeg partnera u domaćem porodičnom pravu i komparativnom evropskom pravu.

Ključne reči: *bračni ugovor, imovinski odnosi supružnika, ograničavanje slobode ugovaranja.*

1. MEHANIZMI ZAŠTITE SLABIJEG PARTNERA U EVROPSKIM PRAVNIM SISTEMIMA

Mehanizmi zaštite slabijeg partnera mogu biti različiti. Po našem mišljenju mehanizmi zaštite se mogu podeliti na dva osnovna načina. Jedan je *neposredan*, jer se odredbama zakona eksplicitno vodi računa o imovinskom položaju supružnika/vanbračnog partnera. Zaštita može biti i *posredna*, takva da se kroz odre-

đene ugovorne odredbe štiti položaj stranaka prilikom zaključenja ugovora, a posredna zaštita se pruža i kroz stroge formalne uslove ugovora.

Na nivou Saveta Evrope u vezi sa bračnim imovinskim ugovorom značajna su dva dokumenta: Rezolucija o jednakosti supružnika u građanskom pravu iz 1978. godine i Preporuka o doprinosu posle razvoda braka iz 1989. godine. Rezolucija predviđa obavezu vlada na preduzimanje neophodnih mera kojima se obezbeđuje da zakoni koji se primenjuju na bračne imovinske ugovore ne sadrže odredbe koje diskriminišu jednog od supružnika, a Preporuka savetuje državama članicama da usvoje odgovarajuća pravila koja se odnose na bračni imovinski režim, a posebno pravila koja bivšem supružniku daju pravo da dobije odgovarajući deo imovine drugog supružnika.¹

Komisija za porodično pravo u Principima evropskog porodičnog prava o imovinskim odnosima između supružnika (u daljem tekstu: Principi evropskog porodičnog prava) formulisala je principe koji se odnose na bračni ugovor.² Principi se odnose na: pojam ugovora, formalne uslove, iznošenje podataka, obaveze notara ili drugog pravnog stručnjaka sa sličnom funkcijom, dejstva u odnosu na treća lica i izuzetne teškoće.

1.1. Neposredna zaštita slabijeg partnera

U okviru Principa evropskog porodičnog prava, neposredna zaštita slabijeg partnera pruža se na osnovu principa koji se odnosi na postojanje izuzetnih teškoća na strani jednog supružnika. Ovaj princip je formulisao na sledeći način:

„Imajući u vidu okolnosti u vreme kada je ugovor zaključen ili okolnosti koje su nastale naknadno, nadležni organ može, u slučaju izuzetnih teškoća, staviti van snage ili izmeniti bračni imovinski ugovor.“³

Stavljanje van snage ili izmena ugovora treba da bude u skladu sa promenjenim okolnostima, imajući u vidu posebne okolnosti drugog supružnika. U obrazloženju se navodi da princip ne daje definiciju izuzetnih teškoća, te da one ne moraju biti ekstremne. Iako u većini pravnih sistema nije moguće staviti van snage bračni ugovor na osnovu (ne)pravičnosti, jer je bračni ugovor obavezujući, ovaj princip se ipak zalaže za omogućavanje nadležnom organu da ugovor stavi van snage ili da ga izmeni u skladu sa promenjenim okolnostima. Ovaj stav se obrazlaže razlikama koje postoje između ovih ugovora i ostalih ugovora. Na pr-

¹ K. Boele-Woelki, F. Ferrand, C. Gonzales Beilfuss, M. Jänterä-Jareborg, N. Lowe, D. Martiny, W. Pintens, *Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*, Intersentia, 20013, str. 99-100. The Council of Europe's Resolution (78) on Equality of Spouses in Civil Law, Recommendation No. R (98) of the Council of Europe on Contributions Following Divorce (January 1989).

² *Ibidem*, 99-138.

³ *Ibidem* Princip 4:15, 135-138.

vom mestu, radi se o strankama koje su emocionalno zavisne jedna od druge, njihovi odnosi baziraju se na poverenju i zajedničkoj budućnosti, što može dovesti do toga da se ne uoče negativne strane ugovora. Navodi se da je od važnosti uticaj drugih članova porodice kojima stranke žele da udovolje, te činjenica da se ovi ugovori sklapaju da budu dugotrajni i vrlo često ne uzimaju u obzir promene u odnosima, naročito kada se radi o odgajanju dece ili bolesti člana porodice, što može naterati jednog od supružnika, obično suprugu, da ostavi posao ili da redukuje posao i smanji zaradu za dobrobit porodice. Dalje se objašnjava da ovaj princip ne treba tumačiti suviše striktno da se ne bi umanjio ugovorni karakter, tako da nadležni organ treba da poštuje zajedničku intenciju stranaka u najvećoj mogućoj meri. Dakle, od ugovora bi se moglo odstupiti samo ako nastanu okolnosti koje bi prouzrokovale izuzetne teškoće jednom od supružnika ili oboma, ali intervencija treba da bude najmanje moguća. Trebalo bi krenuti od toga da se izmene samo pojedine odredbe ugovora, a potpuno stavljanje van snage ugovora, bi trebalo da bude poslednja opcija. Nadležni organ bi imao diskreciono pravo u odnosu na vrstu intervencije, pa čak i mogućnost da porodični dom dodeli supružniku koji nije vlasnik doma i to bez naknade.

Slična mogućnost u uporednom porodičnom pravu postoji u nekim zemljama, kao što su, na primer, Švedska i Grčka. Prema švedskom zakonodavstvu sud može modifikovati ili ne uzeti u obzir odredbe ugovora, ako su nerazumne s obzirom na predmet ugovora, a imajući u vidu okolnosti u vreme činjenja ugovora, kasnije nastale okolnosti i celokupne okolnosti (pogl. 12, čl. 3).⁴

U Grčkoj ugovorni režim zajedničke imovine može prestati odlukom suda na osnovu tužbe jednog supružnika da je došlo do prekida bračnog života u trajanju od jedne godine, ili zato što je stanje imovine ili upravljanje zajedničkom imovinom od strane drugog supružnika takvo da su interesi tužioca u opasnosti, ili zato što drugi supružnik nije ispunio svoju obavezu učešća u potrebama porodice.⁵

Neposredna zaštita slabijeg partnera može biti formulisana eksplicitnim odredbama zakona. Tako je u ruskom pravu, koje sadrži odredbu po kojoj bračni ugovor ne može sadržati uslove koji stavljaju jednog od supružnika u krajnje nepovoljan položaj, u suprotnom, ugovor je ništav (čl. 256 Građanskog zakonika Ruske Federacije).⁶

⁴ Zakon o braku iz 1987. pogl. 12, čl.3, više o tome u David Bradley, Politics, Culture and Family Law in Finland: Comparative Approaches to the Institution of Marriage, *International Journal of Law, Policy and the Family* 12(3), (1998), 288-304.

⁵ Efie Kounougeri-Manoledaki, Family Law in Greece, *Family Law in Europe*, 1995, 201-202, Građanski zakonik.

⁶ Семейный кодекс и брачный договор, *Социальная защита*, выпуск 5/1996, стр. 19-21 i 85-86.

1.2. Posredna zaštita slabijeg partnera

Posredna zaštita slabijeg partnera može biti takva da se stranka štiti prilikom zaključenja ugovora, predviđanjem zabrane ugovaranja ili isključenja određenih pravila, te mogućnošću ugovaranja samo režima predviđenih zakonom. Takođe, posredna zaštita se pruža i kroz stroge formalne uslove ugovora.

1.2.1. *Zabrana ugovaranja ili isključenja određenih pravila*

U uporednom porodičnom pravu predviđa se zabrana ugovaranja ili isključenja određenih pravila, a zabrane su različite u pojedinim pravima.

Tako po francuskom pravu, supružnici ne mogu da sačine sporazum kojim isključuju osnovni imovinski režim, po kom imaju obavezu da podmiruju troškove domaćinstva, te koji obuhvata odredbe o podizanju dece i porodičnom domu (Code Civil čl. 1387-1581).⁷

U Italiji supružnici ne mogu menjati neka zakonska pravila, kao što je jednakost udela u zajedničkoj imovini i pravila o podeli imovine, te ne mogu ugovorom menjati pravila vezana za dečje i supružansko izdržavanje.⁸

U Rusiji bračni ugovor ne može ograničavati pravnu ili poslovnu sposobnost supružnika, njihovo pravo da traže sudsku zaštitu svojih prava, regulisanje ličnih neimovinskih odnosa između supružnika, prava i obaveze supružnika u odnosima sa decom, ne mogu ugovarati odredbe koje ograničavaju pravo supružnika koji je nesposoban za rad i bez sredstava za život na dobijanje izdržavanja.⁹

U Hrvatskoj postoji ograničenje pri sklapanju bračnog ugovora po kome nije dopušteno bračnim ugovorom ugovoriti primenu stranog prava na imovinskopravne odnose.¹⁰

1.2.2. *Izbor režima predviđenog zakonom*

U uporednom porodičnom pravu, u određenim zemljama je predviđeno da se bračnim imovinskim ugovorom može ugovoriti samo neki od režima koji predviđa zakon kao ugovorni režim (npr. Švedska, Grčka). U drugim zemljama zakon određuje režime koji se mogu ugovoriti, ali dozvoljava ugovaranje i drugih režima prema slobodnoj volji stranaka (npr. Nemačka, Francuska).

Prema švedskom zakonodavstvu, bračni ugovor može biti predbračni i poslebračni. Ovim ugovorom supružnici ili budući supružnici mogu odrediti da će

⁷ Nicole Guimezanes, Family Law in France, *Family Law in Europe*, London, Dublin, Edinburgh, Butterworths, 1995, 135.

⁸ Marina Timoteo, Family Law in Italy, *Family Law in Europe*, London, Dublin, Edinburgh, Butterworths, 1995, 277-278.

⁹ Op. cit. Семейный кодекс и брачный договор, čl. 42(3).

¹⁰ Videti član 42, Obiteljski zakon, *Narodne novine* 103/15 na snazi od 01.11.2015.

imovina koja pripada ili će pripasti jednom od njih biti posebna imovina tog lica. Novim ugovorom supružnici mogu odrediti da će takva imovina biti bračna imovina. To znači da se ugovorom ne mogu regulisati druga pitanja osim kvalifikacije imovine kao bračne ili posebne.¹¹ Osim ugovaranja režima imovine, supružnici mogu ugovorom isključiti i druga dva eventualna zahteva u slučaju razvoda braka, a to su zahtev za izdržavanjem i zahtev vezan za penzijska prava.¹²

Švajcarsko zakonodavstvo pruža mogućnost supružnicima da izaberu, promene ili modifikuju svoj imovinski režim u granicama zakona (čl. 182 (2), Švajcarskog Građanskog zakonika)¹³. Supružnici mogu da biraju između zakonskih imovinskih režima, ali koji god režim da izaberu on se može menjati samo na tačno određene načine i u tačno određenoj meri. Supružnici ne mogu da kreiraju sopstveni režim. Međutim, oni mogu regulisati određena pitanja u vezi sa imovinskim odnosima i putem jednostavnog ugovora u pisanoj formi, ali takav ugovor se ne kvalifikuje kao bračni ugovor. Prema bračnom ugovoru, supružnici mogu da isključe iz zajedničke imovine specifičnu vrstu imovine kao što su zemljište, prihod koji jedan supružnik ostvaruje radom ili sredstva koja se koriste za obavljanje profesionalne delatnosti. U slučaju kada dođe do deobe imovine, supružnici su takođe slobodni da ugovorom modifikuju neka osnovna pravila. Tako npr. u okviru režima *učešća u sticanju*, supružnici mogu da promene osnovno pravilo prema kojem se imovina deli na dva jednaka dela. Međutim, ovde postoji jedno ograničenje koje onemogućava izmene koje negativno utiču na nasledna prava potomaka koja nisu njihovi zajednički potomci (čl. 216 (2), čl. 241 (3), Švajcarskog Građanskog zakonika).¹⁴

Austrijsko zakonodavstvo dozvoljava supružnicima da ugovorom kreiraju potpuno nov imovinski režim, tako što će preuzeti rešenja iz nekog drugog prava ili tako što će stvoriti sopstvena pravila. U Austriji je moguće da se ugovorom modifikuju pravila u pogledu kategorije imovine koja ulazi u zajedničku imovinu, odnosno da se proširi imovina koja ulazi u zajedničku imovinu. Takođe, budući supružnici nemaju obavezu da pre zaključenja braka prijave svoju imovinu i dugove. Sloboda prilikom zaključenja ugovora, omogućava budućim supružnicima da se dogovore i o upravljanju imovinom, kao i o njenoj podeli, odnosno da li će isti način podele biti predviđen za svaki način prestanka braka ili ne.¹⁵

¹¹ Lars Tottie, *Family Law, An Introduction to Swedish Law*, Stig Strömholm (ed.), Stockholm, 1988, 210.

¹² Rainer Frank, *Civil Law Marriages Without Legal Consequences, The International Survey of Family Law*, A. Bainham (ed.), 2001, 111-112.

¹³ Švajcarski građanski zakonik, (Swiss Civil Code, <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/201604010000/210.pdf>, 9.11.2016.)

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Brauneder, *Freiheit des Vertragsinhalts und Typenbindung im Ehegüterrecht*, ZfRV 1974, p. 1; Weiß in: Klang, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 1954, pp. 688

Ugovorni režim u Grčkoj je režim zajedničke imovine, uveden 1983. godine. Režim zajedničke imovine može biti usvojen za imovinu nastalu pre ili tokom braka. Supružnici mogu ugovorom odrediti obim zajedničke imovine. Ako propuste da tačno odrede koja imovina ulazi u zajedničku, određeno je da imovina stečena pre braka, dobijena nasleđem i poklonom, imovina za isključivu ličnu ili profesionalnu upotrebu, neprenosivi zahtevi, prava na osnovu intelektualne svojine i sve što je stečeno za vreme trajanja braka prodajom stvari na kojoj postoji pravo svojine supružnika, nije obuhvaćeno.¹⁶

U Francuskoj postoji nekoliko tipova ugovornih režima, ali supružnici mogu ugovoriti i sopstveni režim. Sporazumom se supružnici mogu dogovoriti da njihova imovina bude odvojena, kada svaki supružnik ostaje samostalni vlasnik i upravitelj svoje imovine, bez obzira da li je imovina stečena za vreme trajanja braka ili ne. Sporazum može sadržati odredbu o nejednakoј podeli imovine u slučaju razvoda braka, ili odredbu o posledicama koje nastaju u slučaju smrti, predviđajući da imovina koja postoji u momentu smrti ne uključuje rezervisana dobra, odnosno da se delom imovine ne može slobodno raspolagati. Sledeća opcija za stranke je režim učestvovanja u tekovini (*le régime de participation aux acquêts*), kada svaki supružnik slobodno stiče imovinu i njom raspolaže za vreme trajanja braka, ali se po prestanku braka svaki neto dobitak ili povećanje vrednosti deli na jednake delove između supružnika. Ovaj sistem je inspirisan nemačkim pravom, ali se ne smatra naročito uspešnim. Supružnici, takođe, mogu sačiniti sporazum o upravljanju imovinom. Predbračni ugovor može biti menjan tokom braka, ali posle dve godine trajanja braka, može se izmeniti samo ako je to u interesu porodice i mora biti sačinjen pred beležnikom i odobren od strane nadležnog organa (*tribunal de grande instance*).¹⁷ Osim toga, supružnici mogu menjati i zakonski režim zajedničke imovine, tako što će ugovoriti da se pravila režima zajedničkog upravljanja neće primenjivati, da će jedan od supružnika imati mogućnost izbora određenog dela iz zajedničke imovine u slučaju razvoda, da će udeli u zajedničkoј imovini biti različiti, ali i da se ustanovi režim opšte zajednice koja obuhvata sva sadašnja i buduća dobra.¹⁸

U Italiji predbračni ugovori nisu dozvoljeni, jer se smatra da su protivni javnom poretku u smislu činjenice da mogu uticati na supružnike u ličnim odlukama kao što je razvod. Međutim, dozvoljeni su ugovori koji se zaključuju za vreme trajanja braka ili po njegovom prestanku. Supružnici mogu izabrati režim odvo-

et seq; Judgment of 17.12.1976, Oberster Gerichtshof, SZ 49/160; Judgment of 18.10.1995, Oberster Gerichtshof, SZ 68/198.

¹⁶ *Op. cit.* Kounougeri-Manoledaki.

¹⁷ Eugen Dietrich Graue, Family Law in Germany, *Family Law in Europe*, London, Dublin, Edinburgh, Butterworths, 1995, 135.

¹⁸ Andrija Gams, Ljiljana Đurović, *Bračno i porodično imovinsko pravo*, Beograd, Savremena administracija, 1985, 13.

jenosti imovina. Osim toga, supružnici se mogu dogovoriti da vlasništvo, upravljanje i raspolaganje imovinom bude odvojeno, te da se pravila o zajedničkoj imovini primenjuju samo na pojedine predmete.¹⁹

Građanski zakonik Nemačke predviđa dva zakonska oblika bračnog ugovora. Jedan je odvojenost imovine, po kome svaki supružnik zadržava imovinu koju je imao pre braka i koju je stekao za vreme trajanja braka (D. 1414 BGB). Drugi je režim zajedničke imovine, koji obuhvata veći deo imovine koju je supružnik imao pre braka i koju je stekao tokom braka (D. 1415 i dalje BGB). Oba oblika sporazuma zahtevaju beležničku overu, kao i sva ostala ugovorna odstupanja od zakonskog režima, kao što je prihvatanje stranog sistema bračne imovine. Režim odvojenosti imovina je u praksi prilično čest, dok se režim zajedničke imovine ugovora retko. Po sistemu odvojenosti imovina, imovina i obaveze ostaju razdvojene, sem kada su supružnici stekli imovinu zajedno tokom braka.²⁰ Ovde ne postoje ograničenja u odnosu na otuđenje, opterećenje ili druga raspolaganja predmetima domaćinstva ili imovinom u celini. Po režimu zajedničke imovine, supružnici su zajednički vlasnici i dužnici. Odredbe koje regulišu ovaj režim su vrlo komplikovane, pa se zbog toga režim zajednice imovine retko sreće u praksi. Postoji pet različitih grupa dobara na koja se primenjuje ovaj režim, na primer zajednička dobra supružnika, zadržana dobra svakog od njih i specifična dobra.²¹

U Rusiji, bračnim ugovorom supružnici mogu izmeniti zakonom ustanovljen zakonski režim zajedničke imovine, odrediti režim zajedničke imovine, susvojine ili posebne imovine na celoj imovini supružnika, na njenom delu ili na imovini jednog od supružnika.²²

1.2.3. Formalni uslovi

U okviru Principa evropskog porodičnog prava, princip koji se odnosi na obaveze nadležnog organa za sklapanje ugovora formulisan je na sledeći način:

„Notar ili drugi pravni stručnjak sa sličnom funkcijom treba:

- da dâ nepristrasan savet svakom supružniku ponaosob,
- da obezbedi da svaki supružnik razume pravne posledice bračnog imovinskog ugovora i
- da obezbedi da oba supružnika daju slobodan pristanak na ugovor.“²³

¹⁹ *Op. cit.* M. Timoteo, 277-278.

²⁰ *Op. cit.* E. D. Graue, 175.

²¹ Werner U Martens, Asset Distribution in Germany in the Event of the Termination of a Marriage by Death or Divorce, *International Family Law* 1999, Family Law, Bristol, 128.

²² *Op. cit.* Семейный кодекс и брачный договор чл. 42.

²³ K. Boele-Woelki, F. Ferrand, C. Gonzales Beilfuss, M. Jänterä-Jareborg, N. Lowe, D. Martiny, W. Pintens, 128.

Ovaj princip pruža zaštitu, može se reći na posredan način, jer se kroz obaveze notara da strankama objasni ugovor, doprinosi tome da supružnici slobodno i sa punim razumevanjem, svesni pravnih posledica ugovora u njihovom konkretnom slučaju, zaključe bračni imovinski ugovor. U obrazloženju se navodi da princip ne govori o posledicama povrede obaveza od strane notara, ali je izražen stav da takva povreda ne bi trebalo da dovede do nevažnosti ugovora, nego da dovodi do disciplinske odgovornosti notara i odgovornosti za štetu.

U Francuskoj je za sklapanje bračnog imovinskog ugovora nadležan notar, koji ima obavezu da informiše i savetuje stranke, a ako propusti da to učini podleže profesionalnoj odgovornosti.²⁴ Kvalifikovana forma potrebna je za izmenu predbračnog ugovora. Naime, predbračni ugovor se posle dve godine trajanja braka može izmeniti samo ako je to u interesu porodice i mora biti sačinjen pred beležnikom i odobren od strane nadležnog organa – suda (*tribunal de grande instance*).²⁵ Odobrenje izmene ugovora od strane suda je još jedan mehanizam koji doprinosi zaštiti slabijeg partnera, odnosno porodice.

Građanski zakonik Nemačke predviđa dva zakonska oblika bračnog ugovora. Oba oblika sporazuma zahtevaju beležničku overu, kao i sva ostala ugovorna odstupanja od zakonskog režima, kao što je prihvatanje stranog sistema bračne imovine.

Bračni ugovor je obavezujući po švajcarskom pravu, pod uslovom da ispunjava određene zakonom propisane uslove. Pre svega mora biti zaključen kod javnog beležnika (čl. 184 Švajcarskog Građanskog zakonika). Javni beležnik ima obavezu da konstatuje da se ugovor zasniva na slobodnoj volji strana i u skladu sa zakonom. On takođe mora da objasni stranama njihov trenutni pravni status i promene koje će nastupiti zaključenjem bračnog ugovora. Zatim, mora obezbediti da strane razumeju značenje ugovora i osigurati da su ugovorne odredbe u skladu sa željama stranaka. Međutim, ako javni beležnik ne ispuni te obaveze, ugovor ostaje na snazi, a javni beležnik može biti odgovoran za naknadu štete. Registracija bračnih ugovora u Švajcarskoj je ukinuta 1988. godine, a bračni ugovori stupaju na snagu nakon zaključenja braka (čl. 182 Građanskog zakonika). Supružnici mogu zaključiti, izmeniti ili poništi bračni ugovor u bilo kom trenutku tokom braka. Prilikom zaključivanja ugovora, supružnici nisu dužni da u potpunosti prijave svu svoju imovinu i dugove. Međutim, primenjuju se opšta pravila ugovornog prava, tako da ugovor može biti poništen zbog zablude ili prevare (čl. 23 i 28 i sl. Zakon o obligacionim odnosima). Primenjuje se i opšte pravilo koje zabranjuje zloupotrebu prava (čl. 2 st. 2 Građanskog zakonika).

U Austriji javni beležnik ima dužnost da utvrdi sposobnost oba supružnika u momentu zaključenja ugovora, da ih pouči o svrsi i posledicama bračnog ugo-

²⁴ *Ibidem*, 127.

²⁵ *Op. cit.* E. D. Graue, 135.

vora i da se uveri da zaključenje ugovora predstavlja njihovu stvarnu nameru.²⁶ Strane mogu ovu dužnost da otklone ukoliko su, na primer, prethodno primili pravni savet ili su sami već upoznati sa zakonskim pravilima. Nedostatak ovog uputstva ne utiče na validnost ugovora, ali javni beležnik može biti odgovoran za štetu. Forma koja se zahteva služi da sa jedne strane zaštiti same supružnike, a sa druge strane treća lica, odnosno poverioce. Registracija bračnih ugovora je neophodna samo u slučaju kada je jedan od supružnika vlasnik registrovanog privrednog društva, odnosno kada za obaveze društva odgovara neograničeno, odnosno kada je član komanditnog društva.²⁷

Ugovor Grčkoj se sačinjava u formi notarijalnog akta i registruje u javnom registru.

U Hrvatskoj se bračni ugovor sklapa u pisanom obliku, a potpisi bračnih drugova moraju biti overeni kod javnog beležnika (čl. 40/3 Obiteljskog zakona).

U Italiji ugovor overava notar ili javni službenik.²⁸

U Rusiji se bračni ugovor zaključuje u pisanoj formi i podleže notarijalnoj overi.

Za razliku od većine zemalja u kojima je za overu ugovora nadležan notar, u Švedskoj se ugovor overava u sudu i šalje na registraciju u bračni registar koji se čuva u Centralnom statističkom zavodu (pogl. 7, čl. 3; pogl. 16, čl. 1-4 Zakona o braku). Bračni ugovor mora biti sačinjen u pisanom obliku i potpisan od strane supružnika ili budućih supružnika.²⁹ Organ nema obavezu da informiše stranke o sadržini ugovora, niti da ih savetuje o pravnim dejstvima ugovora.³⁰

2. BRAČNI IMOVINSKI UGOVOR – ZAŠTITA SLABIJEG PARTNERA U PRAVU SRBIJE

U domaćem pravu, u zakonodavstvu koje je važilo pre II svetskog rata bila je regulisana, i u praksi često korišćena, mogućnost ugovaranja bračnog imovinskog režima.³¹ Tako je bilo u Srbiji, a takođe i u Vojvodini. Prema Srpskom građanskom zakoniku iz 1844. godine, supružnici su imali mogućnost da sami utvr-

²⁶ Videti paragraf 52 Austrijskog zakona o javnim beležnicima (Notariatsordnung von 25.7.1871, StF: RGBI No. 75/1871, Federal Law Gazette No 112/2003. [https://www.jusline.at/Notariatsordnung_\(NO\).html](https://www.jusline.at/Notariatsordnung_(NO).html), 1.12.2016.)

²⁷ Videti Austrijski zakon o privrednim društvima, paragrafi 128 i 161. [https://www.jusline.at/Unternehmensgesetzbuch_\(UGB\).html](https://www.jusline.at/Unternehmensgesetzbuch_(UGB).html), 2.11.2016.

²⁸ Op. cit. M. Timoteo, 277-278.

²⁹ Åke Malström, Anders Agell, *Family Law in Sweden*, Uppsala, 1987, 10.

³⁰ Op. cit. K. Boele-Woelki, F. Ferrand, C. Gonzales Beilfuss, M. Jäntherä-Jareborg, N. Lowe, D. Martiny, W. Pintens, 128.

³¹ O tome više u: Gordana Kovaček-Stanić, Ugovori o bračnom imovinskom režimu u uporednom porodičnom pravu, *Pravni život* 9/1, 2000, 507-518.

de pravila po kojima će se raspravljati njihovi imovinski odnosi. Tako je u par. 759 bilo predviđeno:

„Ugovor, koji bi između muža i žene, ili između ženika i neveste, u odnošaju na brak o imanju zaključen bio, zove se bračni ugovor.”

Sloboda ugovaranja nije bila potpuna, s obzirom da su postojala ograničenja vezana za sadržinu ugovora. Bračni ugovor, po opštim pravilima koja važe za pravne poslove, nije smeo biti protivan moralu i javnom poretku (par. 13), nije se mogla isključiti muževljeva vlast ni njene posledice, s obzirom da je bilo predviđeno da se lični odnosi ne mogu menjati ugovorom (par. 107). Ugovorom nisu smela biti povređena prava dece, ali su prava muške i ženske dece mogla biti ugovorom izjednačena (par. 788). U prvom periodu za bračne ugovore nije bila propisana posebna forma, znači, bili su neformalni, a što je kritikovano u teoriji. Kasnije je Zakonom o javnim beležnicima iz 1930. godine, uvedena pismena forma ugovora i njegova javna overa od strane javnog beležnika. Ugovori su mogli biti menjani tokom braka, a prestajali su prestankom braka. Iako je sloboda ugovaranja imovinskog režima bila široka, postojali su tipovi režima koji su bili predviđeni zakonom, a koji su se najčešće i ugovarali. Najviše korišćen ugovorni režim bio je mirazni režim, o kome je u Zakoniku bilo najviše odredaba (par. 760, 762-767, 769-770, 776). Drugi režim bio je režim opšte imovinske zajednice.³²

U Vojvodini, Međumurju i Prekomurju, prema Zakonu o braku, odnosno Zakonskom članku XXXI/1894. godine, bračni ugovor je bio dozvoljen, a bračni drugovi su mogli isključiti zakonski imovinski režim ili ga izmeniti. Ugovorom su bračni drugovi mogli predvideti da u zajedničku tečevinu uđu i stvari stečene besteretnim pravnim poslom, ili da neke stvari, umesto u zajedničku tečevinu, uđu u posebnu imovinu. Takođe su mogli da odrede drukčije kvote pri deobi, osim jednakih kvota.³³

³² Osnovno pravilo vezano za mirazni režim je da se radi o ugovornom režimu, tako da nije postojalo zakonsko pravo muža na miraz, ukoliko ovaj režim nije bio ugovoren. Najznačajnije načelo miraznog režima bilo je da je muž imao pravo uživanja na miraznim dobrima, a ne pravo svojine (par. 766-7). Od toga su postojali izuzeci koji su se odnosili na potrošna dobra (i novac), a moglo je biti ugovoreno da muž stekne svojinu i na drugim dobrima. Ako je tako bilo ugovoreno, muž je imao obavezu da vrati imanje, bilo u naturi, bilo u vrednosti. Pravo uživanja imalo je dva sastojka, pravo upravljanja i pravo uživanja. Žena je imala pravo na povraćaj miraza i mogućnosti obezbeđenja, na primer stavljanje hipoteke na nepokretnom imanju muža, tako da se naplaćivala pre ostalih poverilaca (par. 776). Imovina žene koja nije ušla u miraz nazivala se parafernalno imanje, a to je bilo sve ono što nije bilo obuhvaćeno ugovorom. Na ovim dobrima pravo upravljanja i uživanja pripadalo je ženi, ali se smatralo da je mužu poverila upravu, sve dok se ne bi izjasnila u protivnom smislu. Lazar Marković, *Porodično pravo*, druga knjiga *Građanskog prava*, Beograd, 1920. str. 126 i nadalje. O Zakonu o javnim beležnicima u Andrija Gams, *Bračno i porodično imovinsko pravo*, Beograd, 1966, str. 102. *Građanski zakonik za Kraljevinu Srbiju*, Beograd, 1903.

³³ Op. cit. A. Gams, 17-18. Zakonski režim je bio režim zajedničke tečevine, osim za plemiće (čije se privilegije u Vojvodini posle stvaranja Kraljevine SHS nisu priznavale) i tzv. honorator

Posle II svetskog rata u porodično pravo je uveden obavezan zakonski režim, i to režim zajedničke imovine, tako da ugovori o imovinskom režimu nisu bili dozvoljeni.³⁴

Tako je bilo sve do 2005. godine kada je PZS uveo mogućnost zaključivanja bračnih ugovora o imovinskom režimu.³⁵ Imovinski odnosi u braku i posle prestanka braka, od tada zavise od toga da li su supružnici/budući supružnici zaključili bračni ugovor, kojim se uređuju imovinski odnosi na postojećoj ili budućoj imovini (čl. 29/2, 171/2, čl. 188). Ova mogućnost je predviđena na isti način i za vanbračne partnere koji su zasnovali vanbračnu zajednicu u skladu sa zakonom. Bračni ugovor se može odnositi na postojeću imovinu, odnosno imovinu koju su supružnici stekli pre braka i na buduću imovinu, onu koju će steći tokom trajanja braka. S obzirom da u PZS ne postoji eksplicitna odredba o tome šta sve može biti sadržina bračnog ugovora, supružnici imaju veliku slobodu u regulisanju svojih imovinskih odnosa, odnosno supružnici mogu odrediti imovinski režim koji žele. Tako bi mogli da mimoiđu režim zajedničke imovine (npr. da se odluče za režim odvojenosti imovina, režim susvojine, ili neki drugi), ali i da npr. prošire režim zajedničke imovine (npr. na imovinu koja je nastala pre braka). Mogu, takođe, odrediti koliki će biti udeo svakog od njih u budućoj imovini, imovini koja će nastati u toku braka.

Nacrt Građanskog zakonika predviđa mogućnost ugovaranja posebne imovine (čl. 2430), ugovaranje unapred određenog dela u zajedničkoj imovini (čl. 2431), ugovaranje prava izbora kod deobe zajedničke imovine (čl. 2432). Kao alternativna rešenja predviđa se ugovaranje prava izbora kod deobe zajedničke imovine i zaostavštine (čl. 2433), ugovaranje odložene zajedničke imovine (čl. 2434), ugovaranje univerzalne (opšte) imovinske zajednice (čl. 2435), ugovaranje o podmirivanju porodičnih troškova (čl. 2436). Nacrtom Građanskog zakonika se zabranjuje ugovaranje stranog prava (čl. 2438).

PZS je predvideo da bračni ugovor mora biti zaključen u pismenom obliku i overen od strane sudije, koji je dužan da pre overe supružnicima pročita ugovor i upozori ih da se njime isključuje zakonski režim zajedničke imovine. Ovako strogi elementi forme (pisana forma, overa, upozorenje sudije) su predviđeni iz, moglo bi se reći, dva razloga. Prvenstveni razlog je u značaju ovih ugovora u imovinskim odnosima supružnika, jer se njime menja zakonski režim, a drugi je što ovaj ugovor predstavlja novinu, tako da supružnike treba upoznati sa elemen-

(lica sa fakultetskom diplomom koja su vršila lukrativni poziv na osnovu te diplome), za koje je zakonski režim bio režim odvojenosti imovina.

³⁴ Osnovni zakon o braku iz 1946, *Službeni list FNRJ* 29/46.

³⁵ Zakon je donet 17. februara 2005, objavljen je 24. februara 2005, stupio je na snagu osmog dana od dana objavljivanja, a primenjuje se od 1. jula 2005. godine. U daljem tekstu PZS, *Službeni glasnik Srbije* 18/05. Autor prof. dr Gordana Kovaček Stanić je učestvovala u izradi ovog zakona kao član Komisije za njegovu izradu, predsednik Komisije je bila prof. dr Marija Draškić.

tima ugovora i njegovim dejstvom. Bračni ugovor koji se odnosi na nepokretnosti se upisuje u javni registar prava na nepokretnostima i tako obezbeđuje javnost u odnosu na treća lica. Donošenjem Zakona o javnom beležništvu, nadležnost za zaključenje bračnih ugovora dobio je javni beležnik. Zakonom je bilo predviđeno da se u obliku javnobeležničkog zapisa sačinjavaju ugovori o imovinskim odnosima između supružnika (čl. 82).³⁶ Javni beležnik je imao samo opštu obavezu da pouči stranku i to o sadržini i pravnim posledicama nameravanog pravnog posla, izjave ili utvrđivanja određenih činjenica pre sastavljanja isprave, i da je upozori kad smatra da je data izjava nejasna, nerazumljiva ili dvosmislena, kao i na moguće sporove ili pravne smetnje do kojih bi moglo doći zbog takve izjave (čl. 80). Kasnije su usvojene izmene i dopune Zakona o javnom beležništvu te izmene i dopune Porodičnog zakona kojima je predviđeno da se u obliku javnobeležnički potvrđene (solemnizovane) isprave zaključuju: sporazumi o deobi zajedničke imovine supružnika (član 179), bračni ugovori (član 188) i ugovor o upravljanju i raspolaganju zajedničkom imovinom supružnika (član 189).³⁷ Dakle, umesto u obliku javnobeležničkog zapisa, ugovori o imovinskim odnosima između supružnika sačinjavaju se u obliku potvrđene (solemnizovane) isprave.

Izmenjena odredba Porodičnog zakona, koja se odnosi na zaključenje bračnog ugovora, sada glasi:

„1) Supružnici odnosno budući supružnici mogu svoje imovinske odnose na postojećoj ili budućoj imovini urediti ugovorom (bračni ugovor).

(2) Bračni ugovor zaključuje se u obliku javnobeležnički potvrđene (solemnizovane) isprave. Prilikom potvrđivanja (solemnizacije) ugovora javni beležnik je dužan da ugovornike naročito upozori na to da se njime isključuje zakonski režim zajedničke imovine, o čemu stavlja napomenu u klauzuli o potvrđivanju.“

Još pre nego što su izmene donete, ranije je sugerisano da su izmene kojima se ističe obaveza javnog beležnika da upozori stranke da se ovim ugovorom isključuje zakonski režim zajedničke imovine neophodne i da predstavljaju logičan korak u smislu usklađivanja sa ranijom odredbom Porodičnog zakona, a koja je predviđala istu ovakvu obavezu sudije prilikom zaključivanja bračnog ugovora.³⁸

Nacrt Građanskog zakonika predviđa da je javni beležnik dužan da pre overe supružnicima pročitava ugovor i da ih upozori na buduće imovinske posledice ugovora, te mogućnost da javni beležnik odbije overu ugovora ako ugovorom očigledno nisu zaštićeni interesi i jedne i druge strane (čl. 2429). Uporednoprav-

³⁶ Zakon o javnom beležništvu donet je 2011. godine, *Službeni glasnik RS* 31/2011, 85/2012, 19/2013 i 55/2014 – dr. zakon.

³⁷ Zakon o izmenama i dopunama zakona o javnom beležništvu, *Službeni glasnik RS* 6/2015 od 22.01.2015. godine. Zakon o izmenama i dopunama porodičnog zakona, *Službeni glasnik RS* 6/2015 od 22.01.2015. godine.

³⁸ Gordana Kovaček Stanić, *Ovlašćenja javnog beležnika u bračnim/partnerskim odnosima, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2012, 96.

no posmatrano samo u ruskom pravu postoji odredba koja zabranjuje da bračni ugovor sadrži uslove koji stavljaju jednog od supružnika u krajnje nepovoljan položaj.

U domaćem pravu bračnim ugovorom se ne mogu isključiti ličnoimovinska dejstva braka. U odredbama kojima se reguliše izdržavanje je predviđeno da odricanje od prava na izdržavanje nema pravnog dejstva (čl. 8/2 PZS). Ova odredba ima zaštitni karakter, štiti se ekonomski slabiji supružnik, na taj način što se onemogućava da na osnovu ugovora supružnik ostane bez sredstava za izdržavanje. Radi se, dakle, o imperativnoj normi koju stranke ne mogu menjati svojom voljom, te je javni beležnik obavezan da na to upozori stranke.

Kada se radi o stambenim odnosima, pravo stanovanja (*habitatio*) koje imaju dete i roditelj koji vrši roditeljsko pravo na stanu čiji je vlasnik drugi roditelj, takođe predstavlja egzistencijalnu zaštitu, prvenstveno za dete, ali i roditelja koji vrši roditeljsko pravo. Zbog toga smatramo, da pravo stanovanja takođe ne bi trebalo da bude isključeno ugovorom, odnosno da bi trebalo precizirati u Zakonu da bračnim ugovorom nije dozvoljeno isključiti nastanak prava stanovanja. Nacrt Građanskog zakonika predviđa da je nevažeće raspolaganje stambenim prostorom (stan, kuća) u kojoj supružnici žive sa svojom decom, bez obzira da li pripadaju posebnoj ili zajedničkoj imovini (porodični dom), putem bračnog ugovora suprotno najboljem interesu deteta.

Javni beležnik je nadležan za zaključenje sporazuma o deobi zajedničke imovine. Prilikom zaključenja ovih sporazuma javni beležnik treba da ima u vidu zakonske odredbe o podeli zajedničke imovine, ali supružnici imaju mogućnost da svojim sporazumom podelu imovinu i van osnovnog zakonskog kriterijuma (na jednake delove). Ipak, važno je istaći da pravila obligacionog prava o karakteristikama zelenaskog ugovora mogu biti aktivirana, tako da postoji mogućnost da se sporazum poništi ako se može okarakterisati kao zelenaski. Kada se radi o supružnicima i vanbračnim partnerima kao strankama, ovo je posebno značajno, jer jedna od stranaka može biti lice koje je ekonomski slabije i koje se nalazi u podređenom položaju.

3. BRAČNI IMOVINSKI UGOVOR U PRAKSI SRBIJE

Do stupanja na snagu Zakona o javnom beležništvu, zaključivanje bračnih imovinskih ugovora je bilo u sudskoj nadležnosti. U ovom radu se analiziraju bračni imovinski ugovori zaključeni u Osnovnom sudu u Novom Sadu u periodu od 2006. godine do 2014. godine, dakle od uvođenja mogućnosti zaključivanja bračnih ugovora u pravni sistem Srbije, Porodičnim zakonom iz 2005. godine, pa do momenta formiranja Javnobeležničke komore Srbije, kada su se stvorili uslovi da javni beležnik preuzme nadležnost.

U periodu od 2005 – 2014. godine u Osnovnom sudu u Novom Sadu zaključeno je 65 bračnih ugovora. I to: 2005. godine – 2 ugovora, 2006. godine – 8 ugovora, 2007. godine – 3 ugovora, 2008. godine – 5 ugovora, 2009. godine – 8 ugovora, 2010. godine – 1 ugovor, 2011. godine – 5 ugovora, 2012. godine – 9 ugovora, 2013. godine – 7 ugovora i 2014. godine – 10 ugovora.³⁹ Vidi se, dakle, da se bračni ugovor u praksi zaključuje vrlo retko.⁴⁰ Stranke ugovora su lica koja zaključuju brak (predbračni ugovori) ili supružnici, lica koju su već u braku (bračni ugovori).⁴¹ Ni u jednom slučaju stranke nisu bili vanbračni partneri.

Iako zaključeni kao bračni imovinski ugovori, uvidom u ugovore po slučajnom uzorku, ustanovljeno je da se ne radi u svakom slučaju o bračnom imovinskom ugovoru, takvom da se njime menja zakonski imovinski režim. Naime, neki od ovih ugovora su, u stvari, ugovori o podeli zajedničke imovine ili ugovori kojim se popisuje posebna imovina koju budući supružnici unose u brak.⁴² Ovakvi ugovori bili su dozvoljeni i pre uvođenja bračnih imovinskih ugovora u pravni sistem Porodičnim zakonom iz 2005. godine.

Postoje primeri u praksi bračnih ugovora koji su to i po svojoj sadržini i po formi. U nekim ugovorima se menja zakonski imovinski režim zajedničke imovine tako što se određuje da će bračni imovinski režim biti režim odvojenosti imovina.

U nekoliko slučajeva predbračnim ugovorom je određeno da udeo u privrednom društvu kao i prihodi koji nastaju od delatnosti privrednog društva ulaze u posebnu imovinu supruge koji je osnivač privrednog društva.⁴³ Na taj način se menja zakonski imovinski režim u smislu da se prihodi od posebne imovine nastali radom smatraju posebnom imovinom, a ne zajedničkom. Osim toga, isključuje se primena pravila prema odredbi člana 170/2 koja glasi:

„Ako je tokom trajanja zajedničkog života u braku došlo do znatnog uvećanja vrednosti posebne imovine jednog supružnika, drugi supružnik ima pravo na udeo u toj imovini srazmerno svom doprinosu.“

U nekoliko slučajeva je promenjen pravni režim prava intelektualne svojine, tako što se određuje da imovina stečena korišćenjem prava intelektualne svojine u toku trajanja zajednice života u braku predstavlja posebnu imovinu onog supružnika koji je imovinu stekao.⁴⁴ Prema PZS:

³⁹ Statistički podaci prema Izveštaju o broju zaključenih ugovora za period 2005-2014. Osnovnog suda u Novom Sadu.

⁴⁰ Slično je i u uporednom pravu. Tako u Francuskoj, na primer, samo oko 10% supružnika sačinjava predbračni ugovor.

⁴¹ Kao primer predbračnog ugovora: RZ. 692/13, 2,5, kao primer bračnog ugovora: RZ. 26/14, RZ. 120/14, R. 961/09.

⁴² Ugovori o podeli zajedničke imovine RZ. 26/14, RZ. 120/14. Ugovori kojim se popisuje posebna imovina koju budući supružnici unose u brak RZ. 692/13, 2.

⁴³ RZ. 692/13

⁴⁴ RZ. 692/13.

„Imovina stečena korišćenjem prava intelektualne svojine u toku trajanja zajednice života u braku predstavlja zajedničku imovinu“, čl. 173.

Osim toga, postoje bračni ugovori u kojima se određuje način podele zajedničke imovine, tako da se isključuje primena zakonskih pravila o podeli imovine. Tako se određuje da će se zajednička imovina deliti prema doprinosu supružnika u njenom sticanju. Na taj način se isključuje zakonska pretpostavka o tome da su udeli supružnika u zajedničkoj imovini jednaki, čl. 180/2 PZS. Zakonom je predviđen i kriterijum za podelu prema doprinosu, ali kao supsidijarni. Predviđeno je da:

„Veći udeo jednog supružnika u sticanju zajedničke imovine zavisi od njegovih ostvarenih prihoda, vođenja poslova u domaćinstvu, staranja o deci, staranja o imovini te drugih okolnosti od značaja za održavanje ili uvećanje vrednosti zajedničke imovine“, čl. 180/3 PZS.

4. ZAKLJUČAK

Bračni ugovorni imovinski režim su specifični zbog ličnih odnosa koji postoje između saugovarača, a koje vezuje brak ili vanbračna zajednica, te zbog činjenice da se ugovor zaključuje sa idejom njegove dugotrajnosti. To su razlozi zbog kojih porodično pravo treba da pruži posebnu zaštitu slabijem partneru, u odnosu na zaštitu na osnovu opštih pravila obligacionog prava. Mehanizmi zaštite slabijeg partnera su u radu određeni kao neposredni i posredni. Neposrednim mehanizmom se smatra mehanizam koji obuhvata odredbe zakona koje eksplicitno vode računa o imovinskom položaju supružnika/vanbračnog partnera, a posrednim onaj koji obuhvata određene imperativne ugovorne odredbe, naročito odredbe o sadržini ugovora, te odredbe koje predviđaju strogu formu ugovora. Zakonom se može predvideti zabrana ugovaranja ili isključenja određenih pravila, te mogućnost ugovaranja samo režima predviđenih zakonom.

Kada se radi o neposrednoj zaštiti moguće su dve koncepcije. Jedna, po kojoj se zaštita pruža u momentu zaključenja ugovora, a druga, u nekom kasnijem momentu.

S obzirom da u momentu pisanja ovog rada traje javna rasprava o Nacrtu Građanskog zakonika autori smatraju da je neophodno da u zaključnim razmatranjima daju svoje mišljenje o predlozima sadržanim u ovom tekstu.

Nacrt Građanskog zakonika se opredelio za neposredni oblik zaštite slabijeg partnera u momentu zaključenja ugovora, predviđajući mogućnost da javni beležnik odbije overu ugovora ako ugovorom očigledno nisu zaštićeni interesi i jedne i druge strane. Drugo moguće rešenje, a koje je predviđeno u Principima evropskog porodičnog prava i pravima mnogih evropskih država je predviđanje mogućnosti da nadležni organ (sud) revidira ugovor u kasnijem momentu, a ne u momentu

zaključivanja, predviđanjem posebnih pravila u odnosu na opšta pravila o poništaju i raskidu ugovora.

Neposredna zaštita predviđena je u zakonodavstvu pojedinih država. Tako prema zakonskim pravilima Švedske moguće je da sud modifikuje ili ne uzme u obzir odredbe ugovora, ako su nerazumne s obzirom na predmet ugovora, uzimajući u obzir okolnosti koje postoje u vreme sačinjavanja ugovora, kao i kasnije nastale okolnosti. Pored Švedske i rusko pravo pruža mogućnost neposredne zaštite, tako što predviđa da je ništav bračni ugovor koji sadrži uslove koji stavljaju jednog od supružnika u krajnje nepovoljan položaj.

Po našem mišljenju bolje je rešenje koje predviđa revidiranje ugovora u kasnijem momentu, s obzirom da rešenje, prema kojem se zaštita pruža u momentu zaključenja ugovora, a koje je predviđeno i u Nacrtu Građanskog zakonika, suviše ekstenzivno štiti stranke u momentu zaključenja ugovora. Naime, bilo bi vrlo teško odrediti koji stepen interesa treba da se zaštiti, imajući u vidu da se bračni ugovori sklapaju upravo da se mimoide režim zajedničke imovine, a to je režim koji, može se reći, najbolje štiti interese stranaka. Mogućnost da se u kasnijem momentu ugovor revidira ili stavi van snage trebalo bi da se primenjuje restriktivno, u uslovima koji u najvećoj meri dovode jednu od strana u težak položaj ili, kako se obrazlaže u Principima evropskog porodičnog prava, ako su teškoće ekstremne. Ovakvim tumačenjem vodi se računa o poštovanju principa slobode ugovaranja. Ako bi primena bila moguća u slučaju teškoća koje ne bi bile izuzetne ili ekstremne, to bi dovelo u pitanje autonomiju volje i samo postojanje mogućnosti bračnih imovinskih ugovaranja.

Kada se radi o posrednoj zaštiti, u uporednom pravu zaštita se pruža tako što se zabranjuje ugovaranje ili isključenje određenih pravila (npr. Francuska, Rusija, Hrvatska), kao i kroz dozvoljavanje ugovaranja samo režima predviđenih zakonom (npr. Švedska, Grčka, Švajcarska).

Kada se radi o predloženim rešenjima u Nacrtu Građanskog zakonika smatramo da bi sloboda ugovaranja supružnika bila znatno ograničena u slučaju da se u Građanskom zakoniku usvoji rešenje po kome bi bilo dozvoljeno ugovaranje posebne imovine, unapred određenog dela u zajedničkoj imovini i ugovaranje prava izbora kod deobe zajedničke imovine, a s obzirom da se zabranjuje ugovaranje stranog prava. Mišljenja smo da bi trebalo prihvatiti drugo predloženo rešenje koje predviđa i mogućnost ugovaranja odložene zajedničke imovine, univerzalne (opšte) imovinske zajednice i podmirivanja porodičnih troškova.

Osim toga, posredna zaštita se pruža i kroz stroge formalne uslove ugovora, koji predviđaju notarijalnu overu i obavezu notara da strankama objasni dejstva ugovora.

Još jedno bitno pitanje koje može biti obuhvaćeno bračnim ugovorom je i pitanje porodičnog doma. Neka zakonodavstva, poput Francuske, zabranjuju ugovore kojima se isključuju pravila koja se odnose na porodični dom. Slično, Nacrt

Građanskog zakonika predviđa da je nevažeće raspolaganje stambenim prostorom (stan, kuća) u kojoj supružnici žive sa svojom decom, bez obzira da li pripadaju posebnoj ili zajedničkoj imovini (porodični dom), putem bračnog ugovora suprotno najboljem interesu deteta. Smatramo da, iako ovakva odredba vodi računa o specifičnostima porodičnog doma, na taj način što zabranjuje raspolaganje porodičnim domom suprotno najboljem interesu deteta, nije dovoljna, te predlažemo da se eksplicitno zabrani isključivanje odredbe Porodičnog zakona o pravu stanovanja (*habitatio*). Radi se o formiranju lične službenosti na stanu čiji je vlasnik drugi supružnik u korist deteta i roditelja koji vrši roditeljsko pravo pod uslovom da nemaju pravo svojine na useljivom stanu. Pravo stanovanja je vremenski ograničeno, traje do punoletstva deteta. Postoji zaštitna odredba u odnosu na vlasnika stana, po kojoj, u slučaju da bi ovakav zahtev predstavljao očiglednu nepravdu za roditelja vlasnika stana, dete i roditelj ne bi imali pravo stanovanja. Odredba o pravu stanovanja ima za cilj rešavanje nezavidnih stambenih situacija u kojima se mogu naći dete i roditelj koji vrši roditeljsko pravo, naročito posle razvoda braka roditelja.

*Gordana B. Kovaček Stanić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
gkstanic@pf.uns.ac.rs*

*Sandra O. Samardžić, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
sandra.samardzic@pf.uns.ac.rs*

Protection of the Weaker Partner in the Marital Property Agreements

Abstract: *In many jurisdictions, spouses/common-law partners can choose which matrimonial property regime they want to be applied on their property relations. Viewed comparatively, such freedom exists in Western European countries for some time, but recently, both Eastern and Central European countries introduced the possibility of concluding marital property agreement in their legal systems, which changes the default marital property regime.*

However, the spouses do not have an absolute freedom when concluding such a contract. Restriction of freedom is due to the fact that the contracting parties are specific subjects – married persons, between whom exists personal relationships, which requires caution and some sort of protection of the weaker partner.

This paper analyzes the legal mechanisms to protect weaker partners in domestic family law and in a comparative European law.

Keywords: *marital property agreement, property relations between spouses, restriction of the freedom to contract.*

Datum prijema rada: 14.12.2016.

*Dr Ljubomir S. Stajić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
Lj.Stajic@pf.uns.ac.rs*

*Nenad P. Radivojević, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
N.Radivojevic@pf.uns.ac.rs*

*Vladan M. Mirković, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
V.Mirkovic@pf.uns.ac.rs*

VOJNA NEUTRALNOST KAO PRINCIP STRATEŠKOG OPREDELJENJA REPUBLIKE SRBIJE – PROBLEMSKI PRISTUP*

Sažetak: *Dinamični i intenzivni društveni procesi i odnosi koji su karakteristika savremenog sveta dovode do nastanka velikog broja izvora, oblika i nosilaca ugrožavanja koji na različite načine ugrožavaju bezbednost pojedinca, društva, države i međunarodne zajednice. U takvom bezbednosnom okruženju svaka država mora da postupi na odgovoran način i formuliše strategiju nacionalne bezbednosti koja će biti osnov za delovanje sistema bezbednosti. Pravilna strateška opredeljenja treba da uzmu u obzir realnost kakva jeste, a ne kakvu mi želimo da vidimo. To podrazumeva objektivno i tačno sagledavanje prirode međunarodnih odnosa, odnosa između velikih sila i njihovih interesa, zatim regionalnih činilaca bezbednosti i njihove uloge u ostvarivanju interesa velikih sila. Vojna neutralnost Republike Srbije izraz je želje da se posle decenije sukoba i stradanja učini važan korak ka pomirenju i saradnji na ovim prostorima. Međutim, trenutno važeća paradigma u svetskoj politici i bezbednosti koja svet skoro uvek posmatra kroz*

* Rad je nastao kao rezultat rada na naučno-istraživačkom projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

prizmu morala i poštovanja ljudskih prava podrazumeva svrstavanje na jednu ili drugu stranu. U takvim okolnostima neutralnost, osim što može biti ugrožena, u nekim slučajevima može biti i dovedena u pitanje, utoliko više ako se interesi velikih sila ostvaruju preko regionalnih činilaca i aktera koji imaju suprotne interese u odnosu na interese Republike Srbije.

Ključne reči: *vojna neutralnost, strategija nacionalne bezbednosti, međunarodni odnosi, ljudska bezbednost, suprotnost interesa.*

UVOD

Bezbednost, u najprostijem značenju, predstavlja stanje odsustva svih izvora, oblika i nosilaca ugrožavanja vitalnih vrednosti neke zajednice. Kao takva, bezbednost predstavlja idealno svojstvo jer nije ostvariva u apsolutnom obliku, već samo u određenom odnosu prema ugrožavanju. „Bezbednost i ugrožavanje (nebezbednost) su obrnuto srazmerne, što znači da kad jača bezbednost, slabi nebezbednost i obrnuto, pri čemu idealna ili maksimalna stanja bezbednosti i nebezbednosti praktično ne postoje. Nespojivost i ekstremna suprotstavljenost ciljeva, ponašanja i sredstava nosilaca ugrožavanja i istih elemenata bezbednosti ukazuju nam na to da je moguće (u praksi) uspostaviti samo određeno stanje tolerantnosti između bezbednosti i nebezbednosti, koje se ostvaruje delovanjem politike bezbednosti kroz sistem bezbednosti.“¹ Bezbednost može biti ugrožena spolja i iznutra ili kombinovanom aktivnošću različitih nosilaca ugrožavanja, pa se čisto teorijski pravi podela na spoljnu i unutrašnju bezbednost, mada je faktički bezbednost jedna, jedina i nedeljiva. „U tom smislu, sadržaj spoljne bezbednosti čini zaštita suvereniteta i teritorijalnog integriteta, kao i ravnopravnost članstva u međunarodnoj zajednici.“² S druge strane unutrašnja bezbednost, između ostalog, podrazumeva stanje zaštićenosti javnog reda i mira, ljudskih prava i sloboda i nesmetano funkcionisanje ustavom uspostavljenog poretka. Očigledno je da se spoljna i unutrašnja bezbednost međusobno prožimaju i čine ono što se u nauci bezbednosti naziva integralna bezbednost.

Svaka država nastoji da zaštiti sopstvene vitalne vrednosti, pre svega definišanjem jasne i precizne bezbednosne strategije i politike koje su zasnovane na realnim osnovama u pogledu cilja i sredstava za ostvarivanje tog cilja, ali i u pogledu identifikovanja svih oblika i nosilaca ugrožavanja. Narodna skupština Republike Srbije je 2009. godine usvojila Strategiju nacionalne bezbednosti Republike Srbije³

¹ Ljubomir Stajić, *Osnovi sistema bezbednosti – sa osnovama istraživanja bezbednosnih pojava*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2015, 24.

² *Ibid.*, 45.

³ *Službeni glasnik RS*, broj 88/2009.

čime je formulisala elemente svoje bezbednosne politike i doktrine očuvanja bezbednosti. Strategija nacionalne bezbednosti imala je neke nedostatke još od vremena usvajanja, koji su, naročito danas, više izraženi, posebno ako imamo u vidu dinamične promene u bezbednosnoj stvarnosti koje su se desile od 2012. godine i „Arapskog proleća“, pa sve do trenutne bezbednosne situacije obeležene ratom u Siriji, migrantskoj krizi i krizi Evropske unije. Jedno od ključnih pitanja koje Strategija nacionalne bezbednosti Republike Srbije treba da uredi jeste i pitanje vojne neutralnosti koja je proklamovana Rezolucijom o zaštiti suvereniteta, teritorijalnog integriteta i ustavnog poretka Republike Srbije⁴. S tim u vezi, prilikom strateškog opredeljenja po pitanju neutralnosti potrebno je odgovoriti na sledeća pitanja:

1. Kako obezbediti neutralnost?
2. Od čega i od čije volje zavisi neutralnost?
3. Mora li neutralnost biti i formalno potvrđena od zainteresovanih sila?
4. Da li je moguća neutralnost u određenim geopolitičkim okvirima i u uslovima regionalnog i svetskog rata?
5. Da li neutralnost znači da se ne treba pripremati za rat?
6. U kakvoj su vezi neutralnost i Strategija nacionalne bezbednosti?
7. Ograničava li i u kojoj meri neutralnost saradnju sa drugim snagama i vojnim savezima?
8. Kako pravno u međunarodnoj zajednici zaštititi svoju neutralnost ukoliko ona bude narušena voljom neke velike sile?

1. STRATEŠKA OPREDELJENJA REPUBLIKE SRBIJE

Ustav Republike Srbije propisuje da „Republika Srbija uređuje i obezbeđuje: suverenost, nezavisnost, teritorijalnu celovitost i bezbednost Republike Srbije, njen međunarodni položaj i odnose sa drugim državama i međunarodnim organizacijama; odbranu i bezbednost Republike Srbije i njenih građana.“⁵ Radi realizacije tog cilja potrebno je identifikovati sve izvore, oblike i nosioce ugrožavanja vitalnih vrednosti društva i organizovati efikasan sistem bezbednosti koji će zaštititi te vrednosti. U tom cilju preduzimaju se dve vrste aktivnosti: 1. aktivnosti na uspostavljanju odnosno organizovanju i 2. aktivnosti na funkcionisanju sistema bezbednosti.

U oblasti organizacionih aktivnosti svakako najvažniju ulogu ima Narodna skupština RS koja usvaja zakone, strategije i druga opšta akta kojima se stvaraju uslovi da se sistem bezbednosti uspostavi i da kasnije efikasno funkcioniše. Narodna skupština je 26.12.2007. godine usvojila Rezoluciju o zaštiti suvereniteta,

⁴ Službeni glasnik RS, broj 125/2007.

⁵ Službeni glasnik RS, broj 98/2006, čl. 97, tač. 1 i 4.

teritorijalnog integriteta i ustavnog poretka Republike Srbije kojom je doneta odluka o proglašenju vojne neutralnosti⁶ Republike Srbije u odnosu na postojeće vojne saveze do eventualnog raspisivanja referenduma na kojem bi se donela konačna odluka po tom pitanju. Zatim je Narodna skupština 2009. godine usvojila Strategiju nacionalne bezbednosti Republike Srbije (u daljem tekstu: SNB RS), koja predstavlja osnovni strateški dokument i polaznu osnovu za strateška dokumenta u pojedinim oblastima državne politike (odbrana, spoljna politika i sl). Usvojena nakon jednostranog proglašenja kosovske nezavisnosti od SNB RS se očekivalo da zauzme jasan stav povodom nastale bezbednosne situacije. Naime, „strategija nacionalne bezbednosti je ujedno i poruka drugim međunarodnim i unutrašnjim činiocima o tome šta država svrstava u svoje vitalne vrednosti neophodne za opstanak, rast i razvoj, a koje će braniti svojom ukupnom moći... Drukčije rečeno, u strategiju nacionalne bezbednosti utkana je, u njoj se nalazi crvena linija ispod koje država neće i ne može ići u odbrani svojih interesa.“⁷ SNB RS analizira bezbednost Republike Srbije kroz prizmu globalnih i regionalnih dešavanja; identifikuje izvore, oblike i nosioce ugrožavanja nacionalne bezbednosti; potvrđuje rešenost za članstvo u EU uz uspostavljanje odnosa sa SAD, Rusijom, Kinom, Indijom i Brazilom.

Proklamovana vojna neutralnost pomenutom rezolucijom Narodne skupštine nije izričito pomenuta u glavnim političkim i bezbednosnim opredeljenjima SNB RS, što svakako u narednoj strategiji nacionalne bezbednosti treba biti jasno naznačeno. Međutim, Strategija odbrane Republike Srbije⁸ (u daljem tekstu: SO RS) iskazuje opredeljenost Republike Srbije da izgrađuje i jača sopstvene kapacitete i sposobnosti za odbranu, kao i da *kroz integraciju u evropske i druge međunarodne bezbednosne i odbrambene strukture* zajednički deluje sa drugim državama i doprinosi jačanju nacionalne, regionalne i globalne bezbednosti.⁹ Prema nekim mišljenjima, navedeni stav je kontroverzan u odnosu na Rezoluciju Narodne skupštine RS, jer bi članstvo u bilo kojoj odbrambenoj strukturi (savezu) bilo suprotno proklamovanoj vojnoj neutralnosti.

⁶ U radu će biti reči o vojnoj neutralnosti koja se razlikuje od političke neutralnosti. Vojno neutralna država ne sme da bude član vojnog saveza niti da učestvuje u oružanom sukobu kao zaraćena strana, osim ako nije reč o samoodbrani, već da promoviše i podstiče mirovne procese. S druge strane, politička neutralnost bi trebalo da isključuje članstvo u političkim organizacijama koje zastupaju partikularne interese ili stvaranje drugih formalnih političkih saveza koji isključuju samostalno oblikovanje i vođenje državne politike.

⁷ Ljubomir Stajić, *Strategija nacionalne bezbednosti u funkciji bezbednosti Republike Srbije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, broj 2/2009, 224.

⁸ *Službeni glasnik RS*, broj 88/2009.

⁹ SO RS, 2.

2. VOJNA NEUTRALNOST KAO PRINCIP STRATEŠKOG OPREDELJENJA REPUBLIKE SRBIJE U SVETLU SAVREMENIH BEZBEDNOSNIH TENDENCIJA

Vojna neutralnost kao princip strateškog opredeljenja Republike Srbije može biti diskutabilan sa stanovišta trenutne bezbednosne stvarnosti i logike velikih sila jer neutralnost kao institut međunarodnog javnog prava zahteva određene pretpostavke koje u vreme proklamovanja datog principa nisu bile ispunjene. Pitanje priznanja bilo kakve teritorijalne promene (ankesije, sukcesije, državnosti, neutralnosti i sl.) je pitanje međunarodnog javnog prava u određenom prostornom poretku u kome se pravila primenjuju. Svetski ratovi su dokazali da je ceo svet postao jedinstven prostorni poredak gde su „velike sile u svojstvu nosilaca i garanta prostornog poretka kojim one upravljaju, bile te koje su davale svoje priznanje svim važnim teritorijalnim promenama.“¹⁰ Pitanje neutralnosti znači izuzimanje jednog dela tog prostornog poretka u smislu da taj deo više ne može postati pozornica sukoba bilo koje vrste interesa većine država, a naročito onih koje su garant te neutralnosti. Konvencija o pravima i dužnostima neutralnih sila i lica u slučaju rata na kopnu (V Haška konvencija iz 1907. godine)¹¹ garantuje nepovredivost teritorijalnog integriteta neutralne države i zabranjuje zaraćenim stranama da teritoriju neutralne države koriste u ratne svrhe. Iz toga dalje proističe obaveza za neutralnu državu da se uzdrži od uplitanja u bilo kakve političke ili vojne sukobe, izuzev posredovanja u mirenju i postizanju sporazuma između zaraćenih strana. „Trajne neutralizacije država – Švajcarske 1815. i Belgije 1831/1839. – pre svega su pitanja kolektivnih ugovora evropskih velikih sila, jer time, određene državne oblasti, dobijaju poseban međunarodnopravni status, tako što prestaju da budu pozornica rata.“¹² Unilateralno proglašenje neutralnosti može ostati bez efekta po politički i međunarodnopravni status države ako velike sile ne podrže proklamovanu neutralnost i formalno i stvarno.

Dakle, neutralnost znači nemešanje u konkretne sukobe, ali ne isključuje politiku koja samostalno, na odgovoran i sistematičan način vodi računa o sopstvenoj bezbednosti. Najbolji primer za to je Švajcarska koja je posle dugo godina odbijanja odlučila da postane član OUN i pristupi Partnerstvu za mir ili Švedska koja je posle Drugog svetskog rata usvojila koncept neutralnosti pod oružjem.¹³

¹⁰ Karl Šmit, *Nomos zemlje u međunarodnom pravu Ius publicum Europeanum*, Fedon, Beograd 2011, 219.

¹¹ <http://www.mfa.gov.rs/sr/images/stories/komisija/MKCK%20-%20Izvori%20MHP.pdf> 12. septembar 2016.

¹² *Ibid.*, 217.

¹³ Neutralnost pod oružjem je koncept po kome država putem svoje vojne moći odvraća druge države od potencijalne agresije.

Prva pretpostavka neutralnosti je međunarodnopravno priznata državna teritorija u okviru koje se garantuje neutralnost. Država koja ima otvoreno pitanje svog teritorijalnog integriteta ima problem sa neutralnošću jer susedne države (ili velike sile) pokušavaju da deo njene teritorije izuzmu iz suvereniteta i teritorijalnog integriteta ili prisvoje za sebe, bez obzira na političko – ideološke proklamacije države žrtve. Dakle, da bi se ostvarila neutralnost potrebno je da se razreše svi nesporazumi sa susedima kako bi neutralnost i formalno bila priznata.¹⁴ Međususedski odnosi lišeni napetosti i tenzije uglavnom su indikator istovetnosti interesa velikih sila u tom regionu ili njihove nezainteresovanosti za dati region, pa je iz tih razloga i stvarna neutralnost u tom slučaju moguća. Kada je reč o Balkanu teško da se tako nešto može očekivati u skorije vreme. Druga važna pretpostavka neutralnost tiče se vladajuće političke i bezbednosne paradigme u međunarodnim odnosima. Trenutna paradigma zasnovana je na ideologiji demokratije i ljudskih prava čiji principi bar u načelu odnosno teorijski ne dozvoljavaju neutralnost, budući da su zasnovani na politici isključivosti, odnosno svrstavanja na jednu ili drugu stranu.

SNB RS je u velikoj meri predstavljala reakciju na jednostrano proglašenje nezavisnosti Kosova i Metohije, ali nije sadržala odgovor na trenutnu bezbednosnu situaciju i jasno zauzimanje stava, nego upravo suprotno, jednu uopštenu i pomirljivu retoriku uz konstataciju da jednostrano proglašena nezavisnost južne srpske pokrajine predstavlja najveću bezbednosnu pretnju Republici Srbiji. SNB RS potencira diversifikaciju multilateralne saradnje sa svim relevantnim faktorima u međunarodnim odnosima u cilju zaštite vitalnih vrednosti društva, što je teško održivo imajući u vidu konstantnu suprotstavljenost interesa tih faktora koji se u jednom delu manifestuju i na prostoru Balkana. Očigledan primer takve suprotstavljenosti velikih sila je upravo slučaj Kosova i Metohije. Činjenica postojanja ili nepostojanja neprijatelja nije stvar želje planera bezbednosne politike, već stvar realnosti odnosno posledica suprotnih interesa velikih sila. „Sve dok neki narod egzistira u sferi političkog, on mora sam iako samo za najekstremniji slučaj – o čijem postojanju, međutim, sam odlučuje – odrediti razlikovanje na prijatelja i neprijatelja. U tome leži suština njegove političke egzistencije. Ako više nema sposobnosti ili volje za to razlikovanje, on prestaje da politički egzistira. Dopusti li da mu neki stranac propisuje ko je njegov neprijatelj i protiv koga sme da se bori ili ne onda on više nije politički slobodan narod i pripada ili je podređen nekom drugom političkom sistemu.“¹⁵

¹⁴ Neutralnost ne može da postoji dok postoje otvoreni i evidentni sukobi sa susednim državama. Ne može se očekivati da će Albanci izuzeti iz projekta Velike Albanije bilo koji deo teritorije Republike Srbije zato što je Narodna skupština Republike Srbije donela odluku da je Republika Srbija neutralna. Još manje bi takva odluka bila obavezujuća za velike sile koje se bore da ostvare sopstvene interese na Balkanu upravo preko naroda koji tu žive.

¹⁵ Karl Šmit, Pojam političkog, U: *Norma i odluka – Karl Šmit i njegovi kritičari*, Filip Višnjić, Beograd 2001, 34.

U SNB RS se jasno stavlja do znanja da „protivpravno jednostrano proglašena nezavisnost Kosova predstavlja najveću pretnju bezbednosti Republike Srbije.“¹⁶ Jednostrano proglašena nezavisnost južne srpske pokrajine zaista jeste problem, ali najveća opasnost po bezbednost Republike Srbije ne predstavlja samo proglašenje nezavisnosti dela naše teritorije nego procesi koji su doveli do proglašenja i naročito akteri koji su inicirali, upravljali i na kraju doveli do kraja proces samoproglašenja. „Pri tome se kao relevantno polazište za strategiju nacionalne bezbednosti mora neizostavno uzimati u obzir ponašanje velikih sila, kao i geografski bliskih država, posebno onih koje figurišu kao izvesni suparnici.“¹⁷ U tom smislu, treba identifikovati ponašanja regionalnih i globalnih aktera i njihove pretenzije koje su u konkretnom slučaju dovele do dezintegracionih procesa na Kosovu i Metohiji, a koji mogu i u budućnosti dovesti do novih kriza koje bi pogodile kako Srbiju, tako i celi srpski narod koji živi u regionu.

Neutralnost Republike Srbije se u praksi može suočiti sa još nekim problemima koji direktno ili indirektno mogu dovesti u pitanje naše strateško opredeljenje. „Uvažavajući interes očuvanja sopstvenog teritorijalnog integriteta i suvereniteta, Republika Srbija će spoljnu i bezbednosnu politiku u najvećoj meri usklađivati sa pozicijama i delovanjem EU u svim najvažnijim pitanjima globalnog, evropskog i regionalnog karaktera.“¹⁸ Iz ovoga se može izvesti zaključak da će Republika Srbija uskladiti svoju politiku sa politikom EU u svim slučajevima u kojima ne postoji suštinska protivrečnost interesa EU i Republike Srbije. U slučajevima gde postoji suprotnost interesa, Republika Srbija bi vodila politiku koja „potvrđuje privrženost poštovanju sopstvene državotvorne tradicije“¹⁹. Nameće se zaključak da SNB ima u vidu partnerski odnos između EU i Republike Srbije čime se ne dovodi u pitanje princip neutralnosti, već se otvara prostor za partnerski odnos i sa Rusijom, SAD, Indijom, Kinom i Brazilom, lišen političkog svrstavanja i tenzija.

Međutim, već u samoj SNB se navodi da „strateški prioritet Republike Srbije jeste ubrzavanje procesa pridruživanja i pristupanja Evropskoj uniji.“²⁰ Članstvo u svakoj organizaciji podrazumeva usaglašavanje sopstvene politike sa politikom te organizacije već na nivou kandidata za članstvo, što je posebno naglašeno kada je reč o EU s obzirom da su uslovi za članstvo političke i ekonomske prirode. U tom slučaju svaka država kandidat treba da uskladi svoju spoljnu i bezbednosnu politiku sa Zajedničkom spoljnom i bezbednosnom politikom EU (u daljem tekstu: ZSBP EU) koja u krajnjoj liniji može pretpostaviti i članstvo u

¹⁶ SNB RS, 8.

¹⁷ Zoran Kilibarda, Geopolitička polazišta strategije nacionalne bezbednosti, *U: Rizik, moć, zaštita: Uvođenje u nauke bezbednosti*, Službeni glasnik i Fakultet bezbednosti, Beograd 2010, 161.

¹⁸ SNB RS, 14.

¹⁹ SNB RS, 2.

²⁰ SNB RS, 18.

NATO-u. Pri čemu usklađivanje sa ZSBP EU nije stvar izbora, već uslov za pristupanje EU čime se isključuje ravnopravan i partnerski odnos između EU i države kandidata. Dakle, već na nivou kandidature za članstvo, politički kurs države kandidata treba da je u najvećoj meri ili u potpunosti usklađen sa ZSBP EU. Zbog toga se može postaviti pitanje da li proces pristupanja EU, isključuje politiku uzdržavanja kao osnovu neutralnosti?²¹ Odgovor na ovo pitanje je od posebne važnosti za Republiku Srbiju kao državu kandidata, s obzirom da se oko suštinskih pitanja politika Republike Srbije razlikuje od politike onih država koje utiču na kreiranje ZSBP EU (Nemačka, Italija, Francuska) i koje zahtevaju *normalizaciju odnosa Beograda i Prištine*.²² Pored toga, većina članica EU su i članice NATO-a, vojno – političkog saveza u kome glavnu reč vode SAD. Nerešeni međususedski odnosi mogu dovesti do toga da proces pristupanja EU ima za posledicu ugrožavanje vitalnih nacionalnih interesa. Naime, kroz usklađivanje nacionalne politike sa politikom EU bilo koja članica može taj proces blokirati izgovarajući se nerešenim sporom sa državom kandidatom. U tom slučaju država članica ima ucenjivački kapacitet u odnosu na državu kandidata i to može iskoristiti da bi ostvarila sopstvene interese kroz pritisak, a ne na legitiman i fer način kroz međunarodne sudove i arbitraže gde bi se te dve države našle kao jednake strane.²³

Zbog toga je veoma važno sagledati stanje međususedskih odnosa u neposrednom okruženju. Veoma važan indikator kvaliteta odnosa sa drugim državama u regionu je status nacionalnih manjina u njima. Naime, pitanje zaštite nacionalnih manjina je jedno od fundamentalnih principa modernog evropskog prava, a to je u isto vreme i test demokratičnosti i slobode u jednom društvu. Pitanje saradnje i prijateljskog odnosa sa susednim državama radi zaštite srpskog naroda koji u njima živi, jedna je od ustavnih obaveza jer je u članu 13. Ustava RS pod nazivom *Zaštita državljana i Srba u inostranstvu* propisano da „Republika Srbija razvija i unapređuje odnose Srba koji žive u inostranstvu sa matičnom državom.“²⁴ Ovo pitanje je naročito aktuelno kada je u pitanju Crna Gora kao i države koje imaju teritorijalne pretenzije na našu teritoriju: Albanija i Hrvatska.²⁵ Situ-

²¹ Odgovor na ovo pitanje nije jednostavno dati budući da i same države koje su neutralne različito shvataju sopstvenu neutralnost. Švajcarska dugo nije bila član OUN, da bi kasnije pristupila i OUN i Partnerstvu za mir. S druge strane, Austrija zadržava vojnu neutralnost, a član je EU kao regionalne organizacije koja, za razliku od OUN kao globalne organizacije, ima svoju politiku koja se u nekim slučajevima direktno suprotstavlja pojedinim moćnim državama (npr. sankcije EU protiv Rusije).

²² <http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/politika/aktuelno.289.html:536195-Lunacek-Priznanje-Kosova-bice-uslov-za-ulazak-Srbije-u-EU> 10. septembar 2016.

²³ Poslednji takav slučaj je spor sa Hrvatskom oko vraćanja srpske kulturne baštine u srpske manastire u Hrvatskoj iz kojih su preneti u Srbiju na početku rata da bi se spasili od uništenja. Pored toga otvara se pitanje granice na Dunavu, položaja manjina u Srbiji i sl.

²⁴ *Službeni glasnik RS*, broj 98/2006.

²⁵ Kao kratka ilustracija teškog položaja Srba u ovim državama mogu poslužiti sledeći tekstovi:

Neutralnost zahteva i povoljno političko okruženje u kome se mogu ispoljiti sve političke, pravne i bezbednosne prednosti neutralnosti. Ako se analizira priroda međunarodnih odnosa danas i bezbednosna paradigma čiji je nosilac SAD može se doći do zaključka da trenutna svetska politička i bezbednosna stvarnost mogu dovesti u pitanje princip neutralnosti u bilo kom delu sveta, a posebno na Balkanu gde postoji tradicionalna suprotstavljenost interesa velikih sila. Bezbednosna paradigma SAD kao najmoćnije sile zasniva se na novom sadržaju pravednog rata u ime čovečanstva. Po svoj prilici, SAD danas reafirmišu srednjovekovni pojam pravednog rata u kome je jedan nadpravn i nadržavni autoritet, rimska kurija i papa, odlučivao o postojanju pravednog osnova za započinjanje rata. Osnov je bio uvek moralne ili religijske prirode i kao takav onemogućavao dijalog i kompromis, jer i moral i religija počivaju na krajnostima dobro – zlo, a sa zlom se ne pregovara, ono se uništava. Posledica takve prakse bili su krvavi verski ratovi koji su ostavili iza sebe porušenu Evropu i koji su okončani Vestfalskim mirom 1648. godine kada su uspostavljeni temelji moderne državnosti i međunarodnih

1. O položaju i statusu Srba u Crnoj Gori vidi tekst đakona Pavla Lješkovića: Etnocid – teorija i savremena praksa, pogled sa crkvenopravnog aspekta, Geopolitika, maj 2016, str. 42–43;
2. O položaju i statusu Srba u Hrvatskoj vidi razgovor sa mitropolitom zagrebačko – ljubljanskim Porfirijem, Ekspres, 9. septembar 2016, str. 4–6;
3. O položaju i statusu Srba u Albaniji vidi tekstove u Politici od 3. i 4. septembra 2016. Jedan narod – dve vere str. 4 i Srpski brak u dve vere, str. 2.

1073

odnosa, a posledično i pravila ratovanja (pravo na rat – *ius ad bellum*) koja su prilagođena novom poretku.

Države nisu više ispunjavale papske naloge nego su bile samostalne da u skladu sa svojim interesima vode ratove koji tako postaju sukobi između država kao javnopravnih entiteta jednakih po jedino važnom kriterijumu – suverenitetu.²⁷ „Rat je tako mogao da postane nešto analogno dvoboju, oružani sukob između teritorijalno određenih *personae morales*... U poređenju sa brutalnošću religijskih i stranačkih ratova, koji su po svojoj prirodi ratovi uništenja i u kojim se neprijatelji uzajamno diskriminišu... ovo znači maksimalno racionalizovanje i humanizovanje rata. Obe strane se priznaju kao države. Time postaje moguće razlikovanje između neprijatelja i zločinca. Pojam neprijatelja postaje pogodan za pravno oblikovanje. Neprijatelj prestaje da bude nešto što mora da bude uništeno. Tako je evropsko međunarodno pravo uspešno da uz pomoć pojma države omeđi rat.“²⁸

Pravedan razlog je isključen iz sadržaja rata budući da je država postala samostalan entitet odvojen od crkve, tako da nije postojao nikakav viši autoritet od države koji bi sudio o pravednosti razloga, niti bi se moglo očekivati od jedne države da prizna da vodi nepravedan i osvajački rat. U takvim uslovima pravedni rat je podrazumevao džentlmensku borbu između dva suverena i jednaka subjekta, pa je prema tome dozvoljavao da neka strana bude neutralna u odnosu na konkretan sukob, ali u apstraktnom i posrednom smislu i ona je bila zainteresovana za ishod, mada se nije mešala, budući da se sukob vodio u prostornom poretku u kome njena neutralnost egzistira i biva prihvaćena od drugih. Prema tome i sama neutralnost je podrazumevala jedan političko – pravni okvir u kome bi ona bila moguća i prihvaćena.

Takva pravila ratovanja su u Evropi kao jedinstvenom kulturnom, civilizacijskom i istorijskom prostornom poretku opstala do kraja Drugog svetskog rata. Poslednji izraz takvog shvatanja rata su Ženevske konvencije.²⁹ Međutim, situacija polako počinje da se menja sa zaoštavanjem odnosa tokom Hladnog rata.

²⁷ U ovom slučaju misli se na spoljni element suverenosti koji „podrazumeva nezavisnost državne vlasti u odnosu prema drugim državama, što znači da je državna vlast prilikom donošenja svojih odluka pravno slobodna od svakog spoljnog mešanja.“ Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014, 152.

²⁸ Karl Šmit, *Nomos zemlje u međunarodnom pravu Ius publicum Europeanum*, Fedon, Beograd 2011, 148 – 149.

²⁹ Ženevske konvencije pre svega izdvajaju i štite ugrožene kategorije u oružanim sukobima (bolesne i ranjene pripadnike protivničke vojske; zarobljenike i brodolomnike) čime se potvrđuje da se bar u teoriji na rat gleda kao na sukob dve strane koje imaju međunarodni subjektivitet i raspolazu organizovanom oružanom silom. Sve van kategorije „organizovana oružana sila“ je van vojnog cilja i predstavlja objekat zaštite međunarodnog prava. S druge strane, u situaciji u kojoj postoji shvatanje da je druga strana zlo koje treba uništiti ne postoji diskriminatorni osnov koji bi isključio određene kategorije iz sukoba. Takav pristup je najvidljiviji u ratu protiv terorizma koji je pokrenula Bušova administracija posle napada na Njujork i Vašington 11. septembra 2001. godine, i koji je podrazumevao odricanje Talibanima i osumnjičenim za terorizam zaštitu i prava koja su

Evropski prostorni poredak je podeljen „gvozdеном zavesom“ od Baltika do Jadrana, a SAD kroz ideologiju ljudskih prava pokušavaju da ponovo uvedu moralne kriterijume u visoku politiku reafirmišući staru doktrinu pravednog rata koji se vodi protiv *imperije zla*, u ovom slučaju SSSR. Doktrina pravednog rata dobila je novi sadržaj u bezbednosnoj politici SAD koja je izražena u humanitarnim pitanjima odnosno slučajevima oružanih intervencija u cilju sprečavanja navodnog masovnog kršenja ljudskih prava.

U politički i bezbednosni rečnik uvodi se koncept ljudske bezbednosti koji SAD zloupotrebljavaju i koriste u propagandne i imperijalističke svrhe. Koncept ljudske bezbednosti svoj osnov ima u ljudskim pravima, kao standardima koji su svojstveni svakom čoveku bez obzira u kojoj državi živi, boji kože, naciji kojoj pripada, religiji koju ispoveda i sl., odnosno čoveku kao „građaninu planete“. Prema međunarodnom pravu svaka država ima obavezu da obezbedi jednaku primenu ljudskih prava za sve građane. „Za očekivati je da uprkos učinjenom međunarodnom naporu, neke države neće moći da obezbede osnovne potrebe svojih građana čime se stvaraju uslovi za potencijalni konflikt, humanitarnu krizu ili regionalnu nestabilnost. Kad država izgubi mogućnost da obezbedi blagostanje svojim građanima, masovne migracije, građanski neredi, glad, masovna ubistva, ekološke katastrofe i agresija na susedne zemlje ili etničke grupe, može da ugrozi američke interese i građane.“³⁰ Ako se garancije države pokažu kao nedovoljne, pa usled toga dođe do kršenja ljudskih prava moralna i pravna dužnost međunarodne zajednice je da zaštiti žrtve. Ovaj stav je zvanično proklamovan kao princip *Odgovornost za zaštitu* u Završnom dokumentu sa Svetskog samita OUN 2005. godine.³¹ Tako se za potrebe zaštite ljudske bezbednosti konstruiše naddržavni autoritet izražen u metafizičkom pojmu *čovečanstva odnosno međunarodne zajednice* čiju funkciju SAD, kao preostala supersila posle Hladnog rata, nastoje da uzurpiraju. Jedan od primera zloupotrebe opštih pojmova bila je agresija na SRJ koja je izvršena da bi se sprečila „humanitarna katastrofa“ na Kosovu i Metohiji, povodom čega je i nastala Komisija koja je formulisala princip *Odgovornost za zaštitu*.³²

predviđena Ženevskim konvencijama. Vidi: http://www.pegc.us/archive/White_House/bush_memo_20020207_ed.pdf. 10. septembar 2016.

³⁰ *The National Security Strategy of the United States of America*, The White House, Washington D.C. March 2006, 7.

³¹ Odgovornosti za zaštitu (R2P) je princip koji je formulisala Međunarodna komisija o intervenciji i državnom suverenitetu, a koji je zvanično potvrdila Generalna skupština OUN 2005. godine. Ovaj princip podrazumeva preventivno i represivno delovanje u cilju sprečavanja odnosno prestanka konflikta i obnovu društva nakon konflikta. O tome više u Eve Massingham, *Military intervention for humanitarian purposes: does the Responsibility to Protect doctrine advance the legality of the use of force for humanitarian ends?* *International Review of the Red Cross*, 91/2009.

³² Ubrzo nakon agresije iz akademske zajednice i pravničke struke se moglo čuti da je bombardovanje SRJ bilo nezakonito, ali legitimno imajući u vidu navodno kršenje ljudskih prava na Kosovu i Metohiji. Povodom agresije na SRJ Kanada je formirala Komisiju koja je trebalo da da

U skladu sa takvim shvatanjem humanosti i morala nastaje osnov razlikovanja na prijatelje i neprijatelje, koji isključuje treću i nezainteresovanu stranu u bilo kom sukobu. „Sve slobodne države imaju odgovornost da stanu u odbranu slobode, jer sve one dele isti interes i dobrobiti slobode.“³³ Prema tome, osnovni kriterijum svrstavanja je sloboda iz koje proističu sve druge vrednosti – demokratija i ljudska prava, slobodna trgovina i otvoreno tržište, pravda i sl. Rečju, sve ono što predstavljaju SAD, a njeni „najbliži saveznici i partneri su one države koje dele zajedničke vrednosti. Što više država pokaže da poštuju svoje građane i da su posvećeni demokratskim principima, to će i njihov odnos sa SAD biti bliži i jači.“³⁴ S druge strane, neprijatelj je „onaj drugi, stranac i za njegovu suštinu je dovoljno da je u posebno intenzivnom smislu egzistencijalno nešto drugo i strano, tako da su u ekstremnom slučaju s njim mogući konflikti koji se ne mogu rešiti niti nekim unapred donetim generalnim normiranjem niti presudom nekog ‘neučestvujućeg’ i zato ‘nepriistrasno’ trećeg... Ekstremni slučaj konflikta mogu rešiti jedino samo učesnici među sobom; posebno svako od njih može jedino sam odlučiti da li u konkretnom slučaju konflikta drugost stranca znači negaciju sopstvenog načina egzistencije, pa se zbog toga odbija i savlađuje kako bi se sačuvao vlastiti, bivstvovanju primereni način života.“³⁵ Cela ova američka bezbednosna paradigma može se slikovito izraziti kroz izjavu predsednika Buša datu posle napada od 11. septembra 2001. godine na Njujork i Vašington.³⁶ Predsednik Buš je tokom boravka u Francuskoj skrenuo pažnju da svim državama treba da bude jasno da će biti odgovorne zbog svoje neaktivnosti u globalnom ratu protiv terorizma. „Ili ste s nama ili ste protiv nas u borbi protiv terorizma.“³⁷ Takav obrazac svrstavanja je podoban ne samo da se iskoristi povodom borbe protiv terorizma, već povodom bilo kog slučaja u kome su interesi SAD dovedeni u pitanje. Time iz centra globalne moći dolazi jasna poruka da je neutralnost u pitanjima od značaja za interese SAD (predstavljani kao interes čovečanstva – prim. autora) isto

odgovor na pitanje kako međunarodna zajednica treba da reaguje u slučaju masovnog kršenja ljudskih prava. Prema: Eve Massingham, Military intervention for humanitarian purposes: does the Responsibility to Protect doctrine advance the legality of the use of force for humanitarian ends? *International Review of the Red Cross*, 91/2009, 806. U isto vreme nastaju brojni radovi o moralnom opravdanju agresije na SRJ. Vidi: Michael P. Scharf, How the War against ISIS Changed International Law, *Journal of International Law*, 48/2016, 55-57.

³³ *The National Security Strategy of the United States of America*, The White House, Washington D.C. March 2006, 7.

³⁴ *Ibid.*, 7.

³⁵ Karl Šmit, Pojam političkog, U: *Norma i odluka – Karl Šmit i njegovi kritičari*, Filip Višnjić, Beograd 2001, 19.

³⁶ Ovim događajem počinje nova era terorizma i borbe protiv terorizma. Više o posmodernom terorizmu vidi u: Ljubomir Stajić, Posmoderni terorizam, organizovani kriminal i korupcija kao savremeni bezbednosni izazovi, rizici i pretnje, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, broj 2/2006, 382-385.

³⁷ <http://edition.cnn.com/2001/US/11/06/gen.attack.on.terror/>, 10. septembar 2016.

što i otvoreno neprijateljstvo. U tako podeljenom svetu niko svojom voljom ne može postati neutralan ako mu to drugi ne priznaju i ne poštuju.

ZAKLJUČAK

Tradicionalno nemirno područje Balkana i u budućnosti će biti poprište sukoba suprotstavljenih interesa velikih sila. Zbog toga Srbija treba odgovorno da pristupi definisanju svojih vitalnih vrednosti, identifikovanju izvora, oblika i nosilaca ugrožavanja bezbednosti i organizovanju efikasnog sistema bezbednosti u skladu sa globalnim i regionalnim bezbednosnim tendencijama.

Problem SNB RS od nastanka jeste što ne zauzima jasan stav oko mnogo bezbednosnih problema. Doduše, jasno se stavlja do znanja da je jednostrano priznanje Kosova i Metohije najveća pretnja bezbednosti. Međutim, ni to nije apsolutno tako. Najveće ugrožavanje bezbednosti Republike Srbije potiče od aktera koji iniciraju dezintegracione procese u kojim je jednostrano proglašenje nezavisnosti Kosova posledica, a ne uzrok. Previđanje uzroka omogućava da se u SNB RS kao osnova bezbednosti istaknu upravo procesi i organizacije koje su dovele do tog, kako ga SNB naziva, najvećeg bezbednosnog problema.

Iz navedenog proističe da SNB RS treba da sadrži ozbiljno promišljanje i jasno zauzimanje stava oko načina na koji će sistem bezbednosti i celokupno društvo biti organizovani u cilju rešavanja svih nebezbednosnih pojava. Poistovetiti bezbednosnu politiku sa procesima saradnje, integracija i članstva u nekoj međunarodnoj organizaciji može biti neodgovarajuće, pa i štetno po nacionalnu bezbednost, posebno ako se ima u vidu priroda tih procesa.

Prilikom zauzimanja političkog stava Srbija mora da uzme u obzir poredak u kome to čini i pravila koja taj poredak čine. Nakon raspada SSSR, SAD kao jedina preostala supersila proširila je prostor od interesa za nacionalnu bezbednost na celi svet uz nastojanje da međunarodne odnose upodobi sopstvenim nacionalnim interesima. Takav pokušaj praćen je oštrom polarizacijom sveta na sile dobra – koje podržavaju SAD – i sile zla – koje su protiv SAD. U situaciji u kojoj međunarodni odnosi funkcionišu po tom principu ili – ili, sa stanovišta SAD biti neutralan može značiti svrstati se na stranu zla, jer u sukobu dobra i zla ne može se biti neutralan. Dakle, neutralnost ne može da postoji van konteksta, ona može samo da postoji u jednom širem poretku čija pravila i logika dozvoljava jednom njenom delu da bude izuzet od sukobljavanja različitih interesa, kao što je to bio slučaj sa evropskim prostornim poretkom od 1648. do 1945. godine.

Drugi problem proklamovane neutralnosti je činjenica da je neutralnost u prošlosti bila posledica konsenzusa velikih sila koje imaju odlučujuću ulogu u jednom prostornom poretku, s tim što bi trebalo da su interesi tih velikih sila identični po pitanju date teritorije. Balkan je prostor gde se sukobljavaju interesi

svih velikih sila: SAD, Velike Britanije, Rusije, Nemačke, Francuske, Turske i sl., zbog čega je teško očekivati da se ove sile slože oko toga da teritorija Srbije postane izuzeta iz sukoba interesa velikih sila. Na kraju, možemo reći da će Republika Srbija i u budućnosti biti izložena pritiscima regionalnih i globalnih aktera, naročito u toku procesa pristupanja EU i usaglašavanju nacionalne politike sa zvaničnom politikom EU. Odgovoran pristup nacionalnoj bezbednosti podrazumeva jasno definisanje koncepta neutralnosti, ali i formulisanje politike i strategije koja uzima u obzir interese svih relevantnih sila koji se suprotstavljaju na prostoru Balkana. Sve to podrazumeva procenu u kojoj meri se naši nacionalni interesi poklapaju sa interesima drugih država i organizacija, te koliko je realno i verovatno ostvarivanje nacionalnih i državnih interesa one države ili saveza sa kojom postoji najveća kompatibilnost.

Ljubomir S. Stajić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
Lj.Stajic@pf.uns.ac.rs

Nenad P. Radivojević, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
N.Radivojevic@pf.uns.ac.rs

Vladan M. Mirković, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
V.Mirkovic@pf.uns.ac.rs

Military Neutrality as a Principle of Strategic Orientations of the Republic of Serbia – Problem Solving Approach

Abstract: *A dynamic and intense social processes and relationships that are a characteristic of the modern world may lead to a large number of sources, forms and carriers of threats that are endangering the safety of an individual, society, state and international community. In such a security environment every state must act in a responsible manner and formulate a national security strategy that will be the basis for the functioning of the security system. The correct strategy decisions should take the reality as it is into account and not what we want to see. This includes consideration of the real nature of international relations, the relations between the great powers and their interests, then the regional security factors and their role in achieving the interests of the great powers. The military neutrality of the Republic of Serbia is an expression of a desire to make an important step towards reconciliation and cooperation in the region after decades of conflict and suffering. However, the currently valid paradigm in world politics and security in which the world is observed through the prism of morality and respect for human rights entails being in alignment with one side or the other. In such circumstances, neutrality, apart from the possibility of being unsustainable may also be harmful in some cases, all the more so if the interests of the great powers are achieved through regional factors and actors whose interests are opposite to the interests of the Republic of Serbia.*

Keywords: *neutrality, national security strategies, international relations, human security, the conflict of interests.*

Datum prijema rada: 08.02.2017.

Originalni naučni rad

347.23:628.1]:342.7

doi:10.5937/zrpfns50-13209

*Dr Dušan Ž. Nikolić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
d.nikolic@pf.uns.ac.rs*

*Sloboda D. Midorović, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
s.midorovic@pf.uns.ac.rs*

STVOJINSKI ODNOSI I PRAVO NA VODU U EPOHI MASOVNIH MIGRACIJA*

Sažetak: *Voda je u prošlosti dugo tretirana kao opšte dobro koje treba da bude dostupno svim pripadnicima društvene zajednice. Međutim, vremenom su se okolnosti menjale. Pojava i postupno jačanje individualne svojine, uticali su na transformaciju društvenih odnosa koji su nastajali u vezi sa korišćenjem vodnih resursa. Vlasnici nepokretnosti koje su bile u neposrednoj vezi sa izvoristima, ovlašćeni su da po principu prvenstva koriste vodu za svoje potrebe i potrebe svog domaćinstva (prior tempore, potior iure). Prema tradicionalnom shvatanju, susedi su bili dužni da se uzdrže od korišćenja vode, sve dok on ne namiri svoje potrebe, u granicama tzv. redovne (normalne) upotrebe. Po istoj logici, privilegovani vlasnik nepokretnosti je takođe mogao da zahteva i od svih trećih lica da ga ne ometaju u korišćenju vodnih resursa (ius excludendi tertii). Naime, ovlašćenje korišćenja vode je bilo akcesorne prirode i pripadalo je korpusu prava svojine, koje je, kao apsolutno, delovalo prema svima (erga omnes). Kasnije je ustanovljeno, neakcesorno (samostalno), prenosivo pravo na korišćenje vodnih resursa čiji nosilac može biti država, lokalna zajednica, privatno pravno lice i pojedinac, nezavisno od toga da li je vlasnik nepokretnosti koja je u vezi sa izvoristom ili ne.*

* Rad je rezultat preliminarog istraživanja glavnih trendova u razvoju svojinskih odnosa, koja su realizovana u okviru naučnoistraživačkog projekta *Pravna tradicija i novi pravni izazovi*. Projekat finansira Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, sopstvenim sredstvima. Prof. dr Dušan Nikolić je napisao odeljke 1, 2, pododeljke 2.1. i 2.3, kao i odeljak 3, a Sloboda Midorović: pododeljak 2.2.

U međuvremenu je došlo do značajnih promena u shvatanju prava svojine. Ono se više ne smatra apsolutnim, u izvornom smislu. U ustavima nekih zemalja i odlukama najviših nacionalnih i nadnacionalnih sudova piše da svojina ima socijalnu funkciju i da se može ograničiti u javnom interesu. U tom smislu i ovlašćenje korišćenja vodnih resursa može biti ograničeno u interesu društvene zajednice, a kako pokazuje praksa pojedinih zemalja, i u interesu drugih pojedinaca i privatnih pravnih lica. O tome, između ostalog, svedoče različiti oblici javno-privatnog partnerstva.

Pravo vlasnika nepokretnosti da koristi vodne resurse dodatno može biti ograničeno priznavanjem univerzalnog ljudskog prava na vodu. U vezi sa tim, u pravnoj teoriji postoje brojne nedoumice. Najznačajnija je svakako ona koja se tiče postojanja univerzalnog ljudskog prava na vodu. Neki smatraju da ono ne postoji, ali da je u nastajanju. Drugi misle da je implicitno sadržano, odnosno, da se izvodi iz postojećih ljudskih prava, a ima i onih koji smatraju da je to pravo sui generis. U radu su analizirani dokumenti Ujedinjenih nacija i Saveta Evrope, praksa Evropskog suda za ljudska prava i pravna regulativa Republike Srbije koja se odnosi na tu problematiku.

Uvođenje univerzalnog ljudskog prava na vodu ima poseban značaj u vremenu u kom živimo. Za to postoje dva važna razloga. Prvi predstavlja mogućnost horizontalne primene ljudskih prava u građanskopravnim odnosima (konstitucionalizacija), koja može dovesti do sužavanja prava svojine u interesu drugih lica. Drugi predstavljaju masovne migracije koje su posledica klimatskih promena, globalnog zagrevanja i nestašice vode. U takvim okolnostima treba utvrditi adekvatnu pravnu politiku, zasnovanu na sveobuhvatnim naučnim istraživanjima, i doneti odgovarajuću pravnu regulativu.

Ključne reči: voda; građansko pravo; pravo na vodu; svojinski odnosi; klimatske promene; migracije.

1. BIOLOŠKI, DRUŠTVENI I CIVILIZACIJSKI ZNAČAJ VODE

Voda je osnova života na planeti Zemlji. Prema evolucionističkoj teoriji, prvi živi organizmi su nastali u vodenoj sredini. Od vode zavisi opstanak svih bioloških vrsta, uključujući i onu kojoj mi pripadamo. Voda čini oko 60% ukupne telesne mase čoveka. Ljudsko biće može živeti svega nekoliko dana bez unošenja tečnosti u organizam. Voda je potrebna za proizvodnju hrane i za održavanje higijene, koja je preduslov za očuvanje zdravlja.

Broj ljudi na Planeti neprestano raste, a time i potrebe za vodom. Sa druge strane, vodni resursi su ograničeni. Procenjuje se da na Zemlji ima svega 2,5%

slatke vode i da je od toga samo 20% pogodno za piće, bez posebne prerade. Od ukupne svetske populacije koju je 2016. godine činilo oko 7,5 milijardi ljudi, samo jedna trećina ima pristup potrebnim količinama ispravne vode. Preostalo stanovništvo je suočeno sa ozbiljnim egzistencijalnim problemima. Oko 1,8 milijardi ljudi koristi vodu za piće koja je zagađena fekalijama. Procenjuje se da je u 2012. godini oko 600.000 dece u nerazvijenim zemljama umrlo od bolesti koje su posledica nestašice sanitarne (tehničke) vode potrebne za održavanje lične higijene¹.

Situaciju u kojoj se nalazi čovečanstvo dodatno komplikuju klimatske promene. U pojedinim delovima sveta zbog globalnog zagrevanja vlada nestašica vode. Klimatske promene posebno pogađaju ljude koji žive u podsaharskoj (sub-saharskoj) Africi. Međunarodnoj javnosti je manje poznato da se u toj oblasti već duže vreme vode plemenski ratovi za oskudna izvorišta vode i da zbog toga treba očekivati dugotrajne i masovnije migracije stanovništva ka Evropi i drugim delovima sveta.

Seobe ljudi i čitavih naroda zbog vode traju vekovima. Razlika je jedino u tome što su nekada masovnije i vidljivije, a nekada se odigravaju dugo i tiho. Reč je o prirodnim procesima. Prve civilizacije su nastale na obalama reka i slatkovodnih jezera. Ljudi su oduvek nastojali da žive tamo gde mogu lako zadovoljiti egzistencijalne potrebe. Savremena civilizacija se postepeno skoncentrisala na obalama okeana, mora i velikih reka. O tome upečatljivo svedoči noćni snimak planete Zemlje. Svetla koja se vide iz kosmosa jasno ukazuju na to da je veći deo svetske populacije odabrao za život mesta kraj velikih vodenih površina.

Očigledno je da voda postaje izuzetno važan i redak resurs. U takvim okolnostima treba preispitati postojeća pravna pravila i blagovremeno utvrditi odgovarajuću pravnu politiku, vodeći računa o promenama koje mogu izazvati masovne migracije stanovništva. Posebnu pažnju bi trebalo posvetiti odnosu između građanskog subjektivnog prava, koje ovlašćuje titulara da koristi vodne resurse i univerzalnog ljudskog prava na vodu.

2. PRAVO NA VODU

2.1. Pravo na vodu kao subjektivno građansko pravo

Voda je u prošlosti dugo tretirana kao opšte dobro koje treba da bude dostupno svim pripadnicima društvene zajednice. U sredinama u kojima je vladala oskudica, način korišćenja vodnih resursa bio je uređen običajnim pravilima, a kasni-

¹ Opširnije o nestašici vode i trendovima u pojedinim regionima Vid.: Global Environment Outlook (GEO 5) – *Environment for the future we want*, Chapter 4 – *Water*, United Nations Environment Programme, 102 i dr. Dostupno na: <http://web.unep.org/geo/assessments/global-assessments/global-environment-outlook-5>, 20. decembar 2016.

je i normama organa državne vlasti, koje bi po današnjim merilima pretežno spadale u javno pravo. Posmatrana iz ugla privatnog prava, voda je u početnim fazama razvoja pravne regulative bila isključivo predmet kolektivne svojine. Međutim, vremenom su se okolnosti menjale. Pojava i postupno jačanje individualne svojine, uticali su na transformaciju društvenih odnosa koji su nastajali u vezi sa korišćenjem vodnih resursa. Države su zakonom ovlastile vlasnike nepokretnosti da koriste vodu za svoje potrebe i potrebe domaćinstva, *po principu prvenstva*². Onaj koji je prvi počeo da koristi izvoriste imao je prednost u odnosu na sva ostala lica (*prvi u vremenu, prvi u pravu – prior tempore, potior iure*). Vlasnici susednih nepokretnosti bili su dužni da se uzdrže od korišćenja vode, sve dok on ne namiri svoje potrebe u celosti³. Privilegovani sopstvenik je mogao da zahteva i od svih trećih lica da ga ne ometaju u korišćenju vodnih resursa (*ius excludendi tertii*). *Ovlašćenje prečeg korišćenja*, koje je imao, bilo je sastavni deo prava svojine na nepokretnosti. Kao takvo, delovalo je prema svima (*erga omnes*). Međutim, postojale su određene razlike u pravnom režimu. Privilegovani vlasnik je sopstvenicima susednih nepokretnosti mogao da uskrati korišćenje vode samo dok ne bi zadovoljio svoje potrebe. Ostala lica je mogao trajno i u potpunosti isključiti iz korišćenja vodnih resursa, izuzev ako je normama javnog prava bilo određeno nešto drugo.

Ovlašćenje korišćenja vode je u početku bilo *akcesorne prirode*. Postojalo je samo u okviru prava svojine na nepokretnostima koje su bile neposredno prostorno povezane sa vodnim resursima. U osnovi, ono je predstavljalo proširenje (ojačanje) ovlašćenja vlasnika da koristi određeno zemljište ili objekat. Osim toga, prestajalo je (gasilo se) istovremeno sa prestankom prava svojine na nepokretnosti. *Ovlašćenje korišćenja vode* je u početku bilo *neprenosivo*. Redosled namirenja

² O primeni tog principa u Sjedinjenim Američkim Državama, Vid. B. Delworth Gardner, *The Importance of Property Rights in Water*, Journal in Contemporary Water Research and Education, 1/2000, 31 i dr.

³ Naravno, te potrebe su morale biti opravdane i društveno prihvatljive. Vlasniku nepokretnosti se nije moglo dopustiti da zloupotrebljava ovlašćenje korišćenja vodnog resursa. O tome svedoči i jedna od često navođenih presuda koju je doneo Apelacioni sud u Lionu 1856. godine (*Cour d'appel de Lyon*, 1856, D.P. 1856.2.199), povodom slučaja *Badua protiv Ondrea* (*Badoit v. André*). Ogist Badua, vlasnik fabrike za eksploataciju mineralne vode u San Galmieru (*Saint-Galmier*), podneo je tužbu protiv svog suseda i konkurenta Ondrea, koji je na svom posedu postavio crpnu pumpu i masovnim ispumpanjem vode smanjio za dve trećine dotok vode do tužiočeve nepokretnosti. U sudskom postupku je utvrđeno da tuženi nije koristio resurs za zadovoljenje svojih potreba, već da je vodu ispuštao u obližnju reku. Sud je izneo stav da je pravo svojine ograničeno u tom smislu da vlasnik mora da dozvoli susedima da uživaju svoja prava, odnosno, da nesmetano koriste svoje stvari. Takođe je utvrdio da je tuženi preduzeo navedene radnje samo da bi iscrpeo susedov izvor, i da je time ugrozio i samo prirodno dobro od posebnog značaja. Sud je obavezao tuženog da tužiocu nadoknadi štetu i da prestane sa ispumpanjem vode na opisani način. Vid. Dušan Nikolić, *Apsolutnost prava svojine u francuskom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 2014/4, 85-101.

potreba (rang) se morao dosledno poštovati, a korišćenje vodnih resursa se nije moglo ustupiti licima koja nisu bila vlasnici ili pravom ovlašćeni korisnici susednih nepokretnosti. Međutim, pravna pravila su se menjala. Prvo je vlasnicima nepokretnosti omogućeno da ograniče svoje pravo u interesu nekog od suseda, i to tako što će izmeniti redosled namirenja potreba ili ustanoviti prioritetnu službenost korišćenja vode u njegovu korist. Takva odstupanja su bila moguća samo kada su bili u pitanju vlasnici susednih nepokretnosti. Kasnije su stvorene normativne pretpostavke i za to da se mogućnost korišćenja vode ustanovi u korist trećih lica. Na taj način je akcesorno ovlašćenje preraslo u *subjektivno pravo na tuđoj stvari*. Na kraju, u mnogim zemljama su stvorene normativne pretpostavke da ono bude *izvorno i samostalno*. Predviđena je mogućnost eksploatacije vodnih resursa u komercijalne svrhe od strane države, lokalnih zajednica, privatnih pravnih lica i pojedinaca.⁴ Država, kao administrator dobara u opštoj upotrebi, može samostalno organizovati eksploataciju ili odobriti drugima da to čine pod određenim uslovima (koncesija). U poslednje vreme sve više dolaze do izražaja mešoviti modeli, u formi javno-privatnog partnerstva.

Očigledno je da se uloga države u ovoj sferi postepeno menjala. U početku su organi državne vlasti samo održavali ravnotežu interesa između društvene zajednice i pojedinaca. Njihov zadatak je bio da omoguće vlasnicima nepokretnosti da nesmetano koriste vodu za svoje potrebe, po redosledu koji je bio određen običajnim pravilima. Kasnije je država počela da vodi tzv. proaktivnu politiku. Uvedeno je pravilo da je interes društvene zajednice iznad interesa pojedinca. Pozivajući se na to, državni organi su počeli da određuju način na koji će se koristiti vodni resursi. U savremenom svetu dominira mišljenje da država može da ograniči građansko subjektivno pravo, da ga u posebnim okolnostima privremeno suspenduje, pa i da ga oduzme titularu, ukoliko proceni da je to u javnom interesu. Tako nešto je bilo moguće, čak i kada je važilo pravilo o nepovredivosti *stečenih prava*.⁵ U tom kontekstu, otvoreno je pitanje odnosa građanskog subjektivnog prava i univerzalnog ljudskog prava na vodu.

2.2. Pravo na vodu kao ljudsko pravo

2.2.1. Prethodno pitanje: da li postoji univerzalno ljudsko pravo na vodu?

2.2.1.1. Različita teorijska polazišta i objašnjenja

U pravnoj teoriji ne postoji saglasnost o tome da li se pravo na vodu može tretirati kao univerzalno ljudsko pravo. Mišljenja se kreću od toga da je reč o pra-

⁴ Vid. B. Delworth Gardner, *op. cit.*, 34 i dr.

⁵ Opširnije: Dušan Nikolić, *Uvod u sistem građanskog prava*, trinaesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Novi Sad 2016, 116-117.

vu u nastajanju⁶, *sui generis* pravu⁷, pravu koje je implicitno sadržano u pojedinim ljudskim pravima, odnosno, da je reč o pravu koje se izvodi iz postojećih ljudskih prava.⁸

Često se uzima da je pravo na vodu komponenta prava na život. Pravo na vodu se, takođe, dovodi u vezu sa pravom na dostojanstvo, pravom na zdravlje i pravom na odgovarajući životni standard.⁹

Vezivanje prava na vodu za neko od izričito zagarantovanih prava ima značajne praktične implikacije. Ako se, na primer, prihvati stav da pravo na vodu izvire iz prava na život, ono podrazumeva samo pristup minimalnoj količini vode za piće potrebnoj za preživljavanje, dok kao deo prava na odgovarajući životni standard implicira i pravo na količinu vode potrebnu za funkcionisanje domaćinstva.¹⁰

2.2.1.2. Analiza pravne regulative i pravne prakse

Pravo na vodu je posredno ili neposredno uređeno nizom međunarodnih i nadnacionalnih dokumenata. U ovom kontekstu biće reči o dokumentima usvojenim pod okriljem Ujedinjenih nacija i Saveta Evrope, o praksi Evropskog suda za ljudska prava, o vodnoj politici Evropske unije i o pravnoj regulativi Republike Srbije, koja se posredno odnosi na tu oblast.

2.2.1.2.1. Relevantni dokumenti Ujedinjenih nacija

U *Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima* iz 1948. godine, *Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima* iz 1966. godine i *Međunarodnom paktu o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima* iz 1966. godine, pravo na vodu nije eksplicitno regulisano. U međuvremenu, brzi rast populacije i klimatske promene uzrokovali su oskudicu vode u pojedinim delovima sveta. Ovakav razvoj događaja nametnuo je pitanje postojanja ljudskog prava na vodu, odnosno dužnosti država da svojim građanima obezbede pristup vodi odgovarajućeg kvaliteta. Imajući u vidu narastajuće probleme, Komitet Ujedinjenih Nacija za ekonomska, socijalna i kulturna prava, koji vrši nadzor nad primenom Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, usvojio je novembra 2002. godi-

⁶ Vid. Matthew Craven, „Some Thoughts on the Emerging Right to Water“ u: Eibe Riedel, Peter Rothen (eds.), *The Human Right to Water*, BWV – Berliner Wissenschafts-Verlag 2006, 37.

⁷ Vid. Pierre Thielbörger, *The Right(s) to Water, The Multi-Level Governance of a Unique Human Right*, Springer 2014, apstrakt.

⁸ Vid. Inga T. Winkler, *The Human Right to Water – Significance, Legal Status and Implications for Water Allocation*, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon 2012, 41.

⁹ *Ibid.*, 60.

¹⁰ *Ibid.*, 54.

ne *Opšti komentar broj 15* pod nazivom *Pravo na vodu*.¹¹ To je bio ključni korak ka tumačenju *Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, in favorem* ljudskog prava na vodu. Iako nisu pravno obavezujući, opšti komentari Komiteta imaju odgovarajuću težinu, a dosadašnja praksa je pokazala da uživaju široku podršku država potpisnica.¹²

U uvodnoj odredbi *Opšteg komentara broj 15* istaknuto je da je voda ograničeni prirodni resurs i osnovno javno dobro za život i zdravlje, te da je neophodna za vođenje života vrednog ljudskog dostojanstva. U Komentaru je naglašeno da je zbog toga pravo na vodu ljudsko pravo koje ovlašćuje svakog na dovoljnu količinu bezbedne vode za lične potrebe i potrebe domaćinstva koja je fizički i ekonomski dostupna.¹³ Ljudsko pravo na vodu izvodi se iz člana 11 *Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima* kojim se svakom garantuje pravo na adekvatan životni standard. Ovo pravo, između ostalog, uključuje pravo na adekvatnu hranu, odeću i smeštaj. Nabranje objekata tog prava je primerično (egzemplarno), a ne taksativno. Otuda postoje mišljenja da se u isti kontekst može uvrstiti i pravo na vodu. Osim toga, ono je neraskidivo vezano za pravo na najviši dostižni standard zdravlja iz člana 12 stav 1 *Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima*.¹⁴ Ovakvim tumačenjem afirmisan je stav da je pravo na vodu implicitno sadržano u već postojećim (zajemčenim) pravima.

Pravo na vodu se može dovesti u direktnu vezu sa dve izričito zagarantovane komponente prava na adekvatan životni standard. Budući da se pravo na hranu izričito garantuje, a da se ona ne može proizvesti, a u mnogim slučajevima ni pripremiti bez vode, nužno sledi zaključak da je pravo na vodu deo prava na hranu. U literaturi se čak sreće stav da je voda tečna hrana.¹⁵ Ni pravo na smeštaj ne podrazumeva samo krov nad glavom, nego i smeštaj koji ispunjava odgovarajuće sanitarne uslove.¹⁶ Vezivanje prava na vodu sa pravom na zdravlje opravdava se činjenicom da je nedostatak pristupa vodi za piće odgovarajućeg kvaliteta i količine, uzročnik brojnih bolesti, a da dehidracija u krajnjem slučaju može dovesti do letalnog ishoda.

U Opštem komentar se ističe da pravo na vodu treba tumačiti i u vezi sa drugim pravima zagarantovanim univerzalnim izvorima ljudskih prava, a pre svega u vezi sa pravom na život i ljudsko dostojanstvo.¹⁷ Pravo na život zagarantovano je članom 6 (1) *Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima*. Sporno je, međutim, da li ono obuhvata samo pravo svakog da ne bude lišen života, ili, pak, uključuje i pravo na minimalne pretpostavke za preživljavanje. Za

¹¹ Tekst dostupan na: <http://www.refworld.org/pdfid/4538838d11.pdf>, 6. novembra 2016.

¹² Vid. I. T. Winkler, *op. cit.*, 40.

¹³ Vid. tačku 2 Opšteg komentara br. 15.

¹⁴ Vid. tačku 3 Opšteg komentara br. 15.

¹⁵ Vid. E. Riedel, *op. cit.*, 25.

¹⁶ Vid. I. T. Winkler, *op. cit.*, 47.

¹⁷ Vid. tačka 3 Opšteg komentara br. 15.

razliku od tradicionalnog shvatanja prema kome ljudska prava prve generacije stvaraju samo negativne obaveze za države, danas preovlađuje stav da je država dužna ne samo da poštuje i štiti, nego i da omogućiti ostvarivanje svih ljudskih prava (*to respect, to protect, to fulfill*).¹⁸

U trećem delu Opšteg komentara navedene su obaveze država. Naglašeno je da su one dužne da omogućiti ostvarivanje prava na vodu bez diskriminacije i da preduzmu mere potrebne za uživanje ovog prava u svim njegovim aspektima (dostupnost, kvalitet, pristupačnost u fizičkom i ekonomskom smislu uključujući i pravo na obaveštenost o problemima u vezi sa vodom). Ostvarivanje ove obaveze može biti otežano u zemljama koje su privatizovale izvore i infrastrukturu za snabdevanje vodom, o čemu svedoči praksa pojedinih zemalja.¹⁹

Za razliku od do sada izloženih dokumenata, postoje i izvori UN koji se primenjuju samo na pojedine kategorije lica u kojima se pravo na vodu eksplicitno jemči. Reč je o *Konvenciji Ujedinjenih nacija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena* iz 1979. godine²⁰, *Konvenciji Ujedinjenih nacija o pravima deteta* iz 1989. godine²¹ i *Konvenciji Ujedinjenih nacija o pravima osoba s invaliditetom* iz 2006. godine.²²

Imajući u vidu podatak da preko milijardu ljudi nema pristup vodi za piće i da više od 2,6 milijardi ljudi nema elementarne higijensko-sanitarne uslove za normalan život, Savet UN za ljudska prava je *Rezolucijom 7/22* iz 2008. godine imenovao Specijalnog izvestioca za ljudsko pravo na vodu bezbednu za piće i sanitarne uslove. Reč je o nezavisnom ekspertu koji, između ostalog, ima zadatak da sprovodi istraživanja, prikuplja iskustava dobre prakse i sarađuje sa nacionalnim stručnjacima u cilju implementiranja prava na vodu.²³

¹⁸ Vid. tačke 20 do 29 Opšteg komentara br. 15. I. T. Winkler, *op. cit.*, 51.

¹⁹ Vid. *Nkonkobe Municipality v Water Services SA (Pty) Ltd* (127/2001) [2001] ZAECHC 3 (14 December 2001). Dostupno na: <http://www.saflii.org/za/cases/ZAECHC/2001/3.html>, 6. oktobar 2016. Vid. Miloon Kothari, „Obstacles to Making Water a Human Right: A Review“ u: *Access to Water, Justice and Human Rights*, u Eibe Riedel, Peter Rothen (eds.), *The Human Right to Water*, BWV – Berliner Wissenschafts-Verlag 2006, 150, 151.

²⁰ U članu 14 (2) (h) se ženama u seoskim područjima garantuje pravo na „adekvatne životne uslove, posebno u pogledu stanovanja, higijenskih uslova, električne energije i snabdevanja vodom, saobraćaja i veza.“

²¹ U članu 24 st. 2 (c) države potpisnice se obavezuju da radi ostvarivanja prava deteta na uživanje najvišeg ostvarivog zdravstvenog standarda, preduzimaju odgovarajuće mere protiv „bolesti i nehranjenosti uključujući i [...] snabdevanje adekvatnim hranljivim namirnicama i čistom pitkom vodom [...]“

²² U članu 28 st. 2 (a) „Države potpisnice priznaju pravo osoba s invaliditetom na socijalnu zaštitu [...], te će preduzeti odgovarajuće korake da obezbede i promovišu ostvarivanje toga prava, uključujući i mere u svrhu: (a) obezbeđivanja jednakog pristupa osoba s invaliditetom čistoj vodi [...]“

²³ Rezolucija 7/22 Saveta za ljudska prava je dostupna na http://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_7_22.pdf, 6 oktobar 2016.

Nakon *Rezolucije 7/22*, Savet UN za ljudska prava usvojio je niz rezolucija u vezi sa vodom bezbednom za piće i sanitarnim uslovima.²⁴ Poslednja u nizu je *Rezolucija 33/10* od septembra 2016. godine. U rezolucijama se, između ostalog, apeluje na države da preduzmu odgovarajuće mere, a pre svega da izdvoje finansijska sredstva, usvoje odgovarajuću regulativu i ustanove mehanizme za nadzor nad ostvarivanjem prava na vodu i odgovarajuće sanitarne uslove.²⁵ U pogledu naziva, može se, počev od *Rezolucije 16/2* od 2011. godine, uočiti kvalitativna promena. Umesto *Ljudska prava i pristup vodi bezbednoj za piće i sanitarne uslove*, rezolucije nose naziv *Ljudsko pravo na vodu bezbednu za piće i sanitarne uslove*. Naime, prekretnicu u priznavanju samostalnog ljudskog prava na vodu predstavljala je *Rezolucija Generalne skupštine UN 64/292* od jula 2010. godine. Njenim prvim stavom „priznato je pravo na bezbednu i čistu vodu za piće i sanitarnu zaštitu kao ljudsko pravo koje je suštinsko za puno uživanje prava na život i drugih ljudskih prava“.²⁶

2.2.1.2.2. Relevantni dokumenti Saveta Evrope i praksa Evropskog suda za ljudska prava

U *Evropskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda* pravo na vodu nije posebno zagarantovano. To, međutim, nije sprečilo Evropski sud za ljudska prava da se u nekoliko navrata u svojim presudama osvrne na to pitanje. U dosadašnjoj praksi, Sud je pravo na vodu doveo u vezu sa zabranom nečovečnog i ponižavajućeg postupanja iz člana 3, pravom na pravično suđenje iz člana 6 (1) *Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda*, i pravom na zaštitu imovine iz člana 1 *Protokola 1 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda*.

U nekoliko presuda koje su se ticale tretmana pritvorenika, zatvorenika i tražilaca azila, Evropski sud za ljudska prava je našao da uskraćivanje ili limitiranje prava na vodu za piće predstavlja kršenje zabrane nečovečnog i ponižavajućeg postupanja.²⁷

²⁴ Vid. Rezoluciju 12/8 od 1. oktobra 2009. godine, Rezoluciju 15/9 od 30. septembra 2010. godine, Rezoluciju 16/2 od 24. marta 2011. godine, Rezoluciju 18/1 od 28. septembra 2011. godine, Rezoluciju 21/2 od 27. septembra 2012. godine, Rezoluciju 24/18 od 27. septembra 2013. godine i Rezoluciju 27/7 od 2. oktobra 2014. godine.

²⁵ Vid. stav 4 Rezolucije 12/8, stav 8 Rezolucije 15/9, stav 7 Rezolucije 18/1, stav 11 Rezolucije 21/2.

²⁶ Generalna skupština UN je nakon Rezolucije 64/292 usvojila i Rezoluciju 68/157 od decembra 2013. godine i Rezoluciju 70/169 od decembra 2015. godine. O postojanju prava na vodu kao samostalnog ljudskog prava opširnije u: Sanja Đajić, „Pravo na vodu“, *Pravni život* 12/2014, 218-221.

²⁷ Vid. *Elci and others v. Turkey*, (App no. 23145/93 and 25091/94) ECHR 13 November 2003, *Ostrovar v. Moldova*, (App no. 35207/03) ECHR 13 September 2005, *Tadevosyan v. Armenia* (App no. 41698/04) ECHR 2 December 2008, *Riad and Idiab v. Belgium* (App no. 29787/03 and 29810/03) ECHR 24 January 2008, *Eugen Gabriel Radu v. Romania* (App no 3036/04) ECHR 13 October 2009.

U slučaju *Butan and Dragomir v. Romania*²⁸, Evropski sud za ljudska prava je utvrdio da propust nadležnih organa da obezbede izvršenje sudske odluke kojom je koncesionaru, privatnoj kompaniji koja snabdeva stanovništvo vodom, naloženo da poveže stan tužilaca na sistem za snabdevanje vodom, predstavlja kršenje prava na efektivan pristup sudu i pravično suđenje. U istom slučaju, Evropski sud za ljudska prava je tužiocima dosudio iznos od 10.000 evra na ime nematerijalne štete koju su trpeli usled nesprovođenja sudske odluke. U slučaju *Zander v. Sweden*²⁹ Evropski sud za ljudska prava je zauzeo stav da kontaminiranje izvora vode na posedu tužioca cijanidom, uzrokovanog ispuštanjem otpadnih voda od strane privatne kompanije u obližnji kanal, predstavlja povredu prava na imovinu. Kao što je već rečeno, prema mišljenju Evropskog suda za ljudska prava, mogućnost tužilaca da koriste vodu za piće sa svog izvora predstavlja činilac prava svojine na zemljištu na kome se nalazi izvor vode.

Izričite garancije o pravu na vodu nisu sadržane ni u *Evropskoj socijalnoj povelji*. Ipak, pravo na vodu se može izvesti iz člana 11 i člana 31 tog dokumenta. Članom 11 *Evropske socijalne povelje* zagantovano je pravo na zaštitu zdravlja. U vezi sa tim, države ugovornice su se obavezale da preduzmu odgovarajuće mere u cilju uklanjanja uzroka lošeg zdravlja i mere za sprečavanje epidemija, endemskih i drugih oboljenja. Tumačenjem se može zaključiti da ova odredba obuhvata i pravo na snabdevanje bezbednom pijaćom vodom. Osim toga, članom 31 *Evropske socijalne povelje* države ugovornice su se obavezale da preduzimaju mere u cilju unapređenja pristupa stambenom smeštaju odgovarajućeg standarda. Kao i u slučaju *Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima*, može se zaključiti da ovo pravo, između ostalog, podrazumeva i priključenje na izvor za snabdevanje vodom.³⁰

2.2.1.2.3. Relevantni dokumenti Evropske unije

U Evropskoj uniji je doneto na desetine direktiva i odluka koje uređuju pojedina pitanja u vezi sa vodom. Među značajnijim su: *Direktiva 91/271/EEZ u vezi sa tretmanom gradskih otpadnih voda*³¹, *Direktiva 91/676/EEZ o zaštiti voda od zagađivanja uzrokovanog nitratima iz poljoprivrednih izvora*³², *Direktiva 98/83/EZ o kvalitetu vode namenjene konzumiranju od strane ljudi*³³, *Direktiva 2000/60/EZ o uspostavljanju okvira za preduzimanje mera Zajednice u oblasti vodne politike*³⁴,

²⁸ App no 40067/2006, ECHR 14 February 2008.

²⁹ App no 14282/88, ECHR 25 November 1993.

³⁰ Vid. I. T. Winkler, *op. cit.*, 58, P. Thielbörger, *op. cit.*, 37.

³¹ *OJ L* 135, 30/05/1991, 40 – 52.

³² *OJ L* 375, 31.12.1991, 1–8.

³³ *OJ L* 330, 5.12.1998, 32–54.

³⁴ *OJ L* 327, 22.12.2000, 1–73.

*Direktiva 2006/7/EZ o upravljanju kvalitetom vode za kupanje*³⁵, *Direktiva 2006/118/EZ o zaštiti podzemnih voda od zagađivanja i pogoršanja*³⁶, *Direktiva 2008/105/EZ o ekološkim standardima kvaliteta u oblasti politike voda*³⁷, *Direktiva 2013/39/EU u vezi sa prioritetnim supstancama u oblasti politike voda*³⁸, *Direktiva 2013/51/Euroatom o zahtevima za zaštitu javnog zdravlja u vezi sa radioaktivnim supstancama u vodi namenjenoj ljudskoj upotrebi*³⁹. Ove Direktive čine deo *Evropskog prava životne sredine*. Iako svi navedeni izvori imaju za cilj poboljšanje kvaliteta vode, nijedan od njih nije usmeren na to da se pravo na vodu prizna kao subjektivno pravo.⁴⁰

Pravo na vodu se ne garantuje izričito ni *Poveljom o osnovnim ljudskim pravima Evropske Unije*.⁴¹ Međutim, ono se posredno može dovesti u vezu sa nekoliko članova Povelje, poput prava na dostojanstvo iz člana 1, prava na život iz člana 2(1), prava na fizički integritet iz člana 3(1), prava na socijalnu sigurnost iz člana 34, prava na zdravlje iz člana 35, prava na pristup uslugama od opšteg ekonomskog interesa iz člana 36 i najzad, prava na zaštitu životne sredine iz člana 37.⁴²

O značaju koji države članice Evropske unije pridaju upravljanju izvorima vode, svedoči član 192 (2) b *Ugovora o funkcionisanju Evropske unije*. Njime je predviđeno da se mere kvantitativnog upravljanja izvorima vode i njihove dostupnosti usvajaju jednoglasno od strane Saveta Evropske unije i Evropskog parlamenta u skladu sa specijalnom zakonodavnom procedurom. Reč je o izuzetku od pravila da propise u oblasti zaštite životne sredine Evropske unije usvajaju Savet Evropske unije i Evropski parlament u redovnoj zakonodavnoj proceduri.⁴³

2.2.1.2.4. Relevantni dokumenti Republike Srbije

U Ustavu i zakonima Republike Srbije nema eksplicitne odredbe kojom se garantuje pravo na vodu, niti se, prema našem znanju, sudska praksa, do sada susrela sa pitanjem postojanja ljudskog prava na vodu. Imajući u vidu da je Republika Srbija potpisnica *Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima*, *Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima*, *Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda* i *Evropske socijalne povelje*, sve što je rečeno u vezi sa tumačenjem tih dokumenata odnosi se i na Republiku Srbiju.

³⁵ OJ L 64, 4.3.2006, 37–51.

³⁶ OJ L 372, 27.12.2006, 19–31.

³⁷ OJ L 348, 24.12.2008, 84–97.

³⁸ OJ L 226, 24.8.2013, 1–17.

³⁹ OJ L 296, 7.11.2013, 12–21.

⁴⁰ Vid. P. Thielbörger, *op. cit.*, 33.

⁴¹ OJ C 326, 26.10.2012, 391–407.

⁴² Vid. P. Thielbörger, *op. cit.*, 36.

⁴³ *Ibid.*, 35.

Tri odredbe *Ustava Republike Srbije*⁴⁴ se posredno mogu dovesti u vezu sa pravom na vodu: pravo na ljudsko dostojanstvo iz člana 23, pravo na život iz člana 24 i nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta iz člana 25.

U praksi bi se moglo postaviti pitanje da li postoji ljudsko pravo na vodu u kontekstu obustavljanja snabdevanja vodom zbog neplaćanja dospelih dugova na ime isporučene vode. Sudovi pojedinih zemalja koji su se susreli sa ovim pitanjem su mahom presuđivali u korist građana i to ne samo kada im je bilo uskraćeno pravo na snabdevanje vodom, nego i kada im je bila isporučivana voda neodgovarajućeg kvaliteta.⁴⁵

Deo materije vodnog prava uređen je *Zakonom o vodama*⁴⁶ kojim je propisano da su vode i vodno zemljište prirodno bogatstvo u svojini Republike Srbije i da je javno vodno dobro neotuđivo.⁴⁷ Iz ugla snabdevanja vodom potencijalno mogu biti od značaja odredbe o mogućnosti davanja vodnog zemljišta⁴⁸ u zakup i na korišćenje po posebnim propisima o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama.⁴⁹

2.3. Konkurencija građanskog subjektivnog prava i ljudskog prava

Na osnovu svega što je do sada rečeno, može se zaključiti da se pravo na vodu javlja u dva oblika: kao *građansko subjektivno pravo*, koje stavlja titulara u privilegovani položaj u odnosu na druge pripadnike određene društvene zajednice, i kao *univerzalno ljudsko pravo*, koje, po logici stvari, isključuje diskriminaciju i mogućnost stvaranja privilegovanog položaja. U prvom slučaju ovlašćenje za korišćenje vodnih resursa ima *samo neko* (određeni pripadnik konkretne društvene zajednice), a u drugom, *svako* (bilo koje ljudsko biće, nezavisno od toga da li pripada istoj zajednici, ili ne). U praksi bi se moglo dogoditi da dođe do konkurencije, odnosno, do sukoba građanskog subjektivnog i univerzalnog ljudskog prava. Na primer, vlasnik nepokretnosti bi mogao da traži isključenje trećeg lica, a treće lice sasvim suprotno od toga, da mu se omogući pristup izvoru,

⁴⁴ *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

⁴⁵ Vid. *Juge de Paix Fontaine-l'Évêque* [2009], JJP [2012] 306. Dostupno na: The Human Rights to Water and Sanitation in Courts Worldwide – A Selection of National, Regional and International Case Law, WaterLex, 2014, str. 189. Dostupno na: http://www.waterlex.org/?post_publications=the-human-rights-to-water-and-sanitation-in-courts-worldwide, 5. decembar 2016. Vid. Cour de cassation, chambre civile 1, N° de pourvoi: 11-26814, 28 novembre 2012.

⁴⁶ *Službeni glasnik RS*, br. 30/2010, 93/2012, 101/2016.

⁴⁷ Vid. čl. 5 *Zakona o vodama*.

⁴⁸ U smislu *Zakona o vodama* (čl. 8 st. 1), vodno zemljište „jeste zemljište na kome stalno ili povremeno ima vode, zbog čega se formiraju posebni hidrološki, geomorfološki i biološki odnosi koji se odražavaju na akvatični i priobalni ekosistem.”

⁴⁹ Vid. čl. 10 a i 10v/5 *Zakona o vodama*.

radi namirenja potrebe za vodom. Iz tih razloga je potrebno detaljnije razmotriti odnos građanskih subjektivnih prava i univerzalnih ljudskih prava.

Kao što smo već konstatovali u jednom od nedavno napisanih radova⁵⁰, ljudska prava su ustanovljena da bi se uspostavila ravnoteža između javnih interesa društvene zajednice, koju reprezentuje država, sa jedne strane, i legitimnih privatnih interesa svakog ljudskog bića (pojedince), nezavisno od njegove nacionalne, verske, rasne, socijalne i polne pripadnosti, sa druge strane. Ona predstavljaju okvir u kom pojedinac ostvaruje svoju autonomiju u odnosu na društvo, a koju organi vlasti mogu ograničiti samo izuzetno i privremeno, u posebnim okolnostima i pod uslovima koji su utvrđeni najvišim međunarodnim dokumentima i ustavnim normama.

Građanska (privatna) prava su prvenstveno ustanovljena da bi se uspostavila ravnoteža između interesa pojedinaca koji su članovi određene društvene zajednice⁵¹. Osnovni razlog za to treba tražiti u činjenici da društvo raspolaže ograničenim resursima i da ne mogu svi pripadnici zajednice zadovoljiti sve svoje potrebe. Zato organi vlasti određuju uslove pod kojima se mogu prisvajati, koristiti i otuđivati raspoloživa dobra, uključujući i vodu. U njihovoj nadležnosti je i rešavanje sporova koji u vezi sa tim mogu nastati među pojedincima.

Građanska subjektivna prava i ljudska prava su dugo posmatrana kao dve koegzistentne kategorije. Nakon toga je sa više ili manje uspeha rađeno na njihovom usaglašavanju, donošenjem različitih dokumenata na nacionalnom, međunarodnom i nadnacionalnom planu. Međutim, u novije vreme se ukazuje na promene u savremenim pravnim sistemima koje vode ka supremaciji (nadređenosti) ljudskih prava u odnosu na građanska subjektivna prava. Reč je o tzv. konstitucionalizaciji ili poustavljenju privatnog prava, pod kojom se, između ostalog, podrazumeva i (direktna ili indirektna) primena ljudskih prava zagarantovanih ustavom, u građanskopravnim sporovima. Prema tradicionalnom shvatanju ustavno pravo i građansko pravo su odvojene, samostalne grane, koje pripadaju različitim pravnim oblastima i koje nisu u hijerarhijskom odnosu. U tom smislu, može se govoriti samo o njihovoj konstruktivnoj koegzistenciji u okviru istog pravnog sistema. U literaturi su te relacije slikovito prikazane na primeru dve odvojene kuće koje imaju zajednički zid, zbog kog su stanari dužni da poštuju određeni red i da se uzajamno uvažavaju⁵². Nasuprot tome, postoji mišljenje da su ustavno i građansko pravo u hijerarhijskom odnosu. U prilog tome se navode različiti argu-

⁵⁰ Vid. Dušan Nikolić, „Odnos ljudskih prava i građanskih privatnih prava u Evropi“, *Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije*, Tematski zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu IV/2016, 193-209.

⁵¹ Opširnije: Dušan Nikolić, *Uvod u sistem građanskog prava*, XIII izmenjeno i dopunjeno izdanje, Novi Sad 2016, 15 i dr.

⁵² Hugh Collins, *On the (In)compatibility of Human Rights Discourse in Private Law*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 7/2012, London, 15 i 16.

menti. Počev od toga da je ustav najviši pravni akt sa kojim moraju biti usklađena sva pravila koja važe u oblasti građanskog prava, do uvođenja novih nadležnosti i vrlo specifične uloge koju ustavni sudovi u mnogim evropskim zemljama imaju u postupcima povodom *ustavnih žalbi*.

Ustavna žalba je sredstvo (instrument) kojim se omogućuje neposredna ustavnosudska zaštita ljudskih prava. U Republici Srbiji se može podneti protiv pojedinačnih akata ili radnji državnih organa ili organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, a kojima se povređuju ili uskraćuju ljudska ili manjinska prava i slobode zajemčene Ustavom, ako su iscrpena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu. U ovom kontekstu posebno treba naglasiti da je stav Ustavnog suda Srbije da se ustavnom žalbom štite *sva ljudska prava* koja su zajemčena Ustavom i to *nezavisno od toga u kom delu najvišeg pravnog akta se nalaze*, pa čak i *da li su u opšte njime neposredno obuhvaćena*. Smatra se da je dovoljno da su postala deo ustavnopravnog sistema na osnovu međunarodnih akata koji su obavezujući za Republiku Srbiju.⁵³ Ustavni sud se u početku samo starao da ljudska prava budu dosledno poštovana od strane organa državne vlasti (*vertikalno dejstvo*). Međutim, tokom vremena je pod njegovim uticajem primena ljudskih prava proširena i na odnose među pojedincima, odnosno, na građansko-pravne odnose (*horizontalno dejstvo*). Ustavni sud Srbije je, oslanjajući se na praksu (odluke precedentnog karaktera) Evropskog suda za ljudska prava, u vezi sa pravom na pravično suđenje, zauzeo stav da može da zalazi i u pitanja koja se tiču primene (građanskog) materijalnog prava. Konkretno, počeo je da vrši tzv. *ustavnu kasaciju* odluka sudova opšte nadležnosti, uključujući i one koje donosi Vrhovni kasacioni sud.

Opisani trendovi izazivaju brojne nedoumice i polemike. U stranoj literaturi su mišljenja podeljena. Neki autori smatraju da je zalaženje javnog prava u sferu privatnog nepoželjno i da ugrožava temeljne civilističke principe, dok drugi tvrde da je u pitanju prirodna i logična evolucija pravne regulative koja doprinosi prevazilaženju tradicionalnih podela i jačanju koherentnosti pravnog sistema. Reč je o krupnim promenama pravnog sistema, koje mogu izazvati visok stepen pravne nesigurnosti.⁵⁴

Ako se prihvati stanovište da je pravo na vodu jedno od univerzalnih ljudskih prava, koje ima horizontalno dejstvo, i da je kao takvo u istoj ravni sa građanskim subjektivnim pravom ili čak više od njega, svojinska ovlašćenja bi mogla biti znatno ograničena, a u nekim slučajevima i potpuno isključena. Vlasnik nepokretnosti bi izgubio mogućnost da ističe svoje pravo u odnosu na treća lica i da zahteva od njih da se uzdrže od korišćenja vodnih resursa (*ius excludendi tertii*).

⁵³ Vid. Bosa Nenadić, *Ustavna žalba kao pravno sredstvo za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u Republici Srbiji*, 2. Dostupno na: <http://mojustav.rs/wp-content/uploads/2013/03/Bosa-Nenadicpredsednica-ustavnog-suda-RS-Ustavna-zalba.pdf>, 12. jul 2016.

⁵⁴ Hugh Collins, *op. cit.*, 15.

Tome pogoduju i promene u poimanju prirode prava svojine i njegovoj ulozi (funkciji) u savremenim društvenim zajednicama.

3. SVOJINSKI ODNOSI, PRAVO NA VODU I MASOVNE MIGRACIJE LJUDI

Svojinski odnosi su značajno izmenjeni tokom poslednjih nekoliko decenija. Pre svega, pravo svojine se više ne smatra apsolutnim, u izvornom smislu. Šire je prihvaćeno mišljenje da vlasnik ne može da čini sa svojim stvarima sve što želi. U savremenom svetu svojina je *privilegia odiosa*. U ustavima pojedinih zemalja i odlukama najviših sudova se ističe da ona ima socijalnu funkciju. Od vlasnika se može zahtevati da nešto ne čini ili da nešto čini u javnom interesu. Drugim rečima, izvorna svojinska ovlašćenja se mogu ograničiti u korist društvene zajednice. Međutim, transformacija svojinskih odnosa time nije okončana. Aktuelni trendovi ukazuju na to da će pravo svojine u sve većoj meri biti ograničavano i u korist pojedinaca.

Promene u sferi svojinskih odnosa će se u narednom periodu intenzivirati pod uticajem različitih faktora. Među značajnije svakako treba uvrstiti klimatske promene⁵⁵ i masovne migracije stanovništva. U pitanju su dva različita, ali međusobno povezana procesa. U široj javnosti se masovne migracije najčešće dovede u vezu sa ratnim sukobima u pojedinim delovima sveta, ali je činjenica da su one u značajnoj meri uzrokovane i rastom temperature (globalnim otopljanjem) i sa njim povezanom nestašicom vode.

Migracije otvaraju mnoga pravna pitanja koja nisu u dovoljnoj meri uređena važećom nacionalnom, međunarodnom i nadnacionalnom regulativom u oblasti građanskog prava. Među njima poseban značaj imaju upravo ona koja se tiču korišćenja vodnih resursa, odnosno, postojanja i ostvarivanja prava na vodu. Masovne migracije stvaraju posebne (vanredne) prilike na određenom prostoru i mogu iziskivati uvođenje posebnog pravnog režima. Vodni resursi su u takvim okolnostima često izloženi neoubičajeno visokom stepenu eksploatacije. Primarno pitanje je da li je vlasnik nepokretnosti dužan da dopusti da veliki broj migranata (koji je nekada meren hiljadama) koristi vodu sa njegove parcele? Ako je odgovor potvrđan, trebalo bi rešiti pitanje prioriteta i granica u namirivanju potreba. Kako urediti ostvarivanje prava na vodu kada se radi o migrantima koji su u prolazu (tranzitu), a kako kada su u pitanju oni koji su privremeno nastanjeni na određenom prostoru? Kako omogućiti i organizovati pristup izvoru vode za

⁵⁵ Opširnije o tome: Dušan Nikolić, *Klimatske promene i građansko pravo – elementi za strategiju prilagođavanja*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 47/2013, 61-80; Dušan Nikolić, *Climate Change and Property Rights Changes*, u: *Property Rights and Climate Change* (ed. Van Straalen, Hartmann, Sheehan), monografija u štampi.

veliki broj ljudi? Ko je dužan da nadoknadi štetu koju pretrpi vlasnik nepokretnosti usled masovnog prilaženja izvoru? Kako i o čijem trošku obezbediti sanitarnu zaštitu izvorišta pitke vode? Ko treba da snosi troškove koji nastanu u slučaju zagađenja vodnih resursa? (Teško je utvrditi ko je u masi ljudi u konkretnom slučaju odgovoran za nastupelu štetu. Vođenje građanskog sudskog postupka protiv velikog broja lica koja nemaju stalno mesto boravka je u takvim okolnostima gotovo nemoguće ili ne bi bilo celishodno).

Navedena teorijska pitanja i sa njima povezani praktični problemi, upućuju na zaključak da država treba da ima jasno definisanu politiku zasnovanu na temeljnim naučnim istraživanjima⁵⁶ i da treba odrediti potpunija i preciznija pravna pravila koja će obezbediti ravnotežu između javnih (kolektivnih) i privatnih (pojedinačnih) interesa.

⁵⁶ U većini dobro organizovanih država postoje specijalizovane institucije koje okupljaju mešovite timove naučnika i stručnjaka različitih profila radi pružanja stručne podrške donosiocima odluka od strateškog značaja. Takvu funkciju ima i *Centar za strategijske i napredne studije* Univerziteta u Novom Sadu, koji se, između ostalog, bavi problematikom masovnih migracija.

Dušan Ž. Nikolić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
d.nikolic@pf.uns.ac.rs

Sloboda D. Midorović, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
s.midorovic@pf.uns.ac.rs

Ownership Relations and the Right to Water in the Epoch of Mass Migrations

Abstract: *For a long time in the past water had been treated as common goods which was supposed to be equally available to all members of the social community. Nevertheless, throughout the time, circumstances have changed. The emergence and incremental strengthening of an individual ownership have contributed to the transformation of social relations being established with regard to the use of water resources. Owners of immovable property immediately connected to the sources, are, pursuant to the principle of priority, entitled to use the water for their needs and those of their households (prior tempore, potior iure). According to the traditional view, the neighbours were obliged to restrain from the use of water, up until the property owner met his needs, within the limits of the so called regular use. Following the same logic, a privileged owner of the immovable property could also demand from all other persons not to interfere with his use of water resources (ius excludendi tertii). Namely, entitlement to use water was of an accessory nature and it belonged to the corpus of ownership right, which could, as an absolute right, be enforced against anybody (erga omnes). Later on an independent and transferable right to use water resources was established and its holders could become a state, a local community, a private legal and natural person, regardless of the ownership right over an immovable property connected to the water resource.*

Meanwhile the understanding of the right of ownership has substantially changed. It is no longer considered an absolute in its original sense. Constitutions of some countries and decisions of the highest national and supranational courts stipulate that the ownership has a social function and that it may be limited in the public interest. Likewise, an entitlement to use water resources may be restricted in the interest of social community, and as the practice of some countries testifies, also in the interest of other natural and legal persons. This view, inter alia, is supported by different forms of public-private partnerships.

The right of an immovable property owner to use the water resources could additionally be restricted by recognising the universal human right to water. Connected therewith, the legal theory abounds with dilemmas. The most prominent is the one concerning the existence of such a universal human right. Some authors argue that it does not exist, but that it has been emerging. Other writers contend that it is implicitly contained, id est, derived from the exiting human rights, whereas some take a stand that it is a sui generis right. The paper offers a comprehensive analyses of the documents adopted by the United Nations and the Council of Europe, jurisprudence of the European Court of Human Rights along with the regulation of the European Union and the Republic of Serbia on that matter.

Introducing the universal human right to water has a special significance in the present time. There are two main reasons for that. The first one presents the possibility of horizontal application of human rights in civil law relations (constitutionalisation), which may cause narrowing of the ownership right in the interest of other persons. The second one are mass migrations triggered by climate change, global warming and water scarcity. In such circumstances, an adequate legal policy shall be identified, based on an all-encompassing scientific research, followed by adopting the corresponding regulation.

Keywords: *water; civil law; the right to water; ownership relations; climate change; migrations.*

Datum prijema rada: 16.02.2017.

*Dr Senad R. Jašarević, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
S.Jasarevic@pf.uns.ac.rs*

UTICAJ DIGITALIZACIJE NA RADNE ODNOS*

Sažetak: *Pod uticajem razvoja informacione tehnologije okolnosti u kojima se odvija rad u poslednje vreme su se znatno izmenile. Novine koje je digitalizacija unela u život i rad su mnogobrojne. U nekim oblastima je korenito promenjen način odvijanja radnih odnosa. S obzirom da je stepen pokrenutih promena toliko veliki, pojedini autori modernu ekonomiju nazivaju „digitalnom ekonomijom“, a novo društvo – „digitalni kapitalizam“. Lokalno, uticaj digitalizacije na oblast rada varira, u zavisnosti od toga koliko je informatička tehnologija prožela život u datoj zajednici. U Srbiji npr. te promene nisu još uvek vidljive. Globalno, trend „digitalizacije rada“ je nezaustavljiv, te bi radno pravo trebalo da se pripremi na promene koje nameće. U suprotnom, veliki broj radnika će ostati nezaštićen.*

Ključne reči: *rad, radni odnosi, digitalizacija, nove forme rada, „digitalni radnici“.*

1) UVOD

Radno pravo predstavlja jednu od „najživotnijih“ grana prava, s obzirom da se odvija u realnom životnom okruženju. Kao takvo, prožeto je društvenim, istorijskim socijalnim, ekonomskim i drugim okolnostima u kojima se rad realizuje. Neke od tih okolnosti u tako velikoj meri utiču na oblast rada (npr. industrijska revolucija, napredak nauke, ekonomska kriza, promene društvenog sistema), da potpuno odrede uslove, organizaciju način, pravnu formu i druga obeležja rada. U poslednje vreme u radnom okruženju desile su se velike promene, koje su izazvane „globalizacijom“ i „digitalizacijom“. U ovom tekstu ćemo se više osvrnuti na uticaj digitalizacije na oblast rada i radnih odnosa.

* Ovaj rad rezultat je istraživanja na projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ koji sprovodi Pravni fakultet u Novom Sadu.

Pod „digitalizacijom“ se podrazumeva masovna upotreba informatičke, komunikacione i svih vrsta elektronske tehnologije. U prethodnih dvadesetak godina došlo je do ogromnog prodora informatičke i komunikacione tehnologije u sve oblasti života i rada. Taj proces započet je masovnijom upotrebom personalnih kompjutera, devedesetih godina prošlog veka, a pravu revoluciju izazvaće – Internet.¹ Uslediće opšta upotreba mobilnih telefona (koji sve više liče na kompjutere), prenosivih (lap-top) računara, „tablet“ kompjutera, novih načina razmene i skladištenja podataka (satelitske mreže, bežični prenos informacija). Takođe, od osamdesetih godina prošlog veka rapidno raste upotreba robota u industriji. Mogućnosti rada uz pomoć informatičke tehnologije postaju takoreći neograničene. Prema Brunjolfsonu (Brynjolfsson) nastupilo je „drugo mašinsko doba“, te je na sceni „digitalizacija baš svega“.² Pojedini autori ovaj proces nazivaju „digitalnom revolucijom“, modernu ekonomiju – „digitalizovanom ekonomijom“, a društvo koje nastaje – „informatičko društvo“ ili „digitalni kapitalizam“.³

Generalno, promene izazvane digitalizacijom u svim oblastima, pa i u domenu rada, toliko su velike i brze da društvo ne stiže da se prilagodi. Takav je slučaj i sa radnim pravom. Radno pravo ne ide u korak sa digitalizacijom, te su odnosi koji nastaju u vezi sa obavljanjem rada uz pomoć digitalne tehnologije često nedefinisani i neregulisani. „Digitalni zaposleni“ su uglavnom „nevidljivi“ za državu i pravni sistem, te su veoma slabo ili potpuno nezaštićeni.⁴ Jedan od razloga za to je što osnovna rešenja u oblasti radnog prava počivaju na tradicionalnom zapošljavanju. Da bi se „digitalni zaposleni“ bolje zaštitili moraju se pronaći novi načini regulisanja radnih odnosa i transformisati mnogi bazični instituti radnog prava (npr. pojam radnog odnosa).

Na lokalnom nivou, uticaj digitalizacije na oblast rada varira, u zavisnosti od toga koliko je tehnologija prožela život u datoj zajednici. U Srbiji npr. te pro-

¹ Smatra se da je prva Internet mreža stvorena 1. januara 1983. godine, kada je Američka Nacionalna Naučna Fondacija (NSF), napravila univerzitetsku mrežu koja će kasnije postati NSFNet. Prvi „vebsajt“ formirao je CERN u Švajcarskoj, avgusta 1991, a 24. oktobra 1995. postignuta je saglasnost da se koristi termin: Internet. Vid: Barry M. Leiner at all, *Brief History of the Internet*, Internet Society, <www.internetsociety.org/internet/what-internet/history-internet/brief-history-internet>.

² Eric Brynjolfsson, Andrey McAfee, *The Second Machine Age – The Work, Progress and Prosperity in the time of Brilliant Technologies*, W.W. Norton & Company, New Yourk, London, 2014, <<https://tanguduavinish.files.wordpress.com/2014/02/the-second-machine-age-erik-brynjolfsson2.pdf>>.

³ Vid: Sabine Pfeiffer, *Digital Labour and the Use-value of Human Work. On the Importance of Labouring Capacity for Understanding Digital Capitalism*, tripleC 12(2): 599–619, 2014, <<http://www.triple-c.at/index.php/tripleC/article/view/545/610>>, str. 599; Edoardo Ales, *Impact of Digitalization on Information and Consultation Rights*, prezentacija, European Labour Law Network – 8 th Annual legal seminar, Digitalisation and Labour Law, the Hague, 2015.

⁴ Vid: Sabine Pfeiffer, *The New World of Labour – A sociological introduction*, prezentacija, European Labour Law Network – 8 th Annual legal seminar, Digitalisation and Labour Law, the Hague, 2015.

mene nisu još uvek tako vidljive, ali se naziru, pošto sve više stanovnika koristi digitalnu tehnologiju.

2. UTICAJ DIGITALIZACIJE NA ZAPOSŁJAVANJE, RADNE ODNOS I RADNO PRAVO

Informatička tehnologija olakšava i ubrzava rad, te povećava produktivnost. Nekada ogromne mašine i fabričke hale može da zameni jedan robot ili snažniji računar. Čitave arhive i tone papira danas može da pohrani veći hard disk, a podaci mogu da se skladište i izvan pogona poslodavca – u „oblacima” (tzv. Cloud tehnologija).

Ipak, digitalna oprema ne zamenjuje samo zastarelu opremu, već istiskuje i zaposlene. Zahvaljujući „digitalizaciji rada” mnogi poslovi nestaju. Digitalni rad iziskuje mnogo manje stalno zaposlenih. Prema Brugelu, usled procesa automatizacije rada pod uticajem digitalizacije, u zemljama EU u narednih dvadeset godina postoji rizik gubitka 40-60% poslova.⁵ U tom pogledu naročito je ranjiv rutinski i jednostavniji rad, pošto su ovakvi poslovi lako zamenjivi tehnologijom, naročito u proizvodnim delatnostima. Predviđa se npr. da će u autoindustriji svaki drugi posao nestati (u ovoj delatnosti se nivo automatizacije kreće oko 90%).⁶

Kada se radi o zaposlenosti, digitalizacija ima i pozitivne strane. Otvaraju se novi poslovi i radna mesta povezani sa digitalnim poslovanjem i komunikacijom. Primera radi, u SAD giganti iz oblasti informacione tehnologije zapošljavaju veliki broj broja radnika (IBM 350.000 radnika, Fejsbuk/“Facebook” – 12.000, Gugl/“Google” – 57.100 radnika).⁷ U nove poslove u vezi sa digitalnom tehnologijom spadaju proizvodnja informatičke opreme, održavanje kompjuterskih i mobilnih mreža, sačinjavanje kompjuterskih programa, aplikacija za „pametne telefone”, poslovi u vezi sa mobilnom telefonijom. Ipak, procenat novih radnih mesta je znatno manji od onih koji nestaju.

Zahvaljujući informatičkoj tehnologiji proširuje se „mesto rada”, koje se više ne vezuje samo za pogone poslodavca, već se rad obavlja u „kibernetском prostoru”, koristeći veštačke alate za rad, kao što su „i-mejlovi”, „web-sastanci”,

⁵ Vid: Bruegel (2014), *The computerisation of European jobs*. Preuzeto iz: *Opinion of the European Economic and Social Committee – Effects of Digitalisation on the Services Sector and Employment*, European Economic and Social Committee, Rapporteur: Wolfgang Greif, Co-rapporteur: Hannes Leo, Brussels, 16 September 2015, <<http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.en.ccmi-opinions.34826>>, tačka. 5.9. dokumenta.

⁶ S. Pfeiffer, 615.

⁷ Vid: *The Future of Work: Digitalisation in the US Labour Market*, Directorate General for Internal policies, European parliament, March 2016, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/578959/IPOL_BRI\(2016\)578959_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/578959/IPOL_BRI(2016)578959_EN.pdf), str. 25. Broj zaposlenih u Guglu preuzet je sa pretraživača „Google” (27. 10. 2016).

mreže, „sajtovi” za deljenje „fajlova”.⁸ Sve veći broj ljudi može da radi bukvalno bilo otkuda, od kuće ili drugog mesta na kojem se to lice trenutno nalazi (iz sredstava prevoza, sa aerodroma, mesta odmora). Međutim, rezultat rada na daljinu nije samo prostorna fleksibilizacija, već i „decentralizacija rada”, odnosno „dematerijalizacija poslovanja i poslodavca”.⁹ Dok je klasična ekonomija podrazumevala rad poznatog radnika, za poznatog poslodavca, na fiksnom mestu rada, kod „digitalne ekonomije” sve se radi „virtuelno”,¹⁰ preko Interneta ili drugih komunikacionih sistema, te zaposleni često nema predstavu ni ko je poslodavac, niti gde se on nalazi. Klasični pogon ili preduzeće ne postoji, već se rad odvija negde u etru ili na više mesta (tzv. virtuelno preduzeće). Ovakve radnike nazivaju „*e-nomadi*”, ili „*nevidljivi radnici*”.¹¹

„Digitalni radnici” u proseku uživaju znatno *slabiju pravu zaštitu* nego stalno zaposleni. Pošto stalno, fiksno radno mesto i preduzeće u mnogim delatnostima gube značaj, sve više se odstupa od tradicionalnog polazišta radnog odnosa – koji je podrazumevao veliki broj stalno zaposlenih, koji rade u prostorijama poslodavca.¹² Veliki broj zaposlenih prebacuje se u status „samozaposlenih”, a nova lica se ne zapošljavaju. Uvode se novi načini regulisanja radnog angažovanja, za koje je karakterističan veliki upliv ugovora građanskog prava. Zato svega ovoga mnogi smatraju da je potrebno da se preispita i „fleksibilizuje” pojam radnog odnosa, „zaposlenog”, „poslodavca”, „preduzeća”. Aleš ističe da je neophodna tranzicija od „tradicionalnog”, ka „digitalizovanom radu”, koji će biti drugačije pravno tretiran i regulisan.¹³

Između ostalog, potrebno je proširiti pojam „zaposlenog” i „radnika”. Pojedini teoretičari predlažu i uvođenje pojma „e-radnik” (elektronski radnik).¹⁴ U okviru toga moraće se preispitati i definicija samozaposlenog lica, budući da su mnogi koji rade kao samozaposleni preko Interneta, u stvari trajno zavisni od

⁸ U pitanju su izrazi koje je teško prevesti na naš jezik, te su neki termini već zaživeli u stanoj formi u upotrebi.

⁹ Vid: E. Ales, 3.

¹⁰ Reč „virtuelno” označava nešto što nije stvarno, ali može imati realne posledice. Vid: *Fmk16108's Blog*, Just another WordPress.com weblog, 28 novembar 2008, <<https://fmk16108.wordpress.com/2008/11/28/zasto-je-virtualno-stvarno-i-nestvarno/>>

¹¹ Mijke Houwerzijl, *Digitalization and Mobility of EU-Workers/Services*, European Labour Law Network – 8 th Annual legal seminar, Digitalisation and Labour Law, the Hague, 2015, str. 3.

¹² O posledicama digitalizacije u oblasti radnog odnosa videti npr. više: *Germany: Effects of digitalisation on the labour market and working conditions*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 21. 10. 2015, <<http://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/articles/working-conditions-industrial-relations/the-effects-of-digitalisation-on-the-labour-market-and-working-conditions-0>>; Ajay Agrawal, John Horton, Nicola Lacetera, Elizabeth Lyons, *Digitalization and the contract labour market: a research agenda*, Cambridge, 2013, <<http://www.nber.org/papers/w19525.pdf>>

¹³ Vid: E. Ales, 2.

¹⁴ M. Houwerzijl, 8.

poslodavca ili više poslodavaca za koje rade. Iako je kod ove kategorije integracija u radnu sredinu drugačija nego kod klasičnih zaposlenih, kao i nivo i vrsta subordinacije (što su dve bitne karakteristike radnog odnosa), one ipak postoje, samo su modifikovane.¹⁵

Rad na daljinu uneo je konfuziju i u *pojam poslodavca*. Kod digitalnih oblika rada često nije jasno: ko je poglodavac, gde se nalazi, da li taj subjekt pruža samo usluge povezivanja klijenata i lica koja pružaju usluge ili je „skriveni poslodavac“. Zato je potrebno da se redefiniše i osavremeni pojam poslodavca. To je jedini način da se obezbedi zaštita svih onih koji rade za „platforme“, „mreže“ i „virtuelne poslodavce“, i da se spreči izbegavanje zakonskih obaveza prema državi.¹⁶

Američko pravo je počelo da se bavi ovim pitanjima još pre pedesetak godina, te je u sudskoj i upravnoj praksi nastala doktrina o „kolektivnom poslodavcu“.¹⁷ U SAD se razlikuju pojmovi: „združeni poslodavac“, „zakonski poslodavac“, „direktni poslodavac“, „primarni poslodavac“, „sekundarni poslodavac“, „klijent poslodavac“.¹⁸ Fleksibilno tumačenje pojma poslodavca u praksi olakšava zaštitu radnika. Naime, zahvaljujući tome ne može da se dogodi da se ne zna ko je poslodavac ako je neko lice radno angažovano pod uslovima koji odgovaraju radnom odnosu, bez obzira na to što radi na atipičan način.

Problemi u vezi sa pojmom poslodavca pojavili su se i u vezi sa primenom radnog zakonodavstva EU. Tako npr. Direktiva o kolektivnim otkazima, br. 98/59, vezuje pojam poslodavca za fizičku lokaciju. Pojedini teoretičari se pitaju šta je sa „virtuelnim fabričkim holovima“. Sud pravde je ranije odredio da se poslodavcem može smatrati i pogon i preduzeće koji ne mora da ima zakonsku, ekonomsku, finansijsku, administrativnu ili tehnološku autonomiju, kao i da pojam „kompa-

¹⁵ Nedavno je npr. u Britaniji doneta presuda prema kojoj vozači koji rade za platformu „Uber“ nisu samozaposleni, već se moraju tretirati kao zaposlena lica (a Uber se smatra poslodavcem). Vid: *Uber drivers win key employment case*, BBC News, 28. October, 2016, <http://www.bbc.com/news/business-37802386>.

¹⁶ Vid: Jeremias Prassl, *Digitalisation, Self-employment and Precarious Work: Recent Developments in the UK*, prezentacija, European Labour Law Network – 8 th Annual legal seminar, Digitalisation and Labour Law, the Hague, 2015; S. Jašarević, *Uticaj digitalizacije na radne odnose*, Međunarodno savetovanje „Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Sveučilište u Mostaru – Pravni fakultet, Neum, 17-19. 6. 2016, obj. u zborniku radova sa Savetovanja, Mostar, 2016, str. 282-290.

¹⁷ Pored sudova, odluke od značaja za praksu radnih donosa u SAD donosi i Nacionalni odbor za radne odnose (National Labor Relations Board – NLRB).

¹⁸ Vid: C. Becker, Craig Becker, *Labor Law Outside the Employment Relation*, Texas Law Review 1995-1996, p. 1527. str. 1544, 1548, 1556, 1560; Tyler S. Laughinghouse, *House Bill Aims To Reverse NLRB's Expanded "Joint Employer" Definition*, October 29, 2015, McGure Woods, *Labour Relations Today*, <<http://www.laborrelationstoday.com/2015/10/articles/house-of-representatives/house-bill-aims-to-reverse-nlrbs-expanded-joint-employer-definition/>>

nija“ može da supstituiše „preduzeće“. ¹⁹ Međutim, Sud se još uvek nije izjasnio o „platformama“, „online“ poslodavcima i sličnim oblicima rada.

3. UTICAJ DIGITALIZACIJE NA USLOVE I NAČIN OBAVLJANJA RADA

Uticao digitalizacije na uslove rada je znatno veći nego što se to na prvi pogled može uočiti. Ona sa jedne strane može da bude veoma korisna za zaposlene – tako što olakšava rad, a sa druge strane, može da bude izvor pojačane eksploatacije i urušavanja radnih standarda. Da li će se digitalizacija pozitivno ili negativno odraziti na položaj zaposlenih, zavisi prvenstveno od pristupa koji prema novinama koje donosi imaju poslodavci i država. Značajnu ulogu mogu da imaju i sindikalne organizacije i zaposleni, koji ne treba pasivno da posmatraju trend urušavanja prava radnika.

Digitalizacija utiče pozitivno na organizaciju i mobilnost rada. ²⁰ Nastaju nove forme rada, povećava se mogućnost da više zaposlenih deli jedan posao (job sharing) ili da se rad izvodi grupno (preko „platformi“ – tzv. *platformizacija rada*). ²¹ Javlja se i novi pojam – „*radno mesto u džepu*“ (rad isključivo uz pomoć mobilnog telefona).

Digitalizacija je omogućila i da se pojave nove forme rada. To su npr: „*tele-rad*“ ili rad na daljinu (*telework*), „*agilni rad*“ ili „*mobilni rad*“ (*agile work/ICT based mobile work*) „*masovni ili grupni rad*“ – preko „platformi“ (*Crowd Employment*). ²²

Telerad/rad na daljinu je bio prvi oblik rada koji je nastao na bazi digitalizacije. Godine 2002. godine regulisan je u Evropskoj uniji – Evropskim okvirnim sporazumom o radu na daljinu. Prema čl. 2. tog dokumenta: „*Rad na daljinu (telerad)* je forma organizovanja i vršenja rada uz upotrebu informacione tehnologije, u okviru ugovora o radu/radnog odnosa, gde se rad, koji bi se inače obavljao

¹⁹ Slučaj: *Athinaiki Chartopoiia AE v Panagiotidis and others*, 270/05; [2007] IRLR 284 (ECJ) par. 18. Sud se poziva i na svoju raniju odluku – *Rockfonwas* <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0270:EN:HTML>>. Vid: E. Ales, op. cit, str. 7.

²⁰ Vid: Bernd Waas, *Digitalisation and its Implications for Labour Law – A legal overview*, prezentacija, European Labour Law Network – 8 th Annual legal seminar, Digitalisation and Labour Law, the Hague, 2015.

²¹ Vid: *Digitalization and Mobility of EU-Workers/Services*, European Labour Law Network – 8 th Annual legal seminar, Digitalisation and Labour Law, the Hague, 2015 str. 2.

²² Vid: *New forms of employment*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 2015; S. Jašarević: *Nove forme rada u Evropskoj uniji*, Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije/Harmonisation of Serbian and Hungarian Law with the European Union Law, Novi Sad, 2015, str. 281-298; Marzia Barbera, *Recent Developments in Italy: Agile Working*, prezentacija, European Labour Law Network – 8 th Annual legal seminar, Digitalisation and Labour Law, the Hague, 2015.

u prostoru poslodavca, vrši izvan tih pogona na redovnoj bazi.”²³ Poslodavci su u ovoj vrsti rada videli prostor za fleksibilnije poslovanje i jeftiniju organizaciju rada. Zaposlenima je doneo mogućnost da rade u opuštenijoj atmosferi (od kuće) i da bolje usklade svoje porodične i profesionalne obaveze. Ove vrsta rada je u stalnom porastu. U Evropskoj uniji se uglavnom primenjuje kod 1-4 % zaposlenih kao stalni vid rada (do 9% – u Češkoj), a oko 5-15% radne snage radi na daljinu do četvrtine radnog vremena.²⁴

Od nastanka „telerada” mogućnosti rada izvan prostorija poslodavca su se dodatno razvile, zahvaljujući pojeftinjenju informacione tehnologije, ubrzanju rada računara, razvoju mobilne telefonije, širenju Interneta. Nastaje „*agilni rad*” ili „*mobilni rad zasnovan na informacionoj tehnologiji*”. Kod „mobilnog rada”, zaposleni mogu da rade od kuće, iz sredstava prevoza, iz iznajmljenog prostora (tzv. mobilna kancelarija), odnosno, bilo otkuda, deo radnog vremena ili puno radno vreme. Ovaj oblik rada karakterišu velika autonomija i fleksibilnost, koji omogućavaju radniku bolji životno-radni balans.

Iako je na prvi pogled „agilni rad” sličan „teleradu”, upravo u kontekstu njegovog korišćenja javljaju se značajne razlike. Prema Barberi, „teleradnici” obično rade sa jednog mesta i to sami, a „agilni radnici” u interakciji sa drugima.²⁵ Ona takođe vidi „teleradnike” kao ranjive i nezadovoljne,²⁶ a „mobilne radnike”, kao agilne, inovativne, vešte, zadovoljne, motivisane.

Agilni rad se sve više koristi, naročito u razvijenim zemljama. Predviđa se da će do 2020. godine jedna trećina svetske radne snage biti zaposlena u nekoj formi „online” rada (preko Interneta), a postoje procene da će ovakav rad dostići i 50% radne snage.²⁷ Evo i nekih primera. U kompaniji „CISCO” 90% zaposlenih radi izvan preduzeća najmanje jedan dan nedeljno, a 32% stalno. U preduzeću

²³ O pojmu „telerada” videti: *Rečnik socijalne sigurnosti*, Savet Evrope, Strazbur, 2006, str. 33 (Rad na daljinu), <<http://www.coe.int/t/dg3/sscssr%5CSource%5CGlossSERBcyrillic.pdf>>, kao i: *Framework Agreement on Telework*, 2002, <http://www.ueapme.com/docs/joint_position/Telework%20agreement.pdf>, *Implementation of the European Framework Agreement on Telework*, Report by the European Social Partners, adopted by the Social Dialogue Committee on 28 June 2006, September 2006, <http://resourcecentre.etuc.org/linked_files/documents/Framework%20agreement%20on%20telework%20EN.pdf>

²⁴ Videti tabelarni prikaz u: *Telework in the European Union*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, Ireland, 2010, <http://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/docs/eiro/tn0910050s/tn0910050s.pdf>, str. 14.

²⁵ Vid: M. Barbera, 3. i prezentacija istog teksta sa istoimene Konferencije.

²⁶ Barbera pominje i stav iz gore pomenute studije o „teleradu” – Evropske fondacije o životnim i radnim uslovima, na str. 3, gde se kaže da su radnici na daljinu često diskriminisani u odnosu na one u uredima, u pogledu radnog vremena, standarda radnog mesta, pristupa treningu, nadzora u pogledu primene propisa o zdravlju i bezbednosti. Vid: M. Barbera, i: *Telework in the European Union*, 15-18.

²⁷ Vid: Saskia Sassen, *Digitization And Work: Potentials and Challenges in Low-Wage Labor Markets*, Green Templeton College, University of Oxford, on 10 March 2016. <<http://www.saskiasassen.com/PDFs/publications/digitization-and-work.pdf>>, str. 6.

„Accenture” dva dana u nedelji radnici mogu da rade odakle hoće, u kompaniji „GM Powertrain” zaposleni deset dana u godini mogu da izaberu odakle će raditi. U „Unicredit”-u zaposleni jedan dan nedeljno imaju pravo izbora mesta rada.²⁸ U Holandiji je ovakav rad naročito zastupljen kod obrazovanih zaposlenih, tako da njih 1/3 ima pravo da radi bar jedan dan nedeljno od kuće.²⁹ U SAD najmanje 30 miliona lica radi najmanje jednom nedeljno od kuće, a 3 miliona nikad ne ide u kancelariju. Takođe, 70% zaposlenih radi redovno sa alternativnih lokacija.³⁰

Masovni – grupni rad predstavlja jednu od najvećih novina na radu zahvaljujući digitalnoj tehnologiji. Uglavnom se koristi u sektoru usluga ili kreativnim delatnostima. Funkcioniše tako što se sačinjavaju virtuelne „platforme” koje organizuju zajednički – masovni rad ljudi širom sveta na određenom zadatku, projektu, kreiranju proizvoda ili pružanju usluga.³¹ Poslovi se preko „platformi” obavljaju po pravilu za drugog poslodavca (korisnika) ili klijenta, koji sa licem koje vrši rad najčešće nema nikakav kontakt. Klijenti („poslodavci korisnici”) nemaju nikakvu direktnu vezu, niti pravni odnos sa radnikom, već je platforma tzv. poslodavac i ona isplaćuje ove „virtuelne radnike”. Najpoznatiji primeri rada preko platformi su Uber (Uber),³² Amazons Mekanikl Turk (Amazon’s Mechanical Turk).

Dobru stranu ovakvog načina rada predstavlja to što lica mogu da steknu bilo kakvu zaradu ako su nezaposlena, da ostvare dodatno primanje ili postepeno stiču profesionalno iskustvo. Loša strana rada preko „platformi” je nestabilnost prihoda i posla, i odsustvo bilo kakve kontrole odnosa radnik-poslodavac. Generalno, zajednička karakteristika ovog i navedenih novih oblika rada uz pomoć digitalne tehnologije je da su uglavnom pravno neuređeni, te zato radno angažovana lica obično nisu prijavljena i ne uživaju pravnu zaštitu ekvivalentnu zaposlenima u radnom odnosu (takođe nemaju ni socijalno osiguranje).³³

²⁸ M. Barbera, str. 2 pomenutog stručnog teksta i str. 2 navedene prezentacije.

²⁹ Vid: Guus Heerma van Voss, *Recent Developments in the Netherlands*, European Labour Law Network – 8 th Annual legal seminar, Digitalisation and Labour Law, the Hague, 2015, str. 2.

³⁰ Vid: S. Sassen, 3.

³¹ O „masovnom radu” vid: Kittur, J. V., Nickerson, M. S. Bernstein, E. M. Gerber, A. Shaw, J. Zimmerman et al, *The future of crowd work*, Stanford University, Stanford, USA, 2013; Martin Risak, *Crowdworking: towards a „new” form of employment*, European Labour Law Network – 7 th Annual legal seminar, New Forms of Employment and EU Law; *New forms of employment*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (EUROFOND), Dublin, 2015 <<http://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2015/working-conditions-labour-market/new-forms-of-employment>>, str. 106; Jan Marco Leimeister, *New forms of employment and IT – Crowdsourcing*, prezentacija na: European Labour Law Network – 7 th Annual legal seminar, *New Forms of Employment and EU Law*.

³² Platforma Uber funkcionise širom sveta (gde građani vrše prevoz za naknadu, umesto taksija), a npr. samo u SAD okuplja 160.000 vozača, koji su preko patforme u poslednja tri meseca 2014. godine zaradili 656,8 miliona dolara. *The Future of Work: Digitalisation in the US Labour Market*, 27.

³³ Vid: Catherine Bernard, *Non-standard employment: what can the EU do?*, European Labour Law Network – 7 th Annual legal seminar, New Forms of Employment and EU Law, str. 1.

Pored navedenog, digitalizacija je u oblast uslova rada unela i niz drugih novina. Prema Fajferovoj (Pfeiffer), digitalizacija ima veliki uticaj na „*socijalne aspekte rada*”: pojačava podeljenost radne snage, utiče na vrednost rada i plaćanje (koje je slabije nego kod tradicionalno zaposlenih), socijalne odnose između subjekata rada, formalne kvalifikacije koje se traže od zaposlenih (zahteva se poznavanje rada sa informatičkom tehnologijom), autonomiju radnika, dinamiku rada, kontrolu (zaposleni se mogu nadzirati 24 sata), regulisanje zaposlenja, organizovanje radnika – gubi se kohezija zaposlenih (pošto ne rade zajedno ili se uopšte ne poznaju).³⁴

Jednu od pozitivnih strana digitalizacije rada predstavlja to što doprinosi „pomirenju porodičnog i profesionalnog života“, odnosno lakšem usklađivanju porodičnih i profesionalnih obaveza (omogućava rad od kuće, tokom putovanja, „fleksibilno radno vreme“).³⁵ Takođe, smanjuju se putni troškovi, raste produktivnost,³⁶ opadaju zagađenje i gužve u gradovima do kojih dolazi zbog prevoza na posao. Unapređeni odnos između čoveka i mašine donosi i niz poboljšanja u radu i životu za lica sa invaliditetom. Između ostalog, digitalizacija im omogućava da rade od kuće i da vode produktivan život, što bez opreme ne bi mogli.³⁷

U nekim segmentima radnih odnosa digitalizacija ima protivrečnu ulogu – i pozitivnu i negativnu. Sa jedne strane zahvaljujući digitalizaciji povećava se autonomija zaposlenih, a sa druge, omogućava „totalnu kontrolu“. Kod radnika koji rade uz pomoć informatičke tehnologije nestaju limiti radnog vremena, te su stalno dostupni poslodavcu. Radno vreme ove kategorije je nemoguće kontrolisati (tzv. *sistem radnog vremena na poverenje*).“ Kao što Rej zapaža, nastupio je novi „*znojni sistem*“. Gubi se granica posao/kuća, tako što su zaposleni „online“ dostupni poslodavcu 24 časa. Elektronske poruke (mejlovi, SMS) stižu i u vreme kada se ne radi, noću, ujutru, vikendom, na odmoru. Zaposleni nema ni trenutak mentalnog odmora. Periodi aktivnosti počinju odmah ujutru zahvaljujući SMS i i-mejl porukama (Rej ovaj trend naziva „rat s vremenom“).³⁸ Zaposleni postaju „robovi digitalne tehnologije“. Kao ishod ovakvog dugotrajnog rada nastupa tzv. *sagorevanje zaposlenih*.³⁹

³⁴ Tabelarni prikaz ovih promena videti u: Sabine Pfeiffer, 615.

³⁵ Vid: S. Sassen, 4.

³⁶ Npr. Herma navodi da rad na daljinu povećava za 15-25% produktivnost – zaposleni inače gube na poslu oko 2,1 sat dnevno iz raznih razloga. Guus Heerma van Voss, 2.

³⁷ Jedan od poznatih primera je čuveni fizičar Stiven Hoking (Stephen Hawking), koji je godinama nepokretan, ali zahvaljujući tehnologiji se uspešno bavi naučnim radom i objavljivanjem knjiga. Vid npr: *Stiven Hoking: telo u kolicima, misli u zvezdama*, Večernje novosti Online, 01. mart 2015, < <http://www.novosti.rs/vesti/kultura.71.html:536011-Stiven--Hoking-Telo-u-kolicima-misli-medju-zvezdama>>

³⁸ Vid: Jean-Emmanuel Ray, *Impacts of Digitalisation on the regulation of Working Conditions*, European Labour Law Network – 8 th Annual legal seminar, Digitalisation and Labour Law, the Hague, 2015, str. 9, 13.

³⁹ Vid: Jean-Emmanuel Ray, 4, 5.

Uviđajući negativne posledice ovakve prakse, napredni poslodavci počeli su da uvode zabrane elektronskog komuniciranja sa zaposlenima izvan radnog vremena, vikendom (poruke se usmeravaju na posebne servere i stižu prvog radnog dana), noću, za vreme godišnjeg odmora. U tom kontekstu govori se o novom pravu zaposlenih – „*pravu na isključivanje/diskonektovanje*“.⁴⁰

Jedan od najnovijih pokušaja u tom pravcu učinila je ove godine kompanija Viržin erlajns (Virgin Airlines), koja sprovodi mere „digitalnog detoksa“ zaposlenih u kancelarijama u Americi i Velikoj Britaniji. Od 10 sati ujutru do podneva, oko 200 radnika ostaje bez pristupa i-mejl pošti tako što se server u potpunosti gasi, a sve u cilju da se umesto elektronski, poruka pošalje „licem u lice“. Tokom dva sata radnici se podstiču da napuste svoja radna mesta i stolove, odu do tere-tane u kompaniji ili da se druže tokom šetnje. „Česta je situacija da radnici sede na dva metra jedni od drugih, a uprkos tome šalju i-mejl, umesto da jednostavno popričaju“.⁴¹

Kada se radi o uslovima rada, među problemima sa kojima se suočavaju „digitalni radnici“ je i otežana kontrola sprovođenja standarda zaštite zdravlja i bezbednosti na radu. Relativizuje se odgovornost poslodavaca, pošto on sa radnikom često nije u radnom odnosu, a lica koja rade neretko se nalaze na raznim stranama sveta.

Pojavljuju se i *novi faktori rizika* u vezi sa radom, kao što su: elektromagnetska radijacija (od mobilnog telefona); nekretanje usled vezanosti za računar (što izaziva razne bolesti muskuloskeletnog sistema, srčane i mentalne poremećaje), rizici u saobraćaju (pojava samovozećih automobila; praksa da zaposleni razgovaraju na mobilni telefon ili šalju poruke u toku vožnje),⁴² iscrpljivanje – „sagorevanje radnika“, usled nestajanja granice rad/posao (prilikom sedenja za računarom mišići se odmaraju, ali ne i neuroni).⁴³

Digitalizacija je omogućila i zanimljive *eksperimente* u oblasti radnih odnosa. U Holandiji je uvedena potpuno digitalizovana procedura otkazivanja i zapo-

⁴⁰ Videti npr: Sporazum od februara 2014. godine kompanije „Reunica“ – Francusko društvo za zdravstveno i penzijsko osiguranje (prema kojem zaposleni ne mogu da primaju poslovne poruke tokom vikenda, plaćenog odustva, bolovanja, godišnjeg odmora). U novoj regulativi „Mercedes“-a predviđa se prinudna diskonekcija posle 19 sati i brisanje elektronskih poruka tokom odsustva, a „Volswagen“ je propisao blokiranje pristupa serverima između 18:15 i 7 sati ujutru. Prema: Jean-Emmanuel Ray, 7.

⁴¹ Videti tekst: *Radikalne mere: Radnici odjavite se, prošetajte*, B92, 10. 10. 2016., http://www.b92.net/biz/vesti/svet.php?yyyy=2016&mm=10&dd=10&nav_id=1186233.

⁴² Kada se šalje SMS u toku vožnje procenjuje se da je rizik od saobraćajne nezgode 23 puta veći. Vid: Jean-Emmanuel Ray, 2; B. Waas.

⁴³ Kao što Ray zapaža, previše elektronskih poruka (e-mejlova) vodi „sagorevanju“, te ističe: „*radnici će ubiti sami sebe*“, a naročito „slobodni strelci („free lancers“), koji previše rade kako bi što više zaradili, bez kontrole radnog vremena. Jean-Emmanuel Ray, *Impacts of Digitalisation on the regulation of Working Conditions*, prezentacija, European Labour Law Network – 8 th Annual legal seminar, Digitalisation and Labour Law, the Hague, 2015, str. 3.

šljavanja u određenim slučajevima.⁴⁴ Takođe, u ovoj zemlji godine 2015. sačinjen je „Procesni zakon o uprošćavanju i digitalizaciji“. Cilj je da se formira „online“ platforma preko koje će se rešavati jednostavniji radni sporovi. Platforma će dozvoljavati stranama da pokrenu postupak, unesu i preuzmu procesne dokumente, ostavljaju podneske i dokaze, a usmena rasprava će se eventualno održavati samo jednom. Rasprava će se organizovati u slučaju da strane imaju potrebu da objasne svoje pozicije i da se eventualno saslušaju svedoci i veštaci. Sve ostalo će se dešavati u digitalnoj formi, pa i dostavljanje odluke.⁴⁵

4. DIGITALIZACIJA I ZAŠTITA LIČNIH PODATAKA NA RADU

U eri opšte digitalizacije zaštita podataka na radu postaje sve važnija i kompleksnija. Pored pomenute informatičke tehnologije, pojavljuje je i sve savremenija digitalna oprema za snimanje (npr. „dronovi“),⁴⁶ novi uređaji za praćenje, testiranje iskaza zaposlenih (poligraf, testovi na alkoholisanost, upotrebu narkotika, genetski testovi). Mogućnosti saznavanja, čuvanja, prenosa, kontrole, praćenja informacija o zaposlenima postaju nesagledive, te su olakšane i zloupotrebe. Poslednjih godina isplivale su na videlo mnoge afere u vezi sa zloupotrebama ličnih podataka (npr. „Wikileaks“, „Snouden“, „Panama“). Te afere su uglavnom direktno ili indirektno povezane sa radom. Nekada su zloupotrebljeni lični podaci zaposlenih,⁴⁷ a često su povrede vršene u okviru radnog odnosa (zloupotrebljeni su podaci klijenata, korisnika usluga ili građana).⁴⁸

⁴⁴ Godine 2014. Zakonom o sigurnosti zaposlenja, predviđeno je da se od 2015. godine ceo otkazni postupak vodi elektronskim putem (u slučaju otkaza zbog ekonomskih razloga – smanjenja broja radnih mesta; ili otkaza zbog bolesti duže od 2 godine). U tim slučajevima potrebno je odobrenje Javne službe za zapošljavanje, a prethodnu proveru otkaza vrši Služba za rad (UWV) ili kantonalni sudija. Vid: Guus Heerma van Voss, 6.

⁴⁵ Guus Heerma van Voss, 7.

⁴⁶ Videti npr. *EU Opinion 01/2015 on Privacy and Data Protection Issues relating to the Utilisation of Drones* – WP 231, iz 2015. godine <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2015/wp231_en.pdf>;

⁴⁷ Npr. u Nemačkoj je 2008. i 2009. godine firma Lidl (Lidl) dva puta kažnjena zbog povrede Nemačkog zakona o zaštiti podataka (prvi put je kazna iznosila 1,9 miliona Evra). Kompanija Dojče Ban (Deutsche Bahn) je 2009. odgovarala zbog masovnog praćenja e-mejl poruka i kompjuterskih fajlova 173.000 zaposlenih, što je činila bez ikakvih osnova za sumnju. Vid: Paul De Hert, Hans Lammerant, *Protection of Personal Data in Work-related Relations*, Directorate general for internal policies, European Parliament, 2013, <<http://www.vub.ac.be/LSTS/pub/Dehert/491.pdf>>

⁴⁸ Najnovija afera koja je odjeknula u svetskim medijima desila se u Australiji, u Brizbejnu, gde su zaposleni u prodavnici kompanije Ejpl (Apple), otpušteni zato što su zloupotrebljavali fotografije klijentkinja (tako što su ocenjivali i rangirali njihov izgled). Fotografije su sami sačinjavali ili preuzimali iz uređaja klijenata koji su bili dostavljeni na opravku. Vid: *Apple Responds to*

Iako ovu oblast regulišu mnogi međunarodni i nacionalni standardi, ispostavilo se pravna zaštita nije zadovoljavajuća, odnosno da sistem ima „brojne pukotine“.⁴⁹ To važi i za zaštitu podataka u domenu radnih odnosa, koji bi morao da se ojača – kvalitetnijom i preciznijom regulativom, boljom koordinacijom zainteresovanih subjekata, edukacijom zaposlenih i svih građana o značaju poštovanja ličnih podataka kao segmenta prava na privatnost.⁵⁰ Nedorečeno stanje u ovoj oblasti i brojne afere motivisali su npr. Evropsku uniju da reformiše regulativu o zaštiti ličnih podataka, donoseći 27. aprila ove (2016) godine – *Pravilo o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom ličnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka*.⁵¹ O značaju koji se pridaje toj problematici i kompleksnosti materije govori podatak da se Unija umesto Direktive, koja je ranije važila za ovu oblast,⁵² odlučila da donese akt jače pravne snage – Pravilo.⁵³ Pri tome, novi dokument ima čak 88 stranica teksta.

5. DIGITALIZACIJA I KOLEKTIVNA PRAVA ZAPOSLENIH

Digitalizacija ne utiče samo na individualna, već i na kolektivna prava zaposlenih. Zbog difuzne organizacije rada, pošto se posao uglavnom ne obavlja sa jednog mesta, slabi socijalna kohezija, te time i organizovanost zaposlenih. Digitalni radnici mahom nisu uključeni u sindikate, niti su bilo kako organizovani.⁵⁴ Zbog odsustva kolektivnog predstavnika i kolektivne zaštite „digitalni radnici“ su faktički obespravljeni, pa ih Rej zato naziva „digitalni proleterijat“.

Pošto često rade izolovano, uočljivo je i masovno otuđenje i odustvo solidarnosti „digitalnih radnika“. Jedna od posledica takvog stanja je otežana participacija zaposlenih. Dok se individualno informisanje „digitalnih zaposlenih“ može relativno lako organizovati, teško je zamisliti kako organizovati kolektivno informisanje, konsultovanje ili učešće u upravljanju ove kategorije. Jedan od problema

Photo Sharing Claims, New.com.AU, <<http://www.news.com.au/technology/online/security/apple-cardinal-store-in-photo-sharing-scandal-employees-rating-female-customers-bodies/news-story/d024bb67ef526b8bedf2a5454e64c5fa>> (13. 10.2016)

⁴⁹ Vid: *Opinion of the European Economic and Social Committee – Effects of digitalisation on the services sector and employment*, tač. 4.11.

⁵⁰ Videti više: S. Jašarević: *Nove tendencije u oblasti zaštite ličnih podataka na radu u međunarodnom pravu*, Radno i socijalno pravo, Udruženje za radno pravo i socijalno osiguranje Srbije, Beograd, 2016, br. 1, str. 71.

⁵¹ Pravilo je objavljeno u: *Official Journal (OJ)*, L 119, 4.5.2016, p. 1–88, <<http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>>

⁵² Direktiva br. 95/46/ o zaštiti lica u pogledu korišćenja njihovih ličnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka. Objavljena u: *Official Journal (dalje: OJ)* L 281, 23/11/1995, izmena u dok. 32003/R/1882, od 20. 11. 2003.

⁵³ Pravilo ima direktnu obaveznost i prohodnost prema pravu zemalja članica.

⁵⁴ Tabelarni prikaz ovih promena videti u: S. Pfeiffer, 615.

je i to što „tradicionalni radnici“ ili tela neće biti voljni da u procesu participacije zastupaju digitalne radnike.⁵⁵

Problem participacije digitalnih radnika već se ispoljio u Evropskoj uniji. Smatra se da će se, kada se radi npr. o komunitarnoj regulativi o radničkoj participaciji, morati proširiti pojam zaposlenog. Naime, pravo EU predviđa obavezno konsultovanje zaposlenih kada je u pitanju npr. otpuštanje viška zaposlenih i u još nekim slučajevima. Takođe, obavezno je formiranje „evropskih saveta zaposlenih“ u „evropskim kompanijama“. Kako to obezbediti ako zaposleni rade od kuće ili „online“ za evropske kompanije iz više zemalja Evrope ili čak sveta?⁵⁶

Kada se radi o kolektivnim pravima zaposlenih, složeno pitanje je i kako organizovati obuku i omogućiti profesionalni razvoj radnika koji rade na daljinu. Takođe, kako ih uključiti u kolektivne šeme socijalnog osiguranja, ako ne rade u istoj ili jednoj državi?

Zbog svega navedenog, sindikati bi morali mnogo ozbiljnije da se pozabave organizovanjem „digitalnih radnika“. Takođe, trebalo bi ojačati socijalni dijalog u cilju reformisanja radnopravne regulative i rad na kolektivnom pregovaranju, kako bi se bolje zaštitili radnici uz pomoć informatičke tehnologije.⁵⁷

U tom smislu, jedan od efekata digitalizacije su i nove teme u kolektivnom pregovaranju – npr. ranije pomenuto „pravo na isključenje“. Primera radi, u Francuskoj je maja 2012. godine u kompaniji „Areva“ (Areva) zaključen Kolektivni ugovor koji reguliše „pravo na isključenje“. Juna 2013. godine potpisan je Kolektivni među-industrijski ugovor o kvalitetu radnog života, koji predviđa „periode diskonektovanja“. Slični kolektivni ugovori javljaju se i u Nemačkoj, Engleskoj i još nekim zemljama.⁵⁸

6. ZAKLJUČAK

Moderna informatička tehnologija donela je promene u sve oblasti života i rada. Stepem „digitalizacije svega“ je toliko veliki da su pojedini autori ovaj proces nazvali „digitalnom revolucijom“, a modernu ekonomiju „digitalnom ekonomijom“. Polako se nazire novo društvo, koje nazivaju – „digitalni kapitalizam“. Za „virtuelne poslodavce“, u ovakvoj „virtuelnoj ekonomiji“ i „kibernetском prostoru“, rade „digitalni radnici“, koji su uglavnom nevidljivi i obespravljeni, te ih nazivaju „digitalni proleterijat“.

⁵⁵ Vid: E. Ales, 4.

⁵⁶ Vid: E. Ales, 5. i 7.

⁵⁷ Neke inicijative koje obećavaju u pogledu socijalnog dijaloga o ovim kategorijama beleže se u Nemačkoj, Holandiji, Austriji. Vid: *Opinion of the European Economic and Social Committee – Effects of digitalisation on the services sector and employment*, tač. 1.5.4; 1.5.7; 4.10; 5.7; 5.10.

⁵⁸ Neke od sličnih ugovora smo već pominjali (u fusnoti br. 41). Vid: *Jean-Emmanuel Ray*, 7.

Radno pravo se sporo prilagođava novim okolnostima. Posledica toga je da sve veći broj ljudi u svetu koji rade u „digitalnoj ekonomiji“ ostaje nezaštićen, pošto se nalazi izvan okvira „klasične radne snage“ koju štiti tradicionalno radno zakonodavstvo. Zato je potrebno da se preispita i inovira koncepcija radnog prava, a naročito: pristup kategorijama koje se štite, pojmu radnog odnosa, zaposlenog, radnika, samozaposlenog i poslodavca. U protivnom, moderno, „digitalizovano društvo“, pretvoriće se u „zajednicu obespravljenih“ – lica bez socijalne i ekonomske perspektive. Takvo, nehumano društvo, sigurno ne predstavlja jedan od ciljeva razvoja civilizacije, već korak unazad u odnosu na ono što je u naprednim zemljama ostvareno krajem prošlog veka. Digitalnu tehnologiju treba pretvoriti u „prijatelja radnika“ (worker friendly), a ne u sredstvo novog vida eksploatacije.

Senad R. Jašarević, Ph.D., Full Professor

University of Novi Sad

Faculty of Law Novi Sad

S.Jasarevic@pf.uns.ac.rs

Influence of Digitalization on Labour Relations

Abstract: *Modern information technology has brought a real revolution in all areas of life and work. The degree of “digitization” is so great that some authors call this process “digital revolution”, and modern economy – “digitized economy.” Although it is not so obvious, gradually is forming a new society – “digital capitalism”. For “virtual employers”, in the new – “virtual economy”, work “digital workers” who are mainly invisible and deprived of their labour rights. That’s why some call them – “digital proletariat”.*

Labour law is slowly adapting to the new circumstances. An increasing number of people remain unprotected or poorly protected. It is necessary to completely re-examine and update the traditional concept of labor law, by expanding access of the labour law to the „digital workers“, modernizing the concept of employment, of an employee, worker, self-employee and employer. Digital technology should be converted into a “fellow worker” (worker friendly) and not a tool of a new form of exploitation. Otherwise, modern “digitalized society” will turn into a “community of rightless,” without social and economic perspective.

Keywords: *labour, labour relations, digitalization, digital workers, new forms of labour.*

Datum prijema rada: 09.11.2016.

*Dr Snežana S. Brkić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
S.Brkić@pf.uns.ac.rs*

POSEBNA ULOGA SUDA U MALOLETNIČKOM KRIVIČNOM POSTUPKU I NAČELO PROCESNE EKONOMIJE*

Sažetak: U radu se najpre odvojeno sagledavaju dve problemske celine: ispitivanje ličnosti okrivljenog i načelo procesne ekonomije. Zatim se oni sučeljavaju kao dva protivrečna zahteva kojima istovremeno treba da udovolji maloletnički krivični postupak. Da bi ustanovio da li se ovi protivrečni zahtevi mogu istovremeno ispuniti, autor je sproveo empirijsko istraživanje na uzorku od 100 pravnosnažnih maloletničkih predmeta, koji su vođeni u Višem sudu u Novom Sadu u periodu od 2012. do 2015. godine. Rezultati istraživanja potvrdili su sledeće hipoteze: a) sud svestrano ispituje ličnost maloletnika i pri tom se služi različitim izvorima podataka; b) mišljenje organa starateljstva bitno utiče na odluku suda o izboru krivične sankcije, c) sud najčešće izriče vaspitne mere posebne obaveze. Međutim, nisu potvrđene hipoteze o primerenom trajanju maloletničkog postupka. Zbog toga treba preispitati fizionomiju maloletničkog postupka, kao i organizacione i kadrovske uslove za poboljšanje rada organa starateljstva.

Ključne reči: maloletnički postupak, ispitivanje ličnosti maloletnika, načelo procesne ekonomije, organ starateljstva.

1. POSEBNA ULOGA SUDA U MALOLETNIČKOM POSTUPKU

Saznanje da se maloletnici razlikuju od punoletnih lica, pre svega po stepenu fizičke, psihičke, emocionalne i socijalne zrelosti, najpre je dovelo do prilagođavanja materijalnog krivičnog prava prema toj kategoriji učinilaca krivičnih dela. Za njih je rezervisan poseban registar krivičnih sankcija, u kome dominantno mesto zauzimaju vaspitne mere kao posebne krivične sankcije, a kazna malo-

* Rad je napisan u okviru Projekta Pravnog fakulteta u Novom Sadu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“.

letničkog zatvora je samo izuzetna. Njihova svrha je da se nadzorom, pružanjem zaštite i pomoći, kao i obezbeđivanjem opšteg i stručnog osposobljavanja utiče na razvoj i jačanje lične odgovornosti maloletnika, na vaspitanje i pravilan razvoj njegove ličnosti, kako bi se obezbedilo ponovno uključivanje maloletnika u društvenu zajednicu (član 10 ZM)¹. One se ne primenjuju srazmerno težini krivičnog dela i stepenu krivične odgovornosti, već srazmerno vaspitnoj zapuštenosti maloletnika i potrebama njegovog prevaspitanja i obrazovanja. Opšti krivični postupak² u kome se kazna odmerava srazmerno težini krivičnog dela i stepenu krivice okrivljenog postala je nepodesna za suđenje maloletnicima. Ciljevi krivičnih sankcija prema maloletnicima nametali su stvaranje posebne krivičnoprocesne forme, u kojoj će akcenat biti stavljen na ispitivanje ličnosti okrivljenog, utvrđivanje njegove socijalne, porodične i lične anamneze, utvrđivanje uzroka kriminalnog ponašanja i stepena vaspitne zapuštenosti, načina ličnog života, njegovog okruženja i vaspitnih potreba maloletnika. Iz opšte krivičnoprocesne forme trebalo je izbaciti sve ono što bi moglo stigmatizovati maloletnika i štetiti njegovoj budućnosti. Tako je neposredni cilj krivičnog postupka prema maloletnicima transformisan, a u skladu sa tim dobio je i drugačiju fizionomiju. U postupku prema maloletnicima ne vodi se istraga, nego pripremni postupak, koji je u znaku sasvim različitih potreba. Druge procesne faze, zadržavajući isti red sledovanja, trpe promene u principu integracije procesnih funkcija procesnih subjekata i uslova zasnivanja, usled kojih se može govoriti o drugačijem tipu ili cilju krivičnog postupka.³ Zbog toga što se u njemu bitno modifikuju postojeće faze i stadijumi, postupak prema maloletnicima spada u posebnu krivičnoprocesnu formu.⁴ Modifikacija krivičnog postupka praćena je i zahtevom za specijalizaciju organa krivičnog pravosuđa. Tako su u nekim zemljama formirani specijalizovani maloletnički sudovi. Kod nas to nije slučaj, ali se obezbeđuje neka vrsta faktičke specijalizacije u okviru sudova opšte nadležnosti tako što se pri višim sudovima formiraju posebna veća za maloletnike.

Postupak prema maloletnicima ima dva dela: pripremni postupak i postupak pred većem za maloletnike. Za razliku od istrage, pripremni postupak je uvek obavezan. Između pripremnog postupka i postupka pred većem za maloletnike

¹ Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005.

² Opšti krivični postupak namenjen je suđenju punoletnim učiniocima krivičnih dela, za koja je propisana kazna zatvora preko osam godina. Više o ovoj vrsti krivičnog postupka vid. kod Snežane Brkić, *Krivično procesno pravo II*, Novi Sad 2013, 83 – 222.

³ Snežana Brkić, *Racionalizacija krivičnog postupka i uprošćene procesne forme*, Novi Sad 2004, 144.

⁴ Da bi neka odstupanja od opšteg krivičnog postupka imala karakter posebne krivičnoprocesne forme, potrebno je da se ispune dva uslova: da taj oblik postupanja ima poseban osnov i posebnu procesnu strukturu (S. Brkić, „Klasifikacija procesnih formi u krivičnom postupku Srbije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2010, 274).

postoji čvršća veza nego između istrage i glavnog pretresa. Posle sprovedenog pripremnog postupka, u velikom broju slučajeva nema glavnog pretresa, već se na osnovu materijala prikupljenog u pripremnom postupku, donosi odluka u sednici veća, bez ponovnog neposrednog izvođenja dokaza. Umesto javnog tužioca, u pripremnom postupku imamo sudiju za maloletnike, koji nije isključen iz suđenja pred većem za maloletnike. Naprotiv, on je, po pravilu, istovremeno predsednik veća za maloletnike.

1.1. Predmet dokazivanja u maloletničkom postupku

U pripremnom postupku utvrđuju se (član 64 ZM):

- 1) činjenice koje se odnose na krivično delo;
- 2) uzrast maloletnika;
- 3) činjenice potrebne za ocenu zrelosti maloletnika;
- 4) sredina i prilike u kojima maloletnik živi;
- 5) druge okolnosti koje se tiču njegove ličnosti i ponašanja.

Ove odredbe se primenjuju i na mlađa punoletna lica, kao i na maloletna lica kojima se sudi u istom postupku zajedno sa punoletnim licem. Propuštanje suda da utvrdi navedena lična svojstva maloletnika predstavlja relativno bitnu povredu odredaba krivičnog postupka. Takva odluka suda bi se mogla pobijati i po osnovu nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja.

Predmet dokazivanja u pripremnom postupku se samo jednim delom poklapa sa predmetom dokazivanja u opštem krivičnom postupku. Tako se u pripremnom postupku mora utvrditi da li je dato delo krivično delo, da li postoji neka okolnost koja isključuje postojanje krivičnog dela (npr. delo malog značaja) ili okolnost koja isključuje krivično gonjenje (npr. zastarelost) i da li je maloletnik učinilac krivičnog dela. Ako bi se u krivičnom postupku utvrdilo da nema krivičnog dela ili da maloletnik nije učinilac, krivični sud ne bi mogao izreći vaspitnu meru, ma koliko maloletnik bio vaspitno zapušten. Potrebne mere tada može preduzimati centar za socijalni rad. Osim toga, podaci o delu i načinu izvršenja predstavljaju jednu od karakteristika ličnosti, a od toga zavisi i izricanje kazne starijem maloletniku.⁵ Ako veće za maloletnike utvrdi da postoji neki od razloga za donošenje odbijajuće ili oslobađajuće presude, ono će rešenjem obustaviti postupak (član 78, stav 2 ZM). Međutim, sporno je pitanje krivice maloletnika. Prema nekim mišljenjima, utvrđuje se samo krivična odgovornost starijih maloletnika ako treba izreći kaznu maloletničkog zatvora. Takav zaključak se izvodi iz jednog od uslova za izricanje ove kazne: da postoji visok stepen krivice. ZM se ne izjašnjava eksplicitno da li je pretpostavka za izricanje vaspitnih mera prethodno utvrđena krivična odgovornost maloletnika. U rešenju kojim se izriče vas-

⁵ Ljubiša Lazarević, Momčilo Grubač, *Komentar Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica*, Beograd 2005, 124.

pitna mera navodi se samo koja mera se izriče, bez oglašavanja maloletnika krivim za krivično delo koje mu se stavlja na teret (član 78, stav 3 ZM). Iz ove odredbe moglo bi se zaključiti da se pri izricanju vaspitnih mera ne utvrđuje krivica maloletnika, ni uračunljivost, ni vinost. Međutim, iz nekih drugih odredaba ZM proizlazi suprotan zaključak. Takav zaključak proizlazi već iz naziva ZM, kao i iz zakonske formulacije „licu koje u vreme izvršenja protivpravnog dela, u zakonu predviđenog kao krivičnog dela, nije navršilo četrnaest godina...” (član 2 ZM). Iz navedenog se vidi da je zakonodavac imao u vidu objektivno-subjektivni pojam krivičnog dela u smislu člana 14 KZ: krivično delo je ono delo koje je zakonom predviđeno kao krivično delo, koje je protivpravno i koje je skrivljeno.⁶ Dakle, bez krivice nema ni krivičnog dela, a bez krivičnog dela nema ni krivične sankcije. Izuzetak bi predstavljala samo vaspitna mera upućivanje u posebnu ustanovu za lečenje i osposobljavanje (član 23 ZM). Bilo bi najbolje kada bi ZM izričito tražio krivicu i u slučaju izricanja vaspitnih mera i time otklonio svaku dilemu. U suprotnom, maloletnik bi bio sankcionisan po principu objektivne odgovornosti: i za slučajno izvršeno delo i za nehat, iako KZ predviđa samo umišljajni oblik nekog krivičnog dela. Time bi maloletnik bio doveden u nepovoljniji položaj u odnosu na punoletna lica.

Osim činjenica vezanih za krivično delo, u pripremnom postupku utvrđuje se čitav niz drugih činjenica vezanih za ličnost maloletnika. Zato se kaže da postupak prema maloletnicima nije ni isključivo, ni pretežno postupak krivičnopravnih istraživanja. Presuđenje krivičnog dela je više povod da se uzme u razmatranje lični i društveni položaj maloletnika i preduzmu vaspitne mere potrebne za obezbeđenje njegovog razvoja i zdrave i sigurne budućnosti, nego što je cilj ovog postupka.⁷

Utvrđivanje uzrasta maloletnika je bitno za (ne)primenu nekih odredaba materijalnog, procesnog i izvršnog prava. Tako npr., uzrast maloletnika je važan za njegovu klasifikaciju kao mlađeg ili starijeg maloletnika, od čega, između ostalog, zavisi mogućnost primene određenih krivičnih sankcija. Uzrast okrivljenog može spadati u očigledne činjenice koje se ne dokazuju, samo onda kada je očigledno da je okrivljeni star čovek i da nikako ne može biti svrstan u maloletnike. U svim ostalim slučajevima uzrast maloletnika se mora precizno utvrditi. Najpogodniji dokaz za utvrđivanje uzrasta jesu isprave, pre svega izvod iz matične knjige rođenih. Ako se taj akt ne može pribaviti, mogu poslužiti druge isprave, izjave svedoka, a u krajnjem slučaju lekarski pregled, kojim se mogu približno odrediti godine starosti.⁸ Izjava samog maloletnika o godinama starosti nije dovoljna, ako godine starosti utiču na primenu krivičnog procesnog ili materijalnog

⁶ Tako i Dragiša Drakić, *O krivičnoj odgovornosti maloletnika*, Sremski Karlovci – Novi Sad 2010, 60-61.

⁷ Tihomir Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Beograd 1981, 714.

⁸ Lj. Lazarević, M. Grubač, 126.

prava, bez obzira da li izjava ide na štetu ili u korist maloletnika.⁹ Sud ne može po slobodnoj oceni utvrđivati godine maloletnika. Sudska praksa je na stanovištu da telefaks upućen iz inostranstva nema karakter isprave na osnovu koje se mogu utvrđivati godine starosti.¹⁰

Umesto ranijeg pojma duševne razvijenosti, zakonodavac sada koristi pojam zrelosti, koji je širi pojam. Međutim, zrelost se u zakonu ne definiše. Sulejman Hrnjica, koji se više godina bavio problematikom zrelosti ličnosti, definisao je zrelost ličnosti kao stepen postignute ravnoteže između identiteta i integriteta jedne ličnosti.¹¹ Nasuprot tome, nezrelost se može shvatiti kao neravnoteža ovih aspekata ličnosti. „Nezrelost se ispoljava u tri bitno različita pojavna oblika: konformizam, osobenjaštvo i asocijalno-antisocijalne reakcije koje imaju kao psihološku podlogu nerazvijen identitet, ali i odsustvo integracionih procesa na ličnost.”¹² Zrelost ličnosti je višeslojna kategorija, koja u sebi obuhvata fizičku, emocionalnu, socijalnu i intelektualnu zrelost.¹³ Smatra se da je zakon imao u vidu sve ove dimenzije zrelosti.¹⁴ Neki autori izjednačuju pojam zrelosti i duševne razvijenosti i smatraju da on obuhvata inteligenciju, volju i osećanja.¹⁵ Zrelost, psihička svojstva i zdravstveno stanje maloletnika utvrđuju se s obzirom na stanje u vreme izvršenja krivičnog dela. To je u najvećem broju slučajeva isto što i utvrđivanje u vreme vođenja postupka, s obzirom na to da postupak i izricanje odluke po pravilu nastupaju neposredno posle izvršenja dela, a u pitanju su stanja koja ne podležu naglim promenama u kratkom razmaku vremena.¹⁶ Ali ako je od učinjenog krivičnog dela do sprovođenja postupka proteklo duže vreme, morale bi se ispitati sve činjenice i u jednom i u drugom momentu.

Sredina i prilike pod kojima maloletnik živi važni su iz više razloga. Tim faktorima može se objasniti ponašanje koje je maloletnika dovelo do izvršenja krivičnog dela. Osim toga, takva ispitivanja su značajna i za eventualnu primenu onih vaspitnih mera, koje podrazumevaju tretman maloletnika u sredini gde je i do tada živio. Druge okolnosti koje se tiču ličnosti i ponašanja maloletnika nisu taksativno navedene. Tu bi naročito mogli doći u obzir neki podaci iz socijalne ankete. Obaveznost utvrđivanja navedenih podataka potvrđuje i sudska praksa.¹⁷

Radi utvrđivanja navedenih okolnosti saslušavaju se roditelji maloletnika, usvojlac, odnosno staralac i druga lica koja mogu pružiti potrebne podatke. Pri-

⁹ *Ibid.*

¹⁰ VSS, Kžm. 71/98, nav. prema Obradu Periću, *Komentar Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica*, Beograd 2005, 160.

¹¹ Sulejman Hrnjica, *Zrelost ličnosti*, Beograd 2008, 273.

¹² *Ibid.*

¹³ Pregled vladajućih shvatanja o pojedinim aspektima zrelosti, *ibid.*, 121-134.

¹⁴ O. Perić (2005), 41.

¹⁵ Lj. Lazarević, M. Grubač, 125.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ VSS, Kžm. 155/66; VSJ, Kz. 38/57; VSJ, Kz. 1/58, nav. prema O. Perić (2005), 161.

kupljanje tih podataka sudija za maloletnike može poveriti i stručnom licu (socijalnom radniku, psihologu, pedagogu, specijalnom pedagogu i dr.), ako ga ima u sudu. O tim okolnostima sud obavezno pribavlja mišljenje organa starateljstva, a ako je prema maloletniku bila izrečena zavodska mera, pribaviće se izveštaj zavoda ili ustanove o primeni te mere. Kad je za utvrđivanje zdravstvenog stanja maloletnika, stepena zrelosti i drugih svojstava ličnosti potrebno da maloletnika pregledaju veštaci, za ovaj pregled odrediće se lekari, psiholozi ili pedagozi. Ovakva ispitivanja maloletnika mogu se izvršiti u zdravstvenoj ili drugoj ustanovi (član 64, stav 4 ZM). Ta druga ustanova može da bude centar za socijalni rad, dijagnostički centar, vaspitna ustanova, itd. Ovde se misli na kriminološko veštačenje kao kompleksno timsko veštačenje. Pri tom veštačenju koriste se različite metode: biografski metod, intervju, opservacija, razne vrste psiholoških testova, medicinski pregled, itd. Naša sudska praksa nije ujednačena kada je u pitanju (ne) obaveznost ovakvog veštačenja. Smatramo da se navedene okolnosti uvek moraju utvrditi, ali putem veštaka samo kad je to potrebno. Utvrđivanje tih okolnosti delom može da izvrši i sam sudija za maloletnike.¹⁸

1.2. Pojam i svrha ispitivanja ličnosti maloletnika

Dakle, primarni zadatak pripremnog postupka nije samo utvrđivanje činjenica koje se odnose na krivično delo, već, pre svega, ispitivanje ličnosti maloletnika. Pod ispitivanjem ličnosti okrivljenog treba razumeti organizovanu i ciljnu usmerenu delatnost suda na prikupljanju, analizi i ocenjivanju podataka vezanih za ličnost okrivljenog koji su neophodni u konkretnom slučaju za pravilnu primenu krivičnog i zakonika o krivičnom postupku.¹⁹ Pod ispitivanjem ličnosti maloletnika podrazumeva se prikupljanje podataka o bio-psiho-socijalnim obeležjima ličnosti maloletnika, radi sagledavanja ličnosti maloletnika u celini a u svrhu individualizacije krivičnih sankcija. Ova aktivnost se može označavati i sinonimnim pojmovima, kao što su proučavanje i izučavanje ličnosti maloletnika. Međutim, nekad se koriste i izrazi koji nisu sasvim adekvatni. Tako se terminu kriminološka ekspertiza može prigovoriti da ne pokriva sve izvore podataka o ličnosti maloletnika i da njime nisu obuhvaćeni npr. iskaz svedoka, isprave, itd. Termin posmatranje maloletnika takođe nije valjan, jer ne obuhvata ispitivanje sredine u kojoj maloletnik živi.²⁰

Svrha ispitivanja ličnosti okrivljenog je sporna. Prema jednom mišljenju, ličnost okrivljenog se ispituje jedino radi individualizacije krivične sankcije, a

¹⁸ Lj. Lazarević, M. Grubač, 125.

¹⁹ Branislav Simonović, *Ispitivanje ličnosti okrivljenog u krivičnom postupku i kriminalistici*, neobjavljeni magistarski rad, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac 1985, 22.

²⁰ Tako i Ištvan Feješ, *Ispitivanje ličnosti maloletnika u krivičnom postupku*, neobjavljeni magistarski rad, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 1983, 69.

neki autori dodaju i radi penalnog tretmana.²¹ Prema drugom mišljenju, ispitivanje ličnosti okrivljenog može se koristiti i u svrhe kriminalističkog istraživanja, tj. u cilju utvrđivanja učinilaštva i krivične odgovornosti.²² Većinu čine zastupnici prvog shvatanja. Oni smatraju da se već samo ispitivanje ličnosti uključuje u resocijalizatorski tretman, njime se između stručnjaka i učinioca uspostavlja odnos klijenta i terapeuta, koji bi bio narušen kada bi izučavano lice osetilo da su baš podaci ovog izučavanja doprineli njegovoj osudi. Osim toga, izučavanje znači prodor u najintimnije sfere ne samo učinioca lično, nego i njegovih najbližih, a to su sfere u koje se može ući samo na bazi potpunog poverenja i svesti da je to u isključivu korist ovog lica.²³ Ovi autori ukazuju da je u vezi sa ispitivanjem ličnosti, pored tradicionalnog krivičnog spisa, potrebno formirati poseban spis, tzv. dosije ličnosti. On se drži odvojeno od prvog i podleže drugačijem režimu u pogledu korišćenja.²⁴ Zastupnici šireg shvatanja navode: „Da bi se ostvarila pravilna individualizacija kazne, odnosno da bi se preduzela ispravna terapija, neophodno je utvrditi tačnu dijagnozu, odnosno sve činjenice vezane za krivično delo i učinioca. A da bi se to ostvarilo mora se efikasno primeniti tehnika i taktika operativnih, istražnih, i raspravnih radnji, što je nemoguće ostvariti bez poznavanja ličnosti okrivljenog.“²⁵ Dalje se navodi da korišćenje podataka o ličnosti okrivljenog radi utvrđivanja njegove krivične odgovornosti nikada ne može štetiti objektivnim interesima okrivljenog. U slučaju da se ne koriste podaci o ličnosti okrivljenog radi ispravnog utvrđivanja njegove krivične odgovornosti, moglo bi se povrediti njegovo ustavno pravo na pravednu sankciju, jer ne procenivši ispravno njegovu krivičnu odgovornost može mu se izreći stroža kazna nego što zaslužuje.²⁶ Zato, prema njima, ciljevi ispitivanja ličnosti okrivljenog imaju svoje krivično-pravno, krivičnoprocesno i penološko značenje. Treću grupu čine autori koji značaj ispitivanja ličnosti okrivljenog ističu jedino radi pravilnog sprovođenja istražne radnje ispita okrivljenog.²⁷

²¹ Tako, npr. četvrto savetovanje Jugoslovenskog udruženja za krivično pravo i kriminologiju održano u Sarajevu 1964. imalo je temu: Upoznavanje ličnosti učinioca krivičnog dela kao nužna pretpostavka individualizacije pri izricanju krivične sankcije i njenom izvršenju (radovi su objavljeni u JRKK 4/1964). Takvo mišljenje zastupa i Olgica Matić, *Ispitivanje ličnosti maloletnika kao osnov za određivanje vaspitne mere i mere tretmana u vaspitno-popravnim domovima*, Beograd 1974; B. Tolić, „Neki problemi proučavanja ličnosti okrivljenog u krivičnom postupku“, Naša zakonitost 11-12/1974, 1086; Drago Stanković, „Karakter i granica proučavanja ličnosti okrivljenog“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine* 12/1980, 27.

²² Tako B. Simonović, 29.

²³ Peter Kobe, „Upoznavanje ličnosti učinioca krivičnog dela kao nužna pretpostavka individualizacije pri izricanju krivične sankcije i njenom izvršenju“, JRKK 4/1964, 452.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ B. Simonović, 27.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Tako T. Gosswainer-Saiko, *Vernehmungskunde*, Graz 1979, 88; F. Geerds, *Vernehmungstechnik*, Lubeck 1976, 53, nav. prema B. Simonović, 28.

Mi smatramo da je svrha ispitivanja ličnosti maloletnika primena načela individualizacije prilikom izricanja i izvršenja krivičnih sankcija. Sudska individualizacija krivične sankcije znači izricanje učiniocu krivičnog dela one vrste i mere krivične sankcije za koju sud, s obzirom na ličnost učinioca i okolnosti pod kojima je delo izvršeno, smatra da će se njenom primenom najbolje ostvariti ciljevi politike suzbijanja kriminaliteta.²⁸ Maloletniku treba izreći onu krivičnu sankciju, koja s obzirom na sve sagledane objektivne i subjektivne okolnosti i s obzirom na prognozu njegovog budućeg ponašanja, imaju najviše izgleda za uspešnu resocijalizaciju maloletnika. Tako, npr., prestrogo sankcionisanje maloletnika sa manjim kriminalnim potencijalom, može da izazove suprotni efekat: umesto njegovog prevaspitanja u njemu se može stvoriti revolt, odbojnost i nepoverenje prema organima krivičnog pravosuđa i institucijama za izvršenje krivičnih sankcija. Prema jednom ranijem istraživanju, 95,6% anketiranih sudija izjavilo je da je ličnost maloletnika odlučujući kriterijum pri izboru vaspitne mere.²⁹ Prema drugom istraživanju, u 78% slučajeva odlučujući uticaj na izbor vaspitne mere imala je ličnost maloletnika, a u 22% slučajeva na prvom mestu pominjano je krivično delo i okolnosti njegovog izvršenja.³⁰ Osim toga, ispitivanje ličnosti maloletnika može voditi zaključku da maloletniku ne treba izreći nijednu krivičnu sankciju i da postupak treba obustaviti zbog necelishodnosti njegovog daljeg vođenja. U tom slučaju, maloletnik se prepušta socijalnoj ustanovi radi preduzimanja mera socijalne zaštite. Naša sudska praksa je na stanovištu da ne može sam sudija za maloletnike da obustavi postupak iz razloga necelishodnosti, već da to može učiniti samo veće za maloletnike.³¹ Najzad, rezultati ispitivanja ličnosti maloletnika u pripremnom postupku mogu biti korisni i za ustanove socijalne zaštite, kao i zavodske vaspitne ustanove radi iznalaženja najpogodnijeg tretmana maloletnika u fazi izvršenja krivičnih sankcija.

2. POJAM I ZNAČAJ NAČELA PROCESNE EKONOMIJE

Gde i kada se načelo procesne ekonomije prvi put pojavilo kao termin, teško je ustanoviti. Činjenica je da ga nema u starijim zakonskim tekstovima, kao ni u udžbeničkim i monografskim procesnim delima. Podizanje na rang posebnog procesnog načela u zakonodavstvu i literaturi je verovatno izraz svesti o princi-

²⁸ Ljubiša Lazarević, „Individualizacija krivičnih sankcija – pretpostavke i mogućnost za njeno ostvarenje“, *Zbornik radova posvećen dvadesetogodišnjici Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1979, 156.

²⁹ Ljubiša Lazarević, Olgica Matić, Verica Simović, *Primena zavodskih vaspitnih mera prema maloletnicima*, Beograd 1965, 62.

³⁰ I. Feješ, 228.

³¹ VSS, Krm. 1221/96 od 12.9.1996.

pijelnom značaju zahteva ekonomičnosti, koja je rađana postepeno, sa sve većim ugrožavanjem funkcionisanja krivičnog pravosuđa.

Značenje procesne ekonomije treba izvoditi iz opšteg značenja ideje ekonomičnosti.³² Ona podrazumeva maksimalno ostvarenje ciljeva procesa sa minimumom resursa. Pri tome naglašavamo vezu sa procesnim ciljevima: procesna ekonomija ne sme biti shvaćena kao izraz našeg komoditeta u funkciji rasterećenja, ubrzanja rada i pojeftinjenja pravosuđa, na uštrb neposrednog cilja procesa (pravilna primena krivičnog materijalnog prava). Ekonomičnost je zadovoljena samo ako su reducirani resursi rezultirali ispravnom sudskom odlukom, jer je najneekonomičniji onaj postupak u kome je odluka ukinuta u postupku pravnih lekova. O njoj treba da vodi računa ne samo sud, kako to proizlazi iz odredbe člana 14 ZKP, nego i sam zakonodavac, npr., propisivanjem posebnih krivičnoprocesnih formi, procesnih rokova, odstupanja od procesnih načela, itd.

Načelo procesne ekonomije u našem pravu izraženo je u članu 14 ZKP, prema kojem je sud dužan da krivični postupak sprovede bez odugovlačenja i da onemogućiti svaku zloupotrebu prava usmerenu na odugovlačenje postupka. Doduše, ta odredba nosi naziv Suđenje u razumnom roku. Pojam resursa u krivičnom pravosuđu možemo raščlaniti na vreme i materijalna sredstva. Naš zakonodavac je u prvi plan stavio vreme, pri čemu treba imati u vidu da se i vreme u krajnjoj liniji može svesti na materijalna sredstva.

Faktor vreme se u pravosuđu izražava kroz manju ili veću (ne)ažurnost suda, odeljenja ili sudije i kraće ili duže trajanje svakog pojedinog postupka. Ekonomisanje vremenom je važno, jer njegovo obilato trošenje podrazumeva ne samo finansijske rashode, nego i ugrožavanje pojedinačnih i opštih interesa i sa drugih aspekata. Vremenski faktor utoliko više dobija na značaju, ako znamo da je krivični postupak obavezna i jedina forma namenjena utvrđivanju krivičnog pravnog zahteva države. Mada je odugovlačenje postupka često zasloga okrivljenog, koji računa na teškoće u dokazivanju posle dužeg vremena, na mogućnost nastupanja zastarelosti, na blažu sankciju zbog neaktuelnosti delikta, itd., u njegovom interesu može biti i brzo postupanje (manji troškovi, brže razrešenje neizvesnosti, kraće trajanje nelagodnosti). Stoga se u najvažnijim međunarodnim dokumentima može naći proklamacija prava okrivljenog „da mu bude suđeno bez nepotrebnog odugovlačenja“³³ ili „u razumnom vremenskom roku“.³⁴ Promptno suđenje je i u interesu žrtve krivičnog dela, koja odričući se samopomoći, ima pravo na pribavljanje moralne i materijalne satisfakcije u primerenom roku. Sporost postupka ima negativno dejstvo kako na neposredni procesni cilj, ukoliko izgubljeni ili izbleđeli dokazi dovode do nepravilnih odluka, tako i na konačni cilj procesa. Sa

³² S. Cigler, „Teze o ekonomičnosti krivičnog postupka“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine* 7-8/1998, 3.

³³ Član 14, stav 3c Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.

³⁴ Član 5, stav 3 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.

aspekta generalne i specijalne prevencije poželjno je da je momenat izvršenja krivičnog dela što bliži momentu izvršenja krivične sankcije, što zavisi od blagovremenog otkrivanja krivičnih dela i učinilaca i od brzine suđenja. Sporo suđenje može dovesti i do formiranja negativnog javnog mnjenja i narušavanja autoriteta sudova.

Česta su konfrontiranja stavova za i protiv brzog suđenja. Moglo bi se reći da je manje onih koji, zalažući se za sporije suđenje, računaju na vreme kao garanciju očuvanja neokrnjenih prava okrivljenog i postizanja kvalitetne odluke. Iako se radi o zahtevima kojima u svakom slučaju treba udovoljavati, koji su sami po sebi ispravni, njihovo dovođenje u uzročno-posledičnu vezu sa trajanjem krivičnog postupka je neumesno. Naime, brži krivični postupak ne mora, niti sme značiti ograničenje prava okrivljenog. Osim toga, dobro suđenje nije jednako sporom, a suprotno brzom suđenju. „Nasuprot sporom suđenju koje je uvek rđavo, brzo suđenje može biti i dobro i rđavo, sve zavisi od toga ko ga i kako obavlja.“³⁵ Čini se, dakle, neprihvatljivom stara latinska maksima: „Kad se sudi brzina je zločin“ (*In iudicando criminosa est celeritas*).

3. EMPIRIJSKO ISTRAŽIVANJE MALOLETNIČKIH PREDMETA U VIŠEM SUDU U NOVOM SADU

3.1. Cilj istraživanja i uzorak predmeta

Osim već pomenute odredbe člana 14 ZKP, u našem maloletničkom zakonodavstvu nalazimo još jednu načelnu odredbu čiji je smisao brzo okončanje krivičnog postupka. Tu nije reč samo o prostom nastojanju suda da se postupak ne odugovlači, već o nešto intenzivnijoj dužnosti najhitnijeg postupanja svih organa koji učestvuju u maloletničkom postupku, odnosno organa od kojih se traže obaveštenja, izveštaji ili mišljenja (član 56 ZM). To znači da ova odredba obavezuje i organ starateljstva kada se od njega zatraži mišljenje o ličnosti maloletnika. Svakako da će ta radnja zahtevati izvesno dodatno vreme za koje će se produžiti trajanje maloletničkog postupka. Maloletnički krivični postupak treba da zadovolji dva zahteva koji su u velikoj meri protivrečni: treba da obezbedi svestrano ispitivanje ličnosti, s jedne strane, dok se sa druge strane zahteva najveća hitnost postupka.

Da bismo ustanovili da li se ovi protivrečni zahtevi mogu istovremeno ispuniti, sprovedi smo malo empirijsko istraživanje. Analizirali smo sto pravnosnažno okončanih maloletničkih predmeta u Višem sudu u Novom Sadu. Predmeti su odabrani metodom slučajnog uzorka. Reč je o krivičnim postupcima koji su po-

³⁵ Tihomir Vasiljević, „Značaj brzine i uzroci sporosti krivičnog postupka“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 2/1941, str. 96.

krenuti u periodu od 2012. do 2015. godine, za različita krivična dela, među kojima su dominirala imovinska krivična dela. U najvećem broju slučajeva postupak se vodio samo protiv jednog maloletnika, ali je bilo i predmeta sa više saučesnika: dvoje saučesnika (18 predmeta); troje saučesnika (tri predmeta); četvero saučesnika (dva predmeta) i šestoro saučesnika (jedan predmet). Nije zabeležen nijedan slučaj saučesništva maloletnika sa punoletnim okrivljenim licem.

3.2. Hipotetički okvir istraživanja

U vezi sa ispitivanjem ličnosti maloletnika i izricanjem krivičnih sankcija postavili smo sledeće hipoteze:

1) sud svestrano ispituje ličnost maloletnika i pri tome se služi različitim izvorima podataka;

2) pribavljanje mišljenja organa starateljstva ne traje duže od tri sedmice;

3) mišljenje organa starateljstva bitno utiče na odluku suda o izboru krivične sankcije;

4) sud najčešće izriče vaspitne mere upozorenja i usmeravanja.

U vezi sa trajanjem maloletničkog postupka postavili smo sledeće hipoteze:

1) pripremni postupak za maloletnike ne traje duže od tri meseca;

2) od pokretanja maloletničkog postupka do izricanja sudske odluke ne prođe duže od šest meseci;

3) glavni stadijum postupka se češće vodi u sednici veća, nego na glavnom pretresu;

4) ukupno trajanje maloletničkog krivičnog postupka do njegovog pravno-snažnog okončanja nije duže od godine dana.

3.3. Rezultati istraživanja

3.3.1. Izvori podatka o ličnosti maloletnika i kompleksnost ispitivanja

U analiziranim predmetima korišćeni su sledeći izvori podataka o ličnosti maloletnika: iskaz maloletnika, iskaz zakonskog zastupnika maloletnika, veštačenje, isprave i mišljenje organa starateljstva.

Neki autori smatraju da maloletnika ne treba upozoravati na to da nema dužnost da daje iskaz i da odgovara na postavljena pitanja, pošto on nije okrivljeni.³⁶ Na takvom stanovištu je bila i starija sudska praksa.³⁷ Naše istraživanje sto maloletničkih predmeta pred Višim sudom u Novom Sadu pokazalo je da se maloletnik

³⁶ Lj. Lazarević, M. Grubač, 127.

³⁷ Jelena Žuženić, „Maloljetnik kao izvor saznanja o svojoj ličnosti u krivičnom postupku“, *JRKK* 1/1972, 93.

redovno upozoravao na to svoje pravo i da se ni u jednom slučaju nije branio ćutanjem. Iskazi maloletnika odnosili su se uglavnom na okolnosti izvršenja krivičnog dela a manje na pojedine aspekte njegove ličnosti. Neki autori ističu da je maloletnik dužan da dâ podatke o sebi, što je potrebno za ocenjivanje njegove duševne razvijenosti i upoznavanje ličnosti. Ta dužnost se izvodi iz odredbe člana 50 ZM, po kojoj niko ne može biti oslobođen dužnosti da svedoči o okolnostima potrebnim za ocenjivanje zrelosti maloletnika, upoznavanje njegove ličnosti i prilika u kojima živi. Međutim, takvo zaključivanje je pogrešno jer se data odredba odnosi na svedoke, a ne na maloletnika, koji ne može imati svojstvo svedoka u sopstvenoj stvari.

Kao izvor podataka o ličnosti maloletnika koriste se i iskazi roditelja, staroca ili usvojioaca maloletnika. Interesantno je da se u našoj sudskoj praksi o ovim okolnostima saslušaava samo jedan roditelj, i to po pravilu majka.³⁸ Praksa Višeg suda u Novom Sadu pokazuje da su podaci dobijeni od zakonskog zastupnika maloletnika prilično šturi.

Sudska praksa pokazuje da sudovi nedovoljno koriste mediko-psihološko ispitivanje ličnosti maloletnika. O tome svedoče podaci o značajnom broju vaspitanika zatečenih u vaspitnopopravnim domovima koji su bili zaostalog duševnog razvoja, sa psihopatskim razvojem ličnosti, smanjenim intelektualnim sposobnostima itd, što u toku suđenja nije bilo utvrđeno.³⁹ Navodi se i jedan slučaj u kome je maloletniku izrečena kazna maloletničkog zatvora, a on je pri prvom pregledu psihijatra u vaspitno-popravnom domu pokazao takav stepen imbecilnosti da uopšte nije bio sposoban za izdržavanje kazne.⁴⁰ S druge strane, u zavodskim ustanovama se nekad smešta dosta vaspitanika kojima je mogla biti izrečena i blaža vaspitna mera.⁴¹ Očigledno da je u tim primerima sud pre svega nastojao da reši tzv. socijalne slučajeve a ne da izvrši pravilan izbor vaspitne mere. Nije bio redak slučaj da su organi starateljstva tendenciozno davali netačne podatke sudu, kako bi na taj način izdejstvovali izricanje određene vaspitne mere i time rešili socijalni problem.⁴²

Naše istraživanje maloletničkih predmeta pred Višim sudom u Novom Sadu u 2015. godini na uzorku od sto predmeta, pokazalo je da je psihijatrijsko-psihološko veštačenje maloletnikove uračunljivosti i stepena zrelosti bilo naređeno u svega tri slučaja.

Najvažniji izvor podataka o ličnosti maloletnika je mišljenje organa starateljstva, koje se obavezno pribavlja. Ovo je novina u odnosu na naše ranije proce-

³⁸ To pokazuju rezultati istraživanja J. Žuženić, 86, kao i I. Feješ, 224. Istraživanje O. Perića pokazuje da je najčešće saslušavan otac maloletnika (41,1%), *Maloletnički zatvor*, Beograd 1979, 35.

³⁹ Tako je, npr., u VPD Glina svojevremeno utvrđeno 89 slučajeva u kojima su učinioci krivičnog dela bili sa raznim psihičkim poremećajima, od kojih je bilo 18 psihopata i 27 intelektualno defektnih (Branislava Knežić, „Koreferat – aspekt maloletnika“, *JRKK* 4/1964, 467).

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*, 475-476.

sno zakonodavstvo, prema kojem se izveštaj organa starateljstva pribavljao samo po potrebi (član 483, stav 2 ZKP iz 2001. godine).⁴³ Prema našem istraživanju u Višem sudu u Novom Sadu, predstavnik organa starateljstva ni u jednom slučaju nije iskoristio svoje pravo da prisustvuje ročištu u pripremnom postupku. Prema jednom ranijem istraživanju, organ starateljstva nije predložio sudu krivičnu sankciju u 27% slučajeva.⁴⁴ Naše istraživanje u Višem sudu u Novom Sadu je pokazalo da je organ starateljstva uvek predlagao izricanje konkretne krivične sankcije, bilo u dostavljenom mišljenju, bilo u toku saslušanja pred sudom u sednici veća ili na glavnom pretresu.

Postavlja se i pitanje da li maloletnik ima pravo uvida u izveštaj organa starateljstva. Prema nekim autorima, on ima pravo da vidi šta se o njemu piše, kao i da to potvrdi svojim potpisom.⁴⁵ Prema drugom mišljenju, u izveštaju organa starateljstva mogu postojati delikatni delovi, koje nije preporučljivo javno čitati pred sudom, jer time može biti otežan dalji kontakt centra za socijalni rad pri saniranju problema.⁴⁶ U praksi Višeg suda u Novom Sadu, na glavnom pretresu se uvek čita mišljenje centra za socijalni rad. Prema našem istraživanju maloletničkih predmeta u Višem sudu u Novom Sadu, najčešće navođeni izvori podataka za centar za socijalni rad bili su: savetodavno-dijagnostički intervju sa maloletnikom i njegovim roditeljima, uvid u dokumentaciju, terenska poseta, testovni materijal i konsultacija sa supervizorom. Mišljenje centra za socijalni rad potpisuju voditelj slučaja, supervizor i rukovodilac ustanove. Voditelj slučaja označava stručnog radnika koji je zadužen za konkretan slučaj. Voditelj slučaja je socijalni radnik, psiholog ili pedagog. Supervizor je iskusni stručnjak čiji je zadatak da koordinira, usmerava, podstiče i evaluira rad voditelja slučaja.

Naše istraživanje u Višem sudu u Novom Sadu je pokazalo da su mišljenja centara za socijalni rad kompleksnija i kvalitetnija u poređenju sa nalazima od pre nekoliko decenija. Tako, npr., u njima možemo naći podatke o ranom detinjstvu, osobinama maloletnika, zdravstvenom stanju, stepenu obrazovanja, školskom uspehu, odnosu prema školi, vršnjacima, braći, sestrama i roditeljima, interesovanjima i sklonostima, načinu provođenja slobodnog vremena, itd. Redovno se daju podaci i o stambenoj situiranosti roditelja, njihovom obrazovanju, zaposlenju, prihodima, disciplinskom stilu i stepenu porodične kohezije. Međutim, prema istraživanju Ištva-na Feješa, na uzorku od 127 predmeta, u samo 9,4% slučajeva obavljeno je komplet-

⁴³ *Službeni list SRJ*, br. 70/2001, 68/2002; *Službeni glasnik RS*, br. 58/2004, 85/2004, 115/2005, 85/2005 – dr. zakon, 49/2007, 20/2009, 76/2010.

⁴⁴ A. Šelih, „Sodelovanje skrbstvenega organa v pripravljalnem postupku proti mladoletnikom“, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo* 3/1969, 154.

⁴⁵ Vodič za pisanje socijalne anamneze, http://issuu.com/sanjaboban/docs/vodic_za_pisanje_socijalne_anamneze, dostupno 10.03.2015.

⁴⁶ Zagorka Simić, „Centri za socijalni rad na teritoriji Beograda i njihova borba protiv kriminaliteta maloletnika“, *JRKK* 1/1967, 89.

no bio-psiho-socijalno ispitivanje; u 70,8% slučajeva obavljena je samo socijalna anketa, dok u 19,6% slučajeva nije bilo izveštaja organa starateljstva.⁴⁷

3.3.2. Vreme potrebno za pribavljanje mišljenja organa starateljstva

Naše istraživanje je pokazalo da je u toku pripremnog postupka u najvećem broju slučajeva mišljenje organa starateljstva pribavljeno u vremenskom intervalu do jednog meseca (59%), što je vreme koje bi se po našem mišljenju jedino moglo tolerisati. Međutim, zabrinjava podatak da se u 34% slučajeva na mišljenje organa starateljstva čekalo preko jednog do dva meseca, a u nekoliko slučajeva čak i do četiri meseca. To znači da značajan udeo u trajanju pripremnog postupka ima i pribavljanje mišljenja centra za socijalni rad. Nije nam poznato šta su konkretni razlozi dugog čekanja na pribavljanje mišljenja centra za socijalni rad, osim u jednom slučaju u kojem je usledila urgencija suda. Iz odgovora organa starateljstva na tu urgenciju vidi se da je uzrok tome nemogućnost stupanja u kontakt organa starateljstva sa maloletnikom i njegovom porodicom.

Tabela 1. Vreme potrebno za pribavljanje mišljenja organa starateljstva⁴⁸

vreme	broj predmeta	%
do 1 mesec	59	59
preko 1 do 2 meseca	34	34
preko 2 do 3 meseca	5	5
preko 3 do 4 meseca	2	2
ukupno	100	100

3.3.3. Uticaj mišljenja organa starateljstva na konačnu odluku suda

Prema našem istraživanju u Višem sudu u Novom Sadu u 2015. godini na uzorku od 100 maloletničkih predmeta, postoji visoka pozitivna korelacija između predloga organa starateljstva, predloga javnog tužioca i odluke suda o izricanju krivične sankcije prema maloletniku. Pri tome, javni tužilac za maloletnike u svom optužnom aktu u najvećem broju slučajeva predlaže samo izricanje adekvatne krivične sankcije. Za konkretnu krivičnu sankciju on se opredeljuje tek u svojoj završnoj reči i u tom pogledu uvek podržava predlog organa starateljstva. Organ starateljstva

⁴⁷ I. Feješ, 230. Prema istraživanju iz 1970. godine, kompletno ispitivanje ličnosti maloletnika vršilo se u manje od 10% slučajeva, dok su najosnovniji podaci o maloletniku i njegovim porodičnim prilikama pribavljeni u 85-90% slučajeva (O. Matić, 128).

⁴⁸ Ovo vreme je računato od datuma pisanja dopisa suda do datuma prispeća mišljenja organa starateljstva.

stavlja svoj predlog konkretne krivične sankcije u pisanom mišljenju ili prilikom saslušanja na sudu. Sud se saglašava sa predlogom organa starateljstva u 93% slučajeva. Iz svega navedenog, može se zaključiti da mišljenje organa starateljstva ima značajan uticaj i na javnog tužioca i na sud. Međutim, prema nekim ranijim istraživanjima, to nije izgledalo tako. Iz izvršenih analiza 1980. godine zaključivano je da predlog organa starateljstva praktično nije imao direktnog uticaja na odluku suda. Sud nije u dovoljnoj meri cenio podatke o ličnosti koje je davao organ starateljstva, osim ako ih je prethodno verifikovao javni tužilac dajući svoj predlog. Dakle, sud je prihvatao podatke o ličnosti maloletnika samo na osnovu predloga javnog tužioca. Ako sud nije prihvatio predlog javnog tužioca, gotovo nikad nije prihvatio drugačiji predlog organa starateljstva. Najviše neslaganja je bilo kad je organ starateljstva predlagao obustavu postupka. Javni tužilac se u 55% slučajeva nije složio sa tim predlogom.⁴⁹ Mislimo da je do ovog preokreta u zadobijanju većeg poverenja u organ starateljstva došlo onda kada je zakonodavac predvideo obavezno pribavljanje mišljenja organa starateljstva i kada je organ starateljstva počeo da daje kvalitetnije i kompleksnije izveštaje o ličnosti maloletnika.

3.3.4. Izrečene krivične sankcije

Tabela 2. Izrečene krivične sankcije

Sud. odluke	Obustava postupka	Sudski ukor	Posebne obaveze	PN ⁵⁰ roditelja	PN organa starateljstva	Upuć. u VPD ⁵¹
Br. maloletnika	23	10	67	17	25	9
%	15,2%	6,6%	44,4%	11,2%	16,5%	6%

Tabela 2 iskazuje vrste pravnosnažnih sudskih odluka koje su donete među sto analiziranih predmeta u Višem sudu u Novom Sadu. Ukupan broj izrečenih odluka nadmašuje sto ispitivanih predmeta, iz dva razloga: a) u jednom broju predmeta bilo je više saučesnika; b) u nekim slučajevima sud je kombinovao više izrečenih mera. Krivični postupak je obustavljen u 23 slučaja, od čega u 9 slučajeva zbog nedostatka dokaza a u 14 slučajeva iz razloga celishodnosti. Najviše su bile izricane vaspitne mere posebne obaveze (67 slučajeva, tj. 44,4%), zatim pojačan nadzor organa starateljstva (25 slučaja tj. 16,5%), potom pojačan nadzor roditelja (17 predmeta tj. 11,2%). Sudski ukor je izrečen u 10 slučajeva a mera upućivanja u vaspitno-popravni dom u 9 slučajeva.⁵²

⁴⁹ I. Feješ, 252.

⁵⁰ Pojačan nadzor.

⁵¹ Vaspitno-popravni dom.

⁵² U jednom od tih slučajeva radilo se o maloletniku koji je iza sebe imao oko 120 krivičnih prijava u periodu dok je još bio dete i nije postao krivično odgovoran.

3.3.5. Trajanje pripremnog postupka

Tabela 3. Trajanje pripremnog postupka⁵³

vreme	broj predmeta	%
do 1 mesec	4	4
preko 1 do 2 meseca	13	13
preko 2 do 3 meseca	38	38
preko 3 do 4 meseca	24	24
preko 4 do 5 meseci	7	7
preko 5 do 6 meseci	5	5
preko 6 do 7 meseci	4	4
preko 7 do 8 meseci	1	1
preko 8 do 9 meseci	3	3
preko 9 do 10 meseci	1	1
ukupno	100	100

Prema istraživanju koje smo sprovedi u Višem sudu u Novom Sadu na uzorku od 100 maloletničkih predmeta, pripremni postupak je u najvećem broju slučajeva trajao preko dva do tri meseca (38%) i preko tri do četiri meseca (24%). Ako tome dodamo i pripreme postupke koji su trajali do jednog meseca i preko jednog do dva meseca, dolazimo do zaključka da je pripremni postupak u pretežnom delu predmeta trajao najduže do četiri meseca (79%).

3.3.6. Trajanje maloletničkog postupka do izricanja sudske odluke

U najvećem broju predmeta maloletnički postupak do izricanja sudske odluke je trajao preko jedne do jedne ipo godine (20%), zatim preko šest do sedam meseci (13%), preko sedam do osam meseci (11%), itd. Ovde su u pitanju mnogo duži vremenski intervali u poređenju sa nekim ranijim istraživanjima.⁵⁴ Smatramo da je tome u dobroj meri doprineo i štrajk advokata, koji je trajao nekoliko meseci.⁵⁵ Krivični postupak se završio donošenjem sudske odluke u sednici veća u 38% slučajeva, dok je u 62% predmeta održan glavni pretres.

⁵³ Trajanje pripremnog postupka računali smo od datuma prijema zahteva za pokretanje pripremnog postupka do datuma prijema tužilačkog predloga za izricanje krivične sankcije.

⁵⁴ Prema jednom ranijem istraživanju iz 1980. godine u opštinskim sudovima u Novom Sadu, Kuli i Temerinu na uzorku od 118 maloletničkih predmeta, pripremni postupak je trajao prosečno 3,8 meseci. Prosečno vreme potrebno za pribavljanje izveštaja organa starateljstva o ličnosti maloletnika je bilo 2,5 meseca. Ukupno prosečno trajanje maloletničkog postupka od podnošenja zahteva za sprovođenje pripremnog postupka do izricanja sudske odluke iznosilo je 4,8 meseci. U najvećem broju slučajeva od izvršenja krivičnog dela do donošenja odluke suda bilo je potrebno šest meseci a u skoro polovini slučajeva na odluku se čekalo više od pola godine (I. Feješ, 149 – 153).

⁵⁵ Analizirani su pravosnažno okončani maloletnički predmeti, koji su otvoreni tokom 2012, 2013, 2014. i 2015. godine.

Tabela 3. Trajanje maloletničkog postupka do izricanja sudske odluke

vreme	broj predmeta	%
do 2 meseca	3	3
preko 2 do 3 meseca	0	0
preko 3 do 4 meseca	2	2
preko 4 do 5 meseci	4	4
preko 5 do 6 meseci	9	9
preko 6 do 7 meseci	13	13
preko 7 do 8 meseci	11	11
preko 8 do 9 meseci	3	3
preko 9 do 10 meseci	10	10
preko 10 do 11 meseci	5	5
preko 11 do 12 meseci	6	6
preko 1 do 1,5 godina	20	20
preko 1,5 do 2 godine	10	10
preko 2 do 2,5 godine	3	3
preko 3 godine	1	1
ukupno	100	100

3.3.7. Trajanje maloletničkog postupka do njegovog pravnosnažnog okončanja

Na kraju, prikazaćemo i ukupno vreme trajanja maloletničkog postupka od datuma prijema zahteva za pokretanje pripremnog postupka do pravnosnažnosti sudske odluke kojom je postupak okončan. To vreme je u 40% slučajeva trajalo preko šest meseci do jedne godine; u 26% slučajeva preko jedne do jedne ipo godine i u 18% slučajeva preko jedne ipo godine do dve godine.

Tabela 4. Ukupno trajanje maloletničkog postupka do njegovog pravnosnažnog okončanja

vreme	Broj predmeta	%
do 6 meseci	7	7
preko 6 meseci do 1 godine	40	40
preko jedne do 1,5 godine	26	26
preko 1,5 do 2 godine	18	18
preko 2 do 2,5 godine	6	6
preko 2,5 godine	1	1
preko 3 godine	2	2
ukupno	100	100

4. ZAKLJUČAK

Maloletnički postupak je posebna krivičnoprocesna forma koju karakteriše i specifičan osnov (osobenosti okrivljenog) i specifična struktura (bitna modifikacija pojedinih procesnih faza). Sud u maloletničkom postupku ima posebnu ulogu, jer njegov primarni zadatak nije samo utvrđivanje činjenica koje se odnose na krivično delo, već, pre svega, ispitivanje ličnosti maloletnika. Pod ispitivanjem ličnosti maloletnika podrazumeva se prikupljanje podataka o bio-psiho-socijalnim obeležjima ličnosti maloletnika, sa ciljem individualizacije krivičnih sankcija, kao i njihovog što uspešnijeg izvršenja.

Načelo procesne ekonomije podrazumeva maksimalno ostvarenje ciljeva procesa sa minimumom resursa, ali ne na štetu pravilne primene krivičnog materijalnog prava. Resurse u krivičnom pravosuđu možemo razložiti na vreme i materijalna sredstva. Brojne su negativne posledice sporog odvijanja krivičnog postupka, naročito maloletničkog. Zbog toga zakonodavac uvodi obavezu najhitnijeg postupanja svih organa koji učestvuju u maloletničkom postupku. Maloletnički postupak treba da zadovolji dva protivrečna zahteva: treba da obezbedi svestrano ispitivanje ličnosti, s jedne strane, dok se s druge strane zahteva najveća hitnost postupka.

Empirijsko istraživanje na slučajno odabranom uzorku od sto pravnosnažno okončanih maloletničkih predmeta, koji su vođeni pred Višim sudom u Novom Sadu u periodu od 2012. do 2015. godine pokazalo je sledeće rezultate:

1) Sud koristi sledeće izvore podataka o ličnosti maloletnika: iskaz maloletnika, iskaz njegovih zakonskih zastupnika, veštačenje, isprave i mišljenje organa starateljstva. Iskazi maloletnika i njegovih zakonskih zastupnika su, po pravilu, šturi. Psihijatrijsko-psihološko veštačenje koristi se samo u tri posto slučajeva. Najvažniji izvor podataka o ličnosti maloletnika je mišljenje organa starateljstva, koje se obavezno pribavlja. Ono je kompleksno i kvalitetno.

2) Nije potvrđena naša hipoteza da je za pribavljanje mišljenja organa starateljstva dovoljno tri sedmice. U 59% slučajeva za to je bilo potrebno vreme do jednog meseca, u 34% slučajeva preko jednog do dva meseca, a u nekoliko slučajeva čak i do četiri meseca.

3) Potvrđena je naša hipoteza da mišljenje organa starateljstva bitno utiče na odluku suda o izboru krivične sankcije. Sud se saglasio sa predlogom organa starateljstva u 93% slučajeva.

4) Potvrđena je naša hipoteza da sud u maloletničkom postupku najviše izriče vaspitne mere posebne obaveze (44,4% slučajeva). Najblaža i najteža mera se najređe izriču: sudski ukor u 6,6% slučajeva a upućivanje u vaspitno-popravnici u 6% slučajeva.

5) Naša hipoteza da pripremni postupak ne traje duže od tri meseca potvrđena je u 55% slučajeva. Međutim, zabrinjava podatak da je u nekim slučajevima pripremni postupak trajao preko šest meseci, pa i do deset meseci.

6) Nije potvrđena naša hipoteza da od pokretanja maloletničkog postupka do izricanja sudske odluke ne prođe duže od šest meseci. U 84% slučajeva prošlo je više od šest meseci, od čega u 20% slučajeva preko jedne godine do jedne ipo godine a u 10% slučajeva prošlo je preko jedne ipo do dve godine.

7) Nije potvrđena naša hipoteza da se glavni stadijum postupka češće vodi u sednici veća, nego na glavnom pretresu, jer je taj odnos bio 38% : 62% slučajeva u korist glavnog pretresa.

8) Nije potvrđena naša hipoteza da ukupno trajanje maloletničkog postupka do njegovog pravnosnažnog okončanja nije duže od godine dana. U 26% slučajeva za to je bilo potrebno preko jedne do jedne ipo godine, a u 18% slučajeva bilo je potrebno preko jedne ipo do dve godine.

Ovakvi rezultati istraživanja dovode u pitanje smisao celog postupka i ostvarenje ciljeva krivičnih sankcija prema maloletnicima. Jedan od važnih objektivnih faktora koji utiču na duže trajanje maloletničkog postupka je i sporost organa starateljstva u slanju izveštaja. Posledice po pravilu snosi sam maloletnik, koji neopravdano dugo biva lišen neophodne pomoći i zaštite koju bi mu društvo pružilo kroz izrečenu vaspitnu meru. On se predugo drži u napetosti i neizvesnosti u pogledu predstojeće odluke i istovremeno stiče nepovoljnu sliku o organu koji će eventualno izvršavati izrečenu meru.⁵⁶ Da bi se taj problem rešio trebalo bi stvoriti organizacione i kadrovske uslove za poboljšanje rada organa starateljstva. Osim toga, moglo bi se razmisliti o uvođenju neke vrste skraćenog postupka za maloletnike; angažovanju stručnih lica u sudu ili o osnivanju posebne službe koja bi se bavila samo ispitivanjem ličnosti maloletnika.

⁵⁶ Đorđe Stakić, *Metodika rada sa maloletnim delikventima*, Gornji Milanovac – Bor 1991, 154.

Snežana S. Brkić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Brkić@pf.uns.ac.rs

The Special Role of the Court in Juvenile Criminal Procedure and the Principle of Procedural Economy

Abstract: *The article first looks into two problem areas separately: the examination of the defendant's personality and the principle of procedural economy. Thereafter, they are opposed as two contradictory demands that the juvenile criminal proceedings are to satisfy simultaneously. In order to determine whether these conflicting requirements can be fulfilled at the same time, the author conducted an empirical research on a sample of 100 of final juvenile cases conducted in the High Court in Novi Sad in the period from 2012 to 2015.*

The research results have confirmed the following hypotheses: a) the court thoroughly examines the personality of minors using different data sources; b) the opinion of the guardianship authorities has an important influence on the court's decision on the choice of criminal sanctions; c) the court usually renders the sanction of special duties. However, the hypotheses on the appropriate duration of juvenile proceedings have not been confirmed. Therefore, the physiognomy of juvenile proceedings should be re-examined, together with the organisational and personnel requirements for an improved operation of the guardianship authorities.

Keywords: *juvenile proceedings, examination of personality of minors, principle of procedural economy, guardianship authority.*

Datum prijema rada: 17.12.2016.

*Dr Zoran Ć. Keković, redovni profesor
Univerzitet u Beogradu
Fakultet bezbednosti
zorankekovic@yahoo.com*

*Jelena M. Dinić, student doktorskih studija
Univerzitet u Beogradu
Fakultet bezbednosti
ydinic@yahoo.com*

TRANSFORMACIJA NACIONALNE BEZBEDNOSTI: REZILIJENTNOST U STRATEGIJAMA BEZBEDNOSTI VELIKIH SILA KAO ODGOVOR NA GLOBALNE BEZBEDNOSNE PRETNJE

Sažetak: *Izmenjena priroda bezbednosnih rizika i pretnji oblikovala je tokom procesa globalizacije novo bezbednosno okruženje, primoravši tvorce strategija nacionalne bezbednosti da anticipiraju izvore pretnji i osmisle adekvatne mehanizme za reagovanje na različite oblike ugrožavanja bezbednosti države i njenih građana. Koncept rezilijentnosti preuzet je iz tehničkih nauka i implementiran u strategije bezbednosti velikih sila kao potencijalno rešenje usmereno na jačanje kapaciteta i spremnosti sistema za odgovor na pretnje i rapidni oporavak od istih, bez obzira na obaveštajne analize i procene nadležnih institucija.*

Ključne reči: *bezbednost, strategije, rezilijentnost, pretnje, velike sile.*

UVOD

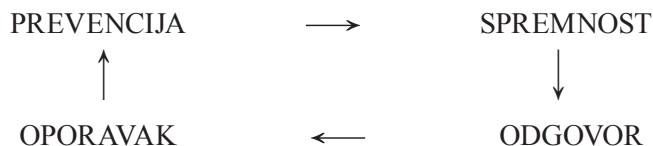
Slom bipolarne strukture moći stvorio je uslove za formiranje unipolarnog svetskog poretka, istovremeno generišući nove bezbednosne izazove, rizike i pretnje. Usko shvaćeni, vojno fokusirani koncepti bezbednosti usmereni na državu kao najvažniji referentni objekat bezbednosti doživeli su transformaciju, prilagodivši sadržinu okolnostima Novog svetskog poretka i račvanju globalne strukture.¹

¹ James Rosenau, *The Dynamism of a Turbulent World*, Cambridge University Press, Cambridge 1997, 25.

Pojava mnogobrojnih referentnih objekata bezbednosti u sklopu globalizacije kao ireverzibilnog procesa rapidnog uvećanja međuzavisnosti između njenih različitih dimenzija (ekonomske, vojne, političke, ekološke...) transformisala je sistem međunarodne bezbednosti i nacionalne bezbednosti pojedinačnih država. Tradicionalni koncepti nacionalne bezbednosti koji su bili okupirani spoljnim pretnjama državi, uvećanju i očuvanju vojne moći ustupili su mesto novim strategijama koje razmatraju funkcionalna obeležja novih objekata bezbednosti kao što su pojedinci, etničke grupe, nacije, međunarodne organizacije, interesne grupe, multinacionalne kompanije i države. Simultani procesi fragmentacije i integracije² uticali su na promenu forme i sadržine nacionalne bezbednosti, podižući svest država o neodrživosti autarhičnih sistema bezbednosti i neophodnosti saradnje zbog visokog stepena međuzavisnosti između različitih dimenzija bezbednosti. Posledice lokalnih sukoba (tzv. „sukoba niskog intenziteta”) vođenih tokom Hladnog rata generisale su nove asimetrične pretnje koje su počele da ugrožavaju naizgled stabilan unipolarni poredak sa nekoliko potencijalnih izazivača distribuciji moći na globalnom planu tokom poslednje decenije XX veka.

Novi svetski poredak neočekivano je redefinisao nakon terorističkog napada na SAD 2001. godine. Kao odgovor na novu formu bezbednosnih pretnji, velike sile počele su da revidiraju neoliberalne strategije bezbednosti praveći strateški zaokret ka intenzivnijoj upotrebi vojnih sredstava uz aktuelizaciju (neo) realističkih koncepta bezbednosti i implementaciju istih u nove strategije bezbednosti.

Koncept rezilijentnosti, prvobitno kreiran u tehničkim naukama, uveden je u nauku o bezbednosti kao potencijalno rešenje i odgovor na neizvesnost koju donosi veliki broj rizika i asimetričnih pretnji. Nepredvidiva priroda različitih oblika ugrožavanja bezbednosti na lokalnom, regionalnom i globalnom nivou zahteva jačanje kapaciteta i sposobnosti pojedinca, grupe, organizacije, države, vojnih saveza ili supranacionalnih organizacija da na adekvatan način odgovore na eksterne ili interne pretnje i da se u najkraćem roku oporave, uz minimalnu štetu.



Šema 1: četiri koraka do uspostavljanja rezilijentnosti sistema³

² James Rosenau, “Ominous Tensions in a Globalizing World” – In: *Conference on International Relations*, Middle East Technological University, Ankara, Turkey, July 3rd, 2002.

³ Emergency Management: Prevention, Preparedness, Response and Recovery <http://resilience.acoss.org.au/the-six-steps/leading-resilience/emergency-management-prevention-preparedness-response-recovery> 9. oktobar 2016.

Prevenција i spremnost predstavljaju esencijalne komponente rezilijentnih sistema i uslov za postojanje adekvatnog odgovora na pretnje i sposobnosti za brzi oporavak, uz očuvanje suštinskog identiteta i vitalnih vrednosti sistema.⁴ Sistem koji je izgradio „imunitet“ odnosno snagu za suprotstavljanje različitim pretnjama može poneti epitet rezilijentnog zbog sposobnosti da nastavi da funkcioniše bez remećenja suštinskih funkcija, amortizuje neželjene uticaje i brzo se regeneriše. Tako osmišljen koncept postao je sastavni deo strategija bezbednosti pojedinih sila sa ciljem stvaranja sveobuhvatnog odgovora na nepoznate pretnje.

1. REZILIJENTNOST KROZ PRIZMU NACIONALNE BEZBEDNOSTI XXI VEKA

Tradicionalno shvatanje bezbednosti oličeno u državi kao stožeru moći koji jedini raspolaže monopolom nad upotrebom sile, doživelo je transformaciju nestankom bipolarne strukture moći i nastankom Novog svetskog poretka. Horizontalno i vertikalno širenje koncepta bezbednosti rezultat je izrazito dinamičnih društvenih promena koje su označile ulazak u eru konstantnog povećanja ekonomske, političke, vojne i ekološke međuzavisnosti između aktera na velikim geografskim udaljenostima. Pojavom velikog broja novih aktera na svetskoj političkoj sceni (tzv. „račvanje globalne strukture“⁵) nacionalna bezbednost dobila je novo, izmenjeno značenje.

Primarna uloga nacionalne države, na osnovu tradicionalnih shvatanja bezbednosti, podrazumeva obezbeđivanje bezbednosti i povoljnih uslova za život svojim građanima posredstvom kompleksnog sistema službi bezbednosti, kao i zaštitu državne teritorije od internih i eksternih pretnji, odnosno opstanak države. Proces globalizacije doprineo je razuđivanju tradicionalnih karakteristika nacionalnih država koje su tokom spomenutih globalizacionih procesa prestale da budu nosioci ekskluzivnog prava (monopola) nad upotrebom sile i tu mogućnost su dobile organizovane terorističke grupe i pojedinci. Navedeni procesi označeni kao demokratizacija nasilja⁶ ukazali su na nužnost globalnog reagovanja na prisutnost upotrebe sile kao i pretnje upotrebom iste. Nove forme starih fenomena političkog nasilja poput terorizma, generisane u uslovima erozije suvereniteta nacionalnih država, postale su teško predvidive i smrtonosnije nego ikada pre i kao takve zahtevaju poseban pristup u pokušaju da se bezbednosno neutrališu.

Tehnološki napredak, kao jedan od osnovnih proizvoda globalizacije, učinio je lako dostupnim brojna ubojita sredstva, a tehničko usavršavanje komunikaci-

⁴ *Disaster Preparedness for Effective Response, Guidance and Indicator Package for Implementing Priority Five of the Hyogo Framework*, United Nations, New York and Geneva 2008, 3.

⁵ J. Rosenau, (1997), 26.

⁶ Thomas Freedman, Robert Kaplan, „States of Discord”, *Foreign Policy*, March/ April 2002, 64–70.

onih sredstava dovelo je do ubrzanog protoka i nesmetanog pristupa informacijama. Upotreba sile nikada nije bila ekonomski isplativija i jednostavnija, pa se u navedenom kontekstu može govoriti o privatizaciji rata.⁷

Tradicionalna bezbednosna uloga suverenih država suočila se sa brojnim izazovima i promenama koje su dovele do svojevrzne transformacije nacionalne bezbednosti i potrebe za prilagođavanjem velikom broju nepoznatih izazova, rizika i asimetričnih pretnji. Sa ciljem pronalaženja pragmatičnog odgovora na progresivno umnožavanje različitih oblika ugrožavanja nacionalne bezbednosti u globalizovanom svetu, iz tehničkih nauka je preuzet koncept *rezilijentnosti* koji se ogleda u otpornosti materijala, odnosno podnošenju eksternog opterećenja bez trajne promene strukture, uz mogućnost brzog vraćanja u prvobitno stanje. Analogno implementaciji termina u tehničkim i drugim naukama (psihologiji, ekonomiji, ekologiji), rezilijentnost u nauci o bezbednosti može naći brojne primene na različitim nivoima i, u zavisnosti od posmatranog referentnog objekta bezbednosti, manifestuje se kroz sposobnost datog objekta da podnese različite forme ugrožavanja bezbednosti i brzi oporavak od istih.⁸ Kada je u pitanju nacionalna bezbednost, rezilijentnost je implementirana u strategije bezbednosti ekonomski stabilnih država i kao takva usmerena na adaptivni kapacitet pojedinca, zajednice ili sistema sa ciljem održavanja prihvatljivog nivoa funkcionisanja, strukture i identiteta.⁹

2. REZILIJENTNOST U STRATEGIJAMA BEZBEDNOSTI VELIKIH SILA

Proliferacija velikog broja novih bezbednosnih rizika i pretnji, poput savremenog terorizma i naglog priliva migranata iz ekonomski i ratom ugroženih područja, primorala je tvorce strategija bezbednosti velikih sila da prilikom kreiranja strateških dokumenata anticipiraju nepredvidive događaje i osmisle adekvatne odgovore na različite forme eksternog i internog ugrožavanja bezbednosti države.

Proaktivni i preventivni karakter nacionalne bezbednosti čija je primarna uloga zaštita države i građana od pretnji posredstvom kompleksnog sistema službi bezbednosti komplementarna je sa konceptom rezilijentnosti usmerenim na minimalizovanje štete nastale usled bezbednosnih propusta nadležnih službi bezbednosti i civilne zaštite.¹⁰ Nacionalna bezbednost u sklopu određenog opsega

⁷ Joseph Nye, *Soft Power – The Means to success in World Politics*, Public Affairs, New York 2004, 21.

⁸ Christian Fjäder, “The nation-state, national security and resilience in the age of globalization”, *Resilience, International Policies, Practices and Discourses*, ISSN: 2169-3293 (Print) 2169-3307 (Online) Journal, 115.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*, 115.

delovanja i referentnih objekata zaštite (poput pojedinaca, organizacija i teritorije), fokusirana je na primenu preventivnih mera i detekciju različitih oblika ugrožavanja bezbednosti.

Strategije nacionalne bezbednosti predstavljaju „dokument države kojim se definišu ciljevi politike bezbednosti, sredstva i metode za realizaciju nacionalnih bezbednosnih interesa i ciljeva.“¹¹ Uvođenje rezilijentnosti u strategije nacionalne bezbednosti pojedinih država ukazuje na razvijenu svest kreatora strateških dokumenata o rapidnom uvećanju nepoznatih bezbednosnih rizika i pretnji i potrebi države da svoju zaštitnu funkciju unapredi i realizuje na najbolji mogući način.

Uvećanje međuzavisnosti na globalnom nivou i „prelivanje pretnji“ izvršilo je uticaj i na sadržaj strategija nacionalne bezbednosti malih država koje su na različite načine prepoznale značaj implementacije elemenata rezilijentnosti, odnosno preventivne izgradnje kapaciteta za efikasno reagovanje na široki spektar pretnji i efektivnog saniranja posledica.¹²

3. REZILIJENTNOST U STRATEGIJI NACIONALNE BEZBEDNOSTI SAD

Dinamička sposobnost sistema nacionalne bezbednosti SAD ogleda se u anticipiranju promena u bezbednosnom okruženju koje je transformisano pod uticajem terorističkog napada u septembru 2001. godine. Strategije bezbednosti SAD kreirane nakon navedenog događaja reafirmisale su realistički pristup u neutralisanju bezbednosnih rizika i pretnji, uvodeći preemtivno delovanje i anticipativnu samoodbranu kao model za rešavanje različitih formi narušavanja nacionalne bezbednosti. U februaru 2008. godine, tokom poslednje godine mandata predsednika Džordža Buša, *Department of Homeland Security* (DHS) objavio je petogodišnji izveštaj pod nazivom *Five Year Strategic Plan* kao prvi strateški dokument u kome je spomenuto rezilijentno društvo i ekonomija u SAD.¹³ Navedeni izveštaj implementirao je rezilijentnost kao neoliberalni pojam¹⁴ u realpolitički diskurs tadašnjeg predsednika i administracije SAD. Nakon nekoliko

¹¹ Zoran Keković „O nacrtu strategije nacionalne bezbednosti Republike Srbije“, *časopis Vojno delo*, 2/2009, 89.

¹² Building the resilience of small states to withstand shocks
<http://thecommonwealth.org/project/building-resilience-small-states-withstand-shocks> 17. oktobar 2016.

¹³ One Team, One Mission, Securing Our Homeland, U.S. Department of Homeland Security, Strategic plan 2008-2013

<https://www.fdle.state.fl.us/cms/Domestic-Security/Documents/DHSSStrategicPlan2008-2013.aspx> 21. septembar 2016.

¹⁴ Jonathan Joseph, *Resilience as embedded neoliberalism: a governmental approach*, Resilience, 1:1, University of Sheffield, Sheffield 2013, 38-52.

meseci, zbog pozitivne reakcije u Kongresu i stručnoj javnosti, maj mesec 2008. godine proglašen je za „Mesec rezilijentnosti.”¹⁵ Dolaskom Baraka Obame na mesto predsednika SAD 2008. godine, strateške vizije nacionalne bezbednosti dobile su „mekšu” formu, zadržavši pojedine elemente navedene u strategijama prethodne administracije. Strategije nacionalne bezbednosti SAD kreirane od strane administracije predsednika Baraka Obame, predstavile su rezilijentnost kao viziju nacionalne bezbednosti koja nastaje kroz proces adaptacije zasnovane na kompleksnim interakcijama i iskustvima pojedinaca, zajednice i nacije.¹⁶

Rezilijentnost kao koncept implementirana je u sledeće dokumente SAD:

- *The National Security Strategy* (NSS)
- *The Quadrennial Homeland Security Review* (QHSR)
- *National Preparedness Goal* (NPG)
- *Presidential Policy Directive – 8* (PPD-8).

The Quadrennial Homeland Security Review (QHSR), prvi put objavljen u februaru 2010. godine, predstavlja izveštaj od krucijalnog značaja za *DHS* u kome se od početka publikovanja ističe značaj rezilijentnosti kao integralnog dela vizije nacije koja je bezbedna i rezilijentna prema terorizmu i drugim pretnjama.¹⁷

Predsednička direktiva (PPD-8) potpisana od strane predsednika Baraka Obame 2011. godine imala je za cilj jačanje bezbednosti i rezilijentnosti SAD posredstvom sistematske pripreme za odgovor na pretnje koje ugrožavaju bezbednost nacije poput terorizma, pandemija, sajber napada i prirodnih nepogoda velikih razmera.¹⁸

National Preparedness Goal (NPG) predstavlja važan dokument *DHS* koji je objavljen 2011. godine u kome se ističe potreba za stvaranjem rezilijentne nacije sposobne da preventivno deluje, efikasno odgovori na pretnje i oporavi se od istih.¹⁹

Sistem nacionalne bezbednosti SAD u „*post 9/11*” vremenu odlikuje postojanje „sveobuhvatnog federalnog odgovora u slučaju terorističkog napada, prirodne nesreće ili sličnog nepredviđenog događaja, koji je rezultat saradnje federalnih, državnih, lokalnih vlasti i privatnog sektora sa ciljem brzog i efektivnog oporav-

¹⁵ Jerome Kahan, “Resilience Redoux: Buzzword or Basis for Homeland Security”, *Homeland Security Affairs, Journal of the NPS Center for Homeland Defence and Security*, Volume 11, article 2, February 2015.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ One Team, One Mission, Securing Our Homeland, U.S. Department of Homeland Security, Strategic plan 2008-2013 <https://www.fdle.state.fl.us/cms/Domestic-Security/Documents/DHSStrategicPlan2008-2013.aspx> 21. septembar 2016.

¹⁸ Presidential Policy Directive/ PPD-8 : National Preparedness <https://www.dhs.gov/xlibrary/assets/presidential-policy-directive-8-national-preparedness.pdf> 21. septembar 2016.

¹⁹ National Preparedness Goal, First Edition, September 2011, U.S. Department of Homeland Security, <https://www.fema.gov/pdf/prepared/npg.pdf> 21. septembar 2016.

ka.”²⁰ *Department of Homeland Security* kao jedan od najvažnijih organizacionih delova sistema nacionalne bezbednosti SAD zaduženih za formiranje rezilijentne i spremne nacije u cilju ispunjavanja svrhe svog postojanja primenjuje holistički pristup koji obuhvata unapređenje komunikacije na različitim nivoima, izgradnju kapaciteta za nuklearnu, radiološku i biološku spremnost.²¹ Ulaganje više stotina milijardi dolara u preventivne kapacitete i spremnost sistema nacionalne bezbednosti SAD za reagovanje na bezbednosne rizike i pretnje ima za cilj generisanje rezilijentnog sistema bezbednosti koji je, bez obzira na obaveštajne analize koje mogu imati veći ili manji stepen prediktivne moći, sposoban da pravovremeno reaguje na ugrožavanje bezbednosti i nastavi da nesmetano funkcioniše ne ugrožavajući esencijalnu svrhu postojanja takvog sistema.²²

Preterana samouverenost američkih izvršnih vlasti u onipotentnost sistema nacionalne bezbednosti SAD doprinela je realizaciji afere *Snowden* u kojoj je sistem kompromitovan od strane internog faktora kroz iznošenje poverljivih dokumenata obaveštajne agencije *NSA* u javnost, sa dalekosežnim posledicama u vidu urušavanja poverenja građana u vlasti SAD, poremećaja odnosa sa savezničkim državama u borbi protiv terorizma i stvaranja klime globalnog nepoverenja prema aktivnostima SAD u svetu. Izveštaj Komisije zadužene za ispitivanje posledica afere prezentovan je američkom Kongresu i javnosti u septembru 2016. godine. Navedeni dokument američkih vlasti ističe činjenicu da slučaj *Snowden* predstavlja najveći slučaj kompromitovanja obaveštajnog sistema u istoriji SAD zbog iznošenja u javnost 1,5 miliona poverljivih dokumenata i prouzrokovane štete u iznosu od više milijardi dolara.²³ Interni izveštaji obaveštajnih agencija SAD o posledicama afere *Snowden* i šteti koju je pretrpeo sistem nacionalne bezbednosti SAD nisu dostupni široj javnosti. Na osnovu navedenog može se zaključiti da je obaveštajni sistem SAD u koji se godišnje zvanično ulaže oko 55 milijardi dolara²⁴ (podaci vezani za tzv. „crni” odnosno „*black operations*” federalni budžet su poverljive prirode i ne iznose se u javnost) pokazao ranjivost i nespremnost na interne oblike ugrožavanja zbog preteranog fokusa na spoljašnji izvor pretnji i prepotentnosti u pogledu dometa obaveštajnih aktivnosti SAD u svetu. Potvrdu o nerezilijentnosti obaveštajnog sistema SAD u slučaju *Snowden* daje i Izveštaj

²⁰ Ensuring Resilience to Disasters <https://www.dhs.gov/ensuring-resilience-disasters> 26. septembar 2016.

²¹ *Ibid.*

²² USA Federal budget http://www.usfederalbudget.us/federal_budget_estimate_vs_actual_2015 21. septembar 2016.

²³ Executive Summary of Review of the Unauthorized Disclosures of Former National Security Agency Contractor Edward Snowden, US House of Representatives, September 16th, 2016, 1. https://intelligence.house.gov/uploadedfiles/hpsci_snowden_review_-_unclass_summary_-_final.pdf 12. oktobar 2016

²⁴ USA FY 2017 budget request for the National Intelligence Program <http://fas.org/irp/budget/nip-fy2017-fs.pdf> 12. oktobar 2016.

koji je Komisija za istragu posledica afere predstavila kongresmenima i američkoj javnosti u kojoj se potvrđuje da *NSA* i obaveštajna zajednica SAD nisu učinili dovoljno da neutrališu rizik od novog masivnog neautorizovanog otkrivanja poverljive dokumentacije.²⁵

Kao pozitivan primer rezilijentnosti sistema civilne zaštite SAD i učenja na prethodnim iskustvima može se navesti reakcija američkih vlasti na uragan *Matthews*.²⁶ Spremnost za reakciju posledica je sagledanih propusta tokom katastrofalnih posledica uragana *Katrina* koji je zadesio Nju Orleans i okolinu 2005. godine.²⁷ Bez obzira na činjenicu da je uragan *Katrina* rangiran kao prirodna nepogoda za stepen snažnijeg dejstva u odnosu na uragan *Matthews*, broj stradalih lica²⁸ i spremnost lokalnih i federalnih vlasti za reagovanje na destruktivnu snagu uragana ukazuje na rezilijentan sistem civilne zaštite koji angažuje sve raspoložive kapacitete da adekvatno odgovori na pretnju i oporavi se od iste u najkraćem periodu.²⁹

4. LATENTNA REZILIJENTNOST U STRATEŠKIM DOKUMENTIMA NR KINE

Dekompozicija bipolarne strukture moći utrla je put formiranju unipolarnog sveta predvođenog silom pobednicom – SAD. Tokom decenijske dominacije SAD na svetskoj političkoj sceni, pod uticajem demokratskog i autoritarnog lika globalizacije dogodilo se račvanje globalne strukture³⁰ i formiranje multipolarnog sveta prožetog uticajem država koje su stekle status dostojnih oponenta SAD na osnovu ukupnih kapaciteta tvrde i meke moći.³¹ Koncept rezilijentnosti kao odgovor na globalne pretnje se ne spominje eksplicitno u strategijama nacionalne bezbednosti drugih sila, već se na indirektan način u navedenim dokumentima

²⁵ Executive Summary of Review of the Unauthorized Disclosures of Former National Security Agency Contractor Edward Snowden, US House of Representatives.

²⁶ Uragan *Matthews* je 28. septembra 2016. godine označen od strane hidrometeoroloških službi SAD kao ciklon četvrte kategorije po snazi.

²⁷ The Federal Response to Hurricane Katrina – lessons learned, the White House, Washington, February 2006 <https://www.uscg.mil/history/katrina/docs/KatrinaLessonsLearnedWHreport.pdf> 12. oktobar 2016.

²⁸ Prema zvaničnim izveštajima američkih vlasti, tokom uragana *Katrina* život je izgubilo 1836 lica dok je u uraganu *Matthews* stradala 21 osoba.

²⁹ FEMA Urges Residents to Take Evacuation Orders Seriously Ahead of Hurricane *Matthews* <https://www.fema.gov/news-release/2016/10/05/fema-urges-residents-take-evacuation-orders-seriously-ahead-hurricane> 12. oktobar 2016.

³⁰ J. Rosenau (1997), 26.

³¹ Which country is the most powerful in the world <http://www.countryranker.com/which-country-is-most-powerful-in-the-world/> 29. septembar 2016.

govori o potrebi preventivnog jačanja odbrambenih kapaciteta nastaloj kao rezultat nepredvidivosti velikog broja bezbednosnih pretnji.

Narodna Republika Kina je, zahvaljujući imponantnom ekonomskom rastu, dospela na drugo mesto najrazvijenijih ekonomija na svetu.³² Veliki broj bezbednosnih problema sa kojima se suočava najmnogoljudnija država na svetu (problem sa provincijom Ksindijang, Tajvanom i Tibetom) uticao je na sadržaj strategija nacionalne bezbednosti NR Kine. Višedecenijsko zalaganje kineskog rukovodstva za defanzivnu politiku „mirnog uspona” doživelo je promenu usled proliferacije velikog broja bezbednosnih rizika i pretnji na različitim nivoima, od lokalnog do globalnog. Nakon ulaska u partnerski dijalog sa državama članicama ASEAN (*Association of Southeast Asian Nations*), rukovodstvo NR Kine je 1997. godine predstavilo javnosti usvojeni dokument pod nazivom „*New Security Concept*”, doktrinu odbrane kompatibilnu sa konceptom rezilijentnosti navedene organizacije.³³ U sklopu posthladnoratovskog koncepta nacionalne bezbednosti NR Kine sinhronizovanog sa stavom država članica regionalne organizacije ASEAN, posebna pažnja poklonjena je uticaju nevojnih pretnji na nacionalnu bezbednost (*Non-traditional security*) i istaknut stav vezan za politiku nemešanja u unutrašnja pitanja drugih država kao i želja za izgradnjom mira posredstvom dijaloga i saradnje.³⁴ Navedeni elementi inkorporirani u tadašnju strategiju odbrane postali su integralni segment bezbednosti i razvoja NR Kine.

Aktuelni strateški dokumenti NR Kine ukazuju na napuštanje tradicionalnih kineskih stavova o prioritetnoj zaštiti kopna nad morem (prevlast telurokratije nad talasokracijom³⁵) i ističu potrebu za aktivnijim angažovanjem mornaričkih snaga u Južnom kineskom moru kao strateški važnom području od vitalnog značaja za stabilnost NR Kine.³⁶ Elementi rezilijentnosti u aktuelnoj Strategiji nacionalne bezbednosti i Strategiji odbrane NR Kine mogu se detektovati u fazi koja prehodi navedenom pojmu – u spremnosti i jačanju odbrambenih kapaciteta za reagovanje na široki spektar pretnji koje dolaze iz internog ili eksternog okruženja. Ulaganje u jačanje odbrambenih kapaciteta predstavljeno je u Strategiji odbrane kao bezbednosna garancija kineskog razvoja koja mora biti zaštićena od potencijalnih remetilačkih faktora u vidu neointervencionističkih tendencija velikih sila, separatističkih tendencija unutar države i globalnih terorističkih pretnji.³⁷ Ubrza-

³² World's largest economies http://money.cnn.com/news/economy/world_economies_gdp/ 22. septembar 2016.

³³ Ooi Kee Beng, *Non-Traditional Security in China-ASEAN Cooperation*, The 3rd Asean Reader, ISEAS – Yusof Ishak Institute, Singapore 2015, 379.

³⁴ *Ibid.*, 379.

³⁵ Aleksandar Dugin, *Geopolitika postmoderne*, Krug, Beograd 2009, 45-64.

³⁶ China to embrace new “active defence” strategy

<http://thediplomat.com/2015/05/china-to-embrace-new-active-defense-strategy/> 29. oktobar 2015.

³⁷ China's military strategy

http://www.chinadaily.com.cn/china/2015-05/26/content_20820628.htm 27. oktobar 2015.

na izgradnja nosača aviona i jačanje mornaričkih snaga ukazuje na usvajanje ofanzivnih mehanizama nacionalne odbrane i ulaganje u kapacitete koji odražavaju spremnost kineskih snaga bezbednosti za reagovanje na nepredviđene promene u bezbednosnom okruženju.³⁸ Holistički pristup bezbednosti NR Kine obuhvata različite mere delikatnog balansiranja između „pripreme za rat i prevencije istog, zaštite ljudskih prava i održavanja stabilnosti, odvrćanja i borbene gotovosti i angažovanja vojnih snaga u ratnom i mirnodopskom stanju.”³⁹

Ubrzana reforma kineske vojske (*People Liberation Army*) ukazuje na potrebu za jačanjem kapaciteta za odgovor na različite pretnje formiranjem malih borbenih jedinica specijalizovanim za strateško odvrćanje i kontranapad, ofanzivne i defanzivne operacije, naročito kada su u pitanju mornaričke i vazdušne borbene snage.⁴⁰ Koheziona sila kineskog društva je Komunistička partija koja decenijama unazad daje potrebne impulse za stvaranje stabilnog sistema nacionalne bezbednosti, posebno vojne sile sa respektabilnim kapacitetima za adaptaciju na nepredviđene promene u strateškom okruženju.

Elementi rezilijentnosti mogu se prepoznati u normativnoj regulativi sistema civilne zaštite NR Kine, kroz brojne zakone kao i petogodišnje planove u sklopu kojih se navode preventivne mere uz pomoć kojih se jača spremnost sistema za odgovor na skrivene rizike i unapređuju sistemi ranog upozorenja.⁴¹ U navedenim dokumentima naglašava se značaj rekonstrukcije oštećenih sistema i uspostavljanja stanja normalnog funkcionisanja nakon pretrpljene štete. Poplave koje su zadesile severne i centralne provincije NR Kine u julu 2016. godine testirale su sistem civilne zaštite najmnogoljudnije države na svetu. Broj stradalih lica, uništenih useva i oštećene infrastrukture govori o neadekvatnoj reakciji kineskih vlasti i pukotinama u sistemu civilne zaštite. Na osnovu nezvaničnih procena, za sanaciju štete i oporavak poplavama pogođenih provincija biće potrebno budžetsko izdvajanje u iznosu od 3 milijarde američkih dolara.⁴²

Snaga svake države počiva nastabilnoj ekonomiji i materijalnoj osnovi moći. Ekonomska snaga NR Kine koja se očitava u dvocifrenom rastu proteklih decenija oblikovala je respektabilan sistem nacionalne bezbednosti koji ukazuje da najmnogoljudnija državana svetu generiše novi globalni centar moći. NR Kina je pokazala visok stepen ekonomske rezilijentnosti pod uticajem svetskih ekonomskih previranja zahvaljujući stabilnom ekonomskom i političkom sistemu odnosno

³⁸ Kina tajno gradi drugi nosač aviona

<http://balkans.aljazeera.net/vijesti/kina-tajno-gradi-drugi-nosac-aviona> 29. oktobar 2015.

³⁹ China's military strategy

http://www.chinadaily.com.cn/china/2015-05/26/content_20820628.htm 27. oktobar 2015.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Emergency Respose Law of the People's Republic of China

http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2009-02/20/content_1471589.htm 14. oktobar 2016.

⁴² China Floods: More than 150 killed and hundreds of thousands evacuated

<http://www.bbc.com/news/world-asia-china-36873902> 14. oktobar 2016.

hibridnom spoju tržišne privrede i socijalizma, ali i koristeći rasutost pažnje SAD nakon terorističkih napada 2001. godine za utiranje puta ka poziciji globalnog lidera.⁴³

5. IMPLICITNI ELEMENTI KONCEPTA REZILIJENTNOSTI U STRATEGIJI NACIONALNE BEZBEDNOSTI RUSKE FEDERACIJE

Bezbednosna arhitektura Novog svetskog poretka izvršila je uticaj na sadržaj strateških dokumenata Ruske Federacije. Pojava novih, nevojnih pretnji, izrazita geopolitička dinamika i povećanje stepena međuzavisnosti u međunarodnom poretku izvršili su neposredan uticaj na sadržaj ruskih strategija nacionalne bezbednosti koje bezbednost i blagostanje pojedinca razmatraju kao jedno od centralnih pitanja i primarni interes ruske države.⁴⁴

Asimetrična priroda pretnji čiji su nosioci subjekti koji se teško mogu identifikovati i nemogućnost sticanja uvida u opseg moći potencijalnog protivnika Ruske Federacije proizvela je promene u sadržaju strateških dokumenata. Percepcija oblika ugrožavanja bezbednosti kreatora ruske bezbednosne politike u XXI veku fokusirana je na negativne posledice procesa globalizacije i širok dijapazon internih i eksternih faktora koji utiču na nacionalnu bezbednost, uvođenjem principa „bezbednosti kroz razvoj” usmerenog na saniranje posledica socio-ekonomske krize.⁴⁵ Strategijsko-doktrinarni dokumenti Ruske Federacije eksplicitno ne spominju koncept rezilijentnosti, ali je u sklopu navedenih dokumenata posebna pažnja ukazana potrebi za jačanjem ekonomske stabilnosti kao osnove sistema nacionalne bezbednosti za pripremu i reagovanje na pretnje, kao i adaptaciju na promene i vraćanja u normalno stanje funkcionisanja nakon dejstva neželjenih uticaja na nacionalnu bezbednost. Potreba za jačanjem odbrambenih kapaciteta je posebno istaknuta u delu Strategije koji se odnosi na odbranu, nacionalne interese i strateške nacionalne prioritete.⁴⁶ Detaljnija objašnjenja vezana za sistem odbrane razrađena su u sklopu Strategije odbrane Ruske Federacije.

Spremnost sistema Ruske Federacije za reagovanje na globalne pretnje navedena je posredstvom generalnih odredbi u Strategiji nacionalne bezbednosti kao i doktrinarnim dokumentima nižeg hijerarhijskog nivoa, dok se na praktičnom nivou demonstrira u javnosti tradicionalnim paradama ili vežbama. Spremnost

⁴³ Mahbubani Kishore, “The West is Strategically Wrong on Georgia”, *Financial Times*, August 21st, 2008.

⁴⁴ Keir Giles, *Russia's national security strategy to 2020*, NATO defence Colledge, June 2009, 8.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Russian National Security Strategy to 2020, <http://www.ieee.es/Galerias/fichero/Otras-Publicaciones/Internacional/2016/Russian-National-Security-Strategy-31Dec2015.pdf> 11. oktobar 2016.

ruskog sistema civilne zaštite za reagovanje na pretnje prouzrokovane prirodnim ili ljudskim faktorom i preventivni kapaciteti za reagovanje u vanrednim situacijama prikazani su tokom četvorodnevne vežbe u oktobru 2016. godine u kojoj je učestvovalo više od 40 miliona ljudi i 250 000 pripadnika službi spasavanja.⁴⁷ Odgovor i oporavak sistema od posledica pretnji bivaju testirani u stvarnim situacijama, kroz broj civilnih žrtava i materijalnu štetu, odnosno sanaciju iste.

Planirana petnaestogodišnja Strategija razvoja ruskog Ministarstva za vanredne situacije predočena javnosti u julu 2015. godine sadrži elemente rezilijentnosti (prevencija, spremnost, odgovor i oporavak).⁴⁸ U sklopu sadržaja navedenog predloga Strategije istaknuta je potreba za integrisanim pristupom u pružanju zaštite stanovništvu od nesreća i katastrofa u svetu koji odlikuju konstantne i kompleksne promene. Takođe, predviđena je koordinacija vlasti na svim nivoima, interakcija između privatnog i državnog sektora uz inteziviranje međunarodne saradnje sa relevantnim institucijama drugih država.⁴⁹ Posebna pažnja poklonjena je unapređenju preventivnih kapaciteta i jedinica koje se angažuju u vanrednim situacijama, posebno onim nadležnim za oblast Kurilskih ostrva i Arktika. Potreba za modernizacijom ruskog sistema civilne zaštite rezultat je izmenjene prirode globalnih pretnji i obaveze ruskih vlasti da preventivnim delovanjem i spremnošću sistema zaštite stanovništvo u slučaju vanrednih situacija, kreirajući uslove za održivi socio-ekonomski razvoj svih regiona.⁵⁰

5.1. Energetska politika kao važna poluga rezilijentnosti u Strategiji nacionalne bezbednosti Ruske Federacije

Kreatori Strategije nacionalne bezbednosti Ruske Federacije odredili su energetske bezbednost kao komponentu nacionalne bezbednosti od krucijalnog značaja zbog činjenice da energenti predstavljaju jedan od najvažnijih oslonaca ruskog ekonomskog sistema. Povratak statusa respektabilne sile u međunarodnim odnosima realizovana je zahvaljujući energetskej politici rukovodstva Ruske Federacije koje je u istoj prepoznalo sredstvo za ostvarenje bezbednosne i spoljnopolitičke strategije.⁵¹ Kvantitativni indikatori ruskih energetskih potencijala⁵² pravdaju potrebu za institucionalizacijom energetske stabilnosti posredstvom odredbi

⁴⁷ EMERCOM – Large- Scale All Russian civil defence drill to take place from 4 to 7 October http://en.mchs.ru/mass_media/news/item/32915549/ 12. oktobar 2016.

⁴⁸ Vladimir Puchov introduces new development strategy for Russian Emergencies Ministry until 2030 http://en.mchs.ru/mass_media/news/item/4462627 13. oktobar 2016.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Slađan Milosavljević, *Rusija i „Mir“*, Akademska misao – Inovacioni centar Fakulteta bezbednosti Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014, 299.

⁵² *Energy Strategy of Russia for the period up to 2030*, Ministry of Energy of Russian Federation, Institute of energy strategy, Moscow 2010, 153.

strategijskih dokumenata različitog hijerarhijskog nivoa. Finansijski doprinos od eksploatacije energenata daje veliki doprinos ruskom budžetu uvećavajući tvrdu moć Ruske Federacije.

Ekonomska stabilnost države u direktnoj je vezi sa preventivnim kapacitetima sistema bezbednosti i sposobnošću istog za reagovanje i oporavak. Zahvaljujući energetsom potencijalu i energetske politici, Ruska Federacija povratila je status svetske sile, investirajući veliki deo prihoda od izvoza energenata u sistem bezbednosti čime je povećan potencijal za reagovanje službi bezbednosti u svakoj fazi koja testira rezilijentnost sistema (prevencija, spremnost, reakcija, oporavak).

ZAKLJUČAK

Svaki sistem, od biološke jedinke do supranacionalnih organizacija, poseduje određene kapacitete za odbranu od eksternih ili internih oblika ugrožavanja bezbednosti, kao i granicu izdržljivosti odnosno otpornosti na faktore koji remete normalno funkcionisanje sistema. Ulaganje resursa u jačanje kapaciteta za reagovanje na širok spektar bezbednosnih pretnji predstavlja efikasnu strategiju za borbu protiv nepoznatih pretnji i različitih destruktivnih uticaja koji mogu ugroziti bezbednost države i njenih građana. Teroristički napad, hidro-meteorološki hazardi, svetska ekonomska kriza, epidemija ili nagli priliv migranata predstavljaju samo neke od brojnih teško predvidivih pretnji koje mogu da ugroze egzistenciju i normalno funkcionisanje različitih referentnih objekata bezbednosti.

Nepredvidivost i brojnost pretnji generisanih u procesu globalizacije uslovljava je potrebu za traženjem novih pristupa i rešenja u strateškim dokumentima velikih sila. Izmenjena priroda pretnji učinila je tradicionalna sredstva odbrane nedovoljno efikasnim, usmerivši tvorce strategija na osmišljavanje novih načina za jačanje kapaciteta za reagovanje na različitim nivoima. Usvajanje rezilijentnosti kao strateškog rešenja za reagovanje na nepredviđene događaje ima za cilj jačanje spremnosti sistema nacionalne bezbednosti, redukciju ranjivosti sistema kao i sposobnosti istog da apsorbuje negativne uticaje, zadrži vitalne funkcije i oporavi se u najkraćem vremenskom periodu. Tvorci strategija nacionalne bezbednosti i drugih doktrinarnih dokumenata nižeg hijerarhijskog nivoa velikih sila eksplicitno ili implicitno navode faze rezilijentnosti (prevencija, spremnost, reakcija, oporavak) kao mehanizam odgovora na široki spektar nepredvidivih pretnji.

Sposobnost sistema da očuva vitalne funkcije u uslovima ugroženosti i brzo se oporavi odnosno vrati u stanje normalnog funkcionisanja zavisi od njegovog „imuniteta” odnosno snage stečene u periodu koji je prethodio određenoj pretnji. Izgradnja kapaciteta za odgovor na nepredviđene pretnje predstavlja efikasno re-

šenje u globalno umreženom svetu u kome je nemoguć opstanak autarhičnih, izolovanih sistema zbog visokog stepena međuzavisnosti na različitim nivoima koje dovodi do „prelivanja” pretnji, brišući granicu između lokalnog i globalnog okruženja. Posedovanje respektabilnog opsega tvrde i meke moći države umanjuje stepen zavisnost od drugih aktera i uvećava rezilijentnost sistema nacionalne bezbednosti.

Koncept rezilijentnosti u strategijama nacionalne bezbednosti velikih sila formulisano na eksplicitan ili implicitan način u vidu odgovora na globalne bezbednosne pretnje biva testiran kroz prediktivnu funkciju navedenih strateških dokumenata. Globalna umreženost i konstantno uvećanje međuzavisnosti na različitim nivoima (lokalnom, regionalnom i globalnom) izvršili su uticaj i na strategije nacionalne bezbednosti malih država koje su, u skladu sa sopstvenim mogućnostima, prilagodile sadržaj navedenih dokumenata izmenjenoj prirodi globalnih pretnji kroz jačanje preventivnih kapaciteta i sposobnosti za odgovor i oporavak. Spremnost sistema nacionalne bezbednosti za adekvatnu i pravovremenu reakciju u slučaju terorističkog napada, nesreća uzrokovanih prirodnim nepogodama i drugih oblika ugrožavanja bezbednosti, kao i sposobnost adaptacije na izmenjene okolnosti kroz kontinuirano funkcionisanje sistema i rapidni oporavak ukazuje na stepen (ne) rezilijentnosti i potrebu za jačanjem odbrambenih kapaciteta sa ciljem dostizanja najvećeg mogućeg stepena bezbednosti.

*Zoran Ć. Keković, Ph.D., Full Professor
University of Belgrade
Faculty of Security Studies
zorankekovic@yahoo.com*

*Jelena M. Dinić, Ph.D. Student
University of Belgrade
Faculty of Security Studies
ydinic@yahoo.com*

National Security Transformation: Resilience within National Security Strategies of Great Powers in Response to Global Threats

Abstract: *Altered nature of security risks and threats created within globalization process new security environment, forcing creators of national security strategies to anticipate the sources of threats and to define appropriate mechanisms for response to different forms of security threats addressed to states and its citizens. The concept of resilience is taken from technical sciences and implemented in the security strategies of great powers as a potential solution for strengthening capacity and system preparedness for responding to threats as well as the rapid recovery, regardless of intelligence analysis and assessment of relevant institutions.*

Keywords: *security, strategies, resilience, threats, great powers;*

Datum prijema rada: 25.10.2016.

*Dr Darko Z. Simović, redovni profesor
Kriminalističko-policijska akademija
Beograd
darko.simovic@kpa.edu.rs*

*Dr Biljana Simeunović-Patić, vanredni profesor
Kriminalističko-policijska akademija
Beograd
biljana.sp@kpa.edu.rs*

PRILOG RASPRAVI O ZABRANI FIZIČKOG KAŽNJAVANJA DETETA

Sažetak: *U radu se razmatraju argumenti za i protiv zabrane fizičkog kažnjavanja dece u svetlu uporednopravnih rešenja, komparativnih iskustava i rezultata naučnih istraživanja o efektima ove prakse u disciplinovanju dece. Okolnost da, prema postojećim naučnim saznanjima, fizičko kažnjavanje dece ne proizvodi značajne pozitivne efekte, ali dovodi do određenih negativnih posledica, upućuje na to da ovu bi ovu praksu disciplinovanja trebalo napuštati i podsticati njenu supstituciju alternativnim metodama vaspitavanja dece. Iskustva zemalja u kojima već decenijama postoji zakonska zabrana fizičkog kažnjavanja dece govore da tom cilju treba težiti prevashodno podizanjem javne svesti i kroz mere osnaživanja roditelja i staratelja. Tendencija da se fizičko kažnjavanje izjednači sa fizičkim zlostavljanjem može se pokazati neproduktivnom u suzbijanju neadekvatnih praksi disciplinovanja i vaspitavanja dece ukoliko njen ishod bude to da se akcenat društvene reakcije stavi na stigmatizaciju i kažnjavanje roditelja i staratelja, umesto na njihovu edukaciju, osnaživanje i podizanje javne svesti o pravima deteta.*

Ključne reči: *fizičko kažnjavanje deteta, fizičko zlostavljanje, disciplinovanje deteta, zabrana fizičkog kažnjavanja.*

1. UVOD

Pozitivno pravo Republike Srbije još uvek ne predviđa apsolutnu zabranu fizičkog kažnjavanja deteta. Prema Porodičnom zakonu roditelji ne smeju podvr-

gavati dete ponižavajućim postupcima i kaznama koje vređaju ljudsko dostojanstvo deteta i dužni su da dete štite od takvih postupaka drugih lica (član 69 stav 2).¹ Ovakva formulacija zakonske norme ne predviđa adekvatnu zaštitu deteta, jer ona ostavlja mogućnost blažeg fizičkog kažnjavanja.² S druge strane, Krivični zakonik predviđa krivično delo zapuštanja i zlostavljanja maloletnog lica (član 193) i krivično delo nasilja u porodici (član 194)³, ali ona takođe ne obuhvataju umerne i blaže oblike fizičkog kažnjavanja.⁴

Za razliku od postojećih rešenja u pozitivnom pravu, Prednacrt Građanskog zakonika predviđa apsolutnu zabranu fizičkog kažnjavanja deteta (član 2218).⁵ Takvo rešenje izazvalo je burne reakcije i dijametralno suprotne stavove u javnom mnjenju Srbije. Ukoliko bi se osvrnuli isključivo na glas struke, malobrojniji su oni koji su opravdavali fizičko kažnjavanje deteta. Naglašavana je neprihvatljivost izjednačavanja svakog oblika fizičkog kažnjavanja sa zlostavljanjem deteta, budući da, ne samo da je to „dodatno mešanje države u porodične odnose i unošenje anarhije u porodicu, već se time otvaraju ogromni problemi za buduću praksu policije i pravosudnih organa“.⁶ Prednjačio je psihoterapeut Zoran Milivojević koji je isticao da „ovakav pravni zahvat od strane države i posezanje u intimu odnosa roditelja i deteta jeste opasni socijalni inženjering“.⁷ Prema njegovom mišljenju, ovaj racionalni postupak izazivanja razumne telesne boli, bez nanošenja povreda, je nužni oblik vaspitavanja pojedine dece koja pristaju da se podrede autoritetu roditelja samo nakon doživljene telesne kazne. Milivojević smatra da postoje tri situacije koje čine nužnim primenu fizičkog kažnjavanja: prvo, kada je dete malo i kada nije u stanju da razume moguće posledice svojih postupaka, a u pitanju su neke opasne situacije; drugo, kada je dete agresivno i nasilno prema drugoj deci, životinjama i odraslima; i treće, u situacijama kada dete odbija da prihvati druge kazne i da promeni ponašanje.

S druge strane, bar kada je o poslenicima nauke i struke reč, dominiralo je gledište o nedelotvornosti i apsolutnoj neprihvatljivosti fizičkog kažnjavanja dece u procesu njihovog vaspitavanja i obrazovanja, što proističe i na osnovu obaveze

¹ Porodični zakon, *Sl. glasnik RS*, br. 18/2005, 72/2011 – dr. zakon i 6/2015.

² Olga Cvejić-Jančić, „Prava deteta prema pravu Srbije – harmonizacija sa evropskim i međunarodnim konvencijama“ *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad*, 1-2/2008, 160; Vidi: Nadežda Ljubojev, „Zakonska zabrana fizičkog kažnjavanja deteta“, *Pravni život*, br. 10/2009, 1049-1059.

³ Krivični zakonik, *Sl. glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014

⁴ Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2012, 569-575.

⁵ Dostupno na: http://www.propisi.com/assets/files/gradjanski_zakonik_RS-prednacrt.pdf

⁶ Miša Đurković, „Građanski zakonik – nova runda“, *Politika* (15.01.2016), www.politika.rs/scc/clanak/347156/Pogledi/Građanski-zakonik-nova-runda, 10.12.2016.

⁷ Zoran Milivojević, „Telesno kažnjavanje dece – da, ali razumno“, (10.09.2011), www.nspm.rs/kulturna-politika/telesno-kaznjavanje-dece-da-ali-razumno.html?alphabet=l, 15.12.2016.

koju je Srbija preuzela ratifikovanjem Konvencije UN o pravima deteta. Više od sto psihologa, pedagoga i psihoterapeuta obratilo se otvorenim pismom javnosti u kome se apostrofira nestručnost Zorana Milivojevića, a njegove tvrdnje kvalifikuju proizvoljnim i obmanjujućim.⁸ Članica komisije za izradu nacrtu Građanskog zakonika, prof. dr Olga Cvejić Jančić ističe da je osnovna namera da se takvim zakonskim rešenjem ustanove novi standardi ponašanja u porodici, „bez nasilja, prema kojima bi dete prvo u svojoj porodici bilo vaspitavano tako da je nasilje nedopustivo i da ne treba da ga primenjuju ni roditelji prema svojoj deci, ni deca dalje prema svojim vršnjacima i ostalima“⁹. Prema njenim rečima, nijedno istraživanje do sada nije potvrdilo delotvornost fizičkog kažnjavanja dece, a takva praksa u procesu vaspitanja dece proizlazi iz nemoći roditelja da na drugi način disciplinuje svoje dete, kao i iz nemoći da u određenim trenucima obuzdaju svoje impulsivne reakcije.¹⁰

Nakon ove burne polemike u medijima, koja je brzo i utihnula, ostao je utisak da se o ovoj delikatnoj i kompleksnoj temi govorilo prevashodno ostrašćeno uz selektivno iznošenje vrednosnih sudova koji su imali za cilj da opravdavaju prethodno već zauzetu poziciju *pro et contra* fizičkog kažnjavanja. Mnogi aspekti fizičkog kažnjavanja dece ostali su neosvetljeni, komparativno iskustvo je samo ovlašno pomenuto, a u potpunosti je skrajnuta potreba organizovanja empirijskih istraživanja koja bi bila u stanju da bar približe odgovor na pitanje u kojoj meri je fizičko kažnjavanje dece prisutno u srpskom društvu. Otuda, ne čudi saznanje da su izostala delikatnija i unekoliko zahtevnija istraživanja koja bi nastojala da pojasne posledice fizičkog kažnjavanja dece ili da pronađu korelaciju sa povećanom stopom nasilja u Srbiji. Dakle, reč je o temi koju bi tek trebalo objektivno, sveobuhvatno i kritički obraditi, kloneći se uobičajenih stereotipa. Upravo iz tog razloga, autori u ovom radu nastoje da ukažu na niz otvorenih dilema kada je reč o fizičkom kažnjavanju dece i da pokušaju da iniciraju ozbiljniju akademsku raspravu na ovom polju.

2. PRAVNO UREĐIVANJE FIZIČKOG KAŽNJAVANJA DETETA – KOMPARATIVNI OSVRT

Prema opšteprihvaćenoj i gotovo nezaobilaznoj definiciji, fizičko kažnjavanje se određuje kao „upotreba fizičke sile sa namerom izazivanja bola, ali bez povređivanja, radi korigovanja ili kontrolisanja ponašanja deteta“ (Murray

⁸ Kontrapress, „Otvoreno pismo javnosti – Upozorenje stručnjaka: Milivojević nije ni psiholog ni pedagog“ (11.12.2014.), <http://kontrapress.com/print.php?url=Upozorenje-strucnjaka-Milivojevic-nije-ni-psiholog-ni-pedagog>, 26.12.2016.

⁹ Ivana Milanović Hrašovec, „Porodični zakon: zabranjeno batinanje“, *Vreme* 1246 (11.12.2014.), www.vreme.co.rs/cms/view.php?id=1252160&print=yes, 15.12.2016.

¹⁰ Videti: Olga Cvejić-Jančić, „Zabrana fizičkog kažnjavanja deteta: prilog diskusiji povodom Prednacrta Građanskog zakonika Srbije“, *Pravni život*, br. 10/2015, Beograd, 5-24.

Straus).¹¹ Ukoliko se usled upotrebe fizičke sile izazove povreda na telu deteta, u tom slučaju nije reč o fizičkom kažnjavanju, već o činu porodičnog nasilja ili zlostavljanja. Posmatrano iz perspektive međunarodnog prava, fizičko kažnjavanje dece je apsolutno zabranjeno. Međunarodno pravo čvrsto stoji na stanovištu da fizičko kažnjavanje dece u okviru porodice, škole ili u zavodu za sprovođenje sankcija predstavlja povredu njihovog ljudskog dostojanstva, prava na fizički integritet, kao i povredu načela jednakosti pri ostvarivanju zaštite svojih prava.¹² Komitet za prava deteta je fizičko kažnjavanje odredio kao „svaki oblik kažnjavanja u kome je fizička sila, bez obzira na njenu blagost, upotrebljena i usmerena na izazivanje određenog stepena bola ili nelagode“¹³. Sagledano iz vizure ljudskih prava, čini se da je upravo na ovom polju najdublji raskorak između međunarodnih standarda i nacionalnih pravnih poredaka. I pored sveopšteg međunarodnog trenda o nužnosti apsolutne zabrane svakog vida fizičkog kažnjavanja i dalje je pretežniji broj država suzdržan kada je reč o pravnom sankcionisanju primene ovakvih metoda pri vaspitavanju dece. Studija Ujedinjenih nacija o nasilju ukazuje da je, u zavisnosti od regiona, između 80 i 98% dece izloženo nekom obliku fizičkog kažnjavanja u svojim domovima, dok je oko 1/3 dece izložena ozbiljnijim oblicima kažnjavanja uz upotrebu nekog objekta koji izaziva viši stepen bola, a potencijalno i veću mogućnost telesnog povređivanja.¹⁴

Umereno i razumno fizičko kažnjavanje u okviru porodice dopušteno je u većini država.¹⁵ Gotovo opšteprihvaćena pretpostavka je da nijedan roditelj ne želi da povredi svoje dete, čak ni u najmanjoj mogućoj meri.¹⁶ Otuda preovladava model umerene pravne intervencije u odnosima između roditelja i dece koji podrazumeva sankcionisanje samo onih slučajeva fizičkog kažnjavanja koji za posledicu imaju povređivanje ili zlostavljanje deteta. Istaknuto je gledište da se na taj način najmanje ometa dinamizam savremene porodice. Naime, uz uvažavanje prava deteta, roditeljima se ostavlja široko područje slobode da pronađu i primenjuju najadekvatnije metode vaspitanja saglasno karakteru svakog deteta ponaosob.

Uporednopravno posmatrano, države su daleko manje tolerantne kada je reč o fizičkom kažnjavanju dece u obrazovnim institucijama. U 88 država ovakav vid

¹¹ Murray Straus, Denise A. Donnelly, *Beating the Devil Out of Them: Corporal Punishment in American Families and Its Effects on Children*, New Brunswick 1994, 4.

¹² Nicola Taylor, “Physical Punishment of Children: International Legal Developments”, *New Zealand Family Law Journal*, 5,1/2005, 20.

¹³ Committee on the Rights of the Child, *General Comment No.8 on the right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment (arts. 19; 28, para.2, and 37, inter alia)*, (2006), UN Doc. CRC/C/GC/8.

¹⁴ *Report of the Independent Expert for the United Nations Study on Violence against Children*, UN Doc. A/61/299, para 28.

¹⁵ Benjamin Shmueli, “Who’s Afraid of Banning Corporal Punishment? A Comparative View on Current and Desirable Models”, *Penn State International Law Review*, 26, 1/2007, 69.

¹⁶ *Ibid*, 63.

kažnjavanja nije zabranjen, dok pretežniji broj država, njih 109, zabranjuje telesno kažnjavanje dece od strane nastavnika ili drugih osoba koje su odgovorne za njihovo obrazovanje.¹⁷ Prvi korak na ovom polju načinila je Švedska koja je 1928. godine zabranila fizičko kažnjavanje u srednjim školama.¹⁸ Od ovog inicijalnog koraka, pa to potpune zabrane fizičkog kažnjavanja u Švedskoj, prošlo je više od šest decenija. Ova činjenica svedoči da pravo, kao normativni sistem, ne može naglo i korenito da menja već uveliko uvrežene i tradicionalno prihvaćene metode vaspitanja, već da je neophodno postepeno uticati na pravnu svet i svakodnevne navike ljudi.

Kada je o roditeljima reč, 51 država predvidela je apsolutnu zabranu fizičkog kažnjavanja dece. Pravni sistemi preostalih država u većoj ili manjoj meri tolerišu ovakav vid vaspitavanja dece. Primetno je da države koje su apsolutno zabranile fizičko kažnjavanje dece čini izrazito heterogenu skupinu sa veoma različitim socijalnim, kulturološkim i pravnim tradicijama (Švedska, Izrael, Kenija, Honduras, Nepal ili Turkmenistan).¹⁹ Otuda, nije moguće pronaći nit koja povezuje i objedinjuje sve te države i koja bi potencijalno ukazivala na postojanje neke opšte zakonitosti pri odgonetanju razloga koji motivišu države da se opredele za model apsolutne zabrane fizičkog kažnjavanja dece.

Švedska je prva ustanovila apsolutnu zabranu fizičkog kažnjavanja 1979. godine, predviđajući da „decu (...) treba tretirati uz uvažavanje njihove ličnosti i individualnosti i da ona ne mogu biti fizički kažnjavana ili na drugi način ponižavajuće tretirana“.²⁰ Ova zabrana nije predviđena krivičnopravnim zakonodavstvom, već građanskim pravom uz izostanak sankcije.²¹ Ideja nije bila da se krivičnopravno sankcionišu roditelji ili nastavnici koji primenjuju nasilne metode vaspitanja, već da se podstakne realna promena u odnosima između roditelja i dece.²² Ovom zakonskom rešenju je prethodila dobro pripremljena javna kampanja, koja

¹⁷ Bill Atkin, „Physical Punishment by Parents: The New Zealand Reform“, *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*, 5, 5/2015, 102.

¹⁸ Jason Fuller, „Corporal Punishment and Child Development“, *Akron Law Review*, 44, 5/2011, 12.

¹⁹ Grupu od 51 države koje su ustanovile apsolutnu zabranu fizičkog kažnjavanja dece čine: Švedska (1979), Finska (1983), Danska (1985), Norveška (1987), Austrija (1989), Kipar (1994), Letonija (1998), Hrvatska 1999, Nemačka, Izrael, Bugarska (2000), Turkmenistan (2002), Island (2003), Rumunija, Ukrajina (2004), Mađarska (2005), Grčka (2006), Togo, Španija, Venecuela, Urugvaj, Portugalija, Novi Zeland, Holandija (2007), Lihtenštajn, Luksemburg, Moldavija, Kosta Rika (2008), Albanija, Kongo, Kenija, Tunis, Poljska (2010), Južni Sudan (2011), Zelenortska ostrva, Honduras, Makedonija (2013), Andora, Estonija, Nikaragva, San Marino, Argentina, Bolivija, Brazil, Malta (2014), Benin, Irska, Peru (2015), Mongolija, Paragvaj i Slovenija (2016). Vid. www.endcorporalpunishment.org/progress/prohibiting-states/

²⁰ B. Shmueli (2007), 110.

²¹ David Orentlicher, „Spanking and Other Corporal Punishment of Children by Parents: Overvaluing Pain, Undervaluing Children“, *Houston Law Review*, 35, 1998, 166.

²² Benjamin Shmueli, „Corporal Punishment in the Educational System versus Corporal Punishment by Parents: A Comparative View“, *Law and Contemporary Problems*, 73, 2010, 294.

je promovisala novi model tretiranja dece i koja je nastojala da sve građane pouči o nenasilnim, alternativnim vaspitnim metodama. Da je kampanja države urodila plodom svedoči interiorizovanje poruke zakonodavca, budući da je sve veći broj građana podržavao apsolutnu zabranu fizičkog kažnjavanja, a da je broj slučajeva izazivanja fizičkih povreda ili zlostavljanja dece značajno smanjen. Međutim, kampanja, izrazito edukativnog karaktera, nastavljena je i dugi niz godina nakon usvajanja rešenja o apsolutnoj zabrani fizičkog kažnjavanja. Da bi upotpunila mehanizme zaštite na ovom polju Švedska je 1993. godine ustanovila Dečjeg ombudsmana, nadležnog za postupanje po predstavkama dece.

Putem Švedske krenule su Finska (1983), Danska (1985) i Norveška (1987), koje su u potpunosti sledile politiku edukativnog umesto represivnog delovanja. Ovaj švedski model apsolutne zabrane fizičkog kažnjavanja dece, koji je zasnovan na postepenoj promeni pravne svesti kod ljudi, bez krivičnogpravnog sankcionisanja blažih slučajeva, sledio je pretežniji broj država koje su se opredelile da pravno intervenišu u porodične odnose roditelja. Prema tome, u biti izloženog građanskopravnog modela zabrane fizičkog kažnjavanja primarna je zaštita prava deteta, a ne sankcionisanje roditelja, jer bi suprotan pristup mogao da vodi razbijanju porodica, pa tako i još težim posledicama u procesu formiranja ličnosti kod dece.

U grupi država koje apsolutno zabranjuju fizičko kažnjavanje dece posebnu skupinu čine Izrael i Kipar. Ove dve države, za razliku od dominantnog građanskopravnog, ustanovljavaju krivičnogpravnog modela zabrane fizičkog kažnjavanja. Ipak, one primenjuju dva različita metoda krivičnogpravnog sankcionisanja fizičkog kažnjavanja dece. Kipar je fizičko kažnjavanje dece sankcionisao krivičnim zakonodavstvom 1994. godine, dok je Izrael, budući da je reč o zemlji precedentnog prava, ovu zabranu inkriminisao odlukom najvišeg suda. Naime, u sada već znamenitom slučaju Plonit²³ iz 2000. godine, Vrhovni sud Izraela je fizičko kažnjavanje dece proglasio neadekvatnim i prevaziđenim oblikom obrazovanja.²⁴ Ovaj slučaj se odnosio na majku koja je svoje dvoje male dece često, i to različitim povodima, fizički kažnjavala udarajući ih rukom ili različitim predmetima. Njen osnovni motiv je bio disciplinovanje koje će decu pretvoriti u bespogovorno poslušne slugu. Na samom suđenju, majka nije osporavala da se tako ponašala prema svojoj deci, pravdajući svoje nekonvencionalne postupke vaspitanja namerom da svoju decu učini poslušnom i disciplinovanom. Sud je zauzeo stav da takvo ponašanje, i pored snažno ukorenjene tradicije fizičkog kažnjavanja u jevrejskoj porodici, spada u sferu zlostavljanja dece. Istovremeno, ovaj slučaj je bio povod i podstrek za Vrhovni sud Izraela da zaključi da čak i najblaži oblici fizičkog kažnjavanja izazivaju izrazito štetne posledice kod dece i da postoji neprestana bojazan da oni vremenom mogu da prerastu u ozbiljno nasilje ili zlostavljanje.

²³ CrimA 4596/98 Plonit v. Israel, [2000] IsrSC 54(1) P.D. 145.

²⁴ B. Shmueli (2010), op. cit., 292.

Ovaj, daleko manje zastupljeni, krivičnopravni model zabrane fizičkog kažnjavanja dece izložen je ozbiljnoj kritici. Naime, pravni model koji je Izrael odabrao okvalifikovan je ekstremnim i radikalnim, budući da je bez adekvatne pripreme multikulturalnog društva i sprovođenja edukativne kampanje ustanovljena krivičnopravna zabrana nečega što je imalo snažno i duboko uporište u jevrejskoj tradiciji.²⁵

Najbrojniju grupaciju čine države koje tolerišu fizičko kažnjavanje dece i koje pravno intervenišu jedino u slučaju ozbiljnijeg fizičkog povređivanja ili zlostavljanja dece. Za ilustriranje umerene pravne intervencije u odnosima između roditelja i dece može poslužiti englesko pravo i institucionalna rešenja SAD i Kanade, budući da u ovim državama postoji i bogata sudska praksa na ovom polju.

Premda je u sferi odnosa roditelja i dece englesko pravo značajno modernizovano, zadržana je mogućnost fizičkog kažnjavanja dece, ali samo od strane roditelja ili staratelja. Naime, Zakon o deci i omladini (The Children and Young Person's Act), predviđa izuzetak od načelne zabrane telesnog kažnjavanja da „ništa ne može uticati na pravo roditelja (...) ili druge osobe zakonito odgovorne za dete ili omladinca da sprovodi kazne“. Sudska praksa je precizirala pomenuto zakonsko rešenje na način da fizičke kazne moraju biti umerene i razumne, a pri donošenju takve odluke treba razmotriti: 1) sve okolnosti slučaja; 2) starost i fizičko stanje deteta; 3) trajanje udaraca; 4) intenzitet udaraca.²⁶ Ovakav pravni pristup je dovoljno fleksibilan da pomiri dva suprotstavljena zahteva. S jedne strane, država se preterano ne meša u porodične odnose, ne narušavajući tako njihovu intimnost i dinamizam, ostavljajući roditeljima u svakom konkretnom slučaju da pronađu adekvatan model vaspitanja za svoje dete. S druge, ustanovljen je pravni osnov za sankcionisanje fizičkog kažnjavanja koje ima za posledicu fizičke povrede, narušavanje zdravlja ili izaziva nepotrebnu patnju.

Kada je reč o SAD, sva istraživanja ukazuju na to da fizičko kažnjavanje dece ima duboke korene u američkom društvu. Prema pojedinim istraživanjima više od 90% roditelja, u većoj ili manjoj meri, fizički kažnjava svoju decu.²⁷ Od toga, svaki četvrti roditelj pri fizičkom kažnjavanju koristi i neki predmet, a ne samo svoje ruke.²⁸ Kažnjavanje, kao i strah od kazne, tradicionalno ima snažnu ulogu u hrišćanstvu, dominantnoj religiji u SAD.²⁹ Mnogi teolozi fizičkom kažnjavanju pridaju neprocenjivu važnost i određuju ga neizostavnim segmentom procesa odrastanja dece. Takvi stavovi su zasnovani na uverenju da je trpljenje

²⁵ Ibid, 293.

²⁶ B. Shmueli (2007), op. cit., 70.

²⁷ Deana Pollard, "Banning Corporal Punishment: A Constitutional Analysis", *American University Law Review*, 2002, 52, 448-449.

²⁸ Carol Ember, Melvin Ember, "Explaining Corporal Punishment of Children: A Cross-Cultural Study", *American Anthropologist*, 107, 4/2005, 609.

²⁹ D. Orentlicher, op. cit., 178.

bola vrlina koja pomaže u izgradnji karaktera.³⁰ Pomenuta tradicija održava pravna rešenja koja su izrazito ekstenzivno postavljena u pogledu dopuštenosti fizičkog kažnjavanja dece. Fizičko kažnjavanje se smatra i fundamentalnim segmentom prava deteta da dobije odgovarajuće vaspitanje, kao i obaveze roditelja da obrazuje i koriguje dete sve dok upotrebljena fizička sila nije preterana.³¹ U većini država fizičko kažnjavanje dece je dopušteno ukoliko je umereno i razumno.³² Ono je opravdano ukoliko je usmereno u pravcu „odgovarajućeg vaspitanja ili obrazovanja ili za sprovođenje discipline“. Standard razumnosti zavisi od niza faktora: senzibiliteta i karaktera deteta, godina, pola, fizičkog stanja, kao i u odnosu na prekršaj zbog koga se dete kažnjava.³³

U pojedinim federalnim jedinicama fizičko kažnjavanje je dopušteno i u obrazovnim ustanovama. Primera radi, na Floridi, fizičko kažnjavanje se određuje kao „umerena upotreba fizičke sile ili fizičkog kontakta od strane nastavnika ili direktora koja je neophodna za očuvanje discipline ili za sprovođenje školskih pravila“. ³⁴ Međutim, poslednjih nekoliko decenija dešavaju se promene i u SAD, budući da su 23 federalne jedinice zabranile fizičko kažnjavanje u školama.³⁵ Ukoliko se sa normativne ravni preorijentišemo na praksu, može se zapaziti da su sudovi izrazito tolerantni prema fizičkom kažnjavanju dece.³⁶ Roditelji se, po pravilu, ne kažnjavaju, izuzev ukoliko je reč o težim oblicima povreda ili zlostavljanja dece. Prema tome, deca ne dobijaju zaštitu sve dok fizičko kažnjavanje ne postane izuzetno ozbiljno ili surovo.³⁷

Naposletku, bar kada je o ovom kratkom uporednopravnom osvrtu reč, kanadski Krivični zakonik iz 1985. godine dopušta roditeljima da udare dete u obrazovne svrhe, ukoliko su zadovoljeni zahtevi umerenosti i razumnosti.³⁸ Ovo dopuštenje fizičkog kažnjavanja se odnosi i na učitelje u školi. U sudskoj praksi je precizirano da fizičko kažnjavanje dece ne sme biti posledica ljutnje ili besa, ne sme se sprovesti nepromišljeno ili usled gubitka kontrole, i dete ne sme biti ugroženo ili uplašeno.³⁹ Pri donošenju odluke sudovi razmatraju sve okolnosti slučaja (uzrast deteta, njegovo prihvatanje kazne, spremnost da uči na osnovu toga, ozbiljnost udaraca, pri čemu udarci mogu biti jedino rukom, a ne i nekim predmetima ili instrumentima). Osetljivi delovi tela, poput glave, ne smeju biti udarani, a su-

³⁰ Ibid, 180-181.

³¹ B. Shmueli (2007), op. cit., 58.

³² Kristin Collins Cope, “The Age of Discipline: The Relevance of Age to the Reasonableness of Corporal Punishment”, *Law and Contemporary Problems*, 73, 2010, 168-170.

³³ D. Orentlicher, op. cit., 152.

³⁴ Ibid, 150.

³⁵ J. Fuller, op. cit., 13.

³⁶ D. Orentlicher, op. cit., 148.

³⁷ Ibid, 153.

³⁸ Section 43 of the Criminal Code 1985 (“Protection of Persons in Authority”).

³⁹ B. Shmueli (2010), op. cit., 284.

dovi nisu tolerisali slučajeve šutiranja nogom i davljenje.⁴⁰ Međutim, imajući u vidu nepreciznost zakonskog rešenja, u kanadskoj literaturi je posebno naglašavana neujednačenost prakse u postupanju sudova, koja je podrazumevala različito sankcionisanje približno sličnih slučajeva fizičkog kažnjavanja dece.⁴¹

Postupajući po žalbi na odluku Apelacionog suda Ontarija Vrhovni sud Kanade je početkom 2004. godine precizirao pravne standarde umerenosti i razumnosti pri fizičkom kažnjavanju dece koje, pri odlučivanju, treba da slede svi niži sudovi u državi.⁴² Prvenstveno, deca ispod dve godina starosti i deca starija od 12 godina ne mogu biti fizički kažnjavana. Apsolutna zabrana fizičkog kažnjavanja se odnosi i na decu sa posebnim potrebama. Najviše kontroverzi je izazvalo stajnište Vrhovnog suda Kanade prema kome nema suštinskih razlika između fizičkog kažnjavanja koje sprovode roditelji i nastavnici. Za sud je od presudne važnosti jedino svrha fizičkog kažnjavanja koja mora biti usmerena u pravcu obrazovanja, a ne radi sprovođenja kazne radi nje same. Treba apostrofirati i to da je ova odluka izazvala izrazito oprečne stavove u javnosti i da, pri tome, nije doneta jednoglasno. Ipak, preovladao je porodično-paternalistički pristup zasnovan na uverenju da deca imaju potrebu za atmosferom koja odiše sigurnošću, pri čemu su roditelji i nastavnici zaduženi za njihovo obrazovanje i disciplinovanje.⁴³ Prema manjinskom mišljenju sudija, tolerisanje fizičkog kažnjavanja istovremeno znači i ignorisanje povrede dostojanstva dece, budući da se ona pretvaraju u građane drugog reda, i da to stvara praksu diskriminacije po osnovu starosne dobi. Umesto da država zaštiti decu kao posebno ranjivu skupinu društva, ona ih praktično doživljava kao svojину roditelja.⁴⁴ No, s druge strane, u literaturi je prisutno i gledište da ovakav model blagog i umerenog pravnog intervenisanja u odnosima roditelja i dece ima tu vrlinu da je fleksibilan, jer dopušta slobodu akcije pravno-sudnih organa uz razmatranje svih okolnosti slučaja u multikulturalnim društvima.⁴⁵

3. DISCIPLINOVANJE I(LI) ZLOSTAVLJANJE: SVRHovitost i efekti fizičkog kažnjavanja

Po pitanju efekata fizičkog kažnjavanja na razvoj dece, tj. odnosa benefita i potencijalne štete od ove prakse, naučna i stručna javnost su već dugo podeljene. Dok neki istraživači ukazuju da je fizičko kažnjavanje delotvorno, u nekim slu-

⁴⁰ Više o tome: B. Shmueli (2007), op. cit., 74.

⁴¹ Ibid.

⁴² Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General), [2004] 1 SCR 76, 2004 SCC 4 (CanLII).

⁴³ B. Shmueli (2007), op. cit., 76.

⁴⁴ B. Shmueli (2010), op. cit., 286.

⁴⁵ B. Shmueli (2007), op. cit., 79.

čajevima čak poželjno,⁴⁶ drugi zaključuju da je ono u najboljem slučaju nedelotvorno, a u najgorem štetno.⁴⁷ Ni novije meta-analiitičke studije nisu sasvim utišale ovu debatu, budući da su rezultati do kojih su došli raznoliki – dok je u jednim utvrđeno da je fizičko kažnjavanje uglavnom neefektivno i štetno,⁴⁸ u drugima se zaključuje da je umereno fizičko kažnjavanje (koje nije učestalo i ne predstavlja dominantnu taktiku disciplinovanja) u nekim okolnostima delotvorno,⁴⁹ dok se u trećima utvrđuje da je fizičko kažnjavanje povezano sa kognitivnim, emocionalnim i bihevioralnim problemima dece, premda je ta povezanost slaba.⁵⁰

Primarna svrha fizičkog kažnjavanja je, u preovlađujućem broju slučajeva, zaustavljanje neprihvatljivog detetovog ponašanja, odnosno efektivno prinuđivanje deteta na trenutnu poslušnost. No, ciljevi telesnog kažnjavanja deteta se u ovome ne iscrpljuju. Njime se, kao i kažnjavanjem uopšte, u krajnjoj liniji cilja na opšte popravljivanje detetovog ponašanja, bilo kroz preobražaj utemeljen na samouvidu i internalizaciji društvenih normi i prihvatljivih oblika ponašanja, ili kroz izbegavanje određenog ponašanja čije su posledice u vidu telesne kazne stavljene detetu u izgled.

Izazivanje telesnog bola kao neminovne mere u popravljaju ponašanja deteta zasniva se na dve premise: da je kažnjavanje jedini delotvoran (ili najdelotvorniji) način da se utiče na ponašanje deteta, i da je strah od fizičkog bola jedini efektivan (ili najefektivniji) korektiv detetovog ponašanja. Kad ne bi postojali drugi načini socijalizovanja deteta, pa ni alternativan efektivan način kažnjavanja bez delovanja na telesni integritet i izazivanja straha od telesne kazne, onda bi se telesno kažnjavanje moglo tretirati kao neizbežno. Ukoliko bi telesno kažnjavanje bilo jedini delotvoran način disciplinovanja u određenim slučajevima, moglo bi se uzeti da mu roditelj ili staratelj pribegava u nuždi, primenjujući ga supsidijarno,

⁴⁶ Vid. Diana Baumrind, "Necessary distinctions", *Psychological Inquiry*, 8, 2/1997, 176–182; Robert Larzelere, 2000, prema: Elizabeth Thompson Gershoff, "Corporal Punishment by Parents and Associated Child Behaviors and Experiences: A Meta-Analytic and Theoretical Review", *Psychological Bulletin*, 128, 4/2002, 539–579.

⁴⁷ Vid. Hugh Lytton, "Physical punishment is a problem, whether conduct disorder is endogenous or not", *Psychological Inquiry*, 8, 3/1997, 211–214; Joan McCord, "On discipline", *Psychological Inquiry*, 8, 3/1997, 215–217.

⁴⁸ E. T. Gershoff; Elizabeth Thompson Gershoff, Andrew Grogan-Kaylor, "Spanking and child outcomes: Old controversies and new meta-analyses", *Journal of Family Psychology*, 30, 4/2016, 453–469.

⁴⁹ Robert Larzelere, Brett Kuhn, "Comparing child outcomes of physical punishment and alternative disciplinary tactics: A metaanalysis", *Clinical Child and Family Psychology Review*, 8, 1/2005, 1–37.

⁵⁰ Christopher Ferguson, "Spanking, corporal punishment and negative longterm outcomes: A meta-analytic review of longitudinal studies", *Clinical Psychology Review*, 33, 2013, 196–208; Elisabeth Oddone Paolucci, Claudio Violato, "A meta-analysis of the published research on the affective, cognitive, and behavioral effects of corporal punishment", *The Journal of Psychology*, 138, 2014, 197–221.

kao krajnje sredstvo. No, kada bi fizičko kažnjavanje bilo mera koja se primenjuje kao poslednje, a ne i kao prvo sredstvo izbora, onda bi akademska rasprava o ovim pitanjima bila suvišna. Stvari u realnosti stoje drukčije, a na široko rasprostranjenu praksu primene telesnog kažnjavanja⁵¹ ne utiče stanje u pogledu naučnih nalaza o njegovoj učinkovitosti.

Korektivni učinak fizičkog kažnjavanja dece je u najmanju ruku diskutabilan, čemu u prilog govore rezultati većine dosadašnjih istraživanja, premda treba napomenuti da je meta-analizom koju su sprovedi Larzeler (Larzeler) i Kun (Kuhn) utvrđeno da se fizičko kažnjavanje, primenjeno kao krajnje sredstvo, pokazuje efektivnijim od nefizičkog kažnjavanja u slučajevima disciplinovanja dece sa disruptivnim biheviornalnim problemima, uključujući antisocijalno i prkosno ponašanje.⁵² U istoj studiji se, pak, zaključuje da najveći broj formi nefizičkog kažnjavanja ima slične veze sa ishodima kao i fizičko kažnjavanje, ali da su svi nefizičke forme kažnjavanja povezani sa boljim ishodima u poređenju sa fizičkim kažnjavanjem koje je oštro ili koje predstavlja dominantnu taktiku disciplinovanja.⁵³

Meta-analiitička studija koju je početkom prošle decenije sprovedla Geršof (Gershoff), a kojom je obuhvaćeno 88 istraživanja sprovedenih tokom prethodnih šezdesetak godina, pokazala je da se fizičkim kažnjavanjem postiže ono što, u većini slučajeva, i jeste njegova primarna svrha – neposredno prinuđivanje deteta na poslušnost, odnosno trenutno zaustavljanje neprihvatljivog ponašanja deteta.⁵⁴ Na drugoj strani, pak, fizičko kažnjavanje je povezano sa nizom nepoželjnih efekata, uključujući eskalaciju u fizičko zlostavljanje, antisocijalno i delinkventno ponašanje deteta, probleme mentalnog zdravlja i loš odnos između roditelja i deteta. Oštro telesno kažnjavanje je značajno povezano sa adolescentskim depresivnim simptomima, sniženom asertivnošću i izraženim osećanjem bespomoćnosti. Opažena je snažna tendencija da roditelji koji su u detinjstvu bili telesno kažnjavani primenjuju istu praksu i prema svojoj deci, a iskustvo telesnog kažnjavanja u detinjstvu povećava rizik od primene nasilja u partnerskom odnosu u odraslom dobu. Do sličnih nalaza došlo se i u meta-analizi koju su nedavno sprovedi Geršof (Gershoff) i Grogenkejlror (Grogan-Kaylor). Fizičko kažnjavanje se ne pokazuje efektivnim u korigovanju ponašanja, ali je povezano sa povišenom agre-

⁵¹ Prema novijim podacima Unicefa, u svetu je oko 80% dece izloženo fizičkom kažnjavanju. UNICEF, *Hidden in plain sight: A statistical analysis of violence against children*. New York 2014. U Srbiji, prema rezultatima studije „Istraživanje višestrukih pokazatelja položaja žena i dece u Srbiji 2014 (MICS 5)” koju je sproveo Unicef, 93% roditelja smatra da je fizičko kažnjavanje nepotrebno primenjivati u disciplinovanju dece, dok je 16% dece do 14 godina izjavilo da je izloženo fizičkom kažnjavanju kao metodu disciplinovanja. Republički zavod za statistiku i UNICEF, *Istraživanje višestrukih pokazatelja položaja žena i dece u Srbiji 2014, i Istraživanje višestrukih pokazatelja položaja žena i dece u romskim naseljima u Srbiji 2014, Glavni nalazi*. Beograd 2014.

⁵² R. Larzeler, B. Kuhn, op. cit., 25.

⁵³ Ibid, 28.

⁵⁴ E. T. Gershoff, op. cit., 544 i dalje.

sivnošću deteta, upadljivijim antisocijalnim ponašanjem, eksternalizovanim i internalizovanim problemima, problemima mentalnog zdravlja, negativnijim odnosima sa roditeljima, slabijom internalizacijom moralnih normi, slabijim kognitivnim sposobnostima i sniženim samopouzdanjem. Telesno kažnjavanje nosi upadljiv rizik od eskalacije u fizičko zlostavljanje, i značajno je povezano sa antisocijalnim ponašanjem i mentalnim problemima u odraslom dobu.⁵⁵

Premda su neke od meta-analiza kojima se ukazuje na štetne efekte umere-nog fizičkog kažnjavanja trpele kritike zbog metodoloških slabosti,⁵⁶ ono oko čega postoji konsenzus jeste da se fizičkim kažnjavanjem ne postižu naročiti pozitivni efekti niti dugoročni vaspitni ciljevi u smislu popravljavanja ponašanja, budući da generalizovanje prihvatljivih bihevioralnih obrazaca zahteva primenu kompleksnijih mera koje podstiču internalizaciju moralnih normi i društvenih pravila.⁵⁷ Štaviše, empirijski nalazi govore da je telesno kažnjavanje povezano sa sniženom internalizacijom moralnih normi.⁵⁸ Iako se čini nespornim da bi se bez ikakve štete fizičko kažnjavanje moglo zameniti alternativnim taktikama disciplinovanja,⁵⁹ treba imati u vidu da se ni nefizičke forme kažnjavanja ne smatraju superiornim u podsticanju pozitivnog razvoja deteta – vaspitni domet kažnjavanja jeste (eventualna) inhibicija štetnog ponašanja.⁶⁰

Inhibicija postignuta zastrašenjem deteta telesnom kaznom i njegova poslušnost obično su kratkoročne. Strah od telesne kazne je nedovoljan da proizvede dugoročne pozitivne efekte. Uprkos tome, od primene fizičkog kažnjavanja se ne odustaje, i čini se da se u rutinskoj praksi primene telesne kazne od nje i ne očekuje toliko da podstakne pozitivan razvoj, koliko da izazove generalan strah od retribucije i onog ko je sprovodi.

Uzvrćanje detetu neprijatnosti ili bola koje je svojim postupkom nanelo drugima, da bi „videlo kako je to“ ili da bi „zapamtilo“ da je određeno ponašanje neprihvatljivo sećajući se bola koji je usledio, prastara je taktika disciplinovanja koja je duboko ukorenjena u tradiciji budući da se veoma dugo u prošlosti tretirala kao dužnost onog ko je odgovoran za podizanje deteta. Telesno kažnjavanje u funkciji „uzvrćanja“ deci mlađeg predškolskog uzrasta, po svojoj suštini bi se moglo tretirati kao neprimereno, nepotrebno i štetno, ako kažnjeno dete nije u stanju da pravilno poveže uzrok i posledice, da generalizuje negativne efekte određenog ponašanja i da razume šta je i zbog čega neprihvatljivo u njegovom ponašanju. Posebno je nedopustivo kontinuirano zastrašivanje malog deteta radi

⁵⁵ E. T. Gershoff, A. Grogan-Kaylor, op. cit., 463.

⁵⁶ Vid. Diana Baumrind, Robert Larzelere, Philip Cowan, Ordinary physical punishment: Is it harmful? Comment on Gershoff (2002), *Psychological Bulletin*, 128, 4/2002, 580-589.

⁵⁷ Joan Grusec, Jacqueline Goodnow, 1994, prema: E. T. Gershoff, op. cit., 550.

⁵⁸ E. T. Gershoff, op. cit., 550.

⁵⁹ C. Ferguson, op. cit., 204.

⁶⁰ R. Larzelere, B. Kuhn, op. cit., 28.

olakšavanja dužnog nadzora nad njim, koje je primer okrutnog zlostavljanja. U slučaju primene telesnog kažnjavanja s ciljem uzvratanja prema deci starijeg predškolskog ili školskog uzrasta, deci koja su kadra ne samo da povežu uzroke i posledice, već i da razumeju ili nazru koncept pravde, nameće se pitanje da li je nanošenje telesnog bola neophodan oblik „uzvratanja“. Ako uistinu „ništa drugo ne pomaže“, ako nijedan drugi model kažnjavanja ne bi doveo do željenog efekta (inhibicije), izvesno je da je takvoj deci i njihovim roditeljima potrebna stručna pomoć u nošenju sa razvojnim problemima. Razumna opcija i dužnost roditelja u toj situaciji bila bi da takvu pomoć potraži, umesto da nastavi sa primenom ili intenzivira primenu kazne koju intuitivno doživljava kao nužnu, a koja očigledno ne dovodi do željenih efekata.

Najzad, ne treba izostaviti još jedan (retributivni) cilj telesnog kažnjavanja deteta – uzvratanje (obično u stanju upadljivo povišenog afektnog stanja) zbog nelagode i frustracije roditelja ili staratelja izazvane detetovim odbijanjem poslušnosti. Telesno kažnjavanje deteta, ma kako da se objašnjava i opravdava, neretko ima karakter impulsivnog ljutitog uzvratanja detetu zbog prkošenja roditeljskom autoritetu. Nesporno je da impulsivnu primenu telesnog kažnjavanja, čija je težišna svrha emocionalno rasterećenje, pri čemu su batine obično praćene vikom, verbalnim zastrašivanjem ili omalovažavanjem deteta, treba tretirati kao nedopuštenu, odnosno kao oblik zloupotrebe moći od strane roditelja ili staratelja. Štetni efekti impulsivnog kažnjavanja posebno su dramatični u slučaju dece mlađeg uzrasta, koja obrasce ponašanja usvajaju prevashodno imitacijom. Dete, na uzrastu kada još uvek nije kadro da generalizuje neprihvatljivost konkretnog vlastitog ponašanja, u stanju je da nauči da se na pritisak negativnih emocija i frustracije uobičajeno reaguje fizičkom agresijom. Povrh toga, telesno kažnjavanje je za dečte svojevrsna pokazna vežba za učinkovitost primenjivanja sile, pri čemu ono uviđa da pozicija moći određuje smer učinkovite agresije. Zato će neka deca kod kuće nastojati da ne razljute impulsivnog roditelja, ali će izvan doma primenjivati usvojeni obrazac prema onima koji nisu nadmoćniji od njega (prema drugoj deci, malim životinjama itd.). Vremenom se taj bihevioralni model može ukoreniti i definisati komunikaciju sa drugima – u porodici, vršnjačkim, kasnije i partnerskim odnosima.

Ni tzv. instrumentalno fizičko kažnjavanje, tj. kažnjavanje bez upadljivo povišenog afekta, u postupku uobičajenog disciplinovanja deteta prema unapred ustanovljenim pravilima, nije lišeno negativnih efekata.⁶¹ Roditelj koji u repertoaru vaspitnih sredstava nema superiornijih izbora od telesne kazne, koja od slučaja do slučaja varira samo u meri, šalje jasnu poruku detetu da autoritet i moć znače mogućnost da se povređuje telesni integritet drugog (podređenog), te da je povreda telesnog integriteta rutinska stvar i podrazumevana komponenta odnosa

⁶¹ E. T. Gershoff, op. cit., 553.

u kojem postoji disbalans moći. Dete u tom slučaju ne može razumeti socijalizaciju drukčije nego kao neparticipativan, jednosmeran i prisilan proces: pravila se posredstvom straha od kazne „uteruju u glavu“ onom ko je podređen i nemoćan, a kazna je utoliko delotvornija ukoliko sadrži degradirajuću komponentu, poput kazne izražene u određenom broju udaraca po telu.

Bilo impulsivno ili instrumentalno, telesno kažnjavanje je u funkciji održavanja anahronih kulturnih normi o autoritetu i moći. Umesto da se moć i autoritet novim naraštajima predstavljaju kao odgovornost za iznalaženje pravičnih rešenja u interpersonalnim i socijalnim odnosima i superiornost u veštinama rešavanja problema, deci se, od uzrasta kada malo toga razumeju, pa do uzrasta kada sve mogu dobro razumeti, prikazuju kao privilegija sprovođenja vlastite volje i to primenom onih načina koji ne zahtevaju nikakvo angažovanje i udubljiivanje u problem i nikakvu superiornost sem fizičke nadmoći. Ako je suštinski cilj socijalizacije razvijanje sposobnosti kod dece da svoje potrebe i želje ostvaruju na društveno prihvatljiv način, ne povređujući psihofizički integritet i prava drugih, onda se pažnja akademske javnosti i kreatora socijalnih politika mora zadržati na pitanju da li je primena telesnog kažnjavanja zaista u funkciji tog cilja.

4. ZAVRŠNI DISKURS

Dopuštenost telesnog kažnjavanja dece predstavlja odstupanje od principa nepovredivosti čovekovog telesnog integriteta koje mora biti opravdano. Uopšte uzev, telesno kažnjavanje bi se moglo smatrati opravdanim i prihvatljivim samo ako je primenjeno s ciljem disciplinovanja i vaspitavanja deteta i ako je uz to nužno, a razumnim samo ako je podobno da proizvede željene, uz izbegavanje negativnih posledica. U svetlu savremenih naučnih saznanja o efektima telesnog kažnjavanja, opravdanja za dopuštenost telesnog kažnjavanja dece nisu ubedljiva i neupitna.

Dve stvari se u ovom momentu čine nespornim. Prva je da se dopuštenost telesnog kažnjavanja dece mora temeljiti na jasnoj i opravdanoj svrsi koja isključuje emocionalno rasterećenje roditelja ili staratelja koji je primenjuje. Druga je da bi telesno kažnjavanje, zbog nikakve ili slabe delotvornosti, negativnih efekata koje proizvodi i rizika koje nosi, trebalo suzbijati kao način disciplinovanja dece. Da li je najbolji put ka tom cilju zakonska zabrana telesnog kažnjavanja u društvu koje ne odlikuje razvijena svest o svrsi i stvarnim efektima telesne kazne i u kojem se angažovanje u detetovom pravilnom razvoju često meri učestalošću njegovog kažnjavanja, drugo je pitanje.

Premda empirijski nalazi o rasprostranjenosti fizičkog kažnjavanja dece u Evropi ukazuju da je raširenost ove prakse skoro dvostruko veća u onim zemlja-

ma u kojima ono nije zabranjeno,⁶² temeljni zaokret u praksi disciplinovanja i socijalizacije dece može se očekivati ne na osnovu samog uvođenja zakonske zabrane, već onda kada se stvore svi preduslovi za to – kada dođe do značajnog podizanja svesti i osnaživanja roditelja u vladanju roditeljskim veštinama i alternativnim metodama disciplinovanja, odnosno razvijanja efikasne mreže socijalne podrške deci, roditeljima i starateljima suočenim sa dečjim razvojnim problemima. Pitanje da li akcenat na nužne i nezaobilazne aktivnosti iz repertoara socijalne prevencije, edukacije i podrške treba staviti pre uvođenja zakonske zabrane telesnog kažnjavanja, paralelno s njom, nakon ili nezavisno od nje, zaslužuje posebnu akademsku i stručnu raspravu. Okolnost da postoji intencija da se zabrana telesnog kažnjavanja dece u Srbiji predvidi građanskim zakonodavstvom nagoveštava odmeren pristup pri rešavanju ovog problema, odnosno da je primarni motiv podizanje svesti o pravima deteta, a ne kažnjavanje roditelja.

⁶² Nathalie duRivage *et al*, “Parental use of corporal punishment in Europe: intersection between public health and policy”, *PLoS One*, 2015, 12; 10(2): e0118059, <https://www.pubfacts.com/detail/25674788/Parental-use-of-corporal-punishment-in-Europe-intersection-between-public-health-and-policy>, 14.01.2017.

*Darko Z. Simović, Ph.D., Full Professor
Academy of Criminalistic and Police Studies
Belgrade
darko.simovic@kpa.edu.rs*

*Biljana Simeunović-Patić, Ph.D., Associate Professor
Academy of Criminalistic and Police Studies
Belgrade
biljana.sp@kpa.edu.rs*

Contribution to the Discussion on the Banning of Corporal Punishment of Children

Abstract: *This paper discusses the arguments pro et contra banning of corporal punishment of children, in light of existing comparative legal solutions, experience from foreign countries and results of scientific research on the effects of this method of child discipline. According to the current state of knowledge, the fact that corporal punishment of children does not produce long-lasting positive changes in behavior, but likely produces several detrimental consequences; implies that this child discipline method should be abandoned and substituted by alternative ones. The experience of countries where the corporal punishment of children has been outlawed for decades tells us this may be achieved primarily through awareness raising activities and measures aimed at empowering parents and caregivers. A tendency to equate corporal punishment with physical abuse may turn out to be ineffective in suppression of inadequate child discipline practices if the focus of societal reaction is predominantly put on punishment and stigmatization of parents and caregivers instead on their proper training and empowering, and activities aimed at raising public awareness on the rights of children.*

Keywords: *corporal punishment of children, physical abuse, child discipline, corporal punishment ban.*

Datum prijema rada: 07.02.2017.

*Dr Tatjana D. Bugarski, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
T.Bugarski@pf.uns.ac.rs*

*Dr Milana M. Pisarić, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
M.Pisaric@pf.uns.ac.rs*

UZAJAMNO PRIZNAVANJE SUDSKIH ODLUKA KAO OSNOV PRIBAVLJANJA I PRENOSA DOKAZA U KRIVIČNOM POSTUPKU*

Sažetak: *Savremeni oblici kriminaliteta čije obeležje je prekograničnost postavili su nove zahteve pred pravosudne organe koji se odnose na pribavljanje i prenos dokaza za potrebe vođenja krivičnog postupka. Na pribavljanje i prenos dokaza u krivičnim stvarima utiče prostorno važenje krivičnog zakonodavstva, način uređenja međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima i garantovana osnovna ljudska prava i slobode. Zbog svega navedenog, problematika pribavljanja i prenosa dokaza u kontekstu međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima je izuzetno kompleksna, aktuelna i značajna, i u ovom radu joj je posvećena posebna pažnja. Princip uzajamnog pomaganja i uzajamnog priznavanja sudskih odluka i evropski nalog za sprovođenje istrage su osnovna pitanja kojima se autori bave u ovom radu. Ova problematika je izuzetno aktuelna od maja meseca 2017. godine, od kog momenta će evropski nalog za sprovođenje istrage biti jedini instrument za pribavljanje i prenos dokaza između država članica Evropske unije. Posebna pažnja je posvećena principu uzajamnog priznavanja sudskih odluka na kome se ovaj instrument zasniva, kao i pitanju vrednovanja dokaza pribavljenih u inostranstvu.*

Ključne reči: *krivični postupak, međunarodna saradnja, uzajamno pomaganje, uzajamno priznavanje sudskih odluka, dokazi, evropski nalog za sprovođenje istrage.*

* Rad je nastao kao rezultat rada na Projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ u 2016. godini, čiji nosilac je Pravni fakultet u Novom Sadu, Univerzitet u Novom Sadu.

1. UVODNA RAZMATRANJA

Dokazi predstavljaju sredstva kojima se utvrđuje ili opovrgava postojanje određenih činjenica i zbog toga se smatraju ključnim elementima krivičnog postupka, jer se pomoću njih utvrđuje da li je osumnjičeni, odnosno okrivljeni učinio krivično delo koje mu se stavlja na teret ili ne. U krivičnom postupku se utvrđuju razne činjenice, koje se mogu odrediti „()...kao utvrđeno postojanje pojave (fragmenta) iz stvarnosti u krivičnom postupku“.¹

Utvrđivanje činjenica koje sud vrši je složen proces. Sud utvrđuje pravno relevantne činjenice² koje su po prirodi objektivne, a to su one koje kao takve ne zavise od subjekta koji ih saznaje, od njegove svesti i volje. Što se tiče subjektivnih činjenica, sudiju, na primer, zanima kako se okrivljeni ili oštećeni kao svedok ponaša, ali i kako se oseća, pa bi se moglo postaviti pitanje: da li sud utvrđuje i subjektivne činjenice. Ipak, potrebno je naglasiti da sudiju ne zanima sama činjenica koja je subjektivna neposredno, nego izjava subjekta, bilo usmena ili pismena o tome šta je osetio ili doživeo. Pošto je izjava objektivna činjenica, može se izvesti zaključak da sudija utvrđuje samo objektivne činjenice koje su pravno relevantne. Sudija konstatuje činjenice neposrednim čulnim opažanjem i donosi svoj sud o rezultatima opažanja. Pre nego što donese bilo koju odluku, organ koji je donosi mora utvrditi da postoje činjenice na postojanje kojih zakon nadovezuje nužnost odnosno mogućnost donošenja takve odluke.^{3 4}

Utvrđivanje činjenica podrazumeva proces stvaranja uverenja o njihovom postojanju ili nepostojanju, a to predstavlja osnovno pitanje u krivičnom postupku. U savremenom krivičnoprocesnom pravu zakonodavac ne određuje pitanje sa kojom uverenosti sud treba u pojedinom slučaju utvrditi činjenice za temelj svoje odluke i prepušta sudiji da to sam odredi, ocenjujući slobodno sve dokaze, odnosno izvore saznanja koje je prikupio.⁵ Verovatnoća se u psihološkom i empirijskom smislu može stepenovati, a kvantitativni porast verovatnoće od pojave „verovatnijeg od suprotnog“ do „očiglednog“ u osuđujućoj presudi može se prikazati i u vidu grafi-

¹ Ilić I., *Utvrđivanje činjenica u adverzijalnom krivičnom postupku i suđenje u razumnom roku*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Suđenje u razumnom roku i drugi krivičnopravni instrumenti adekvatnosti državne reakcije na kriminalitet, LV Redovno godišnje savetovanje Udruženja, Zlatibor 2015, 592.

² O činjenicama koje se utvrđuju u krivičnom postupku više videti: Bayer V., *Jugoslovensko krivično procesno pravo (knjiga druga) – Pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku*, Zagreb 1972.

³ Bayer V, op.cit, 46.

⁴ Pasus preuzet iz: Bugarski T., „Sudije porotnici i ocena dokaza po slobodnom sudijskom uverenju“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* br.3/2014, 229.

⁵ Krapac D. i suradnici, *Kazneno procesno pravo* (prva knjiga: institucije), četvrto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb 2010, 400.

kona.⁶ Za potrebe donošenja presude, činjenice je potrebno utvrditi sa najvećim stepenom izvesnosti, a to se postiže onda kada je sud savesno ocenio svaki dokaz pojedinačno, i u vezi sa ostalima. Savesnost prikupljanja dokaza podrazumeva poštovanje svih odredaba krivičnog procesnog prava koje se odnose na delatnost stranka i suda u pogledu predlaganja i prikupljanja dokaza i načina njihovog izvođenja.⁷ Ove odredbe je zakonodavac konstruisao vodeći računa o načelu pravičnog postupka, koje strankama, kroz inicijativu u dokazivanju, daju maksimum mogućnosti za postizanje povoljne odluke nezapostavljajući istovremeno ni spoznajne potrebe suda, kao nosioca Ustavom poverenog socijalnog zadatka zaštite pravnih dobara, primenom kazni na pojedince, koji ih napadaju ili ugrožavaju.⁸ Organ postupka činjenice može utvrditi na nekoliko načina, i to:⁹ sopstvenim opažanjem, iskazom lica, čitanjem isprava ili korišćenjem tehničkih snimaka.

Dokazni postupak, koji se sastoji u preduzimanju dokaznih radnji, predstavlja suštinski najvažniji deo krivičnog postupka. Sve procesne radnje koje mu prethode i koje sleduju po njegovom okončanju su samo u funkciji ostvarivanja uslova za njihovo preduzimanje, odnosno predstavljaju posledicu izvedenih dokaza. Značaj dokaznih radnji se izvodi iz činjenice što se upravo na rezultatima izvedenih dokaza donosi presuda. Presuda, osim što mora biti zakonita, mora da bude i pravilna, odnosno zasnovana na tačno i potpuno utvrđenom činjeničnom stanju, a to se postiže izvođenjem dokaza. Postupanje sa dokazima u krivičnom postupku je kompleksna radnja koja se, teorijski gledano, sastoji od nekoliko faza, odnosno delova, međusobno povezanih, koje imaju svoj redosled i dinamiku. Postupanje sa dokazima se sastoji od¹⁰:

- podnošenja predloga da se neki dokaz izvede (dokazne inicijative);
- donošenja odluke od strane nadležnog organa da se izvede predloženi dokaz;
- izvođenja dokaza, odnosno korišćenja dokaza na način koji odgovara prirodi samog dokaza, i
- ocene dokaza.

Ove četiri faze u postupanju sa dokazima su integrativno povezane, a izostanak neke od njih može dovesti u pitanje zakonitost samog dokaza. Postupak sa dokazima obuhvata niz aktivnosti koje su različito raspoređene između procesnih subjekata prema tome na kojim je osnovima postavljen krivični postupak.¹¹ Osim toga, posebno je važno istaći da se prilikom preduzimanja dokaznih radnji strogo mora ju poštovati formalni i materijalni uslovi propisani zakonom, jer su oni uslov njio-

⁶ Ibidem, 400-401.

⁷ Ibidem, 402.

⁸ Ibidem.

⁹ O ovome više videti Bayer V., op.cit., 27.

¹⁰ O izvođenju dokaza videti: Vasiljević T., Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ, Beograd 1971, 305-310.

¹¹ Vasiljević T., op.cit., 305.

ve zakonitosti, odnosno preduslov korišćenja u krivičnom postupku. Faze u postupku sa dokazima se mogu, uslovno rečeno, podeliti na formalne i materijalne, s obzirom na to da se prve tri faze odnose na formalnu stranu dokaza, dok se četvrta faza može smatrati materijalnom, jer se u njoj utvrđuje kvalitet i kvantitet relevantnosti izvedenog dokaza kao osnova za donošenje presude. Ocena dokaza je izuzetno važna faza u postupanju sa dokazima jer „dokaz pribavljen u postupku treba da se podvrgne oceni da bi se iz toga izveo zaključak o istinitosti ili neistinitosti činjenice“¹². Svu dokaznu građu sud podvodi pod pravila iskustva, a zatim logičkim zaključivanjem izvodi zaključak o istinitosti ili neistinitosti činjenice.

Ovo pitanje je posebno delikatno i važno u slučajevima kada se dokazi pribavljaju i prenose putem instrumenata međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima. U tim slučajevima se pribavljen dokaz prvo podvrgava oceni prihvatljivosti, o čemu će posebno u radu biti reči, pa se tek onda pristupa oceni dokaza. U tim slučajevima važno je ukazati na jednu specifičnost, a to je da nadležni organi različitih država učestvuju u pribavljanju dokaza, pri čemu je potrebno da budu ispunjeni i sledeći uslovi:

- princip dvostruke inkriminacije, kao preduslov za priznavanje odluke;
- zaštita prava okrivljenog (osumnjičenog) i oštećenog;
- postojanje zajedničkih standarda (minimalnih uslova).¹³

Radi uspostavljanja zajedničkih minimalnih standarda u krivičnom postupku Savet za pravosuđe Evropske unije je 2009. doneo smernice o procesnim pravima u krivičnom postupku koje predlažu stvaranje pet zakonskih mera, i to: pravo na tumačenje i prevođenje, pravo na informacije, pravo na pravnu pomoć pre i tokom suđenja, pravo lica lišenih slobode na komunikaciju sa porodicom, poslodavcem i konzularnim telima, na obaveštavanje treće strane u slučaju oduzimanja slobode i na komunikaciju sa trećim licima, pravo na zaštitu ranjivih osumnjičenih lica, a na osnovu ovoga neke od mera su već donete.¹⁴

2. MEĐUNARODNA PRAVNA POMOĆ U KRIVIČNIM STVARIMA

Osnovni zadatak sistema krivičnog pravosuđa je odbrana i zaštita najvažnijih fundamentalnih interesa u društvu. Ovaj sistem treba da zaštiti pojedinca od zloupotrebe moći, kako od strane drugih pojedinaca, tako i od strane državnih vlasti. I u tom smislu sistem krivičnog pravosuđa mora da ispuni dva međusobno

¹² Ibidem, 308.

¹³ Više videti: Stojković S., *Uzajamno priznavanje odluka u krivičnim stvarima i prava okrivljenog lica*, Doktorska disertacija, Pravni fakultet u Novom Sadu, Univerzitet u Novom Sadu, 2016, 59-60.

¹⁴ Turudić I., Pavelin Vorzić T., Bujas I., „Odnos načela uzajamnog priznavanja kroz poverenja i provere dvostruke kažnjivosti“, *Zbornik pravnog fakulteta sveučilišta u Rijeci*, br. 2/2015, 1082-1083.

povezana cilja: na horizontalnom nivou da obezbedi efikasnu prevenciju kriminaliteta, a na vertikalnom nivou da obezbedi efikasnu kontrolu javne vlasti i u tom smislu da očuva osnovne vrednosti vladavine prava i jednakosti pojedinaca.¹⁵ Sistemi krivičnog pravosuđa, radi ostvarenja ovih ciljeva, ostvaruju različite vrste saradnje sa sistemima krivičnog pravosuđa u drugim državama, s obzirom na to da kriminalitet u savremenim uslovima pokazuje tendenciju rasta prekograničnosti.

Međunarodna saradnja u krivičnim stvarima je bila nužna posledica slobodnog kretanja ljudi, robe, kapitala i usluga. Anuliranje granica u okviru Evropske unije je intenziviralo ovu slobodu kretanja. Ugovorom o funkcionisanju Evropske unije (član 82 i 83) apelovano je na minimalnu harmonizaciju u području pravosudne saradnje u krivičnim stvarima na taj način što je propisano da, između ostalog, Evropski parlament i Savet mogu direktivama utvrditi minimalna pravila potrebna za olakšavanje uzajamnog priznavanja presuda i sudskih odluka kao i policijske i pravosudne saradnje u krivičnim stvarima sa prekograničnim elementima, a ukoliko se pokaže da je za obezbeđenje efikasnog sprovođenja politike Evropske unije, u području koje podleže merama usklađivanja, nužno usklađivanje krivičnih zakona i drugih propisa država članica, tada se direktivama mogu utvrditi minimalna pravila za definisanje krivičnih dela i sankcija u tom području.¹⁶ Na nivou Evropske unije, stvaranje trećeg stuba – područja slobode, sigurnosti i pravde je uslovalo značajne promene krivičnog prava država članica EU. Promene koje su se uvodile u poslednje dve decenije imale su za cilj unapređenje međunarodne saradnje u krivičnim stvarima, a na ove promene najviše su uticali osnovni principi u međunarodnoj saradnji u kojoj je svakako najznačajniji princip uzajamnog priznavanja sudskih odluka koji je uveden odlukom u Tampereu 1999. godine.¹⁷ Uvođenje ovog načela je, između ostalog, najviše uticalo na ostvarivanje određenih podudarnosti među krivičnim zakonima članica, na unapređenje saradnje nacionalnih policija i tužilaštava, kao i na povećanje efikasnosti sudstva.¹⁸ Načelo uzajamnog priznavanja sudskih odluka je bilo kompromisno rešenje, odnosno bolje reći, prihvaćen surogat za harmonizaciju krivičnog prava država članica Evropske unije koje je predstavljalo uslov za postizanje efikasne saradnje u krivičnim stvarima. Primena načela uzajamnog priznavanja sudskih odluka u Evropskoj uniji se najbolje manifestovala kroz implementaciju četiri

¹⁵ Grining L., „A Criminal Justice System or a System Deficit? Notes on the System Structure of the EU Criminal Law“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, No.18/2010, 125-126.

¹⁶ O ovome videti: Goldner Lang I., „Europsko pravo kao okvir pravosudne suradnje u kaznenim stvarima“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* br. 2/2014, 241.

¹⁷ Tampere European Council 15 and 16 October 1999 Presidency Conclusions (B 6), http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm

¹⁸ Fazlić A.; The Principle Of Mutual Recognition In Cooperation In Criminal Matters: A Study of the Principle in Four Framework Decisions and the Implementation Legislation in the Nordic Member States, aut. Souminen A., *Pravna misao* (Sarajevo) br. 5-6/2014, 111.

Okvirne odluke, odnosno četiri instrumenta i to: Evropskog naloga za hapšenje i predaju lica,¹⁹ Evropskog naloga za obezbeđenje imovine i dokaza,²⁰ Uzajamno priznavanje novčanih kazni²¹ i Konfiskaciju prihoda, sredstava i imovine povezanih sa krivičnim delom.²²

Problematika međunarodne saradnje u krivičnim stvarima od ugovora iz Maastrichta predstavlja deo prava Evropske unije. Ugovorima iz Amsterdama, Nice i Lisabona ova saradnja je dalje išla u pravcu jačanja i ekspanzije nadležnosti Evropske unije u ovom području. Iako je suzbijanje kriminaliteta jedan od osnovnih ciljeva Evropske unije, ona u području slobode, sigurnosti i pravde, u koju spada i međunarodna saradnja u krivičnim stvarima, deli nadležnost sa državama članicama, a ova podeljena nadležnost automatski obavezuje Evropsku uniju na poštovanje načela supsidijarnosti propisanog u članu 5 (3) Ugovora o Evropskoj uniji.²³

Minimalna harmonizacija normi krivičnog prava predstavlja osnov za formiranje jedinstvenih standarda, odnosno ošteprihvaćenih pravila u svim državama i osnovni uslov za nastanak i razvoj međusobnog poverenja, što bi za posledicu imalo i uzajamno priznavanje sudskih odluka kao osnovni princip međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima. Drugim rečima, to je preduslov za uspostavljanje jedinstvenih standarda i sistema vrednosti svih država članica kao osnova za izgradnju uzajamnog poverenja i primenu načela uzajamnog priznavanja u praksi.²⁴ Uzajamno poverenje u krivične sisteme između država je moguće samo uz propisivanje i sprovođenje jednakog nivoa zaštite osnovnih prava i sloboda u svim državama.

Kada je u pitanju problematika prekograničnog kriminaliteta, suverenitet država i dalje ima dominantnu vrednost.²⁵ Prekogranični kriminalitet, sam po

¹⁹ Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32002F0584>

²⁰ Council Framework Decision 2003/577/JHA of 22 July 2003 on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence, <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libcategories.aspx?Id=24>

²¹ Council Framework Decision 2005/214/JHA of 24 February 2005 on the application of the principle of mutual recognition to financial penalties, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32005F0214>

²² Council Framework Decision 2005/212/JHA of 24 February 2005 on Confiscation of crime-Related Proceeds, Instrumentalities and Property, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:068:0049:0051:en:PDF>

²³ Goldner Lang I., „Europsko pravo kao okvir pravosudne suradnje u kaznenim stvarima“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* br. 2/2014, 240.

²⁴ Ibidem, 246.

²⁵ Bojister N., „Transnational Criminal Law, 2003 EJIL 14, No. 5, 956, citiran kod: Wade M: General Principles of Transnationalised Criminal Justice?“, *Exploratory Reflections of the Utrecht Law Review*, Volume 9, No. 4/2013, 165, https://www.google.rs/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj6ss3_3t_RAhWGKJoKHR4ICuUOFggYMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.utrechtlawreview.org%2Farticles%2F10.18352%2Fulr.248%2Fgalley%2F242%2Fdownload%2F&usq=AFQjCNGk9Dls5ynyBq5wDnhZdCwNO69pdw&bvm=bv.145063293,d.bGg

sebi, nužno povlači potrebu za krivičnim gonjenjem i vođenjem istrage preko granica. U tim slučajevima se nekoliko pitanja nameće kao spornih, od kojih je svakako pitanje nadležnosti i prostornog važenja krivičnog procesnog zakonodavstva posebno značajno, međutim, ništa manje važno je i pitanje osnovnih ljudskih prava i sloboda. Krivično pravo je politički osetljiva materija čime se, sa jedne strane, objašnjava zašto države članice EU odbijaju da prenesu svoja ovlašćenja u vezi sa određenim pitanjima na nadnacionalni, odnosno evropski nivo, a sa druge strane, to pokazuje da će morati, ukoliko države članice EU zaista žele da sarađuju na tako intenzivnom nivou, da prenesu neka svoja ovlašćenja radi učvršćivanja evropskog ustavnog prava.²⁶ Poslednjih nekoliko decenija u državama članicama EU propisi krivičnog materijalnog i krivičnog procesnog prava nisu isključivo rezultat odluka koje donose zakonodavna tela, jer postoji vremenski dug uticaj međunarodnih konvencija i drugih inicijativa donetih od strane međunarodnih organizacija, a posebno je interesantno napomenuti da pitanje međunarodne saradnje u krivičnim stvarima nije bilo od suštinske važnosti, sve dok je krivično pravo bilo isključivo pitanje iz oblasti nacionalnog suvereniteta.²⁷

Suštinski, saradnja koja se ostvaruje kroz uzajamno priznavanje sudskih odluka podrazumeva izvestan nivo poverenja, uz zadržavanje prava konkretnog nadležnog organa da postupa suprotno odluci drugog pravosudnog organa.²⁸ Uzajamno poverenje među državama je osnovni elemenat za efikasnu saradnju. Za razliku od mnogih drugih područja aktivnosti u Evropskoj uniji osnovi za policijsku i pravosudnu saradnju nisu harmonizacija i uspostavljanje jedinstvene procedure u svim državama članicama, već princip uzajamnog priznavanja sudskih odluka.²⁹ Uzajamno poverenje je osnova uzajamnog priznavanja u vezi sa kojim je posebno značajno postojanje zajedničkih standarda, što je mnogo bolje nego postojanje zajedničkih procedura koje su po svojoj prirodi podložnije promenama. Norme koje regulišu saradnju država, s obzirom na vođenje krivičnog postupka, odnosno vršenje krivičnog pravosuđa u celini, nužno su posledica činjenice da na teritoriji jedne države može da postoji samo jedna suverena vlast.³⁰ Ukoliko je nekoj državi potrebno da se za potrebe krivičnog suda pribave dokazi ili preduzmu neke druge procesne radnje na teritoriji druge države, neophodno je da ta druga država aktivno sarađuje.

²⁶ Den Hollander O., „Caught Between National and Supranational Values: Limitations to Judicial Cooperation in Criminal Matters as Part of the Area of Freedom, Security and Justice within the European Union“, *International Community Law Review* No. 10/2008, 51.

²⁷ Ibidem, 53-54.

²⁸ Ibidem, 56.

²⁹ Hodgson J., „EU Criminal Justice: the Challenge of Due Process Rights within a Framework of Mutual Recognition“, *Legal Studies Research Paper* No. 2012-02, 309, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1995523

³⁰ Simović M., Simović V., *Krivično procesno pravo II* (posebni dio – treće izdanje (izmijenjeno i dopunjeno)), Istočno Sarajevo 2014, 426.

Internacionalna dimenzija savremenog kriminaliteta je tradicionalne oblike međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima učinila nedovoljnim i nužno je nametnula potrebu za sve većom međunarodnom saradnjom policijskih i pravosudnih organa čiji oblici i vrste saradnje se progresivno razvijaju. Od donošenja Konvencije o međunarodnoj pomoći u krivičnim stvarima Saveta Evrope iz 1959. pa do danas, međunarodna pravna pomoć se promenila značajno, razvijajući se u pravcu uprošćavanja i ubrzavanja saradnje, eliminisanjem uslova i osnova za odbijanje zahteva za ovu pomoć. Za pribavljanje i prenos dokaza od tradicionalnih oblika međunarodne krivičnopravne pomoći najvažnija je tzv. mala krivičnopravna pomoć, koja podrazumeva vršenje procesnih radnji dokaznog karaktera sa ciljem da se omogući, odnosno pomogne vođenje krivičnog postupka u drugoj državi nezavisno od uslova i okolnosti pod kojima se taj postupak vodi.³¹ Postupak u slučajevima tzv. male međunarodne krivičnopravne pomoći se sastoji u tome što se nakon provere osnovanosti zamolnice pristupa izvršenju zamoljene radnje. Procesne radnje male međunarodne krivičnopravne pomoći, bez obzira na to da li je reč o radnjama dostave sudskih procesnih akata, pristupanja sudu države molilje svedoka, veštaka i okrivljenog ili radnjama prikupljanja i obezbeđenja dokaza, sprovode se isključivo prema domaćem pravu u skladu sa tradicionalnim načelom *locus regit actum*, koji izvire iz prerogativa suverenosti zamoljene države.³²

Osnovni cilj u oblasti pribavljanja i prenosa dokaza za potrebe vođenja krivičnog postupka bilo je uspostavljanje zajedničkih standarda kojima bi se obezbedila unifikacija zakonskih rešenja u svim državama članicama Evropske unije i prevazišle postojeće razlike među njima u regulisanju krivičnog postupka. Hronološki posmatrano saradnja između država članica Evropske unije u pribavljanju i obezbeđenju dokaza za krivični postupak prvo se zasnivala na tradicionalnom modelu međusobne pravne pomoći, koji je postepeno ustupao mesto savremenom modelu međusobnih priznavanja sudskih odluka.³³

3. PRINCIP UZAJAMNOG POMAGANJA I PRINCIP UZAJAMNOG PRIZNAVANJA SUDSKIH ODLUKA

Razvoj društva, nauke, tehnike i tehnologije je u jednom segmentu značajno unapredio pojedine dokazne radnje i dokazni postupak uopšte, ali i dalje je ostao

³¹ Škulić M., Bugarski T., *Krivično procesno pravo*, Novi Sad 2015, 599.

³² Krapac D., *Novi Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u kaznenim stvarima: načela i postupci*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu br.2/2005, 670.

³³ Banović B., *Obezbeđenje dokaza kroz međunarodnu krivičnopravnu saradnju – standardi Evropske Unije i domaće zakonodavstvo i praksa, Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo* (poglavlje 23-norma, praksa i mere harmonizacije), LVI Redovno godišnje savetovanje Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor 2016, 433.

problem u vezi sa prikupljanjem, odnosno izvođenjem onih dokaznih radnji koje izlaze iz granica prostornog važenja krivičnog procesnog zakonodavstva jedne zemlje. Drugim rečima, kada se radi o krivičnim postupcima za dela prekograničnog kriminaliteta, jedan od glavnih i najvećih problema sa kojima se susreću države je potreba za pribavljanjem i prenosom dokaza. Prostorno važenje krivičnog procesnog zakonodavstva je formalna i faktička manifestacija suverene vlasti svake države i zbog toga se u svakom konkretnom slučaju, kada se javi potreba za preduzimanjem procesnih radnji uopšte, a posebno radnji dokazivanja, postavljaju uslovi za njihovo pribavljanje i prenos jer bi se, u suprotnom, otvorila vrata za ulazak nadležnih organa druge države u sopstveni suveren prostor, što države nerado čine. Osim toga, u državama postoje različiti standardi u pogledu prikupljanja i izvođenja dokaza, isto kao i različita procesna pravila, što samo dodatno otežava ovaj problem. Međutim, i pored svega navedenog, države su, suočene sa prekograničnim kriminalitetom u ekspanziji, bile primorane da pronađu načine kojima će se prevazići razlike između sistema krivičnog pravosuđa. Kao primer specifičnog načina ostarivanja saradnje u krivičnim stvarima izdvajaju se pravila Evropske unije koja se odnose na ovu problematiku, a prvenstveno pravilo o uzajamnom priznavanju sudskih odluka.

Uzajamno priznavanje sudskih odluka se može smatrati kako prelaznim oblikom u razvoju od principa uzajamnog pomaganja do harmonizacije propisa u krivičnim stvarima, tako i samim surogatom harmonizacije propisa. Uzajamno priznavanje sudskih odluka obuhvata širok spektar odluka od pretkrivičnog postupka do postupka izvršenja krivičnih sankcija. Specifičnost u vezi sa navedenim principom je nepostojanje njegove definicije, a od samog početka uvođenja ovog pravila, postoji pretpostavka poznavanja njegovog funkcionisanja i svrhe, zbog njegove očiglednosti. Iako se u najvećem broju slučajeva sa principom uzajamnog priznanja sudskih odluka neposredno najviše dovodi u vezu princip uzajamnog poverenja, postoji još nekoliko principa koji stoje u vezi sa principom uzajamnog priznavanja sudskih odluka, a to su: princip proporcionalnosti, princip supsidijarnosti i princip bliske saradnje. Princip uzajamnog poverenja ne definišu ni ugovori ni sekundarno pravo Evropske unije. Zajednički standardi zajedno sa standardima koje određuje Evropski sud za ljudska prava su minimum minimuma za uzajamno poverenje.³⁴

Tradicionalne forme međunarodne krivičnopravne pomoći se oslanjaju na princip uzajamnog pomaganja, koji se u uslovima savremenih oblika kriminaliteta pokazao kao prevaziđen usled sporosti i nedelotvornosti. Iz tog razloga je još 1999. godine na sastanku u Tampereu³⁵ uveden potpuno nov princip kao kamen

³⁴ Dusterhaus D., „Judicial Coherence in the Area of Freedom, Security and Justice – Squaring Mutual Trust with Effective Judicial Protection“, *Rewie of European Administrative Law*, No. 2/2015, 174.

³⁵ http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm

temeljac budućih oblika međunarodne krivično pravne pomoći, a to je princip uzajamnog priznavanja sudskih odluka. Iako radikalniji za dotadašnje već uvreženo stanje na području pravosudne saradnje u krivičnim stvarima, vrlo brzo postaje vodeći princip koji se u praksi, i pored izvesnih teškoća, pokazao kao efikasan i brz, ali koji i dalje koegzistira sa principom pomaganja.

Kada je u pitanju pribavljanje i prenos dokaza na nivou EU, postoje dve grupe pravila, od kojih jedna počiva na principu uzajamnog pomaganja, a druga na principu uzajamnog priznavanja sudskih odluka. Pribavljanje dokaza između država u okviru Evropske unije se danas ostvaruje pomoću sledećih pravnih instrumenata koji su zasnovani na principu pomaganja i to:³⁶

1. Evropska Konvencija o uzajamnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima, koja je doneta 1959, sa dodatnim protokolima;
2. Konvencija o primeni Šengenskog sporazuma i
3. Konvencija o uzajamnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima između država članica EU (2000) sa dodatnim protokolima.

Konvencija o uzajamnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima iz 1959. i Konvencija o uzajamnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima između država članica EU iz 2000, sa dodatnim protokolima uvažavaju nadležnost sudova i princip teritorijalnosti. Prema pravilima o međunarodnoj pomoći u krivičnim stvarima koja su sadržana u Šengenskom sporazumu, smanjeni su razlozi za odbijanje izvršenja zahteva za međusobnu pomoć, a ograničen je i zahtev za dvostrukom inkriminacijom. Osim toga, propisan je pojednostavljen postupak za prenošenje zahteva i, kao opšte pravilo, dozvoljen direktan kontakt između sudskih vlasti zemlje podnosioca i zemlje izvršioca naloga.³⁷ Ova pravila su se primenjivala na prikupljanje dokaza u krivičnim stvarima u drugoj državi članici EU sve do 2000, kada je doneta, odnosno 2005. godine kada je počela da se primenjuje Evropska konvencija o međusobnoj pomoći u krivičnim stvarima.

Iako se intenzivno radilo na jačanju i unapređenju međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima donošenjem konvencija, na nivou Evropske unije su se istovremeno uveli instrumenti međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima koji se zasnivaju na principu uzajamnog priznavanja sudskih odluka. Pribavljanje dokaza i njihova prihvatljivost u krivičnim stvarima je postavljena kao prioritet za institucije Evropske unije, a tzv. slobodno kretanje dokaza deluje kao jedan od ciljeva u okviru uspostavljanja jedinstvene zone pravde i nužni element za efikasnu borbu protiv prekograničnog i organizovanog kriminala.³⁸

³⁶ http://ec.europa.eu/justice/criminal/recognition-decision/evidence/index_en.htm

³⁷ Bachmaier Winter L., *Evropski nalog za istragu za pribavljanje dokaza u krivičnom postupku*, 2, http://www.pars.rs/files/evropski_nalog_za_istragu_za_pribavljanje_dokaza_u_krivicnom_postupku.doc

³⁸ Ibidem.

Za razliku od navedenih konvencija, na principu uzajamnog priznavanja počiva: Okvirna odluka Saveta EU o izvršenju odluka o privremenom oduzimanju imovine i osiguranju dokaza, koja je doneta 2003³⁹ i Okvirna odluka Saveta EU o nalogu za prikupljanje predmeta, dokumenata i podataka radi njihovog korišćenja u krivičnom postupku, koja je doneta 2008. godine.⁴⁰ Okvirna odluka iz 2008. godine je uvela Evropski nalog za prikupljanje dokaza kojim je omogućeno da se pribavljaju konkretno traženi predmeti, dokumenti ili podaci koji već postoje u drugoj državi. Iako je uvođenje ovog naloga predstavljalo korak napred, on nije bio velik jer ovaj nalog nije obuhvatao sve vrste dokaza. Tako je, na primer, izostalo saslušanje okrivljenog lica, kao i ispitivanje svedoka, koji predstavljaju najvažnije lične dokaze, ali i drugi dokazi (tu se prvenstveno misli na posebne dokazne radnje). Ovo je svakako bio napredak u odnosu na Nalog za privremeno oduzimanje i obezbeđenje dokaza koji je bio uveden Okvirnom odlukom iz 2003. godine čiji osnovni i najveći nedostatak je bio taj što je ovaj nalog bio ograničen samo na obezbeđenje dokaza u državi koja izvršava nalog. Zbog toga su se postojeće konvencije o pružanju međunarodne pravne pomoći iz 1959. i 2000. godine koristile kao komplementarne za potrebe prenosa dokaza.

Navedeni nedostaci treba da budu otklonjeni primenom Evropskog naloga za sprovođenje istrage. Inicijativa za uvođenje ovog naloga je potekla iz Štokholmskog programa i Zelene knjige 2010. godine.⁴¹ Direktiva o Evropskom nalogu za sprovođenje istrage je doneta 3. aprila 2014. godine.⁴² Ono što je posebno važno je to što je državama članicama dat rok do 22. maja 2017. godine za implementaciju ove Direktive, istekom kojeg prestaju da važe svi do sada važeći instrumenti u vezi sa pribavljanjem i prenosom dokaza i to: Konvencija iz 1959. i Konvencija iz 2000. godine sa dodatim protokolima, Šengenska konvencija iz 1990, Okvirna odluka Saveta EU o nalogu za prikupljanje predmeta, dokumenata i podataka radi njihovog korišćenja u krivičnom postupku iz 2008. i Okvirna odluka Saveta EU o privremenom oduzimanju imovine i obezbeđenju dokaza iz 2003. godine. Evropski nalog za sprovođenje istrage neće primenjivati samo Danska i Irska, kao i Velika Britanija, po konačnom izlasku iz EU. Princip uzajamnog priznavanja sudskih odluka, u vezi sa pribavljanjem i prenosom dokaza se najbolje manifestuje upravo kroz primenu Evropskog naloga za sprovođenje istrage u krivičnim

³⁹ Council Framework Decision 2003/577/JHA of 22 July 2003 on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32003F0577>

⁴⁰ Council Framework Decision 2008/978/JHA of 18 December 2008 on the European evidence warrant for the purpose of obtaining objects, documents and data for use in proceedings in criminal matters, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32008F0978>

⁴¹ Stojković S., op.cit., 107.

⁴² Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32014L0041>

stvarima. Specifičnost Odluke koja uređuje ovo pitanje je u tome što ona reguliše postupak prikupljanja, obezbeđenja i prenosa dokaza na nivou EU, a primenjuje se na ceo krivični postupak.

Načelo uzajamnog priznanja sudskih odluka predstavlja način, odnosno metod za prevazilaženje sukoba nadležnosti u krivičnim postupcima, koji se istovremeno odvijaju u nekoliko država i predstavlja kamen temeljac pravosudne saradnje. Osim toga ovaj princip obezbeđuje poštovanje svih osnovnih prava i sloboda.⁴³ Princip uzajamnog priznavanja sudskih odluka je primenljiv samo ukoliko su pravni sistemi različitih država članica Evropske unije u najmanju ruku slični u pogledu procesnih garancija koje se odnose na pojedince.⁴⁴ Obezbeđenje minimalnih pravnih standarda, koji se primenjuju u krivičnim procedurama u svim državama članicama Evropske unije, postiže se efektivnim i intenzivnim direktnim konsultacijama između nadležnih institucija država članica, koje rešavaju sukobe nadležnosti.⁴⁵ Primena evropskog naloga za sprovođenje istrage će omogućiti da se ne desi da se istovremeno vode krivični postupci protiv istog lica za isto delo u više država.

Načelo uzajamnog poverenja kao preduslov postavlja poštovanje prava Evropske unije što se postiže merama koje podstiču uzajamno poverenje, a na nivou zakona to je harmonizacija, dok je na nivou primene i usklađenosti sa zakonom načelo uzajamnog poverenja zahteva postojanje „sigurnosnih ventila“ koji garantuju funkcionisanje pravosuđa i državnih tela (npr. u instrumentima koji sadrže uslove za primenu i osnove za odbijanje), koji su usko vezani za osnovna prava sa potrebom da se zaštite osnovna prava.⁴⁶ Princip uzajamnog poverenja se razvio u „pravni“ princip koji je kodifikovan u sekundarnom pravu Evropske unije i sadržan u preko 100 odluka Evropskog suda pravde.⁴⁷

4. EVROPSKI NALOG ZA SPROVOĐENJE ISTRAGE U KRIVIČNIM STVARIMA

Donošenje Direktive o nalogu za sprovođenje istrage u krivičnim stvarima⁴⁸ imalo je za cilj da se uspostavi jedinstvenost, odnosno prevaziđe rasparčanost u

⁴³ Jurka R.; Zajančkauskiene J.; „Jurisdiction Collisions in the Criminal Proceedings of European Union Member States“, *Baltic Journal of Law & Politics*, No.1/2015, 95.

⁴⁴ Ibidem, 98.

⁴⁵ Ibidem, 99.

⁴⁶ Turudić I., Pavelin Vorzić T., Bujas I., op.cit., 1083.

⁴⁷ Wischmeyr T., Generating Trust Through Law? Judicial Cooperation in the European Union and the „Principle of Mutual Trust“, *German Law Journal*, No. 03/2016, 342.

⁴⁸ Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32014L0041>

regulativi koja se odnosi na pribavljanje dokaza, jer se pokazalo da je istovremena egzistencija različitih pravila i sistema kompleksna i komplikovana. Evropski nalog za sprovođenje istrage predstavlja instrument koji treba da omogući efikasnost u pribavljanju i prenos dokaza. Novi pristup zahteva zamenu instrumenata međunarodne pravne pomoći, zato što se oni smatraju sporim i neefikasnim.⁴⁹

Jedna od najvećih novina koju uvodi Evropski nalog za sprovođenje istrage je ta što je ovo prvi instrument koji kao osnov za odbijanje izvršenja uvodi zaštitu prava odbrane i što i sam okrivljeni i njegov branilac imaju mogućnost da iniciraju izdavanje ovog naloga. Međutim, potrebno je takođe istaći i nedostatak ovog naloga, odnosno same Direktive, koji se ogleda u nepostojanju uređenja pitanja koja se odnose na suočavanje okrivljenog sa dokazima koji su pribavljeni u stranoj državi, kao ni mehanizmima za uspostavljanje ravnoteže u jednakosti strana u krivičnom postupku, a što može ići na štetu odbrane. Međutim, ono što ostaje najveća nepoznanica je upravo pitanje ocene i prihvatanja dokaza izvedenih u drugoj državi na osnovu ovog naloga, a što će praksa pokazati. Ipak, može se reći da je uspeh ove Direktive donekle predvidljiv iz razloga ograničenog obima njegove primene. Takođe ostaje primedba koja se odnosi na nerazumevanje zašto se postojeći instrumenti saradnje nisu usavršavali već se prosto zamenjuju novim, pri čemu je ta promena dinamična i u kvalitativnom i u kvantitativnom smislu.

Evropski nalog za sprovođenje istrage predstavlja sudsku odluku koju izdaje ili potvrđuje pravosudni organ države članice Evropske unije, radi izvršavanja jedne ili nekoliko posebnih istražnih mera u drugoj državi članici, a radi pribavljanja dokaza. Ovaj nalog se može izdati i za pribavljanje dokaza koji se već nalaze u posedu nadležnih organa države izvršioca naloga, a nalog se izvršava na osnovu načela uzajamnog priznavanja. Nalog za sprovođenje istrage se izdaje na utvrđenom obrascu i prevodi se na službeni jezik države izvršioca. Država kojoj je zahtev upućen je dužna da na njega odgovori u roku od najviše 30 dana ukoliko su dokazi već dostupni nadležnim organima države izvršioca zahteva, odnosno u produženom roku od još 90 dana kada su u pitanju istražne mere koje tek treba da budu preduzete, osim ukoliko ne postoje razlozi za odbijanje. Izvršenje zahteva za sprovođenje istrage neće biti predmet provere dvostruke inkriminisanosti ako se radi o krivičnom delu za koje je u državi koja je izdala nalog zaprećena kazna zatvora ili mera oduzimanja slobode du trajanju od najmanje tri godine i ukoliko se nalazi na listi krivičnih dela iz Direktive. Organ koji izvršava postavljen zahtev, uvek kada je to moguće, trebalo bi da koristi drugu vrstu istražnih mera ako mera koja je postavljena u samom zahtevu ne postoji u njihovom nacionalnom zakonodavstvu ili ne bi bila moguća da se primeni u sličnom domaćem

⁴⁹ Bachmaier Winter L., *Evropski nalog za istragu za pribavljanje dokaza u krivičnom postupku*, 6, http://www.pars.rs/files/evropski_nalog_za_istragu_za_pribavljanje_dokaza_u_krivicnom_postupku.doc

slučaju. Takođe, organ koji izvršava zahtev bi trebao da primenu drugu vrstu istražne mere kojom se može postići isti cilj, odnosno koja bi dala iste rezultate kao i istražna mera koja se traži u zahtevu, a kojom bi se manje zadiralo u osnovna prava i slobode lica protiv koga se mera primenjuje.

Ono što je posebno važno istaći jeste da se Direktivom o evropskom nalogu za sprovođenje istrage uvodi mogućnost, odnosno pravo (osumnjičenog) okrivljenog, ili mogućnost branioca da u njegovo ime traži izdavanje ovog naloga, a u okviru važećih prava odbrane u skladu sa nacionalnim krivičnim postupkom. Ova Direktiva ne utiče na obavezu poštovanja osnovnih prava i pravnih načela koja su sadržana u Ugovoru o Evropskoj uniji⁵⁰, uključujući prava na odbranu lica, koja podležu krivičnom postupku, i sve obaveze pravosudnih organa u tom smislu ostaju nepromenjene (čl.1 Direktive).

Direktivom o evropskom nalogu za sprovođenje istrage propisani su: područje primene naloga, vrste postupaka za koje se nalog može izdati, sadržaj i oblik naloga, postupci i zaštitne mere za državu koja izdaje nalog, kao i za državu koja nalog izvršava. Osim toga, u Direktivi su određeni i razlozi za nepriznavanje, odnosno neizvršenje naloga, rokovi za priznavanje i izvršenje, kao i pitanje prenosa dokaza. Pitanje prenosa dokaza je posebno značajno, pa se tako prema članu 13 Direktive dokazi prenose bez nepotrebnog odlaganja, ukoliko su pribavljeni, ili su već u posedu nadležnih organa države izvršioca. Prenos dokaza može da bude odložen do donošenja odluke o pravnom sredstvu, osim u slučaju ako su u nalogu navedeni dovoljni razlozi da je neposredni prenos dokaza nužan za pravilno vođenje istrage ili očuvanje individualnih prava. Međutim, prenos dokaza se odlaže ukoliko bi prouzrokovao ozbiljnu i nepopravljivu štetu za određeno lice. Prilikom prenosa pribavljenih dokaza organ izvršenja treba da navede da li zahteva da se dokazi vrate državi izvršiocu naloga, čim prestanu da budu potrebni u državi izdavaocu naloga. Ukoliko su određeni predmeti, dokumenti ili podaci već relevantni za druge postupke, organ izvršenja može, na izričiti zahtev organa izdavaoca naloga, pošto se sa njim prethodno konsultovao, privremeno da izvrši prenos dokaza pod uslovom da se vrate državi izvršiocu naloga čim više ne budu potrebni u državi izdavaocu, ili u bilo kom drugom trenutku, odnosno u bilo kojoj drugoj prilici, prema dogovoru nadležnih organa.

Direktivom su takođe predviđena pravna sredstva, razlozi za odlaganje, priznanje ili izvršenje, obaveze obaveštavanja, krivičnopravna i građansko pravna odgovornost službenika, poverljivost i zaštita ličnih podataka i troškovi. Posebno poglavlje u Direktivi (Poglavlje 4) posvećeno je posebnim odredbama za određene istražne mere u okviru kojih su regulisana sledeća pitanja: privremeni premeštaj u državu izdavaoca naloga lica kojima je oduzeta sloboda radi sprovođenja

⁵⁰ Ugovor o Evropskoj Uniji je potpisan u Matrihtu 7. februara 1992. godine, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TEXT/?uri=OJ:C:2016:202:TOC>

istražne mere, privremeni premeštaj u državu izvršioca lica kojima je oduzeta sloboda radi sprovođenja istražne mere, saslušanje putem video konferencijske veze ili druge vrste audiovizuelnog prenosa, saslušanje putem telefonske konferencije, informacije o bankovnim i drugim finansijskim računima, kao i o bankovnom i drugom finansijskom poslovanju, istražne mere koje znače prikupljanje dokaza u stvarnom vremenom, neprekidno i tokom određenog vremenskog razdoblja i tajne istrage.

U okviru 5. poglavlja Direktiva uređuje pitanja presretanje telekomunikacija u okviru kojih je uređeno pitanje presretanja telekomunikacija uz tehničku pomoć druge države članice i obaveštavanje države članice u kojoj se nalazi subjekt presretanja i čija tehnička pomoć nije potrebna. U okviru poglavlja broj 6 u Direktivi se uređuju privremene mere koje se odnose na privremeno sprečavanje uništenja, izmene, prenosa ili ukidanja predmeta koji se može upotrebiti kao dokaz.

5. PRIZNAVANJE DOKAZA PRIBAVLJENIH U STRANOJ DRŽAVI

Dokazi pribavljeni u stranoj državi se prvo podvrgavaju postupku priznavanja, a onda ocene. Jedno od najvažnijih pitanja u vezi sa pribavljanjem i prenosom dokaza je pitanje priznavanja ovih dokaza koji su izvedeni pred pravosudnim organima strane države. Za ocenu valjanosti dokaza pribavljenih putem pravila male međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima, najvažnije je pitanje načina izvođenja tih dokaza. Načelo preduzimanja zamoljene radnje prema pravu zamoljene države je prihvaćeno u većini država, a prema ovom pravilu o dopuštenosti i načinu obavljanja radnje, koja je predmet molbe inostranog organa, odlučuje sud prema domaćim propisima.⁵¹ Pravna pravila zamoljene države primenjuju se kako na oblik izvođenja zamoljene radnje, tako i na nadležnost organa koji će tu radnju sprovesti. Prema Konvenciji o uzajamnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima između država članica EU koja je doneta 2000, država kojoj je podnet zahtev mora da udovolji formalnostima i postupcima na koje je država molilja naročito ukazala, i zahtev može da odbije samo u slučaju ako bi njegovo ispunjenje bilo u suprotnosti sa osnovnim principima koja si sastavni deo njegovog zakonodavstva.

U pravnoj teoriji se izdvajaju dva osnovna načina ocene valjanosti dokaza pribavljenih u inostranstvu, a to su „model neutralnosti“ i „model dvostruke prihvatljivosti“.⁵² Prema modelu neutralnosti dokaz izveden od strane države se ocenjuje kao da nije pribavljen u stranoj državi, odnosno njegova formalna strana

⁵¹ Tripalo D.; *Priznanje dokaza izvedenih pred pravosudnim tijelima strane države*, Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva, Inženjerski biro, Zagreb, 2003, 5, http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/DTripalo-Priznanje_dokaza.PDF

⁵² O ovome videti: Mrčela M., „Pravna valjanost dokaza pribavljenih u inozemstvu“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, br.1/2000, str. 101 – 106.

se ispituje isključivo kroz norme domaćeg prava, odnosno da li bi dokaz bio valjan da je pribavljen u domaćoj državi, čime se omogućava očuvanje standarda koji važe u državi molilji. Ono što se smatra najvećom manom ovog modela je to što se može desiti da se dokaz oceni kao valjan, čak i u slučaju da je nezakonit u državi koja je pribavila sam dokaz. Prema modelu dvostruke prihvatljivosti, ocena dokaza se vrši i po pravilima zamoljene države i po pravilima države molilje. Da bi neki dokaz bio prihvaćen on mora biti zakonit i po pravu države u kojoj je pribavljen, i po pravu države koja je tražila pribavljanje dokaza. Model dvostruke prihvatljivosti polazi od pretpostavke da domaći sud poznaje i strano pravo, što može potencijalno da dovede do odugovlačenja postupka.

Ocena valjanosti dokaza vrši se samo u slučaju kada zamoljena država ne udovolji zahtevu države molilje da se dokaz izvede u skladu sa pravom države molilje. U pogledu ocene dokaza, u nacionalnim zakonodavstvima, po pravilu, ne postoje pravila koja se odnose na to kako sudija treba da ocenjuje dokaze pribavljene u u drugoj državi, pa se samim tim primenjuje načelo slobodne ocene dokaza kao važeće načelo krivičnog procesnog zakonodavstva. To prvenstveno znači da sud nije vezan za zakonska pravila o tome koju težinu dati konkretnom dokazu, pa mu je na taj način omogućeno da odluči sam koju dokaznu vrednost će dati svakom dokazu ponaosob. Ovo pravilo važi i kada su u pitanju dokazi koji su pribavljeni u inostranstvu. U ovom procesni sudija ipak nije sasvim slobodan, nego je ograničen zakonima logike, svojom psihološkom ocenom i drugim pravilima koja postavljaju granice potpunoj slobodi pri oceni dokaza, a jedno od važnih ograničenja u vezi sa tim predstavljaju pravila o tome šta sve može, odnosno ne može biti dokaz u krivičnom postupku (to su tzv. pravila obuhvaćena institutom *dokazne zabrane* u koje spadaju one zabrane koje u postupku dokazivanja državi zabranjuju izvođenje pojedinog dokaza ili pojedinog postupanja tokom pribavljanja dokaza, ili zabranjuju upotrebu tako pribavljenog dokaza za dokazivanje neke činjenice).⁵³

U savremenom krivičnom postupku, dokazi se ocenjuju prema slobodnom sudijskom uverenju⁵⁴ koje je neizostavni deo pravne države i vladavine prava. Svoju odluku sud zasniva samo na onim dokazima u čiju izvesnost je potpuno uveren, a u situaciji da posle izvedenih dokaza sud nije stekao potrebno uverenje u pogledu relevantnih činjenica, logička pozicija suda je sledeća: ako na postojanje nekog pravno relevantnog činjeničnog stanja zakon nadovezuje donošenje presude određene vrste, a na nepostojanje tih činjenica nadovezuje donošenje presude druge vrste, pa sud uprkos svim nastojanjima, u trenutku kada treba da

⁵³ Šugman Stubbs K., „Ocena dokaza pribavljenih u inozemstvu: teorijski problemi i slovenska sudska praksa“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* br. 1/2014, 112.

⁵⁴ O oceni dokaza po slobodnom sudijskom uverenju videti: Bugarski T., „*Sudije porotnici i ocena dokaza po slobodnom sudijskom uverenju*“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* br.3/2014, 228-231.

donese presudu, ne utvrdi sa izvesnošću niti da odnosne činjenice postoje niti da one ne postoje, morao bi doneti takvu odluku u kojoj bi izrekao da se nalazi u nemogućnosti da donese bilo kakvu presudu.⁵⁵ Tada se primenjuje pravilo *in dubio pro reo*, kada sud postupa kao da odnosna činjenica postoji ili ne postoji, u zavisnosti od toga šta je povoljnije za okrivljenog.

6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Razvoj saobraćaja, nove tehnologije, kao i mnogi drugi faktori usloveli su veće, brže i dinamičnije kretanje robe i ljudi te samim tim potrebu za saradnjom među državama i, dok je ova saradnja predstavljala manji problem kod država koji su na isti ili sličan način uredile određene odnose u svojim državama, u drugim situacijama se za dogovore moraju praviti ustupci i kompromisi, ali u oba slučaja uz odricanje dela suverenosti nad ovom oblasti.⁵⁶ Jedan od ciljeva EU jeste da zadrži i razvije oblast slobode, sigurnosti i pravde, naročito omogućavanjem i ubrzavanjem sudske saradnje u krivičnim stvarima između država članica, a sprovođenje pravde ne sme biti onemogućeno ili otežano razlikama između pravnih sistema država članica i međusobnim nepriznavanjem sudskih odluka.⁵⁷ Pravila o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima i princip uzajamnog priznavanja sudskih odluka u vezi sa pribavljenjem i prenosom dokaza dugo su bili predmet ozbiljne kritike prvenstveno od strane odbrane u krivičnom postupku koja je smatrala da ova pravila dovode u pitanje ostvarenje prava na „jednakost oružja.“ Osim toga, prigovor je bio upućen i na pravo na pravično suđenje, u smislu da li dokazi pribavljeni u drugoj državi, na način koji nije u skladu sa pravilima koja važe u državi okrivljenog, mogu uticati na pravo na pravično suđenje. S obzirom na to da se danas pribavljanje i prenos dokaza na nivou Evropske unije vrši po principu uzajamnog priznavanja sudskih odluka, postavlja se pitanje da li odbrana ima mogućnost da učestvuje u postupcima saradnje sa ciljem da se obezbedi pravično suđenje.

U praksi se dokazi pribavljeni u inostranstvu obično ne isključuju iz postupka, ali se prihvataju češće na selektivnim osnovama. Tako, na primer, u Nemačkoj, nacionalni sudovi u principu prihvataju dokaze izvedene u drugim državama, čak i ukoliko oni nisu izvedeni u skladu sa nacionalnim standardima koji važe u Nemačkoj. U vezi sa prihvatanjem dokaza izvedenih u inostranstvu za odbranu je najvažnije pitanje da li je okrivljeni imao mogućnost da se suoči sa svedokom ili

⁵⁵ Bayer V., op. cit., 48.

⁵⁶ Sladoje N., Bučar A., Pilav A., Šarac J., *Međunarodna pravna pomoć – knjiga II*, Sarajevo 2007, str. 13.

⁵⁷ Bugarski T., *Dokazne radnje u krivičnom postupku (drugo izmenjeno izdanje)*, Novi Sad 2014, 113.

da postavi pitanje u vezi sa drugim materijalnim dokazima, a ne ko je odgovoran za faktičku povredu prava na odbranu.⁵⁸

U svakom slučaju, pravo na pravično suđenje koje obuhvata i pravo na jednakost oružja mora biti ustanovljeno kao opšti princip koji će imati uticaja na naše razumevanje krivične istrage i krivičnog gonjenja, koje nije ograničeno na nacionalni krivični pravosudni sistem.⁵⁹ Ljudska prava pomažu da se identifikuju mogući osnovni principi, da se obezbedi osnova za njihovu validnost, kao i da se predvide moguće posledice.⁶⁰

Ideja iza principa uzajamnog priznavanja sudskih odluka u najširem smislu se odnosi na zahtev za pružanje pomoći država međusobno, pa bi to u idealnom smislu podrazumevalo da nema osnova za odbijanje takvih zahteva.⁶¹ Saradnja između država koja se zasniva na principu uzajamnog priznavanja sudskih odluka se primarno ostvaruje kroz harmonizaciju zakonskih propisa. Harmonizacija krivičnog materijalnog i krivičnog procesnog prava odvija se u pravcu saradnje u krivičnim stvarima.

Efikasna pravosudna saradnja zahteva visok nivo poverenja između država članica, pa primena načela uzajamnog priznavanja može biti suspendovana samo ako neka država članica ozbiljno i neprekidno krši načela iz čl.6 st.1 Ugovora o Evropskoj uniji i to prava slobode i načela određena Poveljom Evropske unije o osnovim pravima (2000.godina), a koja ima istu pravnu snagu kao ugovori.⁶² Načelo uzajamnog poverenja je strukturno načelo ustavnog prava EU, iako se ne navodi u osnivačkim ugovorima u Evropskoj uniji. Ono se temelji na vrednostima koje su zajedničke državama članicama EU, kao što su sloboda, demokratija i poštovanje ljudskih prava (čl.2 Ugovora EU) i predstavlja poverenje da svaka država članica, iako različito, ali jednako vredno štiti osnovna prava, dakle pretpostavlja se ekvivalentan, ne nužno identičan nivo zaštite.⁶³

S obzirom na to da će princip uzajamnog priznavanja sudskih odluka svoje prednosti i nedostatke najbolje pokazati kroz primenu Evropskog naloga za sprovođenje istrage, čija primena počinje maja meseca 2017, ostaje da praksa identifikuje eventualne slabosti ovog rešenja kao putokaz daljeg pravca razvoja ovog instrumenta.

⁵⁸ Gless S., „Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial: App Roaches to a General Principle“, *Utrecht Law Review*, 94-95

⁵⁹ Ibidem, 108.

⁶⁰ Ibidem, 107.

⁶¹ Borgers M.J., „Mutual Recognition and the European Court of Justice: The Meaning of Consistent Interpretation and Autonomous and Uniform Interpretation of Union Law for the Development of the Principle of Mutual Recognition in Criminal Matters“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, No. 18/2010, 99.

⁶² Turudić I., Pavelin Vorzić T., Bujas I., *op.cit.*, 1081.

⁶³ Ibidem, 1080.

Tatjana D. Bugarski, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
T.Bugarski@pf.uns.ac.rs

Milana M. Pisarić, Ph.D., Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Pisaric@pf.uns.ac.rs

Mutual Recognition of Judicial Decisions as Basis for Obtaining and Transfer of Evidence in Criminal Proceedings

Abstract: *Modern forms of criminality whose hallmark is crossborder set new requirements before judicial authorities relating to the recruitment and transfer of evidence for the purposes of criminal proceedings. On the recruitment and transfer of evidence in criminal matters affecting space validity of criminal legislation, the way regulation of international legal assistance in criminal matters and guaranteed basic human rights and freedoms. Consequently, the problem of obtaining and transfer of evidence in the context of international legal assistance in criminal matters is extremely complex, relevant and important, and in this work she was given special attention. The principle of mutual assistance and mutual recognition of judicial decisions and the European Investigation Order in criminal matters are the basic issues that the authors deal in this paper work. This issue is very important today because after May 2017, the European Investigation Order in criminal matters will be the only instrument for the recruitment and transfer of evidence between countries of the European Union. Special attention was paid to the principle of mutual recognition of court decisions on which this instrument is based, as well as the issue of evaluation of evidence obtained abroad.*

Keywords: *criminal procedure, international cooperation, mutual assistance, mutual recognition of judicial decisions, evidence, European Investigation Order in criminal matters.*

Datum prijema rada: 30.01.2017.

*Dr Slobodan P. Orlović, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
sorlovic@pf.uns.ac.rs*

ŠEF DRŽAVE U SRBIJI – KRALJ NASPRAM PREDSEDNIKA REPUBLIKE*

Sažetak: *Ovaj rad analizira položaj šefa države putem ustavnih normi dva srpska ustava (od 1888. i 2006) i opis prakse koja se pod njima formirala („živi“ ustav). Tako se porede i vrednuju položaj kralja i predsednika republike, odnosno dva oblika vladavine – monarhija i republika. Kroz pregled aktuelnog ustavnopravnog momenta može se zaključiti da li u Srbiji republika uopšte ima alternativu u monarhiji i šta bi bile prednosti i nedostaci u vezi sa eventualnom promenom oblika vladavine.*

U tom smislu, predmet analize je, prevashodno, ustavnopravni položaj šefa države. On obuhvata način izbora, početak, trajanje i prestanak funkcije, nadležnosti i odnos sa drugim organima vlasti. U oceni praktične političke moći od posebne je važnosti odnos šefa države, kao predstavnika čitavog naroda, sa političkim strankama.

Ključne reči: *monarhija, republika, šef države, kralj, predsednik republike, Srbija.*

1. UVOD

Još uvek nema jedinstvenog kriterijuma po kome bi se razlikovale monarhija¹ i republika. Uglavnom se kao bitno za razlikovanje ova dva tipa vladavine uzima naslednost položaja šefa države u monarhiji, monarhova (politička) neodgovornost, doživotnost (neograničen mandat), nepovredivost (imunitet) i neizbornost, a što sve u republici postoji.² Ovako jasni kriterijumi razlikovanja monarhije i republi-

* Rad je deo projekta „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

¹ Gr. *μονάρχης monárkhēs*, od: *μόνος monos* – jedan, *αρχω, árkhō* – vladavina.

² Samir Vrabec, Leo Akšamović, „Ustavno politikološke osnove o instituciji državnoga poglavara“, *Pravni vijesnik* 3-4/2014, 193.

ke praktično su zamagljeni u jednom broju savremenih demokratija koje se mogu nazvati „republikanske monarhije“. Moris Diverže (*Duverger*) navodi (u svojoj knjizi „*La Monarchie republicaine – ou comment les democraties se donnent des rois*“) da se suštinski – imajući u vidu pre svega Francusku petu republiku – više ne glasa za parlament već za jednu ličnost koja je ključni depozitar državne vlasti. Ovo se može konstatovati i kada su u pitanju državni lideri u drugim državama: predsednik SAD, premijer Ujedinjenog Kraljevstva, kancelar Nemačke, pa se za sve njih može reći da su „izabrani monarsi“ (sa vremenski ograničenom vladavinom, kontrolisanom vlašću i odlukama koje pripremaju timovi administrativnih i političkih tehnostuktura) za čije odluke u vođenju državnih poslova nije odgovoran niko drugi do oni sami.³

U svojoj ustavnopravnoj istoriji Srbija je imala monarhijski i republikanski oblik vladavine. Monarhijska vladavina je prvobitna i još uvek duže trajuća, dok je Srbija republika u poslednjih sedamdeset godina. U vreme obnove srpske države, s početka XIX veka, nije ni bilo republika u Evropi pa se mogla graditi samo monarhija – prvo sa voždom a potom i knjazom na čelu. Na kraju Drugog svetskog rata, pak, posle pobedničke socijalističke revolucije u obzir je dolazila samo republika (nema socijalističke monarhije)⁴.

Srpskim Ustavom od 1990. je obnovljeno višestranačje i vraćen kapitalizam kao društveno uređenje, ali nije restaurirana monarhija. Iako je bilo različitih političkih stavova o dilemi republika ili monarhija – među političkim strankama, intelektualnim krugovima i u širem javnom mnjenju, o ovom pitanju narod nije direktno odlučivao. Ustav od 1990. je usvojen bez referenduma a tokom pisanja i priprema za usvajanje Ustava od 2006. pitanje oblika vladavine nije ni postavljano. Republikanski oblik vladavine ovaj put potvrdili su građani na referendumu (28. i 29. oktobra 2006) glasajući za novi Ustav. Time je pitanje oblika vladavine u današnjoj Srbiji rešeno.

2. NASTANAK I RAZVOJ MONARHIJE I REPUBLIKE U SRBIJI

Obnova srednjovekovne srpske države, praćena revolucionarnom nacionalnom ideologijom i njenom propagandom u celom srpskom narodu,⁵ vezuje se za

³ Arsen Bačić, „Republikanska monarhija i ustavni inženjering s kraja stoleća“, *Politička misao* 1/1997, 33-34.

⁴ Mada bi se nekom vrstom „socijalističke republikanske monarhije“ mogle nazvati: Libija za vreme Muamera Gadafija (1969-2011), Tunis za vladavine Habiba Burgibe (1956-1987) i kasnije do 2011, Irak za vreme BAAS partije i Sadama Huseina (1968-2003) ili Sirija za vreme BAAS partije, Hafeza i Bašara al-Asada (od 1963).

⁵ Vladimir Stojančević, *Srbija i oslobodilački pokret na Balkanskom poluostrvu u XIX veku*, Beograd 1990, 11.

Prvi srpski ustanak (1804-1813). U srpskoj državi su tokom istorije na čelu stajali monarsi: veliki župan, kralj, car, a tokom ustanka to je bio vožd (staroslovenski: vođa, predvodnik).⁶ U to vreme republike su bile izuzetno retke (najpoznatije: Francuska u Evropi, SAD izvan) pa je ustanička Srbija bila predodređena da ima provizorni monarhijski oblik vladavine, na čelu sa voždom. Nasledna monarhija i (buduća) dinastija Đorđa Petrovića Karađorđa je potvrđena ustavnim aktom od 1811. godine (čl. A. 2).⁷

Od Drugog srpskog ustanka (1815) na čelu obnovljene ali još uvek nesamostalne države nalazi se knjaz (Miloš Obrenović) čije je monarhijsko (knjaževsko) nasledno dostojanstvo potvrđeno otomanskim hatišerifima od 1830. (sultanov berat o naslednom pravu kneževskog dostojanstva) i 1833. godine. Obrenovići su kao kneževi autoritarno vladali Srbijom (nezavisnom državom od 1878), a potom i kao kraljevi u proglašenoj kraljevini (1882). Monarhija je potvrđivana u svim srpskim monarhijskim ustavima: od 1835, 1838, 1869, 1888, 1901. i 1903, koji su uglavnom doneti, za ono vreme, na demokratski način, na velikim (ustavotvornim) skupštinama.⁸ To je značilo narodnu potvrdu monarhijskog oblika vladavine. Zbog uloge velike skupštine u izboru monarha Srbija se mogla nazvati i izbornom monarhijom ili kriptorepublikom.⁹

Kraljevina Srbija svoj monarhijski oblik vladavine prenosi na novu državu stvorenu posle Prvog svetskog rata (1918), Kraljevinu (Kraljevstvo) Srba, Hrvata i Slovenaca (od 1929. Jugoslavija). Otuda bi se ona mogla smatrati produžetkom srpske monarhije. Kraljevina SHS jeste nova država u međunarodnom javnom pravu, ali je iznutra ostao isti oblik vladavine i kontinuitet dinastije Karađorđevića na tronu. Uz to, slična su ustavna rešenja u pogledu položaja kralja po srpskom Ustavu od 1888. i u Ustavu Kraljevine SHS od 1921.

Socijalistička revolucija koja je paralelno tekla sa narodnooslobodilačkom borbom tokom Drugog svetskog rata (1941-45), pobedivši, uvela je republikanski oblik vladavine u Jugoslaviji.¹⁰ Ustav FNR Jugoslavije od 1946. i ustavi federalnih jedinica doneti po tom uzoru, ozvaničili su republiku. Socijalistička Republika

⁶ U monarhijama danas postoje i druge titule: veliki vojvoda (Luksemburg), sultan (Oman), emir (Katar), papa (Vatikan).

⁷ Vid. Ljubomirka Krkljuš, Srđan Šarki, *Odabrani izvori iz državopravne istorije Jugoslavije*, Beograd 1998, str. 88, Miroslav R. Đorđević, *Srbija u ustanku 1804-1813*, Beograd 1979, 303-304.

⁸ Počev od Sretenjske velike narodne skuptine u Kragujevcu 1835. godine. Vid. Boriša Radovanović, *Parlamentarna istorija Srbije u XIX veku*, Kragujevac 2014, 100-114.

⁹ Slobodan Antić, „Demokratija u Srbiji uoči Prvog svetskog rata“, *Sociološki pregled* 4/2004, 426.

¹⁰ Pre Ustava, Ustavotvorna skupština je 29. novembra 1945. godine donela deklaraciju o proglašenju republike: „...ukida se monarhija u Jugoslaviji, a kralj Petar II Karađorđević sa celom dinastijom lišava se svih prava...“. Branislav Gligorijević, *Kralj Petar II Karađorđević u vrtlogu britanske politike ili kako je ukinuta monarhija u Jugoslaviji*, Beograd 2001, 258.

Srbija je, kao federalna jedinica u sastavu Jugoslavije donosila svoje ustave (1947, 1953, 1963. i 1974) koji su čuvali republikanski oblik vladavine. Funkciju šefa države (republike u sastavu Jugoslavije) obavljao je predsednik ASNO (Antifašistička skupština narodnog oslobođenja) Srbije (1944-45), predsednik Prezidijuma Narodne skupštine (1945-53), predsednik Narodne skupštine (1953-74), predsednik Predsedništva (1974-90). Nakon kolektivnog šefa države – predsedništva, po donošenju Ustava od 1990. funkcija je inokosna i obavlja je predsednik Republike.

Zadržavanje republikanskog oblika uređenja posle društveno-političkih promena koje su Ustavom od 1990. uvele višestranačje i kapitalizam, prošlo je bez posebne polemike o tome da li treba zadržati republiku ili vratiti monarhiju. Iako su postojale političke stranke koje su se programski zalagale za monarhiju (i najveća opoziciona stranka u to vreme, Srpski pokret obnove, bila je za monarhiju) ovo pitanje nije došlo u fazu institucionalnog rešavanja u Narodnoj skupštini niti na nacionalnom referendumu. Kasnije su se pojavili i konkretni predlozi, ustavni nacrti, kojima je predviđeno uvođenje monarhije (poznat je nacrt monarhijskog ustava profesora Pavla Nikolića) ali o kojima takođe nije bilo prilike ni da se podrobnije raspravlja, a kamoli odluče.¹¹

Stoga je priča o želji i potrebi restauracije monarhije više bio jedan „trend“ izazvan potrebom da se napravi veza sa državom iz „dične prošlosti“ i to u vreme kada se raspadala socijalistička Jugoslavija. Nekako je bilo više „srpski“ imati u stranačkom programu kao cilj monarhijski oblik vladavine, nego ostati pristalica republike koja se povezivala sa srušenim socijalističkim (komunističkim) sistemom. Ni danas zahtevi za monarhijom nisu sasvim minuli već su kudikamo skromniji nego pre (pomenuti SPO je ostao monarhistička stranka ali je spala na ispod jedan posto biračkog tela) i poprimili drugačiju formu. Prestolonaslednik (Aleksandar III Karađorđević) živi u Srbiji i kao deo nevladinog sektora ima neke protokolarne aktivnosti. Postoje i određena nedržavna tela (Krunski savet, Krunsko veće i dr) koja tek toliko simbolizuju monarhiju da se ova sasvim ne potisne i zaboravi kao politički plan. U prilog stvarnosti republike a prošlosti monarhije valja navesti i činjenicu da su sve relevantne političke stranke u Srbiji republikanske.

3. MONARHIJSKA I REPUBLIKANSKA VLADAVINA

Jasna razlika između monarhije i republike je u načinu dolaska na vlast šefa države. Čelno mesto, makar i simbolično, u monarhiji se nasleđuje po redosledu obično opisanom u ustavu, dok se predsednik republike bira u parlamentu ili od

¹¹ Vid. Pavle Nikolić, „Vizija buduće Srbije – parlamentarizam i ustavna monarhija“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 3/2000, 322-325. Ostali nacrti ustava su bili republikanski. Vid. Miodrag Jovičić, *Ustav regionalne države Ujedinjenih srpskih zemalja: organizacija vlasti*, Beograd 1996, *Predlozi za novi ustav Srbije* (ur. Zoran Lutovac), I i II, Beograd 2005.

strane građana neposredno. Ova nepromenjena stara pravila o dolasku na vlast šefa države u monarhiji i republici (postoje i izuzeci)¹² zapravo ne stvaraju suštinske razliku između ove dve vladavine, niti razliku u položaju i posebno ovlašćenjima šefa države.¹³

Značajan raskorak između institucija predsednika republike i monarha postojao je ranije, u vreme nastajanja prvih modernih republika (od kraja XIX veka). Liberalni mislioci i teoretičari držali su da je republika progresivni oblik vladanja, napredniji i demokratskiji u odnosu na izrazito brojnije monarhije u kojima kralj vlada i kraljuje. Otuda se kao uzoran demokratski model opisivala ustavna monarhija (Šarl Monteskje) koja ne može biti (i ispostavilo se da nije) samo pravna kreatura već i proizvod rivaliteta između grana vlasti u kojem ne može jedna dobiti sve a da ostalima ništa ne ostane.¹⁴ Monteskje se zalagao za republikanski ustav koji bi uveo različite društvene klase u dvodomni parlament i zadržao jaku izvršnu vlast.¹⁵ U tadašnjim apsolutnim monarhijama kralj ne želi da smanji polje vlasti i podeli je sa drugim organima. Takav monarh-apsolutista (u Francuskoj, Rusiji, Danskoj i Norveškoj i dr) je prvi autoritet ne samo po obimu vlasti, nego i po kvalitetu moći koju poseduje. On po potrebi deli vlast sa drugim organima jedino svojom dobrom voljom. Vremenom, ako bi takve volje manjkalo, vlast mu se uzimala ili sužavala silom.

Uz navedeno, monarh je pravno nesmenjiv (politički neodgovoran), doživotan, dok je mandat izabranog predsednika republike vremenski određen. Pravom je uređen opoziv predsednika i on je obavezan ustavom da deli efektivnu vlast (u klasičnom parlamentarnom režimu mu ostaje samo simboličan deo vlasti). Opisana onovremena razlika postojala je između šefa države u francuskoj monarhiji za vreme Luja XVI ili Napoleona i u SAD kao prvoj ustavnoj republici. Kasnije se, razvojem parlamentarizma i brojnošću republika, položaj ustavnog monarha i šefa države sasvim približio jednakom.¹⁶

¹² Kao izuzetke nalazimo i izborne monarhe: tokom istorije u Svetom Rimskom Carstvu i Poljskoj, a sada u Maleziji, Andori, Vatikanu. Pandan Vatikanu po teokratskoj prirodi i „izbornom monarhu“ – protosu, bila bi Sveta Gora, „teokratska monaška republika“. Dragutin Avramović, „Sveta Gora – između autonomnosti i državnosti“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2013, 431, 434.

¹³ O nadležnostima šefa država uopšte vid. S. Vrabec, L. Akšamović, 198-201.

¹⁴ William Ramp, „Paradoxes of sovereignty: Toward a Durkheimian analysis of monarchy“, *Journal of Classical Sociology*, Vol. 14, No. 2, 2014, 225.

¹⁵ Po Monteksjeu, republikanski ustav bi obuhvatio narodne i aristokratske društvene klase koje bi bile zastupljene u dvodomnom parlamentu i ustanovio bi jaku centralnu izvršnu vlast koja bi posredovala u rešavanju društvenih sukoba i upravljala prekomorskim kolonijalnim carstvom. Manjeet Kaur Ramgotra, „Republic and Empire in Montesquieu's Spirit of the Laws“, *Millennium*, Vol. 42, No. 3, 2014, 793-794.

¹⁶ Apsolutne monarhije su danas retke, takvim se mogu nazvati: Katar, Saudijska Arabija, Vatikan, Bruneji, Nepal (do 2008).

Iako tokom XIX veka u Evropi osim Francuske (i Švajcarske) nije bilo republika koje su zadržale državnopravni kontinuitet do danas,¹⁷ uticaj nje jedne je bio takav da je doprineo promeni položaja svih evropskih monarha. Prvim ustavima evropskih država kojima se uspostavljaju ustavne monarhije (Norveška, Belgija) položaj kralja utvrđen je i, što je bitno, znatno ograničen najvišim pravnim propisom. Ovo je kvalitativna razlika u odnosu na stanje apsolutizma. Parlamentarni sistem sa ugrađenom međusobnom kontrolom vlasti, pre svega vlade i parlamenta, udaljio je monarha od stvarne vlasti i političke moći. Monarh tako od pretežnog nosioca vlasti postaje simbolom države koji je praktično lišen upravljanja. U evropskim parlamentarnim republikama (osnivaju se u XX veku posle Prvog i Drugog svetskog rata) šef države je takođe prvo simbol države i naroda a tek potom organ koji može da ima nadležnost da o nečemu odluči. Znatno jača (bolja) pozicija predsednika republike je u polupredsedničkim (mešovitim) sistemima, bilo da su demokratski ili autoritarni, i u predsedničkom sistemu.

Da svedemo, razlika između parlamentarnih monarhija i republika – gde su šefovi država lice naroda a izvršna vlast (pretežno) u rukama vlade – svodi se na ime države: kraljevina ili republika i način dolaska i odlaska sa vlasti šefa države. Naziv vladavine, pak, ne utiče na raspored realne vlasti koja je izvan ovih organa: u vladi, užem telu – kabinetu ili kod samog premijera. A „sarađnik“ egzekutive i podrška joj u sprovođenju politike je parlament, odnosno parlamentarna većina a ne šef države.

Pitanje oblika vladavine u Srbiji nema političku težinu niti važnost kao u vreme kada je šef države bio najvažnija poluga i centar vlasti. Čitavog XIX-og veka monarhija je bila nesporna kao oblik vladavine. Ono što je izazivalo političke sukobe bilo je pitanje kako ograničiti, poustaviti kneževsku (kraljevsku) vlast i učiti je objektivnom, politički nepristrasnom. Govorilo se o ustavnoj monarhiji u kojoj je „vladalac neprikosnoven, neodgovoran, a posledica, jamstvo a i uslov te neprikosnovenosti i neodgovornosti je da se knez ne meša, i da ga stranke ne mešaju u partijske stvari i razmirice“ (Svetozar Miletić).¹⁸ Vodeće političke stranke (Radikalna, Napredna i Liberalna) bile su monarhističke, kao i politički pokreti pre pojave prvih stranaka (ustavobranitelji i dr). Jedino su pojedinci levičari i retko koja politička organizacija (Srpska socijaldemokratska stranka) bili naklonjeni demokratskoj republici kao vladavini „narodskijoj“ od ondašnje monarhije. Iz tog ugla (Dimitrije Tucović) afirmacija je logičan i pravilan sud o republici jer polazi od slike monarhije ne sa nekim demokratskim kraljem, već sa autoritarnim vladarima iz kuće Obrenovića (Miloš, Mihajlo, Milan i Aleksandar). Oni su vladali voluntaristički, po osećaju, a na račun ustava, položaja drugih organa vlasti i, naposle, prava narodnih. Drugačija monarhija od postojeće praktično apsoluti-

¹⁷ Republike su bile ne samo retke nego i slabe, zavisne, kratkotrajne – kao takve mogu se navesti nemački gradovi-države: Bremen, Frankfurt, Hamburg, zatim Republika Đenova, San Marino, Holandija (još od 1581) odnosno Batavijska republika (do 1806) i dr.

¹⁸ Ljubomirka Krkljuš, „Knez Milan Obrenović i Svetozar Miletić“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1-2/2007, 126.

stičke, a tek formalno ustavne, nije se mogla vaspostaviti u tadašnjoj Srbiji pre početka XX veka i smene dinastija (1903-14).

Sličan kraljev autoritarni način upravljanja bio je i u jugoslovenskoj monarhiji (1918-41). Ali sama monarhija nije bila uzrok manjka demokratije i (polu)ličnog režima kralja Aleksandra I Karađorđevića. U toj državi koja je imala savremeni parlamentarni Ustav („Vidovdanski“ od 1921, u osnovi sličan „Radikalskom“ od 1888) postojalo je mnoštvo nepravničkih uzroka koji su izazivali nedemokratsko funkcionisanje institucija od kojih izdvajamo: nizak nivo političke kulture i raznovrsna nacionalna, verska, jezička, kulturna, istorijska trvenja u zemlji (unutrašnji razlozi). Spoljne okolnosti, tadašnji evropski ustavni i politički uslovi prosto su izazivali pojavu gomilanja vlasti na jednom mestu u državi. Šef vlade ili države (obično ne monarh) natkrivao je svojom realnom pozicijom, više nego ustavnim tekstom, ostale institucije (u Poljskoj, Nemačkoj, Italiji, Mađarskoj, Austriji, Finskoj, potom Španiji, Portugaliji i dr). U našem slučaju kralj je bio organ sažete političke moći. Tako da ni poslednja faza trajanja naše monarhije nije bila uporediva sa monarhijama evropskog zapada gde je kralj, u ustavu i po praksi i običajima, bio uglavnom razvlašćen (Ujedinjeno Kraljevstvo, Holandija, Belgija, Švedska).

Istaknuto liderstvo karakteristika je i socijalističke jugoslovenske Republike (1945-92), u čijoj organizaciji vlasti je prvo dominirao predsednik vlade, a potom (1953-80) predsednik Republike (u oba slučaja J. B. Tito). Srbija je, kao i ostalih pet federalnih jedinica, imala republikanski oblik vladavine, po modelu koji je postojao u Jugoslaviji. Predsednike Prezidijuma, Narodne skupštine i na kraju Predsedništva, „nasledio“ je predsednik Republike (1990). Na početku, paralelno sa srpskim šefom države (nesamostalne) postojao je predsednik savezne države (SR Jugoslavija, potom DZ Srbija i Crna Gora) sve do osamostaljenja Srbije (2006).

4. PREGLED USTAVNIH NORMI O ŠEFU DRŽAVE USTAVA OD 1888. I USTAVA OD 2006.

4.1. Pisani ustav

Kralj je po Ustavu od 1888. „poglavar države“ koji je imao efektivnu izvršnu vlast i političku moć u odnosu na ministre i vladu u celini (Ministarski Savet). „Izvršnu vlast ima Kralj“ – on je vrši preko ministara koje postavlja i razrešava, ministri su odgovorni kralju i Narodnoj skupštini (čl. 38 i 136). Takođe, kralj postavlja sve činovnike i upravna vlast se vrši u njegovo ime. Vlada je zavisila od kraljeve volje i bila je u njegovoj senci što se vidi i po pravu kralja da „zastupa zemlju u svim odnosima sa stranim državama“ (čl. 52), s tim da je kod trgovačkih (teretnih) ugovora nužno odobrenje parlamenta. Kraljeva ličnost je neprikosnovenjena. On nije odgovoran niti može biti tužen, „zapovednik je sve zemaljske sile“ (vojska), daje vojne činove (oficirska unapređenja), ordenje i druga odličja, oglašava rat,

zaključuje ugovor o miru i druge saveze (saopštava ih Skupštini ako okolnosti to dopuštaju), ima pravo pomilovanja i amnestije. Ono što ograničava i kontroliše kraljevu vlast je ministarski premapotpis jer „ni jedan akt Kraljev, koji se odnosi na državne poslove, nema snage niti se sme izvršiti, ako ga nije premapotpisao nadležni Ministar, koji je samim tim za nj odgovoran“ (čl. 56).

Kralj ima niz prava prema Narodnoj skupštini. On je saziva, otvara (prestonom besedom) i zaključuje sednice lično ili preko vlade, odlaže sednice (do dva meseca) i raspušta je ukazom koji treba da bude snadbeven potpisima svih ministara (čl. 54). Kralj potvrđuje i proglašava zakone, bez čega ovi ne mogu da stupe na snagu. Kralj može pokrenuti postupak donošenja ili izmene Ustava.

Po Ustavu od 2006. predsednik Republike „izražava državno jedinstvo“ (čl. 111), predstavlja Srbiju u zemlji i inostranstvu, ali nema efektivnu izvršnu vlast. Neposredan izbor predsednika od strane građana je podloga tom „državnom jedinstvu“, koje je praktično simbolično, neovaplođeno nadležnostima izvršne vlasti. Akti predsednika Republike, doduše, nisu uslovljeni premapotpisom (kako je to bilo sa kraljevim aktima po Ustavu od 1888) ali uglavnom nisu ni njegovo samostalno delo. Predsednik ih donosi na predlog drugog organa, najčešće Vlade, i to je uslov njihove punovažnosti.

Vlada i ministri nisu odgovorni predsedniku Republike i on nema bilo kakvih ovlašćenja prema njima osim što predlaže kandidata za predsednika Vlade. Bogatiji je ustavnopravni odnos sa Narodnom skupštinom. Osim kandidata za predsednika Vlade, predsednik Republike joj predlaže i druge nosioce funkcija, u skladu sa Ustavom i zakonom (sudije Ustavnog suda, na primer). Na predlog Vlade raspušta Skupštinu i nema pravo predlaganja zakona. Predsednik je jedan od ovlašćenih predlagača promene Ustava. Takođe, on ima i kadrovske nadležnosti koje vrši na predlog Vlade (postavljanje i opoziv ambasadora) ili Skupštine (imenuje sudije Ustavnog suda).

Ustavnu vezu između predsednika Republike i Skupštine nadalje vidimo u nekoliko segmenata. Predsednik može da raspusti Skupštinu, na predlog Vlade i, obratno, Skupština može njega da razreši. Ako Ustavni sud oceni da je predsednik povredio Ustav, za razrešenje je potrebno da glasa dve trećine od ukupnog broja narodnih poslanika (čl. 118). Kada se steknu uslovi propisani Ustavom (neizbor Vlade o roku) predsednik Republike mora da raspusti Skupštinu. Veza sa Skupštinom vidi se i u predsednikovom pravu suspenzivnog veta na izglasane zakone. Vraćen zakon može biti ponovo izglasan samo težim putem – većinom od ukupnog broja poslanika. Zapravo, ulaganje suspenzivnog veta je odraz političkog sukoba predsednika Republike i Vlade (koja je pisac gotovo svih zakona), odnosno većine u parlamentu koja stoji iza Vlade. Predsednik neće ni ulagati veto (ili će to biti sasvim retko) kada pripada istoj političkoj grupaciji kao i Vlada. U suprotnom, za vreme „kohabitacije“¹⁹, za očekivati je mnogo više vraćenih zakona Skupštini.

¹⁹ Kohabitacija vodi poreklo iz Francuske pete republike i odnosi se na periode u kojima se predsednička većina (politička opcija šefa države, *nap. S.O*) nije poklapala sa parlamentarnom

Predsednik Republike ima i ovlašćenja za vreme vanrednog i ratnog stanja, pod uslovom da Skupština ne može da se sastane. Predsednik Republike, zajednički sa predsednicima Vlade i Narodne skupštine, može da proglasi ova stanja, donese mere odstupanja od ljudskih prava u ratnom stanju, a da vanrednom stanju supotpisuje takve mere koje je donela Vlada (čl. 200 i 201).

4.2. Živi ustav

Ovakav položaj monarha i predsednika u pisanom ustavu razlikovao se od njihove pozicije unutar „živog“ ustava, realnosti kakva je bila na političkom terenu. Ustav od 1888. je kratko trajao (ako ne računamo njegov nastavak preko gotovo istog Ustava od 1903) jer je bio zamenjen renije donetim Ustavom od 1869. („Namesničkim“). Upravo je nemogućnost Obrenovića da vladaju pod ovakvim parlamentarnim ustavom dovela do abdikacije kralja Milana i državnog udara kralja Aleksandra (1894). Sukob je postojao oko izvršne vlasti – kralj je držao do toga da on gospodari vladom, da su mu ministri odgovorni i da ima pravo da ih postavlja i smenjuje. Ali, najveća stranka (Radikalna) je bila opozicija takvom čitanju Ustava i smatrala je da vlada i ministri zavise prvenstveno od političke većine u Skupštini. Brza zamena ovog ustava ranijim (a potom i donošenje novog Ustava od 1901) onemogućila je da se formira prepoznatljiva praksa primene Ustava od 1888. i funkcionisanja institucija.

U drugoj fazi njegove primene (od „Majskog prevrata“) u formi Ustava od 1903. formirala se ustavna praksa koja se nazivala i zlatnim dobom srpskog parlamentarizma kada su dosegnuti „vrhunci u razvoju ustavnosti u Evropi“.²⁰ To je značilo da kralj nije prelazio ustavne granice i da su vlade nastajale i prestajale u Skupštini a ne na kraljevskom dvoru. Srpska monarhija je po parlamentarnim pravilima i parlamentarnoj praksi stala u red tadašnjih evropskih ustavnih i demokratskih (uslovno rečeno, jer nije bilo opšteg prava glasa) monarhija. Da li bi se ovakva praksa u mirnodopskim uslovima ustalila i za vreme sledećeg kralja ostaje neodgovoreno s obzirom na to da su otpočeli ratovi (Balkanski, 1912-13 i Prvi svetski, 1914-1918). U tom periodu po „opštosti prava glasa“ i po drugim merilima – slobodi štampe, okupljanja, političkog delovanja, Srbija je imala „naprednu demokratiju“ kao neka „republika (politeja) slobodnog seljaka“.²¹

Desetogodišnja praksa Ustava od 2006. nije nam dala jasna merila kakav je stvarno položaj šefa države u živom ustavu niti u koji bismo oblik političkih sistema svrstali Republiku Srbiju. Prve dve godine od novog Ustava (do 2008) Srbija je

većinom i u kojim je, dakle, parlamentarni aspekt (veza parlamentarne većine i premijera) dominirao (1986-88, 1993-95, 1997-2002, 2007). Đuzepe de Vergotini (*Vergottini*), *Uporedno ustavno pravo* (prev. LJ. Grubač), Beograd 2015, 669. U Srbiji je kohabitacija bila u periodu 2004-07.

²⁰ P. Nikolić, 321.

²¹ S. Antonić, 421. Opširnije: *ibid.*, 421-433.

imala kohabitaciju između predsednika Republike i Vlade. Tada je državna vlast funkcionisala na način koji je znatno bliži parlamentarnom nego polupredsedničkom sistemu. Od 2008-2012. godine predsednik Republike je ujedno bio čelnik najveće vladajuće stranke pa je izvršna vlast u praksi delovala kao fuzija predsednika Republike, koji je vodio glavnu reč o svim važnijim političkim pitanjima, i Vlade. Po ovakvom odnosu unutar egzekutive raspodela moći je ličila na onu u Petoj francuskoj republici (u periodima kada nije bilo kohabitacije) ali, za razliku od Francuske, u normama srpskog Ustava nije bilo podloge za takvu prevlast šefa države. Političku moć predsednik Republike je vukao iz uprave vladajućom političkom strankom.

Poslednji period primene Ustava, od 2012. godine naovamo, odlikuje opala politička moć predsednika Republike i osetno približavanje živog ustava pisanom. Razlog tome nije promena ustavnih odredbi koje bi nas približile parlamentarnom sistemu (promena načina izbora šefa države), niti nekakvo iznenadno povećanje političke kulture unutar srpske političke elite, već prosta činjenica – nerukovođenje vladajućom političkom strankom. Aktuelni šef države (Tomislav Nikolić) je još na početku predsedničkog mandata podneo ostavku na funkciju predsednika političke stranke (Srpska napredna stranka) i tako, posredno a stvarno, vratio funkciju predsednika Republike u granice Ustava. Kao prvi predsednik Republike koji je uvažio duh ovog ustava („izražava državno jedinstvo“) i normu o nespojivosti javnih funkcija, uspeo je da srpski politički sistem pomeri od polupredsedničkog ka parlamentarnom. Ovaj sistem se ipak, ni pored te prakse, ne može nazvati klasičnim parlamentarizmom zbog formalnog razloga – neposrednog izbora šefa države, mada u protekle četiri godine kao takav funkcioniše. Funkcija predsednika Republike je u najvećoj meri protokolarna (pregovori, saradnja, odnosi) dok je Vlada, i to posebno predsednik Vlade, baštinik izvršne vlasti. Da li će praksa trajućeg predsedničkog mandata prerasti u ustavni običaj nestranačkog šefa države videće se već posle predstojećih predsedničkih izbora (2017). Ukoliko predsednik Republike bude i nadalje izvan stranačkih (liderske) funkcija, naš politički život biće više usklađen sa Ustavom a time i demokratskiji.

5. DOSTIGNUT NIVO DEMOKRATIJE KAO ODGOVOR NA PITANJE MONARHIJA ILI REPUBLIKA U SRBIJI

Sigurno da zbog civilizacijskih, kulturnih, političkih i svakolikih društvenih razlika nije lako, ni poželjno, porediti ustave monarhija s kraja XIX veka i republika s početka XXI veka, pogotovo ako se želi dati (konačan) odgovor na pitanje koji oblik vladavine je odgovarajući Srbiji. Ipak, ovaj prilog je mali dokaz da se može staviti jedan naspram drugog ustavni i stvarni položaj šefa države. Takođe, komparacija kazuje da su ustavne norme i propisani pravni mehanizmi, kroz ovo-

liku vremensku razliku, ne samo uporedivi i merljivi, nego i da su, po pogledu položaja demokratskog šefa države, u osnovi slični. Poređenje stvarnog položaja šefa srpske države nekada i sad, u živom ustavu, kroz konkretan izraz njegove političke moći ili nemoći u izvršnoj vlasti i čitavom sistemu je drugi kriterijum vrednovanja monarhije i republike i formiranja ocene u prilog kralju ili predsedniku republike.

Dolazak na vlast. Po vrednovanju nivoom demokracije (odlučivanje naroda), sigurno je da su način dolaska na vlast monarha i predsednika republike različitih vrednosti. U poretku gde svi politički organi treba da budu izabrani od strane građana neposredno ili posredno, jasno je da se nasleđivanje prestola teško uklapa. Monarhije vuku korene iz davnih vremena kada nije bilo izbora od strane naroda, o opštem pravu glasa da i ne govorimo, i zadržale su „nedemokratsko“ ustoličenje monarha. Ali u ustavnim monarhijama nasleđivanje funkcije šefa države – obično primogeniturom od strane prvorodenog muškog potomka – nije sasvim „nedemokratsko“. Prvo, građani su pristali na monarhijski oblik vladavine, ne ruše ga već su saglasni s njim (većina), a drugo, nasleđivanje prestola je uređeno ustavom, odnosno ustavnim (organskim) zakonom o čemu je odlučivao narod neposredno ili preko izabranih predstavnika. Takođe, navodi se i da se putem ustanove naslednosti budući monarh pod najpovoljnijim uslovima, planskim vaspitanjem i obrazovanjem, priprema za preuzimanje vladalačke funkcije.²² Kontra argumenti su da neodgovorna pozicija monarha narušava načelo jednakosti građana, presto se nasleđuje bez obzira na lične sposobnosti novog monarha a koji, uz to, ostaje na funkciji doživotno, smanjenje intelektualnih sposobnosti vladara tokom vremena, konzervatizam monarha i dr.²³

Eventualna promena oblika vladavine u Srbiji bi podrazumevala i promenu Ustava u koji bi bile unete odredbe o nasleđivanju prestola. Potvrda monarhijskog ustava na svenarodnom referendumu značila bi i pristanak na takav, neizborni, način redovne smene na funkciji šefa države, što kralju daje demokratski legitimitet.

Ipak, ovaj legitimitet je manji od onog koji šef države dobija na izborima. Posebno kada su u pitanju periodični i neposredni izbori od strane naroda, dolazak na vlast predsednika republike je neuporedivo demokratskiji nego monarhovo nasleđivanje položaja (nekad i posle višedecenijske vladavine prethodnika).²⁴ Upravo je takav, nesporno najdemokratskiji mogući, način izbora predsednika Republike, uz uslov da se izbori zakonito sprovedu. Čak i da se izbor predsednika Republike upodobi standardnom parlamentarnom sistemu pa da se on bira po-

²² Božidar S. Marković, „Monarhija ili republika“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 1-3/1996, 368.

²³ *Ibid.*, 369-370.

²⁴ I u republikama postoje decenijske vladavine, na primer, još uvek je aktuelna vladavina istog predsednika Kazahstana od 1991. godine (Nursultan Nazarbajev).

sredno od strane narodnih poslanika ili članova za tu priliku izabranog tela, opet bi ovo bio „izbor“ naspram „nasleđivanja“ („rođenja“), a time i više demokratski od potonjeg.

U vezi sa izborom je i mogućnost smene sa funkcije, što opet ide u prilog republici. Kralj je politički i krivičnopravno neodgovoran što znači da ne može biti smenjen ni kada bi prekršio ustav ili počinio neki vid veleizdaje (flagrantni delikt). Predsednik republike, pak, može biti razrešen i krivično je odgovoran kada mu istekne imunitet (po prestanku funkcije). Tako naš šef države može biti opozvan ukoliko se utvrdi da je prekršio Ustav. Silaskom s funkcije staje pod sud kao i svaki drugi građanin.

U **oceni normi o ustavnom položaju** monarha važan je njegov odnos sa vladom i predstavničkim telom. Za razliku od Ustava od 1888, (hipotetički) budući monarhijski ustav ne bi mogao da sadrži odredbu o odgovornosti ministara kralju jer danas vlade u svim demokratskim porecima parlamentarnog tipa moraju uživati poverenje samo parlamenta (time posredno i naroda). Ovo parlamentarno poverenje podrazumeva da kralj predlaže mandataru koji ima podršku većine u skupštini i da se kralj, po izboru vlade, ne meša u efektivnu izvršnu vlast. Takođe, kralj se ne bi slobodno mogao koristiti pravom disolucije (raspuštanja parlamenta) već bi to činio u dogovoru (na predlog) sa vladom koja je ušla u politički sukob sa parlamentom. Eventualno pravo da slobodno raspušta parlament ostavilo bi mogućnost političke zloupotrebe u slučajevima kada kralju nije po volji većinska izborna volja naroda.

Predsednik Republike po samom Ustavu poseduje pretpostavku da i on vrši efektivnu vlast. Ta pretpostavka su neposredni izbori. Ipak, u sadržini Ustava ona nema svoju dalju razradu preko konkretnih egzekutivnih nadležnosti. Tako je organ najvišeg narodnog legitimiteta (poverenja), predsednik Republike, zapravo u poziciji simbola države sa sasvim skromnim pravom da meritorno odlučuje u poslovima izvršne vlasti. Osim nekoliko izuzetaka – suspenzivni veto, disolucija, krizna stanja, neka imenovanja, on takvih ovlašćenja i nema. Uobičajeno za parlamentarne sisteme, predsednik Republike prepušta izvršnu vlast Vladi, a prema Narodnoj skupštini ima nekoliko samostalnih i nesamostalnih nadležnosti. Ministri nisu u ustavnopravnoj vezi sa šefom države (ne predlaže ih, niti ih smenjuje) već se veza sa Vladom svodi na predlaganje kandidata za predsednika Vlade i raspuštanje parlamenta na njen predlog. U oba slučaja predsedniku Republike je ostavljen „diskrecioni“ prostor – nema roka u kojem mora predložiti mandataru (tako može, protekom roka od 90 dana, izazvati nove parlamentarne izbore) i može, a ne mora, prihvatiti Vladin predlog da raspusti Narodnu skupštinu. Ono što odudara od standarda položaja šefa države u parlamentarnom sistemu je nepostojanje ministarskog premapotpisa predsedničkih pravnih akata (ukaza, odluka, naredbi i dr).

Odvajanje kralja od operativne izvršne vlasti u današnjim društvenim uslovima (za razliku od vremena Ustava od 1888) smatra se potrebnim uslovom demokratije u monarhiji. Kao neizabranog šefa države ustav bi kralja, po demokratskim standardima današnjih ustavnih monarhija, sveo na protokolarnog i simboličkog predstavnika države čiji bi svaki pravni akt (raspuštanje skupštine, veto i dr) bio premapotpisan od strane vlade i predložen od drugog organa. Ali je za očekivati da bi monarh, kao nestranačka ličnost, svojom objektivnošću i stranačkom nepristrasnošću doprinosio, u skladu sa ustavnim položajem, demokratskim političkim odnosima u državi.

U postojećem ustavnom uređenju predsednik Republike svojim delovanjem ima mogućnost da utiče na demokratizaciju unutrašnjeg političkog stanja. Naš u osnovi parlamentarni sistem prilagođen (racionalizovan) je srpskoj tradiciji i uslovima koji baštine prepoznatljivog šefa države, istaknutog bar zbog neposrednog izbora. Ono što je praktično deformisalo Ustavom projektovan odnos među političkim organima vlasti je stranački angažman predsednika Republike. Putem vladajuće stranke, gde je bivao šefom, preuzimao je konce efektivne izvršne vlasti i stvarno rukovođenje Vladom iako nijedno takvo ustavno ovlašćenje ne poseduje. Postojeće stanje gde je predsednik Republike izvan političke stranačke oligarhije doprinos je rastu demokratskih političkih odnosa. Lišen stranačke moći šef države se, hteo-ne-hteo, može kretati samo unutar granica Ustava. Kako nam dosadašnja praksa govori, za efektivnu vlast fali mu stranački mehanizam, makar što mu Ustav nadležnosti stvarne vlasti nedodeljuje. Predsednik Republike sa nestranačkim statusom²⁵ predstavljao bi državu i sve njene građane i bivao još boljim posmatračem i kontrolorom vladinog delovanja o čemu bi iznosio svoj kritički sud čitavoj javnosti.

6. ZAKLJUČAK

Poređenjem normi o šefu države istorijskog monarhijskog Ustava Srbije od 1888. sa odredbama republičkog Ustava od 2006. stiče se slika o tome do kakavog se položaja šefa države stiglo u srpskoj monarhiji i republici. Po pisanom ustavu taj položaj se može oceniti kao, više ili manje, odgovarajući datom vremenu, političkim okolnostima, razvijenosti ustavnog prava, budućem političkom razvoju države. Pored ustavnih normi, realan život je gradio nešto drugačiji „živi“ ustav, kako onomad u monarhiji tako i sada u republici.

Gledano iz ugla ustavnog i stvarnog položaja šefa države, a za važenja dva ustava između kojih je tolika vremenska distanca, postoje argumenti koji idu u

²⁵ Po definiciji, nestranački šef države i vlada tvore nekakvu palijativnu (formalnu), ublaženu kohabitaciju.

prilog i monarhiji i republici kao poželjnom obliku vladavine u srpskoj državi. Iako je kraljev način dolaska na čelo države manje demokratski od narodnog biranja predsednika republike, to nasleđivanje prestola nije nepremostiva prepreka za izgradnju demokratskog parlamentarnog režima ustavne monarhije. Ona se premošćava svenacionalnom i nestranačkom pozicijom monarha u ustavnom sistemu. On je šef države svih građana, bez redovnih ovlašćenja izvršne vlasti ali sa autoritetom, ugledom i poverenjem u narodu.

Po uzoru na takvu stranački nepristrasnu poziciju monarha (koliko je to u realnom životu moguće), korisno je graditi i položaj predsednika republike u našem parlamentarnom sistemu. Kao lice države, izbor većine i predstavnik svih građana, predsednik Republike ne bi trebalo da, po izboru na funkciju, nastavi sa stranačkim angažmanom. U suprotnom, predsednička funkcija povezana sa liderstvom u vladajućoj stranci deformiše ustavni odnos organa vlasti. Time se, kako je naša praksa pokazala, racionalizovani parlamentarizam pretvara u kvazi polupredsednički sistem – onaj u kome predsednik Republike nema ustavne nadležnosti kao u polupredsedničkom sistemu, već upravlja preko stranačke hijerarhijske strukture.

Sa takvom predstavničkom i posredničkom ulogom šefa države, stranački nezainteresovanog, pitanje oblika vladavine postaje drugorazredno. Bilo da je kralj ili predsednik, šefu države po ustavu lišenom izvršne vlasti (sem u kriznim stanjima), ostaje da oličava naciju i svakog građanina, bez mogućnosti da o nečemu samostalno meritorno odluči. Ujedno, svojim autoritetom i legitimitetom suzbija vladu da svoju izvršnu vlast neograničeno širi, na račun ustava, zakonodavne vlasti i narodne suverenosti.

Slobodan P. Orlović, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
sorlovic@pf.uns.ac.rs

Head of State in Serbia – the King versus the President of the Republic

Abstract: *This work analyzes the position of head of state in constitutional norms of two Serbian constitutions (from 1888. and 2006), and the description of the practice („live“ constitution), which is formed under these two constitutions. On that way, in the work is compared and evaluated the position of the king and the president of the republic, that is the two forms of government – monarchy and republic. Through a review of the current constitutional moment, it could be concluded if the republic form in Serbia has an alternative to the monarchy whatsoever, and what would be the advantages and disadvantages in connection with possible change of the form of government.*

In this sense, the subject of analysis is, primarily, the constitutional position of the head of state. It includes the model of election, the beginning, duration and termination of function, jurisdictions and relationship with other public authorities. In the evaluation of the practical political power, especially important is the relationship between the head of state, as the representative of the whole nation, and political parties.

Keywords: *monarchy, republic, head of state, king, president of republic, Serbia.*

Datum prijema rada: 28.01.2017.

*Dr Gordana M. Drakić, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
G.Drakić@pf.uns.ac.rs*

*Dr Uroš N. Stanković, asistent sa doktoratom
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
U.Stankovic@pf.uns.ac.rs*

ŽIVOT I DELO PAVLA ŠEROGLIĆA (1800–1857)*

PRVI DEO: SKICA ZA BIOGRAFIJU PRVOG KRITIČARA SRPSKOG GRAĐANSKOG ZAKONIKA

Sažetak: U radu se govori o životu prvog kritičara Srpskog građanskog zakonika Pavla Šeroglića. Članak je podeljen na dve manje celine: Šeroglićev privatni i javni život i njegovu profesionalnu karijeru. U okviru prve celine obrađeni su Šeroglićevi rođenje, školovanje, porodični život, dobrotvorni rad, političko delovanje, učešće u radu srpskih ustanova u Habzburškoj monarhiji i smrt. Drugi deo sadrži podatke o Šeroglićevoj advokatskoj etici i njegovim važnijim klijentima.

Ključne reči: Pavle Šeroglić, Karlovačka gimnazija, German Anđelić, istorija advokature u Vojvodini.

1. UVOD

U vrlo obimnoj literaturi o Srpskom građanskom zakoniku često se nailazi na ime Pavla Šeroglića. Pominje se kako je on bio advokat iz Petrovaradina i prvi kritičar SGZ-a, te da je njegova kritika srpske građanske kodifikacije pod nazivom *Pregled Zakonika građanskog za Knjažestvo Srbiju* objavljena u časopisu *Bačka vila* za 1845. Često se dodaje i da je 1847. objavio spis *Replika na odgovor gospodina Miloša Svetića u Utuku III. jezikoslovnome ili Pregled II. Zakonika građan-*

* Rad je nastao kao rezultat istraživanja u okviru projekta „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“, čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

skog za Srbiju, kojim odgovara na optužbu Jovana Hadžića da je kritika iz *Bačke vile* „đački posao” i ponovo kritikuje SGZ. Na nekim mestima u literaturi navode se i konkretne Šerogličeve primedbe na sadržinu prvog i jedinog srpskog građanskog kodeksa.¹

To je manje-više sve što se zna o Pavlu Šerogliću. Već na prvi pogled vidi se da je to, s obzirom na učestalost njegovog pojavljivanja u literaturi o SGZ-u, daleko od dovoljnog. Gde je Šeroglič rođen? Koje škole je pohađao? Gde je studirao? S kim je bio u srodstvu? Ko su mu bili klijenti i kakav advokat je bio? Kakav je kvalitet *Pregleda* i *Replike* i koliki su oni uticaj izvršili na zakonodavstvo i pravnu nauku? Da li je Šeroglič iza sebe ostavio još neka dela osim ova dva najpominjanija? Sve su ovo pitanja na koja ćemo u ovom i narednim radovima pokušati da odgovorimo i time učinimo da i prvi kritičar SGZ-a u pravnoj historiografiji dobije pažnju koju zaslužuje, kao što ju je, možda i više nego što je potrebno, dobio tvorac srpske građanske kodifikacije.

2. PRIVATNI I JAVNI ŽIVOT PAVLA ŠEROGLIĆA

Pavle Šeroglič rođen je 25. jula 1800. godine u Sremskim Karlovcima.² Otac mu se zvao Grigorije i po zanimanju je bio sapundžija, a ime Šerogličeve majke ostalo nam je nepoznato. Izvori koje smo koristili otkrivaju da je Šeroglič imao braću Jovana, Mojsija i Petra i sestru Anu. Budući prvi kritičar SGZ-a u detinjstvu je živio sa porodicom u Sremskim Karlovcima, u kući broj 149, u sokaku Zelena kruna. Između 1816. i 1819. godine Šerogliću je umro otac, pa se preselio kod brata Mojsija, koji je stanovao na kućnom broju 164.³

Osnovnu školu Šeroglič je završio u mestu svog rođenja. Po završetku osnovnog školovanja upisao je Karlovačku gimnaziju. U matičnim knjigama učenika

¹ Vid. npr. Dimitrije Matić, *Обясненіе Гражданскогъ законика за Княжество сръбско* I–III, Beograd 1850–1851, na raznim mestima; Tomica Nikčević, *Postanak i pokušaj prerade Građanskog zakonika Kneževine Srbije*, Beograd 1971, 26–27; Božidar Marković, *Dimitrije Matić lik jednog pravnika*, Beograd 1977, 61, fn. 63, 69, 70, 72–77, 79–81; Maša Kulauzov, „Kritike Srpskog građanskog zakonika od 1844. godine s posebnim osvrtom na odredbe o porodičnoj zadruzi“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* (ZRPFNS) 1/2012, 429–430, 432, fn. 12.

² Datumi u radu navedeni su prema gregorijanskom kalendaru. Međutim, prilikom pozivanja na izvore u podložnim napomenama navodi se originalna datacija izvora, pa će pored nekih od njih stajati datum iz julijanskog ili pak i julijanskog i gregorijanskog kalendara.

³ Pavle Krečarević, „Павле Шероглић“, *Шестийй проѣзѣмъ Велике гимназіе карловачке за школску годину 1858*, Karlovci 1858, 25; „Stevan Andelić“, *Srpski sion*, br. 33, 16. VIII 1892, 570; Aleksa Ivić, „Prvi oružani sukobi Srba i Mađara 1848 godine“, *Letopis Matice srpske* (LMS) knjiga 351 (1939), 208; „Život i rad Germana Andelića“, *Branik*, br. 140, 29. XI/11. XII 1888; Arhiv Srpske akademije nauka i umetnosti u Sremskim Karlovcima (dalje: ASANUK), Karlovačka gimnazija, kut. 1, *Matricula inscriptorum Discipulorum Gymnasii Carloviczensis inde ab A. 1796. usque 1820./1* (dalje: *Matricula*), pp. 247, 407, 432, 450, 466.

te škole njegovo ime pronašli smo tek u školskoj godini 1814/15⁴, iz čega sledi da je u srednju školu pošao 1814. godine.

Iz evidencije o uspehu đaka Gimnazije vidi se da je Šeroglić bio među odličnim učenicima. Oba polugodišta drugog, trećeg i četvrtog gramatikalnog razreda završio je uspehom eminens (prevashodan, odličan). I u prvom i drugom polugodištu prvog razreda čovečnosti Šeroglić je bio prevashodan iz retorike, autora⁵, starina, opšte istorije i grčkog jezika, dok je iz predmeta stilske vežbe imao prvu klasu (druga najbolja ocena). Prvo polugodište drugog razreda čovečnosti Šeroglić je završio kao prevashodan iz logike, zoologije, geometrije, astronomije, grčkog jezika, poezije, mitologije i opšte istorije, a iz autora i stilskih vežbi zaradio je prvu klasu. Na kraju drugog polugodišta istog razreda Šeroglić je bio prevashodan iz devet predmeta (etike, antropologije, psihologije, geometrije, geografije i mineralogije, grčkog jezika, poezije, istorije i autora), a prvoklasan samo iz stilskih vežbi. Ovaj predmet je, izgleda, bio Šerogličeva rak-rana. S druge strane, iz hrišćanske nauke je tokom celog gimnazijskog školovanja bio prevashodan.⁶

Iz činjenice da u matrikulama karlovačkih gimnazijalaca Šerogličevog imena nema posle 1819⁷, može se zaključiti da je on upravo te godine završio gimnaziju. Posle okončanja gimnazijskog školovanja, Šeroglić je najpre završio filozofske nauke u Segedinu, da bi 1821. upisao studije prava u Šárospatoku. Nije nam pošlo za rukom da saznamo do kada se tamo zadržao, ali zasigurno znamo da je studije prava produžio u Pešti, gde je uporedo polagao ispite i obavljao advokatsku praksu u nekim, nama nepoznatim, advokatskim kancelarijama. Diploma advokata za Mađarsku i pridružene krajeve izdata je Šerogliču 27. septembra 1824. Naredne godine, položivši neke ispite u Beču, stekao je pravo da se bavi advokaturom i u Vojnoj krajini.⁸

⁴ ASANUK, *Matricula*, p. 407.

⁵ U okviru tog nastavnog predmeta tumačeni su tekstovi klasičnih autora (npr. Cicerona, Tita Livija, Vergilija, Horacija).

⁶ ASANUK, Karlovačka gimnazija, kut. 3, Klasifikacija učenika 1797–1829, na raznim mestima; *Censura Iuventutis Scholasticae Gymnasii Carlovitzensis 1798–1820/1*, na raznim mestima. U kutiji 22 fonda Karlovačka gimnazija u ASANUK čuva se Šerogličeva sveščica iz prvog polugodišta drugog razreda čovečnosti iz školske godine 1818/19, u kojoj je u najkraćim crtama izložena sadržina gradiva iz logike, zoologije, čiste geometrije, astronomije, fizičke geografije i grčkog jezika i navedena imena učenika koji su te školske godine išli u drugi razred čovečnosti. Vid. ASANUK, Karlovačka gimnazija, kut. 23, 1818/1819 god. *Conspectus studiorum*, *Elenchus in secunda Humanitatis Gymnasii Carloviczensis semestri primo anni scholastici 1818/9* e *Logica*, *Zoologia*, *Geometria pura*, *Astronomia* et *Geographia physica* atque *Studio Linguae Graecae traditorum a Georgio Carolo Romy Philosophiae et A. A. L. L. Doctore Professore primadrio*, ac *Directore Gymnasii Carloviczensis descriptus per Paulum Scheroglics*.

⁷ ASANUK, *Matricula*, p. 466.

⁸ P. Krečarević, 25; József Gulyás, „A sárospataki ref. főiskola görögkeleti vallású joghallgatói (1793—1867 közt).”, *Sárospataki Református Lapok*, sz. 31 (1940), 148; Vasa Stajić, *Grada za političku istoriju Novog Sada*, Novi Sad 1951, 220.

Šeroglić se nije ženio niti imao dece. Međutim, nakon smrti svog zeta (muža Šerogličeve sestre Ane), karlovačkog paroha Pavla Anđelića (1829), postao je stratelj njegove dece.⁹ Od svojih troje staranika najviše je, čini nam se, voleo Grigorija Anđelića. Ovom mladiću Šeroglić je pomagao tokom njegovog školovanja, poklanjao mu knjige i, pošto je završio studije prava u Šarošpatoku, primio ga u svoju advokatsku kancelariju kao pripravnika. Ceneći stanje u srpskoj crkvi kao loše, a svog sestrīca kao pametnog mladića koji obećava, Šeroglić je nagovorio Grigorija Anđelića da se zamonaši. Ispostavilo se da je to bila dobra procena, barem kada su u pitanju životna postignuća Šerogličevog sestrīca; Grigorije, koji je u monaštvu dobio ime German, doguraće 1881. čak do trona karlovačkog patrijarha.¹⁰

Osim Germanu Anđeliću, Šeroglić je pomagao i nekim ustanovama od velikog značaja za srpski narod u Habzburškoj monarhiji – Srpskoj pravoslavnoj crkvi, srpskim crkveno-narodnim fondovima¹¹ i Karlovačkoj gimnaziji.

Prema pisanju *Srbskog dnevnika*, zahvaljujući patrijarhu Rajačiću i Šerogliču podignuta je pravoslavna garnizonska vojna kapela u Petrovaradinu.¹² Ona se, prema opisu iz lista *Svetovid*, nalazila „odma na velikoj straži na desno prema mestnoj vojničkoj komandi nad jednim kazematom“. Šeroglić je bio epitrop (upravnik imanja) kapele. Njegovom zaslugom kapela je 1856. dobila značajne priloge u novcu i bogoslužbenim predmetima; izvesni Milisav iz Mitrovice poklonio joj je 100 forinti srebra, a Živko Subotić iz Novog Sada i Avakumović iz Pešte priložili su dva zvona. Šeroglić je, pišaše *Svetovid*, izdejstvovao kod nadležne vojne vlasti dozvolu za podizanje tornja za ta dva zvona, a bio je zaslužan i za to što je Novosađanin Marko Popović platio krećenje unutrašnjosti kapele.¹³

⁹ Prema članu 187 austrijskog Opšteg građanskog zakonika (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch), deci bez očinske vlasti postavljan je stratelj.

¹⁰ ASANUK, Karlovački magistrat, 635/1830, Šeroglić Karlovačkom magistratu, Petrovaradin, 26. VIII 1830; Đorđe Sp. Radojičić, „Iz prošlosti novosadske, karlovačke i bečkerečke gimnazije“, GIDNS sv. 35–38 (1939), 89; Milan Đ. Milićević, *Dodatak Pomeniku od 1888*, Beograd 1901, 6; *Branik*, br. 141, 1/13. XII 1888; Dušan N. Petrović, *Patrijarh karlovački German Anđelić *1822/1882–1888*, Sremski Karlovci 2008, 9, 11. Među Šerogličevim knjigama dospelim u ruke Germana Anđelića bilo je i jedno izdanje Justinijanove kodifikacije: *Corpus iuris civilis: opus une volumine absolutum/recognoverunt adnotationibusque criticis instructum ediderunt Albertus et Mauritius Kriegelli et al. I-III, Lipsiae 1844*. Ta publikacija zavedena je u lisnom katalogu spomen-biblioteke Karlovačke gimnazije pod signaturom GA-267, ali ni uz usrdnu pomoć profesora Gimanzije Dejana Đurđeva nismo uspjeli da je pronademo.

¹¹ U crkveno-narodnim fondovima čuvana su materijalna sredstva za finansiranje crkvenih, prosvetnih i ostalih potreba srpskog naroda u Austriji. Prvo su osnovani Školski ili klirikalni fond (1749) i Narodni ili neprikosnoveni fond (1769), a nakon toga do kraja XIX veka ustanovljeno je još deset fondova.

¹² Nije nam pošlo za rukom da otkrijemo godinu podizanja kapele, ali smo iz jednog članka u *Svetovidu* saznali da su u njoj bogoslužjenja držana od 1854. Vid. *Svetovid*, br. 69, 2. IX 1856.

¹³ *Световидъ*, br. 69, 2. IX 1856; ASANUK, Mitropoljsko-patrijaršijski arhiv, fond A (dalje: MPA-A), Mitropolitski Uručbeni Zapisnik za godinu 1856, delovodni brojevi 101 i 498. Odluka prvog kritičara SGZ-a da se angažuje oko podizanja kapele svakako je bila motivisana time što u

Srpski političar u južnoj Ugarskoj Teodor Mandić u svojim *Uspomenama iz našeg crkveno-narodnog života* veli da je Šeroglić iz ostavinske mase mitropolita Stefana Stankovića (1788–1841), čiji je bio zastupnik, uplatio oko hiljadu dukata u narodne fondove, premda neki urbarski proces u vezi sa daljskim vlastelinštvom Karlovačke mitropolije još nije bio završen. Ne znamo o kojoj parnici se radilo, ali Šeroglićev potez, strogo uzev, nije bio sasvim moralan, a uz to je bio i riskantan, jer se moglo desiti da Stankovićeve masa ostane bez sredstava za podmirivanje dugova prema poveriocima. Ali čin obogaćivanja crkveno-narodnih fondova istovremeno je bio na opštu korist vojvođanskog srpstva.¹⁴

Šeroglić je bio veliki dobrotvor Karlovačke gimnazije. Kada pogledamo spisak značajnijih priložnika Gimnaziji koji je objavio K. Petrović, u njemu ćemo videti da je Šeroglić među fizičkim licima drugi po visini priloga. Svojoj gimnaziji poklonio je 6051 forintu, a više novca od njega dao joj je samo Josif Rajačić (11.937 forinti). Sem toga, Šeroglić je između 1853. i 1857. obogatio biblioteku Karlovačke gimnazije poklonivši školi, prema podacima kojima raspolažemo, 218 knjiga.¹⁵

Što se tiče Šeroglićevih političkih uverenja, izvori su prilično ćutljivi. Molbu Virovitičke županije od početka aprila 1848, dakle na početku revolucionarnih gibanja, da se zbog uskomešanih prilika na njenoj teritoriji zavede preki sud, Šeroglić je prokomentarisao sledećim rečima: „Sloboda, dakle, vuče za sobom štandrecht¹⁶, kao što je u prvoj Francuskoj revoluciji gilotinu sloboda izmamila.“¹⁷ Taj komentar daje osnov za pretpostavku da je Šeroglić bio konzervativnih političkih ubeđenja.

Petrovaradinu tada nije postojala pravoslavna bogomolja, a potrebe tamošnjih pravoslavnih vernika iziskivale su njeno postojanje. Šeroglić je, naime, još 4. aprila 1845. pisao mitropolitu Rajačiću kako se pravoslavci iz Petrovaradina žale da će uskršnji post provesti bez ispovesti i pričešća, jer nemaju duhovnika, pa je molio starešinu Crkve da pošalje nekoga od sveštenika da ispovedi i pričesti pravoslavne Petrovaradinke, da ne bi očajavali i da im se inoverci ne bi podsmevali. Vid. ASANUK, MPA-A, 436/1845, Šeroglić mitropolitu Rajačiću, Petrovaradin 23. III/4. IV 1845.

¹⁴ Teodor Mandić, *Uspomene iz našeg crkveno-narodnog života*, LMS, sv. 3 (1896), 40. Prema Šeroglićevom navodu, u Školskom fondu je čak i 1851. bilo novca iz Stankovićeve ostavinske mase (723 forinte konvencionalne vrednosti). ASANUK, MPA-A, 256/1851, Šeroglić patrijarhu Rajačiću, Petrovaradin 15/27. III 1851.

¹⁵ Jovan Pantelić, *Првѣй ѣроѣграммъ србске ѣимназіе карловачке за ѣколску ѣодину 1853*, Novi Sad b. g., 55; „Biblioteka Karlovačke Gimnazije“, *Свѣйовидѣ*, 16. X 1854; *Трећѣй ѣроѣграммъ велике ѣимназіе србскоѣ востѣочно-ѣправославноѣ общесѣйва карловачкоѣ за ѣколску ѣодину 1855*, Novi Sad b. g., 39; *Пѣтѣй ѣроѣграммъ Велике ѣимназіе карловачке за ѣколску ѣодину 1857* (dalje: *Peti program*), Karlovci 1858, 44; ASANUK, Karlovačka gimnazija, kut. 51, Revers Germana Anđelića od 29. X 1856; Kosta Petrović, *Istorija Srpske pravoslavne velike gimnazije karlovačke*, Novi Sad 1951, 44.

¹⁶ Nem. *Standrecht* – preki sud.

¹⁷ *Građa za istoriju srpskog pokreta u Vojvodini 1848–1849* (dalje: *Građa*), Beograd 1952, 127.

U Revoluciji 1848. Šeroglić se svrstao uz srpski pokret, što jasno vidimo iz činjenice da za srpsku deputaciju poslatu u Insbruk da traži priznanje odluka Majske skupštine kaže da je „naša“. Na svojoj sednici od 23. januara 1849. Glavni odbor Srpske Vojvodine odlučio je da Šeroglića i još neke ljude od ugleda pozove u svoje članstvo, kako bi pomogli Odboru znanjem i iskustvom. Uredbom patrijarha Rajačića od 16. februara, kojom je reorganizovana vlada Srpske Vojvodine, Šeroglić je imenovan za savetnika u struci pravosuđa.¹⁸

Nije jasno koji stav je Šeroglić imao prema azbučnoj reformi Vuka Karadžića. Izvesno je da je on u mladosti održavao kontakte sa Vukom – na to ukazuje podatak da advokat Jovan Popović Mostarski u svom pismu najvećem srpskom jezičkom reformatoru od 18. novembra 1824. poručuje Vuku da pozdravi Šeroglića. Međutim, u objavljenim izdanjima Vukove prepiske koja hronološki pokrivaju Šeroglićev život nema ni jednog jedinog Šeroglićevog pisma Vuku niti Vukovog Šerogliću. Sem toga, Šeroglićevi *Pregled* i *Replika* štampani su srpskoslovenskom azbukom, ali su zato Šeroglićeva pisma knezu Milošu napisana mešavinom srpskoslovenske i Vukove azbuke; u njima nema jerova a javlja se i prokazano *j*, no nailazi se i na slova Ѓ, €, ѣ ю, я.¹⁹

Koliko nam je poznato, Šeroglić je učestvovao u radu samo jedne srpske ustanove u Austriji – Školskog fonda. Da je tako, vidimo iz Šeroglićevog pisma delegiranom vojnom sudu u Petrovaradinu od 4. decembra 1849, na kojem se Šeroglić potpisao kao asistent srpskog narodnog Školskog fonda²⁰. Na tom položaju se sasvim sigurno nije nalazio početkom decembra 1851, pošto je tada bio predložen za mesto asistenta Narodnog fonda iz redova građanstva, koje je ostalo upražnjeno odlaskom Trifuna Mladenovića²¹ sa te dužnosti. Guverner Vojvodstva Srbije i Tamiškog Banata Johan Koronini protestovao je protiv Šeroglićeve kandidature, navodeći da on od pre „stoji u drugim vrlo poverljivim odnosima“ sa arhiepiskopskim sekretarom Dimitrijem Vukovićem, zbog čega se ne bi moglo

¹⁸ A. Ivić, 208; *Grada za istoriju srpskog pokreta u Vojvodini 1848–1849*, Beograd 1952, 447; Ljubomirka Krkljuš, *Središnji organi vlasti u Srpskoj Vojvodovini 1848–1849*, Novi Sad 2013, 118, 128.

¹⁹ Vid. Pavle Šeroglić, „Pregledъ Zakonika Građanskogъ za Kняžestvo Serbію, 25. Marta 1844. obnarodovanogъ“, *Bačka vila* br. 4 (1845), 114–187; isti, *Replika na odgovorъ Gospodina Miloša Svetića u Utuku III. Съзкословnome ili Pregledъ II. Zakonika građanskogъ za Serbію*, Novi Sad 1847; Vuk Stefanović Karadžić, *Prepiska II (1822–1825)*, Beograd 1988, 509; AS, PO, 81/261, 262, 263, 266, 267, 269, 271, 279. Šeroglić je bio pretplatnik na samo jedno Vukovo delo – *Narodne srpske poslovice i druge različne, kao one u običaj uzete riječi*. Vid. *Narodne srpske poslovice i druge različne, kao one u običaj uzete riječi*, Cetinje 1836, među pretplatnicima iz Petrovaradina.

²⁰ Asistenti crkveno-narodnih fondova bili su mitropolitovi (kasnije patrijarhovi) pomoćnici u upravljanju fondovima. Bilo ih je trojica, po jedan iz građanstva, vojske i sveštenstva.

²¹ Sudija u Vukovaru, veliki sudija u Irigu, dvorski savetnik i poslanik na Blagoveštenskom saboru.

očekivati da kontrolišu jedan drugog u međusobnom finansijskom poslovanju.²² Koroninijev protest očigledno je dao rezultate, budući da kraj Šerogličevog imena u njegovim pismima posle decembra 1851. stoji samo da je advokat.²³

Godine 1851. Šeroglič je bio i neuspešan kandidat za patrona Karlovačke gimnazije. Pošto su te godine mesta dva patrona Karlovačke gimnazije ostala upražnjena, patrijarh Rajačić doneo je odluku da se izaberu njihovi naslednici. Za jednog od njih patrijarh je kandidovao Šerogliča, ali je on dobio samo dva glasa karlovačkih opštinaru, dok su svi ostali glasali za lekara Maksima Nikolića Miškovića.²⁴

Šeroglič je spadao među najbogatije Petrovaradinke. Dokaz da je tako predstavlja plan prihoda od poreza u Petrovaradinu za 1844, u kojem je visina Šerogličevog poreza trinaesta po visini (od ukupno 813 poreskih obveznika). Nakon Šerogličeve smrti vrednost njegove popisane zaostavštine procenjena je na 8569,30 guldena konvencionalne vrednosti.²⁵

Posle, kako je u *Srbskom dnevniku* i *Svetovidu* navedeno, kratke i teške bolesti, Šeroglič je umro 10. februara 1857. u Petrovaradinu. Testamentom sačinjenim 8. januara iste godine sve svoje imanje ostavio je Karlovačkoj gimnaziji, „kojoj jedino ima da zahvali za svoje prvo obrazovanje i kasniju sreću u životu“.²⁶

Svojim zaveštanjem Šeroglič je ostavio i dva legata: svojoj sestri Ani i sestriću Germanu Anđeliću legirao je po trećinu kamata iz svoje zaostavštine, s tim da je Ana Anđelić ovlašćena da se služi legatom za svog života, a German Anđelić dok ne postane arhimandrit. Za izvršioca svog zaveštanja Šeroglič je odredio Germana Anđelića. Šeroglič je poslednjom voljom naložio da Anđelić nakon njegove smrti zaposedne njegovo imanje, iz njega uzme šta mu je drago (izuzev gotovog novca i isprava o duhu) i razdeli Šerogličevoj braći, svojim sestrama i siromašnim učenicima Karlovačke gimnazije.²⁷

²² U Šerogličevom testamentu pominje se njegova gazdarica Ana Bajčević, rođena Vuković. Možda je ona bila u srodstvu sa Dimitrijem Vukovićem? Vid. ASANUK, Patronat Karlovačke gimnazije (dalje: Patronat), 17/1857, testament Pavla Šerogliča.

²³ Vid. ASANUK, MPA-A 1015/1851, Koronini patrijarhu Rajačiću, Temišvar 1. XII 1851; ASANUK, MPA-A 631/1852, Šeroglič Slavonsko-sremskom delegiranom vojnom sudu, Petrovaradin 4. XII 1849.

²⁴ ASANUK, MPA-A, 631/1852, Šeroglič Slavonsko-sremskom delegiranom vojnom sudu, Petrovaradin 4. XII 1849; *Srbske novine*, br. 120, 20. X 1851, 458;

²⁵ AV, PVK, Entwurf 1844; ASANUK, Patronat, 17/1857, Uiber der Sachlaß des am 10 Februar 1857 (sic!) testato verstorbenen aus Carlowitz gebürtigen HL Landes Militair Granz Advokaten Paul Scheroglič.

²⁶ *Srbski dnevnik*, br. 9, 31. I 1857; br. 11, 7. II 1857; *Svetovid*, br. 11, 7. II 1857; ASANUK, Patronat, 17/1857, testament Pavla Šerogliča.

²⁷ ASANUK, Patronat, 17/1857, testament Pavla Šerogliča. U izveštaju računovođa Karlovačke gimnazije patrijarhu Rajačiću od 28. januara 1861. pominje se da pri Gimnaziji postoji fond Pavla Šerogliča, koji je, sudeći po sadržini ovog dokumenta, ustanovljen najkasnije 1859. ASANUK, Patronat, 6x7/1862, računovođe Karlovačke gimnazije patrijarhu Rajačiću, Sremski Karlovci 16. I 1861.

Po želji patrijarha Rajačića i karlovačke opštine, Šeroglić je sahranjen u Sremskim Karlovcima. Opelo mu je služeno u Crkvi Svetog Nikolaja u Sremskim Karlovcima 12. februara. Službi je prisustvovao, prema pisanju *Srbskog dnevnika*, veliki broj ljudi, toliko veliki da jedan deo sveštenstva tokom opela nije mogao da stoji na svom mestu, već je morao da uđe u oltar (činodejstvovalo je, inače, čak 16 sveštenih lica: trojica arhimandrita i 13 sveštenika). Po nalogu patrijarha Rajačića na Šerogličev ispraćaj na večni počinak došli su i profesori Karlovačke gimnazije, sa svim đacima te škole. Posmrtno govore pokojniku držali su proto-prezвитerski kapelan Lazar Popović i arhimandrit Rakovca Lavrentije Geršić.²⁸

Šeroglić je sahranjen na karlovačkom pravoslavnom groblju Čerat. Njegov grob se, prema navodima V. Konstantinovića, nalazio „u sredi groblja, tri do četir koraka iznad groba Emanuila od Zamfir, a na desno uz brdo odeć’ nekoliko korakači od groba Nikolaja Vasiljkovića” i već 1891. bio je u veoma lošem stanju. Mesto iz Konstantinovićeovog opisa smo pronašli, ali na njemu nema Šerogličevog groba; tamo je samo nakrivljena mramorna ploča na kojoj su jedva raspoznatljiva slova crkvenoslovenske azbuke koja govore da je u pitanju grob Šerogličevog zeta Pavla Anđelića. Ta ploča nekada je bila, kaže Konstantinović, „čelo glave” Šerogličevog groba, kojeg danas nema.²⁹ Zub vremena i bespotomstvo učinili su svoje.

2. ADVOKATSKA KARIJERA PAVLA ŠEROGLIĆA

O Šerogliću kao advokatu može se kazati dosta loših, ali i dobrih stvari.

Građa Novosadskog magistrata Šerogličevu advokatsku etiku na početku karijere ne prikazuje u lepom svetlu. U izvorima se pojavljuju neki njegovi postupci koji prelaze granicu morala.

Kako pojedini dokumenti kazuju, Šeroglić i njegov klijent Jovan Vasilije Lambović su u decembru 1826, preko Novosađanina Simeona Lučića Jazavca, nezakonito pribavili potvrdu da mogu da pregledaju neke dokumente. Povodom tog događaja Petrovaradinski magistrat je 1827. vodio istragu.³⁰ O kojim dokumentima je reč i da li je Šeroglić bio okrivljen za neko krivično delo, ostaje da se utvrdi.

²⁸ ASANUK, Karlovački magistrat, S. 8/1848, Petrovaradinski magistrat Karlovačkom magistratu, Petrovaradin 11. II 1857; *Srbski dnevnik*, br. 11, 7. II 1857; *Svetovidъ*, br. 11, 7. II 1857; *Peti program*, 39–40.

²⁹ Vasilije Konstantinović, *Sto godina u prošlosti. Karlovačka gimnazija od 1791–1891. god. i grobovi njenih dobrotvora*, Novi Sad 1892, 43.

³⁰ Vid. Istorijski arhiv Grada Novog Sada (dalje: IANS), Magistrat slobodnog kraljevskog grada Novog Sada (dalje: Magistrat), 19. I 1827 (datumi navedeni posle citiranja fonda Magistrata su signature predmeta), Iskaz Jovana Nedića o razgovoru između Teodora Svilarovića i Jovana Pošarca od gornjeg datuma; IANS, Magistrat, 1827, 7, 3009, Petrovaradinski magistrat Novosadskom magistratu, Petrovaradin 30. V 1827.

U toku 1827. Šeroglić je, odranije znajući da su novosadski trgovac Petar Grozdanović i pivar Nikolaus Vajngartner sklopili samo usmeno poravnanje da Vajngartner plati dug od 16 guldena konvencionalne vrednosti, nagovorio dužnika da ne izvrši tu obavezu nego da pusti da bude tužen. Šeroglić je znao da Grozdanović neće moći da dokaže postojanje duga i da će eventualnu parnicu Vajngartner sigurno dobiti. Kada je Grozdanovićev cesionar Jozef Kon tužio Vajngartnera, Šeroglić je uložio nekakav prigovor, ali kako Grozdanović u jednom svom podnesku kaže, ne u svojstvu advokata već „nadripisara“. Kazivanje Grozdanovića bi trebalo odbaciti, pošto je vrlo teško poverovati da školovani pravnik ne bi znao da je nadripisarstvo krivično delo. Pre će biti da je Šeroglić pomenuti akt uputio kao prost pisac podneska, ali je u svakom slučaju jasno zašto je izbegao da se u navedenoj parnici pojavi kao advokat – bojao se da bi tako njegov plan da dođe do sigurnog honorara bio isuviše očigledan.³¹

U dopisu Petrovaradinskog magistrata Novosadskom magistratu od 1. marta 1828. između ostalog stoji kako je Petrovaradinac Jovan Vasilije Lambović optužio Šeroglića da je u parnici između trgovca iz Jozefova³² Antona Mihajlovića i novosadskog građanina Petra Grozdanovića (istog onog koji godinu dana ranije na njegov račun izriče teške optužbe), kao i sporu vođenom između krčmara Janoša Glodaka i izvesne Katarine Krigerin, istovremeno delio savete obema stranama u parnici.³³

Literatura i štampa pružaju potpuno drugačiju sliku Šerogličeve moralnosti u obavljanju advokatskog posla. P. Krečarević tvrdi da je Šeroglić prihvatao vođenje samo onih sporova koje je smatrao za pravične, što će reći da je zahtev njegove stranke opravdan. U nekrologu koji je povodom Šerogličeve smrti izašao u listu *Svetovid* stoji kako je mnoge besplatno zastupao.³⁴ Prema tome, konsekvantan sud o moralu Šeroglića kao advokata teško je doneti.

Prethodna rečenica, međutim, nikako ne važi u pogledu brojnosti Šerogličeve klijentele. Sasvim zasigurno se može kazati da je bio vrlo zaposlen. Kada pogledamo sudski registar vojnog komuniteta Petrovaradina (u kojem je Šeroglić proveo najveći deo života³⁵) za 1837, videćemo da je odrednica „Scheroglics Paul

³¹ Grozdanović je optužio Šeroglića za falsifikovanje neke potvrde Petrovaradinskog magistrata. Vid. IANS, Magistrat, 5. IX 1827, Izjašnjenje Petra Grozdanovića o noti Slavenskog delegiranog vojnog suda br. 2362, Novi Sad 5. XI 1827; IANS, Magistrat, 1828, 3, 1381, Petrovaradinski magistrat Novosadskom magistratu, Petrovaradin 1. III 1828.

³² Nekada selo, 1945. postalo je deo Novog Kneževca.

³³ IANS, Magistrat, 1828, 3, 1381, Petrovaradinski magistrat Novosadskom magistratu, Petrovaradin 1. III 1828.

³⁴ P. Krečarević, 25; *Svetovid*, br. 11, 7. II 1857.

³⁵ Šeroglić je živio u petrovaradinskom podgrađu. To smo saznali iz poreskih knjiga Petrovaradina, u kojima su poreski obveznici grupisani prema delovima grada u kojima stanuju. Šeroglić, ali i mnogi drugi Petrovaradinci, u nekoliko poreskih knjiga se u svojim naseljima navode pod istim rednim brojevima; vrlo je moguće da su ti brojevi brojevi kuća. Vid. Arhiv Vojvodine (dalje: AV),

Landes und Militair Granz Advocaten noe” krcata delovodnim brojevima i imenima klijenata, a uz to još i duža nego tekst ispod svih drugih ličnih imena koja se u pomenutom registru pojavljuju kao odrednice.³⁶ U tekstu koji sledi, naravno, nećemo izložiti imena svih poznatih Šerogličevih klijenata, već samo značajnijih pojedinaca i ustanova čiji je bio zastupnik.

Šeroglić je zastupao austrijsku vojnu blagajnu (erar) u postupku vođenom pred delegiranim vojnim sudom u Petrovaradinu³⁷ protiv ostavinske mase praktikanta Aleksandra Stefanovića, za naknadu štete od 500 forinti bečke vrednosti³⁸. Prvi dokument iz tog postupka koji se u izvorima pominje datiran je na 11. april 1829, a poslednji na 28. novembar 1833; iz njega se vidi da je postupak trebalo da se nastavi i u januaru 1834. Da li je postupak bio nastavljen i koji je bio njegov ishod, nismo uspeali da otkrijemo.³⁹

Pavle Ličanin, tast Zmaja Jovana Jovanovića, tužio je 19. juna 1839. godine svog tasta Pavla Duku Novosadskom magistratu zbog neisplaćenog miraza. Ličanin je dobio parnicu, ali njenim ishodom ipak nije bio zadovoljan, jer mu je isplaćena samo glavnica miraza (5000 forinti), ali ne i pripadajuća kamata. U nameri da i nju naplati, Zmajev tast angažovao je Šeroglića kao punomoćnika i poveo proces protiv Pavla Duke pred delegiranim vojnim sudom u Budimu. Presudom tog suda od 13. juna 1840. godine Duka je osuđen na plaćanje kamate na miraz od 312 forinti šajna (bečke vrednosti).⁴⁰

Posle smrti karlovačkog mitropolita Stefana Stankovića Šeroglić je bio zastupnik njegove ostavinske mase. Na osnovu izvora koje smo koristili ne može se ustanoviti tačan trenutak kada je Šeroglić počeo da zastupa ostavinsku masu upokojenog arhipastira, ali se to svakako dogodilo vrlo brzo nakon što je Stanković umro. Na to upućuje pismo feldmaršal-lajtnanta Johana Cana mitropolitu Josifu Rajačiću od 24. aprila 1847, gde se kaže da Šeroglić zastupa Stankovićevo masu „skoro šest godina“. O potraživanjima prema Stankovićevoj masi odlučiva-

Petrovaradinski vojni komunitet (dalje: PVK) (1702–1849) (fond 7), knjiga 183 (Peterwardein (sic!) Steuer Schuldigkeit Entwurf); knj. 186 (Peterwardeiner Steuer Entwurf pro 1844, dalje: Entwurf 1844); knj. 187 (Peterwardeiner Steuer Einkassirungs Protocoll pro Anno Militaire 1847).

³⁶ AV, PVK, knj. 111 (Register pro Anno 1837).

³⁷ Ovaj sud bio je u građanskopravnim stvarima sud prvog stepena za lica koja nisu potpadala pod sudsku nadležnost sudova regimenti i magistrata vojnih komuniteta (penzionisane oficire, strane podanike, državne službenike i katoličko i pravoslavno parohijsko sveštenstvo).

³⁸ „Bečka vrednost” označava vrednost koju su monete korišćene u Austriji imale nakon izdavanja takozvanog Patenta o bankrotu (Bankrottpatent) od 20. februara 1811.

³⁹ IANS, Magistrat, 3. VIII 1829, Nota Slavonsko-sremskog delegiranog vojnog suda od 18. jula 1829; IANS, Magistrat, 26. IV 1830 (ceo predmet); IANS, Magistrat, 23. XI 1833; Odluka delegiranog vojnog suda u Petrovaradinu od 23. XI 1833; IANS, Magistrat, 1834, 1, 93, Nota Slavonsko-sremskog delegiranog vojnog suda od 28. XI 1830.

⁴⁰ Vasa Stajić, „Preci i roditelji Zmajev Ruže“, *Glasnik istoriskog društva u Novom Sadu* (GIDNS), sveska 2 (21) (1935), 297.

lo se pred više instanci, od kojih su nam poznate dve: petrovaradinski delegirani vojni sud i Virovitička županija.⁴¹

Pred Šeroglićem nije stajao nimalo lak zadatak. Pošto je mitropolit Stanković umro, pričalo se kako je iznos dugova njegove ostavinske mase veći od njene ukupne vrednosti. Premda su peštanske *Serbske narodne novine* odbacile takve glasine, nekoliko vesti iz tog istog lista opovrgnule su njegov demanti. Stupce *Serbskih narodnih novina* iz 1842. popunjavale su, između ostalih, vesti kako je grupa od sedam sveštenika Bačke eparhije tužila ostavinsku masu pokojnog mitropolita petrovaradinskom delegiranom vojnom sudu tražeći da im se isplati 6007 forinti i 46 krajcara kamate na uloge u fond za sveštenečke udovice i siročad, kako je Virovitička županija popisala Stankovićevo imanje radi javne prodaje na licitaciji i kako su i ta županija i petrovaradinski delegirani sud odredili datume prodaje imanja pokojnog mitropolita putem licitacije.⁴²

Sudeći prema izvorima, Šeroglić se sa teškim poduhvatom zastupanja Stankovićeve ostavinske mase dobro nosio. Prema gore navedenom Canovom pismu mitropolitu Rajačiću, Šeroglić je uspeo da izdejstvuje da mnogi trgovci i zanatlije smanje tužbene zahteve prema Stankovićevoj masi i sa njima sklopio poravnaje. Nakon isplate svih dugovanja, u masi bivšeg mitropolita ostalo je 5970 guldena i 5/8 krajcara konvencionalne vrednosti⁴³. Iz Šeroglićevih pisma patrijarhu Rajačiću od 27. marta 1851. i 3. maja 1852. saznali smo da je mađarska komanda Petrovaradinske tvrđave 31. avgusta 1849⁴⁴ zapovedila da se svi sudski depoziti⁴⁵ prebace u mađarsku vojnu blagajnu.⁴⁶ Tako je plodove Šeroglićevog rada poništila viša sila.

U vrlo obimnom fondu Arhiva Srbije *Pokloni i otkupi* nalaze se, između ostalih, i dokumenti koji otkrivaju da je Šeroglićev klijent bio i knez Miloš Obre-

⁴¹ ASANUK, MPA-A, 370/1847, Feldmaršal-lajtnant Can mitropolitu Rajačiću, Petrovaradin 24. IV 1847.

⁴² *Serbske narodne novine*, br. 82, 16. X 1841, 325; isti list, br. 18, 8. III 1842, 71; isti list, br. 25, 2. IV 1842, 102; isti list br. 27, 9. IV 1842, 110.

⁴³ Dodatak „konvencionalne vrednosti” (nem. *Conventions-Münze* ili *CM*) uz ime neke valute označava da se radi o vrednosti te monete prema konvenciji o monetarnom savezu koju su 1753. zaključile Austrija i Pruska.

⁴⁴ Revolucionarna Mađarska kapitulirala je 13. avgusta 1849, ali njena komanda Petrovaradinske tvrđave to je učinila tek 5. septembra iste godine.

⁴⁵ Stankovića ostavinska masa nalazila se u depozitu petrovaradinskog delegiranog vojnog suda. Vid. ASANUK, MPA-A, 256/1851, Šeroglić patrijarhu Rajačiću, Petrovaradin 15/27. III 1851

⁴⁶ U junu 1848, pošto je u Habzburškoj monarhiji već uveliko goreo plamen revolucije, general-auditor Anton Bartafović izjavio je da ostavinsku masu treba predati srpskom narodnom fondu, ali se predsednik petrovaradinskog delegiranog vojnog suda feldmaršal-lajtnant Can tome usprotivio, navodeći kao argument da će „srpski pobunjenici” taj novac iskoristiti za vođenje rata protiv Mađarske. Stankovića ostavinska masa je tako ostala u depozitu petrovaradinskog delegiranog vojnog suda. ASANUK, MPA-A, 256/1851, Šeroglić patrijarhu Rajačiću, Petrovaradin 15/27. III 1851; ASANUK, MPA-A, 631/1852, isti istom, Petrovaradin, 21. IV/3. V 1852.

nović. Šeroglić je, kako svedoči gore pomenuta građa, zastupao kneza Miloša u dve parnice.⁴⁷

Prvu od njih knez Miloš je vodio protiv karlovačkog fizikusa Vasilija Petrovića. Fizikus Petrović dugovao je knezu Milošu 400 forinti konvencionalne vrednosti po osnovu ugovora o zajmu zaključenog 1843. Kako dužnik dugo nije vraćao zajam, knez Miloš je 15. avgusta 1846. izdao Šerogliću punomoć da naplati njegovo potraživanje prema Petroviću. Šeroglić je podneo tužbu protiv Petrovića petrovaradinskom delegiranom vojnom sudu. Parnica je okončana početkom oktobra 1847 – Šeroglić je dobio spor i Petrović je osuđen da njegovom klijentu plati glavicu duga i kamatu na zajam od 28. septembra 1843. do okončanja procesa. Nije na odmet napomenuti da Šeroglić u pismu upućenom knezu Milošu 4. jula 1847. skreće pažnju da je do toga dana vodio parnicu o svom trošku.⁴⁸

Očigledno zadovoljan Šerogličevim uslugama, knez Miloš ga je 20. marta 1851. angažovao da naplati dve menice koje je bivšem vladaru Srbije izdao trgovac iz Kovina Aron Gavrilović.⁴⁹ Jedna od „veksli” bila je izdata 23. oktobra 1850. i ne navodi se na koji iznos je glasila; menična suma druge bila je 6000 forinti i ona je dospela 23. aprila 1851. Šeroglić se sastao sa Gavrilovićem da vidi hoće li dužnik dobrovoljno platiti dug. Gavrilović je kazao kako to ne može da uradi, jer je tokom Revolucije 1848. ostao bez sveg imanja osim kuće, a taj stav dužnika nije se promenio ni pošto mu je Šeroglić zapretio da će ga knez Miloš proglasiti za bankrota, rasprodati celokupnu njegovu imovinu i pokrenuti protiv njega krivični postupak. Stoga je Šeroglić 16. maja od kneza Miloša tražio dalja uputstva.⁵⁰

Knez Miloš poručio je Šerogliću da sa Gavrilovićem postupi „kao sa najgorim dužnikom po zakonima vašim (austrijskim, primedba G. D. – U. S.)“. Šeroglić

⁴⁷ Arhiv Srbije (dalje: AS), Pokloni i otkupi (dalje: PO), 81/261, Šeroglić knezu Milošu, Petrovaradin, na Svetog Nikolu 1846; AS, PO, isti istom, Petrovaradin 4/16. V 1851.

⁴⁸ AS, PO, 81/258, Punomoć kneza Miloša Šerogliću od 3/15.VIII 1846; AS, PO 81/261, Šeroglić knezu Milošu, Petrovaradin, na Svetog Nikolu 1846; AS, PO, 81/269, isti istom, Petrovaradin 4. VII 1847; AS, PO 81/271, isti istom, Petrovaradin 30. IX/12. X 1847. Šerogličeva pisma knezu Milošu prikazuju ovog poslednjeg kao prilično neurednog platišu. Knez Miloš poslao je 1846. Šerogliću svog pitomca Milutina Protića da ga upiše u školu u kojoj može da nauči srpsku i slovensku gramatiku i pronade mu smeštaj u kojem će boraviti dok se školuje. Šeroglić je tokom 1846. i 1847. kneza Miloša u čak pet navrata opominjao da pošalje novac za troškove Protićevo boravka u Novom Sadu, pri čemu to poslednji put čini odveć revoltiranim tonom. Vid. Šerogličeva pisma knezu Milošu u AS, PO, 81/262, 81/263, 81/267 i 81/269.

⁴⁹ Svega dva meseca pre nego što je prihvatio vođenje ovog slučaja Šeroglić je kao „svestan građanin” obavestio Zemaljsku upravu Vojvodstva Srbije i Tamiškog Banata da su snaha kneza Miloša, udovica njegovog brata Jovana, Ana Obrenović i njena deca turski podanici i da kao takvi nemaju pravo da poseduju nepokretnosti u Austriji. Vid. IANS, Magistrat, 1851, 3039, Šeroglić Zemaljskoj upravi Vojvodstva Srbije i Tamiškog Banata, Petrovaradin 12. I 1851.

⁵⁰ AS, PO, 81/279, Šeroglić knezu Milošu, Petrovaradin 4/16. V (sic!); AS, PO, 81/278, knez Miloš Šerogliću, Karlsbad 29. V 1851; AS, PO, 81/280, Konstantin Hadija Šerogliću, Francesbad 27. VI/9. VII 1851.

je obećao knezu Milošu da će protiv Arona Gavrilovića učiniti neophodne korake, te da će kovinskog trgovca, ukoliko ne bude izmirio dug, proglasiti za bankrota i postarati se da dopadne zatvora.⁵¹

Izvesna Gertruda Anderkol zaveštala je katoličkoj crkvi Svete Marije Snežne (Tekijama) vinograd od 6 5/6 katastarskih jutara na nekom lokalitetu Karagau. No kako je u novosadskom katastru zemljišta kao vlasnik vinograda još uvek bio zaveden umrli suprug ostavilje, Šeroglić je 1850. u svojstvu zastupnika Tekija tražio da se u katastar kao sopstvenik vinograda upiše Gertruda Anderkol.⁵²

3. ZAKLJUČAK

Prema svojoj rodbini Šeroglić je bio dobar i darežljiv. Pomoć koju je pružio Germanu Andeliću govori da je svog omiljenog sestrića doživljavao kao sina kojeg nije imao. Šeroglićev odnos prema voljenoj gimnaziji pokazuje da je uspomena na nju tokom celog života držao u srcu i glavi, kao i da je shvatao značaj obrazovanja za pojedinca i narod. Njegov rad na dobrobit Crkve svedoči da je bio svestan da je upravo ova ustanova najveći jamac opstanka srpskog naroda u Austriji.

Šeroglić se klonio politike, a u retkim prilikama kada se u nju upuštao, držao se opšteg smera kretanja i ničim se nije isticao. O temama iz društvenog života Srba onoga vremena nije se izjašnjavao, a za učešće u njemu pokazao je interesovanje tek pred kraj života. Sve u svemu, Šeroglićeva slika u istorijskim izvorima odaje utisak da je reč o čoveku koji je želeo da ostane po strani od javnih i političkih dešavanja i u miru obavlja svoj posao.

Svojim postupcima u vršenju tog posla Šeroglić je ponekad potvrđivao predrasude o nemoralnosti advokata. Broj njegovih slučajeva o kojima je na stranica-ma ovog rada bilo reči isuviše je mali da bi se mogli doneti decidirani zaključci o kvalitetu Šeroglićevog rada. Ipak, struktura Šeroglićeve klijentele, uspeh u zastupanju ostavinske mase Stefana Stankovića i bogatstvo koje je za života stekao indicije su da je bio sasvim dobar advokat.

⁵¹ AS, PO, 81/282, Knez Miloš Šerogliću, Bukurešt 27. IX 1851; AS, PO, 81/284, Šeroglić knezu Milošu, Petrovaradin 8/20. X 1851.

⁵² IANS, Magistrat, 1850, 2792, Petrovaradinski magistrat Novosadskom magistratu, Petrovaradin 23. IX 1850.

ILUSTRACIJE:



Portret Pavla Šeroglića
(rad nepoznatog autora, ulje na platnu dimenzija 68x53cm,
Muzej Grada Novog Sada, Zavičajna zbirka u Sremskim Karlovcima, U-10)



Nagrobna ploča Pavla Anđelića
(pravoslavno groblje Čerat, Sremski Karlovci)

*Gordana M. Drakić, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
G.Drakić@pf.uns.ac.rs*

*Uroš N. Stanković, Assistant with Ph.D.
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
U.Stankovic@pf.uns.ac.rs*

Life and Work of Pavle Šeroglić (1800–1857)

Part One: Draft Biography of the First Reviewer of Serbian Civil Code

Abstract: *The article sheds light on life and work of the first reviewer of Serbian Civil Code Pavle Šeroglić. The paper is divided in two parts, first of which is concerned with Šeroglić's private and public life, as the second provides data on his career as a barrister.*

Šeroglić was born on July 25th, 1800 in Sremski Karlovci. He finished elementary school and renowned Sremski Karlovci Grammar School in his place of birth. Having completed his middle school education, Šeroglić studied philosophy in Szeged and law in Sárospatak, Pest and Vienna.

As Šeroglić was a bachelor who had no children, he had been very supportive towards his nephew Grigorije (latter German) Anđelić, who later became the patriarch of Serbian Orthodox Church. Šeroglić was the benefactor of Sremski Karlovci Grammar School, to which he donated money and books. Besides then patriarch of Serbian Orthodox Church Josif Rajačić, Šeroglić is the most creditable figure for building an orthodox garrison chapel in Petrovaradin.

In the beginning of his work as a barrister, Šeroglić was often accused of some acts beyond the limit of morality, such as giving legal advice for both parties in civil lawsuits. Notwithstanding such behaviour, in the years to come Šeroglić represented some very prominent individuals and institutions, such as former Serbian prince Miloš Obrenović, Austrian military treasury, inheritance mass of deceased Serbian metropolitan Stefan Stanković, catholic church Saint Mary of Snow (Tekije) in Sremski Karlovci, and famous Serbian poet Jovan Jovanović Zmaj's father in law Pavle Ličanin.

Šeroglić died on February 12th, 1857. He testated all his property to Sremski Karlovci Grammar School. During his lifetime Šeroglić showed goodness and generosity towards his cousins, Sremski Karlovci Grammar School and Serbian

Orthodox Church. As a barrister, however, he did not always distinguish himself in morality, but judging by the names of his clients, he excelled in quality of his work.

Keywords: *Pavle Šeroglić, Sremski Karlovci Grammar School, German Anđelić, history of law practice in Vojvodina.*

Datum prijema rada: 20.01.2017.

*Dr Zoran J. Lončar, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
Z.Loncar@pf.uns.ac.rs*

POSEBNI UPRAVNI POSTUPCI*

Sažetak: *Usled pojave brojnih odstupanja posebnih upravnih postupaka od najvažnijih pravila opšteg upravnog postupka, a koja se nikako ne mogu podvesti pod zahteve specifične prirode rešavanja u pojedinim upravnim oblastima, od posebnog značaja je što je novim Zakonom o opštem upravnom postupku propisana, ne više samo obaveza saglasnosti pravila posebnih postupaka sa osnovnim načelima opšteg upravnog postupka, već i zabrana smanjivanja nivoa zaštite prava i pravnih interesa stranaka zajemčenih Zakonom o opštem upravnom postupku, kao i obaveza na usalgašavanje svih posebnih postupaka sa novim Zakonom o opštem upravnom postupku.*

Ključne reči: *upravni postupak, poseban upravni postupak, opšti upravni postupak, zakon o opštem upravnom postupku.*

1. UVODNE NAPOMENE

Za ostvarivanje prava građana od posebnog značaja su pravila upravnog postupka. Daleko najveći broj prava i sloboda građana, garantovanih Ustavom i najvažnijim međunarodno-pravnim dokumentima, ostvaruje se kroz aktivnost različitih organa upravne vlasti. Stoga se za pravila upravnog postupka, propisana Zakonom o opštem upravnom postupku, može reći da predstavljaju najvažnija procesna pravila za ostvarivanje brojnih prava građana u odnosu na sve ostale pravno uređene postupke. Samim tim i kvalitet procesnih upravo-pravnih normi predstavlja jedno od suštinskih pitanja za ostvarivanje prava građana u svakom pravnom sistemu.

Za prava građana u našem pravnom sistemu od posebnog je značaja to što je Srbija među prvim državama u svetu izvršila kodifikaciju upravno- -procesnih pravila, još 1930. godine, donošenjem Zakona o opštem upravnom postupku Kra-

* Rad predstavlja rezultat istraživačkog rada na Projektu „*Pravna tradicija i novi pravni izazovi*“ čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

ljevine Jugoslavije, u čijem sastavu se tada nalazila i današnja Republika Srbija.¹ Zahvaljujući kvalitetu pravnih normi, najvažnija pravila opšteg upravnog postupka tokom proteklih osam i po decenija nisu suštinski menjana,² sve do nedavno, kada je februara 2016. godine, usvojen novi Zakon o opštem upravnom postupku.³ Zahvaljujući toj činjenici, za upravni postupak u Srbiji bi se moglo reći da predstavlja jedan od najbolje pravno uređenih postupaka, u kome građani ostvaruju svoja prava i pravne interese. Međutim, uprkos nespornom kvalitetu normi dosadašnjeg Zakona o opštem upravnom postupku, za ostvarivanje prava građana značajan problem su predstavljali posebni upravni postupci. U okviru njih su se, posebno tokom poslednje decenije, počela javljati značajna odstupanja od osnovnih pravila opšteg upravnog postupka, kojima se bitno narušava ukupan pravni položaj građana, kao stranaka u ovoj vrsti pravnog postupka.

Iako se novom Zakonu o opštem upravnom postupku, čija bi primena trebalo da počne od 1. juna 2017. godine, može uputiti niz značajnih primedbi, pre svega vezanih za koncept izmena pravila upravnog postupka,⁴ on ipak sadrži brojne procesne novine koje bi trebalo da unaprede pravni položaj građana kao stranaka u ovoj vrsti pravnog postupka, poput: načina pokretanja upravnog po-

¹ Vid.: Dragan Milkov, „Reforme upravno-procesnog zakonodavstva u Srbiji“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* (Zbornik radova PFNS) 4/2012, 33-43; Dragan Milkov, *Upravno pravo*, II, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta, Novi Sad 2016, 71-73; Zoran Tomić, Vera Bačić, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku*, Službeni glasnik RS, Beograd 2016, 13-15; Zoran Tomić, *Opšte upravno pravo*, Centar za izdavaštvo i informisanje Pravnog fakulteta, Beograd 2015, 269.

² Zakon o opštem upravnom postupku Kraljevine Jugoslavije iz 1930. godine se na osnovu Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije formalno primenjivao sve do 1956. godine, kada je donet drugi po redu Zakon o opštem upravnom postupku („*Službeni list FNRJ*“, br. 52/1956), koji je tokom pune četiri decenije primene noveliran svega pet puta, i to: 1965. godine („*Službeni list SFRJ*“, br. 10/1965), 1976. godine („*Službeni list SFRJ*“, br. 4/1977), 1978. godine („*Službeni list SFRJ*“, br. 11/1978), 1986. godine („*Službeni list SFRJ*“, br. 9/1986) i 1994. godine („*Službeni list SRJ*“, br. 24/1994). Poslednji put je, na osnovu kocepta starog Zakona iz 1930. godine, Zakon o opštem upravnom postupku donet 1996. godine („*Službeni list SRJ*“, broj 33/1997, 31/2001 i „*Službeni glasnik RS*“, br. 30/2010).

³ Zakon o opštem upravnom postupku – ZUP, „*Službeni glasnik RS*“, br. 18/2016.

⁴ Vid.: Dragan Milkov, „Povodom Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku – korak napred ili deset u stranu“, *Zbornik radova PFNS* 1/2013, 85-99; Predrag Dimitrijević, „Reforma upravnog postupka“, *Zbornik radova sa međunarodnog naučnog skupa „Vladavina prava i prava država u regionu*“, 26. oktobar 2013, Istočno Sarajevo, 189-199; Zoran Lončar, „O Nacrtu Zakona o opštem upravnom postupku“, *Pravna riječ* 35/2013 – a, 425-444; Zoran Lončar, „Neka pitanja reforme upravno-procesnog zakonodavstva“, *Pravni život* 10/2013 – b, 319-333; Stevan Lilić, „Kontroverze u vezi sa novom radnom verzijom Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku Srbije (u kontekstu evropskih integracija)“, *Zbornik radova „Perspektive implementacije evropskih standarda u upravnom sistemu Srbije*“, Pravni fakultet, Beograd 2013, 11-27; Dejan Vučetić, „Evropska upravno-procesna pravila i opšti upravni postupak Republike Srbije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* (Zbornik radova PFNS) 68/2014, 175-186, Predrag Dimitrijević, „Aporije Zakona o opštem upravnom postupku“, *Pravni život* 10/2014, 197-210.

stupka po službenoj dužnosti kada nije u interesu stranke, garantnog upravnog akta, jedinstvenog upravnog mesta, prigovora kao novog redovnog pravnog sredstva, pojedinih novih vanrednih pravnih sredstava, poput poništavanja, ukidanja ili menjanja pravnosnažnog rešenja na preporuku Zaštitnika građana itd.⁵ Međutim, za ostvarivanje prava građana u Republici Srbiji u skladu sa najvišim međunarodnim standardima, neophodno je, pored pune primene novog Zakona o opštem upravnom postupku, obezbediti i usaglašavanje svih posebnih upravnih postupaka sa opštim upravnim postupkom, a posebno onih u kojima se vređaju neka od najvažnijih prava građana, koja se nikako ne mogu podvesti pod zahteve specifične prirode rešavanja upravnih stvari u tim upravnim oblastima. Iz tog razloga je od posebnog značaja to što je novi Zakon o opštem upravnom postupku predvideo i novi odnos prema posebnim upravnim postupcima, a posebno izričitu obavezu usaglašavanja svih posebnih upravnih postupaka sa pravilima novog Zakona, vremenski ograničenu do 1. juna 2018. godine, odnosno najkasnije je godinu dana od početka primene novog Zakona.⁶

S obzirom na to da predstojeći početak primene novog Zakona o opštem upravnom postupku pruža priliku da se u pravnom sistemu Republike Srbije otklone najvažnije nesaglasnosti koje u pogledu prava i sloboda građana postoje u posebnim upravnim postupcima, i da se svi oni u potpunosti usklade sa nivoom zaštite prava građana koji je predviđen novim Zakonom, cilj rada je da se ukaže na najznačajnija odstupanja od pravila opšteg upravnog postupka u nekim, po prava i pravne interese građana kao stranaka najvažnijim upravnim oblastima, radi omogućavanja što jednostavnijeg rada na usaglašavanju propisa o posebnim upravnim postupcima sa novim Zakonom o opštem upravnom postupku, za šta je zakonski rok već počeo da teče.

2. ODNOS OPŠTEG I POSEBNIH UPRAVNIH POSTUPAKA

U domaćem pravnom sistemu mogućnost propisivanja posebnih upravnih postupaka, pored opšteg upravnog postupka, postoji još od Zakona o opštem upravnom postupku iz 1956. godine (čl. 2 i 3).⁷ Od tada pa do danas odnos opšteg

⁵ Vid.: Z. Lončar, (2013 –a) 425-444; Dobrosav Milovanović, Dragan Vasiljević, „U susret novim zakonskim rešenjima u upravnom postupku Republike Srbije“, *Zbornik radova sa međunarodnog naučnog skupa „Razvojne tendencije u upravnom zakonodavstvu“*, Ohrid 2011, 69-80; Dobrosav Milovanović, Vuk Cucić, „Nova rešenja Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku u kontekstu reforme javne uprave u Srbiji“, *Pravni život* 10/2015, 95-110, Dragan Vasiljević, „Koncept vanrednih pravnih sredstava po novom Zakonu o opštem upravnom postupku“, *Pravni život* 10/2016, 215-223, Ljubodrag Pljakić, „Upravno postupanje u novom Zakonu o opštem upravnom postupku“, *Pravni život* 10/2016, 237-250.

⁶ Vid.: ZUP, čl. 214, st. 1.

⁷ Zakon o opštem upravnom postupku, „*Službeni list FNRJ*“, br. 52/1956. „Pojedina pitanja postupka za određenu upravnu oblast mogu se posebnim zakonom urediti drukčije nego što su

i posebnih upravnih postupka po prirodi stvari počiva na nekoliko osnovnih pravila. Najpre, posebni upravni postupci ne mogu nikada biti celoviti, odnosno njima se mogu urediti samo određene specifičnosti postupanja organa uprave u pojedinim upravnim oblastima, i to samo kada to zahteva specifična priroda upravnih stvari u tim oblastima društvenog života. Zatim, pravila posebnih upravnih postupaka moraju uvek biti propisana zakonom u formalnom smislu, što znači da pravila posebnih upravnih postupaka nikada ne mogu da propisuju organi izvršne ili upravne vlasti. I na kraju, za međusobni odnos opšteg i posebnih upravnih postupaka oduvak je važio princip primarne primene pravila posebnih postupaka, a supsidijarne pravila Zakona o opštem upravnom postupku, odnosno na pravila posebnih upravnih postupka koja nisu uređena posebnim zakonom, primenjuju se pravila Zakona o opštem upravnom postupku.⁸

U novom Zakonu o opštem upravnom postupku je, kao i do sada, izričito propisano, najpre, da pravilima posebnih upravnih postupaka pojedina pitanja upravnog postupka mogu posebnim zakonom da se urede samo ako je to u pojedinim upravnim oblastima neophodno (čl. 3. st. 2), a zatim, i da pravila posebnih upravnih postupaka uvek moraju biti u saglasnosti sa osnovnim načelima opšteg upravnog postupka propisanih samim Zakonom o opštem upravnom postupku (čl. 5-15). S obzirom na to da ovakva zakonska pravila nisu do sada dala dovoljno dobre rezultate i da se uprkos izričitim zakonskim odredbama sadržanim u svim dosadašnjim tekstovima Zakona o opštem upravnom postupku u pravnom sistemu danas nalazi niz odredbi u posebnim upravnim postupcima kojima se bitno odstupa, ne samo od mnogih procesnih odredbi važnih za pravni položaj stranaka, već i samih osnovnih načela upravnog postupka propisanih Zakonom o opštem upravnom postupku, posebno važnu novinu u novom Zakonu predstavlja i izričita odredba da se pravilima posebnih upravnih postupaka ne može smanjivati nivo zaštite prava i pravnih interesa stranaka koji je zajemčen Zakonom o opštem upravnom postupku (čl. 3. st. 2), a koji je, kao što smo već istakli, u značajnoj meri uvećan nekim od novih procesnih instituta, predviđenim novim Zakonom.⁹

Da ovakva nova zakonska odredba o odnosu opšteg i posebnih upravnih postupaka ne bi, kao i do sada, ostala bez značajnijeg uticaja na buduća pravila posebnih upravnih postupaka, u novom Zakonu je izričito predviđena obaveza

uređena ovim zakonom, ako je to neophodno za postupanje u toj upravnoj oblasti“, čl. 2. „U upravnim oblastima za koje je zakonom propisan poseban postupak, postupa se po odredbama tog zakona. Po odredbama ovog zakona postupa se u svim pitanjima koja nisu uređena posebnim zakonom“, čl. 3.

⁸ Vid.: D. Milkov (2016) 60-70; Z. Tomić (2015) 268 i 270.

⁹ „Pojedina pitanja upravnog postupka mogu posebnim zakonom da se urede samo ako je to u pojedinim upravnim oblastima neophodno, ako je to u saglasnosti sa osnovnim načelima određenim ovim zakonom i ne smanjuje nivo zaštite prava i pravnih interesa stranaka zajemčenih ovim zakonom“. ZUP, čl. 3. st. 2.

usklađivanja svih posebnih upravnih postupaka sa opštim upravnim postupkom (čl. 214). Izričito je propisan rok, kao i način za usklađivanje svih posebnih upravnih postupaka sa pravilima opšteg upravnog postupka. Predviđeni rok je 1. jun 2018. godine (čl. 214. st. 1), a način usklađivanja je putem posebnog Koordinacionog tela (čl. 214. st. 2 i 3), koje je oktobra 2016. godine i obrazovano na osnovu posebne odluke Vlade.¹⁰

Nažalost, u novom Zakonu je izostavljena bilo kakva sankcija za slučaj da nakon isteka navedenog zakonskog roka za usklađivanje, pravila posebnih upravnih postupaka i dalje ostanu neusaglašena sa Zakonom o opštem upravnom postupku, a pravni položaj građana kao stranaka u pojedinim posebnim upravnim postupcima i dalje bude ispod nivoa zaštite koja im je zajamčena Zakonom o opštem upravnom postupku.¹¹

3. PRAVA GRAĐANA I POSEBNI UPRAVNI POSTUPCI

U pravnom sistemu Republike Srbije postoje brojni posebni upravni postupci u kojima se u značajnoj meri odstupa od mnogih pravila opšteg upravnog postupka. U pitanju su odstupanja vezana za najvažnija pitanja upravnog postupka, kao što su: pravo žalbe, suspenzivno dejstvo žalbe, vanredna pravna sredstva, postupak izvršenja upravnog akta, preko pojedinih važnih procesnih instituta, kao što su: dokazna sredstva, dostavljanje, način računanja rokova, zastarelost, pa čak i pojedinih osnovnih načela upravnog postupka propisanih Zakonom o opštem upravnom postupku, a koja se izvode iz samog Ustava, kao što je slučaj sa načelom pravnosnažnosti upravnog akta. Postoje brojne oblasti društvenog života u kojima se sreću takva odstupanja, počev od poreza, carina, unutrašnjih po-

¹⁰ Vid.: Odluka o obrazovanju Koordinacionog tela za usklađivanje posebnih zakona sa Zakonom o opštem upravnom postupku, „*Službeni glasnik RS*“, br. 82/2016. U vezi obrazovanja ovog Koordinacionog tela interesantno je primetiti da ono nije obrazovano u roku od 90 dana od stupanja na snagu novog Zakona o opštem upravnom postupku, kako je izričito propisano članom 214. stav 2. Zakona, već tek 7. oktobra 2016. godine, čime se sa radom na usaglašavanju posebnih upravnih postupaka sa opštim upravnim postupkom zakasnilo u samom početku, i to više od četiri meseca. Time je Koordinacionom telu za završetak postupka usklađivanja posebnih zakona ostavljeno svega dvadeset meseci.

¹¹ Posebno zabrinjavajući problem predstavlja činjenica da je u periodu nakon formiranja Koordinacionog tela, na predlog Vlade usvojeno nekoliko zakonskih izmena, nakon kojih su u pojedinim posebnim upravnim postupcima i dalje ostale odredbe koje su direktno suprotne novom Zakonu o opštem upravnom postupku. Takav je slučaj bio, na primer, sa Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama („*Službeni glasnik RS*“, br. 104/2016), Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji („*Službeni glasnik RS*“, br. 108/2016), Zakonom o izmenama i dopunama Carinskog zakona („*Službeni glasnik RS*“, br. 108/2016), Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o porezu na dodatnu vrednost („*Službeni glasnik RS*“, br. 108/2016), itd.

slova, odbrane, građevinarstva, urbanizma, prostornog planiranja, zdravstva, saobraćaja, zaštite životne sredine, socijalne zaštite, boračke i invalidske zaštite, obrazovanja, nauke i tehnološkog razvoja, zapošljavanja i socijalne politike, trgovine, turizma, telekomunikacija, javnog informisanja itd.¹²

S obzirom na to da su za ostvarivanje prava i pravnih interesa građana uvek od posebnog značaja pravila upravnih postupaka u pojedinim upravnim oblastima, kao što su na primer: porezi, carine, boračka i invalidska zaštita, socijalna zaštita, penzijsko i invalidsko osiguranje i sl., predmet naše analize će biti, pre svega, pravila posebnih postupaka u tim upravnim oblastima.

3.1 Poreski postupak

S obzirom na učestalost vođenja i značaj zakonitog ostvarivanja prava i pravnih interesa stranaka u poreskim upravnim stvarima, odredbe poreskog postupka predstavljaju jedan od najvažnijih posebnih upravnih postupaka. Poreski postupak je u odnosu na sve ostale posebne upravne postupke najdetaljnije uređen, i to Zakonom o poreskom postupku i poreskoj administraciji. Ovaj propis se poslednjih godina, gotovo po pravilu, i to po nekoliko puta godišnje, dopunjuje novim procesnim odredbama,¹³ koje su često suprotne pravilima Zakona o opštem upravnom postupku.

Među brojnim odstupanjima od pravila opšteg upravnog postupka po značaju za pravni položaj stranaka u ovoj vrsti posebnog upravnog postupka se posebno ističe nekoliko odredbi, na koje ovom prilikom želimo posebno da ukažemo.

Tako na primer, Zakonom o poreskom postupku i poreskoj administraciji propisano je, ne samo da žalba na poreske upravne akte nema suspenzivno pravno dejstvo (čl. 147. st. 1), što je u suprotnosti sa pravnim režimom žalbe u Zakonu o opštem upravnom postupku (čl. 154), već su brojne procesne radnje poreskog postupka uređene suprotno Zakonu o opštem upravnom postupku. Takav je slučaj, na primer, sa nekim pravilima o dostavljanju poreskih upravnih akata, računanju roka zastarelosti poreskih obaveza, itd. Iako su Zakonom o opštem upravnom postupku detaljno uređena pravila o obaveznom ličnom, kao i posrednom dostavljanju upravnih akata (čl. 72-78), pri čijem formulisanju se naglašeno vodilo računa o maksimalnoj zaštiti prava i pravnih interesa građana kao adresata, ali i o sprečavanju svakog vida zloupotrebe tih prava na štetu javnog interesa, Zakonom o poreskom postupku i poreskoj administraciji je, ipak, predviđeno da se

¹² Prema preliminarnoj projektnoj analizi izvršenoj tokom 2015. i 2016. godine za potrebe Ministarstva državne uprave i lokalne samouprave utvrđeno je da se u pravnom sistemu Republike Srbije odredbe posebnih upravnih postupaka javljaju u preko 170 posebnih zakona.

¹³ Vid.: Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji – ZPPPA, „*Službeni glasnik RS*“, br. 80/2002, 84/2002, 23/2003, 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005, 62/2006, 63/2006, 61/2007, 20/2009, 72/2009, 53/2010, 101/2011, 2/2012, 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015, 112/2015, 15/2016 i 108/2016.

poreska rešenja mogu dostavljati i putem pošte, običnom poštanskom pošiljkom. U tom slučaju se poreski akt smatra dostavljenim istekom roka od 15 dana od dana njegove predaje, ali ne adresatu lično ili nekome iz kruga lica kome se može izvršiti posredno dostavljanje, što bi i moglo biti u skladu sa Zakonom o opštem upravnom postupku, već samoj pošti (čl. 36. st. 4). Zbog takvog zakonskog rešenja odlazak stranke, na primer, na godišnji odmor, bolničko lečenje ili službeni put u inostranstvo, za posledicu može da ima nemogućnost saznanja za izvršeno dostavljanje poreskog rešenja, a ono za direktnu pravnu posledicu može da ima nemogućnost blagovremene upotrebe, ne samo odgovarajućeg pravnog sredstva (žalbe ili tužbe), usled čega poreski upravni akt automatski stiče svojstvo pravno-snažnosti, već i nemogućnost sprečavanja postupka eventualne prinudne naplate poreske obaveze, koja se može sprovesti i bez ličnog prisustva stranke.

Slična situacija je i sa računanjem roka zastarelosti u poreskom postupku. Naime, iako je Zakonom o opštem upravnom postupku u pogledu načina računanja rokova prihvaćena tzv. civilna komputacija (*computation civilis*), prema kojoj se rokovi u upravnim postupcima računaju od prvog narednog dana u odnosu na momenat izvršenja radnje za koju su vezani (čl. 79-81), Zakonom o poreskom postupku i poreskoj administraciji je propisano da se rok zastarelosti poreske obaveze računa od prvog dana naredne kalendarske godine u odnosu na godinu u kojoj je trebalo utvrditi porez, odnosno u kojoj je obaveza poreskog dužnika dospela za plaćanje (čl. 114. st. 2 i 3). Time ne samo da je odredba o računanju roka zastarelosti poreskih obaveza u suprotnosti sa pravilima opšteg upravnog postupka, već je njenim propisivanjem uvedena i direktna pravna nejednakost među građane. Naime, u pogledu roka zastarelosti poreske obaveze građani su u istom pravnom položaju, nezavisno od toga što su pravni posao na osnovu koga nastaje poreska obaveza zaključili, na primer 1. januara ili 31. decembra iste kalendarske godine, a u potpuno različitom pravnom položaju ako su isti pravni posao zaključili 31. decembra jedne i 1. januara naredne kalendarske godine.

3.2 Carinski postupak

Primeri značajnog odstupanja od pravila opšteg upravnog postupka, postoje i u oblasti carina. Među brojnim odredbama carinskog upravnog postupka, uređenog Carinskim zakonom,¹⁴ ističemo kao poseban primer, mogućnost izmene pravnosnažnog carinskog rešenja bez upotrebe bilo kog vanrednog pravnog sredstva. Naime, nezavisno od sticanja svojstva pravnosnažnosti, kao jednog od osnovnih garanata pravne sigurnosti građana koja proističe direktno iz Ustava, i uz to predstavlja jedno od osnovnih načela u Zakonu o opštem upravnom postupku (čl. 14), od koga se ne bi smelo odstupati u bilo kom posebnom upravnom postupku

¹⁴ Carinski zakon – CZ, „Službeni glasnik RS“, br. 18/2010, 111/2012, 29/2015 i 108/2016.

(čl. 3. st. 2), Carinskim zakonom je data pravna mogućnost carinskom organu da u postupku naknadne kontrole carinske deklaracije (čl. 103), može da poništi ili izmeni carinsko rešenje u svako doba (bez ikakvog vremenskog ograničenja), uvek kada utvrdi da je netačno ili nepotpuno bilo utvrđeno činjenično stanje, odnosno ako se naknadnom kontrolom deklaracije ili kontrolom carinjenja utvrdi da su propisi koji se odnose na određeni carinski postupak primenjeni na osnovu netačnih ili nepotpunih podataka (čl. 103. st. 5).

3.3 Boračka i invalidska zaštita

Princip pravnosnažnosti upravnih akata se ne poštuje ni u drugim posebnim upravnim postupcima. Tako, na primer, u oblasti boračko-invalidske zaštite je Zakonom o pravima boraca, vojnih invalida i članova njihovih porodica,¹⁵ pored žalbe, koja prema Zakonu o opštem upravnom postupku predstavlja jedino redovno pravno sredstvo kojim stranke i drugi pravno legitimisani subjekti mogu da traže proveru zakonitosti prvostepenog upravnog akta radi zaštite svojih prava ili pravnih interesa (čl. 151-174), predviđena je još i revizija (čl. 46-50). Međutim, za njenu upotrebu pravno legitimisani subjekat je isključivo drugostepni organ. Uvođenjem revizije data je mogućnost drugostepenom organu da može u svako doba, po službenoj dužnosti, da vrši proveru zakonitosti svakog prvostepenog rešenja kojim je stranci priznato neko od prava propisanih ovim Zakonom, kao što su pravo na: porodični dodatak, dodatak za negu, naknadu troškova smeštaja u ustanovama socijalne zaštite, dodatak na decu, dodatak na ime razlike u ostvarenom primanju i garantovanog iznosa za određenu kategoriju lica, kao i novčana naknada za vreme profesionalne rehabilitacije (čl. 46). Iako nije izričito propisan rok u kome je drugostepeni organ u ovoj vrsti upravne stvari dužan da reši po reviziji, navedenim Zakonom je ipak izričito propisano da se u slučaju izjavljivanja revizije odlaže izvršenje rešenja kojim je priznato neko od navedenih prava (čl. 46. st. 4).

Poseban problem u vezi ovog pravnog sredstva predstavlja činjenica da je Zakonom o pravima boraca, vojnih invalida i članova njihovih porodica izričito propisano da se protiv rešenja drugostepenog organa donetog u postupku revizije, u slučaju kada je prvostepeno rešenje poništeno i vraćeno na ponovni postupak, ne može voditi upravni spor (čl. 49. st. 2). Takvo rešenje se još uvek nalazi u ovom Zakonu, bez obzira na to što je samim Ustavom, kao manifestacija *prava na pravično suđenje* iz čl. 32. st. 1. („svako ima pravo da nezavisan, nepristrasan i zakonom već ustanovljen sud, pravično i u razumnom roku, javno raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama, osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, kao i optužbama protiv njega”) i *prava na pravno sredstvo* iz čl. 36. st. 2. („svako ima pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo protiv odluke

¹⁵ Zakon o pravima boraca, vojnih invalida i članova njihovih porodica, „*Službeni glasnik RS*“, br. 54/89 i „*Službeni glasnik RS*“, br. 137/2004.

kojom se odlučuje o njegovom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu”) izričito propisano da se zakonitost svakog konačnog pojedinačnog akta kojim se odlučuje o pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu može preispitivati pred sudom u upravnom sporu, ako u određenom slučaju zakonom nije predviđena drugačija sudska zaštita (čl. 198. st. 2), kao i da je Zakonom o upravnim sporovima,¹⁶ takođe, predviđena mogućnost vođenja upravnog spora, ne samo protiv svakog konačnog upravnog akta, već i svakog drugog konačnog pojedinačnog pravnog akta, u slučaju kada ne postoji drugi vid sudske zaštite (čl. 3).

3.4 Socijalna zaštita

Među brojnim odredbama posebnog upravnog postupka u oblasti socijalne zaštite, detaljno uređenog Zakonom o socijalnoj zaštiti,¹⁷ najvažnija odredba koju sa aspekta neusklađenosti sa pravilima opšteg upravnog postupka smatramo da treba posebno istaći se takođe tiče revizije (čl. 103. st. 5 i čl. 104). Kao i u postupku ostvarivanja prava u oblasti boračko-invalidske zaštite, tako i u ovoj vrsti posebnog upravnog postupka drugostepeni organ može po službenoj dužnosti da vrši proveru zakonitosti putem revizije svakog rešenja kojim je stranci priznato neko od prava, kao što su: pravo na novčanu socijalnu pomoć, pravo na dodatak za pomoć i negu drugog lica, kao i pravo na uvećani dodatak za pomoć i negu drugog lica (čl. 104. st. 1). Upotrebom ovog pravnog sredstva drugostepeni organ može da poništi ili ukine prvostepeno rešenje, bez ikakvog vremenskog ograničenja. Međutim, za razliku od postupka revizije u oblasti boračko-invalidske zaštite, u ovoj vrsti posebnog upravnog postupka protiv rešenja drugostepenog organa donetog po reviziji, strankama ipak nije (suprotno Ustavu) uskraćena mogućnost sudske zaštite, već se može voditi upravni spor (čl. 103. st. 7).

3.5 Penzijsko i invalidsko osiguranje

U upravnom postupku u oblasti penzijskog i invalidskog osiguranja, uređenog Zakonom o penzijskom i invalidskom osiguranju,¹⁸ takođe postoje brojne odredbe kojima se odstupa od pravila opšteg upravnog postupka, a nekima od njih i značajno umanjuje nivo zaštite prava stranaka zajamčenih Zakonom o opštem upravnom postupku.

Tako, u ovoj vrsti upravnog postupka, mnoga procesna pitanja nisu uređena samo odredbama Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju, već je stvorena

¹⁶ Zakon o upravnim sporovima, „Službeni glasnik RS“, br. 111/2009.

¹⁷ Zakon o socijalnoj zaštiti, „Službeni glasnik RS“, br. 24/2011.

¹⁸ Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju, „Službeni glasnik RS“, br. 4/2003, 64/2004, 84/2004, 85/2005, 101/2005, 63/2006, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014 i 142/2014.

pravna mogućnost da se uređuju i podzakonskim opštim aktom Fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje, na koji u tom slučaju saglasnost daje ministar nadležan za poslove penzijskog i invalidskog osiguranja i ministar nadležan za poslove zdravlja (čl. 93. st. 3). Takav je slučaj, na primer, sa postupkom za ostvarivanje prava po osnovu invalidnosti (čl. 94. st. 1), prava na novčanu naknadu za telesno oštećenje i prava na novčanu naknadu za pomoć i negu drugog lica (čl. 95. st. 2). Zatim, u ovoj upravi oblasti izjava svedoka, kao jedno od najčešćih dokaznih sredstava, ne samo u upravnom, već i u većini ostalih pravno uređenih (sudskih) postupaka, nije dozvoljena u postupku utvrđivanje penzijskog staža (čl. 85. st. 2). Takođe, i u ovoj vrsti upravnog postupka je predviđena revizija, kao posebno pravno sredstvo kojim drugostepeni organ može preispitati, ne samo zakonitost prvostepenog rešenja, već i pravilnost nalaza, mišljenja i ocene koje su dali organi koji su vršili veštačenje (čl. 100. st. 2). Za razliku od postupka boračke i invalidske zaštite, upotreba revizije u ovoj vrsti posebnog upravnog postupka ipak nema suspenzivno dejstvo (čl. 100. st. 3), a protiv rešenja donetog po reviziji nije isključeno pravo na vođenje upravnog spora (čl. 103).

U ovoj vrsti upravnog postupka bitno je izmenjeno, u odnosu na opšti upravni postupak, vanredno pravno sredstvo ponavljanje postupka, stvaranjem zakonske mogućnosti da se protiv svakog konačnog rešenja Fonda za penzijsko i invalidskog osiguranja, bez obzira na to što nisu ispunjeni uslovi za ponavljanje postupka propisani Zakonom o opštem upravnom postupku (čl. 176) i što su protekli svi rokovi za njegovu upotrebu (čl. 178), postupak može ponoviti, bez ikakvog vremenskog ograničenja, uvek kada se sazna za nove činjenice, odnosno nađe ili stekne mogućnost da se upotrebe novi dokazi koji bi sami, ili u vezi sa već upotrebljenim dokazima, mogli dovesti do drugačijeg rešenja, ili kada je propušteno da se u ranijem postupku iznese neka činjenica, odnosno dokaz koji može dovesti do drugačijeg rešenja (čl. 104. st. 1. t. 1 i 2).

U ovoj vrsti posebnog upravnog postupka je sa aspekta pravne sigurnosti građana posebno bila zanimljiva pravna mogućnost koja je postojala u roku od pet godina od dana stupanja na snagu Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju (čl. 240. st. 1) za ukidanje po pravu nadzora svakog rešenja kojim je povređen neki materijalni zakon kojim su priznata prava iz penzijskog i invalidskog osiguranja ili kojima je bio utvrđen penzijski staž. Takođe, u istom roku su se mogli po službenoj dužnosti preispitati i svi nalazi i mišljenja organa veštačenja na osnovu kojih su bila priznata prava iz penzijskog i invalidskog osiguranja po osnovu invalidnosti (čl. 240. st. 2).

3.6 Ostali upravni postupci

Najčešće odstupanje od opšteg upravnog postupka u brojnim posebnim upravnim postupcima vezano je za često korišćenje zakonske mogućnosti za iz-

ostatak žalbe, iako se ne radi o prvostepenom rešenju samostalnog organa uprave, u slučaju kad postoji neposredno viši organ koji bi mogao da odlučuje o žalbi. Time se stranci neopravdano uskraćuje mogućnost da pred drugostepenim organom zaštiti svoja prava i pravne interese. Takvi slučajevi se javljaju u brojnim posebnim zakonima u mnogim oblastima društvenog života. Ova pojava je posebno izražena u propisima koji su doneti u poslednjih nekoliko godina.

Tako, na primer, u oblasti službeničkih odnosa, novim Zakonom o zaposlenima u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave,¹⁹ predviđeno je da se na rešenje predsednika žalbene komisije o izuzeću člana komisije ne može izjaviti žalba (čl. 180), iako postoji mogućnost odlučivanja u drugom stepenu od strane opštinskog, odnosno gradskog veća, čija nadležnost u ovoj materiji već postoji, s obzirom na to da je veće nadležno da imenuje i razrešava članove žalbene komisije (čl. 178. i 181), kao i da odlučuje o izuzeću predsednika žalbene komisije (čl. 180. st. 3). U oblasti javnog informisanja, Zakonom o javnom informisanju i medijama²⁰ propisano je da se žalba ne može izjaviti protiv rešenja o raspodeli novčanih sredstava za javno informisanje (čl. 25 st. 3), kao i na rešenje o registraciji medija (čl. 42). Zakonom o javnim medijskim servisima²¹ je izostavljena mogućnost izjavljivanja žalbe na rešenje o oslobađanju obaveze plaćanja takse za javni medijski servis (čl. 42. st. 5), a ista je situacija i sa rešenjem o izdavanju dozvole za pružanje medijskih usluga iz Zakona o elektronskim medijima (čl. 85).²²

U oblasti saobraćaja, postoji veliki broj prvostepenih upravnih akata protiv kojih se ne može izjaviti žalba. Tako je Zakonom o pomorskoj plovidbi²³ izričito propisano da se žalba ne može izjaviti protiv rešenja o izdavanju identifikacione kartice pomorca od strane Lučke kapetanije Beograd (čl. 84 st. 2). Zakonom o plovidbi i lukama na unutrašnjim vodama,²⁴ propisano je da se protiv rešenja Agencije za upravljanje lukama o obavljanju lučke delatnosti u pristaništima za posebne namene ne može izjaviti žalba (čl. 237 b, st. 4). Zakonom o bezbednosti i interoperabilnosti železnice²⁵ propisano je da se žalba ne može izjaviti protiv više prvostepenih upravnih akata Direkcije za železnice. U pitanju su rešenje o dozvoli

¹⁹ Zakon o zaposlenima u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave, „Službeni glasnik RS“, br. 21/2016.

²⁰ Zakon o javnom informisanju i medijama, „Službeni glasnik RS“, br. 83/2014, 58/2015 i 12/2016.

²¹ Zakon o javnim medijskim servisima, „Službeni glasnik RS“, br. 83/2014, 103/2015 i 108/2016.

²² Zakon o elektronskim medijima, „Službeni glasnik RS“, br. 83/2014 i 6/2016.

²³ Zakon o pomorskoj plovidbi, „Službeni glasnik RS“, br. 87/2011, 104/2013 i 18/2015.

²⁴ Zakon o plovidbi i lukama na unutrašnjim vodama, „Službeni glasnik RS“, br. 73/2010, 121/2012 i 18/2015.

²⁵ Zakon o bezbednosti i interoperabilnosti železnice, „Službeni glasnik RS“, br. 104/2013, 66/2015 i 92/2015.

korišćenja železničke pruge (čl. 22. st. 2), rešenje o korišćenju tipa vozila na železničkim prugama (čl. 23. st. 3), rešenje o dozvoli i dodatnoj dozvoli za korišćenje vozila koja su usaglašena sa TSI (čl. 27. st. 3), rešenje o dozvoli i dodatnoj dozvoli za korišćenje podsistema i vozila koji nisu usaglašena sa TSI (čl. 28. st. 3. i čl. 30. st. 2), kao i rešenje o oduzimanju ili suspenziji dozvole za korišćenje vozila (čl. 33. st. 4). Prema Zakonu o železnici,²⁶ žalba se ne može izjaviti na rešenje Direkcije za železnice o izdavanju licence za prevoz u železničkom saobraćaju (čl. 67. st. 10). Ni protiv jednog rešenja propisanog Zakonom o prevozu putnika u drumskom saobraćaju²⁷ se ne može izjaviti žalba, pošto ih u prvom stepenu donosi ministarstvo nadležno za poslove saobraćaja. Međutim, u slučaju rešenja ministarstva o administrativnim merama koje se izriču domaćem prevozniku zbog obavljanja prevoza na teritoriji strane države suprotno zaključenom međunarodnom sporazumu sa tom državom, žalba se može izjaviti Vladi Republike Srbije (čl. 137. st. 3).

I u brojnim drugim upravnim oblastima pojava izostavljanja mogućnosti za izjavljivanje žalbe protiv prvostepenih upravnih akata je veoma rasprostranjena. Tako je Zakonom o Agenciji za licenciranje stečajnih upravnika²⁸ predviđeno da se žalba ne može izjaviti protiv više prvostepenih upravnih akata, kao što su: rešenje direktora Agencije doneto povodom izveštaja supervizora o radu stečajnog upravnika (čl. 3 g, st. 7), rešenje Disciplinskog veća Agencije donetog u disciplinskom postupku (čl. 3 d, st. 7), rešenje direktora Agencije o brisanju stečajnog upravnika iz imenika stečajnih upravnika (čl. 3 ž, st. 3) itd. Zakonom o deviznom poslovanju²⁹ je propisano da se žalba ne može izjaviti protiv rešenja Poreske uprave o izdavanju ovlašćenja za obavljanje menjačkih poslova (čl. 39. st. 11). Ista situacija je i sa Zakonom o turizmu³⁰ u pogledu rešenja o ispunjenosti uslova od strane zdravstvene ustanove za pružanje usluga smeštaja i ishrane trećim licima (čl. 60. st. 5), kao i rešenja o razvrstavanju ugostiteljskih objekata u kategorije (čl. 68. st. 3). Takođe, prema Zakonu o elektronskom potpisu³¹ žalba se ne može izjaviti ni protiv rešenja o brisanju sertifikacionog tela iz registra sertifikacionih tela ovlašćenih za izdavanje kvalifikovanih elektronskih sertifikata (čl. 40. st. 2). Ni protiv rešenja Poreske uprave o oduzimanju fiskalne kase se takođe ne može izjaviti žalba, i to na osnovu Zakona o fiskalnim kasama (čl. 34. st. 13. i st. 19).³² Prema Zakonu o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje³³ žalba se ne

²⁶ Zakon o železnici, „*Službeni glasnik RS*“, br. 45/2013 i 91/2015.

²⁷ Zakon o drumskom saobraćaju, „*Službeni glasnik RS*“, br. 68/2015.

²⁸ Zakon o Agenciji za licenciranje stečajnih upravnika, „*Službeni glasnik RS*“, br. 84/2004, 104/2009 i 89/2015.

²⁹ Zakon o deviznom poslovanju, „*Službeni glasnik RS*“, br. 62/2006, 31/2011, 119/2012 i 139/2014.

³⁰ Zakon o turizmu, „*Službeni glasnik RS*“, br. 36/2009, 88/2010, 99/2011, 93/2012 i 84/2015.

³¹ Zakon o elektronskom potpisu, „*Službeni glasnik RS*“, br. 135/2004.

³² Zakon o fiskalnim kasama, „*Službeni glasnik RS*“, br. 135/2004 i 93/2012.

³³ Zakon o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje, „*Službeni glasnik RS*“, br. 14/2015.

može izjaviti protiv rešenja Narodne banke Srbije o pokretanju postupka stečaja nad bankom ili društvom za osiguranje (čl. 4. st. 4), kao i rešenja o pokretanju postupka likvidacije nad istim subjektima (čl. 28. st. 5). Prema Zakonu o porezu na dohodak građana,³⁴ žalba se ne može izjaviti protiv rešenja Poreske uprave o zabrani ili privremenoj zabrani obavljanja delatnosti isplatiocu prihoda koji je interpretator (čl. 108 a, st. 7 i 10). Takođe, na osnovu Zakona o dobrovoljnim penzijskim fondovima i penzijskim planovima³⁵ žalba se ne može izjaviti ni protiv rešenja Narodne banke Srbije o izdavanju dozvole za rad i upravljanje penzionim fondom (čl. 13, st. 2), kao i o davanju saglasnosti za sticanje akcija društva za upravljanje penzionim fondom (član 71 a, st. 3). Isto tako, nema mogućnosti za izjavljivanje žalbe protiv svih rešenja Komisije za hartije od vrednosti, donetih po osnovu Zakona o investicionim fondovima (čl. 80. st. 2).³⁶

Pored navedenih, postoje i pojedini posebni upravni postupci u kojima je propisana mogućnosti izjavljivanja žalbe, iako se radi o prvostepenim upravnim aktima samostalnih organa uprave ili posebnih organizacija. Tako je Zakonom o žigovima³⁷ predviđena mogućnost izjavljivanja žalbe Vladi Republike Srbije protiv svih rešenja o žigovima donetih od strane Zavoda za intelektualnu svojinu (čl. 7. st. 2). Ista situacija je i sa Zakonom o oznakama geografskog porekla³⁸ na osnovu koga se može izjaviti žalba Vladi Republike Srbije protiv rešenja o priznavanju prava na oznaku geografskog porekla i o upisu u registar (čl. 45. st. 2). Takođe, Zakonom o patentima³⁹ je predviđena mogućnost izjavljivanja žalbe Vladi Republike Srbije protiv rešenja svih organa uprave donetih u vezi sa izdavanjem prinudne licence (čl. 38. st. 2), kao i rešenja o zaštiti pronalazaka (čl. 67. st. 3).

Jedno od čestih odstupanja posebnih upravnih postupaka od opšteg upravnog postupka predstavlja i pravilo o nesuspendivnom dejstvu žalbe. Pored poreskog i carinskog postupka, u kojima takvo pravilo odavno postoji,⁴⁰ u poslednje vreme je značajno uvećan broj upravnih postupaka u kojima se ovo pravilo takođe sreće. Tako je Zakonom o javnim skijalištima⁴¹ predviđeno da žalba izjavljena protiv rešenja turističkog inspektora donetog u vršenju nadzora ne odlaže izvršenje (čl. 70. st. 4), kao i žalba protiv rešenja sportskog inspektora donetog u vršenju nad-

³⁴ Zakon o porezu na dohodak građana, „Službeni glasnik RS“, br. 24/2001, 80/2002, 135/2004, 62/2006, 65/2006, 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011, 7/2012, 93/2012, 114/2012, 8/2013, 47/2013, 48/2013, 108/2013, 6/2014, 57/2014, 68/2014, 5/2015, 112/2015 i 5/2016.

³⁵ Zakon o dobrovoljnim penzijskim fondovima i penzijskim planovima, „Službeni glasnik RS“, br. 85/2005 i 31/2011.

³⁶ Zakon o investicionim fondovima, „Službeni glasnik RS“, br. 46/2006, 51/2009, 31/2011 i 115/2014.

³⁷ Zakon o žigovima, „Službeni glasnik RS“, br. 104/2009 i 10/2013.

³⁸ Zakon o oznakama geografskog porekla, „Službeni glasnik RS“, br. 18/2010.

³⁹ Zakon o patentima, „Službeni glasnik RS“, br. 99/2011.

⁴⁰ Vid.: ZPPPA, čl. 147 st. 1 i CZ, čl. 12. st. 2.

⁴¹ Zakon o javnim skijalištima, „Službeni glasnik RS“, br. 46/2006.

zora nad organizovanjem skijaških sportskih priredbi i izdavanja licenci instruktorima skijanja (čl. 71. st. 3). Takođe, Zakonom o elektronskim komunikacijama⁴² je propisano da žalba koja je izjavljena ministarstvu protiv rešenja inspektora elektronskih komunikacija ne odlaže izvršenje rešenja (čl. 135. st. 3). Ista situacija je i sa Zakonom o planiranju i izgradnji,⁴³ kada su u pitanju žalbe na rešenja jedinica lokalnih samouprava o uklanjanju objekta zbog dotrajalosti ili većih oštećenja (čl. 167. st. 4), kao i rešenja o zatvaranju gradilišta zbog izgradnje objekta bez građevinske dozvole (čl. 181. st. 2).

Suspenzivno dejstvo nema ni žalba na rešenje inspektora o zabrani rada geodetske organizacije i rešenja o zabrani stavljanja u promet kartografskih publikacija koje se izjavljuju na osnovu Zakona o državnom premeru i katastru (čl. 177).⁴⁴ Zakonom o prevozu u drumskom saobraćaju⁴⁵ je takođe predviđeno da žalba protiv rešenja republičkog inspektora za drumski saobraćaj, kao i ovlašćenog lica opštinske, odnosno gradske uprave ne odlaže izvršenje rešenja (čl. 47. st. 4). Ista situacija je i sa žalbom izjavljenom protiv rešenja metrološkog inspektora o povlačenju merila sa tržišta, kao i rešenja o zabrani upotrebi merila, prema novom Zakonu o metrologiji (čl. 45. st. 5 i čl. 46. st. 5).⁴⁶ Takođe, ni žalba na rešenje o određivanju znaka proizvođača prema Zakonu o kontroli predmeta od dragocenih metala,⁴⁷ ne odlaže izvršenje rešenja (čl. 10. st. 3).

U nekim slučajevima u posebnim upravnim postupcima se sreću čak i odredbe kojima se izričito isključuje mogućnost vođenja upravnog spora protiv određenih konačnih upravnih akata, što je suprotno ustavnom pravu na pravično suđenje (čl. 32. st. 1) i pravu na pravno sredstvo (čl. 36. st. 2), o čemu je već bilo reči. Postojanje takvih odredbi u pojedinim posebnim upravnim postupcima dokaz je da u pravnom sistemu Republike Srbije, nakon punih deset godina od usvajanja Ustava, još uvek postoje brojni zakoni koji nisu usaglašeni sa Ustavom, iako je rok za njihovo usaglašavanje istekao još 31. decembra 2008. godine.⁴⁸ Takav je slučaj sa Zakonom o komorama zdravstvenih radnika,⁴⁹ prema kome se protiv

⁴² Zakon o elektronskim komunikacijama, „Službeni glasnik RS“, br. 44/2010, 60/2013 i 62/2014.

⁴³ Zakon o planiranju i izgradnji, „Službeni glasnik RS“, 2/2009, 81/2009, 64/2010, 24/2011, 121/2012, 42/2013, 50/2013, 98/2013, 132/2014 i 145/2014.

⁴⁴ Zakon o državnom premeru i katastru, „Službeni glasnik RS“, br. 72/2009, 18/2010, 65/2013, 15/2015 i 96/2015.

⁴⁵ Zakon o prevozu u drumskom saobraćaju, „Službeni glasnik RS“, br. 46/95, 66/2001, 61/2005, 91/2005, 62/2006, 31/2011 i 68/2015.

⁴⁶ Zakon o metrologiji, „Službeni glasnik RS“, br. 15/2016.

⁴⁷ Zakon o kontroli predmeta od dragocenih metala, „Službeni glasnik RS“, br. 36/2011 i 15/2016.

⁴⁸ Vid.: Ustavni Zakon za sprovođenje Ustava Republike Srbije, „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 98/2006, čl. 15.

⁴⁹ Zakon o komorama zdravstvenih radnika, „Službeni glasnik RS“, br. 107/2005 i 99/2010.

konačnog rešenja Suda časti o izricanju disciplinske mere javne opomene članu komore ne može pokrenuti upravni spor (čl. 46. st. 1). Mogućnost vođenja upravnog spora je izričito isključena i Zakonom o radu⁵⁰ kada su u pitanju pojedina konačna rešenja inspektora o radu (čl. 272. st. 4). Prema Zakonu o državnoj revizorskoj instituciji⁵¹ izričito je isključena mogućnost svake sudske kontrole akata Institucije donetih u postupku revizije (čl. 3. st. 4), pa samim tim i kontrole u upravnom sporu, što je takođe suprotno navedenim ustavnim odredbama.

Sa druge strane, zakonskim odredbama u pojedinim posebnim upravnim postupcima se sužavaju ovlašćenja Upravnog suda u vođenju upravnog spora. Tako je Zakonom o elektronskim medijima isključena mogućnost da sam sud reši upravnu stvar, donošenjem presude u slučaju upravnog spora protiv rešenja Regulatora donegog u postupku izdavanja dozvole za pružanje medijskih usluga, izricanja mere ili oduzimanja dozvole za rad (čl. 42. st. 2). Isključivanje mogućnosti vođenja upravnog spora pune jurisdikcije postoji i u Zakonu o Narodnoj banci Srbije,⁵² kada su u pitanju svi upravni akti doneti od strane Narodne banke Srbije (čl. 86 v, st. 2). Mogućnost vođenja samo upravnog spora ograničene jurisdikcije predviđena je i protiv svih konačnih rešenja Narodne banke Srbije donetih po osnovu Zakona o finansijskom lizingu (čl. 8. st. 5).⁵³

4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Već samo letimičan pogled na odredbe pojedinih posebnih upravnih postupaka, koje su bile predmet pažnje u radu, ukazuje na postojanje značajnih odstupanja od najvažnijih pravila opšteg upravnog postupka. S obzirom na to da važnu novinu za ostvarivanje prava građana pred organima uprave u novom Zakonu predstavlja, ne samo obaveza saglasnosti pravila posebnih upravnih postupaka sa osnovnim načelima opšteg upravnog postupka, već sada i zabrana smanjivanja nivoa zaštite prava i pravnih interesa stranaka zajemčenih Zakonom o opštem upravnom postupku, početak primene novog Zakona, koji je predviđen za 1. jun 2017. godine, pruža dobru priliku da se u pravnom sistemu Republike Srbije otklone sve nesaglasnosti brojnih posebnih postupaka sa opštim upravnim postupkom, i da se svi posebni postupci u potpunosti usklade sa nivoom zaštite prava građana koji je predviđen novim Zakonom o opštem upravnom postupku. U tom

⁵⁰ Zakon o radu, „Službeni glasnik RS“, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 i 75/2014.

⁵¹ Zakon o državnoj revizorskoj instituciji, „Službeni glasnik RS“, br. 101/2005, 54/2007 i 36/2010.

⁵² Zakon o Narodnoj banci Srbije, „Službeni glasnik RS“, br. 72/2003, 55/2004, 85/2005, 44/2010, 76/2012, 106/2012, 14/2015 i 40/2015.

⁵³ Zakon o finansijskom lizingu, „Službeni glasnik RS“, br. 55/2003, 61/2005, 31/2011 i 99/2011.

pogledu izričito propisana zakonska obaveza usaglašavanja svih posebnih upravnih postupaka sa opštim upravnim postupkom najkasnije do 1. juna 2018. godine, predstavlja dobar način za uvođenje preko potrebnog reda u pravni sistem. Njenim ispunjenjem trebalo bi građanima u Republici Srbiji obezbediti da i u upravnom postupku prava i pravne interese ostvaruju u skladu sa najvažnijim međunarodno-pravnim standardima, na kojima je zasnovan novi Zakon o opštem upravnom postupku.⁵⁴

Međutim, slabu stranu postojećeg zakonskog rešenja predstavlja izostanak dovoljno efikasnog mehanizma koji bi mogao da obezbedi da se brojna odstupanja u svim posebnim upravnim postupcima zaista i otklone u propisanom roku, odnosno da se svi posebni zakoni usklade sa novim Zakonom o opštem upravnom postupku. Loše iskustvo sa neblagovremenim usaglašavanjem svih zakona sa novim Ustavom, zbog čega u pravnom sistemu Republike Srbije još i danas postoji niz protivustavnih zakona, iako je to svojevremeno bila jedna od osnovnih ustavnih obaveza koju je trebalo ispuniti najkasnije do 31. decembra 2008. godine, više nego jasno ukazuju da samo propisavanje obaveze na usaglašavanje posebnih upravnih postupaka sa opštim upravnim postupkom, koje je ograničeno samo rokom (instrukcionim), za čije prekoračenje ne postoji nikakva pravna sankcija, uz formiranje posebnog Koordinacionog tela radi sprovođenje svih aktivnosti na usaglašavanju zakona, može veoma važan proces usaglašavanja posebnih zakona sa Zakonom o opštem upravnom postupku da pretvori u Sizifovski posao.

Čini nam se da bi mnogo efikasnije rešenje moglo da predstavlja propisivanje obavezne prethodne saglasnosti ministarstva nadležnog za poslove državne uprave uvek prilikom utvrđivanja nacrta svih posebnih zakona koji sadrže bilo koju odredbu o posebnim upravnim postupcima. Time bi se sprečila mogućnost da takav zakon uđe u zakonodavnu proceduru ako nije u potpunosti usklađen sa Zakonom o opštem upravnom postupku. Primer sa načinom usvajanja pravilika o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji radnih mesta u organima uprave, kod koga je Vladinom Uredbom⁵⁵ izričito predviđeno da nadležni organi (Ministarstvo za državnu upravu i lokalnu samoupravu, Ministarstvo finansija i Služba za upravljanje kadrovima) ne smeju da daju saglasnost ako nacrt pravilnika nije pripremljen u skladu sa određenim pitanjima koja su uređena propisima čija kontrola

⁵⁴ Vid.: Dragan Milkov, „Upravni postupak u Srbiji i evropsko pravo“, *Zbornik „Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije“*, Novi Sad 2014, 91-102; Dragan Milkov, „O potrebi usklađivanja srpskog upravnog postupku sa pravom EU“, *Zbornik radova PFNS* 68/2014, 83-96; Dragan Milkov, „Državna uprava Srbije i evropski standardi“, *Zbornik „Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije“*, Novi Sad 2015, 59-75; D. Vučetić (2014) 181-183; Zoran Lončar, „Evropski pravni standardi i upravni postupak u Srbiji“, *Zbornik „Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije“*, Novi Sad 2016, 461-478.

⁵⁵ Vid.: Uredba o načelima za unutrašnje uređenje i sistematizaciju radnih mesta u ministarstvima, posebnim organizacijama i službama Vlade, „*Službeni glasnik RS*“, br. 81/2007, 69/2008, 98/2012 i 87/2013.

primene je u njihovoj nadležnosti (čl. 32, 33 i 34), pokazalo se tokom prethodnih godina kao veoma efikasan mehanizam za uspostavljanje racionalne i na zakonu u potpunosti zasnovane unutrašnje organizacije državne uprave u Republici Srbiji. Stoga, čini nam se da bi u tom pravcu trebale da idu i buduće zakonske izmene u slučaju da se procena nedelotvornosti predviđenog rešenja u narednim godinama pokaže opravdanom.

Zoran J. Lončar, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
Z.Loncar@pf.uns.ac.rs

Special Administrative Procedures

Abstract: *Despite the quality of legal norms in existing Law on Administrative Procedure, for the realization of citizens' rights in the Republic of Serbia in accordance to international legal standards, a significant problem are specific administrative procedures. In this type of procedures in recent years have been made many variations from the basic rules of general administrative procedure, which can not be classified as requirements of the specific nature of proceeding in certain administrative matters. Therefore it is particularly important that it in new Law on Administrative Procedure (which will begin to fully implement from 1 June 2017) is provided no more only an obligation of compliance of rules in specific administrative procedures with the basic principles of administrative procedure, but now also a prohibition of reducing the level of protection of rights and legal interests of the parties guaranteed by the law on administrative procedure, as well as a legal obligation to harmonize all special procedures with the new law, no later than 1 June 2018. Based on mentioned solutions in the new Law on Administrative Procedures, to citizens of the Republic of Serbia should be allowed to fully realize their rights and legal interests in administrative proceedings, in accordance to the most important international legal standards. However, the drawback of the existing legal solution is a lack of effective mechanism that should ensure that numerous deviations in the special administrative procedures actually remove in prescribed period, and that all special laws harmonize with the new Law on Administrative Procedure.*

Keywords: *administrative procedure, a special administrative procedure, general administrative procedure, Law on Administrative Procedure.*

Datum prijema rada: 01.02.2017.

*Dr Jelena Đ. Vidić Trninić, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
J.VidicTrninic@pf.uns.ac.rs*

OLOGRAFSKI I ALOGRAFSKI TESTAMENT U SRPSKOM I UPOREDNOM PRAVU*

Sažetak: Autor u radu sagledava pravnu regulativu olografskog i alografskog testamenta kao privatnih i redovnih oblika zaveštanja u pravu Srbije i ostalim savremenim pravima Evrope. Posebna pažnja posvećena je pitanjima koja se odnose na uslove za punovažnost i postupak njihovog sačinjavanja u domaćem zakonodavstvu, u cilju uočavanja dobrih normativnih solucija, ali i određenih slabosti u legislativi, naročito posmatrano sa aspekta ostvarivanja zaštitne funkcije forme testamenta. Uporednopravnom analizom zakonskih rešenja posvećenih navedenim testamentima, sagledavaju se razlike, ali i zajednička rešenja i osnovni principi kojima se savremena zakonodavstva Evrope rukovode prilikom njihovog regulisanja. U zaključku, autor ukazuje na prednosti i nedostatke olografskog i alografskog testamenta, razmatra u kojoj meri je njihovo normativno uređenje u domaćem pravu slično, odnosno, u kojoj meri ono odstupa od postojeće regulative ovih testamenata u ostalim pravima Evrope, te predlaže moguće pravce njihovog pravnog uređenja u budućnosti, naročito uzimajući u obzir prednosti pojedinih zakonskih rešenja uočenih u uporednom pravu.

Ključne reči: testament (zaveštanje), zaveštalac, privatni redovni testamenti, olografski testament, alografski testament.

UVODNA RAZMATRANJA

Forma testamenta predstavlja unapred predviđen spoljni oblik u kojem je neophodno da zaveštalac izjavi svoju volju da bi nastalo punovažno zaveštanje.¹ Vladajući trend u pogledu regulisanja oblika zaveštanja u kojima se može izjaviti

* Rad je posvećen projektu – *Pravna tradicija i novi pravni izazovi*.

¹ Videti: D. Đurđević, Institucije naslednog prava, Beograd, 2015, str. 128.

poslednja volja, u savremenim zakonodavstvima Evrope, ogleda se u prihvatanju sistema pluralizma forme. Ipak, mogućnosti za realizaciju slobode zaveštanja nisu iste, imajući u vidu prisutne razlike, kako u pogledu broja, tako i u pogledu konkretnih oblika testamenata koji su u njima pravno uređeni. Spomenute razlike dolaze do izražaja i kada je reč o privatnim testamentima koji se mogu sačiniti u redovnim okolnostima – olografskom ili svojeručnom testamentu i alografskom, odnosno pismenom testamentu pred svedocima, s obzirom na to da mogućnost izjavljivanja poslednje volje putem oba spomenuta oblika zaveštanja nije prihvaćena u svim savremenim pravnim sistemima.

Olografski testament (*testamentum holographum*), koji se u najkraćim crtama definiše kao testament koji je napisan i potpisan rukom od strane zaveštaoca, poreklo vodi još od rimskog privilegovanog testamenta – *testamentum parentis inter liberos*, odnosno testamenta roditelja u korist dece, koji je bio punovažan bez svedoka.² U savremenim pravima Evrope, ovo je opšteprihvaćeni oblik testamenta.

Alografski testament (*testamentum allographum*), potiče od rimskog *testamentum-per aes et libram*, koji je najpre sačinjavan pred pet, a nakon toga pred sedam zaveštajnih svedoka.³ Ovaj testament se javlja u dva vida: ili tako što zaveštalac usmeno izjavljuje svoju poslednju volju pred testamentarnim svedocima ili tako što se poslednja volja zabeležava u pisanoj formi (ne nužno od strane zaveštaoca), te potvrđuje i potpisuje od strane zaveštaoca i testamentarnih svedoka. Manji broj zakonodavstava Evrope u kojima je alografski testament u današnje vreme pravno uređen, po pravilu, prihvataju samo drugi spomenuti vid.

Predmet naše analize predstavlja upravo pravna regulativa spomenutih oblika zaveštanja u savremenim pravima Evrope. Posebnu pažnju ćemo posvetiti pitanjima koja se odnose na uslove za punovažnost i postupak njihovog sačinjavanja u domaćem pravu, u cilju uočavanja dobrih normativnih solucija, ali i pojedinih slabosti u legislativi, naročito posmatrano sa aspekta ostvarivanja zaštitne funkcije forme testamenta.^{4,5} Uporednopravnom analizom zakonskih rešenja

² O navedenom, opširnije videti: Ž. Milosavljević, *Rimsko privatno pravo*, knjiga III, *Nasledno pravo*, Beograd, 1900, str. 30.

³ Opširnije videti: Ž. Milosavljević, op. cit., str. 20-22. Prema Zakonopravilu Svetog Save, testament, bilo u usmenoj, bilo u pisanoj formi, takođe se morao sačinjavati pred petam ili sedam testamentarnih svedoka. Videti: N. Stojanović, *O nasleđivanju u Zakonopravilu Svetog Save*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1/2014, str. 30.

⁴ Zaštitna funkcija forme sastoji se u tome da se njom nastoji pomoći da dođe do izražaja istinita volja nekog lica, ona, dakle, predstavlja „garantiju istinitosti poslednje volje zaveštaočeve“. Videti: M. Konstantinović, *Opšte napomene uz Teze za predprojekat zakona o nasleđivanju*, APN, br. 3/1947, str. 342.

⁵ Forma omogućuje i da se nakon zaveštaočeve smrti s velikom sigurnošću može utvrditi postojanje i sadržina zaveštanja, što predstavlja dokaznu funkciju forme, kao jednu od njenih sekundarnih funkcija. Druga sekundarna funkcija forme ogleda se u njenom upozoravajućem svojstvu.

posvećenih navedenim testamentima, kojom su obuhvaćeni pravni sistemi koji pripadaju evropskom kontinentalnom tipu prava (i to: romanskog pravnog kruga – Francuska, Belgija, Italija i Španija, germanskog pravnog kruga – Nemačka, Austrija i Švajcarska, bivših socijalističkih zemalja – Češka, Slovačka, Mađarska, Bugarska i Poljska, te zemalja nastalih na prostoru bivše SFRJ – Slovenija, Hrvatska, Federacija BiH, Makedonija i Crna Gora), nastojaćemo da sagledamo sličnosti i razlike u njihovoj pravnoj regulativi i ukažemo na eventualne pravce normativnih reformi u domaćem pravu, kako bi ovi oblici zaveštanja bili regulisani na kvalitetniji i sveobuhvatniji način.

1. OLOGRAFSKI I ALOGRAFSKI TESTAMENT U PRAVU SRBIJE

U skladu sa dominirajućim trendom koji je u pogledu regulisanja oblika zaveštanja prisutan u savremenim pravima Evrope, Zakonom o nasleđivanju Srbije⁶ predviđeno je nekoliko oblika zaveštanja, čime se fizičkim licima pružaju široke mogućnosti za realizaciju slobode zaveštanja. Izjavu poslednje volje bez učešća organa javne vlasti u redovnim okolnostima, odnosno u situacijama kada mogućnost sastavljanja testamenta nije uslovljena nastupanjem nekih posebnih okolnosti, moguće je dati, kako u obliku olografskog (svojeručnog) testamenta, tako i u obliku alografskog testamenta (pismenog zaveštanja pred svedocima).⁷

1.1. Olografski (svojeručni) testament

Prema Zakonu o nasleđivanju Srbije, za sastavljanje svojeručnog testamenta neophodno je ispunjenje minimalnih uslova forme, koji se ogledaju u tome da zaveštalac koji zna da čita i piše, svojom rukom napiše tekst zaveštanja i da se na

U tom smislu, ona sprečava ostavioca da brzopleto i nepromišljeno raspolaže svojom imovinom za slučaj smrti. O navedenom, videti: D. Đurđević, op. cit., str. 128-129.

⁶ „Sl. glasnik RS“, br. 46/1995, 101/2003 – Odluka USRS i 6/2015. U daljem tekstu: ZON Srbije.

⁷ Izjavu poslednje volje u redovnim okolnostima, moguće je dati i u obliku sudskog, konzularnog i međunarodnog zaveštanja, a počev od 2011. godine, kada je donet Zakon o javnom beležništvu Srbije i notarskog zaveštanja. O vrstama delatnosti javnih beležnika i karakteru notarijalne forme u naslednopravnim stvarima, videti: J. Salma, Notarijalno obligaciono pravo – načela javno-beležničkog prava, javno-beležnička forma i odgovornost javnih beležnika prema pravu Republike Srbije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1/2012, str. 90-92. U vanrednim okolnostima, odnosno u situacijama kada se zaveštalac nalazi u posebnim životnim okolnostima, izjavu poslednje volje moguće je dati u obliku vojnog i brodskog zaveštanja, a za slučaj izuzetnih okolnosti, odnosno takvih životnih situacija koje zaveštaoca onemogućavaju da raspolaže za slučaj smrti u bilo kojoj drugoj formi, predviđena je i mogućnost sačinjavanja usmenog zaveštanja. Videti: čl. 84-111 a ZON Srbije.

kraju teksta potpiše.⁸ Maksimalni uslovi, koji bi se odnosili na obavezu unošenja mesta i datuma sačinjavanja se ne zahtevaju, s tim što se naznačavanje datuma preporučuje.⁹

Ovaj oblik testamenta, u domaćem pravu može biti sačinjen od strane svakog aktivno testamentarno sposobnog lica, što nije istovremeno slučaj i u ostalim pojednim savremenim zakonodavstvima Evrope, u kojima maloletna aktivno testamentarno sposobna lica do sticanja potpune poslovne sposobnosti mogu sačinjavati isključivo javne testamente.¹⁰ Zakon o nasleđivanju Srbije precizira da do sačinjavanja svojeručnog zaveštanja može doći od strane lica koje zna da čita i da piše, čime je mogućnost njegovog sastavljanja na jedan izričit način, pružena bilo kom zaveštaocu koji je potpuno pismen, iako u vreme pisanja testamenta nije u stanju da pročita ono što je napisao, što može predstavljati slučaj kod lica koja su izgubila vid nakon stečene pismenosti.¹¹

Propisivanjem zahteva prema kojem tekst zaveštanja mora biti svojeručno napisan od strane zaveštaoca, zakonodavac otežava mogućnost sastavljanja punovažnog testamenta. Svrha ovog ograničenja je prevashodno zaštitna, s obzirom da time zakonodavac sprečava mogućnost sastavljanja testamenta koje ne potiče od strane ostavioca.¹² Dakle, ovim pravilom osigurava se i štiti autentičnost svojeručnog testamenta. Naime, prilikom njegovog sačinjavanja, korišćenje tehničkih sredstava pisanja nije dozvoljeno,¹³ s obzirom na to da ono mora biti sačinjeno

⁸ Videti: čl. 84, st. 1 ZON Srbije. Pored sudskog i pismenog zaveštanja pred svedocima, svojeručno zaveštanje predstavlja često korišćen oblik zaveštanja u domaćoj sudskoj praksi. Naime, prema istraživanju obavljenom u praksi Opštinskog suda u Kragujevcu u periodu od 1997. do 2001. godine, svojeručno zaveštanje je sačinjeno u 14,68% slučajeva. Videti: D. Živojinović, Zaveštanje u sudskoj praksi, *Pravni život*, br. 10/2004, str. 304.

⁹ Videti: čl. 84, st. 2 ZON Srbije. Nacrtom Građanskog zakonika Srbije, alternativno je predloženo da se pored već predviđenih minimalnih uslova, punovažnost svojeručnog zaveštanja uslovi i naznačavanjem datuma kada je ono sastavljeno. Videti: alternativu uz čl. 2678, st. 2 Nacrta Građanskog zakonika Srbije. knjiga peta, *Nasleđivanje*, Beograd, maj 2015. Internet, <http://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf/>. U delu doktrine, međutim, predlaže se zadržavanje postojećeg rešenja, ali uz istovremeno postojanje jednog dopunskog interpretativnog pravila, prema kome zaveštanje neće ostati na snazi ukoliko postoji sumnja u njegovu važnost zbog toga što je zaveštalac propustio da naznači datum sastavljanja, a sud ne može da utvrdi vreme njegovog sastavljanja. Videti u tom smislu: D. Đurđević, *Sloboda testiranja i formalizam olografskog testamenta*, *Pravni život*, br. 11/2009, str. 861 i 863.

¹⁰ Kao prednost ovakvih uporednopravnih rešenja, u domaćoj doktrini se ističe da se njime nedovoljno zrela maloletna lica štite kako od neracionalnih i nepromišljenih odluka, tako i od uticaja sa strane. Videti: D. Đurđević, op. cit., str. 855.

¹¹ U tom smislu, videti: M. Kreč, Đ. Pavić, *Komentar Zakona o nasleđivanju sa sudskom praksom*, Zagreb, 1964, str. 203; D. Čeranić, *Svojeručni testament*, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, br. 5, god. 3, str. 37-38.

¹² Videti: D. Đurđević, op. cit., str. 853.

¹³ U delu teorije iznet je stav prema kojem se zakonski tekst posvećen regulisanju ovog oblika zaveštanja, može protumačiti i u prilog toga da svojeručni testament može biti sačinjen i nekim mehaničkim sredstvom, budući da zaveštalac i tada koristi svoje ruke. U tom smislu, sugerise se

lično od strane zaveštaoca na način koji obezbeđuje utvrđivanje autentičnosti zaveštaočevog rukopisa.¹⁴ Pretežni stav teorije je da je zahtev za svojeručnošću ispunjen i onda kada zaveštalc koji nema ruke ili prste, napiše zaveštanje veštačkom rukom (protežom) ili veštačkim prstima ili ukoliko je testament pod sličnim okolnostima napisan nogom ili ustima.¹⁵ Ukoliko je testament napisan svojeručno, za njegovu formalnu punovažnost bez značaja je čime je napisan tekst testamenta i šta je korišćeno kao podloga.¹⁶ U tom smislu, testament se uobičajeno sačinjava olovkom (grafitnom, hemijskom ili naliv-perom), na hartiji, odnosno listu papira. Međutim, tekst testamenta može biti sačinjen i na drugačiji način: karminom, temperom, kredom, krvlju, ugljom i slično; na kartonu, drvenoj ploči, podu, platnu, kamenu, stolu, staklu itd.¹⁷ Međutim, korišćenje atipičnih sredstava i podloge pisanja, mogu dovesti u pitanje ozbiljnost zaveštaočeve volje, odnosno, materijalno-pravnu punovažnost testamenta, usled čega je dopuštenost i opravdanost od-

na neophodnost preciziranja zakonskog rešenja, u smislu zahteva da svojeručno napisano i potpisano zaveštanje podrazumeva ručno oblikovanje slova od strane zaveštaoca, a ne utiskivanje već oblikovanih slova. U tom smislu, videti: M. Mitić, Svojeručni testament, Pravni život, br. 3-4/1960, str. 4; N. Stojanović, Nasledno pravo, Niš, 2011, str. 212. Prihvatljivijim se čini shvatanje prema kome treba posmatrati celinu zakonske odredbe, kojom se istovremeno zahteva, kako „svojeručnost“, tako i da je zaveštanje „napisano“, pod čime se ne može podrazumevati unošenje teksta putem mehaničkog sredstva. Videti u tom smislu: D. Čeranić, op. cit., str. 40.

¹⁴ Kako se autentičnost rukopisa ne može pouzdano utvrditi iz štampanih slova, to testament koji je sačinjen ovakvim slovima, a ne pisanim slovima vrste pisma kojim se zaveštalc služio, nije punovažan. Videti u tom smislu: S. Svorcan, Komentar Zakona o nasleđivanju Srbije sa sudskom praksom, Kragujevac, 2004, str. 206; D. Čeranić, op. cit., str. 37. Suprotno: N. Stojanović, op. cit., str. 212. U teoriji se kao sporno pojavilo i pitanje mogućnosti sačinjavanja svojeručnog testamenta korišćenjem stenografije. Prema shvatanju dela domaće doktrine, testament se ne može stenografski zabeležiti, obrazloženo time da se u stenografskim znacima ne može pouzdano prepoznati autentičnost rukopisa zaveštaoca, kao što to nije moguće utvrditi ni iz štampanih slova. Videti: S. Svorcan, op. cit., str. 206. Pojedini teoretičari su, međutim, potpuno suprotnog mišljenja, prema kome je stenografski pisan i potpisan testament punovažan, s obzirom na to da stenogram predstavlja rukopis osobe koja se njime služi i kao takav nosi lično obeležje autora. Videti: M. Kreč, Đ. Pavić, op. cit., str. 202; U tom smislu, videti i: B. T. Blagojević, O. B. Antić, Nasledno pravo, Beograd, 1991, str. 309. Naposletku, u domaćoj civilistici iznet je i stav koji se čini najprihvatljivijim, a prema kome punovažnost testamenta pisanog stenografijom zavisi od okolnosti konkretnog slučaja, koje sud, u slučaju spora, mora ispitati. Prema ovom shvatanju, svrha stenografije je brzo pisanje, kojim se, po pravilu, čine nacrti pismenih akata, te se može osnovano pretpostaviti da je tako pisani tekst samo nacrt testamenta, kao akt kome nedostaje *animus testandi*, s tim što u određenim okolnostima namera za sačinjavanje testamenta ipak može postojati. Videti: O. Antić, Nasledno pravo, Beograd, 2009, str. 284-285; D. Čeranić, op. cit., 42.

¹⁵ Videti: M. Kreč, Đ. Pavić, op. cit., str. 202; N. Gavella, V. Belaj, Nasledno pravo, Zagreb, 2008, str. 145; N. Stojanović, op. cit., str. 211-212; O. Antić, Z. Balinovac: Komentar Zakona o nasleđivanju, Beograd, 1996, str. 322; D. Čeranić, op. cit., str. 40.

¹⁶ Videti: D. Đurđević, op. cit., str. 852-853. U tom smislu, videti i: M. Kreč, Đ. Pavić, op. cit., str. 202; N. Gavella, V. Belaj, op. cit., str. 145; N. Stojanović, op. cit., str. 212; O. Antić, Z. Balinovac, op. cit., str. 322.

¹⁷ Opširnije o navedenom, videti: D. Čeranić, op. cit., str. 40-41.

stupanja od uobičajenih sredstava pisanja i podloge na kojoj je pisan testament, neophodno uvek ceniti prema okolnostima svakog konkretnog slučaja. Isto tako, iako je uobičajeno da se ovaj testament sačinjava na maternjem jeziku zaveštaoca, poslednja volja može biti saopštena i na nekom drugom jeziku kojim se on služio u momentu njegovog sastavljanja.

Pored svojeručnog sastavljanja isprave, zahtev za njenim svojeručnim potpisivanjem, predstavlja drugi element forme svojeručnog testamenta, čijim propisivanjem se takođe ograničava sloboda zaveštanja, a čija je svrha, kao i kada je reč o zahtevu za svojeručnim pisanjem, takođe zaštitna. U teoriji se pravilno zaključuje da primarna funkcija potpisa kod ovog oblika testamenta nije identifikacija zaveštaoca, već dokumentovanje ozbiljno oformljene i izražene volje zaveštaoca i razlikovanje od nacrtu zaveštajnog raspolaganja.¹⁸ Usled toga, kako u doktrini, tako i u sudskoj praksi, smatra se da je zahtev za svojeručnošću potpisa zaveštaoca zadovoljen ne samo ukoliko se on potpiše imenom i prezimenom, već i samo imenom, samo prezimenom, nadimkom, pseudonimom ili čak i rečima iz kojih se može videti srodnički ili eventualno neki drugi odnos sa licima u čiju se korist testamentom raspolaze.¹⁹ Svojeručni testament je formalno punovažan i onda kada je potpisan samo inicijalima, s tim što u ovom slučaju može biti dovedena u pitanje njegova materijalna punovažnost, pri čemu ni ona ne mora biti sporna, ukoliko je zaveštalac praktikovao ovakav način potpisivanja.²⁰ Međutim, svojeručni testament neće biti punovažan ukoliko je potpisan faksimilom ili rukoznakom.²¹ U delu domaće doktrine, izneto je shvatanje, prema kojem bi, nezavisno od svih navedenih mogućih i dozvoljenih modaliteta potpisivanja, sa stanovišta pravne sigurnosti, bilo poželjno da zaveštalac na kraju samog teksta zaveštanja, a ispod svog potpisa, unese i svoje podatke, sadržane u njegovoj ličnoj ispravi.²²

Potpis zaveštaoca mora stajati na kraju teksta testamenta.²³ U slučaju kada se testament sastoji od više listova, zaveštalac može potpisati svaki od njih, s tim

¹⁸ Videti: D. Đurđević, op. cit., str. 853 i 857.

¹⁹ Videti odluke navedene kod: D. Đurđević, op. cit., str. 856; U tom smislu, videti i: M. Kreč, Đ. Pavić, op. cit., str. 203; N. Gavela, V. Belaj, op. cit., str. 145; N. Stojanović, op. cit., str. 213; O. Antić, Z. Balinovac, op. cit., str. 322-323; D. Čeranić, op. cit., 44.

²⁰ Videti: D. Đurđević, op. cit., str. 856. Suprotno: D. Čeranić, op. cit., str. 44.

²¹ Videti: D. Đurđević, op. cit., str. 856; D. Čeranić, op. cit., str. 44 i 46.

²² Videti: N. Stojanović, op. cit., str. 213.

²³ Deo domaće civilistike je mišljenja da u situaciji kada je testament pisan u vidu deklaracije, potpis nije neophodno staviti ispod teksta testamenta, s obzirom na to da je zaveštalac svoje ime i prezime rukopisom već napisao u tekstu testamenta. Prema ovom shvatanju, imajući u vidu da je i potpis od značaja za utvrđivanje autentičnosti testamenta, nije odlučujuće u kom delu je on stavljen, već je bitno da postoji. Videti: S. Svorcan, op. cit., str. 207. Nama se ovakvo shvatanje ne čini prihvatljivim, jer sam Zakon o nasleđivanju Srbije upućuje na redosled sačinjavanja svojeručnog zaveštanja, odnosno, na to da potpis mora stajati na njegovom kraju. Shodno tome, zaveštalac bi se i u slučaju kada sačinjava testament u vidu deklaracije, ispod teksta testamenta, morao ponovo potpisati ili barem označiti određeno svojstvo. Isto: D. Čeranić, op. cit., 46.

što je dovoljno da potpiše samo poslednji list, s obzirom na to da Zakon o nasleđivanju Srbije ne propisuje posebno pravilo za ovaj slučaj.²⁴ Da bi proizvele pravno dejstvo, sve naknadne dopune testamenta koje stoje ispod potpisa, moraju biti ponovo potpisane od strane zaveštaoca. U delu teorije, izneto je shvatanje, prema kome se pravna valjanost klauzula koje su dopisane ispod potpisa, a ispod kojih nije ponovo stavljen potpis, ne dovodi u pitanje, ukoliko ne postoji sumnja u pogledu njihove autentičnosti i ukoliko one po sadržini predstavljaju isključivo dopunu zaveštanja.²⁵ Ipak, treba naglasiti da prihvatljivost ovog shvatanja dolazi u obzir samo onda kada se dopunama preciziraju ili pojašnjavaju zaveštajna raspolaganja koja se nalaze iznad potpisa. U prilog shvatanja o punovažnosti ovakvih dopuna, u domaćoj doktrini ističe se pravilo Zakona o nasleđivanju Srbije, prema kome se zaveštanje tumači u skladu sa pravom namerom zaveštaoca, prilikom čega sud nije ograničen isključivo na analizu reči koje su upotrebljene u zaveštanju, već može uzeti u obzir i činjenice koje stoje izvan njega.²⁶

1.2. Alografski testament (pismeno zaveštanje pred svedocima)

Prema Zakonu o nasleđivanju Srbije, pismeno zaveštanje pred svedocima, sačinjava se tako što zaveštalac koji zna da čita i piše, pred dva istovremeno prisutna svedoka izjavljuje da je unapred sačinjeno pismeno pročitao i da ono predstavlja njegovu poslednju volju, nakon čega ga, pred svedocima, svojeručno potpisuje. Uslov njegove punovažnosti, ogleda se i u neophodnosti da oba testamentarna svedoka stave istovremeno svoje potpise na zaveštanje.²⁷ Datum i mesto sačinjavanja, kao što je to slučaj i kod svojeručnog zaveštanja, ne predstavljaju nužne sastojke pismenog zaveštanja pred svedocima. I ovaj oblik testamenta, mogu sačiniti sva aktivno testamentarno sposobna lica, bez eventualnog uslovljavanja koje bi se odnosilo na sticanje potpune poslovne sposobnosti, kao što je to slučaj u ostalim pojedinim pravima Evrope u kojima je ovaj oblik testamenta pravno uređen.

Kada je reč o samom pismenu u kome je sadržana poslednja volja zaveštaoca, za razliku od svojeručnog testamenta, ono može biti sačinjeno i od strane

²⁴ U ovom slučaju, potrebno je da sadržina listova upućuje na to da oni pripadaju jedinstvenoj misaonoj celini. Ukoliko je zaveštalac svojeručno napisanu, a nepotpisanu ispravu zatvorio i potpisao se na koverti, potpis na koverti će biti dovoljan samo ukoliko uz njega stoji još neki tekst koji ukazuje na unutrašnju povezanost između koverta i isprave koja se u njoj nalazi, te ukoliko je koverta zatvorena. Videti u tom smislu: D. Đurđević, op. cit., str. 858-859.

²⁵ Videti: S. Svorcan, op. cit., str. 207-208.

²⁶ Opširnije o punovažnosti postskriptuma, videti: D. Đurđević, op. cit., str. 857-858.

²⁷ Videti: čl. 85 ZON Srbije. U teoriji se navodi da su bitni elementi forme kod pismenog zaveštanja pred svedocima: pismena redakcija ostaviočeve poslednje volje, potvrđivanje isprave i prisustvo testamentarnih svedoka. Videti: D. Đurđević, Institucije naslednog prava, Beograd, 2015, str. 132.

drugog lica, pri čemu je irelevantan način na koji je to učinjeno (mehaničkim ili elektronskim sredstvima pisanja i slično). Naime, njega može sačiniti kako sam zaveštalac, tako i bilo koje drugo lice, uključujući i lica koja su neposredno zainteresovana za sadržinu testamenta. U praksi, ovo pismeno najčešće se sačinjava od strane advokata, na način koji podrazumeva korišćenje elektronskih sredstava za pisanje.²⁸ Iako se uobičajeno sastavlja na hartiji, izuzetno, ovaj testament, moguće je sačiniti i na drugom materijalu, s tim što je u ovakvom slučaju neophodno voditi računa o tome da li je zaveštalac imao sposobnost za rasuđivanje u momentu sastavljanja testamenta, te da li je postojala ozbiljna namera za njegovim sačinjavanjem.

Pismeno zaveštanje pred svedocima, prema slovu Zakona, može sačiniti isključivo lice koje zna da čita i da piše, s tim što uzimajući u obzir način na koji se kod ovog testamenta ispoljava zaštitna funkcija forme, ono mora biti u stanju i da se služi ovim svojim znanjem. Naime, kako je kod ovog oblika testamenta akcenat na stadijumu njegovog potvrđivanja, to svojstvo zaveštaoca može imati samo lice koje je stanju da neposredno utvrdi sadržinu isprave koju priznaje i potpisuje za svoje zaveštanje, odnosno, koje je u konkretnom slučaju u stanju da pročita i da potpiše zaveštanje.²⁹ Stoga je punovažnost pismenog zaveštanja pred svedocima uslovljena potpunom pismenošću i očuvanim čulom vida zaveštaoca, kao i znanjem jezika, odnosno pisma na kojem je sačinjen tekst zaveštanja.³⁰

Stav teorije i sudske prakse je da priznanje testamenta ne mora biti učinjeno na izričit, već i na prećutan način.³¹ Uslov prema kome zaveštalac pred istovremeno prisutnim testamentarnim svedocima mora ne samo priznati testament, već i izjaviti da je sačinjeno pismeno pročitao, predstavlja novinu u odnosu na naše ranije naslednopravne propise, ustanovljenu radi većeg stepena sigurnosti, imajući u vidu činjenicu da ovaj oblik testamenta, zaveštaocu veoma često sastavlja drugo lice.³² Nakon što prizna testament, zaveštalac je dužan da se svojeručno

²⁸ Prema istraživanju sprovedenom u praksi, ovaj oblik testamenta se kod nas najčešće koriste. Naime, istraživanje sprovedeno na području Opštinskog suda u Kragujevcu, za period od 1997 do 2001. godine, pokazalo je da je pismeno zaveštanje pred svedocima činilo 47,22% svih sačinjenih zaveštanja. Videti: D. Živojinović, op. cit., str. 304.

²⁹ Videti: D. Đurđević, op. cit., str. 134; M. Kreč, Đ. Pavić, op. cit., str. 205.

³⁰ Videti: O. Antić, Z. Balinovac, op. cit., str. 324-325; D. Đurđević, op. cit., str. 134.

³¹ U doktrini se navodi da je izričito priznanje pravilo, te da svedoci moraju čuti kada zaveštalac priznaje svoj testament (primera radi, „ovo je moje zaveštanje“, „to je moja poslednja volja“ itd). Međutim, postoje određene situacije, kada na osnovu određenih konkretnih okolnosti i bez izričitog priznanja zaveštaoca, nesumnjivo proizilazi prećutno priznanje testamenta (primera radi, kada zaveštalac pred svedocima diktira svoje zaveštanje trećem licu ili jednom svedoku, nakon čega ga uzme, pročita, potpiše se pred svedocima i pruži im zaveštanje kako bi se i oni potpisali). O izričitom i prećutnom priznanju pismenog zaveštanja pred svedocima, opširnije videti: O. Antić, Z. Balinovac, op. cit., str. 325; D. Đurđević, op. cit., str. 133.

³² Prema čl. 69 Zakona o nasleđivanju FNRJ iz 1955. godine („Službeni list FNRJ“, br. 20/55; „Službeni list SFRJ“, br. 42/65, 47/65), kao i čl. 64 Zakona o nasleđivanju SR Srbije iz 1974. go-

potpiše na njemu, takođe, pred istovremeno prisutnim testamentarnim svedocima.³³ Na svojeručnom potpisu zaveštaoca, insistira se stoga što se u njemu ogleda saglasnost zaveštaoca sa sadržinom pismena koje je najčešće sačinilo drugo lice, a ne sam zaveštalac.³⁴ Po pravilu, potpis zaveštaoca se mora sastojati od njegovog imena i prezimena, odnosno, zaveštalac se mora potpisati na način na koji se inače potpisuje u pravnom saobraćaju.³⁵ U tom smislu, potpisivanje je moguće učiniti kako punim imenom i prezimenom, tako i samo imenom, samo prezimenom, prvim slovom prezimena i imenom, prvim slovom imena i prezimenom, prvim slovom imena i prezimena, skraćenim potpisom kojim se zaveštalac služio u redovnom pravnom prometu, nadimkom, pseudonimom ili inicijalima,³⁶ kao i rečima iz kojih se može videti srodnički ili eventualno neki drugi odnos sa licima u čiju se korist testamentom raspolaze,³⁷ s tim što sudska praksa u pogledu načina potpisivanja ovog testamenta nije jedinstvena.³⁸ Kako zaveštaočev potpis predstavlja potvrdu da je upravo tekst koji se nalazi iznad potpisa njegova poslednja volja, zaveštanje neće biti punovažno ukoliko je zaveštalac unapred potpisao prazno pismo u koje je neko treće lice naknadno unelo tekst zaveštanja.³⁹ Imajući u vidu činjenicu da kod alografskog testamenta, svojeručni potpis predstavlja jedini autentični trag zaveštaoca na ispravi u kojoj je sadržana njegova poslednja

dine („Službeni glasnik SR Srbije“, br. 52/74, 1/80), bilo je dovoljno da zaveštalac pred svedocima prizna testament i da se pred njima potpiše.

³³ U delu teorije je izneto shvatanje, prema kome zaveštalac može najpre potpisati testament, pa tek onda potpis priznati pred svedocima, kao i da zaveštalac može potpisati testament pred jednim zaveštajnim svedokom, a kasnije priznati potpis pred drugim svedokom. U tom smislu, videti: S. Svorcan, op. cit., str. 211-212. Mišljenja smo da se ovakvo shvatanje ne može prihvatiti, jer protivreči jasnoj zakonskoj normi.

³⁴ Videti: D. Čeranić, Potpis zaveštaoca na pisanom zaveštanju pred svjedocima, Zbornik radova „Vladavina prava i pravna država u regionu“, Istočno Sarajevo 2014, str. 618.

³⁵ Videti: O. Antić, Z. Balinovac, op. cit., str. 326.

³⁶ U slučaju svojeručnog potpisa inicijalima, treba voditi računa o materijalnoj punovažnosti zaveštanja, a posebno o tome da li u ovakvom slučaju nije došlo do falsifikovanja zaveštaočevog potpisa. Videti: D. Čeranić, op. cit., 618-619.

³⁷ U teoriji se sugerise da je pismeno zaveštanje pred svedocima, koje je napisano u obliku oproštajnog pisma, pored naznačavanja srodničkog ili nekog drugog odnosa, potrebno potpisati, barem još i imenom ili opštepoznatim pseudonimom. Videti u tom smislu: O. Antić, Z. Balinovac, op. cit., str. 328.

³⁸ Sud je u jednom slučaju priznao alografsko zaveštanje koje je zaveštalac potpisao samo svojim rođenim imenom (Vrhovni sud Slovenije, Rev. 80/60). U drugom slučaju, sud ističe da „potpis ostavitelja na pismenoj oporuci pred svjedocima mora biti potpun, jer u protivnom oporuka nije pravno valjana“ (Vrhovni sud Hrvatske, Gž 952/73). Navedeno prema: O. Antić, Z. Balinovac, op. cit., str. 326; „Punovažno je pismeno zaveštanje pred svedocima koje je zaveštalac potpisao pseudonimom ili imenom koje je upotrebljavao u pravnim poslovima i u običnom životu i pod kojim je bio poznat trećim licima“ (Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž br. 6718/10, od 3. juna 2010 godine). Navedeno prema: S. Panov, B. Kaščelan, M. Stanković, Nasledno pravo, Praktikum, Beograd, 2012, str. 152.

³⁹ Videti: O. Antić, Z. Balinovac, op. cit., str. 326.

volja,⁴⁰ u domaćoj teoriji, nailazi se na stav da bi zakonski tekst trebao biti dopunjen na način da zaveštalac mora svojom rukom oblikovanim slovima na kraju zaveštanja napisati svoje puno ime i prezime, te da treba insistirati na unošenju osnovnih podataka sadržanih u ličnoj ispravi.⁴¹ Kao što je to slučaj i kog svojeručnog testamenta, potpis zaveštaoca i kod pismenog zaveštanja pred svedocima, mora stajati na kraju zaveštanja. Ukoliko se testament sastoji od više listova, svaki od njih može biti potpisan, s tim što Zakon ne propisuje obaveznost navedenog, usled čega je on punovažan i ako je potpisan samo na kraju, odnosno ukoliko je potpisan samo poslednji list.

Na samom zaveštanju, nakon što je to učinio zaveštalac, potpisuju se i svedoci i to istovremeno (odnosno, neposredno jedan za drugim), pri čemu Zakon preporučuje da svedoci naznače njihovo svojstvo.⁴² Za razliku od faze sačinjavanja testamenta, gde svedoci treba da čuju i razumeju priznanje testamenta, kao i da vide potpisivanje od strane zaveštaoca, te, gde je shodno tome, njihova uloga pasivna, uloga testamentarnih svedoka u ovoj fazi sačinjavanja testamenta je aktivna.⁴³ Potpisivanjem testamenta, svedoci potvrđuju okolnost da je zaveštalac priznao testament za svoj, te da ga je nakon toga svojeručno potpisao. Stoga se učešćem svedoka u postupku sačinjavanja ovog testamenta ostvaruje zaštita funkcija forme, jer njihovo prisustvo ima za cilj da garantuje autentičnost zaveštajnih raspolaganja. Takođe, njihovim učešćem, ostvaruju se i sekundarne funkcije forme, kako dokazna, tako i upozoravajuća.⁴⁴ Iz navedenih razloga, testamentarni svedoci, pored ispunjenja opštih uslova koji se odnose na punoletstvo i potpunu poslovnu sposobnost, moraju biti pismeni i znati jezik na kojem zaveštalac priznaje pismeno za svoje zaveštanje,⁴⁵ shodno čemu, oni ne moraju znati jezik na kojem je zaveštanje sačinjeno. Kako testamentarni svedoci moraju da potvrde da je zaveštalac pred njima priznao testament za svoj, to se u njihovom svojstvu, po pravilu, ne mogu pojaviti lica koja nemaju očuvano čulo sluha,⁴⁶ a imajući u vidu činjenicu da moraju videti i potpisivanje od strane zaveštaoca, ni lica koja nemaju očuvano čulo vida. Pored toga, testamentarni svedoci moraju biti u stanju da se potpišu, odnosno, u trenutku potpisivanja testamenta, moraju imati mogućnost da koriste onaj deo tela kojim se potpisuju u redovnom pravnom prometu.⁴⁷

⁴⁰ Videti: K. Mesarović: Testament pred svedocima, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, br. 12/1966, str. 6.

⁴¹ Videti: N. Stojanović, op. cit., str. 215.

⁴² Videti: čl. 85, st. 2 ZON Srbije. Zaveštanje neće biti punovažno ukoliko se jedan od zaveštajnih svedoka potpisao nakon zaveštaoca, dok je drugi to učinio kasnije. Videti: D. Čeranić, Učešće svjedoka u postupku sačinjavanja alografskog testamenta, Pravni život, br. 10/2010, str. 802.

⁴³ U tom smislu, videti: D. Čeranić, op. cit., str. 793.

⁴⁴ Videti: D. Đurđević, Osnovi naslednog prava Crne Gore, Podgorica, 2010, str. 160-161.

⁴⁵ Videti: čl. 112 ZON Srbije.

⁴⁶ Ipak, u određenim situacijama, testamentarni svedoci mogu biti i lica koja su gluva, što je slučaj kod prećutnog potvrđivanja zaveštanja, a kod izričitog priznanja, ukoliko znaju da čitaju sa usana. U tom smislu, videti: O. Antić, Z. Balinovac, op. cit., str. 327; D. Čeranić, op. cit., str. 795.

⁴⁷ Videti: D. Čeranić, op. cit., str. 799.

2. OLOGRAFSKI I ALOGRAFSKI TESTAMENT U UPOREDNOM PRAVU

U savremenim pravima Evrope, olografski testament predstavlja opšteprihvaćeni privatni oblik testamenta, koji je moguće sačiniti u redovnim okolnostima. U određenom broju zakonodavstava koja su predmet naše analize, on istovremeno predstavlja i jedini oblik testamenta, koji je u navedenim okolnostima moguće sačiniti bez ikakvog učešća organa javne vlasti, kao što je to slučaj u pravima Francuske,⁴⁸ Belgije⁴⁹, Italije⁵⁰, Španije⁵¹, Nemačke⁵², Švajcarske,⁵³ Makedonije⁵⁴ i Bugarske⁵⁵, s obzirom na to da zakonodavstva spomenutih zemalja ne poznaju mogućnost izjavljivanja poslednje volje u obliku alografskog testamenta.

⁴⁸ Građanskim zakonikom Francuske iz 1804. godine (Internet, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>), kao redovni testamenti, pravno su normirani: olografski, javni (notarski) i tajni testament. Videti: čl. 969 GZ Francuske. U pravo Francuske, 1994. godine, uveden je i međunarodni testament. Od vanrednih testamenata, pravno su uređeni: vojni testament, testament sačinjen u izolaciji, kao i pomorski testament. Videti: čl. 981-995 GZ Francuske.

⁴⁹ U pravu Belgije prvobitno je važio tekst Građanskog zakonika Francuske iz 1804. godine, s tim što je vremenom, Građanski zakonik Belgije (Internet, <http://www.droitbelge.be/codes.asp#civ>), evoulirao i u određenoj meri se udaljio od Građanskog zakonika Francuske. Njime su regulisani: olografski, javni (notarski) i međunarodni testament, kao redovni testamenti. Videti: čl. 969 GZ Belgije. Kada je reč o vanrednim testamentima, u ovom zakonodavstvu, kao što je to slučaj i u Francuskoj, pravno su uređeni: vojni testament, testament sačinjen u izolaciji, kao i pomorski testament. Videti: čl. 981-1001 GZ Belgije.

⁵⁰ Građanskim zakonikom Italije iz 1942. godine (Internet, http://www.jus.unitt.it/cardoza/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm), kao redovni testamenti, pravno su normirani: olografski i notarski testament, koji može biti javan ili tajan, kao i međunarodni testament. Videti: čl. 601 GZ Italije. Kao vanredni testamenti, uređeni su: testament u slučaju zaraznih bolesti, javnih nepogoda ili nesreća, testament na brodu ili vazduhoplovu, kao i vojni testament. Videti: čl. 609-619 GZ Italije.

⁵¹ Građanskim zakonikom Španije iz 1889. godine (Internet, <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/indexcc.htm>), kao redovni testamenti, pravno su uređeni olografski i javni (notarski), koje može biti otvoren ili zatvoren, dok su vanredni testamenti vojni, pomorski i testament sačinjen u inostranstvu. Videti čl. 676-677 GZ Španije.

⁵² Građanskim zakonikom Nemačke iz 1896. godine (Internet, <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>), kao redovni testamenti, normirani su: olografski i notarski testament. Videti: čl. 2231 GZ Nemačke. Kao vanredni testamenti, pravno su uređeni: izuzetni testament pred predsednikom opštine, izuzetni testament pred tri svedoka, pomorski i konzularni testament. Videti: čl. 2249-2251 GZ Nemačke, kao i čl. 11, st. 1 KonsG (Konzulargesetz iz 1974. godine, Internet, <http://www.gesetze-im-internet.de/konsg/>).

⁵³ Prema Građanskom zakoniku Švajcarske iz 1907. godine (Internet, <http://www.admin.ch/ch/d/sr/210/index.html>), redovni testamenti su olografski i javni testament, dok usmeni testament predstavlja vanredni oblik testamenta. Videti: čl. 498 GZ Švajcarske.

⁵⁴ Zakonom o nasleđivanju Makedonije iz 1996. godine, kao redovni testamenti, pravno su normirani svojeručni, sudski, konzularno-diplomatski i međunarodni, te vojni i usmeni, kao vanredni testamenti. Videti: čl. 66-92 ZON Makedonije („Služben vesnik na RM“, br. 47/1996).

⁵⁵ Zakon o nasleđivanju Bugarske iz 1949. godine (Internet, <http://lex.bg/laws/ldoc/2121542657>), pravno uređuje samo redovne testamente: svojeručni i notarski. Videti: čl. 23 ZON Bugarske.

Za razliku od olografskog testamenta, alografski testament je pravno uređen u manjem broju zemalja Evrope. Kada je reč o zakonodavstvima koje su obuhvaćene uporednopravnom analizom, ovaj oblik testamenta je prihvaćen u pravu Austrije⁵⁶, a pod njegovim uticajem i u zakonodavstvima najvećeg broja država nastalih na prostoru bivše SFRJ – Slovenije,⁵⁷ Hrvatske⁵⁸, Federacije BiH⁵⁹ i Crne Gore,⁶⁰ kao i u pravima Mađarske,⁶¹ Češke⁶² i Slovačke⁶³. Alografski testament je regulisan i u pravu Poljske.⁶⁴ Međutim, uslovi za punovažnost alografskog te-

⁵⁶ Građanskim zakonikom Austrije iz 1811. godine (Internet, [https://www.jusline.at/Allgemeines_Buergerliches_Gesetzbuch_\(ABGB\).html](https://www.jusline.at/Allgemeines_Buergerliches_Gesetzbuch_(ABGB).html)), kao redovni testamenti su pravno uređeni: olografski, alografski i javni testament (sudski ili notarski). Vanredni testament može se koristiti u izuzetnim okolnostima, odnosno, u slučaju kada zaveštaocu preči opasnost da izgubi život ili testamentarnu sposobnost pre nego što ispuni uslove za sačinjavanje nekog od redovnih testamena. Videti: čl. 577-584 GZ Austrije.

⁵⁷ Prema Zakonu o nasljeđivanju Slovenije iz 1976. godine, kao redovni testamenti, pravno su uređeni svojeručni, pisani testament pred svedocima, sudski, konzularno-diplomatski i međunarodni testament, dok su od vanrednih oblika, pravno normirani: vojni, brodski i usmeni testament. Videti: čl. 63-74 ZON Slovenije („Uradni list SRS“, br. 15/76, 23/78; „Uradni list RS“, br. 17/91, 13/94, 82/94, 117/2000, 67/2001, 83/2001, 73/2004 i 31/2013). Zakonom o notarijatu Slovenije iz 1994. godine („Uradni list RS“, br. 13/1994, 48/1994, 82/1994, 73/2004, 98/2005, 115/2006, 45/2008 – prečišćen tekst), kao redovan oblik testamenta, pravno je uređen i notarski testament. Videti: čl. 46 Zakona o notarijatu Slovenije.

⁵⁸ Zakon o nasljeđivanju Hrvatske iz 2003. godine, pravno uređuje svojeručni, pisani testament pred svedocima, javni i međunarodni, kao redovne testamente, te usmeni, kao vanredni oblik testamenta. Videti: čl. 30-39 i čl. 151-166 ZON Hrvatske („Narodne novine“, br. 48/2003, 163/2003, 35/2005, 127/2013 i 33/2015).

⁵⁹ Zakonom o nasljeđivanju u Federaciji BiH iz 2014. godine, kao redovni testamenti, predviđeni su svojeručni, pismeni testament pred svedocima, sudski, konzularno-diplomatski, međunarodni i notarski testament, dok su vanredni testamenti vojni, testament sačinjen na brodu i u avionu, kao i usmeni testament. Videti: čl. 66-98 ZON Federacije BiH („Službene novine FBiH“, br. 80/2014).

⁶⁰ Zakon o nasljeđivanju Crne Gore iz 2008. godine, reguliše svojeručni, pisani testament pred svedocima, sudski, konzularno-diplomatski i međunarodni, kao redovne testamente, te vojni, brodski i usmeni, kao vanredne testamente. Videti: čl. 66-90 ZON Crne Gore („Službeni list RCG“, br. 74/2008).

⁶¹ Prema Građanskom zakoniku Mađarske iz 2013. godine (Internet, http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A1300005.TV), kao redovni testamenti pravno su uređeni olografski, alografski, deponovani i javni (notarski) testament, dok je od vanrednih oblika predviđen usmeni testament. Videti: 7:13 § i 7:16 § st. 1 i 7:17 § GZ Mađarske.

⁶² Građanskim zakonikom Češke iz 2012. godine (Internet, <http://www.czechlegislation.com/89-2012-sb>), kao redovni testamenti, pravno su normirani: olografski, alografski i javni testament. Videti: čl. 1533-1538 GZ Češke. Kao vanredni testamenti, predviđeni su: usmeni testament, testament sačinjen pred predsednikom opštine, testament sačinjen na brodu i u avionu, kao i vojni testament. Videti čl. 1542-1545 GZ Češke.

⁶³ Građanskim zakonikom Slovačke, koji potiče od Građanskog zakonika Čehoslovačke iz 1964. godine (Internet, <http://www.zakonypreludi.sk/zz/1964-40>), predviđeni su samo redovni testamenti, i to: olografski, alografski i notarski testament. Videti: čl. 476, st. 1 GZ Slovačke.

⁶⁴ Građanskim zakonikom Poljske iz 1964. godine (Internet, <https://supertrans2014.files.wordpress.com/2014/06/the-civil-code.pdf>), kao redovni testamenti, pravno su uređeni: olografski,

stamenta u pravu ove zemlje, koji podrazumevaju učešće službenika organa lokalne samouprave prilikom njegovog sačinjavanja, ovaj testament čini bitno različitim u odnosu na klasičan alografski testament, posmatrano u istorijskom i uporednopravnom kontekstu.⁶⁵

2.1. Olografski testament u uporednom pravu

2.1.1. Olografski testament u zemljama romanskog pravnog kruga

Građanskim zakonicima zemalja romanske pravne tradicije – Francuske, Belgije, Španije i Italije, propisano je da olografski testament mora biti u potpunosti napisan i potpisan rukom od strane zaveštaoca.⁶⁶ U pravu Španije, iako se testamentarna sposobnost stiče sa 14 godina, pre navršene 18 godine života, izjavu poslednje volje moguće je dati isključivo u obliku javnog testamenta, usled čega maloletnici ispod spomenutog uzrasta ne mogu sačiniti olografski testament.⁶⁷

Shodno spomenutoj regulativi, prilikom sačinjavanja olografskog testamenta isključena je upotreba mehaničkih ili elektronskih sredstava pisanja, pri čemu se u doktrini navodi da su materijal na kome je testament sačinjen i sredstva kojima je on sačinjen bez značaja, sve dok se ne dovodi u pitanje namera za sačinjavanje testamenta.⁶⁸ Prema stavovima sudske prakse u Francuskoj i Italiji, olografski testament ne mora biti sačinjen isključivo na maternjem jeziku, sve dok je zaveštaocu poznato značenje reči koje je upotrebio u testamentu, odnosno, sve dok takav jezik postoji.⁶⁹

Svojeručno potpisivanje se po pravilu čini imenom i prezimenom, s tim što sudovi u ovim zemljama, po pravilu, imaju blaži pristup u odnosu na ispunjenje

alografski i javni (notarski) testament. Videti čl. 949-951 GZ Poljske. Kao vanredni testamenti, normirani su: usmeni testament, testament sačinjen na brodu i u avionu, kao i vojni testament. Videti: čl. 952-955 GZ Poljske.

⁶⁵ Alografski testament u pravu Poljske sačinjava se tako što zaveštalac svoju poslednju volju izjavljuje usmeno u prisustvu dva testamentarna svedoka pred odgovarajućim službenikom lokalne samouprave, koji je zabeležava u pisanoj formi. Ona se zatim čita naglas u prisustvu zaveštaoca i svedoka, koji nakon toga moraju potpisati zapisnik o sačinjavanju testamenta, zajedno sa službenikom pred kojim je poslednja volja izjavljena. Videti: čl. 951 GZ Poljske.

⁶⁶ Videti: čl. 970 GZ Francuske, 970 GZ Belgije, čl. 688, st. 1 GZ Španije i čl. 602, st. 1 GZ Italije. U teoriji se ističe da je olografski testament u Francuskoj, Španiji i Italiji veoma rasprostranjen. Naime, u jednoj studiji, procenjeno je da zaveštaoci u Francuskoj pribegavaju sačinjavanju ovog testamenta procentualno u istoj onoj meri u kojoj pristupaju i sačinjavanju notarskog testamenta. Takođe, prema statistici Centralnog Registra testamenata u Italiji za 2010. godinu, 77,57 % čine olografski, a samo 22,18% javni testamenti. Videti: Comparative Succession Law, Testamentary formalities, Oxford Scholarship, 2011, (ed. Kenneth G. C. Reid, Marius J de Waal, Reinhard Zimmermann), str. 57, 85 i 125.

⁶⁷ Videti: čl. 663, st. 1 i čl. 688, st. 1 GZ Španije.

⁶⁸ Videti: Kenneth G. C. Reid, Marius J de Waal, Reinhard Zimmermann, op. cit., str. 57, 83 i 127.

⁶⁹ Videti: Kenneth G. C. Reid, Marius J de Waal, Reinhard Zimmermann, op. cit., str. 58 i 127.

navedenog formalnog zahteva, te se tako priznaje i svojeručno potpisivanje samo imenom, samo prezimenom, nadimkom ili čak samo inicijalima.⁷⁰ U pravu Italije je predviđeno da potpis mora stajati na kraju testamenta, pri čemu je eksplicitno propisano da je potpis važeći i ukoliko on u sebi ne sadrži ime i prezime, ako se iz samog testamenta sa sigurnošću može identifikovati zaveštalac.⁷¹ Građanskim zakonikom Španije propisano je da ukoliko testament treba da sadrži reči koje su izmenjene, dopunjene ili umetnute između redova, zaveštalac te reči mora sačuvati (naznačiti) ispod svog potpisa.⁷²

U svim ovim pravima, neophodan uslov punovažnosti olografskog testamenta, predstavlja i naznačavanje datuma njegovog sačinjavanja, koji zaveštalac takođe, mora napisati svojom rukom. U pravima Španije i Italije, izričito je propisano da ova obaveza podrazumeva unošenje dana, meseca i godine sačinjavanja testamenta,⁷³ pri čemu, obaveza navođenja spomenutih elemenata datiranja, prema stavovima doktrine, postoji i u Francuskoj i Belgiji.⁷⁴ Dokazivanje neistinitosti datuma, prema Građanskom zakoniku Italije, moguće je samo onda kada se postavi pitanje postojanja testamentarne sposobnosti ostavioca, u situaciji kada postoji više testamenata koji se sadržinski međusobno isključuju ili kada se radi o drugim pitanjima u pogledu kojih odluka zavisi od vremena sačinjavanja testamenta.⁷⁵ Nijedno od ovih zakonodavstva, kao uslov punovažnosti olografskog testamenta ne zahteva naznačavanje mesta njegovog sačinjavanja.

2.1.2. Olografski testament u zemljama germanskog pravnog kruga

U pravima Nemačke, Austrije i Švajcarske, kao karakterističnim predstavnicima germanskog pravnog kruga zemalja, olografski testament mora biti u potpunosti napisan i potpisan rukom od strane zaveštaoca.⁷⁶ U pojedinim od ovih

⁷⁰ Videti: Kenneth G. C. Reid, Marius J de Waal, Reinhard Zimmermann, op. cit., str. 61, 83 i 129.

⁷¹ Videti: čl. 602, st. 2 GZ Italije.

⁷² Videti: čl. 688, st. 3 GZ Španije.

⁷³ Videti: čl. 970 GZ Francuske, čl. 970 GZ Belgije, čl. 688, st. 2 GZ Španije i čl. 602, st. 3 GZ Italije. Pored spomenutih formalnih uslova koji se odnose na način sačinjavanja olografskog testamenta, Građanski zakonik Španije detaljno reguliše i uslove koji moraju biti ispunjeni da bi ono proizvelo pravno dejstvo, kao što su obaveza predaje olografskog testamenta sudu nakon zaveštaoćeve smrti, a posebno način i postupak utvrđivanja njegove autentičnosti od strane suda. Videti: čl. 689-693 GZ Španije.

⁷⁴ Sudska praksa i doktrina u Francuskoj i Belgiji, u poslednje vreme pokazuju određeni stepen fleksibilnosti kada je reč o naznačenju datuma. Tako se u teoriji navodi da će testament biti punovažan ukoliko je zaveštalac umesto preciznog naznačenja datuma napisao, primera radi: „Božić 2010“, ili „Moj šesnaesti rođendan“. Videti o ovome opširnije: Kenneth G. C. Reid, Marius J de Waal, Reinhard Zimmermann, op. cit., str. 59-60.

⁷⁵ Videti: čl. 602, st. 3 GZ Italije.

⁷⁶ Videti: čl. 2247, st. 1 GZ Nemačke, čl. 578 GZ Austrije i čl. 505, st. 1 GZ Švajcarske. U Austriji, olografski testament predstavlja najčešće korišćenu formu testamenta. Prema rezultatima prak-

zemalja, kao što su Nemačka i Austrija, sačinjavanje olografskog testamenta uslovljeno je sticanjem potpune poslovne sposobnosti. Tako se u pravu Nemačke testamentarna sposobnost stiče sa 16 godina.⁷⁷ Međutim, pre navršenih 18 godina života, nije moguće raspolaganje za slučaj smrti u formi olografskog testamenta.⁷⁸ Osim toga, čak i u slučaju kada je lice potpuno poslovno sposobno, ono prema zakonodavstvu ove zemlje ne može sačiniti olografski testament, ukoliko nije u stanju da čita.⁷⁹ U pravu Austrije, takođe je propisano da se do navršene 18 godine života, kada je reč o redovnim testamentima, zaveštalcu može služiti isključivo sudskim, odnosno notarskim testamentom, iako se testamentarna sposobnost u ovoj zemlji stiče sa 14 godina.⁸⁰

Zahtev za svojeručnim pisanjem, kao element forme olografskog testamenta, prema stavovima nemačke i austrijske doktrine i sudske prakse, ispunjen je i ukoliko je testament sačinjen od strane lica sa fizičkim nedostacima, nogom ili eventualno ustima, pri čemu je irelevantan i jezik na kojem je on sačinjen. Takođe, irelevantni su i podloga na kojoj je sačinjen testament, kao i sredstva kojima je napisan tekst (s tim što upotreba elektronskih i mehaničkih sredstava nije dozvoljena), ukoliko se mogu prepoznati karakteristike zaveštaočevog rukopisa, te ukoliko se time ne dovodi u sumnju ozbiljna namera za sačinjavanje testamenta.⁸¹

Prema Građanskom zakoniku Nemačke, svojeručni potpis treba da se sastoji od imena i prezimena, s tim što testament neće biti nepunovažan i ukoliko se zaveštalcu potpisao na drugačiji način, ukoliko je on dovoljan za utvrđivanje njegovog identiteta i ozbiljnosti njegove izjave.⁸² U zakonodavstvu Austrije, propisano je da se zaveštalcu mora potpisati imenom.⁸³ U doktrini je ukazano da ovu odredbu treba tumačiti u smislu neophodnosti potpisivanja imenom i prezimenom, kao i da je zahtev za svojeručnošću potpisa ispunjen i ukoliko se zaveštalcu potpisao na drugačiji način, primera radi, oznakom srodnčkog odnosa.⁸⁴

Građanski zakonik Austrije eksplicitno propisuje da datum, a pored njega ni mesto sačinjavanja testamenta, ne predstavljaju uslov njegove punovažnosti, ali

tičnog istraživanja i javnog mnjenja, ono je i u Nemačkoj, znatno popularnije od notarskog testamenta. Videti: Kenneth G. C. Reid, Marius J de Waal, Reinhard Zimmermann, op. cit., str. 225 i 204.

⁷⁷ Videti: čl. 2229, st. 1 GZ Nemačke.

⁷⁸ Pre navršene 18 godine života, u pravu ove zemlje nije moguće raspolagati ni u formi javnog testamenta kroz predaju pismena u zatvorenom omotu. Videti: čl. 2247, st. 4 GZ i čl. 2233, st. 1 GZ Nemačke.

⁷⁹ Videti: čl. 2247, st. 4 GZ Nemačke.

⁸⁰ Videti: čl. 569 GZ Austrije.

⁸¹ O navedenom, videti opširnije: Kenneth G. C. Reid, Marius J de Waal, Reinhard Zimmermann, op. cit., str. 199-200, 203 i 237-238.

⁸² Videti: čl. 2247, st. 3 GZ Nemačke.

⁸³ Videti: čl. 578 GZ Austrije.

⁸⁴ O navedenom videti: Internet, <https://www.help.gv.at/Portal.Node/hlpd/public/content/79/Seite.791031.html>. Ova odredba predstavlja novinu predviđenu izmenama Građanskog zakonika Austrije, koje su stupile na snagu 01.01.2017. godine.

se preporučuje njihovo navođenje.⁸⁵ Slična regulativa postoji i u pravu Nemačke, s tim što u njemu postoji ograničenje. Naime, prema Građanskom zakoniku ove zemlje, u testamentu bi trebalo navesti dan, mesec, godinu i mesto njegovog sačinjavanja, pri čemu njihovo nepostojanje može imati pravne posledice u slučajevima kada je za punovažnost testamenta neophodno utvrditi vreme i mesto njegovog sastavljanja. Ovo znači da samo ukoliko se oni ne mogu utvrditi na drugačiji način, testament neće biti punovažan.⁸⁶ Naposljetku, Švajcarski građanski zakonik propisuje da je zaveštalcu u obavezi da na testamentu svojom rukom naznači dan, mesec i godinu sastavljanja testamenta, dok obaveza naznačavanja mesta njegovog sastavljanja nije propisana.⁸⁷

2.1.3. Olografski testament u pravima bivših socijalističkih zemalja

U pravima bivših socijalističkih zemalja, kao što su Češka, Slovačka, Mađarska, Poljska i Bugarska, propisano je da olografski testament u potpunosti mora biti napisan rukom zaveštaoce.⁸⁸

U pojedinim od ovih zemalja, postoje određena ograničenja u pogledu mogućnosti sačinjavanja ovog oblika testamenta. Tako, u zakonodavstvima Češke i Slovačke, olografski testament ne može sačiniti lice koje nema potpunu poslovnu sposobnost. Naime, iako se testamentarna sposobnost u pravima ovih zemalja stiče sa 15 godina, do sticanja potpune poslovne sposobnosti, zaveštalcu u njima može sačiniti isključivo javni testament.⁸⁹ U pravu Mađarske, maloletnici koji imaju ograničenu poslovnu sposobnost, kao i punoletna lica koja su delimično lišena poslovne sposobnosti u pogledu njihove sposobnosti davanja imovinsko-pravnih izjava, mogu punovažno zaveštavati isključivo u obliku javnog (notarskog) testamenta, što znači da ova lica ne mogu sačiniti olografski testament. Olografski testament u pravu ove zemlje ne može sačiniti ni zaveštalcu koji je slep ili nepismen, koji nije u stanju da čita ili da se svojeručno potpiše, s obzirom na to da ova lica mogu sačiniti isključivo javni (notarski) testament.⁹⁰

Zakonodavstvo Mađarske detaljnije reguliše uslove za punovažnost olografskog testamenta. Prema Građanskom zakoniku ove zemlje, on je punovažan samo ukoliko je sačinjen na jeziku koji zaveštalcu razume, kao i ukoliko je on u stanju da piše.⁹¹ Takođe, izričito je propisano da testament koji je otkucan na pisačkoj mašini ili nekim drugim tehničkim sredstvom, čak i ukoliko je to učinjeno lično

⁸⁵ Videti: čl. 578 GZ Austrije.

⁸⁶ Videti: čl. 2247, st. 2 i st. 5 GZ Nemačke.

⁸⁷ Videti: čl. 505, st. 1 GZ Švajcarske.

⁸⁸ Videti: čl. 1533 GZ Češke, čl. 476 a GZ Slovačke, 7:16 § st. 1 GZ Mađarske, čl. 949, st. 1 GZ Poljske i čl. 25, st. 1 ZON Bugarske.

⁸⁹ Videti: čl. 1526 GZ Češke i čl. 476 d, st. 2 GZ Slovačke.

⁹⁰ Videti: 7:14 § st. 4-5 GZ Mađarske.

⁹¹ Videti: 7:15 § GZ Mađarske.

od strane zaveštaoca, ne ispunjava uslove za punovažnost olografskog testamenta. Neće se smatrati punovažnim ni testament koji je sačinjen nestandardnim načinom pisanja, kao što su skraćenice ili drugi simboli, čak i ukoliko je zaveštalac koji ih je koristio u stanju da piše i čita takve karaktere.⁹²

U pogledu ostalih formalnih uslova za punovažnost olografskog testamenta, Građanskim zakonicima svih spomenutih zemalja, propisano je da pored toga što u potpunosti mora biti napisan zaveštaočevo rukom, on, istovremeno mora biti i svojeručno potpisan od strane zaveštaoca.⁹³ U zakonodavstvu Bugarske eksplicitno je propisano da svojeručni potpis mora stajati na kraju teksta testamenta.⁹⁴ Datum sačinjavanja testamenta predstavlja uslov njegove punovažnosti u pravu Slovačke, u kojem se on mora sastojati iz dana, meseca i godine njegovog sačinjavanja, Bugarske i Poljske, s tim što u poslednje spomenutom pravu, testament neće biti nepunovažan i u slučaju njegovog nepostojanja, ukoliko ne postoji nikakva sumnja u pogledu postojanja zaveštajne sposobnosti ostavioca, sadržine testamenta ili u pogledu međusobnog odnosa više testamenata koji se sadržinski isključuju.⁹⁵ U pravu Mađarske, neophodno je da se datum sačinjavanja može utvrditi iz samog testamenta.⁹⁶ Naposletku, u pravu Češke, datum sačinjavanja olografskog testamenta ne predstavlja uslov njegove punovažnosti. Ni u jednom od ovih zakonodavstava nije propisana obaveza naznačavanja mesta sastavljanja testamenta. Zakonodavstvo Mađarske sadrži i posebno pravilo u slučaju kada se olografski testament sadrži od više odvojenih listova, predviđajući da u tom slučaju svaki list mora biti označen rednim brojem.⁹⁷

2.1.4. Olografski testament u pravima zemalja nastalih na prostoru bivše SFRJ

U zemljama koje se nalaze u našem neposrednom okruženju (Slovenija, Hrvatska, Federacija BiH, Makedonija i Crna Gora), kao posledica dugog perioda zajedničkog razvijanja naslednog prava, uslovi za punovažnost olografskog, odnosno svojeručnog testamenta, identični su onim koji postoje i u pravu Srbije, uz

⁹² Videti: 7:16 § st. 2-3 GZ Mađarske.

⁹³ Videti: čl. 1533 GZ Češke, čl. 476 a GZ Slovačke, 7:17 § st. 1 (a) GZ Mađarske, čl. 949, st. 1 GZ Poljske i čl. 25, st. 1. ZON Bugarske.

⁹⁴ Videti: čl. 25, st. 1 ZON Bugarske. Opširnije o olografskom testamentu u pravu Bugarske, videti: A. G. Conov, Komentar po Zakona za nasledstvoto, София, 1993, str. 70-77. U poljskoj doktrini se navodi da imajući u vidu da potpis služi kako identifikaciji ostavioca, tako i utvrđivanju postojanja namere za sačinjavanjem testamenta, a naposletku, kako predstavlja i indicaciju da sačinjen testament predstavlja konačan akt, to on mora stajati na kraju teksta testamenta, usled čega ni datum ne sme stajati ispod njega. Videti: Kenneth G. C. Reid, Marius J de Waal, Reinhard Zimmermann, op. cit., str. 275.

⁹⁵ Videti: čl. 476, st. 2 GZ Slovačke, čl. 25, st. 1 ZON Bugarske i čl. 949, st. 1-2 GZ Poljske.

⁹⁶ Videti: 7:17 § st. 1 GZ Mađarske.

⁹⁷ Videti: 7:17 § st. 2 GZ Mađarske.

određene specifičnosti. Tako, u zakonodavstvu Slovenije ne postoji odredba kojom se preporučuje naznačavanje datuma sastavljanja testamenta, dok se u pravu Hrvatske, pored datuma, preporučuje i naznačavanje mesta sastavljanja testamenta.⁹⁸ Ipak, čini se da najizraženija karakteristika domaće zakonske regulative ovog oblika testamenta, u odnosu na regulativu ostalih zemalja nastalih na prostoru bivše SFRJ, prozilazi iz konstrukcije norme, kojom se naglašava da svojeručno zaveštanje može sačiniti zaveštalac koji zna da čita i piše. Smisao ovakve regulative u pravu Srbije, ogleda se u izričitom propisivanju da je sastavljanje ovog testamenta moguće od strane bilo kog zaveštaoca koji zna da čita i piše, iako eventualno u vreme pisanja zaveštanja nije u stanju da pročita ono što je napisao.

2.2. Alografski testament u uporednom pravu

2.2.1. *Alografski testament u pravu Austrije*

Alografski testament u Austriji može sačiniti samo potpuno poslovno sposobno lice, imajući u vidu da pre navršene 18 godine života, nije moguće sačinjavanje privatnih oblika testamenata u redovnim okolnostima, već isključivo sudskog, odnosno notarskog testamenta.⁹⁹ U pravu Austrije, ovaj oblik testamenta mogu sačiniti kako lica koja mogu da čitaju i pišu, tako i osobe koje to nisu u stanju.

Kada je reč o samom sastavljanju pismena u kome je sadržana poslednja volja zaveštaoca, ono je moguće kako od strane samog zaveštaoca, tako i od strane nekog drugog lica, s tim da ga zaveštalac ne može sačiniti sopstvenom rukom. Ukoliko se radi o sačinjavanju testamenta od strane lica koje može da čita i piše, Građanskim zakonikom Austrije propisano je da pismeno u kome je sadržana njegova poslednja volja, zaveštalac mora svojeručno potpisati pred tri istovremeno prisutna testamentarna svedoka. Pored toga, on mora priznati testament. Priznanje se ogleda u obavezi zaveštaoca da pred testamentarnim svedocima svojeručno dopiše da je u sačinjenom pismenom sadržana njegova poslednja volja. Svedoci, čiji građanskopravni identitet (ime i prezime, datum rođenja i slično) mora biti jasan iz samog pismena, takođe se moraju svojeručno potpisati, uz obavezu da svojeručno dopišu ovo njihovo svojstvo.¹⁰⁰

⁹⁸ Videti: čl. 63 ZON Slovenije, čl. 30 ZON Hrvatske, čl. 66 ZON Federacije BiH, čl. 66 ZON Makedonije i čl. 66 ZON Crne Gore.

⁹⁹ Videti: čl. 569 GZ Austrije.

¹⁰⁰ Videti: čl. 579 GZ Austrije. Do spomenutih izmena Građanskog zakonika Austrije, nije bilo neophodno da zaveštalac potpiše testament u prisustvu testamentarnih svedoka, pri čemu su prilikom njegovog priznanja, koje je moralo biti učinjeno na izričit način pred tri testamentarna svedoka, samo dva svedoka morala biti istovremeno prisutna. U doktrini se navodi da se postojećom regulativom povećava zaštita od falsifikovanja ovog testamenta. Videti: [Internet, http://www.rec-hiteinfach.at/erbrecht/](http://www.rec-hiteinfach.at/erbrecht/).

U posebnim situacijama, odnosno, ukoliko se radi o sačinjavanju testamenta od strane lica koje ne može da piše, ovakav zaveštalac je u obavezi da na testament u kome je sadržana njegova poslednja volja, pred tri istovremeno prisutna svedoka stavi svoj rukoznak i prizna testament. U ovom slučaju, priznanje se ogleda u obavezi zaveštaoca da izričito izjavi da je u sačinjenom pismenom sadržana njegova poslednja volja. Takođe, preporučljivo je da jedan od svedoka zapiše ime zaveštaoca, kako bi se izbegla sumnja u pogledu njegovog identiteta, ali nije obavezno.¹⁰¹ Svedoci ne moraju biti upoznati sa sadržinom testamenta,¹⁰² s obzirom na to da se ne zahteva da zaveštalac pred njima pročita testament ili da ga eventualno čita naglas, pri čemu ovo pravilo važi čak i u slučaju kada zaveštalac nije u stanju da piše. Izuzetak od navedenog, predviđen je samo za slučaj kada se radi o sačinjavanju testamenta od strane lica koje nije u stanju da čita (ukoliko je reč o slepom licu, licu koje slabo vidi ili nepismenom licu). U ovom slučaju, testament mora biti pročitan naglas zaveštaocu od strane jednog testamentarnog svedoka, pri čemu ostala dva svedoka moraju imati uvid u njegovu sadržinu. Nakon toga, zaveštalac mora priznati testament, odnosno potvrditi da sadržina pismena odgovara njegovoj volji.¹⁰³

2.2.2. Alografski testament u pravima Češke, Slovačke i Mađarske

Alografski testament u pravima Češke i Slovačke, regulisan je na identičnim osnovama, što predstavlja posledicu pravne tradicije nasleđene iz bivše Čehoslovačke.

Ovaj oblik testamenta, kao što je to slučaj i u pravu Austrije, može sačiniti samo potpuno poslovno sposobno lice, s obzirom na to da je izjavljivanje poslednje volje pre toga, u pravima obe zemlje moguće isključivo u obliku javnog testamenta.¹⁰⁴ Pritom, sačinjavanje alografskog testamenta, moguće je i od strane lica koja nisu u stanju da čitaju ili pišu, kao i osoba sa disfunkcijama čula. Samo sastavljanje pismena u kome je sadržana poslednja volja zaveštaoca, moguće je kako od strane samog zaveštaoca, tako i od strane nekog drugog lica, pri čemu ga zaveštalac ne može sačiniti sopstvenom rukom.

Gradanskim zakonima obe zemlje propisani su najpre uslovi za punovažnost i postupak sastavljanja alografskog testamenta od strane zaveštaoca koji može da čita i da piše. Ovakav zaveštalac mora svojeručno potpisati pismeno u kome je sadržana poslednja volja, te u prisustvu dva istovremeno prisutna testamentarna svedoka, izričito izjaviti da navedeno pismeno sadrži njegovu poslednju volju, odnosno, priznati ga. Testament se nakon toga potpisuje od strane testamentarnih svedoka.¹⁰⁵

¹⁰¹ Videti: čl. 580, st. 1 GZ Austrije.

¹⁰² Videti: čl. 579 GZ Austrije.

¹⁰³ Videti: čl. 580, st. 2 GZ Austrije.

¹⁰⁴ Videti: čl. 1526 GZ Češke i čl. 476 d, st. 2 GZ Slovačke.

¹⁰⁵ Videti: čl. 1534 i čl. 1539, st. 1 GZ Češke, kao i čl. 476 b GZ Slovačke.

Međutim, u posebnim situacijama, zakonodavstva Češke i Slovačke, predviđaju stroža pravila. Tako, prema Građanskom zakoniku Češke, zaveštalac koji je slep, svoju poslednju volju mora izjaviti pred tri istovremeno prisutna testamentarna svedoka, u pismenu koje mu mora biti naglas pročitano od strane jednog svedoka, koji ne može istovremeno biti i lice koje je sačinilo pismeno u kome je sadržana zaveštaočeva poslednja volja. Nakon toga, zaveštalac pred testamentarnim svedocima mora potvrditi da pismeno koje mu je pročitano sadrži njegovu poslednju volju.¹⁰⁶ Zaveštalac koji ima disfunkcije čula i ne može da čita ili piše, svoju poslednju volju takođe mora izjaviti pred tri istovremeno prisutna testamentarna svedoka, u pismenu čija sadržina mora biti tumačena u skladu sa posebnim načinom komunikacije koji je izabrao zaveštalac, a od strane svedoka koji nije napisao tekst testamenta. Pritom, svi testamentarni svedoci moraju posedovati sposobnost da komuniciraju na način kojim se sadržina pismena tumači. Izabranim načinom komunikacije, zaveštalac i potvrđuje pred svedocima da je u sačinjenom pismenu sadržana njegova poslednja volja.¹⁰⁷ U oba prethodno navedena slučaja, testament mora biti potpisan, kako od strane zaveštaoca, tako i od strane testamentarnih svedoka. Ukoliko zaveštalac nije u stanju da piše, on će pred najmanje dva prisutna svedoka, rukom ili na drugi način, zameniti potpis nekim svojim obeležjem, kojem će jedan od svedoka dodati zaveštaočevo ime.¹⁰⁸

Prema Građanskom zakoniku Slovačke, zaveštalac koji ne može da čita ili piše, svoju poslednju volju mora izjaviti pred tri istovremeno prisutna testamentarna svedoka, u pismenu koje mu mora biti naglas pročitano, nakon čega zaveštalac pred njima mora potvrditi da pismeno sadrži njegovu poslednju volju. Lice koje je sačinilo pismeno u kome je sadržana poslednja volja zaveštaoca, te lice koje čita njegovu sadržinu, može istovremeno biti i zaveštajni svedok. Međutim, ukoliko je lice sačinilo navedeno pismeno, ono ga ne može istovremeno i čitati.¹⁰⁹ Zaveštalac koji je gluv, a koji ne može da čita ili piše, svoju poslednju volju takođe mora izjaviti pred tri istovremeno prisutna svedoka koji poznaju znakovni jezik

¹⁰⁶ Videti: čl. 1535, st. 1 GZ Češke.

¹⁰⁷ Videti: čl. 1535, st. 2 GZ Češke. U testamentu sačinjenom od strane lica koja imaju čulne nedostatke i koja ne mogu da čitaju ili pišu, mora biti naznačeno da zaveštalac ne može da čita ili piše, podaci o licu koje je napisalo, pročitalo ili tumačilo testament, kao i način na koji je zaveštalac potvrdio da je u pismenu sadržana njegova poslednja volja. Ukoliko je sadržina poslednje volje tumačena korišćenjem posebnog načina komunikacije, to će takođe biti navedeno u pismenu, uključujući i informacije o izabranom načinu komunikacije od strane zaveštaoca. Videti: čl. 1536, st. 1 GZ Češke.

¹⁰⁸ Videti: čl. 1536, st. 2, čl. 563, st. 1 i čl. 1539, st. 1 GZ Češke.

¹⁰⁹ U samom testamentu mora biti naznačeno da zaveštalac ne može da čita ili piše, podaci o licu koje je napisalo i pročitalo testament i način na koji je zaveštalac potvrdio da je u pismenu sadržana njegova poslednja volja, pri čemu ono mora sadržati i potpise testamentarnih svedoka. Videti: čl. 476 c GZ Slovačke.

i to u pismenu, čija sadržina nakon što je zapisana, mora biti protumačena putem znakovnog jezika.¹¹⁰ Naposljetku, napomenućemo da u pravu ove zemlje, uslov za punovažnost alogrfskog testamenta predstavlja i naznačavanje datuma, koji se mora sastojati iz dana, meseca i godine sačinjavanja testamenta.¹¹¹

Za razliku od prethodno spomenutih zakonodavstava, u pravu Mađarske, zaveštalac koji je slep ili nepismen, te zaveštalac koji nije u stanju da čita ili da se svojeručno potpiše, ne može sačiniti alogrfski testament. Takođe, u pravu ove zemlje, sačinjavanje alogrfskog testamenta nije moguće ni od strane maloletnika koji imaju ograničenu poslovnu sposobnost, kao ni punoletnih lica koja su delimično lišena poslovne sposobnosti u pogledu njihove sposobnosti davanja imovinskopravnih izjava, s obzirom na spomenuto pravilo, prema kome se poslednja volja u ovakvim slučajevima može izjaviti isključivo u formi javnog, odnosno notarskog testamenta.¹¹²

Prema Građanskom zakoniku Mađarske, alogrfski testament se sačinjava tako što pismenu redakciju zaveštaočeve poslednje volje u njegovo ime sačinjava neko drugo lice,¹¹³ pri čemu je on punovažan samo ukoliko je sastavljen na jeziku koji zaveštalac razume, kao i ukoliko je zaveštalac u stanju da čita.¹¹⁴ Zaveštalac mora potpisati testament u istovremenom prisustvu dva testamentarna svedoka, a ukoliko je testament ranije potpisao, kao uslov njegove punovažnosti zahteva se da zaveštalac u istovremenom prisustvu dva svedoka, potpis prizna za svoj. U oba slučaja testament mora biti potpisan od strane oba testamentarna svedoka, koji uz potpis naznačavaju ovo njihovo svojstvo,¹¹⁵ pri čemu svedoci ne moraju biti upoznati sa sadržinom testamenta.¹¹⁶ Kao što je to slučaj i kod ologrfskog testamenta, Zakonik sadrži posebno pravilo za slučaj kada se alogrfski testament sastoji od više odvojenih listova, prema kome svaki list mora biti označen rednim brojem i potpisan, kako od strane zaveštaoca, tako i od strane testamentarnih svedoka.¹¹⁷ Naposljetku, neophodan uslov punovažnosti alogrfskog testamenta, ogleda se i u tome da je datum njegovog sačinjavanja moguće utvrditi iz samog testamenta.¹¹⁸

¹¹⁰ Testament mora sadržati podatak o tome da zaveštalac ne može da čita ili piše, te podatke o licu koje je napisalo i pročitao testament, način na koji je zaveštalac potvrdio da je u pismenu sadržana njegova poslednja volja, kao i potpise testamentarnih svedoka. Ukoliko je sadržina pismena tumačena u skladu sa znakovnim jezikom, to u testamentu takođe mora biti naznačeno. Videti: čl. 476 d, st. 4-5 GZ Slovačke.

¹¹¹ Videti: čl. 476, st. 2 GZ Slovačke.

¹¹² Videti: 7:14 § st. 4-5 GZ Mađarske.

¹¹³ Videti: 7:16 § st. 1 GZ Mađarske.

¹¹⁴ Videti: 7:15 § GZ Mađarske.

¹¹⁵ Videti: 7:17 § st. 1 (b) GZ Mađarske.

¹¹⁶ Videti: 7:18 § st. 2 GZ Mađarske.

¹¹⁷ Videti: 7:17 § st. 3 GZ Mađarske.

¹¹⁸ Videti: 7:17 § st. 1 GZ Mađarske.

2.2.3. Alografski testament u pravima zemalja nastalih na prostoru bivše SFRJ

Usled zajedničke pravne tradicije i u osnovi nasleđenih sličnosti koje potiču iz bivše zajedničke države, uslovi za punovažnost alografskog testamenta, naslednopravnim propisima svih zemalja nastalih na prostoru bivše SFRJ (osim Makedonije, u kojoj ovaj oblik testamenta više ne postoji), normirani su na način, sličan onom koji je prihvaćen i u pravu Srbije. Tako, u svim ovim zakonodavstvima, pisani testament pred svedocima (u pravima Hrvatske, Slovenije i Crne Gore), odnosno pismeni testament pred svedocima (u pravu Federacije BiH), može sačiniti samo lice koje zna da čita i piše i to tako što će u prisustvu dva testamentarna svedoka izjaviti da je u ispravi, koju mu je neko drugi sastavio,¹¹⁹ sadržana njegova poslednja volja, nakon čega će takvu ispravu svojeručno potpisati. U pravima Hrvatske i Crne Gore, pored znanja čitanja i pisanja, od zaveštaoca se zahteva i da može da čita i piše u momentu sačinjavanja testamenta.¹²⁰ Da bi testament bio punovažan, neophodno je i da testamentarni svedoci potpišu testament. U pravu Slovenije, zahteva se da svedoci prilikom potpisivanja naznače ovo njihovo svojstvo, ali ne kao uslov punovažnosti testamenta. U pravima Federacije BiH, Hrvatske i Crne Gore, naznačavanje svojstva svedoka, kao i drugih okolnosti koje mogu koristiti njihovoj lakšoj identifikaciji je poželjno.¹²¹ Testamentarni svedoci moraju biti punoletna i potpuno poslovno sposobna lica, koja znaju da čitaju i pišu, odnosno, u pravima Hrvatske i Crne Gore, koja znaju i mogu da čitaju i pišu.¹²² U pravu Crne Gore, svedoci moraju razumeti i jezik na kome je sačinjen testament.¹²³

¹¹⁹ U pravu Hrvatske je izričito propisano da je irelevantno ko je sastavio ispravu u kome je sadržana poslednja volja zaveštaoca.

¹²⁰ Međutim, nesporno je da i u ostalim zakonodavstvima u kojima ovo nije izričito propisano, zaveštalac mora biti u stanju da se služi svojim znanjem čitanja i pisanja. Naime, kako je to već spomenuto, kod ovog oblika testamenta akcenat je na stadijumu njegovog priznanja, usled čega zaveštalac može biti samo ono lice koje je stanju da neposredno utvrdi sadržinu isprave koju priznaje i potpisuje za svoj testament, odnosno, koje je u konkretnom slučaju u stanju da pročita i potpiše testament. Videti: čl. 64, st. 1 ZON Slovenije, čl. 31, st. 1 ZON Hrvatske, čl. 67, st. 1 ZON Federacije BiH i čl. 67, st. 1 ZON Crne Gore.

¹²¹ Videti: čl. 64, st. 2 ZON Slovenije, čl. 31, st. 2 ZON Hrvatske, čl. 67, st. 2 ZON Federacije BiH i čl. 67, st. 2 ZON Crne Gore. U delu doktrine izneto je shvatanje prema kome svedoci ne moraju znati da čitaju i pišu jezikom kojim je zaveštalac usmeno priznao testament za svoj, te da je dovoljno da razumeju ovaj jezik u onoj meri u kojoj je to potrebno da na nesumnjiv način shvate potvrđnu volju zaveštaoca da je u napravljenom zapisu sadržana njegova poslednja volja. Samo izuzetno, oni moraju znati da čitaju i pišu ovim jezikom, kada zaveštalac pisanim putem saopštava svoju izjavu. Videti: D. Čeranić, Učešće svjedoka u postupku sačinjavanja alografskog testamenta, *Pravni život*, br. 10/2010, str. 795-796.

¹²² Videti: čl. 67, st. 1 ZON Slovenije, čl. 35, st. 1 ZON Hrvatske, čl. 72, st. 1 ZON Federacije BiH i čl. 68, st. 1 ZN Crne Gore.

¹²³ Videti: čl. 68, st. 1 ZN Crne Gore. U teoriji se s razlogom navodi da se ovakvim zakonskim rešenjem nepotrebno propisuje obaveza na strani svedoka da moraju znati jezik i pismo kojim je is-

Datum i mesto sačinjavanja ovog testamenta, ni u jednom od zakonodavstava nastalih na prostoru bivše SFRJ, ne predstavljaju uslov njegove punovažnosti.

Iz svega navedenog proizilazi da se zapravo jedina značajna razlika u odnosu na zakonodavstvo Srbije, ogleda u tome da naslednopravnim propisima ostalih zemalja sa prostora bivše SFRJ, nije propisana obaveza zaveštaoca da prilikom potvrđivanja testamenta, pred svedocima izjavi da je sačinjeno pismeno pročitao, već je dovoljno da zaveštalac pred njima prizna testament i potpiše se.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Raspolaganje za slučaj smrti putem privatnih i redovnih oblika zaveštanja, u značajnom broju savremenih pravnih sistema Evrope, praktično se može realizovati isključivo u obliku olografskog testamenta. Olografski testament u današnje vreme, nesumnjivo predstavlja opšteprihvaćenu i dominirajuću formu redovnog testamenta, prilikom čijeg sačinjavanja nije neophodno učešće organa javne vlasti. Ovaj testament se veoma često koristi u pravnoj praksi, što predstavlja posledicu njegovih brojnih prednosti. Naime, olografski testament može sačiniti svako pismeno lice, a pismenost je danas opšta. Pritom, on se može sačiniti u svako vreme, pa i sa prekidanjem kontinuiteta u sačinjavanju, na veoma jednostavan način, bez ikakvih troškova. Olografski testament maksimalno obezbeđuje privatnost i tajnost. Pored toga, svojeručnim i pismenim sastavljanjem, obezbeđuje se njegova objektivna dokazna vrednost. Ovaj testament se može lično predati sudu na čuvanje u bilo koje vreme, čime se omogućava da bude sačuvan i realizovan. Nedostaci olografskog testamenta proizilaze iz mogućnosti njegovog falsifikovanja i nedozvoljenog uticaja od strane trećih lica na zaveštaoca, kao i potencijalnoj nerazumljivosti upotrebljenih izraza i formulacija, usled čega se oni ne mogu protumačiti, a naposljetku i u opasnosti da se ne realizuje, ukoliko se ne pronađe.

Kao posebnu prednost domaćeg zakonskog rešenja posvećenom ovom obliku testamentu u odnosu na ostala savremena prava Evrope, istakli bismo jasno određivanje kruga lica koja ga mogu sačiniti („koja znaju da čitaju i pišu“), čime se pojednostavljuje njegova primena u slučajevima kada zaveštalac u vreme sastavljanja testamentu nije u stanju da pročita ono što je napisao. S druge strane, u pravu Srbije, za razliku od većine ostalih prava Evrope, formalni elementi koji doprinose ostvarenju zaštitne funkcije forme i dokumentovanju postojanja ozbiljne

prava u kojoj je sadržana poslednja volja ostavioca napisana. Videti: D. Đurđević, Aktuelna reforma naslednog prava u Crnoj Gori, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1/2009, str. 279. Postoji, međutim i mišljenje prema kome je smisao ovog pravnog pravila drugačiji, te da se jezičkim, sistematskim, istorijskim i ciljnim tumačenjem spomenute pravne norme može zaključiti da je zakonodavac u Crnoj Gori, u stvari, propisao obavezu svedoka da razumeju jezik na kojem je zaveštalac priznao sadržinu zapisa za svoju poslednju volju. O tome opširnije: D. Čeranić, op. cit., str. 798-799.

namere zaveštaoca da raspolaže svojom imovinom za slučaj smrti, su minimalni i ogledaju se u zahtevu za svojeručnim sastavljanjem isprave i za njenim svojeručnim potpisivanjem. Utisak je da u pojedinim evropskim zakonodavstvima postoje određene dobre solucije, čijom bi se implementacijom u domaće pravo, kvalitet normiranja ovog oblika testamenta značajno unapredio. U tom smislu, čini se da bi korekcije u njegovom normativnom uobličanju, najpre trebale da se ogledaju u uslovljavanju punovažnosti ovog testamenta i naznačavanjem datuma njegovog sačinjavanja, što predstavlja slučaj u većini savremenih zakonodavstava, koja su predstavljala predmet naše analize (Francuska, Belgija, Italija, Španija, Švajcarska, Slovačka, Bugarska, Mađarska i Poljska). Ovakvo normativno rešenje bilo bi od višestruke koristi. Time bi se najpre, značajno olakšalo utvrđivanje stvarne volje zaveštaoca. U situaciji kada postoji više testamenata, bilo bi moguće utvrditi koji od njih će proizvoditi pravno dejstvo. Postojanje datuma važno je i sa aspekta utvrđivanja aktivne testamentarne sposobnosti u momentu njegovog sačinjavanja, s obzirom na činjenicu da za sastavljanje zaveštanja nije potrebno ni prisustvo testamentarnih svedoka, niti ovlašćenog lica. Konačno, postojanje datuma je korisno u slučaju sumnje da li se radi o nacrtu testamenta ili o poslednjoj volji zaveštaoca, kao njegovom konačnom aktu. Stoga, u potpunosti podržavamo predlog Nacrta Građanskog zakonika Srbije da se punovažnost olografskog testamenta uslovi i naznačavanjem datuma kada je ono sastavljeno.

Kada je reč o obavezi svojeručnog potpisa olografskog testamenta, njegova primarna funkcija ogleda se u dokumentovanju ozbiljno oformljene i izražene volje zaveštaoca, zbog čega su i zakonodavstva u kojima je propisano da potpis mora biti učinjen navođenjem imena i prezimena, veoma retka (Nemačka i Austrija), a usled čega se kako u domaćoj, tako i u inostranoj praksi, priznaju različiti modaliteti potpisivanja. Ipak, u potpunosti podržavamo stavove doktrine, prema kojima bi većem stepenu sigurnosti u pogledu istinitosti izjave poslednje volje, doprinelo i unošenje ličnih podataka zaveštaoca ispod njegovog potpisa.

Naposletku, čini se da bi sačinjavanje ovog oblika testamenta od strane maloletnih aktivno testamentarno sposobnih lica, u domaćem pravu trebalo usloviti sticanjem potpune poslovne sposobnosti, kao što je to učinjeno u određenom broju prava Evrope (Španija, Nemačka, Austrija, Češka, Slovačka i Mađarska). Iako bi se, s jedne strane, ovakvim rešenjem ograničila sloboda zaveštajnih raspolaganja maloletnika, mišljenja smo da, s druge strane, razlozi pravne sigurnosti govore u prilog njegove opravdanosti. Naime, imajući u vidu napred iznete nedostatke ovog oblika testamenta, a pre svega mogućnost nedozvoljenog uticaja od strane trećih lica na zaveštaoca, kojem su mlada i nedovoljno zrela lica, po pravilu, najviše podložna, nesporna je potreba za njihovom pravnom zaštitom. Ona bi na adekvatan način bila ostvarena propisivanjem pravila prema kojima su raspolaganja za slučaj smrti od strane ovih lica u redovnim okolnostima, moguća isključivo u formi javnih testamenata.

Kada je reč o alografskom testamentu, uporednopravna analiza je pokazala da se ovim privatnim i redovnim oblikom testamenta u savremenim pravima Evrope može koristiti svako pismeno lice, a u pojedinim od njih, čak i nepismena i slepa lica, te se, posmatrano s tog aspekta, može govoriti o pristupačnom obliku testamenta. Takođe, s obzirom da je prilikom sačinjavanja alografskog testamenta neophodno učešće svedoka, njegova prednost ogleda se i u činjenici da se na taj način obezbeđuje i dokaz da je ovo zaveštanje sačinjeno, čime se istovremeno smanjuje i mogućnost da se za njegovo postojanje ne sazna. Međutim, osnovni nedostatak alografskog testamenta i ujedno suštinski razlog zbog kojeg u velikom broju savremenih pravnih poredaka Evrope nije prihvaćen, proizilazi iz toga što on ne pruža dovoljno garancija za obezbeđenje verodostojnosti izjave poslednje volje zaveštaoca. Imajući u vidu ovu činjenicu, zakonska rešenja pojedinih država, kao što su Austrija, Češka i Slovačka, prema kojima alografski testament mogu sačiniti i lica koja nisu u stanju da čitaju ili pišu, ne smatramo prihvatljivim, s obzirom na to da je ovaj testament i u slučajevima kada se sačinjava od strane lica koja su u stanju da čitaju i pišu, inače podložan zloupotrebama.

Kako se ovaj oblik testamenta u domaćoj praksi najčešće koristi, u cilju podizanja nivoa pravne sigurnosti, mišljenja smo da bi i u pogledu njegove pravne regulative, u domaćem pravu bilo poželjno izvršiti izvesne korekcije i precizirati postojeća normativna rešenja. Posmatrano sa aspekta ostvarenja zaštitne funkcije forme testamenta, kao uslov njegove punovažnosti, pored znanja čitanja i pisanja, mišljenja smo da je potrebno izričito propisati i mogućnost zaveštaoca da se ovim svojim znanjem u konkretnom slučaju i služi, kao što je to, primera radi, učinjeno u pravima Mađarske, Hrvatske i Crne Gore. Kao posebno prihvatljivo, čini se zakonsko rešenje austrijskog prava, kojim se reguliše način priznanja ovog testamenta u situaciji kada je sačinjen od strane lica koje zna da čita i da piše, a koji podrazumeva obavezu zaveštaoca da svojeručno napiše izjavu priznanja. Iako se, kada je reč o načinu potvrđivanja alografskog testamenta, prednost pravne regulative u Srbiji u odnosu na ostala prava u kojima je ovaj oblik testamenta pravno uređen, ogleda u tome što je zaveštalac u obavezi da pre samog priznanja, pred svedocima izjavi da je sačinjeno pismeno pročitao, čini se da se zakonskom solucijom prihvaćenom u pravu Austrije, značajnije doprinosi smanjenju mogućnosti falsifikovanja alografskog testamenta. Takođe, po ugledu na rešenje austrijskog prava, smatramo poželjnim i uslovljavanje punovažnosti alografskog testamenta obavezom testamentarnih svedoka da naznače ovo njihovo svojstvo, kao i da svojeručno ispišu podatke o svom građanskopravnom identitetu. Naposljetku, imajući u vidu činjenicu da kod alografskog testamenta, svojeručni potpis predstavlja jedini autentični trag zaveštaoca na ispravi u kojoj je sadržana njegova poslednja volja, mišljenja smo da bi postojeću zakonsku normu u vezi sa potpisivanjem ovog oblika testamenta trebalo dopuniti tako da bi se njome moglo preporučiti da zaveštalac pored potpisa, svojeručno ispiše i svoje osnovne identifikacione podatke.

Iako savremena zakonodavstva Evrope, najčešće ne propisuju da datum sačinjavanja alografskog testamenta predstavlja uslov njegove punovažnosti (izuzevak od toga učinjen je samo u Mađarskoj i Slovačkoj), smatramo da bi obaveza naznačavanja datuma njegovog sačinjavanja, predstavljala poželjno zakonsko rešenje, po pravilu, iz većine onih razloga, koji u prilog njegove opravdanosti govore i kada je reč o olografskom testamentu. Najzad, imajući u vidu sve napred navedeno, smatramo da je maloletnim testamentarno sposobnim licima, raspolaganje za slučaj smrti i u formi alografskog testamenta, potrebno usloviti sticanjem potpune poslovne sposobnosti, do kog momenta bi ova lica poslednju volju u redovnim okolnostima mogla izjaviti isključivo u formi javnih testamenata.

Jelena Đ. Vidić Trninić, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
J.VidicTrninic@pf.uns.ac.rs

Holographic and Written Will Made before Witnesses in Serbian and Comparative Law

Abstract: *The author examines legal regulation of holographic and written will made before witnesses which represent private and regular forms of wills in the Serbian Law and other modern European Laws. A special attention has been paid to issues related to the requirements that must be fulfilled so that a will may be valid, and the procedure of drafting wills in domestic legislation in order to recognize good normative solutions and certain weaknesses in the legislation, particularly when it comes to the fact that the will has a protective function. The comparative analysis of legal solutions dedicated to the above forms of wills focuses on the differences, common solutions and basic principles that modern European legislation uses when regulating the above mentioned forms of wills. In the conclusion of this work, the author highlights advantages and disadvantages of holographic and written will made before witnesses, examines the extent to which their normative regulation in the domestic law is similar to and different from the existing normative regulation of these forms of wills in other European legal systems, takes into account the advantages of certain legal solutions noticed in the comparative law, and suggests possible directions legal regulation of these forms of wills may take in the future.*

Keywords: *will, testator, private regular forms of wills, holographic will, written will made before witnesses.*

Datum prijema rada: 16.01.2017.

*Dr Vladimir Ž. Marjanski, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
V.Marjanski@pf.uns.ac.rs*

SPOREDNE ČINIDBE KAO DODATNA OBAVEZA ČLANA DRUŠTVA S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU

Sažetak: *Sporedne činidbe mogu se definisati kao članska obaveza člana društva s ograničenom odgovornošću koja je preuzeta osnivačkim aktom, čiji predmet mogu biti činidbe novčanog karaktera i, ili nenovčanog karaktera (po pravilu su nenovčanog karaktera) koje imaju imovinsku vrednost i mogu da budu predmet punovažne obligacione obaveze. Sporedne činidbe, kao doprinos poslovanju privrednog društva, nisu posebno regulisane u Zakonu o privrednim društvima. Po svojoj prirodi ova obaveza razlikuje se od obaveze uplate odnosno unošenja uloga, obaveze vršenja dodatnih uplata, kao i davanja pozajmica društvu. Vršenje sporednih činidbi je moguća dodatna obaveza člana društva s ograničenom odgovornošću koja se utvrđuje i čija se sadržina određuje isključivo osnivačkim aktom. Preuzimanjem obaveze vršenja sporednih činidbi između člana koji ju je preuzeo i društva nastaju specifični statusnopravni i obligacioni odnosi i posledice koje iz njih proističu.*

Ključne reči: *članske obaveze, sporedne činidbe, statusnopravne posledice, obligacionopravne posledice.*

1. POJAM I KARAKTERISTIKE SPOREDNIH ČINIDBI

Sporedne činidbe, kao doprinos poslovanju privrednog društva, nisu posebno regulisane u Zakonu o privrednim društvima (dalje u tekstu: ZPD).¹ ZPD pored obaveze činidbe uloga reguliše još samo obavezu vršenja dodatnih uplata.²

¹ Zakon o privrednim društvima (dalje u fusnotama: ZPD) Službeni glasnik RS, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014-dr. zakon i 5/2015.

² O obavezi vršenja dodatnih uplata vid. ZPD, čl. 178-180.

Ipak, pored navedenih članskih obaveza, sporedne činidbe se u domaćoj i stranoj literaturi, a ponekad i u zakonima kojima se reguliše pravni položaj društava s ograničenom odgovornošću, pominju kao moguća članska obaveza člana/članova društva s ograničenom odgovornošću.³

U uporednom pravu sreću se dva režima regulisanja sporednih činidbi.

Prema jednom, sporedne činidbe spadaju u širu grupu tzv. dodatnih činidbi. U slučaju takvog regulisanja one se kao dodatne činidbe, pored dodatnih činidbi u novcu (u našem pravu obaveza vršenja dodatnih uplata), svrstavaju u dodatne nenovčane činidbe.⁴

Prema drugom režimu regulisanja one se svrstavaju u posebnu grupu članskih obaveza i nazivaju se sporednim činidbama koje mogu biti kako nenovčanog, tako i novčanog karaktera. U takvom pravno režimu regulisanja, nezavisno od karaktera obaveze, tj. da li predmet sporednih činidbi mogu biti samo nenovčana ili i novčana davanja, pravna priroda sporednih činidbi razlikuje se od obaveze vršenja dodatnih uplata. U nemačkom pravnom sistemu razlikuju se dva pravna instituta: sporedne činidbe (nem. „*Nebenpflichten*“)⁵ i dodatne uplate (nem. „*Nachschüsse*“).⁶

Shvatanje prirode sporednih činidbi u ovom radu zasniva se na drugom pravnom režimu regulisanja. Prema tome, sporedne činidbe mogu se definisati kao članska obaveza člana društva s ograničenom odgovornošću koja je preuzeta osnivačkim aktom, čiji predmet mogu biti činidbe novčanog karaktera i, ili nenovčanog karaktera koje imaju imovinsku vrednost i koje mogu da budu predmet punovažne obligacione obaveze.

Dakle, bitne karakteristike obaveza vršenja sporednih činidbi su sledeće: 1) To je članska obaveza člana društva s ograničenom odgovornošću; 2) Pravni osnov preuzimanja obaveze je isključivo osnivački akt 3) To su činidbe novčanog i, ili nenovčanog karaktera koje imaju imovinsku vrednost i mogu da budu predmet punovažne obligacione obaveze.

Prvo, reč je o članskoj obavezi. Ona tereti samo onog člana društva koji ju je preuzeo, a ne sve članove društva. Dakle, ova obaveza vezuje se za posedovanje

³ Vid. Zakon o trgovačkim društvima Republike Hrvatske, Narodne novine RH (dalje u fusnotama: ZTD RH), br. 111/93, 34/99, 121/99, 55/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 11/12, 68/13, 110/15, čl. 391. i Zakon o društvima s ograničenom odgovornošću Savezne Republike Nemačke (Gesetz betreffend der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, RGBl. Nr. 58/1906, BGBl. Nr. 577/1921, 246/1924, 982/1938, 988/1938, 1999/1938, 190/1954, 196/1964, 82/1974, 422/1974, 320/1980, 545/1980, 371/1982, 475/1990, 10/1991, 532/1993, 153/1994, 262/1996, 680/1996, 106/1997, 114/1997, 125/1988, 142/2000, 97/2001, 98/2001, 161/2004, 59/2005, 120/2005, 103/2006, 72/2007, 70/2008, 58/2010, 111/2010, 53/2011 – dalje u tekstu i fusnotama: GmbHG).

⁴ Vid. ZTD RH, čl. 391.

⁵ Vid. GmbHG, § 3 Abs. 2.

⁶ Vid. GmbHG, § 26-28

određenog udela u društvu s ograničenom odgovornošću po osnovu kojeg je takva obaveza preuzeta. Obim obaveze vršenja sporednih činidbi ne zavisi od procenualne vrednosti udela koji član poseduje u društvu s ograničenom odgovornošću, kao što je npr., po pravilu, slučaj kod obaveze vršenja dodatnih uplata u društvo.⁷ Obaveza vršenja sporednih činidbi, po pravilu, vezuje se za svojstvo ličnosti člana društva (fizičko ili pravno lice) koji ju je preuzeo. To znači da se u vezi sa vršenjem navedene obaveze između člana i društva uspostavlja odnos dubokog uzajamnog poverenja – odnos *intuitu personae*. U skladu sa tim u slučaju prenosa udela tog člana ili pravnog sledbeništva uglavnom se propisuju posebna ograničenja (zakonska⁸ ili ona utvrđena osnivačkim aktom).

Drugo, pravni osnov preuzimanja obaveze je isključivo osnivački akt. Ova obaveza može da se preuzme još prilikom osnivanja društva ili kasnije na osnovu izmene osnivačkog akta.⁹ Obaveza vršenja sporednih činidbi nikada se ne preuzima skupštinskom odlukom, upisnim ugovorom ili nekim drugim pravnim poslom.

Treće, reč je o činidbama novčanog i, ili nenovčanog karaktera koje imaju imovinsku vrednost i koje mogu biti predmet punovažne obligacione obaveze. U vezi sa predmetom obaveze biće više reči na posebnom mestu.

Preuzimenjem obaveze vršenja sporednih činidbi za člana koji ju je preuzeo i društvo nastaju specifični statusnopravni i obligacioni odnosi i posledice koje iz njih proističu. Statusnopravnih posledica ima nekoliko. Prvo, obaveza ispunjenja sporedne činidbe vezuje se za pravnu sudbinu udela člana koji je obavezu preuzeo. U slučaju prenosa udela sticalac preuzima obavezu vršenja sporednih činidbi, izuzev ukoliko se radi o strogo ličnim obavezama. Stoga se u slučaju prenosa takvog udela uglavnom propisuju ograničenja (npr. saglasnost društva za prenos takvog udela trećem licu). S obzirom na to da je reč o članskoj obavezi povreda ove obaveze može predstavljati važan (opravdan) razlog za isključenje tog člana iz društva.

Obligacionopravne posledice zavise od karaktera preuzete obaveze i na njih se primenjuju opšta pravila obligacionog prava. Razlika je, međutim, u tome što je u slučaju preuzimanja obaveze vršenja sporednih činidbi reč o članskoj obavez preuzetoj na osnovu osnivačkog akta, a ne po osnovu nekog drugog pravnog posla (npr. ugovora o zajmu, ugovora o distribuciji robe i dr.). U slučaju preuzimanja klasične obaveze po osnovu nekog drugog pravnog posla ne nastaju nikakve članske obaveze, niti kršenje te obaveze može imati bilo kakve statusnopravne posledice.

Iako se pravno nazivaju sporednim činidbama, one su ekonomski često važnije od obaveze činidbe uloga člana u društvo. Zbog njih se neretko ugovorom o

⁷ Vid. ZPD, čl. 178, st.1.

⁸ Vid ZTD RH, čl. 412, st. 4, reč. 2.

⁹ Vid. Welf Müller, Burkhard Hense (Hrsg), *Beck'sches Handbuch der GmbH – Gesellschaftsrecht – Steuerrecht*, München 1995, 305.

osnivanju određuje većim obim prava člana koji vrši sporedne činidbe u odnosu na procentualnu vrednost udela tog člana u osnovnom kapitalu društva koji je po pravilu determinisan vrednošću upisanog uloga (npr. pravo većeg učešća u raspodeli dobiti u odnosu na ono što bi mu inače pripalo prema srazmeri vrednosti udela tj. procentualnom učešću člana u osnovnom kapitalu društva) ili se predviđa pravo na veći procenat udela u odnosu na vrednost upisanog uloga (odstupanje od korelacije vrednost uloga – vrednost udela).

2. RAZLIKE U ODNOSU NA OBAVEZU ČINIDBE ULOGA, OBAVEZU VRŠENJA DODATNIH UPLATA I POZAJMICE ČLANOVA DRUŠTVA

2.1. Razlike u odnosu na obavezu činidbe uloga

Obaveza činidbe tj. uplate ili unosa uloga je osnovna članska obaveza koja se preuzima osnivačkim aktom ili na neki drugi način – upisnim ugovorom (ugovorom o ulaganju) po osnovu odluke o povećanju osnovnog kapitala novim ulozima.¹⁰ Jednako kao i obaveza vršenja sporednih činidbi, preuzimanje ove obaveze ima kako statusnopravne tako i obligacionopravne posledice. Ipak, između ove dve obaveze postoje suštinske razlike.

Prvo, obaveza vršenja sporednih činidbi može se preuzeti isključivo na osnovu prvog osnivačkog akta prilikom osnivanja društva ili kasnije na osnovu izmene osnivačkog akta. Obaveza uplate ili unosa uloga pored osnivačkog akta prilikom osnivanja društva, kasnije se može preuzeti, ne na osnovu izmene osnivačkog akta, već po osnovu upisnog ugovora (ugovora o ulaganju) na temelju odluke o povećanju osnovnog kapitala novim ulozima.¹¹

Drugo, obaveza vršenja sporednih činidbi tereti samo onog člana društva koji ju je preuzeo, dok obavezu uplate ili unošenja uloga prilikom osnivanja preuzimaju svi osnivači društva.

Treće, naknadno preuzimanje obaveze vršenja sporednih činidbi na osnovu izmene osnivačkog akta ne utiče na vrednost osnovnog kapitala. S druge strane u slučaju preuzimanja obaveze uplate ili unosa uloga po osnovu upisnog ugovora (ugovora o ulaganju) i uspešno sprovedenog postupka povećanja osnovnog kapitala dolazi do promene vrednosti osnovnog kapitala tj. njegovog povećanja, jer osnovni kapital društva s ograničenom odgovornošću čini novčana vrednosti upisanih uloga članova u društvo koja je registrovana u skladu sa zakonom o registraciji.¹²

Četvrto, obaveza vršenja sporednih činidbi je specifična utoliko što se, po pravilu, vezuje za ličnost člana koji je preuzima. Stoga se u slučaju prenosa udela

¹⁰ Vid. ZPD, čl. 46.

¹¹ Vid. ZPD, čl. 46 i čl. 146.

¹² Vid. ZPD, čl. 44, st. 3.

člana koji je preuzeo takvu obavezu uglavnom propisuju ograničenja (npr. saglasnost društva za prenos takvog udela trećem licu) prilikom prenosa udela, ne samo na treće lice izvan društva, već i na drugog člana društva.

Peto, prema ZPD predmet obaveze uplate ili unosa uloga u društvo s ograničenom odgovornošću mogu biti novac ili nenovčani ulogi, ali isključivo u stvarima i pravima.¹³ Predmet obaveze vršenja sporednih činidbi mogu biti i rad i usluge (npr. rad za društvo bez zasnivanja radnog odnosa ili zaključenja menadžerskog ugovora), gde je pravni osnov preuzimanja ovih obaveza isključivo osnivački akt.

Šesto, pravila u vezi sa obavezom uplate ili unošenjem uloga mnogo su strožija i propisana su zakonima kojima se uređuje pravni položaj društava s ograničenom odgovornošću (npr. krajnji rokovi za izvršenje obaveze¹⁴, zabrana povraćaja uloga ili oslobađanja od obaveze činidbe uloga u vezi sa pravilama o očuvanju vrednosti osnovnog kapitala¹⁵, pravila u vezi sa isključenjem člana iz društva¹⁶ i sl.). U slučaju povrede obaveze vršenja sporednih činidbi statusnopravne posledice predviđaju se osnivačkim aktom.

Konačno, društvo ne može članu vratiti ulog (zabrana povraćaja uloga)¹⁷, niti ga u potpunosti ili delimično osloboditi od obaveze uplate odnosno unošenja¹⁸ uloga, dok je kod obaveza vršenja sporednih činidbi to moguće učiniti na osnovu izmene osnivačkog akta.¹⁹

Dakle, obaveza vršenja sporednih činidbi je, po pravilu, dodatna obaveza koju član može da preuzme osnivačkim aktom pored osnovne obaveze vršenja činidbe uloga. Samo izuzetno je moguća situacija u kojoj član društva koji nikada nije preuzeo obavezu uplate ili unosa uloga prema društvu, preuzme obavezu vršenja sporednih činidbi. To je situacija u kojoj je određeno lice postalo član društva sticanjem udela od nekog drugog člana društva po osnovu kojeg je ulog već bio u potpunosti uplaćen ili unesen, a sticalac udela (novi član društva) po osnovu izmena osnivačkog akta preuzme obavezu vršenja sporednih činidbi prema društvu.

2.2 Razlike u odnosu na obavezu vršenja dodatnih uplata

Dodatne uplate su novčani iznosi koje članovi društva s ograničenom odgovornošću uplaćuju u društvo na osnovu posebne odluke skupštine društva, a u skladu sa osnivačkim aktom. ZPD, međutim, određuje da se obaveza vršenja

¹³ Vid. ZPD, čl. 45, st. 3.

¹⁴ Vid. ZPD, čl. 46.

¹⁵ Vid. ZPD, čl. 46 i 60.

¹⁶ Vid. ZPD, čl. 48, st. 7 i čl. 195.

¹⁷ Vid. ZPD, čl. 60, st. 1.

¹⁸ Vid. ZPD, čl. 46, st. 3.

¹⁹ Olga Bogdanović, „Dodatne činidbe u društvu s ograničenom odgovornošću“, *Pravnik – Časopis za pravna i društvena pitanja* 1/2013, 164.

dodatnih uplata može uspostaviti alternativno odlukom skupštine ili osnivačkim aktom.²⁰

Sličnosti između dodatnih uplata i sporednih činidbi su najveće kada se obaveza vršenja sporednih činidbi vrši u novcu. Ovo stoga jer je predmet obaveze u tom slučaju isti, a vršenje obeju pomenutih obaveza ne utiče na povećanje osnovnog kapitala, kao što je to slučaj sa obavezom uplate ili unošenja uloga. Ipak, između ove dve obaveze postoje značajne razlike.

Prvo, u našem pravu obaveza vršenja dodatnih uplata je izričito regulisana odredbama ZPD, dok je obaveza vršenja sporednih činidbi prepuštena isključivo autonomnoj regulativi društva (može biti određena u osnivačkom aktu).

Drugo, kao što je već navedeno, obaveza vršenja sporednih činidbi može se preuzeti isključivo osnivačkim aktom, dok se konkretna obaveza vršenja dodatnih uplata, na osnovu prethodnog određenja osnova u osnivačkom aktu, po pravilu, preuzima skupštinskom odlukom.

Treće, iako u pojedinim pravnim sistemima postoji mogućnost preuzimanja obaveze sporednih činidbi i u novcu, najčešće je predmet vršenja sporednih činidbi nenovčana obaveza. Obaveza vršenja dodatnih uplata isključivo se vrši u novcu.²¹

Četvrto, obaveza vršenja dodatnih uplata, po pravilu, odnosi se na sve članove društva i kao takva, po pravilu, utvrđuje se jednoglasnom odlukom skupštine²² za sve članove društva srazmerno vrednosti njihovih udela, osim ukoliko osnivačkim aktom ili odlukom skupštine nije određena drugačija srazmera.²³ Dakle, obavezu vršenja dodatnih uplata, po pravilu, preuzimaju svi članovi društva. S druge strane obaveza vršenja sporednih činidbi je, po pravilu, ličnog karaktera i tereti samo jednog ili nekolicinu članova, a retko se odnosi na sve članove društva. Pored toga i kada obavezu vršenja sporednih činidbi preuzimaju svi članovi društva, te obaveze ne moraju biti srazmerne vrednosti udela. Time se ne krši načelo jednakog položaja članova u društvu jer se uz saglasnost člana može staviti i u nepovoljniji položaj od drugih.

Peto, izvršene dodatne uplate prema ZPD mogu se konvertovati u osnovni kapital u postupku povećanja osnovnog kapitala društva pretvaranjem dodatnih uplata u osnovni kapital društva s ograničenom odgovornošću²⁴, dok je takva mogućnost retkost kada je reč o činidbama koje su predmet obaveze vršenja

²⁰ Vid. ZPD, čl. 178, st. 1. U vezi sa kritikom ovakvog pravnog rešenja videti opširnije kod Stevan Šogorov, „Reafirmacija dodatnih (dopunskih uplata) u pravu privrednih društava Republike Srbije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2012, 19.

²¹ Vid ZPD, čl. 178, st. 3.

²² Vid ZPD, čl. 178, st. 4.

²³ Vid. ZPD, čl. 178, st. 1.

²⁴ Vid ZPD, čl. 146, st. 1, tač. 5.

sporednih činidbi. Izuzetak je slučaj kada nenamireno potraživanje člana prema društvu koje je nastalo po osnovu vršenja sporednih činidbi može da se konverzijom pretvori u osnovni kapital društva kao i bilo koje drugo potraživanje prema društvu.²⁵

Šesto, dodatne uplate se načelno vraćaju članovima i u društvu se zadržavaju samo dok su potrebne, npr. dok nelikvidnost ne prođe.

Konačno, privredne funkcije ovih dveju članskih obaveza se razlikuju. Dok se obaveza vršenja dodatnih uplata preduzima radi prevazilaženja trenutne i eventualne buduće nelikvidnosti društva ili radi pokrića gubitaka, privredna funkcija obaveze vršenja sporednih činidbi je raznovrsna i zavisi od sadržine obaveze. Svakako direktan efekat obaveze vršenja sporednih činidbi ne odnosi se na prevazilaženje nelikvidnosti društva ili pokriće gubitaka, već ima druge privredne funkcije (npr. isporuka sirovina društvu, pružanje usluga društvu, rad za društvo bez zasnivanja radnog odnosa i sl.).

2.3. Razlike u odnosu na pozajmice članova društva

Najveće sličnosti postoje između pozajmice člana društva i sporednih činidbi koje se vrše u novcu.

Prvo, kao što je već navedeno, u slučaju preuzimanja obaveze vršenja sporednih činidbi reč je o članskoj obavezi preuzetoj na osnovu osnivačkog akta. Obaveza davanja zajma društvu nastaje na osnovu ugovora o zajmu na koji se primenjuju opšta pravila obligacionog prava. Norme kompanijskog prava koje odnose na pozajmice članova društva uglavnom se odnose samo na pravni položaj zajmodavca člana i njegovog potraživanja u eventualnom stečajnom postupku i propisuju se radi zaštite poverilaca društva.²⁶ U slučaju preuzimanja obaveze davanja zajma društvu ne nastaju nikakve članske obaveze, niti kršenje te obaveze može imati bilo kakve statusnopravne posledice. Pravne posledice ugovora o zajmu između člana društva kao zajmodavca i društva kao zajmoprimca isključivo su obligacionopravne prirode.

Drugo, slično kao i dodatne uplate, finansiranje putem zajma preduzima se isključivo radi prevazilaženja trenutne i eventualne buduće nelikvidnosti društva ili radi pokrića gubitaka, dok je privredna funkcija obaveze vršenja sporednih činidbi raznovrsna i zavisi od sadržine obaveze.

Treće, dok se zajam, po pravilu, vrši u novcu, sporedne činidbe najčešće su nenovčanog karaktera.

²⁵ Vid ZPD, čl. 146, st. 1, tač. 3.

²⁶ Vid. Zakon o stečaju, „Sl. Glasnik RS“, br. 104/2009, 99/2011 – dr. zakon, 71/2012 – odluka Ustavnog suda, i 83/2014, čl. 54, st. 4.

3. UTVRĐIVANJE I SADRŽINA OBAVEZE VRŠENJA SPOREDNIH ČINIDBI

Obaveza vršenja sporednih činidbi utvrđuje se isključivo osnivačkim aktom, inicijalno prilikom osnivanja ili naknadno na osnovu izmene osnivačkog akta na koju je pristao član koji je preuzima. Dakle, u slučaju izmene osnivačkog akta neophodan je pristanak člana/članova koje obaveza tereti. Obaveza može biti utvrđena jednom, nekolicini ili svim članovima društva. Ipak, i kada se odnosi na više lica ona po svojoj sadržini i obimu ne mora da bude jednaka za sve članove koje pogađa. Pristanak može biti dat na različite načine (npr. glasanje za odluku o izmeni osnivačkog akta, ili u posebnom dokumentu). Ovo se odnosi i na pooštavanje obaveze, eventualno povećanje ugovorne kazne, na uvođenje ugovorne kazne ili smanjenje naknade.²⁷ Kao što je gore navedeno, obaveza vršenja sporednih činidbi nikada se ne preuzima skupštinskom odlukom, upisnim ugovorom ili nekim drugim pravnim poslom.

Predmet sporednih činidbi su činidbe novčanog i, ili nenovčanog karaktera koje imaju ekonomsku vrednost i mogu da budu predmet punovažne obligacione obaveze. U tom smislu, obaveza vršenja sporednih činidbi mora biti određena ili odrediva, pravno moguća i dopuštena. Dakle, u vezi sa predmetom obaveze primenjuju se opšta pravila obligacionog (ugovornog) prava. Ukoliko je obaveza odrediva, osnivački akt mora da sadrži podatke po osnovu kojih se ona može odrediti. Osnivačkim aktom bi tada trebalo predvideti i lice ili organ društva koji ima ovlašćenje da je odredi (npr. direktor, nadzorni odbor ili skupština društva). Ukoliko je obaveza odrediva društvo je u granicama obligacionih odnosa može na razuman način konkretizovati.²⁸ Na primer, član je preuzeo obavezu jednokratne ili obročne isporuke robe društvu, ali je količina robe koja je predmet isporuke bila samo odrediva. Osnivački akt može da sadrži i odredbu o tome kada dospeva ova obaveza. U slučaju izostanka takve odredbe primenjuju se opšta pravila obligacionog prava koja zavise od sadržine konkretne obaveze. Kada je, međutim, utvrđeno da sporedna činidba treba da bude izvršena pre upisa novoosnovanog društva u registar (kod nas Agencija za privredne registre) uz osnivački akt i neophodne registracione prijave regulatoru se podnosi i dokaz da je sporedna činidba izvršena. U ovom domenu može se povući analogija sa obavezom uplate uloga, gde se regulatoru takode obavezno podnosi dokaz o uplati uloga sa privremeno otvorenog računa kod neke od poslovnih banaka, u slučaju kada je obaveza uplate uloga preuzeta do dana registracije društva.

Sadržina obaveze vršenja sporednih činidbi može biti raznovrsna. Ona može biti novčana i, ili nenovčana, jednokratna ili povremena (obročna)²⁹, uz naknadu

²⁷ Zoran Arsić, „Sporedne obaveze akcionara“, *Pravni život* 11/2001, 62.

²⁸ W.Müller, B.Hense (Hrsg), 305.

²⁹ Prema ranijim shvatanjima i regulativi u pojedinim zemljama ova obaveza može biti samo nenovčana i povremena. Vid. Z.Arsić, 64.

ili bez naknade. U svakom slučaju u zavisnosti od karaktera obaveza a u vezi sa ispunjenjem obaveze vršenja sporednih činidbi primenjuju se opšta pravila veza-na za pojedine ugovore obligacionog prava. Prvo, obaveza se može sastojati u isporuci robe ili sirovina (u tom slučaju primenjuju se opšta pravila ZOO u vezi sa ugovorom o kupoprodaji ili ugovorom o delu – npr. u vezi sa pravnim ili ma-terijalnim nedostacima robe i sl.).³⁰ Drugo, predmet obaveze može biti izvršenje određene usluge (npr. izrada projektne dokumentacije za izgradnju objekta, po-sredovanje prilikom zaključenja ugovora, vršenje posloводства u društvu i sl.).³¹ Treće, obaveza se može sastojati u prenosu prava korišćenja na stvarima (pravo korišćenja zemljišta, poslovnog prostora i slično). Četvrto, obaveza se može sa-stojati u ustupanju pojedinih prava (npr. pravo korišćenja licence, pravo distribu-cije robe).³² Peto, obaveza može da bude i novčana (npr. obavezivanje na unošenje uloga kod kasnijeg povećanja osnovnog kapitala, saglasnost na reinvestiranje neraspoređene dobiti, pokrivanje gubitaka, obezbeđenje zajmova i kredita društvu, davanje garancija društvu za izvršenje obaveza društva prema trećima i sl.).³³ Šesto, sadržinu obaveze može činiti ponašanje člana na određen način (npr. uz-državanje od vršenja konkurentne delatnosti, obaveza prenosa udela u slučaju preuzimanja funkcije zastupanja društva). U slučaju preduzimanja obaveze uzdr-žavanja od vršenja konkurencije na tržištu izvršenje obaveze mora biti u skladu sa imperativnim propisima iz domena prava konkurencije.³⁴ Sporedna činidba može biti preduzeta i pod odložnim uslovom. Sve nenovčane obaveze mogu biti preduzete uz isplatu naknade članu ili bez naknade.

4. PRAVNE POSLEDICE NEISPUNJENJA OBAVEZE

U okviru uvodnih razmatranja navedeno je da je reč o članskoj obavezi koja istovremeno ima i statusnopravne i obligacionopravne posledice.

Kada je reč o statusnopravnim posledicama, povreda – neispunjenje obave-ze može da dovede do isključenja člana iz društva. Ipak, isključenje člana je u ovom slučaju moguće samo na osnovu odluke suda. Isključenje člana na osnovu skupštinske odluke prema ZPD moguće je isključivo u zakonom predviđenim slučajevima – povreda obaveze činidbe uloga ili dodatne uplate.³⁵ Nije dopušteno osnivačkim aktom proširiti razloge za isključenje odlukom skupštine, pa ni u slu-čaju povrede obaveze vršenja sporednih činidbi.

³⁰ W.Müller, B.Hense (Hrsg), 305.

³¹ Ibid.

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

³⁵ Vid ZPD, čl. 195, st. 1 u vezi sa čl. 48, st. 7.

Razlozi za isključenje člana odlukom suda su dvojaki.

Prvu grupu čine razlozi koji su određeni zakonom. Prema zakonu, društvo može u sudskom postupku tužbom zahtevati isključenje člana društva, iz razloga „određenih osnivačkim aktom ili iz drugih opravdanih razloga, a naročito ako član društva: 1) namerno ili grubom nepažnjom prouzrokuje štetu društvu; 2) ne izvršava posebne dužnosti prema društvu propisane ovim zakonom ili osnivačkim aktom; 3) svojim radnjama ili propuštanjem, protivno osnivačkom aktu, zakonu ili dobrim poslovnim običajima, sprečava ili u značajnoj meri otežava poslovanje društva.”³⁶ Tzv. zakonski razlozi su primerično navedeni. Zakonski razlozi su kvalifikovani kao „opravdani razlozi“, uz navođenje primera takvih razloga. Stoga sud, prema našem mišljenju, ne bi trebalo da ocenjuje njihovu opravdanost, već utvrđuje samo da li oni postoje.³⁷ Kada je reč o povredi obaveze vršenja sporednih činidbi ona bi se mogla svesti na dva gore navedena primerična razloga: situacija kada član kršenjem navedene obaveze namerno ili grubom nepažnjom prouzrokuje štetu društvu ili kada usled kršenja te obaveze protivno osnivačkom aktu kojim je ona utvrđena, sprečava ili u značajnoj meri otežava poslovanje društva. Postojanje takvog razloga i njegovo uklapanje u zakonski kontekst navedenih opravdanih razloga mora se dokazati u svakom konkretnom slučaju.

Drugu grupu razloga čine oni koji su utvrđeni osnivačkim aktom. Ukoliko je osnivačkim aktom predviđena obaveza vršenja sporednih činidbi, praktično je rešenje po kome bi se osnivačkim aktom utvrdilo da povreda ove obaveze predstavlja opravdan razlog za isključenje člana iz društva odlukom suda. U tom slučaju sud ne bi ispitivao opravdanost razloga, već bi samo utvrdio da li postoji kršenje obaveze vršenja sporednih činidbi. Ukoliko bi sud utvrdio da postoji povreda pomenute obaveze doneo bi presudu o isključenju člana zbog postojanja opravdanog razloga za isključenje predviđenog osnivačkim aktom.

Obligacionopravne posledice zavise od karaktera preuzete obaveze i na njih se primenjuju opšta pravila obligacionog prava: pravila o ispunjenju obaveze, izmeni obaveze, umanjenju obaveze, naknadi štete, prestanku obaveze i sl. i, ili specifična pravila koja važe za pojedine ugovore obligacionog i trgovinskog prava prema sadržini obaveze vršenja sporednih činidbi.³⁸ Razlika je, međutim, u tome što je u slučaju preuzimanja obaveze vršenja sporednih činidbi reč i o članskoj obavezi preuzetoj na osnovu osnivačkog akta, a ne po osnovu nekog drugog pravnog posla (npr. ugovora o zajmu, ugovora o distribuciji robe i dr.). U slučaju preuzimanja klasične obaveze po osnovu nekog drugog pravnog posla ne nastaju nikakve članske obaveze, niti kršenje te obaveze može imati bilo kakve statusno-pravne posledice.

³⁶ Vid. ZPD, čl. 196, st. 1.

³⁷ Stevan Šogorov „Razlozi za isključenje člana iz društva s ograničenom odgovornošću“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2012, 66.

³⁸ W.Müller, B.Hense (Hrsg), 309.

5. PRENOS UDELA I SPOREDNE ČINIDBE

S obzirom na to da je obaveza vršenja sporednih činidbi, po pravilu, specifična po svojoj sadržini utoliko što je često ne može ispuniti bilo koje lice, prilikom prenosa udela tog člana uglavnom se predviđaju određena ograničenja. Za prenos udela tog člana je, po pravilu, neophodna prethodna saglasnost društva. Takvo ograničenje u slučaju prenosa udela je razumljivo kada se uzme u obzir činjenica da je društvu u interesu da zna ko će mu ispuniti tu specifičnu obavezu, kao i da li je potencijalni sticalac udela uopšte u mogućnosti da tu obavezu ispuni. Ovakvo ograničenje u vezi sa prenosom udela za koji se vezuje obaveza vršenja sporednih činidbi u pojedinim zemljama propisano je normama zakona kojima se reguliše pravni položaj društava s ograničenom odgovornošću.³⁹ Prema ZPD ovo ograničenje u vezi sa prenosom udela postoji samo ukoliko je unapred predviđeno osnivačkim aktom, ali se regulativa odnosi isključivo na slučaj prenosa udela trećem licu tj. licu koje nije član društva.⁴⁰ Ipak, ZPD dopušta da se osnivačkim aktom prenos udela uz saglasnost društva može urediti i na drugačiji način.⁴¹ Stoga smatramo da ne postoji smetnja da se ovo ograničenje ustanovi i u slučaju prenosa takvog udela i na drugog člana društva propisivanjem odgovarajuće norme u osnivačkom aktu.

³⁹ Vid. GmbHG, § 3 i ZTD RH, čl. 391.

⁴⁰ Vid ZPD. 167, st. 1.

⁴¹ Vid ZPD. 167, st. 5.

Vladimir Ž. Marjanski, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
V.Marjanski@pf.uns.ac.rs

Ancillary Obligations as an Additional Obligation of a Limited Liability Company's Member

Abstract: *Ancillary obligation can be defined as an obligation of a limited liability company's member undertaken through the instrument of incorporation, which can take the form of monetary or non-monetary obligation (usually it is an obligation of a non-monetary character), which has a certain financial value and can be the object of a legally valid obligation. Ancillary obligations, as a contribution to activities of the company, are not regulated in the Law on Companies. The legal nature of this obligation is different from the obligation to make a contribution in money or in kind to a company's assets, to make additional pay-ins or from the landing of funds to the company. Ancillary obligation is an optional and additional obligation of a limited liability company's member and the obligation itself and its contents is defined in the instrument of incorporation. When a limited liability company's member undertakes an ancillary obligation this creates a distinctive relationship between the member and the company, concerning their respective obligations and the legal status of the company, as well as certain consequences derived from those obligations.*

Keywords: *membership obligations, ancillary obligations, consequences concerning the legal status of the company, consequences concerning legal obligations.*

Datum prijema rada: 15.12.2016.

Dr Nataša Lj. Deretić, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
N.Deretic@pf.uns.ac.rs

KORENI POLITIČKE KORUPCIJE U STAROM VEKU*

*„Po prirodnom pravu pravično je da niko
ne treba da se obogati na šteti i nepravdi
učinjenoj drugome“¹*

Sažetak: Na korupciju se oduvek gledalo kao na poseban vid bogaćenja, čiji je osnov zabranjen i nemoralan. Otuda bi se „politička korupcija“ mogla definisati i kao nemoral povlašćenog sloja ljudi; kao korišćenje političke moći u svrhu bogaćenja bez pravnog osnova. Nemoral povlašćenog sloja je koren svih zloupotreba koje se čine u društvu. U sticanju što većeg bogatstva, posebno su prednjačili oni koji su bili na vrhu piramide vlasti. Fenomen „političke korupcije“ poznaju sva društva, od najstarijih do savremenih. U drevnoj mesopotamijskoj civilizaciji, uzajamnost između smišljenog dara i tražene usluge bila je ustaljeni običaj. Taj fenomen srećemo i kod Perikla, koji je smatrao da bi političke korupcije bilo manje, ukoliko bi činovnici bili adekvatno nagrađeni, pa stoga uvodi naknadu za učestvovanje u državnim poslovima. Fenomen „političke korupcije“ srećemo i u Ciceronovom Rimu, gde je podmićivanje, kao vid bogaćenja, bilo formalo osuđivano, ali isto tako i raširena pojava.

I danas smo svedoci da postoje moćnici koji istrajavaju na kršenju ili izigravanju pravila koja diktira uređeno društvo: njihovo bogatstvo je oličeno u enormnom sticanju materijalnih stvari, ali i u sticanju bez osnova raznih privilegija, zvanja, napredovanja u službi. Upravo su oni ti koji su učinili da ne ostane mnogo od rimske sentence da je osnova svakog uređenog društva: „pošteno živeti, nikoga ne povrediti i svakom priznati (dati) ono što mu pripada“.²

* Rad je posvećen Projektu: „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

¹ D. 50, 17, 20 (Pomponius libro nono ex viriis lectionibus): *Iure nature aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem.*

² D. 1,1,10,1 – Ulpiani: *„Honeste viveer, alterum non laedere, suum cuique tribuere“.*

Ključne reči: *Politička moć, društvena kriza, kriza morala, zloupotreba ovlašćenja, uzajamnost darivanja.*

UVOD

Odavno je rečeno da je istorija „učiteljica života“, osim što se ona ne ponavlja doslovno, već samo u nekim nijansama. Tokom čitave ljudske istorije, bilo je ljudi koji su svoju moć bazirali na tome da imaju što više robova, domaćih životinja, zemljišnih parcela, nekretnina, poreskih obveznika, počasnih zvanja i raznih titula, sledbenika, koji će im pomoći da osvoje tuđu teritoriju, a posebno da imaju što više novca „jer on sva vrata otvara“.

U IV veku pre n. e. napisana je knjiga pod nazivom Artašastra (Arthasastra), brahmana Kautilija (savremenik Aristotela); neki autori je prevode ka „Pouka o blagostanju“. Knjiga govori o umetnosti vladanja masama i između ostalog se bavi ogromnim i večnim fenomenom korupcije. Iz redova pomenute knjige jasno proizilazi da ko vlada mora koristiti sva sredstva za postizanje sopstvenih ciljeva, dok stroga pravila i poštenje, važe, barem u osnovi, samo za podanike.³ Makijaveli će to isto reći mnogo vekova kasnije: „oni koji žele da zadobiju milost nekog vladaoca, obično pred njim izlaze veoma često i poklanjaju mu ono što je njemu najdraže ...konje, oružje, tkanine protkane zlatom, drago kamenje...“⁴ Pomenuti Kautili ukazuje na problem dokazivanja novčane nepoštenosti državnog službenika... to je isto kao dokazati da „koliko vode može popiti riba koja slobodno pliva u vodi“. ...“Ne okusiti med ili otrov, stavljen na jezik, podjednako je teško kao i upravljati kraljevim novcem, a ne okusiti barem mali deo“. ⁵

Kako je vreme prolazilo, i vekovi se smenjivali, određeni oblici bogaćenja povlašćenih slojeva su nestajali, ali su nastajali, razvijali se i usavršavali novi javni oblici bogaćenja. Tome su posebno doprinele društveno – ekonomske i političke promene, posebno ekonomska kriza ali i kriza morala koja je zahvatala pojedina društva kroz istoriju. Uvek je bilo nosioca određene državne i društvene funkcije, koji su zarad svog ličnog bogaćenja, zloupotrebljavali svoj položaj i time nanosili štetu javnom interesu. Prate ih špekulanti razne vrste, političari s malo obzira i dostojanstva, varljive birokrate, nepouzdati i potkupljivi javni službenici, razni mali i veliki finansijski prevaranti; koje danas zovu „kontraverzni biznismeni“.

Kao što se događalo u prošlosti i danas se društva razaraju zbog zadovoljstva, luksuza, preteranog bogaćenja onih koji su sprovodili političku, finansijsku i službeničku vrstu moći. Bogaćenje bez pravnog osnova uvek ide uz korupciju, u

³ Karlo Alberzo Briški, *Kratka istorija korupcije* (prevod Suzana Rukavina), Beograd 2007, 23.

⁴ Nikolo Makijaveli, *Vladalac*, Beograd 1999, 5.

⁵ K. A. Briški, 24.

značenju nepravednog prisvajanja materijalnih dobara i nezakonitih postupaka; jednom rečju u značenju podmićivanja.⁶

1. BOGAĆENJE POVLAŠĆENIH SLOJEVA DRUŠTVA U NEKIM DRAŽAVAMA STAROG VEKA

1.1 Vavilonsko carstvo

Jedan do najvećih gradova drevnog sveta bio je Vavilon (današnji Irak) koga su osnovali Sumeri više od dve hiljade godina pre nove ere. Vavilonsko carstvo se danas najčešće spominje u vezi sa jednim od svojih careva – Hamurabijem (1792-1750 pre n.e.), koji je ostao zabeležen u istoriji kao sposoban vladar koji je, osvojivši mnoge narode u okruženju, uspeo da obnovi staro Vavilonsko carstvo u kome dominiira opšti privredni napredak. Želeći da i pravno uredi svoje carstvo, Hamurabi je doneo zakonik koji predstavlja najpoznatiji zakonik drevne Mesopotamije i jedan od najpotpunijih pravnih izvora starog veka u celini.

Organizacija državne vlasti u Vavilonu bila je uređena tako da vladar (*lugal*) kontroliše celokupnu upravnu, sudsku i zakonodavnu vlast, preko posebnog visokog službenika (*išaku*). Vladar svoj mandat izvlači iz volje boga – zaštitnika (bog Šamaš); car je njegov izaslanik na zemlji. Najvažniji državni činovnik uz vladara je upravnik dvora (*nubanda*). Pored centralnih organa u gradovima i opštinama, postojali su i lokalni organi vlasti na čelu sa upravicima lokalnih teritorijalnih jedinica.⁷

Opšti privredni napredak u vreme Hamurabija je u znaku razvijenih trgovinskih i poslovnih odnosa. To je pogodovalo nastanku negativnih ponašanja ljudi. Prorok Jeremija u Postanju ovako opisuje propast Vavilona: „Bogati su tlačili siromašne i stavili ih na milost moćnika. U gradu je vladalo ugnjetavanje i primao se mito. Svakoga dana su, bezumno, jedan drugome krali imovinu... Bo-

⁶ „Mito“ u značenju nadoknade za zadovoljenje nekog legitimnog interesa, je reč koja nije novijeg datuma. Nažalost, to je jedna univerzalna pojava jer je poznaju sva društva, od najstarijih do savremenih. Tako da se korupcija čini prirodnom, normalnom, čak ona ima i poseban naziv: u drevnom Egiptu to je „*fēga*“, u Mesopotamiji to je „*tatu*“, u Bibliji to je „*šohadh*“, kod Grka to je „*doron*“, a kod Rimljana to je „*munus*“. Kod nas je iz nemačkog jezika preuzeta reč „*schmier*“ (od *schmieren*, mast, mazivo, ulje), iz čega proizilazi naziv koji odgovara reči „mito“. Schmieregeld (doslovno „zlati za podmazivanje“). I doista u i najstarijim danima ljudske istorije, kao i danas, „podmazivanje točkova“ bilo je raširena pojava; u nekim slučajevima se čak smatralo opravdanim. Reč „mito“ shvaćena u današnjem smislu može se naći već u Cingarelijevom rečniku iz 1923, ali tragovi običaja isplaćivanja svote posredniku za neki posao određenih razmera, i to sasvim nelegalno, bili su prisutni pre mnogo vekova (u šesnaestom veku Bekarija je govorio o „taksi za opštu korist“. Kod Makijavelija srećemo nazive kao što su: „spletkaroš, mućkaroš, smutljivac, poslovni čovek“.

⁷ Lokalni organi vlasti su bili odgovorni za vojne poslove, prikupljanje poreza, održavanje irigacionih sistema, odvijanje privrednog života na svom području.

gati su uzrok ekonomske nepravde; umesto da štite siromašne, kao što to Bog očekuje, oni se za njihov račun bogate“.⁸

Kao jedan od organa kome nisu strana devijantna ponašanja, po Hamurabi-jevom zakoniku je sud. U odredbi o radu suda u čl. 5, Hamurabi je želeći da predupredi osiono ponašanje moćnika, propisao da je svaki sudija koji bi promenio već „donesenu i dosuđenu“ presudu, tj. koji bi poništio svoju presudu, kažnjavan, tako što je osuđivan na dvanaestostruku kaznu od one koju je prethodno odredio; stizala ga je i kazna javnog udaljavanja sa sudijske funkcije.

S obzirom na to da je u drevnoj mesopotamijskoj civilizaciji, uzajamnost između smišljenog dara i tražene usluge bila ustaljeni običaj, u teoriji postoji dilema oko toga, da li se kazna odnosila na neizvršenje presude ili na to što je sudija promenio svoju presudu jer je primio neku materijalnu satisfakciju. Mogao se sudija i osuditi što nije prihvatio ponuđeni dar. Da je uzajamno darivanje za neki posao bio običaj, govori stih iz jedne sačuvane himne Bogu sunca Šamašu: „*Onome ko dobije ponudu i iskvari je, odmah ću prirediti kaznu*“; pri tome reč „tatu“ koja se koristi u tekstu označava uopšte i ponudu (dar) podređenih.⁹

U Vavilonu su sporove sudile sudije amateri ali i profesionalne vladareve sudije. Sudije amateri su bili državni činovnici koji su birani su iz redova upravnih organa. Oni su obavljali sudijsku funkciju u „ime vladara koji je vrhovni sudija“.¹⁰ Sudski postupak je po pravili pokretala oštećena stranka; mogao je sudski postupak da pokrene i državni organ ukoliko je oštećena državna imovina. Hamurabijev zakonik je inače poznat po brutalnom kažnjavanju uopšte (odsecanje jezika zbog uvrede, odsecanje ruke zbog udaranja roditelja...), a posebno su smrtno kazne brutalno izvršavane: bacanjem zavezanog čoveka u vodu, spaljivanjem, nabijanjem na kolac, čerečenjem pomoću životilja.

Državni činovnici su kažnjavani jedino za dva delikta protiv službene dužnosti. Prvi delikt je činio lokalni funkcioner koji bi zloupotrebio svoj položaj (primi novac ili neku drugu vrstu nadoknade) pa oslobodi „ilku-borca“ vojne službe i drugi delikt koji takođe čini lokalni službenik, tako što zloupotrebi svoj položaj pa oduzme poklon „ilku“ vojniku, koji mu je dao vladar.¹¹ Taj postupak se tretirao kao krađa koja se strogo kažnjavala kako bi se predupredila takva ponašanja. Tako je u čl. 6. bilo propisano da „Ako pomoćnik trgovca uzme novac i na sudu to poriče, oštećeni trgovac treba da pred bogom i svedocima dokaže da je pomoćnik uzeo novac, i pomoćnik će mu trostruko dati novac koji je uzeo“...

⁸ *Biblija* (prevod Lujo Bakotić), Beograd 2005, 786.

⁹ K. A. Brioski, 27.

¹⁰ Sima Avramović, Vojislav Stanimirović, *Uporedna pravna tradicija*, Beograd 2007, 80.

¹¹ U teoriji je opšte prihvaćeno da je *Ilku posed* naziv za posed koji je dodeljivao vojnicima (a možda i činovnicima) za vršenje vojne službe, u vreme dok tu službu obavljaju. Nije bio nasleđan, ali bi sin ilku sopstvenika, imanje preuzimao posle smrti oca, ukoliko nastavi da obavlja iste dužnosti.

Hamurabijev zakonik reguliše i poslove nestručnog građenja pa je nesavesni građevinar koji je u želji da što jeftinije i brže izgradi nekom zgradu, i obogati se na lak način, a onda neko od tih stanara pogine jer se zgrada srušila, kažnjavan odmazdom.

Strogost Hamurabijevog zakona između ostalog se može videti i iz čl. 25 – ako u požaru koji je izbio u susedovoj kući, drugi sused pritekne i počne da gasi vatru, ali se polakomi i hoće da uzme neku stvar iz zapaljene kuće, kažnjavan je tako što je bacan u istu vatru koju je pošao da gasi...U Zakoniku je evidentna pravna nejednakost kod izricanja sankcija; kazna je zavisila od toga ko je žrtva: ugledan i bogat ili siromašan čovek.¹²

1.2. Grčka

Grčka je postala glavna trgovačka sila u Sredozemlju, zahvaljujući prvenstveno svom geografskom položaju (Egejsko more sa puno ostrva, koja nisu bila na velikoj udaljenosti).¹³ Još jedna okolnost je doprinela usponu Grčke; Grci su učili strane jezike što će im omogućiti lakše trgovanje, kao i preuzimanje ideja i znanja drugih naroda, koje su dalje razrađivali.¹⁴ Danas se ova navika koju su praktikovali Grci, različito kvalifikuje: od toga da su „Grčki trgovci prvi kradljivci intelektualne svojine“, do toga da su Grci „intelektualno čudo.“¹⁵ Iako bi danas dobili epitet aktera bogaćenje na račun drugih, mora se pohvaliti pokušaj mislećih Grka da racionalno objasne pojave koje su opažali, što je tada to doista bilo čudo.

Prvi period u razvoju grčkog društva, poznatiji kao Homerovo doba, opisuje se u epovima kao društvo koje se nalazi na granici između varvarstva i civilizacije.

¹² Društvenu strukturu Vavilona je obeležila podela ljudi na slobodne i robove. Slobodni ljudi, kojih je broјčano više, bili su podeljeni na nekoliko kategorija. Najviši društveni sloj činili su sveštenici i državni činovnici, koji su raspolagali krupnim zemljišnim posedima; oni najbogatiji među njima imali su i posebno ime – *damkari* (bankari). U uglednije ljude ubrajali su se i *avilumi* (bogat seljaci, trgovci, zanatlije i vojnici). U slobodne su se ubrajali i „muškeni“ i njih je činio najširi sloj siromašnih, slobodnih seljaka. Robovi su se zvali „vardumi“ i njihov položaj je bio mnogo povoljniji od položaja robova u Grčkoj i Rimu. Ima dokumenta koji govore o tome da su se pojedini robovi toliko obogatili, da su postajali partneri svojih vlasnika ili da su otkupljivali svoju slobodu. Navedeno prema: S. Avramović, V. Stanimirović, 65.

¹³ Grci su sa tih ostrva trgovali sa svojim susedima, a to su bili: žitelji Frigije, Paflagonije, Lidije, Kilikije, Mizije, Kapadokije – na području današnje Turske; Vavilonci u današnjem Iraku; Feničani i Jevreji na prostoru današnjeg Libana i Izraela; Egipćani u Africi, Skiti uz obalu Crnog mora.

¹⁴ Lakšem učenju stranih jezika doprinelo je prvenstveno preuzimanje samoglasnika od Feničana. Poznato je da su Grci početkom VI veka pre n.e., od Egipćana naučili sve ono što su oni znali o nedoradenom sistemu mera da bi sto godina kasnije bile izučavane aritmetičke i geometrijske progresije, planimetrija; u nekoliko narednih vekova Grci su uveliko razvili stereometriju i sfernu geometriju; proučavali su presek kupe. Od Vavilonaca su Grci naučili da se određene pojave na nebu javljaju ciklično i da se zahvaljujući tome mogu predvideti; da se zemlja okreće u slobodnom prostoru....

¹⁵ John Benet, *Greek Philosophy*, London: Macmillan, 1914, 9.

zacije. I u tom najudaljenijem periodu grčke istorije društvom upravlja bazileus, a pomažu mu: veće starešina (bule) i skupština (agora). Mada je bazileus prvenstveno vrhovni vojskovođa svog plemena, on je vrhovni sveštenik i sudija; između ostalog odlučuje o raspodeli plena kao i o eventualnim sukobima među sapslenicima povodom toga, ali i povodom običnih sukoba između različitih rodova i bratstava unutar njegovog plemena.

Da koreni bogaćenje bez pravnog osnova dosežu do najranijih dana antičke Grčke, svedoče nam pesnici i filozofi. I dok Homerov savremenik – Hesiod u svom delu *Poslovi i vek* (*Erga kai Hemera*) veliča vreme u kome ljude nije pokretala „sramotna želja za zaradom“, već je postojalo opšte blagostanje, dotle pesnik i filozof Ksenofan govori da „sve sramote i prekore, krađe i preljube i međusobne obmane koje postoje među ljudima pripisuje bogovima“; u tome ga podržava i Homer koji u svom epu Odiseja upravo odslikava lik Odiseja, potomka Hermesa, boga prevare i obmane ...¹⁶

U vreme Homera, već uveliko raste moć rodovske vlastele koja polako preuzima vlast u svoje ruke. Posebno u tome prednjači Savet rodovskih starešina, koji su sebi prisvojili gotovo celo zemljište. Razvojem zanata, trgovine i moreplovstva, gradovi i ljudi u njima postaju sve bogatiji i iz njih će se iznedriti robovlasnička plutokratija, pored već postojećeg bogatog sloja ljudi koji su se zvali eupatridi.¹⁷ Grčka je u kasnijim vekovima (u klasičnom grčkom periodu) doživela mnoge reforme svog društva koje će dovesti do promena u državnom uređenju. Te promene će se bolje „primiti“ u Atini nego u Sparti, koje su bile nosioci grčke politike više od četiri stotine godina.

1.2.1 Sparta

Sparta je do kraja ostala upućena sama na sebe i time stagnirala u svom razvoju za Atinom. Tokom svog postojanja, Sparta je zadržala aristokratski karakter vlasti koji je bio potpuno obezbeđen time što su ključni organi vlasti – dva kralja, skupština (apela), geruzija (veće staraca) i pet efora, birani iz redova najuglednijih porodica. I pored aristokratskog karaktera vlasti (koji se ogledao u vladanju manjine „izabranih“ u ime većine), efori (nadzornici) kontrolišu kraljeve, ali i ostale funkcionere, pa i sve građane. Oni vrše opšti nadzor nad disciplinom i moralom. Pod rukovodstvom efora radila je jedna vrsta tajne policije (*kriptēja*) koju su činili mlađi ljudi, obučeni i da ubiju radi ostavriavanja svojih zadataka.¹⁸ Tokom

¹⁶ Uopšte uzevši, u teoriji skoro da postoji opšta saglasnost da su Homer i Hesiod razotkrili pravu prirodu grčkih bogova: oni su preljubnici, ubice, lopovi, lažovi, prevaranti, stvorenja puna zavisti, ljubomore i osvetoljubivosti...Vid.: Homer, *Ilijada*, knj.XXI, redovi:383, 400, 424. Hesiod, *Teogonija*, 166, 736.

¹⁷ Plutarh, *Atinski državnici*, Beograd 1950, 236.

¹⁸ O. Stanojević, *Istorija političkih i pravnih institucija*, Beograd 1988, 100.

trajanja mandata za svoj rad efori nisu nikome odgovarali; tek nakon isteka mandata (godinu dana) podnosili su neku vrstu izveštaja novoizabranim eforima o svom proteklom radu.¹⁹

Spartanci su živeći u zatvorenoj, primitivnoj, izolovanoj sredini, i te kako držali to toga da postupaju u svim segmentima svog života „moralno“ i „pravedno“. Spartanci su se, ponašali „spartanski“ i privatno i javno. Za spartanskog vojskovođu Kalikrata koji je junački poginuo u bitki, kaže se da je jednom, u velikoj novčanoj stisci za sebe i svoju vojsku, hladno odbio ponudu od pedeset hiljada mina u zamenu za neku uslugu: „*Ne prodajem se za nepravednu stvar*“. Kleandar, jedan od njegovih zapovednika mu je rekao: „*Da sam Kalikrat, prihvatio bih?*“. „*I ja bih prihvatio*“, uzvratio mu je vojskovođa, „*da sam Kleander*“. Lik vojskovođe Kalikrata je odslikavao pravu prirodu spartanskih vojskovođa kojima su čast i ugled bili na prvom mestu i koji su bili spremni da za svoju državu poginu u svakom trenutku.²⁰

Većita dilema „moralno“ ili „pravedno“, polako je nagrizala i spartansko društvo. Od ideje da je svakom pravom Spartancu najbitnija država i da je njoj sve podređeno, odn. da su javni interesi bitniji od privatnih interesa, skoro da ništa nije ostalo, razvitkom privatne svojine. Naglo bogaćenje pojedinaca (koje uvek ide uz nezakonite načine, korupciju), potpuno je „narušilo nekadašnju jednakost Spartanaca i oslabilo kolektivističke stege i obzire; kada je preovladala ljubav prema novcu, koju Aristotel naziva „filohrematija“, oslabila je i spartanska moć.²¹

1.2.2 Atina

Atinska država se dugo stvarala (od IX do VII veka pre n.e.) i u svom razvoju je prošla kroz nekoliko etapa. Prvi period njenog razvitka u znaku je aristokratske republike sa elementima rodovskog uređenja i aristokratske vlasti, koji su se dugo zadržali. Grčko društvo je tokom VII i VI veka pre n.e. u fazi razgrađivanja ostataka rodovskog uređenja. Uklanjanjem starih rodovskih organa vlasti, udareni su temelji demokratskog uređenja; Atina više nije aristokratska već demokratska republika. Tome su doprinele prvenstveno reforme koje su sproveli: Drakon, Solon, Klisten, Perikle.²² Glavni demokratski organi postaju: narodna

¹⁹ S. Avramović, *Pravna istorija starog veka*, Beograd 1993, 109.

²⁰ Plutarh nas u navedenom delu, na strani 86 upoznaje sa poslednjim trenucima spartanskog junaka Kalikrata. Pogoden strelom, umirući izgovara: „*Ne žalim svoju smrt, jer sam od svoje kuće i došao da poginem, ali žalim što moram umreti, a nisam svoje ruke ni podigao*“.

²¹ Nav. prema: S. Avramović S, V. Stanimirović, 96.

²² Solon je ukinio dužničko ropstvo za atinske građane (*seisahteia*); umesto plemenske podela stanovništva, razvrstava građane prema bogastvu u četiri klase (prema visini prihoda). Narednom reformom koju je učinio Klisten, stanovništvo se deli prema tome gde žive, a ne prema svom poreklu, na 10 fila, gde je osnovna ćelija – *dema*, na čelu sa *demarhom*. Ona vodi spiskove građana i njihove imovine, pri čemu stepen njihovog bogatstva uopšte ne utiče na njihov status

skupština (eklezija), veće (bule) i vrhovni porotni sud (helileja). Ukorenjeno shvaćanje da je atinska politička demokratija najsavršeniji oblik demokratskog državnog uređenja, nije opšte prihvaćeno u teoriji; to ipak nije demokratija svih građana Atine, već samo odabranih: „slobodnih, punoletnih i punopravnih građana“.

U nedostatku pravnih izvora koji bi nedvosmisleno ukazivali kakva je bila sudbina bogaćenja povlašćenog sloja ljudi u atinskom društvu, moramo se osloniti na one vanpravne, posredne govorne izvore: tragedije, komedije, sudske govore, spise filozofa, besednika i istoričara...

Analizirajući Solona koji je izabran za arhonta 594. godine pre n.e.²³ spoznaćemo njegov poseban doprinos korenitim promenama u atinskom društvu. Smatran je jednim od sedmorice grčkih mudraca.²⁴ Davao je prednost razumu, a ne strasti. Njegovo geslo je bilo „ništa preterano“. Zabranivši predavanje u ropstvo atinskog građanina koji ne vrati pozajmljeni novac, stavio je tačku na već uveliko odomaćenu praksu kojoj su pribegavali imućni Atinjani – da se bogate na lak način, na tuđoj nevolji. Oni su naime, siromašne seljake i njihovu porodicu i potomstvo, ako im ne bi vratili pozajmljeni novac, pretvarali u robove. Porobljene porodice su mogle da budu razdvojene i prodate odvojeno gospodarima u dalekim zemljama. Bogati Atinjani su se toliko osilili da su i imućnim trgovcima uskraćivali svaku vrstu učešća u upravljanju državom; samo su imućni imali povlasticu da upravljali oružanim snagama i sudovima.

Solon je doneo je zakon koji nije dopuštao bogaćenje na tuđoj nevolji, a to su bile pozajmice koje ugrožavaju bezbednost građana i time oslobodio muškarce i njihove porodice dužničkog ropstva zbog nevraćanja dugova. Pridržavajući se svog životnog principa „ništa preterano“, odnosno „zlatne sredine“, nije oduzeo zemlju bogatašima ali je siromašnima dao političku moć i time im omogućio da se zaštite od ugnjetavanja. Ustanovio je četiri staleža prema imovnom stanju, a ne prema poreklu.²⁵ Staleži su oporezovani prema prihodu. Solon je prvi uveo progresivno oporezivanje. Tako su pripadnici četvrtog staleža – *teti*, bili oslobođeni poreza. Treći

punopravnih građana Atine. Za vreme Klisten, odnosno za početak V veka pre n.e. vezuje se i ustanova „ostrakizam“ kao mera koja je stizala suviše popularne političare, koji su označavani kao „opasni po demokratiju“. Završavali tako što su bivali prognani deset godina; pri tome nisu bili novčano kažnjavani niti im je bila konfiskovana imovina.

²³ Do sredine VIII veka Atinom su vladali nasledni *bazileusi* – kraljevi. Sa slabljenjem uloge kralja, jača činovnički aparat i nastaje poseban državni organ – *devet arhonta eponima* (kojima se poveravaju sudski i upravni poslovi). Biraju se na godinu dana sa zadatkom da obavljaju nagomilane državne poslove. Od bivših arhonata, stvoreno je vremenom posebno savetodavno telo koje se zvalo *areopag* sa zadatkom da sudi za sve vrste ubistva, a posebno za ubistvo slobodnog Atinjanina sa predumišljajem, da sudi za pokušaje „zavođenja tiranije“.

²⁴ Ostalo šestoro najmudrijih grčkih mudraca toga doba smatrani su: Bijant iz Prijene, Hilon iz Sparte, Perijandar iz Korinta, Pitak iz Mitilene i Tales iz Mileta.

²⁵ Staleži su imali posebna imena: *pentakoziodimedimne* sa prihodom od 750 ili više bušela žita; *hipeji* – čija se vrednost kretala između 450-749 bušela; *zevgiti* – sa prihodom od 300- 449 bušela; *teti* – sa prihodima manjim od ova navedena tri.

stalež je plaćao osnovni porez; drugi – dvostruki iznos osnovnog poreza; pripadnici prvog razreda plaćali su 2,4 puta uvećan iznos osnovnog poreza.

U imućne ljude u vreme Solona ubrajani su: aristokrate, bogati trgovci i zanatlije. Imovinski kriterijum je bio presudan za učestvovanje u javnom poslu. Pripadnici najnižeg reda, *teti*, nisu mogli da obavljaju javnu službu, ali su bili članovi *eklezije* i *helieja*.²⁶ Helieja (Vrhovni porotni sud) nije imala stalne članove, već su oni žrebom birani među okupljenim građanima (na brežuljku Areopag). Porotnici (njih 500) su birani u osvit dana i presudu su morali da donesu istog dana kada je i započeto suđenje. Time se htelo da se predupredi pristrasnost porotnika, tj. da se „namesti“ porota, jer su presude donošene većinom glasova. I pored toga, posredni govorni izvori upućuju nas na činjenicu da je sud prednjačio u koruptivnoj delatnosti u Atini. Okolnost da su se porotnici birali kockom, danas nameće sumnju u njihovu objektivnost; ukazuje se da su tu bila moguća razna mešetarenja jer porotnici imaju dobru priliku da prodaju svoj glas i da se tako obogate (po nemoralnom osnovu). Zabrinut za atinsku porodicu, koja je i te kako osećala krizu u društvu, Solon je zabranio miraz. Smatrao je da je bolje i čestiti-je, za rad opšteg dobra, da se brak ne sklapa zbog novca, već zbog uzajamne ljubavi supružnika koji će radati decu.²⁷ Ko bi suprotno učinio, smatralo se da se obogatio po nemoralnom osnovu.

Neki građani (u prvom redu njegovi prijatelji: Knonon, Kleoni i Hiponik) su pokušali da izgraju Solonov zakonik od samog početka. Solon je naime, tim svojim „prijateljima“ poverio da će doneti zakone kojima neće oduzeti zemlju bogatašima i da će ukinuti dugove. U želji da se preko noći obogate, navedeni prijatelji su odmah pozajmili velike svote novca. Kada je objavljen zakon o brisanju svih dugova, oni su odbili da vrate pozajmljeni novac. Tako je nastala najbogatija trojka u Atini toga doba.²⁸

U drugoj polovini V veka, zahvaljujući Periklu i njegovim reformama, Atina doživljava i najveći stepen demokratizacije državnog aparata. Zakonodavna vlast je pripala ekleziji, savetu 500 (buli) je pripala izvršna vlast, a helileji (skupštini) sudska vlast. Bio je surov prema onima koji su postupali tako da umanje njegovu moć, jer je on bio „najveći i najmoćniji“. Tako je naložio da se ubije njegov prijatelj, demagog Efijalt; zamereno mu je što je pri polaganju činovničkih računa i pri gonjenju svih koji su narodu činili nepravdu, bio strah i trepet.²⁹

²⁶ Eklezija je bila skupština svih građana. Atina je na svom vrhuncu imala 25.000 građana s pravom glasa. Zakonik je za donošenje važnih odluka predviđao kvorum od najmanje 6000, mi bi danas rekli, poslanika. Helileja je telo u čijem je sastavu bilo 6000 porotnika i njima se podnosila tužba protiv odluke bilo kog pripadnika izvršne vlasti; donosila je i presude i po žalbama na odluke vrhovnog suda.

²⁷ Plutarh, *Solon*, XIX, 1.

²⁸ Plutarh, *Solon*, XV, 6.

²⁹ Plutarh, *Slavni likovi antike*, Novi Sad 1978, 61.

U vreme Perikla u Atini je postojala potpuna direktna demokratija i sve veća uključenost siromašnih slojeva u političke aktivnosti. Narodnu skupštinu (Ekleziju) su činili svi punopravni, slobodni atinski građani stariji od 20 godina, nezavisno od imovnog stanja. Kako je za kvorum moralo biti prisutno 6000 građana, od V veka dnevnicama je stimulirano prisustvovanje skupštinskim zasedanjima. Verovatno da je smatrao da će na taj način preduprediti potkupljivost članova skupštine. Naknade za učestvovanje u državnim poslovima koje je uveo Perikle imale su za posledicu da je do tada štedljiv narod postao rasipan i razuzdan.³⁰ Skupština se sastajala u početku četiri puta mesečno, a kasnije jednom mesečno. Jednom godišnje na skupštini se tajnim glasanjem odlučivalo o „časnom progonstvu“ (ostrakizam); građanin koji je postao isuviše uticajan i sa autoritetom, da ne bi doveo u opasnost demokratiju – privremeno bi bio udaljen iz države na 10 godina.³¹

Po svedočenju Plutarha u vreme Perikla „da bi građani bili zaštićeni od samovolje činovnika, u glavnoj narodnoj skupštini svake pritanije,³² bilo je na dnevnom redu i pitanje da li činovnici savesno vrše svoju službu. Za koga bi glasanje u slučaju prigovora ispalo nepovoljno, taj bi bio suspendovan i pozivan na sud. Osim toga, svaki činovnik je posle obavljene službe polagao račun za svoj rad, naročito za novac kojim je upravljao. Račun su od činovnika primali i iznosili „logisti“, tj. računari, kojih je bilo deset. Posle završene službe nijedan činovnik nije smeo otići iz zemlje, ni pristati da ga ko usini, ni po volji raspolagati svojim imanjem, na primer, prodati ga, ili prepisti kome, dok nije položio račun za svoj rad.“³³ Da bi još više zaštitio građane od samovolje činovnika, Perikle im daje na raspolaganje – *grafe paranomon*, jednu vrstu „tužbe o zakonu“ koju je mogao da podigne svaki atinski građanin pred helilejom, kako bi dokazao da se činovnik obogatio, jer je primio mito ili se obogatio na način da je proneverio ili ukrao državne fondove.³⁴

Neprijatelji Solonovih načela i institucija okupili su se oko Platona.³⁵ Na oblikovanje Platonovog načina razmišljanja, između ostalog, imalo je velikog uticaja,

³⁰ Plutarh, 59.

³¹ S. Avramović, V. Stanimirović, 110.

³² „Pritanija“ je izvršni odbor Veća od pet stotina. Činili su ga većnici, njih pedeset, iz poje-dinih fila, naizmenično po jednu desetinu godine. Imali su svoje posebno mesto okupljanja na trgu gde zajedno i ručaju. Njima se donose sve vesti i predaju svi predlozi. Oni određuju dnevni reda za sednice Veća i za narodnu skupštinu.

³³ Plutarh, 269.

³⁴ Navedenu tužbu je mogao podići svaki građanin pred helilejom još u jednom slučaju: kako bi dokazao da predlog zakona ili već doneti zakon nije u skladu sa postojećim pravom Atine. Perikle je uveo ovu posebnu „tužbu protiv zakona“ (*graphe paranomon*) kako bi se onemogućila lakomislena i neosnovana intervencija u zakonodavstvu. Predlagači zakona su morali dobro da razmisle da li je njihov predlog zakona ili sam zakon koji je donet na osnovu njihovog predloga, legalan. Predlagač novog zakona koji nije uspeo da ubedi bar polovinu porotnika da glasaju za njegov predlog, kažnjavao je najčešće novčanom kaznom, a njegov predlog ili zakon bio bi poništen. Ukoliko bi tri puta počinio istu grešku, gubio je biračka prava.

³⁵ Rođen je 427. godine pre n.e. u Atini a umro je 347. godine pre n.e. Malo je poznato da je Platonovo pravo ime Aristokle, što znači „istaknut i slavan“. Platon je nadimak i znači „širok“.

druženje sa voljenim učiteljem Sokratom (469-399. pre n.e.). Po ugledu na Sokrata i Platon ističe da ljudi moraju da shvate suštinu toga, šta je dobro i šta je pravedno, da bi bili dobri građani i glasali za pravedne zakone.³⁶ Otuda i njegova večita dilema: „*Da li je moguće vladati, a ne činiti nepravde i ne izazivati nezadovoljstvo naroda*“.³⁷ Tragajući za ispravnim načinom življenja, Platon ovako govori o svom političkom iskustvu: „*Kada sam bio mlad mislio sam da ću se odmah uključiti u politički život... Kada sam uvideo tolika počinjena nedela, povukao sam se od tadašnjih beda... No posle se dogodilo da su neki moćnici na sud doveli (našega) prijatelja Sokrata, osudili ga i ubili. Što sam više proučavao sve to, činilo mi se da ću sve teže uspeti pošteno upravljati državnim poslovima. Zakoni i običaji su se sve više kvarili, toliko da sam na kraju ostao ošamućen. Shvatio sam tada da su svi gradovi loše vođeni...i da se naraštaji ljudi nikada neće moći osloboditi tih nedaća, sve dok političku vlast ne dobiju filozofi*“.³⁸

Poznato Platonovo delo *Država* govori upravo o tome, kako treba da izgleda savršena država. Društvo takve države treba da čine tri staleža: zlatni, srebrni i bronzani. Naravno, vladaju oni koji su na vrhu, zlatni ili čuvari; oni imaju potpunu vlast nad svim ostalim staležima; oni se staraju o očuvanju čiste rase pa je pod njihovim nadzorom i rađanje dece čiji su roditelji samo najbolji muškarci i najbolje žene; deca podređenih i potomci najboljih koji su rođeni sa nekom manom, tajno se uklanjaju“.³⁹ Koliko je Platon bio opsednut moćnim i bogatim ljudima (iz čega bi se moglo zaključiti da je i sam tome težio) govori njegovo zalaganje za apsolutističku vlast autokratskih vladara. „*Najvažnije od svih načela je da niko, bilo muškarac ili žena, ne sme da ostane bez vođe. Ni čovekov um ne sme da navikne na samostalno delanje, niti iz revnosti, niti iz obesti, već u slučaju rata kao i usred mira, čovek mora da uperi pogled ka svom vođi i verno da ga sledi*...“⁴⁰

U vreme Platona i Aristotela atinska država uveliko preživljava duboku krizu, a njena demokratija se u mnogome izopačila.⁴¹ Platon i njegov najpoznatiji učenik Aristotel su ukazivali na problem oligarhije. Platon je kritikovao demokratiju u Atini; posebno je bio protiv takve demokratije koju je njegov učitelj platio glavom.⁴² Po njegovom shvatanju samo je jedan ključni razlog za propast

Osnovao je univerzitet, Akademiju, koja je postojala 900 godina... Nav. prema: Filip Džajgentes, *Moć i pohlepa* (prevod Mila Matijašević), Beograd 2003, 36.

³⁶ F. Džajgentes, 39

³⁷ Platon, *Apologija*, 42.

³⁸ Nav. prema: K.A. Brioski, 33.

³⁹ Platon, *Država*, 459e.

⁴⁰ Karl Raiumund Popper, *The Open Society and Its Enemies*, Princeton, Princeton University Press, 1966, vol.2, 7.

⁴¹ S. Avramović, V. Stanimirović, 111-112.

⁴² Poznato je da je Sokrat završio tako što je izveden pred sud zbog optužbi da vređa bogove i da kvari omladinu. Pogubili su ga obični građani obnovljene atinske demokratije. Uzeto mu je za zlo što su mnogi njegovi učenici doprineli zbacivanju atinske demokratije prilikom pokušaja da se osvoji

Atine. A to je gramzivost; novac je koren svakog zla.⁴³ Platon je tvrdio da državu treba da vode mudraci-filozofi, a ne da najvažnije odluke za život polisa donosi demos, na koji on gleda kao na gomilu, svetinu, čiji sam naziv govori sve (*ochlos* – „ološ“).

Ni Aristotel nema dobro mišljenje o atinskoj demokratiji. Da bi opisao njenu prirodu, upoređuje je sa običnim domaćinstvom i prilikama u njemu, pa slikovito kaže: „*demokratija se najčešće sreće u onim kućama gde uopšte ne postoji glava porodice, domaćin (jer su svi jednaki) i u onim kućama gde je domaćin slabić, pa svako radi ono što mu se sviđa*“.⁴⁴

Za razliku od svog učitelja, Aristotel je naklonjen običnom, prosečnom čoveku (hrabrom ratniku, čestitom i trezvenom rodoljubu).⁴⁵ U svojoj najpotpunijoj i najsvestranijoj studiji o političkim prilikama u Grčkoj u IV veku pre n.e.⁴⁶ u delu *Politika*, Aristotel upozorava da „su siromašni ljudi, u sistemu sudske ili izvršne vlasti, zbog siromaštva, i potkupljiviji“.⁴⁷ Po Aristotelu „dobar se može biti na jedan ančin, a na mnogo načina rđav“.⁴⁸

Aristotel je kao i njegov učitelj Platon slaglasan da je opšti interes morao uvek imati prednost nad posebnim i da ekonomija nije bila krajnji cilj, inače bi se duh i grad korumpirali; obojica se zalažu za ukidanje privatne svojine jer je ona nesumnjivi izvor korupcije.⁴⁹ Od V veka pre n.e. uvode se ograničenja privatne svojine kroz razne oblike založnih ugovora, ali i kroz ograničenja koja je namećala zajednica jer se smatralo da svojina ne pripada samo vlasniku već i zajednici. Bogatim građanima koji su se bahato ponašali prema svojoj imovini i istu rasipali, zajednica je mogla konfiskovati imovinu; vlasnik maslinjaka nije smeo da poseće stabljike maslina jer je ona tada bila strateški proizvod; svaki bogati građanin je morao da obavi „liturgiju“, obavezu u korist države, tj. da deo svojih prihoda daje zajednici.

Da bogati imaju prilično privilegija, jasno je iz Aristotelove rečenice: „*da su neki ljudi po prirodi slobodni, a drugi su robovi; a njima ropstvo pristaje kao što im i odgovara. Rob nema sposobnost razmišljanja*“.⁵⁰ Govoreći o etičkim vrlina-

Sirakuza i Sicilija; iz te avanture Atina je izašla kao gubitnik, a njegovi učenici su počinili strašna ubistva.

⁴³ Platon, *Država*, 416-417.

⁴⁴ Aristotel, *Nikomanova etika*, prevod: M. Đurić, Beograd 1958, 1161 b.

⁴⁵ *Ibid.*, XI.

⁴⁶ Mihail Rostovcev, *Istorija starog sveta*, Beograd 2004, 169.

⁴⁷ Aristotel, *Politika* (prevod Ljiljana Stanojević, Crepajac), Beograd 1976, 1270 b.

⁴⁸ Aristotel, *Nikomanova Etika*, 1106 a 26.- 1106 b 35.

⁴⁹ K. A. Brioski, 33. Kod Aristotela srećemo definiciju privatne svojine u značenju koristiti i raspolagati svojom stvari, što se poklapa sa rimskim poimanjem svojine.

⁵⁰ Aristotel, *Politika*, 1252a -1260a.

ma, kojih po njemu ima 14,⁵¹ onome ko suviše ima, oduzima se toliko koliko iznosi šteta ili gubitak onoga ko je pretrpeo štetu.⁵²

Kao što Platon ima radikalno drugačije mišljenje o upravljanju društvom od Solonovog, tako i njegov učenik Aristotel se, u mnogo čemu se razlikuje od svog učitelja. Između ostalog, nije bio za Platonovu ideju da državom treba da upravljaju filozofi, već neka vrsta mešovite vlade. Aristotel je u delu *Nikomanova etika (Ta Ethika)*, prvoj sačuvanoj studiji iz oblasti helenske etike, definisao gospodara (despota) kao vladara koji sledi vlastitu korist u sklopu tiranskog, oligarhijskog ili demokratskog sistema; na neki način dobro mora biti sebično, „jer čineći lepa dela koristiće sebi, a biće na korist i drugima“.⁵³ S hodno tome i bogaćenje bez pravnog osnova ili po nemoralnom osnovu i ne bi trebalo da bude neki veliki problem, ukoliko i druga strana ima od toga koristi.

Činjenicu da u atinskoj državi ima puno onih koji su se bogatili na tuđ račun, Demosten je iskusio na sopstvenoj koži. U zrelim godinama se upustio u parnicu protiv svojih staratelja koji su mu oteali imovinu nasleđenu od oca. Pri tome su pokušali svakojakim odlaganjima i ponavljanjima parnice, da sačuvaju oteto; Demosten je na kraju uspeo da dobije spor, ali nije mogao da spase ni najmanji deo očinske imovine.⁵⁴ On je i inače bio aktivni učesnik mnogih sporova, bilo u ulozi tužioca, bilo u ulozi tuženog.⁵⁵ To što je na početku svoje karijere bio pisac sudskih govora i te kako će mu pomoći kada se bude našao u ulozi tužioca protiv gramzivih staratelja koji su ga nakon očeve smrti ostavili bez imovine, što proneverama što nemarnošću. Pisanje sudskih govora pomoći će mu i kada se bude našao u ulozi tuženog kada je bio optužen da je prisvojio deo novca koji je Aleksandrov rizničar sklonio na Akropolju.⁵⁶ Svoju nepotkupljivost nije mogao dokazati, pa da ga ne bi stigla kazna, bio je primoran da pobegne iz Atine. Kada se, vratio iz progonstva, izvršio je samoubistvo, ostavivši nam u nasleđe jednu zanimljivu demagošku misao, koja je nadživela vekove: „*Zavidite onome ko se dopu-*

⁵¹ Aristotel je analizirao 14 vrlina: hrabrost, umerenost, darežljivost, plemenitost, ponos, obraz, blagost, ugodljivost, pravost (skromnost), ophodljivost, stidljivost, negodovanje, pravičnost, prijateljstvo. Svako od ovih vrlina ima svoj nedostatak i svoju preteranost. Tako je „hrabrost“ prava sredina između „plašljivosti“, kao nedostatka i „preterane smelosti“, kao preteranosti; „darežljivost“ je prava sredina između „škrtosti“, kao nedostatka i „rasipnosti“, kao preteranosti; vrlina „pravičnosti“ je prava sredina između „stvaranja nepravičnosti“ kao nedostatka i „trpljenja nepravičnosti“ kao preteranosti... Vid. opširnije, M. Đurić, Aristotel, XXVII-XXIX.

⁵² *Ibid.*, XXXI.

⁵³ K. A. Brioski, 32.

⁵⁴ Plutarh, *Atinski državnici*, Beograd 1950, 204.

⁵⁵ O jednom sporu koji je Demosten vodio protiv staraoca svoje sestre i majke, i iz koga otkrivamo prirodu vlasti oca atinske porodice ili staratelja (kiriosa); on je mogao između ostalog, da odredi budućeg muža kako kćerki, tako i ženi, ne samo za života, već i unapred, za slučaj svoje smrti Vid.: N. Deretić, „Konstitutivni elementi atinskog braka: *enghysis* i *synoikein* u kontekstu savremenih porodičnih odnosa“, *Zbornik Pravnog fakulteta*, Kosovska Mitrovica 2016, 329.

⁵⁶ K. A. Brioski, 31

šta iskvariti, smejte se ako to javno prizna, oprostite onome ko je uhvaćen u zlodelu, mrzite onoga koji bi ga hteo optužiti".⁵⁷

U atinskoj državi je za finansijske prestupe protiv države, kao i za zloupotrebu u korišćenju političkih prava – izricana kazna *atimije* – gubitak časti; bilo kao samostalna kazna ili zajedno sa imovinskom kaznom. U najstarijem periodu lice kome je irečena kazna *atimije*, „stavljano je van zakona“; mogao ga je svako nekažnjeno ubiti, maltretirati ili mu oduzeti život. Od V. veka pre n.e. *atimija* povlači gubitak građanske privilegije da se učestvuje u javnom životu (zabrana obavljanja svih javnih funkcija, zabrana obraćanja skupštini i sudu, zabrana ulaska u hramove, zabrana učešća na religijskim svetkovinama...)⁵⁸.

Atinsko krivično pravo poznaje neka specifična krivična dela kao na primer delo sa nazivom „*hibris*“. Činila su ga lica koja zloupotrebom svoje političke moći i bogastva, svojim osionim i obesnim ponašanjem, šikaniraju druge (izvrgavaju ih ruglu, fizički ih maltretiraju, čak ih i lišavaju života, oduzimaju im imovinu i privilegije) bez pravnog osnova.

Pored sudskih govora, spisa filozofa, besednika i istoričara, o velikom uticaju vlasti na bogaćenje ljudi, govore nam i drugi vanpravni izvori kao što su tragedije i komedije. U grčkoj tragediji i komediji, tema iskvarivosti i, šire gledano, odnosa prema bogatstvu, nezavisno o njegovom mogućem poreklu, često se ponavlja i od središnje je važnosti. Tako Sofokle u tragediji *Kralj Lir (Oedipus Tyrannos)* piše: „*Oj blago, vlasti, nad veštinom veštino. U životu ovom punom mržnje, kolika prema vama zavist gaji se...stari prijatelj u potaji se šunja, zbacit želi me. Ovakva vraća (...) što vidi jedino u dobitku svome*...“⁵⁹

Kada je reč o komediji, lik Paflagonija, protagoniste Aristofanove komedije *Vitezovi (Hippeis)*, odslikava karakter čoveka korumpirane vlasti. Narod ga napada: „*Zlikovče*“, optužuju ga „*imaš punu košaru, gledaj koliko stvari, do vrha. Kakav si lep kolač sebi odvojio. A meni nisi odrezao ni komadić. Dakle, prevario si me, krađući. A ja sam ti prinosio darove*.“ A Paflagonije odgovara zbunjeno; „*Krao sam za dobro države*“.⁶⁰ Pomenuta rečenica je nadživela vekove. Taj primer savršeno odslikava bogaćenje političke elite u svim vremenima. Svakodnevno smo svedoci da i kada se, u bilo kom delu sveta, procesuiru vođa neke političke stranke, jer je umešan u skandal u vezi sa nezakonitim finansiranjem – brani se koristeći argumente slične vrste: „*Da, krao sam. Ali samo za stranku*“. Kao da tu stranku ne čine ljudi – zvaničnici i parlamentarci. Kao da vođe, sekretari, blagajnici, pokrajinski odbornici i parlamentarni zastupnici nisu imali, više-manje direktnu korist od tako čestog „sistema skrivenog finansiranja stranaka“.

Koliko je atinsko društvo bilo ogrezlo u korupciji, gde se novcem svaki cilj mogao postići, jasno iz Plutarhove priče. Savetnici Filipa II Makedonskog želeći da

⁵⁷ *Ibid.*, 31.

⁵⁸ Opširnije: S. Avramović, V. Stanimirović, 124-125

⁵⁹ Nav. prema: K. A. Brioski, 33.

⁶⁰ *Ibid.*, 33.

odvrate svog kralja od namere da osvoje atinske gradove, govorili su mu : „*Grad koji želiš da osvojiš je neosvojiv*“. Na šta je on pitao: „*Ma kako to, zar nije moguće uvesti ni zlatnog magarca?*“. Ostalo je zabeleženo da je Kralj Filip uspeo da od Atine preotme kontrolu nad rudnicima zlata i srebra, i da ih eksploatiše mnogo više nego što su do tada bili iskorišćeni“. ⁶¹ No uprkos tome, kad je na presto stupio Aleksandar Makedonski, on nije uspeo da se obogati kao njegov otac, jer je prikupljeno zlato iz osvojenih zemalja trošio na vojničke plate i na potrebe održavanja carstva.

ZAKLJUČAK

Kroz čitavu istoriju ljudskog roda neizbežna posledica apsolutne vlasti je bila apsolutna korupcija. U prošlosti je vladar često bio pohlepan i lakomi političar, koji je za vlastite posebne interese koristio moć kojom raspolaže. Svoju moć je stvarao na novcu i na činovničkom aparatu koji mu je verno služio. Činovnici su verno služili svog gospodara, ali su svoj položaj u društvu često koristili da prigrabe što više bogatstva i za sebe. Platonove reči o „vođi“ opisuju etiku svih diktatora kroz vekove, uobraženih veličina, samohvalisavaca ubeđenih da su iznad ostalih i da zbog toga ostali moraju slepo da im se pokoravaju... Atina, na sreću svojih građana nije prihvatila Platonov savet uređenja društva.

I danas, umesto da se vlast shvati kao počast i mogućnost da se doprinese razvoju društva u celini, pojedini nosioci vlasti (moćnici) uz pomoć političkog pluralizma i političkih partija, kada dođu na vlast, nesprenni su za suštinske promene. Donose se zakoni koji se ne mogu primeniti ili se donose zakoni koji samo užem krugu ljudi na vlasti odgovaraju (jer im omogućavaju da se enormno obogate za kratko vreme). Tako da suština savremene demokratije koju najbolje odlikava Solonova rečenica, „ne donosi zakon koji ne možeš da primeniš“, postaje mrtvo slovo na papiru. Još je Tacit govorio da „u najpokvarenijoj državi, najviše zakona“. ⁶² Mi danas imamo zakone koji se ne primenjuju ili jedan drugog suspenduju. To ide na dušu sudstvu, gde se često, o istoj stvari donose različite presude.

Da bi se stalo na put „političkoj korupciji“ trebalo bi se pridržavati Solonove reforme u oblasti oprezivanja. Treba oporezovati bogate da bi siromašni mogli besplatno da se školuju i leče. Još je Solon shvatio važnost institucija za očuvanje demokratske vlasti i slobode. Njegove institucije i načela, vidljivo su uticali na zapadna demokratska društva, kome i mi težimo. Pravilo „jedan čovek, jedan glas“, vladavina zakona, a ne ljudi, i izabrano veće, preteča su današnjeg parlamenta. Nakon što je obavio posao za koji je izabran, Solon se povukao i posvetio svom ličnom životu. Time je uveo u život načelo opozivosti s vlasti.

⁶¹ K. A. Brioski, 35.

⁶² Tacit, *Anali*, 3, 27: „Corruptissima re publicaplurimae leges“.

Po ugledu na efore (nadzornike) iz Sparte koji su kontrolisali kraljeve, ali i ostale funkcionere, pa i sve građane, i naša država bi trebala da ima posebno telo koje će vršiti opšti nadzor nad disciplinom i moralom. Takođe, poput prakse iz antičke Grčke, trebalo bi i danas uvesti praksu „opoziva s vlasti“ i polaganja računa nakon isteka mandata; naročito za novac kojim je upravljano. Umni ljudi već odavno zagovaraju ideju da se formira posebna komisija koja bi imala „preventivnu, nadzornu i istražnu funkciju“ u skladu sa zakonom; ocenjivala bi rad svakog nosioca političke vlasti kada siđe sa političke scene; da proceni njegovo imovno stanje, nakon završenog mandata. I da pri tome, niko od najviše instance do najniže, ne bude pošteđen. Jedino tako ćemo postati zemlja „u kojoj korupcija nije način života“ odnosno gde su „siromašni ljudi, u sistemu sudske ili izvršne vlasti, zbog siromaštva, i potkupljiviji“, kako je Aristotel govorio. Da bi se to realizovalo treba konačno doneti Zakon o poreklu imovine. Taj zakon je preduslov i uslov za uspešnu borbu protiv korupcije uopšte, pa i „političke korupcije“. Pri tome, naravno pod „imovinom“ se podrazumeva svaka dobit, materijalna i nematerijalna, koju je „neko“ stekao, primio, a da za to nije imao osnova.

Zbog primanja mita i usluga, i time bogaćenja bez pravnog osnova, prema idealnoj klasifikaciji korumpiranih i danas se na čelu liste nalaze pojedini političari, lokalni upravници, službenici i direktori državne uprave, carinsko-finansijski (poreski) službenici, direktori banaka, doktori i zdravstveno osoblje, sudije, prosvetni radnici, preduzetnici, policijski službenici, razne konultantske kuće, deoničarska društva, poslovni ljudi. Kada svi oni postanu bogati, dobijaju epitet „kontraverzni biznismeni“ jer su raznim novačanim transakcijama i bankarskim spekulacijama uspeali da se preko noći obogate.

Nerešeno moralno pitanje – čini li se nepravda ako se neko obogati na tuđ račun i da li je bogaćenje bez pravnog osnova krađa, aktuelno je više nego ikad. Uzalud potreba društva za redom i pravdom, ukoliko to isto društvo ne nađe načina se obračuna sa nemoralom moćnika. Bolje reći, kako naterati institucije moći na moralnu odgovornost. Između ostalog i tako što treba nešto naučiti iz prošlosti, pa kažljavati samo one koji prime mito, od onih koji daju mito da im se završi neki posao. „Teško je, ali ne i nemoguće, voditi apsolutne poštene poslove. Istina je da se poštenje ne podudara s gomilanjem velikog bogatstva“, govorila je Majka Tereza, Indiri Gandi.

Po svedočenju Plutarha u vreme Perikla „da bi građani bili zaštićeni od samovolje činovnika, u glavnoj narodnoj skupštini svake pritanije,⁶³ bilo je na dnevnom redu i pitanje da li činovnici savesno vrše svoju službu. Za koga bi glasanje u slučaju prigovora ispalo nepovoljno bio bi suspendovan i pozivan na sud.

⁶³ „Pritanija“ je izvršni odbor Veća od pet stotina. Činili su ga većnici, njih pedeset, iz pojedinih fila, naizmenično po jednu desetinu godine. Imali su svoje posebno mesto okupljanja na trgu gde zajedno i ručaju. Njima se donose sve vesti i predaju svi predlozi. Oni određuju dnevni red za sednice Veća i za narodnu skupštinu.

Nataša Lj. Deretić, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
N.Deretic@pf.uns.ac.rs

Roots of Political Corruption in Ancient History⁶⁴

*"It is just according to natural law that no one should get rich on the damage and injustice committed against another."*⁶⁵

Abstract: Corruption has always been regarded as a special form of enrichment, based on prohibited and unethical grounds. Hence 'political corruption' could be defined as the immorality of the powerful; as the use of political power for the purpose of getting rich without any legal basis. Immorality of the powerful is the root of all the abuses that occur in the society. Those who are at the top of the pyramid of power have been particularly prominent in acquiring as large a fortune as possible. The phenomenon of 'political corruption' has been known in all societies, from the oldest to modern ones. In the ancient civilization of Mesopotamia, there was an established custom of reciprocity between deliberate gifts and requested services. This phenomenon could be observed with Pericles, who is, among other things, attributed the idea of compensation for participation in state affairs. The phenomenon of 'political corruption' is referred to in Cicero's Rome, where bribery as a form of wealth acquisition without legal basis was formally condemned, but also widespread.

Even today we can see that there are powerful persons who persist in the violation or circumvention of rules which guide any structured society: their wealth originates from the enormous acquisition of material things, but also the acquisition of various privileges which they are not entitled to, such as titles, promotions, etc. They are the ones who have brought about the demise of the Latin sentence that the basis of any developed society is: "To live an honest life, hurt no one, and grant everyone their due."⁶⁶

Keywords: Political power, immorality of the powerful, social crisis, moral crisis, abuse of power, reciprocity of gifts, bribery.

Datum prijema rada: 14.12.2016.

⁶⁴ The paper is part of the project entitled *Theoretical and practical problems of creating and implementing law (the EU and Serbia)* carried out by the Law School of the University of Novi Sad.

⁶⁵ D. 50, 17, 20 (Pomponius libro nono ex viriis lectionibus): *Iure nature aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores*.

⁶⁶ D. 1,1,10,1 – Ulpiani: „*Honeste viver, alterum non laedere, suum cuique tribuere*“

*Dr Sanja M. Radovanović, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
S.Radovanovic@pf.uns.ac.rs*

*Nikolina B. Mišćević, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
N.Miscevic@pf.uns.ac.rs*

JEDNOSTRANA KOMPENZACIJA ZASTARELOG POTRAŽIVANJA*

Sažetak: *Kompenzacija (prebijanje) predstavlja način prestanka obaveze obračunavanjem međusobnih potraživanja i dugovanja između strana učesnika kompenzacije. Koja potraživanja, odnosno dugovanja mogu da budu predmet kompenzacije jeste pitanje koje je uređeno zakonskim propisima. U većini pravnih sistema, uslovi kompenzacije mogu se svesti na uzajamnost, dospelost, istovetnost i mogućnost prinudnog ostvarivanja. U pogledu potonjeg, posebno je interesantno pitanje zastarelih potraživanja. Naš zakonodavac se opredelio za vladajuće shvatanje civilistike savremenog doba, da se načelno zastarela potraživanja ne mogu prebijati. Ipak, u određenim slučajevima takva mogućnost nije isključena. Tu se, u prvom redu, misli na prebijanja potraživanja koja nisu bila zastarela kada su se stekli uslovi za preboj. U drugom slučaju, zakonodavac predviđa da je prebijanje moguće i kada je potraživanje zastarelo pre nego što se moglo ugasiti kompenzacijom, ako je izjava o kompenzaciji data pre isticanja prigovora zastarelosti. U radu će biti reči upravo o ovom potonjem, budući da jezičko tumačenje odnosno odredbe otvara brojna pitanja.*

Ključne reči: *prebijanje, zastarelost, prigovor, načelo savesnosti i poštenja, načelo zloupotrebe prava.*

* Rad je posvećen projektu „PRAVNA TRADICIJA I NOVI PRAVNI IZAZOVI“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

1. O KOMPENZACIJI (PREBIJANJU)

Kompenzacija ili prebijanje predstavlja način prestanka obaveze obračunavanjem potraživanja i protivpotraživanja.¹ U zavisnosti od toga da li su obaveze istog obima, kompenzacija jeste i način prestanka obligacionih odnosa, odnosno surogat ispunjenja², kao redovnog načina gašenja obligacija. Naime, kompenzacija počiva na ideji efikasnog pravnog prometa. Ona, zapravo, predstavlja kraći put ispunjenja, jer se njome dobija isti rezultat koji bi se ostvario da je svaka obaveza bila prinudno izvršena. Drugim rečima, prebijanjem se zapravo izbegava situacija u kojoj poverilac treba da primi na ime potraživanja određenu stvar, pa da je potom na ime ispunjenja duga vrati istom licu. Kada su potraživanja različitog obima, kompenzacijom se gasi manje, a u preostalom delu dužnik i poverilac su i dalje u obligacionom odnosu.

Da bi kompenzacija proizvela navedeno pravno dejstvo, potrebno je da budu ispunjeni određeni uslovi. Oni su u zakonu postavljeni pozitivno (moraju da postoje) i negativno (ne treba da postoje).³

U pogledu pozitivnih uslova, obaveza se može ugasiti prebijanjem ukoliko između učesnika kompenzacije postoje uzajamna, istorodna i dospelata potraživanja.⁴

Uzajamnost potraživanja podrazumeva da se obe strane u kompenzaciji nalaze u poziciji i poverioca i dužnika, u različitim odnosima. S jedne strane, dakle, dužnik obaveze koja se kompenzuje (kompenzant) jeste poverilac obaveze kojom se kompenzacija vrši. Na drugoj strani je poverilac (kompenzat) obaveze koja ulazi u preboj, a koji je istovremeno dužnik kompenzantu za obavezu kojom se prebija.⁵

¹ Vid. Jakov Radišić, *Obligaciono pravo*, Beograd 2004, 352, Oliver Antić, *Obligaciono pravo*, Beograd 2009, 186.

² Dieter Medicus, Stephen Lorenz, *Schuldrecht I*, München 2012, 142, 143.

³ S obzirom na to da je ugovorna kompenzacija u domenu slobode volje, na nju se ne primenjuju zakonska pravila, pa time ni ograničenja. Ukoliko se strane saglase, ugovorom se mogu prebiti i potraživanja koja nisu kompenzabilna.

⁴ Čl. 336 Zakona o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i *Službeni list SRJ*, br. 31/93). „...Dosledno tome, pravnom valjanošću i postojanjem potraživanja koja su bila predmet preboja sporazumom, uslovljena je i pravna valjanost dužničkog odnosa koji je tim sporazumom uspostavljen između tužioca i tuženog. Stoga je postojanjem svih potraživanja koja su predmet sporazuma uslovljena pravna valjanost duga koja je predmet ovog spora. U protivnom, a za slučaj da neko od potraživanja stavljenih u preboj nije postojalo u vreme zaključenja sporazuma, izostala bi saglasnost volja njegovih potpisnika o predmetu obaveze...” (Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Pzz. 7/2003, od 09.04.2003., Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, br. 2/2003, 109). U tom smislu, „...pravilno prvostepeni sud zaključuje da tuženi nema istorodno međusobno i dospelata potraživanja prema tužiocu koje bi se kroz kompenzacioni prigovor moglo staviti u preboj i koje bi moglo dovesti do prestanka potraživanja tužioca gašenjem u visini označene vrednosti osnivačkog uloga.” (Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž.5964/2013 (2), od 10.10.2013.).

⁵ J. Radišić, *op.cit.*, 356

Istorodnost ili istovrsnost potraživanja koja se prebijaju podrazumeva da obaveze koje se prebijaju moraju glasiti na novac ili zamenljive stvari iste vrste i kakvoće. Kompenzacijom su najčešće obuhvaćena novčana potraživanja, zbog čega utvrđivanje istovrsnosti ne predstavlja problem, čak i ako nisu izražena u istoj valuti.⁶ Kada su predmet obaveza koje se prebijaju zamenljive stvari, uslovi da stvari budu istog roda i kakvoće postavljeni su kumulativno.

S obzirom na to da se zahtev može prinudno ostvariti tek nakon dospelosti, razumljivo je da se ni izjava o prebijanju, kojom se obaveza gasi, ne može dati pre tog trenutka.⁷

Istovrsna i dospela uzajamna potraživanja ne mogu se prebiti ukoliko, makar jedno, potiče iz namernog prouzrokovanja štete, prouzrokovanja štete oštećenjem zdravlja ili smrću, iz zakonske obaveze izdržavanja, ili je reč o potraživanjima koja se ne mogu zapleniti, odnosno potraživanjima stvari ili vrednosti stvari koje su dužniku bile date na čuvanje, ili na posudu ili koje je dužnik uzeo bespravno, ili ih bespravno zadržao.⁸ Osim toga, dužnik ne može vršiti prebijanje ako je njegovo potraživanje dospelo tek pošto je neko treći stavio zabranu na poveriočevo potraživanje prema njemu.⁹

⁶ Premda možemo govoriti i o kakvoći novca. U tom smislu, M. Vedriš, P. Klarić ističu da se ne mogu prebiti novčana potraživanja u situaciji kada jedno potraživanje glasi na konvertabilnu valutu, a drugo na valutu koja to nije. Vid. Martin Vedriš, Petar Klarić, *Građansko pravo*, Zagreb 2014, 486. Dakle, uslov koji bi se ticao prebijanja novčanih potraživanja iscrpljuje se u konvertabilnosti valuta koje ulaze u preboj, a ne u njihovoj istovetnosti.

⁷ „...Neosnovani su žalbeni navodi da prvostepeni sud nije imao u vidu da je među strankama dogovoreno plaćanje kompenzacijom. Kompenzacija zapravo i ne predstavlja način plaćanja, već način ispunjenja obaveze i to tako što se međusobna potraživanja, odnosno međusobne obaveze stranaka gase prebojem, sve pod uslovima iz čl. 366 ZOO... U konkretnom slučaju tuženi nije dokazao da i sam ima potraživanje prema tužiocu koje je dospelo, odnosno za koje je protekao rok za ispunjenje, pa sledi da je pravilan zaključak prvostepenog suda da tuženi nije dokazao da je obavezu isplate novčanog potraživanja tužioca ispunio na bilo koji način, pa i kompenzacijom...“ (Presuda Višeg trgovinskog suda u Beogradu, Pž. 6465/07 od 07.02.2008.). „...Navodi tuženog da je postignut dogovor o plaćanju obaveza prema tužiocu kompenzacijom, bez uticaja su na rešenje ove pravne stvari, jer je pretpostavka za dejstvo sporazuma o plaćanju kompenzacijom, da u vreme dospeća plaćanja postoji i protivpotraživanje tuženog prema tužiocu, te da će na taj način biti izvršeno prebijanje dospelih novčanih potraživanja i prestanak obligacija ugovornih strana, a takvih dokaza nema.“ (Presuda Višeg trgovinskog suda u Beogradu, Pž. 3848/2000 od 16.09.2000.). Određeni izuzeci svakako postoje u pogledu dugovanja koja se mogu isplatiti pre roka. Vid. J. Radišić, *op.cit.* 354.

⁸ Prema čl. 341 ZOO. U pravnoj teoriji postoji mišljenje, koje smatramo opravdanim, da se i ova potraživanja mogu prebiti, ali samo sporazumom strana u kompenzacionom odnosu. Vid. J. Radišić, *op.cit.* 355; Bogdan Loza u *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (redaktori Borislav T. Blagojević, Vrleta Krulj), Beograd 1980., 812.; Boris Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb 1978., 1251; Slobodan Perović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd, 1995, 748-751.

⁹ Čl. 342 ZOO. Pored navedenih slučajeva, koji su ZOO izričito predviđeni, u literaturi se navodi da kompenzacija može da bude i ugovorom isključena. Vid. J. Radišić, *op.cit.* 354.

Kada je reč o prebijanju zastarelih potraživanja,¹⁰ Zakonom o obligacionim odnosima (ZOO) je predviđeno da se dug može prebiti samo ako potraživanje nije bilo zastarelo u času kada su se stekli uslovi za prebijanje.¹¹ Ako su uslovi za prebijanje nastali nakon što je jedno od potraživanja zastarelo, prebijanje ne nastaje ako je dužnik zastarelog potraživanja istakao prigovor zastarelosti.¹²

Dakle, činjenica da je potraživanje koje ulazi u preboj zastarelo ne dovodi sama po sebi do nemogućnosti, nevažnosti prebijanja. Sasvim razumljivo, budući da je i zastarelost zapravo pravo dužnika¹³ da odbije zahtev poverioca, koje on može, a ne mora da vrši. Mi ćemo se u ovom radu zadržati upravo na pitanju kada je moguće kompenzovati i potraživanje koje je zastarelo pre nego što su se stekli uslovi za prebijanje.

2. O ZASTARELOSTI

Prema Zakonu o obligacionim odnosima, zastarelošću prestaje pravo zahtevati ispunjenje obaveze.¹⁴ Pravna teorija uobičajeno pravne posledice zastarelosti dopunjuje konstatacijom da samo pravo, iz kojeg se zahtev crpe, protekom roka nije prestalo. Obligacija iz civilne (utužive, prinudno ostvarive) prelazi u prirodnu (neutuživu, prinudno neostvarivu). Menja se njen kvalitet, ali se ona ne gasi. Ni u sudskoj praksi se primena ove odredbe ne smatra spornom. Ipak, smatramo neophodnim, posebno u kontekstu ovog rada, precizirati njeno značenje.

Poverilac čije je potraživanje zastarelo može da pokrene sudski postupak radi prinudnog ostvarivanja svog obligacionog prava¹⁵, ali ukoliko dužnik istakne

¹⁰ Pravne posledice zastarelosti, pa time i mogućnost prebijanja potraživanja koje je zastarelo, u uporednom pravu se regulišu na različite načine. Vid. Vladimir V. Vodinelić, *Građansko pravo – Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd, 2012, 521, par.1754.

¹¹ Čl. 339, st. 1 ZOO

¹² Čl. 339, st. 2 ZOO

¹³ Prigovor zastarelosti se u jednom delu pravne literature naziva preobražajnim pravom (M. Knežević izričito u: Marko Knežević, „Krug opozicionih razloga u prigovoru protiv rešenja o izvršenju na osnovu izvršne isprave“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4/2014, 343, a za V. Vodinelića to može da se zaključi iz pojmovnog određenja preobražajnog prava i određivanja pravne prirode prigovora kao preobražajnog prava. V. Vodinelić, V.Vodinelić, *op.cit.* 213, 632). Drugi deo teorije se ne bavi pitanjem pravne prirode prigovora, pa ni prigovora zastarelosti. Osim toga, u pravnoj teoriji ne postoji saglasnost ni u pogledu pravne prirode samih preobražajnih prava. Dok je za jedne reč o građanskim subjektivnim pravima (upor. V.Vodinelić, *op.cit.* 213, par. 632), drugima ona predstavljaju samo kategoriju sličnu građanskim subjektivnim pravima (Vid. Dušan Nikolić, *Uvod u sistem građanskog prava*, Novi Sad, 2013, 221, par. 363, Danica Popov, *Građansko pravo – opšti deo*, Beograd, 2005, 150).

¹⁴ Čl. 360 Zakona o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i *Službeni list SRJ*, br. 31/93).

¹⁵ Upor. Dušan Nikolić, *op.cit.*, 245.

prigovor, njegovo zastarelo potraživanje se ne može prinudno izvršiti.¹⁶ Suprotno, ukoliko dužnik obaveze ne istakne prigovor, poverilac čak može i da naplati svoje potraživanje prinudnim putem. Stoga bi najpreciznije bilo zastarelost odrediti kao protek roka usled kojeg dužnik stiče pravo da odbije zahtev poverioca (prigovor zastarelosti).¹⁷ Nastupanjem zastarelosti se ne gasi samo potraživanje, već se pretvara u prirodnu obligaciju. I zakonska odredba nedvosmisleno upućuje na to da se postupak može pokrenuti, čak i okončati u korist poverioca, ukoliko izostane prigovor dužnika.¹⁸ Od njegove volje zavisi sudbina zahteva poverioca.

3. IZJAVA VOLJE O KOMPENZACIJI (ZASTARELOG POTRAŽIVANJA)

Kompensacija, kao način gašenja obaveze, ne nastupa po sili zakona, odnosno onda kada su se stekli uslovi za prebijanje, već isključivo voljom subjekta (kompenzanta). Ispunjenjem predviđenih (prebojnih) uslova, jednako kao i protek vremena kod zastarelosti, za strane u obligacionom odnosu nastaje preobražajno pravo, koje one mogu, a ne moraju da vrše. Izjava volje može se dati u sudskom postupku (isticanjem prigovora kompenzacije ili podizanjem kompenzatorne protivtužbe), ili vansudskim putem.

Kada se u sudskom postupku istakne prigovor kompenzacije (ili protivtužba), sud o osnovanosti takvog zahteva odlučuje u okviru presude, budući da je reč o materijalnopравnom prigovoru.¹⁹ Zbog toga se ovim putem izjavljena volja da se izvrši prebijanje u teoriji naziva sudskom kompenzacijom.²⁰

Kompensacija se, naravno, može izvršiti i van sudskog postupka. Tada izjava volje jednog subjekta (kompenzanta) da svoju obavezu gasi žrtvovanjem istovrsnog dospelog potraživanja koje ima prema drugoj strani (kompenzatu) predstavlja vršenje preobražajnog prava. Pravno dejstvo te činjenice ogleda se u promenjenoj pravnoj situaciji: obaveza je ugašena. Dejstvo kompenzacije, dakle, nije uslovljeno saglasnošću kompenzata, zbog čega se može smatrati da ona za njega predstavlja prinudno ispunjenje obaveze.

Izjava volje, nadalje, ima retroaktivno dejstvo: obaveza se gasi od trenutka kada su se potraživanja susrela, a ne kada je u pravcu prebijanja izjavljena volja. Pri tom, retroaktivnost nije izuzetak od pravila da pravnorelevantna izjava volje

¹⁶ Vid. Vladimir V. Vodinelić, *op.cit.*, 521.

¹⁷ *Ibid.* Isto u: Sanja Radovanović, „Zastarelost potraživanja naknada organizacija za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4/2014, 270

¹⁸ Proizlazi iz čl. 360, st.3.

¹⁹ Presuda Okružnog suda u Valjevu, Gž. 90/2006 od 05.07.2006. godine

²⁰ Umesto svih: J. Radišić, *op.cit.* 356.

proizvodi dejstvo *ex nunc*, već upravo manifestacija samog preobražajnog prava: kada su se stekli uslovi za prebijanje, stečeno je i pravo. Stoga je razumljivo da se može izvršiti kompenzacija potraživanja koje u trenutku susretanja još nije bilo zastarelo: obaveza koja se prebija je mogla da bude prinudno izvršena da je izjava data u istom trenutku kada su se potraživanja susrela.²¹

Isto tako, protekom određenog vremena dužnik stiče preobražajno pravo (prigovor zastarelosti), ali ne i obavezu da to pravo vrši. Nevršenje prava, zapravo, znači da dužnik zastarelog potraživanja nije sprečio svog poverioca da prinudno namiri svoje potraživanje, koje protekom vremena nije prestalo da postoji. Imajući u vidu potonju činjenicu, zakonodavac dopušta prebijanje i takvim potraživanjem, ali na restriktivan način. Prema odnosnoj odredbi ZOO, ako su uslovi za prebijanje nastali nakon što je jedno od potraživanja zastarelo, prebijanje ne nastaje ako je dužnik zastarelog potraživanja istakao prigovor zastarelosti.²² Obrnuto, dakle, kompenzacija može da nastane i ako je potraživanje već zastarelo, ukoliko prigovor izostane. Još preciznije, ukoliko prigovor ne bude blagovremen.

U Skici za Zakonik o obligacijama i ugovorima, profesora Mihaila Konstantinovića, takve odredbe nema. Naprotiv, u pogledu prebijanja zastarelog potraživanja, predviđa se da je ono moguće samo ako još nije bilo zastarelo u času kada su se stekli uslovi za prebijanje.²³

Osim što se navedenom odredbom normativno udovoljilo dispozitivnoj prirodi preobražajnih prava i autonomiji volje njihovih titulara, ne bismo mogli zaključiti da je ovo odstupanje od Skice doprinelo pravnoj sigurnosti. Razlog tome svakako leži u zakonskoj redackiji iz koje možemo pouzdano da zaključimo samo da zbog istaknutog prigovora zastarelosti kompenzacija ne nastaje, ali ne i da li naknadni prigovor može da poništi prebojnu izjavu. U pravnoj teoriji jedino kod

²¹ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2604/2004 od 31.03.2005. godine, Presuda Apelacionog suda u Nišu, Gžl 1666/2013 od 03.04.2014. godine, Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 5597/2012 od 06.03.2013. godine, Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 7712/2012 od 13.03.2013. godine – Sudska praksa privrednih sudova, Bilten br. 4/2013., Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 2328/2008 od 04.12.2008. godine, Sudska praksa trgovinskih sudova – Bilten br. 1/2009.

²² Čl. 339, st. 2 ZOO

²³ Mihailo Konstantinović, *Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Beograd 1996, 127, čl. 290. Istina, ova odredba se nalazi u odseku kojim se reguliše zakonska kompenzacija. Ipak, ako uzmemo u obzir i druge odredbe istog odseka, pre svega onu kojom je predviđeno da „prebijanje ne biva čim se steknu uslovi za to, nego je potrebno da jedna strana izjavi drugoj da vrši prebijanje“ (čl. 287), čini nam se da su ovim predviđeni uslovi za kompenzaciju, kao načina prestanka obaveza. Konstantinović u Beleškama sa predavanja objašnjava da je reč o zakonskoj kompenzaciji, zbog toga što ona nastaje kada su se stekli uslovi – *ipso iure*. Pri tom, moramo da primetimo da previda činjenicu da do kompenzacije ne dolazi automatski, *ipso iure*, već kada jedna strana izjavi drugoj da vrši prebijanje. Vid. *Obligaciono pravo – prema beleškama sa predavanja profesora Dr. M. Konstantinovića*, Savez studenata Pravnog fakulteta u Beogradu, 1961, 196. Naše pozitivno pravo ne poznaje zakonsku kompenzaciju.

Loze nalazimo konkretno objašnjenje, iako dilema nije bez značaja. To ćemo objasniti na hipotetičkim primerima, različitim po tome ko daje izjavu o prebijanju: onaj čije je potraživanje zastarelo ili onaj čije je potraživanje prinudno ostvarivo.

3.1. Potraživanje kompenzanta je zastarelo

Lice A potražuje od lica B 1.000 dinara, a B od lica A isti iznos. Potraživanje lica A je zastarelo pre nego što je A postao dužnik svog dužnika (B), dok potraživanje lica B nije. Dakle, ukoliko bi A tužio B radi namirenja potraživanja, B bi mogao da odbije zahtev isticanjem prigovora zastarelosti. Međutim, lice A dâ izjavu o kompenzaciji, odnosno ugasi svoju obavezu žrtvovanjem svog (zastarelog) potraživanja. Da li je prebijanje u ovakvim okolnostima punovažno?

Prema odredbi ZOO čl. 337, obaveza se gasi kada je jedna strana dala izjavu o prebijanju. Shodno tome, obaveza je u našem primeru ugašena.

Međutim, odredbom čl. 339, st. 2 se predviđa da kompenzacija ne nastaje (dakle, ne gasi se obaveza), ukoliko dužnik zastarelog potraživanja istakne pripadajući prigovor.

Da li to znači da prigovor zastarelosti treba da prethodi izjavi o kompenzaciji ili, pošto je do kompenzacije već došlo, jer je volja izjavljena, da naknadno dat prigovor zastarelosti ukida kompenzaciju?

U našem primeru, redosled prigovora nam se ne čini relevantnim kada do kompenzacije dolazi u sudskom postupku. I o jednom i o drugom, sud odlučuje u okviru presude, budući da su oba materijalnopravne prirode i da od njihove osnovanosti zavisi i osnovanost tužbenog zahteva. Naše razmišljanje ide izvan okvira sudske zaštite subjektivnih prava, zbog čega primećujemo da nam izmiče jednostavan odgovor.

Naime, pravna posledica proteka vremena jeste nastanak preobražajnog prava dužnika²⁴ da odbije zahtev svog poverioca. Dužnik, dakle, može svoju zastarelu obavezu da ispuni, ali i da uskrati ispunjenje pozivanjem na protek roka potrebnog za zastarelost.

Ukoliko bismo pošli od toga da prigovor zastarelosti dat izvan sudskog postupka treba da prethodi kompenzaciji, to bi značilo da dužnik zastarelog potraživanja, koje ulazi u preboj, može da ostvari svoje potraživanje samo ako preduhitri svog dužnika. U tom smislu, *Loza* navodi da pozivanje na zastarelost koje je usledilo nakon izjave o prebijanju nema dejstvo, jer je u momentu učinjene izjave

²⁴ V. Vodinić ne govori na izričit način o prigovoru zastarelosti kao preobražajnom pravu, ali pojmovno određenje preobražajnih prava nam dozvoljava da smatramo da ovaj prigovor tako kvalifikuje, naročito ako imamo u vidu da sve prigovore smatra preobražajnim pravima. Pri tom nam ostaje protivrečnost u pogledu tvrdnje da su preobražajna prava uvek ograničena u trajanju, budući da prigovor zastarelosti to nije, osim kada je pokrenut sudski postupak. Vid. V. Vodinić, *op.cit.* 213, 214. i 526.

tražbina bila prinudna.²⁵ Ne sporimo da prigovor zastarelosti sprečava kompenzaciju ukoliko je ranije dat, ali ovu tvrdnju ne možemo do kraja nekritički prihvatiti.

Ispitujući argument koji *Loza* iznosi, da je u trenutku davanja izjave tražbina bila prinudna, možemo donekle da razumemo zašto zauzima takav stav. Potraživanje se može prinudno izvršiti ukoliko dužnik ne istakne prigovor zastarelosti. To jeste tačno, ali se previđa da samim protekom roka tražbina menja svoj kvalitet, postaje nepotpuna. Njena „prinudnost“ zavisi od volje dužnika, jer je on time stekao pravo da zahtev odbije. Dakle, izjava je data kada je potraživanje već prestalo biti (besprigovorno) prinudno ostvarivo. Iz tih razloga smatramo da argumentacija nije opravdana, pa time ni stav da naknadni prigovor zastarelosti ne može da utiče na već (prebijanjem) ugašenu obavezu. U prilog potonjeg, možemo navesti i druge relevantne okolnosti.

Najpre, kako smo već objasnili, isticanje prigovora zastarelosti jeste vršenje prava da se uskrati zahtev poverioca, koji on, zbog proteka vremena, više ne može prinudnim putem da ostvari. Sudska zaštita jeste podrazumevajući vid prinudnog ostvarivanja, zbog čega se i prigovor zastarelosti vezuje upravo za sudski postupak. Ipak, i kompenzacija jeste prinudno ostvarenje, jer nastaje protivno volji druge strane, samom izjavom o prebijanju.

Kada je reč o zastarelom potraživanju, odsustvo volje svakako utiče na priznavanje pravnog dejstva ovako ispunjene obaveze. Iako ona zastarelošću nije prestala, njeno ispunjenje zavisi isključivo od toga da li dužnik želi ili ne želi da je ispunji.²⁶ Stoga nam navedeno tumačenje *Loze* nameće teško prihvatljivu konstrukciju da dužnik mora, da bi sprečio štetne posledice (gašenje svog utuživog potraživanja), svoje pravo (prigovor) da vrši i to da ga vrši odmah kada ono nastane. Uzimajući u obzir činjenicu da, u našem primeru, potraživanja „sazrevaju“ za kompenzaciju u trenutku dospelosti utuživog, moglo bi se dogoditi da poverilac takve (zastarele) obaveze odmah po dospelosti da izjavu o prebijanju i na taj način spreči svog poverioca da ostvari svoje „kvalitetnije“ potraživanje.

Nadalje, prigovor zastarelosti jeste stečeno pravo koje prestaje, opet, voljnom radnjom dužnika – odricanjem od zastarelosti²⁷ ili ispunjenjem obaveze ili, pak, propuštanjem da ga do zaključenja glavne rasprave vrši. Sledstveno, teško se opravdava tumačenje zakonske odredbe prema kojem, zapravo, izjava o prebijanju ukida dejstvo prigovora zastarelosti. Rezultat, da se izjavom volje lica koje ne može prinudno da namiri svoje potraživanje sprečava vršenje preobražajnog pra-

²⁵ B. Loza, *op cit.*, 810.

²⁶ Naravno, ukoliko se dužnik saglasi sa prebijanjem, više ne možemo raspravljati o pravnoj valjanosti učinjene kompenzacije, budući da se na ugovorna prebijanja ne odnose zakonska ograničenja o kojima je reč.

²⁷ Ovde nikako ne uzimamo u obzir slučajeve koji dovode do prekida zastarelosti, budući da u tim slučajevima vreme potrebno za zastarelost još uvek teče, pa ni pravo na prigovor nije nastalo.

va dužnika zastarele obaveze, izigrava cilj koji je zakonodavac imao u vidu propisivanjem posledica protoka roka zastarelosti.²⁸

Na kraju, prigovor zastarelosti van sudskog postupka nije vremenski ograničen, niti se iscrpljuje jednom radnjom (isticanjem). Štaviše, dužnik ne mora na izričit način da istakne prigovor ni kada ga poverilac pozove da ispuni obavezu, sve dok se po tužbi poverioca ne pokrene sudski postupak. Tada to mora da učini do zaključenja glavne rasprave. Propuštanje dužnika da se pozove na zastarelost dovodi do gubljenja preobražajnog prava, što je i razumljivo. Sudska odluka se zasniva na materijalnopравnim činjenicama, i to onim koje su dokazane u sudskom postupku. Stoga, ako je proteklo vreme u kojem je poverilac mogao zahtevati prinudno ispunjenje, a ta činjenica sudu ostane nepoznata usled pasivnog držanja dužnika čijim interesima zastarelost služi, onda ni sud ne može da utvrdi postojanje okolnosti koje bi zaustavile zahtev.²⁹ On će biti prinudno ostvaren.

U našem primeru, sudskog postupka nije ni bilo, a obaveza je, kako smo već naveli, prinudno ostvarena.

Pretpostavimo nadalje da kompenzat, nastojeći da ukloni očigledno štetne posledice po njega, pokrene sudski postupak radi namirenja svog potraživanja. Kompenzat tada istakne prigovor neosnovanosti tužbenog zahteva, budući da je njegova obaveza ugašena prebijanjem. Kompenzat se, međutim, pozove na protek roka zastarelosti. Primenom odnosne odredbe ZOO, pretpostavljena odluka suda bi bila da se tužbeni zahtev odbija, jer je prigovor zastarelosti usledio nakon kom-

²⁸ Zastarelost se u pravnoj teoriji pravda potrebom učvršćivanja sigurnosti pravnog prometa. Naime, odugovlačenje poverioca da zahteva ispunjenje obaveze od dužnika otežava (a ponekad i onemogućava) dokazivanje osnovanosti njegovog zahteva. Primenom pravila o teretu dokazivanja, dužnik se dovodi u povoljniji položaj, budući da se zahtev poverioca sudskom odlukom (trajno) odbija. Stoga zastarelost predstavlja svojevrsnu prinudu na poverioca da svoje pravo blagovremeno vrši. U tom smislu vid. Helmut Köhler, *BGB Allgemeiner Teil*, München, 2013, 258, par. 18. Istovremeno, zastarelost sprečava poverioca da zahteva od dužnika ispunjenje već ispunjene obaveze, koju okolnost zbog protoka vremena dužnik ne može da dokaže. Vid. V. Vodinelić, *op.cit.*, 522, J. Radišić, *op.cit.*, 362. M. Vedriš i P. Klarić u zastari prepoznaju tzv. destruktivno delovanje vremena u pravu. „...ono što je faktički već uklonjeno – potpuno je zrelo da i pravno propadne“. Vid. M. Vedriš, P. Klarić, *op.cit.*, 182. Isti smisao proizlazi iz odredbe ZOO kojom je propisano da do prekida zastarevanja ne dolazi ukoliko poverilac pozove dužnika da obavezu ispuni, usmeno ili pismeno (čl. 391), već podizanjem tužbe i svakom drugom poveriočevom radnjom preduzetom protiv dužnika pred sudom ili drugim nadležnim organom, u cilju utvrđivanja ili obezbeđivanja potraživanja (čl. 388). Vid. Presudu Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 11680/2010(2) od 23.02.2011. godine.

²⁹ U suprotnom bi se narušio i smisao materijalne pravnosnažnosti. Naime, „nastupanjem materijalne pravnosnažnosti svi procesni subjekti, ponekad i širi krug lica, bivaju, snagom zakonske istine, vezani utvrđenjem suda o postojanju spornog subjektivnog prava“. Cit. prema: Ranko Keča, u: Ranko Keča, Marko Knežević, *Građansko procesno pravo – Priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Beograd 2016, 305. O zaustavljanju zahteva vid. Marko Knežević, „Krug opozicionih razloga u prigovoru protiv rešenja o izvršenju na osnovu izvršne isprave“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4/2014, 343.

penzacije. Ne možemo da ne primetimo da se ovim kompenzat lišava pravne zaštite preobražajnog prava. Tačnije, nije mu ni data mogućnost da ga vrši. Teško je prihvatiti da je to bila stvarna namera redaktora.

Ukoliko pretpostavimo da ipak jeste, navedeno rešenje sukoba kompenzacije i zastarelosti može se braniti potrebom pravne sigurnosti i zaštite savesnih učesnika u pravnom prometu. Naime, kompenzant i nakon nastupanja zastare ima zahtev³⁰ prema dužniku, te njegova izjava o kompenzaciji nije *a priori* izraz nesavesnog i nepoštenog poslovanja. Osim toga, kako je prigovor zastarelosti pravo dužnika, poverilac nije u obavezi da se stara o tome da li će ga ovaj vršiti ili ne. A dužnik to može učiniti bilo kad, jer (vansudski) prigovor zastarelosti nije vremenski ograničen. Time bi kompenzant koji računa sa tim da je svoju obavezu ugasio obračunavanjem sa zastarelom bio doveden u nepovoljnu poziciju, ukoliko bi se naknadnim prigovorom zastarelosti kompenzacija stavila van snage (npr. obaveza plaćanja zakonskih kamata i za vreme za koje je kompenzant verovao da nije dužnik).

Savesno i pošteno postupanje nije obavezujuće samo za dužničku stranu u obligacionim odnosima. Ono predstavlja imperativ u vršenju građanskih subjektivnih prava u opšte, bez obzira na njihov osnov nastanka. Stoga nam se čini da je zakonodavac, u nastojanju da precizno reguliše sporne situacije u vezi sa prebijanjem potraživanja od kojih je jedno utuživo, a drugo nije (ali je ipak potraživanje), stvorio jedno praktično (a i pravno) nesigurno stanje.

Jezička redakcija ne ostavlja (dovoljno) prostora za drugačije tumačenje – da prigovor zastarelosti može da ukine kompenzaciju, čime bi se zaštitio i savesni dužnik zastarele obaveze. Sudsko odlučivanje je svedeno na utvrđivanje vremenske dimenzije učinjenih izjava, jer je ta okolnost od značaja za primenu sporne odredbe. Štaviše, ni Nacrt Građanskog zakonika Srbije, kojim se postojeće rešenje u celosti preuzima³¹, u tom pogledu neće doneti ništa novo. Time se neopravdano sužava mogućnost da se za svaki konkretan slučaj, odmeravanjem interesa, iznađe rešenje kojim se zadovoljava vredniji. Navedena prenормiranost u pitanju potraživanja koja se mogu ugasiti prebijanjem više šteti nego što doprinosi pravnoj sigurnosti. Tvrdnja je svakako podstaknuta činjenicom da bi sud, u odsustvu izričite norme, imao veću slobodu da u konkretnom slučaju stvori pravilo saglasno osnovnim pravnim principima. Tu, pre svega, mislimo na načelo savesnosti i poštenja, o kojem vodi računa *ex officio*.

³⁰ Više o zahtevu vid. Marko Knežević, „Teret dokazivanja nedozvoljenosti imisija kao pretpostavke negatornog zahteva“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4 (2013), 356-361; Slavica Krneta, „Evolucija pojma „zahtjev“ i njegov odnos prema subjektivnom pravu“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, XIII (1975), 297-309.

³¹ Čl. 538 Nacrta Građanskog zakonika Srbije, dostupno na http://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/260615-nacrt_gradjanskog_zakonika.html, 01.12.2016.

3.1.1. Načelo savesnosti i poštenja

Savesnost i poštenje predstavljaju temelje celokupnog pravnog sistema, a u obligacionom pravu zauzimaju centralno mesto. U normativnom smislu, načelo savesnosti i poštenja svrstano je u osnovna načela Zakona o obligacionim odnosima. Odnosnom zakonskom odredbom uspostavlja se imperativ za učesnike obligacionih odnosa da se prilikom zasnivanja i ostvarivanja prava i obaveza pridržavaju ovog načela.³² Time se postavlja granica i drugom temeljnom principu obligacionog prava, slobodi volje, zbog čega se s razlogom ističe da je zahtev za savesnim i poštenim vrhovni princip obveznih odnosa.³³ Drugim rečima, nastanak i vršenje obligacionih prava ne sme da bude u suprotnosti sa savesnim i poštenim. Ovo pravilo je prožeto nizom zakonskih odredaba i instituta,³⁴ ali ono obavezuje i izvan normativnih okvira. Savesno i pošteno unosi etičnost u slobodu volje titulara građanskih subjektivnih prava,³⁵ zbog čega je u modernoj civilistici univerzalno obavezujuće. Štaviše, u uporednom pravu, pre svega nemačkom, se iz ovog principa razvio poseban institut gubljenja prava, koji nam se, s aspekta našeg problema, čini posebno zanimljivim. Ukratko ćemo ga izložiti.

3.1.1.1. *Verwirkung* nemačkog prava – gubljenje zahteva nevršenjem

Načelo savesnosti i poštenja (*Treu und Glaube*, §242 BGB) predstavlja i u nemačkom pravu opšti princip. Prema odnosnoj odredbi, dužnik ima obavezu da činidbu ispuni na način koji je u skladu sa načelom poštenja i savesnosti, a imajući u vidu običaje u prometu.³⁶

S obzirom na to da je reč o imperativnoj odredbi, sud se po službenoj dužnosti stara o savesnom i poštenom. Konkretno, u rešavanju sporne situacije, sud ovo opšte pravilo prilagođava određenoj situaciji, te snagom argumenata stvara jedno posve novo pravilo, u granicama formalnog pravnog poretka.³⁷ Takvom,

³² Čl. 12 ZOO.

³³ D. Medicus, S. Lorenz, *op.cit.*, Rn 139, 73.

³⁴ V. čl. 54, čl. 61, čl. 66, čl. 74, čl. 104, čl. 135, čl. 136, čl. 215, u vezi sa čl. 210, čl. 262, čl. 264, čl. 443, čl. 816 ZOO.

³⁵ O. Antić, *op.cit.*, 39.

³⁶ Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 24. Mai 2016 (BGBl. I S. 1190) geändert worden ist, §242.

³⁷ Reč je o tzv. sudijskom stvaranju prava, koje je u germanskim pravnim sistemima nesporno značajno. Kako se navodi, „pod sudijskim pravom (pravo prejudikata, precedentno pravo) podrazumevaju se normativna pravila koja se koriste prilikom obrazlaganja odluka sudova, pre svega najviših, i koja ne predstavljaju prosto ponavljanje pozitivnopravnih propisa....Ne radi se, dakle, o sudskoj odluci pojedinog slučaja koja pravnosnažno okončava spor između strana, već se radi o opštijim pravilima koja služe kao njegovo obrazloženje i koja se nalaze na nivou apstrakcije, između zakonskih pravila i odluke pojedinačnog slučaja.“ Cit. prema: Franc Bidlinski, *Pravna metodo-*

stvaralačkom ulogom suda, načelo savesnosti i poštenja se proširilo i izvan normativnog okvira: ono počinje obavezivati i poverilačku stranu, ali i titulare svih građanskih subjektivnih prava. Upravo sudijskim rezonovanjem se razvila, a kasnije u pravnoj teoriji i konačno uobličila, posebna ustanova gubljenja prava usled nevršenja, odnosno neopravdanog odugovlačenja u vršenju prava (*Verwirkung*).³⁸

Gubljenje pravne pozicije, kako se u literaturi precizno navodi, zasnovano je zapravo na povredi obaveze svih nosilaca (pravnih pozicija) da se savesno i pošteno staraju o ostvarivanju prava. Naime, ukoliko titular svoje pravo ne vrši duži vremenski period, bez opravdanih razloga koji se cene spram okolnosti svakog konkretnog slučaja, a pri tom se objektivnim vrednovanjem može utvrditi da je kod dužnika stvoren utisak da ga neće ni vršiti, takvo nečinjenje se smatra nesavesnim, čak zloupotrebom prava, zbog čega se ono gubi, prestaje.³⁹ Sledstveno, izgubiti se mogu sva subjektivna prava, čak i ona koja su neograničenog trajanja (pre svega, apsolutna, ali i ona relativna koja nastaju ugovorom koji nije vremenski ograničen).

Polazeći od toga da je titular slobodan da odluči da li će ili neće vršiti svoje pravo, druga lica se nalaze u stanju neizvesnosti u pogledu njegove „odluke“, pa time i pravne nesigurnosti. Sud odmeravanjem pozicija poverioca i dužnika u konkretnom slučaju može da odluči da je neispunjenju obaveze dužnika prethodilo nesavesno nevršenje prava poverioca, zbog čega može da uskrati pravnu zaštitu. Time, zapravo, sud štiti jednu višu vrednost od one koja je izražena u normativno priznatom zahtevu poverioca: poverenje koje dužnik ima prema savesnom i poštenom u pravnom prometu,⁴⁰ njegovo pouzdanje u ponašanje poverioca,⁴¹ odnosno još važnije – pravnu sigurnost.⁴²

logija – osnove nauke o pravnim metodama, Prevela sa nemačkog: Ivana Marković, Podgorica 2011, 113.

³⁸ D. Medicus, S. Lorenz, *op.cit.*, Rn 151, 155, 78-79.

³⁹ Slavica Krneta, „Povreda „načela savjesnosti i poštenja“ kao razlog prestanka subjektivnih građanskih prava“, *Odaabrane teme privatnog prava – zbornik radova*, 15, H.Köhler, *op.cit.*, 253.

⁴⁰ D. Medicus, S. Lorenz, *op.cit.*, Rn 151, 78

⁴¹ S. Krneta, *op.cit.*, 14

⁴² Sud je tako, u jednom slučaju, ocenio da su, za određene vremenske periode, potraživanja na ime izdržavanja usled nevršenja izgubljena. Sud je ocenio da su se za pojedina potraživanja stekle potrebne pretpostavke da bi po ovom osnovu došlo do gubljenja prava, kako pretpostavka koja se odnosi na vremenski period nevršenja prava (*Zeitmoment*), tako i ona koja se odnosi na okolnosti konkretnog slučaja (*Umstandsmoment*). Tako se u obrazloženju, između ostalog navodi: „Shodno iskustvu, dužnik izdržavanja... može da prilagodi svoje uslove života prihodima koji mu stoje na raspolaganju, tako da on pri neočekivanim naknadnim zahtevima za izdržavanje ne može da posegne u uštedevinu, te tako, po pravilu, dospe u težak položaj“, BGH, Versäumnisurteil vom 22. November 2006 – XII ZR 152/04, dostupno na http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/xii-zr152_04.htm, 07.12.2016. godine.

Kada je reč o vremenskom ograničenju vršenja prava u smislu zastarelosti, nemačka teorija ističe da je gubljenje pravne pozicije moguće i pre nego što istekne period zastarelosti, ali se tada postavljaju viši kriterijumi u pogledu držanja dužnika i poverenja koje on ima prema poveriocu, a koje se ovim institutom štiti.⁴³ Razlog tome je činjenica da je zakonodavac propisivanjem rokova i posledica zastarelosti već obezbedio pravnu sigurnost. Stoga, ukoliko su zastarni rokovi kraći u pogledu konkretnih potraživanja, do gubljenja prava ređe dolazi.⁴⁴ Obrnuto, ukoliko su oni duži, „pravna sigurnost opravdava da se, i pored toga što nisu protekli rokovi zastarelosti, onemoguću ovlašćenik u vršenju formalno valjanog prava jer ga je na očit način zanemario i to u tolikoj mjeri da se je drugi pouzdao i oslonio na njegovo ponašanje.“⁴⁵ Zbog toga je moguće da pravo prestane i pre nego što istekne period u kojem poverilac može prinudnim putem ostvariti svoje potraživanje, odnosno pre isteka roka potrebnog za zastarelost.

U nemački pravni sistem, ovaj institut je ušao još u prvim godinama važenja Građanskog zakonika. Istina, s obzirom na to da se *Verwirkung* primenjuje samo izuzetno, u ranijem periodu se prepoznavao pretežno u oblasti trgovačkog i radnog prava.⁴⁶ Danas ima univerzalni karakter, opšteprihvaćenu afirmaciju načela savesnosti i poštenja, kao ograničenja u slobodnom vršenju svih građanskih subjektivnih prava.⁴⁷ Time se, međutim, ne menja činjenica da se na ovaj način prava mogu izgubiti samo izuzetno, ukoliko to proizlazi iz svih okolnosti konkretnog slučaja.⁴⁸ U obzir se uzima priroda prava, vrsta pravnog posla, visina zahteva, držanje poverioca i dužnika. Štaviše, na ovaj način moguće je da prestane i zahtev iz apsolutnog prava, što naravno ne dovodi do gubljenja samog prava, već zahteva prema određenom licu prema kome zakasnelo vršenje predstavlja povredu savesnosti i poštenja.⁴⁹

⁴³ D. Medicus, S. Lorenz, *op.cit.*, Rn 151, 78

⁴⁴ Okolnosti pod kojima se gube potraživanja za koja je predviđen kratak rok zastarelosti (tri godine) se ispituju izuzetno strogo. BGH, Versäumnisurteil vom 22. November 2006 – XII ZR 152/04, dostupno na http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/xiizr152_04.htm, 07.12.2016. godine i BAG, Urteil vom 11. Dezember 2014, Az, 8 AZR 838/13, dostupno na <https://openjur.de/u/761570.html>, 07.12.2016.

⁴⁵ Cit. prema: S. Krneta, *op.cit.*, 15

⁴⁶ S. Krneta, *op.cit.*, 17-19.

⁴⁷ D. Medicus, S. Lorenz, *op.cit.*, 78, 79.

⁴⁸ U jednom slučaju, sud je ocenio da zakupci ne gube zahtev za povraćaj isplaćenog kod neosnovanog jednostranog uvećanja zakupnine samo zbog toga što su prvobitno isplatili tako određen iznos. U obrazloženju, sud je naveo da tužilja i njen muž bezrezervnim plaćanjem nisu stvorili takve okolnosti usled kojih bi tuženi kao zakupodavac mogao da se pouzda u to da zakupci zahtev za povraćaj više neće isticati., BGH, Urteil vom 20. Juli 2005 – VIII ZR 199/04, dostupno na <https://openjur.de/u/225500.print>, 16.12.2016. godine.

⁴⁹ S. Krneta, *op.cit.*, 19

3.1.1.2. Gubljenje zahteva nevršenjem u našem pravu

U periodu pre donošenja ZOO, sudovi su u savesnom i poštenom prepoznali kriterijum ocene osnovanosti tužbenih zahteva. U pravnoj literaturi se najčešće navode dve takve odluke, obe proistekle iz istih pravnih situacija: kupac, kao poverilac obaveze na predaju stvari, nakon dospelosti svog potraživanja nije vršio svoje pravo, odnosno nije zahtevao isporuku, niti raskid ugovora (uz naknadu štete). Vrhovni privredni sud je, doduše sa nešto drugačijom pravnom argumentacijom, ali pozivom na načelo savesnosti i poštenja, odbio zahtev kupca za prinudno ispunjenje ugovora,⁵⁰ budući da duži vremenski period nije tražio njegovo izvršenje.

Donošenjem ZOO načelo savesnosti i poštenja⁵¹ je svrstano u rang obavezujućih pravila. Ipak, vreme koje je od tada proteklo nije mnogo doprinelo tome da se ovaj, pre svega etički princip, nametne iznad formalnog prava u onoj meri koja je neophodna da se održi pravna sigurnost.

Novija sudska praksa oskudeva u odlukama u kojima bi se mogla prepoznati ovakva afirmacija savesnog i poštenog, iako o tome vodi računa po službenoj dužnosti. Pretežno, sud ovim načelom obrazlaže svoju odluku koja je saglasna zakonskim ili ugovorenim pravilima postupanja⁵², ali okleva kada je potrebno odbiti zaštitu očiglednog prava.⁵³ Ipak, u jednom sporu, sud je odbio zahtev tužioca zbog toga što je odugovlačio sa njegovim prinudnim ostvarivanjem. „U konkretnom slučaju, tužiocu je priznato subjektivno pravo na naknadu za korišćenje video kasete... Cilj ustanovljenja subjektivnog prava na naknadu, nije da se ono proteže u nedogled, pa u konkretnom slučaju prvostepeni sud nije cenio da li je ponašanje tužioca... protivno načelu savesnosti i poštenja. U konkretnom slučaju, tužilac je imao mogućnost da podnese tužbu i u toku 2006. i 2007. (dve godine od dospelosti obaveze dužnika, *prim. autora*), a isti je to učinio tek polovinom 2008.“⁵⁴ Štaviše, iz navedene odluke se može zaključiti da je zahtev odbijen i pored činjenice da nije protekao predviđeni rok zastarelosti.

Na istim premisama počiva i niz normativnih rešenja. Primerice, ugovor se može poništiti zbog postojanja mana volje u određenim rokovima.⁵⁵ Ili, nesavesni

⁵⁰ Presuda Vrhovnog privrednog suda, Sl 639/69 od 5.4.1962. i Presuda Vrhovnog privrednog suda Sl 81/56 od 28.02.1956, analizirane u: S. Krneta, *op.cit.*, 23-26. U istom smislu i: Vladimir V. Vodinelić, *Takozvana zloupotreba prava*, Beograd 1997, 91

⁵¹ Čl. 12 ZOO

⁵² Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 142/2005 od 14.04.2005. godine, Presuda Višeg trgovinskog suda u Beogradu, Pž. 1079/2002 o 20.03.2002. godine.

⁵³ Argumentacijom koju pruža celokupan pravni sistem, naročito njegov kogentni deo, uz dovoljno kritičkog promišljanja, mogla bi da se opravda takva sudska odluka.

⁵⁴ Presuda Osnovnog suda u Kraljevu P 1320/10 od 25.3.2010. godine i Rešelje Višeg suda u Kraljevu, 2Gž. 870/10 od 22.7.2010. – Bilten sudske prakse Višeg suda u Kraljevu 3/2010.

⁵⁵ Čl. 117 ZOO

vlasnik zemljišta na kojem savesni gradilac podiže objekat gubi pravo svojine na delu zemljišta na kojem je objekat sagrađen.⁵⁶

Dakle, i u našem pravu, odbijanje tužbenog zahteva iz razloga o kojima sud vodi računa po službenoj dužnosti dovodi, zapravo, do gubljenja prava.

3.1.1.3. Konačno: da li je moguća kompenzacija kompenzantovog zastarelog potraživanja?

Osvrnemo li se na naš primer, odnosno hipotetički problem, mogli bismo da zaključimo da je kompenzacija moguća, makar i izuzetno, i ako prigovor zastarelosti bude istaknut nakon izjave o prebijanju.

U okolnosti da je kompenzant odlučio da vrši svoje pravo onda kada je i sam postao dužnik, a da se prethodno držao potpuno pasivno, nije teško pronaći elemente nesavesnog i nepoštenog vršenja. Još preciznije, reč je o protivrečnom postupanju, koje je u obligacionim odnosima najčešći vid zloupotrebe prava.⁵⁷ Kod dužnika je poverilac takvim ponašanjem stvorio uverenje da svoje pravo neće ostvarivati, a potom izjavom volje sprečio dužnika da ostvari i svoje utuživo potraživanje i svoje preobražajno pravo da prigovorom zastarelosti odbije zahtev. Naravno, odluka o dopuštenosti u konkretnom slučaju trebalo bi da bude rezultat sudijske ocene svih relevantnih okolnosti: predmeta dugovane prestacije, vremena koje je proteklo u nevršenju ili od nastupanja zastarelosti, ponašanja poverioca u datim okolnostima, ponašanja dužnika. U vezi sa potonjim, značajan momenat svakako bi mogao da bude i trenutak u kojem će se, nakon izjave o prebijanju, pozvati na zastarelost, jer bi i njegovo odugovlačenje moglo da bude odraz nesavesnog postupanja. Zahtev pravne sigurnosti, pak, nalaže da dopuštenost bude izuzetak, a ne pravilo.⁵⁸

Nedostatak stvaralačke uloge suda donekle možemo da pripišemo kogentnoj redakciji odnosne odredbe.

⁵⁶ Shodno čl. 24 Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa, Službeni list SFRJ, br. 6/80 i 36/90, Službeni list SRJ, br. 29/96, Službeni glasnik RS, br. 115/2005.

⁵⁷ U tom smislu vid. V.V. Vodinelić, *Takozvana zloupotreba prava*, Dragoljub Stojanović, „Zabrana zloupotrebe prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3-4/79, 379-390, Dragoljub Stojanović, „Venire contra factum proprium“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1-3/72, 527-535, Slobodan Perović, „Granice slobode ugovaranja“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 5-6/71, 489-519.

⁵⁸ Zanimljivo je rešenje koje predviđa skandinavsko pravo. Naime, da bi se otklonila neizvesnost u situacijama kada poverilac ne vrši svoje pravo i nakon što je obaveza dospela, dužnik obaveze treba da postavi poveriocu poseban upit da li, i pored zakašnjenja, želi činićbu. Ernst Rabel, *Das Recht des Warenkaufs*, 1. Band, Berlin 1964, 4. Navedeno u: S. Krneta, *op.cit.*, 27.

3.2. Potraživanje kompenzata je zastarelo

Kada izjavu o prebijanju daje dužnik zastarele obaveze, ne postoji dilema u pogledu pravnog dejstva takve izjave: kompenzant gasi svoju (zastarelu) obavezu, žrtvovanjem utuživog potraživanja. Izjava o prebijanju nije ništa drugo do jednostrani pravni posao, kojim se obaveza gasi nezavisno od toga da li je dužnik znao za nastupanje zastarelosti ili ne.⁵⁹ Razumljivo, izjava data pod pretnjom, prinudom ili prevarom (ne i u zabludi) može da bude poništena.⁶⁰

Ukoliko bi, eventualno, izjava o prebijanju bila osnov prestanka, a da su za sam prestanak obaveze potrebne i posebne činidbe (npr. sprovođenje u poslovnim knjigama)⁶¹, ona bi se smatrala odricanjem od zastarelosti, čak i kada nije data u pisanoj formi. Takva kvalifikacija proizlazi upravo iz načela savesnosti i poštenja,⁶² zbog čega bi sud morao da odbije naknadno istaknuti prigovor zastarelosti kao neosnovan.

4. ZAKLJUČAK

U nastojanju da precizno reguliše pitanje kompenzacije kao načina prestanka obaveza, zakonodavac je, čini se, otvorio prostor za konfuziju i pravnu nesigurnost u pogledu kompenzacije zastarelog potraživanja, i to prvenstveno kada je reč o prebijanju do kojeg dolazi vansudski, jednostranom izjavom volje kompenzanta. Tu razlikujemo dve situacije, u zavisnosti od toga kome pripada zastarelo potraživanje. U slučaju kada je potraživanje kompenzata zastarelo, tj. kada se dužnik zastarele obaveze javlja u ulozi kompenzanta, lica koje daje izjavu volje o prebijanju, on izjavom gasi svoju zastarelu obavezu žrtvujući, pritom, svoje utuživo potraživanje. Ovakvo dejstvo izjave kompenzanta, dužnika zastarele obaveze, nastupa bez obzira na to da li je ovaj znao za zastarelost ili ne.

U drugom slučaju, poverilac zastarelog potraživanja je taj koji daje izjavu volje o prebijanju, kompenzant. Međutim, odgovor na pitanje kakvo je dejstvo izjave volje kompenzanta, poverioca zastarelog potraživanja, nije sasvim lako dati, imajući u vidu odredbe Zakona o obligacionim odnosima kojim se reguliše mogućnost prebijanja zastarelog potraživanja. Tako, u Zakonu je načelno predvi-

⁵⁹ Čl. 367 ZOO

⁶⁰ B. Loza, *op cit.*, 839, B. Vizner, *op cit.*, 1307.

⁶¹ „...Međutim, u konkretnom slučaju, kompenzacija nije registrovana u izvodima žiro-računa učesnika kompenzacije, pa su nižestepeni sudovi pravilno primenili materijalno pravo, pošto su utvrdili da obaveza tuženog nije prestala...” (Iz presude Vrhovnog suda Srbije, Prev. 634/00 od 27. decembra 2000. godine).

⁶² „...svako ponašanje dužnika koje prema načelu savesnosti i poštenja iz člana 12 ZOO predstavlja potvrdu dužnikove obaveze prema poveriocu predstavlja priznanje duga...” (Iz presude Vrhovnog suda Srbije, Prev. 142/2005 od 14.04.2005.).

deno da se zastarelo potraživanje može kompenzovati ukoliko nije bilo zastarelo u trenutku kada su se stekli uslovi za prebijanje. Međutim, u drugom stavu istog člana predviđeno je da i takvo potraživanje može biti kompenzovano, s tim da do kompenzacije neće doći ukoliko je dužnik istakao prigovor zastarelosti.

Jezička redakcija navedene odredbe upućuje na to da je potrebno da dužnik zastarelog potraživanja istakne prigovor zastarelosti pre nego poverilac da izjavu o kompenzaciji, da bi je sprečio. S druge strane, ista odredba mogla bi da se tumači i na način da dužnik zastarele obaveze svojim naknadno istaknutim prigovorom može ukinuti kompenzaciju koja je nastupila u trenutku izjave volje kompenzanta, odn. poverioca zastarelog potraživanja.

Prvo rešenje prema kojem je potrebno da prigovor zastarelosti prethodi izjavi kompenzacije da bi sprečio njen nastanak, ne čini se saglasnim cilju koji je zakonodavac imao u vidu prilikom regulisanja zastarelosti. Naime, protekom roka zastarelosti, dužnik stiče preobražajno pravo da odbije poveriočev zahtev za ispunjenje dugovane prestacije. Stoga, rešenje prema kojem prigovor zastarelosti sprečava kompenzaciju samo ako prethodi izjavi značilo bi da se izjavom o prebijanju dužnik zastarele obaveze sprečava da vrši svoje preobražajno pravo da otkloni poveriočev zahtev iako samog zahteva nije ni bilo.

Sa druge strane, tumačenje prema kojem dužnik zastarele obaveze može prigovorom zastarelosti ukinuti kompenzaciju, moglo bi poverioca dovesti u nepovoljnu situaciju. Kako je i zastarelo potraživanje i dalje potraživanje, njegovo vršenje po proteku roka zastarelosti ne znači *a priori* nesavesno postupanje poverioca. Takođe, kako prigovor zastarelosti dužnika nije vremenski ograničen, te bi dužnik mogao ovaj prigovor istaći u bilo kom trenutku uprkos verovanju poverioca zastarelog potraživanja (kompenzanta) da je kompenzacijom prestala i njegova obaveza prema dužniku potraživanja koje je zastarelo (kompenzatu).

Dakle, u ovom slučaju vansudske jednostrane kompenzacije zastarelog potraživanja, možemo govoriti o sukobu dva pravna interesa: efikasnosti pravnog prometa (koja se nastoji obezbediti putem kompenzacije međusobnih potraživanja) i pravne sigurnosti (čijem ostvarenju služi, između ostalih, i institut zastarelosti, kao sredstvo uspostavljanja ravnoteže između faktičkog i pravnog stanja).

Kao rešenje za prevazilaženje ovog problema, u radu je predložena primena načela savesnosti i poštenja. S tim u vezi, kao pozitivan primer primene načela savesnosti i poštenja, naveden je institut gubljenja prava usled nevršenja (*Verwirkung*) koji je razvila nemačka sudska praksa. Naime, do gubitka prava, odnosno pravne pozicije dolazi ukoliko titular ne vrši svoje pravo duži vremenski period, pri čemu je kod dužnika, s obzirom na ukupno ponašanje poverioca, stvoreno uverenje da ga titular neće ni vršiti. Naknadno vršenje prava od strane poverioca suprotno njegovom dotadašnjem držanju čini ga nesavesnim, odnosno ukazuje na zloupotrebu prava. S obzirom na to da na ovaj način može doći do gubljenja pra-

va i pre isteka roka zastarelosti, kao i na to da sud o savesnom i poštenom postupanju učesnika građanskopravnog odnosa vodi računa po službenoj dužnosti, ovaj pravni institut može poslužiti kao pogodno sredstvo da se spreči pravno dejstvo kompenzacije potraživanja onda kada bi njegovo nastupanje, s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja, ugrozilo pravnu sigurnost. S tim u vezi, da bi došlo do gubitka prava po ovom osnovu, jasno definisanim pretpostavkama koje moraju biti ispunjene u svakom konkretnom slučaju obezbeđuje se samo izuzetna primena ovog instituta.

*Sanja M. Radovanović, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Radovanovic@pf.uns.ac.rs*

*Nikolina B. Mišćević, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
N.Miscevic@pf.uns.ac.rs*

Unilateral Offsetting of an Expired Claim

Abstract: *Offsetting (compensation) represents a way of termination of an obligation by calculating mutual claims and debts between the offsetting parties. Which claims or debts can be an object of offsetting is regulated by the Law. In most of legal systems, conditions for the offsetting can be reduced to reciprocity, maturity, homogeneity and enforceability of the claims. With regard to the latter, the issue of the expired claims is especially interesting. Our legislator has opted for the dominant opinion in the modern theory of civil law that the expired claims, in principle, cannot be offset. However, in certain cases, such a possibility is not excluded. By this is meant, firstly, the offsetting of the claims which were not expired at the moment when the conditions for the offsetting materialized. Secondly, the legislator stipulates that the offsetting is also possible when the claim had expired before it could have been terminated by the offsetting, if the statement of offsetting was given before raising the objection of expiration. In the paper, precisely this latter will be discussed, because the linguistic interpretation of the relevant provision raises many questions.*

Keywords: *offsetting, expiration, objection, the principle of good faith, the principle of abuse of rights.*

Datum prijema rada: 20.12.2016.

*Dr Petar M. Đundić, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
P.Djundic@pf.uns.ac.rs*

OBAVEZA TRANSPARENTNOG PONAŠANJA DRŽAVE PRIJEMA ULAGANJA PREMA STRANOM ULAGAČU*

Sažetak: *Odredbe o obavezi transparentnog ponašanja države prijema ulaganja prema stranim ulagačima sve češće nalaze svoje mesto u dvostranim međunarodnim sporazumima o zaštiti ulaganja. Njihov cilj je da se ulagaču obezbede sve informacije koje se odnose na pravni okvir ulaganja i koje su mu neophodne kako bi mogao da donese odluku u vezi sa svojim ulaganjem. Pojedine odredbe o transparentnosti su po svom domašaju toliko široke da zahtevaju od države prijema da ulagaču omogućući učešće u postupku donošenja državne mere koja bi mogla pogoditi njegove interese. Sa druge strane, arbitražna praksa tradicionalno vidi obavezu transparentnog ponašanja kao jedan od elemenata sadržine standarda poštenog i pravičnog tretmana, mada još uvek nije obezbedila dovoljno jasan odgovor na pitanje kakva je tačno uloga ovog elementa i kakav je njegov odnos prema drugim elementima standarda. U ovom radu sadržana je analiza odredaba o transparentnosti u dvostranim sporazumima o zaštiti ulaganja Republike Srbije. Drugi deo rada je posvećen analizi arbitražnih odluka u kojima je o obavezi transparentnog ponašanja države odlučivano kao o elementu standarda poštenog i pravičnog tretmana.*

Ključne reči: *zaštita stranih ulaganja, transparentnost, dvostrani sporazumi o zaštiti ulaganja, pošten i pravičan tretman.*

1. UVOD

Prema shvatanju iskazanom u studiji Konferencije Ujedinjenih nacija za trgovinu i razvoj (*United Nations Conference on Trade and Development – UNCTAD*),

* Rad je nastao kao rezultat istraživanja u 2016. godini u okviru Projekta „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

pojam transparentnosti je tesno povezan sa pitanjima podsticanja i zaštite stranih ulaganja.¹ Transparentnost, prema ovom dokumentu, označava stanje u kojem su učesnici u postupku ulaganja u poziciji da jedni od drugih dobiju informacije dovoljne da bi na osnovu njih mogli da donesu odgovarajuće odluke i ispunjavaju svoje obaveze u vezi sa ulaganjem.² Prema jednom drugom, širem gledištu, ovaj pojam je osnova materijalnopravnog elementa vladavine prava i u kontekstu pravnih normi koje služe zaštiti stranih ulagača on je ujedno i temelj postojanja pravnog režima zaštite, jer je posledica jednostavnog aksioma – da bi se subjekti prava poštovali pravne norme one im prethodno moraju biti poznate.³

Mada se u savremenim uslovima sve češće govori o „dvostranosti“ obaveze transparentnog ponašanja, u smislu da ona podrazumeva obaveze i za stranog ulagača a ne samo za državu prijema ulaganja, tradicionalni cilj njenog uspostavljanja je bio da služi zaštiti ulagača, tako što bi eliminisala troškove i rizike povezane sa njihovim ulaganjima.⁴ Zbog toga se pojam transparentnosti javlja u dvostranim međunarodnim sporazumima o zaštiti i podsticanju ulaganja (eng. *Bilateral Investment Treaties*, u daljem tekstu: dvostrani sporazumi o zaštiti ulaganja)⁵ i pominje u arbitražnim sporovima koje pokreću ulagači protiv država prijema ulaganja, a čiju jurisdikcionu osnovu upravo čine ovakvi sporazumi. Nije, međutim, do kraja jasno u čemu se sastoji obaveza države. Da li ona podrazumeva samo dužnost države da objavi zakonske i podzakonske akte koji se odnose na materiju ulaganja? Da li se ona može posmatrati šire – kao dužnost države da saopšti ulagaču odluku koju je donela u vezi sa konkretnim investicionim projektom ili nameru da izmeni pravni režim ulaganja? Da li transparentnost podrazumeva jedino da su ulagaču u upravnom ili sudskom postupku koji vodi u cilju zaštite svojih prava dostupne informacije neophodne za vođenje postupka?

O obavezi transparentnog ponašanja koja je normirana dvostranim sporazumima o zaštiti ulaganja može se govoriti na dva načina. Prvo, ona se tradicionalno smatra elementom standarda poštenog i pravičnog tretmana ulagača (eng. *fair and equitable treatment standard*), koji neizostavno sadrže svi savremeni sporazumi ove vrste. Zbog toga se odgovori na neka od prethodno navedenih pitanja mogu pronaći u arbitražnoj praksi koja se odnosi na primenu ovog materijalnopravnog standarda zaštite. Sa druge strane, u određenom broju dvostranih spora-

¹ UNCTAD, *Transparency* (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements), New York and Geneva 2004, 1.

² *Ibid.*

³ Vid. K. J. Vandevelde (Vandevelde), *Bilateral Investment Treaties (History, Policy and Interpretation)*, New York 2010, 397.

⁴ UNCTAD, *Transparency* (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements), A Sequel, New York and Geneva 2012, 1.

⁵ Ovi sporazumi čine normativnu osnovu pravnog režima zaštite stranih ulaganja u savremenim uslovima. Vid. S. Đajić, O ciljnom tumačenju međunarodnih ugovora o zaštiti stranih ulaganja: od preambule do preambule, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2/2015, 578.

zuma o zaštiti ulaganja pojam transparentnosti se pominje izričito i uspostavljaju se obaveze država ugovornica čija sadržina varira, budući da zavisi od formula-cija upotrebljenih u samom sporazumu. Cilj ovog rada je da pruži prikaz arbitra-žnih odluka u kojima potencijalna odgovornost države za povredu prava stranog ulagača zavisila od poštovanja načela transparentnosti kao dela standarda pošte-nog i pravičnog tretmana, da ih sistematizuje i da odgovor na pitanje u čemu se sastoji ponašanje države koje može dovesti do povrede obaveze transparentnog ponašanja. Pre toga, međutim, uputno je dati kratak prikaz odredaba o transpa-rentnosti u dvostranim sporazumima o zaštiti ulaganja koje je do danas zaključila Republika Srbija.

2. ODREDBE O OBAVEZI TRANSPARENTNOG PONAŠANJA U DVOSTRANIM SPORAZUMIMA O ZAŠTITI ULAGANJA REPUBLIKE SRBIJE

U dvostranim sporazumima o zaštiti ulaganja relativno retko se javljaju od-redbe koje izričito govore o obavezi transparentnog ponašanja država ugovornica.⁶ To je slučaj i sa sporazumima koje je zaključila Republika Srbija. Naime, od 52 dvostrana sporazuma o zaštiti ulaganja u kojima je jedna od ugovornih strana naša zemlja,⁷ tek 13 sadrži pominjanje pojma transparentnosti. Ovi sporazumi se mogu podeliti u nekoliko kategorija prema obimu i složenosti obaveza koje ustanovljavaju. U prvu kategoriju spadaju oni u kojima se obaveza države ugo-vornice u kontekstu stvaranja povoljnih uslova za ulaganje ulagača iz druge dr-žave ugovornice pominje na opšti način, bez bilo kakvog dodatnog kvalifikativa. To je, na primer, slučaj sa st. 1 čl. 2 sporazuma na snazi između Srbije i Kipra:

„Svaka Strana ugovornica će podsticati i stvarati stabilne, jednake, povoljne i *transparentne* uslove za ulagače druge Strane ugovornice kako bi vršili ulaganja na njenoj teritoriji i dozvoljavati takva ulaganja u skladu sa svojim zakonima i propisima.“⁸

Osim načelne obaveze stvaranja transparentnih uslova za ulaganje ulagača iz druge države ugovornice, čini se da ovakva odredba ne zahteva preduzimanje aktivnosti izvan onih koje i inače spadaju u delokrug državnih organa – objavlji-vanje zakona i drugih propisa koji se odnose na ulaganje.

⁶ Vid. K. J. Vandeveld, 398.

⁷ Spisak sporazuma je dostupan na internet stranici Komisije Ujedinjenih nacija za trgo-vinu i razvoj: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/187>.

⁸ *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 14/2005. Naglasak autora. Identičnu odred-bu sadrže dvostrani sporazumi zaključeni sa Austrijom (2001), Mađarskom (2001), Libijom (2004) i Slovenijom (2002).

U drugoj grupi se nalaze sporazumi koji sadrže detaljnije razrađene odredbe o transparentnosti. Njima je posebno regulisana obaveza objavljivanja pojedinih informacija koje mogu uticati na ulaganje ili primenu sporazuma. Tako sporazum sa Finskom predviđa:

„Svaka Strana ugovornica će odmah objaviti, ili na drugi način učiniti javno dostupnim, svoje zakone, propise, procedure i administrativna pravila kao i opšte primenljive sudske odluke, kao i međunarodne sporazume koji se mogu odnositi na ulaganja ulagača druge Strane ugovornice na teritoriji prve.“⁹

U pojedinim sporazumima iz ove kategorije obaveza je ograničena na objavljivanje zakona i propisa i dodatno uslovljena time da se objavljivanje vrši „u skladu sa zakonima i propisima“ države ugovornice i „u meri u kojoj je to moguće“.¹⁰ Sa druge strane, postoje sporazumi kojima se nameće znatno šira obaveza države da obezbedi pristup javnosti ne samo zakonima, propisima, upravnim i sudskim odlukama, već i „direktivama“ i „smernicama“ koje mogu uticati na primenu sporazuma ili na ulaganje ulagača druge države ugovornice.¹¹ Potrebno je istaći da ovakve, široko definisane odredbe o transparentnosti sa sobom nose značajno opterećenje u finansijskom i tehničkom smislu za države prijema ulaganja, posebno kada je reč o zemljama u razvoju.¹²

Među dvostranim sporazumima o zaštiti ulaganja Srbije posebno se izdvaja onaj zaključen sa Bosnom i Hercegovinom. Njegova specifičnost je u tome što sadrži obavezu država ugovornica da pruže informacije o načinu na koji zakoni, propisi, odluke, administrativne procedure, prakse ili politike druge države ugovornice mogu uticati na ulaganja obuhvaćena sporazumom, *na zahtev druge države ugovornice*.¹³

Konačno, najšire je postavljena obaveza država ugovornica u pogledu transparentnosti u sporazumu koji je Srbija 2014. godine zaključila sa Kanadom.¹⁴ Odredba čl. 12 koji je posvećen navedenom pitanju zahteva od ugovornica ne samo da učine dostupnim zakone, propise, postupke i odluke donete u upravnom postupku u stvarima koje se tiču sporazuma,¹⁵ već i da, na zahtev druge države ugovornice, pruže informaciju o uticaju koji državna mera može imati na ulaganje zaštićeno sporazumom.¹⁶

⁹ *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 10/2005, st. 1 čl. 15. Trebalo bi voditi računa o tome da se srpska verzija teksta sporazuma razlikuje od verzije na engleskom jeziku u kojoj se navodi obaveza objavljivanja administrativnih odluka („*administrative rulings*“). U verziji na srpskom jeziku se ova obaveza pominje kao obaveza objavljivanja „administrativnih pravila“.

¹⁰ Vid. st. 3 čl. 3 sporazuma sa Ujedinjenim Arapskim Emiratima (*Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 3/2013).

¹¹ Vid. st. 2 čl. 3 sporazuma sa Kuvajtom (*Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 2/2005).

¹² Vid. UNCTAD (2012), 18 i 20. Odredbe ovakvog karaktera sadrže još i sporazumi zaključeni sa Švajcarskom (2005), Azerbejdžanom (2011) i Indonezijom (2011).

¹³ Vid. st. 2 čl. 9 (*Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 12/2002).

¹⁴ *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 8/2015.

¹⁵ St. 1 čl. 12.

¹⁶ St. 3 čl. 12.

Ovaj sporazum je specifičan naročito zbog toga što predviđa da ulagač iz jedne države ugovornice, u određenoj meri učestvuje u postupku usvajanja mera koje mogu uticati na njegovo ulaganje. Naime, sporazum predviđa obavezu države ugovornice da, u meri u kojoj je to moguće, omogućiti zainteresovanom licu i drugoj državi ugovornici da se upoznaju sa predlogom mere koju namerava da usvoji i da ovim subjektima pruži „razumnu mogućnost“ da se izjasne o predlogu.¹⁷ Prema stavu koji je iznet u studiji Komisije Ujedinjenih nacija za trgovinu i razvoj od 2012. godine, postoji bojazan da bi odredbe ove vrste mogle da izlože proces odlučivanja u državama prijema ulaganja uticaju stranih kompanija.¹⁸

Neke od pomenutih odredaba nameću značajne obaveze i podrazumevaju aktivno delovanje državnih organa kakao bi izbegli optužbe da je došlo do povrede obaveze po osnovu dvostranog sporazuma o zaštiti ulaganja. Pomenuta normativna rešenja nisu, naravno, karakteristična samo za sporazume koje je zaključila Srbija i one se sve učestalije javljaju u međunarodnim ugovorima drugih zemalja. Ipak, u arbitražnoj praksi do sada nema primera za spor koji bi uključivao tvrdnju da je povređena odredba o transparentnosti. Optužbe ulagača da se država prijema ulaganja ponašala netransparentno su u praksi, barem za sada, isključivo vezane za tvrdnju da je država povredila standard poštenog i pravičnog tretmana ulaganja. U narednom delu rada biće reči o obavezi transparentnog ponašanja kao elementu standarda poštenog i pravičnog tretmana i tumačenju ove obaveze u arbitražnoj praksi.

3. OBAVEZA TRANSPARENTNOG PONAŠANJA DRŽAVE KAO DEO STANDARDA POŠTENOG I PRAVIČNOG TRETMANA ULAGANJA

Prema shvatanju koje je široko rasprostranjeno u pravnoj doktrini i arbitražnoj praksi, čak i kada dvostrani sporazum o zaštiti ulaganja ne sadrži izričitu odredbu o transparentnosti, obaveza države u tom pogledu je prisutna prećutno, preko odredbe o standardu poštenog i pravičnog tretmana.¹⁹ Međutim, ni u ovom kontekstu nije jasno u čemu se tačno sastoji ponašanje vlasti države prijema ulaganja koje može dovesti do povrede navedene obaveze. Arbitražne odluke u kojima se pominje pojam transparentnosti se najčešće zadržavaju na konstataciji da je transparentno ponašanje deo standarda poštenog i pravičnog tretmana. Tako arbitražni sud u predmetu *Saluka protiv Češke Republike*, tumačeći odredbu čl. 3 dvostranog sporazuma o zaštiti ulaganja između Češke i Holandije (1991) koja sadrži navedeni standard, konstatuje da:

¹⁷ St. 2 čl. 12.

¹⁸ UNCTAD, (2012), 22.

¹⁹ Vid., na primer, J. W. Salacuse (Salakjuz), *The Law of Investment Treaties*, New York 2010, 237. Takode, R. Kläger (Kleger), *“Fair and Equitable Treatment” in International Investment Law*, New York 2011, 235.

„Strani ulagač čiji su interesi zaštićeni Sporazumom ima pravo da očekuje da se Češka Republika neće ponašati na način koji je očigledno nedosledan, *ne-transparentan*, nerazuman (tj. nezvan za određenu racionalnu politiku) ili diskriminatoran (tj. zasnovan na neopravdanom razlikovanju).“²⁰

U slučajevima u kojima arbitražni sudovi pokušavaju da ipak utvrde sadržinu transparentnog ponašanja, pokazalo se da takva određenja ne donose značajnu praktičnu korist budući da podrazumevaju neku vrstu apsolutne obaveze države koju je gotovo nemoguće ispuniti:

„Strani ulagač očekuje od države domaćina da se ponaša na dosledan način, oslobođen svake dvosmislenosti i potpuno transparentno u svojim odnosima sa njim, tako da su njemu unapred poznata sva pravila i propisi koji regulišu njegova ulaganja, kao i ciljevi relevantnih politika ili administrativna praksa ili uputstva, kako bi bio u stanju da planira svoje ulaganje i poštuje navedene propise.“²¹

Odakle potiču teškoće u definisanju konkretnih obaveza država kada je reč o transparentnosti kao elementu standarda poštenog i pravičnog tretmana? U tužbama stranih ulagača protiv država prijema ulaganja nedostatak transparentnosti se najčešće pominje kao dopunski argument za tvrdnju da je država povredila neki drugi element standarda poštenog i pravičnog tretmana.²² Zbog toga nije moguće doneti zaključak o tome šta konkretno ova obaveza znači bez uvida u arbitražnu praksu koja govori o korelaciji transparentnosti i drugih elemenata sadržine standarda. Kada se analiziraju arbitražne odluke u kojima se govori o transparentnosti kao delu standarda poštenog i pravičnog tretmana, može se zaključiti da se ovaj pojam uobičajeno pominje u kontekstu prava ulagača na zakoniti postupak odlučivanja o njegovim pravima (1) i u vezi zaštitom legitimnih očekivanja ovih subjekata (2).

1. Transparentnost u upravnom ili sudskom postupku

U arbitražnoj praksi koja se odnosi na rešavanje investicionih sporova između ulagača i država prijema ulaganja pominje se obaveza države da se ponaša transparentno u administrativnim postupcima u kojima učestvuje strani ulagač.²³

²⁰ *Saluka Investment BV (The Netherlands) v. The Czech Republic* (UNCITRAL), Partial Award, 17 March 2006, pasus br. 309. Naglasak autora.

²¹ *Tecnicas Medioambientales Tecmed S. A. v. The United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2), Award, May 29, 2003, pasus br. 154. Vid., takode, *MTD Equity Sdn Bhd & MTD Chile SA v Republic of Chile* (ICSID Case No ARB/01/7), 25 May 2004, pasusi br. 114, 115 i *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador* (LCIA Case No. UN 3467), Final Award, 1 July 2004, pasusi br. 185, 186. Za kritiku navedenog gledišta kao „suviše širokog“ vid.: *White Industries Australia Limited v. The Republic of India* (UNCITRAL), Final Award, 30 November 2011, pasus br. 10.3.6.

²² Vid. R. Kläger, 234.

²³ C. F. Dugan (Dugan), D. Wallace (Volas), Jr., N. Rubins (Rubins), B. Sabahi (Sabahi), *Investor-State Arbitration*, New York 2009, 519.

U ovakvim postupcima mogućnost stranog ulagača da zaštiti svoja prava zavisi od toga da li ima pristup informacijama koje su mu neophodne za vođenje postupka. O transparentnosti u ovom kontekstu govori arbitražni sud u predmetu *Vejest Menadžment II*, u kojem je istaknuto da povreda standarda poštenog i pravičnog tretmana može da nastupi kao posledica „potpunog odsustva transparentnosti i otvorenosti u upravnom postupku.“²⁴

Tako je, na primer, u predmetu *Metalklad protiv Meksika* odsustvo jasnih pravila o tome da li je američkom ulagaču bila neophodna građevinska dozvola izdata od strane opštinskih vlasti za izgradnju skladišta opasnog otpada (za šta je prethodno dobio dozvolu saveznih vlasti), kao i odsustvo bilo kakve ustaljene prakse i postupka u vezi sa načinom na koji lokalne vlasti postupaju sa zahtevima za izdavanje ovih dozvola, bilo dovoljno za odluku arbitražnog veća da je Meksiko povredio obavezu transparentnosti, a preko toga i obavezu poštenog i pravičnog tretmana.²⁵ Na odluku arbitražnog suda je uticala i činjenica da je odluka kojom se ulagaču uskraćuje građevinska dozvola doneta na sednici opštinskog gradskog veća o kojoj ulagač nije ni obavešten, niti mu je pružena mogućnost da na njoj učestvuje.²⁶ Slično tome, u predmetu *Siemens protiv Argentine*, arbitražno veće je zaključilo da je tužena država povredila obavezu pružanja poštenog i pravičnog tretmana ulagaču tako što mu je onemogućila pristup dokumentima koji su mu bili neophodni da bi u upravnom postupku podneo žalbu protiv odluke nadležnog ministarstva o raskidu ugovora.²⁷

U navedenim slučajevima obaveza transparentnog ponašanja se prepliće sa obavezom države da ulagaču obezbedi ono što se u anglosaksonskoj pravnoj tra-

²⁴ *Waste Management Inc. v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/3), Award, April 30, 2004, pasus br. 98.

²⁵ *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1), Award, August 30, 2000, pasus br. 88.

²⁶ *Ibid.*, pasus br. 91. Odluka u predmetu *Metalklad protiv Meksika* je značajna i zbog toga što je pokrenula raspravu o pitanju da li odredba Severnoameričkog sporazuma o slobodnoj trgovini (*North American Free Trade Agreement*) koja ulagačima država ugovornica garantuje pošten i pravičan tretman, u skladu sa međunarodnim pravom, obuhvata u sebi i obavezu transparentnog ponašanja. Naime, na osnovu tužbe koju je podneo Meksiko pred kanadskim sudom (sudom države sedišta arbitraže), sud Britanske Kolumbije je poništio deo arbitražne odluke koji se ticao standarda poštenog i pravičnog tretmana, sa obrazloženjem da je arbitražno veće svoju odluku donelo na osnovu povrede obaveze transparentnog ponašanja koja nije izričito predviđena u poglavlju Sporazuma o zaštiti ulaganja. Odluka o poništaju može se posmatrati kao tumačenje prema kom obaveza transparentnosti ne postoji kao element standarda poštenog i pravičnog tretmana i da uživa zaštitu samo kada je to izričito predviđeno. Vid. A. Diehl (Dil), *The Core Standard of International Investment Protection – Fair and Equitable Treatment*, Alphen aan den Rijn 2012, 445.

²⁷ *Siemens A.G. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/8), Award, February 6, 2007, pasusi br. 308, 309.

diciji naziva pravom na zakoniti postupak (eng. *due process*) a u evropskom kontinentalnom sistemu prava pravom na pravično suđenje (eng. *fair trial*).²⁸ Pravo na zakoniti postupak kao element standarda poštenog i pravičnog tretmana obuhvata, u najširem smislu, zabranu sprovođenja nepravičnog sudskog ili upravnog postupka: pristrasnost organa odlučivanja, propuštanje da se sasluša stranka o čijim pravima se odlučuje, uskraćivanje prava na izbor pravnog zastupnika, diskriminaciju ili drugu vrstu zloupotrebe postupka.²⁹ Postupak pred nadležnim organom države prijema ulaganja koji je netransparentan zbog toga što ulagaču nije omogućeno da u njemu učestvuje ili da se upozna sa činjenicama ili materijalom neophodnim da bi u njemu zaštitio svoja prava na adekvatan način predstavlja povredu pomenute garancije i povredu standarda poštenog i pravičnog tretmana. Zbog toga ne čudi to što pojedini dvostrani sporazumi o zaštiti ulaganja sadrže izričite odredbe o tome da su države ugovornice dužne da ulagača obaveste o pokretanju ovakvog postupka i da mu pruže priliku da u ovom postupku iznese činjenice i argumente u cilju zaštite svojih subjektivnih prava.³⁰ Arbitražna praksa, koja je doduše u ovom pogledu siromašna, pokazuje ipak da neće svako odstupanje od pravila postupka koje utiče na njegovu transparentnost predstavljati ujedno i povredu pomenutog standarda.³¹ Odgovornost države, prema tome, nije apsolutna³² i zavisi od okolnosti konkretnog slučaja.³³

2. Obaveza transparentnog ponašanja i legitimna očekivanja ulagača

Pojam transparentnosti je usko povezan sa legitimnim očekivanjima ulagača.³⁴ Prilikom odlučivanja da li će preduzeti ulaganje u određenoj zemlji, ulagač

²⁸ Vid. član 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.

²⁹ Vid. A. Diehl, 432.

³⁰ K. J. Vandeveld, 401. Autor kao primere navodi pojedine sporazume koje su zaključile SAD.

³¹ Vid. *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia* (ICSID Case No.

ARB/99/2), Award, June 25, 2001, pasus br. 364. Takođe, *Waste Management Inc. v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/3), Award, April 30, 2004, pasus br. 98.

³² Vid. A. Diehl, 446.

³³ Odluka u predmetu *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia* pokazuje da odgovornost države prijema ne mora nužno da zavisi ni od činjenice da li su poštovana pravila postupka na snazi u državi prijema. U ovom slučaju je arbitražno veće našlo da Estonija nije povredila obavezu da ulagaču omogući zakoniti postupak ali da je, iako je oduzimanje dozvole za rad ulagačevoj banci sprovedeno u skladu sa domaćim pravom, Centralna banka Estonije preduzela niz mera koje nisu bile u skladu sa „opšteprihvaćenom bankarskom i regulativnom praksom.“ Između ostalog, predstavnik tužiočeve banke nije pozvan na sednicu Saveta Centralne banke Estonije i nije mu omogućeno da odgovori na optužbe koje su dovele do oduzimanja dozvole. Vid. pasus br. 364. Po svemu sudeći, odluka arbitražnog suda je bila zasnovana na činjenici da je oduzimanje dozvole za rad, u svetlu svih okolnosti, ipak bilo opravdano. Vid. pasus br. 363.

³⁴ R. Dolzer (Dolcer), C. Schreuer (Šrojer), *Principles of International Investment Law*, Second Edition, Oxford 2012, 149.

ima u vidu odgovarajući pravni okvir na snazi u datom trenutku i na osnovu toga formira svoja očekivanja u pogledu troškova i profitabilnosti poslovnog poduhvata.³⁵ Da bi mogao da formira ovakva očekivanja, ulagaču mora biti poznat pravni okvir ulaganja jer se pomenuta očekivanja upravo zasnivaju na ovom pravnom okviru.³⁶ U određenom smislu obaveza transparentnog ponašanja i obaveza postupanja u skladu sa legitimnim očekivanjima ulagača predstavljaju dve strane iste medalje. Dok kod legitimnih očekivanja država utiče na poslovnu odluku ulagača tako što se ponaša suprotno očekivanjima koja je kod njega stvorila izričitim obećanjima ili svojim ponašanjem, odsustvo transparentnosti podrazumeva uticaj koji je ostvaren time što ulagaču nisu saopštene informacije neophodne da bi on doneo proračunatu odluku. Arbitražna praksa pokazuje da se veza između dva pojma javlja na još jedan način – kao što je kod povrede legitimnih očekivanja potrebno utvrditi da se ulagač oslonio na ova očekivanja i zbog toga pretrpeo štetu,³⁷ netransparentno ponašanje države mora biti takvo da je zaista uticalo na odluku ulagača u pogledu konkretnog investicionog projekta.

U arbitražnoj odluci donetoj u sporu MTD protiv Čilea, odgovornost tužene države bila je zasnovana, između ostalog, na propuštanju da se malezijski ulagač upozna sa propisima koji su uticali na mogućnost realizacije njegovog građevinskog poduhvata.³⁸ Odluka arbitražnog veća nije, međutim, bila rezultat samo ove činjenice, imajući u vidu da bi država prijema ulaganja nosila nesrazmerno tešku obavezu ukoliko bi bila odgovorna za to da ulagač poznaje propise zemlje u kojoj ulaže. Arbitražni sud se načelno saglasio sa tvrdnjom Čilea da je ulagač dužan da se upozna sa propisima na snazi u državi prijema ulaganja.³⁹ Odgovornost države je proistekla iz toga što je svojim ponašanjem stvorio kod ulagača zabluđu, odnosno očekivanje da je njegovo ulaganje u skladu sa propisima. Naime, ulaganje tužioca u izgradnju stambenog naselja u predgrađu Santijaga je odobrila Komisija za strana ulaganja Čilea, da bi ulagač naknadno otkrio da građevinski projekat nije u skladu sa lokalnim propisima i da zahteva prethodnu izmenu plana prostorne regulacije. Nakon više od dve godine od trenutka kada su predstavnici tužioca prvi put stupili u kontakt sa vlastima u vezi sa realizacijom ulaganja, ministar zadužen za prostorno planiranje je obavetio ulagača da neće dati svoju saglasnost za promenu namene zemljišta jer je to suprotno usvojenoj politici urbanističkog razvoja.⁴⁰ Propuštanje

³⁵ Vid. P. Đundić, Legitimna očekivanja kao element standarda poštenog i pravičnog tretmana stranih ulaganja u arbitražnoj praksi, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2/2014, 337, 338.

³⁶ Vid. J. W. Salacuse, 237.

³⁷ Vid., na primer, *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States* (UNCITRAL), Arbitral Award, January 26, 2006, pasus br. 147.

³⁸ *MTD Equity Sdn Bhd & MTD Chile SA v Republic of Chile* (ICSID Case No ARB/01/7), Award, 25 May 2004, pasus br. 165.

³⁹ *Ibid.*, pasus br. 164.

⁴⁰ *Ibid.*, pasus br. 165.

predstavnik države da upozore ulagača na to da je za sprovođenje njegovog plana potrebna izmena lokalnih propisa je uticalo na odluku da ulaganje bude izvršeno. U odluci arbitražnog veća se naglašava da je dužnost tužene države bila da obezbedi dosledno ponašanje zvaničnika koji su je predstavljali u kontaktu sa ulagačem.⁴¹ U suštini, nejasnoće u vezi sa uslovima za realizaciju ulaganja su bile posledica ove nedoslednosti.⁴²

Odluka u slučaju Mikula protiv Rumunije je specifična zbog toga što se odgovornost države prijema zasnivala na propuštanju da se ulagačima saopšti rešenost da se izmene propisi koji su predstavljali temelj njihovih očekivanja u vezi sa ulaganjem. Spor je nastao povodom ulaganja tužilaca u jednu od slabije razvijenih oblasti Rumunije. Tokom 1998. godine Rumunija je usvojila propis na osnovu kojeg je subjektima koji ulažu u ove oblasti omogućen čitav niz poreskih i carinskih olakšica, kao i finansijska pomoć države.⁴³ Prema tvrdnjama tužilaca, oni su doneli odluku o ulaganju zasnivajući svoja očekivanja na ovom propisu kao „jasnom i nedvosmislenom“ uveravanju da će režim olakšica obuhvatati period od deset godina (1999–2009).⁴⁴ Prema shvatanju arbitražnog veća, značajan deo ulaganja koje su izvršili ulagači je zaista realizovan upravo kao rezultat njihovog oslanjanja na pomenuti režim.⁴⁵ Sistem podsticaja je međutim ukinut već u februaru 2005. godine, a ukidanje je bilo posledica obaveze preuzete od strane države u pregovorima o pristupanju Evropskoj uniji.⁴⁶ U obrazloženju arbitražne odluke se navodi da je ukidanje predstavljalo povredu standarda poštenog i pravičnog tretmana, između ostalog, jer je bilo „nedovoljno transparentno.“⁴⁷ Arbitražni sud je zaključio da je, od trenutka kada je tokom 2003. godine postalo jasno da će država morati da napusti režim podsticaja, nastala dužnost Rumunije da tužioce o tome obavesti.⁴⁸ Propuštanje da se to učini dovelo je do povrede dvostranog sporazuma o zaštiti ulaganja između Rumunije i Švedske (2003).⁴⁹

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Slično ovome: *Saluka Investments BV v The Czech Republic* (UNCITRAL) Partial Award, 17 March 2006, pasusi br. 420–425. Arbitražno veće je zaključilo da je Češka povredila standard poštenog i pravičnog tretmana zbog toga što holandskom ulagaču nije bilo jasno predloženo koje uslove mora ispuniti da bi njegova banka dobila finansijsku pomoć države. Pri tome su pozicije Vlade i Narodne banke u ovom pogledu bile različite. Vid. pasus br. 424.

⁴³ Vid. *Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL and SC Multi-pack SRL v Romania* (ICSID Case No ARB/05/20), Award, 11 December 2013, pasusi br. 145–148.

⁴⁴ *Ibid.*, pasus br. 252. Sistem podsticaja ulaganja je na osnovu rumunskih propisa podrazumevao da ulagači pribave odgovarajuće sertifikate od nadležnog organa. Sertifikati koje su pribavili tužioci su važili do 1. aprila 2009. godine. Vid. pasuse br. 173–176.

⁴⁵ *Ibid.*, pasus br. 721.

⁴⁶ *Ibid.*, pasus br. 244.

⁴⁷ *Ibid.*, pasus br. 864.

⁴⁸ *Ibid.*, pasus br. 866.

⁴⁹ *Ibid.*, pasus br. 870.

Pomenuti slučaj pokazuje jasnu vezu između legitimnih očekivanja ulagača i obaveze transparentnog ponašanja države – očekivanja su zasnovana na pravnom okviru ulaganja, ali na njihovo postojanje može da utiče propuštanje da se ulagač unapred obavesti o promenama tog okvira na njegovu štetu od trenutka kada te promene postanu izvesne i neminovne. U dostupnoj arbitražnoj praksi, međutim, postoji bar jedna odluka koja predstavlja osnov za tvrdnju da ovakva obaveza ne nastaje ako je legislativna promena predstavljala samo neizvesnu mogućnost i ako nadležne vlasti nisu bile upoznate sa sadržinom te promene.⁵⁰

Konačno, u dve arbitražne odluke se govori o odgovornosti države prijema zbog toga što je donela odluku koja je uticala na mogućnost realizacije ulaganja, ali je propustila da tu odluku saopšti ulagaču. Obaveza transparentnog ponašanja države je bila u središtu spora u slučaju Tekmed protiv Meksika. Arbitražno veće je odlučilo da je Meksiko povredio obavezu pružanja poštenog i pravičnog tretmana španskom ulagaču zbog toga što je nadležni organ odbio da društvu u svojoj ulagača obnovi dozvolu za upravljanjem opasnim otpadom, u situaciji kada propusti u upravljanju koji su navedeni kao razlog za takvu odluku nisu predstavljali stvarnu pretnju za zdravlje ljudi ili životnu sredinu.⁵¹ Odsustvo transparentnosti je u ovom slučaju imalo dvostruku ulogu. Prvo, arbitražno veće je zaključilo da vlasti nisu na vreme obavestile ulagača o propustima u njegovom radu zbog kojih su nameravale da mu uskrate dozvolu za rad, niti su mu pružile priliku da se o tome izjasni.⁵² Takođe, odluka je bila opravdana činjenicom da su meksičke vlasti, usled pritiska lokalne zajednice, zapravo već donele odluku da dozvola neće biti produžena bez obzira na to što su prethodno sa ulagačem postigle sporazum o izmeštanju skladišta na drugu lokaciju. Propuštanje da se ova odluka jasno saopšti ulagaču je imala za posledicu povredu standarda poštenog i pravičnog tretmana.⁵³ Prema shvatanju arbitražnog veća, ulagač je mogao da se u dobroj veri pouzda u to da će moći da nastavi obavljanje delatnosti za vreme koje je razumno potrebno kako bi izmestio delatnost na pogodniju lokaciju.⁵⁴

Slično tome, u slučaju Nordcuker protiv Poljske spor je nastao zbog toga što su nemačkom ulagaču propali planovi u vezi sa kupovinom više državnih šeće-

⁵⁰ Vid. *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania* (ICSID Case No. ARB/05/8), Award, September 11, 2007, pasus br. 342: „Treće, činjenica da je Grad Vilnus znao za nameru zakonodavca da izmeni određene zakone, ne znači da mu je bila poznata sadržina tih izmena. Zaista, činjenična građa ne pokazuje da je Grad Vilnus bio u posedu bilo kakvih konkretnih informacija koje bi ukazivale da će izmene zakona uticati na Ugovor.“ U istom pasusu se nalazi konstatacija da tužena država „nije namerno propustila da obavesti tužioca o mogućim izmenama zakona.“

⁵¹ *Técnicas Medioambientales Tecmed SA v The United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2), Award, 29 May 2003, pasus br. 162.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*, pasus br. 164.

⁵⁴ *Ibid.*, pasus br. 160.

rana, iako je tužilac prethodno pobedio na tenderu za izbor kupca.⁵⁵ Iz komunikacije sa nadležnim organima tužilac je zaključio da je postupak zaključivanja kupoprodajnih ugovora u toku i da se odvija bez problema.⁵⁶ Međutim, u jednom trenutku su poljske vlasti prestale da odgovaraju na pisma ulagača u vezi sa planovima za realizaciju kupovine. Čutanje nadležnih vlasti je trajalo gotovo tri meseca.⁵⁷ Arbitražni sud je zaključio da je Poljska zapravo bila nezadovoljna cenom koja je postignuta na javnom tenderu i da je nadležno ministarstvo bilo pod pritiskom usled protesta uzgajivača šećerne repe koji su se protivili prodaji.⁵⁸ Prema shvatanju arbitražnog veća, poljsko Ministarstvo finansija je odustalo od prodaje šećerana Nordcukeru, ali tokom perioda od šest meseci nije ovo saopštilo tužiocu jer se paralelno odvijao proces osnivanja novog privrednog društva u svojoj državi u čiji sastav su na kraju ušle pomenute šećerane.⁵⁹ Arbitražni sud je u svojoj odluci nagovestio mogućnost da je Poljska tokom ovog perioda svesno držala u zabludi ulagača da će prodaja biti realizovana, čuvajući prodaju kao rezervnu opciju u slučaju propasti politički prihvatljivijeg rešenja (stvaranja novog državnog privrednog društva), čime je povredila standard poštenog i pravičnog tretmana.⁶⁰

Na osnovu dostupnih odluka iz arbitražne prakse se može zaključiti da veza između transparentnosti i legitimnih očekivanja ulagača kao elemenata standarda poštenog i pravičnog tretmana postoji u još jednom smislu – povreda obaveze transparentnog ponašanja može biti osnov odgovornosti države samo ako je nedostatak informacija uticao na proces odlučivanja ulagača iz kojeg je za njega proistekla šteta. To je slučaj čak i u situaciji kada arbitražni sud zaključi, kao u predmetu Nordcuker protiv Poljske, da je tužena država povredila obavezu transparentnog ponašanja ali ne i legitimna očekivanja ulagača.⁶¹ Kao što je preduslov za povredu legitimnih očekivanja činjenica da se ulagač, na sopstvenu štetu, oslonio na obećanja dobijena od predstavnika države ili na njen pravni okvir,⁶² tako je kod obaveze transparentnog ponašanja neophodno da je ulagač pretrpeo štetu oslanjajući se na zabludu koja je kod njega stvorena nedostatkom informacija. Na primer, u MTD protiv Čilea šteta za tužioca se sastojala u tome što je izvršio ulaganje u projekat za koji se kasnije ispostavilo da ne može da bude realizovan u skladu sa pravom države prijema ulaganja. U predmetima Tekmed protiv Meksika, Nordcuker

⁵⁵ *Nordzucker AG v The Republic of Poland* (UNCITRAL), Second Partial Award, 28 January 2009.

⁵⁶ *Ibid.*, pasusi br. 22, 23.

⁵⁷ *Ibid.*, pasus br. 36.

⁵⁸ *Ibid.*, pasus br. 64.

⁵⁹ *Ibid.*, pasus br. 74.

⁶⁰ *Ibid.*, pasus br. 74-77.

⁶¹ *Ibid.*, pasusi br. 86-90.

⁶² Vid. P. Đundić, 338.

protiv Poljske i Mikula protiv Rumunije na odluku od presudne važnosti za ulaganje je uticao nedostatak informacija za koji je bila optužena država prijema. Tako je u slučaju Tekmed protiv Meksika propuštanje vlasti da saopšte ulagaču kako dozvola za upravljanjem skladište otpada neće biti produžena, iako je prethodno postignuta saglasnost o izmeštanju lokacije skladišta, onemogućila je tužioca da „neutrališe ili umani negativne ekonomske posledice zatvaranja tako što bi nastavio svoje ekonomske i poslovne aktivnosti na drugom mestu.“⁶³ Arbitražni sud je u sporu Nordcuker protiv Poljske zaključio da je propuštanje države da saopšti ulagaču da je odustala od prodaje šećerana dovelo do toga da je tužilac izgubio najmanje pola godine za „alternativne investicione planove“ i prouzrokovalo nepotrebne troškove.⁶⁴ Konačno, u slučaju Mikula protiv Rumunije odgovornost države je bila zasnovana na činjenici da je Rumunija zadržala za sebe informaciju da će sistem podsticaja biti ukinut nekoliko godina ranije u odnosu na rok koji su imali u vidu ulagači prilikom donošenja odluke o ulaganju.⁶⁵

4. ZAKLJUČAK

Odredbe o obavezi transparentnog ponašanja država ugovornica u odnosima sa stranim ulagačima iz druge države ugovornice sve su češće deo dvostranih sporazuma o zaštiti ulaganja. U pojedinim slučajevima obaveza o kojoj je reč je detaljno razrađena tako da ponekad podrazumeva čak i učešće ulagača u procesu donošenja mere koja bi mogla uticati na njegovo ulaganje. Međutim, arbitražni sudovi nisu do danas odlučivali o povredi odredaba o transparentnom ponašanju kao o samostalnom osnovu odgovornosti države. Sa druge strane, arbitražna praksa tretira obavezu transparentnog ponašanja kao element standarda poštenog i pravičnog tretmana ulaganja. U ovom kontekstu se pojam transparentnosti obično javlja u vezi sa drugim elementima standarda – obavezom da se ulagaču obezbedi zakoniti postupak prilikom odlučivanja o njegovim pravima i obavezom da se poštuju legitimna očekivanja ulagača. Arbitražna praksa pokazuje još jednu karakteristiku slučajeva u kojima se pominje pojam transparentnosti. Odsustvo transparentnog ponašanja države prijema ulaganja ne predstavlja osnov odgovornosti samo po sebi. Za nastupanje odgovornosti je neophodno da je nedostatak informacija zaista uticao na odluku koju je doneo ulagač u vezi sa ulaganjem ili na njegovu mogućnost da zaštiti svoja prava u upravnom ili sudskom postupku.

⁶³ *Técnicas Medioambientales Tecmed SA v The United Mexican States*, pasus br. 164.

⁶⁴ *Nordzucker AG v The Republic of Poland*, pasus br. 95.

⁶⁵ *Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL and SC Multipack SRL v Romania*, pasusi br. 252, 721.

Petar M. Đundić, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
P.Djundic@pf.uns.ac.rs

Obligation of the Host State to Act Transparently towards the Foreign Investor

Abstract: Provisions on obligation of a host state to act transparently towards foreign investors increasingly often find their way into bilateral investment treaties. Their goal is to provide the investor with all information concerning the investment's legal framework and which he needs in order to make an informed decision with regard to his investment. Certain provisions on transparency are so broad in their scope that they demand from the host state to provide an investor with a possibility to participate in the process of adoption of a state measure that could affect his interest. On the other hand, in arbitral practice the obligation to act transparently is traditionally seen as one of the elements of the fair and equitable treatment standard, although the practice has not so far provided a clear answer as to what is the exact role of this element and what is its relationship with other elements of the standard. The paper contains an analysis of transparency provisions from bilateral investment treaties concluded by the Republic of Serbia. The second part of the paper is dedicated to analysis of arbitral awards in which tribunals considered the transparency obligation as a part of the fair and equitable treatment standard.

Keywords: protection of foreign investment, transparency, bilateral investment treaties, fair and equitable treatment.

Datum prijema rada: 17.12.2016.

*Dr Ranko I. Keča, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
R.Keca@pf.uns.ac.rs*

*Dr Marko S. Knežević, asistent sa doktoratom
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
M.Knezevic@pf.uns.ac.rs*

OTUĐENJE SPORNOG PRAVA ILI STVARI U SRPSKOM PARNIČNOM POSTUPKU: KA MEŠOVITOJ TEORIJI (I)RELEVANCije*

Sažetak: *U radu se obrađuje problem otuđenja spornog prava ili stvari tokom parničnog postupka u smislu današnjeg domaćeg prava. Nakon prikaza dosadašnjih doktrina koje su se razvile, ispituje se koliko i u kojoj meri je relevantno za presuđenje novonastalo materijalnopravno stanje u vidu otuđenja spornog prava. Pri tome se naročito uzima u obzir novina na redakcijskom planu u vidu izričitog propisivanja proširenog dejstva pravnosnažnosti presude u odnosu na sticaoca. Upravo u vezi sa tim se ispituje u kojoj meri ipak treba da se prizna takvo dejstvo.*

Ključne reči: *otuđenje spornog prava tokom parničnog postupka; teorija irelevancije; teorija relevancije; proširenje subjektivnih granica pravnosnažnosti.*

1. UMEŠTO UVODA: O STVARNOJ LEGITIMACIJI STRANAKA U PARNIČNOM POSTUPKU

Parnični postupak izgrađen na načelu dispozicije podrazumeva da tužilac postavlja tužbeni zahtev tako što traži od suda presudu određene sadržine. U tu svrhu on postavlja tužbeni predlog – sadržaj presude koju on traži. To je jedan

* Rad je nastao kao rezultat istraživanja na projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ za 2016. godinu.

tzv. procesni zahtev koji ne treba mešati sa materijalnopравnim zahtevom. Ukoliko se i radi o kondemnatornoj tužbi, tj. kondemnatornom tužbenog predlogu, zadatak suda je da spram činjeničnog stanja koje se utvrdi na predviđen način ispita da li je osnovan postavljeni tužbeni predlog, i to tako što će ispitati da li tužiocu pripada materijalnopравni zahtev prema tuženom, a koji se sadržinski poklapa sa tužbenim predlogom kao procesnim zahtevom. U toj operaciji je ključno pitanje stvarne legitimacije. Ona podrazumeva upravo da tužilac ima materijalnopравni zahtev prema tuženom koji se sadržinski poklapa sa tužbenim predlogom. Tužilac je aktivno legitimisan ako je imalac takvog zahteva, a tuženi je pasivno legitimisan ako je on obveznik zahteva. Stvarna legitimacija je, u tom smislu, čisto meritorno, materijalnopравno pitanje. Ako ne postoji u punom vidu, donosi se odbijajuća presuda.

Stvarnu legitimaciju sud mora da ispita već na osnovu navoda tužbe, što se svodi na ispitivanje konkluzivnosti.¹ Ako već iz navoda tužbe proizlazi da nema stvarne legitimacije, tužbu treba odbiti na prvom ročištu bez daljeg raspravljanja.² Ako je ipak tužba konkluzivna, raspravljanje se nastavlja već prema okolnosti svakog slučaja. No, i tada pitanje stvarne legitimacije nije nevažno. Stav suda tokom postupka da postoji stvarna legitimacija nije definitivan, već suprotno, ona mora da postoji i u vreme presuđenja, a to je zaključenje glavne rasprave. To je momenat za koji se vezuju vremenske granice pravnosnažnosti.

2. POSTAVLJANJE PROBLEMA

2.1. Posledica materijalnopравne dopuštenosti otuđenja spornog prava: tradicionalno pravilo parničnog prava i tradicionalni spor

Materijalnopравna dopuštenost raspolaganja spornim pravom je danas opšteprihvaćeni koncept u pravnom krugu kome pripadamo. Punovažno je otuđenje prava o kojem se vodi parnica. Takva načelna odluka svakodobnog zakonodavca je dovela do nužnost uspostavljanja pravila koja se odnosi na osnovno pitanje: da li otuđenje prava tokom spora (singularna materijalnopравna sukcesija) podrazumeva, kao i univerzalna, ujedno i procesnu sukcesiju – da na mesto stranke koja je pravni prethodnik automatski stupa sticalac.

Može se pouzdano reći da je odgovor na postavljeno pitanje uređen kroz odredbu koja je prisutna u referentnim pravnim sistemima, uključujući i naš, da otuđenje „ne utiče na okončanje parnice u toku“, ili, da „otuđenje nema uticaj na

¹ Up. Marko Knežević, *Raspravno načelo u srpskom parničnom postupku*, Beograd 2016, 441 i sled.

² Sporno je da li sud treba da ukaže tužiocu na nedostatak stvarne legitimacije kroz njegovu dužnost upućivanja.

postupak“. Ovo pravilo se može s pravom nazaviti tradicionalnim, i ono nesporno podrazumeva da otuđenje – singularna sukcesija – ne dovodi do procesne sukcesije. Zbog toga što je došlo do otuđenja, bolje rečeno zbog toga što je taj događaj „unet“ u postupak kroz tvrdnje jedne od stranaka, sticalac ne stupa u stranačku ulogu otuđitelja. To može da se desi u najmanju ruku saglasnošću sticaoca i protivne stranke.³

Tradicionalno pravilo, gledano izlovano, ali i spram konkretnih drugih odredaba u datim sistemima, nije puno doprinelo razjašnjenju svih pitanja koja su posledica toga da je otuđenjem došlo do promene stvarne legitimacije tokom postupka. Jer, otuđenje prava koje je „posredan predmet spora“ tokom parnice podrazumeva da se menja stvarna legitimacija stranaka. Tipičan primer je cesija utuženog potraživanja: tužilac tada više nije stvarno legitimisan, on je izgubio aktivnu legitimaciju, jer on više nema pravo da zahteva od tuženog dužnika ispunjenje potraživanja. U tom smislu, postavlja se pitanje da li uopšte gubitak stvarne legitimacije, tj. izmenjeno materijalnopravno stanje, uopšte utiče na sadržaj presuđenja, a ako da, u kojoj meri. Na ovo pitanje je doktrina upravo s pozivom na tradicionalno pravilo, ali i uz dodatne argumente spram drugih odredaba ili pravila datog sistema, davala odgovor na različite načine. Upravo zbog različitosti, odavno je otpočet spor koji do danas traje, tako da se može govoriti o tradicionalnom sporu.

Tradicionalni spor se zasigurno vezuje za postojanje dve teorije koje pokušavaju da daju zaokružene odgovore na sporno pitanje da li otuđenje utiče na sadržaj presuđenja – teorija irelevancije i teorija relevancije. Prva bi podrazumevala, sasvim urpošćeno, da je otuđenje nebitno i za sadržaj presuđenja, dok bi druga, uprošćeno, značila suprotno – otuđenje itekako ima uticaj na sadržinu presude.

Svakako da je uprošćeno postavljanje problema krajnje neupotrebljivo. Vezivanje teorija za pitanje „da li otuđenje ima uticaj na sadržaj presude, i kako ima, u kojoj meri“ je samo uvodno pitanje. Kao konkretna, mogu da se postave brojna. Prvo, da li okolnost da je došlo do otuđenja spornog prava, sa svim daljim implikacijama, sud treba da uopšte da uzme u obzir prilikom presuđenja? Ako ne, kakvog je dejstva presuda u odnosu na sticaoca. Ako da, u kojoj meri otuđenje spornog prava utiče na sadržaj presuđenja? Da li to znači da se uzima u obzir samo novonastalo materijalnopravno stanje, ili povrh toga, da je nužno da se tužbeni predlog upodobi njemu, tj. izmenjenoj stvarnoj legitimaciji? U oba slučaja, opet, kakvo je dejstvo presude u odnosu na sticaoca?

Povodom ovih pitanja, kada se bliže sagleda doktrina i sudska praksa, javile su se brojne teorije, koje se nikako ne mogu prosto svesti na teoriju irelevancije i relevancije. Postoje kako ekstremni vidovi teorija, tako i pomirljiviji, blaži. Me-

³ Tako je u nemačkom, asutrijskom i našem predratnom pravu. U posleratnom kao i sadašnjem, nužna je saglasnost sticaoca i obe stranke. Vidi dole 2.2.

đutim, postoje i mešovite teorije, od kojih su neke odavno prisutne u uporedno-pravnoj doktrini, ali koje su tek odnedavno po prvi put, čini se, prikazane u domaćoj doktrini; druge mešovite teorije se upravo produkt postjugoslovenske doktrine. Već potpunije i sistematičnije prikazivanje svih pravaca može da doprinese jasnijem razumevanju problema.

2.2. Redakcijsko stanje u uporednom pravu i u domaćem pravu, uključujući i ranije važeće

U domaćoj doktrini je odavno uobičajeno da se prikazivanje teorija i optiranja za jednu od njih kao važeću u datom trenutku za domaće pravo svodi na izlaganje osnova teorija, navodeći samo da je ovaj ili onaj pravac prihvaćen u ovoj ili onoj teoriji. Bez sumnje su adrese tih teorija nemačke i austrijske. Međutim, pri svemu tome se tradicionalno izbegava bilo kakvo spominjanje redakcijskog stanja nemačkog ili austrijskog prava, pa u vezi sa tim i samog konteksta u kojem svakodobni autori, ili sudska praksa, zauzimaju svoje stavove. Time se stvara privid da je redakcijsko stanje u tim sistemima u potpunosti identično domaćem, i da je zato bez daljnjeg primereno da se optira za rezultate jedne ili druge teorije. Ispravno bi bilo rekonstruisati svako shvatanje u uporednom pravu spram uzimanja u obzir, pre svega, redakcijskog konteksta, a potom, i eventualno drugih okolnosti koje utiču na stav o važećem pravu. Na kraju, a to je možda i najvažnije, u domaćem pravu je izvršena, makar samo na redakcijskom planu, krupna novina. U ZPP⁴ je uneta po prvi put odredba koja izričito uređuje pitanje dejstva presude prema sticaocu (čl. 204 st. 3 ZPP). Predviđanje ove odredbe zasigurno može da bude značajan argument u tradicionalnom sporu.

Nemačko pravo, iako je menjalo redakciju odredaba i njihovu numeraciju tokom godina, od izvorne verzije nGrpp⁵ do danas nepromenjeno ima istu koncepciju. U § 265 st. 1 je dopušteno otuđenje spornog prava ili stvari tokom spora, što je već nakon donošenja Građanskog zakonika postalo opsoletno. Dalje, § 265 st. 2 predviđa da otuđenje sporno prava nema uticaj na postupak u toku, da sticalac nije ovlašćen da bez saglasnosti protivne stranke stupi na mesto svog prethodnika u postupku ili da učini glavnu intervenciju, te da ako sticalac stupi u postupak kao umešač, da se na njega ne primenjuju odredbe o suparničarskom umešaču. Dejstvo presude je uređeno na drugom mestu, i to tako što se predviđa da presuda deluje prema sticaocu spornog prava, ako je otuđenje usledilo nakon liti-spendencije (§ 325 st. 1), s tim da „odredbe građanskog prava važe shodno u korist onih koji izvode svoja prava od nevlasnika” (§ 325 st. 2).

⁴ Zakon o parničnom postupku iz 2011, Sl. glasnik RS 72/11, 49/13 (US), 74/13 (US), 55/14.

⁵ Nemački Građanski parnični postupak (nGrpp) – *Zivilprozessordnung*, u verziji od 5-XII-2005 (*BGBI.* I, 3202; 2006 I, 431; 2007 I, 1781), poslednji put menjan kroz čl. 6 Zakona od 20-XI-2015 (*BGBI.* I, 2018).

Austrijsko pravo je i pored toga što je za uzor imalo nemačko pravo krajnje „škrto” u redakcijskom smislu. § 234 aGrpp⁶ je nepromenjen od izvorne verzije, i on određuje samo da otuđenje sporne stvari ili prava nema uticaj na postupak, te da sticalac nije ovlašćen da stupi u postupak kao stranka bez saglasnosti protivne stranke. Odredba o proširenom dejstvu pravnosnažnosti, i pored toga što je bila sadržana u Vladinom predlogu zakona, tokom zakonodavnog procesa je izbačena iz teksta, tako da ona ne postoji. Pa ipak, danas je nesporno u sudskoj praksi da presuda ima dejstvo pravnosnažnosti i u odnosu na sticaoca,⁷ ali ne i prema onome koji je savestan sticalac u smislu poverenja u zemljišne knjige.⁸

U domaćem pravu je sve do ZPP bilo, suštinski, redakcijsko stanje kao i u austrijskom pravu, što nikako ne treba da čudi s obzirom na poreklo našeg prava. Ne samo da je Grpp⁹ imao u potpunosti identičnu odredbu (§ 329), već su svi posleratni prethodnici ZPP sadržali u rezultatu ista pravila, uz samo određena odstupanja: ako koja od stranaka otuđi stvar ili pravo o kome teče parnica, to ne sprečava da se parnica između istih stranaka dovrši; sticalac stvari ili prava može da stupi u parnicu na mesto svog prethodnika samo uz saglasnost obe stranke (čl. 183 ZPP 56;¹⁰ čl. 195 ZPP 76;¹¹ čl. 198 ZPP 04¹²). Odredbe o proširenom dejstvu pravnosnažnosti nije bilo, ali je ga je dobar deo doktrine priznavao, često sa ogradom da presuda ipak ne deluje u odnosu na savesnog sticaoca.¹³ Kako je rečeno, u važećem ZPP postoji izrita odredba koja reguliše ovo pitanje: presuda ima dejstvo i u odnosu na sticaoca (čl. 204 st. 3).

⁶ Austrijski Građanski parnični postupak (aGrpp) – *Zivilprozessordnung* iz 1895. (RGrBl. 113/1895), poslednji put menjan kroz Zakon BGBl. 64/2015.

⁷ Vidi poslednje *OGH* 10 Ob 8/15x – 15.12.2015, *ecolex* 2016, 296 sa daljim upućivanjem na raniju praksu. Up. i Hans Fasching, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*, Wien 1990², 613.

⁸ *OGH* 6 Ob 66/73 – 22.3.1973, *SZ* 46/34 sa daljim upućivanjima

⁹ Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama (građanski parnični postupak) iz 1929, Službene novine 179/1929.

¹⁰ Zakon o parničnom postupku iz 1956 – ZPP 56, Sl. list FNRJ 4/1957 sa docnijim izmenama i dopunama.

¹¹ Zakon o parničnom postupku iz 1976 – ZPP 76, Sl. list SFRJ 7/1977 sa docnijim izmenama i dopunama.

¹² Zakon o parničnom postupku iz 2004 – ZPP 04, Sl. glasnik RS 125/04, 111/08.

¹³ Borivoje Poznić, u: Borivoje Poznić, Mihailo Vražalić, Franjo Bačić, *ZPP sa komentarom*, Beograd 1957, 162; Borivoje Poznić, *Komentar ZPP*, Beograd 2009, 481, 811; Borivoje Poznić, Vesna Rakić-Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2010¹⁶, 386, s tim da se na drugom mestu (147) ipak ne pravi razlika, čime je izlaganje kontradiktorno; u rezultatu Borivoje Starović, Ranko Keča, *Građansko procesno pravo*, Novi Sad 2004³, 378; up. Aleksandar Jakšić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2007², 181, 467 i sled. Bez ograničenja u smislu savesnosti Branislav Gavanski, *Ustupanje potraživanja ugovorom*, doktorska disertacija PF NS (neobj.), Novi Sad 1982, 289 i sled.

2.3. Problem rada

U ZPP je uneta izričita odredba o proširenom dejstvu pravnosnažnosti, koja na redakcijskom planu ne sadrži ograničenje. Već bi to bio povod da se ispita sadašnje stanje instituta otuđenja spornog prava tokom parnice, naročito što se u teoriji markiralo krizno mesto i ponudilo rešenje *de lege lata* (dole 4.3). Ipak, upravo unošenje ove odredbe ima značaj i za rešenje pitanja koja su predmet tradicionalnog spora između teorija irelevancije i relevancije. U tom smislu, problem ovog rada je prvo, određenje važećeg koncepta u smislu kompleksa pitanja koji se sublimiraju u pitanju „da i i u kojoj meri otuđenje ima uticaj na sadržinu presuđenja“, i drugo, shvatanje odredbe čl. 204 st. 3 ZPP o proširenom dejstvu pravnosnažnosti.

3. POSTOJEĆI TEORETSKI KONCEPTI

3.1. Teorije irelevancije

Klasična teorija irelevancije se razvila već u prvim godinama po donošenju nGrpp, i kao njen autor se navodi *Gaupp (Gaupp)*.¹⁴ Ona je samo do kraja 19. veka imala svoje pristalice u Nemačkoj, u austrijskoj teoriji negde do polovine 20. veka, dok je u austrijskoj sudskoj praksi još uvek vladajuća.¹⁵ U domaćoj doktrini je bila vladajuća sve do sredine druge polovine 20. veka.

Ova teorija podrazumeva da je otuđenje spornog prava nakon litispendencije ne samo irelevantno za stranački status, već je u potpunosti irelevantno za sadržaj presuđenja. Sud treba da se odluči kao da otuđenja nije bilo, tj. kao da da promene stvarne legitimacije nije ni došlo. Do tog stava se dolazi pozivom na pravilo da otuđenje nema uticaja na parnicu. Dalje konsekvence su sledeće: tužbeni predlog nije potrebno da se menja, tako da se upodobi novonastalom materijalnopравnom stanju, jer se za pitanje stvarne legitimacije ne uzima više kao merodavno stanje koje postoji u trenutku zaključenja glavne rasprave, već stanje koje je postojalo u momentu nastupanja litispendencije.¹⁶ U tom smislu to je jedna fikcija, ili izuzetak od opšteg pravila.¹⁷ I dalje, to znači da se sva pitanja koja se tiču odnosa sticaoca i protivne stranke, iako bi itekako imala uticaj na presuđenje, ne mogu uzeti u obzir.¹⁸ npr. ako je otuđenje na strani tužioca, tuženi ne

¹⁴ Ludwig Gaupp, *Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich*, Band 2, Freiburg i/B. 1880, 31.

¹⁵ Up. samo Walter Rechberger, Daphne-Ariane Simotta, *Zivilprozessrecht*, Wien 2009⁸, 177 i sled. sa daljim upućivanjima.

¹⁶ Milivoje Marković, *Građansko procesno pravo I/1*, Beograd 1957, 235.

¹⁷ Up. *OGH 4 Ob 212/12y – 12.2.2013, ecolex 2013/203* sa daljim upućivanjima.

¹⁸ Up. samo Walter Rechberger, Thomas Klicka, in: *Kommentar zur ZPO* (Hrsg. Walter Rechberger), Wien 2006³, 1092.

može da ističe svoju materijalnopravnu odbranu koja se vezuje za ličnost sticaoca (npr. tuženi dužnik ne može da ističe da je nakon cesije isplatio dug cesionar).¹⁹ Presuda deluje u korist i protiv sticaoca (prošireno dejstvo pravnosnažnosti); prinudno izvršenje zahteva koji je sadržan u izreci presude, i koji zaista glasi na stranke postupka, ishodi se u korist ili protiv sticaoca primenom pravila izvršnog prava o dokazivanju materijalnopravne sukcesije.²⁰ Tek u tom momentu je dopušteno da se „raspravi“ i odnos između protivnika i sticaoca – jer je to nužno zbog prava na saslušanje sticaoca²¹ – pa bi u gornjem primeru tek kroz opoziciju odbranu protiv izvršenja dužnik mogao da ističe da je dug prestao ispunjenjem cesionar. Međutim, i to je dosta važno, tužilac može, i poželjeno je, ali ne i nužno, da promeni tužbeni predlog, tako da traži ispunjenje sticaocu, a ne njemu.²²

Iako je ona danas istorijska kategorija, treba spomenuti da je postojala i totalna teorija irelevancije. Ona se razlikuje od gore prikazane „klasične“ u tome što je odricano bilo kakvo dejstvo presude u odnosu na sticaoca. Tako nešto je bilo uopšte zamislivo konstruisati samo u sistemima u kojima nije bilo izričite odredbe o proširenom dejstvu pravnosnažnosti. U tom smislu je u austrijskoj doktrini, i to onoj starijoj, bilo prisutno ovo shvatanje,²³ što je preuzeo i deo predratne domaće doktrine.²⁴ U rezultatu to znači da presuda ima samo „činjenično dejstvo“, pa da bi se ishodovala presuda koja će biti izvršni naslov prema sticaocu, ili u korist sticaoca, potrebna je nova parnica.²⁵

3.2. Teorije relevancije

Već po donošenju nGrpp je uspostavljena i teorija relevancije, koja je ubrzo „odnela pobedu“ u odnosu na teoriju irelevancije u nemačkom pravu.²⁶ Njenog tvorac je *Ecijus (Eccius)*, čije su učenje prihvatili i razvili drugi. Ona podrazumeva, polazeći takođe od osnovnog pravila da otuđenje ne utiče na parnicu, da novonastalo materijalnopravno stanje itekako treba da ima uticaj na sadržinu presuđenja. Naime, osnovno pravilo govori samo da usled otuđenja ne dolazi do

¹⁹ Richard Holzhammer, *Österreichisches Zivilprozeßrecht*, Wien 1970, 156.

²⁰ *Ibid.*; up. B. Starović, R. Keča, 223.

²¹ W. Rechberger, T. Klicka, in: Walter Rechberger (Hrsg.), 1092

²² OGH 1 Ob 150/14m – 18.9.2014, *Evidenzblatt* 2015/66 sa daljim upućivanjima.

²³ Rudolf Pollak, *System des österreichischen Zivilprozeßrechts I*, Wien 1930², 188 i sled. sa daljim upućivanjima.

²⁴ Dragoljub Arandelović, *Gradansko procesno pravo II*, Beograd 1933, 17 i sled.; up. i Ante Verona, Srećko Zuglia, *Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama*, Zagreb (s. a.), 418 i sled.

²⁵ Up. R. Pollak, 189.

²⁶ Up. Bürgner, „Die Rechtskraftwirkung der Klageabweisung mangels Antragsänderung im Falle der Zession eines rechtshängigen Anspruchs“, *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess (ZZP)* 42 (1912), 95.

procesne sukcesije. Time se ne dira u pravilo da izmenjeno materijalnopravno stanje treba uzeti u obzir pri presuđenju, tj. ne dira se u opšte pravilo da se o osnovanosti tužbenog zahteva odlučuje spram stanja stvari koje postoji u trenutku zaključenja glavne rasprave. S obzirom da se otuđenjem menja stvarna legitimacija, da bi tužilac uspeo u sporu on mora da promeni tužbeni predlog: da traži da se činidba umesto njemu ispuni sticaocu, odnosno da traži ispunjenje čindibe od sticaoca umesto od tuženog. Jer, ako to ne učini, doneće se odbijajuća presuda, s obzirom da inicijalni tužbeni zahtev zbog otuđenja više nije osnovan: tužilac više nije aktivno legitimisan, odnosno tuženi nije više pasivno legitimisan. Nužna posledica ovog rezona je svakako i dopuštenost raspravljanja odnosa koji postoje između protivne stranke i sticaoca.²⁷

Ovako prikazana teorija relevancije se naziva strogom, i danas je prihvaćena u delu austrijske²⁸ i domaće doktrine.²⁹ Suprotno, u nemačkom pravu je vladajuće shvatanje sudske prakse i teorije ono koje se označava kao ublažena teorije relevancije; pristuna je u domaćoj doktrini;³⁰ u austrijskom pravu zastupa je jedino *Fašing*.³¹ Ona je nastala kao rezultat, makar i naizgled, vođenja računa o fundamentalnom pravu sticaoca – pravu na saslušanje. Ublaženost su odnosu na strogu teoriju relevancije se vidi u različitom tretiranju otuđenja, prema tome koja je stranka otuđila sporno pravo. U slučaju da je to tužilac, primenjuje se doktrina stroge teorije relevancije – nužno je da tužilac izmeni tužbeni predlog i da traži ispunjenje prema sticaocu. Ako je otuđenje na strani tuženog, međutim, promena tužbenog predloga se ne traži, jer bi to, kako se tvrdi, bilo protivno osnovnom pravilu da se nalaže ispunjenje jednom licu koje nije stranka. Presuda zaista glasi na tuženog, ali ona ipak ima prošireno dejstvo pravnosnažnosti, pa se uz pomoć pravila izvršnog postupka može tražiti prinudno izvršenje protiv sticaoca. U svakom slučaju, i pored nemogućnosti promene tužbenog predloga tako da se od sticaoca traži ispunjenje, i odnos između tužioca i sticaoca se uzima u obzir pri presuđenju.³²

Kritika ublažene teorije relevancije u današnje vreme, i to od strane onih koji zastupaju strogu varijantu, bazira se na otklanjanju prividnog argumenta zaštite prava na saslušanje sticaoca. Ističe se da sticalac ima pravo da učestvuje u

²⁷ Up. samo W. Rechberger, D.-A. Simotta, 179 i sled.

²⁸ Oskar Ballon, *Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht*, Graz 2009¹², 198; W. Rechberger, T. Klicka, in: Walter Rechberger (Hrsg.), 1092; W. Rechberger, D.-A. Simotta, 179.

²⁹ A. Jakšić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2012⁶, 224 i sled.; Nikola Bodiroga, *Novi Zakon o parničnom postupku*, Beograd 2012, 146.

³⁰ B. Poznić, 481.

³¹ H. Fasching, 614 i sled.

³² Up. H. Fasching, 614 i sled.; Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab, Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, München 2010¹⁷, 557; Reinhold Greger, in: Zöller, *Zivilprozessordnung*, Köln 2007²⁶, 830 i sled., svi daljim upućivanjima.

postupku kao suparničarski umešač, čime se zapravo u potpunosti štiti njegovo pravo na saslušanje.³³ Ipak, ovo je upotrebljiv argument samo za austrijsko i naše pravo, jer u nemačkom izričitom odredbom se sticaocu uskraćuje položaj suparničarskog umešača; on može da bude samo običan (§ 265 st. 2 reč. 3 nGrpp). Uz to, ističe se i argument procesne ekonomije: insistiranje da se u svakom slučaju promeni tužbeni predlog čini suvišnim kasnije dokazivanje otuđenja zarad ishodovanja rešenja o izvršenju; jer, kada se tužbeni predlog izmeni, obezbeđuje se potvrda stvarne legitimacije već u presudi, pa i kada tuženi otuđi sporno pravo.³⁴

3.3. Mešovite teorije

3.3.1. Nemačka mešovita teorija

Pod nemačkom mešovitom teorijom podrazumevamo pravac koji postoji u nemačkoj doktrini, i koji nastoji da pomiri učenja jedne i druge teorije, i to tako što, kada se malo bolje sagleda, deli učenja na dva dela, tj. na dva kompleksa pitanja. U tom smislu jedno je pitanje da li sud sme da uzme u obzir novonastalo materijalnopravno stanje pri presuđenju; dakle, da li je i odnos između protivnika i sticaoca relevantan. Sasvim je drugo pitanje potrebe menjanja tužbenog predloga zarad uspeha tužioca.

Mešovita teorija za prvo pitanje preuzima učenje teorije relevancije. Prema tome, nema nikakvog pomeranja momenta na osnovu kojeg se presuđuje – to je shodno opštem pravilu, momenat zaključenja glavne rasprave.³⁵ Za drugo pitanje, međutim, prihvata teoriju irelevancije – da bi se usvojio tužbeni zahtev nije potrebno njegovo menjanje.³⁶ Osnovni argument je u postojanju izričite odredbe da presuda deluje u odnosu na sticaoca.³⁷ U teorijskom smislu se, međutim, kao i svi vidovi relevancije, vođenje parnice od strane otuđioca kvalifikuje kao vršenje prava na vođenje tuđeg spora, ili procesno namesništvo.³⁸

U današnjoj nemačkoj doktrini, ali i sudskoj praksi, kao reprezentativni primer zastupnika ovog shvatanja se navode „autori“ najobimnijeg udžbenika – *Rosenberg/Svab/Gotwald*,³⁹ koje slede još poneki autori.⁴⁰ U prikazu ovog shvatanja

³³ W. Rechberger, T. Klicka, in: W. Rechberger (Hrsg.), 1092/1093. S pozivom na *Rehbergera* i A. Jakšić (2012), 225.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ L. Rosenberg, K. H. Schwab. P. Gottwald, 556 i sled.

³⁶ L. Rosenberg, K. H. Schwab. P. Gottwald, 557.

³⁷ Tako već J. Kohler, „Succession in das Prozessverhältniss“, *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess (ZZP)* 12 (1888), 111 i sled.

³⁸ Up. L. Rosenberg, K. H. Schwab. P. Gottwald, 557.

³⁹ L. Rosenberg, K. H. Schwab. P. Gottwald, 557 i sled.

⁴⁰ Othmar Jauernig, *Zivilprozessrecht*, München 2007²⁹, 281 i sled.; Eberhard Schilken, *Zivilprozessrecht*, München 2010⁶, 124 sa daljim upućivanjem.

Dika pripisuje ovu koncepciju *Rozenbergu*,⁴¹ iako je upitno da li je on, dok je bio redaktor ucbenika, zastupao to shvatanje.⁴² Ono što je važnije jeste da geneza ovo mešovite teorije, zapravo vodi sve do *Vaha* i prvih godina nakon donošenja nGrpp. *Vah* naime već 1886. godine izlaže svoju teoriju, kasnije nazvanu „mešovitom“, u kojoj kritikuje kako teoriju irelevancije, tako i teoriju relevancije, u rezultatu upravo tako kako se danas govori u smislu mešovite nemačke teorije.⁴³ *Vah* u teorijskom obrazlaganju svakako da nije zastupao tezu o procesnom namesništvu, jer je ona tek u tom vreme počela da se artikuliše,⁴⁴ a on sam izgleda da nije ni mogao da je prihvati zbog svoje teorije o pravozaštitnom zahtevu. To je vreme u kojem je tek došlo do razdvajanja formalnog i materijalnog pojma stranke, i oslobođanja procesnog prava iz civilističkih okvira. Upravo je na kritici *Vaha* postavljena, može se reći, teorijski zaokružena mešovita teorija, i to od strane *Kolera* koji autor doktrine o procesnom namesništvu.⁴⁵

3.3.2. *Dikina mešovita teorija*

Na bazi iscrpnog istraživanja nemačke i austrijske savremene doktrine, ali za potrebe sadašnjeg hrvatskog prava, *Dika* je razvio sopstvenu mešovitu teoriju. Njeno osnovno polazište je teza da pravo na pravično suđenje ne dozvoljava da se šire subjektivne granice pravnosnažnosti presude na sticaoca, a oslonac ima već u redakcijskom stanju hrvatskog prava – u njemu, kao što je to slučaju i sa ranijim jugoslovenskim, nema izričite odredbe koja bi to određivala. Prema tome, bilo kakva vezanost sticaoca presudom, pa bila primenjena teorija relevancije ili irelevancije, ne postoji. Dalje, on nastoji da na toj premisi kombinuje učenja jedne i druge teorije. U smislu teorije relevancije, on zahteva da podloga za presuđenje bude celokupan odnos koji je nastao i otuđenjem; opšte pravilo o presuđenju, dakle, važi.⁴⁶ Međutim, prema njegovoj koncepciji, ako je tužilac otuđio pravo, on ne može da menja tužbeni predlog tako da se zahteva ispunjenje potraživanja sticaocu, jer za tako nešto nema uporišta u zakonu. Uz to, ako bi se to prihvatilo, to bi bilo kršenje prava na saslušanje stranaka, jer bi u rezultatu sticalac bio vezan presudom, koja može i da mu šteti – odbijajuća presuda.⁴⁷ Što se tiče otuđenja na

⁴¹ Mihajlo Dika, *Građansko parnični pravo IV, Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku*, Zagreb 2008, 105.

⁴² U svom drugom izdanju iz 1929. godine *Rozenberg* zastupa ublaženu teoriju relevancije, koja je već tada zavladała; up. Leo Rosenberg, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts*, Berlin 1929², 312 i sled.

⁴³ Adolf Wach, „Die Abtretung rechtshängiger Ansprüche in ihrem Einfluß auf den Prozeß“, *Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts* 30 (1886), 779 i sled.

⁴⁴ Nju fundira *Koler* okvirno u tom periodu; up. J. Kohler, „Succession in das Prozessverhältniss“, *ZZP* 12 (1888), 102 sa daljim upućivanjima na svoje ranije radove.

⁴⁵ Up. J. Kohler, 106 i sled.

⁴⁶ M. Dika, 122/123.

⁴⁷ M. Dika, 123.

strani tuženog, iako se ne izjašava izričito, jasno je da promena tužbenog predloga kojom će se tražiti osuda sticaoca tim pre ne dolazi u obzir. Ipak, on priznaje, izuzetno, prošireno dejstvo pravnosnažnosti u odnosu na sticaoca, i to u slučaju da tuženi otuđi pravo. To će biti slučaj ako bi tužilac ishodovao privremenu meru zabrane otuđenja u javnim evidencijama, ili zabeležbu spora u javnim evidencijama, a do otuđenja dođe nakon toga.⁴⁸

4. STANJE SRPSKOG VAŽEĆEG PRAVA

4.1. Nužnost vođenja računa o novom redakcijskom stanju: čl. 204 st. 3 ZPP

Svakako da je glavna novina ZPP u pogledu otuđenja spornog prava tokom parnice uvođenje izričite odredbe o proširenom dejstvu pravnosnažnosti presude u odnosu na sticaoca. Na taj način je rešena dilema, i to na način kako je vladajuća teorija do ZPP smatrala. Upravo zbog toga, ova novina je samo redakcijskog karaktera. Sada je samo jasno da proširena pravnosnažnost postoji. Koliko je to opravdano rešenje, i u kojoj meri uopšte važi, zasebna su pitanja (dole 4.3).

Izričito predviđanje proširenog dejstva pravnosnažnosti, ipak, ima svoju vrednost u pogledu argumentacije za rešenje drugih problema. Kroz takav redakcijski zahvat se pokazuje, makar i prikriveno, svest o postojanju problema i njihovo rešenje. U daljem tekstu će se upravo to, s pozivom na već iznete argumente u nemačkoj doktrini, koristiti kao jedan od argumenata.

4.2. Mešovita nemačka teorija kao važeća teorija u srpskom stanju

Elementi učenja klasične teorije irelevancije, kao i teorije relevancije, i to na način kako to sublimiše mešovita nemačka teorija, predstavljaju važeće rešenje sadašnjeg srpskog prava.

Teorija irelevancije ne može da se prihvati u delu u kojem odriče bilo kakav uticaj novonastalog materijalnopravnog stanja na sadržinu presuđenja. Važno je pri tome ipak pažljivo ispitati argumente.

Insistiranje na tome da je celokupan odnos otuđenja irelevantan, i to kroz pomeranje vremenskog momenta bitnog za presuđenje na nastupanje litispendencije, samo za sebe nije neispravno. Klasičan prigovor da je to odstupanje od opšteg pravila, da je fikcija, ne govori još ništa. Jer, zakonodavac svakako sme da napravi izuzetak od opšteg pravila koje sam uspostavlja. Dalji prigovor, a to je da posledica irelevancije u vidu neuzimanja u obzir odbrane koja se tiče odnosa sticaoca i protivne stranke, pa je zato takav rezultat očigledno protivan pravom mate-

⁴⁸ *Ibid.*

rijalnopravnom stanju, sama za sebe još nije dovoljan da dovede u pitanje teoriju irelevancije. Naime, kako je to još *Vah* istakao, tako nešto nije nepodnošljivo, barem na primeru cediranja spornog prava od strane tužioca. Svoju materijalno-pravnu odbranu prema cesionaru dužnik će moći da istakne u izvršnom postupku.⁴⁹ Zapravo, čitav spor u ovom delu se svodi na pitanje u kom postupku će se o tome raspravljati.⁵⁰ Na kraju, nije osnovan ni prigovor teoriji irelevancije, koja ne zahteva da se tužba preformuliše tako da presuda glasi na sticaoca (kod kondemnatornih tužbi da se sticaocu ispuni činidba, odnosno da on ispuni činidbu), već upravo insistira da ona glasi na otuđioca, pa je u tom smislu takav sled nemoguć. Ako se izričito predviđa da presuda deluje u odnosu na sticaoca, onda nema smisla da se ipak zahteva promena tužbenog predloga tako da on glasi na sticaoca.⁵¹ Dakle, čl. 204 st. 1 ZPP ne sme izolovano da se shvata, već tek u ukupnom kontekstu, a to nužno znači uzimanje u obzir i čl. 204 st. 3 ZPP.⁵² Ako se tako nešto ne uklapa u teoretski šablon i nedostupno je standardnom pojmovnom određenju, onda to nije razlog da se negira njegovo postojanje, jer je zakonodavcu tako nešto dopušteno.⁵³

Praktične posledice teorije irelevancije su, međutim, razlog za njeno neprihvatanje u njenom osnovnom delu. Pre svega, nedopuštenost raspravljanja materijalnopravnog odnosa spram vremena zaključenja glavne rasprave – nedopuštenost materijalnopravne odbrane koja se vezuje za odnos protivne strane i sticaoca – nije u skladu sa jednim od osnovnih vrednovanja procesnog prava – zahtev za procesnom ekonomijom u vidu izbegavanja daljih postupaka. U brojnim slučajevima će doći eventualnog nepotrebnog vođenja izvršnog postupka, u kojem bi tek bilo rešeno pitanje odnosa sticaoca i protivnika.⁵⁴ Racionalno je da se i tako nešto dopusti i da se sva pitanja reše već u parničnom postupku. Dakle, ovde je argument čiste procesne ekonomije, a ne onaj koji se ističe da se presuda donosi svesno na osnovu stanja stvari koje nije materijalnopravno ispravno.

Ovaj argument je svakako u skladu sa ciljem odredbe čl. 204 ZPP. On je nesporno za sve pravce u teoriji onemogućavanje pogoršanja pozicije protivnika stranke, kako se to kaže „zaštitna odredba“ u njegovu korist. Time što se omogućava presuđenje na osnovu stanja stvari koje postoji u trenutku zaključenja glav-

⁴⁹ A. Wach, 784.

⁵⁰ Tako i Walter Buchegger, Klaus Markowetz, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, Wien 2016, 83.

⁵¹ L. Rosenberg, K. H. Schwab, P. Gottwald, 557; O. Jauernig, 281 i sled.

⁵² Suprotno, međutim, Vesna Rakić-Vodinelić, „Zakon o parničnom postupku Srbije 2011“, *Pravni zapisi* 2011, 536, koja ne dovodi u vezu izričito pravilo o proširenom dejstvu pravnosnažnosti, pa i dalje smatra da čl. 204 st. 1 ZPP ne daje odgovor na pitanje koja teorija, i u kojoj meri, važi u sadašnjem pravu.

⁵³ A. Wach, 783.

⁵⁴ Reprezentativan primer je sa cesijom: prema teoriji irelevancije tuženi ne može da ističe da je nakon otuđenja potraživanje ispunio cesionaru. On mora da čeka kasniji izvršni postupak da bi kroz svoju opozicionu odbranu istakao takvu činjenicu.

ne rasprave, dakle time što se i odnos sticaoca i protivnika raspravlja, njegova pozicija se uopšte ne pogoršava, već suprotno. Njemu će upravo koristiti mogućnost da se već u tekućem sporu reše pitanja koja se tiču njegovog odnosa sa sticaocem.

Teorija relevancije, i to u ublaženom vidu, zahteva da se u slučaju otuđenja na strani tužioca tužbeni predlog preformuliše tako da se ispunjenje činidbe zahteva prema sticaocu; u suprotnom će se zahtev odbiti. Tako nešto koliko god da je plauzibilno, nije potrebno. I ovde je potrebno da se arugmenti jasno izlože.

Moglo bi na prvi pogled da se kaže da je tako nešto veliki teret za tužioca, jer on možda ni ne zna da takva potreba postoji – on možda polazi od toga da važi teorija irelevancije u ovom aspektu. Baš okolnost da u nemačkom pravu postoji izričita dužnost da uputi tužioca na potrebu menjanja tužbenog predloga (§ 139 nGrpp), može da bude argument da domaći sud nema takvu dužnost. To nije podesan argument, jer se itekako može zastupati stav da i u srpskom pravu postoji odgovarajuća dužnost suda. Da ona ne mora da bude izričito propisana, a da ipak postoji kao rezultat popunjavanja pravne praznine, pokazuje austrijsko iskustvo.⁵⁵ Takav poduhvat je za domaće pravo preduzeo Triva u svom čuvenom „Eseju o otvorenom pravosuđenju“,⁵⁶ koji je, kada se sagleda iz uporednopravne vizure, ništa drugo do nemački koncept sveobuhvatne dužnosti upućivanja.⁵⁷ No, ovo pitanje se može ostaviti otvorenim, jer drugi razlozi govore protiv nužnosti menjanja tužbenog predloga.

Dalje, nužnost menjanja tužbenog predloga bi mogla da se okarakteriše kao nedovoljno pogodno sredstvo da se ostvari svrha instituta. Tada bi se pošlo do stava da u domaćem pravu takvo menjanje predstavlja objektivno preinačenje tužbe.⁵⁸ To bi stvaralo dodatne poteškoće: ako bi do otuđenja došlo nakon ukidanja prvostepene presude, dakle tokom ponovljenog postupka pred prvostepenim sudom, preinačenje ne bi bilo dopušteno; jer, preinačenje tužbe promenom istovetnosti tužbenog zahteva je tada dopušteno samo ako se nov zahtev zasniva na istom činjeničnom osnovu (čl. 398 st. 4 ZPP), a to nikada nije slučaj sa preinačenjem zbog otuđenja spornog prava. Ipak, ovakav stav nije ispravan, i zaista takvo menjanje tužbenog predloga ne bi bilo preinačenje tužbe. Jer, preinačenje je promena predmeta spora, tako da prestaje litispendencija u odnosu na inicijalni, i uspostavlja se za novi. S obzirom da presuda kod otuđenja spornog prava deluje

⁵⁵ O tome iscrpno Hubertus Schumacher, *Richterliche Anleitungspflichten*, Wien 2000, 43 i sled.

⁵⁶ Siniša Triva, „Esej o otvorenom pravosuđenju“, u: Siniša Triva, Velimir Belajec. Mihajlo Dika, *Novo parnično procesno pravo*, Zagreb 1977, 209 i sled.

⁵⁷ Up. M. Knežević (2016), 299.

⁵⁸ Na taj način tu pojavu kvalifikuje izričito Gordana Stanković, *Građansko procesno pravo*, Niš 2007⁷, 170. Suprotno, međutim, V. Rakić-Vodinelić, koja smatra o subjektivnom preinačenju, s tim da izričito govori o promeni tužbenog predloga kada je otuđilac tuženi; Borivoje Poznić, Vesna Rakić-Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2015¹⁷, 193/194.

i na sticaoca, to znači da je kako zahtev da se ispuni činidba tužiocu, tako i zahtev da se ispuni sticaocu, apsorbovan predmetom spora.⁵⁹ Dakle, predmet spora se ne menja, pa nema ni preinačenja tužbe.

Odlučan argument protiv ovog dela učenja teorije relevancije je ono što je već rečeno suštinski u prilog teoriji irelevancije. Kakvog ima smisla odredba da presuda deluje i u odnosu na sticaoca, a da se zahteva, makar i samo kod otuđenja na strani tužioca, da se sticalac spominje u izreci presude? Čim je jasno da postoji proširena pravnosnažnost, nema potrebe da se radi uspeha u sporu zahteva menjanje tužbenog predloga. I dalje, ne bi imala nikakvog smisla odredba da otuđenje ne sprečava da se parnica sa inicijalnim stranakama *dovrši* (kurz. aut.). Ova odredba nema samo značaj potvrde da materijalnopravna singularna sukcesija ne dovodi do procesnopravne,⁶⁰ već jasno govori da nije potrebno nikakvo modifikovanje tužbenog predloga.⁶¹ Kako je rečeno, uvođenje izričitog pravila o proširenom dejstvu pravnosnažnosti mora se sagledati tako da je to upravo potvrda nepostojanja potrebe da se tužbeni predlog menja radi uspeha u sporu.

Za sadašnje domaće stanje se, na kraju, mora uzeti u obzir veoma ozbiljan argument *Rehbergera* u prilog važenja stroge teorije relevancije, koji, kada se dovede u vezi sa ovde iznetim stavovima, može dovesti do dodatnog stava. Kako je već izloženo, *Rehberger* insistira na nužnosti menjanja tužbenog zahteva pre svega zbog procesne ekonomije. Trebalo bi zaključiti da je zbog procesne ekonomije dopušteno, ali ne i nužno, da se tužbeni predlog promeni. To je na kraju, izolovano za ovo pitanje, vladajuće shvatanje austrijske sudske prakse.⁶²

Naime, nema nikakve smetnje da tužilac bez bilo kakvog dodatnog uslova promeni tužbeni predlog tako da traži ispunjenje u odnosu na sticaoca, ili da ispunjenje traži od sticaoca. To nije preinačenje tužbe, već obično menjanje koje ne podleže daljim uslovima. Opravdanje za takav stav je već izloženo.⁶³ Treba samo otkloniti prigovor da bi se dopuštanjem nalažanja sticaocu da nešto ispuni, iako nije stranka, urušio osnovni koncept parničnog postupka. To je samo prividan argument, jer čim postoji prošireno dejstvo pravnosnažnosti, taj prag je pređen. Sticaocu je svejedno da li se presudom nalaže njemu da ispuni, ili se nalaže njegovog prethodniku, tuženom, ali svejedno se na osnovu takve presude može tražiti izvršenje protiv njega.⁶⁴ U svakom slučaju da bi se usvojio izmenjeni tužbeni predlog sud mora da utvrdi da je zaista došlo do punovažnog otuđenja spornog

⁵⁹ U tom smislu već Bürgner, 100 i sled.

⁶⁰ Tako, međutim, B. Poznić, V. Rakić-Vodinić (2015), 193.

⁶¹ Za taj argument L. Rosenberg, K. H. Schwab, P. Gottwald, 557.

⁶² Gore iznad fn 22.

⁶³ Gore iznad fn 59.

⁶⁴ Na to ukazuje već Ernst Jakobi, „Ein Beitrag zur Lehre von der Veräßerung in Streit befangener Sache“, *ZZP* 42 (1913), 446 kada konstatuje, polazeći od proširenog dejstva pravnosnažnosti, da „sticaocu jednako šteti osuda tuženog kao što mu šteti osuda njega samog“. U istom smislu, kritikujući *Rakić-Vodinić*, A. Jakšić (2012), 225.

prava. Ovakvo optiranje tužioca služi procesnoj ekonomiji, jer se na taj način izbegava dokazivanje procesne sukcesije u izvršnom postupku. No, to nije nužno, već predstavlja samo pravo izbora tužioca. Dakle, on može da ostavi tužbeni predlog kakav je bio, kada će radi izvršenja u korist ili protiv sticaoca morati da se dokaže otuđenje. Ali on može da promeni tužbeni predlog, kada će se već u parnici ispitivati punovažnost otuđenja, čime se obezbeđuje prinudno izvršenje u korist ili protiv sticaoca bez daljih uslova.

4.3. Posebno o proširenom dejstvu pravnosnažnosti

Vladajuće shvatanje za vreme važenja prethonika ZPP, i to bez obzira da li se zastupala teorija relevancije ili irelevancije, priznavalo je prošireno dejstvo pravnosnažnosti, ali samo ako je sticalac nesavestan.⁶⁵ Uvođenje izričite odredbe o proširenom dejstvu pravnosnažnosti, ali bez bilo kakvog ograničenja, u teoriji je postavilo pitanje kako zaista treba shvatiti čl. 204 st. 3 ZPP, dakle ne u smislu *de lege ferenda* kritike, već kao *lex lata* rešenje.

Bodiroga polazeći od prava na pravično suđenje zaključuje da prošireno dejstvo pravnosnažnosti ne postoji u odnosu na savesnog sticaoca – na lice koje nije znalo niti je moglo da zna da se postupak uopšte vodi. On takav stav argumentuje *a fortiori* zaključkom pozivom na otklanjanje intervencijskog dejstva presude u odnosu na umešača: s obzirom da takva mogućnost postoji, „takvo pravo [zapravo nevezanost trećeg presudom, prim. aut.] bi samim tim trebalo da ima i lice o čijem pravu se u parnici rešavalo, a koje nije znalo niti je moglo da zna za tu parnicu“.⁶⁶

Slično u isto vreme i *Jašić* u rezultatu zaključuje. On polazi od toga da prošireno dejstvo pravnosnažnosti postoji samo ako sticalac nije savestan – ako je znao ili mogao da zna za spor. Metodološke argumente zbog čega važi takvo pravilo, iako se ono ne spominje u ZPP, on ne daje izričito. Međutim, može se pouzdano zaključiti da je argument u okviru prava na pravično suđenje: kako ističe, ako neko svesno stiče pravo ili stvar o kome teče parnica, onda se on, zapravo, prećutno odriče nekih prava iz korpusa prava na pravično suđenje.⁶⁷ Dakle, iz rečenog bi moglo obrnuto da se zaključi: protivno bi bilo pravu na pravično suđenje da neko bude vezan presudom u postupku za koji nije znao (ili mogao da zna) da teče.

Suštinski identično shvatanje, sa dodatnim metodloškim obrazloženjem, je ono koje zastupa *Rakić-Vodinić*, iako se ne poziva na ranije zauzete stavove *Bodiroge* i *Jakšića*. Iako je već po donošenju ZPP istakla da je čl. 204 st. 3 ZPP krajnje sporan, jer presuda deluje bez razlike u odnosu na savesnog i nesavesnog

⁶⁵ Gore iznad fn. 13.

⁶⁶ N. Bodiroga, 146.

⁶⁷ A. Jakšić (2012), 225.

sticaoca,⁶⁸ ipak je u U 17. izdanju udžbenika *Poznić/Rakić-Vodinelić* promenila shvatanje. U tom smislu, sugerise „ciljno tumačenje“ čl. 204 st. 3 ZPP umesto jezičkog, i to najbolje „analogijom sa pravilima o intervencijskom dejstvu presude prema umešaču“ iz čl. 218 ZPP. Tako, „to bi značilo da bi se sticalac mogao osloboditi dejstva presude između njegovog pravnog prethodnika (otuđioca) i protivne stranke ako dokaže da je odlučeno o njegovom pravu, a da on nije imao mogućnosti da u parnici sudeluje, jer nije znao niti je mogao znati da se vodi“.⁶⁹

Shvatanja sva tri autora, ako se stave u kontekst ranijeg većinskog shvatanja, ali i nemačkog rešenja, znači u rezultatu da pravnosnažnost ne deluje u odnosu na savesnog sticaoca. Sa tim rešenjem se treba složiti, ali ne i sa metodološkim opravdanjem koje se nudi.

Pre svega, s obzirom na današnju metodologiju prava, kontradiktorno je govoriti istovremeno o ciljnom tumačenju jedne odredbe korišćenjem analogije. Tumačenje je sredstvo saznavanja važećeg prava čiji se rezultat uvek kreće u jezičkim granicama jedne odredbe,⁷⁰ dok je analogija metod popunjavanja pravnih praznina, koje pretpostavljaju da se niti jedna odredba ne može protumačiti na način da se obuhvati jedan slučaj; baš zato što ne može da se jedan slučaj obuhvati čak ni najširim tumačenjem norme, dakle periferija pojma jednostavno jezički ne obuhvata dati slučaj, postoji praznina.⁷¹ S druge strane, ako se pledira za „uže tumačenje“ jedne odredbe – što je očigledno rezultat *Rakić-Vodinelić* – i to tako da se odstrani dobar deo njenog polja primene, onda je po sredi tzv. skrivena pravna praznina (nem. *verdeckte Lücke*), koja se „popunjava“ teleološkom redukcijom (nem. *teleologische Reduktion*). Ona podrazumeva da se iz polja primene jedne norme odstrane slučajevi u kojima se upravo svrha norme ne bi ostvarila kada bi se dosledno primenila; to je zasnovano na istoj ideji kao i analogija, ideji jednakosti, s tim da je ovde zahtev da za nejednake slučajeve važi nejednaka pravila – jednakost u nejednakosti.^{72,73} U tom smislu, može se govoriti samo o teleološkoj redukciji čl. 204 st. 3 ZPP.

⁶⁸ V. Rakić-Vodinelić, 536.

⁶⁹ B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić (2015), 196.

⁷⁰ Franc Bidlinski, *Pravna metodologija*, Podgorica 2011, 69.

⁷¹ Umesto svih F. Bidlinski, 74 i sled. Up. i Marijan Pavčnik, „Tumačenje opšteg pravnog akta“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/1989, 152.

⁷² O teleološkoj redukciji Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin 1979⁴, 362 i sled., 377 i sled.; Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, München – Wien – Bern 2016⁵, 207 i sled., 233 i sled.; F. Bidlinski, 83 i sled.

⁷³ O teleološkoj redukciji se izuzetno skromno govori u domaćoj doktrini, pa je pitanje da li je uopšte ona integralni deo domaće metodologije prava; o teleološkoj redukciji u domaćoj teoriji Vladimir Vodinelić, *Gradansko pravo*, Beograd 2012, 178; Saša Bovan, „Teleološka redukcija kao hermenutički instrument – prilog socijaloškoj teoriji tumačenja prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2015, 5 i sled.; za primenu teleološke redukcije u procesnom pravu, na konkretnom primeru, Marko Knežević, „O žalbi protiv presude u postupku u sporu male vrednosti“, *ZbNS* 4/2012, 391 fn. 27.

Pretpostavke za primenu telološke redukcije su svakako ispitivanje cilja jedne odredbe, kao i opravdanost zahvata u njeno polje primene, što predstavlja najkompleksnije pitanje. Jer, nužno je da se redukovanje polja primene odredbe može jasno pripisati imanetnoj teologiji zakona, koja, samo zbog redakcijskog pristupa, nije našla odgovarajući izraz.⁷⁴ Suviše širokogrudno korišćenje teleološke redukcije je protivno osnovnoj koncepciji podele vlasti i ulozi pravosuđa. Drugim rečima, takav pristup probija *lex lata* granice i predstavlja nedopušteno sudsko stvaranje prava, ma koliko ono bilo pravopolitički poželjno u vidu rezultata.⁷⁵

Cilj čl. 204 st. 3 ZPP treba videti pre svega u ukupnoj konstrukciji instituta otuđenja spornog prava tokom spora. Kako je rečeno, smisao je da se protivnik stranke koja otuđuje zaštititi, tako što će se omogućiti presuđenje na osnovu relevantnog stanja stvari bez promene identiteta stranaka. Odnosno, da se njen položaj, bliže izgled na uspeh u sporu, ne pogorša. Zbog toga postoji proširena pravnosnažnost, ali i zbog toga važi mešovita teorija. U svakom slučaju, bez proširene pravnosnažnosti celokupan koncept nema smisla, tj, ne ostvaruje se svrha instituta. Upravo je zbog toga totalna teorija irelevancije ubrzo napuštena u austrijskom pravu u kojem ni nema izričite odredbe o proširenom dejstvu pravnosnažnosti. Takođe, upravo zbog toga je i u ranijem domaćem pravu zastupana teza o postojanju proširene pravnosnažnosti.

Nesporno je da je kod svakog proširenog dejstva pravnosnažnosti krajnje upitno da li je to u skladu sa vrednovanjima pravne države. Jer, osnovno pravilo o *inter partes* dejstvu pravnosnažnosti (čl. 360 st. 1 ZPP) je danas pre svega opravdano zbog prava na saslušanje kao integralnog dela prava na pravično suđenje.⁷⁶ Ono podrazumeva obezbeđivanje mogućnosti da se onaj na koga se presuda odnosi izjasni o činjeničnim i pravnim aspektima spora, odnosno da mu se pruži mogućnost da utiče na sadržaj odluke. Iako je u domaćoj doktrini, što svakako nije neispravno, na ovaj način shvaćeno pravo na saslušanje deo ustavnog i konvencijskog prava na pravično suđenje, radi se o pravu koje je ukorenjeno i u neprikosnovenosti ljudskog dostojanstva (čl. 23 st. 1 Ustava). Onemogućavanje pojedinca da utiče na odluku o njegovoj pravnoj sferi svodi pojedinca na puki objekat postupka, što je neprihvatljivo za jednu pravnu državu.⁷⁷

Ovako gledano prošireno dejstvo pravnosnažnosti je, zapravo, protivno pravu na saslušanje. Nužnost kompromisa suprotstavljenih interesa ipak dovodi do toga da proširena pravnosnažnost egzistira u određenim situacijama. Da bi se ipak vodilo računa o što je moguće većem udovoljavanju zahtevima prava na saslušanje, postoje korektivi. Osnovni korektivni mehanizam je ustanova suparničarskog

⁷⁴ Up. samo K. Larenz, 377 i sled.

⁷⁵ Up. F. Bidlinski, 84.

⁷⁶ Up. A. Jakšić (2012), 529; B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić (2016), 195; W. Rechberger, D.-A. Simotta, 474.

⁷⁷ Up. M. Knežević (2016), 402 sa daljim upućivanjima na uporednopravnu doktrinu.

umešača. Naime, u svakom sporu u kojem će presuda imati prošireno dejstvo pravnosnažnosti, lice na koga će se ono manifestovati može da učestvuje kao suparničarski umešač, što znači da ima položaj jedinstvenog suparničara (čl. 219 st. 1 ZPP). Na taj način se njemu zapravo omogućuje pravo na saslušanje.⁷⁸

Nema dileme da sticalac spornog prava može da ima položaj suparničarskog umešača ako prijavi mešanje. Problem nastaje, načelno, onda kada on uopšte ne zna za parnicu koja je u toku, što svi autori ispravno naglašavaju. Dakle, radi se o slučaju da je on savestan, jer ne zna, niti je mogao da zna za spor. Upravo se u ovom segmentu vidi nužnost teleološke redukcije. Iako je i tada neograničeno dejstvo proširene pravnosnažnosti u odnosu na njega u skladu sa ciljem odredbe – zaštita protivne stranke – ono je nesrazmerno sužavanje njegovog prava na saslušanje. S obzirom da i sam Ustav poznaje standard pravičnosti, to baš u smislu prava na saslušanje (čl. 32 st. 1), moglo bi pouzdano da se kaže da je protivno ideji *pravičnog* postupka jedne pravne države da neko bude vezan presudom iz postupka za koji nije znao, niti je mogao da zna da teče. Već zbog toga dolazi u obzir teleološka redukcija, jer se na taj način dovoljno štiti osnovno ustavno vrednovanje.

Uz rečeno, naslanjajući se na argumentaciju *Bodiroge* i *Rakić-Vodinelić*, uslov za telološku redukciju je vidljiv iz samog vrednovanja zakonodavca koje je sadržano u dovoljno sličnoj situaciji, a to je ograničenje intervencijskog dejstva presude prema umešaču. Ovo dejstvo je, kako se tradicionalno ističe u teoriji, različito od pravnosnažnosti. Predmet interevencijskog dejstva su činjenični i pravni zaključci sadržani u presudi (u tom smislu ispravnost presude [nem. *Richtigkeit des Urteils*]),⁷⁹ dok je predmet pravnosnažnosti odluka o tužbenog predlogu (*arg.* čl. 359 st. 2).⁸⁰ No, i u jednom i u drugom slučaju postoji vezanost za rezultate iz ranijeg spora, tj. vezanost za sadržinu presude. Intervencijsko dejstvo se može otkloniti odgovarajućim prigovorima u kasnijoj parnici. Radi se o prigovoru nesavesnog vođenja spora i prigovoru da sud nije omogućio umešaču pravo na saslušanje. Neulazeći u pojedinosti, osnovni koncept ovih prigovora je svakako taj da se umešaču može nametnuti intervencijsko dejstvo presude ukoliko je uopšte znao, ili morao da zna za vođenje spora.⁸¹ Stoga, vrednovanje pozicije lica koje nije stranka, a u odnosu koga će presuda imati nekakvo dejstvo, u smislu prava na saslušanje nije nepoznato. To je dodatan razlog da se ono upotrebi kao argument za teleološku redukciju čl. 204 st. 3 ZPP.

⁷⁸ Ovde treba ostaviti po strani odredbu čl. 219 st. 2 ZPP, koja je krajnje upitna, jer bi prema čistom jezičkom tumačenju značila da suparničarski umešač ne sme da izjavi ni žalbu protiv presude ukoliko nije prijavio mešanje pre donošenja presude, a znao je parnicu. Takav stav je protivurečan jasnom i ustaljenom pravilu da običan umešač može u istoj situaciji da izjavi žalbu (*sic!*).

⁷⁹ Eberhard Schilken, 333.

⁸⁰ Vladajuće shvatanje, umesto svih A. Jakšić (2012), 526 i sled.

⁸¹ U rezultatu tako i B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić (2015), 196.

Na kraju, materijalnopравни argument govori u prilog teleološkoj redukciji. Sticanje svojina od nevlasnikam kao tipičan primer davanja prednosti vrednovanju savesnosti, podrazumeva sticanje svojine na osnovu pravnog posla raspolaganja pravom svojine uprkos tome što otuđilac nije vlasnik, dakle nema pravo raspolaganja. Osnovni uslov za takvo sticanje svojine je savesnost sticaoca. Dopuštanje sticanja svojine od nevlasnika je jasna pokazatelj vrednovanja pozicije savesnog kupca, što je u skladu sa interesima pravnog saobraćaja. Čini se da je dalja posledica, koja nije izričito predviđena u ZOSPO, sticanje svojine na stvari bez bilo kakvih materijalnopравnih tereta, naravno pod uslovom savesnosti i u tom pogledu. Tako, plodouživanje na pokretnoj stvari se gasi stivanjem svojine od nevlasnika ako on nije znao niti je mogao da zna za plodouživanje.⁸² Ako bi se pri prikazanom konceptu ipak savesnom sticaocu nametnulo neograničeno prošireno dejstvo pravnosnažnosti, onda bi ukupno gledano to bila sistemska greška. Smisao je da savesni sticalac stekne pravo svojine bez opterećenja bilo koje vrste, a opterećenost pravnosnažnošću presude na osnovu koje mu se prinudno može oduzeti stvar predstavlja nešto što kvari zamišljeni koncept. Upravo se time pokazuje nužnost teleološke redukcije čl. 204 st. 3 ZPP. Za napomenuti je da je očigledno s pozivom na materijalnopравни argument u austrijskoj sudskoj praksi priznato ograničenje proširenog dejstva pravnosnažnosti u odnosu na sticaoca, i to bez bilo kakvog normativnog oslonca u bilo kom vidu. Isto je bilo, kako je rečeno, i u jugoslovenskoj doktrini.

⁸² Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd 1996⁹, 82.

*Dr. Ranko I. Keča, ordentlicher Professor
Universität Novi Sad
Juristische Fakultät Novi Sad
R.Keca@pf.uns.ac.rs*

*Dr. Marko S. Knežević, Assistent mit Doktorgrad
Universität Novi Sad
Juristische Fakultät Novi Sad
M.Knezevic@pf.uns.ac.rs*

Die Veräußerung des streitbefangenen Gegenstandes im serbischen Zivilprozess: zur einen gemischten (Ir)Relevanztheorie

Zusammenfassung: *In der Arbeit wird viel umstrittenes Problem der Veräußerung des streitbefangenen Gegenstandes im serbischen Zivilprozess behandelt. Nach der Darlegung der bisherige entwickelten Theorien wird untersucht, ob und wieweit die Änderung der materiellen Rechtslage den Inhalt des Urteils, dass dem gegenüber Veräußerer ergeht, beeinflusst. Dazu wird die Neuerung der ZPO aus 2011, dass nun im Gesetz ausdrückliche Rechtskrafterstreckung auf Erwerber vorgeschrieben ist, besonders im Kauf genommen. Letztendlich wird versucht, wieweit solche Wirkung reicht.*

Schlüsselwörter: *Veräußerung des streitbefangenen Gegenstandes; Irrelevanztheorie; Relevanztheorie; Rechtskrafterstreckung auf Dritte.*

Datum prijema rada: 13.03.2017.

*Dr Bernadet I. Bordaš, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
B.Bordas@pf.uns.ac.rs*

RAZVOJ MEĐUNARODNOG PRIVATNOG PRAVA UNIJE U SLUŽBI OSTVARIVANJA NJENIH CILJEVA*

Sažetak: Rad daje pregled nastanka i razvoja evropeizovanog međunarodnog privatnog prava kao dela prava unije. Sam naziv evropeizovano međunarodno privatno pravo izveden je iz načina i stepena ujednačavanja materije koja čini predmet nacionalnih međunarodnih privatnih prava. Stepenu u kojem je izvršeno ujednačavanje zavisi od dva činioca: prvi su ciljevi Evropske unije kao regionalne međunarodne organizacije ekonomskog karaktera a drugi legislativna procedura koju regulišu osnivački ugovori EU. Od ciljeva EU zavisi pravni osnov stvaranja evropeizovanog međunarodnog privatnog prava, a legislativna procedura pokazuje širinu ovlašćenja legislativnih organa EU da stvaraju akte koji potpadaju pod materiju međunarodnog privatnog prava. Uzimajući u obzir ova dva činioca razvoj evropeizovanog međunarodnog privatnog prava ima dva perioda: period međudržavne saradnje i period komunitarizacije, odnosno evropeizacije. Istraživanje obuhvata analizu osnivačkih ugovora od Rimskog ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice iz 1957 do Lisabonskih ugovora iz 2007. Fokus je na ciljevima EU i na legislativnoj nadležnosti organa EU, kao i na nadležnosti Suda EU da donosi presude po predlozima za odlučivanje o prethodnim pitanjima.

Ključne reči: međunarodno privatno pravo EU, ciljevi EU, legislativna nadležnost EU, metod međudržavne saradnje, metod zajednice/unije, izvori evropeizovanog međunarodnog privatnog prava.

1. UVOD

Lisabonski Ugovor o Evropskoj uniji iz 2007.g.² u čl. 1 iskazuje da „Visoke ugovorne strane među sobom osnivaju Evropsku uniju kojoj Države članice do-

* Rad je rezultat istraživanja na projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“.

² Treaty on the European Union (Consolidated version 2012), SL C 326 (2012).

deluju nadležnosti za postizanje zajedničkih ciljeva“, dok u čl. 3 kao cilj Unije određuje unapređenje mira, vrednosti Unije¹ i dobrobiti naroda. Unija u st. 2 čl. 3 Ugovora „svojim građanima nudi područje slobode, sigurnosti i pravde bez unutrašnjih granica, na kojem je osigurano slobodno kretanje lica...“, a u st. 3 čl. 3 navodi da „Unija uspostavlja unutrašnje tržište“. Najzad, prema st. 6 Ugovor propisuje da „Unija svoje ciljeve ostvaruje odgovarajućim sredstvima, u okviru nadležnosti koje su joj dodeljene.“ Razvoj međunarodnog privatnog prava kao posebne celine u okviru prava Evropske unije (u daljem tekstu: prava unije) može da se prati uzimajući u obzir dva činioca: prvi čine ciljevi Evropske unije kao organizacije regionalne ekonomske integracije² iz kojih proizlazi pravni osnov te celine, a drugi čini sama nadležnost legislativnih organa EU da stvaraju sekundarne izvore prava unije koji čine međunarodno privatno pravo. Ciljevi EU su od značaja jer određuju okvir u kojem EU stvara pravo u skladu sa načelom dodeljene nadležnosti i oni su definisani u osnivačkim ugovorima³. Ukoliko je neka materija dodeljena EU osnivački ugovori propisuju nadležnost legislativnih organa i postupak donošenja pravnih akata EU. Imajući u vidu ova dva činioca razvoj međunarodnog privatnog prava EU obuhvata dva perioda u zavisnosti od toga koji metod se koristi prilikom stvaranja sekundarnih izvora prava unije: prvi obuhvata vreme od stupanja na snagu Rimskog ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice⁴ (1958) do stupanja na snagu Amsterdamskog ugovora o osnivanju Evropske zajednice⁵ (1999), a drugi vreme od stupanja na snagu Amsterdamskog ugovora o osnivanju Evropske zajednice do danas. Za prvi period karakterističan je međudržavni metod, a za drugi metod Zajednice, odnosno Unije. Unutar ova dva perioda razvoj međunarodnog privatnog prava nosi svoje karakteristike koje opredeljuju izmene i dopune Rimskog ugovora iz 1957. godine. Tako u prvom periodu Maastrichtski ugovor o Evropskoj uniji i Ugovor o osnivanju Evropske zajednice iz 1992.g.⁶ predstavljaju značajne akte za razvoj međunarodnog privatnog prava zbog ciljeva Evropske zajednice, iako metod stvaranja prava

¹ Vid. čl. 2 Ugovora.

² Izraz “organizacija regionalne ekonomske integracije” (Regional Economic Integration Organisation) upotrebljen je u Statutu Haške konferencije za međunarodno privatno pravo u izmenama i dopunama od 1. januara 2007.g., kojima je tadašnjoj Evropskoj zajednici (danas Evropskoj uniji) na osnovu čl. 3 omogućeno da postane članica Haške konferencije za međunarodno privatno pravo; vidi veb stranu <https://assets.hcch.net/docs/d7d051ae-6dd1-4881-a3b5-f7dbcaad02ea.pdf>, poslednji put posećene 14. marta 2016.g.

³ U slučaju EU osnivački ugovori su Ugovor o Evropskoj uniji i Ugovor o funkcionisanju EU (UFEU).

⁴ *Traité instituant la Communauté Économique Européenne*, 1957, tekst dostupan na veb adresi <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=EN>.

⁵ Treaty establishing the European Community (Amsterdam consolidated version), SL C 340 (1997).

⁶ Treaty on European Union (Maastricht), SL C 191 (1992); Treaty establishing the European Community (Consolidated version 1992), SL C 224 (1992).

ostaje u suštini nepromenjen, tj. on je međudržavni. U drugom periodu karakteristike zavise od izmena koje su usvojene u Amsterdamu (1997), preko Nice⁷ (2001) do Lisabona⁸ (2007), a metod je komunitarni, tj. metod Zajednice/Unije.

Ovaj rad je posvećen prikazu nastanka i razvoja evropeizovanog međunarodnog privatnog prava od osnivanja Evropske ekonomske zajednice 1957.g. do stanja koje je stvoreno usvajanjem Lisabonskog ugovora o Evropskoj uniji i Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, a koje predstavlja današnje stanje međunarodnog privatnog prava u EU. Dok je u vreme važenja Amsterdamskog ugovora o osnivanju Evropske zajednice bio uobičajeno u upotrebi naziv komunitarno međunarodno privatno pravo da bi se označilo da je materija prešla u punu legislativnu nadležnost EZ, naziv evropeizovano ukazuje na izmene osnivačkih ugovora o kojima su se države članice saglasile u Lisabonu koje izražavaju dalji korak u stvaranju ekonomske i monetarne unije i oblasti slobode, sigurnosti i pravde kao cilja.

2. RAZVOJ MEĐUNARODNOG PRIVATNOG PRAVA EU

2.1. Prvi period – stvaranje međunarodnog privatnog prava putem međudržavne saradnje

2.1.1. Rimski ugovor o osnivanju Evropske ekonomske zajednice iz 1957

Godine 1957. šest država⁹ osnovalo je Evropsku ekonomsku zajednicu sa ciljem da putem uspostavljanja zajedničkog tržišta i putem progresivnog približavanja ekonomskih politika država članica unapređuje u Zajednici harmonični razvoj ekonomskih aktivnosti, stalnu i uravnoteženu ekspanziju, rast stabilnosti, ubrzano povećanje životnog standarda i bliže odnose između država koje pripadaju Zajednici.¹⁰ Da bi se navedeni ciljevi ostvarili aktivnosti Zajednice uključuju, između ostalih, ukidanje carina, količinskih ograničenja i drugih mera jednakog dejstva na uvoz i izvoz roba, uspostavljanje zajedničke carinske tarife i zajedničke trgovinske politike prema trećim zemljama, „ukidanje, među državama članicama, prepreka slobodi kretanja lica, usluga i kapitala“¹¹ i približavanje prava država članica „u meri koja je potrebna za pravilno funkcionisanje zajedničkog tržišta“¹². Ovo poslednje, prema st. 1 čl. 100 Rimskog ugovora podrazumeva nadležnost Saveta da usvaja direktive radi približavanja takvih odredbi koje su sadržane u zakonima, podzakonskim aktima ili upravnoj praksi u državama čla-

⁷ Treaty of Nice, 2001, SL C 80 (2001).

⁸ Treaty on the Functioning of the European Union (Consolidated version 2012), SL C 326 (2012).

⁹ Belgija, Francuska, Nemačka, Holandija, Italija, Luksemburg.

¹⁰ Vid. čl. 1-2 Rimskog ugovora.

¹¹ Tač. (c) čl. 3 Rimskog ugovora.

¹² *Ibid.*, tač. (h).

nicama koje neposredno utiču na uspostavljanje ili funkcionisanje zajedničkog tržišta.¹³ Odredbe o približavanju prava nalaze se u Šestom delu ugovora koji nosi naslov „Opšte i završne odredbe“ što znači da obuhvataju sve aktivnosti EEZ, a i samo približavanje prava je navedeno kao aktivnost koja služi ostvarivanju ciljeva Zajednice. Ukoliko se uzmu u obzir celine koje čine predmet regulisanja međunarodnog privatnog prava (međunarodna nadležnost sudova, merodavno pravo i priznanje i izvršenje inostranih odluka) ni iz ciljeva EEZ, ni iz aktivnosti radi postizanja ciljeva, ni iz odredbi o približavanju prava država članica putem legislativne delatnosti EEZ ne proizlazi da u ovoj oblasti postoji dodeljena nadležnost.

Međutim, odredba čl. 220 propisuje da će države članice stupiti u pregovore da bi u korist svojih državljana osigurale, između ostalog, pojednostavljenje formalnosti koje se odnose na uzajamno priznanje i izvršenje sudskih presuda i arbitražnih odluka¹⁴. Ova odredba nesumnjivo pokazuje da EEZ u pitanjima međunarodnog privatnog prava nema legislativnu nadležnost, već je ona ostala kod država članica, ali da regulisanje određenih pitanja ima značaja za ostvarivanje njenih ciljeva. Podvođenje pitanja uzajamnog priznanja i izvršenja inostranih sudskih odluka pod ciljeve Rimskog ugovora pojašnjeno je u noti Komisije EEZ upućenoj državama članicama 22. oktobra 1959. g.¹⁵ da započnu pregovore o rešavanju problema priznavanja i izvršenja presuda. Postizanje pravog unutrašnjeg tržišta Komisija vezuje za osiguranje pravne zaštite; ističe da bi ekonomski život Zajednice mogao da bude izložen poremećajima i teškoćama ukoliko ne bi bilo moguće da se obezbedi priznanje izvršenje različitih prava koja nastaju iz mnoštva pravnih odnosa; iz činjenice da nadležnost sudova proizlazi iz suvereniteta država članica i da je dejstvo sudskih odluka ograničeno na nacionalnu teritoriju pojedinih država Komisija izvlači zaključak da „pravna zaštita i pravna sigurnost na zajedničkom tržištu u suštini zavisi od usvajanja zadovoljavajućeg rešenja problema priznanja i izvršenja presuda od strane država članica“¹⁶.

Navedenim stavom Komisije koji zajedničko tržište kao cilj Rimskog ugovora spaja sa jednom celinom koja potpada pod predmet međunarodnog privatnog prava započet je put stvaranja evropeizovanog međunarodnog privatnog prava, iako samoj EEZ nije dodeljena legislativna nadležnost. Prema Ženarovom izve-

¹³ *Ibid.*, čl. 100-102.

¹⁴ Ostala pitanja koja čl. 220 navodi su zaštita lica i uživanje i zaštita prava pod istim uslovima pod kojima ih svaka država priznaje svojim državljanima, ukidanje dvostrukog oporezivanja, uzajamno priznanje trgovačkih društava ili firmi, zadržavanje pravnog subjektiviteta u slučaju premeštanja sedišta iz jedne u drugu državu i mogućnost spajanja trgovačkih društava ili firmi koje potpadaju pod prava različitih država.

¹⁵ Vid. Council Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters by Mr. P. Jenard (Ženarov izveštaj), Sl. list Evropskih zajednica C 59 (1979), 3.

¹⁶ *Ibid.*

štaju, države članice su se putem odredbe čl. 220 Rimskog ugovora *saglasile* da stupe u pregovore u cilju sklapanja međudržavnih sporazuma, i sama činjenica da Rimski ugovor *zahteva* od država članica da reše navedene probleme pokazuje njihovu važnost za EEZ.¹⁷ Države članice, dakle, stvaraju međudržavne konvencije koje nastaju izvan okvira EEZ ali imaju položaj pomoćnog izvora prava EEZ jer unapređuju ciljeve Zajednice.¹⁸ Briselska konvencija o nadležnosti i o izvršenju presuda u građanskim i trgovačkim stvarima¹⁹ je prvi izvor međunarodnog privatnog prava koji je zaključen 1968.g. na osnovu sprovođenja odredbe čl. 220 Rimskog ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice a koji je i stupio na snagu. Taj međudržavni metod stvaranja izvora prava zajednice (komunitarnog prava) imao je za posledicu da je za stupanje Konvencije na snagu bilo potrebno skoro 5 godina (1. februar 1973.g.) zbog sprovođenja postupaka ratifikacije u državama članicama.²⁰ Dalja posledica međudržavnog metoda bila je i činjenica da tumačenje Konvencije radi njene uniformne primene nije automatski potpadalo pod nadležnost Suda EEZ prema čl. 177 Rimskog Ugovora, već su države ugovornice u tom cilju morale da zaključe poseban protokol, koji je takođe morao da prođe postupak ratifikacije.²¹

Drugi izvor koji je nastao primenom metoda međudržavne saradnje je Rimaska konvencija o merodavnom pravu za ugovorne obaveze iz 1980. g. (u daljem tekstu: Rimaska konvencija 1980) koju prate dva protokola o tumačenju Konvencije iz 1980.g. od strane Suda Evropskih zajednica.²² Ova Konvencija, međutim, nije nastala pozivom na čl. 220 Rimskog ugovora, jer on ne propisuje pravni osnov za unifikaciju pravila o sukobu zakona²³, već se u Preambuli ističe želja Visokih ugovornih strana Ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice da utvrde

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Vid. David A. O. Edward, Robert C. Lane, *European Community Law, An Introduction*, Edinburgh 1995, 52; vid. takođe veb adresu http://www.europarl.europa.eu/facts_2004/1_2_1_en.htm, posećenu poslednji put 10.11.2016.

¹⁹ Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, SL L 299, 1972 (prečišćeni tekst).

²⁰ Čl. 63 ove Konvencije propisuje da države ugovornice „potvrđuju da je svaka država koja postane član Evropske ekonomske zajednice obavezna da prihvati ovu Konvenciju kao osnov za pregovore između država ugovornica i te države koji su neophodni da bi se osiguralo sprovođenje poslednjeg stava člana 220 Ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice.“

²¹ Protocol of 3 June 1971 on the interpretation by the Court of Justice of the Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (prečišćeni tekst), SL C 97 (1983). Protokol je stupio na snagu 1. septembra 1975.g.

²² Rome Convention on the law applicable to contractual obligations (prečišćeni tekst), SL C 27 (1998); First Protocol on the interpretation by the Court of Justice of the European Communities of the Convention on the law applicable to contractual obligations, opened for signature in Rome on 19 June 1980 (prečišćeni tekst), SL C 27 (1998); Second Protocol conferring on the Court of Justice powers to interpret the 1980 Convention (prečišćeni tekst), C 27 (1998).

²³ Vid. fn. 15.

uniformna pravila o merodavnom pravu za ugovorne obaveze u sklopu „nastavljanja aktivnosti na unifikaciji prava na polju međunarodnog privatnog prava koje su već obavljene unutar Zajednice, naročito na polju nadležnosti i izvršenja presuda.“²⁴ Prema Izveštaju o Konvenciji o merodavnom pravu za ugovorne obaveze (Izveštaj Đulijano – Lagard)²⁵ Komisija EEZ je, povodom inicijative zemalja Beneluksa iz 1967.g. o unifikaciji pravila međunarodnog privatnog prava unutar Zajednice, zaključila da je u skladu sa „slovom i duhom Ugovora o osnivanju EEZ prepoznato da harmonizacija u ekonomskoj sferi ostvaruje funkciju dozvoljavanja ili olakšavanja pravnih uslova koji su slični onima koji vladaju na unutrašnjem tržištu... postoje oblasti prava u kojima su razlike između nacionalnih pravnih sistema i nedostatak unifikovanih pravila o sukobu zakona nedvosmisleno ometaju slobodno kretanje lica, roba, usluga i kapitala između država članica.“²⁶ Tako je Komisija na osnovu stava da je u nekim oblastima od velikog ekonomskog značaja neophodno povećanje pravne sigurnosti²⁷ pozvala 1969.g. države članice na sastanak o mogućem radu na unifikaciji međunarodnog privatnog prava. Tu je zaključeno da početak rada treba da bude u materiji koja se najuže tiče pravilnog funkcionisanja zajedničkog tržišta (merodavno pravo za telesne i bestelesne stvari; merodavno pravo za ugovorne i vanugovorne obaveze; merodavno pravo za formu pravnih poslova i dokaze; opšta pitanja u vezi sa navedenim pitanjima, tj. ranvoa, kvalifikacija, primena stranog prava, stečena prava, javni poredak, zastupanje). U februaru 1970.g. formirana je grupa sa zadatkom harmonizacije međunarodnog privatnog prava, 1979.g. bio je spreman Nacrt konvencije, a u junu 1980.g. je usvojena Rimska konvencija 1980.²⁸ Za stupanje na snagu Konvencije bilo je neophodno 7 ratifikacija. Rimska konvencija 1980 stupila je na snagu 1.04.1991. g.²⁹

2.1.2. Jedinstveni evropski akt iz 1986

Jedinstveni evropski akt iz 1986.g.³⁰ predstavlja prvu reviziju osnivačkih ugovora evropskih zajednica – Evropska zajednica za uglj i čelik, Euratom i Evropska ekonomska zajednica – i u njemu države članice izražavaju volju da svoje međusobne odnose u okviru Evropskih zajednica transformišu u Evropsku

²⁴ Vid. Preambulu Rimske konvencije 1980.

²⁵ Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano and Paul Lagarde, SL C 282 (1980).

²⁶ *Ibid.*, 4.

²⁷ *Ibid.*, 5.

²⁸ *Ibid.*, 6-8.

²⁹ Na taj dan države ugovornice su bile Belgija, Danska, Francuska, Nemačka, Irska, Italija, Luksemburg, Holandija i Ujedinjeno Kraljevstvo.

³⁰ Single European Act, SL 169 (1987).

uniju.³¹ Ovaj Akt uvodi u Ugovor o osnivanju EEZ *pojam unutrašnjeg tržišta* koji definiše kao oblast bez unutrašnjih granica u kojoj se obezbeđuje slobodno kretanje robe, lica, usluga i kapitala.³² Uspostavljanje unutrašnjeg tržišta do 31. decembra 1992. g. određeno je kao glavni cilj Akta, a unutrašnje tržište³³ i slobodno kretanje lica će u razvoju evropeizovanog međunarodnog privatnog prava postati ključni element za određivanje pravnog osnova legislativne nadležnosti organa Zajednice, odnosno Unije.

2.1.3. Mاستrihtski Ugovor o Evropskoj uniji i Ugovor o osnivanju Evropske zajednice iz 1992

Polazeći od Jedinstvenog evropskog akta Mاستrihtski ugovor o Evropskoj uniji iz 1992. g.³⁴ doveo je tri evropske zajednice pod isti krov i institucionalizovao saradnju država članica u oblasti spoljne politike, odbrane, policije i pravosuđa. Taj jedinstveni krov je postavljen na tri stuba: prvi stub obuhvata tri evropske zajednice u kojem države članice na osnovu načela dodele nadležnosti poveravaju svoju nadležnost institucijama Zajednice – u ovom stubu se ciljevi EU ostvaruju primenom metoda zajednice; drugi stub obuhvata zajedničku spoljnu politiku i bezbednost u kojem države članice metodom međudržavne saradnje mogu da preduzimaju zajedničke akcije u oblasti spoljne politike; treći stub se odnosi na saradnju u oblasti pravosuđa i unutrašnjih poslova u kojem države članice – primenjujući metod međudržavne saradnje – preduzimaju zajedničke akcije da bi se građanima EU „ponudio visok stepen zaštite u oblasti slobode, sigurnosti i pravde”³⁵. Ciljevi Unije određeni su u čl. B i obuhvataju, između ostalih, unapređenje ekonomskog i socijalnog napretka naročito putem stvaranja oblasti bez unutrašnjih granica, jačanje zaštite prava i interesa državljana svojih država članica putem ustanovljenja građanstva Unije i razvijanje bliske saradnje u pravosudnim i unutrašnjim poslovima.³⁶ Ugovor o osnivanju Evropske zajednice dopunjen je odredbama o građanstvu Unije (čl. 8) a u čl. 8a određeno je da „svaki građanin Unije ima pravo na slobodno kretanje i boravak unutar teritorija država članica”.³⁷

³¹ Vid. st. 1 Preambule i čl. 1 st.1 Jedinstvenog evropskog akta, fn. 31.

³² Vid. Čl. 8a Ugovora o EEZ, čl. 13 st. 2 Jedinstvenog evropskog akta.

³³ U slučaju 15/81 Gaston Schul Douane Expeditier BV v Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen, Rosendaal Sud EEZ u stavu 33 ističe da „pojam zajedničkog tržišta obuhvata otklanjanje svih prepreka trgovini unutar Zajednice da bi se nacionalna tržišta stopila u jedinstveno tržište stvarajući uslove koji bi koliko god je to moguće bili bliži onima na pravom unutrašnjem tržištu.”

³⁴ Vid. Treaty on European Union, SL C 191, 29.07.1992.

³⁵ Vid. Treaty of Mاستrich on European Union, dostupan na veb adresi <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3Axy0026> posećenoj poslednji put 10.11. 2016.

³⁶ Vid. alineje 1, 3 i 4 čl. B Ugovora o Evropskoj uniji.

³⁷ Vid. Naslov II čl. G Ugovora o Evropskoj uniji.

Naslov VI Ugovora o EU sadrži odredbe o saradnji u oblasti pravosuđa i unutrašnjih poslova (čl. K.1 – K.9) radi ostvarivanja ciljeva iz čl. B. U čl. K.1 nabraja se materija od zajedničkog interesa država članica radi postizanja ciljeva Unije, *a naročito slobode kretanja lica*. Ta materija obuhvata politiku azila, pravila o prelasku spoljnih granica država članica, imigracionu politiku i politiku u odnosu na državljane trećih zemalja, *pravosudnu saradnju u građanskim stvarima* (tač. 6 čl. K.1), *pravosudnu saradnju u krivičnim stvarima*, carinsku saradnju, policijsku saradnju radi borbe protiv terorizma, trgovine narkoticima i drugih ozbiljnih oblika međunarodnog kriminaliteta. Iz čl. K.3 proizlazi da se ciljevi Unije u ovoj oblasti ostvaruju putem *međudržavne saradnje* u kojoj: (1) države članice jedna drugu obavještavaju i konsultuju unutar Saveta EU radi koordinacije njihovih akcija, i (2) Savet može na inicijativu bilo koje države članice ili Komisije da usvoji zajedničke stavove, zajedničke akcije, *da izradi konvencije koje će preporučiti državama članicama na usvajanje u skladu sa njihovim ustavnim procedurama*; takve konvencije mogu propisati nadležnost Suda EZ za tumačenje i za odlučivanje o sporovima koji se odnose na primenu konvencija. Mاستrihtski ugovor takođe zadržava čl. 220 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice kao osnov za usvajanje konvencija iz oblasti međunarodnog privatnog prava.^{38, 39}

U periodu važenja Mاستrihtskog ugovora pripremljene su tri konvencije: Konvencija o stečajnom postupku iz 1995.g. svoj pravni osnov imala je u čl. 220 Ugovora o osnivanju EZ⁴⁰; navedeni pravni osnov iz Naslova VI čl. K.1 i procedura iz čl. K.3 iskorišćeni su radi ostvarivanja ciljeva Unije u materiji pravosudne saradnje u građanskim stvarima u dve konvencije: Konvencije o dostavljanju sudskih i vanskudskih dokumenata u građanskim i trgovačkim stvarima iz 1997⁴¹ i Konvencije o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima iz 1998⁴². Povodom obe konvencije naglašeno je da Evropska unija u oblasti pravosudne saradnje u građanskim stvarima ima za cilj uspostavljanje zajedničke pravosudne oblasti u kojoj bi stranke prilikom ostvarivanja svojih zahteva u drugim državama članicama imale istu zaštitu kao u sopstvenim državama; u uslovima rastućeg broja transakcija raste broj sudskih parnica u kojima su brzina procedure i pravna sigurnost od suštinskog značaja.⁴³ Unutrašnje tržište i ustano-

³⁸ Vid. tač. c st. 2 čl. K.3. Ugovora o Evropskoj uniji.

³⁹ Vid. detaljno kod Aude Fiorini, „The Evolution of European Private International Law” *The International and Comparative Law Quarterly*, 3/2008, 969

⁴⁰ Vid. SL No. L; tekst dostupan na veb strani http://globalinsolvency.com/sites/all/files/insolvency_report.pdf, posećenoj poslednji put 8.11.2016.

⁴¹ Vid. SL C 261 od 27.8.1997.

⁴² Vid. SL C 221 od 16.7.1998.

⁴³ Vid. Explanatory Report on the convention, drawn up on the basis of Article K. 3 of the Treaty on European Union, on the service in the Member States of the European Union of judicial and extrajudicial documents in civil and commercial matters, SL C 261, 1997; Explanatory Report on the convention, drawn up on the basis of Article K. 3 of the Treaty on European Union, on Ju-

vljenje građanstva Unije koje donosi sa sobom slobodu kretanja i boravka na teritorijama država članica uvodi *porodičnopravnu* materiju u međunarodno privatno pravo EZ. Kako to autor Objašnjenja uz Konvenciju o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima ističe porodično pravo se javlja kao deo evropske integracije koja nije više čisto ekonomska, te se moraju otklanjati teškoće s kojima se građanin unije suočava u oblasti porodičnog prava.⁴⁴

Nijedna od tri navedene konvencije nije stupila na snagu zbog teškoća oko njihove ratifikacije u državama članicama.

2.2. Drugi period – stvaranje međunarodnog privatnog prava komunitarnim metodom odnosno metodom unije

2.2.1. Amsterdamski ugovor o osnivanju Evropske zajednice iz 1997 i Ničanski Ugovor o osnivanju Evropske zajednice iz 2002

Sa aspekta razvoja evropeizovanog međunarodnog privatnog prava najveći značaj imaju izmene Ugovora o Evropskoj uniji i Ugovora o osnivanju Evropske zajednice usvojene 1997. godine u Amsterdamu.⁴⁵

Ugovor o Evropskoj uniji potvrđuje opredeljenje država članica za osnivanjem ekonomske i monetarne unije, unapređenjem ekonomskog i društvenog napretka u kontekstu ostvarivanja unutrašnjeg tržišta, za ustanovljenjem građanstva Unije, za implementaciju zajedničke spoljne i bezbednosne politike, *za olakšavanjem slobodnog kretanja lica zajedno sa obezbeđivanjem sigurnosti svojih naroda putem uspostavljanja oblasti slobode, sigurnosti i pravde* u skladu sa odredbama Ugovora⁴⁶. Unija zadržava svoju strukturu od tri stuba: zasniva se na Evropskim zajednicama (prvi stub) uz potporu koju čini zajednička spoljna i bezbednosna politika (drugi stub) i pravosudna saradnja u krivičnim stvarima (treći stub). Pravosudna saradnja u građanskim stvarima koja je potpora zaštiti prava i interesa državljana država članica unutar Unije kao oblasti slobode, sigurnosti i pravde „u kojoj se obezbeđuje sloboda kretanja lica zajedno sa odgovarajućim merama koje se odnose na kontrolu spoljnih granica, na azil, imigraciju i preven-

isdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters, SL C 221/1998.

⁴⁴ Vid. Alegria Borrás, Explanatory Report on the convention, drawn up on the basis of Article K. 3 of the Treaty on European Union, on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters, SL C 221/1998; vid. takođe Bernadet Bordaš „Specifičnosti harmonizacije u oblasti međunarodnog porodičnog prava u EZ“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1-2/2008, 433.

⁴⁵ Vid. Consolidated version of The Treaty on European Union, Consolidated version of The Treaty Establishing the European Community, SL C 340/1997.

⁴⁶ Vid. Preambulu Ugovora o Evropskoj uniji i čl.2 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice, fn. 47.

ciju i borbu protiv kriminala⁴⁷ podvedena je pod ciljeve Unije koji se ostvaruju u prvom stubu. Na ovaj način je pravosudna saradnja u građanskim stvarima postala dodeljena nadležnost EZ, odnosno izvršena je komunitarizacija materije – zajedno sa materijom međunarodnog privatnog prava – koja ima za posledicu primenu komunitarnog metoda (metoda zajednice, kasnije metoda unije) u ostvarivanju ciljeva Unije i EZ i u vršenju legislativne nadležnosti EZ.

Ugovor o osnivanju Evropske zajednice iz 1997⁴⁸ (Amsterdamski ugovor) radi ostvarenja ciljeva iz čl. 2⁴⁹ propisuje aktivnosti Zajednice koje, između ostalih, obuhvataju unutrašnje tržište putem ukidanja prepreka slobodi kretanja robe, lica, usluga i kapitala i mere koje se odnose na ulazak i kretanje u skladu sa odredbama Naslova IV (tač. d i e čl. 3). Ovaj naslov sadrži odredbe koje se odnose na vize, azil, imigraciju i *druge politike koje se odnose na slobodno kretanje lica* (čl. 61-68). Čl. 61 propisuje *nadležnosti* Saveta EZ za preduzimanje mera radi postepenog uspostavljanja oblasti slobode, sigurnosti i pravde. Te mere su neophodne radi obezbeđivanja slobodnog kretanja lica u skladu sa čl. 14 Ugovora o osnivanju EZ⁵⁰, obuhvatajući mere koje se odnose na kontrolu spoljnih granica, azil i imigraciju, mere u oblasti pravosudne saradnje u građanskim stvarima određenim u čl. 65, mere koje se odnose na upravnu saradnju i mere na polju policijske i pravosudne saradnje u krivičnim stvarima.⁵¹ Na ovaj način u šemi ostvarivanja ciljeva EZ na čijem je vrhu zajedničko tržište koje se ostvaruje putem uspostavljanja unutrašnjeg tržišta kao oblasti bez unutrašnjih granica u kojoj se obezbeđuje slobodno kretanje lica – u prvom redu građana Unije – stiže do *postepenog uspostavljanja oblasti slobode, sigurnosti i pravde čiji je element pravosudna saradnja u građanskim stvarima*. Čl. 65 Amsterdamskog ugovora⁵² po

⁴⁷ Vid. čl. 2 Ugovora o Evropskoj uniji.

⁴⁸ Vid. fn. 47.

⁴⁹ Prema čl. 2 Ugovora o osnivanju EZ „Zajednica ima za cilj da uspostavljanjem zajedničkog tržišta i ekonomske i monetarne unije kao i *implementacijom zajedničkih politika ili aktivnosti iz članova 3 i 4* (naglasak autora) unapređuje unutar Zajednice harmoničan, uravnotežen i održiv razvoj ekonomske aktivnosti, visok stepen zaposlenosti i socijalne zaštite, jednakost između muškaraca i žena, održiv i neinflatorni rast, visok stepen konkurentnosti i konvergenciju ekonomskih performansi, visok stepen zaštite kvaliteta okoline, rast životnog standarda i kvaliteta življenja, kao i ekonomsku i socijalnu koheziju i solidarnost između država članica.”

⁵⁰ Čl. 14 odnosi se na postepeno uspostavljanje unutrašnjeg tržišta koje je definisano kao „oblast bez unutrašnjih granica u kojoj je u skladu sa odredbama ovog Ugovora obezbeđeno slobodno kretanje robe, lica, usluga i kapitala.”

⁵¹ Vid. čl. 61 Ugovora o osnivanju EZ.

⁵² O tumačenju čl. 65 vid. naročito Jürgen Basedow „The Communitarization of the Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam”, *Common Market Law Review* 2000, 4/687; Oliver Reimien „European Private International Law, The European Community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice”, *Common Market Law Review* 1/2001, 53; Ansgar Staudinger, Stefan Leible, „Art. 65 EC im System der EG-Kompetenzen”, *European Legal Forum* 4/2000-2001, 225; Helen Elizabeth Hartnell „EUstitia: Institutionalizing Justice in the European Union”, *Northwestern Journal of International Law & Business* 1/2002, 65; vid. takode Bernadet Bordaš „Me-

prvi put izričito određuje pravni osnov legislativne nadležnosti EZ u materiji koja, po prirodi odnosa i pojedinih pitanja koje obuhvata, potpada pod međunarodno privatno pravo:

„Mere na polju pravosudne saradnje u građanskim stvarima koje imaju prekogranična dejstva, a koje se usvajaju u skladu sa odredbama čl. 67 i ukoliko su neophodne za pravilno funkcionisanje unutrašnjeg tržišta, obuhvataju:

(a) poboljšanje i pojednostavljenje:

- sistema prekograničnog dostavljanja sudskih i vansudskih dokumenata;
- saradnje u izvođenju dokaza;
- priznanja i izvršenja odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, uključujući odluke u vansudskim predmetima;

(b) *unapređenje usklađenosti pravila država članica koja se odnose na sukob zakona i nadležnosti;*

(c) *uklanjanje prepreka dobrom funkcionisanju građanskih postupaka, ukoliko je neophodno putem promovisanja kompatibilnosti pravila građanskih postupaka država članica.*”

Navedena odredba je samo jedna od tri koje zajedno ukazuju na to da je materija međunarodnog privatnog prava postala deo prava zajednice, odnosno komunitarnog prava, doduše u meri u kojoj je ta materija neophodna za ciljeve EZ. Legislativni akti EZ iz ove oblasti usvajaju se prema čl. 67 Amsterdamskog ugovora koji se razlikuje od uobičajene legislativne procedure propisane u čl. 251. Odredbe čl. 67 određuju dve faze u proceduri usvajanja legislativnih akata: prva faza je okarakterisana kao prelazni period u trajanju od pet godina od dana stupanja na snagu Amsterdamskog ugovora (1. maj 1999. g.) u kojoj Savet EZ usvaja akte jednoglasno na predlog Komisije ili na inicijativu neke od država članica i posle konsultovanja Evropskog parlamenta; u drugoj fazi, nakon isteka roka od pet godina, Savet deluje na osnovu predloga koje podnosi Komisija, a Komisija ispituje svaki zahtev neke od država članica da podnese predlog Savetu; Savet tada, nakon što konsultuje Evropski parlament, jednoglasno donosi odluku o tome da li će celokupna materija iz Naslova IV ili samo jedan njen deo podpasti pod proceduru iz čl. 251.⁵³ Ugovor o osnivanju Evropske zajednice sa izmenama koje su usvojene u Nici 2002.g.⁵⁴ unosi jednu promenu u legislativnu proceduru iz čl. 67 koja se odnosi na materiju međunarodnog privatnog prava: podvođenje materije iz čl. 65 pod čl. 251⁵⁵

duarodno privatno pravo Evropske zajednice posle komunitarizacije: stanje i izgledi”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2007, 213.

⁵³ Vid. st. 1 i 2 čl. 67 Amsterdamskog ugovora.

⁵⁴ Vid. Treaty Establishing the European Community, SL C 325 iz 2002. g.

⁵⁵ Čl. 251 Ugovora o osnivanju EZ propisuje uobičajenu legislativnu proceduru: „1. Kada se u tekstu ovog Ugovora pominje ovaj član kao osnov za usvajanje nekog akta, primenjuje se sledeća procedura: 2. Komisija podnosi predlog Evropskom parlamentu i Savetu. Savet, odlučujući kvalifikovanom većinom, posle dobijanja mišljenja Evropskog parlamenta, ukoliko prihvatiti

trpi jedan izuzetak – ona se ne primenjuje na aspekte koji se odnose na porodično pravo.⁵⁶

Član 68 podvodi mere čiji je pravni osnov u ovom naslovu pod čl. 234⁵⁷ o nadležnosti Suda EZ da donosi presude o predlozima za odlučivanje o prethodnim pitanjima. Tumačenje odredaba Naslova IV ili pitanje punovažnosti ili tumačenja akata institucija Zajednice koji su zasnovani na odredbama ovog naslova može da zatraži samo sud poslednje instance države članice, odnosno onaj sud protiv čije odluke nema pravnog leka prema nacionalnom pravu, ali samo ukoliko smatra da je takva odluka neophodna da bi se donela presuda.⁵⁸ Savet, Komisija ili država članica mogu takođe zatražiti od Suda EZ tumačenje odredaba Naslova IV ili postaviti pitanje punovažnosti ili tumačenja akata institucija Zajednice koji su zasnovani na odredbama ovog naslova.⁵⁹

U periodu od stupanja na snagu Amsterdamskog ugovora (1. maj 1999) do stupanja na snagu Lisabonskog ugovora o funkcionisanju EU (1. decembar 2009) čl. 65 Amsterdamskog ugovora poslužio je kao osnov usvajanja niza akata prava zajednice (komunitarnog prava) koji su u rangu sekundarnih izvora komunitarnog prava. Svi izvori stvoreni na osnovu čl. 65 Naslova IV i danas su izvori evropeizovanog međunarodnog privatnog prava. To su: Uredba Saveta (EZ) br. 1346/2000 o stečajnom postupku⁶⁰; Uredba Svaeta EZ br. 1347/2000 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti za zajedničku decu oba bračna partnera⁶¹; Uredba Saveta (EZ) br. 1348/2000 o dostavljanju u državama članicama sudskih i vansudskih dokumenata u građanskim i trgovačkim stvarima⁶²; Uredba Saveta (EZ) br. 44/2001 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u građanskim i trgovačkim stvarima (Uredba Brisel I)⁶³; Uredba Saveta (EZ) br. 1206/2001 o saradnji između sudova u pribavljanju dokaza u građanskim i trgovačkim stvarima⁶⁴; Uredba Saveta (EZ) br. 2201/2003

sve amandmane koji su sadržani u mišljenju EP, može usvojiti predloženi akt kako je on izmenjen; ukoliko EP ne predloži nikakve izmene, može usvojiti predloženi akt...“.

⁵⁶ Vid. detaljno kod B. Bordaš, *Specifičnosti*, 433.

⁵⁷ Prema čl. 234 Ugovora o osnivanju EZ: „Sud EZ je nadležan da donosi odluke o prethodnim pitanjima u vezi: a) tumačenja ovog Ugovora, b) valjanosti i tumačenja akata koje su doneli organi Zajednice i ECB, c) tumačenja statuta tela koja su osnovana aktom Saveta ako to ovi statuti propisuju. Kad se takvo pitanje postavi pred *sudom neke države članice* taj sud *može*, ako smatra da je odluka o tome potrebna za donošenje njegove presude, da zatraži od Suda EZ da odluči o tom pitanju. Kada se takvo pitanje postavi pred nacionalnim *sudom čije odluke ne podležu pravnom leku unutrašnjeg prava*, ovaj sud je *obavezan* da zatraži prethodno mišljenje Suda EZ.”

⁵⁸ Vid. st. 1 čl. 68 Amsterdamskog ugovora u kontekstu čl. 234.

⁵⁹ Vid. st. 2 čl. 68 Amsterdamskog ugovora; cf. B. Bordaš, *Specifičnosti*, 433.

⁶⁰ Vid. SL L 160/2000.

⁶¹ Vid. SL L 160/2000.

⁶² Vid. SL L 160/2000.

⁶³ Vid. SL L 12/2001.

⁶⁴ Vid. SL L 174/2001.

o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti, kojom se ukida Regulativa Saveta (EZ) br. 1347/2000 (Uredba Brisel II bis)⁶⁵; Uredba Evropskog parlamenta i Saveta (EZ) br. 805/2004 o stvaranju Evropskog izvršnog naloga za neosporene zahteve⁶⁶; Uredba Evropskog parlamenta i Saveta (EZ) br. 1896/2006 o ustanovljenju postupka koji se odnosi na Evropski platni nalog⁶⁷; Uredba Evropskog parlamenta i Saveta (EZ) br. 864/2007 o merodavnom pravu za vanugovorne obaveze (Uredba Rim II)⁶⁸; Uredba Evropskog parlamenta i Saveta (EZ) br. 861/2007 o ustanovljenju Evropskog postupka u sporovima male vrednosti⁶⁹; Uredba Evropskog parlamenta i Saveta (EZ) br. 1397/2007 o dostavljanju u državama članicama sudskih i van-sudskih dokumenata u građanskim i trgovačkim stvarima i o ukidanju Uredbe br. 1348/2000⁷⁰; Uredba Evropskog parlamenta i Saveta (EZ) br. 593/2008 o merodavnom pravu za ugovorne obaveze (Uredba Rim I)⁷¹; Uredba Saveta (EZ) br. 4/2009 o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju presuda i o saradnji u materiji koja se odnosi na obaveze izdržavanja⁷².

2.2.2. Lisabonski Ugovor o Evropskoj uniji i Ugovor o funkcionisanju Evropske unije iz 2007

Lisabonski ugovor o izmenama Ugovora o Evropskoj uniji i Ugovora o osnivanju EZ potpisan je 13. decembra 2007.g. a stupio na snagu 1. decembra 2009. g.⁷³ Prema čl. 1 Unija se zasniva na Ugovoru o Evropskoj uniji i Ugovoru o funkcionisanju Evropske unije koji čine osnivačke ugovore. Cilj Unije je promovisanje mira, njenih vrednosti i dobrobiti njenih naroda. Po prvi put se navodi kao cilj da Unija svojim građanima „nudi oblast slobode, sigurnosti i pravde bez unutrašnjih granica u kojoj se obezbeđuje sloboda kretanja lica zajedno sa odgovarajućim merama u pogledu kontrola sponih granica, azila, imigracije i sprečavanja i borbe protiv kriminala.”⁷⁴ Unija kao svoj cilj navodi i uspostavljanje unutrašnjeg tržišta, ekonomske i monetarne unije. Ugovor o funkcionisanju EU stupa na mesto Ugovora o osnivanju EZ i on određuje oblasti, razgraničenja i načine ostvarivanja nadležnosti Unije (st.1 čl. 1 UFEU). U skladu sa načelom dodele nadležnosti Unija ima podeljenu nadležnost sa državama članicama u oblasti unutrašnjeg tržišta

⁶⁵ Vid. SL L 338/2003.

⁶⁶ Vid. SL L 143/2004.

⁶⁷ Vid. SL L 399/2006.

⁶⁸ Vid. SL L 199/2007.

⁶⁹ Vid. SL L 199/2007.

⁷⁰ Vid. SL L 324/2007.

⁷¹ Vid. SL L 177/2008.

⁷² Vid. SL L 7/2009.

⁷³ Vid. SL C 306/2007.

⁷⁴ Vid. čl. 3 Ugovora o EU.

kao i oblasti slobode, sigurnosti i pravde (tač. a i j st. 2 čl. 4). U Naslovu V Trećeg dela UFEU sadržane su odredbe o funkcionisanju Unije u oblasti slobode, sigurnosti i pravde – u čl. 67 deklarise se da Unija čini oblast slobode, sigurnosti i pravde u kojoj se poštuju osnovna prava i različiti pravni sistemi i tradicije država članica. Uspostavljajući unutrašnje tržište kao prostor bez unutrašnjih granica Unija osigurava odsustvo kontrole na unutrašnjim granicama za lica i određuje politiku azila, imigracije i kontrolu spoljnih granica; Unija deluje u pravcu obezbeđenja visokog stepena sigurnosti putem mera sprečavanja i borbe protiv kriminala, preduzimajući mere radi uzajamnog priznanja presuda u krivičnim stvarima i usklađivanja krivičnog zakonodavstva; Unija takođe olakšava pristup pravdi naročito putem načela uzajamnog priznanja sudskih i vansudskih odluka u građanskim stvarima.⁷⁵ UFEU, dakle, *utvrđuje mesto saradnje u građanskim stvarima u oblasti slobode, sigurnosti i pravde i konkretizuje pravni osnov međunarodnog privatnog prava kao dela prava unije u odredbama čl. 81.*

Prema st. 1 ovog člana „Unija razvija pravosuđu saradnju u građanskim stvarima koja imaju prekogranična dejstva na osnovu načela uzajamnog priznanja presuda i odluka u vansudskim predmetima. Ta saradnja može da uključi usvajanje mera za približavanje prava i propisa država članica.” Da bi se postigli navedeni ciljevi, Evropski parlament i Savet usvajaju legislativne mere *naročito kada su one potrebne za pravilno funkcionisanje unutrašnjeg tržišta*, sa ciljem da se obezbedi: „(a) uzajamno priznanje i izvršenje presuda i odluka u vansudskim predmetima između država članica; (b) prekogranično dostavljanje sudskih i vansudskih dokumenata; (c) kompatibilnost pravila o sukobu zakona i nadležnosti država članica; (d) saradnja u pribavljanju dokaza; (e) učinkovit pristup pravdi; (f) otklanjanja prepreka za pravilno funkcionisanje građanskih postupaka, ako je potrebno putem unapređenja kompatibilnosti pravila građanskih postupaka u državama članicama; (g) razvoj alternativnih metoda rešavanja sporova; (h) podrška obuci sudija i sudskog osoblja.”

Nadležni organi navedene mere usvajaju prema *običnoj* legislativnoj proceduri (st. 2 čl. 81), što je dokaz da je materija međunarodnog privatnog prava u potpunosti podvedena pod pravo unije i čini njegov deo. *Specijalna* legislativna procedura rezervisana je za mere koje se odnose na porodično pravo sa prekograničnim dejstvima. Takve mere Savet donosi jednoglasno nakon konsultovanja Evropskog parlamenta. U porodičnopravnoj materiji Savet može, na predlog Komisije, da usvoji odluku o onim aspektima porodičnog prava sa prekograničnim dejstvima koji bi mogli da budu predmet akata usvojenih po običnoj legislativnoj proceduri; Savet i u ovom slučaju deluje jednoglasno nakon konsultovanja Evropskog parlamenta.⁷⁶

⁷⁵ Vid. čl. 67 UFEU.

⁷⁶ Vid. st. 3 čl. 81 UFEU.

UFEU u čl. 81 ne govori o nadležnosti Suda EU u materiji međunarodnog privatnog prava. Iz toga sledi da mere u oblasti materije koja čini međunarodno privatno pravo – kao deo prava unije – potpadaju pod odredbe čl. 267 UFEU koje se odnose na nadležnost Suda EU da postupa po predlozima za odlučivanje o prethodnim pitanjima.⁷⁷

Na ovaj način može da se govori o evropeizovanom međunarodnom privatnom pravu jer je za ciljeve EU materija koja potpada pod međunarodno privatno pravo postala dodeljena nadležnost: unutrašnje tržište kao prostor bez unutrašnjih granica između država članica u kojem je obezbeđeno slobodno kretanje robe, lica, usluga i kapitala uređuje se legislativnim aktima Unije počev od kontrole spoljnih granica, azila i imigracije, preko pravosudne saradnje u krivičnim i građanskim stvarima da bi unutrašnje tržište moglo da se ostvari kao oblast slobode, sigurnosti i pravde. U toj oblasti se obezbeđuje sigurnost, pravna zaštita i pravna sigurnost lica putem legislativne delatnosti Unije i njihovim sprovođenjem u život. U toku skoro 60 godina (počev od 1957) razvijalo se evropeizovano međunarodno privatno pravo, koje je danas deo prava unije i koje stvara EU u skladu sa načelom podeljene nadležnosti i načelima supsidijarnosti i proporcionalnosti.⁷⁸ Posebna procedura je propisana samo za materiju porodičnog prava sa prekograničnim dejstvima u čl. 81 UFEU.

Evropeizovano međunarodno privatno pravo danas čine sekundarni izvori prava unije koji su usvojeni po odredbama Amsterdamskog ugovora o osnivanju EZ i izvori koji su usvojeni počev od stupanja na snagu UFEU 1. decembra 2009.g. To su: Uredba Saveta (EU) br. 1259/2010 o ostvarivanju pojačane saradnje u oblasti merodavnog prava za razvod i zakonsku separaciju (Rim III)⁷⁹; Uredba (EU) Evropskog parlamenta i Saveta br. 1215/2012 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u građanskim i trgovačkim stvarima (prerada Uredbe Brisel I)⁸⁰; Uredba (EU) Evropskog parlamenta i Saveta br. 650/2012 o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i o prihvatanju i izvršenju verodostojnih isprava u materiji nasleđivanja i o stvaranju Evroskog sertifikata o nasleđivanju⁸¹; Uredba Saveta (EU) br. 2016/1103 o ostvarivanju pojačane saradnje u

⁷⁷ Čl. 267 UFEU: „Sud EU nadležan je da postupa po predlozima za odlučivanje o prethodnim pitanjima koja se odnose: (a) na tumačenje osnivačkih ugovora; (b) o punovažnosti i o tumačenju akata institucija, tela, službi ili agencija Unije;

Kada se takvo pitanje postavi pred sudom neke države članice taj sud može, ukoliko smatra da je odluka o datom pitanju potrebna da bi doneo presudu, podneti predlog Sudu da odluči o tom pitanju.

Kada se takvo pitanje postavi u postupku pred sudom države članice protiv čije odluke ne postoji pravni lek premanacionalnom pravu, takav sud će podneti predlog Sudu EU.“

⁷⁸ Vid. čl. 2 i 4 UFEU i čl. 5 Ugovora o Evropskoj uniji.

⁷⁹ Vid. SL L 343/2010.

⁸⁰ Vid. SL L 351/2012.

⁸¹ Vid. SL L 201/2012.

oblasti nadležnosti, merodavnog prava i priznanja i izvršenja odluka u materiji bračno-imovinskog režima.⁸²

3. UMESTO ZAKLJUČKA

Evropeizovano međunarodno privatno pravo kao deo prava unije trebalo bi da obavezuje sve države članice EU – ono bi trebalo da važi u državama članicama čiji sudovi i drugi organi bi trebalo da ga primenjuju u svim slučajevima koji potpadaju pod njegovo polje primene. Tu, međutim, postoje dva izuzetka.

Prvi se odnosi na položaj Danske i Ujedinjenog Kraljevstva Velike Britanije i Severne i Irske, kao i Irske. Prilikom izmena Mastihtskih ugovora iz 1992. g. ove tri države članice nisu dale svoju saglasnost na Naslov IV (Vize, azil, imigracija i ostale politike koje se odnose na slobodno kretanje lica), te je njihov položaj u Amsterdamskom ugovoru o osnivanju Evropske zajednice regulisan posebnim protokolima, na osnovu kojih navedene države članice nisu učestvovala u Savetu u usvajanju mera čiji je osnov u navedenom Naslovu, niti su ih takve mere obavezivale.⁸³ Lisabonski Ugovor o funkcionisanju Evropske unije reguliše položaj ovih država Protokolom br. 21 o položaju Ujedinjenog Kraljevstva i Irske u pogledu oblasti slobode, sigurnosti i pravde i Protokolom br. 22 o položaju Danske. Ove države ne učestvuju u Savetu u usvajanju mera predloženih na osnovu Naslova V trećeg dela UFEU (Oblast slobode, sigurnosti i pravde), niti usvojene mere obavezuju te tri države. Međutim, Ujedinjeno Kraljevstvo ili Irska mogu pismeno da obaveste predsednika Saveta da žele da učestvuju u usvajanju i primeni predložene mere, kao što mogu da obaveste Savet i Komisiju da žele da prihvate meru posle njenog usvajanja.⁸⁴ Danska sa svoje strane nema mogućnosti koje imaju Ujedinjeno Kraljevstvo i Irska, ali u bilo koje vreme može, u skladu sa odredbama svog ustava, da obavesti druge države članice da se u pogledu njenog položaja primenjuju odredbe Aneksa uz Protokol, koji joj daje mogućnosti koje imaju Ujedinjeno Kraljevstvo i Irska.⁸⁵

Drugi izuzetak proističe iz odredbi Ugovora o Evropskoj uniji i UFEU o pojačanoj saradnji.⁸⁶ Pojačana saradnja je forma u kojoj države članice mogu da deluju na ostvarivanju ciljeva EU kada se ustanovi da se ciljevi takve saradnje ne mogu postići u razumnom periodu vremena od strane Unije kao celine, ukoliko

⁸² Vid. SL L 183/2016.

⁸³ Vid. Protokol br. 4 o položaju Ujedinjenog Kraljevstva i Irske i Protokol br. 5 o položaju Danske uz Amsterdamski ugovor o osnivanju Evropske zajednice; SL C 340/1997.

⁸⁴ Vid. čl. 3 i 4 Protokola br. 21 o položaju Ujedinjenog Kraljevstva i Irske u pogledu oblasti slobode, sigurnosti i pravde.

⁸⁵ Vid. čl. 1 i 8 Protokola o položaju Danske i čl. 1-4 Aneksa uz Protokol.

⁸⁶ Vid. čl. 20 Ugovora o Evropskoj uniji i čl. 326-334 UFEU.

u njoj učestvuje najmanje devet država članica. Odluku o pojačanoj saradnji donosi Savet.⁸⁷ U materiji međunarodnog privatnog prava dva izvora prava unije usvojena su na ovaj način – Uredba Saveta (EU) br. 1259/2010 o ostvarivanju pojačane saradnje u oblasti merodavnog prava za razvod i zakonsku separaciju (Rim III)⁸⁸ i Uredba Saveta (EU) br. 2016/1103 o ostvarivanju pojačane saradnje u oblasti nadležnosti, merodavnog prava i priznanja i izvršenja odluka u materiji bračno-imovinskog režima.⁸⁹ Ove uredbe obavezuju i neposredno se primenjuju samo u onim državama članicama koje učestvuju u pojačanoj saradnji.⁹⁰

Ukoliko bi se evropeizovano međunarodno privatno pravo cenilo iz ugla uspešnosti unifikacije međunarodnog privatnog prava, tada bi navedena dva izuzetka koja ograničavaju njegovo važenje u državama članicama EU mogla da budu posmatrana kao slabost. Ostaje, međutim, činjenica da je u okviru EU za nepune dve decenije (računajući od stupanja na snagu Amsterdamskog ugovora 1999.g. do danas) usvojen značajan (17) broj izvora prava unije – u formi uredbi koje direktno obavezuju i koje se neposredno primenjuju u državama članicama – koji praktično čine unifikovano međunarodno privatno pravo na regionalnom nivou. Ono je u ovom trenutku parcijalno jer je njegov predmet vezan za ciljeve EU kao regionalne međunarodne organizacije, ali njegov pravni osnov – čl. 81 UFEU – formulisan je dovoljno fleksibilno da ostavi prostora za usvajanje u zavisnosti od potreba EU i političke volje i spremnosti država članica. O ovome svedoči kako aktivnost unutar EU⁹¹, tako i teorijska razmišljanja o putevima daljeg razvoja evropeizovanog međunarodnog privatnog prava⁹².

⁸⁷ Vid. naročito st. 2-3 čl. 20 Ugovora o Evropskoj uniji.

⁸⁸ Vid. SL L 343/2010; vid., takode, Steve Peers „European Style: The First Authorization of Enhanced Cooperation”, *European Constitutional Law Review* 6/2010, 339.

⁸⁹ Vid. SL L 183/2016.

⁹⁰ Vid. Odluku Saveta (EU) o odobrenju pojačane saradnje u oblasti merodavnog prava za razvod i zakonsku separaciju, SL L 189/2010; Odluku Saveta (EU) br. 2016/954 o odobrenju pojačane saradnje u oblasti nadležnosti, merodavnog prava i priznanja i izvršenja odluka o imovinskim režimima međunarodnih parova što obuhvata materiju koja se odnosi na bračno-imovinske režime i imovinske posledice registrovanih partnerstava, SL L 159/2016.

⁹¹ Vid. dokument „A European Framework for Private international Law: Current Gaps and Future Perspectives”, European Parliament, Directorate General for International Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs, 2012, dostupan na veb adresi <https://bookshop.europa.eu/en/a-european-framework-for-private-international-law-pbBA0313690/> posećenoj poslednji put 10.11.2016; European Code on Private International Law, 2013, dokument dostupan na veb adresi <https://bookshop.europa.eu/en/european-code-on-private-international-law-pbBA0313036> poslednji put posećenoj 10.11.2016.

⁹² Vid. kod Andrew Dickinson „European Private International Law: Embracing New Horizons or Mourning the Past?”, *Journal of Private International Law* 2/2005, 197; Xandra E. Kramer „European Private International Law: The Way Forward”, In-depth analysis European Parliament (JURI Committee), u: Workshop on Upcoming Issues of EU Law. Compilation of In-Depth Analyses, European Parliament Brussels 2014, 77-105, analiza dostupna na veb adresi <https://ssrn.com/abstract=2502232> posećenoj poslednji put 10.11.2016; Marc Fallon, Paul Lagarde, Sylvaine Poil-

Bernadet I. Bordaš, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
B.Bordas@pf.uns.ac.rs

The Development of EU Private International Law as Means of Realization of its Objectives

Abstract: *This paper offers an overview of the origin and development of Europeanized private international law as the part of union law. The name Europeanized private international law is derived from the method and degree of harmonization of the matter which makes the subject of national private international law. The extent to which harmonization is achieved depends on two factors: the first are the objectives of the European Union as a regional international organization of economic character and the other is the legislative procedures prescribed by the founding treaties of the EU. While the objectives of the EU determine the legal basis of creating the Europeanized private international law, the legislative procedure shows the extent of the powers of the legislative authority to create EU acts falling under matters of private international law. Taking into account these two factors the development of the Europeanized private international law has two periods: the period of inter-state cooperation and the period of communitarization, or europeanization. The research covers analysis of the founding treaties, starting with the Rome Treaty establishing the European Economic Community 1957 and ending with the Lisbon treaties 2007. The focus is on EU objectives and legislative competence of the EU institutions, as well as on the jurisdiction of the Court of justice of the European Union to give preliminary rulings.*

Keywords: *Private international law of EU, objectives of EU, legislative competence of EU, method of interstate cooperation, community/union method, sources of Europeanized private international law.*

Datum prijema rada: 31.01.2017.

lot-Peruzetto (ur.): *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Brisel, Njujork 2011; Matthias Weller „Mutual Trust: In Search of the Future of European Private International Law”, *Journal of Private International Law* 1/2015, 1.

*Dr Dragana M. Ćorić, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
D.Coric@pf.uns.ac.rs*

TRAGOM RASPRAVA O UNIFIKACIJI JUGOSLOVENSKOG PRAVA U PRVOJ POLOVINI 20. VEKA – ULOGA JEZIKA I NARODNOG DUHA U NOMOTEHNICI*

Sažetak: *Leon Gerškovic je smatrao da dobar i mudar pisac propisa (ne misleći pri tom na formalnog zakonodavca koji sprovodi deo eventualnih izmena i usvajanje propisa) mora da poseduje sledeće veštine: „široko opšte pravno obrazovanje; poznavanje našeg društvenog sistema, poznavanje pravnog sistema (pozitivnog, važećeg); poznavanje svih oblasti prava, ne samo određene oblasti prava u kojoj se sprema inovacija, poznavanje pravne i sudske prakse; poznavanje posebne pravne terminologije i termina; veštinu pojmovne apstrakcije; poznavanje pravnih i društvenih činjenica, sposobnost proveravanja činjenica, kao i naprednu pismenost“¹. Upravo ta sposobnost pojmovne apstrakcije, zajedno sa naprednom pismenošću pisca propisa, jesu predmet ovog rada. Iako je stvaranje prava višefazni postupak, upravo ove dve veštine i njihovu primenu nalazimo u svakoj fazi. Sposobnost apstrahovanja više pojedinačnih slučajeva do nivoa opštosti koja je dovoljno opšta da može da obuhvati i druge, buduće moguće slične slučajeve, ali i dovoljno jasna i precizna da ne daje puno prostora različitim drugačijim shvatanjima ili eventualnim zloupotrebama – ta i takva sposobnost apstrahovanja se dovodi do savršenstva korišćenjem ispravnih, pravilnih i jezičkih prihvatljivih konstrukcija. Dostići takav nivo jezičkog savršenstva znači proći dug put, popločan dobrim namerama zadržavanja nacionalnog duha, jezičkog*

* Članak predstavlja rezultat rada na projektu „**Pravna tradicija i novi pravni izazovi**“, koji finansira Pravni fakultet u Novom Sadu, i deo je šire rasprave kojom će se autor baviti tokom svog petogodišnjeg istraživačkog rada.

¹ Leon Gerškovic, „Osnovni problemi sistema i metoda izrade propisa“, *O izradi pravnih propisa. Materijali sa Seminara o osnovnim problemima sistema i metoda izrade propisa, koje je organizovao Sekretarijat Saveznog izvršnog veća za zakonodavstvo i organizaciju*, Beograd, 11-22. maja 1959., 20-23.

patriotizma, logičkog smisla i zaključivanja i što preciznijeg oživotvorenja misli pisca normi.

Ključne reči: narodni duh, propisi, jezik.

UVODNE NAPOMENE

„U pravu je potrebno pravno da se rezonuje, ali izgleda nam da u pravnom rezonovanju ne treba preterivati“², pisao je **Lj. Radovanović** 1924. godine. Kao društvena nauka, pravo je zavisno od društva, društvenih odnosa i fenomena – oni su svakodnevna stvarnost koja diktira pravu njegov sadržaj. Pravo može eventualno oslikavati buduću, željenu, bolju verziju društva koje ga primenjuje, te jedina razlika između društvenih prilika i sadržaja prava može biti u tom delu. Pravna teorija, nastavlja Radovanović,³ ma koliko bila savršena, ne može biti tačna ako ne odgovara stvarnim prilika društvenog života⁴. Navedeno je početni problem *zakonopisanja* – jer sve te nijanse stvarnog života treba apstrahovati i pretočiti u adekvatan, razumljiv jezički izraz, koji pretenduje na sopstvenu dugotrajnost.

Po mišljenju ovog autora, zakonodavna vlast karakteriše državu i izraz je volje države i vrednosti koje želi da zaštiti. Potreba za donošenjem zakona ima dva izvora: promenjene ili novonastale drugačije društvene okolnosti koje nisu normirane pravom, ili volju i nameru država⁴ da „izvestan predmet treba regulisati, ili sprečiti, ili u izvesnom pravcu uputiti“⁵. Pravna svest naroda se sporije formira; samim tim država tumači sa svojih pozicija tu pravnu svest i zahtev naroda na način na koji ona misli da je potrebno, te reguliše društvene odnose spram sopstvenih prioriteta. Može se desiti da država ne razume dovoljno zahtev naroda za nekom promenom, ili da isti namerno zanemaruje. U tom slučaju, pravna svest naroda kao adresata i krajnjih „korisnika“ nekih pravila ponašanja se umanjuje, jer se ne identifikuju sa pravilima koja im se nalažu.

Zakonodavna vlast nije puka vlast samo donošenja zakona, iako se u javnosti i tada (u prvoj polovini 20. veka) i sada tako posmatrala i definisala njena uloga. Ona je istovremeno i vlast osluškivanja volje naroda, jer na kraju, zakoni se donose zbog građana i regulisanja odnosa u društvu. Zakonodavna vlast tako-

² Ljubomir Radovanović, „Zakonodavna vlast i njene funkcije – kako biva donošenje zakona, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 1/1924, 47. Napomena: Ime autora je u originalnom članku navedeno u skraćenom obliku, kao Ljub. Radovanović. Uz pomoć upravnice Biblioteke Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Radmile Dabanović, do punog imena smo došli pretragom COBISS baze imena autora, te joj se ovim putem zahvaljujemo na pomoći.

³ Lj. Radovanović, 47-48.

⁴ Pri čemu treba i formalno razlikovati zakonodavca od zakonopisca, iako oboje rade u ime i za račun države.

⁵ Lj. Radovanović, 398.

de nije ni puka tehnička vlast, već mora biti i duboko misaona, promišljajuća, u cilju što boljeg, jezički preciznijeg izražavanja misli, zapovesti i htenja, kako narodne, tako i svoje volje. Poželjno je da jezički uobličeno pravilo bude u pisanoj formi, jer se time obezbeđuju načelo pravne sigurnosti (zapisano je teško promenljivo i može se interpretirati samo napisani tekst, ne interpretacija nečeg što se čulo pa drugačije razumelo) i načelo pravne jednakosti – tačnije – pravila važe jednako prema svima i sankcije će biti jednako primenjene prema svima, bez obzira da li su im saopštene ili ne⁶. Dostupnost pravnog teksta široj javnosti je učinjena njegovim objavljivanjem, a ova pretpostavka da se u nekom momentu svi adresati smatraju obaveštenima o sadržaju propisa, je neoboriva.

Pitanje jezika u pravu nije samo pravno niti samo lingvističko pitanje, ono je i istorijsko, političko, sociološko i filozofsko pitanje. Pravo je u jeziku, odnosno "bez jezika nema prava"⁷. Jezik daje život pravu, psihičkim aktima koji bez njihovog saopštavanja, ostaju na nivou običnih misli, koje ostaju nesaznate, nesaopštene, nepoznate. Stvaranje prava jeste beskrajno kreativan proces, ali suočen sa preprekama kao što su : shvatanje prava uopšte zakonopisca, njegovo poznavanje maternjeg i nekog drugog jezika (posebno ako se implementira rešenje iz stranog zakonodavstva), poznavanje domaćeg prava i prvenstveno principa domaćeg prava kao i komparativno--pravni pristup određenoj materiji. Iz navedenoga proizilazi da stvaranje prava i dalje jeste kreativan proces, ali ne toliko lepršav i slobodan kao stvaranje drugih pisanih dela⁸ – književnih, na primer. Svaki put kada zakonopisac posegne za neologizmom, ili stranom reči neprevodivom na maternji jezik, njemu se pripisuje manjak jezičkog, političkog, istorijskog i drugog patriotizma. Još su stariji autori smatrali da se na takav način „narod potčinjava tuđoj kulturi i gubi svoju samostalnu vrednost, pretvarajući se u etnički materijal za taj tuđi kulturno istorijski tip“⁹, a da se retki osmele krenuti drugim putem, „idući za pozivom Boga, svesni svoje moći i snage, i samostalno rade svoj veliki posao“¹⁰, te stvaraju sopstveno, originalno pravo.

Posmatrano sa ovog aspekta, sadržina volje države¹¹ prilikom kreiranja nekih pravnih pravila je (skoro) manje bitna od kanala kojim se ta ista volja saopštava i

⁶ Marijana Pajvančić, *Pravno normiranje*, Univerzitet u Novom Sadu – Pravni fakultet i Advokatska komora Vojvodine, Novi Sad, 1995, 32-33.

⁷ Dragiša Drakić, „O stilu jezika zakona“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2012, 371.

⁸ Možda jezik prava jeste „nemaštovit, suvoparan i škrt“, ali je to nužnost prava, jer ono mora biti lišeno emocija, i sadržavati samo pravila, zapovesti, sankcije. Pravo nije tu da život učini lepim, bajkovitim, već boljim i uređenijim, za šta je svakako potrebno uložiti dosta truda, znanja, vremena, volje i svesti. „Vid.“ : D. Drakić, 2012, 374-376.

⁹ G. Demčenko, „Zakoni istorijsko razvitka kulture i prava. (Pedesetogodišnjica jedne znamenite knjige)“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 4/1924, 448.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Koja je zapravo volja naroda, ali je država saopštava, ceneći da ona najbolje prepozna potrebe sopstvenog življa. Čedomir Marković, „Sud ima da ceni ustavnost zakona“, *Arhiv za pravne*

jezičkih konstrukcija koje su tom prilikom korišćene. Ta volja, uglavnom pretočena u zapovest sa pretnjom kaznom je osnovni način iskazivanja namera države: koje vrednosti promovise i štiti i šta smatra manje ili više društveno nepoželjnim ponašanjem. Ta volja je zapravo i prikaz vlasti države i njenog autoriteta, koji shodno principu *competenz – competenz* utvrđuje sama za sebe, u granicama koje ona sama sebi postavi.

Posebno je u drugoj polovini 20. veka bio izražen poseban pokret jezičkog patriotizma, kako smo ga ranije već u našem radu i nazvali. Zahtev da se izvrši što brža unifikacija prava nove države, nastale posle Prvog svetskog rata je više bio političke nego pravne prirode. Unificirano pravo je donosilo novu nit jedinstva, koja je izmicala Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca, a kasnije Kraljevini Jugoslaviji, i pored svih svečanih proklamacija kojima su izrazili svoju jasnu misao o stvaranju zajedničke države. Međutim, sve države i njihovi narodi, decenijski i vekovno živeći pod jarmom drugih država i naroda teško su prihvatili odvajanje od nečeg već poznatog a istovremeno i težili novom, zajedničkom, isključivo slovenskom. Unifikacija prava (bilo ono civilno, „judicijelno“ ili krivično) je ostajući sve vreme političko pitanje, sve više prerastala u jezičko, nacionalno i ideološko pitanje, a potreba za stvaranjem jedinstvenog pravnog prostora je postala poligon za različita teorijska, istorijska, ideološka sučeljavanja najboljih pravnika onog doba. Argumenti koje su sukobljene strane u ovom sporu iznosile, zavređuju našu pažnju, jer pored toga što predstavljaju vrhunac pravnog i filozofskog mislilaštva, istovremeno pokazuju i stremljenja jedne epohe u oblasti stvaranja prava¹².

OTKRIVANJE I ZADRŽAVANJE DUHA I (NACIONALNOG) JEZIKA U ZAKONIMA¹³

Zbog evropskih integracija, te potrebe usklađivanja domaćih propisa sa pravom Evropske Unije, u Srbiji se već izvesno vreme ne samo pravnici, već i pre-

i društvene nauke, 4/1907, 411-415. Napomena: Ime autora je u originalnom članku navedeno u skraćenom obliku, kao Čed. Marković. Uz pomoć upravnice Biblioteke Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Radmile Dabanović, do punog imena smo došli pretragom COBISS baze imena autora, te joj se ovim putem zahvaljujemo na pomoći.

¹² Istraživanje smo ograničili na najdugovečnije pravne časopise kod nas- *Branič* i *Arhiv za pravne i društvene nauke*, u kojima je u nastavcima izlazila polemika pravnika povodom unifikacije prava u Kraljevini Jugoslaviji, i to mahom u vidu odgovora na prethodne kritičke ili nekritičke, podržavajuće članke u istim časopisima.

¹³ Izvestan broj naučnih članaka je 30-ih godina prošlog veka nosio ovaj naslov: Dragutina Jankovića u *Braniču* 1932. godine, Ivana Maurovića u *Arhivu za pravne i društvene nauke* od 25. januara 1932., ili je o samom jeziku i duhu zakona bilo i neposredno govora u drugim člancima. Vidljiv je dakle i pravnotehnički interes, pored interesa održavanja i odbrane nacionalnog duha, u delima pravnika u prvoj polovini 20. veka.

vodioci, „bore“ sa tekstovima propisa iz EU. Naime, puki, bukvalni prevod u ovoj oblasti nije dobar niti preporučljiv, jer mora odgovarati duhu jezika države u kojoj se ti tekstovi prevode. Razumljivost zapovesti za adresate zavisi od jezičke razumljivosti tekstova koji se prevode samim prevodiocima, te je potraga za prihvatljivim jezičkim izrazima značajnija skoro od same neposredne sadržine i cilja pravnih tekstova. Stvaranje prava zato posmatramo kao mešoviti, pravno-društveno-lingvistički fenomen. Ovaj problem nije novijeg datuma – sa njime su se suočavali i naši pravnici u prvoj polovini 20.-og veka.

Živojin Perić je još 1911. godine tvrdio da preuzimanje Nemačkog ili Austrijskog zakonika za osnovu srpskog građanskog prava znači neopravdano širenje germanskog uticaja na srpsko društvo putem jednog od najmoćnijih instrumenata – prava¹⁴. Iako je cenio da unifikacija ima svoje dobre strane, posebno kada je u pitanju svodenje društvenih razlika na najmanju moguću meru, kao i drugi značajni pravnici svoga doba stajao je na stanovištu da se nacionalni duh i kultura jednog naroda ne mogu u potpunosti izbaciti, zanemariti ili zaboraviti prilikom stvaranja prava. Unifikacija je ipak nužna, nastavlja Perić dalje, jer se time razlike brišu, a brisanjem razlika brišu se i potencijalni sukobi, ratovi i različite mišljenja. Nije jednouljeto to koje Perić zagovara, iako to tako izgleda – već zagovara kompromis koji jednako pogađa sve zainteresovane strane. Ako svaka strana bude suočena sa jednakim gubitkom i jednakim dobitkom, onda će jednako razmišljati o svojim i tuđim budućim planovima i postignućima i sa jednakim mirom prihvatiti sve promene.

Toma Živanović je ispravno konstatovao da šest zakonskih grupa ili pravnih poredaka ne može brzo i lako biti izjednačeno. Austrijsko zakonodavstvo je inspirisalo čak četiri pravna sistema unutar Kraljevine SHS: vojvođanski, slovenačko-dalmatinski, hrvatsko-slavonski i bosansko-hercegovački sistem, dok su srpski i crnogorski sistemi proglašeni samostalnicima¹⁵. Smatrao je da nije dovoljna samo želja i (politička) potreba za ujednačavanjem zakonodavstva, već da je ovako ozbiljnom zahvatu nedostajao pravi i precizan plan rada. U nedostatku plana, gde je rađeno „na dohvat“, stihijski i bez određenog cilja i namere koju proces izjednačavanja treba da podari jednoj takvoj šarolikoj zajednici – Toma Živanović je posebno apostrofirao probleme jezičkog i terminološkog ujednačavanja u krivič-

¹⁴ Živojin Perić, „Jedan nov rad na kodifikaciji privatnog prava“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 6/1911, 428. Problem nepostojanja postupnog i detaljnog plana rada na stvaranju značajnih pravnih akata je, čini se, u nas postojao oduvek. O tome govori, bar kad je u pitanju stvaranje Krivičnog zakonika i spis Alekse Jovanovića „Predlog Državnog Saveta o postupnom radu na zemaljskim zakonima“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 4/1907, 18 i dalje.

¹⁵ Toma Živanović, „Dosadani rad na izjednačenju zakonodavstva u Kraljevini S.H.S.“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 3/1927, 161. Slično je pisao i Nikola Vujanac: „Preuređenje države i zakoni“, *Srpski glas*, 1940, 112 u delu: Milun Stijević, *Srpski glas*, Sremski Karlovci – Novi Sad, 2004. Napomena: u ostatku teksta će prilikom navođenja izvora: *Srpski glas*, biti navođena samo stranica monografskog reprint izdanja u kome se svi brojevi ovog časopisa nalaze, radi ekonomičnosti.

nopravnoj oblasti te, kako navodi „sada u našoj državi se ne zna šta je istup a šta prestup; iščezla je zakonska klasifikacija krivičnih dela u tri ili dve grupe što je bio plod vekovne evolucije krivično prava“.¹⁶ Nije optimistički gledao na haotično stanje koje postoji u domaćem zakonodavstvu, a koje vapi za sopstvenom unifikacijom, i to ne samo prava, nego i pravne svesti i duha. Jer ni svest, kao ni duh, ne nastaju odjednom, već je potrebno vreme, prihvaćenost, sjedinjavanje bića sa njima i ponos zbog njihovog postojanja. Tako nešto nikako nije moguće prilikom nametanja drugog, tuđeg, stranog duha i svesti, jer, ako ništa drugo, ne postoji ta iskonska povezanost sa istima.

RASPRAVA O RECEPCIJI STRANOG PRAVA U SRPSKOM I JUGOSLOVENSKOM PRAVU

Iako smo pozicionirali istorijski praćenje rasprave o jezičkom pravnom patriotizmu na prvu polovinu 20. veka, ne možemo a ne spomenuti začetke takve jezičke i nacionalne borbe, previranja i kritike koje su upućivane zakonopiscima i u 19-om veku u Srbiji.

Već je **Miloš Obrenović** imao problema prilikom čitanja delova nacрта Srpskog Građanskog zakonika, tvrdeći da „ti koji su pisali zakone ili su bili pijani ili su bili ljudi“¹⁷ - na stranu to što mu se „napisano o vanbračnoj deci ništa ne sviđa“¹⁸, nego ima dosta stranih reči koje običan narod ne može razumeti. Njegove preporuke za unapređenje teksta, koje je uputio tvorcima nacрта, nisu samo tehničke prirode¹⁹ već i jezičke i gramatičke – jer zahteva „da se Vladislav Stojadinović pobrine da se to napiše smislenije i razgovetnije, da sve strane reči koje same po sebi ne mogu se znati šta znače sasvim izostavi i da traži srpske reči“²⁰. Dalje, Miloš Obrenović je u svom dopisu od 31. marta 1834.²¹ godine zahtevao i da, ako se pojavi novo značenje neke reči, obavezno u prvom članu zakona bude opisano šta ta reč znači, i da se onda nakon tog razjašnjenja njenog značenja ona može slobodno koristiti u ostatku zakona, bez stalnog ponavljanja njenog značenja. Nekoliko nedelja kasnije²², došavši do saznanja da je austrijski zakonik mnogo „kraći i razgovetniji, preporučuje(m) da se pri popravljaju naših zakona pored prevođa francuskih zakona uzmu i austrijski“²³.

¹⁶ T. Živanović, 162-163.

¹⁷ Nepoznat autor, „Prilozi za istoriju našeg zakonodavstva“, *Porota*, 19/ 1881, 302.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Da skrate duge opise i sve nepotrebno izbace te i sam tekst zakonika rasterete.

²⁰ „Prilozi za istoriju našeg zakonodavstva“, 303.

²¹ Dopis br. 1141, od 31. marta 1834. godine, *Porota*, 19/ 1881, 302-303.

²² Dopis br. 1344, od 10. aprila 1834., *Porota*, 19/1881, 304.

²³ Iako je period pisanja Srpskog građanskog zakonika bio relativno kratak, ipak mu je prethodila ozbiljna priprema: Jovan Hadžić, kao glavni zakonopisac je mesecima prikupljao građu o

Neki autori su već u 80-im godinama 19. veka kritikovali visok stepen recepcije – čak, prepisivanja iz stranih zakonodavstava u domaće srpsko pravo²⁴. Ta rešenja, preuzeta iz stranih propisa su zastarela, ne ostvaruju cilj koji bi trebala i jednostavno su neupotrebljiva. Smatralo se da ozbiljan naučni rad mora pretihoditi bilo kakvom zakonodavnom radu, i da se ne mogu zakonopisci osloniti na puko prepisivanje nekog zakonskog teksta – jer zakoni moraju slediti duh naroda i zemlje u kojoj će se primenjivati. Tek kada se „osobine i pojmovi našeg naroda slažu sa duhom nauke, sav materijal treba složiti i staviti na javnu raspravu“²⁵.

U 20-tim godinama 20. veka **Ljubomir V. Stefanović** poziva na širenje fronta i „epski otpor Jugoslovenstva pangermanizmu“²⁶, ocenjujući da Germani ovako pokoravaju ostatak slobodnog sveta, kada to nisu mogli učiniti u ratu²⁷. Tokom 1928. godine u časopisu „Branič“, **Lujo Bakotić** u nastavcima objavljuje svoj detaljan predlog reforme zakonodavstva, pravosuđa i administracije, koji se oslanja na dobra iskustva iz inostranstva ali sa posebnim korektivom – narodnih duhom države u kojoj živi i razvijenom stepenu pravne svesti građana. Tako, navodi da „mi kao da hoćemo da modelišemo stvari po idejama koje imamo o njima, a ne da crpimo ideje iz stvari koje su pred nama“²⁸. Za njega, pitanje izjednačavanja zakona u Kraljevini Jugoslaviji nije samo puko nalaženje *differentia specifica* i njihovo ujednačavanje putem istih izraza, pri čemu se povremeno (jezički) povlađuje jednoj, drugoj, trećoj strani (ili naciji) – već je to ozbiljan posao, u kome se mora razmišljati o ciljevima i posledicama koje će određena pravna rešenja proizvesti²⁹.

Dalje, Bakotić smatra da je domaća pravna svest slabo razvijena, „jer kod nas osećaji reda, prava i dužnosti nisu bog zna kako razvijeni i potreban je zbog toga sistem detaljnih zakona, kao precizna mašina koja će sve u administraciji posebno terati da rade svoj posao“. Ovde kao primer navodi austrijske i nemačke zakone, koji i pored prilično razvijene pravne svesti, i svesti o obavezama i du-

narodnim običajima i narodnom duhu. Veliki trud uložen u sakupljanje ove značajne i specifične građe na kraju uopšte nije iskorišćen na pravi način, „Vid.“: Dušan Nikolić, „O dinamici i efektima zakonodavnog rada“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2012, 232.

24 Đ. J. Pržić, „Nekoliko reči o potrebi sistematičkog preobražaja našeg krivičnog zakonodavstva“, *Porota*, 13/1881, 200. Pržić smatra da jedino mešovita komisija, sastavljena od dva dobra pravnika i jednog dobrog poznavaoaca stranog jezika sa čijeg jezika se prevodi tekst nekog zakona koji se želi implementirati u srpsko pravo, može stvoriti adekvatan i pravno i jezički smislen tekst bilo kog zakona, što je stav, koji i nakon toliko godina i mi sami možemo podržati.

25 „Pogled na 1880“, uvodni članak, nepotpisan, 1/1881, 340.

26 Ljubomir V. Stefanović, „Jedinstvo jugoslovenskog pravništva“, *Branič*, 7-8-/1925, 1.

27 *Ibidem*.

28 Lujo Bakotić, „Pitanje izjednačavanja naših zakona“, *Branič*, 12/1927, 122.

29 Usaglašavanje šest pravnih sistema unutar jedne države, sa različitim istorijskim, kulturnim i nacionalnim nasleđem, Bakotić ocenjuje kao jedan od najvećih izazova sa kojima se nauka, pravo i jedna država mogu susresti u savremenim uslovima. Lujo Bakotić, „Pitanje izjednačavanja naših zakona“, *Branič*, 7/1927, 116-124.

žnostima građana i državnih organa su stajali na stanovištu preciznog i detaljnog regulisanja odnosa, iz predostrožnosti³⁰.

Međutim, u svim svojim člancima Bakotić nepomirljivo tvrdi da je *narodni duh osnova svakog prava* i da preuzimanje drugih inostranih rešenja, koliko god se ona dobrima pokazala u zemlji svog porekla, ne može proteći bez propitivanja kroz prizmu narodnog duha i „naročitih osobina stanovnika“³¹.

Posebna zamerka je upućena samim zakonodavnim komisijama povodom sporosti rada. Uz svo uvažavanje postojanja šest pravnih sistema, te potrebnih ne samo pravnih, već i jezičkih i političkih pregovora povodom izjednačavanja nekih oblasti prava, **Nikolaj Pahorukov**³² ističe da zna razlog zašto ovi radovi tako sporo idu – ne postoji osećaj *Jedinstva*, toliko potreban u ovoj situaciji. Manjak tolerancije, razumevanja i popuštanja svim stranama u jednakom obimu, nepostojanje ravnopravnosti i psihičkih pretpostavki za jedinstvo kao metafizički fenomen, ideju i biće, čini posao izjednačavanja zakona nemogućim, napominje Pahorukov.

Dragutin Janković je u svom članku „Duh i jezik zakona“ tvrdio da nije dovoljno samo izjednačiti zakone, već i „da ti zakoni odgovaraju i duhu vremena i narodnim tradicijama i stvarnim socijalnim odnosima u državi i cilju opšte državne politike“³³. Svi zakoni u jednoj državi proističu dakle iz duha i tradicije naroda koji živi u toj državi. Zakoni dalje „sintetišu običaje, potrebe i poglede naroda i društva čije unutrašnje odnose reguliše“, i predstavljaju istovremeno mehanizam unapređenja samog naroda, države i društva u kome važe³⁴.

³⁰ Lujo Bakotić, „Pitanje izjednačavanja naših zakona“, *Branič*, 10-11/1927, 12.

³¹ Lujo Bakotić, „Pitanje izjednačavanja naših zakona“, *Branič*, 7/1927 (juli), 116-124. Kao primer uvođenja inostranih rešenja koja ne mogu biti prihvatljiva i izvodljiva u Jugoslaviji Bakotić navodi projekte zakona o krivičnom i parničnom postupku, koji su proizvod potpune recepcije austrijskih zakona, i koji bez obzira na njihovu uspešnost u matičnoj zemlji, u Jugoslaviji bi uspostavili stanje i organizaciju sudova i način vođenja postupaka koji fizički i tehnički, čak ni finansijski nije moguć. Lujo Bakotić, „Pitanje izjednačavanja naših zakona“, *Branič*, 8/1927, 141. No nalazimo i dobar primer potpune recepcije austrijskog prava – prilikom stvaranja Nacrta Zakona o javnim beležnicima, u potpunosti je preuzet austrijski nacrt zakona o javnim beležnicima iz 1922. godine, čime su svi narodi unutar tada Kraljevine S.H.S. bili dovedeni u istu poziciju – nijedna prethodna država nije poznavala institut javnih beležnika te je stepen privikavanja bio isti kod svih. Nikolaj Pahorukov, „Nacrt zakona o javnim beležnicima za Kraljevinu S.H.S“, *Branič*, 12/1928, 226.

³² Nikolaj Pahorukov, „Rad na novim zakonima“, *Branič*, 1-2/1928, 18-22.

³³ *Branič*, 1-2/1931, 1-8.

³⁴ Slično piše i Živojin Perić, „Metod V. Bogišića kod izrade Imovinskog zakonika za Crnu Goru“, *Branič*, 3/131, 1. Naime Bogišić je smatrao da zakonodavac treba samo da skupi sve narodne običaje i stavi ih u paragrafe, što je nazvano demokratsko-evolucionističkom koncepcijom. Međutim, Perić se takvom načinu rada protivio, smatrajući da nijedan narod nema toliko razrađen sistem običajnih normi, niti da one svojim potencirano dugim trajanjem mogu da isprate dinamične promene u društvu.

Janković je izrazio i bojazan prema ispravnosti pristupa primenjenog u unifikaciji sudskih zakona, jer su svi, prema njegovom stanovištu, vodili poreklo od austrijskih zakona, i to, činilo mu se, izuzetno loših prevoda. **Ivan Maurović** se toj tvrdnji usprotivio, govoreći da „u tim zakonima nailazimo i na mesta, koja se razilaze od originala, te da se naši zakonodavci nisu baš slijepo povodili za austrijskim tekstom, već da su taj original sa razumjevanjem i kritikom upoređivali, te mestimice i značajno mijenjali“³⁵. Janković ipak tvrdi da se suprotstavlja „tvrdoglavom nastojanju da se prenese kod nas što više i samo austrijskih zakona, kao da su oni jedini i najbolji“³⁶. Problem je, tvrdi on, što nemamo našeg, originalnog prava, već samo proizvode manje ili veće recepcije inostranog i to pretežno austrijskog prava. Takva preneti rešenja neće imati nikakav uticaj, neće postići planirani cilj.

Dalje je Janković zamerio tim zakonima da su teški i neshvatljivi, te da su zakoni pisani „jednim jezikom nerazumljivim i jednom terminologijom toliko tuđom, da se mnogo mesta bez originala ne mogu ni razumeti“³⁷. Maurović priznaje da takvih delova ima, ali da je primetna težnja zakonopisca da se od takvih teških i teško prevodivih reči distancira tražeći domaće termine, i da ceo problem potiče od dikcije Hrvata i Slovenaca, koja se „očito razlikuje od srbijanske dikcije“³⁸. „Među braćom“, nastavlja dalje Maurović, „je moguće svaki spor izgladiti i navići se na drugačije termine, vremenom“³⁹, jer „tek kada imademo za isti pojam dvije ili više stvarno jednako ispravnih a jezično jednako dobrih riječi, možemo po volji birati“⁴⁰ i zaključuje da „integralno i potpuno sprovedeno narodno jedinstvo“⁴¹ iziskuje žrtve s jedne i s druge strane- no priviknuti se na ispravni makar i tuđi termin, to opće nije nikakva žrtva“⁴². Janković se slaže sa tim da je moguće svaki spor među braćom razrešiti sem kada se vrši doslovno prevođenje koje već i onako nerazumljiv „stranjski“ tekst čini još nerazumljivijim.⁴³ Imati ,

³⁵ Ivan Maurović, „Duh i jezik zakona“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 1/1932, 1.

³⁶ Dragutin Janković, „Duh i jezik zakona“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 3/1932, 174.

³⁷ I. Maurović, 2.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Narodno jedinstvo, istovetnost naroda kome pripadaju Srbi, Hrvati i Slovenci samo postojanje troimenosti je bio jedan od osnovnih razloga za ujedinjenje. Međutim već prvi govori o tipu državnog uređenja koje novostvorena država treba da ima(pored toga što je već bila monarhijskog oblika vladavine) je tema koja je pored jezičko-pravnog patriotizma zaokupljala još širu stručnu, naučnu ali i običnu javnost. Disonantni tonovi protiv jugoslovenstva se javljaju i postaju sve jači a kao osnov je korišćena upravo razmera popuštanja jednoj strani od strane druge dve u celoj zajednici. O tome više kod: V. Ćorović, „Pitanje preuređenja države“, *Srpski glas* od 16. novembra 1939. godine, 65. i V. Ćorović, „Pitanje preuređenja države“, nastavak, *Srpski glas* od 23. novembra 1939. godine, 73-74.

⁴² I. Maurović, 3.

⁴³ D. Janković, 175.

pak, jedinstveno zakonodavstvo, u zemlji koja počiva na kulturnim i društvenim različitostima, i dovoljno samosvojnim i nacionalno jakim identitetima se činilo nemogućim bez ikakvih ustupaka⁴⁴. A ustupci su kako tvrdi Arandelović, više činjeni srpskoj (pravnoj) strani nego ijednoj drugoj.⁴⁵

Anahronost u pravnim tekstovima o kojoj Janković govori, se odnosi ne samo na jezički neprihvatljive i neprilagođene izraze, već i na to što pravila koja se na ovaj način stvaraju ne odgovaraju stvarnosti odnosa na koje će se primenjivati.⁴⁶ Naime, društveni, istorijski, ekonomski i drugi odnosi u Austriji su diktirali jednu određenu sadržinu prava. U Kraljevini takvi odnosi nisu ni slični a kamoli na tom nivou razvoja kao u Austriji te je njihovo puko preuzimanje, potpuno bespredmetno.

Zakoni se pišu ne samo za pravnike, već i za laike koji će moći prostim čitanjem, barem okvirno, da se upoznaju sa sadržinom prava. Srpska jezička logika će u slučaju ovih zakona naići na srpski jezički tekst, ali sa nemačkom jezičkom logikom i konstrukcijom rečenica, koja će biti dovoljno zbunjujuća već i na taj prvi pogled.

Slično je smatrao i **Vasiljević**- da (ne)prevodivost termina sa nemačkog jezika na neki od jugoslovenskih jezika ima svoju veliku manu i još brojnije nedostatke u daljoj komunikaciji i razumevanju. Naime,“ i najmanje odstupanje od originala, mala sloboda u izražavanju koju bi sebi prevodilac dopustio, može zamračiti smisao zakona“⁴⁷. Pravni tekstovi su bezlični, neemotivni, jer svojom sadržinom sažimaju i objektiviziraju stvarnost te nalažu ponašanje u određenim situacijama. Njihova primena mora biti jednaka u jednakim situacijama, lišena bilo kakvog poleta, maštarija, metafora i drugih stilskih figura. Stručnjak za jezik, kako tvrdi **D. Arandelović**, nije konsultovan, jer takvog stručnjaka u Jugoslaviji⁴⁸ nema: da je istovremeno i vrstan pravnik, i poznavalac i maternjeg i nemačkog jezika, gra-

⁴⁴ D. Arandelović, „O jeziku u zakonima i sudskim odlukama“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 3/1934, 235.

⁴⁵ D. Arandelović, 237.

⁴⁶ *Ibid.* Neki autori smatraju da je borba za samostalno, posebno srpsko pravo, bez inostranih uticaja, počela još u 18. i 19. veku Karađorđevim zakonikom (koji, doduše, nije nikada stupio na snagu, ali predstavlja značajan deo srpske pravne istorije). A. Solovjev je tvrdio da je posebno Karađorđev Zakonik nastao iz potreba života, u punom jeku borbe protiv Turaka i da je svojom sadržinom više odgovarao konkretnim živim društvenim prilikama u državi, nego drugi kasniji pokušaji stvaranja prava. A. Solovjev, „O Karađorđevom Zakoniku“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 5/1932, 375.

⁴⁷ D. Arandelović, 1934, 233. Noviji autori navode da je upravo prevod Austrijskog građanskog zakonika, koji je D. Arandelović sačinio, jedan od najboljih tog vremena i da je prilikom prevoda činio upravo ono što je zahtevao od drugih: da vode računa o duhu i smislu jezika na koji se tekst nekog propisa prevodi. *Austrijski građanski zakonik*, preveo dr Dragoljub Arandelović, profesor Univerziteta, drugo izdanje, Izdavačka knjižarnica Gece Kona, Beograd 1922.

⁴⁸ Rasprava započeta na terenu Kraljevine SHS se nastavila i za vreme trajanja Kraljevine Jugoslavije, s tim što u našem tekstu pratimo samu raspravu povodom unifikacije prava i njene argumente, bez obzira na istorijski momenat izricanja tih argumenata.

matike kao i nemačke pravne terminologije. A takav stručnjak je bio i preko potreban. Potrebu za ustanovljavanjem jedne „filološko-pravne komisije uz pripomoć istoričara slovenskog prava“ ističe i **Đurđe Marinković**⁴⁹, jer bi time bili razrešeni brojni terminološki problemi nastali, konkretno u novom zakoniku o građanskom procesnom pravu. Jugoslovenska pravna terminologija te 1935. godine još uvek ne postoji, a sumnje da će se ona ikada uspostaviti su sve veće, jer već govorimo o stanju i društveno-istorijskim prilikama u osvit Drugog svetskog rata.

Sa druge strane, pravni tekst ne mora biti svima jednako jasan i razumljiv – jer školovani pravnici su tu kao tumači volje zakonodavca i zakonodavca, kao posrednici između adresata i nadležnih državnih organa. Primena prava je mehanizam kojim se život postavlja u svoj pravi i puni pogon. Međutim, **Leon Amar**, u ovo vreme advokatski pripravnik, se našao u središtu rasprave povodom jezika u zakonima, i sa suprotnim stanovištem u odnosu na profesora Anđelkovića. Njihov otvoreni i neskriveni sukob je trajao tokom cele 1934. godine, pri čemu je jedini argument Anđelkovića protiv mladog kolege bio- upravo njegova mladost, pretpostavljeno životno i stručno neiskustvo, koje je L. Amar konstantno demantovao svojim smelim, jezičkim potkrepljenim i lišenim bilo kakve ideologije napisima.⁵⁰ Amar je propitivao kroz svoje tekstove validnost stanovišta i drugih čuvenih pravnika, kao što je na primer i sam Valtazar Bogišić⁵¹. Sam Amar nije ultimativno protiv unifikacije građanskog prava na način na koji se to tada činilo, već je stajao na stanovištu da „zakon treba da bude jedan za sve nas, ali neka se svakome prizna makar pravo da može upotrebiti izraze koji su njegovi, pa makar oni bili u zagradi, samo neka ih bude“⁵².

Amar lično doživljava „prozivku“ profesora Arandelovića kojom se prebrojavaju nacionalna i identitetska krvna zrnca unutar samog naroda i naučnika uključenih u ovu raspravu. Smatrajući da time što on sam lično nema prezime koje se

⁴⁹ Đurđe G. Marinković, „Godinu dana primene novog građanskog parničnog postupka“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 1/1935, 42-52. „Novi“ građanski zakonik se odnosi na projekat građanskog zakonika započet 30-ih godina prošlog veka.

⁵⁰ Premda nam ostaje kao nepoznanica šta je samom Leonu Amaru „smetalo“ kod stavova Valtazara Bogišića, budući da je u jednom delu svog članka napomenuo da, samim tim što je neko „poznat“ nešto tvrdio da jeste, ne znači da je on apsolutno u pravu. Nejasno je dakle na koji deo Bogišićevog rada, ili stavova je mislio, kada je poznat Bogišićev stav da „se treba čvrsto držati narodnog živog jezika (prilikom pisanja zakona – prim. autora), a kad je neminovna potreba odstupiti od toga, onda se čvrsto držati njegovog duha“. Valtazar Bogišić, „Tehnički termini u zakonodavstvu“, *Mjesečnik pravičnoga društva u Zagrebu*, 1/1888, 7.

⁵¹ Bogišiću su sve umne glave onog doba, i pored brojnih kritika uputile i priznanje: da je koristio pravu meru recepcije stranog prava, uticaja narodnog duha i savremenosti društvenih prilika u državi za koju se propis i stvara. Živojin Perić, „Metod V. Bogišića kod izrade Imovinskog zakonika za Crnu Goru“, 3.

⁵² Čime je posredno potvrdio svoje slaganje sa stavom Bogišića, protiv koga se izjašnjavao. Leon A. Amar, „O jeziku u zakonima i sudskim odlukama – naš odgovor g. D-r D. Arandeloviću“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 4/1934, 430-433.

karakteristično završava na –ić, ne znači da nema svoj nacionalni identitet i da ne oseća jednaku dozu jezičkog, nacionalnog i drugog identiteta koji ga povezuju sa državom u kojoj živi. O svojoj povezanosti sa jezikom i pismom Amar govori: „novi zakoni, ako se ne znaju, mogu se naučiti za duže ili kraće vreme; ali jezik ako se ne zna, on se ne zna, makar mu čovek posvetio čitave decenije, ako ga samo nije naučio na vreme“.⁵³

Kao argument protiv upotrebe austrijskih sudskih zakona za osnov novih sudskih zakona u Kraljevini, Janković je naveo da su austrijski zakoni prevaziđeni jer ni država koja ih je stvorila formalno više ne postoji, te je neprikladno preuzimati prvo tuđi narodni duh preuzimanjem tuđeg prava i drugo, preuzimati duh koji više ne postoji i nije ni bio toliko jak i postojan da održi sopstveno postojanje. S tim u vezi je i stanovište **Evgenija Spektorskog**⁵⁴, da se svaki narod razvija i cveta, a da „samo narod koji je ostareo gubi svoju individualnost“ – i tada, shodno Savinjičevom mišljenju, nacionalno pravo biva potisnuto od strane univerzalnog, unifikovanog. Dakle, dokle god nije moguće izvršiti unifikaciju i univerzalizaciju prava u jednoj državi, to znači da ta država ima mlad narod koji se još razvija, obrazuje, razvija sopstvenu kulturu i *nation*- te nema potrebe ni da preuzima bilo čiji drugi duh, smisao i ciljeve postojanja.

Država stvaranjem prava stvara pravila za sopstveni život, koji odgovara njenom duhu i njenom narodu. Puko preuzimanje nečijeg tuđeg koncepta ne znači da će taj koncept življenja biti jednako uspešan kao i u državi odakle je preuzet. Zato pravom neki autori ne smatraju samo onim što se nalazi u formalnim pravnim tekstovima – već i u smislu i značenju koji se pridaju tim tekstovima i decenijama nakon njihovog donošenja. Iako njihovi zakonopisci verovatno više i fizički nisu živi, duh, smisao i cilj koji su ugradili u neku normu nadživljava sve njih⁵⁵. Stoga, preuzimanje austrijskog duha nije preuzimanje nečeg mrtvog i nepostojećeg, jer država koja ga je stvorila više ne postoji – naprotiv, to je preuzimanje duha koji je nadživio sopstvenog tvorca, evoluirao i potvrdio svoju upotrebnu vrednost.

Maurović smatra austrijsko pravo solidnim osnovom za izgradnju novog prava u Kraljevini jer – prvi tekst je uvek najteže napisati; austrijski judicijelni zakoni jesu taj prvi tekst koji spram svojih potreba i dobrih argumenata možemo modifikovati po potrebi. Pravo, kao tvorevina duha, se stvara sa ciljem da nadživi i sopstvenog tvorca, pa i samu državu za čije neposredne potrebe je bilo stvarano. Nadživljavanjem fizičkih oblika i granica, pravo potvrđuje svoj metafizički karakter i večitost – u suprotnom, pravo bi smrću svog zakonopisca umiralo, prekidajući državotvorni i pravni kontinuitet. Prihvatanje već postojećeg, iako tuđeg prava i okvira se na kraju opravdava razlozima ekonomičnosti i efikasnosti,

⁵³ L. Amar, 432.

⁵⁴ Evgenije Spektorski, „Stogodišnjica ruske kodifikacije u svetlosti teorije o zakonodavstvu“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 3/1935, 190.

⁵⁵ Đorđe Tasić, „Metodi ili škole tumačenja“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 4/1935, 281-285.

jer samostalan rad na ovako ozbiljnim zakonima, bez ikakvih prethodnih saznanja i osnova bi trajao vremenski i finansijski-predugo.⁵⁶ No Janković smatra da to nije dovoljno dobar razlog da se nečiji jezik toliko zatre, zaboravi i pokori ni putem prava, – koliko god da je to pravo dobro – a nije toliko dobro.

Pored već donetih građanskih zakonika, kao što su Francuski, Mađarski, Švajcarski i drugi, Kraljevina Jugoslavija se odlučila za prevođenje baš i jedino samo austrijskih zakonika⁵⁷ – kao da nijedno drugo pravo, dugovečno i efikasno, ne postoji. Dalje, kao razlog zašto je potrebno prihvatiti baš austrijske zakone, naveden je pravni kontinuitet „jer su u velikom delu Kraljevine Jugoslavije isti ti zakoni bili na snazi po nekoliko desetina godina, te bi postupak privikavanja na njihovu sadržinu bio izuzetno kratak. Dakle, ekonomičnost i brzina prihvatanja novih zakonskih rešenja su glavni razlozi.

Svi građanski zakonici, navodi dalje Janković, nisu bili toliko dugo stvarani kao što se to želi prikazati, te je neosnovan razlog hitnosti kojim se želi opravdati „nemčarenje“⁵⁸ koje se ovde uvodi. Prema Jankoviću, glavni problem je „koliki je državni i nacionalni rizik za nas preneti austrijsko zakonodavstvo u Jugoslaviju da bi se izvršilo izjednačenje zakona u njoj? Jer to austrijsko zakonodavstvo nosi u sebi duh jednog srušenog poretka, što za nas u Jugoslaviji znači ogroman istorijski anahronizam“⁵⁹. U tom cilju je naveo i stanovište Gustava le Bona, da „svi elementi jedne civilizacije, pa i jezik, jesu posledica izvesne mentalne konstitucije i ne mogu se preneti na razne narode a da ne pretrpe duboke transformacije“⁶⁰. Drugim rečima, mi se bojimo da prenoseći doslovce duh i jezik austrijskih zakona kod nas i ostavljajući ih u potpunoj njihovoj originalnosti i bez promene, ne budemo mi ti koji će morati da trpe jezičku i duhovnu transformaciju svoju“⁶¹. Ovim je rasprava vraćena na početak, jer upravo su drugi autori dokazivali da pravo i treba da nadživi sopstvenog neposrednog tvorca, te da fakat nepostojanja tvorca nekog prava nije razlog za ukidanje tog prava niti razlog za njegovo neprihvatanje u nekoj drugoj državi.

Na kraju, i govori se krajem 30-ih godina 20. veka o jugoslovenskom, a ne samo čisto srpskom, hrvatskom ili slovenačkom duhu. Jugoslovenski duh⁶² je posmatran kao integrativni faktor, kod onih iskrenih i odanih ujedinjenju⁶³, dok je

⁵⁶ I. Maurović, 5.

⁵⁷ D. Arandelović, „O jeziku u zakonima i sudskim odlukama“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 3/1934, 232.

⁵⁸ D. Janković, 175.

⁵⁹ D. Janković, 178.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ D. Janković, 182.

⁶² N. Stojanović, 62.

⁶³ Iako se krajem 30-ih godina identifikuje kriza jugoslovenske ideje, koja dovodi do otvorenog zagovaranja ostvarenja partikularnih nacionalnih srpskih i hrvatskih interesa, istinski nadahnuti ujedinjenjem, kompromisima i integracijom mnogi poznati pravници toga doba zalažu se

kod nekih drugih, moguće, bio shvaćen kao zaklon od neprijatnih priča o nacionalnom pojedinačnom duhu unutar Jugoslavije. Odbrana tog nacionalnog duha, bio on shvaćen kao pojedinačne nacije ili jugoslovenski (skup više različitih nacionalnih duhova⁶⁴) se smatra osnovnim zahtevom kulture civilizovanih ljudi, opredeljenih da žive u jednoj zajednici. Odricanje od svoje istorije i svog nacionalnog duha, koji upravlja tom istorijom, društvom, životom pa i pravom, nije moguće- jer su to sve delovi istog identiteta .⁶⁵ Postati svoj⁶⁶ i odreći se praćenja drugih i drugačijih, inostranih puteva, koji nisu dovoljno samosvojni, nacionalno mešoviti i tolerantni kao jugoslovenski duh, je imperativ kojem su pribegavali i političari i pravnici, želeći da izbegnu sa jedne strane, pošast Drugog svetskog rata koji se neumitno približavao granicama Kraljevine Jugoslavije, i sa druge strane, verovatno trajno raslojavanje i rascep Jugoslavije i ideje jugoslovenstva.

„Presadivanje“ stranih zakona se kasnije smatralo manjim pravnim grehom od ustanovljavanja pojedinačnih nacionalnih zakona, stvorenih da svačiji narodni duh ponaosob bude zadovoljen do krajnosti⁶⁷. Ipak, najveći „greh“ je bila skoro potpuna recepcija Austrijskog građanskog zakonika i implementacija u Srpski građanski zakonik, što će posebno tvrditi neki vrli kritičari puta prihvatanja evropskih vrednosti⁶⁸. Osuda neshvatanja posebno srpskog narodnog duha i njegovog potpunog implementiranja u zakone je u poslednjoj godini pred ulazak Kraljevine Jugoslavije u Drugi svetski rat čak jača, snažnija i ideološki više obojena nego ranije⁶⁹. Greške i krivci se traže u onima koji se ne mogu i ne trebaju više braniti za ono što su učinili, a koji su, ponekad bili „zavedeni“ svojevrsnim „čarobnjaštvom“ stranih zakonodavstava do te mere da su sopstveni narodni duh, sopstveni jezik olako odbacivali u stranu i prihvatili ono što ni njima, ni narodu ni državu za koju su stvarali nije bilo svojstveno⁷⁰.

za obnavljanje baš te jugoslovenske ideje, jer briga za celinu održava i tu celinu i njene delove. Slobodan Jovanović, „Jugoslovenstvo u prošlosti i budućnosti“, *Srpski glas* od 7. decembra 1939. godine, 97-98.

⁶⁴ Slobodan Jovanović, „Jugoslovenska misao“, *Srpski glas*, od 4. januara 1940. godine, 145.

⁶⁵ „Životna snaga naroda ne umire, ona leži u borbi“. Radmilo Vučić, „Srbi u Jugoslaviji“, *Srpski glas*, br. od 7. decembra 1939. godine, 111. Slično i u tekstu: Radmilo Vučić, „Jedna opasnost“, *Srpski glas*, br. od 31. marta 1940. godine, 301.

⁶⁶ Dragiša Vasić, „Vratimo se duhu narodnom“, *Srpski glas*, br. od 7. decembra 1939. godine, 102.

⁶⁷ Vojislav M. Vujanac, „Preuređenje države i zakoni“, *Srpski glas* od 23. novembra 1939., 78.

⁶⁸ Vlastoje Aleksijević, „Srpska nacionalna kultura pre jednog veka“, *Srpski glas*, br. od 30. maja 1940. godine, 441.

⁶⁹ U ovom periodu i Isidora Sekulić poziva na „usredsređivanje“, i ponovno osvajanje „života i duha“, *Srpski glas*, br. od 30. maja 1940. godine, 442.

⁷⁰ Slično je primećeno i u drugim društvenim naukama i književnosti. Ta općinjenost stranim i ubedenost da je toliko dobro i bolje od bilo kakvog narodnog i nacionalnog je dovelo do svojevrsnog posrnuća nacionalnog duha; braneći se da time žele dobro svom narodu sopstveni sinovi, su nesvesno sputali svoju majku – Milutin Devrnja, „Bespuće savremene srpske književnosti“, *Srpski glas*, br. od 21. decembra 1939. godine, 129. Slična tendencija unekoliko postoji i danas; puko prihvatanje i

UMESTO ZAKLJUČKA

Rasprava o unifikaciji prava i upotrebi jezika u pravu, kao i nacionalnom duhu i njegovom utvrđivanju i opstanku je prekinuta Drugim svetskim ratom⁷¹. Posvećenost teoretskom i metafizičkom utvrđenju jezičkog patriotizma, u kombinaciji sa nedostatkom jake volje i za praktičkim utemeljenjem i donošenjem unificiranih zakonika u bilo kojoj oblasti jugoslovenskog prava, rezultirala je nastavkom ovih rasprava i posle Drugog svetskog rata, što će biti predmet nekog od narednih članaka.

Jasno je da tvorac pravne norme, pored raznovrsnog poznavanja prava, mora biti i vešt lingvista, iz više razloga:

- zbog vladanja čistotom jezika koji mu je osnovno sredstvo za rad i iskazivanje misli, tj. pravnih normi;
- radi postizanja jezičke preciznosti i razumljivosti a sve u cilju predupređivanja nejasnog, potencijalno manljivog i nerazumljivog zapovedanja adresatima, koje u krajnjoj liniji može dovesti do zloupotreba i nepoštovanja stvorenih pravnih normi;
- zbog oživotvorenja jezika teorije, koji je već dovoljno suvoparan i lišen emocija, a mora biti dovoljno jasan i prilagodljiv uobičajenom fondu reči i razumevanju jezika i prosečnom čitaocu, a ne samo školovanom pravniku;
- zbog predstavljanja stranih dobrih koncepata domaćem pravu, jer time povećava potencijal koji imaju ti koncepti i povećava efikasnost i ekonomičnost same primene normi.

I pored svakolikog truda, jezik pravnika i zakona, kako tvrdi Tasić⁷², nikada nije, niti će uspeti da bude potpuno precizan i određen. Naše misli su daleko složenije od jezičkog i lingvističkog aparata u bilo kom jeziku; stoga je manljivost izraženih misli uvek prisutna, nekad u manjem ili većem obimu. To naravno ne znači da od dostizanja jezičkog perfekcionizma treba odustati, već da samo treba ulagati konstantne napore u njegovo usavršavanje.

Za nauku, govorio je Tasić dalje, bitnija je sadržina, ne toliko sam jezik kojim je ta sadržina saopštena. Vidimo ovde izvesnu kontradiktornost: jer ako jezik nije pravilno, precizno i određeno upotrebljen kao sredstvo saopštavanja nečije

prepisivanje iz drugih prava i kultura, prisutno je i u drugim sferama društvenog života, bez posebnog uvažavanja kako će to zaista izgledati i da li će moći planirani cilj da proizvede željene efekte.

⁷¹ Neki su u osvitlu Drugog svetskog rata pomirljivije posmatrali odnos nacionalnog duha i njegovu povezanost sa stvaranjem prava; te smatrali da nacija i priča o nacionalnosti, koliko god nužna, dovoljna, neophodna, jeste deo politike a da svakodnevni život koji stvara pravo, stvaraju samo obični – ljudi: „Ispred svih i iznad svih oblika države stoji čovek. Nečovek uništava svaku dobru organizaciju i izigrava sve zakone. Čovek ih naprotiv poštuje i stvara. Srbiju i Jugoslaviju su stvorili ljudi. Politički programi su bili od druge važnosti u tom veličanstvenom izgrađivanju“. Nikola Stojanović, „Ljudi su glavno“, *Srpski glas* od 16. novembra 1939. godine, 62.

⁷² Đorđe Tasić, *Uvod u pravne nauke*, Službeni glasnik, Beograd, 1995, 112.

volje, onda dovodimo i u pitanje sadržinu koja nam je upotrebom takvog jezika saopštena, kao i pitanje razumevanja iste te sadržine. Jezik u pravu svakako treba da bude precizniji nego u svakodnevnom govoru, a s tim u vezi i upotreba određenih termina, mora imati jedno, jedinstveno i uobičajeno značenje, čime se postiže veća jezička preciznost sama po sebi. Jezik prava zahteva posebnu brigu, negu i specijalizovani nadzor, radi sopstvenog ujednačavanja, preciziranja i jednostavnijeg razumevanja. Cenimo da bi formiranje posebne nacionalne komisije, sastavljene od lingvиста i pravnika, ovaj zahtev, koji potiče još iz druge polovine 20. veka, u potpunosti realizovao.

Sa druge strane, duh Svetosavlja, koji je donekle zaboravljen, se poslednjih godina ponovo revitalizuje i oporavlja srpski narodni duh, iz kog treba da proističe ceo njegov svet, okolnosti, pravila i život. Zaboravljanje sopstvene istorije i tradicije, zarad inovacija koje nužno ne znače i napredak i dobro, nije dovoljno vredno. Time se iskazuje i stav naroda i države prema vrednostima koje žele zajednički da zaštite i promovišu kao vrhovne.

Jezički (pravni) patriotizam je na kraju, samo jedan od vidova patriotizma i načina na koji jedan narod koji drži do sebe i svoje istorije, tradicije i kulture iskazuje sopstveni duh. Ujedinjeni u svojoj sveukupnosti, članovi jedne zajednice naroda predstavljaju jaki duhovni princip sačinjen od prošlosti i sadašnjosti: prvo je „zajednica bogatih uspomena, a drugo pristanak i želja za zajedničkim životom, volja da se sačuva vrednost nasleđa, velika dela zajednički činjena i želja da se ta dela još čine i u budućnosti“⁷³. Ta želja je, čini se, nakon izvršene analize rasprave o unifikaciji i ujednačavanju zakona u Kraljevini Jugoslaviji, bila prisutna, ali ne u dovoljnoj meri da nadživi nasleđeni pravni partikularizam i sve podele koje su usledile pred sam početak Drugog svetskog rata, čak i dugo nakon njegovog završetka, te da sve svoje nedostatke pretvori u svoje prednosti i stvori u svim oblastima originalni, sopstveni, unifikovani pravni sistem.

Istoriju jednog naroda treba stalno ispitivati i istraživati, jer to može mnogo koristiti budućnosti, naveo je prof. Jovan Avakumović 1894. godine⁷⁴. Sjajna prošlost tog naroda, ali i padovi koje je iskusio i žrtve koje je podneo, jesu dobre vodilje na putu njegovog sazrevanja, i učvršćivanja međusobnih, unutrašnjih veza među članovima tog naroda. Našim radom smo samo jedan od tih aspekata-putem uloge jezika u pravu, – i prikazali, imajući u vidu da je govor o istoriji naroda, njegovom duhu i upotrebi narodnog jezika samo jedan od načina saopštavanja i očuvanja istog tog duha – mnogo zahtevniji za potpuno prikazivanje nego što nam ovaj prvi rad u nizu, to i dozvoljava.

⁷³ Ernest Renan: *Qu'est-ce qu'une nation?*, 1882, dostupno na : http://classiques.uqac.ca/classiques/renan_ernest/qu_est_ce_une_nation/renan_quest_ce_une_nation.pdf, pristup sajtu izvršen: januar 2017. godine.

⁷⁴ Akademik Jovan Avakumović, *Stara srpska porota poredena sa engleskom porotom, pristupna beseda*, Kraljevska Srpska državna štamparija, Beograd, 1894.

Dragana M. Ćorić, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Coric@pf.uns.ac.rs

Discussions about Unification of Yugoslav Law in 20. Century – the Role of Language and National Spirit in Nomotechnics

Abstract: *To preserve the national spirit, whether in the people in one country, whether in society, or in law, is a great and very responsible job to do. In times of chaos, creating a new future for one new country, may make that assignment difficult. Having all that in mind, and putting it into a context of creation of law, we must say that preserving the national spirit, even with using the own national language, could be even more difficult.*

In this paper, the author reveals what were stands of some prominent Yugoslav lawyers and politicians during the first half of the 20th century (Toma Živanović, Živojin Perić, Đorđe Tasić, Slobodan Jovanović; Lujo Bakotić, Nikolaj Pahorukov and many others), regarding the unification of Yugoslav law, and the reception of foreign laws in this legal system. During this period, the newly formed country, formed after The First World War, was facing with a lot of challenges, such as understanding and accepting of new Yugoslav national spirit, fight for forming new national law and breaking all connections that it has with some other foreign wars, fight for preserving its own, particular national spirits, etc. Debate lasted for almost three decades; also some historians, journalists and writers were involved in this debate (Vladimir Ćorović, Isidora Sekulić, and others), but it seems that it wasn't that fruitful as one might expect it. Many of them weren't ready for compromises, and were pleading either for national purity of law, either for complete takeover of foreign law- it was considered for better law just because it was-foreign.

The Austrian law had the greatest influence on particular national laws, and even on forming some parts of Yugoslav law, besides French and German laws. But, something that the author calls "linguistic patriotism" had greater influence on forming new law, and made this theoretical debate greater, improving it even from the political, social and other points of view. In this paper, the author reveals the essence of "linguistic patriotism", in order to begin broader debate about it in further papers.

Keywords: *national spirit, regulations, language.*

Datum prijema rada: 18.01.2017.

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

*Attila Badó, Ph.D., Full Professor
University of Szeged
Faculty of Law and Political Sciences
attila@badoat.hu*

HUNGARIAN MIXED COURT WITHOUT REPRESENTATIVITY. AN EMPIRICAL RESEARCH.*

Abstract: *A research group consisting of the authors of this study determined to carry out comprehensive empirical research on the opinions of lay assessors and professional judges in Hungary. Since such an endeavour had not taken place for more than fifty years, research was now aimed at detailing the system of lay judges. The commonly perceived negative view of lay assessor activities was thought to have been induced by myth, professional superiority and negative statements also similarly made in other countries rather than being based on the very views of those who actually had an insight as lay or professional judges into the effective functioning of the system. The objectives of that research were two-fold: not only did they intend to convey a full picture of the current lay assessor system based on specialist literature, legislation analysis and the opinions of lay and professional judges, but they also brought forward de lege ferenda proposals to the legislator if it was so desired. This study analyses one of the basic questions that goes to the heart of lay participation in dispensing justice: the problem of selection and representativity.*

Keywords: *professional judges, lay judges, Hungary.*

In the period of the single-party system, lay courts based on the Soviet model were in no way a reinforcement for lawyers that popular representation was serving any sensible purpose.¹ In Jackson and Kovalev's article, it is hypothesized that among the Council of Europe member states there is very little or no lay participation in the poorest states or in the legal systems that respect human rights

* The research was carried out in the framework of a project Reg. No. K 120693 entitled "A pártatlanság biztosítása az igazságszolgáltatásban. Összehasonlító vizsgálat" (Ensuring impartiality in justice. A comparative analysis)

¹ Kulcsár, Kálmán: A népi ülnök a bíróságon. Bp., Akadémiai K., 1971. p. 127.

least.² It is also highlighted that in former communist legal systems the reduction of lay participation takes place in response to the negative experience of the old regime and examples clearly show the above aspects may overlap from time to time. In his 2011 research paper on the reform of the Czech lay adjudication system,³ Michal Bobek also mentions the legislative reasons for whittling the lay element: their inactivity and modest participation coupled with technical difficulties arising from the functioning of the lay assessor system. In 2016, the Hungarian Ministry of Justice put forward a proposal to restructure the system of lay judges under the criminal procedure reform.⁴ In restructuring the Hungarian lay judge system, the legislator, which fervently supports reducing lay participation, makes reference to prior—albeit non-identified—negative experience, the tendencies that may be observed in other countries and how the development of the system diverted from the rule of law.⁵ Lay participation remains restricted to military and juvenile criminal proceedings. In practice, the reform leads to the consequence that the legislator will utilize lay judges' special (military, pedagogical or psychological) knowledge and not their general life experience. Arguments for the considerable curtailment of lay participation seem rather uncertain and reference to historic ties appears overwrought due to the similarly functioning mixed judicial system in various democratic states. Yet, this tendency is without a doubt in line with the expectations of a significant segment of the Hungarian legal community. It is therefore an open question whether there is a positive relationship between reducing lay participation and governmental intentions of restricting independent institutions or, rather, we are witnessing how legal lobbyists assert their will in legislation.

² JACKSON, John D. – KOVALEV, Nikolai P.: Lay Adjudication in Europe: The Rise and Fall of the Traditional Jury. *Oñati Socio-Legal Series*. 2016. 6/2.6. Retrieved 10 October 2016 from <http://ssrn.com/abstract=2782413>

³ BOBEK, Michal: Judicial Selection, Lay Participation and Judicial Culture in the Czech Republic: A Study in a Central European (Non) Transformation. Research Paper in Law. 2014. 3. 27. Retrieved 10 October 2016 from http://aei.pitt.edu/63516/1/researchpaper_3_2014_bobek.pdf

⁴ Draft legislation on the Hungarian Code of Criminal Procedure No. ME/163/2015. Előterjesztés a Kormány részére az új büntetőeljárási törvény szabályozási elveiről. (A proposal for the Government on the legislative principles of the new code of criminal procedure) Drafted on 30 January 2015 in Budapest by the Ministry for Justice, 2015. p. 32. Retrieved 10 October 2016 from <http://www.kormany.hu/download/1/21/40000/20150219%20IM%20el%C5%91terjeszt%C3%A9s%20az%20a%20b%C3%BCntet%C5%91elj%C3%A1r%C3%A1si%20t%C3%B6rv%C3%A9ny%20szab%C3%A1lyoz%C3%A1si%20elveir%C5%91l.pdf>

⁵ “The 1949 lay judge system that became the general scene in criminal cases arose from the consideration that the totalitarian state apparatus intended to oppress independent administration of justice. Therefore, due to its original purpose and regarding the first sentence of Article U(1) and Article R(3) of the Fundamental Law, the system cannot be further tolerated in its unaltered form under rule-of-law principles. Instead of generally involving lay assessors, there is a need for determining the case types in which effective and fair justice is in fact promoted by social empowerment limited by special criteria.”

Without being aware of the objectives of the reform, a research group of the authors of this study had determined to carry out comprehensive empirical research on the views of lay assessors and professional judges in Hungary. Since such an endeavour had not taken place for more than fifty years, research was now aimed at detailing the system of lay judges. The commonly perceived negative view on lay assessor activities was thought to have been induced by myth, professional superiority and negative statements also similarly made in other countries rather than being based upon the views of those who actually possessed an insight as lay or professional judges into the effective functioning of the system. The objectives of that research were not only to convey a full picture of the current lay assessor system based on specialist literature, legislation analysis and the opinions of lay and professional judges, but also offer—if needed—*de lege ferenda* proposals to the legislator. This study analyses one of the basic questions that goes to the heart of lay participation in dispensing justice:

To what extent does the requirement of representativity prevail in recruiting Hungarian lay judges and what do lay and professional judicial opinions on selection suggest? Although the complex research concentrated on various issues, examining the above problem constituted one of the basic segments of research, since it covers one of the starting points of the negative assessment of lay participation in Hungary. It is still a widespread view among lawyers that lay judges representing the retired age group cannot be deemed to get any effective work done. At present, lay persons are exclusively engaged as part of the chambers of judges denoted by literature as mixed courts in the Hungarian justice system. A mixed court can be characterized as a chamber of professional and lay judges that adjudicate a case before the court. It happens in a way that the professional and lay judges in the chamber are in theory on equal footing as far as decision-making competences are concerned.⁶ Examples of involving lay persons typically in criminal or labour court proceedings is foremost characteristic of the Romano-Germanic legal family. Such a system operates in Germany⁷, Austria⁸, Finland⁹,

⁶ Instead of labeling this type of lay participation as mixed tribunal, the adjective ‘collaborative’ is generally used whenever reference is made to it. *Dubber, Markus – Pihlajamäki, Heikki, op. cit.* The usage of the adjective ‘collaborative’ is justified with the fact that in the case of a medieval jury trial the term ‘mixed juries’ is already taken. The term was attributed to a jury if the panel consisted of jurors from various locations. According to those in favor of this notion, it is safer to use one that is insusceptible of confusion. *Jackson-Kovalev 2016, op. cit.*, p. 7.

⁷ MACHURA, Stefan, *op. cit.*, 451.; *Machura, Stefan: Fairness und Legitimität.* Baden-Baden, NomosVerlag. 2000. p. 385.

⁸ Schöffen und Geschworene in Österreich. Ein Überblick. Bundesministerium für Justiz. 2015. p. 83.

⁹ PIHLAJAMÄKI, Heikki: From Compurgators to Mixed Courts: Reflections on the Historical Development of Finnish Evidence Law and Court Structure. *Revue internationale de droit pénal.* 2001. 72/1. p. 159. Retrieved 10 October 2016 from http://www.cairn-int.info/article-E_RIDP_721_0159-from-compurgators-to-mixed-courts.htm

Norway¹⁰, Sweden¹¹, post-socialist countries in general¹² or Northern Ireland among common law countries as well as in South Africa¹³ since the decline of the Apartheid era. The common denominator of these legal systems is that professional judges holding a law degree and pursuing their careers as a profession and lay judges without a law degree jointly decide cases on the merit with equal rights in questions of law and fact as well as in sanctioning in criminal proceedings. The ratio of professional and lay judges may present a picture differing from country to country and their engagement is varied at different levels of the judicial hierarchy; however, it is common for each mixed court that judges and lay persons decide jointly in guilt or innocence, in questions of fact and those of law and sanctions. In these questions the professional judge and the jury decide separately: lay persons in questions of fact, and judges in questions of law. (As for sanctions, the solutions show a varied picture.)

A unique legal-sociological survey conducted in Hungary by Kálmán Kulcsár in the 1960s took place in a party state environment. The hypothesis of the authors of this study concerned the fact that merely a fragment of the findings of that time could be of merit today due to significant social changes. Although part of the survey questions of the prior research was addressed in a somewhat modified form to currently serving lay assessors, the focus had now shifted towards the findings of international research during the elaboration of the questionnaire. The research of Sanja Kutnjak Ivković and Stephan Machura into the mixed Croatian and German tribunals was an inspiration to the authors of this study. Sanja Kutnjak Ivković's work proved to be a determining factor because empirical research into mixed tribunals provided a convincing theoretical basis when applying the Status Characteristics Theory to interpret the activity of this task oriented group.¹⁴

1. METHODOLOGICAL LIMITS OF RESEARCH

Initially, a comprehensive assessment of some 5,000 actively engaged lay assessors had been contemplated by the authors in addition to analysing literary

¹⁰ STRANDBAKKEN, Asbjorn: Lay Participation in Norway. *Revue internationale de droit pénal* 2001. 72/1. p. 225.

¹¹ DIESEN, Christian: Lay Judges in Sweden-A Short Introduction. *Revue internationale de droit pénal* 2001. 72/1. p. 313.

¹² THAMAN, Stephen C.: Juries and Mixed Courts in the former Soviet Republics of Central Asia, Lecture at the Cornell Law School Clarke Program in East Asian Law and Culture Conference: Citizen Participation in East Asian Legal Systems (Sep. 22, 2006).

¹³ SELIGSON, Milton: Lay Participation in South Africa from Apartheid to Majority Rule. *Revue internationale de droit pénal* 2001. 72/1. p. 273. Retrieved 10 October 2016 from http://www.cairn-int.info/article-E_RIDP_721_0273--lay-participation-in-south-africa-from.htm

¹⁴ Sanja Kutnjak-Ivkovic: „Exploring Lay Participation in Legal DecisionMaking : Lessons from Mixed Tribunals” *Cornell International Law Journal* 2007/2. 441.

and legislative sources. During the assessment, a paper-based questionnaire technique (PAPI) would have been applied, bearing in mind that the vast majority of lay judges were from the elderly age group and an online questionnaire version (CAWI) would be less successful. In parallel, it had been planned to send online questionnaires to the judges that use computers on a daily basis.

To conduct research, the permission of the National Office of the Judiciary (hereinafter referred to as NOJ) was required, a new and centralized organization responsible for court management since 2011. In this regard, the 'Open Court Program' was mutually ensuring, since it had the allure of expanding the boundaries of research of the justice system. Based on an outlined research plan and a questionnaire, permission was granted to carry out research into lay judges. Data collection was based on the idea that questionnaires would be delivered on site to lay assessors arriving at court to be filled in individually or in groups and then collected. The organization of data collection had been initiated at courts of law. In some counties only preparatory work was in progress, yet in some other ones data collection was almost finished. At this point of research, the president of the NOJ unexpectedly put an end to data collection. He claimed that the NOJ management had not been aware of what questions had been included in the questionnaire.

After the authors had signalled that much of the rather costly preparatory work would go to waste in the wake of the decision, the NOJ gave permission for the questionnaire to be completed online. This, however, only yielded little success, which came as no surprise. Thus, the authors' vision of carrying out a full-scale comparison using the Kulcsár research eventually faded. That research had come up with a 1,223-person database¹⁵ (using what is known as a multi-stage sampling method), while the authors' research could rely on a sample of merely 348 people.

The silver lining, however, was that an opportunity was offered to seek professional judges in the matter of completing an online questionnaire on assessing lay participation. About a hundred (109 to be exact) professional judges sent a completed questionnaire. A number of them shared their detailed views on the lay judge system, which in itself is of considerable value.

Naturally, the authors as empirical sociologists are well aware of where the essential methodological difference lies between data analysis relying on a sample that represents the population or one that is eventually formed from that¹⁶. For

¹⁵ The sample included lay assessors in service in the capital as well as 10 chosen counties in October 1968. (KULCSÁR, *op.cit.*, p. 10-12.)

¹⁶ The received sample that lacks proportionate territorial representation seems to show that there is an uncanny similarity among the counties included in the sample as far as age-specific features, gender ratio, received education and active employment status are concerned (with a striking overrepresentation of those over the age of sixty, of women, graduates holding a degree and inactive pensioners). With this in mind, the authors believe that their research is suitable for presenting major correlations—albeit without accurate proportions or data—thus, it may not be regarded a mere tentative to search for answers.

this very reason, an alternative solution was contemplated in earnest: for the sake of partial explanatory force, all the data acquired during research would be discarded and, thus, be left without further analysis. In the end, the authors arrived at the conclusion that, regardless of methodological limitations, the analysis of the archive of lay participation as a document of an era would still be completed. In the meantime, downsizing lay participation in the Hungarian justice system was already in progress (and it is only a point of view that this process is regarded as ‘forceful narrowing’ or ‘removal’). This, in turn, meant that the research might well be the last report on the lay assessor system of the post-socialist era.

2. SELECTION AND REPRESENTATIVITY

As for the chief purpose of lay adjudication, the method of selecting lay judges is worth special attention. Depending on the goal by which the legislator intends to engage lay persons, the selection method may be different. If, for example, the primary purpose lies in strengthening the legitimacy of justice, enhancing legal knowledge of society and ensuring the external control of justice, it is advisable to consider lay participation to be a civic duty and concentrate on ensuring representativity through the lense of randomized selection. When the objective is to integrate some special technical knowledge into the decision-making process, it is naturally the social group having that special knowledge that ought to be the basis for selection. When Goldbach and Hans tried to present the selection mechanism of mixed tribunals, they could mostly stress the fact that, similarly to jury selection, various forms of lay judge recruitment are in existence¹⁷. Kovalev and Jackson’s study also makes reference to an extraordinary diversity.¹⁸ There exist numerous versions of lay participation ranging from encouraging politically-induced selection and imposing the requirement of representativity to putting special technical knowledge in perspective.

Based on an comparative analysis of, and empirical research into, selection methods, it can be concluded that in the 20th and 21st centuries the question of representativity of popular participation occupied and continues to occupy an ever dominant role, which, resulting from the essence of lay adjudication, diverts from the global selection trend of professional judges. The main reason for this is lay persons participating in adjudication with adequate representation may put across their own groups’ values, norms and sense of justice. In addition, they enhance social legitimacy of courts if social control prevails through lay judge activity.

¹⁷ Toby Susan GOLDBACH – Valerie HANS: „Juries, Lay Judges, and Trials” *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice* (Gerben Bruinsma and David Weisburd, eds.). *Cornell Legal Studies Research Paper No.* 2013. 13-87.

¹⁸ KOVALEV – JACKSON, *op. cit.*, p. 9.

While professional judge selection is followed by the strengthening of merit-based systems and the need for representativity appears mainly in literature and with only limited intensity¹⁹, in the case of lay assessors the significance of the latter has seen a gradual increase in practice. In the past decades, this has been taken more and more seriously in order to ensure typical legislative purposes of popular participation²⁰ on the one hand, and impartial and unbiased adjudication on the other²¹. The issue of representativity enjoys growing significance in systems featuring justices of the peace, juries or 'mixed tribunals'. As for jury representation, its centuries-old problematic is not only found in literature or in legislation that intends to ensure the former, but also in the dogmatics wrought and chiseled by the Supreme Court of the United States.²² The resulting effect is now detectable in jury or justice of the peace systems in continental countries²³. There is also a tendency in the case of mixed tribunals that the representativity requirement is observed by randomized selection or other means. With the unjustified raising of the age limit²⁴ or exclusion of some professions,²⁵ certain social groups continue to be absent from lay participation, not to mention them being limited by education censuses¹. As for mixed tribunals, both stages of lay judge selection, that is, appointment and specific assignment of lay judges, there are more and more examples of selection and representativity happening while also paying attention to impartiality.²⁶

3. SOCIAL REPRESENTATION OF HUNGARIAN LAY JUDGES

It is no use denying that in the Hungarian lay judge system not a single trace of representativity can be found in legislation on judicial selection. This is in spi-

¹⁹ See Kate. L. MALLESON: "Modernising the Constitution: Completing the unfinished business" in Guy CANIVET [et al.] *Independence, accountability and the Judiciary* (London: British Institute of International and Comparative Law 2006) Kate MALLESON – Peter RUSSEL: „Rethinking the merit principle in judicial selection.” *Journal of Law and Society* 2007/33(1) pp. 1ur26-140.

²⁰ BADÓ, Attila: A laikus bíráskodás létjogosultságának korlátairól a tudományos vizsgálatok tükrében, *Állam- és jogtudomány*, LVII . évfolyam, Issue No. 2, 2016 pp. 3-15

²¹ Judith L. MAUTE: „English Reforms to Judicial Selection. Comparative Lessons for American States?” *Fordham Urban Law Journal* 2006/1. Article 13.

²² BADÓ, Attila: Laikus bíráskodás és reprezentativitás. (A „fair cross-section” doktrína) *Acta Juridica et Politica* 2000. p. 14.

²³ In addition to the English justice of the peace system, in the case of one of the most recent lay judicial systems (juge de proximité in France), it can be seen how accurately its representativity is analyzed by research. (See Antoine Pelicand- Jean-Philippe Tonneau: *Les juges de proximité: Une étude du recrutement* 2009. p.121.)

²⁴ Setting the age limit higher than that required for suffrage, which may be justified by the necessity of having life experience, results in the automatic exclusion of a populous age group.

²⁵ For example, in Greece, no teachers are eligible for lay participation.

²⁶ KOVALEV, *op. cit.*, p. 12.

te of the fact that the current lay judge system was explicitly established to ensure social control. The role of civil society organizations and municipalities may ensure a certain kind of representativity; however, no technical solutions exist to enforce it. Since the Kálmán Kulcsár research, there has been no practical attempts in this regard, therefore, the authors of this study have taken on filling that void.

When it comes to representativity in general, it seems to be difficult to interpret the notion. In addition, it is appropriate to stress that ensuring all-inclusive representativity borders on being virtually impossible. As Kulcsár puts it, “a lay member in a judicial chamber does not represent society, but merely one of its layers in a variety of dimensions.”²⁷ Relying on this statement, one needs to determine the aspects relevant to lay adjudication during research into the social representativity of lay judges and act accordingly when analyzing it. These aspects mostly fit into the findings of Kulcsár. Thus, the authors now endeavour to examine to what extent the selected lay assessors reflect a fair cross section of society according to gender, age, education, profession, active or inactive employment status and being a member of a group of national or ethnic origin.

3.1. Representativity based on age

In Hungary, anyone aged at least 30 but under 70 is eligible for the position of a lay judge on the condition that they are Hungarian nationals with an unblemished criminal record proven by a recent extract showing no disqualification from public affairs, and that they have taken a judicial oath.²⁸ This rule has the potential of *a priori* narrowing representativity according to age by excluding persons aged between 18 and 29 and over 70 from the opportunity of becoming lay judges; therefore, in this sense, only limited social representativity is reached. There is of course a specific reason—mentioned by Kulcsár as well—for this choice: “for the proper functioning of popular lay participation, reaching a certain age is a prerequisite. It is the very experience as opposed to legal professional knowledge that is expected of lay assessors when participating in adjudication, and to gain such experience in itself is subject to the passage of time and, therefore, to reaching a certain age”.²⁹ Thus, having life experience is paramount for lay judges, which supposes a higher age. However, based on the findings of the 1966 research, Kulcsár himself notes that “age distribution is shifting overly in favour of elderly age groups”. He does not reveal exact data, only that the ratio of lay assessors aged over 50 is greater than those under that threshold. Although fifty years following this research it may not be established that the distribution

²⁷ KULCSÁR, Kálmán: *A népi ülnök a bíróságon*, Akadémiai Kiadó, 1971

²⁸ Sections 212(1), 214(3), 18(1) and 220(1)(d) of Act No. CLXII of 2011 on the status and remuneration of judges (hereinafter referred to as ‘Status Act’)

²⁹ KULCSÁR, Kálmán: *A népi ülnök a bíróságon*, Akadémiai Kiadó, 1971.

of lay assessors according to age groups corresponds exactly to the findings of the 2016 research—due to lack of representativity. It may, however, be concluded that since that time the ‘lay judiciary’ has not regressed in years. Moreover, no risk is taken by concluding that it even progressed in years compared to the 1966 conditions. The minimum age required to be eligible for a lay assessor is 30, yet no person under the age of 35 has completed the questionnaire, which gives way to the presumption that very few of them are that young. The ratio of lay assessors aged under 50 is 6.4% compared to the 72.5% of those over 60, which signifies a considerable shift even if it is assumed that the elderly (old-age pensioners mostly) with more spare time on their hands were more willing to answer the questions.

Table 1: Distribution of lay judges according to age groups

Which age group do you belong to?					
		Case number	%	Valid %	Aggregate %
Valid	aged 35-39	3	0.9	0.9	27.5
	aged 40-44	6	1.7	1.8	
	aged 45-49	13	3.7	3.8	
	aged 50-54	21	6.0	6.1	
	aged 55-59	51	14.7	14.9	72.5
	aged 60-64	130	37.4	38.0	
	aged 65 or over	118	33.9	34.5	
	Összesen	342	98.3	100.0	
Absent	Hiányzó adat	6	1.7		
Total		348	100.0		

Based on the 2011 census data, a population ratio of 11.8% representing the age group of 60-69 years of age³⁰ is considerably lower than the ratio found during the 2016 research. Therefore, in connection with the age composition of lay judges, it can be established that there is a significant distortion as far as social representativity is concerned, showing that younger age groups are underrepresented, while older age groups are overrepresented.

3.2. Labour market status; active and inactive lay judges

With a high ratio of those over the age of 60, the age composition of lay judges leads to the probable conclusion that the balance of active and inactive persons is tipped in favour of the latter. Among the lay judges that completed the questionnaire, 74.2% are retired, 16.9% are actively employed either full-time or part

³⁰ 2011 census by the Hungarian Central Statistical Office, Budapest 2013.

time, or sole traders, 1.8% are occasional workers and 1.5% are unemployed. No data is available for 5.6% of them; however, they are most likely to belong to the inactive group such as housewives, contributing family workers, etc.

Table 2: Composition of lay judges according to employment status

		Case number	%	Valid %	Aggregate %
Valid	Employed full time	41	11.8	12.1	16.9
	Employed part time	10	2.9	3.0	
	Work in own business	6	1.7	1.8	
	Employed in addition to pension	40	11.5	11.8	74.2
	Old-age pensioners in their own right	187	53.7	55.3	
	Widowed pensioners	5	1.4	1.5	
	Retired with disability pension	19	5.5	5.6	
	Remunerated on mandate or doing occasional work	6	1.7	1.8	3.3
	Unemployed	5	1.4	1.5	
	Other	19	5.5	5.6	5.6
	Total	338	97.1	100.0	
Missing	Missing data	10	2.9		
Total		348	100.0		

If the lay assessors that are employed in addition to receiving pension are taken into consideration, they cannot be regarded as inactive by definition. Therefore, their ratio—together with the unemployed—is still 62.4%. Kulcsár considers the high proportion of the retired age group problematic for two reasons. On the one hand, “the set of values and a specific understanding of society represented by an elderly group of lay judges may differ from those of another group of lay judges that represent other layers of society because a generation gap exists. The difference in itself is not a problem; however, the ratio is, because it means that it is the retired lay assessors’ views that appear in court as the general understanding of the social environment.”³¹ Kulcsár warns us of the differences of the younger and the older generations’ values, norms, knowledge and world views already at the end of the 1960s. Moreover, he considers it outright dangerous if either group—the retired group in this case—puts across their values in a significantly higher proportion than what their number in society may indicate. If the generation gap is put under the microscope, it can be safely said that, compared to the middle and the end of the 1960s, there is an even wider gap between the

³¹ KULCSÁR, Kálmán: A népi ülnök a bíróságon, Akadémiai Kiadó, 1971.

retired and the younger generation today. What is more, one may go so far as to state that there is a striking differentiation among generations, since one may now talk about generations Y and Z, etc. Their world view, values, norms and knowledge are also different from each other's. Consequently, the problem of social representativity is even more acute nowadays than it used to be at the end of the 1960s. On the other hand, Kulcsár's second concern regarding the high ratio of retired lay judges is that "lay assessors' ageing or becoming old-age pensioners does not boost the social prestige of the lay assessor function, either; and it influences court work feedback towards the social environment". Provided that Kulcsár's arguments about the high retired lay assessor ratio leading to the lowering of the position's prestige are accepted, the retirement ratio among lay judges must be examined now. Having done so, one may notice that the ratio of pensioners has further increased to 46-47% compared to the 1966 conditions; therefore, further lowering of the position's prestige is a real threat.

3.3. Level of education

No data is available from the 1966 research regarding levels of education. Nonetheless, inferences can be drawn from relevant employment data. The ratio of industrial and agricultural blue-collar workers among lay judges, most of whom may have been unskilled or skilled workers, is 51.8% in the capital, Budapest, and 63.9% in the country. The ratio of white-collar workers was established by Kulcsár to be 38.4% in Budapest and 19.7% in the country. However, we may not be absolutely sure whether a white collar equals the attainment of higher education. The underlying reason is that white-collar positions, sometimes even at a managerial level, were filled without having reached a level education designed for the position. As for representativity according to education, the current national data can be accepted as relevant. In 2015 they indicated the following composition³²: the nationwide ratio of unskilled workers (reaching a maximum of 8 completed years of primary education) is 23.77% among those aged over 15, 23.98% among skilled workers (having completed a vocational training or an apprenticeship in a specialized school), 32.02% among those having completed general secondary education and 20.23% among those holding a degree in higher education. Based on the data collected nationwide, the lay judges taking part in the current research approximate national data in a single category: the ratio of those holding a general certificate of secondary education is 31.5%, which does not diverge from the national average of 32.02%. However, in the other two types of education, there are profound differences compared to national data. The ratio of those not having completed secondary education (unskilled and skilled workers) amounts to 47.75%

³² www.ksh.hu/docs/hun/xstadat/xstadat_eves/i_qlf015.html

nationwide, which is in reality lower among the adult population, because underage secondary school students are registered as having only completed primary education. Nevertheless, there is a radical difference between the national situation and the position of lay judges. It seems that only 4.4% of the lay assessors that completed the questionnaire do not have a certificate of secondary education. As for those holding a degree in higher education, 64.1% of the lay assessors completing the questionnaire actually hold a degree in comparison with the 20.23% national percentage. This, however, may be higher among the adult population, because those still attending university are deemed to have only completed secondary education. Therefore, regarding formal education, the ‘secondary education tier’ is considered representative while the ‘two ends’ show severe distortions because the ratio of those not holding a certificate of secondary education is substantially lower and the ratio of those with a degree is about three times higher than the national ratio. If the viewpoint outlined above concerning the advanced age of lay judges is justified due to life experience, this may also be true for achieved education. It would entail a ‘distortion’ towards higher education, since, in order to carry out substantive work, one needs knowledge, an understanding of cause and effect linkages as well as empiricism, the attainment of which higher education may be better designed to ensure.

Table 3: Education level of lay judges

What is the highest level of education you have attained?					
		Case number	%	Valid %	Aggregate %
Valid	Primary school (8 years)	3	0.9	0.9	4.4
	Vocational training	3	0.9	0.9	
	Apprenticeship	9	2.6	2.6	
	Vocational school certificate	50	14.4	14.7	31.5
	Secondary grammar school certificate	57	16.4	16.8	
	College degree/ higher technical training	147	42.2	43.2	64.1
	University degree	71	20.4	20.9	
	Total	340	97.7	100.0	
Missing	Missing data	8	2.3		
Total		348	100.0		

3.4. Current or pre-retirement division of labour status

Data on the level of education, including the 64.1% ratio of those holding a degree and 31.5% of those having only attained a certificate of secondary education,

forecasts that white-collar employees heavily outweigh blue-collar workers. In 1966, Kulcsár discovered that there were fewer lay assessor blue-collar workers in the capital and in the country than their actual ratio would have indicated. As for white-collar workers, they were overrepresented both in Budapest and in the country. Distortions, however, were nowhere near as paramount as they are nowadays. In Budapest the ratio of blue-collar workers was 59% as opposed to their ratio in lay participation, which showed a percentage of 51.8%. In the county, compared to their 82.2% ratio in the entire population, their ratio was only 63.9% in lay participation. As for white-collar employees, both locations indicate a higher number among the selected lay judges than what their actual ratio would have justified. The ratio of white-collar workers in Budapest was 27.3% as opposed to their ratio of 38.4% among the selected lay judges. Outside the capital, figures indicated a 11.1% ratio compared to the ratio of 19.7% among the selected lay judges. No doubt, one is forced to take into account the changes that have taken place since the 1966 research in the employment structure. Since 1966, a considerable restructuring has been under way in the ratio of blue-collar and white-collar workers in Hungary as well, showing a decrease in blue-collar employment as opposed to an increase in white-collar employment. However, these opposite tendencies have not been as extensive as with lay judges. Concerning the occupations of the participants in the survey, 73.2% of them may be regarded as white-collar workers. The majority of them is in an executive position: top level and middle level management represent 28.9%, while lower level and operative management amount to 17.3%. Regarding blue-collar workers, their ratio hovers around 4.5%, which is extremely low, even if one presumes that the remaining lay judges are all blue-collar workers. Of course, this cannot be the case, because even among them there might be white-collar workers.

Table 4: Occupations and positions of lay judges

What is (was) your current (last) occupation or position?					
		Case number	%	Valid %	Aggregate %
Valid	Top-level or mid-level manager	97	27.9	28.9	73.2
	Lower-level or operative manager	58	16.7	17.3	
	Junior administrator	67	19.3	19.9	
	Administrative staff	24	6.9	7.1	
	Skilled worker	13	3.7	3.9	4.5
	Semi-skilled or unskilled worker	2	0.6	0.6	
	Other	75	21.6	22.3	22.3
	Total	336	96.6	100.0	
Missing	Missing data	12	3.4		
Total		348	100.0		

Regarding occupations, the tendency is what Kulcsár described in connection with their research in 1966. The process of there being more white-collar workers among lay judges than their actual ratio would have justified has continued up until now. However, working peasantry participation was listed first in order of priority at the time for political reasons. If proportions are not exactly in line with the current research findings due to lack of representativity, it is highly probable that, compared to their actual ratio, white-collar workers represent a significantly higher, while blue-collar workers represent a significantly lower, number among lay judges. Among (last) occupations there are two fields that stand out because of higher lay assessor participation. These are (1) public administration along with politics (20.1%) and (2) culture, education, science and church (29%), with the ratio of the remaining fields under 10%. Concerning employment, publicly employed lay assessors (as public or civil servants) dominate the scene with a ratio of 68.4%, while private sector employees (at companies, public limited companies, limited partnerships, limited liability companies, etc.) represent 28%. The ratio of those working in the civil society (at foundations, non-profit organizations, associations, etc.) remain at 3.6%.

3.5. Male and female lay judges

Data on the 1966 research showed an overrepresentation of men among lay judges in Budapest and in the country. To be exact, the ratio of male lay judges was 8% higher in the capital and 19% higher in the country than their actual ratio. Social proportions have not changed radically in the past 50 years as far as gender ratio is concerned. Overall, the ratio of 50 years ago is still valid today with 47-48% of men and 52-53% of women in society. However, there are two important changes regarding the gender ratio of lay judges. On the one hand, there has been a change compared to the 1966 situation, because women are overrepresented compared to their actual ratio. On the other hand, this overrepresentation is considerable according to the research findings, since almost 71% of those having completed the questionnaire are women, which is a substantial difference in comparison to their actual ratio.

Table 5: Gender distribution of lay judges

You are:		Case number	%	Valid %
Valid	Male	100	28.7	29.2
	Female	242	69.5	70.8
	Total	342	98.3	100.0
Missing	Missing data	6	1.7	
Total		348	100.0	

As for the distribution of lay assessors according to gender, Kálmán Kulcsár made a somewhat overreaching statement during the 1966 research: he considered distribution as a social activity index as well. He said that “despite formal equality, data indicate a tendency towards the stabilization of female public passivity.”³³ Data today, however, show a radically different distribution of both sexes, which reflect a strong female dominance in number. Does this mean overt overrepresentation, and if so, can it be interpreted as an ‘activity’ index? If one examines the demographic factor, there is reason to suggest overrepresentation. This is true even if one is aware that nearly three quarters of those engaged in lay participation (72%) are aged 60 or over. On the other hand, the ratio of women in this age group slightly exceeds 60% (60.2% to be exact). This, however, does not explain the 71% ratio of women among lay judges. Also, one needs to include a further factor that in lay adjudication—and it seems that even at the selection stages as well—pedagogical qualifications and practice play an important role. Almost 30% of the survey participants (28.4%) answered that they mostly used their pedagogical knowledge and qualifications during lay participation. In addition, 77% of those having such a pedagogical background were women. Indirect data referring to rendering the pedagogical field female-dominated seem to be in accordance with data from a representative data collection some 20 years ago.³⁴ To explain female overrepresentation, one may rely on the pedagogical factor instead of the demographic one. However, the question remains: To what extent does this show women’s growing social activity? The answer would require more insight into the nomination process.

3.6. Participation of national/ethnic minorities in lay adjudication

Based on the data from the 2011 census, the ratio of national/ethnic minorities in Hungary amounts to 6.5%³⁵ determined by a method of ‘self-declaration’: one may profess to belong to one of the 13 official national/ethnic minorities. At first glance, the 4.8% of such affiliation among lay judges does not differ substantially from the national 6.5% ratio.

³³ KULCSÁR, *op. cit.*, p. 55.

³⁴ In 1996, a nationwide representative research (N=2411) found that overall 75.3% of those working in primary and secondary educational facilities were women. The rate of women aged 20-39 (40-59 today) represented 76.7%, while women aged 40-59 (60-79 today) represented 74.3%. See DEÁK, ZSUZSA – NAGY, MÁRIA: Társadalmi és szakmai mobilitás, at <http://ofi.hu/tudastar/tanari-palya/tarsadalmi-szakmai>

³⁵ 2011 census by the Hungarian Central Statistical Office, Budapest 2013.

Table 6: Lay judge membership of national or ethnic minorities

Do you consider yourself to belong to one of the ethnic minorities in Hungary?				
		Case number	%	Valid %
Valid	No	316	90.8	95.2
	Yes	16	4.6	4.8
	Total	332	95.4	100.0
Missing	Missing data	16	4.6	
Total		348	100.0	

A more detailed territorial analysis, however, revealed that 10 out of the 16 participants who professed to belong to an ethnic group were lay judges at courts in Békés county, while the remaining 6 were from four other counties (1 person per county) and 2 were at courts in the capital. This shows a significant territorial disparity, which is in strong relation to the territorial distribution of national minorities in Hungary as well. Moreover, similarly to Békés county, there are counties where the number of participants was high, yet no one admitted belonging to any national or ethnic group. Nevertheless, 13% of participants (10 persons) in Békés county, which has a relatively high number of those belonging to the Romanian and Slovakian national minorities, admitted belonging to one of the ethnic minorities (4 to the Romanian and 3 to the Slovakian minority).

How about the most populous minority in Hungary, the Roma? In the current sample, only two lay judges are mentioned having such identity. This corresponds to a 0.6%³⁶ representation. How can this ratio be interpreted? In connection with the ratio of the Roma minority within the population, the numbers based on self-declaration taken from the 2011 census as well as the research estimations could serve as a starting point. While their ratio is 315,000 (3.2%) based on self-declaration, the Roma population is estimated by research to be around 650,000 to 750,000 (6.5–7.5%)³⁷. As the current research has naturally been carried out based on self-declaration, Roma representation in lay adjudication must be examined in relation to the census data due to methodological reasons. Relying on the authors' calculations and taking the social age structure of the Roma³⁸ and the age composition of lay participants in adjudication³⁹ into consideration, the rather modest

³⁶ 332 out of the 348 participants answered the question about membership of an ethnic minority group.

³⁷ For reasons of space, it cannot be discussed here that the Roma ratio is substantially under-rated based on self-declaration. Nor is there an opportunity to discuss that substantial differences of scale that emerge in research estimations can be caused by the divergence in classification logic.

³⁸ Their ratio are as follows: those aged no older than 14 is 7%, in the 15–39 age group is only 3.9%, in the 40–59 age group it is 2.3% and in the group of 60 years of age or over only a 0.6% is present.

³⁹ The ratio of lay judges under 60 is 28%, while those aged 60 or over represent 72%.

ratio of 0.6% is about half of the ratio that can be expected in a statistical sense (1.4%). The ‘missing’ 0.8% is quite straightforward when explained: in the field of the preferred level of education⁴⁰ in lay participation, the indices of the Roma population⁴¹ are substantially more unfavourable.

Based on the available data, it can be established that members of national/ethnic minorities participate in lay adjudication. They are not excluded from lay participation; however, their actual ratio might be somewhat lower than this research should indicate. This actual ratio may result in significant territorial differences. On the one hand, it can be in objective correlation with the ethnic composition of a region. On the other hand, there may exist diverging territorial subjective practices (or preferences) of the institutional participants in the appointment process as well.

4. RESEARCH FINDINGS ON LAY JUDGE SELECTION

With the exception of political parties, the selection of lay judges in Hungary today is carried out by proposals formulated by civil organizations, and depending on which court the lay assessor will be appointed to, is subject to the decision of different local self-government bodies. They decide on who will be selected into lay participation bodies; however, based on the findings of the current research, it is highly probable that the aspect of social representativity does not play any role in their decisions. During the current research lay assessors and judges were asked about how lay selection should be carried out, whether the current system is adequately functioning or an alternative selection method should be considered.

Table 7: What is the best method for selecting lay judges?

Which solution would you prefer in the selection of lay judge candidates?				
	Lay judges		Judges	
	Case number	%	Case number	%
Local self-government councils should continue to decide on selection	136	40.1	22	20.4
Court should decide on selection	185	54.6	67	62.0
Other professional organization should decide on selection	18	5.3	16	14.8
Selection should be carried out in other ways	0	0	3	2.8
Total	339	100.0	108	100.0

⁴⁰ Based on the foregoing, 95% of lay judges hold a certificate of secondary education or a degree.

⁴¹ According to the calculations made based of the data of the 2011 census, 7% of the Roma (or Roma identity) population aged between 20 and 79 years of age hold a certificate of secondary education or a degree.

In both groups, the majority would prefer a court decision on lay judge selection: 54.6% of lay judges and 62% of professional judges. Moreover, about 40% of lay judges are satisfied with the present system, while professional judges are more critical, because only about 20% of them consider the system well-functioning. 5.3% of lay judges and 14.8% of professional judges believe that a different body should decide on selection. It is interesting that the option of carrying out the selection in other ways was not chosen by any lay assessors and only 2.8% of professional judges chose that option. Concerning the most popular solution—that courts should decide on the selection of lay judges—, it is worth mentioning the experience already formulated in the 1966 research that the originally distorted composition of selected lay assessors was further distorted by assigning lay judges to specific cases, during which a specific criteria of the court prevailed. If this was so nowadays as well, it is rightly assumed that in the case of court ordered lay selection the social representativity of lay judges would be even more distorted.

Lay and professional judges were also asked which of the three selection aspects below they thought to be the most important one in the case of those wishing to take part in lay adjudication. The preferences of both lay and professional judges were no different. They unequivocally considered the candidate's life experience, useful technical knowledge, independent way of thinking, level of education and knowledge about issues related to lay participation to be the most important aspects. This shows that lay judges' age, educational and occupational distortions meet both the lay and professional judges' expectations.

Table 8: The three most important aspects of lay judge selection

	Lay judges		Judges	
	Case number	%	Case number	%
The candidate's life experience	224	23,2%	81	25,1%
The candidate's useful professional knowledge	177	18,3%	76	23,5%
The candidate's attainment of education	155	16,0%	49	15,2%
The candidate's knowledge about issues related to lay participation	103	10,7%	27	8,4%
The candidate's public activity, acceptance and support by the public	57	5,9%	10	3,1%
The candidate's adaptable personality	52	5,4%	11	3,4%
The candidate's independent way of thinking	177	18,3%	60	18,6%
The candidate's local reputation	12	1,2%	5	1,5%
Other aspects	9	,9%	4	1,2%
A decision would be taken by drawing lots	1	,1%	0	0,0%
Total	967	100,0%	323	100,0%

The fact that no one thought other aspects or aleatory selection important allows for the conclusion that for neither the lay nor the professional judges the necessity of social representation is an issue among the selection criteria.

Concerning these findings, it is perhaps worth a professional discussion on the methods of lay selection and taking a stand on the issue of social representativity. If social representativity is found to be an important factor, a discussion should be held to decide how lay judges should be selected in order for them to actually represent society based on certain important criteria. It is all the more justified because, based on the above data, the current selection system leaves a great deal to be desired in ensuring that.

CONCLUSION

The research team of this study endeavoured to carry out empirical research into Hungarian lay and professional judges's views concerning the functioning of Hungarian mixed tribunals, as such research had not taken place for more than fifty years. This study aimed at evaluating the role and importance of lay adjudication as well as the selection and representativity of Hungarian lay judges. Due to the peculiar decision of the organization carrying out the central administration of the Hungarian justice system, the questionnaire-based research was somewhat more limited than planned. Despite this, in addition to shedding light on the legislative background and the roots of the Hungarian lay court system, the views of lay and professional judges proved to be important input for an insight into the functioning of mixed tribunals.

A basic question of the research was to determine to what extent the requirement of representativity prevails during the recruitment of Hungarian lay assessors, and what the lay and professional judges' opinions were concerning selection.

Relying on selection methods and comparative analysis of empirical research into these methods, the starting point was that the question of the representativity of popular participation played and continues to play an ever increasing role in the 20th and 21st centuries. The main reason is that lay persons that take part in adjudication can assert their own groups' values, norms, sense of justice if adequate representativity has been ensured. Moreover, the legitimacy of justice may be reinforced with an appropriate amount of representativity. It was assumed that from 1990, the year of the chute of a monolithic state apparatus, the social composition of lay judges had to change due to considerable social changes. This was true even if no politico-legal measures took place in order to improve or otherwise alter representativity. The above assumption seemed to be justified because, compared to

the 1960s, there have been significant changes in the distribution of lay assessors, while social representativity has not improved at all. It can be established that the group of lay judges was not getting any younger, but a certain ageing can be determined based on research findings. This is considered a serious problem between different generations due to far greater differences in perceptions. In a society comprising even a generation 'Z', an elderly age group and the overrepresentation of inactive people makes the realization of the original goal of popular representation doubtful. Furthermore, to borrow Kulcsár's words, this leads to the lowering of the prestige of lay participation. Due to the characteristics of the lay assessor activity, the overrepresentation of those holding a certificate of secondary education or a degree seems less problematic. In contrast to the Kulcsár research, which showed a higher ratio of men among lay assessors, the overwhelming predominance of women has also been justified. Hungarian women also feel a greater willingness to take part in dispensing justice in either a lay or professional capacity.

As for minorities, the research ended with misleadingly positive findings thanks to significant territorial disparities. In the county bordering Romania, a considerable number of Romanian lay judges could be seen, whereas in a number of other counties no ethnic minorities were represented. This, however, does not mean that the representation of different minority groups would be ensured at all. It can be stated that, among the participants in the questionnaire, not a single member of the otherwise populous and prejudice-prone Roma minority could be identified. Concerning the selection process, research has found that the current selection system does not even comply with the legislative purposes of popular representation either, not to mention the purposes that have been formulated in international literature.⁴² The selection system of the politically organized local self-governments that rely on the nomination of civil organizations results in a kind of lay participation that does not in the least meet the 'fair cross-section' requirement. What is more, assigning lay judges to specific cases on an *ad hoc* basis happens based on tradition or upon the request of professional judges themselves regardless of giving effect to any prior planning or aspects of impartiality. The authors' dissatisfaction is supported by lay and professional judges's opinions, because the majority of the research participants do not consider the current system an appropriate one. Most of them would trust courts with the entire selection process. The vast majority of the participants regard life experience as the most important selection criterion, while rejecting the aleatory element of selection. Contrarily, it is the firm view of this research group that the basis for popular participation based on civic duties can be created by randomized selection. This would have to be amalgamated with other selection techniques in order for the

⁴² CATELLANI Patrizia-MILESI, Patrizia *Understanding world jury systems through social psychological research*, Psychology Press, New York 2006

representativity and impartiality requirements to be given effect together with a need for life experience.

In conclusion, it can be stated that the lay assessor society is markedly different from the Hungarian adult society: the elderly (aged over 60) are strongly overrepresented, together with women, inactive workers (especially the retired population), white-collar workers and those with a higher level of education. Consequently, the composition of the lay judge group does not represent the Hungarian adult society at all. This is due to the selection process, which does not intend to assert the requirement of representativity during either the appointment of lay judges nor their assignment to particular cases.

*Dr Attila Bado, redovni profesor
Univerzitet u Segedinu
Pravni fakultet u Segedinu
attila@badoat.hu*

Reprezentativnost sudija laika u Mađarskoj. Empirijsko istraživanje

Sažetak: *Nаша istraživačka grupa je još pre nego što je objavljena namera da se realizuje ova reforma odlučila da u Mađarskoj sprovede jedno sveobuhvatno empirijsko istraživanje koje će obuhvatiti i mišljenja prisednika i profesionalnih sudija. Ovim smo istraživanjem želeli dobiti preglednu sliku o sistemu prisednika laika budući da ovakvo istraživanje nije sprovedeno unazad zadnjih gotovo pedeset godina. Smatrali smo da je često negativna ocena delatnosti prisednika laika indukovana prevashodno mitovima i stručnom nadmoći pravne struke te negativnim izjavama o njihovom radu kakve se u sličnoj formi mogu čuti i u drugim zemljama, a da ona nije posledica mišljenja onih ljudi koji imaju stvarni uvid u pravo functionisanje sistema, bilo da su laici ili profesionalni sudije. Cilj istraživanja je bio da na osnovu analize vrela sadržanih u stručnoj literaturi i pravnih propisa, te upoznavanja mišljenja prisednika laika i profesionalnih sudija dobijemo uvid u aktualno stanje sistema prisednika laika, kao i da u slučaju potrebe pripremimo de lege ferenda predloge za potrebe zakonodavca. U ovom radu se bavimo analizom problema izbora i reprezentativnosti sudija kao jednog od bazičnih pitanja same suštine laičkog suđenja.*

Ključne reči: *profesionalne sudije, sudije laici, Mađarska.*

Datum prijema rada: 29.01.2017.

János E. Szilágyi, Ph.D., Associate Professor
University of Miskolc
Faculty of Law
civdrede@uni-miskolc.hu

ACQUISITION OF THE OWNERSHIP OF AGRICULTURAL LANDS IN HUNGARY, TAKING THE EU'S AND OTHER COUNTRIES' LAW INTO CONSIDERATION

Abstract: *The present article concentrates on the acquisition of ownership (and in some respects: use) of agricultural and forestry lands, especially as to the cross-border aspects. One of the hypotheses of the article is that the above mentioned issue is a topical question almost all around the world. Nevertheless, the article focuses on a European aspect of the cross-border acquisition, namely the new land law rules of the EU's Member States having joined the European Union in 2004 and 2007. In 2014 and 2015, the European Commission had assessed the land law of these Member States (i.e. Bulgaria, Hungary, Latvia, Lithuania, Slovakia) and initiated infringement procedures against these countries at the Court of Justice of the European Union. Besides the regulation of these new Member States of the EU, the present article deals with the legislation of other Member States as well as the provisions of non-EU states. The article gives substantial consideration to phenomena such as sovereignty, land-hunger or soil degradation which may exercise significant influence on the land law of a state.*

Keywords: *land law – farmland – agricultural land – acquisition of ownership.*

The acquisition of the ownership of agricultural lands is a topical issue of the modern globalized world.¹ In 2014, the European Commission started to assess the legislation of the Member States which became members of the European

¹ In connection with the topic, the activity of the European Council for Rural Law (according to its French abbreviation, hereinafter referred to as CEDR) is worth to be mentioned. The CEDR is “the only pan-European organization which represents lawyers and professionals interested in Rural Law, in a large sense, covering all aspects related to agricultural world. ... The CEDR has special consultative status with the United Nations [UN] Food and Agriculture Organization [FAO] and observatory status with the Council of Europe and regularly provides assistance and

Union (EU) in 2004 or 2007² (hereinafter referred to as New Member States) whether their provisions concerning the acquisition of the ownership of agricultural lands are compatible with the EU law, especially with its rules affecting the cross-border dimensions of acquisitions. Nevertheless, the present article's hypothesis is that the issue is relevant not merely for the New Member States of the EU, but also for other countries in and outside of the EU. For that very reason, beside the New Member States legislation, the present article equally deals with the factors which are able to affect the decision makers of the Member States in connection with the transfer of agricultural lands in their countries, and, furthermore, presents some interesting aspects of the legislation of the EU's Old Member States (states that joined the EU before 2004) and other non-EU countries. The article assesses the new land law³ of Hungary in detail as it is the Hungarian land law that criticised the most by the European Commission in comparison with the land law of other New Member States. Therefore the Hungarian land law reflects numerous specialities of the topical tendencies of land transfers.

1. THE IMPORTANCE OF AGRICULTURAL LANDS IN THE 21ST CENTURY

Regarding factors which are able to affect the decision makers of the Member States in connection with transfer of agricultural lands in their countries, it is worth emphasizing three phenomena, namely (a) the criterion of independent and

advice to the institutions of the European Union [EU]"; See the webpage of the CEDR: <http://www.cedr.org/>

The CEDR handles the ownership and use of agricultural lands as a priority in its scientific activity; e.g. on 17.01.2014, the CEDR Management Board created three working groups to develop the three perspectives proposed by the representative of the EU Commission in Berlin. One of these groups was established in order "*to work on the subject of land property and territory protection*". Besides, numerous previous congresses of the CEDR dealt with certain aspects of the topic, and one of the three working commissions of the last CEDR Congress (Potsdam, 2015), i.e. Commission II, also focused on the acquisition of agricultural lands, especially on the '*the cross-border acquisitions of agricultural lands and the acquisitions of agricultural land by non-agricultural capital*'. Hereinafter, on the one hand, the legislations of the EU and its Member States (MSs), moreover, on the other hand, the laws of some states outside of the EU are to be analysed primarily by the reports and the conclusion of the Commission II. See <http://www.cedr.org/congresses/potsdam/potsdamcom2.php>

² *This paper was supported by the János Bolyai Research Scholarship of the Hungarian Academy of Sciences.*

Croatia joined the European Union in 2013. According to its Accession Treaty, Croatia also has a transitional period during which it may apply a temporary derogation to the acquisition of ownership of agricultural lands. The duration of this transitional period is seven years which can be extended with additional three years.

³ In the present article, *land law* means the legal provisions of a state which determine the ownership and the use of agricultural and forestry lands.

sovereign states, (b) land-hunger along with its reasons and consequences, and (c) finally, the effect of soil degradation.

1.1. Territory (lands) as the essential criterion of independent and sovereign states

The territory of states has always been a significant issue in *human history*. Namely, if a state is not able to rule and decide over its territory, this state cannot be regarded as an independent and sovereign state. This statement is reflected in the jurisprudence; for example, according to the definition of sovereign states determined by international public law, the main *criteria of a sovereign state* are its defined territory, permanent population, government and capacity to enter into relations with the other states⁴ (others mention only three criteria: territory, population and political authority⁵). In other words, the relationship between these four criteria is elementary for the states, and without one of these components we cannot speak of a sovereign state. As regards the *territory*, it should be noted that, on the one hand, agricultural lands are elementary parts of the territory of a state, and, on the other hand, the ownership-system over the territory of a state (including agricultural and forestry lands) might affect the political authority and sovereignty of a state; namely, beyond a certain extent, ownership is not merely a private law issue, but has an influence on the political sphere as well. Therefore, it shall not be indifferent to a state who owns, uses and possesses its agricultural and forestry lands and in what a way.⁶ Finally, it is worth noticing that the *modern political and scientific disputes* on this topic are often referred to as the phenomenon of *food security*.⁷ The concept of food security is highly represented by the Food and Agriculture Organization of the United Nations, especially as the potential solution against the harmful effects of the globalization.

⁴ Antônio Augusto CançadoTrindade, *International law for humankind*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2010, 167; Malcolm Shaw, *International law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, 178.

⁵ See Georg Jellinek's theory in Péter Kovács, *Nemzetközi közjog*, Osiris Kiadó, Budapest, 2006, 165.

⁶ Cf. Luka Baturan, Economic Analysis of the Ban on Foreigners to Acquiring Property Rights on Agricultural Land in Serbia. *Economic of Agriculture*, 3/2013, 479-491; Luka Baturan, The ban on Foreigners Acquiring Property Rights on Agricultural and Forest Land in Serbia and Other Regional Countries. *Zbornik radova Pravnog fakulteta uNovom Sadu*, 2/2013, 515-531; Csilla Csák, Zoltán Nagy, Regulation of obligation of use regarding the agricultural land in Hungary. *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad*, 2/2011, 541-550.

⁷ Christian Häberli, FionaSmith, Food security and agri-foreign direct investment in weak states – Finding the governance gap to avoid 'land grab', *Modern Law Review*, 2/2014, 189-222; Olivier de Schutter, The specter of productivism and food democracy, *Wisconsin Law Review*, 2/2014, 199-233.

1.2. Land-hunger

In the 21st century, because of the *growing population pressure* and the increasing human demand deriving from this change of population, there is a *growing hunger for agricultural lands*.⁸ Due to the significant differences among the land prices of the various regions in the world, land-hunger appears in several forms all around the world. For instance, in a number of countries, mostly in the developing world and in Central Europe, the so-called *land-grabbing* should be mentioned. Land-grabbing means the acquisition or long-term lease of large portions of agricultural land (above 1,000 ha) in the above mentioned countries.⁹

1.3. Soil degradation

Besides the growing land-hunger, there is another important change affecting the use of agricultural lands almost all around the world. Namely, as a consequence of certain human-induced processes, humankind also has to take the growing *soil degradation (soil erosion)* into account. It is estimated that up to 40 per-cent of the world's agricultural land is seriously degraded. Soil degradation is also able to stimulate the above mentioned land-hunger in a region with a better quality of soil than in a region strongly influenced by soil erosion.

2. OUTSIDE OF THE EUROPEAN UNION

Non-EU countries dealt in numerous ways with the acquisition of agricultural lands and its cross-border aspects. Below, merely some of these countries' legislation will be mentioned regarding the national reports presented in a Congress of the European Council for Rural Law (CEDR) in 2015.

Brazilian law distinguishes between the direct and indirect acquisitions of agricultural lands in Brazil. *Indirect acquisition* – i.e. when foreign natural and legal persons participating in a Brazilian company acquire agricultural land (i.e. they have the majority of the capital stock of that Brazilian company) – is not prohibited by the Brazilian law.¹⁰ As regards the *direct acquisition* of agricultural lands in Brazil, there are two options: (a) non-resident foreigners and foreign companies not authorized to operate in Brazil are not enabled to acquire agricultural

⁸ Olivier de Schutter, The green rush: The global race for farmland and the rights of land users, *Harvard International Law Journal*, 2/2011, 503-559; Elizabeth Gorman, When the poor have nothing left to eat: the United States' obligation to regulate American investment in the African land grab, *Ohio State Law Journal*, 1/2014, 199-235.

⁹ UN General Assembly: A/HRC/13/33/Add.2, 5-6.

¹⁰ Lutero de Paiva Pereira, National report – Brazil, 3. (hereinafter referred to as *Brazilian report*), the report is to be found at <http://www.cedr.org/congresses/potsdam/potsdamcom2.php>

lands in Brazil; (b) besides, a foreign individual living in Brazil and a foreign company authorized to operate in Brazil are enabled to acquire agricultural lands in Brazil.¹¹

In Argentina, “law N° 26737/2011, commonly named the foreign ownership law, limits to foreigners (whether natural or legal persons) the acquisition, transference and assignment of possessory rights on rural land in the country... [T]he law limited to a maximum percentage the amount of rural land to the ownership or possession by [foreign natural persons]”¹². Argentinean law also applies a prior authorization system in connection with lands.¹³

The US report presents that “[t]he United States enjoys large expanses of productive agricultural land and even more timber and forest land. Ownership of these lands is attractive for investors, as well as for agricultural producers. National concerns about ownership of agricultural land by foreign investors have resulted in federal disclosure requirements. In addition, states have authority to regulate land within their borders, using their general “police power.” Some states have restricted the ownership of farmland by aliens, residents of other states, or business entities, particularly corporations.”¹⁴ At federal level, it is worth noticing the so-called *Agricultural Foreign Investment Disclosure Act* (AFIDA), which “requires foreign investors to report their holdings. The law requires any ‘foreign person who acquires or transfers any interest ... in agricultural land’ to report that transaction to the US Secretary of Agriculture within 90 days.”¹⁵ The US national report draws the attention to the definition of a foreign person as well: “AFIDA defines ‘person’ broadly to include both individuals and legal entities (e.g., corporations, associations, and others). ‘Foreign person’ includes any individual who is not a citizen or permanent resident of the United States and any foreign government. It also includes a legal entity created under the laws of a foreign government or with its principal place of business outside the United States. In addition, it includes an entity created under the laws of a US state, but in which a ‘significant interest’ (defined by regulation) is held by foreign persons (individuals, entities, or governments).”¹⁶ The AFIDA can provide a proper model for all the countries which really and effectively intend to trace the ownership system of their agricultural lands and territories.

¹¹ *Brazilian report*, 3.

¹² Maria Adriana Victoria, Nancy Malanos, National report – Argentina, 3. (hereinafter referred to as *Argentinean report*), the report is to be found at <http://www.cedr.org/congresses/potsdam/potsdamcom2.php>

¹³ *Argentinean report*, 3.

¹⁴ Margaret Rosso Grossman, National report – USA, 15, (hereinafter referred to as *US-report*), the report is to be found at <http://www.cedr.org/congresses/potsdam/potsdamcom2.php>

¹⁵ *US-report*, 15-16.

¹⁶ *US-report*, 16.

Norway is not a member of the European Union but it is a member of the European Economic Area. Therefore the four freedoms (i.e. of capital, persons, goods and services) of the EU law are also compulsory provisions for the country. Taking these EU law requirements into consideration, Norway adopted an EU conform – but restrictive – land law¹⁷. Nevertheless, a recent proposal of the Norwegian decision makers is quite extraordinary regarding the land law tendencies of other European countries; namely, according to the Norwegian plan, the decision makers intend to liberalize the land market of Norway.¹⁸

The status of Switzerland may be regarded similarly to that of Norway. Although Switzerland is a member of the European Free Trade Area as well, it is not part of the European Economic Area. The Swiss land law in force was adopted even taking the EU law into consideration.¹⁹ The Swiss land law considerably differs per canton.²⁰ The Swiss report presents that the Swiss law intends to avoid the increase of agricultural land prices because of the non-agricultural buyers of lands. The Swiss law (BGBB) determines the persons who are enabled to acquire agricultural lands in the agricultural zone, as a result of which the Swiss land law significantly stabilizes the market of agricultural lands.²¹ Namely, only an agricultural producer who independently farms is enabled to buy agricultural lands in the agricultural zone.²² Numerous types of state control, a strict order of possible buyers/successors, distinction between agricultural land and holding, as well as special rules concerning the ownership, use and succession of agricultural lands and holdings may serve to maintain agricultural lands for agricultural purposes and in the hands of locals willing and being able to farm them.

3. EU LAW AND EU MEMBER STATES

The European Union is not a federal state, but a particular international phenomenon which is based on the regime of the international treaties (e.g. the TFEU) signed by sovereign and independent states (i.e. by the Member States of the EU). In the EU, the regularization of the agricultural lands' market is the competence of the Member States, however, the Member States (MSs) shall adopt provisions in compliance with the EU law.

¹⁷ See Act of 2003 relating to concession in the acquisition of real property (Concession Act).

¹⁸ Ingrid AAsen, Erlend Daling, National report – Norway, 5, (hereinafter referred to as *Norwegian report*), the report is to be found at <http://www.cedr.org/congresses/potsdam/potsdamcom2.php>

¹⁹ Philippe Haymoz, *Bäuerliches Bodenrecht – Unterlagen für eine Übersicht und Einführung zum BGBB*, 2011.

²⁰ Jörg Amsler, National report – Switzerland, 3, (hereinafter referred to as *Swiss report*), the report is to be found at <http://www.cedr.org/congresses/potsdam/potsdamcom2.php>

²¹ *Swiss report*, 3.

²² *Swiss report*, 5.

3.1. EU law

First of all, it is worth noticing that the EU law does not prohibit MSs measures restricting the acquisition of agricultural land by entities from outside of the EU or the European Economic Area (EEA). Nonetheless, inside the EU and the EEA, the EU law, on the one hand, requires the implementation of the four EU freedoms of the internal market (in connection with the acquisition of agricultural lands, the free movement of persons and capital are applicable) and, on the other hand, it prohibits the discrimination on the basis of nationality.²³

The concerned rules of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) are especially the free movement of persons and capital²⁴ (Articles 49 and 63 of the TFEU; hereinafter referred to as '*negative integration rules*') and an objective ("*to ensure a fair standard of living for the agricultural community*") of the Common Agricultural Policy (CAP) of the EU (i.e. Article 39 (1) point b) of the TFEU; hereinafter referred to as '*positive integration rules*').²⁵ According to *Ágoston Korom*,²⁶ beside the anti-discrimination rules, the EU law determines the competence of its MSs to adopt their national land law in the intersection of negative and positive integration rules. The mentioned TFEU rules contain rather general provisions, therefore, the Court of Justice of the EU (CJEU) has an important role to interpret them and to help assess the national land laws of the MSs. As regards the negative integration rules, according to the practice of the CJEU, national law can ensure full compliance with the EU law (a) if the public interest is pursued by the national law (i.e. objectives in the public interest) and (b) if the measure of the national law cannot be exchanged for less restrictive measures (i.e. the principle of proportionality). As regards the *objectives in the public interest*, the CJEU²⁷ regards

²³ Csilla Csák, Bianka Kocsis, Aniko Raisz, National report – Hungary, 10-11. (hereinafter referred to as *Hungarian report II*), the report is to be found at <http://www.cedr.org/congresses/potsdam/potsdamcom2.php>; see furthermore János Ede Szilágyi, The Accession Treaties of the New Member States and the national legislations, particularly the Hungarian law, concerning the ownership of agricultural land, *Journal of Agricultural and Environmental Law (JAEL)*, 9/2010, 52-55.

²⁴ It is worth noticing that, according to Annex I of Council directive 88/361/EEC, investments in real estate on national territory by non-residents are part of the capital movements in the EU.

²⁵ About distinction between the negative and positive integration models and rules of the EU, see Ágoston Korom, Az új földtörvény az uniós jog tükrében – Jogegyenlőség vagy de facto más elbírálás, in: *Az új magyar földforgalmi szabályozás az uniós jogban* (ed.: Ágoston Korom), Nemzeti Közzolgálati Egyetem, Budapest, 2013, 14.

²⁶ Korom (2013), 14.

²⁷ See from the jurisdiction of the CJEU Case 182/83, judgment of the Court of 6 November 1984 (Fearon case), point 3; Case C-302/97, judgment of the Court of 1 June 1999 (Konle case), point 40; Case C-515/99, Judgment of the Court of 5 March 2002 (Reisch case), point 34; Case C-300/01, Judgment of the Court of 15 May 2003 (Salzmann case), point 44; Case C-452/01, Judgment of the Court of 23 September 2003 (Ospelt case), points 38-39; and Case C-370/05 (Festersen case), points 27-28., 33. The cases may be downloaded from the website: <http://eur-lex.europa.eu/home-page.html>

the objectives of national agricultural land policy such as (a1) to preserve a permanent agricultural community, (a2) that the land should belong to persons wishing (and being capable) to farm it, (a3) the possibility to counteract speculative land acquisition, (a4) etc. to be conform to the TFEU and to pursue an objective in the public interest. The *restrictive measures accepted* by the jurisdiction of the CJEU are (b1) the procedure of prior authorisation for the acquisition of agricultural land,²⁸ (b2) the system of prior declaration,²⁹ (b3) the provision for a higher tax on the resale of land occurring shortly after acquisition,³⁰ (b4) the requirement of a substantial minimum duration for leases of agricultural land,³¹ (b5) etc.

3.2. Member States law

A significant percentage of the MSs apply some kind of a regulation and restrictions concerning the transaction of *agricultural and forestry lands* and/or *agricultural holdings*³². The decisive method of these legislations can differ from *ius strictum* (strict and rigorous rules) to *ius equitum* (permissive and allowing rules). They can determine provisions concerning agricultural producers; for example (a) vocational requirement (e.g. in Austria, Slovakia) or (b) restrictions against a person who does not pursue agricultural and/or forestry activity (e.g. the Netherlands, Germany). The transactions affected by the legislation might vary from the ownership through the use (e.g. lease) to the inheritance of agricultural lands/holdings; for example, (a) the determination of the maximum amount of agricultural lands owned or possessed by a person (e.g. Poland, Hungary), (b) pre-emptive rights (e.g. Italy, Portugal, the Netherlands), (c) a prior authorization procedure for the acquisition of agricultural lands (e.g. Austria, Hungary), (d) the requirement of a maximum duration for leases of agricultural land (e.g. Belgium, Greece, Italy, Germany), (e) etc.

Inside the EU, the difference between the land markets of the MSs is remarkable³³. This difference is especially significant between the land prices of the new MSs (i.e. MSs since 2004) and the Old MSs (namely MSs before 2004).

Nevertheless, the price is not the only reason for MSs to regulate their land markets. Below, the reasons of the Old MSs are detailed as well.

²⁸ See Case C-213/04 Ewald Burtscher v Josef Stauderer [2005] ECR I-10309, paragraph 57; and Case C-452/01, paragraphs 41-45.

²⁹ See Case C-213/04, paragraphs 44, 52-54, 59-62.

³⁰ See Case C-370/05, paragraph 39.

³¹ See Case C-370/05, paragraph 39.

³² *Agricultural holding* means the basic organizational unit of production equipment and other means of agricultural production (land, agricultural equipment, other assets) in connection with the ownership-use-succession relations in national laws where this category exists.

³³ See the data of the *Eurostat*: <http://ec.europa.eu/eurostat/web/agriculture/data/database> (subsection: 'apri').

3.2.1. New MSs and especially the new Hungarian land law

Below, the legislation (and the respective infringement procedures) of new MSs and, as an example, the main provisions of the new Hungarian land law are presented.

As regards the legislation of new MSs in a general sense, with regard to their low land prices and on the basis of the Accession Treaties of 2003, 2005 and 2012, (since 2004) the Czech Republic, Estonia, Latvia, Lithuania, Hungary, Poland, Slovakia, (since 2007) Romania, Bulgaria and (since 2013) Croatia (new MSs) were each granted a transitional period for maintaining existing legislation restricting the acquisition of the *ownership*³⁴ of agricultural lands and forests, by derogation from the freedom of capital movements.

After the transitional period had expired, numerous new MSs adopted new land laws including restrictive measures. Typically, the legislation of Old MSs provided a role model for the new MSs (the French and Austrian models were quite popular among them). In 2015, the EU Commission introduced infringement procedures against some of the new MSs; namely Bulgaria, Hungary, Latvia, Lithuania, Slovakia. In the opinion of the EU Commission, some provisions of these MSs are considered as the violation of the free movement of capital and the freedom of establishment, and therefore, this situation discourages cross-border investment in the land market of the new MSs. *“The main concern in Bulgaria and Slovakia is that buyers must be long-term residents in the country, which discriminates against other EU nationals. Hungary has a very restrictive system which imposes a complete ban on the acquisition of land by legal entities and an obligation on the buyer to farm the land himself. In addition, as in Latvia and Lithuania, buyers must qualify as farmers. While the Commission agrees that national authorities should be able to properly regulate farm land markets to maintain such land in agricultural use and promote local development, it found a number of these measures excessively restrictive and discriminatory in terms of attracting investment in rural development.”*³⁵

However, it is worth emphasizing that, till 2014, the preliminary ruling has been typical, the infringement remains exceptional in connection with the acquisition of agricultural lands.³⁶

³⁴ Namely, there are generally no restrictions on the *lease* of agricultural lands by foreigners.

³⁵ European Commission, Press release on „*Financial services: Commission requests Bulgaria, Hungary, Latvia, Lithuania and Slovakia to comply with EU rules on the acquisition of agricultural land*”, Brussels, 26 May 2016, IP/16/1827.

³⁶ E.g. CJEU Case 305/87, Judgment of the Court of 30 May 1989. About the infringement (Nr. 2007/4766) procedure of EU Commission against Voralberg act (Austria), see furthermore Roland Norer, General report Commission III – Scientific and practical development of rural law in the EU, in states and regions and in the WTO, in: *L'agriculture et les exigences du développement durable* (ed.: Paul Richli), L'Harmattan, Paris, 2013, 375-376.

As for the Hungarian land law in detail,³⁷ the new land law regime of Hungary was adopted in 2013. It should be noted that the new land law regime includes numerous acts and decrees and even some provisions of the new Hungarian constitution³⁸ (called Fundamental Law). Nevertheless, the essential element of this new land law regime is Act CXXII of 2013 on transactions in agricultural and forestry lands (hereinafter referred to as TAL). The main provisions of the new

³⁷ In connection with the Hungarian land law, see especially the following pieces of excellent research Krisztina Bányai, Theoretical and practical issues of restraints of land acquisition in Hungary, *Journal of Agricultural and Environmental Law*, 20/2016, 5-15; Csilla Csák, Bianka Enikő Kocsis, Anikó Raisz, Vectors and indicators of agricultural policy and law from the point of view of the agricultural land structure, *Journal of Agricultural and Environmental Law*, 19/2015, 32-55; Csilla Csák, Die ungarische Regulierung der Eigentums- und Nutzungsverhältnisse des Ackerbodens nach dem Beitritt zur Europäischen Union, *Journal of Agricultural and Environmental Law*, 9/2010, 20-31; Csilla Csák, Zoltán Nagy, Regulation of Obligation of Use Regarding the Agricultural Land in Hungary, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2011, 541-549; Márk Gyovai, Eszter Kiss-Kondás, Regulations of auction of agricultural and forestry lands particularly regarding to Judicial Enforcement Procedure, *Journal of Agricultural and Environmental Law*, 20/2016, 50-63; Klaudia Holló, Zsófia Hornyák, Zoltán Nagy, Die Entwicklung des Agrarrechts in Ungarn zwischen 2013 und 2015, *Journal of Agricultural and Environmental Law*, 19/2015, 56-72; Zsófia Hornyák, Die Voraussetzungen und die Beschränkungen des landwirtschaftlichen Grunderwerbes in rechtsvergleichender Analyse, *CEDR Journal of Rural Law*, 1/2015, 88-97; Bianka Enikő Kocsis, The new Hungarian land transfer regulation from the aspect of examination of the European Union, *Journal of Agricultural and Environmental Law*, 16/2014, 95-110; István Olajos, Die Entscheidung des Verfassungsgerichts über die Rolle, die Entscheidungen und die Begründetheit der Gründen der Stellungnahmen der örtlichen Grundverkehrskommissionen, *Agrar- und Umweltrecht*, in press; Mihály Kurucz, Critical analyses of arable land regulation in Hungary, *Journal of Agricultural and Environmental Law*, 3/2007, 17-47; Ildikó Gyurán, István Olajos, The Hungarian National Report on Rural Use and Protection of Land in the Countryside, *Journal of Agricultural and Environmental Law*, 12/2012, 85-87, 92-94; István Olajos, Szabolcs Szilágyi, The most important changes in the field of agricultural law in Hungary between 2011 and 2013, *Journal of Agricultural and Environmental Law*, 15/2013, 94-97; István Olajos, Anikó Raisz, The Hungarian National Report on Scientific and Practical Development of Rural Law in the EU, in States and Regions and in the WTO, *Journal of Agricultural and Environmental Law*, 8/2010, 44-45; Endre Tanka, Why has the general land consolidation no chance in Hungary?, *Journal of Agricultural and Environmental Law*, 1/2006, 23-28.

³⁸ On the high-level assessment of the constitutional aspects of Hungarian land law, see Bobvos Pál, Erika Farkas Csamangó, Péter Hegyes, Péter Jani, A mező- és erdőgazdasági földek alapjogi védelme, in: *Számadás az Alaptörvényről* (ed.: Elemér Balogh), Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó, Budapest, 2016, 31-40; Csilla Csák, Nóra Jakab, The Hungarian National Report on Agriculture and the requirements of a sustainable development, *Journal of Agricultural and Environmental Law*, 12/2012, 50-51; Gergely Horváth, The renewed constitutional level of environmental law in Hungary, *Acta Juridica Hungarica*, 4/2015, 302-316; László Fodor, A víz az Alaptörvény környezeti értékrendjében, *Publicationes Universitatis Miskolcensis Sectio Juridica et Politica*, 31/2013, 335-336, 339-342; Anikó Raisz, A Constitution's Environment, Environment in the Constitution, *Est Europa*, numéro spécial /2012, 50-70; András Téglási, How is property ownership guaranteed constitutionally in the field of agriculture?, *Journal of Agricultural and Environmental Law*, 7/2009, 20-21.

land law regime, and especially of the TAL, are the following: (a) The scope of the land law regime encompasses almost all the transactions of the ownership and the use of agricultural and forestry lands except for the succession by law.³⁹ (b) There is a distinction between foreigners; namely, while non-EU foreigners shall not acquire the ownership and use of agricultural lands, the citizens of EU MSs, citizens of the European Economic Area and nationals of other States enjoying similar treatment under an international agreement can acquire the ownership of agricultural lands under the same conditions as Hungarians.⁴⁰ (c) Neither Hungarian nor foreign *legal entities* shall acquire the ownership of agricultural lands; there are some exceptions (i.e. the Hungarian state, municipal governments, listed churches, mortgage loan companies).⁴¹ (d) Only for an agricultural purpose can somebody acquire the ownership or usage of agricultural lands⁴² with an obligation on the buyer or user *to farm the land himself*,⁴³ and to possess a *proper degree* in agricultural or forestry activities, or the proper agricultural or forestry *practice in Hungary* (at least 3 years).⁴⁴ (e) The size of lands being subject of transfer is limited. The one of them is the so-called *land acquisition limit of farmers*. According to this, the size of land that may be acquired by a farmer may not exceed 300 hectares, including the size of land he/she may already own or use under usufructuary right (the limit of *no-farmers is merely one hectare*).⁴⁵ Another limit is the so-called *land possession limit of farmers and agricultural producer organizations*. By virtue of this limit, the size of land that may be held in possession by a farmer or an agricultural producer organizations may not exceed 1,200 hectares (*exceptionally: 1800 ha*), including the size of land already held in possession.⁴⁶ (f) Contracts for the transfer of ownership and land use rights shall be *approved by the agricultural administration body* (this is a condition of validity).⁴⁷ (g) During the procedure of the agricultural administration body *local agricultural communities*⁴⁸ have the right to prevent the acquisition of the ownership of lands of a speculative nature via their opinion for the refusal of approval of the contracts.⁴⁹

³⁹ TAL, §6.

⁴⁰ TAL, §5, §§9-11, §16, §40.

⁴¹ TAL, §11.

⁴² TAL, §13.

⁴³ TAL, §13.

⁴⁴ TAL, §5.

⁴⁵ TAL, §10, §16.

⁴⁶ TAL, §16.

⁴⁷ TAL, §7, §39.

⁴⁸ TAL, §68. The Hungarian Constitutional Court also assessed the land regime provisions concerning local agricultural communities in its numerous procedures; see István Olajos, Az Alkotmánybíróság döntése a helyi földbizottságok szerepéről, döntéseiről, és az állásfoglalásuk indokainak megalapozottságáról, *Jogesetek Magyarázata*, 3/2015, 17-32.

⁴⁹ TAL, §§23-24.

(h1) In the sale of land the *preemption right*,⁵⁰ (h2) in the leasing of land the *right of first refusal*⁵¹ shall accrue in a *strict statutory order*. In preemption right statutory order, the Hungarian state has a preemption right at the first place. Both in the preemption right statutory order and in the right of first refusal statutory order, the local residency and agricultural production at a high level (e.g. AOC-food and bio-food production or animal keeping) mean a significant advantage in the orders. (i) There are strict rules to *prevent the infringement* of the restrictions, which means e.g. monitoring by the authorities, fines, and regulatory use of the land if the new owner does not fulfil his/her previously accepted obligations.⁵²

3.2.2. Old MSs

The new tendencies detailed below present that the acquisition of ownership of agricultural lands is a topical issue in the Old MSs of the EU as well.

In *Germany*,⁵³ a re-assessment of the land policy is underway. It is partly because of recent trends; i.e. the increasing prices of agricultural lands in numerous regions of Germany. According to the German report, even non-agricultural investors appeared in the market of agricultural lands. This situation raised concerns, because agricultural producers worry about the loss of their development potential. Since 2008 (after the financial crisis), wealthy persons and corporations have acquired agricultural lands all around Germany, and especially in the Eastern provinces of Germany. Therefore, in numerous regions of Germany, land prices have increased to a price-level at which agricultural holdings cannot put up the money from their profit to acquire further agricultural lands.⁵⁴

In *Austria*, land law⁵⁵ distinguishes between the acquisitions of green real estate (i.e. agricultural lands), grey real estate (i.e. real estate for building) and real estate acquisitions by foreigners. The regulation of these acquisitions is in the competence of the constituent states. In the Western constituent states of Austria (e.g. *Tirol*, *Kitzbüchel*), the acquisition of agricultural lands by foreigners for non-

⁵⁰ TAL, §§18-20.

⁵¹ TAL, §§45-48.

⁵² TAL, §§60-67.

⁵³ About the German land law, see Christian Grimm, *Agrarrecht*, Verlag C.H. Beck, München, 2010, 17-97.

⁵⁴ However, the acquisition of lands for nature conservation purposes by private foundations and financial funds is an utterly interesting aspect of the German land market; Udo Hemmerling, *Deutscher Bauernverband – Position zum Bodenmarkt*, Boppard, 14.10.2014, 1.; the report is to be found at <http://www.cedr.org/congresses/potsdam/potsdamcom2.php>

⁵⁵ Gottfried Holzer, Grundverkehrsrecht, in: *Handbuch des Agrarrechts* (ed.: Roland Norer), Verlag Österreich, Wien, 2012, 673-701; about lease, see Christian Stollmayer, Landpachtrecht, in: *Handbuch des Agrarrechts* (ed.: Roland Norer), Verlag Österreich, Wien, 2012, 703-716; see furthermore Anton Reinl, Family farms in Austria, in: *Agricultura Familiar* (ed.: Leticia Bourges, Esther Muniz Espada), Ministerio de Agricultura, Madrid, 2014, 51-53.

-agricultural purposes is an evergreen topic of the agricultural policy. The political dispute about this topic is known as 'buying up the agricultural lands' (*Ausverkauf von Grund und Boden*). The land laws of the constituent states (e.g. the provisions concerning the obligatory land use by the person acquiring the affected land) had to be amended several times, in order to be compatible with the EU law. Their present versions nevertheless include many restrictions concerning the acquisition of agricultural lands and take the so-called land-transfer committee into the prior authorization procedure for the acquisition of agricultural land.⁵⁶

In connection with the British law⁵⁷, the *British report* notes that "[c]urrently there are no restrictions on ownership of land by foreign nationals or companies within the UK in respect of most agricultural real estate. Despite this there are political moves within Scotland to limit ownership by non-EU nationals. The political mood in Scotland is that there are too many non-domiciled or otherwise distant landowners owning large rural estates, and that the sustainable development of the countryside is adversely effected."⁵⁸ The report highlights that "[t]here are no nationally collated figures available for foreign investment in UK agricultural land... Whilst there may be no wholly reliable statistical evidence for cross-border acquisitions, there is plenty of anecdotal evidence from real estate agents and others. This suggests that the stable nature of the English and Welsh land market and fiscal incentives have encouraged both foreign buyers and other investors within the UK".⁵⁹ The report also deals with the increasing presence of non-agricultural buyers in the market of agricultural lands, which causes an increase in the price of agricultural lands.⁶⁰ The British report draws the attention to the importance of registers concerning cross-border acquisitions: "...the present system of land registration was established by the Land Registry Act 1875. However registration was not compulsory initially. Compulsory land registration began in London in 1899, but did not extend to all rural areas until 1990. This does not affect land which has not changed hands and the Land Registry estimates that 20% of the land mass in England and Wales remains unregistered and

⁵⁶ Hannes Kronaus, National report – Austria, 6-9. (hereinafter referred to as *Austrian report*), the report is to be found at <http://www.cedr.org/congresses/potsdam/potsdamcom2.php>

⁵⁷ About the British land law in details, see Donald Rennie, Land ownership and land use in the United Kingdom, in: *Current challenges of the European legislation on agricultural land* (ed.: Csilla Csák), Novotni, Miskolc, 2010, 255-262; Donald Rennie, Some aspects of agricultural law in Scotland, *JAEL*, 6/2008, 26-48.

⁵⁸ Ludivine Petetin, Michael Taylor, National report – the United Kingdom, 2. (hereinafter referred to as *British report*), the report is to be found at <http://www.cedr.org/congresses/potsdam/potsdamcom2.php>. About the Scottish intention in details, see *British report*, 15-16.

⁵⁹ *British report*, 13.

⁶⁰ *British report*, 13. There is similar conclusion in Philip Day, The family farm and its succession within the family, in: *Agricultura Familiar* (ed.: Leticia Bourges, Esther Muniz Espada), Ministerio de Agricultura, Madrid, 2014, 178.

*most of this is rural land. This means that it is very difficult to produce accurate statistics on the identity of land owners and the nature of land holding in the UK. ... Recently in a speech in Singapore Prime Minister David Cameron has called for more transparency in land ownership in an effort to overcome fears that proceeds of foreign crime are being “laundered” through the UK property market. He has announced proposals for the Land Registry to publish details of land held by foreign investment companies. The Financial Times has estimated that at least £122 billion of property in England and Wales is owned by offshore companies. Most of this investment will be in commercial and residential property in London and the south east, but some will be in agricultural property across the UK.”*⁶¹

CONCLUSION

The regulation concerning the acquisition of agricultural and forestry lands is a topical and essential (political) issue in numerous countries of Europe and all around the world. Taking the state sovereignty, food security, land-hunger and soil erosion into consideration, the importance of agricultural and forestry lands in the regime of independent and sovereign states is strategic and unquestionable. That is the reason why almost all EU MSs have some kind of a regulation concerning agricultural and forestry lands. Even in the Old Member States of the EU (Austria, Germany, UK), the decision-makers face the challenges of globalization and shall decide what serves better the interest of their voters. For that very reason, it is essential to end of the infringement procedures against some of the New Member States initiated by the European Commission in connection with the acquisition of the ownership of agricultural lands.

⁶¹ *British report*, 14.

Dr. Janoš E. Silađi, vanredni profesor
Univerzitet u Miškolcu
Pravni fakultet
civdrede@uni-miskolc.hu

Sticanje prava svojine na poljoprivrednom zemljištu u Mađarskoj, s posebnim osvrtom na pravo Evropske unije i prava drugih zemalja

Sažetak: U radu se analiziraju pravna pitanja u vezi sa pravom svojine (i u određenoj meri pravom upotrebe) na poljoprivrednom i šumskom zemljištu, s posebnim osvrtom na prekogranične aspekte ovih pitanja. Autor polazi od pretpostavke da su ona u svakoj državi aktuelna. U radu se posebno skreće pažnja na jedan evropski aspekt prekograničnog sticanja prava svojine na poljoprivrednom zemljištu, tj. na nova pravila usvojena u zemljama članicama koje su Evropskoj uniji pristupile 2004, odnosno 2007. godine. Tokom 2014. i 2015. godine Komisija Evropske unije je analizirala pravno uređenje sticanje prava svojine na poljoprivrednom zemljištu u novim članicama Unije i prema većini njih (Bugarskoj, Mađarskoj, Letoniji, Litvaniji i Slovačkoj) pokrenula pred Evropskim sudom pravde postupke zbog povrede obaveza prema Zajednici. Osim prava ovih država, u radu se analizira pravno uređenje ovog pitanja i u starijim državama članicama, kao i u nekim državama koje nisu članice Unije. U radu se pridaje značaj i drugim veoma važnim pitanjima, kao što su pitanje državnog suvereniteta, pothlepe za poljoprivrednim zemljištem, erozije tla, koja sva mogu da budu od uticaja na pravno uređivanje sticanja prava svojine na poljoprivrednom zemljištu u pojedinim zemljama.

Ključne reči: zemljišno pravo – poljoprivredno zemljište – sticanje prava svojine

Datum prijema rada: 27.10.2016.

PRIKAZ KNJIGE

*Mr Stojana Đ. Petrović, viši asistent
Univerzitet u Banjoj Luci
Pravni fakultet u Banjoj Luci
s.petrovic@pravobl.org*

Doc. dr Zoran Vasiljević,

PRAVNA TEORIJA KREDITA,

PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA U BANJOJ LUCI,
BANJA LUKA, 2013, STRANA 338¹

Kreditni poslovi, kao podvrsta bankarskih poslova, u pravu Republike Srpske i Bosne i Hercegovine ne predstavljaju konzistentnu, već normativno-pravno posmatrano, vrlo razuđenu cjelinu. Brojni su kreditni poslovi, koji imaju značaj u praksi, ali koji kod nas još uvijek nisu dobili normativnopravno uobličenje. Iako ugovor o kreditu, kao vrsta kreditnog posla, u pravu Republike Srpske predstavlja imenovani ugovor, brojna su teorijska i praktična pitanja, koja, upravo u vezi sa ovim pravnim poslom, do sada, nisu dobila svoj odgovor.

Činjenica da naučna i stručna javnost Republike Srpske i Bosne i Hercegovine, do sada, nije imala na raspolaganju niti jedan cjelovit naučni pristup materiji kreditnih poslova, kao ni samom ugovoru o kreditu, ukazuje na to da se teorijsko objedinjavanje svih spornih pitanja u vezi sa ovom tematikom, iako vrlo izazovan zadatak, do sada, na našim prostorima, nije pokazao uspješno riješenim.

Monografija pod naslovom *Pravna teorija kredita*, autora doc. dr Zorana Vasiljevića² štampana u izdavaštvu Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci predstavlja adekvatan i cjelovit odgovor na potrebu naučne i stručne javnosti za rješavanjem mnoštva spornih pitanja, koja se mogu pojaviti u kreditnom pravnom odnosu. Iako je objavljena 2013. godine, to ne umanjuje njenu aktuelnost, imajući u vidu to da ova monografija predstavlja prvi cjelovit prikaz, teorijski nedovoljno istraženih pravnih instituta kreditnih poslova, te konkretno, ugovora o kreditu, posmatrano prvenstveno sa aspekta zakonodavstva Republike Srpske i Bosne i

¹ Navedenim brojem stranica prikazane monografije, obuhvaćeni su predgovor, spisak korišćenih skraćenica, uvod i sadržaj monografije. Spisak korišćene literature i rezime prikazani su dodatno.

² doc. dr Zoran Vasiljević je docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci.

Hercegovine. Monografija je rezultat višegodišnjeg istraživačkog rada njenog autora, a za potrebe izrade njegove doktorske disertacije.

Način regulisanja ugovora o kreditu u pravu Republike Srpske otvara niz naučno-teorijskih, ali i praktičnih dilema, a monografija *Pravna teorija kredita*, doc. dr Vasiljevića, sadrži originalne ideje i zapažanja samog autora, te nudi dragocijena naučna, ali i praktična rješenja spornih pitanja koja su u vezi sa kreditnim poslovanjem.

Sadržinski posmatrano, monografija *Pravna teorija kredita*, doc. dr Vasiljevića, radi preglednosti, podijeljena je u šest glava: teorijsko određenje kredita (str. 13-41); vrste kredita (str. 50-113); razgraničenje ugovora o kreditu od srodnih poslova (str. 115-156); osnovne karakteristike ugovora o kreditu (str. 163-217); pravne radnje u postupku realizacije kredita (str. 224-298); odgovornost iz ugovora o kreditu (str. 301-373).

U prvoj glavi monografije, obrađena su uvodna teorijska pitanja kreditnih poslova, odnosno kredita, koja se odnose na pojam, značaj, pravnu prirodu, istorijski razvoj i uporednopravni pregled kreditnih poslova i kredita. Raspravljajući o mjestu kredita među pravnim poslovima, te o značaju kreditnih poslova, docent dr Vasiljević na ovom mjestu zaključuje da ugovor o kreditu spada u bankarske kreditne poslove plasmana, kao podvrstu poslova platnog prometa, koji ulaze u grupu ugovora u privredi. Autor razlikuje tri osnovne funkcije kredita, i to: mobilizatorsku, posredničku i razvojnu. Mobilizatorska funkcija sastoji se u prikupljanju slobodnih novčanih sredstava koja su rascjepkana na brojnim mjestima u društvu i privredi i koja, u određenom trenutku, nisu potrebna njihovim vlasnicima, najčešće otvaranjem računa klijentima, kao i putem depozita. Posrednička uloga kredita ima više ekonomski nego pravni karakter, jer banke, dovodeći u vezu lice koje ulaže novac sa licima kojima je kredit potreban, ne zastupa niti jednu stranu, već djeluje u svoje ime, i za svoj račun. Razvojna funkcija omogućava privrednim subjektima poslovnu aktivnost bez čekanja na akumulaciju vlastitih sredstava, radi ulaganja u proces proizvodnje. To se posebno reflektuje na razvoj nerazvijenih područja i država. Osim toga, autor opravdano primjećuje da krediti imaju značajan uticaj i na stabilizaciju cijena, racionalizaciju i smanjenje troškova prometa, te na razvoj savremenog novca. U ovom dijelu monografije, napravljen je osvrt i na pravnu prirodu kredita, upozoravajući unaprijed na poteškoće prilikom njenog određenja. Iako se pravna priroda ugovora o kreditu u teoriji određuje i pomoću ugovora o zajmu, ova dva ugovora, uprkos legislativnom uporednopravnom i istorijskopravnom izjednačavanju, ipak ne predstavljaju identične ugovore. Uvažavajući teorijska razilaženja po ovom pitanju, doc. dr Vasiljević zaključuje da, iako postoje specifičnosti kredita u odnosu na ugovor o zajmu, ipak se ne radi o suštinskim razlikama, već o strožijem uređenju pojedinih pitanja.

Druga glava monografije, koja se bavi analizom vrsta kredita, polazi, kako od legislativne, tako i od teorijske podjele kredita. Tako, prema prvom kriterijumu,

autor ukazuje na kredit na osnovu zaloge hartija od vrijednosti (lombardni kredit), te kreditne linije. Teorijskoppravna podjela kredita, temelji se na nekoliko kriterijuma, kao što su namjena kredita, njegova dužina trajanja, subjekti ugovornih odnosa, oblik kredita i sredstva obezbjeđenja. Polazeći od ovih kriterijuma, u teoriji se razlikuju nenamjenski krediti i namjenski, a ovi poslednji mogu biti potrošački i proizvodni. Autor pominje i podjelu na kratkoročne, srednjoročne i dugoročne kredite, novčane i robne kredite, bankarske i međubankarske, domaće i međunarodne, javne i privatne, pojedinačne i konzorcijske, posredne i komisijone, novčane i nenovčane, gotovinske i bezgotovinske, obezbjeđene i neobezbjeđene, kao i podjele koje u teoriji postoje i prema drugim brojnim kriterijumima.

Razgraničenje ugovora o kreditu od srodnih poslova, izvršeno je u trećoj glavi monografije „Pravna teorija kredita“, doc. dr Zorana Vasiljevića. U ovoj glavi, autor monografije pravi distinkciju između ugovora o kreditu sa jedne strane, i tzv. kredita odgovornosti (akceptni, avalni i rambursni kredit), te poslova prodaje sa elementima kredita (ugovor o eskontu, ugovor o faktoringu, ugovor o forfaitingu, ugovor o lizingu, ugovor o prodaji sa odloženim plaćanjem) sa druge strane. Tako je, između ugovora o kreditu i tzv. kredita odgovornosti, uočena razlika u tome što kod ovih poslova nedostaje ono što karakteriše ugovor o kreditu, a to je pozajmljivanje novca. Kod ovih poslova ne dolazi do pozajmljivanja novca, već ugleda banke, kroz akceptiranje ili avaliranje mjenice koju izdaje korisnik kredita. Razgraničenje ugovora o kreditu i poslova prodaje sa elementima kredita, učinjeno je na razumljiv i jasan način, upućivanjem na činjenicu da se u ovom slučaju radi o čistim poslovima prodaje, dok su elementi kredita tek jače ili slabije izraženi.

Detaljnija analiza karakteristika ugovora o kreditu napravljena je u četvrtoj glavi monografije Pravna teorija kredita. Ova analiza obuhvatila je precizno određenje pojma i pravne prirode ugovora o kreditu, kao i određenje njegove forme, predmeta i sadržaja, kao i subjekata ovog ugovora. Autor, prilikom određivanja pojma ugovora o kreditu upozorava na poteškoće prilikom njegovog preciznog definisanja, s obzirom na njegovu široku primjenu povodom velikog broja različitih poslovnih odnosa. Kao jedna od prihvatljivih definicija, navodi se ona, koja je sadržana u njemačkom Građanskom zakoniku, a prema kojoj je ugovor o kreditu posao kojim se zajmodavac obavezuje da stavi zajmoprimcu određenu sumu novca na raspolaganje, a zajmoprimac se obavezuje da je vrati sa kamatom u određeno vrijeme. U monografiji se iznosi zapažanje da ova definicija ugovora o kreditu, u odnosu na definiciju sadržanu u našem Zakonu o obligacionim odnosima, proširuje krug subjekata ugovora, te isključuje ugovore o kreditu na neodređeno vrijeme. Na osnovu uočenih prednosti i nedostataka pojedinih legislativnih definicija pojma ugovora o kreditu, doc. dr Vasiljević nudi i sopstvenu definiciju, prema kojoj ugovor o kreditu predstavlja jedan dužničko-povjerilački odnos, kojim se davalac obavezuje da korisniku stavi na raspolaganje određeni

iznos novca (ili stvari, kod robnih kredita) na ugovoreni način, a korisnik se obavezuje da to vrati na ugovoreni način i plati ugovorenu naknadu.

Peta glava monografije *Pravna teorija kredita*, posvećena je pravnim radnjama, kako ekonomskog, tako i pravnog karaktera, a koje su neophodne za realizaciju kredita. U ovom dijelu rada rasvijetljene su najznačajnije pravne radnje u postupku realizacije kreditnog odnosa, i to prema redoslijedu njihovog preduzimanja, među kojima se nalazi radnja podnošenja zahtjeva za kredit, postavljanje uslova za odobravanje kredita i ispitivanje njihove ispunjenosti, zaključenje ugovora o kreditu, izvršenje ugovora o kreditu-puštanje kredita u tečaj, otplata kredita, moguće modifikacije ugovora o kreditu, gašenje i prestanak ugovora o kreditu.

Šestu i poslednju glavu monografije, autor je posvetio rasvjetljavanju pojedinih pitanja, vezanih za odgovornost iz ugovora o kreditu. Kako je ugovor „zakon za stranke“, i ukoliko neizvršavanje ugovornih obaveza jedne ugovorne strane uzrokuje nastupanja štete drugoj ugovornoj strani, štetnik će snositi posljedice svoje ugovorne odgovornosti. Pored ugovorne, postoji mogućnost odgovaranja i po osnovu deliktne, ili vanugovorne odgovornosti svakog saugovarača prema trećim licima. Konačno, pored ova dva oblika građanskopravne odgovornosti, saugovarači mogu i krivično ili prekršajno odgovarati. Kao veoma osjetljivo, autor ove monografije otvara i pitanje odgovornosti usljed povrede fiducijarne dužnosti kreditora prema korisniku kredita. Analizirajući američku sudsku praksu, staje se na stanovište da je odnos između kreditora i korisnika normalan poslovni odnos i u običajenim okolnostima nije fiducijarne prirode, odnosno da banka, zaključenjem kreditnog pravnog posla automatski ne preuzima i obavezu upozoravanja korisnika kredita na opasnost transakcije.

Svaki dio monografije „*Pravna teorija kredita*“ docenta dr Zorana Vasiljevića, osim što sadrži osnovne teorijske postavke o pojedinim teorijskim pitanjima, na pregledan način obogaćen je i dodatnim uporednopravnim i praktičnim pojašnjenjima svakog od tih pitanja. Posebnu vrijednost ove monografije čini njena obogaćenost stavovima iz domaće i inostrane sudske prakse.

Na kraju, dat je i pregledan sadržaj korišćene literature i pravnih izvora, što će značajno olakšati rad na nekom eventualnom daljem istraživačkom poduhvatu, u vezi sa ovim pravnim pitanjem.

Primjetno je da je docent dr Vasiljević, ovim rukopisom na jezgrovit način uspio postići sadržinsku sveobuhvatnost izložene materije. U monografiji *Pravna teorija kredita*, naučnom metodologijom, stilski jasno i sadržinski koherentno, autor izlaže materiju kredita i kreditnih poslova uopšte, sa akcentom na karakteristike samog ugovora o kreditu. Monografija, osim osvrta na svaku od teorija o kreditu, nosi i pečat originalnosti naučnih ideja njenog autora o pojedinim pravnim pitanjima vezanim uz kreditni odnos. To ovu monografiju čini nezaobilaznim putokazom, kako bankarskim službenicima pravne i ekonomske struke, te sudijama i stručnim saradnicima u pravosudnim ustanovama i advokatskim kancela-

rijama, koji se sa dilemama u vezi sa sporovima povodom kreditnih materijalno-pravnih odnosa svakodnevno susreću, tako i studentima i naučnicima, koji se opredijele za detaljniju analizu kreditnog poslovanja, a posebno za analizu ugovora o kreditu.

Datum prijema rada: 18.01.2017.

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

