

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ
NOVI SAD FACULTY OF LAW SERBIA

ЗБОРНИК РАДОВА

COLLECTED PAPERS

XLI
3/2007



НОВИ САД 2008

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ
NOVI SAD FACULTY OF LAW
(SERBIA)



ЗБОРНИК РАДОВА COLLECTED PAPERS

XLI 3 (2007)

НОВИ САД, 2008.

ЗРПФНС, Година XLI Нови Сад, бр. 3 (2007)

УДК 3

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ

Досадашњи главни уредници:

Проф. др Владимир Капор (1966), проф. др Никола Ворганић (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 (1989–1991), проф. др Јован Мунђан (1992–1997),
проф. др Милијан Поповић (1998–2003), проф. др Родољуб Етински (2004–2007).

За издавача

Проф. др Ђорђе Попов
декан Правног факултета у Новом Саду

Управник Центра за издавачку делатност

Проф. др Ранко Кеча

Главни и одговорни уредник

Доц. др Драгиша Дракић

Чланови Уредништва:

Проф. др Љубомир Стајић, проф. др Дамјан Корошец,
доц. др Бранислав Ристивојевић, мр Радмила Дабановић, Марко Кнежевић

Секретар Уредништва

Марко Кнежевић

Дизајн корица

Даница Бићанић

Компјутерска обрада текста

Горан Хајзлер

Штампа:

„КриМел“ Будисава

Тираж: 300 примерака

САДРЖАЈ

<i>Др Ђорђе Појов, редовни професор</i> Инвестиције и пословна клима	7
<i>Др Срђан Шаркић, редовни професор</i> Правно изједначавање римског и цариградског сената	25
<i>Др Миле Врањеш, редовни професор</i> Осврт на инструмент доприноса за обавезно социјално осигурање у Србији	41
<i>Др Родољуб Ејшински, редовни професор</i> Основне слободе Европске Уније у Лисабонској верзији	61
<i>Др Анђун Маленица, редовни професор</i> „Правни посао“ и „negotium“, два појма која припадају различитим епохама	75
<i>Др Драган Милков, редовни професор</i> Специјализовани омбудсмани	101
<i>Др Павле Јовановић, редовни професор</i> Уставно-правни положај Председника Републике Србије у компаративној перспективи	123
<i>Др Љубомирка Кркљуш, редовни професор</i> Француски дипломати о српском покрету 1848–1849	145
<i>Др Мило Бошковић, редовни професор</i> Праће новца као криминолошки и кривично правни проблем	171
<i>Др Даница Појов, редовни професор</i> Стицање права својине одржајем	197
<i>Др Бернадет Бордаш, редовни професор</i> Међународно приватно право европске заједнице после комунитаризације: стање и изгледи	213
<i>Др Раденка Цвејић, ванредни професор</i> Заштита државине према нацрту законика о својини и другим стварним правима	237
<i>Др Снежана Бркић, ванредни професор</i> Заштита и помоћ жртвама трговине људима у светлу међународних правних стандарда	253

<i>Др Весна Клајн-Тајић, виши научни сарадник</i> Узимање органа од умрлих давалаца – медицински, етички и правни проблеми	271
<i>Др Тајијана Лукић, доцент</i> Припејд картице – нови инструмент за прање новца	289
<i>Др Драгиша Дракић, доцент</i> „Друштвена опасност“ учиниоца и кривично право	307
 <i>Мр Сања Радовановић, асистент</i> Појам и правна заштита софтвера	345
<i>Мр Јелена Видић, асистент</i> Положај адоптивних сродника као законских наследника	363
<i>Мр Драјана Ћорић, асистент</i> Студија Глигорија Гершића о повратној снази закона	403
<i>Мр Бошко Триковић, асистент</i> Право на приступ информацијама од јавног значаја у Европској унији	415
<i>Маша Кулаузов, асистент</i> Уставни нацрт Напредне странке од 1883. године	439
<i>Мр Самир Аличић, асистент-приправник</i> <i>Regula catoniana</i> и <i>SC peroniamus</i>	459
<i>Мр Ајмила Дудаи, сарадник у настави</i> Promissory estoppel, алтернативни основ принудне извршивости уговорних обавеза у англосаксонском праву	483
<i>Милена Павловић, асистент-приправник</i> Трудноћа и материнство у затворским условима	501
<i>Марко Кнежевић, сарадник у настави</i> Улога посредника у закључењу споразума у поступку посредовања	513
<i>Иван Ђекић, мр Бојан Марковић</i> Унапређење рада комисије за заштиту конкуренције Републике Србије	527
 ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ АУТОРЕ	
<i>Константијин Поје, ванредни професор</i> Осврт на суд за пореске и административне захтеве	541
<i>Чаба Фењевши</i> Суочење у кривичном поступку као део европског права	553

TABLE OF CONTENTS

<i>Dorđe Popov, Ph.D., Full Professor</i>	
Investments and Evaluation of the Business Risks	7
<i>Srđan Šarkić, Ph. D., Full Professor</i>	
Legal Equalization of the Senate of Rome and the Senate of Constantinople ...	25
<i>Mile Vranješ, Ph. D., Full Professor</i>	
A Review of the Institute of Social Contribution in Serbia	41
<i>Rodoljub Etinski, Ph.D. Full Professor</i>	
Fundamental Freedoms of European Union in Lisbon Version	61
<i>Antun Malenica, Ph. D., Full Professor</i>	
„Legal affair“ and „negotium“, two concepts that belong to different epochs	75
<i>Dragan Milkov, Ph. D., Full Professor</i>	
Specialty Ombudsmen	101
<i>Pavle Jovanović, Ph. D., Full Professor</i>	
Constitutional Role of the President of Republic of Serbia in Comparative Perspective	123
<i>Ljubomirka Krkljuš, Ph. D., Full Professor</i>	
French Diplomats' Opinion of Leaders of the Serbian National Movement 1848-1849	145
<i>Milo Bošković, Ph. D., Full Professor</i>	
Money launderine as a problem of the criminology and criminal law	171
<i>Danica Popov, Ph.D., Full Professor</i>	
Usucapio-how to become ownship	197
<i>Bernadet Bordaš, Ph. D., Full Professor</i>	
Private international law of the ec after communitarization: state and perspectives	213
<i>Radenka Cvetić, Ph.D., Associate Professor</i>	
Protection of a possession in the draft code on ownership and other property rights	237
<i>Snežana Brkić, Ph. D, Associate Professor</i>	
Protection and support of victims of trafficking in human beings in light of international law standards	253

<i>Vesna Klajn-Tatić, LL.D. Senior Research Associate</i>	
Removal organs from deceased donors – medical, ethical and legal problems	271
<i>Tatjana Lukić, Ph.D., Assistant Professor</i>	
The prepaid cards – new tool for money launderers	289
<i>Dr Dragiša Drakić, Ph.D., Assistant Professor</i>	
„Social danger“ of a perpetrator and criminal law	307
 <i>Sanja Radovanović, LL.M., Assistant</i>	
Conception and legal protection of software	345
<i>Jelena Vidic, LL.M., Assistant</i>	
Position of adoptive kinships as legalhair in ex Yugoslav republics’	363
<i>Dragana Ćorić, LL.M. Assistant</i>	
Gligorije Geršić’s study on retroactive power of laws	403
<i>Boško Tripković, LL.M. Assistant</i>	
Right to Access Public-Sector Information in the European Union	415
<i>Maša Kulauzov, LL.M., Assistant</i>	
Constitution draft of <i>Наўредне сўпанке</i> of 1883	439
<i>Samir Alicic, LL.M., Assistant</i>	
<i>Regula catoniana</i> and <i>SC neronianum</i>	459
<i>Attila Dudás, LL.M., Assistant</i>	
Promissory estoppel, as an alternative ground for recovery	483
<i>Milena Pavlović, LL.M., Assistant</i>	
Pregnancy and Maternity in Prison Conditions	501
<i>Marko Knežević, Assistant</i>	
The role of mediator in conclusion of argeement in mediation process	513
<i>Ivan Đekić, mr Bojan Marković</i>	
The promotion of the Commission work for the protection of Republic Serbia competition	527
 <i>Constantin D. Popa, Ph.D.</i>	
Considerations on the tax and administrative claims court	541
<i>Dr. univ. ec. Csaba Fenyvesi Ph.D.</i>	
Die strafverfahrensrechtliche Gegenüberstellung als ein Teil des europäischen Rechts	553

*Др Борђе Појов, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

ИНВЕСТИЦИЈЕ И ПОСЛОВНА КЛИМА

Сажетак: Вашингтонски консенсус представља скуп препорука институција са седиштем у Вашингтону о мерама које треба да предузимају земље у развоју и земље у транзицији како би убрзале свој привредни развој и учиниле своје привредне системе компатибилним са привредним системима развијених земаља. Важан елемент Вашингтонског консенсуса треба да представља и стварање одговарајуће пословне климе за инвестирање како домаће, али и пре свега иностраног капитала.

Једна од појава у привредама земаља у развоју је и доларизација, тј. ширење и обављање трансакција у страним валутама. У раду се указује на негативне последице овог феномена, као и на мере које је потребно предузети да се невољни ефекти доларизације умање и на дужи рок сама појава елиминира.

У раду се наводе и економске мере које је потребно предузети да би се обезбедио одрживи развој у земљама у развоју и земљама у транзицији. Те мере се нужно не подударају са препорукама Вашингтонског консенсуса.

Последњи део рада је посвећен анализи законодавне регулативе и њених резултата у земљама Европске уније када је реч о прописима који су усмерени на стварање пословне климе за привлачење страних инвестиција, али и реинвестирања капитала.

Кључне речи: стране инвестиције, пословна клима, Вашингтонски консенсус, доларизација, економски развој, дефлација, инфлација, ширење инфлација, „балон“ цена, bailout, Европска Унија, доминација, корпоративно право.

Вашингтонски консензус и привредни развој

Термин „Вашингтонски консензус“ је развијен да би се њиме означило становиште финансијских институција са седиштем у Вашингтону – Међународног монетарног фонда (ММФ), Светске банке и Федералних резерви САД¹ – о томе под којим условима и којим мерама треба да се убрза привредни развој земаља у развоју и земаља у транзицији.

Вашингтонске институције препоручују као мере за подстицање привредног развоја, пре свега: приватизацију, укидање националних монопола, гарантовање својинских права, акцију за смањивање корупције, подстицање конкуренције, укидање финансијских рестрикција за слободно кретање капитала као и слободно кретање роба преко границе, тј. укидање царинских баријера.

Циљ је како се наводи увођење чисте тржишне економије. Слободна трговина и финансијска либерализација, која после процеса прилагођавања треба да укључи мање више све финансијске трансакције, су неопходне претпоставке таквог приступа. Визија „Вашингтонског консенсуса“ је стварање стабилног окружења за деловање тржишта.

То би требало да створи оквир за стабилан економски развој који би био резултат деловања тржишта. На неки начин Смитова „невидљива рука тржишта“ би требала да обави улогу главног подстицаја, али и гаранта привредног развоја.

Основни елементи „Вашингтонског консенсуса“ како га је дефинисао Вилијамсон² 1990, као и допуне како их је 2003. видео Родрик³ представљени су у Табели 1.

Макроекономска политика сугерисана „Вашингтонским консенсусом“ и његовим „додатком“ могла би се према томе сумирати на следећи начин:

1. Уздржавање од високе инфлације – што не значи да се једноцифрене стопе инфлације не би могле толерисати⁴.

2. Уравнотежен буџет – у случају да се не може остварити уравнотежен буџет, томе се мора тежити, а толерисаће се само низак буџетски дефицит.

3. Мали или занемарљив дефицит платног биланса.

4. Политика флексибилног девизног курса. У противном увођење и придржавање фиксног курса.

¹ Фонд федералних резерви (US Treasury) је уствари централна банка САД.

² Williamson, John, 1990, What Washington Means by Policy Reform, Washington DC., Institute for International Economics.

³ Rodrik, Dani, 2003, Growth Strategies, Harvard University, Handbook of Economic Growth.

⁴ Види: World Bank, 2003, Macroeconomic Issues, PRSP Sourcebook, Chapter 6, Washington DC.

Табела 1.

ПРАВИЛА „ВАШИНГТОНСКОГ КОНСЕНСУСА“ И ДОПУНЕ

Вашингтонски консенсус (Вилиамсон 1990.)	Допуне Вашингтонског консенсуса (Родрик 2003)
1. Редукција буџетског дефицита до нивоа да не утиче на инфлацију	1. Друштвено управљање.
2. Преусмеравање јавних расхода на секторе као што су образовање, инфраструктура, итд.	2. Борба против корупције.
3. Пореска реформа у правцу смањивања стопа и ширења броја обвезника.	3. Флексибилно тржиште рада.
4. Финансијска либерализација, пре свега кроз тржишно утврђивање каматних стопа.	4. Придржавање правила СТО. ⁵
5. Девизни курс које ће обезбеђивати конкурентност и брз раст нетрадиционалног извоза.	5. Придржавање међународних финансијских кодекса и стандарда.
6. Укидање квантитативних ограничења увоза и смањивање царинских стопа.	6. Придржавање међународних стандарда рачуноводства и ревизије.
7. Укидање баријера за стране директне инвестиције.	7. Прихватање „чистог“ режима девизног курса.
8. Дерегулација за отпочињање нових бизниса.	8. Независна централна банка, и прихватање принципа, циљне (таргетиране) инфлације.
9. Приватизација предузећа у државном и друштвеном власништву.	9. Мрежа социјалне сигурности.
10. Заштита имовинских права, пре свега у приватном сектору.	10. Мере за смањивање сиромаштва.

Извор: Hansjoerg, Herr/Jan, Priewe, Beyond the „Washington Consensus“ – Macroeconomic Policies for Development, International Politics and Society, Bonn, 2/2005, стр. 84.

⁵ СТО – Светска Трговинска Организација, настала из ГАТТ-а – Општег Споразума о Царинама и Трговини. Задатак јој да, пре свега, регулише односе у трговини на глобалном нивоу, али у новије време инсистира и на одређеним мерама економске политике земаља чланица.

То је једна од последњих организација на глобалном плану чији Србија, нажалост, није члан.

Главни инструменти за реализацију овако постављених циљева макроекономске политике требало би да буду:

- рескриктивна монетарна политика,
- контрола новчане масе,
- реализација таргетиране⁶ инфлације,
- рестриктивна буџетска политика.

„Вашингтонским конзенсусом“ као и његовим „додатком“ предвиђено је да ако се остваре ови циљеви политике стабилизације и прилагођавања, у том случају земља која то реализује може да рачуна на кредите под повољним условима од стране Вашингтонских институција као и других донатора. Овим начином финансирања треба да се привуче приватни капитал, у свим облицима, тј. у виду банкарских кредита, портфолио инвестиција, али и директних инвестиција из иностранства (FDI)⁷ и да се тиме надокнаде неразвијеност домаћег финансијског сектора, као и непостојање домаће штедње.

Прилив иностраног капитала се очекује, јер се земље у развоју и земље у транзицији, сматрају као финансијска тржишта у развоју на којима се имајући у виду већи степен ризика могу очекивати и веће стопе повраћаја капитала, тј. већа зарада.⁸ Ови процеси такође треба да резултирају укључивањем ових земаља у светски глобални финансијски систем.

„Доларизација“ и њене опасности

„Доларизација“ је коришћење страних конвертибилних валута у земљама у развоју и земљама у транзицији као валуте у којој се штеди, дају кредити и упоређују плате и цене добара. То је један од знакова да учесници на тржишту немају довољно поверења у националну валуту и да они страхују од високе инфлације и/или високе депрецијације. Доларизација је широко раширен феномен у земљама у развоју и земљама у транзицији.

Доларизација је мач са две оштрице који чини домаћи банкарски систем екстремно фрагилним:

⁶ Таргетирана – „циљна“ – инфлација. То је стопа инфлације која се предвиђа економском политиком и споразумом са Вашингтонским институцијама за наредну годину. Влада земље која има потребу да сарађује са институцијама Вашингтонског консенсуса онда настоји да не прекорачи ту стопу инфлације. У противном долази у опасност да јој ове институције откажу неопходну финансијску подршку.

⁷ FDI – Foreign Direct Investments.

⁸ Hansjoerg, Herr/Jan, Priewe, Beyond the „Washington Consensus“ – Macroeconomic Policies for Development, International Politics and Society, Bonn, 2/2005, стр.85.

А) Доларизација доводи до опасне међувалутне конфузије с обзиром да банке, компаније, влада и појединци често долазе у ситуацију да су им обавезе изражене у страним валутама (долар, фунта, евро, јен, итд.), а да приходе остварују у домаћој валути.

Б) У земљама са високим степеном доларизације само један део финансијског система послује са домаћом валутом.

В) Међувалутна конфузија, тј. висок степен доларизације подстиче банке да инвестирају у иностранству. Такође, а можда и важније, висок степен доларизације смањује износе расположивих кредита у домаћој валути, и истовремено утиче да камате на узете кредите бивају више од оних у којима се номинално исти износ депозита држи искључиво у домаћој валути⁹. Тако, на пример, Штиглиц указује да високе каматне стопе у земљама са либерализованим кредитним тржиштима и високим степеном доларизације могу довести и до погрешне алокације кредита. Односно да они потенцијални дужници који заиста имају намеру да кредит и врате одустају од задуживања, а банке онда кредите одобравају дужницима који о ризицима не размишљају, или их нису свесни. Тако да читав систем долази у опасност од кредитног слома.¹⁰

Г) Правило је да уколико је већи степен доларизације, утолико је мањи маневарски простор за домаћу монетарну политику. У земљама са високим степеном доларизације финансијске вредности изражене у домаћој валути могу добити већу вредност једино упоредо са порастом курса иностране конвертибилне валуте која је доминантна у доларизацији. У противном долази до моменталног претварања у инострану конвертибилну валуту.

Претпоставимо да банкарски систем земље са високим степеном доларизације креира 100 јединица кредита у домаћој валути. Ако становништво преферира да држи 80% новца у страниој валути, то ће имати за последицу да ће одмах 80 јединица домаће валуте бити размењено у страну конвертибилну валуту. То у случају примене флукутирајућих курсева води да депрецијацији домаће валуте¹¹. Ако централна банка не жели да прихвати депрецијацију домаће валуте, монетарна политика мора постати знатно рестриктивнија према кредитима управо да би се стабилизовао курс¹². То доводи до удара на инвестиције и оне одмах показују тенден-

⁹ Види: Honohan, Patrick/ Shi, Anqing, 2003, *Deposits Dollarization and the Financial Sector in Emerging Economies*, u- J.A. Hanson, P. Honohan and G. Majnoni, *Globalization and National Financial Systems*, Oxford Univ. press.

¹⁰ Stiglitz, Joseph, *Capital Markets and Economic Fluctuation in Capitalist Economies*, *European Economic Review*, 36, str. 269–306.

¹¹ Смањивању вредности домаће валуте у односу на инострану.

¹² То је оно што се дешава у Србији последњих година.

цију брзог пада. На крају то може да доведе до тога да кредити за инвестиције постану практично недоступни, управо да би се спречила депрецијација домаће валуте и инфлација (кроз пораст цена увозне робе у случају депрецијације).

Ако су пак кредити доступни, постају изузетно скупи, а њихов износ може постати премали да би се спречили проблеми ликвидности. Висок степен доларизације може у крајњем случају водити ка инфлацији, и неразумно високим каматним стопама.

Правило је да земље које, барем у средњерочном периоду, нису у стању да обезбеде задовољавајући степен поверења у националну валуту тешко могу да успоставе кохерентне економске механизме. Уколико се почну појављивати знаци инфлаторних тенденција, наставља се ерозија монетарног система и степен доларизације чак показује тенденцију раста.

На другој страни ако се жели очувати стабилност домаће валуте, односно инфлација држати под контролом, може се догодити да кредитна политика постане толико рестриктивна да то доводи до смањивања стопе економског раста, и у екстремним случајевима до кризе ликвидности, што онда стимулише различите облике бартер пословања¹³.

Ризици некритичке примене препорука „Вашингтонског консенсуса“

Неке земље у развоју и земље у транзицији које су током деведесетих година прошлог века и непосредно после 2000. сувише директно примењивале препоруке Вашингтонских институција погодила је за њих неочекивана, озбиљна економска криза. Основне узроке овако изазваних криза, њихове последице као и начине превазилажења потребно је уочити да би се грешке у креирању економске и развојне политике избегле и на тај начин предупредиле евентуалне економске тешкоће.

У земљама у развоју и земљама у транзицији значајне су финансијске кризе у Латинској Америци, Мексичка криза 1994–95, источно-азијска криза 1997, као и криза у Русији 1998. Кризе су се такође периодично, али не толико драматично појављивале и у развијеним земљама. Нпр. криза у банкарству и сектору некретнина у САД крајем осамдесетих, Немачкој средином деведесетих. Кризе у развијеним земљама нису се манифестовале тако драматично нити су имале тако озбиљне последице као у земљама у развоју, али су и оне за резултат имале појаву озбиљне нестабилности на берзама.¹⁴

¹³ Бартер представља директну размену робе за робу без посредства новца. Бартер као што је познато ниуком случају није типичан за праве тржишне привреде, и његова примена је један од знакова озбиљних проблема у развоју финансијских тржишта.

¹⁴ Криза на сектору некретнина поново се јавља управо крајем 2007. у САД.

За кризе у развијеним земљама, али и у земљама у развоју типично је да се оне редовно повезују са појавом такозваног „балона“ цена. Имајући ово у виду, сматрамо да је потребно појаснити овај економски феномен због реалне могућности његовог манифестовања и у будућности.

„Балон“ цена се појављује када је цене нека активе, финансијског инструмента¹⁵, итд. већа од фундаменталне вредности¹⁶ истог. У таквој ситуацији каже се да та цена у себи садржи балон. Уобичајено је да у годинама када берзански курсеви убрзано расту, долази до појаве да бројни инвеститори купују финансијске инструменте не да би их задржали, већ брзо препродали уз профит, иако добро знају да се им цене веће од њихових фундаменталних вредности. Све док „балон“ расте споријим темпом у односу на привреду као целину, информисани инвеститори могу профитирати купујући и продајући финансијске инструменте по ценама вишим од фундаменталне вредности. Међутим, ако балон расте бржим темпом од привреде у целини, он ће апсорбовати већину слободних средстава на тржишту. Отуда, на некој тачци балон мора да пукне¹⁷. Наиме, тада сви покушавају да продају, али пошто нема довољно тражње која је покривена реалним економским параметрима долази до наглог пада цена.

И у земљама у развоју, али и у развијеним земљама, „балони“ су се врло често манифестовали, као што је већ истакнуто, на тржиштима некретнина. Наиме, тржиште некретнина у ситуацији када не постоје позитивна економска очекивања у производним и прометним делатностима појављује се као тачка у коју је могуће инвестирати изузетно значајне износе капитала. Банке немајући одговарајућу тражњу за кредитима из других сектора нуде кредите за некретнине, уздајући се у хипотеку као један од најсигурнијих облика обезбеђења наплате потраживања. Грађани пак верујући у пораст својих плата се задужују, то исто чине и привредни субјекти. Тражња за некретнинама расте. Последица пораста тражње је пораст цена некретнина.

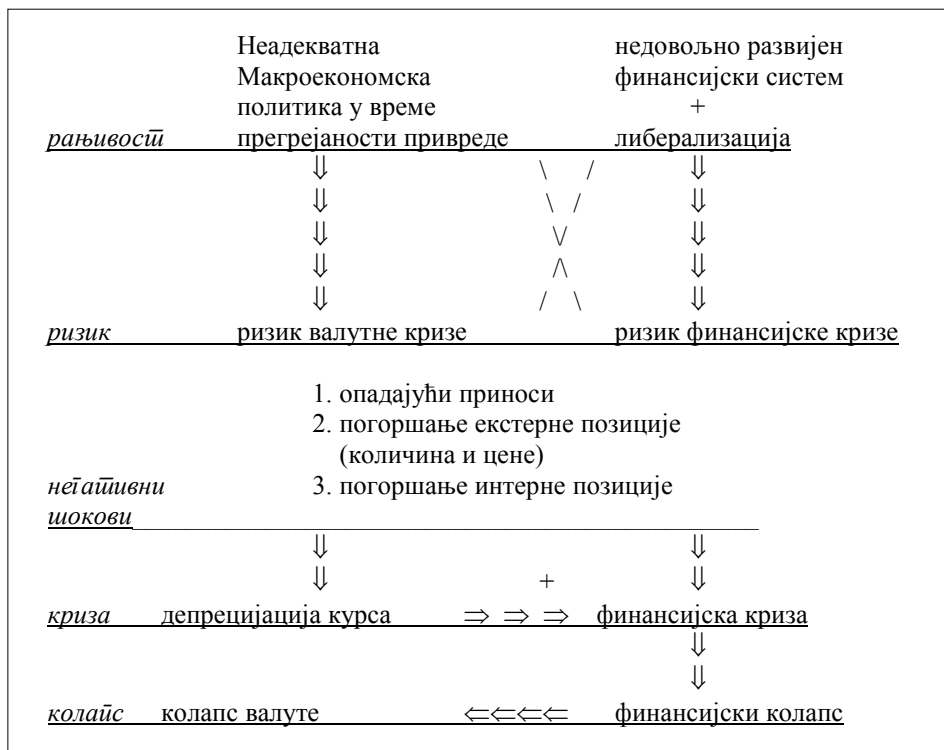
Пораст цена некретнина има за последицу да сада у некретнине инвестирају, узимајући кредите и они који на некретнинама желе да зараде њиховом препродајом. То подстиче даљи раст цена некретнина, а самим тим и даљи пораст износа хипотекарних зајмова.

¹⁵ Значи ради се о нпр. некретнинама, акцијама, обвезницама, итд.

¹⁶ Под ценом већом од фундаменталне вредности подразумева се цена која се остварује на тржишту независно од стварног стања економије неке земље, а која је резултат очекиваног даљег раста цена.

¹⁷ Нпр. крајем деведесетих година прошлог века када је вредност Dow-Jones-а (просечна вредност акција на њујоршкој берзи) достигла 10.000 поена дошло је до наглог пада цена акција. То значи да се ту радило о „балону“.

Слика 1. Интеракција валутне и финансијске кризе



Извор: Ј. Бајец/Љ. Јоксимовић, *Савремени привредни системи*, Београд, 2002, стр. 377.

Пораст улагања у некретнине је врло често последица либерализације финансијских тржишта, односно укидања контроле на тржишту капитала, што је један од основних принципа „Вашингтонског консесуса“. Међутим, у условима земаља у развоју и земаља у транзицији либерализација се изводи у околностима који не постоје у развијеним земљама.

На примеру Тајланда Стиглиц покушава да објасни зашто је то тако. Пре либерализације Тајланд је имао оштра ограничења у погледу износа банкарских зајмова за могуће је спекулативне некретнине. Та ограничења су била логична последица исправног уверења да је за земљу са оскудним ресурсима боље да инвестира у индустрију и отвара нова радна места и повећава доходак. ММФ је сматрао да су ограничења која су постојала у Тајланду мешање у ефикасну тржишну алокацију ресурса. Но, после усвајања препоруке ММФ-а десило се и у Тајланду да су милијарде уложене у некретнине које већ деценију стоје празне и то је био један од глав-

них узрока да су и њему били нужни нови зајмови рада одржања ликвидности и курса домаће валуте, о чему је у раду већ било речи.¹⁸

У једном моменту може да се деси да дође до застоја привредне активности, отпуштања, пада плата, итд. То за последицу има да један број имаоца кредита више није у стању да кредите враћа. Слична ситуација је могућа и са привредним субјектима који услед економске кризе не остварују очекиване профите. Тада банкама не остаје ништа друго него да активирају хипотеке. Међутим, банкама не требају станови и пословне зграде него новац да би обезбедиле своју ликвидности. То значи да банке морају изаћи са тим некретнинама на тржиште, тј. покушати да их продају. Повећана понуда води паду цена, а то значи да је могућа ситуација да банке не могу да поврате свој новац. Чак и ако се ради о великој земљи са значајном привредом, овакво пуцање „балона“ може да има изузетно озбиљне последице на привреду. Тада се и у привредама које спадају у лидере по степену тржишности тражи и углавном и добија нека врста државне интервенције у виду помоћи погођеним банкама.¹⁹

Када је реч о некој од земаља у развоју или земљи у транзицији са високим степеном „доларизације“ оваква ситуација може да се деси и најчешће се и дешава услед наглог погоршања курса домаће валуте у односу на конвертибилне. Тада обавезе дужника у домаћој валути нагло расту пошто се у уговорима о кредиту уобичајено налази валутна клаузула. Наиме, у земљама где је доларизација висока домаћа валута игра нажалост само улогу обрачунског средства, док је мера вредности де факто нека од конвертибилних валута.

Пораст курса стране валуте не мора и најчешће и не води аутоматском порасту прихода становништва и привреде земље у развоју односно транзицији, а то значи да дужници више нису у стању да сервисирају своје дугове. До пораста курса конвертибилних валута долази и услед врло честе прецењености (апрецијације²⁰) курса домаће валуте у земљама у развоју и земљама транзиције. Апрецијација је обично диктирана споља, наиме то је један од инструмената који се сугерише од Вашингтонских институција и тада се курс користи као једино сидро у борби против инфлације. Нагла промена токова капитала нпр. може да доведе до пораста курса конвертибилних валута у односу на домаћу.

¹⁸ Тајланду је само 1998. додељено у те сврхе 17 милијарди долара кредита.

¹⁹ То се нпр. десило у Баварској када је да би се помогло тада највећој баварској банци интервенисала влада Баварске са десетинама милијарди евра, иако је то супротно интенцијама, па чак и регулативи Европске Уније чији је СР Немачка, као што је познато, један од оснивача.

²⁰ Када се узму у обзир горе наведене чињенице види се колико је озбиљна дискусија која се, нажалост уз не сувише професионално респектабилних учесника, води у Србији око могуће стопе апрецијације динара.

Сви услови за пуцање „балона“ су тада реализовани и у тим земљама. Нажалост у њима су последице много горе пошто због, по правилу, лоше економске ситуације, нема ко у земљи да помогне банкама које се нађу у тешкоћама.

Најаву кризе у земљама у развоју²¹ и земљама у транзицији, може често пута да представља значајно повећање прилива капитала, нарочито краткорочно позајмљивање комерцијалних банака у иностранству. Ако се ти кредити не користе за повећање извозне производње како би се обезбедиле девизе за сервисирање спољног дуга, него њима финансирају инвестиције у некретнине, у једном моменту настаје проблем са обезбеђивањем довољне количине девиза ради враћања страних зајмова. Тада долази, као што је већ истакнуто, до депрецијације домаће валуте, а то значи да је домаћим фирмама и грађанима потребно све више домаћег новца ради сервисирања дугова. Страни кредитори, као што је уосталом и уговорено траже враћање кредита у конвертибилним девизама, да би се до њих дошло по новом курсу треба све више домаће валуте и долази до кризе.

У таквој ситуацији Међународни Монетарни Фонд покушава да помогне на свој начин. Он обезбеђује новац ткзв. *bailout*²² који треба да олакша излазак из кризе. Нпр. земљама југоисточне Азије је понуђен „пакет“ у износу од 105 милијарди долара као помоћ очувању курсева домаће валуте. Тај новац је пак, превасходно послужио компанијама да обезбеде доларе за враћање кредита западним банкама. У стандардној тржишној економији пак, ако давалац зајма склопи лош кредитни посао, он сноси последице. Прималац зајма одлази у банкрот, што је иначе регулисано одговарајућим процедурама. То је начин на који функционише тржишна економија. Међутим, уместо тога програми ММФ-а обезбеђују владама фондове (*bailout*) ради отплате зајмовима западним кредиторима. Даваоци зајмови имају толико информација да унапред очекују *bailout* и стога често већ унапред снижавају критеријуме код одобравања зајмова. На тај начин се истовремено повећавају ризици избијања кризе у некој од земаља у развоју или транзицији.

Стога је тај *bailout* уствари више послужио страним банкама него земљама које су се нашле у кризи. Зајмодавци, тј. банке западних земаља нису морале да сnose лоше последице своје погрешне пословне политике. Новац, односно девизни кредити које је обезбедио Међународни Монетарни Фонд је такође искоришћен од стране имућних појединаца у тим земљама да по повољном курсу замене свој новац у доларе или другу конвертибилну валуту и да онда те доларе изнесу у иностранство.

²¹ Тако је на пример било у дотада изузетно успешним привреда југоисточне Азије (Тајланд, Малезија, Индонезија) 1997.

²² Види: Стиглиц, Џозеф, Противречности глобализације, Београд, 2002, стр. 107.

Како до одрживог развоја?

Слика 2. пружа увид у макроекономски сценарио који може бити подстицајан за одрживи развој. Акција мора бити усмерена на највиталније тачке развоја: стварање признате националне валуте и подстицаја за инвестиције. Квалитетна домаћа валута може се остварити једино кроз стабилност цена и истовремену стабилност девизног курса која ће бити реализоване паралелно са дужим периодом задовољавајућег економског раста. Стабилност цена и повратак поверења у домаћу валуту могућ је у земљама у развоју и земљама у транзицији, као што је Србија, само кроз одржавање стабилног девизног курса у релативно дужем периоду. Истовремено треба нагласити да је то могуће остварити само, ако у истом периоду и трошкови у домаћој економији остану на стабилном нивоу.

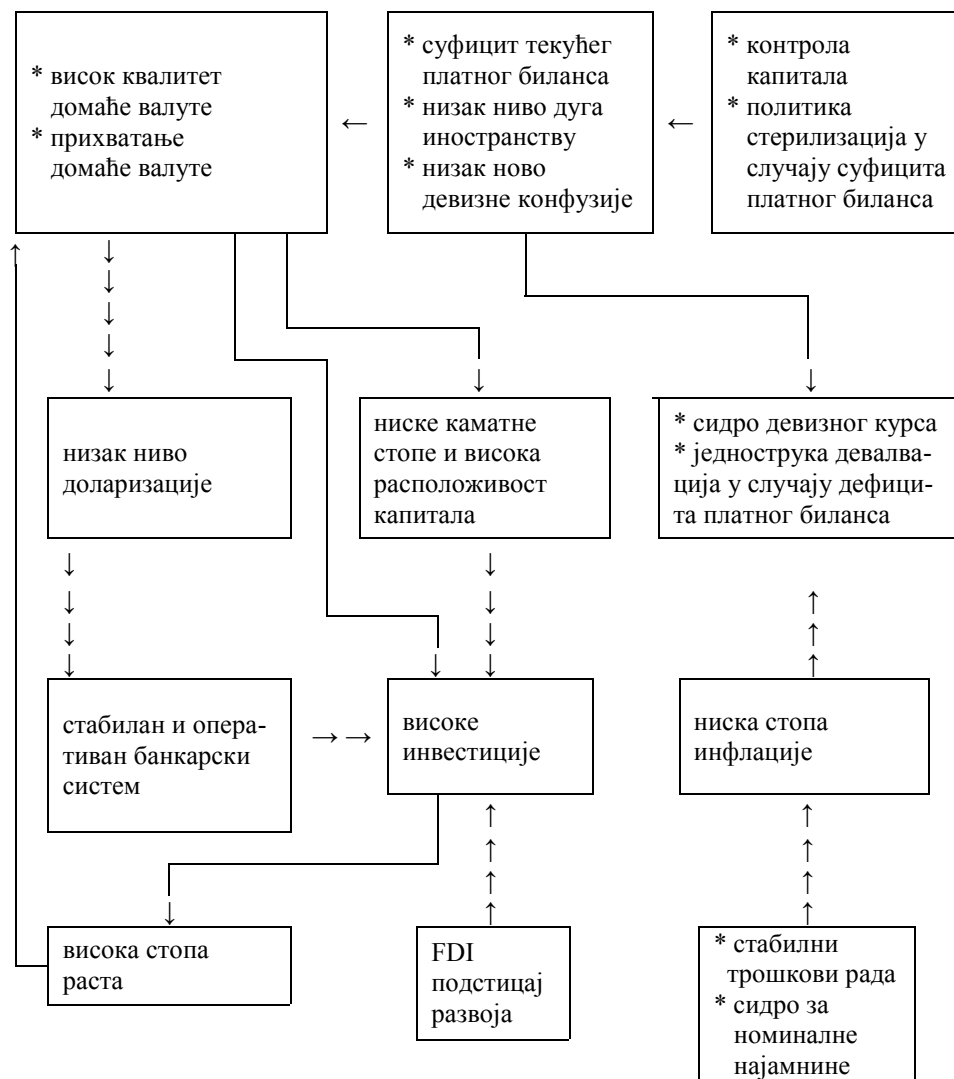
Такође успешна активна макроекономска политика мора инсистирати на уравнотеженом платном билансу, и буџетској равнотежи. Уколико је нижи ниво задужења у иностранству утолико је једноставније остварити овакву констелацију. Вишак у платном билансу и низак ниво дугова у иностранству су најбоља средства за уверавање учесника на тржишту да депрецијација није потребна и да је домаћи банкарски систем стабилан. Растући извоз комбинован са вишком у текућем платном билансу води ка развоју заснованом на извозу.

У ствари тражња за извоз и инвестициона тражња су најбољи стимуланси за економски развој. Но, на другој страни уколико се почне остваривати убрзани раст постоји реална могућност да увоз капитала постане сувише велики. Да би се спречиле евентуалне негативне последице сувише великог увоза капитала, понекад је без обзира на препоруке „Вашингтонског консенсуса“ корисно увести неке облике контроле увоза капитала.²³ Али истовремено препоручују се и мере повећања девизних резерви, као и селективног подстицања извоза капитала. Када се уђе у период вишка увоза капитала тада, се сви облици трансфера капитала дестимулишу осим страних директних инвестиција (FDI), и неких дугорочних повољних кредита од међународних институција као што је на пример Светска Банка. Стране директне инвестиције имају ту предност да је валутни ризик на страни инвеститора, а осим тога оне, као што је познато по правилу, са собом доносе нове технологије и отварају нове извозне канале.

„Стерилизација“ је мера која се примењује у фази интензивног прилива капитала из иностранства ради неутралисања раста новчане масе у домаћој валути услед прилива конвертибилних валута. То је истовремено и прилика за де-доларизацију која треба да се подстиче кроз стимулисање депозита у

²³ Eechengreen, Barry, Towards a New International Financial Architecture, Institute for International Economics, Washington, DC.

Слика 2. Успешан сценарио развоја



Извор: Hansjoerg, Herr/Jan, Priewe, Beyond the „Washington Consensus“ – Macroeconomic Policies for Development, International Politics and Society, Bonn, 2/2005, стр.77.

домаћој валути. То се може чинити на разне начине, вишим каматама на депозите у домаћој валути, али на пример и захтевима за повећање обавезних резерви за депозите у страним валутама, да поменемо само неке.²⁴

²⁴ Види: Ballino, Thomas, Bennet, Adam and Borensztein, Eduardo, Monetary Policy in

Примери привреда које су оствариле високе стопе раста у дужем периоду показују да је код њих остварена комбинација раста заснованог на извозу, вишка у текућем платном билансу, стабилног курса, високе стопе домаћих инвестиција, као и високе удела страних директних инвестиција.²⁵

Привлачење инвестиција и/или привлачење компанија да региструју домицил – процеси у Европској Унији –

Земље чланице Европске Уније мењају своју регулативу са циљем да привуку што више иностраних инвестиција²⁶. Мењајући законодавну регулативу оне настоје да привуку што је могуће више фирми из других земаља Уније али и осталог иностранства да се региструју у њима. На први поглед ради се о конкуренцији међу земљама ЕУ ради привлачења страних компанија да се региструју у њима, међутим у ствари земље међусобно конкуришу и у привлачењу инвестиција из осталог иностранства.

Привлачење инвестиција се покушава остварити стварањем повољне пословне климе за инвестирање пре свега кроз смањивање пореза, кредите, давање монополских погодности и друге директне трансфере.

Конкуренција у привлачењу инвестиција путем смањивања пореза је најпознатији и веома дуго примењиван метод. Када је реч о земљама Европске Уније на том плану најбоље резултате су постигле Ирска и Холандија. Ирска је последњих деценија позната по ниској пореској стопи на профит остварен у оквирима њених граница. Порез на профит је 12,5%, а порези на плате су такође минимални. Захваљујући томе Ирска је успела да отвори 300.000 нових радних места у периоду од седам година.²⁷ Холандија је на другој страни позната по стимулативним пореским стопама на профите холдинг компанија. Но, холдинг компанија мора остварити физичко присуство у Холандији да би имала право да ужива пореске повластице.

Најзначајнија разлика у конкуренцији за привлачење инвестиција и конкуренцији за привлачење компанија да региструју свој домицил је број прописа који се узимају у обзир приликом одлучивања. Конкуренција за привлачење компанија да региструју свој домицил укључује у себе само један мањи број прописа и правних система зато што су користи од таквог привлачења умерене и компаније по правилу теже да се региструју у оним

Dollarized Economies, IMF, Occasional Papers, 171, Washington DC.

²⁵ Немачка 1950-тих, Тајван 60–70-тих, Кина 80–90-тих, Ирска 90–тих.

²⁶ Види: Investor Protection in Europe, Ed. By: G. Ferrarini and E. Wymeersch, Oxford Univ. Press. 2006.

²⁷ McCreevy, Rejects Corporation Tax Harmonisations Proposals, 2004.

правним системима у којима је већ регистрован највећи број компанија. У САД таква федерална држава је Делевер, која је 45. по броју становника и 38. по друштвеном бруто производу. У случају Европске Уније то би значило регистровање компанија у више малих земаља чланица, услед недовољног интереса великих земаља чланица за овај тип бизниса.

Када је реч о конкуренцији у привлачењу компанија да региструју свој домицил треба рећи да се ту пре свега компаније желе привући да реализују своју правни домицил, за разлику од конкуренције у привлачењу инвестиција где се оне желе привући да остваре своје физичко присуство, тј. да организују производњу или промет.

Конкуренција за привлачење инвестиција је различита. Овде се ради о великим сумама капитала, и код одлучивања у обзир се узима читав низ правних норми. Динамика промена у корпоративном праву у нарочито у великим земљама чланицама Европске Уније стога је врло интензивна.²⁸ Није стога чудно да су се значајне реформе корпоративног права последњих година догодиле управо у таквим земљама чланицама као што су Немачка, Италија и Француска, тј. у великим земљама чланицама. То се с једне стране може објаснити притисцима за реформе од стране индустрије, али и као процес изградње неопходне правне инфраструктуре да би се конкурисало у привлачењу инвестиција.

Међутим, без обзира на чињеницу да конкуренција за привлачење инвестиција и конкуренција на подручју регистрација фирми захтевају промене у различитим сегментима правне регулативе, и једна и друга као резултат имају правне норме које настоје да појачају интерес обе кључне групе у компанијама. Менаџера који иницирају одлуке у компанијама и акционара који морају бити задовољни са њима. Конкуренција у привлачењу инвестиција у оквирима Европске Уније за резултат је имала да је заштита акционара постала један од приоритета у реформама права.

Када је реч о конкуренцији у привлачењу компанија да се региструју треба подсетити да постоје две врсте фирми:

- фирме за које су трошкови регистрације у иностранству мали, и
- фирме за које су трошкови регистрације ван свог дотадашњег домицила високи.

Највећи корисници промена у поједностављењу правне регулативе на подручју регистрација фирми ће вероватно бити компаније које су већ регистроване у некој од земаља чланица Уније, али нису најзадовољније са домаћим корпоративним правом, јер оно не мора ниуком случају бити најбоље када се посматрају оквири Европске Уније. На пример, једна ита-

²⁸ Види: Ehud Kamar, *Using Corporate Law to Compete for Investments*, у *Investor Protection in Europe*, оп. цит. стр.101.

лијанска фирма може да одлучи да се региструје у некој другој земљи чланици да би користила боље домицилно право на новој локацији. На другој страни остаје проблем још увек непостојеће унификације права на нивоу Уније, јер фирме морају да се географски диверзификују и да подлежу различитим јурисдикцијама.

На другој страни многе, пре свега мале фирме, доћи ће до закључка да су за њих трошкови регистрације у некој трећој земљи сувише високи у поређењу са очекиваним порастом профита.²⁹

²⁹ Чак и у САД где не постоје језичке и културне баријере да би се фирме регистровале у Делеверу, где је законодавство као што је напоменуто најлиберланије само један мањи део од укупног броја фирми се на то одлучује. 1999, на пример, Делевер је био правни домицил за 230.000 компанија, што је ипак само мали део од укупно 5.000.000 компанија са домицилом у САД.

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

INVESTMENTS AND EVALUATION OF THE BUSINESS RISKS

Abstract

The term „Washington“ Consensus was introduced to express what would be the lowest common denominator of policy advice of Washington based institutions. Countries following the Washington Consensus closely are scarcely to be found in the list of the best growth performers. But, on the other side we believe that only stable macroeconomic development and integration into the world economy are capable to bring the real development.

Taken altogether, every measure contributing to reduce dollarization and strengthen the local currency and trust in the domestic financial system is a step in the right direction. When domestic money can fulfill all of its basic functions /including its function as a store of value/, the financial system can potentially provide the finance needed for a credit-, investment-, and income-creating process.

Competition for international capital currently provides EU Member States with a stronger reason to update their laws and accommodate shareholders than the hope of attracting incorporations does. This motivation may weaken in incorporation abroad becomes an easy alternative for all firms to use. While the current regulatory dynamics in the EU provide a particularly vivid illustration of the power of competition for investments to shape corporate law, these dynamics appear universal.

*Др Срђан Шаркић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

ПРАВНО ИЗЈЕДНАЧАВАЊЕ РИМСКОГ И ЦАРИГРАДСКОГ СЕНАТА¹

Сажетак: *Мада се у свим уџбеницима римске и византијске историје оснивање Сената у Цариграду везује за личности и владавину цара Константина (306–337), његово правно изједначавање са оним у Риму догодило се за владе једног од Константинових синова и наследника – Констанција II (337–361). Добивши на управу, одмах након очеве смрти, Источни део царства, Константије је настојао да новој престоници и њеном Сенату подигне улед. Процес изједначавања два сената трајао је од 340. до 361. године, и можемо слободно рећи да је за владе Констанција II, Сенат у Цариграду дефинитивно постао царска установа.*

Кључне речи: *Сенат, синклиј, Константин, Константије II, закони, Теодосијев кодекс, Статути Сената у Цариграду, царство.*

За владавине Константиновог сина Констанција II, дошло је до изједначавања Сената у Риму и Цариграду и до уздизања цариградског већа на ниво једне царске установе. Процес је текао поступно. Трајао је двадесет једну годину (од 340. до 361. године) и можемо, мада ће се израз цариградски Сенат још дуго избегавати,² слободно рећи да је он за владе Констанција II дефинитивно и стварно основан. Овај процес је имао неколико етапа и може се доста јасно реконструисати комбинацијом наративних извора, ма колико они били непрецизни, и бројних, прецизних закон-

¹ Овај рад се надовезује на чланак *Оснивање Сената у Цариграду*, кога сам објавио у претходном броју *Зборника*.

² Изузев да би се, врло иронично и подругљиво, истакла његова инфериорност. То се нарочито јасно види у целом опусу великог песника тога времена Клаудија Клаудијана (Claudius Claudianus, око 378 – око 408).

ских текстова, који су нам остали сачувани у Теодосијевом кодексу. Сви извори потврђују да је Констанције II имао чврсту и постојану намеру да цариградски Сенат уздигне на ниво римског. Да би боље разумели Констанцијеве побуде присетимо се неких чињеница још из времена Константинове владавине. Константин је још за живота уздигао своја три сина у ранг цезара: Константина II, 1. марта 316, Констанција II, 8. новембра 324, и Констанса, 25. децембра 333, а 22. маја 337. постали су сва тројица августи.³ У њиховој потврди узели су учешћа војска, Сенат и римски народ. На самрти Константин је западни део Царства оставио свом најстаријем сину Константину II да влада њим заједно са најмлађим Констансом. Други син Констанције II добио је источни део Царства. Константин II је убрзо (340) погинуо, па је тако Констанс завладао Западом. Нешто касније (350), Констанс гине у борби против узурпатора Магна Магненција, а Констанције II постаје једини цар пошто је у крвавој бици код Мурсе (данашњи Осијек) успео да савлада узурпатора.⁴ Чињеница да је млађи Констанс већ 340. завладао Западом, навела је енглеског историчара Џоунса (Jones) на закључак да је љубоморни Констанције II на свог млађег брата Констанса, који је држао стару престоницу Рим и његов Сенат, желео да изједначи установе Рима и Цариграда, те да је у том смислу водио политику уздизања цариградског Сената. Тешко је објаснити зашто је онда Констанције II и када је постао једини господар Царства актуализовао ту политику. Разлога за љубомору више није било. Џоунс на то питање не даје одговор већ само констатује да је Констанције II, када је Рим пао под његову власт, „наставио да негује цариградски Сенат.“⁵ Међутим, Констанцијева политика није била само даље неговање цариградског Сената, већ његово правно изједначавање са римским. Истина, Констанције је процес уздизања започео још 340. године, али се ипак љубомора не би могла узети у обзир као Констанцијев мотив, поготову ако се има у виду чињеница да је до доношења Статута цариградског Сената дошло 361. године, када је Констанције већ увелико био једини владар.

Прва мера у процесу преображаја Сената била је финансијске природе. Констанције II се из своје резиденције у Антиохији обратио Сенату у Цариграду 340. године једном конституцијом, која образује два закона у Теодосијевом кодексу: VI, 4,5 и VI, 4,6, оба од 9. септембра 340. године. Конституцијом се у Цариграду заснива режим претуре. Претура је у ово

³ Eusebios, *Vita Constantini IV*, 40, ed. Heikel, *Die griechischen christlichen Schriftsteller* (у даљем тексту G.C.S.), Berlin 1902.

⁴ Детаљније видети Е. Stein, *Histoire du Bas Empire*, Paris – Bruxelles – Amsterdam 1949-1959, vol. I, pp. 131-144 и Г. Острогорски, *Историја Византије*, Београд 1970, стр. 69.

⁵ A.H.M. Jones, *The Later Roman Empire (284-602)*, Oxford 1964, p. 132; *The Decline of The Ancient World*, London 1966, p. 52.

време била изгубила сваку везу са својом републиканском садржином. У четвртом веку је то била обавеза приређивања јавних игара, скопчана са великим материјалним трошковима за извршиоца, али је вршење претуре био услов за улазак у Сенат, од кога се само изузетно могло ослободити. То значи да се првим законом одређује висина и модалитет главних сенаторских пореза: *За прву претору, означену именом Flaviālis, прописујемо трошак од 25 000 фолиса и 50 ливри сребра. За другу, Constantiniana, прописујемо да се мора издати 20 000 фолиса и 40 ливри сребра. Трећа, Triumphālis, 15 000 фолиса и 50 ливри сребра, без неуодносности по извођача игара.*⁶ Други закон прописује одредбе против одсутних сенатора који не би исплатили обавезе утврђене претуром: *За оног, који је одсуством издати избегао, целу дођовану исплатиу блајажна ће одмерити после његовог доласка, каква је раније била, и разрешиће се.*⁷ Одлуке су велика новост и несумњиво су од капиталног значаја за Сенат нове престонице.

У извесној противуречности са овим законима стоје текстови Зосима и Јована Лидијца,⁸ који приписују оснивање претуре Константину, али су обојица, изгледа, помешали епохе и магистратуре. У тексту Јована Лидијца стоји уз претору ознака *Constantiana*, а не *Constantiniana*. Међутим, епитет *Constantiniana* не мора бити оригинална ознака, већ може да значи поштовање кога Констанције упућује своме оцу, као што и три назива претуре *Constantiniana*, *Flaviālis*, *Triumphālis*,⁹ илуструју троструки карактер, лични, династички и победнички, који је карактеристичан за Цариград од његовог оснивања.¹⁰

⁶ C. Th. VI, 4,5: *Primae praeturae, quae Flaviāli nuncupatione signatur, viginti et quinque milium follum et quinquaginta librarum argenti erogationem sumtusque praescribimus. In secunda vero Constantiniana viginti milia follum et quadraginta libras argenti largiendas esse censemus. Tertia Triumphālis quindecim milia follum ac triginta argenti libras sine inconmodo editoris expendat.*

⁷ C. Th. VI, 4,6: *Pro eo, quae absentem tempus editionis invenerit, erogationem debitam fisci expendat post adventum cuncta, quae praerogata fuerint, soluturo.*

⁸ Zosimos, *Historia nova*, II, 38, 3-4, ed. Mendelsson (Teubner), Leipzig 1887, каже да је Константин звао сваког из *досијојансѣва сјајних* (τοῖς ἐν λαμπρᾷ τήρῃ), да врши претору и под маском почасту извлачио од њих велике суме новца. Ioh. Lydos, *De magistratibus populi Romani* II, 30, ed. Wünsch (Teubner), Leipzig 1903, у једном кратком одломку, који носи назив *О Констанцијановим и Јустинијановим преторима и магистратима* (Περὶ τοῦ Κωνσταντιανου καὶ Ἰουστινιανου πραιτωρὸς καὶ τοῦ μαγιστροῦ τῶν κήρων), меша магистратуре и функције тако различите, као што су градски префект, служба *censuales* и претуре, у времену од Константина до Јустинијана, тако да се његово сведочење не може прихватити. Jones, *Later Roman Empire*, p. 83, n. 13 и F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, Napoli 1971, vol. V, p. 312, су мишљења да је прву градску претору у Цариграду основао Констанције II 340 године. У оснивању претуре поменути аутори виде и оснивање Сената.

⁹ C. Th. VI, 4,5.

¹⁰ G. Dagron, *La naissance d'une capitale*, Paris 1974, p. 125.

Друга етапа у уздизању цариградског Сената отпочела је петнаест година касније. Именовавши говорника и философа Темистија за цариградског сенатора, Констанције II користи прилику да истакне своје намере. У његовим писмима Сенату, која су нам сачувана код Темистија,¹¹ истиче се жеља да Сенат у новој престоници постане синтеза између *римској досијојансѣ* (*ῥωμαϊκόν*), што је титула сенатора, и *хеленске мудросѣ* (*σοφίαν Ἑλληνικὴν*).¹² Истицање *римској досијојансѣ* и *хеленске мудросѣ* несумњиво значи подвлачење извесне разлике која постоји између сенатора који се уписују у сталеж *ипресвеѣлих* – *clarissimi* (*τῆ συνόδου τῶν λαμπροτάτων τὸν ἄνδρα ἐγκαταλεξας*), што је царева одлука, и именованих у састав већа (*γερουσία*), што може бити и одлука (кооптација) самих сенатора.¹³ Двоструку припадност цариградског Сената, царску и полиадску (муниципалну), лепо илуструје и следећа реченица, којом Констанције II хвали и препоручује Темистија сенаторима: *Део сам у ваше име иѣиѣулу clarissimus-а овом јединсѣвеном философу, изузеѣином ѣрађанину вашеѣ ѣрада, за коѣа можемо без лаѣања ређи ѣрађанину свеѣи*.¹⁴ Темистије, са своје стране, сматра за сходно да се препоручи својим новим суграђанима и обећава им да ће се трајно настанити у новој престоници. Његова „приврженост“ граду, коју китњастим, реторским реченицама истиче, још један је аргумент у прилог политици учвршћиваља Семата у Цариграду.¹⁵

Сенаторско достојанство у Цариграду сада је сасвим извесно једнако сенаторском достојанству у Риму. Веће, међутим, још није равноправно са римским, па се Констанцијејев програм изједначавања наставља. Од 356. године срећемо нове законске текстове. Цар, иако сада једини господар у држави, фаворизује цариградски Сенат, немајући више стварних разлога да га супротставља оном на Западу. Најпре наилазимо на једну конституцију о претури коју је 11. априла 356. године прогласио Констанције који, као једини цар, столује у Милану. Конституцију је у Цариграду прочитао конзул Араксије, а она је разложена у Теодосијевом кодексу на три закона. Први закон потврђује да Сенат припада самим сенаторима, то јест да ће се уобичајена наименовања (квестора и претора, јер у наслову титулуса стоји

¹¹ Themistios, *Orationes*, ed. Dindorf, Leipzig 1832, pp. 21-27. Видети и G. Dagron, *L'empire romain d'Orient au IV^e siècle et les traditions politiques de l'hellenisme: le témoignage de Themistios*, Centre de Recherches d'Histoire et de civilisation Byzantine, Travaux et Memoires 3, Paris 1968, str. 20, 60-62. Оригинални текст царевих говора био је на латинском.

¹² Them. *Orat.* 21 b.

¹³ Them. *Orat.* 19 b.

¹⁴ Them. *Orat.* 22 c: Λαμπροτάτων ὑμῖν δέδωκα τὸν μονογενῆ φιλοσοφον, πολίτην ἐξαίρετον τῆς ἡμέτερας, ὃν τοῖ κοσμοῦ πολίτην εὐλόγως ἂν τις προσείποι.

¹⁵ Them. *Orat.* 21 d – 22 b.

De praetoribus et questoribus) бити у складу са одлукама сенатора и да ће узурпације престати: *Овим законом санкционишемо да ће уобичајена наименовања бити у складу са вашим одлукама и да ће узурпације судија пресити.*¹⁶ Судије (*iudices*), које се помињу у тексту су високи чиновници, проконзул града (председавајући у Сенату до установљаванја службе градског префекта), преторијански префект и можда префект града Рима. Тиме је потврђена аутономија Сената. Други закон несумњиво значи да Сенат не може пуноправно да одлучује, односно да одређује преторе, ако не располаже кворумом од најмање педесет *clarissima*: *Задовољство ми је да не мање од педесет clarissima долази у Сенат: извесно је да у њом броју обилујемо суштином свих врлина.*¹⁷ Трећи закон датиран је 9. маја 356. године, али усвојићемо корекцију коју је предложио Зек (11. април) и припојити га претходнима,¹⁸ јер нам се чини да је и он део јединствене конституције. Закон прописује да се именовања за претора морају вршити на Констанцијев рођендан, онолико дана колико буде потребно, и прави разлику између оних који су стекли привилегију да уђу у Сенат на основу порекла, и оних који су стекли царску наклоност сопственом заслугом (вршећи државну службу). Особама који би подмићивањем стекле привилегију да продру међу заслужне (*functi*, они сенатори који су већ обавили своје службе, посебно претору), та привилегија би била поништена. Закон прецизира да назначени претори не могу пренети своје дужности на сина, унука или на било коју другу особу: *Прописујемо да ће се на Августовске иде, дан рођења мене, Констанција Августа, и надаље Сенат посветити њајвећу наименовањима. Ако случајно један или два дана нису довољни, ња корисна активност ће се наставити онолико дана колико буде потребно за њај кориснијан посао. Ако нека особа случајно подмићивањем стекне привилегију да продру у групу заслужних, ња привилегија ће бити поништена; почаси сенаторске елите је њаква да захтева да се прави разлика између особа са пореклом, о очеви и уписани, и оних особа који су добили нашу милост и посебну наклоност уз помоћ сопствене заслуге. И ако било која особа без заштитне досијне високо звање претора, или било коју другу службу, својом августарском заслугом, уживаће вечиту заштитну наше доброте. Ниједан човек, наравно, неће пренети на сина или унука, или било коју другу особу обавезу која се односи на његову личност, већ ће*

¹⁶ C. Th. VI, 4,8: *Haec lege sancimus arbitrio vestro nominationes solitas fieri usurpationem iudicum cessante.*

¹⁷ C. Th. VI, 4,9: *Placet, ne minus quinquaginta clarissimi veniant in senatum; certu est namque hoc numero large abundare substantiam virtuti omnimodae.*

¹⁸ O. Seeck, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476, Vorarbeit zu einer Prosopographie der christlichen Kaiserzeit*, Stuttgart 1919, pp. 45, 202.

узети своју личну почасти, и када буде означен, извешће своју јавну службу на сојствено задовољство.¹⁹

Констанције II жели да разграничи и географску припадност сенатора, то јест да одреди из којих провинција сенатори припадају већу у Риму а из којих већу у Цариграду. Та мера је била значајна због оних провинција које су лежале на Балканском полуострву, преко кога је и прелазила граница два дела Царства, тако да су неке од провинција биле приближно једнако удаљене и од Рима и од Цариграда. На основу једног закона, упућеног 12. августа 357. године Сенату изгледа да је разграничење и извршено.²⁰ Овај закон је схваћен, према једном тумачењу, као одлука да се у цариградски Сенат пребаце сенатори из Ахаје, Македоније и Илирика,²¹ а према другом као одредба да се они приближе Риму, седишту Сената, да дужина путовања не би била разлог њиховог одсуства. Ахаја, Македонија и Илирик, према томе, представљају најудаљеније географске просторе који су у надлежности Сената у Риму.²² Испитајмо сам текст закона. Прва реченица у закону може се разумети као пропис да нико ко је вршио сенаторску магистратуру у Риму, неће бити обавезан да је поново врши. Вероватно се мисли на Цариград, односно на случај кад неко пређе из Рима у Цариград (*si quos in urbe Roma perfunctos esse claruerit magistratibus, ad nulla editionum genera devocentur*). Други део закона је уперен против честе одсутности сенатора (*usrbis autem Romae curiam callide declinantes...*). Међутим, закон помиње само Рим. Сенатори из Ахаје, Македоније и Илирика треба да се приближе Риму да не би, због дужине пута, изостајали са седница Сената. Према томе, овде се не ради о преласку сенатора из Ахаје, Македоније и Илирика у Цариград, већ се посредно прецизира географска

¹⁹ C. Th. VI, 4,10: *Die natali meo Constati A. id. Aug. ac deinceps designationibus curiam opera dare sancimus. Quod si forsitam dies unus alterve non sufficet, tot haec utilitas occupet, quot esse monstraverit necessarios negotii magnitudo. Et quicumque forsitam impetraverit pretio funtorum coetibus adgregari, indulta ei cessent; allectionis querendus est honor. Secernimus enim ab his patres conscripti, quibus meriti suffragio inlustribus meritis praetori vel alia meruerit dignitatem, praesidio muneris nostri perpetuo perfruatur. Nemo sane in filium transferat vel nepotem aliumve quemlibet, quod personae eius incubit, sed honorem suum capiat, designatus expleat munus impositum.*

²⁰ C. Th. VI, 4,11: *Si quos in urbe Roma perfunctos esse claruerit magistratibus, ad nulla editionum genere devocentur. Urbis autem Romae curiam callide declinantes clarissimo praeditos nomine per Achaia, Macedoniam totumque Illyricum iussimus quaeri raro vel numquam sedem dignitatis propriae frequentates, quibus locorum grata confinia possint esse incunda, ut carens mora longinquae peregrinationis debeat dignitas concupisci.*

²¹ A. Piganiol, *L'Empire Chretien*, Paris 1947, p. 105; A. Chastagniole, *Prefecture urbaine à Rome sous le Bas Empire*, Paris 1960, p. 38; Jones, *Later Roman Empire*, p. 148, n. 8; De Martino, *Storia*, p. 312.

²² P. Petit, *Les senateurs de Constantinople dans l'oeuvre de Libanios*, *Antiquité Classique*, 26 (1957), p. 357, n. 2; Dagron, *Naissance d'une capitale*, p. 128.

подела. Ако су поменуте провинције најудаљеније од Рима, онда у Европи, поред сенатора из преторске префектуре Исток, само сенатори из дијецезе Тракије припадају Цариграду.

У Либанијевој преписци налазимо један случај који потврђује оправданост овог другог тумачења закона из Теодосијевог кодекса. Либаније пише 359. године Темистију, и препоручује му свог пријатеља Олимпијуса, ранијег *consularesa* из Македоније, који се, пошто му је истекао мандат, настанио у Македонији: *Он је био њрешао (μετέστη) из највеће већа у ваше веће (εἰς τὴν ὑμέτεραν βουλὴν ἀπὸ τῆς μεγίστης) – οἰρσίηи ишћо кажем да је ово римско веће од овдашњеџ.*²³ Пошто је у Риму био уписан у Сенат и изузет од претуре, Темистије треба да се заложи да не буде поново опорезован и принуђен да напусти Антиохију и пресели се у Цариград. Исти захтеви налазе се и у једном другом писму из исте године, адресованом на градског префекта Хоноратуса. У писму се каже да је Олимпиус раније платио своје порезе *Сенаџу Римљана (εἰς τὸ Ῥωμαίων συνέδριον); јуче је он њосџао, ако моџу да кажем, наш (χθες δὲ ὡς εἰπεῖν γεγυνε ὑμέτερος).*²⁴ Хоноратус треба да се постара да нови сенатор не буде оптерећен порезом и не буде приморан да се одазове позивима већа из Цариграда.

Овај пример иде у прилог тврђењу да је рашчишћена географска надлежност Сената сваке престонице. Отада су случајеви преласка морали бити врло бројни, поготово за личности које је њихова служба водила са Запада на Исток, и обрнуто. Оно што у Олимпијусовом случају ствара проблем је да он, напуштајући свој положај у Македонији да би се настанио у Антиохији, мења сенаторску надлежност. Не припада више Риму, већ Цариграду.²⁵ Очигледно да је постојала нека прелазна процедура, регулисана неколиким законима који нису сачувани, али о којима 358. године Либаније говори као о скорашњим одлукама. Закон из Теодосијевог кодекса (VI, 4,11) разграничио је надлежности и предвидео везаност сенатора из преторске префектуре Исток за Сенат у Цариграду. Само тако може се и објаснити Олимпијусов случај. Обавезе које настају при прелазу (претура и обавеза да се резидира у *седишџу досџојансџва*), указују на стриктно изједначавање Рима и Цариграда. Па иако се Либаније подсмева неједнакости престижа два већа, чињенице које износи указују на потпуну једнакост статуса.

²³ Libanios, *Ep.* 70, ed. Förster (Teubner), Leipzig 1903 – 1927. Прелазак Олимпијуса проучио је детаљно Р. Petit, *Senateurs de Constantinople*, pp. 376-379.

²⁴ Liban. *Epist.* 251.

²⁵ То није случај са, на пример, Амплијусом (*Ampllius*), проконзулом Ахаје 359. године и префектом Рима 370. године.

У време када Либаније везе своју говорничку способност, тражећи протекцију за свог пријатеља Олимпиуса, пада још један изузетно важан догађај за судбину Цариграда и уздизање угледа цариградског Сената. Исте 359. године Констанције II, који је сада поново на Истоку, оснива у Цариграду службу градског префекта (епарха). Та функција је била од посебног значаја, јер је градски префект Рима био сматран председником Сената, а био је изузет из надлежности преторијанских префеката и директно подчињен цару. Оснивање такве службе у Цариграду, несумњиво је корак даље ка институционализацији цариградског већа. Извори нас о овом догађају обавештавају са извесним нијансама.

Такозвана *Ускршња хроника* (настала између 631. и 641, описује догађаје до 627. године) каже да је 359. године, када је рођен Валентинијанов син (Грацијан), под владом Констанција II *први њуи у Цариграду усџановљен епарх Рима Хоноратиус њири дана њре сејџембарских ида* (11. септембар).²⁶ Извор назван *Consularia* наводи други датум, али потврђује исту годину: *Исџе ѓодине [359] први њуи је усџановљен цариградски градски њрефекџи, ѓо имену Хоноратиус, дана њређеџ децембарских ида* (11. децембра).²⁷ Црквени историчар Созомен, чије је дело настало између 439. и 450. године, прецизира да је Хоноратус био наименован за првог префекта (епарха) Цариграда, мало после царевог повратка у град са Запада.²⁸ Сократ (такође црквени историчар, који пише између 380. и 450. године) је у својој причи експлицитнији: он вели да је Констанције II, враћајући се са Запада *усџановио цариградској епарха, извесној Хоноратиуса, учинивши њџме крај усџанови њроконзула*.²⁹ Касиодор (*Flavius Magnus Aurelius Cassiodorus*, најзначајнији римски писац с почетка VI века, који пише у време остроготске владавине у Италији) наводи годину 360, што је несумњива грешка,³⁰ док први помен градског префекта у Теодосијевом кодексу имамо тек 361. године, поводом подвргавања девет провинција апелационој јурисдикцији градског префекта.³¹

²⁶ *Chronicon Paschale*, ed. Dindorf, Bonn 1832, p. 543: Καὶ αὐτῷ τῷ ἔτει ἐν πρώτοις προῆλθε ἐν Κωνσταντινουπόλει ἐπαρχὸς Ρώμης ὀνόματι Ὁνωράτος πρό γ' ἰδὼν σепτεβρίων.

²⁷ *Consularia, Chronica Minora*, ed. T. Mommsen, *Monumenta Germaniae Historica, auctores antiquissimi*, Hanover – Berlin, 1892-1894, p. 239: *Et ipso anno [359] primum processit Constantinopolim praefectus urbis nomine Honoratus, die III id. Dec.*

²⁸ Sozomenos, *Historia Ecclesiastica* IV, 23,2, ed. Bidez – Hansen, *G.C.S.*, 1960: ...ἀπὸ τῆς μεγάλης βουλῆς ἐξάρχων ὁ Ὁνωράτος ὃν βασιλεὺς, οὐ προ πολλοῦ ἀπὸ τῆς πρὸς δύσιν ἀρχομένης ἐπανελθὼν, πρῶτον ἐπαρχὸν Κωνσταντινουπόλεως ἀπερφησεν.

²⁹ Socrates, *Historia Ecclesiastica*, ed. J.P. Migne, *Patrologiae cursus completus, series graeca* (у даљем тексту P.G.), Paris 1887, vol. 67, col. 345: καὶ γὰρ παρὴν ἀπὸ τῶν ἐσπερίων μερῶν ἀναστρεψας ὁ βασιλεὺς. Καὶ τότε τὸν ἐπαρχὸν τῆς Κωνσταντινουπόλεως κατέστησεν, Ὁνωράτον ὄνομα τὴν ἀνθυπάτων παύσας ἀρχὴν.

³⁰ *Cassiodori Senatoris Chronica, Chronica Minora*, ed. Mommsen, vol. II, p. 152.

³¹ C. Th. I, 6,1.

Сви извори се, дакле, слажу у чињеници да је 359. године, под Констанцијем II, установљена служба градског префекта (епарха) у Цариграду. Извесна варирања у датумима нису за нас битна,³² јер детаљно изучавање ове установе лежи ван предмета рада. Битна за наше истраживање је сама чињеница да је Констанције основао службу градског префекта (епарха) у интервалу од 340. до 361. године, у време када разноврсним мерама претвара Цариград у престоницу, а његов Сенат уздиже на ниво престоничког.

Посебна етапа у Констанцијевој делатности било је својеврсно врбовање сенатора. Требало је Сенат у Цариграду испунити људима, јер је у доба Константина био малобројан. Констанције II омасовио је Сенат смишљеном политиком, вођеном отприлике од 357. до 361. године и о њој имамо релативно доста података. Један од главних ослонаца политике, изгледа, био је ретор и филозоф Темистије, који је у улози Констанцијевог агента придобијао сенаторе за прелазак у Цариград. Темистије је као представник цариградског Сената 357. године приспео у Рим на неку свечаност (можда *vicennialia* – двадесетогодишњица владавине),³³ и у њему, сасвим сигурно, по царевом налогу регрутовао нове сенаторе. За извесно време он је почаствован и титулом *главе Сената*.³⁴ Касније, 358. године, сећајући се те славне епизоде из своје каријере, пред колегама из већа, који су несумњиво добро обавештени, он ће се хвалити, да је *бринући се о судбини Сената, повећао број сенатора* [у Цариграду] *од једва три стотине, на две хиљаде*.³⁵

Можемо ли поклонити поверење овим бројчаним подацима? Сматрамо да нису претерани, јер половином IV века, један град средње величине

³² О градској префектури на Западу видети А. Chastagnol, *La prefecture urbaine à Rome sous le Bas Empire*, Paris 1960, а за Исток Dagron, *Naissance d'une capitale*, pp. 213-297.

³³ Том приликом је и цар кратко боравио у Риму. Царев боравак проучио је А. Straub, *Vom Herrscherideal in der Spätantike*, Berlin 1939, p. 176, n. 9. Cf. Dagron, *Temoignage de Themistios*, p. 21, n. 1.

³⁴ Liban. *Epist.* 40; Piganiol, *Empire chretien*, p. 388, сматра на основу Либанијевог податка, да је Темистије био проконзул. Према њему, ранији архонт Византа је узео у време Константина титулу проконзула, која је означавала његову независност у односу на викара трачке дијецезе, у којој се град налазио. Темистије је био последњи проконзул, који је 358-359. постао први градски префект (епарх). Са оваквим тумачењем се слажу L. Cantarelli, *Le serie dei proconsuli e dei prefetti di Constantinopoli*, *Rendiconti della R. Accad. Dei Lincei, sc. Mor.* 27 (1919), p. 51 и С. Emerean, *L'archonte proconsul de Constantinople*, *Revue archaïque* 5, ser. XXIII (1926), p. 103. Према Дагрону, *Temoignage de Themistios*, pp. 213-217 и *Naissance d'une capitale*, p. 130, вероватно да Темистије није био именован проконзулом града (Цариграда), али је добио посебан ауторитет у односу на Сенат, у време његовог конституисања. Када су у питању проконзули, тешко је закључити које је становиште исправно, али извори изричито тврде да је први префект Цариграда (епарх) био Хоноратус.

³⁵ Them. *Orat.* XXXIV, 13: Ἐκ ἐκείνου τῆς γερουσίας προυνούουν, ἐξ οὗτοу κατάλογον τῶν ὁμογενῶν ἀντί μόλις τριακοσίων ἐπλήρουn εἰς διαχιλίους...

имао је веће (*curia*) од стотинак чланова. Антиохија је имала у време свога сјаја, веће од шест стотина чланова, а касније је цар Јулијан, у доба опадања града, наименовао две стотине нових чланова.³⁶ Изгледа претерана једино прогресија, податак да је број сенатора за кратко време толико увећан. Две хиљаде сенатора је веће које је засновано на постојању једног сталежа, који вероватно настаје у то време на Истоку, тако да се увећање броја не може, сасвим разумљиво, објаснити искључиво Темистијевом агитацијом. Сам Темистије, није могао да придобије више од десет, петнаест особа. Разлози леже у преласку већег броја римских сенатора у цариградски Сенат, посебно оних који су већ резидирали на Истоку, и отварању Сената све ширим слојевима чиновника. Већ поменути Зосимов одломак³⁷ обавештава нас о каквим се све тешкоћама радило прилико вршења политике регрутовања. Према Зосиму, појединци задужени од цара (по њему Константина) да приволе за тешку дужност претуре најбогатије источњаке, и да под маском почаст истргну велике количине новца, налазили су насеља напуштена, јер су људи више волели да побегну, него да се прихвате ове тешке службе.³⁸ Ситуација се 357. године изгледа променила, што наводи Темистија да са оптимизмом изјави: *Пре је под њирином неко био њочасиован уласком у Сенат, и њу њочаси уошшије није разликовао од казне, док се сада у њега јури, са свих сирана, сиротино и добровољно.*³⁹

Стање од Константина до Констанција се несумњиво поправило, али још увек је било неопходно тражити сенаторе, вршити праву пропаганду, нарочито изван кругова аристократије. Прецизни критеријуми за улазак у Сенат још увек не постоје, што цар користи да их сам одреди. У својим

³⁶ Под Диоклецијаном Антиохија има у свом већу шест стотина чланова, а Јулијан је наименовао две стотине нових куријала. Већ 388. године, антиохијско веће броји свега шездесет људи (Liban. *Orat.* 48, 3-4; Cf. P. Petit, *Libanios et la vie municipale à Antioche*, Paris 1955, p. 336). Детаљније о провинцијским градовима Источног царства видети А.Н.М. Jones, *The Cities of The Eastern Roman Provinces*, Oxford 1971.

³⁷ Zos. II, 38,3-4.

³⁸ Ibid.

³⁹ Them. *Orat.* III, 48 a: Ωστε протτοι μὲν υπ' ἀνάγκης ἐτιμᾶτο ἡ γερουσία καὶ ἡ τιμὴ τιμωρίας ἐδοκεῖ μὴδ' ὅτιοι διαφέρειν νῦν δὲ ἐθελούται καὶ αὐτοκείμενοι συνθέουσιν ἀπανταχόθεν. У даљем тексту, Темистије изражава, отприлике, следећу мисао. Да би избегли оно што су сматрали замком (наименовање за цариградске сенаторе), угледни људи Константинова времена били су спремни да се откупе, остајући везани куријалским обавезама, римској претури или чак да изгубе право на експлоатацију великих царских домена у Малој Азији (Καὶ τότε μὲν καὶ χώρα πολλὴ καὶ χρήμασιν ἐξωνούμενοι δέλεαρ ἴγουντο τὰς δωρεὰς τῆς οἰκίσεως, νῦν δὲ καὶ προσεισφέροντες ὅκοθεν ἡδονταὶ τοῖς δαπανήμασιν; Cf. Theod. II, Nov. V, 1). У време Констанција II жели се улазак у цариградски Сенат, иако треба платити тешку претуру и трошкове сенаторских земљишних пореза *gleba* (*follis*). Из овог текста се може разумети да претура није постојала у Цариграду пре Констанција II, што потврђује и закон из Теодосијевог кодекса (C. Th. VI, 4,3).

писмима Сенату он то изричито чини.⁴⁰ Први критеријум је новац (**χρημάτων ευκλεία** – „новчана слава“), што значи да се сенаторска титула купује претуром. Други услов је поседовање земљишног богатства – велепоседа (**κτημάτων περιουσία**), што постаје предуслов сенаторске аристократије. Следи државна, јавна служба (**πόνοι δημοσίοι**), односно припадност категорији функционера који су по титули *clarissimi*. Под Констанцијем II ово се односи мање на војне функционере,⁴¹ а више на цивилне који, ако је веровати Либанију, не чине баш част цариградском Сенату.⁴²

Важан услов на коме цар посебно инсистира је култура, образовање – речитост (**λογων δεινότης**), што нам потврђује један одломак из Темистијевих говора.⁴³ Изнад свега као квалификација тражи се врлина (**ἀρετή**), али се међу критеријумима не наводи рођење,⁴⁴ што намеће јасно разликовање између западних и источних сенатора. Многи источни сенатори нису припадали провинцијској аристократији и добили су своје положаје било повлачењем из државне службе, било добровољном претуром, што значи новцем. Регрутовање изван редова аристократије на Истоку је био принцип времена Константинове и Констанцијеве владавине.⁴⁵ У Риму, насупрот, порекло је први и готово једини критеријум. Римски Сенат има традицију и аристократију која је вековима чувала привилегије свога сталежа.

Сигурно је да су и синови угледних куријалских породица, у време активног регрутовања сенатора, прекидали са куријалским традицијама и настојали да се приближе двору, администрацији и Сенату.⁴⁶ За све ово

⁴⁰ Them. Orat. 19 с.

⁴¹ Аммијан Марцелин XXI, 16,2 (Ammianus Marcelinus, ed. Loeb Classical Library, London – Cambridge, Massachusetts 1952) примећује да Констанције II ретко додељује сенаторско звање официрима, а војне заповеднике провинција (*duces*) није никад почаствовао титулом *clarissimi* (*...nunquam erigens coruna militarium. Nec sub eo dux quisquam cum clarissimatu provectus est*).

⁴² Lib. Orat. I, 76, говори о некултури и запуштености великог (престоничког) Сената, кога сачињавају писари, стари чиновници и војници. Насупрот њима, Либаније хвали интелектуални састав антиохијске курије, у похвали коју упућује граду 360. године (Orat. XI, 139-140).

⁴³ Them. Orat. XXVI, 326 с-d, нас обавештава да Сенат позива све говорнике из целог Царства да уђу у веће (**συνέδριον**), без обавезе вршења претуре, да би га украсили.

⁴⁴ Jones, *Later Roman Empire*, p. 523, n. 1, налази да је изостављање рођења чудно и предлаже да се реч новац (**χρημάτων**) замени неком другом речи, као на пример преци (**προγόνων**). Мислим да ову корекцију не треба усвојити, јер је социјална структура источних сенатора сасвим другачија од исте на Западу.

⁴⁵ Liban. Orat. XLII, 22, у прилог својој тврдњи цитира имена неколико сенатора са врло скромним пореклом: *Tychamenes, Ablabios, Philippus, Datianus, Taurus, Elpidius, Domitianus, Dulcitus, Opiatus* и други, тврдећи да је већина од њих ушла у Сенат захваљујући само својој писарској вештини.

⁴⁶ P. Petit, *Les étudiants de Libanios*, Paris 1957, pp. 154-165. У то време се масовно јурило за почастима и титулама.

време Темистијева активност није престајала. Либанијева писма изричито приписују Темистију наименовање или предлог наименовања Фратерна (Fraternus), куријала из Феникије, Олимпија II (Olimpius), Клеарха (Clearchus), који ће касније постати цариградски префект, Присцијана (Priscianus), Акакија III (Acacius), Аетија (Aetius), члана куријалске породице из Антиохије, и Јулијана VIII (Julianus).⁴⁷ Од педесет пет цариградских сенатора, колико их је цитирано у преписци, више од тридесет су били регрутовани између 359. и 361. године. Темистије, следећи један од услова на коме цар посебно инсистира, настоји да придобије за приступ цариградском Сенату познатије филозофе (као што су Целсус и Јамблих) и песнике и говорнике (као што су Андроник и Либаније).⁴⁸

У широкој кампањи за омасовљење Сената један занимљив случај заслужује више пажње, јер се ради о настојању да се у цариградски Сенат привуче брат чувеног хришћанског теолога и једног од црквених Очева, Григорија из Назијанса.⁴⁹ Григоријев брат, по имену Кајсарије, завршио је са великим успехом студије медицине у Александрији, а затим је у Цариграду обављајући свој посао, стекао велики углед, те је *први међу његовима хтео да се украси и њочастије* *првим међу научницима* (*την πρώτην πόλιν τῷ πρώτῳ λογίῳ κοσμηθῆναι τε καὶ τιμηθῆναι*). Младом лекару је понуђен уносан брак (*γαμὸν τῶν εὐδοκίμων*) и место у Сенату.⁵⁰ Ово се догађа око 358 – 359. године, у време Темистијеве активности и Цариграђани (вероватно сенатори) шаљу цару Констанцију делегацију да га замоли да принуди Кајсарија да се настани у престоници и да заузме место у Сенату. План се није допао његовом брату Григорију, који је младог лекара вратио у родни град, али само за неколико месеци, јер Кајсарије жели да бриљира у својој струци и да прави каријеру тамо где се, у то време, ствара репутација, а то значи у Цариграду. Он се враћа у Цариград, постаје близак Констанцију и сасвим сигурно сенатор.

Оволики прилив сенатора је створио сенаторски staleж, па је настала потреба и да се права и обавезе тога staleжа прецизирају, неком врстом статута. У Теодосијевом кодексу постоји једанаест закона, и они се односе било на сенаторе, било на градског префекта (епарха), који је, као председник Сената, сматран заштитником сенаторских „слобода“.⁵¹ Овим зако-

⁴⁷ Cf. Petit, *Senateurs de Constantinople*, pp. 341-354.

⁴⁸ Случај Целсуса: Liban. *Ep.* 86; Them. *Orat.* XXIII, 295b – 296a; Привлачење Јамблиха: Liban. *Ep.* 34; За Андроника: Liban. *Ep.* 77. Либаније наводи (*Ep.* 62) како су и њега лично настојали да привуку у цариградски Сенат, али је он то одбио.

⁴⁹ Gregor. Naz. *Orat.* VII, 8 (P.G. 35, col. 764-768). Познато је да је Григорије Назијански био у пријатељским односима са Темистијем.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ J. Sundwall, *De constitutionibus Theodosiani imperatoria restituendis, Acta Academiae Aboensis, Humaniora*, III, 6 (1922), pp. 22-24; Seeck, *Regesten*, p. 208: *Statut der Senat von Constantinopel; Themistius gehrt*.

нима затвара се активност Констанција II а изгледа и еволуција сенаторског сталежа и сенатске институције. Положај сенатора и градског префекта (епарха) прецизно су регулисани овим законским мерама.⁵²

Сви ови закони датирани су 3. маја 361. године а то значи последње године Констанцијеве владавине. Они регулишу најразличитија питања из области сенаторских надлежности, права и обавеза, и као целина могу се сматрати неком врстом статута цариградског Сената. Закони регулишу јурисдикцију градског префекта (епарха), сенаторске *defensores*, који штите њихову имовину у провинцији, редован начин за означавање претора, задатке и обавезе претора, имунитет сенаторских домова, сенаторске порезе, фискалне привилегије и такозвани *munus protostasia*. Међу овим законима налазимо један, посебно занимљив, који настоји да спречи улазак куријала у Сенат, што представља помало неочекиван преокрет. Констанције који је био широко отворио врата за улазак куријала у Сенат, сада их затвара. Сенат се, дакле, јако проширио и, с друге стране, консолидовао. Нема више потребе за великим приливом јер је институција већ створена. И најзад, последња два закона, која улазе у састав статута, односе се на плаћање пореза *lustralis collatio*, затим на обавезе сенатора поводом њихових сељака и колона и на изузећа сенатора од учешћа у финансирању јавних грађевина.⁵³

Улога Констанција II у оснивању цариградског Сената, за разлику од Константинове, изгледа потпуно јасна. Према изворима којима располажемо, могу се одредити основне црте његове политике и уочити извесна доследност у њеном спровођењу. Констанције је најпре доделио Цариграду преторске повластице, којима је обухватио и сенаторе, а затим је је изједначио географски разграничивши надлежности, источну престоницу са западном. Масовним регрутовањем сенатора знатно је проширио састав већа и створио прво седиште сенаторског сталежа, које је искључиво на Истоку, а затим је основао службу градског префекта (епарха) и цео про-

⁵² Међу законодавним мерама које се односе на Сенат, треба поменути и Констанцијев закон кога нема у Теодосијевом кодексу а који је у Јустинијановом кодексу С. I. XII, 1,5, без назнаке године објављивања. Закон је упућен Клеарху (Clearchus), градском префекту: *Nemo praefectus urbis citra praeceptionem vel scientiam nostram ulli muneri subiugent senatorem: nemo curiam nostram immani pulset iniuria. Si quid enim senatoria praeditis dignitate fuerit forte mandandum nostro est iudicio reservandum: sit namque dignitas si nobis iubentibus sustinetur*. Godofredus је исправио Констанцијево име у Теодосијево да би му се подударала префектура Клеарха, јер поменути обавља ту службу у Теодосијево доба. Seeck, *Regesten*, р. 113, поправља Clearchus у Cerealis, који је тада био градски префект Рима и датира закон у 6. септембар 353. Није, дакле, сигурно можемо ли и овај текст прикључити поменутима.

⁵³ Једанаест закона који сачињавају такозвани *Сѣтайѹи Сенатѹа у Царѣграду* су следећи: С. Th. I, 6,1; I, 28,3; VI, 4,12; VI, 4,13; VII, 8,1; XI, 1,7; XI, 15,1; XI, 23,1; XII, 1,48; XIII, 1,3; XV, 1,7.

цес конституисања окончао стварањем једног условно речено статута. Констанцијев Сенат у његово време је имао неку сличност са куријалским (муниципалним) већем од кога је постао,⁵⁴ али је она у најскоријем времену нестала и већ 361. године можемо говорити о установи Сената.

Цару је Сенат несумњиво био потребан. Увидевши, као и његов отац, значај Истока и предности положаја Цариграда, Констанције је желео да постигне две ствари: прво, да концентрише, путем претуре, део провинцијског богатства у новој престоници, и друго, да путем именовања привуче у град младе, амбициозне људе и повећа број становника.⁵⁵ Констанцијевом политиком је ударен темељ новој царској аристократији, из које ће касније настати она византијска.

⁵⁴ Cf. P. Petit, *Senateurs de Constantinople*, p. 358.

⁵⁵ P. Petit, *Senateurs de Constantinople*, p. 354, је с правом подвукао везу између становања у Цариграду и именовања у Сенат. Примерима које је он навео (Александар III, Целз) треба додати и Кајсарија, брата Григорија Назијанског.

*Srđan Šarkiћ, Ph. D., Full Professor
Novi Sad School of Law*

LEGAL EQUALIZATION OF THE SENATE OF ROME AND THE SENATE OF CONSTANTINOPLE

Abstract

It is very well known that the Senate in Constantinople was founded during the reign of the Emperor Constantine the Great. But, during his rule the Senate was not on the level of the imperial institution, rather a small group of senators who were following the Emperor in his move into a new capital on the East. Constantine's son and successor Constantius II decided to equalize legally the senates of both capitals. He promulgated eleven laws, preserved in the Theodosian Code, which constituted some kind of the Statute of Constantinopolitan Senate.

*Др Миле Врањеш, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

ОСВРТ НА ИНСТРУМЕНТ ДОПРИНОСА ЗА ОБАВЕЗНО СОЦИЈАЛНО ОСИГУРАЊЕ У СРБИЈИ

Сажетак: Предмет анализе овог рада је да анализира инструменти доприноса за обавезно социјално осигурање у Србији.

Постојећи ставови и оцене о тој теми не прејендују да су једино могући и айсолућно прихватљиви. Треба их схваћати као скроман покушај објашњења доприноса као инструмента финансирања обавезног социјалног осигурања.

Кључне речи: Доприноси за обавезно социјално осигурање, финансирање, социјално осигурање.

Када год се дубље задре у проблем финансирања социјалног осигурања, готово да није могуће мимоићи и питање инструмента доприноса за социјално осигурање,¹ на којима се углавном и заснива ово финансирање. Иначе, доприноси имају ту карактеристику да су усмерени на задовољавање оних потреба чија се корист може приуписати самим уплатиоцима, односно обвезницима доприноса. Зато су доприноси наменски, односно дестинирани приходи посебних ванбуџетских фондова, завода или националних служби, који имају посебан режим трошења, а накнада из тих средстава најчешће је повезана са висином уплаћених доприноса. Иако се ради о наменским приходима који се темеље на начелу корисности, доприноси су углавном у свакој земљи обавезни. Без обзира на различите концепције, место и улогу доприноса у различитим сегментима социјалног осигурања – пензијско и инвалидско, здравствено и осигурање за случај незапослености – заједнички именитељи свих доприноса за обавезно социјално осигурање јесу:

¹ Врањеш, М. (2006). Финансијске теме и дилеме на подручју социјалног осигурања. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2006, стр. 211-230.

- (1) учествовање је обавезно;
- (2) права и износи накнада делимично зависе од претходно уплаћених доприноса запослених;
- (3) плаћање накнаде почиње у тренутку када осигураник остане без посла, разболи се или оде у пензију;
- (4) програми не зависе од имовинског стања осигураника – за остваривање накнаде корисник не мора имати финансијских тешкоћа.²

Бројне су теме и дилеме у овом домену које привлаче пажњу не само финансијских стручњака, већ и неких привредника, па и читаве јавности. Оне се тичу следећих проблема доприноса за социјално осигурање:

- врсте обавезних доприноса;
- обвезници доприноса;
- основица за обрачун доприноса;
- стопе доприноса;
- ослобођења и олакшице у систему доприноса за обавезно социјално осигурање;
- контрола обрачунавања и плаћања доприноса;
- веза између уплаћених доприноса и користи које оствари индивидуални корисник;
- финансијски аспекти доприноса за обавезно социјално осигурање.

Глобалном анализом ових тема евидентираће се постојеће дилеме на овом подручју, које свакако траба разматрати и о њима заузети став.

ДОПРИНОСИ КАО ИНСТРУМЕНТ ФИНАНСИРАЊА ОБАВЕЗНОГ СОЦИЈАЛНОГ ОСИГУРАЊА

У Србији су данас институционализоване две врсте социјалног осигурања: (1) обавезно и (2) добровољно социјално осигурање. У том смислу уређен је и систем доприноса из којих се ова осигурања финансирају, па тако постоје (1) доприноси за обавезно социјално осигурање и (2) доприноси за добровољно социјално осигурање.

Систем доприноса за обавезно социјално осигурање који је у примени од 1. септембра 2004. године уређен је једним прописом – Законом о доприносима за обавезно социјално осигурање³. Постављајући, међутим, темеље савременог, тржишно оријентисаног фискалног система, добрим делом по угледу на земље чланице ЕУ, Србија је већ у оквиру своје прве радикалне фискалне реформе крајем 1991. године, у систему обавезног

² Harvey S. Rosen (1999). *Javne financije*. Institut za javne financije. Zagreb, str. 195.

³ *Службени Гласник РС*, бр. 84/04, 61/05, 62/06.

социјалног осигурања установила фондове који се финансирају обавезним доприносима за социјално осигурање. Ови доприноси почивају на тзв. *pay-as-you-go* принципу (уплатом текуће генерације запослених исплаћују се пензије актуелним пензионерима). Тадашњим Законом о доприносима за социјално осигурање⁴ као ни законима који су регулисали различите ресурсе осигурања није била извршена свеобухватна реформа система социјалног осигурања и система доприноса. Ово се посебно односи на систем пензијског осигурања, чији би задатак био и да створи претпоставке за прелазак на финансирање по систему инвестиционог фонда. Реформа социјалног осигурања и система доприноса била је свесно одложена, а њено одлагање није било ништа друго него чекање да ниво воде нарасте до уха пореског обвезника.

После више година одгађања донет је нови Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање којим је уређена на једном месту читава материја доприноса. Садашња законска решења која уређују систем обавезних доприноса у Србији приказаше се у односу на шест важних елемената:

1. врсте обавезних доприноса,
2. обвезник плаћања обавезних доприноса,
3. основица за обавезне доприносе,
4. стопе обавезних доприноса,
5. ослобођења и олакшице у систему обавезних доприноса,
6. контрола обрачунавања и наплате обавезних доприноса.

Врсте обавезних доприноса

У Србији се следећа три система финансирају из обавезних доприноса:

1. пензијско и инвалидско осигурање,
2. здравствено осигурање и
3. осигурање за случај незапослености.

Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање конципиран је по основном начелу према којем се доприноси плаћају за права која су унапред одређена. Обавезни доприноси се плаћају само за онај систем у којем се остварују права у складу са посебним прописима – Закон о пензијском и инвалидском осигурању⁵, Закон о здравственом осигурању⁶ и Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености⁷.

Као што сваки сегмент социјалног осигурања има своју концепцију, тако и свака врста обавезних доприноса има своје елементе дажбина: об-

⁴ *Службени гласник РС*, бр. 44/94, 74/94, 28/95, 53/96, 25/96, 36/96, 54/96, 60/97, 20/98.

⁵ *Службени гласник РС*, 34/03, 64/04, 84/04, 85/05, 101/05.

⁶ *Службени гласник РС*, бр. 107/05, 109/05.

⁷ *Службени гласник РС*, бр. 71/03, 84/04.

везника, основицу, стопу, ослобођења и олакшице. То треба имати у виду приликом конципирања реформе система социјалног осигурања и система обавезних доприноса.

Обвезници обавезних доприноса

Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање при дефинирању појма доприноса уводи нове институте и разликује (члан 6):

1. обвезника доприноса,
2. обвезника обрачунавања доприноса и
3. обвезника плаћања доприноса.

Обвезник доприноса је осигураник и послодавац или исплатилац прихода, на чији терет се плаћа допринос. Обвезник обрачунавања доприноса и обвезник плаћања доприноса јесте осигураник и послодавац, односно други исплатилац прихода који је дужан да обрачуна, односно плати допринос у своје име и у своју корист или у своје име, а у корист осигураника.

У члановима 7-12 Закона о доприносима за обавезно социјално осигурање „побројани“ су сви обвезници, обвезници обрачунавања доприноса и обвезници плаћања доприноса. Набрајање појмова обвезника доприноса, обвезника обрачунавања доприноса и обвезника плаћања доприноса извршено је посебно за пензијско и инвалидско осигурање, посебно за здравствено осигурање и посебно за осигурање за случај незапослености, што је природно и логично. Но, оно што није природно и логично јесте то што је то учињено на врло сложен и непрегледан начин, кроз чак 49 тачака. Због тога је потребно извршити груписање главних скупина обвезника доприноса за обавезно социјално осигурање. Ове скупине чиниле би следеће категорије обвезника: (1) лица у радном односу (радник по основу рада за послодавца), (2) лица (послодавци) која обављају привредну делатност, (3) лица која обављају делатност самосталног занимања (нпр. адвокати, лекари), (4) осигураници који обављају делатност промета, (5) осигураници који обављају пољопривредну делатност и (6) осигураници по основу самосталне делатности (новинари, спортисти и уметници). Осим овакве поделе, могуће је овакво груписање обвезника доприноса: (1) запослени, (2) послодавци, (3) предузетници, (4) пољопривредници (нису обвезници доприноса за обавезно осигурање за случај незапослености).

У складу са законом који уређује систем обавезног пензијског и инвалидског осигурања, у круг обвезника доприноса за пензијско и инвалидско осигурање у Србији убрајају се следећи осигураници: (1) запослени; (2) изабрана, именована и постављена лица која остварују разлику зараде, односно плате; (3) лица која обављају привремене и повремене послове по уговору закљученим непосредно са послодавцем, односно преко задруге,

осим лица до навршених 26 година живота ако су на школовању; (4) лица која остварују накнаду зараде по закону који уређује финансијску подршку породици са децом; (5) лица која остварују накнаду зараде по закону који уређује обавезно здравствено осигурање; (6) предузетници; (7) оснивачи, односно чланови привредног друштва; (8) пољопривредници; (9) лица која остварују уговорну накнаду; (10) самостални уметници; (11) свештеници и верски службеници; (12) лица која остварују новчану накнаду по закону који уређује запошљавање и осигурање за случај незапослености; (13) домаћи држављани запослени у иностранству (лица укључена у обавезно осигурање, у складу са законом); (15) други осигураници, у складу са законом који уређује систем обавезног пензијског и инвалидског осигурања.

Обвезници доприноса на основицу, за осигуранике: (1) запослени; (2) изабрана, именована и постављена лица која остварују разлику зараде, односно плате; (3) лица која обављају привремене и повремене послове по уговору закљученим непосредно са послодавцем, односно преко задруге, осим лица до навршених 26 година живота ако су на школовању; (4) лица која остварују накнаду зараде по закону који уређује финансијску подршку породици са децом; (5) лица која остварују накнаду зараде по закону који уређује обавезно здравствено осигурање су и послодавци, односно други исплатиоци прихода, по истој стопи и на исту основицу као и ти осигураници.

Такође, и послодавац је обвезник додатног доприноса за пензијско и инвалидско осигурање за стаж осигурања који се запосленом рачуна са увећаним трајањем, у складу са законом.

Предузетник је обвезник додатног доприноса за пензијско и инвалидско осигурање за стаж осигурања који се рачуна са увећаним трајањем, а који као осигураник остварује у складу са законом.

На крају, обвезници доприноса за пензијско и инвалидско осигурање за случај инвалидности и телесног оштећења по основу повреде на раду и професионалне болести јесу: (1) задруге – за лица која, у складу са законом, обављају привремене и повремене послове преко задруге, у складу са законима који уређују систем обавезног социјалног осигурања; (2) организације за запошљавање – за лица, у складу са законом који уређује запошљавање и осигурање за случај незапослености, упуту на додатно образовање и обуку; (3) орган, организација или установа (школа, факултет и др.) – ученик или студент налази се на обавезном производном раду, професионалној пракси или практичној настави; (4) орган, организација или установа у којој се обавља волонтерски рад, односно организација за запошљавање – упућује на волонтерски рад; (5) други правни субјекти, у складу са законима који уређују систем обавезног социјалног осигурања.

Све ово напред изнето о обвезницима доприноса за социјално осигурање указује на широк круг обвезника доприноса за социјално осигурање у Србији, што је разумљиво имајући у виду права из социјалног осигурања.

Основице за обрачун доприноса за обавезно социјално осигурање

Потребно је најпре указати на то да је основица доприноса за социјално осигурање остварени бруто доходак обавезника доприноса за социјално осигурање. Доприноси за социјално осигурање код којих висина зависи од висине дохотка не могу се а priori разврставати ни под начело еквиваленције ни под начело привредне способности, јер се висина доприноса за социјално осигурање одређује (изједначава) према висини дохотка, а не према висини индивидуалног ризика, што је директна супротност начелу еквиваленције. Пошто су приходи од доприноса за социјално осигурање везани за висину дохотка, за време привредног просперитета доходак расте, исто као што расте запошљавање и прековремени рад. На другој страни, за време рецесије долази до пада дохотка и пораста незапослености, што води паду броја лица која плаћају доприносе и негативном утицају на приходе од доприноса који ће се прикупити.

Основице за обрачун доприноса за обавезно социјално осигурање регулисане су Законом о обавезним доприносима за социјално осигурање од 13. до 43. члана. Посебно је значајно указати на овом месту на то да су новим Законом о доприносима за обавезно социјално осигурање укинута вишеструке основице (8) за плаћање доприноса, које су зависиле од стручне спреме, као и да су уједначене основице плаћања свих доприноса, што је позитивно поједностављење. Прописано је 29 различитих основица доприноса, од којих ће се овде приказати само најважније.

Основица доприноса за запослене и за послодавце јесте зарада, односно плата и накнада зараде, односно плате у складу са законом који уређује радне односе, општим актом и уговором о раду, односно решењем надлежног органа.

Основица доприноса за запослене и за послодавце је и премија за добровољно додатно пензијско осигурање које послодавац плаћа за запослене – осигуранике укључене у добровољно осигурање, у складу са законом који уређује добровољно пензијско осигурање, изнад износа од 3.000 динара месечно.

Основица доприноса за запослене и за послодавце је и пензијски допринос у добровољни пензијски фонд који послодавац плаћа на терет сопствених средстава за запослене – чланове добровољног пензијског фонда, по закону који уређује добровољне пензијске фондове и пензијске планове, изнад износа од 3.000 динара месечно.

Основица за зараде, премије за добровољно додатно пензијско осигурање, коју послодавац плаћа за запослене – осигуранике укључене у добровољно осигурање изнад износа 3.000 динара месечно и пензијски допринос у добровољни пензијски фонд који послодавац плаћа на терет сопствених средстава за запослене – чланове добровољног пензијског

фонда, по закону који уређује добровољне пензијске фондове и пензијске планове, изнад износа од 3.000 динара месечно за послодавце јесте и основица додатног доприноса за стаж осигурања који се запосленом рачуна са увећаним трајањем у складу са законом.

Основица доприноса за лица која обављају привремене и повремене послове, као и за послодавце уговорена је накнада по том основу.

Основица доприноса за предузетнике је опорезива добит, односно пашално утврђен приход на који се плаћа порез по закону који уређује порез на доходак грађана. До коначног утврђивања опорезиве добити за текућу годину, предузетници плаћају месечну аконтацију доприноса на основицу коју чини основица за месечну аконтацију пореза на доходак грађана.

Основица доприноса за предузетника је и основица додатног доприноса за стаж осигурања који се рачуна са увећаним трајањем, а који предузетник остварује у складу са законом.

Основица доприноса за самосталне уметнике опорезиви је приход на који се плаћа порез на доходак грађана, по закону који уређује порез на доходак грађана, остварен у години за који се утврђују и плаћају доприноси. До коначног утврђивања напред наведеног опорезивог прихода, самостални уметници плаћају тромесечно аконтацију доприноса на основицу коју, у зависности од висине очекиваних прихода у текућој години, определе у једном од следећих износа помноженим коефицијентом три: (1) најнижа основица, то јест најнижа месечна основица доприноса за осигуранике чини износ од 35% просечне месечне зараде у Републици исплаћене у четвртном кварталу претходне године, према објављеном податку републичког органа надлежног за послове статистике, (2) просечна месечна зарада у Републици исплаћена по запосленом у претходној години, (3) двострука просечна месечна зарада у Републици исплаћена по запосленом у претходној години, (4) четворострука просечна месечна зарада у Републици исплаћена по запосленом у претходној години.

Основица доприноса за пољопривреднике, односно земљораднике јесте приход од пољопривредне делатности на који се плаћа порез у складу са законом који уређује порез на доходак грађана. Ако се у складу са законом који уређује порез на доходак грађана, за одређени период не утврђује и не плаћа порез на доходак грађана на приходе од пољопривреде и шумарства на катастарски приход, основица доприноса за тај период је најнижа месечна основица доприноса.

На крају, основица доприноса за лица која остварују уговорну накнаду јесте опорезив приход од уговорне накнаде у складу са законом који уређује порез на доходак грађана.

Законом о доприносима за обавезно социјално осигурање прописана је најнижа и највиша основица доприноса. Месечна основица доприноса не може бити нижа од најниже месечне основице доприноса. Ако је основица доприноса, прописана овим законом, нижа од најниже месечне основице доприноса, обрачун и плаћање доприноса врши се на основу најниже основице доприноса, ако овим законом није другачије уређено. Изузимајући наведене случајеве, најнижа основица доприноса не примењује се код обрачуна и плаћања доприноса у следећим категоријама:

- за изабрана, именована и постављена лица која, поред зараде код послодавца код кога су у радном односу, остварују разлику зараде, односно плате за време обављања јавних функција, као и за исплатиоце – основица доприноса јесте та разлика зараде, односно плате;

- за осигуранике који остварују накнаду зараде за време породилског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуство са рада ради посебне неге детета у складу са законом који уређује финансијску подршку породици са децом, као и за исплатиоце – основица доприноса је износ накнаде зараде;

- за осигуранике који остварују накнаду зараде по основу привремене спречености за рад из средстава обавезног здравственог осигурања, у складу са законом, као и за исплатиоце накнаде – основица доприноса је износ накнаде зараде;

- за исплатиоце пензија и накнаде по основу инвалидности из средстава организација за обавезно пензијско и инвалидско осигурање, у складу са законом – основица доприноса је износ пензије, односно накнаде;

- за осигуранике који остварују новчану накнаду из средстава организација надлежне за запошљавање, у складу са законом – основица доприноса је износ новчане накнаде;

- за лица која остварују уговорну накнаду основица доприноса је опорезиви приход од уговорне накнаде у складу са законом који уређује порез на доходак грађана.

Најнижу месечну основицу за самосталне уметнике, свештенике, верске службенике и монахе и монахиње и пољопривреднике чини 35% просечне месечне зараде у Републици исплаћене у четвртм кварталу претходне године, док за све остале случајеве њу чини износ од 35% просечне месечне зараде у Републици исплаћене у претходном кварталу, према објављеним подацима републичког органа надлежног за послове статистике.

Највиша месечна основица доприноса примењује се ако је прописана основица доприноса виша од највише месечне основице доприноса. Она се не примењује на основицу доприноса за лица која остварују уговорну накнаду коју представља опорезиви приход од уговорне накнаде у складу са законом који уређује порез на доходак грађана.

Највишу месечну основицу доприноса чини петоструки износ просечне месечне зараде исплаћене по запосленом у Републици према последњем објављеном податку републичког органа надлежног за послове статистике, а примењује се од првог у наредном месецу по објављеном податку о просечној месечној заради исплаћеној по запосленом у Републици.

Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање уређује највишу годишњу основицу доприноса, коју чини петоструки износ просечне годишње зараде у Републици исплаћене у години за коју се обрачунавају и плаћају доприноси.

Из напред изнетог произлази да је социјално осигурање у Србији било и остало ослањано на доприносе из плата и на плате као свој једини изворни приход. Међутим, због своје фрагилности и директног утицаја на цену рада, овакав систем социјалног осигурања показивао је све веће слабости. С обзиром на то да је представљао извор финансирања најважнијих социјалних програма, последица је била смањење стопе доприноса из плата. Увођењем, међутим, концепта бруто зараде у Србији, што значи да су у основицу доприноса укључене и накнаде зараде, односно сва додатна примања која послодавац исплаћује запосленом по колективном уговору, проширује се основица доприноса за социјално осигурање, што омогућава сразмерно умањивање стопа доприноса.

Стопе доприноса за обавезно социјално осигурање

Одређивање стопе доприноса за обавезно социјално осигурање, као и утврђивање основице ових доприноса, изузетно је важан фискални, друштвени и политички проблем. Од њега увелико зависи фискално оптерећење грађана.

Према члану 44 Закона о доприносима за обавезно социјално осигурање обрачунавање доприноса ради се по следећим стопама:

- по стопи од 22% за обавезно пензијско и инвалидско осигурање на темељу генерацијске солидарности,
- по стопи од 12,3% за обавезно здравствено осигурање,
- по стопи од 1,5% за осигурање у случају незапослености.

Када се доприноси плаћају истовремено из основице и на основицу, обрачунавање доприноса ради се по следећим стопама:

- по стопи од 11% за обавезно социјално осигурање на темељу генерацијске солидарности,
- по стопи од 6,15% за обавезно здравствено осигурање,
- по стопи од 0,75% за осигурање у случају незапослености.

Обрачунавање додатног доприноса (члан 46) за пензијско и инвалидско осигурање за стаж осигурања, који се запосленом и предузетнику

рачуна са увећаним трајањем у складу са законом, врши се по следећим стопама:

- по стопи 3,70% када се ефективних 12 месеци рада рачуна као 14 месеци стажа осигурања,
- по стопи од 5,50% када се ефективних 12 месеци рада рачуна као 15 месеци стажа осигурања,
- по стопи од 7,30% када се ефективних 12 месеци рада рачуна као 16 месеци стажа осигурања,
- по стопи од 11,00% када се ефективних 12 месеци рада рачуна као 18 месеци стажа осигурања.

Обрачунавање доприноса за случај инвалидности и телесног оштећења по основу повреде на раду и професионалне болести, односно за случај повреде на раду и професионалне болести, у случајевима утврђеним законом, врши се по следећим стопама:

- по стопи од 4,00% за пензијско и инвалидско осигурање на темељу генерацијске солидарности,
- по стопи од 2,00% за здравствено осигурање.

Иако су, као што произлази из напред наведеног, стопе доприноса за социјално осигурање у Србији релативно високе, оне обезбеђују нешто више од половине прихода, док је остатак покривен дотацијама из буџета и са готово безначајним износом капиталних и пореских прихода.

Пошто су стопе доприноса добар подстицај за улагања, јер је већа конкурентност за улагање, нужно је да оне буду што мање. Но, најбољи подстицај за улагање јесу стабилни општи услови, односно економска, правна и политичка стабилност у земљи. Увођење концепта бруто зараде као основице за плаћање доприноса за обавезно социјално осигурање требало би у наредном периоду да доведе до још већег смањења фискалног оптерећења зарада кроз сразмерно умањивање стопа доприноса.

На крају, евентуално увођење пензијског осигурања на темељу индивидуалне капитализиране штедње (други стуб пензијског система), који и постоји да би пословањем увећао укупну имовину, а тиме и имовину чланова свих ентитета, довело би до увођења стопе доприноса за пензијско осигурање на темељу индивидуалне капитализиране штедње, а тиме и до смањења стопа доприноса за обавезно социјално осигурање.

Ослобођења и олакшице у систему доприноса за обавезно социјално осигурање

Иако је у последњој деценији 20. века било незамисливо да се у наш систем доприноса уведу ослобођења и олакшице, то се ипак десило изменама и допунама Закона о доприносима за обавезно социјално осигурање.

Пре него што их на овом месту анализирамо, нужно је нешто рећи уопште о дажбинским подстицајима, као једном од контроверзних и теоријски још увек неусаглашених питања на подручју фискалних финансија. Наиме, у теорији преовлађује оцена да су дажбински подстицаји непотребни, чак и штетни, јер, не само што на средњи и дуги рок не поправљају тржишно-конкурентску способност државе која их уводи, већ доводе и до истовременог одговора друге државе и тиме стварају надметања у вези са повољнијим условима.⁸ Дабоме, дажбински подстицаји доводе до смањивања основице за плаћање јавних дажбина, што је супротно ефектима увођења дажбинских подстицаја и нарушавања неутралности фискалне политике. Сваки дажбински расход који се даје кроз дажбински подстицај повећава административне трошкове и компликује фискални систем, угрожава видљивост фискалног система и ствара прозачност. Без обзира на поверење, свака дажбинска олакшица ствара арбитрарну процену. Међутим, без обзира на аргументе против увођења дажбинских подстицаја у фискалне системе, они су данас нашли своју примену у различитим облицима, не само у земљама у транзицији, већ и у другим земљама. Дажбински подстицаји постали су чинилац привлачења непосредног страног улагања и стимулисања домаћег предузетништва, односно стимулисања инвестиција и повећања запослености. Но, они могу бити чинилац стварања нелојалне пореске конкуренције у појединим земљама.

У Закону о доприносима за обавезно социјално осигурање прописана су одређења ослобођења и олакшице код плаћања доприноса. Ово је, међутим, учињено у оквиру главе која се односи на стопе доприноса. У том смислу, ова проблематика представљена је врло непрегледно и отежава сналажење те је због тога нужна техничка исправка овог закона. Наиме, проблем ослобођења и олакшица код плаћања доприноса неопходно је исказати у посебној глави закона.

Ослобођења и олакшице у систему доприноса у Србији прописане су ради повећања запослености. Тако, послодавац који запосли лице које је на дан закључивања уговора о раду старије од 50 година и код Националне службе за запошљавање има статус корисника новчане накнаде за време незапослености или је код те службе пријављено као незапослено најмање шест месеци без прекида, ослобађа се обавезе плаћања доприноса за обавезно социјално осигурање који се плаћају на основицу, односно на терет средстава послодавца. А послодавац који запосли лице које је на дан закључивања уговора о раду старије од 45 година и које код Националне службе за запошљавање има статус корисника новчане накнаде за време

⁸ Amold, B.J. (1995). *International Tax Primer*. Boston – The Hague – London: *Kluwer Law International*.

незапослености или је код те службе пријављено као незапослено најмање шест месеци без прекида, има право да доприносе за обавезно социјално осигурање који се плаћају на основицу, односно на терет средстава послодавца, обрачуна и плаћа по стопама : (1) за обавезно пензијско и инвалидско осигурање – 11%; (2) за обавезно здравствено осигурање – 6,15%; и (3) за осигурање за случај незапослености – 0,75% умањеним за 80%. Наведена права послодавац остварује у периоду од две године од дана заснивања радног односа запосленог. Национална служба за запошљавање плаћа допринос, односно разлику доприноса, за лица за које је послодавац остварио наведене олакшице. Наведена ослобођења од плаћања доприноса не могу остварити државни органи и организације, јавна предузећа, јавне службе и други директни и индиректни буџетски корисници.

Посебно је значајно указати на ослобођења од плаћања доприноса за обавезно социјално осигурање која се дају ради повећања запослености приправника и лица млађих од 30 година. Наиме, (члан 45 а) послодавац који запосли на неодређено време лице које је на дан закључења уговора о раду млађе од 30 година, и које је код Националне службе за запошљавање пријављено као незапослено лице, ослобађа се обавезе плаћања доприноса за обавезно социјално осигурање који се плаћају на основицу, односно на терет средстава послодавца, за период од три године од дана заснивања радног односа тог лица.

Послодавац који запосли на неодређено време лице које је на дан закључења уговора о раду млађе од 30 година, а које је пријављено као незапослено лице код Националне службе за запошљавање најмање три месеца без прекида пре заснивања радног односа, ослобађа се обавезе плаћања доприноса за обавезно социјално осигурање који се плаћају на основицу, односно на терет средстава послодавца, за прекид од две године од дана заснивања радног односа тог лица.

Оба наведена ослобођења од плаћања доприноса послодавац може остварити ако се заснивањем радног односа са новозапосленим лицем повећава број запослених код послодавца у односу на број запослених на дан 1. септембра 2006. године. Национална служба за запошљавање плаћа допринос за новозапослена лица за које је послодавац остварио наведене олакшице. Наведена ослобођења од плаћања доприноса за обавезно социјално осигурање не могу остварити државни органи и организације, јавна предузећа, јавне службе и други директни и индиректни буџетски корисници.

Такође, посебно је значајно указати на овом месту и на ослобођење од плаћања доприноса за обавезно социјално осигурање у циљу повећања запослености лица са инвалидитетом. Наиме, (члан 45 б) послодавац који на неодређено време запосли лице са инвалидитетом у складу са законом

који уређује спречавање дискриминације лица са инвалидитетом, за које одговарајућом правномедицински валидном документацијом докаже инвалидност, ослобађа се обавезе плаћања доприноса за обавезно социјално осигурање који се плаћају на основицу, односно на терет средстава послодавца, за период од три године од дана заснивања радног односа тог лица. И овде као и у претходним случајевима, Национална служба за запошљавање плаћа допринос за новозапослена лица са инвалидитетом за које је послодавац остварио наведену олакшицу, док наведено ослобођење не могу остварити државни органи и организације, јавна предузећа, јавне службе и други директни и индиректни буџетски корисници.

Из свега напред изнетог о дажбинским подстицајима у систему обавезних социјалних доприноса, чини се да се може поставити и питање да ли неке мере дажбинских подстицаја на подручју доприноса за социјално осигурање у Србији треба проширити, односно увести неке нове.

Контрола обрачунавања и плаћања доприноса за обавезно социјално осигурање

Према Закону о доприносима за обавезно социјално осигурање (члан 69), контролу обрачунавања и плаћања доприноса врши Пореска управа у складу са Законом о пореском поступку и пореској администрацији.⁹ Такође, и обвезник плаћања доприноса дужан је да о плаћеним доприносима обавештава Пореску управу, сагласно Закону о пореском поступку и пореској администрацији, као и надлежне организације обавезног социјалног осигурања, сагласно прописима који уређују обавезно социјално осигурање. Но, за највећи број осигураника самосталних делатности и осигураника пољопривредника Пореска управа врши утврђивање доприноса.

У Србији је дакле контрола обрачунавања и плаћања доприноса распоређена у оквиру више институције, што потврђује одредба члана 71 Закона о доприносима за обавезно социјално осигурање. У овој одредби наводи се да су Пореска управа и организације обавезног социјалног осигурања дужне да међусобно размењују податке о обвезницима доприноса, обвезницима обрачунавања и плаћања доприноса, основицама доприноса, износима задужених и наплаћених доприноса, као и друге службене податке везане за доприносе. Осим тога, Пореска управа је дужна да надлежним организацијама за обавезно социјално осигурање доставља обавештења, односно обрађене податке о утврђеним и наплаћеним доприносима за осигуранике самосталних делатности и осигуранике пољопривреднике, и то квартално, а најкасније 30 дана од дана истека квартала. Из напред из-

⁹ *Службени гласник РС*, бр. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05.

нетог произлазе три констатације. Прва констатација јесте то да се надлежности ових институција преплићу са нејасним границама овлашћења и задужења. А паралелни систем, поготово ако је контрола обрачунавања и плаћања доприноса распоређена на више институција, наплате и извештавања о доприносима за социјално осигурање неприхватљива је. Друга констатација јесте да Србија нема као друге земље Централни регистар осигураника и обвезника доприноса. Овакву институцију би требало што пре увести у наш систем. Централни регистар осигураника и обвезника доприноса обухватио би сва три сегмента социјалног осигурања: пензијско и инвалидско осигурање; здравствено осигурање и осигурање за случај незапослености, а не само пензијско и инвалидско осигурање. Централни регистар осигураника и обвезника доприноса преузео би контролу исправности обрачуна доприноса и био би дужан према Закону о доприносима за обавезно социјално осигурање да податке о износу основице, врсти и износу доприноса, и обвезнику плаћања доприноса достави Пореској управи ради контроле наплате доприноса. На овај начин дошло би до потпуног раздвајања, с једне стране, послова око обрачуна и наплате доприноса, за шта би се старали Пореска управа и Централни регистар осигураника и обвезника доприноса, од, с друге стране, послова остваривања осигураних права који би остали у надлежности Фонда пензијског и инвалидског осигурања, Завода за здравствено осигурање и Националне службе за запошљавање. Овакав распоред надлежности, међутим, чини се нефункционалним, неприродним и нелогичним. Чини се да би сви ови послови око утврђивања, наплате и контроле доприноса и овлашћења око података на основу којих се стичу одређена права, требало да буду под окриљем једне институције, чиме би се осигурало јединство технолошког процеса и најбоља заштита права осигураника.

Када се већ говори о наплати прихода од доприноса за обавезно социјално осигурање, било би свакако интересно посебно анализирати проблем евазије доприноса за обавезно социјално осигурање, који нимало није другостепене важности с обзиром на велике размере „рада на црно” и неплаћања социјалних доприноса у Србији. А да се заиста доприноси нису плаћали потврђује чињеница да је у 2005. години донет Закон о уплати доприноса за пензијско и инвалидско осигурање за поједине категорије осигураника - запослених¹⁰, а ради утврђивања стажа осигурања у периоду од 1.01.1991. до 31.12. 2003. године за запослене за које није уплаћен допринос за пензијско и инвалидско осигурање. Према неким подацима више од 200.000 људи у Србији „ради на црно”. Послодавци злоупотребљавају положај радника и наносе огромну штету држави. Логика послодавца и

¹⁰ *Službeni glasnik RS*, br. 85/05.

радника јесте да неплаћањем доприноса за социјално осигурање добијају већу плату и више остаје послодавцу. Крајње је време да се успостави дисциплина у плаћању доприноса за социјално осигурање у Србији и код обвезника доприноса за социјално осигурање развије свест о уставној обавези плаћања доприноса за социјално осигурање. То поготово ако се има у виду да обвезник јавних дажбина радије плаћа доприносе за социјално осигурање него порезе, јер на име плаћених доприноса он остварује пензију, има право на здравствену заштиту, накнаду за време незапослености.

Потребно је учинити додатне напоре ради боље наплате доприноса за социјално осигурање. У том смислу, у Србији треба увести Централни регистар осигураника и обвезника доприноса за социјално осигурање.

Финансијски аспект доприноса за обавезно социјално осигурање

Када је реч о финансијским аспектима доприноса за обавезно социјално осигурање, треба истаћи да се њима изворно финансира значајан део јавне потрошње у Србији. Њихово учешће у укупним јавним приходима Србије доста је велико. Тако доприноси за социјално осигурање у Србији заузимају у 2001. години прво место и испред су пореза на промет, у 2002. години они заузимају друго место, одмах после пореза на промет, у 2003. години они заузимају поново друго место, одмах после пореза на промет, у 2004. години они деле прво место са порезом на промет, у 2005. години они заузимају друго место, одмах после пореза на додату вредност, и у 2006. години заузимају друго место, одмах после пореза на додату вредност.

У периоду од 2001. до 2005. године мењала се финансијска улога доприноса за обавезно социјално осигурање у укупним јавним приходима Србије. Учешће доприноса за социјално осигурање у укупним јавним приходима износило је у 2001. години 27,6%, у 2002. години 24,5% у 2002. години, у 2003. години 24,6%, у 2004. години 27,0%, у 2005. години 26,3%, и у 2006. години 26,3%. Учешће доприноса за обавезно социјално осигурање у укупним јавним приходима Србије у просеку за период од 2001. до 2006. године било је 26,0%¹¹

Када је реч о учешћу доприноса за обавезно социјално осигурање у БДП-у Србије, оно је износило у 2001. године 10,8%, у 2002. години 10,8% у 2003. години 10,6% у 2004. години 12,1% и у 2005. години 11,3%. Просечно учешће доприноса за обавезно социјално осигурање у БДП-у за период 2001-2005. година износило је 11,0%.

¹¹ Министарство финансија, *Меморандум о буџету и економској и фискалној политици за 2007. годину и пројекцијама за 2008. и 2009. годину и Билтен јавних финансија*, Република Србија, Министарство финансија, Београд.

Доприноси за социјално осигурање у земљама чланицама ЕУ такође су врло важан извор прихода. Њихово учешће у укупним пореским приходима у просеку за земље чланице ЕУ у 2001. години износило је 31,9%, у 2002. години, 32,3%, у 2003. години 32,8%, у 2004. години 32,6% и у 2005. години 32,2%. Разлике између земаља чланица ЕУ доста су велике. Наиме, висина прихода убрана на основу доприноса за социјално осигурање у укупним пореским приходима у 2005. години варира од 2,2% у Данској до 42,1% у Немачкој. У половини земаља чланица ЕУ разлика прихода која се убиру на основу доприноса за социјално осигурање знатно је виша од просека. Највиши удео доприноса за социјално осигурање у укупним пореским приходима има Немачка са 42,1% и Чешка са 41,5%, док је у другим земљама чланицама ЕУ удео доприноса за социјално осигурање испод просека, тако у Ирској износи 15,4%. Слабије место приходи од доприноса за социјално осигурање заузимају у Данској са 2,2%. У 2005. години учешће доприноса за социјално осигурање у укупним пореским приходима земаља чланица ЕУ 27 износи 32,2%.¹²

Из података се види да земље чланице ЕУ 25 учествују са 15,6% прихода од доприноса за социјално осигурање на терет послодавца у укупним пореским приходима. При том треба додати да у земљама чланицама ЕУ наплата доприноса за социјално осигурање пада понајпре на терет запослених, а мањим делом их сnose послодавци.

Када је реч о учешћу доприноса за социјално осигурање у БДП-у земљама чланицама ЕУ, оно износи у 2001. години 12,8%, у 2002. години 12,7%, у 2003. години 12,9%, у 2004. години 12,8% и у 2005. години 12,8%. Разлике између земаља чланица ЕУ у погледу учешћа доприноса за социјално осигурање у БДП-у доста су велике. Тако се оне крећу у 2001. години, од највишег у Француској (16,4%), Немачкој (16,3%) и Чешкој (15,1%), до најмањег у Данској (1,1%), Ирској (4,8%) и Малти (7,2). Просек за ЕУ износи 12,8%. У више од половине земаља чланица ЕУ испод просека је учешће доприноса за социјално осигурање у БДП-у у 2005. години.¹³

У Данској се социјално осигурање финансира искључиво путем пореза, па отуда у овој земљи имамо изузетно мало учешће инструмента доприноса за социјално осигурање у укупним пореским приходима и у БДП-у.

Србија, за разлику од већине земаља чланица ЕУ, убира велики проценат БДП-а доприносима за обавезно социјално осигурање. С почетком спровођења реформе пензијског и инвалидског осигурања и здравственог осигурања очекује се да ће се удео обавезних доприноса у БДП-у Србије почети смањивати.

¹² Eurostat, *Social Contribution as of Total Taxation*: Total

¹³ Eurostat, *Social Contributions as of GDP*: Total

Највећи део доприноса за обавезно социјално осигурање у укупним јавним приходима у Србији отпада на пензијско и инвалидско осигурање (19,1%), док на здравствено осигурање отпада 9,0% а на осигурање за случај незапослености 1,2%.¹⁴ Досадашња пракса је показала да су убрани приходи од доприноса за социјално осигурање били недовољни да покрију редовне расходе социјалног осигурања, те се морало у том случају приступити покривању расхода социјалног осигурања, покривању расхода путем кредитирања, што се не може сматрати честом и уобичајном појавом у финансијској привреди. Тако, у Републичком фонду запослених покривеност укупних расхода доприносима у 2006. години износи 60,59%, у Републичком фонду самосталних делатности оно износи 128,10%, а у Републичком фонду пољопривредника само 12,82%, у Републичком заводу за здравствено осигурање 74,32%, и у Националној служби за запошљавање 49,15%.¹⁵

Наведене тврдње и предлози о систему доприноса за социјално осигурање у Србији не претендују да су једино могући и апсолутно прихватљиви. Треба их схватити као покушај бољег сагледавања функционисања система доприноса за социјално осигурање и као скроман прилог даљој изградњи система доприноса за социјално осигурање у Србији.

¹⁴ *Извештај о бруто најлажи јавних прихода за период 01.01-31.12.2005.* Управа за трезор.

¹⁵ *Билтен јавних финансија* број 38. за месец октобар 2007. године, Република Србија, Министарство финансија, Београд, 2007, стр. 48-52.

*Mile Vranješ, Ph. D., Full Professor
Novi Sad School of Law*

A REVIEW OF THE INSTITUTE OF SOCIAL CONTRIBUTION IN SERBIA

Abstract

The statements and proposals concerning the system of social contribution in Serbia made in the preceding paragraphs do not pretend to be the only possible solutions or to be absolutely acceptable. They should be understood rather as an attempt to get a better insight into the functioning of the system of social contribution and as a modest addition to further development of the system of social contribution in Serbia.

*Др Родољуб Ејшински, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

ОСНОВНЕ СЛОБОДЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ У ЛИСАБОНСКОЈ ВЕРЗИЈИ

Сажетак: *Текст указује на промене конститутивних пројиса о основним слободама Европске Уније, које су учињене Лисабонским уговором. Ове промене су усмерене на усклађивање текста поменутих пројиса са променама које су се дојодиле и које се дођајају у процесу развоја Уније као и на усклађивање текста ових пројиса са већ постојећом праксом институција Уније. Поред тога, нека индивидуална права која се заснивају на основним слободама Уније сада се појављују и као основна људска права у Повељи о основним Правима Европске Уније.*

Кључне речи: *Лисабонски уговор, слобода кретања робе, радника, услуга и калитала, слобода предузетништва, људска права*

Пошто Уговор којим се установљава Устав за Европу из 2004. године није прошао на референдумима у Француској и Холандији, он је замењен Лисабонским уговором којим се мења Уговор о Европској Унији и Уговор о оснивању Европске Заједнице, а који је потписан у Лисабону 13. децембра 2007. године¹ (даље Лисабонски уговор). Лисабонском уговору је придодато неколико протокола и декларација.² Европски Савет је 14. децембра 2007.

¹ Објављен у Official Journal of the European Union, 17. 12. 2007, С 306

² Протокол о улози националних парламента у Европској Унији, Протокол о примени принципа супсидијарности и пропорционалности, Протокол о ЕВРО групи, Протокол о сталној структурној сарадњи установљеној чл. 28 А Уговора о Европској Унији, Протокол у вези чл. 6(2) Уговора о Европској Унији о приступању Европске Уније Конвенцији за заштиту основних права и слобода, Протокол о унутрашњем тржишту и конкуренцији, Протокол о примени Повеље људских права Европске Уније на Пољску и Уједињено Краљевство, Протокол о вршењу подељених надлежности, Протокол о услугама од општег

године позвао државе чланице на брзо ратификовање Лисабонског уговора, тако да овај ступи на снагу 1. јанура 2009. године. Члан 2 Лисабонског уговора је посвећен изменама и допунама Уговора о оснивању Европске Заједнице. Лисабонским уговором је предвиђено да Европска Заједница наставља убудуће да постоји и делује као Европска Унија. Сагласно овој промени име Уговора о оснивању Европске Заједнице је промењено у „*Уговор о функционисању Европске Уније*“. Излагање о изменама и допунама прописа о основним слободама Уније не може да буде потпуно без осврта на Повељу основних права Европске Уније, усвојене у облику политичког документа 7. децембра 2000. године у Ници и адаптиране за потребе Лисабонског уговора у Страсбуру 12. децембра 2007. године. Чланом 6 Уговора о Европској Унији, у Лисабонској верзији, Унија признаје права, слободе и принципе из изложене у Повељи основних права Европске Уније, која има исту правну вредност као Уговори. Дакле, Европска Унија ће се заснивати на три конститутивна акта: Уговору о Европској Унији, Уговору о функционисању Европске Уније и Повељи основних права Европске Уније.

Лисабонским уговором, који је назван и Реформски уговор, наставља се и даље продубљује процес европских интеграција који је почео Уговором о оснивању Европске Заједнице за Угаљ и Челик, који је потписан у Паризу 18. априла 1951. године, ступио на снагу 23. јула 1952. године и престао да важи 23. јула 2002. године, пошто је протекао рок од педесет година који је предвиђен као рок важења Уговора. Уговор којим је основана Европска Економска Заједница и Уговор којим је основана Европска Заједница за Атомску Енергију су потписани у Риму 27. марта 1957. године, ступили су на снагу 1. јанура 1958. године и уз многе измене и допуне, од којих су последњу учињене Лисабонским уговором, и даље су на снази.

Мир, стабилност и сугурност је био и остао први циљ европских интеграција. Прво средство за постизање тог циља су биле економске интеграције, односно стварање заједничког, касније јединственог, односно унутрашњег тржишта. Касније ће интеграције да обухвате и социјалне и политичке аспекте друштвеног живота. Ово промена у ширењу области интеграције, односно у продубљавању интеграције је, на извесан начин, назначена изменом текста чл.23 Уговора о оснивању Европске Заједнице

интереса, Протокол о Одлуци Савета која се односи на имплементацију чл. 9 Ц (4) Уговора о Европској унији и чл. 205 (2) Уговора о функционисању Европске Уније између 1. новембра 2014. и 31. марта 2017. са једне стране и од 1. априла 2017, са друге, Протокол о транзиционим прописима, Протокол бр. 1 којим се мењају протокола придодати Уговору о Европској Унији, Уговору о оснивању Европске Заједнице и(или) Уговора о оснивању Европске Заједнице за Атомску Енергију,

Протокол бр.2 којим се мења Уговор о оснивању Европске заједнице за атомску енергију.

који постаје чл. 28 Уговора о функционисању Европске Уније³. Дакле, стара верзија текста каже да се Заједница „*заснива на царинској унији*“ а нова верзија текста каже да Унија „*укучује царинску унију*“. Без обзира на ове промене, економска интеграција јесте и остаће темељ Уније.

Економска интеграција се остварује преко унутрашњег тржишта а суштински садржај овог чине слобода кретања радника, робе, услуга, капитала и слобода предузеништва. Нормативна структура Уговора, дакле повезивање правних правила у веће целине, је остала непромењена. Дакле, Уговор о функционисању Европске Уније је структуриран у делове, као највеће целине, наслове и главе. Правила о основним слободама су остала у Делу Три Уговора⁴ који је промени име. Трећи део се раније звао „*Политике Заједнице*“ а сада се зове „*Политике и унутрашње акције Уније*“. Активности Уније се деле на унутрашње и спољне. Овим последњим је посвећен Пети део Уговора. Трећи део Уговора је најопсежнији. Обухвата од 26. члана до 197. члана. Претрпео је извесне структуралне промене у смислу боље систематизације постојећег текста и додавања нових одредби. Одредбе о основним слободама су изложене у Другом наслову који се односи на слободно кретање роба, у Четвртом наслову који се односи на слободу кретања лица, услуга и капитала и на слободу предузетништва. Оне су се, у односу на раније позиције, помериле за наслов навише (раније су биле у Првом и Трећем наслову) јер је сада Први наслов посвећен унутрашњем тржишту. Унутар Четвртог наслова, распоред глава је остао исти, као што је раније био у Трећем наслову. До промене је дошло у Првом наслову јер је глава о царинској сарадњи премештена из Десетог наслова Трећег дела Уговора у Други наслов. Тако су прописи о забрани квантитативних ограничења који су, некада били у Другој глави, сада у Трећој глави Другог наслова. Ове промене имају за циљ да редослед прописа учине логичнијим и текст Уговора прегледнијим и разумљивијим.

Друга група промена тиче се поступака коришћених за легислацију у области основних слобода. Раније је коришћена процедура са-одлучивања, која је била предвиђена чл. 251 Уговора о Европској Заједници. Она остаје без суштинских промена али је сада преименована у обичну легислативну процедуру.⁵ Карактерише је равноправно учешће Европског парламента и Савета у процесу доношења легислативног акта. Без пристанка Парламента, Савет не може да донесе акт. Оно што се мења јесте већина потребна за одлучивање. Од 1. новембра 2014. године, квалификовану већину којом Савет одлучује

³ У Лисабонском уговору је овај члан означен, такође, бројем 23.

⁴ Први део се односи на начела, други на недискриминацију и држављанство Уније, четврти на асоцијацију са прекоморским земљама и територијама, пети на спољну акцију Уније, шести на институционалне и буџетске прописе и седми на опште и завршне прописе.

⁵ Чл. 294 Уговора о функционисању Европске Уније.

увећ, изузев кад Уговор тражи другачије, чини 55% чланова Савета, што укључују најмање њих 15 који представљају државе чланице које обухватју најмање 65% становништва Уније.⁶ Међутим, ако се акт доноси без предлога Комисије, квалификовану већину чини 72% чланова Савета који представљају државе које укључују 65% становништва.⁷ До 31. октобра 2014. године остаје на снази постојећи прописи о већини сагласно којим је потребно 255 гласова, који укључују већину чланова Савета, за одлуку Савета о акту на предлог Комисије и исти број гласова чланова Савета за одлуку о акту без предлога Комисије али сада тај број мора да буде постигнут од две трећине чланова Савета. Члан Савета може да тражи да дати гласови репрезентују 62% становништва Уније.⁸ Ако то није случај, тада одлуке нема. Сагласно Протоколу о транзиционим прописима, између 1. новембра 2014. године и 31. марта 2017. године, члан Савета може да тражи да се примењује већина која се примењује до 31. октобра 2014. године.

Трећа група промена се састоји у испуштању оних одредби које је време учинило неактуелним. Наиме, неки задаци Заједнице су били временски орочени старим прописима Уговора. Она је, тако, чл. 14 Уговора о оснивању Европске Заједнице била обавезана да предузме мере за постепено успостављање унутрашњег тржишта у периоду до 31. децембра 1992. године. Јасно је да 2007. године овај датум више није актуелан. Јасно је, такође, да је успостављање унутрашњег тржишта један процес који није окончан и који траје и даље. Зато је поменута обавеза замењена новом. Дакле, Унија је сада обавезана да усваја мере са циљем установљавања и обезбеђивања функционисања унутрашњег тржишта.⁹ Одредба о унутрашњем тржишту није мењана. То је област без унутрашњих граница у којој се обезбеђује слобода кретања роба, лица, услуга и капитала. У том смислу су учињене и неке друге измене. Тако, је Комисија, приликом остваривања циљева у оснивању унутрашњег тржишта била дужна да узме у обзир тешкоће које због различитог развоја имају неке економије у периоду успостављања унутрашњег тржишта. Ова обавеза је остала на Комисији али сада се не говори о тешкоћама које неке економије имају у периоду оснивања унутрашњег тржишта већ „збој унутрашњег тржишта“.¹⁰

⁶ Чл. 9 Ц у Лисабонском уговору, односно чл. 16 Уговора о Европској Унији у Лисабонској верзији

⁷ Чл. 205 у Лисабонском уговору, односно чл. 238 Уговора о функционисању Европске Уније

⁸ Протокол о транзиционим прописима уз Лисабонски уговор

⁹ Чл. 22 А у Лисабонском уговору, односно чл. 26 Уговора о функционисању Европске Уније

¹⁰ Чл. 22 Б у Лисабонском уговору, односно чл. 27 Уговора о функционисању Европске Уније

Други наслов је посвећен слободној циркулацији роба. Промена, која је већ поменута, а према којој Унија није заснована на царинској унији као што је то била Заједница већ укључује царинску унију више изражава промену која се догодила у природи европских интеграција него што је значајна за слободну циркулацију роба. Ова слобода је изложена сада као и раније прва по реду и она је, са економског становишта, прва по значају за унутрашње тржиште Уније. Суштина ове слободе јесте укидање свих увозних и извозних царина и дажбина са истим дејством у трговини између држава чланица Уније.¹¹ Следећи елеменат је усвајање заједничких царинских тарифа у трговини са трећим земљама.¹² Као што је већ речено, Десета глава која је односи на сарадњу у области царина је премештена напред и постала је Друга глава Другог наслова. Европски Парламент и Савет су обвезани да делући сагласно обичној легислативној процедури предузму мере у циљу јачања царинске сарадње између држава чланица самих као и између држава чланица и Комисије.¹³ Стара одредба је предвиђала да се ове мере неће тицати примене националног кривичног права и националне администрације правде. Међутим, нова одредба испушта ово ограничење. Ово се може разумети у светлу уношења одредби о судској сарадњи држава чланица у Трећи део Уговора у Четвртој глави Петог наслова који се односи на област слободе, безбедности и правде и који отварају могућност за легислацију Уније у тој области. Уосталом неки први кораци у том правцу су већ учињени. Тако Оквирном одлуком Савета од 13. јуна 2002. године почела да се реализује „слобода кретања судских одлука у кривичним стварима“ тако што је уведено међусобно признавање судских налога за хапшења као и тако што се уводи поједностављен поступак екстрадиције за одређена кривична дела међу која спадају и нека од значаја за царинску сарадњу држава чланица као што је нпр. илегални транспорт опасног отпада.¹⁴

Трећи наслов је посвећен пољопривреди и рибарству. Заједничко пољопривредно тржиште је проширено на рибарство. Унија дефинише и примењује, дакле, заједничку политику у области пољопривреде и рибарства.¹⁵ Овим је текст Уговора усаглашен са већ постојећом праксом

¹¹ Чл. 25 у Лисабонском уговору, односно чл. 30 Уговора о функционисању Европске Уније

¹² Чл. 26 у Лисабонском уговору, односно чл. 31 Уговора о функционисању Европске Уније

¹³ Чл. 27 А у Лисабонском уговору, односно чл. 33 Уговора о функционисању Европске Уније

¹⁴ 2002/584/JHA: Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States

¹⁵ Чл. 32 у Лисабонском уговору, односно чл. 38 Уговора о функционисању Европске Уније

Заједнице јер је ова већ вршила легислацију у области рибарства. Циљеви заједничке политике у пољопривреди нису мењани. Први је повећавање продуктивности унапређивањем техничког прогреса, обезбеђивањем рационалног развоја ових сектора и оптималним коришћењем фактора производње, нарочито рада. Следећи циљ је обезбеђивање одговарајућег стандарда живота пољопривредне и рибарске заједнице, повећавањем зарада људи ангажованих у тим секторима. У циљеве спадају и стабилизација тржишта, обезбеђивање поузданог снабдевања и снабдевања по разумним ценама.¹⁶ У зависности од производа, заједничко тржиште се у овим секторима организује у облику заједничких правила о конкуренцији, кроз обавезну координацију различитих националних организовања тржишта или кроз Европску организацију тржишта.¹⁷ Легислативни задаци у вези установавања заједничке организације пољопривредних тржишта и остваривања циљева заједничких политика у области пољопривреде и рибарства су поверени Европском Парламенту и Савету да их врше у обичној легислативној процедури уз консултовање Економског и социјалног комитета. Раније је легислативна функција била поверена Савету да је врши квалификованом већином, на основу предлога Комисије уз консултовање Парламента. Савет је овлашћен да на предлог Комисије одређује цене, дажбине, помоћ, квантитативна ограничења и расподељује риболовне квоте.

Четврти наслов обухвата слободу кретања лица, услуге и капитал. Прва глава садржи прописе о слободи кретања радника. У дефинисању садржаја и обима ове слободе нема промена. Она је обезбеђена у оквиру Уније.¹⁸ Ову слободу чини укидање дискриминације на основу држављанства између радника држава чланица у погледу запошљавања, награђивања и других услова рада и запошљавања. Она укључује право на прихватање стварно учињене понуде за запошљавање, право на слободно кретање у оквиру територије држава чланица због тог разлога, право на боравак у држави чланици ради запошљавања сагласно националним прописима који важе за домаће раднике и право на останак на територији државе чланице и после престанка запослености сагласно правилима које донесе Комисија. Ова права могу бити ограничена због разлога јавног поретка, јавне безбедности и јавног здравља. Такође, поменута права се не односе на запошљавање у јавном сектору. До извесних промена је дошло у

¹⁶ Чл. 33 у Лисабонском уговору, односно чл. 39 Уговора о функционисању Европске Уније

¹⁷ Чл. 34 у Лисабонском уговору, односно чл. 40 Уговора о функционисању Европске Уније

¹⁸ Чл. 39 у Лисабонском уговору, односно чл. 45 Уговора о функционисању Европске Уније

погледу обавезе Уније да усваја мера социјалног осигурања које су нужне за обезбеђивање слободе кретања радника. Савет је био обавезан да, делујући једногласно у складу са процедуром из чл. 251 Уговора о Европској Заједници, усвоји такве мере у области социјалног осигурања које су нужне за обезбеђивање слободе кретања радника, и у том циљу он је био обавезан да сачини аранжмане којима би осигурао за раднике мигранте и чланове њихове породице а) обједињавање свих периода времена који се на основу закона неколико држава узимају у обзир ради стицања или задржавања социјалне помоћи или рачунања помоћи, и б) плаћање социјалне помоћи лицима који имају пребивалиште на територији држава чланица.¹⁹ У вези ових одредбу учињене су две промене. Ова обавеза легислације у области социјалног осигурања не важе више у погледу свих радника миграната већ само у погледу запослених радника миграната и чланова њихових породица. При томе, радници мигранти могу бити запослени код неког послодавца или обављати неку самосталну делатност.

Друга промена односи се на процедуру легислације. Уместо једногласног одлучивања Савета у складу са процедуром из чл. 251 Уговора о Европској Заједници, уводи се обична легислативна процедура. Међутим, обична легислативна процедура је допуњена следећим прописима. Када члан Савета изјави да нацрт легислативног акта погађа важне аспекте његовог система социјалног осигурања, укључујући његов обим, трошкове или финансијску структуру или би погодио финансијску равнотежу тог система, он може да тражи да се ствар упути Европском Савету. У том случају ће се обична легислативна процедура суспендовати. У року од четири месеца од суспензије, после расправе, Европски Савет може да врати нацрт акта Савету који ће тада наставити са обичном легислативном процедуром. Европски Савет може, међутим, да не предузме ништа или да позове Комисију да припреми нови предлог акта. У том случају ће се сматрати да првобитни предлог акта није усвојен. Европски Савет чине шефови држава и влада држава чланица као и председник Европског Савета, кога бира сам Европски Савет али не из реда актуелних шефова држава или влада држава чланица и председник Комисије. Европски Савет одлучује консензусом, изузев када Уговор тражи једногласност, квалификовану или просту већину. Када одлучује гласањем, у гласању не учествују председник Европског Савета и председник Комисије. Поменути прописи о легислацији у области социјалног осигурања не наводе на који начин Европски Савет одлучује те се, у том случају, примењује опште правило о консензусу. Дакле, председник Савета ће настојати да постигне сагласност

¹⁹ Чл. 42 у Лисабонском уговору, односно чл. 48 Уговора о функционисању Европске Уније

чланова у вези спорног нацрта акта. Ако у томе успе, нацрт акта се враћа у обичну легислативну процедуру. Ако не успе, нацрт акта неће бити усвојен али Комисија може бити позвана да припреми нови нацрт. Уколико држава чланица остане истрајна у свом ставу да је нацрт акта неприхватљив за њу због наведених разлога, акт неће бити донет. У овој ствари се није, дакле, одустало од једногласног одлучивања али је остављена могућност да се на највишем нивоу покуша са тражењем консензуса.

Наведеним променама у вези обавезе легислације Уније у области социјалног осигурања које је значајно за остваривање слободе кретања радника текст Уговора се, у ствари, усаглашава са постојећом праксом. У остваривању ове обавезе Савет се и до сада ограничавао на запослене раднике мигранте и чланове њихових породица.²⁰ Међутим, то не значи да социјална права незапослених радника миграната остају ван домашеја комунитарног права, односно сада права Уније. Суд Европских заједница је захтевао примену начела једнакости и у односима незапослених радника миграната и домаћих радника у области социјалне заштите. У случају Јоанидис, белгијски суд за спорове у вези рада упутио је питање Суду Европских заједница да ли је супротно комунитарном праву ускратити помоћ држављанину друге државе који тражи своје прво запослење а која се даје у случајевима социјалне невоље само зато што своје средњошколско образовање није завршио у Белгији.²¹ Суд се позвао на забрану дискриминације радника миграната, која чини елеменат слободе кретања радника, утврђен ставом 2 члана 39 Уговора о оснивању Европске заједнице и нашао је да је белгијски пропис који условљава примање социјалне помоћи у случају социјалне невоље завршавањем средњошколског образовања у Белгији дискриминаторан и, зато, супротан комунитарном праву. Суд је и у другом случајевима сматрао да, имајући у виду установљавње држављанства Уније и тумачење права на једнаки третман које уживају држављани Уније, није више могуће искључити из области примене става 2 члана 39 Уговора о оснивању заједнице давања финансијске природе усмерене на олакшавање приступања запошљавању на тржишту рада државе чланице.²²

²⁰ Council Regulation (EEC) No 1660/85 of 13 June 1985 amending Regulation (EEC) No 1408/71 on the application of social security schemes to employed persons, to self-employed persons and to members of their families moving within the Community and Regulation (EEC) No 574/72 laying down the procedure for implementing Regulation (EEC) No 1408/71 *Official Journal L 160*, 20/06/1985 P. 0001 - 0006

²¹ Case C-258/04, *Office national de l'emploi v. Ioannis Ioannidis*, Judgment of the Court (First Chamber), 15 September 2005

²² Case C-138/02 *Collins* [2004] ECR I-2703, paragraph 63.

Другу главу Четвртог наслова односи се на слободу предузетништа, дакле слободу оснивања и вођења предузећа или вршења самосталних делатности.²³ Суштина ове слободе је обезбеђивање националног третмана за оснивање и вођење предузећа, односно компанија и њихових подружница односно за бављење самосталним делатностима.²⁴ Дакле, држављанин државе уговорнице може да оснива предузећа, компаније, фирме или делове ових на територији било које државе чланице чије држављанство нема под условима који су одређени за домаће држављане и без дискриминације. Ову слободу уживају не само појединци, физичка лица већ и компаније или фирме основане по праву државе чланице које имају регистровану пословницу (офис), централну адиминстрацију или главно пословно седиште у оквиру Уније.²⁵ Европски Парламент и Савет су дужни да делујући сагласно обичној легислативној процедури донесу директиве којима ће олакшати остваривање ове слободе као и регулисати ограничења која могу да се заснују на основу интереса јавног поретка, националне безбедности или јавног здравља. У овој материји нема значајнијих промена. Једино је одредба о националном третману држављана државе чланице у погледу учествовања у капиталу компанија и фирми основаних у другој држави чланици премештена из Шестог дела Уговора у ову главу.²⁶

Трећа глава Четвртог наслова Трећег дела Уговора односи се на услуге. У њој, такође, нема значајних промена. Услуге укључују активности индустријског и комерцијалног карактера, активности занатлија и активности самосталних професија али нису на њих ограничене. Слобода се односи на услуге корисницима из других држава чланица, а састоји се у забрани националних ограничења на давање или примање ових услуга.²⁷

Горе наведене слободе, дакле слобода кретања радника, слобода предузетништва и слобода пружања и коришћења услуга су основ одгова-

²³ Реч је о *“the right of establishment”* што се код нас преводи као *„право успостављања“*. Види нпр. Уговор о Европској унији, Рим-Мастрихт-Амстердам, приредио Др. Душко Лопандић, Међународна политика и СЈП „Службени лист“, Београд, 1999, стр. 89 или Р. Вукадиновић, Право Европске уније, Крагујевац, 2006, стр. 351. Међутим, користе се и други преводи. Нпр. *„право успостављања власништва делатности“*. Б. Ракић, „Четири велике слободе“ у праву Европске уније, у Право Европске уније, Зборник радова, припрема и редакција Д. Митровић и О. Рачић, Службени гласник, Београд, 1996, стр.33

²⁴ Чл. 43 у Лисабонском уговору, односно чл. 49 Уговора о функционисању Европске Уније

²⁵ Чл. 48 у Лисабонском уговору, односно чл. 54 Уговора о функционисању Европске Уније

²⁶ Чл. 48А у Лисабонском уговору, односно чл. 55 Уговора о функционисању Европске Уније

²⁷ Чл. 49-55 у Лисабонском уговору, односно чл. 56-62 Уговора о функционисању Европске Уније

рајућих основних права грађанина Уније која су изражена у чл. 15 Повеље основних права Европске Уније.²⁸ Став 1 чл. 15 Повеље каже да свако има право да ради и да се бави слободно изабраном или прихваћеном професијом. Сагласно ст. 2 чл. 15, сваки грађанин Уније има слободу тражења запослења, да ради, да остварује право на предузетништво и да пружа услуге у свакој држави чланици. Став 3 чл. 15 предвиђа да држављани трећих држава, који имају дозволу да раде у држави чланици, имају право на услове рада једнаке оним које уживају грађани Уније. Ставом 2 члана 15 Повеље основних права Европске Уније нису конституисана нова права. Релевантни прописи Уговора о оснивању Европске Заједнице о основним слободама производе непосредно дејство и на основу њих се конституишу индивидуална права. Поред тога, ове одредбе Уговора производе дејство у хоризонталним односима, дакле у односима између субјеката унутар Уније, док Повеља људских права производи дејство у вертикалним односима, дакле у односима Уније и грађана Уније. Појављивања ових права у облику основних људских права значи, међутим, једну нову димензију у њиховом тумачењу. Она ће се сада тумачити и у контексту људских права.

Члан 16 Повеље основних права Европске Уније прокламује слободу вођења послова (бизниса). Признаје се слобода вођења послова (бизниса) сагласно право Уније и националним правима и пракси. Овде је реч о вршењу економских и комерцијалних активности. Питање је по чему се ово право разликује од права на предузетништво или права на пружање услуга из ст. 2 чл. 15 Повеље. Службена објашњења става 1 члана 15 Повеље упућују на случајеве Нолд, Хауер и Келер.²⁹ Став 2 члана 15 Повеље, у коме се наводи право на предузетништво и право на пружање услуга, изричито упућује на основне слободе Уније, дакле слободу кретања радника, слободу предузетништва и слободу пружања услуга. Службено објашњење члана 16 Повеље упућује, такође, на праксу Суда Европских заједница, и то на случајеве Нолд, Еридиана, Сукерфабрик и Шпанија п. Комисије.³⁰ Овде нема упућивање на основне слободе Уније. У случају Нолд, Суд Европских заједница упућује на слободу предузетништва. Случајеви Хауер и Келер се односе на мере које је Заједница предузела ради заједничког

²⁸ Charter of Fundamental Rights of the European Union, Explanations relating to the complete text of the Charter, Council of the European Union, December 2000, Office for official publications of the European Communities, Luxembourg, 2001

²⁹ Case 4/73 Nold [1974] ECR 491, para. 12 до 14; Case 44/79 Hauer [1979] ECR 3727; Case 234/85 Keller [1986] ECR 2897, para. 8.

³⁰ Case 4/73 Nold [1974] ECR 491, para. 14, Case 230-78 SPA Eridiana and others [1979] ECR 2749, para. 20, Case 151/78 Sukkerfabriken Nykøbing, [1979] ECR 1, para. 19, C-240/97 Spain v Commission, para. 99.

организовања тржишта вина и у њима Суд потврђује постојања права на трговину и вршење професије као основног људског права. Случајеви Еридиана и Сукерфабрик се односе на мере које је Заједница предузела ради заједничког организовања тржишта шећера и у њима Суд потврђује постојање стечених права, односно права на склапање трговачких уговора. У случају Шпанија п. Комисије, ствар се односи, такође, на заједничко организовање пољопривредног тржишта и у том случају Суд потврђује постојање слободе склапања трговачких уговора. Ради се, очигледно, о основним правима која су међусобно тесно повезана. Сигурно је да су права на предузетништво или право на пружање услуга посебни облици права на вођење послова (бизниса).

Четврта глава Четвртог наслова је посвећена капиталу и плаћањима. Овим прописима су забрањена сва ограничења на кретање капитала и плаћања између држава чланица и између држава чланица и трећих држава.³¹ Међутим, овим нису укинуте националне као и комунитарне рестрикције које су постојале 31. децембра 1993. године у погледу кретања капитала у или из трећих земаља, укључив директне инвестиције – и оне у некретности – предузећа, вршења финансијских услуга или изношења финансијских гаранција на тржиште капитала.³² Европски Парламент и Савет треба да делујући по обичној легислативној процедури усвоје мере којима ће регулисати кретање капитала између држава чланица Уније и трећих држава. Међутим, ако ће те мере бити корак назад у односу на постигнут ниво либерализације у кретању капитала између држава чланица Уније и трећих држава, тражи се једногласност у Савету. Једногласност ради таквих мера је тражена и раније. Слобода кретања капитала не спречава државе чланице да примењују пореске прописе на пореске обвезнике који се не налазе у истој ситуацији у погледу места пребивалишта или у погледу места инвестирања капитала.³³ Оне су, такође, овлашћене да предузму мере потребне за спречавање повреда националног права у погледу опорезивања и разбојног надзора финансијских институција или да успоставе процедуре за пријављивање кретање капитала ради административног или статистичког праћења или да предузму мере оправдане јавним поретком или јавном сигурношћу. Ове мере и поступци не сму да се претворе у арбитрерну дискриминацију или прикривена ограничења за кретање капитала. Међутим, овде је додата једна допуна. У одсуству мере Савета којом се

³¹ Чл. 56 у Лисабонском уговору, односно чл. 63 Уговора о функционисању Европске Уније

³² Чл. 57 у Лисабонском уговору, односно чл. 64 Уговора о функционисању Европске Уније

³³ Чл. 58 у Лисабонском уговору, односно чл. 65 Уговора о функционисању Европске Уније

смањује ниво постигнуте либерализације у кретању капитала између држава чланица и трећих држава, држава чланица може да се обрати Комисији за одлуку да њене рестриктивне пореске мере у погледу једне или више трећих држава јесте у складу са Уговорима јер су оправдане циљевима Уније и сагласне исправном функционисању унутрашњег тржишта. Уколико Комисија не донесе такву одлуку у року од три месеца од обраћања државе чланице, на захтев заинтересоване државе одлуку може да донесе Савет, ако је једногласан у вези тог питања.

У материји основних слобода није било суштинских промена. Учињене промене имају за циљ да ускладе текст прописа о основним слободама са новим процесима интеграције у области кривичног правосуђа као и са већ постојећом праксом остваривања ових слобода. Унија се више „не заснива на царинској унији“ већ „обухвата царинску унију.“ Економска интеграција јесте и остаће битан садржај процеса интеграције у оквиру Европске Уније. Међутим, то више није једини садржај овог процеса, који сада укључује социјалне и политичке елементе. Из мера које Европски Парламент и Савет могу да предузму ради јачања царинске сарадње држава чланица више нису изузете мере које се тичу националног кривичног права и националне администрације правде. Обавеза легислације у области социјалног осигурања од значаја за слободу кретања радника је ограничена на запослене раднике мигранте. Овим ограничењем се, међутим, незапослени радници мигранти не изузимају из дејства праве Уније у области неких социјалних права.

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

FUNDAMENTAL FREEDOMS OF EUROPEAN UNION IN LISBON VERSION

Abstract

Lisbon Treaty has not made substantial changes in fundamental freedoms of the European Union. Rather, it has adjusted relevant provisions of the Treaty to changes occurred in development of the Union. The Union shall not „*be based upon a custom union*.“ It „*shall comprise a custom union*.“ The amendment symbolizes a change of the nature of European integration. Economic integration has ceased to be a sole content of processes of integrations. Other aspects, like social and political, are included in some degree. Application of national criminal law or the national administration of justice will not be excluded from measures which the European Parliament and the Council shall take to strengthen customs cooperation between Member States. Before Lisbon Treaty they were excluded. The amendment is reflecting the fact that cooperation in criminal matters has been moved in Part III of the Treaty on functioning of the European Union and the fact that cooperation in criminal matters has already started in the Union. An obligation of the European Parliament and the Council to adopt measures in the field of social security, which are necessary to provide freedom of movement for workers, will be limited to „*employed and self-employed migrant workers and their dependants*.“ Before, the obligation comprised all migrant workers and their dependants. The amendment has adapted the text of the provision to the existing practice of the Council. However, the Court of the European Communities has held in *Ioannidis* and *Collin* that „*in view of the establishment of citizenship of the Union and the interpretation of the right to equal treatment enjoyed by citizens of the Union, it is no longer possible to exclude from the scope of Article 39(2) EC a benefit of a financial nature intended to facilitate access to employment in the labour market of a Member State*.“ Having in mind the position of the Court, the question is whether this limitation of legislative obligation of the Parliament and the Council will serve the best implementation of the freedom of movement of workers in the Union.

Whereas the Charter of Fundamental Rights of the European Union has been recognized as the third constitutional act of the Union, some individual rights derived from fundamental freedoms will appear in form of human rights. One of consequences will be that achieved level of those rights could not be diminished.

Др Анђун Маленица, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

„ПРАВНИ ПОСАО“ И „NEGOTIUM“, ДВА ПОЈМА КОЈА ПРИПАДАЈУ РАЗЛИЧИТИМ ЕПОХАМА

Сажетак: Правни посао и negotium су два појма која се односе на исти ствар. Правним послом данас, а negotium-ом у Риму, људи уводе у свој права своје интересе. Negotium и правни посао немају исти обележја и исти „тежину“ у правним порецима свој времена. Negotium није досиђан свим грађанима који поседују правно релевантну вољу, по праву је ошерећен формом и пружа странкама мање слободе у обликовању правног посла. Савремени појам правни посао настао је у економском, политичком и идеолошком амбијенту какав Рим није познавао. Због тога правни посао и negotium и јесу правни појмови који припадају различитим историјским епохама.

Кључне речи: правни посао, пандектна наука, савремено право, negotium, римско право, тестаменти, контракти, изјава воље, аутономија воље, форма посла, кауза посла.

УВОД

1. Савремена доктрина под правним послом подразумева такву изјаву воље једног (или више) лица којом се саопштава какве се последице желе постићи, изјаву за коју правни поредак везује последице у складу с жељеним циљем, у мери која заслужује заштиту.¹

¹ Пример овакве дефиниције налазимо, на пример, у Р. Pajardi i dr., *Dizionario giuridico*, Pirola ed., Milano 1990, *negozio giuridico*, с. 596: *negozio giuridico definito della dottrina tradizionale come una dichiarazione di volontà con la quale vengono enunciati gli effetti che la parte o le parti intendono perseguire ed alla quale l'ordinamento giuridico ricollega gli effetti conformi allo scopo voluto, in quanto meritevole di tutela*.

Појам *ѱравни ѱосао* настао је у крилу модерне правне науке. Прву елаборацију налазимо у монументалном Савињијевом делу *Систем савременој римској ѱрава*², у другом тому који је публикован 1840. године.³ Појам је прихватила и до краја XIX века детаљно елаборирала немачка пандектна наука. Анализирао је бројна питања која се односе на субјекте правног посла, њихову вољу, манифестацију те воље, садржину правног посла и правне последице које из њега произлазе. То потврђују дела Виндшајда и Дернбурга који су најистакнутији представници ове школе.⁴ Од тада до данашњег дана *ѱравни ѱосао* је један од оних појмова који не заобилази ниједан теоретичар права, без обзира којој школи или правцу припада. Неће, нема сумње, бити друкчије ни у будућности јер данашња грађанска друштва остављају појединцима широку слободу у регулисању сопствених интереса која се у равни права очитује као могућност предузимања правних послова.

Савињи одређује елементе *ѱравној ѱосла* у опусу који је посвећен римском праву у модерној Европи. Пандектна наука у анализама истих елемената полази од Јустинијанових Дигеста (*Pandectae*). Сматрала је да у овој проблематици, као и многим другим питањима којима се бави наука грађанског права, треба поћи од римског права, зато што је то најсигурнији пут да се дође до добре кодификације грађанског права. Могло би се зато очекивати да је *ѱравни ѱосао* један од оних правних појмова који је присутан у нашем времену зато што је реципиран из римског права. Да се у овом случају ипак не ради о простој рецепцији појма којим је већ овладала римска правна наука (као што је то, на пример, случај с појмовима *ѱесѱтаменѱи* и *куѱѱпродаја*) говори то што у римским текстовима нигде, и то подвлачимо, не налазимо израз *ѱравни ѱосао* – лат. *negotium iuridicum*.⁵ Налазимо само реч *ѱосао* – лат. *negotium*.⁶

² F. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, II, cap. 2., 1840-49.

³ Сам термин *ѱравни ѱосао* ствара Nettelbladt у делу *Systema elementare iniversae jurisprudentiae positivae*, t. I, sectio I, tit. V, *de actionibus iuridicis*, § 63-70 које је публиковано 1749. Наведено према: G. Mirabelli, *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, *negozio giuridico*, с. 1.

⁴ Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Франкфурт 1862; Dernburg, *Pandecten*, Берлин 1888.

⁵ То потврђује претрага у електронском архиву сачуваних римских правних текстова. Реч је о *Bibliotheca iuris antiqui*, Catania 2002, (у даљем тексту *BLA*) коју је сачинила *Gruppo di ricerca BLA*. Овај електронски архив недовољно је познат нашој научној јавности. Будући да је од велике помоћи свим истраживачима, посебно цивилистима, који имају интерес да погледају одређени римски извор, наводимо које сачуване римске правне изворе, одн. изворе који садрже римско право, садржи у целини: *Codex repetitae praelectionis*, *Collatio legum mosaicarum et romanarum*, *Constitutio deo auctore*, *Constitutio imperatoriam*, *Constitutio omnem*, *Constitutio tanta*, *Consultatio veteris cuiusdam iuriconsulti*, *Constitutiones Sirmondianae*, *Codex Theodosianus*, *Digesta*, *Epitome Gai*, *Edictum Theodorici regis*, *Fragmenta Augustodunensia*, *Fragmenta Vaticana*, *Gai Institutiones*, *Institutiones Iustiniani*, *Lex*

Савремени појам *йравни йосао* улази у ред појмова с високим степеном апстракције. Он обједињује широк круг изјава воља путем којих појединци изражавају своје интересе. Да римска правна наука до њега није дошла показује не само одсуство одговарајућег израза на терминолошком плану него и римска систематска излагања права и римске правне збирке. У Гајевим и Јустинијановим Институцијама нема одељака који говоре о правном послу на уопштен начин. Нема ни класификација послова које полазе од тог јединственог појма *йравни йосао*. У великим правним збиркама не постоје рубрике *О йравним йословима*, већ само оне које носе наслов *О йпредузейтим йословима (de negotiis gestis)*. Налазимо их у Јустинијановом Кодексу (2. 18), Дигестама (3. 5), Пауловим Сентенцијама (1. 4) и у интерпретацији уз Паулове Сентенције (1. 4).

На закључак да римско право нема појам који је истоветан с данашњим појмом *йравни йосао* упућује и садржина текстова у поменутих рубрикама. Сви говоре о конкретним пословима и одређеним правним ситуацијама. Тако се, на пример, у Јустинијановом Кодексу у рубрици *О йпредузейтим йословима* говори о правним последицама послова које предузимају тотор или старатељ, малолетно лице, наследник или санаследник, незвани вршилац туђег посла, потчињено лице, туђи роб, брачни друг и сл. У свим тим текстовима видљив је казуистички приступ праву. Само се тражи одговор на питање које се јавило или се може јавити у пракси и никада се у аргументацији не полази од општег појма *йравни йосао*. И када се тумачи нека норма која говори о предузимању послова на уопштен начин никада се не иде даље од онога што је потребно пракси. То илуструје и овај фрагмент петог титулуса треће књиге Дигеста (*de negotiis gestis*) у коме велики класични правник Улпијан тумачи одредбу преторовог едикта:

D. 3. 5. 3pr. Ulpianus, libro decimo ad edictum

*Прейтор је рекао: 'Ако је неко обавио йуђе йослове, или нечије йослове након йшо је умро йај чији су, дозволићу да се у њевоо име води йосйу-йак.' 1. Ове речи 'ако неко' овде се йумаче 'или нека': јер нема сумње да и жене могу йужийи и сйоразумейи се йо основу йпредузейтих йослова. 2. (реч) 'Послови' овде йреба йумачийи као један или више. 3. 'Туђи', йодра-зумева и йо да се односи на оба йола.'*⁷

romana Burgundionum, Novellae Maiorani, Novellae Marciani, Novellae Severi, Novellae Theodosii, Novellae Valentiniani, Pauli Sententiae, Pauli Sententiae (interpretatio), Ulpiani epitome. Уз наведено архив садржи један број војничких диплома, закона, градских статута и сенатских одлука.

⁶ Реч *negotium* забележена је у BIA 1208 пута: *negotium* 326, *negotii* 112, *negotio* 154, *negotia* 257, *negotiorum* 215, *negotiis* 144.

⁷ Ait pretor: 'Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur, gesserit iudicium eo nomine dabo.' 1. Haec verba 'si quis' sic sunt accipienda 'sive quae': nam et

И у текстовима који су разврстани у остала поглавља Јустинијанове кодификације, у којима се говори о предузетим пословима, приступ није друкчији. Увек се ради о конкретном послу и тумачењу права у вези одређене правно релевантне чињенице из које је настао или би могао настати спор, а не о конструисању апстрактног појма *ѿравни ѿосао*.

2. Сачувани извори говоре да у римском праву не постоји израз *ѿравни ѿосао*. Када правни вокабулар одређеног друштва, или друштва на одређеном ступњу развоја, нема реч или израз који одговара речи или изразу који је данас у употреби, то је доказ да таквог појма у том времену није ни било. Текстови које смо навели показују, међутим, да у правном речнику Римљана постоји реч *negotium* – *ѿосао*. Правници је најчешће користе када анализирају ситуације које настају поводом посла који је предузет за рачун другог лица.⁸ *Посао* је дакле и правни појам, са значењем које се разликује од оних која та реч има у обичном говору Римљана.⁹

Два појма, *ѿравни ѿосао* и *ѿосао*, први је савремени а други римски, очигледно су блиска. У овом раду желимо да истражимо да ли су то и истоветни појмови. Хипотеза коју постављамо је следећа: данашњи појам *ѿравни ѿосао* и римски појам *negotium* нису потпуно подударни појмови зато што припадају различитим историјским епохама и као такви у правним поретцима свога времена немају исту тежину.

3. Пре него што пређемо на анализу римских текстова и извођење закључака желимо у овом уводу да учинимо још неколико напомена.

Будући да намеравамо да извршимо дијахронично упоређење, да упоредимо два правна појма која припадају различитим историјским епохама, може се поставити питање да ли је такав циљ истраживања уопште прихватљив. Заиста на први поглед изгледа да нема никаквог смисла упоређивати један појам римског права (а тиме и римске правне доктрине) који је настао пре више од две хиљаде година с појмом и дефиницијом коју је дала савремена правна наука. Приговору, ипак, нема места.

mulieres negotiorum gestorum agere posse et conveniri non dubitatur. 2. 'Negotia' sic accipe, sive unum sive plura. 3. 'Alterius', inquit: et hoc ad utrumque sexum refertur.

⁸ Када говоре о предузетим пословима римски правници ретко користе реч *negotium*, већ назив посла о коме је реч. Тако се, на пример, уз номинативе *emptio* и *venditio* који се у изворима јављају 121, одн. 160 пута реч *negotium* јавља само два пута, у D. 18. 1. 8pr. и D. 19. 2. 2. 1.

⁹ Римљани су реч *negotium*, *ѿосао*, у свакодневном говору употребљавали у разним значењима, као што то чинимо и ми данас. Њом су означавали различите активности, оне везане за појединца, за неку друштвену групу, за робове на пример (*negotia servile*) или за одређено подручје делатности, на пример за јавне послове (*negotia publica*). Та реч је имала и пренесена значења. У текстовима се, на пример, јавља када се указује на нечију умешаност у одређене активности (каква посла ти ту имаш? - *quid tibi hic negotii est?*), на велики терет преузетих обавеза (имао сам толико посла – *satis negotii habui*.) и др. Више о употреби речи *negotium* види у F. Calonghi, *Dizionario latino italiano – negotium*, Torino 1990.

Желимо најпре да нагласимо да изучавање сваког старог права нужно подразумева познавање и употребу савремене правне терминологије и појмовне апаратуре. Сваки историчар права упоређује, био тога свестан или не, правна правила, институте и појмове који су некада постојали са оним данашњим и служи се при том језиком којим говори. Боље је када је свестан чињенице да у својим објашњењима користи и данашње речи и савремене појмове, јер је тада мања вероватноћа да ће их пренети у прошлост. Изузетно је, према томе, важно да онај који се бави историјом права јасно разлучује значења савремених појмова од појмова који припадају давној прошлости, посебно ако се у оба случаја користе исте речи. Друго, о неком праву далеке прошлости стиће се јаснија слика када се уз опис онога шта се у њему постоји укаже и на ствари којих у њему нема. Најзад, о потпуном разумевању неког старог права може се говорити тек онда када смо у стању да објаснимо зашто је оно било баш такво, не само са својим елементима него и празнинама.

Располажући са знањима о неразумевању које се на неким нашим правним факултетима показује према римском праву и месту наставне дисциплине „Римско право“ у програмима студија, не можемо да одолимо, а да у овом уводу не кажемо и следеће. Богатство које су нам Римљани оставили у својим правним текстовима, пре свега у Јустинијановој компилацији, данас је углавном непознато, чак и правницима који имају највиши степен правног образовања и баве се истраживачким радом и савременом правном теоријом. Није много познато ни оним романистима који су се определили да пишу своје римско право уместо да изучавају римске изворе. Правне школе су током векова римску заоставштину обрадиле, али су у својим делима и изостављале оно што им у текстовима није изгледало важно и тумачиле су ту заоставштину полазећи од сопственог схватања друштва и права. Из тога су произишле неке лоше последице. Римском праву се понекад приписује нешто што у њему никада није постојало. Један од примера је учење да је приватна својина римског права била *plena in re potestas*. Друго, савремена правна наука се некада непотребно исцрпљује тражећи решења за одређена питања, несвесна да су римски правници већ понудили неке одговоре.

Изучавање римске правне заоставштине које је инспирисано питањима на која наилазе данашњи законодавци или теоретичари права по нашем дубоком убеђењу увелико је оправдано. Њено игнорисање говори више о самозадовољству него о супериорности савремене правне науке. А да заиста вреди оно што нам је оставила римска правна наука речито говори и савремена кинеска пракса. Кинези имају миленијумску цивилизацију, али им то не смета да се приликом доношења својих закона угледају не само на законе и кодификације модерних друштава, него и на решења која садржи Јустинијанова компилација права.

1. ПРАВНИ ПОСАО И *NEGOTIUM* – ПАРАЛЕЛЕ И РАЗЛИКЕ

Дефиниција правног посла коју смо навели на почетку указује на више ствари. Прво, да савремена доктрина у правном послу види изјаву воље. Неутрална формулација „изјава воље једног лица“ говори да ту изјаву начелно везује за сваког човека, за сваког грађанина. Друго, да правним послом сматра само ону изјаву воље која је усмерена на постизање правних последица, дакле, на настанак, гашење или мењање неког права. Треће, да правни посао смешта у оквиру правног поретка, јер је то само она изјава воље коју правни поредак прихвата, чиме се и обезбеђује да на пољу права настану последице које странка има у виду приликом предузимања посла.

Погледајмо сада колико се напред речено односи на *negotium*.

Римски правници нам, нажалост, нису оставили дефиницију *negotium*-а, од које би могли поћи. Уместо тога располажемо великим бројем текстова који говоре о закључењу разних послова и последицама које из њих произлазе. Немогуће их је све приказати, јер се тиме захвата већи део римског права.¹⁰ Заиста је мали број питања која данашња наука расправља, а да их не налазимо у римској казуистици.¹¹ Остаје нам, зато, само могућност да одаберемо примере који ће довољно убедљиво говорити о томе шта је *negotium* римског права.

Определили смо се за тестамент и контракт као парадигме правних послова.¹² Та два посла стоје на супротним крајевима лепезе правних послова. Римски тестамент је, као и данашњи, једностранни правни посао *mor-*

¹⁰ Када је, на пример, реч о странкама правног посла, римски правници расправљају о томе: ко може бити странка у одређеном послу, јер сви људи нису имали исти правни статус (римски грађани и странци), о ситуацији када више субјеката чини странку, о делатној способности (способности пунолетних и малолетних лица, лица с недовољним животним искуством, малоумних лица, расипника, лица којима је због недостојног понашања ускраћено право да закључују одређене послове), о легитимацији за предузимање одређеног посла (нпр., мужа када су у питању миразна добра или тудора који управља пупилином имовином), о проблемима који настају због промене статуса странке или њене смрти. Правна проблематика везана за странке и субјекте правног посла била је у римском праву шири од данашње због тога што су у Риму постојале поделе људи које данашње право не познаје (слободни и робови, лица *sui iuris* и *alieni iuris*) и разлике у правном положају мушкарца и жене.

¹¹ На пример, римски правници нису поставили питање у ком тренутку настаје посао који се закључује међу одсутним лицима и никада директно нису поставили питање на шта треба да се ограничи воља странка, на практични циљ који послом желе постићи или и на његове правне последице. Тако: М. Talamanca, *Elementi di diritto privato romano*, Милано 2001, с. 111.

¹² Задржаћемо се само на класичном праву, јер би нас излагање еволуције тих појмова предалеко одвело.

tis causa, којим тестатор у складу са својим интересом уређује правну ситуацију која настаје његовом смрћу. За разлику од тога римски контракт, близак данашњем уговору, је двострани посао *inter vivos*, дакле посао који настаје споразумом странка којим оне уређују свој однос за живота. Анализираћемо најпре тестамент.

1. 1. Обележја римског тестаментa

Прва четири фрагмента првог титулуса у двадесетосмој књизи Дигеста дају јасну слику о обележјима тестаментa. Први фрагмент садржи текст у коме га Модестин дефинише као изјаву воље:

D. 28. 1. 1. Modestinus, *libro secundo pandectarum*

*Тестаментни је ваљана одлука наше воље, о ономе што неко жели да буде учињено после његове смрти.*¹³

Други фрагмент садржи Лабеев текст у коме стоји да тестатор мора бити здраве памети у тренутку када прави тестамент:

D. 28. 1. 2. Labeo, *libro primo posteriorum a Iavoleno epitomatum*

*Код онога који прави тестаментни, у време у коме сачињава тестаментни, захтева се здрав разум, а не здраво тело.*¹⁴

У трећем фрагменту налазимо Папинијанову опаску да правила о тестаментарној способности нису диспозитивна, већ обавезујућа:

D. 28. 1. 3. Papianus, *libro quarto decimo quaestionum*

*Правила о способности управљења тестаментни не припадају приватном, већ јавном праву.*¹⁵

а у четвртм фрагменту налазимо Гајево упутство о томе како треба испитивати ваљаност тестаментa. Најпре се гледа да ли је тестатор лице које може правити тестамент, а потом да ли су поштована правна правила.

¹³ Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri velit. Конструкција ове реченице, у првом делу субјект је у првом лицу множине, а у другом у трећем лицу једине, говори да су компилатори спојили две реченице из Модестиновог текста. Поступили су у складу с Јустинијановим упутством да треба сажимати текстове.

¹⁴ In eo qui testatur eius temporis, quo testamentum facit, integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est.

¹⁵ Testamenti factio non privati, sed publici iuris est.

D. 28. 1. 4. Gaius, *libro secundo institutionum*

Ако се запиташмо да ли тестаментни важи, најпре треба да обрадимо изјаву да ли је онај који га је сачинио имао способност управљења тестаментима, затим, ако је имао, испитићемо да ли је био потврђен према правилима јуса цивиле.¹⁶

Шта нам цитирани фрагменти све говоре о овом једностраном послу? Први фрагмент недвосмислено потврђује да тестамент као *negotium* јесте изјава воље. Без те изјаве, коју римски правници означавају изразима *voluntas testantis*, *voluntas testatoris*, а најчешће као *voluntas defuncti*¹⁷, нема тестаментa. Други текстови у Дигестама говоре да та воља мора бити потпуно слободна да би из ње настао *negotium*. Не може, на пример, правити тестамент човек који је под влашћу непријатеља, који се налази на подручју које је окупирао војска или је заробљен од разбојника.¹⁸ О тестаторовој вољи правници расправљају и када се постави питање да ли је један тестамент замењен другим или поништен и у свим оним ситуацијама када се јави потреба за тумачењем тестаментарних одредби због тога што оне нису недвосмислене.¹⁹ Тестаторова воља је, нема сумње, суштина тестаментa. С ове тачке гледишта једнострани посао римског права, у овом случају тестамент, потпуно се поклапа са савременим појмом *правни посао*.

Други фрагмент потврђује да само разуман човек може сачинити ваљани тестамент. Другим речима, римско право захтева да тестаторова воља има одређени квалитет. То потврђују и следећи текстови:

¹⁶ Si quaeramus, an valeat testamentum, in primis animadvertere debemus, an is qui fecerit testamentum habuerit testamenti factionem, deinde, si habuerit, requiremus, an secundum regulas iuris civilis testatus sit.

¹⁷ На пример, *voluntas testantis* у D. 32. 11. 19, *voluntas testatoris* у C. 5. 72. 3, *voluntas defuncti* у D. 30. 113. 3.

¹⁸ D. 28. 1. 8. 1. Gaius, *libro septimo decimo ad edictum provinciale*. Тестаментни лица под влашћу непријатеља, онај који је имао сачињен, не важи, све док се не избави. (Eius qui apud hostes est testamentum quod ibi fecerit non valet, quamvis redierit.); D. 28. 1. 11. Ulpianus, *libro decimo ad Sabinum*. Они које је окупирао војска не могу управити тестаментни, нити им се дозвољава. (Obsides testari non possunt, nisi eis permittitur.); D. 28. 1. 13. Marcianus, *libro quarto institutionum*. Они које су ухватили разбојници чим постојану слободни могу управити тестаментни. (Qui a latronibus capti sunt, cum liberi manent, possunt facere testamentum.)

¹⁹ Ево једног примера за ово последње: D. 35. 1. 19pr. Ulpianus, *liber quinto disputatio-num*. Када је реч о условима на њро месту долази воља умрлој и она управља условима. Украјико, и у оваквом услову 'ако моја кћер буде удаћа за Тиција', сви се слажу да не треба увек имати у виду време смрти, већ вољу да се касније успостави заштитнички однос. (In condicionibus primum locum voluntas defuncti optinet eaque regit condiciones. denique et in ea condicione 'si filia mea cum Titio nupta erit' placuit non semper mortis tempus observari, sed voluntate patrocinate tardius produci.)

I. 2. 12. 1

Осим *тито*, не могу да сачине *тестаменти* малолетни, зато *тито* је *просуђивање* њихове воље без значаја, *иако* је ни *мањини*, зато *тито* им *недостигаје* *имети*.²⁰

D. 28. 1. 16. 1. Pomponius, *libro singulari regularum*

Марцел наводи: *мањини* човек има извесну *способност* *поводом* сачињеног *тестамента*²¹, али му није дозвољено да *прави* *тестаменти*...²²

Римско се право и са овог становишта не разликује од данашњег. *Negotium* закључује само лице које има правно релевантну вољу. Дакле, римски *negotium* и савремени *правни посао* подударају се и у овом погледу.

Трећи и четврти фрагмент су повезани. Текстови у њима указују на то да у римском праву сваки грађанин не може правити тестамент. На ту ћемо се проблематику вратити. Сада нас интересује део Гајевог текста у четвртом фрагменту у коме стоји да приликом испитивања ваљаности тестаментa треба истражити да ли су поштована правна правила. Реч је о правилима која су се односе на форму и садржину тестаментa.

Тестамент који се прави по прописима јуса цивиле строго је формални посао. О томе говоре бројни текстови. Погледајмо овај Гајев:

Gai. 2. 114

Зато ако се *закључамо* да ли *тестаменти* важи, најпре *треба* да *испитамо* да ли је онај који *та* је сачинио имао *способност* *прављења* *тестамента*. Затим, ако је имао, *испитамо* да ли је у складу с *правилима* јуса цивиле јасно сачињен, изузев када се ради о војницима, јер је њима, као *тито* смо најоменули, *допуштено* да *праве* *тестаменти* како хоће и како могу због *тито* *тито* су невични *праву*. ... 116. ...*пре свега* *захтева* се да се именовање наследника изврши *према* свечаном обичају... 117. Свечано именовање је: 'Нека Тиције буде наследник', а сада се *сматра* да је дозвољено и ово: 'Наређујем да Тиције буде наследник'. Међутим, није *допуштено* рећи: 'Желим да Тиције буде наследник', а *према* мишљењу већине није дозвољено ни '*постављам* Тиција за наследника' или '*чиним* *та* наследником'.²³

²⁰ Praeterea testamentum facere non possunt impuberes, quia nullum eorum animi iudicium est: item furiosi, quia mente carent.

²¹ Може по основу тестаментa добити легат или фидеикомис.

²² *Marcellus notat*: furiosus quoque testamenti factionem habet, licet testamentum facere non potest...

²³ *Igitur si quaeramus, an valeat testamentum, inprimis advertere debemus, an is qui id fecerit habuerit testamenti factionem; deinde si habuerit, requiremus, an secundum iuris civilis*

Овај Гајев текст показује да сама изјава воље о именовању наследника није довољна да би настао тестамент. Право захтева стриктно поштовање тестаментарне формуле.²⁴ Уз то, речи формуле о именовању наследника морају бити наведене на самом почетку тестаментa, почетак су и темељ тестаментa. Све што је у тестаменту испред њих записано, не важи:

Gai. 2. 229

*Пре именовања наследника леђирање је без икакве сврхе. Неважећи је леђаји најисан пре именовања наследника, јер шесџаменџи, јасна сџвар, добија снају из именовања наследника и заџо се смаџра да је именовање наследника глава и шемељ целоџ шесџаменџа.*²⁵

Када се римски и савремени тестамент упоређују са становишта форме уочава се да је она у оба случаја правом прописана. Постоји ипак битна разлика. У савременим правима форма, било да је нотарска, судска, писана, усмена пред сведоцима и сл., искључиво је у функцији осигурања извесности да је заиста реч о тестаторовој вољи. У римском праву сама формула о именовању наследника има већу тежину од воље коју изражава. Грешка у формули повлачи за собом неважност тестаментa. Данас се не може замислити да законодавац прописује речи којима мора бити извршено именовање наследника, нити различито пресуђивање о ваљаности два тестаментa који се разликују само у томе што у једном пише *нека мој наследник буде Пеџар Пеџировић*, а у другом *желџм да мој наследник буде Пеџар Пеџировић*. Данас се не би се доводила у питање ни ваљаност одредбе о легату због тога што се она у тексту тестаментa налази пре именовања наследника.

regulam testatus sit, exceptis militibus, quibus propter nimiam inperitiam, ut diximus, quomodo velint vel quomodo possint, permittitur testamentum facere. ... 116. Sed ante omnia requirendum est, an institutio heredis sollemni more facta sit... 117. Sollemnis autem institutio haec est *Titius heres esto* sed et illa iam conprobata videtur *Titium heredem esse iubeo*; at illa non est conprobata *Titium heredem esse volo*; sed et illae a plerisque inprobatae sunt *Titium heredem esse volo*; sed et illae a plerique inprobatae sunt *Titium heredem instituito*, item *heredem facio*.

²⁴ Право захтева и поштовање онога што би могли назвати спољашном формом тестаментa, постојање одређеног броја сведока и сл., али у то нећемо улазити јер није најтежње везано за саму изјаву воље.

²⁵ Ante heredis institutionem inutiliter legatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intelegitur totius testamenti heredis institutio. Ово становиште поновљено је и у Улпијановим Епитомама: UE 24. 15. *Не може се леђираџи пре именовања наследника будући да снаја шесџаменџа џроизлази из именовања наследника.* (Ante heredis institutionem legari non potest, quoniam et potestas testamenti ab heredis institutionem incipit.)

Једини изузетак, када је реч о формули именовања наследника и форми тестаментa уопште, био је установљен у корист војника. Била је римска пракса да се војницима, дају привилегије које ублажавају строгост права. Професионални војници нису могли познавати право у истој мери као и грађани цивили. Нису имали прилику да се баве правом због тога што су двадесетпет година проводили у војној служби, по разним крајевима империје. Једно поглавље Дигеста (*De testamento militis*) посвећено је посебним правилима која се односе на војнички тестамент. Први фрагмент у том поглављу каже: *Слободу у њављењу њесџаменџа војницима је њрви дао божански Јулије Цезар*.²⁶ Ни Гај наравно не заобилази ову проблематику и наводи низ правних правила која се не односе на војнике. Наводимо само део текста из Гајевог уџбеника:

Gai. 2. 109

Али одлукама владара, ова сџроџа њравила о њрављењу њесџаменџа, не њривењују се на војнике збоџ њиховоџ слабоџ њознавања њрава. Тако ће њесџаменџ бџџџ њуноважан иако нема законом њроџисаноџ броја сведока и није обављена формална њредаџа²⁷ и није било свечане изјаве. 110. Поред њџџа њима је доџуџџено да за наследнике и леџаџаре одреде њереџрине и Лаџџине, иако јус цивиле забрањује њереџринима да буду наследници и леџаџари, а Јунијев закон Лаџџинима...

Изузимање војничког тестаментa од строгих правила о форми тестаментa не сведочи о новој тенденцији у римском праву да се форми да секундарни значај у односу на изражену вољу. Ради се само о изузетку који је уведен због посебног положаја људи који су се определили за војничку професију, а и жељи да се људи привуку тој тешкој професији.

Када је реч о правилима јуса цивиле која се односе на садржину тестаментa, постоје она која говоре о правима нужних наследника и она о разлозима за искључење из наслеђа. Дигеста садрже поглавље *О деци и њосмрчади именованим наследницима или искљученима из наслеђа* (D. 28. 2) у коме су изложена правила која се односе на ову проблематику. У њих нећемо улазити. Констатоваћемо само да правила о нужном наслеђивању и искључењу из наслеђа постоје и у свим данашњим правима. Ова правила потврђују да и римско и савремено право каузу тестаментa схватају на

²⁶ D. 29. 1. 1pr. Ulpianus, *libro quadragesimo quinto ad edictum*. Militibus liberam testamenti factionem primus quidem divus Iulius Caesar concessit.

²⁷ Реч је о симболичном поступку преноса имовине (*mancipatio familiae*) уз давање свечане изјаве (*nuncupatio*). Поступак је у старом праву био нужан, а касније се претворио у форму.

исти начин, подразумевају под њом друштвену и економску функцију која се тестаментом остварује. Дакле, римски грађанин одлучује да ли ће правити тестамент или ће допустити да дође до законског наслеђивања, али ако се одлучи да прави тестамент, нема апсолутну слободу у одређивању његове садржине. Своју вољу мора сместити у оквиру које поставља право, мора тестаментом обезбедити оно што право сматра друштвеном и економском суштином тог посла – мора обезбедити каузу тестаamenta. Када тестатор изађе из правом задатих оквира тестамент не производи правне последице на које је усмерена његова изјава воље. У овом погледу римски тестамент се потпуно уклапа у савремену дефиницију правног посла, да је то она изјава воље за коју правни поредак везује последице у складу с жељеним циљем, у мери која заслужује заштити.

Именовање наследника у Риму никада није био акт простог располагања имовином за случај смрти. Римска породица је кроз највећи део римске историје била бројна, чинила су је сва лица која се налазе под влашћу патерфамилијаса: синови, кћери, снаје, унуци, праунуци, адоптирана и адрогирана лица. Сви они су привређивали, али је са становишта јуса цивиле све стечено припадало патерфамилијасу, зато што је једино он био лице *sui iuris*, тј. живео по сопственом праву. Остали чланови породице били су лица *alieni iuris*, подложна његовој власти, и као таква нису за живота управљала некаквом својом имовином. Због таквог облика римске породице тестаментарно располагање које врши појединац било је у исто време располагање имовином породице у којој живи широки круг лица. У таквим приликама и правна правила о ширини тестаторових овлашћења нужно су морала произлазити из схватања о значају породице, њеној функцији и пожељном положају њених чланова после патерфамилијасове смрти.

Речено поткрепљују и правила о легирању. Легирање је, као и именовање наследника, било правни инструмент којим се реализовала слобода располагање имовином за случај смрти. Неразумно остављање легата, исто као и неразумно именовање наследника, могло је довести у питање опстанак чланова оставиоачеве породице. Због тога је и било ограничено:

Gai. 2. 224

Али некада се заиста дођишало (тестатору) да леђајима и ослобађањима (робова) исцрпи целу имовину и наследницима не остави ништа осим толико имена наследника; њо је, изгледа, било дођишљено Законом XII таблица који предвиђа за онога који у тестаменту располаже својом имовином да њо буде њуноважно и њо следећим речима: 'како је леђирао своје ствари, нека њо буде закон'. Зајо су тестаментом одређени наследници одбијали да се њрихвате заоставишћине и зајо је велики број људи

умирао без наследника. 225. *Свога је донет Фуријев закон који није доушљао, осим ако се радило о одређеном кругу лица, да остали могу добити на име леђа или по другом основу за случај смрти више од хиљада аса...*²⁸

Вратимо се на крају овог приказа основних обележја римског теста-мента Папинијановом фрагменту у коме стоји да *правила о способностима управљања тестаментима не припадају приватном, већ јавном праву*. Правила о тестаментарној способности произлазе из правних норми о статусима људи, а њих утврђује римска *civitas*. По тим правилима, за разлику од савремених права, сви људи немају исти статус. Због тога у Риму сви слободни људи не могу правити тестамент.²⁹ У шестом фрагменту поглавља Дигеста које анализирамо налазимо Гајев текст у коме стоји да потчињени чланови породице не могу правити тестамент:

D. 28. 1. 6pr. Gaius, *libro septimo decimo ad edictum provinciale*

*Онај који је под очевом влашћу нема право управљања тестаментима. Додајем, и када му отац по дозволи, ипак име ништа више неће моћи тестирајући у складу с правом.*³⁰

²⁸ Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis; idque lex XII tabularum permittere videbatur, qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis *uti legassit suae rei, ita ius esto*. Quare qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur. 225. Itaque lata est lex Furia, qua, exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est...

Тестатори су донети закон изигравали па су уследили нови закони. Ово питање је уређено на задовољавајући начин Фалцидијевим законом из 40. г. старе ере. Њиме је било прописано да се не може легирати више од три четвртине имовине.

У овим напоменама о слободи тестирања нисмо улазили у проблематику неважећих одредби због несагласности с моралним начелима. Стајалишта римског и савременог права су у том погледу иста, или, боље речено, савремено право је реципирало римско резонованье. Ево једног текста који то потврђује: Gai. 2. 235. *Ништаво је легирање у виду казне. Смајра се јак да постоји легирање у виду казне када се оставља да би се извршио приписак на наследника, да наследник пре нешто учини или не учини, као када се овако легира: 'Ако мој наследник да своју кћер за жену Тицију, нека да 10.000 Сеју' или овако: 'Ако не даш своју кћер Тицију за жену, треба да даш Тицију 10.000'...* (Poenae quoque nomine inutiliter legatur. Poenae autem nomine legari videtur, quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis heres aliquid faciat aut non faciat; veluti quod ita legatur *si heres meus filiam suam Titio in patrimonium conlocaverit, X milia Seio dato*, vel ita *si filiam Titio in patrimonium non collocaveris, X milia Titio dato*'...)

²⁹ То је обележје римског права све до краја развоја. Дванаесто поглавље друге књиге Јустинијанових Институција *Quibus non est permissum testamenta facere* почиње овим текстом: *Није, наиме, свима доушљено да сачине тестамент.* (Non tamen omnibus licet facere testamentum.)

³⁰ Qui in potestate parentis est, testamenti faciendi ius non habet. adeo ut, quamvis pater ei permittat, nihilo magis tamen iure testari possit.

Дакле, потчињено лице не може правити тестамент и када му то дозволи старешина породице. Патерфамилијас му такво одобрење не може дати због тога што тиме поступа супротно когентној статусној норми, како Папинијан каже, норми која је део јавног права. Напомињемо само да је број потчињених лица у Риму био много већи него што је било старешина породица, тако да је значај овог правила у свакодневном животу био велики.³¹

Даље, не могу правити тестамент ни лица којима су изречене тешке казне, скитнице и лица чији је правни статус нејасан:

D. 28. 1. 8. 1. Gaius, *libro septimo decimo ad edictum provinciale*.

Ако је некоме изречена забрана ујојтребѣ ватре и воде, њѣов ѡсѣтаментѣ не важи, како онај који је ѡре ѡјоѣ сачинио, ѡако и онај који касније буде сачинио... 2. У истом су ѡложѣју дейорѡвани на осѣрво... 4. Они, ѡак, који се осуђују на окове, на борбу с дивљим живоѡињама или на рад у рудницима ѡбе слободу и њихова се добра зајлењују: оѡуда ѡроу-злази да се лишавају сѡсобности ѡсѣтирања.³²

D. 28. 1. 15. Ulpianus, *libro duodecimo ad edictum*

Као ѡѡо је божански Пије одѡворио, не моју сачиниѡи ѡсѣтаментѣ они о чијем сѡаѡусу ѡсѡјоји сумња или они који скиѡају.³³

Најзад, у посебном положају су биле жене *sui iuris* када су хтеле да праве тестамент. Римско патријахално друштво стављало их је у неповољнији правни положај од оног који су имали мушкарци истог статуса.³⁴ Нису, на пример, учествовале у јавним пословима³⁵, а када је реч о пословима приватног права нису, између осталог, могле без сагласности татора направити тестамент:

³¹ И ово се правило није односило на војнике.

³² Si cui aqua et igni interdictum sit, eius nec illud testamentum valet quod ante fecit nec id quod postea fecerit... 2. In insulam deportati in eadem causa sunt... 4. Hi vero, qui ad ferrum aut ad bestias aut in metallum damnantur, libertatem perdunt bonaque eorum publicantur: unde apparet amittere eos testamenti factionem.

³³ De statu suo dubitantes vel errantes testamentum facere non possunt, ut Divus Pius rescipit.

³⁴ Позната је Гајева опаска: Gai. 1. 144. Наимѣ, сѡари су хѡѣли да жене, и када ѡсѡшану ѡунолѣјне, збоѡ несѡалности воље буду ѡод ѡуѡорсѡвом. (Veteres enim voluerunt feminas, estiamsi perfectae etatis sint, propter animi levitatem in tutela esse.)

³⁵ D. 50. 17. 2. Ulpianus, *libro primo ad Sabinum*. Жене су одсѡрањене из свих ѡрађанских и јавних дужности и заѡо не моју да буду судије, не моју обављаѡи маѡисѡраѡуру, ниѡи за друѡѡа водиѡи ѡарницу или јемчиѡи, ниѡи биѡи ѡсѡстављене за засѡуѡника. (Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare pro alio intervenire nec procuratores existere.)

Gai. 2. 118

*Поред тога, ваља приметити да када прави тестамент жена која је под туторством, треба да га прави с туторовим одобрењем. У противном прави тестамент који је неважећи по јусу цивиле.*³⁶

Тутор у овом случају надзире предузимање посла због тога што је женина воља наводно слабијег квалитета од мушкарчеве. Како се то односи на све жене *sui iuris*, то је и статусно питање.

Можемо, дакле, констатовати да је у Риму великом броју грађана била ускраћена могућност прављења тестаментa, потчињеним лицима, лицима осуђеним на тешке казне, а жене су морале имати туторову сагласност. То је велика разлика у поређењу са савременим правом. С тог становишта римски тестамент као *negotium* јуса цивиле, права које је примењивано само на римске грађане, не уклапа се у данашњу дефиницију правног посла која подразумева да је посао доступан сваком грађанину који има правно релевантну вољу. Одступа од савременог схватања правног посла и по томе што тај тестамент подразумева тако чврсту форму да она потискује у други план и тестаторову вољу. Римски тестамент је типичан посао римског права. Одређен је формом и садржином.

Римски тестамент који регулишу правила јуса цивиле се подудара с данашњим поимањем правног посла у следећем: то је изјава воље, та воља је усмерене на произвођење правних последица, те последице правни поредак прихвата у оквирима које је поставио.

1. 2. Обележја римског контракта

У савременим правима постоји појам *уговор*, а у римском праву *контракт* (*contractus*). Уговор и контракт су најважнији извори облигација у савременом, односно римском праву. И један и други настају из сагласности воља.

Под уговором се данас подразумева свака сагласност воља двају или више лица чији је циљ постизање одређеног правног дејства.³⁷ За разлику од

³⁶ *Observandum praeterea est, ut si mulier quae in tutela est faciat testamentum, tutore auctore facere debeat; aliquoin inutiliter iure civili testabitur.*

³⁷ Један од најпознатијих правних речника, *Black's Law Dictionary*, на више начина објашњава овај појам: *Споразум између два или више лица који ствара обавезу да се одређена ствар чини или не чини; Уговор је обећање или скуп обећања за које право даје средство у случају кршења, или је чинидаба коју право на одређен начин прекознаје као дужност; Правни однос који се састоји од права и обавеза уговорних страна; Обећање*

тестаментa, о коме је до сада било речи, уговор је двострани посао. Данашња права дају уговорним странама широку слободу. Та слобода, аутономија воље, им омогућава да у уговор уграде сваки интерес који није супротан принудним прописима, јавном поретку и моралним схватањима.³⁸ То значи да могу закључити ваљани правни посао и мимо типичних уговора које закон познаје, односно да те уговоре могу мењати.³⁹ Слобода уговарања подразумева и слободу избора форме уговора. Уговор настаје, уколико правом није друкчије прописано, чим се странке сагласе о његовим елементима.⁴⁰ Сама изјава воље може бити садржана у речима, знацима или неком понашању, битно је да се са сигурношћу може утврдити садржина воље.⁴¹ То, такође, говори о слободи коју уговорне стране уживају у савременом праву.

Овако схваћен и регулисан у законодавствима, уговор се у потпуности уклапа у данашњу дефиницију правног посла. Уговор и правни посао имају без остатка исту суштину. Реч је о вољи која је усмерена на постижање одређених правних последица, последица које правни поредак прихвата у мери која заслужује заштиту. Оба појма настају у оквиру правног поретка који грађанима обезбеђује широку аутономију воље.

Погледајмо сада која су обележја римског контракта, колико је сличан данашњем уговору и колико се подудара с данашњим појмом *правни посао*.

Нека обележја контракта само су одраз општих карактеристика римског права и примене правила која се односе на све послове. Сви облици

или скуп обећања од којих се састоји споразум између странака који свакој од њих успоставља правну обавезу према другој, а ипак оне и право да користе правно средство за случај кршења тих обавеза. Види одредницу Contract. Италијански Грађански законик у чл. 1321 дефинише уговор као споразум две или више страна да међу собом успоставе, уреде или утврде имовинскоправни однос. Наш Закон о облигационим односима (даље: ЗОО) не даје дефиницију уговора.

³⁸ У чл. 10 ЗОО, под насловом *Аутономија воље*, стоји: *Стране у облигационим односима су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по својој вољи* (подвукао – А. М.).

³⁹ ЗОО у чл. 20, под насловом *Диспозитивни карактер одредаба закона*, стоји: *Стране могу свој облигациони однос уредити друкчије него што је овим законом одређено, ако из поједине одредбе овог закона или њеног смисла не произлази друго.*

⁴⁰ Чл. 67 ЗОО: *закључење уговора не подлеже никаквој форми, осим ако је законом друкчије одређено. Чл. 26: Уговор је закључен кад су се уговорне стране сагласиле о бићним састојцима уговора.*

⁴¹ Чл. 28 ЗОО: *Воља за закључење уговора може се изјавити речима, уобичајеним знацима или другим понашањем из кога се са сигурношћу може закључити о њеном постојању.*

контракта, исто као и сви облици тестамента, нису једнако доступни сваком човеку. Оне који припадају јусу цивиле могу закључивати само римски грађани.⁴² Контракт, као и тестамент, могу закључити само лица с правно релевантном вољом.⁴³ Заједничка обележја контракта и тестаментa, иако је први двострани а други једнострани посао, последица су чињенице да оба посла упоредо постоје у истом праву и носе печат истог времена.

Контракт је двострани посао. Настаје сагласношћу воља, што значи да је споразум странака (*conventio*) његов незаобилазни елеменат. Правници класичног периода на то указују:

D. 2. 14. 1. 3. Ulpianus, *libro quarto ad edictum*

... Додајем, иакође, споразум је ошћи назив јер, као што је Педије лејо рекао, **не постоји конџракџ, никаква обавеза, која у себи не садржи споразум**, чак и када се захтева предаја ствари или изговарање речи. Наиме, и стипулација, која настаје речима, је ништава уколико нема сагласности.⁴⁴

Споразум (*conventio*) је шири појам од појма конџракџ (*contractus*). Споразум се у римском праву среће у јавном и у приватном праву. Како је римско јавно право јединствено, а приватно је подељено на јус цивиле и јус генџијум, постоје три врсте споразума:

D. 2. 14. 1. 3. Ulpianus, *libro quarto ad edictum*

Споразум (*conventio*) је ошћи реч и односи се на све оно у чему се сагласе они који се међусобно договарају ради закључења или довршења посла. Јер, као што се каже да се сусрећу (лат. *convenire*) они који се из

⁴² Gai. 2. 93. Ова, ипак, вербална облигација 'Обећаваши ли да ћеш дајти? – Обећавам' својствена је само римским грађанима, а остале припадају јусу генџијум, па су њуоважне између свих људи, било да су римски грађани, било перџини. (Sed haec quidem verborum obligatio 'dari spondes? spondeo' propria civium Romanorum est; ceterae vero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines sive cives Romanos sive peregrinos valent.)

⁴³ D. 50. 17. 5. Paulus, *libro secundo ad Sabinum*. У конџракџним пословима један је значај каузе код малолетних, а други код оних који могу да говоре (тј. код старијих малолетника – А. М.) а не разумеју предузетих посао: наиме, махџи не може закључити никакав посао, а малолетник може предузетих све уз његово одобрење. (In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum qui fari possunt, quamvis actum rei non intellegent: nam furiosus nullum negotium contrahere potest, pupillus omnia tutore auctore agere potest.)

⁴⁴ ... adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.

различитијих месџа окуљљају и долазе на једно месџо, џако се усаљашавају о истџом и они који њолазе од различитијих мојџива воље, њо јесџ долазе до једне одлуке.⁴⁵

D. 2. 14. 5. Ulpianus, libro quarto ad edictum

Дакле, њосџоје џри врсџе сџоразума. Наиме, или се сачињавају збој јавној њосла или џривајџној. Привајџни су уџемељени или на закону или на јуси џенцијум. Јавни сџоразум је онај који се закључује ради мира, какав њонекад међусобно закључују рајџни команданџи.⁴⁶

Скрећемо пажњу на две ствари у другом по реду наведеном тексту. Јавне споразуме које закључују војсковође Улпијан не везује за закон и право. Разлог је тај што такве споразуме закључују магистрати римског народа који су носиоци највише власти. Они су и ствараоци права. Доносе *leges datae* и издају едикте. Због тога споразуми које закључују не морају имати непосредно упориште у правној норми. За разлику од тих споразума, споразуми приватног права, они које закључују грађани као приватна лица, утемељени су по Улпијану на закону, тј. јусу цивиле или на јусу генцијум, што значи у едикту peregrinског претора. Та утемељеност на некој норми јуса цивиле или јуса генцијум обезбеђује правно дејство споразуму који закључују грађани као приватна лица. То потврђује и Паул:

D. 2. 14. 6. Paulus, libro tertio 3 ad ed.

Уџемељен је на закону онај сџоразум који њоџврђује неки закон. И збој њоја се смајџра да из џросџој сџоразума **настџаје или се џаси џужџба**, уколико је њоџџомојнуџи законом или сенајџском одлуком.⁴⁷

Дакле, када је реч о односу споразум – контракт, ствари овако стоје. Споразум је незаобилазни елеменат контракта, али није довољан за настапак контракта. Јус цивиле и јус генцијум захтевају да тај споразум прати форма и кауза.

⁴⁵ Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt.

⁴⁶ Conventionum autem tres sunt species. aut enim ex publica causa fiunt aut ex privata: privata aut legitima aut iuris gentium. publica conventio est, que fit per pacem, quotiens inter se duces belli quaedam paciscuntur.

⁴⁷ Legitima conventio est quae lege aliqua confirmatur. et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege vel senatus consulto adiuvatur.

Најпре неколико речи о форми.

Римско право у начелу захтева да се послови предузимају у одређеној форми, тако да прости споразуми по правилу нису производили правне последице.⁴⁸ Присуство и значај правних форми видљив је у свим подручјима римског права. У статусном праву (адопција, еманципација, манумисија и др.), у брачном праву (конфареацио, дифареацио, коемпио и др.), у стварном праву (манципација, фидуција, инјурецесија и др.), па и у облигационом. Форме контраката наводи Гај у свом уџбенику на почетку излагања о облигацијама:

Gai. 3. 88

*Сада прелазимо на облигације. Најважнија их подела дели на две врсте: наиме, свака облигација произлази или из контракта или из деликта. 89. Најпре да размотримо оне које настају из контракта. Дакле, међу њима постоје четири врсте: или се, наиме, облигација закључује предајом ствари или речима или записивањем или просбом сагласношћу.*⁴⁹

Када је, дакле, реч о контрактима, од четири врсте само су консенсуални неформални. Међу њима је свакако најзначајнија купопродаја.⁵⁰ Код реалних, какав је на пример зајам, споразум ствара облигацију ако уследи предаја ствари. Без те предаје нема контракта.⁵¹ Код вербалних, међу којима је најзначајнија стипулација, морају се изговорити одређене речи,⁵² а код литерарних мора доћи до њиховог записивања.⁵³ Очигледна

⁴⁸ У Пауловим Сентенцијама читамо: *Међу римским грађанима из тог споразума не настаје ујужба.* (2. 14. 1) *Ex nudo pacto inter cives romanos actio non nascitur.* Хермогенијан у својим Епитомама записује: *Присјанак на поделу* (имовине – А. М.) *без предаје или стипулације нема последице на ујужбу, јер толи споразум никоме не може да се прикаже.* (D. 2. 14. 45. Hermogenianus, *libro secundo iuris epitomarum*. *Divisionis placitum nisi traditione vel stipulatione sumat effectum, ad actionem, ut nudum pactum, nulli prodesse poterit.*)

⁴⁹ *Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto. 89. Et prius videamus de his quae ex contractu nascantur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.*

⁵⁰ I. 3. 23. 1. *Купопродаја се закључује чим се постојне споразум о цени.* (*Emptio et venditio contrahitur simulatque de pretio convenerit.*)

⁵¹ Gai. 3. 90. *Предајом се, на пример, закључује облигација код зајма.* (*Re contrahitur obligatio velut mutui datione.*)

⁵² Gai. 3. 92. *Облигација настаје речима на основу питања и одговора, на пример, 'обећавам ли да ћеш дати? обећавам, даћеш? даћу...часћи ти? часћи ми?...'* (*Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, veluti dari spondes? spondeo, dabis? dabo, ...fidepromittis? fidepromitto...*)

⁵³ Gai. 3. 128. *Записивањем, на пример, настаје облигација приликом уписивања имена* (у пословне књиге). *Уписивање имена, дакле, бива на два начина или од ствари на лице*

је разлика између римског контракта и савременог уговора. Уговор модерног права се у суштини своди на споразум због тога што је уговор неформални посао – право се само изузетно бави његовом формом. Римски контракти нису прости споразуми зато што су по правилу формални послови. Неформалност консенсуалних контраката је изузетак. Два посла, уговор и контракт, израз су два различита погледа на аутономију воље.

Улога форме у закључењу посла није једина ствар која разликује римски контракт од данашњег уговора. Уговор је концепт који странкама широм отвара врата да своје интересе обуку у правну форму и тако их с терена реалног живота уведу у свет права. Странке данас могу унети у уговор сваки интерес, све што правом није забрањено или супротно поретку и моралу.⁵⁴ За разлику од тога, странке у Риму то нису могле чинити зато што није било дозвољено мењати правом утврђене битне елементе контракта. Контракти су били типични послови, одређени не само формом, већ и садржином. За разлику од данашњег уговора, контракти немају еластичност која допушта велику слободу воље. То ћемо илустровати на примеру *mandatum*-а.

Налог (*mandatum*) је консенсуални контракт⁵⁵ у коме налогодавац налагае налогопримцу да му обави одређени посао, а налогопримац се обавезује да ће то учинити. Из налога тако настаје налогопримчева обавеза да обави договорени посао и налогодавчево право да то захтева. Посао који налогопримац обавља мора бити и у налогодавчевом интересу:

или од лица на лице... (Litteris obligatio fit veluti in nominibus transscripticiis. Fit autem nomen transscriptitium duplici modo, vel a re in personam vel a persona in personam.)

⁵⁴ Забране које данас ограничавају уговорне стране постојале су и у римском праву. Наводимо два текста која то потврђују: D. 2. 14. 7. 3. Ulpianus, *libro quarto ad edictum*. Ако је дао обећање ради тога да не би био учињен злочин, из икаквог споразума не настаје облигација. 4. Јер, ово се сматра, ако иза закљученог споразума не постоји никаква кауза, не може се успановити обавеза. (Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventionione. 4. Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem.) D. 17. 1. 6. 3. Ulpianus, *libro trigensimo primo ad edictum*. Када се ради о неморалној ствари налој је ништав и зато се не упућује упућбом. (Res turpis nullum mandatum est et ideo hac actione non agitur.)

⁵⁵ D. 17. 1. 1pr. Paulus, *libro trigensimo secundo ad edictum*. Обавеза из налоја се темељи на сагласности контрактних страна. 1. Зато се налој може прихватити упућем неког гласника или упућем писма. 2. И због тога, ако је написано 'позивам', или 'желим', или 'налажем' било неком другом речи, постоји упућба по основу налоја. (Obligatio mandati consensu contrahentium consistit. 1. Ideo per nuntium quoque vel per epistulam mandatum suscipi potest. 2. Item sive 'rogo' sive 'volo' sive 'mando' sive alio quocumque verbo scripserit, mandati actio est.)

D. 17. 1. 2pr. Gaius, *libro secundo cottidianarum*

Налоџ се између нас закључује било да њеби наложим само ради моје користи, било само њуђе, било моје и њуђе, било моје и њвоје, било њвоје и њуђе. Зајмо ако само ради њвоје користи наложим, налоџ је сувишан и из нечега њаквог не рађа се никаква обавеза.⁵⁶

Посматрајући могуће комбинације налогодавачевог и налогопримчевог интереса, Гај закључује да налога нема само у ситуацији када се посао реализује искључиво ради налогопримчевог интереса. Овакво тумачење је прихватљиво и из данашње перспективе. Кауза налога, његова друштвена и економска функција, баш и јесте у томе да се омогући обављања послова за рачун другог лица. То живот често захтева. Уз изнето, овај контракт има још једно обележје које нас посебно интересује. Налог мора бити бесплатан:

D. 17. 1. 1. 4. Paulus, *libro trigensimo secundo ad edictum*

Налоџ је нишњав ако није бесцелан: на име рађа се из осећаја дужности и пријатељства, сујројан је, дакле, обавези по основу цене: увођењем новца исправније је посао сматрајући извршењем дела.⁵⁷

Паул каже ако налогопримац прима новац за своју услугу, онда то није налог него уговор о делу (*locatio conductio*).⁵⁸ Странке, дакле, немају слободу да уговоре накнаду за заступање. Њихова аутономија је ограничена у поређењу са оном коју странке данас имају.

На крају додајемо и то да налогопримац и налогодавац нису могли уговорити да последице предузетог посла директно пређу на налогодавца. То није било могуће због правила римског права да нико не може стипулисати за другог: *alteri stipulari nemo potest*.⁵⁹ То је било још једно ограничење аутономије воље које познаје римско право, а у савременом га нема.

⁵⁶ Mandatum inter nos contrahitur, sive mea tantum gratia tibi mandem sive aliena tantum sive mea et aliena sive mea et tua sive tua et aliena. quod si tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur.

⁵⁷ Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.

⁵⁸ У овом обележју римског налога романистичка литература види утицај робовласничког морала, чињеницу да је слободним римским грађанима, власницима робова, било је испод части да ступају у најамни однос.

⁵⁹ D. 45. 1. 38. 17. Ulpianus, *libro quadragesimo nono ad Sabinum*. Нико не може за другога стипулисати, осим роб за господара, син (у породици) за оца. (*Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur.*)

Резимирајући изнето, можемо закључити да су римски контракти упоредиви с данашњим уговорима, зато што и они настају из сагласности воља. Контракт и уговор су упоредиви, али не и истоветни појмови. Право данас познаје општи појам, *уговор*, и под њим подразумева неформални посао чију садржину одређују саме странке, док је римско право познавало само различите врсте контраката код којих је форма и садржина дефинисана правом. Реч је о сроднима појмовима који носе обележја својих епоха.

ЗАКЉУЧАК

Неформална изјава воље којом римски грађанин слободно одређује које правне последице ће произићи из закљученог посла у римском праву никада није уживала правну заштиту. У римском праву не постоји концепт о *јравном ѱослу* у данашњем значењу те речи. То је показала анализа основних обележја два значајна појма и посла римског права, тестаментa и контракта. Постоји, међутим, у римском праву један сродни појам – *negotium*. Покрива друштвену и економску функцију коју има данашњи *јравни ѱосао*, али се од њега разликује по правним обележјима. У *negotium*-у вољу странке увек прати правом прописана форма или кауза, а понекад и једно и друго. Због тога *negotium* у поређењу са савременим *јравним ѱослом* оставља странкама мање слободе.

Адолф Бергер у свом енциклопедијском речнику римског права каже да је *negotium* свака врста трансакције (дакле, размена или пренос добара, услуга и новца) или споразума, укључујући и пренос својине.⁶⁰ Овакво одређење појма сувише је непрецизно и мало говори о правој природи римског *negotium*-а. Анализа коју смо извршили говори да би било боље рећи да је *negotium*:

изјава воље лица које има сјособностј јредузимања јравној ѱосла, усмерена на ѱосјизање јравних ѱоследица, коју јраво смајира ваљаном и даје јој санкцију зајшо шшо задовољава јројисане захтјеве форме и каузе.

Negotium и *јравни ѱосао* су два појма која се односе на исту ствар. Правним послом данас, а *negotium*-ом у Риму, људи уводе у свет права своје интересе. *Negotium* и *јравни ѱосао* као правне чињенице немају иста обележја и исту „тежину“ у правним поретцима свог времена. *Negotium*

⁶⁰ A. Berger, *Encyclopedic dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, c. 594, *negotium*. Any kind of transaction or agreement. Acts involving transfer of property are also covered by this term.

није доступан свим грађанима који поседују правно релевантну вољу, по правилу је оптерећен формом и даје странкама мање аутономије.

Зашто постоје те разлике? Римска правна решења била су производ друштвених прилика. Сваки човек није могао предузимати све послове због тога што сви људи нису имали исти грађански и породични статус. У патријархалном друштву био је од великог значаја и пол. Строге форме и типичне садржине правних послова, које су ограничавале слободу делања настале су на почецима развоја Рима, у условима кућне привреде и разних религијских веровања, а потом су се вековима задржавале.

Римско право се временом мењало. Смањивана је улога форме у односу на вољу и ширено је поље њене аутономије. Иза тога су стајале крупне промене у римском друштву, развој тржишне привреде и настанак империје.⁶¹ Ево неколико примера тих нових тенденција. У области наследног права добили су у преторском праву заштиту тестаменти који су због недостака у форми били неважећи у јусу цивиле. У облигационом праву је пронађен инструмент, уговорна казна, којим је заобилажена забрана стипулисања у корист трећих лица. Дата је заштита безименим контрактима, чиме је проширена слобода странака у одређивању каузе контракта. Правна наука је при тумачењу правних послова придавала већи значај вољи него форми у којој је изражена и сл. Развој је очигледно ишао и ка стварању појма *правни посао* у данашњем значењу те речи, али до тога ипак није дошло. Због чега?

Модерни појам *правни посао* изараз је друштвених, економских и идеолошких прилика које су битно различите од оних које су постојале у Риму. Осамнаести век био је век афирмације човекове слободе која је подразумевала слободно изражавање воље. Просветитељи и јуснатуралисти су у човековој слободи нашли заједничку тачку од које су кренули ка истом циљу, утемељењу права у коме је воља појединца извор правних последица. Грађанској класи која је била носилац капитала, у тржишној привреди која се захуктавала, био је потребан правни инструмент који јој омогућава слободно реализовање пословних идеја. У таквим приликама пандектисти граде појам правног посла и постављају га у средиште опште теорије права. Правни посао као воља грађанина, приватног лица, ствара правне последице, а правни поредак то само треба да омогући.

⁶¹ О тој добро познатој условљености права приликама у друштву Радомир Лукић каже: Правни поредак који приватним лицима признаје извесну слободу делатности у оквиру права признаје као средство којим се та слобода остварује приватне акте којима се стварају норме којима појединци регулишу своје правне односе. Хоће ли и колико правни поредак дати аутономије приватним лицима у регулисању њихових односа, зависи од класне структуре дотичног друштва и других посебних услова историјске ситуације. др Р. Д. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, Београд 1995, с. 153.

Свих тих услова који стоје иза модерног појма *ѱравни ѱосао*, у Риму није било: ни прокламоване једнакости људи, ни капиталистичког односа који би захтевао такав инструмент какав је данашњи правни посао. Зато *negotium* и *ѱравни ѱосао* и јесу појмови који припадају различитим епохама.

*Antun Malenica, Ph. D., Full Professor
Novi Sad School of Law*

„LEGAL AFFAIR“ AND „NEGOTIUM“, TWO CONCEPTS THAT BELONG TO DIFFERENT EPOCHS

Abstract

Sources that have been preserved do not contain a definition of one of the most important Roman legal concepts, which is the ‘*negotium*’. The author examines what the Roman legal science understood this concept to be – is it equal to the modern concept of *legal affair*.

The author finds that these concepts refer to the same matter. These are statements of will by means of which people introduce their interests into the world of law. However, *negotium* and *legal affair* do not have the same features or carry the same weight in the legal system of their time. Unlike the contemporary *legal affair*, *negotium* is not available for all citizens who possess legally relevant will, it is, by default, burdened with form and offers the parties little freedom in forming of the content of a legal affair.

Differences between these two concepts are explained by the author with the differences in economical, political and ideological ambience in which they come to exist. Thus, *legal affair* and *negotium* are legal concepts that belong to different historical epochs.

*Др Драган Милков, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

СПЕЦИЈАЛИЗОВАНИ ОМБУДСМАНИ

Сажетак: *Институција омбудсмана, настала у Шведској 1809. године, шири се по свим земљама света. Но, са ширењем омбудсмана оштрије тине, све више се долази до закључка да је институција права грађана употребљиво доуништи специјализованим омбудсменима. Поред омбудсмана оштрије тине, који се баве институцијом права грађана у свим областима у односу на све вршнице управне делатности, све више се јављају специјализовани омбудсмани. При томе, постоје јавно-управни омбудсмани екстерне тине, интерне омбудсмани, али и приватно-управни омбудсмани.*

Кључне речи: *контрола управе, само контрола управе, омбудсман, специјализовани омбудсман.*

1. НАСТАНАК И РАЗВОЈ ИНСТИТУЦИЈЕ ОМБУДСМАНА

Није редак случај у историји да су неке институције настале случајно, односно са сасвим другом наменом од оне коју данас имају. То се догодило и са омбудсманом. Када је ова институција настајала није било ни говора о заштити људских права, нити је то био смисао омбудсмана. Тек дуготрајна еволуција донела је садашњу улогу ове институције. Изворно посматрано, омбудсман је настао као резултат специфичних околности у Шведској и вероватно би остао шведска специфичност да се са оснивањем овакве институције нису прикључиле друге скандинавске земље, од којих је Данска одиграла најважнију улогу у популарисању омбудсмана.

Шведски краљ Карло XII (1697–1718) водио је рат против коалиције Данске, Пољске, Саске и Русије. У томе је имао доста успеха, али је од реорганизоване војске Петра I доживео 1709. године тежак пораз у бици код Полтаве (данашња Украјина). Карло XII је једва успео да избегне за-

робљеништво, тако што је побегао у Турску (на територију данашње Молдавије, која је у то време била у саставу отоманског царства). То је значило крај Шведске као велесиле, а у земљи су почели нeredи. Будући да је био физички удаљен од своје земље, а у жељи да ипак утиче на оно што се дешава у краљевини, Карло XII је издао налог да се у Шведској образује једна служба која је имала задатак да контролише спровођење закона и других прописа и да осигура да државни службеници врше своје дужности. На чело те службе краљ је поставио свог повереника, а повереник се на шведском језику каже “омбудсман”. Тако је по први пут створен омбудсман, који ће се током еволуције потпуно удаљити од ове почетне улоге.

Током XVIII века ова служба је доживљавала различите трансформације. Пре свега, промењен јој је назив у службу канцелара правде, коју је неко време именовао парламент, а не краљ, али је шведски краљ Густав III (1771–1792) након што је извршио војни удар, новим уставом повећао краљевска овлашћења, укључујући право да именује Канцелара правде. Након његове смрти Шведском је владао Густав IV (1792–1809) који је био познат по свом апсолутизму. Он је доживео то да га је сменила група официра и тада је донет нови шведски устав 1809. године, којим је по први пут установљена институција омбудсмана са улогом коју је задржала до данас.

Према шведском уставу из 1809. године уведена је подела власти између законодавне, управне и судске власти. Краљ је имао овлашћење да именује Канцелара правде, али је Парламент бирао Омбудсмана, који се у Шведској потпуно назива Омбудсман Правде (Justitieombudsman). Улога таквог омбудсмана је по први пут постала да у име Парламента контролише законитост рада управе и судова.

У току скоро 200 година развоја, институција омбудсмана је у Шведској доживљавала одређене промене. У једном периоду (1915–1968. године) дошло је до раздвајања цивилног и војног омбудсмана, а затим до поновног спајања у јединствену установу, али састављену од три омбудсмана, чија је надлежност ресорно подељена по одређеним областима. Данас ова служба обухвата четири омбудсмана, од којих је један Главни парламентарни омбудсман, који, поред свих овлашћења која сваки омбудсман има, још и руководи службом омбудсмана.

Ова шведска институција остала је дуго времена шведска ексклузивност и нешто што није постојало ни у једној другој држави. Више од 100 година требало је да прође да неко крене шведским стопама. То се по први пут десило у земљи која је дуго била под утицајем, али и у сукобима са Шведском, у суседној Финској 1919. године. Међутим, то још није значило неко значајније ширење институције омбудсмана. Шведски модел није у свету наишао на веће интересовање, нити је Шведска ишта учинила да своју институцију приближи другим земљама.

За ширење идеје омбудсмана у свету много мање је значајна земља творац ове институције – Шведска, од њеног мањег суседа Данске. Наиме, Данска је као трећа земља у свету увела у свој систем институцију омбудсмана Уставом из 1953. године. Од тада долази до правог ширења омбудсмана по свету, тако да поједини аутори говоре о “омбудсманији” и то углавном по узору на Данску, а не Шведску. Има више разлога што је Данска заслужна за процват ове институције.

Најпре, дански модел омбудсмана је био једноставнији и није подразумевао контролу судова, по чему је Шведска једна од ретких земаља у свету. У већини земаља се сматра да се правом омбудсмана да контролише судове угрожава принцип независности судова. С друге стране, први дански Омбудсман Стефан Хурвиц (Stephan Hurwitz) изабран марта 1955. године, био је човек изузетне енергије и пун жеље да ову лепу институцију представи онима којима је била непозната. Хурвиц је био неуморан путник и пропагатор идеје омбудсмана.

Стопама осталих скандинавских земаља кренула је и Норвешка 1962. године, када је донела свој Закон о омбудсману. То је, иначе, период када се омбудсман појављује и ван Европе и то најпре на Новом Зеланду 1962. Потом се јавља читава серија земаља на свим континентима које су увеле омбудсмана у свој политички и правни систем. Будући да број земаља које имају омбудсмана непрестано расте, једино поуздано може се рећи да данас постоји у око 130 држава.

У источноевропским земљама, као и у државама које су припадале Совјетском савезу ова институција није радо и брзо прихваћена. Пољска је била прва која је увела институцију омбудсмана јула 1987. године (посебан Закон о правобраниоцу права грађана – како се Пољски омбудсман зове – ступио је на снагу јануара 1988. године), а затим је Мађарска уставним променама из октобра 1988. године створила уставни основ за увођење омбудсмана, при чему је посебан Закон о парламентарном поверенику за људска права донет тек јуна 1993. године, док је са правим радом служба мађарског омбудсмана почела јуна 1995. године. За Мађарску је карактеристично да поред општег омбудсмана има и два специјализована. То су: Парламентарни повереник за права националних и етничких мањина и Парламентарни повереник за заштиту података и слободу информисања. Поред тога, омбудсмана је увела и Литванија 1995. године, Русија и Летонија 1996. године, Грузија 1996. године, Румунија, Молдавија, Узбекистан и Украјина 1997. године, Естонија, Албанија и Чешка 1999. године, Словачка 2001. године. Последња је Бугарска донела закон о омбудсману маја 2003. године (ступио на снагу од 1. јануара 2004. године), а први омбудсман је изабран априла 2005. године.

Нестанак бивше СФРЈ са политичке мапе значио је и рађање институције омбудсмана на овим просторима. Дотадашњи отпори коју су постојали у погледу увођења омбудсмана, остали су данашњој Србији, која је све до недавно оклевала са увођењем институције омбудсмана, док су све остале републике бивше СФРЈ увеле омбудсмана веома брзо након отцепљења од бивше СФРЈ.

Почетни интерес за институцију омбудсмана јавио се на овим просторима шездесетих година. Прва и до сада једина монографија на ову тему академика Миодрага Јовичића појавила се 1969. године под насловом “Омбудсман – чувар законитости и права грађана”. Након четири године у Уставном суду Србије организован је научни скуп посвећен омбудсману. Тај први скуп посвећен је практично стицању почетних сазнања о овој институцији, али није наишао на шири одјек у научној и стручној јавности. Коначно, 1989. године је у организацији Правног факултета у Новом Саду одржан међународни научни скуп на тему „омбудсман“. На том скупу је учествовао главни шведски омбудсман, генерални директор аустријске службе омбудсмана, истакнути професори из Париза и Лондона, као и бројни научници и стручњаци из свих република бивше СФРЈ. Тај скуп је одиграо значајну улогу у упознавању наше стручне и опште јавности са институцијом омбудсмана и резултирао је предлогом за увођење ове институције у наш правни систем. То је био управо период када се припремао српски устав из 1990. године, међутим, његови творци нису имали разумевања за институцију омбудсмана. Одбојност према “туђим” институцијама и непознавање проблематике, имали су сигурно велику улогу у томе да на писане закључке са овог скупа, у којима се констатује потреба увођења омбудсмана, није уследила практично никаква реакција.

Након тога, било је још неких појединачних покушаја и предлога посланика, како у Народној скупштини Србије, тако и у тадашњој Савезној скупштини, али без резултата.

Све бивше југословенске републике увеле су омбудсмана у свој систем, али под различитим називима. Прва је тако поступила Хрватска, која је још Уставом из 1990. године предвидела “пучког правобранитеља”, а посебан Закон је донет 1992. године, док је први омбудсман изабран јуна 1993. године. Словенија је, такође, Уставом из 1991. године предвидела Заштитника људских права. На основу таквог уставног овлашћења, донет је посебан Закон о заштитнику људских права децембра 1993. године, а ступио је на снагу јануара 1994. године. Државни збор Републике Словеније именовао је првог словеначког омбудсмана 29. септембра 1994. године, а почео је да ради 1. јануара 1995. године. Дејтонским мировним споразумом склопљеним новембра 1995. године постигнут је општи оквирни споразум за мир у Босни и Херцеговини, а тај споразум садржи и једанаест анекса, који се односе на поједина питања. Анекс 6 односи се на људска права, а у његовим

оквирима налазе се и одредбе о омбудсману. Анексом 6 Дејтонског споразума предвиђено је постојање Комисије о људским правима, која се у ствари, састоји из два дела: из службе омбудсмана и дома људских права. Комисија има своје седиште у Сарајеву, укључујући и главни биро омбудсмана и објекте за дом људских права. Омбудсман има по један додатни биро на територији Федерације и Републике Српске, а може имати и на другим локацијама уколико се процени да је то потребно. Поред заједничког омбудсмана за ниво Босне и Херцеговине, своје омбудсмане имају и Република Српска, као и Федерација Босне и Херцеговине (омбудсман је образован као колективно тело састављено од три представника, с тим што у Републици Српској постоји један омбудсман и два заменика). Коначно, омбудсман је уведен и у Македонији. Република Македонија је веома рано, одмах након отцепљења од Југославије, предвидела институцију омбудсмана под називом Народни правобранилац. Међутим, у овој републици се доста оклевало са конкретним увођењем омбудсмана. Наиме, требало је да протекне чак шест година од доношења македонског устава (1991. године) да буде донет и посебан Закон о народном правобраниоцу (фебруар 1997.) и да први македонски омбудсман буде именован (3. јула 1997. године).

У нашој земљи је интересовање за институцију омбудсмана све до недавно било, пре свега, научног карактера, а тек од пре три године чине се и први конкретни кораци на овом плану. Први наш пропис у којем се помиње ова институција јесте Закон о локалној самоуправи,¹ где је предвиђено (члан 126) да јединице локалне самоуправе могу образовати грађанског браниоца (омбудсмана). Такву могућност је до сада искористио веома мали број општина и градова. Потом је у Закону о утврђивању одређених надлежности аутономне покрајине² предвиђена могућност да и аутономна покрајина образује институцију омбудсмана. Аутономна покрајина Војводина је донела своју Одлуку о покрајинском омбудсману крајем 2002. године.³ Први војвођански омбудсман изабран је 24. септембра 2003. године. Црна Гора је јула 2003. године донела Закон о заштитнику људских права и слобода, којим је установила свог омбудсмана.⁴ Први црногорски омбудсман је изабран 21. октобра 2003. године. Коначно, последња од свих република бивше Југославије, Србија је донела Закон о заштитнику грађана септембра 2005. године. Првог српског омбудсмана Народна скупштина Републике Србије изабрала је 14. јуна 2007. године (скоро три године након доношења закона).

¹ „Службени гласник Републике Србије“, број 9 од 26.02.2002. године.

² „Службени гласник Републике Србије“, број 6 од 07.02.2002.

³ „Службени лист Аутономне покрајине Војводине“, број 23 од 31. децембра 2002. године.

⁴ „Службени лист Републике Црне Горе“, број 41 од 10 јула 2003. године.

2. НАЗИВ ИНСТИТУЦИЈЕ

Институција омбудсмана се у различитим државама различито назива. Поред изворног шведског имена, постоје бројне варијације у називима омбудсмана појединих земаља, при чему се често користе изрази: бранилац, повереник, заштитник, комесар. Поред тога се означава често и у чије име омбудсман иступа, па се наглашава да је он парламентарни повереник или комесар, а с друге стране, у називу се наводи и кога, односно шта штити: грађане, народ, људска права...

Шведска реч „омбудсман“ користи се у својој изворној форми као званичан назив за ову институцију у великом броју земаља. Поред скандинавских земаља, назив „омбудсман“ се користи и у англосаксонским земљама, у Холандији, Белгији (на фламанском језику, док се у Валонији и уопште на француском језику користи термин „медијатор“), али и у неким земљама Африке и Азије. У последње време у неким текстовима на енглеском језику се може наћи и необична форма шведског имена као „ombudsperson“. Ово се нигде не користи као званично име институције, већ се јавља као покушај појединих аутора да заштите права жена, мислећи да је реч „омбудсман“ сложеница састављена од речи „омбудс“ и речи „ман“. Пошто на енглеском језику „ман“ означава мушкарца, онда су се појединци досетили да нађу, по њима, неутрално име „персона“. Међутим, шведска реч „омбудсман“ није сложеница, већ једна јединствена реч која означава повереника, како мушкарца, тако и жену. Нажалост, Швеђани као што су били пасивни приликом ширења ове институције, тако ни сада не предузимају скоро ништа да се прекине са овом наопаком праксом (осим што објасне онима који их питају). Једини пример званичне употребе назива „ombudsperson“ је Косово, где су институцију креирале прелазне власти и специјалисти неких међународних организација и комисија, који су иначе на овим просторима главни пропагатори ове погрешне праксе. Занимљиво је да се унутар ове косовске институције њен назив и на српски језик понекад преводи као „омбудсперсон“, иако се у званичној уредби бр. 2000/38 у српској верзији текста говори о оснивању „институције омбудсмана на Косову“. На албанском језику се ова институција на Косову зове „ombudspersoni“, вероватно као последица буквалног превода енглеског израза „ombudsperson“, што није случај у Албанији.⁵ У светским размерама скоро нико не користи овај неологизам, а надамо се да ће и на нашим просторима са слабењем улоге експерата појединих комисија и тела, ово бити само део ружне прошлости. Ниједан озбиљан енглески или амерички

⁵ Још необичније изгледају неки наши преводи енглеских текстова у којима су преводиоци у жељи да што аутентичније преведу енглески назив чинили то тако што су наводили „омбудсперсона“!

аутор не назива ову институцију другачије него као омбудсман. Што је још занимљивије, изгледа да су овај неологизам „ombudsperson“ на енглеском језику створили неки стручњаци и бирократе неких међународних организација којима енглески није матерњи језик.⁶

Поред званичног шведског имена, у Француској и неким земљама француског говорног подручја у Африци, користи се назив „медијатор“. У земљама шпанског говорног подручја се користи име „народни бранилац“ (Defensor del Pueblo), са ретким изузецима, као што је Костарика, где се омбудсман зове „заштитник становника“ (Defensor de los Habitantes) и оних латиноамеричких држава где се у називу истиче његова улога као заштитника људских права (Салвадор, Гватемала, Хондурас, Мексико, Парагвај).

У Италији се омбудсман зове „грађански бранилац“ (Difensore Civile). Италијанско име је код нас изабрано као име за локалног омбудсмана, предвиђено у Закону о локалној самоуправи. Међутим, за разлику од италијанског језика, у српском језику би придев „грађански“ упућивао на погрешан закључак о карактеру ове институције. Много боље и тачније је рећи „бранилац грађана“ или „заштитник грађана“.

У једном броју земаља, углавном афричких (Ботсвана, Јужна Африка) омбудсман се назива јавним заштитником (Public protector), или јавним браниоцем, што је случај у Грузији, Јамајки.

У Аустрији се институција омбудсмана (колективно тело) зове народним правобранилаштвом (Volksanwaltschaft).

У Албанији и Румунији се омбудсман зове „народни адвокат“ и то је име које је било предвиђено у првом предлогу српског закона о омбудсману. То име не би коректно одражавало институцију омбудсмана, јер у нашем језику термин адвокат означава пуномоћника, а омбудсман није ниједи пуномоћник, већ неутрални посредник између грађанина и државе. У том смислу је његова улога изражена у француском називу „медијатор“, јер то најбоље означава његов положај. С друге стране, ни назив „народни“ не би најбоље одразио суштину омбудсмана, јер он не штити народ, већ грађанина, као појединца.

У земљама нове демократије најчешће се у називу омбудсмана истиче његова улога у заштити људских права (Комесар за људска права, Заштитник људских права и сл.). Има и земаља у којима улогу омбудсмана врше Комисије за људска права, као колективно тело.

⁶ У Сједињеним Америчким Државама се иначе могу пронаћи текстови у којима се омбудсман назива скраћено „омбудс“, иако та реч на шведском не значи ништа, а још ређе од тога се може пронаћи употреба израза „ombuds officer“. Америка је иначе пример за употребу термина омбудсман за свако тело за притужбе.

У Квебеку и на Хаитију се омбудсман зове баш као и код нас, заштитник грађана (*Protecteur du Citoyen*), при чему су Хаићани у жељи да буду оригинални додали да је у питању „заштитник грађана и грађанки“. Овај назив, заштитник грађана, сматрам, добро одражава суштину улоге омбудсмана, а није тежак за изговор. Улога омбудсмана и јесте највише у томе да штити грађане од неправилног рада државних органа и јавних служби, тако да је добро у називу истаћи оно што је најважније за институцију. Изворни назив „омбудсман“ у српском језику се код просечних људи тешко изговара. Чак и образовани људи имају тешкоћа у правилном изговору шведског имена „омбудсман“. С друге стране, за обичног грађанина је веома битно да се у називу институције истакне оно што је најбитније.

3. ПОЛОЖАЈ И УЛОГА ОМБУДСМАНА

Посматрајући положај и улогу омбудсмана у различитим земљама света може се констатовати да постоји више различитих типова ове институције.

Најпре, постоји класични омбудсман, онај који одговара изворном шведском моделу и земљама које су под шведским утицајем конципирале ову институцију. Класични омбудсман подразумева да је у питању повереник парламента, којег парламент бира и разрешава и чија је улога контрола државне управе у свим областима и заштита права грађана. Наш Заштитник грађана суштински одговара моделу класичног омбудсмана, али иде и даље од тога.

У највећем броју земаља парламент бира и разрешава омбудсмана квалификованом већином, при чему му мандат обично траје дуже од посланичког мандата. Основни смисао оваквих одредби јесте да се постигне стабилност ове институције и обезбеди независност у односу на политичке партије. Омбудсман се најчешће бира већином од укупног броја посланика, али има и доста земаља и којима се омбудсман бира и разрешава двотрећинском већином од свих посланика. Приликом доношења нашег Закона 2005. године није одређено која је већина потребна за избор омбудсмана, што значи је подразумевало да је у питању проста већина од присутних посланика. Овим је било одступљено од једног од међународно прихваћених стандарда да се омбудсман бира квалификованом већином, при чему је Србија у овом погледу представљала изузетак. Оправдање за овакву већину је нађено у уставном ограничењу, јер је према Уставу Републике Србије 1990. прецизно наведено за које функционере се приликом избора тражи квалификована већина, а међу њима, наравно, нема омбудсмана, јер те институције уопште није ни било у Уставу. Овај недостатак је дели-

мично био надокнађен тиме што је у Закону било предвиђено да Народна скупштина Заштитника бира на предлог Одбора за уставна питања, а Одбор предлог може да утврди само већином од укупног броја чланова. Овај проблем је разрешен када је донет нови устав Републике Србије (2006. године). Наиме, овим Уставом је предвиђено да Народна скупштина Заштитника грађана бира већином гласова свих народних посланика.⁷ У складу са тим, 2007. године је промењена и одговарајућа одредба Закона о заштитнику грађана.⁸ С друге стране, у нашем Закону је предвиђено да мандат Заштитника грађана траје пет године чиме ће се обезбедити континуитет и у различитим политичким околностима. Нажалост, према нашем Закону, омбудсман је лако смењив, јер је за његово разрешење потребна иста већина као приликом избора, а то је проста већина од присутних посланика. Од независности и објективности омбудсмана неће много остати ако буде у свом раду морао да води рачуна о наклоности политичких партија. Један од битних предуслова за ефикасан рад омбудсмана јесте његова стабилност и независност.

Поред класичног омбудсмана, у појединим земљама (пре свега су то земље тзв. нове демократије, као што су бивше социјалистичке државе, неке земље у Јужној Америци и Африци) почиње да се уложи класичног омбудсмана додаје и заштита људских права. Неке земље су чак и у називу институције изразиле ову улогу (Заштитник људских права, Комесар за људска права). Такав модел се у правној теорији назива мешовитим или хибридни. У нашем Закону о Заштитнику грађана се налази и овај аспект улоге омбудсмана, јер је предвиђено да се „Заштитник грађана стара о заштити и унапређењу људских слобода и права“ (члан 1, став 2).

Трећу врсту омбудсмана представљају специјализовани омбудсмани. Специјализовани омбудсмани се баве контролом државних органа и заштитом грађана у појединим областима друштвеног живота. Тако се издвајају војни омбудсмани, полицијски омбудсмани, затворски омбудсмани, омбудсмани за заштиту података, дечији омбудсмани, омбудсмани за заштиту од дискриминације, омбудсмани за равноправност полова, порески омбудсмани, здравствени омбудсмани итд.

Коначно, посебну категорију представља интерни омбудсман. У питању је омбудсман којег именује иста институција коју он контролише, са циљем да штити права корисника услуга те институције. То се односи на банкарске омбудсмане, омбудсмане осигуравајућих компанија, телекомуникационог омбудсмана, универзитетског омбудсмана и сл. У овом последњем случају се назив „омбудсман“ користи само у смислу лица задуже-

⁷ Устав Републике Србије, члан 105, став, 2, тачка 14.

⁸ „Службени гласник Републике Србије“, број 54 од 13.06.2007. године.

ног за разматрање притужби. У ову категорију спада и читав низ различитих приватно-правних омбудсмана, као што су аеродромски омбудсмани, фудбалски омбудсмани, индустријски омбудсмани, болнички омбудсмани итд.

Назив „омбудсман“ се све више злоупотребљава, тако да се у последње време јављају залагања за заштиту овог имена. Погрешно је свако тело за притужбе називати омбудсманом.

Начелно посматрано, контрола коју врши омбудсман није усмерена првенствено на контролу законитости рада управе већ више на контролу целисходности. То не значи да омбудсман не може да контролише и законитост, али је у већини земаља систем правне заштите грађана (укључујући управни спор) уређен на задовољавајући начин. Међутим, не постоје правни инструменти за заштиту грађана од ситних и крупних неправди, шиканирања, спорости у решавању, некоректном односу према појединцима и сл. За све такве случајеве грађани немају коме другом да се обрате осим омбудсману. Према нашем Закону, „Заштитник грађана је овлашћен да контролише законитост и правилност рада органа управе“ (члан 17, став 2).

Контрола коју врши омбудсман простире се начелно на све државне субјекте и јавне службе (у Шведској се то чак односи и на судове), са изузетком појединих државних органа (најчешће се контрола не односи на владу као целину, премијера и сл.). То значи да се првенствено контролишу поједини органи управе, укључујући полицију, затим управе затвора, војни органи (у неким земљама постоје посебни војни омбудсмани), као и читав низ различитих јавних служби у области социјалног старања, образовања, здравства и сл. Према нашем Закону, „Заштитник грађана није овлашћен да контролише рад Народне скупштине, председника Републике, Владе, Уставног суда, судова и јавних тужилаштва“ (члан 17, став 3).

4. ПОСТУПАК КОНТРОЛЕ

Притужбе на рад државних органа може да упути било који грађанин, који у неким земљама не мора бити ни лично легитимисан. У нашем Закону је предвиђено да притужбу може поднети свако физичко или правно лице, с тим што се тражи лична легитимација. С друге стране, омбудсман може да делује и по службеној дужности, а за то повод може да му буде и анонимна притужба, која се иначе не прихвата као обавеза за покретање поступка. По правилу, Заштитник грађана неће поступати по анонимним притужбама. „Изузетно, ако сматра да у анонимној притужби има основа за његово поступање, Заштитник грађана може покренути поступак по сопственој иницијативи“ (члан 25, став 7).

Уколико омбудсман не одбаца притужбу, започиње истрага. По правилу, омбудсман не спроводи истрагу ако грађанину стоји на располагању неки правни поступак, односно правно средство, него у таквим ситуацијама чека крај и исход тог поступка. Ово правило је у неким земљама прихваћено без изузетка, док се у Шведској омбудсман упушта у разматрање притужбе и пре завршетка правног поступка, уколико се притужба односи на саму процедуру, а не и на меритум одлуке. По нашем Закону, изузетак од правила о потреби да се претходно исцрпи постојећа правна средства тиче се оних случајева где природа повреде намеће обавезу хитног деловања. Изузетно, „Заштитник грађана може покренути поступак и пре него што су исцрпљена сва правна средства, ако би подносиоцу притужбе била нанета ненадокнадива штета или ако се притужба односи на повреду принципа добре управе, посебно некоректан однос органа управе према подносиоцу притужбе, неблаговремен рад или друга кршења правила етичког понашања запослених у органима управе“ (члан 25, став 5).

Исход спроведене истраге може бити различит. Уколико се утврди да не постоје никакве повреде, истрага се завршава без критике органа управе, односно то представља својеврсно одбијање притужбе, чиме се даје за право конкретном органу. Но, ако се утврди да је било одређених пропуста, омбудсман нема никаквих мериторних овлашћења која би му омогућавала да акте управе измени, укине или поништи. У већем броју земаља може једино да упуту критику одговарајућем органу и препоруку како би уочени недостатак требало отклонити. Само у мањем броју земаља препоруке омбудсмана имају и правно обавезујући карактер. По нашем Закону, Заштитник грађана је овлашћен да органима изда препоруку, при чему они имају обавезу да га обавесте о исходу најкасније у року од 60 дана.

Поред овог директног утицаја омбудсмана на рад органа управе, он може у многим земљама да покрене дисциплински, па и кривични поступак против извесног службеног лица, као и да предложи парламенту разрешење функционера. Таква овлашћења постоје и у нашем Закону.

Најзад, омбудсмани већег броја земаља имају и право законодавне иницијативе ако сматрају да до проблема у функционисању управе долази због нормативних недостатака. По првом тексту Закона из 2005. године, Заштитник грађана није могао да се појави у улози овлашћеног предлагача закона и других прописа, него само као подносилац иницијативе. Но, доношењем новог устава из 2006. године, и овај проблем је разрешен: „Заштитник грађана и Народна банка Србије имају право предлагања закона из своје надлежности“.⁹ Након тога је изменама и допунама Закона о заштитнику грађана из 2007. године ова одредба (члан 18, став 1) усагла-

⁹ Устав, члан 107, став 2.

шена са Уставом, па је за нашег омбудсмана предвиђено право предлагања закона.

Као и у великом броју других земаља, Заштитник грађана има право да препоручи разрешење одговорног функционера, да иницира покретање дисциплинског поступка, као и да поднесе пријаву за покретање кривичног, односно захтев за покретање прекршајног поступка.

5. СПЕЦИЈАЛИЗОВАНИ ОМБУДСМАНИ

Постојање само једног омбудсмана, који се бави заштитом права грађана у свим областима од свих државних органа и јавних служби, показало се као недовољно. Као тенденција у развоју ове институције јавља се не само то да стално долази до њеног ширења, односно до појаве све већег броја земаља које имају ову институцију у свом правном систему, него се јављају нове врсте омбудсмана. Поред омбудсмана општег типа, који се баве заштитом права грађана у свим областима у односу на све вршиоце управне делатности, све више се јављају специјализовани омбудсмани. У англосаксонској терминологији се ови омбудсмани називају „омбудсмани за једну намену“ (single-purpose ombudsmen) за разлику од омбудсмана општег типа (general-purpose ombudsmen).¹⁰

Када се говори о специјализованим омбудсменима, онда треба прецизно раздвојити две категорије оваквих институција. С једне стране, постоје специјализовани омбудсмани који су у категорији државних органа, они које бира и разрешава парламент, онако како се то, мање или више, чини и за омбудсмана општег типа. Такви омбудсмани представљају ову институцију у правом смислу речи и имају све опште карактеристике које иначе важе за институцију омбудсмана. Једино овакви омбудсмани имају право да носе назив ове институције у пуном смислу речи.¹¹ Њих можемо сматрати јавно-правним специјализованим омбудсменима екстерног типа.

С друге стране, као специјализовани омбудсмани се јављају и различита тела, која нису образована по општим принципима који важе за институцију омбудсмана. Иако неки од њих чак и званично носе име „омбудсман“, они то по својој правој природи нису. Такви „омбудсмани“ су омбудсмани интерног карактера, које формирају поједини органи држане управе или чак и јавне службе, а који служе за притужбе корисника услуга

¹⁰ Righting Wrongs, The Ombudsman in Six Continents, ed. By Roy Gregory and Philip Giddings, IOS Press Amsterdam, 2000, стр. 8.

¹¹ У последњих десетак година постоји иницијатива настала у оквиру Међународног института омбудсмана да се име „омбудсман“ заштити и да се прецизно одреди које институције смеју да понесу овај назив. Но, такви покушаји нису до данас уродили плодом.

ових субјеката. Ради побољшања квалитета рада појединих органа и служби формирају се посебне специјализоване институције које треба да штите права странака (корисника услуга) у односу на ове органе, службе и друге субјекте. У групу оваквих омбудсмана спада и Заштитник пацијентових права који постоји у нашем правном систему. Омбудсман у правом смислу речи јесте само тело које образује парламент са циљем да контролише рад других субјеката и штити права грађана од неправилности у њиховом раду. Само таква тела могу се звати омбудсманом. Интерни „омбудсмани“ имају велики недостатак у томе што припадају истом органу чији рад треба да контролишу. Самим тим, они не могу да имају потребну независност у раду, а то је један од основних принципа на којима почива институција омбудсмана. Ови омбудсмани представљају јавно-правне специјализоване омбудсмане интерног типа.

Поред ових институција, од којих само прве могу у правом смислу да понесу назив омбудсмана, све више се шире институције које носе име омбудсмана, али са овом институцијом немају пуно додирних тачака у правом смислу. Под називом омбудсман јављају се специјализовани субјекти који се сврставају у квази-омбудсмане. Они представљају у суштини одељење појединих компанија или служби за представке и притужбе. Због тога се овакви „омбудсмани“ називају још и омбудсменима приватног сектора.

5.1. Јавно-правни специјализовани омбудсмани екстерног типа

Суштинска потреба за заштитом права грађана у односу на поједине органе државне управе и јавне службе довела је до настанка специјализованих омбудсмана у појединим областима. Наиме, омбудсман општег типа долази у позицију да грађане штити у веома различитим областима друштвеног живота и да мора да поседује универзална знања. Значај неких области, значај неких категорија корисника услуга државних органа и јавних служби довели су до стварања специјализованих јавно-правних омбудсмана.

Историјски посматрано, први специјализованих омбудсмани су били војни омбудсмани. Наиме, земља колевка ове институције, Шведска, прва је стала на становиште да постоје специфичне потребе војних лица у погледу заштите њихових права у односу на војне органе. Хијерархијска војна организација у којој постоји ауторитативна линија командовања, у којој постоји подређеност и надређеност, другачија је од цивилних структура. Војним лицима, а то се посебно односи на војнике на одслужењу војног рока, није једнако лако и једноставно да се обрате омбудсману општег типа. Посебно се може рећи и да су њихове потребе за заштитом

права нешто другачије у односу на цивиле. Стога је по први пут у Шведској 1915. године створен специјализовани војни омбудсман и таква институција је постојала у овој земљи све до 1968. године. Овај специјализовани омбудсман је у Шведској након тога само формално укинут, јер је од тада општа институција омбудсмана састављена од четири члана, који су задужени за поједине области, међу којима је и војска. У другој половини двадесетог века је дошло до ширења овог типа специјализованог омбудсмана у другим земљама, као што је то случај нпр. са Норвешком, СР Немачком, Канадом, Холандијом, Аустралијом, Новим Зеландом, Ирском, Израелом, Јужном Африком, Литванијом...

Основна улога војног омбудсман јесте да контролише рад војних органа и да штити права војних лица. Војни омбудсман прима притужбе војних лица на рад војних органа, проверава их по истим принципима како то ради омбудсман општег типа и има слична овлашћења. Једина суштинска разлика између њега и омбудсмана општег типа јесте у пољу деловања. Он је специјализован само за војна питања

Другу врсту специјализованог јавно-правног омбудсмана представља затворски омбудсман. Овакву институцију имају Канада, Енглеска, Ирска, Јужна Африка, САД и још неке земље. Смисао затворског омбудсмана је сличан ономе који постоји и код војног омбудсмана. То је да се једној посебној категорији грађана обезбеди заштита права. Њима је још теже, него војним лицима, да се обрате слободно и отворено омбудсману. И за војне и за затворске омбудсмане је карактеристично то да они, за разлику од омбудсмана општег типа, најчешће контролу врше по сопственој иницијативи. То не значи да им се заинтересовани грађани не могу обраћати са својим притужбама, али се претпоставља да њима овакав вид комуникације није једноставан. У новијим законодавствима је и код рада омбудсмана општег типа предвиђено да се у затворима и сличним институцијама морају обезбедити запечаћене коверте у којима се затвореници могу обраћати са својим притужбама омбудсману, а да нико нема право да садржину такве притужбе претходно проверава. Тиме се овим лицима обезбеђује већа могућност да заштите своја права.¹²

Поред затворског омбудсмана, у неким земљама постоје и полицијски омбудсмани (то је случај нпр. са Северном Ирском). Њихова улога је да контролишу рад полиције и штите права грађана у односима са полицијским органима. Односи између полиције и грађана спадају у посебно

¹² И у нашем Закону о заштитнику грађана („Службени гласник Републике Србије“, број 79/2005) је предвиђено да „лица лишена слободе имају право да притужбу поднесу у запечаћеној коверти. У свим установама у којима се налазе лица лишена слободе морају се на видан и јаван начин обезбедити одговарајуће коверте, о чему се старају управе ових установа, као и министарство надлежно за послове правде.“ (члан 27, став 3 и 4).

осетљиву сферу и њима се у раду свих омбудсмана посвећује посебна пажња. Но, оне земље које имају оваквог специјализованог омбудсмана процењују да је такав вид заштите ефикаснији.

Поред ових првих облика специјализованих јавно-правних омбудсмана, а који су посвећени углавном заштити права грађана у односе на оне државне субјекте који примењују физичку принуду, други талас формирања специјализованих омбудсмана везује се за заштиту у неким посебним друштвеним областима.

Један од таквих специјализованих јавно-правних омбудсмана новијег датума јесте омбудсман за заштиту података. Заштита података представља једну од веома битних сфера за заштиту приватности грађана. У принципу, лични подаци могу да се прикупљају само уз сагласност појединца и могу се користити само у законите сврхе. Но, управо је ово данас једно од поља у којем су могуће највеће злоупотребе. Стога се заштити података посвећују и посебне институције, међу којима у неким земљама долази и до формирања оваквог специјализованог омбудсмана, који се бави искључиво заштитом података (Финска, Мађарска, Немачка, Канада). У оним земљама у којима не постоји специјализовани омбудсман за заштиту података, овим питањима се бави омбудсман општег типа (такав је случај у већини земаља).

У појединим земљама, углавном су то англосаксонске земље, створени су специјализовани финансијски омбудсмани. У случају када ову институцију формира држава, а не тела која финансијски омбудсман контролише, тада ова институција спада у категорију јавно-правних специјализованих омбудсмана екстерног типа. У Уједињеном Краљевству финансијског омбудсмана бира и разрешава Парламент. Основна улога финансијског омбудсмана јесте да разреши конфликте који настају између грађана и различитих финансијских служби и организација (банке, осигуравајућа друштва, пензијски фондови, штедни и инвестициони фондови, кредитне институције, берзе...).

Заштита права деце и поклањање посебне пажње деци довели су стварања специјализованих дечијих омбудсмана. Дечијег омбудсмана је прва увела Норвешка 1981. године, а имају га још неке земље (Шведска, Финска, Ирска, Француска, Исланд, Велс, Северна Ирска, Македонија, Хрватска, Португалија, Луксембург, Литванија). Дечијег омбудсман у Норвешкој поставља Краљ на период од четири године. Дечијег омбудсмана Ирске поставља Председник, на основу резолуције Парламента. За разлику од општег омбудсмана, у Шведској дечијег омбудсмана поставља и разрешава Влада на период од шест година, а у Литванији се овај специјализовани омбудсман бира и разрешава на исти начин као и општи омбудсман, тј. то чини Парламент.

Улога дечијег омбудсмана се састоји у томе да по сопственој иницијативи или по представци заштити права деце. Дечији омбудсман се стара и о томе да се измене и допуне прописи који се односе на права деце, а посебно да се примени Конвенција Уједињених нација о заштити права детета.¹³ Он може и да предлаже мере које по његовом мишљењу обезбеђују заштиту права деце, као и мере које могу да допринесу решавању конфликта између деце и друштва. Норвешки Дечији омбудсман се стара и о томе да се јавност упозна са мерама које се тичу права деце.

Најновији тренд у развоју институције омбудсмана у скандинавским земљама, а то се посебно односи на Шведску, јесте стварање специјализованих омбудсмана чије је поље делатности веома уско дефинисано. Реч је о заштити неких група људи којима, по схватању законодавца, треба поклонити посебну пажњу и заштиту. Тако су Шведској формирани следећи специјализовани омбудсмани: Омбудсман против етничке дискриминације, Омбудсман за хендикепиране, Омбудсман против сексуалне дискриминације, потрошачки омбудсман, Омбудсман за штампу. У Норвешкој је образован Омбудсман за једнакост и анти-дискриминацију, као и потрошачки омбудсман. У Мађарској постоји омбудсман за права националних и етничких мањина.

5.2. Јавно-правни специјализовани омбудсмани интерног типа

Од правила да се специјализовани омбудсмани бирају и разрешавају на исти сличан начин као омбудсман општег типа, да то чини парламент, евентуално председник државе или краљ, одступа се у оним случајевима када омбудсмана поставља и разрешава сама државна управа, односно поједини органи управе. Такви омбудсмани се налазе у саставу појединих министарстава, а улога им је да се баве заштитом права одређених лица која користе услуге појединих служби и организација из делокруга одговарајућег министарства. Због тога се говори о интерним омбудсменима, јер их поставља тело оне исте службе коју такви омбудсмани треба да контролишу. Смисао постојања оваког типа омбудсмана јесте да се конфликти који могу настати са корисницима услуга неких органа и служби разреше мирно и ефикасно.

Основни недостатак оваквих омбудсмана тиче се смањене независности. Наиме, припадност структури којој припадају и органи и службе које треба контролисати несумњиво утиче на умањење објективности. Само потпуна независност и организациона и функционална одвојеност

¹³ На предлог норвешког Дечијег омбудсмана ова земља је донела закон којим се родитељима забрањује да пуше у присуству деце.

од контролисаних субјеката стварају пуне претпоставке за ефикасност и објективност у раду.

У свету је познато више различитих интерних омбудсмана. У ову категорију спадају потрошачки омбудсмани у неким земљама (где се формирају у саставу одговарајућег министарства). Седамдесетих година 20. века у скандинавским земљама долази до стварања специјализованог омбудсмана за заштиту потрошача. Потрошачки омбудсман је по први пут створен у Норвешкој Законом о контроли маркетинга из 1972. године, а затим и у Данској, Финској и Шведској.

Поклањање посебне пажње пензионерима и њиховим проблемима довело је до стварања пензијског омбудсмана у неким земљама (Уједињено Краљевство – поставља га Министар за рад и пензије, Белгија). Занимљиво је да Пензијски омбудсман Уједињеног Краљевства има овлашћење које је иначе нетипично за омбудсмане, а то је да се његове одлуке морају извршавати. Он може да наложи надлежним субјектима предузимање одређених мера и његове одлуке имају исту снагу као судске пресуде. На тај начин се омбудсман претвара у институцију која није више само саветодавног карактера, већ поприма и квазисудске функције.¹⁴

Тежња за заштитом права пацијената довела је до стварања здравственог омбудсмана или омбудсмана пацијената, како се још назива у неким земљама. Једна од првих земаља која је увела ову институцију је била Аустрија. Наиме, Покрајина Беч је још 1992. године изабрала свог првог Правобраниоца пацијената (Patientenanwalt). Стопама Беча су кренуле и друге аустријске покрајине, тако да је ова институција убрзо формирана у скоро свим покрајинама (постоје неке варијације у погледу правног статуса, положаја и улоге, па и назива ове институције у појединим покрајинама, пошто ова тема спада у покрајинско, а не национално законодавство). За разлику од Аустрије, где Правобранилац пацијената представља функционера којег бира покрајинска влада, Финска је 1994. године Законом о правима пацијената ову институцију предвидела као интерну здравствену институцију. Наиме, у Финској се Омбудсман пацијената формира при здравственим установа, а са задатком да штити права пацијената. Овај систем је уз одређене измене коришћен приликом доношења одлуке Министра здравља Републике Србије, када је одлучено да здравствене установе формирају Заштитнике пацијентових права при здравственим установама. За разлику од аустријског система, који представља екстерног омбудсмана, Фински модел, а поготово оно што постоји код нас, јесте интерни омбудсман. Независност у раду и постизање објективности, у сваком случају се више везују за екстерне омбудсмане.

¹⁴ Први Пензијски омбудсман уједињеног Краљевства је створен Законом из 1991. године.

5.3. Приватно-правни омбудсмани

Увођење омбудсмана у правне системе појединих земаља прати и једна друга појава. Наиме, назив „омбудсман“ почиње да се користи за тела која се баве притужбама корисника услуга појединих компанија, организација, служби. Те саме организације образују своје тело за притужбе и називају га омбудсманом. Реч је, у ствари, о службенику те исте организације који прикупља притужбе незадовољних корисника услуга и покушава да их разреши. Такви су нпр. Банкарски омбудсмани (за притужбе на рад банака – који су најприсутнији у Великој Британији, Сједињеним Америчким државама, Аустралији и Новом Зеланду), универзитетски омбудсмани (САД), омбудсмани за притужбе против осигуравајућих друштава (*insurance ombudsman*), омбудсман за телекомуникације, поштански омбудсман, аеродромски омбудсман... За све ове „омбудсмане“ је карактеристично да не припадају држави. Њихово постављење и разрешење је искључиво ствар одлуке организације која их поставља, а то је она иста коју они после контролишу. Свакако да овакви „омбудсмани“ служе више овим организацијама да дођу до изворног сазнања о ставовима корисника њихових услуга, него што служе заштити корисника.

6. ЗАКЉУЧАК

Институција омбудсмана незаустављиво се шири по свим земљама света. Данас има мање земаља без омбудсмана, него оних које ову институцију имају у свом правном и политичком систему. Упоредо са ширењем омбудсмана општег типа, све више се долази до закључка да је заштиту права грађана потребно допунити специјализованим омбудсменима. Постојање само једног омбудсмана, који се бави заштитом права грађана у свим областима од свих државних органа и јавних служби, показало се као недовољно. Као тенденција у развоју ове институције јавља се не само то да стално долази до њеног ширења, односно до појаве све већег броја земаља које имају ову институцију у свом правном систему, него се јављају нове врсте омбудсмана. Поред омбудсмана општег типа, који се баве заштитом права грађана у свим областима у односу на све вршиоце управне делатности, све више се јављају специјализовани омбудсмани.

Улога специјализованих омбудсмана састоји се у томе да штите неке категорије грађана у неким областима друштвеног живота. Тиме се овим лицима указује посебна пажња и пружа посебна заштита. При томе, постоје специјализовани омбудсмани који су у категорији државних органа, они које бира и разрешава парламент, онако како се то, мање или више,

чини и за омбудсмана општег типа. Такви омбудсмани представљају ову институцију у правом смислу речи и имају све опште карактеристике које иначе важе за институцију омбудсмана. Њих можемо сматрати јавно-правним специјализованим омбудсменима екстерног типа.

С друге стране, постоје омбудсмани интерног карактера, које формирају поједини органи држане управе или чак и јавне службе, а који служе за пријем и решавање притужби корисника услуга ових субјеката. У групу оваквих омбудсмана спада и Заштитник пацијентових права који постоји у нашем правном систему. Интерни „омбудсмани“ имају велики недостатак у томе што припадају истом органу чији рад треба да контролишу. Самим тим, они не могу да имају потребну независност у раду, а то је један од основних принципа на којима почива институција омбудсмана. Ови омбудсмани представљају јавно-правне специјализоване омбудсмане интерног типа.

Поред ових институција, од којих само прве могу у правом смислу да понесу назив омбудсмана, све више се шире институције које носе име омбудсмана, али са овом институцијом немају пуно додирних тачака у правом смислу. Под називом омбудсман јављају се специјализовани субјекти који се сврставају у квази-омбудсмане. Они представљају у суштини одељење појединих компанија или служби за представке и притужбе. Због тога се овакви „омбудсмани“ називају још и омбудсменима приватног сектора.

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

SPECIALTY OMBUDSMEN

Abstract

The first Ombudsman institution has been introduced in Sweden in 1809. Since then, it has been spread throughout the world. In the second half of the 20th century, it has been realized that only one general-purpose ombudsman is not enough. Besides general-purpose ombudsmen it would be very useful to have specialty ombudsmen (single-purpose ombudsmen). Its role is to protect some categories of citizens (military, prisoners, children, patients...) from the maladministration of the authorities in this fields. They are appointed at the same way as it is general-purpose ombudsman (usually by parliament). Those are public-law specialty ombudsmen of external type. Besides them, there are also internal public-law ombudsmen. They are appointed by some state authorities and agencies. Finally, there are more and more private sector ombudsmen, whose role is to mediate conflicts between citizens and some private companies and organizations.

*Др Павле Јовановић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

УСТАВНО-ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ПРЕДСЕДНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ У КОМПАРАТИВНОЈ ПЕРСПЕКТИВИ

Сажетак: *Анализа расветљава неке политичке импликације уставно-правне дефиниције положаја и надлежности председника Србије. Аутор указује на могућу инструментализацију председника и на могуће опасности од деформација начела владе власи у Србији. Аутор закључује да нови Устав Србије из 2006, као и законска решења из ове области још увек садрже озбиљне празнине и амбивалентности у погледу прецизирања положаја и надлежности председника Србије vis-à-vis осталих органа власи. Нарочита пажња посвећена је императиву рецесије демократских стандарда која нуде уставу социјалистичких земаља у региону централно-источне Европе. Аутор посебно наглашава недостатке председничког система власи и тенденције политичке инструментализације уставних и законских прерогатива председникове власи.*

Кључне речи: *Председник Републике Србије, Устав Србије, Народна скупштина, влада, избори, мандат, описив.*

Председници у региону централно-источне Европе, и у бившем СССР-у, запазили су аналитичари, могу да се разврстају на различите позиције дуж лествице – на оне који су шефови па до оних који стоје између редова као посредници, на оне који су ненадмашиви моћници који владају помоћу декрета – готово диктатори, до оних који су занемарујуће фигуре лишене готово свих, изузев церемонијалних надлежности (Holmes, 1993/1994: 36). Доминација Слободана Милошевића на председничкој функцији у периоду 1990–1997. године допринела је сврставању поли-

тичког система Србије у председничке системе власти, премда принципи поделе власти нису били тако дефинисани у одредбама Устава из 1990. године. Иако је Милошевић користио према властитом нахођењу сва четири „јака“ председничка овлашћења: вођење спољне политике, руковођење оружаним снагама, распуштање Скупштине и проглашење ванредног стања, он је то могао да чини само до 1992. године на основу Устава Србије, да би доношењем Устава СР Југославије 1992. године, ова овлашћења председника Србије била пренета на федералне органе власти (изузев распуштања Скупштине – на образложени предлог владе). Управо је традиција јаког персоналног вођства, како у предратној Србији, тако и у комунистичкој Југославији, као и дуготрајна економска и политичка криза, омогућила да председник Србије има много више политичког утицаја и моћи него што му је то допуштао текст устава.

Према новом Уставу Србије, усвојеном 8. новембра 2006. године, председник Републике Србије *„изражава државно јединство Републике Србије“* (члан 111). Ова уставна одредба проистиче из чињенице да политичка снага функције председника највећим делом произилази из начина његовог избора. Наиме, председника Србије бирају грађани, на непосредним, тајним изборима. Додуше, уобичајено је становиште да популарно изабрани председник оличава „јединство нације“ (дакле, већине грађана-бирача који су гласали за њега), али се у тексту Устава Србије избегла ова уобичајена формулација, и уместо „нације“ (грађана) апострофирана је „држава“. Значење овако формулисане уставне дефиниције председника Србије јасније је прецизирано у тексту заклетве коју нови председник полаже приликом инаугурације: *„Заклињем се да ћу све своје снаге посветити очувању суверености и целине територије Републике Србије, укључујући и Косово и Метохију као њен саставни део, као и остваривању људских и мањинских права и слобода, поштовању и одбрани Устава и закона, очувању мира и благодинања свих грађана Републике Србије и да ћу савесно и одговорно испуњавајући све своје дужности“* (члан 114. Устава, став 3). Дакле, текст заклетве утемељен је на принципу државно-територијалног суверенитета, упркос чињеници окрњеног легитимацијског капацитета овакве уставне одредбе. Наиме, већинско албанско становништво на Косову и Метохији већ готово две деценије бојкотује изборе¹ и институције Републике Србије – косовски Албанци одбијају да признају суверенитет Србије над овом територијом, тежећи ка отцепљењу и признању независности Косова. Уноточ томе, репрезентативна функција председника Србије, како је дефинисана и у новом Уставу, представља

¹ Укупно бирачко тело АП Косова и Метохије тренутно износи око 1.200.000 бирача (укључујући и не-Албанце).

још једну нереалну пројекцију државотворног концепта српског националног интереса утемељеног на територијалном принципу. Сличну тенденцију одражава и Устав Румуније који каже да председник *„репрезентује румуњску државу“*, да је гарант *„националне независности, јединства и територијалног интегритета“*. Устав суседне Бугарске користи комбиновану дефиницију положаја председника – он је *„шеф државе који остварује нацију“* (члан 92, став 1). За разлику од ових „суверенистичких“ дефиниција, у уставима неких других пост-комунистичких земаља положај председника утемељен је на чисто функционалном принципу: у Уставу Албаније председник је дефинисан кратко као *„шеф државе“* (члан 65). Иста функционална дефиниција наведена је и у уставима неколико других земаља: Чешке (члан 54, став 1), Словачке (члан 101), Мађарске (члан 29, став 1), Естоније (члан 77), итд. По свему судећи, мултиетничке државе на Балкану показују већи степен сензитивности према питањима државног суверенитета, територијалног интегритета и националног јединства, него што је то случај са пост-комунистичким земљама у централно-источној Европи.

Упоредне анализе су показале, да изузев у бившем СССР-у и у бившој Југославији, председнички систем власти није задобио преовлађујућу подршку у пост-комунистичким земљама, и да је предност дата парламентарном моделу. Уосталом, председнички системи власти садрже инхерентне негативне тенденције злоупотребе председничких прерогатива власти, које је најупечаљивије изложио Хуан Лицз, упозоравајући на следеће негативне карактеристике:

- у председничком систему „победник узима све“, потенцијално искључујући губитнике од било каквог утицаја на кључне одлуке (преобраћајући их у „кваритеље“), при том дајући извршну власт једној партији;
- председнички систем захтева фиксирани календар избора, што онемогућава системску флексибилност, док политички или персонално ослабљени или компромитовани председник владе / премијер може да буде смењен усред мандата, председник остаје на функцији до краја мандата;
- механизам сукцесије, замене у председничким системима је лоше дизајниран – постоји вероватноћа да ће власт пасти у крило неприпремљеног и на изборима нелегитимизованог подпредседника;
- чињеница да се председник бира од стране целокупног бирачког тела доводи до омнипотентних фантазија председника и може га подстаћи да мисли да он сам има право да говори у име целе нације;
- председнички систем подстиче кандидате да чине нереална обећања и да продукују опасну илузију да је председник спасилац народа;
- у председничком систему је вероватније да ће две демократски изабране гране власти – парламент и председник доћи у конфликт без

постојања било каквог институционалног механизма за решавање њихових сукоба демократским путем.

Линц закључује да ће овакав „ћорсокак“ дискредитовати саму демократску формулу и убедити бираче да избори нису ефикасан начин за формирање владе која би била способна да ефикасно врши власт (cf. Linz, 1994). Напослетку, и без много аналитичке проицљивости, можемо се сложити са опажањем никог другог до генерала Јарузелског, који је изјавио да је „председнички систем врста лутрије и да у великој мери зависи од персоналних карактеристика изабраног председника“ (наведено према: Holmes, 1993/1994: 38).

Управо наведена опажања указују колико је важно питање пасивног и активног бирачког права приликом избора председника. Актуелни Предлог закона о изборима за председника Републике Србије (достављен Народној скупштини на разматрање крајем новембра 2007), одређује да *„право да бира председника Републике и да буде биран за председника Републике има сваки пунолећан и пословно способан држављанин Републике Србије који има пребивалиште у Републици Србији“* (члан 2. Предлога закона). Ова је одредба формулисана у складу са уставном одредбом о изборном праву као људском праву да *„сваки пунолећан, пословно способан држављанин Републике Србије има право да бира и да буде биран“* (члан 52, став 1. Устава Србије). Ипак, пунолетство и пословна способност нису били довољни критеријуми за избор председника у неким другим земљама региона. Већина устава пост-комунистичких земаља наводе рестриктивније критеријуме кандидатуре за председника. Држављанство је преовлађујући критеријум, док се у неким земљама прецизира да кандидат мора бити држављанин од рођења (Бугарска и Литванија). Старосна граница је такође пооштрена – председнички кандидат мора да наврши најмање тридесет и пет година (како је одређено у уставима Албаније, Мађарске, Пољске, Словачке), односно најмање четрдесет година (како је наведено у уставима Бугарске, Чешке, Естоније, Летоније, Литваније). Такође, уставни у региону прецизирају да би кандидат требало да има пребивалиште у дотичној земљи најмање три године (Литванија), односно пет (Бугарска), па до уназад десет протеклих година (како је наведено у Уставу Албаније). Дакле, критеријуми кандидатуре су у случају Србије мног флексибилнији, с обзиром да је шанса дата и млађим кандидатима, а не само онима зреле доби. Надаље, и критеријум држављанства је много флексибилније постављен будући да су држављанство Србије накнадно стекли велики број људи са статусом избеглица (који су рођени у другим републикама на територији бивше СФРЈ). У овом контексту хипотетички је могуће претпоставити да би право кандидатуре на предстојећим председничким изборима у Србији имали и грађани Црне Горе који су након раскида државне

заједнице са Србијом примили и држављанство Србије, под условом да су пријавили пребивалиште у Републици Србији. Додуше, ова хипотеза још увек није тематизирана, или исполитизирана у јавности Србије, али је и теоријски и правно могућа.

Пре доношења новог Устава Србије били су ојачали и аргументи да се у устав унесе одредба о избору председника Србије од стране Народне скупштине, и то апсолутном већином гласова посланика. Међутим, тада би се јавила опасност да уставна позиција председника може да буде угрожена променљивим односима снага између владајућих партија и опозиције у парламенту, и да председников опстанак на функцији зависи од милости и немилости политичких партија. Потоња аргументација је превазиладала и у новом уставу задржан је плебисцитарни начин избора председника, који је преферирао и Милошевић. У члану 114. новог Устава предвиђено је да се *„председник Републике бира на нејасредним изборима, тајним гласањем, у складу са законом“*. Међутим, док је Милошевићев устав јачао оминпотентну везу између председника и грађана, тако што је у члану 88, ставу 1. Устава из 1990. речено да је *„Председник Републике одговоран грађанима Републике Србије“*, нови устав је знатно ослабио ову популистичку везу. Наиме, процедура разрешења председника је битно различита у ова два устава. По одредбама новог Устава председник се разрешава *„због повреде Устава“*, одлуком Народне скупштине, гласовима најмање две трећине народних посланика (члан 118, став 1). По старом уставу, коначну одлуку о опозиву председника доносе грађани-бирачи, непосредним и тајним изјашњавањем, ако за то гласа већина од укупног броја бирача (дакле, уписаних у бирачки списак). У случају да грађани подрже председника – тј. не подрже његов опозив, Народна скупштина се распушта (члан 88, став 4. Устава из 1990). По одредбама новог Устава распуштање Народне скупштине не следи као последица одлучивања о разрешењу председника.

Надлежности председника Србије vis-à-vis парламента и владе

Надлежности председника Србије могу се конституисати само уставом, као највишим правним актом у држави. Уставом је утврђено да председник, поред послова који су изричито набројани у одредби Устава која прописује надлежности председника Републике (члан 112. Устава), *„врши и друге послове одређене Уставом“* (члан 112, став 1, тачка 8. Устава). Устав гарантује положај председника Републике и његову улогу у правном и политичком систему vis-à-vis других државних органа. Устав би требало да спречава да тренутни утицај и однос политичких снага, како унутар Народне скупштине, тако и владе манипулативно утичу, тј. да слабе или

јачају положај и надлежности председника Републике. Како је речено у Предлогу закона о председнику (достављеном Народној скупштини на расправу крајем новембра 2007. године), законодавна власт, оличена у Народној скупштини, и извршна власт, оличена у влади, није овлашћена да законима или подзаконским прописима мења (додаје или одузима) надлежности председника Републике (члан 3, став 2. Предлога закона). С друге стране, ни председник Републике не може својим подзаконским актима (која доноси нарочито у области одбране) да мења своје уставне надлежности.

Ипак, Устав није ексклузивни извор правног и политичког положаја председника. Иако Устав пресудно уређује положај председника Републике, нарочито посебности везане за његов мандат – трајање мандата, разлоге за престанак мандата, реизборност, итд. неке надлежности председника Републике треба да нијансирају закони из релеватних области.² Тренутно, положај председника Републике Србије уређује неколико закона, који су засновани на „Милошевићевом“ Уставу из 1990. године.³ Нови Устав из 2006. је предвидео да се о председнику Републике донесе посебан закон (члан 121. Устава). Тим се законом прописују материјални услови за избор председника Републике (ако нису уставом одређени), као и процедура избора председника. У очекивању нових председничких избора у Србији који би требало да се одрже 2008. године, крајем текуће 2007. године посланици Народне скупштине Србије разматрају два предлога закона: Закона о председнику Републике и Закона о изборима за Председника Републике. Осврнућемо се на најзначајније одредбе и новине које садрже ова два законска предлога. Већ је на први поглед уочљиво да се у Предлогу закона о председнику Републике нагласак ставља на правне акте које доноси председник Републике, као и на нормирање материјалних и других услова који омогућавају вршење функције и надлежности председника Републике. Такође прописују се и права председника Републике која он има пошто му престане мандат.

² То су: Закон о одбрани, Закон о Војсци Србије, Закон о спољним пословима, Закон о Уставном суду, Закон о одликовањима, Закон о помиловању и други.

³ Положај председника Републике Србије уређује неколико закона: изборе за председника Републике прописује Закон о избору председника Републике, а материјалне и друге услове за рад председника Републике делимично уређује Закон о платама у државним органима, а делимично Закон о посебним правима и дужностима председника Републике. Овај последњи закон уређује и нека права која припадају бившем председнику Републике. Овлашћења председника Републике у области спољних послова, одбране и руковођења и командовања војском уређују закони бивше Србије и Црне Горе, који су након иступања Црне Горе из државне заједнице постали закони Републике Србије. На снази је и Закон о одбрани, чији основни текст потиче из 1991. године и који је донесен као закон Републике Србије.

Предлог закона о председнику из 2007. године уређује најбитније надлежности председника Републике које су везане за Народну скупштину. Председник Републике предлаже Народној скупштини кандидата за председника владе увек кад се бира влада (члан 18, став 1. Предлога закона) – и кад се бира прва влада после конституисања Народне скупштине и кад се бира свака нова влада у истом сазиву Народне скупштине. Кандидат за председника владе предлаже се у уставном року од 90 дана од дана конституисања Народне скупштине (члан 109. став 3. Устава), односно у року од 30 дана од дана када је влади престао мандат (члан 130, став 4; члан 131, став 4; члан 132. став 5. Устава). Устав прописује само да „*кандидата за председника Владе Народној скупштини предлаже председник Републике, који саслуша мишљење представника изабраних изборних листи*“ (члан 127, став 1. Устава, исто и члан 112, став 1, тачка 3. Устава). Поставља се хипотетичко питање: може ли председник Републике предложити Народној скупштини да кандидат за председника владе буде лице које не може да обезбеди избор владе? Предлог закона тумачи устав тако што се предвиђа да је председник Републике дужан да Народној скупштини предложи кандидата за председника владе који може да обезбеди избор Владе (члан 18, став 2. Предлога закона). Свако друкчије тумачење устава нарушавало би уставом одређене односе између законодавне и извршне власти и омогућило доминацију извршне над законодавном влашћу. Консеквентно, ако би преложио кандидата за председника владе који не може да обезбеди избор владе, председник Републике би директно утицао на распуштање Народне скупштине (упркос томе што у њој постоји већина која је потребна за избор владе) и на расписивање избора за народне посланике. То би, теоријски гледано, могао да чини све док му траје мандат. Тиме би био онемогућен рад законодавне власти (Народне скупштине) док би оба органа извршне власти, председник Републике и влада, наставили да раде (у случају владе – са смањеним надлежностима). Да се ово не би могло догодити неки устави, попут Устава Естоније, одређују да председник има на располагању три покушаја да наменује председника владе који може да формира владу (члан 89. и 78, став 14. Устава Естоније). Устав Чешке даје председнику две прилике да наменује председника владе и владу која може да придобије поверење посланика (члан 68, став 2). Устав Бугарске је још прецизнији: председник поверава формирање владе мандатару којег је номинувала партија која има највећи број седишта у скупштини. Ако се консултације око састава владе покажу неуспешним, председник затим поверава формирање владе мандатару партије са другим по величини бројем седишта у скупштини. ако се и ове консултације око формирања владе покажу неуспешним, председник поверава формирање владе мандатару из мањинске партије. Ако се и ове консултације заврше

неуспехом, председник ће тражити од скупштине да изабере мандатара владе (члан 99 Устава Бугарске).

Право председника Републике да стави одложни вето на законе који су изгласани у Народној скупштини облик је учешћа председника Републике у вршењу законодавне власти и пример међусобног прожимања различитих грана власти. Председник Републике при томе може Народној скупштини да врати закон зато што сматра да закон није сагласан са Уставом, да је у супротности с потврђеним међународним уговорима или општеприхваћеним правилима међународног права, да при доношењу закона није поштована процедура која је прописана за доношење закона или зато што се противи правно-политичким решењима које садржи закон који је иначе уставан (члан 19, став 1. Предлога закона). Као што се види, председник Републике на својеврстан начин контролише уставност и правно-политичку димензију закона. Предлог закона уређује и случајеве у којима председник Републике не може Народној скупштини да врати закон. Реч је о прописима који само по називу представљају законе, а по својој суштини имају надзаконску снагу. Посреди су закони о којима су се грађани изјаснили на референдуму пре њиховог доношења и закони које су грађани потврдили на референдуму; обавезност ових „закона“ не произлази из скупштинског акта, већ из непосредног изјашњавања грађана на референдуму.

Устав овлашћује председника Републике да распусти Народну скупштину. Распуштањем Народне скупштине престаје и мандат владе. Председник Републике може, али не мора да распусти Народну скупштину на образложени предлог владе, а дужан је да распусти Народну скупштину у случајевима који су наведени у Уставу (члан 20, став 1. и 2. Предлога закона). У првом случају председник Републике оцењује предлог владе и одлучује о томе да ли ће га прихватити и распустити Народну скупштину. Указ којим председник Републике распушта Народну скупштину на предлог владе има конститутивно дејство. У другом случају – кад је распуштање Народне скупштине уставна дужност председника Републике – председник Републике утврђује да ли су наступиле Уставом одређене чињенице (тј. да ли је истекао уставни рок за избор владе) и ако јесу, указом распушта Народну скупштину. Указ тада има декларативно дејство. Независно од начина на који је распуштена Народна скупштина, председник Републике заједно са указом о распуштању скупштине доноси и одлуку којом распишује изборе за народне посланике (члан 20, став 3. Предлога закона) да би држава што пре добила Народну скупштину с пуним мандатом. Председник Републике не може да распусти Народну скупштину за време ратног или ванредног стања (члан 109, став 4. Устава и члан 19, став 4. Предлога закона). Забрана распуштања Народне скупштине за време ратног или

ванредног стања важи како за распуштање Народне скупштине на предлог владе, тако и за њено распуштање у осталим случајевима наведеним у Уставу. Закључак произлази из уставног правила које гласи: „У случају *йроїлашења райної или ванредної сїања йоново се усїостїавља њена йуна надлежностї* (тј. пуна надлежност Народне скупштине – прим. П. Ј.), *која йтраје до окончанња райної, односно ванредної сїања*“ (члан 109, став 6. Устава). Из наведеног правила произлази да је распуштање Народне скупштине практично немогуће за време ратног или ванредног стања, без обзира на то који су разлози за њено распуштање.

Председник Републике који је примио образложен предлог владе да распусти Народну скупштину дужан је да у року од 72 сата од пријема предлога донесе указ о распуштању Народне скупштине или, ако не прихвати предлог владе, да обавести владу и јавност да није прихватио предлог владе (члан 21. став 1. Предлога закона). Прописивање рока у коме је председник Републике дужан да одлучи о предлогу владе онемогућава председника Републике да због своје неодлучности или опструкције држи Народну скупштину и владу у неизвесности да ли ће им престати мандат. „Влада не може *йредложитї расїушїање Народне скупшїтине, ако је йоднеї йредлої да јої се изїласа нейоверење или ако је йостїавила йїшїање своїа йоверења*“ (члан 109, став 2. Устава). *Ratio legis* уставног правила је у томе да се влада и председник Републике онемогуће да путем распуштања Народне скупштине спрече стварање нове скупштинске већине, пад владе и избор нове владе. У Предлогу закона уставно правило се операционализује формулацијом да председник Републике неће разматрати предлог владе „*ако је Народној скупшїїини йоднесен йредлої да се влади изїласа нейоверење, ако Народна скупшїїина није йрихвїїила одїовор владе на инїтерїелацију или ако је влада йоднела йредлої да се їласа о йоверењу влади*“ (члан 21, став 2. Предлога закона). Предлог закона, дакле, уређује шта председник Републике треба да уради ако се влада оглуши о уставну забрану. Поред тога, у случајевима кад влада не може да предложи распуштање Народне скупштине сврстава се и случај кад Народна скупштина не прихвати одговор владе на интерпелацију, будући да се тада по сили устава прелази на гласање о неповерењу влади (члан 129. став 5. Устава).

Конечно, председник Републике је дужан да распусти Народну скупштину ако она за 90 дана од дана конституисања не изабере владу или ако не изабере нову владу у року од 30 дана од дана кад је претходној влади престао мандат (члан 22. Предлога закона). Посреди су разлози за распуштање Народне скупштине на које председник Републике не може утицати, из чега се закључује да у том случају председник има уставну дужност да распусти Народну скупштину.

Анализа уставних надлежности председника истовремено подразумева и навођење оних функција и послова за које он никако не може бити надлежан, односно које не би смео да обавља све док врши мандат председника. То се односи на правила о неспојивости (инкомпатибилности) функције председника Републике с другим јавним функцијама или професионалним делатностима (члан 9, став 1. Предлога закона о *predsedniku*) преузето из Устава (члан 115. Устава). Поред тога, изричито се потврђује да је председник Републике дужан да се потпуно повинује свим прописима (законским и подзаконским) којим се уређује сукоб интереса при вршењу јавних функција (члан 9, став 2. Предлога закона). Тако, председника Републике везују не само правила о неспојивости функција већ је он дужан и да пријављује имовину, да пренесе на друга лица управљачка права која има у привредним субјектима, да на одговарајући начин поступа с поклонима које прими у вези с вршењем функције, итд. Међутим, проблем са кандидатима за председника Србије јесте што су сви они који су на изборима постигли запажене резултате истовремено били и лидери, односно челни функционери политичких странака. Стога је индикативно да ни у Уставу ни у законске регулативе није стипулисана одредба којом би се председник Србије спречавао да истовремено врши и значајнију партијску функцију. Наиме, погледају ли се одредбе неких других посткомунистичких устава, јасно ће се видети да је управо ова одредба стављена као препрека. У Уставу Албаније јасно је стипулисано да је функција председника неспојива са било којом другом јавном, партијском или иприватном функцијом (члан 68). Такође је у Уставу Бугарске речено да председник не сме да буде посланих Националне скупштине и да се ангажује у било којој другој државној, јавној или економској активности, нити да учествује у руководству било које политичке партије (члан 95, став 2). У Уставу Чешке је речено да је функција председника неспојива са функцијом посланика, сенатора или судије (члан 22, став 1). У Уставу Естоније прецизирано је да након преузимања дужности председника, ауторитет и дужности председника у свим изабраним и наименованим капацитетима престају и да он или она морају да суспендују чланство у политичким партијама (члан 84). Такође је и у Уставу Украјине речено да председник мора да суспендује чланство у политичким партијама, да не може бити посланик Националне скупштине, да не може да има било коју другу државну функцију, и да не може да се ангажује на плаћеном послу (члан 175. Устав Украјине). Дистинктивна је одредба Устава Словачке где се наводи детаљна листа некомпатибилних функција председника – он не може да буде на функцији посланика, члана владе, судије, тужиоца, да буде припадник оружаних или безбедносних снага, или члан Врховног надзорног већа (члан 103, став 4), нити да има било какву плаћену позицију или про-

фесију нити да се ангажује у било каквој пословној активности нити у правној професији (члан 103, став 5). Ипак, и у Словачкој, као и у Србији, изостављена је забрана вршења партијске функције председника. Уколико се законским актом не онемогући председник Србије да врши и партијску функцију за време свог мандата, он самим тим не може да испуни уставну дефиницију свог положаја – „*да изражава државно јединство Републике Србије*“ (члан 111), већ ће га јавност доживети као још једног у низу партијских лидера. Србија је и по овом питању ван *mainstream* токова у региону централно-источне Европе – њени најјачи кандидати за председнике су истовремено и лидери политичких партија, док ванстраначки кандидати (група грађана) остају у њиховој дубокој сенци. Премда, предстојећи председнички избори у Србији могу да донесу и нека нова изненађења у овом односу снага (ван)страначких кандидата.

Процедура избора председника Србије

„Председничка криза“ која се у Србији одвијала током серије неуспешних избора за председника, у периоду 2002-2003, указује да се начин избора и надлежности председника Србије, како су дефинисани новоусвојеним Уставом Србије из 2006. године и предстојећим законским актима, изузетно важни за функционисање демократског поретка у Србији. Устав из 2006. је преузео начин избора председника Србије из Устава из 1990. године – председник Републике се бира на непосредним изборима, тајним гласањем, у складу са законом (члан 114. став 1. Устава).

Устав Србије, попут Устава из 1990. године, није подробније уредио услове за избор председника Републике. Односно, ни у Уставу из 2006. није прецизно одређено када се сматра да председник Републике изабран. Оба устава су легитимитет институције председника утемељили у народу, а не у представничком телу, тј. парламенту (члан 114. став 1. Устава из 2006. и члан 86. став 1. Устава из 1990. године). Уставотворац је препустио закону да уреди с којом се већином председник Републике бира, друге услове за његов избор и поступак у коме се он бира. Дакле, уставно решење омогућава да се услови за избор председника Републике мењају законом, упркос томе што су надлежности председника Републике одређене Уставом.⁴ Значајно је напоменути да Закон о изборима за председника Републике није једини извор права којим се уређује поступак у коме се бира председник Републике. Превасходни извор права којим се уређује изборни поступак јесте Закон о избору народних посланика, а Предлогом

⁴ Тренутно, крајем 2007. је на снази у неколико наврата мењан Закон о избору председника Републике (“Службени гласник РС”, бр. 1/90, 79/92, 73/02, 72/03, 93/03 и 18/04).

закона уређују се само она питања поступка која су специфична за избор председника Републике.

У оквиру Предлога закона налази се и одредба којом се уређују рокови у којима се расписују и одржавају избори за председника Републике (члан 4. Предлога закона). Изборе за председника Републике расписује председник Народне скупштине (члан 114, став 2. Устава и члан 120, став 3. Устава). Постоје три случаја која су предвиђена уставом, а у којима се одржавају избори за председника Републике: најпре, пре истека мандата актуелног председника, потом код превременог престанка мандата председника и коначно, после истека мандата председника коме је мандат продужен до истека три месеца од престанка ратног или ванредног стања. Расписивање избора у последњем случају Устав не уређује, али два прва случаја уређује правилима која су унеколико различита. Наиме: *„Изборе за председника Републике расписује председник Народне скупштине 90 дана пре истека мандата председника Републике, иако да се избори окончају у наредних 60 дана, у складу са законом“* (члан 114. став 2. Устава) и *„Изборе за председника Републике председник Народне скупштине је обавезан да распише иако да се одрже најкасније три месеца од престанка сјечености председника Републике односно престанка мандата на који је биран“* (члан 120. став 3. Устава). У првом случају избори морају да се *„окончају“*, а у другом случају избори морају да се *„одрже“*. Поставља се питање да ли изрази *„окончају“* и *„одрже“* имају различито значење. Они би могли да имају различито значење само ако би постојао посебан разлог да се избори за председника Републике који се одржавају пре престанка мандата актуелног председника по нечему разликују од избора који се одржавају после превременог престанка мандата председника. Тај посебан разлог не постоји: из Устава произлази да држава пре треба да има изабраног председника Републике кад је претходном председнику Републике мандат истекао пре времена на које је изабран (јер га у том случају замењује председник Народне скупштине) него кад претходном председнику Републике истиче петогодишњи мандат (јер се нови председник Републике бира, по правилу, пре истека мандата претходног председника Републике). Стога се у Предлогу закона уједначава уставна терминологија тако што се користи израз *„одрже“* који у нашем правном систему има значење дана у коме се одвија гласање. Избори за председника Републике расписују се 90 дана пре истека мандата председника Републике тако да се одрже у наредних 60 дана од дана расписивања избора (члан 4, став 2. Предлога закона). Ако председнику Републике престане мандат пре времена на које је изабран, избори за председника Републике расписују се тако да се одрже најкасније три месеца од дана када председнику Републике престане мандат (члан 120, став 3. Устава и члан 4, став 4. Предлог

закона). Избори за председника Републике расписују се тако да се одрже најкасније три месеца од дана када престане ратно или ванредно стање, ако је председнику Републике продужен мандат услед ратног или ванредног стања (члан 4, став 3. Предлога закона). Коначно, од дана расписивања избора до дана гласања не може протећи мање од 30 ни више од 60 дана (члан 4, став 5. Предлога закона). Најдужи рок који мора да протекне од расписивања избора до одржавања избора јесте рок у којем се одржавају избори пре него што актуелном председнику Републике престане мандат (то је 60 дана) и он је протегнут и на остале случајеве у којима се расписују избори.

Одлуку о расписивању избора доноси председник Народне скупштине. У њој мора да се утврди дан гласања за председника Републике (дан када се одржавају избори) и дан од када почињу да теку рокови за спровођење изборних радњи (члан 5, став 1. Предлога закона). Дан гласања мора да падне у дан када се не ради (члан 5, став 2. Предлога закона). Предлог закона разликује се од важећег Закона и по томе што предвиђа да изборе за председника Републике спроводе органи који спроводе изборе за народне посланике (члан 7 Предлога закона). Важећи Закон о избору председника Републике нормира да изборе за председника Републике спроводе Републичка изборна комисија, бирачки одбори и изборне комисије јединица локалне самоуправе (члан 5, важећег Закона). Предлогом закона оставља се могућност да се систем органа који спроводе изборе за председника Републике прилагођава систему органа који спроводе изборе за народне посланике. Коначно, у свим питањима која се не уређују посебно, на спровођење избора за председника Републике сходно се примењује закон којим се уређују избори за народне посланике (члан 8. Предлога закона). Тиме се задржава начело нашег правног система према коме је закон којим се уређује избор председника Републике *lex specialis* у односу на закон којим се уређује избор народних посланика, који је *lex generalis*.

Право да предлажу кандидата за председника Републике имају политичке странке које су регистроване у Републици Србији на дан када је одлука о расписивању избора објављена у службеном гласилу, групе грађана и коалиције политичких странака (члан 9. Предлога закона). Предлогом закона се кратко разрађује појам групе грађана, будући да он није уређен ни у важећем Закону о избору народних посланика, ни у Закону о избору председника Републике, што ствара проблеме у пракси. Група грађана настаје писменим споразумом најмање десет бирача, а споразум о оснивању групе грађана је перфектан кад се потписи бирача овере код суда (члан 9, став 2. Предлога закона). Група грађана може, али не мора да има назив (члан 9, став 2. Предлога закона). Предлог кандидата може да буде поднесен Републичкој изборној комисији само ако

га својим потписима који су оверени код суда подржи најмање 10.000 бирача (члан 10. став 1. Предлога закона). Бирач може потписом подржати само једног кандидата. Слобода политичког уверења јемчи се правилом према коме потписи подршке не смеју да се прикупљају од бирача на њиховом радном месту, нити бирач сме да се на било који начин изложи притиску да потписом подржи предлог кандидата (члан 10. став 3. Предлога закона). Потом, прописано је да на првим изборима за председника Републике који буду одржани према новом Уставу право гласа имају они грађани Републике Србије који су уписани у бирачке спискове према мерилима која су коришћена за изборе за народне посланике који су одржани 21. јануара 2007. године (члан 24. Предлога закона). Посреди је тежња да се два републичка органа која се бирају на непосредним изборима – Народна скупштина и председник Републике – бирају из истог бирачког корпуса.

За председника Републике изабран је кандидат који је добио већину гласова бирача који су гласали (члан 18. став 1. Предлога закона). Према томе, није битно колико је бирача гласало на изборима. Предложено решење је идентично оном које садржи важећи закон после његових измена из фебруара 2004. године. Изменама из 2004. године коначно је одбачен тзв. услов изласка бирача, према коме је излазак апсолутне већине бирача на изборе (најпре у оба круга, потом само у првом кругу) био услов за избор председника Републике. Одређивање услова изласка бирача било би супротно Уставу. Број бирача који су гласали утврђује се на основу броја гласачких листића који се налазе у гласачкој кутији (члан 18. став 2. Предлога закона), дакле, ни на основу важећих гласачких листића, али ни на основу броја бирача који су изашли на изборе. Ако ниједан кандидат не добије већину гласова бирача који су гласали, гласање се понавља у року од 15 дана од дана првог гласања (члан 19. став 1. Предлога). Правило је да на поновљеном гласању учествују два кандидата која су добила највећи број гласова (члан 20. став 1. Предлога закона). Више од два кандидата могу да учествују на поновљеном гласању ако више њих дели прво или друго место (члан 20. став 2. Предлога закона). Посреди је готово теоријска могућност, коју Предлог закона ипак уређује. На поновљеном гласању за председника Републике изабран је кандидат који је добио највећи број гласова (члан 21. став 1. Предлога закона). Ако на поновљеном гласању прва два или више кандидата добију исти број гласова, гласање се понавља (члан 21. став 2. Предлога закона). И овде је посредни теоријска могућност. Ако од првог гласања до поновљеног гласања један кандидат изгуби бирачко право (умре, изгуби пословну способност итд.) понавља се цели изборни поступак (члан 22. Предлога закона).

Мандат и престанак мандата председника

Одредбе о мандату представљају (не)предвидиве политичке евентуалности. Мандат председника Републике траје пет година (члан 10. став 1. Предлога закона и члан 116. став 1. Устава). Пре почетка мандата председник Републике полаже заклетву пред Народном скупштином, а текст заклетве одређен је Уставом (члан 114. став 4. Устава). Заклетва има конститутиван значај, што значи да мандат председника Републике почиње да тече од тренутка кад он положи заклетву (члан 10. став 2. Предлога закона). Будући да се заклетва полаже пред Народном скупштином, почетак мандата председника Републике био би одложен ако Народна скупштина није у редовном заседању или ако јој је престао мандат (било због истека мандата, било због распуштања) због чега би могла да настане уставна криза. Да би се то избегло, народни посланици се окупљају да би председник Републике пред њима положио заклетву, па и ако Народна скупштина није у редовном заседању или ако јој је престао мандат (члан 10. став 3. Предлога закона). Наведено решење се заснива и на уставној одредби према којој Народна скупштина која је распуштена врши само текуће или неодложне послове, који се одређују законом (члан 109. став 6. Устава). Исто правило, по аналогiji, примењује се и ако је Народној скупштини истекао мандат од четири године. Конституисање мандата председника Републике несумњиво улази у круг неодложних послова Народне скупштине којој је истекао мандат.

Нико не може више од два пута да буде изабран за председника Републике (члан 116. став 3. Устава). Устав не одређује најдужи период током којег неком лицу може да траје мандат. Што значи да без обзира колико је временски трајао мандата, односно два мандата, ако их је вршио исти председник, то лице нема право да се по трећи пут кандидује за председника Републике. Значајно је напоменути да су два мандата лимитирајући критеријум мандата председника у већини пост-комунистичких устава. Предлогом закона о председнику Србије наводе се разлози због којих председнику Републике престаје мандат. Правило је да председнику Републике мандат престаје кад истекне пет година од дана када је положио заклетву пред Народном скупштином (члан 13. став 1. Предлога закона). Мандат председника Републике престаје пре истека пет година у два случаја: ако поднесе оставку или ако буде разрешен (члан 116. став 4. Устава и члан 13. став 2. Предлога закона). Оставка председника Републике није ни јасно ни прецизно уређена у Уставу. Устав најпре прописује да „*председник Републике подноси оставку председнику Народне скупштине*“ (члан 116. став 5. Устава), потом да „*о њој обавештава јавност и председника Народне скупштине*“ (члан 117. став 1. Устава). Напоследку,

„даном њодношења оставке, председнику Републике пресѣјаје мандаѣ“ (члан 117. став 2. Устава). Предлог закона прецизније тумачи Устав одређујући да се оставка подноси председнику Народне скупштине (који је и надлежан да распише изборе за председника Републике), а да оставка производи правно дејство кад приспе у Народну скупштину (члан 14. став 2. Предлога закона). Тек приспећем у Народну скупштину оставка производи дејство – дотле је она интерни акт председника Републике. Председник Републике је дужан да обавести јавност о томе да је поднео оставку (члан 14. став 3. Предлога закона). Та обавеза председника Републике произлази из Устава и вероватно је прописана због тога што се председник Републике бира на непосредним изборима. При томе, председник Републике може (али не мора) да јавности образложи оставку (члан 14, став 3. Предлога закона).

Могуће је и да председник буде лишен мандата пре истека рока од пет године, уколико је својим (не)чињенјем повредио Устав. Устав прописује да поступак за разрешење председника Републике покреће Народна скупштина, на предлог најмање једне трећине свих посланика (члан 118. став 2. Устава). Предлог закона прописује да се поступак за разрешење покреће ако за покретање поступка гласа већина посланика (члан 15. став 1. Предлога закона). Процедuru разрешења председника окончава Народна скупштина одлуком да ли экс-председник Републике председника окончава Народна скупштина одлуком да ли се председник Републике разрешава због повреде Устава, и то гласовима најмање две трећине посланика (члан 118, став 1 Устава). По одредбама новог Устава у процесу разрешења председника Уставни суд је „дужан да њо љокренуѣом љосѣуѣку за разрешење, најкасније у року од 45 дана, одлучи о љосѣојању љовреде Устава.“ (члан 118, став 3). Из Устава, произлази да је Уставни суд једини меродаван да одлучи о томе да ли је председник Републике повредио Устав, док Народна скупштина одлучује о томе да ли председник Републике за кога је Уставни суд одлучио да је повредио Устав треба да буде разрешен. При томе, Народна скупштина не мора да разреши председника Републике ни ако Уставни суд одлучи да је председник Републике повредио Устав. Предлог закона узима да нема процесних претпоставки да се поступак за разрешење настави ако Уставни суд одлучи да председник Републике није повредио Устав и он се обуставља кад одлука Уставног суда буде објављена у „Службеном гласнику Републике Србије“ (члан 15. став 4. Предлога закона).

У овом је контексту потребно истаћи да и нови, као и претходни Устав из 1990. прави пропуст јер ни у једном није дата дефиниција шта би се могло подразумеавати под „прекршајем“, односно „повредом“ Устава Србије. Поређења ради, наводимо неколико примера из различитих комунистичких устава. Устав Словачке наводи следеће разлоге за укла-

њање председника с положаја: уколико је он предузео активности усмерене против суверенитета и територијалног интегритета Републике Словачке; за активности усмерене у циљу уништења демократског уставног система, затим издаје, као и услед неспособности председника која траје више од годину дана. У Уставу Бугарске се наводе следећи разлози за привремено разрешење с функције председника: велеиздаја и кршење устава, као и дуготрајна неспособност проузрокована озбиљном болешћу. У Уставу Литваније разлози за разрешење с функције председника су грубо кршење устава, прекршење инаугурационе заклетве или почињење прекршаја. У Уставу Словеније председник се привремено разрешава уколико делује супротно Уставу или озбиљно крши закон. Према новом Уставу Србије, питање дефиниције повреде устава препуштено је Уставном суду, што је, судећи по наведеним искуствима, лошије решење од давања прецизније дефиниције у самом Уставу. Подсетимо се не тако давне политичке кризе у периоду 2002-2003, која је била изазвана одузимањем мандата (посланика ДОС, у оквиру коалиције ДОС), када су Уставни суд у Србији, односно бивши Савезни уставни суд (Србије и Црне Горе), од непристрасних медијатора постали актери политичке игре, у којој је био угрожен не само ауторитет, него у крајњој линији и легитимитет Уставног суда. Не само да су поједини политички актери тежили да дисквалификују улогу уставних судија, него су се директно залагали за непоштовање и игнорирање њихових званичних мишљења у спорним питањима (одбијањем враћања одузетих мандата). Но, дешавања у Србији нису изузетак, већ потврда правила Наиме, у пракси, запазили су аналитичари, уставни судови могу да буду гурнути у улогу креатора политике, за шта они нису квалификовани и тако могу умањити функционалну диференцијацију и из ње проистекли еквилибријум (детаљније: Elster, Offe, Preuss *et al.*, 1998: 102-105).

Председнику Републике мандат не може истећи док траје ратно или ванредно стање, већ се продужава док не истекну три месеца од дана када је престало ратно или ванредно стање (члан 116. став 3. Устава и члан 16. став 1. Предлога закона). Мандат се продужава по сили Устава, без потребе да о томе било ко донесе било какву одлуку. Пошто је продужетак мандата председника Републике ипак изузетно уставно стање и пошто председник Републике има надлежности у ратном или ванредном стању, а неко време и после престанка ратног или ванредног стања, Предлог закона садржи две интерпретативне одредбе. Прву, према којој председник Републике има за време док му је мандат продужен исте надлежности као и у време „редовног“ мандата (члан 16. став 2. Предлога закона) и другу, према којој председник Републике може поднети оставку или бити разрешен за време док му траје продужени мандат (члан 16. став 3. Предлога зако-

на). Практично, уставни положај председника Републике ни у чему се не мења док му је мандат продужен.

Устав предвиђа да председник Народне скупштине замењује председника Републике ако је председник Републике „*сиречен да обавља дужности или му мандај преситане пре истека времена на које је биран*“ (члан 120. став 1. Устава). Предлог закона реципира уставно правило (члан 17. став 1. Предлога закона). Председник Народне скупштине је народни посланик који се на функцију председника Народне скупштине бира посредно, апсолутном већином гласова народних посланика. Председник Републике је инокосни орган извршне власти кога бирају грађани на непосредним изборима. Питање легитимацијске природе гласи: да ли председник Народне скупштине који замењује председника Републике може да има исте надлежности као председник Републике?⁵ Предлог закона одговара одрично (члан 17. Предлога закона). Председник Народне скупштине који замењује председника Републике може да врши две врсте надлежности председника Републике. Прву групу надлежности чине оне којима се извршавају текући државни послови (представљање Републике Србије у земљи и иностранству и примање опозивних и акредитивних писама страних дипломатских представника), а другу групу надлежности чине надлежности које је потребно извршити без одлагања да држава не би претрпела штету. То су: расписивање избора за Народну скупштину (чиме се спречава да Србија остане без Народне скупштине дуже него што је то Уставом предвиђено), предлагање Народној скупштини кандидата за председника Владе (спречава се да по истеку Уставом одређених рокова Народна скупштина буде распуштена иако можда постоји могућност да се изабере Влада), надлежности које су везане за одбрану Републике Србије (према Закону о одбрани), командовање Војском Србије и дужност (не само право) да распусти Народну скупштину у свим случајевима у којима је то уставна дужност председника Републике (да би се омогућили избори за народне посланике увек када је одлука о распуштању Народне скупштине декларативне природе). Председник Народне скупштине који замењује председника Републике не може да поднесе предлог за промену Устава, да на предлог Владе распусти Народну скупштину, да даје

⁵ О значају овог питања сведочи и ванредно стање које је било на снази 42 дана: од дана убиства премијера Ђинђића, 12. марта до 22. априла 2003. године. Ванредно стање је прогласила председница Народне скупштине Србије, Наташа Мићић (посланица Грађанског савеза Србије), у својству в.д. председника. Ванредно стање је било иницијално регулисано Наредбом о посебним мерама у ванредном стању (коју је донела в.д. председника). Ванредни сплет околности којим је председница скупштине, Мићићева, преузела улогу в.д. председника Србије указује на велики значај уставне и законске регулативе оваквих евентуалности и ванредних околности.

помиловања и одликовања, да именује пет судија Уставног суда између десет кандидата које му предложи Народна скупштина, нити да Народној скупштини предложи десет кандидата да она између њих изабере пет судија Уставног суда, итд. Он не може да поднесе ни одложни вето на закон који је Народна скупштина изгласала, што је у Предлогу закона формулисано као његова дужност да указом прогласи сваки закон који Народна скупштина изгласа (члан 17. став 3. Предлога закона).

Перспективе јачања улоге председника у политичком систему Србије

Анализа је показала да у уставној и законској дефиницији положаја и надлежности председника Србије још увек има значајних амбивалентности и празнина, које указују на перспективу манипулације или јачања улоге председника у политичком систему Србије. У овом контексту је поучно обратити пажњу на индикативне тенденције у погледу положаја и надлежности председника у региону централно-источне Европе и бившем СССР-у. Као прво, аналитичари су уочили да се јаки председнички прерогативи јављају тамо где друштво није довољно добро организовано да би путем избора произвело парламент који ће бити довољно кохерентан да подржи владу састављену од истомишљеника, који су способни да предузму грубе економске и друге неопходне реформе. Истовремено аналитичари упозоравају на могућност да се јаки председници, изабрани директно од грађана, могу преобратити у диктаторе, по узору на бонапартистички модел. Једноставно речено – легитимитет и ефективност не могу бити успешно комбиновани у парламентарном систему под условима крајње фрагментираних партијских политика. Аналитичари закључују да је ситуација чак и суморнија у земљама где су државне границе под знаком питања. Услед ових отежавајућих околности, заокрет ка presidency-изму, уз оклевање или одушевљење може бити неминован, закључили су аналитичари (Holmes, 1993/1994: 37). Србија је већ дуги низ година (готово две деценије) идеал-типски пример земље која се суочава са сличним сплетком отежавајућих околности. Премда је најновијим уставом из 2006. године Србија потврдила своје опредељење за парламентарни систем власти, у мултипартијском систему Србије приметне су јаке тенденције ка председничком моделу. Незадовољни економско-социјалним реформама, фрустрирани неуспехом у решавању питања Косова и Метохије, аполитични бирачи могу се окренути ка лидерско-харизматичном стилу вођења политике који би могао да понуди председнички кандидат у улози „спасиоца нације“. Основано је претпоставити да претходно изложене одредбе Устава Србије из 2006. дају довољно маневарског простора будућем председнику Србије, који ће започети нови мандат у предстојећој 2008. години, да

ангажује не само уставне прерогативе своје власти, већ и неформалне (ван)партијске ресурсе који ће утицати на надоградњу његових стварних, а не само конституционалних надлежности, моћи и утицаја на политику у Србији. Устав и Предлог закона о председнику омогућавају будућем председнику Србије да стави у политичку функцију добро организовани председнички тим (Генерални секретаријат), да стратешки употреби своје надлежности наименовања да би градио и проширио мрежу савезника, да би интензивирао свој приступ медијима и јачао популарност међу грађанима – бирачима, да агилно или закулисно (пре)усмерава и надиграва једне партије наспрам других, да се лично укључи у процес преговора око кабинетских коалиција, итд. Наравно, моћ и утицај председника такође зависи и о релативној јачини или слабости ривалских грана власти. Аналитичари су закључили да тамо где су легислативна тела фрагментирана, коалициони кабинети нестабилни, а судови неискусни, чак и умерено моћан председник може имати одлучујући утицај на питања власти. Напослетку, може се закључити да ће с једне стране демократски, а с друге стране легитимацијски капацитет институције председника у Србији у наредном периоду – председничком мандату доћи у колизију. Будући председник Србије биће суочен са нужношћу да своја уставна овлашћења користи у свом пуном легитимацијском капацитету.

*Pavle Jovanović, Ph. D., Full Professor
Novi Sad School of Law*

CONSTITUTIONAL ROLE OF THE PRESIDENT OF REPUBLIC OF SERBIA IN COMPARATIVE PERSPECTIVE

Abstract

Analysis highlights some political implications of the constitutional and legal definition of the role and legal competences of the Serbian President. Author is pointing at possible instrumentalisation of presidential powers and possible dangers of deformation of the separation of powers principle in Serbia. Author makes conclusion that newly adopted Serbian Constitution (adopted in 2006), as well as some legal provisions are still full of empty spaces and ambiguities. Special attention is drawn towards an imperative of reception of democratic standards that are presented within post-communist constitutions in the region of Central-Eastern Europe. By pointing out what possible dangers derives from presidential system author highlights some of its shortcomings and tendencies towards instrumentalization of constitutional-legal prerogatives of presidential powers.

*Др Љубомирка Кркљуш, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

ФРАНЦУСКИ ДИПЛОМАТИ О СРПСКОМ ПОКРЕТУ 1848–1849.

Сажетак: У време бурних догађаја 1848-1849. у Београду је као француски конзул боравио М. Лимјерани, а извесно време га је замењивао А. Фабр. У склопу француске дипломатске мреже деловао је и један представник њољске ђолиничке емиграције, гроф. Л. Бисјиноовски. Мада је француско јавно мњење годинама пре Фебруарске револуције (1848) испољавало јаке симпатије за ослободилачке тежње ђодјармљених народа у источној Европи и у Италији, званична Француска није 1848. подржавала ослободилачке покрете ђобуњених народа у источној Европи и Италији, смањрајући да интерес Француске захтева очување целокупности Турске царевине. Стога су француски конзули у Београду савештовали српској влади да буде ђошћуно лојална према Порочи. Много ђажње су посветили и догађајима у Мађарској и покрећу Срба у Јужној Угарској. У њиховом покрећу и ђомоћи Срба из Србије су видели пре свега ојасности ђо ојстанак Турске и моћућности за ширење руској ушћицаја. Смањрајући да ће и мађарски државници увидети да је мир са Србима најбоље јемство прошћив навирања руској ђанславизма, настјојали су да ђосредују у ђомирењу Срба и Мађара и сћућили у додир са ђојединим вођама српској и мађарској покрећа. У дипломатској прејисци и извешћајима француских конзула из Београда и грофа Бисјиноовској нашли су досћа месћа и њихови сћавови и ушћисци о Српском покрећу 1848. и њећовим најзначајнијим акћерима: ђаћријарху Јосифу Рајачићу, војводи Сћефану Шућљикау и команданћу српске војске, Ђорђу Сћраћимировићу.

Кључне речи: Револуција 1848-1849, француски конзули, М. Лимјерани, А. Фабр, гроф Л. Бисјиноовски, Аустрија, Мађарска, Кнежевина Србија, Војводовина, ђаћријарх Ј. Рајачић, војвода С. Шућљикац, Ђ. Сћраћимировић, Турска, Русија, ђанславизам, руски ушћицај.

После 24. фебруара 1848. су очи свих европских револуционара биле упрте у Париз, престоницу европске револуције. Мада је француско јавно мњење годинама пре Фебруарске револуције (1848) испољавало снажне симпатије за ослободилачке тежње подјармљених народа у источној Европи и у Италији, после пада реакционарног режима краља Луја-Филипа, званична Француска није узела активног учешћа у тој борби. Шеф извршне власти, песник Ламартин је 4. марта упутио представницима Француске у страним земљама окружницу у којој је изјавио да ће уговори из 1815. године остати „основица и полазна тачка“ односа Француске са осталим народима. Француска неће интервенисати да би помогла другим народима да стекну слободу или остваре национално уједињење. Молбе изасланистава разних народа да им се пружи помоћ су остале без одзива, са образложењем да „Проглашење Француске Републике не представља чин агресије против било ког облика владавине (...) рат није принцип Француске Републике, као што је за њу представљао судбоносну и славodobитну неопходност 1792 (...) Стога Француска Република неће ни против кога заподенути рат.“ И поред тога, и после шест месеци су погледи свих устаника у Европи били окренути ка Паризу, са уверењем да је он још увек „престоница револуције“ и са надом да ће привремена влада Француске републике притећи у помоћ.¹ Незадовољство јавног мњења које се после пропасти Пољског устанка претворило у демонстрације у Паризу, довело је крајем јуна и до пада владе. Генерал Кавенак (Cavaignac) који је дошао на чело извршне власти наставио је мирољубиву политику свога претходника. Министар иностраних послова постао је Ламартинов сарадник Жил Бастид (Jules Bastide).² Не само ратоборна странка, него и неки њихови најближи сарадници, војни и дипломатски функционери су наставили да захтевају да се пружи оружана помоћ Италијанима, који су трпели поразе у борби против Аустрије.³

У складу са таквом политиком је било и држање Француске према Турској. Француска влада је сматрала да интерес Француске захтева очување целокупности Турске царевине. Од почетка 1848. године француски представник у Београду је био Матје Лимперани (Mathieu Limperani).

¹ Žak Godšo, *Revolucije 1848*, Nolit, Beograd, 162, 165-166.

² Министри иностраних послова Друге републике су били: од 29. јуна до 17. јула 1848. Мари Алфонс Бедо (Marie Alphonse Bedeau); од 17. јула 1848. до 20. децембра 1848. Жил Бастид (Jules Bastide); од 20. децембра 1848. до 2. јуна 1849. Едуар Друен де Лис (Édouard Drouyn de Lhuys), а од јуна до октобра 1849. Алексис де Токвил (Alexis de Tocqueville).

³ Emil Bourgeois, *Manuel historique de politique étrangère*, III, 298-307, Paris 1924; M. Radojković, *L'opinion française et le mouvement illyrien de 1840 à 1848*, Le monde slave, II, Paris 1935.

Спроведећи доследно политику своје владе, саветовао је српској влади да буде потпуно лојална према Порти. Запазио је да постоји велики притисак напредних кругова на владу да се искористи тадашња пометња у Европи за уједињење са Босном и Бугарском и за избацивање турских посада из тврђава у Србији. Све замисли такве врсте француски дипломата је приписивао руском утицају. Сматрао је да су српски државници до недостојности потчињени руском генералном конзулу, пуковнику Данилевском и свим силама се трудио да сузбије утицај Русије.⁴ Сазнавши, почетком априла, да је Савет затражио од владе да покрене питање о иселењу Турака, конзул је саопштио српском министру иностраних послова Авраму Петронијевићу да Србија може рачунати на подршку Француске само ако остане тесно везана за Турску. Скренуо му је пажњу и на то да Аустрија више не постоји као велика сила, а да ослањање Србије на Русију може бити фатално по њену независност.⁵

У складу са политиком своје владе, закључујући да свака акција Србије у правцу потпуног ослобађања од турског суверенитета користи само Русији, Лимперани је посветио много пажње и догађањима у Мађарској и покрету Срба у Јужној Угарској. Већ у својим извештајима марта 1848. конзул је обавестио министра о догађајима у аустријској Војној граници. Одмах је уочио да Србија показује најживље занимање за борбу која ће неизбежно почети између Мађара и аустријских Словена и да су симпатије Срба према својој браћи с друге стране Дунава ван сваке сумње. Закључио је да се може оправдано страховати да ће ти догађаји утицати на стање у Кнежевини.⁶ У извештају од 16. јуна 1848. у којем је обавестио министра о мађарском нападу на Карловце, Лимперани је изразио своју сумњу у способност Аустрије да се суочи са овим проблемом, имајући у виду анархију која влада у Бечу и слабашни ауторитет који су аустријски генерали још сачували у Војној граници. „Мађари, господине министре“, пише он, „навикли да већ дуго врше у овим областима готово апсолутну власт, гневни су због сваке препреке на коју на том путу наиђу; они се чине одлучни, ма колико неравноправни бројем, да истрају у овом рату. Што се тиче Славо-

⁴ Др Војислав Вучковић, *Рад француских представника у Србији 1848-49 на измирењу Јужних Словена са Мађарима*, Зборник за друштвене науке МС, 13-14, Нови Сад 1956, 149.

⁵ Писмо конзула Лимперанија министру иностраних послова 21. марта 1848, Архив Министарства спољних послова Француске (Archive du Ministère des Affaires Étrangères), фонд Конзулска политичка преписка, Турска – Београд (Correspondance politique des Consules, Turquie – Belgrade, vol. 60), Consulat de France en Serbie, Direction politique, (у даљем тексту Consulat de France en Serbie, Direction politique), № 4/48, № 11, № 15 и 16; Др Војислав Вучковић, нав. дело, 150.

⁶ Писма конзула Лимперанија министру иностраних послова од 21. марта, 26. марта и 4. маја 1848, Consulat de France en Serbie, Direction politique, № 5/48, 6/49; № 12/80 (bis).

наца, Илира, Хрвата итд, снажних у својој народности и обећањима која су им дата, не изгледају мање срчани у борби; они неће оклевати да се баце у наручје Русије, у случају да аустријски цар не удовољи свим њиховим захтевима.“ Борба Срба у Јужној Угарској према томе погодује руским претензијама и њиховом панславизму. Русија тежи да створи на Дунаву нове кнежевине, под својим протекторатом.⁷ Лимперани је 27. јула јасно изнео свој закључак о могућем исходу сукоба између Мађара и Словена. „Ако се мађарска влада, непрестано заслепљена својим таштим замислима о супрематији, узјогуни и ускрати сваки уступак Илирима; – ако се ова жалосна борба ускоро не оконча, лако је предвидети шта ће се десити – Русија би могла наставити са својим познатим плановима и започети комадање Турске, – и успоставити свој утицај а можда и доминацију у словенским областима Мађарске“.⁸ Мада је очигледно имао разумевања за разлоге српског и словенског покрета у Угарској и њихов отпор мађарском империјализму, што је и касније у више наврата и саопштавао у својим извештајима, Лимперани је и поред тога, у складу са политиком своје владе и упутствима добијеним од свог министра заузео негативан став према политици српске владе помагања покрета војвођанских Срба, видећи у њиховом покрету пре свега опасност по опстанак Турске и могућност за ширење руског утицаја. Дознавши да српска влада шаље помоћ аустријским Србима у добровољцима и у оружју, покушао је да увери министра Петронијевића да је неопходно да се то обустави. Он изражава разумевање за симпатије Срба према својим сународницима у Аустрији, али и мишљење да овима није потребна помоћ, јер су довољно снажни да се носе са Мађарима. Срби у Аустрији се боре за слободу које Србија већ одавно има. Српска влада не треба да предузима ништа што би могло да створи неприлике турској влади. Француска жели да се очува целокупност Турске царевине и она ће се успротивити сваком покрету који буде тежио слабљењу Турске. Пошто је Петронијевић одлучно порекао непосредно помагање српског покрета у Јужној Угарској, конзул је закључио да је измирење између аустријских Словена и Мађара једини начин да се заустави напредовање московског панславизма. Свако слабљење Турске и најмањи ударац њеном ауторитету Порте у овим провинцијама би по његовом мишљењу представљало опасност за Европу, а можда и за цивилизацију. Сматрао је да ће и мађарски државници увидети да је мир са Србима најбоље јемство против навирања руског панславизма, те је предложио министру да француски дипломатски представници у Пешти предузму и

⁷ Писмо конзула Лимперанија министру иностраних послова, *Consulat de France en Serbie, Direction politique*, N^o 15/113.

⁸ Писмо конзула Лимперанија министру иностраних послова, *Consulat de France en Serbie, Direction politique*, N^o 14/147.

званичне кораке у том правцу.⁹ Француски дипломатски представници у Београду су од тада, поред напора да увере своју владу у неопходност остварења замисли о овом помирењу, ступили у додир и са појединим вођама српског и мађарског покрета. За време одсуства конзула Лимперанија у Француској, крајем 1848. године, послове француског конзулата у Београду је отправљао млади конзуларни приправник А. Фабр.

Поред француских дипломата, у дипломатску акцију француске владе на Балкану су се активно укључили и припадници пољске емиграције.¹⁰ У току бурних збивања 1848-1849, пољска емиграција, под вођством кнеза Адама Чарториског настојала је да искористи околности и оствари свој план о васкрсу велике независне пољске државе. У саставу мађарске војске борило се већ око 10.000 Пољака, а неколико њихових искусних војсковођа командовало је мађарским и италијанским армијама. У септембру 1848. године је министар Бастид прихватио услуге једног блиског сарадника кнеза Адама Чарториског, грофа Лудвика Бистшоновског (Louis Bystrzonowski).¹¹ После пољског устанка 1830. Бистшоновски је служио у Египту и Алжиру, а писао је и о српским питањима. Покрет Срба у Угарској и помоћ српске владе устаницима били су по оцени француске владе, неповољни по њене интересе, јер је стварање нове самосталне кнежевине на Дунаву могло само да ојача панславизам и руски утицај. Тежећи да спречи овакав развој догађаја и очува целокупност турске царевине, француска дипломатија је предузела кораке да измири Србе и Мађаре. Изми-

⁹ Писмо конзула Лимперанија министру иностраних послова, 16. јуна 1848, *Consulat de France en Serbie, Direction politique, N° 15/113*.

¹⁰ Од краја XVIII века, подељена између Русије, Пруске и Аустрије Пољска није више постојала. Због тога је политичка и идеолошка активност измештена из земље и организована у изгнанству, где је уживала широко признање у току XVIII и XIX века. Највећи талас емиграције уследио је после Новембарског устанка (1830-1831), појачан новим бројем избеглица после револуције 1848-1849. и Јануарског устанка 1863-1864, а највише пољских политичких емиграната било је у Француској. Расути по Европи после угушења устанка 1830. године, пољски емигранти су узели живо учешће у бурним збивањима 1848-1849. године. Група око кнеза Адама Чарториског, окупљена у Савез националног јединства, названа од 1843. *Hotel Lambert*, организовала је распрострањену мрежу агената, која се бавила пропагандом и подршком разним тајним ослободилачким покретима. За своју противруску политику Чарториски је настојао да придобије и балканске Словене, полажући посебно велике наде у Србију, нарочито после 1842. године, када је збачен кнез Михаило Обреновић и срушена његова русофилска политика. Ангажујући се не само на дипломатском него и на бојном пољу, пољски емигранти су играли видну улогу у догађајима 1848-1849. Њихова помоћ је ојачавала редове аустријских противника, а општа политичка линија њихове делатности подразумевала је исто тако и настојање да се ослаби и умањи руски утицај и руска моћ. Отуда многобројни Пољаци учествују у редовима мађарске војске и као њени команданти у рату против Хабзбурга.

¹¹ L. Bystrzonowski, *Sur la Serbie dans les rapports européens avec la question d'Orient*, Paris 1845.

рењем Мађара и Јужних Словена Бистшоновски је желео да олакша положај првих, како би затим удружене снаге Јужних Словена, укључујући и граничарске трупе које су се бориле у Италији окренуо против пољских непријатеља.¹²

Имајући у виду ове циљеве француске спољне политике у погледу револуционарних догађаја у Аустрији: очување Османске царевине и сузбијање ширења руског утицаја и настојање да се ти циљеви постигну, разумљиво је да су у дипломатској преписци и извештајима француских конзула из Београда и грофа Бистшоновског који је деловао у склопу француске дипломатске мреже нашли доста места и њихови ставови и утисци о Српском покрету 1848. и његовим најзначајнијим актерима: патријарху Јосифу Рајачићу, војводи Стефану Шупљикцу и команданту српске војске, „вожду“ Ђорђу Стратимировићу.



Лимперани је већ 25. марта 1848. известио министра да је револуционарни покрет захватио аустријску Војну границу. У Панчеву и Земуну је народ протерао власти и изабрао своје магистрате. Клицало се: „Живела Француска! Живео народ који нам је показао пут ка слободи!“¹³ Он је оправдано претпоставио да ће неминовно доћи до сукоба. О својим слутњама је обавестио министра 20. априла 1848: како се стање у Мађарској није побољшало, клице раздора које постоје између Срба и Мађара ће довести до неког мучног расплета.¹⁴

Ове су се слутње обистиниле, те је конзул 16. јуна известио министра о мађарском нападу на Карловце.¹⁵ По његовом мишљењу, веома је тешко предвидети исход ове „безумне борбе“, због анархије која влада у Бечу. Наредбе аустријских генерала у Војној граници се не извршавају, а командант петроварадинске тврђаве једва да је још сачувао неку сенку власти. Српска влада се не устеже да изрази своје симпатије према побуњеницима: шаље им оружје, муницију и новац, а добровољци им одлазе у помоћ. Све то погодује руској политици: њен циљ је доминација, од Црног мора, од

¹² Др Војислав Вучковић, *Рад француских дипломатских представника у Србији 1848–49 на измирењу Јужних Словена са Мађарима*, Зборник за друштвене науке МС, 13-14/1956; Симона Белег-Мисирлић, *Француски дипломати код Срба у 1848*, Српски књижевни гласник, књ. XXVI, бр. 2 и 3, Београд 1929, 134.

¹³ Писмо конзула Лимперанија министру иностраних послова, Consulat de France en Servie, Direction politique, N^o 6.

¹⁴ Писмо конзула Лимперанија министру иностраних послова, Consulat de France en Servie, Direction politique, N^o 9. 61 (bis)

¹⁵ Писмо конзула Лимперанија министру иностраних послова, Consulat de France en Servie, Direction politique, N^o 15/113.

Дунава и Саве до Јадрана, а комадање Аустрије иде на руку томе циљу. Нада Русије да ће видети стварање нових кнежевина на Дунаву под својим непосредним протекторатом могла би се тако ускоро остварити. Боље саветована, српска влада би могла да остане по страни од ових догађаја. Министар Петронијевић, којем је изразио своје страховање од овакве политике српске владе, порекао је да се српска влада меша у догађаје на другој обали Дунава.

Даљи развој догађаја само је поткрепио конзулове стрепње, што је и изнео у свом писму министру 27. јула 1848. На крају извештаја напомиње да у Мађарској краљевини Мађари броје 3.300.000 душа, трансилванска раса 1.200.000, а словенска сама 8.000.000.¹⁶

Лимперанијеви извештаји показују да је он у погледу догађаја у Угарској имао подељена осећања. Уочавајући јасно суштину збивања: политику аустријског двора, мађарских владајућих кругова, као и мотиве и циљеве српског и других покрета и изражавајући разумевање за њих, ипак за најважнији циљ сматра сузбијање руског утицаја, који би у тим околностима могао бити остварен. Допуштајући да се овај сукоб разгара, аустријски двор се још увек нада да ће васпоставити своју власт у дунавским провинцијама. Међутим, процењује конзул, ако старе монархистичке успомене и недовољно политичко образовање још увек везују поједине делове словенског народа за кућу Хабзбурга, тренутак потпуног разлаза није можда далек. Да се девет милиона Словена извуче испод московског утицаја, закључује конзул, вредно је труда, али, да би се то постигло, Француска мора што пре да се ангажује.¹⁷ И свој став, и политику коју би влада требало да води сажео је у извештају од 2. септембра 1848: „...наша политика на обалама Дунава и Саве може се сажети у две речи: морална подршка Словенима, да би их спречили да падну у наручје Русији; треба да од њих начинимо, ако устреба, бедем против варварства и деспотизма; помоћ Турској, уколико буде приправна да помогне хришћанима *друјачије, а не само на њаиру*“.¹⁸

Лимперани је 21. октобра 1848. у писму министру иностраних послова Бастиду између осталог напоменуо да је „илирски патријарх“ учинио кораке према њему, у недостатку поузданих веза и немогућности да се обрати француском отправнику послова у Бечу. Одговорио је патријарху да још није касно да се опозову српске трупе из Италије и да се пошаље

¹⁶ Писмо конзула Лимперанија министру иностраних послова, Consulat de France en Servie, Direction politique, N^o 14/147.

¹⁷ Писмо конзула Лимперанија министру иностраних послова, Consulat de France en Servie, Direction politique, N^o 18. 147 (bis).

¹⁸ Писмо конзула Лимперанија министру иностраних послова, Consulat de France en Servie, Direction politique, N^o 20. 175 (bis).

изасланик у Париз. У истом писму конзул је закључио да „француска штампа оцењује илирско-хрватско-српски покрет на један одсечан и пристрасан начин; она каља овај покрет ознаком панслависта у руском смислу – међутим, ништа није даље од истине!“ Он је уверен да је само очајање разлог што Словени падају у наручје Русије.¹⁹

У једном опширном извештају од 10. новембра 1848. деловођа конзулата А. Фабр, који је замењивао Лимперанија за време његовог одсуства у Француској је известио министра о својим разговорима са разним личностима. Путујући у Београд срео се са француским дипломатским представницима у Бечу и Берлину, пруским официрима, аустријским царским официрима, мађарским посланицима, једним мађарским магнатом и са „патријархом Срема, душом српског покрета против Мађара“. После боравка у Бечу и проласка кроз Мађарску задржао се у Карловцима, где је у патријарховом друштву провео два дана. Признао је патријарху да не разуме потпуно мађарско-словенско питање и замолио га да му га разјасни. Патријарх га је уверавао да су га Мађари обманули, када су му рекли да су прогласили потпуну равноправност својих суддржава. Пре свега, они су укинули латински, да би натерали Србе и Словене да прихвате мађарски, не само на Дијети, већ у свим њиховим јавним пословима; учење мађарског обавезно је у школама, проповед треба да буде на мађарском; једини административни језик за словенске земље је мађарски; они желе да их помађаре у свему. А то настојање је претерано, јер њих има 4 милиона, а Словена 12 милиона. Са каквом намером се превode литаније на мађарски језик? Позвани су српски посланици, али су колегији тако састављени, да су Мађари, мада су мањина у држави, обезбедили себи већину на Дијети. Њихов тобожњи либерализам дошао је доцкан и у њега се не може поуздати. Упозорио их је на српски покрет, рекавши им да га не могу обуздати, уколико не буду начинили уступке, али су били непопустљиви. Уосталом, они су одувек вређали српску народност, називају је фајтом и гледају с висине, коју Срби више неће трпети.

„Немојте веровати“, наставио је патријарх, „да би нама било угодније да будемо германизовани уместо мађаризовани. Моје именовање за патријарха је учињено да бисмо ставили на знање Аустрији, која нас је свела на титулу митрополита, да желимо одмах да искористимо слободе које је била приморана да нам да. Изабрали смо себи и војводу, Србина и аустријског генерала, јер смо желели да поласкамо Аустрији, да начини све више и више уступака нашем словенском савезу, који штити бан, и нашој малој држави од 2 милиона Срба подложних Аустрији, која управља са-

¹⁹ Писмо деловође А. Фабра министру иностраних послова, *Consulat de France en Serbie, Direction politique*, № 23, 802.

мом собом, готово у истоветном положају као у турска Србија, само са либералнијим установама.“

Француски дипломата је закључио из разговора са патријархом да овога покреће иста мржња и према Немцима и према Мађарима и да изиграва обе владе „да би основао неку врсту државе, чија је он душа.“ Покушао је да увери патријарха у мађарске добре намере, али се из опрезности није неповољно изразио о бечком двору. Напротив, преувеличао је његову великодушност, наговештавајући бечку спремност на уступке после престанка опасности. Закључио је да није тачна претпоставка да је Русија подстакла овај покрет и да се она сматра за непријатеља. Учинио му се да је патријарх настојао, објашњавајући му своје нацрте установа, да постигне одобравање Француске. Био је дирнут учивши колико и Мађари и Срби теже француском узору и задобијању њене наклоности. Истовремено је закључио да је скоро немогуће да се постигне слога ових двају народа, који су пријатељи Француске: „Карловци су већ један мали двор и, пошто су осетили ту сласт, они не желе да се добровољно утопе у једну нацију. Мора се претпоставити да је она оборена једним демократским елементом који ју је преплавио и који сања о словенској републици, од Црног Мора до Јадрана“.

Закључио је да чињеница именовања патријарха има велику важност. „Сви Словени Илирије, Хрватске, Славоније добијају од патријарха словенске епископе, уместо епископа грчког порекла, језика и обичаја које је именовао цариградски патријарх. Католички хрватски бан Јелачић који се већ сматра, мада не без неповерења, као заштитник словенских слобода, желео је да буде благословен од стране сремског патријарха, како би угоддио Хрватима²⁰. У будућности би можда било могуће, поступно, да се уједини све ово становништво. Онда би српска држава могла да апсорбује и Србе из Србије, а преко њих и хришћане у Турској.“

Разговори са патријархом су очигледно помогли француском дипломати да формира своје мишљење о овом питању, што је и саопштио министру: мађарска аристократија је проучила француску револуцију и, било из великодушности, било из хладне рачунице у корист независности, почела је добровољно да се одриче својих повластица. Ова је тенденција прихваћена са признањем и одушевљењем у народу и тим се правцем кретала до ове године. Француска револуција 1848. је изненада убрзала њен ток; она је такође оголела грешку коју је начинила мађарска аристократија, а сада је чини и демократија. Тражећи узор у француској револуцији и француском уставу, није се довољно водило рачуна о разликама међу чиниоцима

²⁰ Аутор очигледно овде под Хрватима подразумева православно становништво Хрватске, дакле Србе.

којима се располагало. Било је добро тежити слободи и једнакости као у Француској; била је огромна погрешка желети њену централизацију. Није се увиђало да у нашем веку влада припада већини. Када је у Француској уведен централизам, прошло је већ четрнаест векова, током којих је, мало по мало, већина апсорбовала јединице. Али, мађарска раса, чувајући своју особеност, своју издвојеност са једном увредљивом надменошћу, а бројећи 4 милиона душа (Мађари су му рекли да има 6 до 7 милиона), живећи и сама под туђом круном, различите вере, немајући ни доминантну књижевност, ни било какву иницијативу; немајући, једном речи, никакву снагу апсорпције или асимилације, намерава да апсорбује и асимиљује 10 или 12 милиона странаца, што је, јамачно, био претеран прохтев. Оно што га је довело до оваквог запажања је било је његово изненађење, када је видео да су чак и словенски сељаци закупљени статистиком, бројећи себе и бројећи Мађаре.

С друге стране Аустрија, са бедним геслом своје владавине: *Divide et impera*, које тако добро указује на средство довијања једне владе која је у безизлазном стању, извукла је спретно корист из ове грешке. Озбиљно узнемирена мађарским покретом 1790, није оклевала да створи један противтег. И, под изговором да брани себе и да брани и саму Мађарску од једне силе које се више није требало плашити или против упада, које је обична полиција могла сузбити, она је формирала оно што се од тада назива Војна граница. Мада напомиње да не познаје довољно историју ове земље, Фабр закључује да је могуће је да је ова потпуна милитаризација свих судржава Угарске била усмерена нарочито против Мађара. У ствари, то је значило извлачење пространих области испод управе и утицаја Мађара, да би били стављени непосредно под утицај и дисциплину двора, аустријске армије. Аустрија је била сувише спретна да не би оставила да Словени, над којима је тако стекла непосредну власт, и даље трпе надмено издвајање Мађара. Тако је знала да располаже средством да у случају потребе укроти Мађаре, и чувала га је у потаји. Догађаји су показали колико је ово лукавство било спретно, од оне бедне врсте вештине, која припрема пад династија и царстава.

Одлазећи из Француске био је уверен да је у њеном интересу пре већа снага Аустрије него мађарска независност. Сада је овај утисак, повољан за аустријску владу, потпуно избледео. Најпре, разговори које је водио у Пруској су га навели на помисао да ће се немачка моћ попети ка северу. Као немачка сила, Аустрија представља само прошлост. И ако није умела да постане апостол словенског препорода на Дунаву; ако одважно, као божанство, није умела да развије стег једног младог, активног, плодног, одушевљеног царства, био је то крај моћи куће Хабзбурга, успорен донекле победама над Италијанима, Чесима и Мађарима. Аустријска влада је

закована за Русију, закована за своју прошлост, за свој стари начин господарења и није способна ни за шта велико. Питао се да ли би либерална Аустрија могла преузети улогу коју би напустила дворска Аустрија. Али, аустријско надвојводство биће ситно у заједници, а питање је хоће ли немачко начело пристати да изгуби своје првенство.

Испитивао је да ли би Мађари могли бити средство дунавске силе? Они су сувише малобројна мањина да би могли апсорбовати 20 или 30 милиона Словена који их окружују, а антипатија ових народа је сувише велика. Они би уосталом били, што и сами кажу, одмах разбијени од Русије.

„Волео бих да знам“, пита се Фабр, „да ли би Срби, Хрвати, Славонци могли на Дунаву чврсто побости заставу слободе и уједињења? Мађари би остали изван тога. Сваки од ових словенских народа желео би да има независну државу. Да ли би међу свим овим народима била пожељна једна конфедерација? Али, ако би она претендовала да буде створена изван сизеренства Беча и Константинопоља, ови сизерени [...] Русији, која ће их смрвити у заједницу.

Да ли би било пожељније да се она припрема за будућност стварањем вазалних кнежевина као Турска Србија или Аустријски Срем, које би тако у зачетку биле заштићене правом сизерених сила и припремале темељ за велики савез који би Француска учврстила? То би било споро, то би можда било сигурно.“²¹

Фабр је 22. новембра 1848. послао министру нови опширни извештај у којем је покушао да му, са попршта догађаја, из „срца словенског покрета“, објасни смисао збивања која су потресала те крајеве. Најупечатљивији утисак на њега је оставило поуздање у Француску и наду, ако не у њену помоћ, а оно бар њено одобравање, код свих потлачених народа, чији су му изасланици масовно долазили, жалећи се на тешке услове живота. Он указује на то да се Француска према Источној Европи налази у битно другачијим околностима, због битке коју воде разни народи Европе – не ради се више о томе да се земљом влада више или мање либерално у њиховим границама од 1815; ради се о томе да их видимо како цепају ту исту европску карту, која нам је била одбојна, да би одбацили власт освајачких мањина и заменили их владавином маса; да би се разорила политичка географија, резултат агресије, освајања, деспотизма и увело логичније и моралније начело етнографије. Најбројнији од народа који теже да се коначно ослободе грамзивог страног старатељства је словенски народ. Овај је народ започео своју борбу против једног другог народа који је такође тражио независност, против мађарског народа. Французи се чуде

²¹ Писмо деловође Фабра министру иностраних послова од 10. новембра 1848, *Consulat de France en Serbie, Direction politique*, № 24, 202 (bis).

што виде да се туку два народа који теже истом циљу и чије је оружје могло бити уједињено. Оно што се у Француској не зна, је да се Словени истовремено боре против мађарске супрематије и немачког народа; гушење њихове борбе иде у корист Беча, Пеште и Франкфурта... Потлачени Словени мрзе у истој мери Немце и Мађаре, Русе и Турке. И ако се данас видите да се боре под царском заставом, то је рачуница, а и нужност, а не наклоност. Када је у Италији зазвонило на узбуну прошлог марта, Словени су само слушали једни друге, а нису се разумели. Они из Чешке су били усамљени у побуни и били су покорени од словенских трупа, које данас свакако не би поново бомбардовале Праг. Они из угарског краљевства су били подстакнути изненадном надом за слободом и жељом да искористе пометњу Аустрије и ослободе се германизма, који их експлоатише већ сувише дуго. Били су спремни да забораве једно тренутно господство, али господство са којим је споразум изгледао могућ, и понудили Мађарима сарадњу под условом да независност којој се тежи буде једнака за све. Мађара има 4 милиона, а Словена девет. Не може се очекивати да они и даље пристану на мађарску супрематију. Међутим, то није наишло на одзив. „Мађари, обузети оном вртоглавицом охолости и презира, која заводи мањине одавно навикнуте на заповедање, а која је једна врста божје казне, одговорили су са неколико уступака које је диктирала једна великодушна мањина, и неким централизаторским и неинтелигентним мерама, које је требало да од Пеште начине центар словенске ствари и да помађаре, у корист њихове мањине, словенску већину, принудним мерама које је требало да Словене очувају у покорности. Словени су рекли: Чувајте се! То нису правци које ми желимо; ми нећемо радије пристати да будемо помађарени него понемчени и, уколико ви са своје стране не уздигнете искрено, потпуно, наше народности, ми ћемо од саме Аустрије добити наше слободе за узврат за помоћ коју ћемо им пружити против вас“.

Разговарајући два дана са патријархом, Фабр је био уверен да су Словени, Власи, Сикулци и остали били приморани да стану на страну Аустрије: „Ево њиховог рачуна: Мађари нас сматрају за побуњенике. Они су можда јачи од нас, премда смо ми бројнији. У сваком случају, морамо бити промишљени у тој недоумици. Или ћемо бити побеђени од њих као самосталних и они нас могу некажњено третирати са свим својим презиром; или ћемо ми бити победници и, одвојивши се од угарске круне, основати једну слободну словенску државу. Али тада, нећемо живети ни један дан и нашу младу слободу смрвиће одмах руска војска, или због тога што смо се одвојили од Аустријске царевине, или због тога што пружамо лош пример. Наш је једини излаз да притекнемо у помоћ аустријској круни, која нам уступа слободе, насупрот мађарској Дијети, која их нам одбија. Тако ослобађамо нашу народност мађаризма а и германизма а наш савез са Аустријом

нас обезбеђује од руске интервенције... Елем, борба се проширила. Нису судржаве Мађарске те које се буне, то је словенска раса, која се пребројава и, ослањајући се на свој број гаји амбицију која се увећава свакодневно и која ће, надам се, довести на Дунаву до стварања противтеже московској сили“.²²

У свом извештају министру 29. новембра 1848. Фабр је између осталог напоменуо да је расположење у региону набијено страстима, немиром и догађајима. Срби почињу озбиљно да се узнемирују у погледу слобода које очекују од Аустрије и да лакше прихватају замисао о обустављању непријатељстава против Мађара. Карловачки патријарх, који је показао толико радости због свог достојанства, поновно освојеног од аустријске владе, добио је од цара писмо насловљено на архиепископа. Фабр је наговарао српску владу да опозове своје трупе које се боре против Мађара.²³ Већ 1. децембра је у једној краткој белешци потврдио утисак о разочарању Срба: „Карловачки патријарх је писао у Беч да његов народ не рачуна више на обећања која су му дата; да, на свим линијама, Мађарска чини искрене предлоге и потпуне уступке и да су Словени расположени да их саслушају. Писао је да би охрабрио Јелачића да се покаже као добар Словен и да дигне глас“.²⁴

Фабр је 28. децембра обавестио министра о одјеку царског признавања титуле војводе и патријарха: „Аустријски цар је коначно одлучио да призна титулу патријарха и војводе (управитеља) које је српска народна скупштина која се састала у Карловцима прошлог 3. маја дала српском карловачком епископу и генералу Шупљикцу. Ова новост, нестрпљиво ишчекивана је била добро примљена код Срба. Али они су утврдили и границе Војводине (управу аустријских Срба, коју им је Аустрија дала од њиховог досељења); цар о томе не говори.“ Та би област укључила половину мађарске територије и конзул изражава разумевање што аустријска влада то није одобрила. Било да се споразуме са Мађарском, било да је освоји, она не би могла отуђити један њен део у корист народности „која се тек родила и која није ништа учинила да заслужи толико задирање у туђе право“. Срби нису задовољни и налазе да аустријска влада није према њима довољно предусретљива. Конзул наглашава да је словенски покрет „огроман и неизбежан“ и истиче нужност да се француски агенти ангажују у већем броју. Један агент би требало да борави и код патријарха у Карловцима.²⁵

²² Писмо деловође А. Фабра министру иностраних послова, Consulat de France en Serbie, Direction politique, № 25. 203.

²³ Писмо деловође А. Фабра министру иностраних послова, Consulat de France en Serbie, Direction politique, № 27. 204 (bis).

²⁴ Писмо деловође А. Фабра министру иностраних послова, Consulat de France en Serbie, Direction politique, № 29. 205 (bis).

²⁵ Писмо деловође А. Фабра министру иностраних послова, Consulat de France en Serbie, Direction politique, № 33. 246 (bis).

Фабр је 29. децембра обавестио министра о смрти војводе Шупљикца, три дана након што је цар потврдио његово именовање за војводу. Оценио је да је то велика неприлика за Србе, мада војвода није био човек од значаја. Патријарх је послао по једног другог генерала, који борави у околини Осека.²⁶

У писму од 9. јануара 1849. Фабр је указао на то да изостајање француске помоћи и подршке иде на руку руској политици, отворено пребацујући министру због такве политике. Изјављена нада да ће Француска бити ослонац народима који желе да поново освоје своју слободу бацила их је у наручје Русије.²⁷ У извештају од 12. јануара обавестио је министра о даљем развоју догађаја: четири италијанске компаније су напустиле Петроварадинску тврђаву и сврстале се под српску заставу. Влада Кнежевине Србије и даље помаже аустријским Србима у рату против Мађара. Закључио је да би Аустрија, доследна својој политици, била задовољна што се они међусобно уништавају и поставила Срем у ранг Србије, ако то буду допустиле комбинације великих сила.²⁸ Нешто доцније, 15. јануара, Фабр саопштава о најновијим догађајима: Мађари су побеђени, а пуковник Мајерхофер намерава да разоружа аустријске Србе, што они неће допустити. Они очекују признање свих својих захтева. Војводина, у границама све до Арада, готово половина мађарске равнице, још није призната и патријарх тврди да ће вратити своја одликовања, уколико се то не догоди. Фабр закључује да је сада, када је аустријска влада савладала Мађаре, мало вероватно да ће се то десити, када то није учинила онда када су јој Срби били потребни. „Не знам каква је то зла коб навела аустријске народности да чекају да се побуне док се централна влада није избавила својих великих неугодности“.²⁹

У писму од 19. јануара Фабр указује на промену става карловачког патријарха. Патријарх је уверен у лоше намере Немаца према свом народу и жели да дође до споразума са Мађарима. Фабру се чини да код Мађара постоји уверење да се Кнежевина Србија противи миру између Срба и Мађара како би присајединила српске земље у Мађарској, што је и његово мишљење. Не верује да ће доћи до споразума, јер мађарске намере иду на сједињење са Србијом, а српске на одвајање и запоседање мађарске тери-

²⁶ Писмо деловође А. Фабра министру иностраних послова, *Consulat de France en Serbie*, *Direction politique*, № 34.

²⁷ Писмо деловође А. Фабра министру иностраних послова, *Consulat de France en Serbie*, *Direction politique*, № 36. 20.

²⁸ Писмо деловође А. Фабра министру иностраних послова, *Consulat de France en Serbie*, *Direction politique*, № 37. 6.

²⁹ Писмо деловође А. Фабра министру иностраних послова, *Consulat de France en Serbie*, *Direction politique*, № 38. 6 (bis).

торије све до Арада. Преувеличана Српска Војводина подразумева тако мађарске земље и нарочито, влашке, које нису мање суревњиве на Србију због њене аутономије и које ће се одмах окренути против ње.³⁰

У опширном извештају од 29. јануара 1849. Фабр је обавестио министра о стању у Угарској и Србији. Пише и о сукобу који је настао између Ђорђа Стратимировића и патријарха Рајачића: О Стратимировићу говори као о младом човеку „како кажу великих потреба, а малих прихода“. Стратимировић је раскинуо са карловачким патријархом и овај верује (што је још увек само нагађање), да је он отишао у Бачку да подигне српски народ против Аустрије. Изгледа му да је могуће да Аустрија започне борбу против Срба. Стратимировић одржава везе са кнезом Михаилом, који је одан Русији, а био је недавно у Бечу са генералом Ливеном. Русија жели једним ударцем да стекне утицај на карловачког патријарха и да себи обезбеди могућност интервенције у случају да Србији запрети опасност од Аустрије или Турске, али и да застраши кнеза Александра.

Фабр је опширно известио о догађајима у Вршцу. Пошто је заузет Вршац, насељен Мађарима и Сасима, један српски одред који је остао у граду је био масакриран. Град је морао поново да буде освојен, овог пута од становника. Очајни војници су извршили над њима страшне одмазде. Требало би, према томе видети какво је држање Аустрије према српским кнежевинама, турским, ослонцу српског покрета и компликацијама које би уследиле са сизеренским и заштитничким дворовима.

Патријарх Рајачић, који је боравио у Земуну је изненада отишао у Вршац и Темишвар, да би ступио у везу са Јелачићем. Патријарх осећа да је душа српског покрета; он је одани родољуб, он неће примити високи положај који треба да му, како се говори, понуди Беч; захтеваће целу Војвოდину, то јест посебну владу за све земље између Саве и Дунава, на југу; – Трансилваније на истоку; Арада, Сегедина, Баје, на северу; Мохача и Осијека на западу. Патријарх је формирао праву државу: он је умео да разним уредбама удахне душу својој управи. Ако би аустријска влада покушала да над њим изврши неко насиље да би га отргнула од његове браће, то би насиље било добро погођено; јер оно би успело, верује, да сруши српски покрет. Требало би, према томе видети какво је држање Аустрије према српским кнежевинама, турским, ослонцу српског покрета и компликацијама које би уследиле са сизеренским и заштитничким дворовима.

За то време млади и ватрени Стратимировић, за којег се верује да дела под утицајем Русије, похитао је да препоручи рат против Аустрије; он држи Карловце. Патријарх је издао наредбу о његовом хапшењу као бун-

³⁰ Писмо деловође А. Фабра министру иностраних послова, *Consulat de France en Serbie, Direction politique*, N^o 40. 7 (bis).

товника који покушава да подигне народ против његовог законитог владара, цара. Има места страховању да ће младић компромитовати разумне и патриотске амбиције уваженог прелата. Руси подстичу неслогу, јер их неслога привлачи.

Али има још једно гледиште на тај Стратимировићев иступ. Он је био послан у Беч са српском депутацијом пре два месеца, а један од циљева те мисије је био да посматра Јелачића. Ако се он уверио да је Јелачић био пре расположен да служи великој бечкој влади, него свом малом народу, а видећи га данас како напредује да би покорио и Србе и Мађаре истим ударцем, можда је подлегао једном племенитом осећању, супротстављајући се патријарховом оклевању, јер са успесима бечке владе расте и аустријска надменост. Ако је тачно да мађарска ствар нема средстава, патријарх треба да понуди командантима Петроварадина и Осијека или бекство или услугу и помири се с њима. Треба да обрати пажњу и не допушта да га удаље од његовог народа.

Српска влада је издала наредбу Книћанину, који командује трупама у Банату да маршира до Арада упркос приговорима аустријског агента. То што се Србија одважила да буде тако амбициозна у Турској и Аустрији, без Француске да је у томе подржи, треба можда приписати томе да она рачуна на неку другу подршку.

Фабр указује министру на неке чињенице: питање аустријске Војводине српска влада третира као своје сопствено, до тога да њене трупе марширају до срца Мађарске пошто је прекинула са аустријским агентом; Босна, с друге стране, захтева аустријског патријарха; стењање Бугарске којем Београд даје публицитет; патријархов боравак у Земуну и његове свакодневне, непрестане везе са српском владом. Све то указује на слогу, амбиције савез и смелост. Развија се нова криза, која може увелико утицати на све што је до сада било само у стадијуму нацрта. Врло либерални уступци босанског паше и његова строгост према босанским феудалцима који одбијају да им се подвргну, уколико буду одмах спроведени и проширени на друге турске области, могли би доста допринети томе да се умири, бар за неко време, олуја која се спрема јужно од Дунава, подстакнута олујом која већ бесни на северу.³¹

Фабр је 2. фебруара 1849. поново писао о догађајима који су се одиграли у Вршцу али и о патријарховој владавини: он се понаша као земаљски господар, подиже дажбине, предузима мере врховне управе, наређује искључиву употребу српског језика у актима власти. Аустријски врховни заповедник у Темишвару му је писао и обавестио га да је земља под опсадом и да само војне власти могу издавати наредбе. У свом одговору патријарх му је објаснио своју власт над Србима, рекавши да је царство успо-

³¹ Писмо деловође А. Фабра министру иностраних послова, *Consulat de France en Serbie, Direction politique*, № 41. 8

ставило стару патријаршију, старо војводство и да он, српски патријарх, и Срби с њим прихватају то васпостављање са свим последицама, то јест, са независном управом за целу Војводину. Овај веома одважан манифест поставља јасно питање односа између Срба и аустријске владе, која је свакако пристала да потврди само голе титуле, а не стварна права. Али тренутак кризе је можда мало измењен околностима, које поново скрећу царску армију са њеног марша на југ. Генерал Бем је изгледа стекао предност у Трансилванији и улио извесно поверење и нешто снаге мађарским трупима, што је важно.³²

У писму од 13. фебруара, Фабр између осталог напомиње да се активно ради на помирењу између Срба и Мађара, али, по његовом мишљењу српске претензије у погледу граница Војводине не обећавају трајнију слогу.³³



И пољски емигранти су сматрали да је ово измирење неопходно да би се сузбио руски утицај и ослабила аустријска моћ. Постизање измирења Срба и Мађара међутим није био лак задатак, јер се радило о „најжешћем етничком рату сувременог доба“.³⁴ Делујући као представник француске дипломатије гроф Бистшоновски је у ову мисију уложио доста труда и времена.

Бистшоновски се састао са патријархом Рајачићем 16. новембра 1848. О својој мисији међу Јужним Словенима и разговорима са Љ. Гајем, Ј. Рајачићем и С. Шупљикцем поднео је опширан извештај министру Бастиду 22. новембра 1848. године.³⁵ Патријарха Рајачића је Бистшоновски оценио као беспоговорно најзначајнију личност ових крајева. Он у себи сједињује све, топло срце, зрео суд, образован дух. Има 64 године. На његовом племенитом лицу виде се трагови неспавања, али он је још жив, активан и много ради.

Бистшоновски је патријарху предао писмо кнеза Чарториског, напоменувши да кнез, који заступа пољску ствар прати будним оком све што се дешава код Југословена, јер је интерес Пољака повезан са њима. Шаљући га овамо, он је о томе говорио француској влади и објаснио јој преимућства која ће имати ако буде добро обавештена о словенском покрету у Мађарској. Министар му је тада упутио једно писмо, које је прочитао патријарху, да би патријарх могао поклонити више вере усменим инструк-

³² Писмо деловође А. Фабра министру иностраних послова, *Consulat de France en Serbie, Direction politique*, № 42. 21.

³³ Писмо деловође А. Фабра министру иностраних послова, *Consulat de France en Serbie, Direction politique*, № 43. 21 (bis)

³⁴ A. J. P. Taylor, *Habsburška monarhija 1809-1918*, Zagreb 1990, 101.

³⁵ R. Warnier, *Lettre de L. Bystrzonowski au ministre des affaires étrangères du 22 novembre 1848*, *Le monde slave*, octobre 1935, 114-131.

цијама које му је саопштио. „Што нисте дошли шест недеља раније“, одговорио је патријарх. „Бан је био тада у мојим рукама, ја сам га приморао да се покрене, претећи му да ћу се обратити непосредно његовим војницима који су православни и Срби у великој већини“. Бистшоновски је одбио патријархову молбу да му да препис писма којим га је опуномоћио министар, са обећањем да ће тражити за то овлашћење, што је учинио 17. новембра.

Бистшоновски се срео са патријархом и сутрадан, 17. новембра. Позивајући се на вести загребачког листа о походу кнеза Виндишгреца на Пешту, Бистшоновски је приметио патријарху да би то могло омести све кораке који се морају покушати да би дошло до помирења са Мађарима; према томе, било би добро писати бану и запитати га како стоје ствари и у исти мах га обавестити да патријарх зна да Француска жели да дође до мирног решења народносног питања у Мађарској и да би била готова да понуди своје услуге за посредовање кад би знала да би биле примљене; тако ће се дознати шта бан мисли. Патријарху се допала та идеја и обећао је да ће се њом послужити. Сагласио се и о томе да не би требало лишити Мађаре нових повластица које им је бечки двор подарио (посебна влада), али да би требало да се све народности тиме користе. Споразумели су се у погледу конкретних корака које би требало предузети: 1. да личност, која буде послана у Пешту да припреми терен за Бистшоновског, приликом излагања услова за помирење има његову писмену потврду у којој ће бити речено да патријарх пристаје да преговара под тим условима; 2. да ће слично писмо бити упућено бану, који се, уосталом, по патријарховом тврђењу, **обавезао писмено заједно са загребачким сабором да неће преговарати без Срба, као што ни ови то не могу без Хрвата**. Враћајући се на идеју федерације, патријарх је рекао да **она не би могла бити чврста ако Француска не би била позвана да за њу гарантује**. Бистшоновски га је утврдио у тој идеји и указао му на потребу, да би се она остварила, да се садашњи спор поднесе Француској на арбитражу, што се патријарху свидело.

Најважнији део разговора био је онај који се односио на Босну. Патријарх је признао да је стварање српске краљевине која би обухватила Босну и Херцеговину жеља свих Срба, али да ту идеју треба одложити за будућност, јер се она не би могла остварити без рата са Турском. Бистшоновски му је одговорио да можда има начина да се дође до тог резултата мирним путем ако, на пример, Француска постигне без борбе ослобођење Италије, а до тога би дошло ако би Срби и Хрвати, који, уосталом, немају никаквог интереса да је подјармљују, повукли из ње своје трупе, јер би тада Француска, с Италијом, гарантовала један зајам, као онај Грчкој, а Турска би се врло вероватно, у замену за једну побуњену покрајину, задовољила милионима које би јој Срби дали. Очеvidно очаран, патријарх се није могао уздржати да живо не одобри ту претпоставку.

Био је веома задовољан чувши патријархово објашњење о Гајевој афери. Он је био у Загребу када је отуда побегао кнез Милош. Гајеви непријатељи су већ извесно време желели да га оцрне у бановим очима; кад су му рекли да је Милош давао новаца г. Гају, бан је одговорио: „Донесите ми написмено од Милоша и ја ћу га ослободити“. Милош је похитао да то потврди писмено и, по наређењу бановом, а да Гај није био обавештен, Милош је био ослобођен и напустио је Загреб. На приговор патријархов бан је наредио потеру за Милошем, али без успеха. Та је клевета ширена да би се нашкодило Гају, али је свако, настави патријарх, убеђен у неистину те приче. „Али је онда“, напоменуо је Бистшоновски, „бан рђав или непромишљен човек“. „Ох, он је непромишљен“, одговорио је патријарх. Овај податак је Бистшоновски оценио као двоструко користан: он је непотпуно потврдио Гајеву невиност и показао у коликој мери је он морао бити нерасположен против бана, а затим, он објашњава једну карактерну црту овог последњег. Пошто се споразумео са патријархом о свему што треба предузети код бана и Мађара, чекао је само његов повратак да би саставили заједно потребна писма.

У току разговора је наишао и војвода Шупљикац, па је Бистшоновски имао прилику да га упозна и опише. Патријарх га је представио као обичног француског путника, под другим именом. Бистшоновски је војводу описао као човека од 60 година, мада мало тешког, још увек крепког, лепог словенског лика. Мало је спор, али тачан у мишљењу. Частан је човек, који се поводи за догађајима и за патријархом. Када је патријарху, пре него што је овога упознао, изразио своје неповерење и сумње у погледу генерала, патријарх га је разуверио: „Будите мирни; то је добар Словен, није био овде у покрету, још није добио национално крштење, али ће се формирати.“ Бистшоновски је изнео још један свој утисак о овом разговору: патријарх се изражава доста добро на француском, а генерал има чак доста добар акцент. Као официр једне граничарске регименте, после Пожунског мира прешао је под француску управу и ступио у њену службу; учествовао је у рату 1812. и добио тада крст Легије части, који носи, види се, са задовољством. Каже да поштује и воли Француску, да је то још увек велика нација. Рекао је колико много жели да се италијанско питање реши, јер, упркос војничке дужности, мучно је борити се против противника који није непријатељ, пошто мислите исто што и он; уосталом, варају се у Француској ако мисле да ће војска у Италији послужити као оруђе за успостављање апсолутизма – и тамо, као и свуда, траже устав и мудру слободу. Поставио је војводи неколико питања о Мађарима. Војвода је одговорио да жали њихову заслепљеност и грозоте које су први почели; што се њега тиче, он жели да поступи што блаже, јер, најзад, треба да штеде једни друге кад морају заједно живети, јер ће Мађарска моћи достићи своју пра-

ву снагу само у једној федерацији свих народности. Рекао је да има под оружјем 20.000 храбрих људи, али да нису добро опремљени и дисциплиновани, и да нарочито немају коњицу. Отвореност и добра воља провејавали су кроз све његове речи. Војвода је служио у армијском корпусу маршала Макдоналда у Илирској регименти којом је командовао пуковник Тромлен. По овим подацима можда би влада могла пронаћи или неког колегу генерала Шупљика или неки други начин да му приреди неко пријатно изненађење.

Бистшоновски примећује да постоје скоро свакодневне везе између српске владе и патријарха. Питао је патријарха о Петронијевићу; патријарх га је уверавао да је то одличан Србин, док је незадовољена амбиција гурнула г. Вучића у наручје Русије.

Бистшоновски је у писму министру Друен де Лису од 5. јануара 1849. поновио неке ставове о српском питању и о својим покушајима измирења Срба и Мађара. Договори, нарочито са патријархом су често били ометени ратним операцијама и уступцима бечког двора. Патријарх је у међувремену примио депеше од цара и од кнеза Виндишгреца; мада у њима није било ништа поуздано повољно за Србе, значили су повољне изгледе. Позивали су патријарха да не ступа ни у какве преговоре са Мађарима, него да удвостручи напоре против њих. Бистшоновски је потврдио свој закључак о блиским везама патријарховим са владом Кнежевине Србије. Патријарх је о садржини њиховог разговора обавестио Петронијевића. Оценио је да Аустрија води врло умешну политику. Највећа предност је та што су навели Србе да верују да је њихова ствар и ствар цара, којег треба да слушају, као верни поданици, пошто се боре против Мађара који су проглашени за бунтовнике и коначно, што ће обезбедити подршку трупа које се држе двора. Што су већи изгледи да дође до рата, више треба настојати да се неутралише Аустрија. Њена јака страна, као и њена слаба страна, то су Срби: Карловци и патријарх. Патријарх је незадовољан двором. Бистшоновски верује да је могуће да то патријархово уверење ојача. Да би донео коначну одлуку да се изјасни против Аустрије, верује да се не може постићи другачије, него деловањем на патријарха и овдашње Србе, преко Срба из Кнежевине. Ипак мисли да би се у томе успело, ако би им ставила у изглед комбинација са Босном. Верује да је човек погодан за овакве преговоре, који би их уважао и подржао, био Гарашанин. Тврди да је Аустрија свим својим уступцима Словенима намеравала само да их обмане, да би их учинила мање опасним, а они су, прихватајући и захтевајући од Аустрије добру вољу, покушавали само да добију време, да би постигли ослобођење.

Један од доказа за то је што Срби, и поред званичног захтева царског двора слушају предлоге пештанске владе и спремни су да преговарају, на

прикладној основи. Сагласивши се о томе са патријархом, упутио је у Пешту једног агента, чија је мисија била да објасни Мађарима каква је њихова позиција и да их наведе да прихвате за основу преговора: **1) једнакост разних народности у Мађарској, 2) њихову везу на основу федералног уговора.**

Како је патријарх прихватио ту основу, а имао је и реч председника српске владе г. Гарашанина, да Срби ни под каквим околностима неће желети да добију више, нада се да би, уколико Пешта није подлегла пре доласка његовог агента, могли бити започети озбиљни преговори с надом да буду и успешни. Очигледно је ипак, на основу самог тог корака да би Срби више волели непосредно помирење са Мађарима, а не посредством аустријске интервенције. Даље, да би они више волели да се оснује једна мађарска федерација, него једну општу федерализацију царевине, јер би их ова прва лакше довела до ослобођења и уједињења са својом браћом, Србима из Кнежевине. Ни у ком случају неће пристати, чврсто су га уверавали, на централизовану целину, што би значило одрицање од њихове посебне индивидуалности.³⁶

Бистшоновски истиче да су Срби и Хрвати право језгро аустријске војске и да се Аустрији најосетљивији ударац може нанети преко њих, охрабривањем развоја словенске народности. И сам наговештај француске помоћи је много допринео развоју српске народности. Корисно би било истовремено деловање код владе у Београду, јер сви Срби сматрају Београд за своју будућу престоницу. Кнежевина Србија може послужити не само да држи у шаху Аустрију, већ може и за Русију постати опасан ривал, јачајући свој утицај на Словене у Турској. Ослобођење турских провинција треба да се оствари у корист Кнежевине, која нуди највише будућности и има највећи утицај на Србе у Аустрији.³⁷

У писму министру Друен де Лису од 10. јануара 1849. Бистшоновски наглашава да је за Србе животно питање да запоседну границе Војводовине, јер ће само тако приволети цара на уступак који је до тада одбијао. Патријарх је прокламацијом упућеном народу Војводовине наредио да као званични језик употребљавају само српски језик. Питање Војводовине треба ускоро да се реши. Чак и ако Аустрија овог пута победи, њен тријумф неће бити дугог века. Најмањи знак благонаклоности аустријске владе би имао чаробно дејство на становништво. Француске новине које нису биле добро обавештене биле су веома неправедне према Словенима. Ништа међу њима не може да умањи утицај Француске. И конзул Фабр и

³⁶ Писмо Бистшоновског министру Друен де Лису, Consulat de France en Serbie, Direction politique

³⁷ Писмо Бистшоновског министру Друен де Лису, Consulat de France en Serbie, Direction politique

један француски агент који је послан у Пешту је могао да утврди недвосмислене симпатије Словена према Француској и да буде сведок магичног престижа који у њиховим очима окружује име председника Републике.

У писму од 12. јануара Бистшоновски напомиње да ни цар ни министар до сада нису изговорили реч Војводина, али Срби ни не претпостављају да постоји могућност да им организација те провинције може бити оспорена. Патријарх, пише он, који влада као господар и кога сви воле и поштују, поносно каже да ће почети да враћа цару своја одликовања, уколико овај не буде признао Војводину.³⁸

У два дописа из Београда, 15. и 21. фебруара Бистшоновски обавештава да су Срби кивни на царску владу. Патријарх, којем је народ поверио и цивилну и војну власт организује власт на националној основи. Све више се приближује Мађарима. У писму 21. фебруара Бистшоновски оцењује да је Француска погрешила осудивши улазак српских трупа у аустријску Србију. То су трупе Кнежевине Србије, које су спречиле Аустрију да становнике Војводовине претвори у подла оруђа својих антилибералних погледа. У Београду се припрема мемоар који треба да разјасни положај Срба у Турској и Аустрији према руској интервенцији. Омогућио је контакт француског дипломате Фабра са министром унутрашњих послова како би владини кораци били што подударнији са интересима Француске: мемоар је саопштен конзулу и министар га је молио да га достави својој влади и у свом извештају нагласи да се Србија нада подршци Француске, те да ће Француска само на тај начин моћи да спасе Европу варварства. Уколико конзул не буде желео да о овоме обавести своју владу, министар унутрашњих послова је одлучио да у своје име пише француској влади.

Почетком 1849, после вести о уласку Руса у Трансилванију Бистшоновски је појачао своје напоре да дође до помирења између Срба и Мађара, нудећи патријарху да га повеже са генералом Дембинским, који би могао остварити савез Срба и Мађара. У том циљу он је упутио патријарху низ писама из Београда и Земуна где се настанио под лажним именом Макер.³⁹ Поводом октроисаног устава од 4. марта 1849. он пише патријарху 15. марта и наглашава неопходност помирења због неповољних решења тога устава за Србе. Устав је значио ударац српским надама да ће добити признање резултата које су постигли својим устанком. Бистшоновски у овом писму доказује патријарху да је Аустрија главни непријатељ Срба и да се они немају чему од ње надати, што уставне одредбе

³⁸ Писмо Бистшоновог министру Друен де Лису, *Consulat de France en Serbie, Direction politique*

³⁹ Бистшоновски патријарху Ј. Рајачићу, 28. јануара, 23. фебруара, 9, 25. и 26. марта и 10. априла 1849, Архив САНУ, бр. 9317, к. CLV.

јасно показују. Његови наводи у писму сведоче о познавању ствари и про-
ницљивом уочавању њихове суштине. Међутим, исто тако је јасно да је
Бистшоновски у своме настојању да помири Србе и Мађаре у првом реду
гледао интересе свога народа на уштрб његових непријатеља. Јер, по ње-
говом мишљењу, и српски пораз на европском конгресу који би скројио
судбину народâ имао би своју вредност и своје оправдање.⁴⁰

Бистшоновски је 11. јуна 1849. оценио положај Војводине и њену суд-
бину: „Војводина, какву настоје да организују и која се, као што знате
руши, могла је трајати само привремено. Уместо да буде стварност, она је
само жеља српских родољуба, који теже да створе на обема обалама Дуна-
ва једну моћну српску државу. Али у стварности српска народност на ле-
вој обали Дунава је стварна само код појединаца; она је далеко од тога да
постане једна општа мисао, као мисао о српској држави. Дакле, тако за-
мишљено стварање једне српске државе на двема обалама Дунава би
значило комадање Мађарске и повукло комадање Турске.“⁴¹



Делатност француских дипломата у Србији, Лимперанија и Фабра и
грофа Л. Бистшоновског који је такође био део француске дипломатске
мреже била је усмерена пре свега ка одржању Турске, сматране за гаранта
европске равнотеже, у том смислу што је њен опстанак онемогућавао сна-
жнији продор руског утицаја у овом делу Европе. Мада су, боравећи у
Србији и познајући прилике у балканским земљама, као и тежње словен-
ског становништва у хабзбуршким земљама, разумевали у потпуности, па
понекад, макар делимично, и одобравали њихове циљеве и њихову борбу,
замерајући чак и званичној Француској и својој влади и, нарочито францу-
ском јавном мњењу и француској штампи што не помажу ослободилачким
покретима народа на овим територијама, они су ипак у својим дипломат-
ским активностима свим средствима настојали да одврате Србе од осла-
њања на Русију, да би се по сваку цену спречило ширење руског утицаја и
„руског панславизма“. То је оцењено као погубно по европску равнотежу
и постојеће односе снага међу европским силама. Мада противни рушењу
Турске, они ипак нису искључивали стварање једне велике словенске бал-
канске државе, која би окупила словенске народе и тако створила против-
тежу Русији и одвратила их од ње.

⁴⁰ Љубомирка Кркљуш, *Једно писмо грофа Лудвика Бистшоновског патријарху Јосифу Рајачићу*, Свеске Матице српске, Грађа и прилози за културну и друштвену исто-
рију, 18, Нови Сад 1995, 42-50.

⁴¹ Писмо Бистшоновског министру Друен де Лису, *Consulat de France en Servie, Direc-
tion politique*

*Ljubomirka Krkljuš, Ph. D., Full Professor
Novi Sad School of Law*

FRENCH DIPLOMATS' OPINION OF LEADERS OF THE SERBIAN NATIONAL MOVEMENT 1848-1849

Abstract

Despite the fact that public opinion in France in the years before the February Revolution (1848) was inclined toward liberation of the subjugated nations in Eastern Europe and Italy, the French government did not participate in their struggle. The position of French government was that the preservation of integrity of the Ottoman Empire was in the best interest of France. Mathieu Limperani and A. Fabre, French consuls in Belgrade, advised Serbian government to stay loyal to the Turkish government, thereby strictly enforcing the French foreign policy. They closely observed the situation in Hungary in relation to the Serbian movement in South Hungary since they thought that liberation of Serbia from the Ottoman Empire was only in the interest of Russia. In their opinion, the Serbian movement was a threat to integrity of Turkey at the same time creating the possibility for spreading the Russian influence. They strongly believed that Hungarian officials would also find that reconciliation with Serbs would be the best guarantee against the spread of Russian Panславism. Diplomatic representatives of France in Belgrade connected with certain leaders of Serbian and Hungarian movements while making every effort to persuade French government that such reconciliation is necessary.

Diplomatic activity of the French government in the Balkans involved not only French consuls but also one member of the Polish emigration, namely the Count Louis Bystrzonowski. Diplomatic correspondence and reports of French consuls in Belgrade and Count Bystrzonowski considerably include their opinions and impressions on the Serbian movement of 1848 and its most prominent participants: Patriarch Josif Rajačić, Duke Stefan Šupljikac and the Serbian army commander, Djordje Stratimirović.

*Др Мило Бошковић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

ПРАЊЕ НОВЦА КАО КРИМИНОЛОШКИ И КРИВИЧНО ПРАВНИ ПРОБЛЕМ

Сажетак: Прање новца у основи представља легализацију криминалног делатношћу. Обавља се путем разних облика финансијске трансакције ради прикривања стварног порекла новца и других облика криминала на територији. Реч је о посебном облику организованог криминалитета, који учиниоцима доноси противзаконити имовинску добит, јер се на тај начин криминал делатношћу користи кроз легалне токове у оквиру производње, трговине, илаичног промета и слично.

Међународни проблем појаве о којој је реч и интерес међународне заједнице и регионалних институција произилази из бројних последица које појава има у виду негативних економских и политичких ефеката.

Делатност криминалних организација из домена организованог криминалитета све више поприма интернационалне размере, због чега и међународна заједница у својим правним акцима указује на очигледну повезаност организованог криминалитета и прања новца, с једне, и на потребу нужне сарадње на интернационалном плану у спречавању и откривању прања новца, с друге стране. У том смислу међународне организације и предложене мере правне природе су довољан основ ваљане националне законодавне интервенције. Оно што чини проблем јесте примена права и враћање на суштину самих узрока организованог криминалитета – спрега, толеранција и пасивност надлежних државних органа на сузбијању и спречавању појаве.

Кључне речи: прање новца, финансијска трансакција, нелегална добит.

1. ПРАЋЕ НОВЦА КАО ОБЛИК ОРГАНИЗОВАНОГ КРИМИНАЛИТЕТА

С обзиром на то да у науци и стручним радовима, као и у позитивном законодавству не егзистира општеприхваћена дефиниција организованог криминалитета, логично је да постоје значајне разлике у погледу битних схватања карактеристика и појединих облика ове појаве. Имајући у виду да се организовани криминалитет испољава у посебним формама, и у различитом обиму и интензитету, међународна тела и националне институције, као и аутори на одређени начин су се определили за разноврсне типологије појавних облика организованог криминалитета. Она је резултирала у одређеним конвенцијама и позитивним законодавствима имплементирани у појединим облицима организованог криминалног деловања.

Међутим, у већини радова праће новца је евидентно појава које се експлицитно наводи или имплиците подразумева под појмом посебног вида, начина или радње којима се користе криминалне организације у активности остваривања профитног циља.

У вези с тим, од значаја је поменути само неколико значајних докумената и теоријских ставова.

Секретаријат Уједињених нација, у припреми документације за Пети Конгрес УН, по питањима превенције криминала и третмана преступника у Женеви 1975. године, идентификовао је више категорија транснационалног криминалитета, и то: *праће новца*; нелегална трговина наркотицима; корупција и мито јавних званичника; инфилтрација у легалне послове; изазивање лажног банкрота; преваре у вези са осигурањем; компјутерски криминал; крађа интелектуалне својине; нелегална трговина оружјем; терористичке активности; отмица авиона; морска пиратерија/крађа; отмице на земљи; трговина белим робљем; трговина људским органима; крађа уметничких дела и културних добара; еколошки криминал; други прекршаји начињени од група организованог криминала.

На Међународном семинару ОУН 1991. године у делатности организованог криминала уведене су две врсте послова: „Прво, то су забрањене врсте делатности (као што су имовински деликти, *праће новца*, незаконит промет дрога, кршење правила девизног пословања, застрашивање, проституција, коцка, трговина оружјем и антиквитетима и друго, учешће у области економије (директно или коришћењем таквих средстава као што је уцена)“.

Конвенција УН против транснационалног организованог криминалитета, донета 2000 године прописује садржаје транснационалних кривичних дела, где поред учешћа у групама за организовани криминал, корупције и ометања правде убраја и *праће добијти стечене кроз криминал*.

Већина кривичних закона има управо овај приступ у дефинисању појаве. Тако се према Закона о организацији и надлежности државних

органа у сузбијању организованог криминалитета овај облик се доводи у везу са вршењем одређених врста и облика кривичних дела: против уставног уређења или безбедности; против човечности и међународног права; фалсификовање и *прање новца*, неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога, недозвољена трговина, недозвољена трговина оружјем, муницијом или експлозивним материјама, трговина људима, разбојништво, разбојничка крађа, давање и примање мита, изнуда и отмица; друга кривична дела за која је као најмања запређена казна затвора у трајању од најмање пет година, када је у њима присутан елемент организованог криминала у смислу удруживања ради вршења кривичних дела, договор за извршење кривичног дела или злочиначко удруживање.

Имајући у виду сва наведена схватања и међународна документа, прање новца се без сумње третира или посебним појавним обликом или начином остваривања неке од криминалних активности организованог криминалитета, како у националним тако и у међународним оквирима. Међународни проблем појаве прања новца и интерес међународне заједнице и регионалних институција произилази из бројних последица које појава има у виду негативних економских и политичких ефеката, као што су угроженост јавног и приватног легалног сектора пословања; поремећаји у девизним курсевима и каматним стопама; ускраћивање државних прихода; угрожавање програма економске политике и слабљење државне контроле; угрожавање монетарне стабилности и друге појаве које онемогућавају или успоравају стабилну и ефикасну економску политику.

Испољени политички, економски и правни интерес у вези са појавом прања новца није, дакле, само са становишта проблема појединих држава, захваћених актуелним проблемом присутности појаве, већ и са аспекта интереса међународне заједнице како би се омогућило деловање јединственог тржишта и слободног кретања капитала.

2. ДЕФИНИСАЊЕ ПРАЊА НОВЦА

Појмови „прљав новац“ и „прање новца“ ни у ком случају не могу се сматрати теоријским. Може се рећи да је више у питању метафорични израз у виду новинарског жаргона него што је реч о научном појму. Међутим, ови изрази су се временом усталили у стручној, па и у научној литератури, и стекли научну и законодавноправну верификацију неупитног садржаја. Термин је симболичког значаја и настао у време прохибиције алкохола у САД двадесетих година прошлог века. У то време криминалне организације типа мафије капитал стечен илегалном продајом алкохолних пића легализују као законито стечену добит од прихода пери-

оница рубља и аутомобила. Суштински и стручни садржај појма потиче од енглеских речи „money laundering“ што у основи значи легализација незаконито стечених прихода.

Присутне су многе дефиниције ове појаве, у суштини садржајно сличне, у већини случајева чак и идентичне. Због тога и нема великих проблема по питању схватања и одређивања садржаја појма прања новца.

Појава свакако није нова, али је њена актуелност постала значајнија с несумњивом тенденцијом криминалних организација да финансијска средства настала криминалним радњама, у спрези с носиоцима политичког утицаја постану велики изазов и ризик по правни систем и безбедност сваког друштва у коме таква појава егзистира. Развијајући својеврсни парасистем у великом броју земаља посебно оних у транзицији, али и не само у њима, такве организације с прљаво стеченим капиталом намећу се друштву као реалност, чиме се отупљује оштрица сваке друштвене формалне и неформалне реакције. Формалне јер су често институције система у симбиози делатности с криминалним организацијама, а неформалне јер се критичка маса пасивизира и свест пацификује разним методама, првенствено медијске, манипулације и стање представља као друштвена нужност, не ретко и као нормални израз демократизације у привредној сфери.

Прање новца, према томе, у основи представља легализацију капитала стеченог криминалном делатношћу. Чине га финансијске трансакције ради прикривања стварног порекла новца и других облика капитала на тржишту. Састоји се у фалсификовању финансијске документације и манипулацији у систему међубанкарских трансакција. Последњих година се значајно изражава у утајама пореза, илегалној трговини дрогама и оружјем, у организованој коцки, проституцији и рекету, као и у процесима приватизације капитала у бившим социјалистичким земљама Источне Европе, те у организованим криминалним каналима на Западу. Новац намењен за „прање“ може потицати из различитих недозвољених активности, као што су: недозвољена производња, недозвољена трговина, кријумчарење, пореска утаја, шпијунажа, злоупотреба службеног положаја итд.

Овај облик криминалне делатности је кроз историју увек одражавао конкретне друштвене и економске прилике а до његове интернационализације довели су развој техничких достигнућа – посебно информационих технологија, као и процеси глобализације и интернационализације финансијско-тржишног система.

Иако појава није нова, у свету значајно актуелизована средином 1991. године када се открило да је Међународна кредитна и комерцијална банка, са преко четири стотине филијала и подружница у око седамдесет земаља света служила за легализацију новца клијентеле која је капитал стицала из разних криминалних радњи.

Неколико карактеристика чини прање новца нарочито важним и утицајним. Пре свега, ефекти прања новца имају утицај и на сам организовани криминал, подстичући развој криминалних организација и професионализма.

Остваривање профита је основни циљ организоване криминалне делатности. Врло често се разним таквим активностима остварују енормне суме новца, које самим тим представљају незаконито стечену имовинску корист. Извршиоци кривичних дела настоје да легализују приходе који су стечени криминалним активностима или желе да га прикажу као да потиче из неких легалних правних послова. Наиме, савремене тенденције у борби против свих облика криминалитета, посебно организованог и транснационалног криминалитета, усмеравају активност против криминалитета на кривично правне мере казнене политике, заплене средстава стечених криминалном делатношћу и онемогућавање укључивање таквих средстава у легалне финансијске токове. Да би се тако стечени новац могао несметано користити, он мора бити „опран“, односно легализован.

У том смислу учесници у прању новца прибегавају разним финансијским трансакцијама с циљем прикривања његовог стварног порекла, да би га учинили легалним средством промета на тржишту новца, што им обезбеђује нормално коришћење у пословним односима у којима пласирају свој капитал.

Прање новца је пратећа појава организованог криминалитета, али и других облика криминалног деловања које учиниоцима доноси противзакониту имовинску добит, јер тиме капитал стечен криминалном делатношћу користи кроз легалне токове у оквиру производње, трговине, платног промета и слично.¹ Као пратећа појава криминалне делатности, присутно је у земљама широм света, врши се на разне начине и испољава кроз различите форме. У савременим условима оно добија комерцијалне видове, испољавајући се као недозвољени „бизнис“ који појединим националним привредама проузрокује велике штетне последице.

У страниј литератури постоје шире и уже дефиниције појма *прање новца*. Према широј верзији - приступу, прање новца је процес у коме се приходи, за које постоји основана сумња да су стечени криминалном акти-

¹ Процењује се да се око сто педесет милијарди долара опере сваке године. Такође постоји и уверење да су легалне банке, узимајући 10% за своје услуге биле веома привучене за прање новца за организоване криминалне групе. Крајем прошлог века је већ процењивано да ће организовани криминал увођењем еура у оптицај, јануара 2000. године искористити као пружену додатну могућност прања новца а NCIS (национална обавештајна служба о криминалу) је рекла да је „прилика створена за организовани криминал да искористи предности притиска на банковни систем, услед великих новчаних трансакција замене, и да заобиђу постојећи систем одбране против прања новца“. Види: Тејлор, Експрес, 22 април 2000, стр. 27.

вношћу, преносе, пребацују, трансформишу, размењују, или мењају легалним средствима, ради скривања или прикривања праве природе, извора, намене, кретања или власништва тих прихода. Циљ процеса прања новца јесте да се учини да средства добијена од недозвољених активности или повезана са њима буду приказана као легална.²

Према ужим схватањима, прање новца подразумева сваку радњу или покушај радње којом се сакрива или прикрива нелегално порекло средстава, тако да изгледа да она потичу из легалних извора,³ или се третира као процес током којег се прикрива порекло средстава стечених криминалном делатношћу. Тај процес омогућава криминалцима да користе нелегално стечена средства без опасности да ће њихов извор бити откривен.⁴

FATF (Financial Action Task Force) међународна институција формирана 1989 године - једна од водећих организација за превенцију и борбу против прања новца усвојила је радну дефиницију прања новца под којим се подразумевају следећи садржаји:

а) конверзија или пренос имовине, знајући да је она проистекла из криминалне делатности (кривичног дела) с намером прикривања или маскирања њеног незаконитог порекла или помагања било којој особи која је укључена у такву криминалну делатност да избегне законске последице своје делатности;

б) прикривање или маскирање праве природе извора, локације, располагања, кретања, правне природе имовине, знајући да је она производ кривичних дела; и

с) стицање, поседовање, коришћење или располагање имовином, знајући у тренутку њеног пријема да потиче из кривичног дела⁵

Домаћи аутори на сличан начин дефинишу овај облик организованог криминалитета. Неке од њих су садржајно оптималне и теоријски коректне, док је већина дескриптивне природе. У прву групу схватања спадају она која прање новца дефинишу као „противправни поступак легализације капитала стеченог криминалном делатношћу“ или „скуп радњи (најчешће банкарских и финансијских) којима се прикрива порекло илегално стеченог новца, те се такав новац приказује као легалан, а финансијске трансакције имају за циљ стварање привида да се до новца дошло законски дозвољеним путем“.⁶

² James, R. Richards: op. cit., стр. 44.

³ Дефиницију је усвојила Генерална скупштина Интерпола 1995. године.

⁴ FATF Brochure, Paaris, 2000, стр.1.

⁵ Internet:www.oecd.org/FATF/

⁶ Вуковић, М.: Сива економија – тамна бројка криминалитета, Безбедност, број 1, 1993, Београд, стр. 215.

Дефиниције дескриптивног типа су много шире и више описне у садржајима.

Обично се код домаћих аутора под садржајем појма *прање новца* подразумева делатност субјеката, најчешће оних из области сиве економије и организованог криминалитета, којима се стварају услови за легализацију противправно стечене добити, чиме се прикрива њено криминално порекло и ствара представа о законитој делатности. Операцијом која се зове прање новца не прикрива се само незаконито остварен приход, већ и криминална делатност појединих субјеката који се у свакодневном животу приказују као поштени, угледни и економски моћни грађани.⁷

Да би се то постигло потребно је у финансијском, банкарском или другом пословању кроз једну, а најчешће неколико наоко неповезаних трансакција постићи легалитет новца.

Законска решења, у основи, одражавају ставове правне доктрине.

Анализа наведених дефиниција указује на то да се као битне карактеристике ове врсте криминалитета могу издвојити следеће: располагање „прљавим“ новцем условљено је претходном криминалном делатношћу; то је процес којим се прикрива постојање, природа и порекло нелегално стечених средстава; процес обухвата укључивање нелегално стечених средстава трансформацијом, пребацивањем, размењивањем, прикривањем порекла и намене, мешањем са легалним средствима или на други начин у легалне финансијске токове; прањем новца осим порекла нелегално стечених средстава, прикрива се и криминална делатност појединца и криминалних организација, а крајњи циљ прања новца је несметано коришћење прихода од криминалне делатности и избегавање казне за почињена кривична дела.

3. ФАЗЕ У ПРОЦЕСУ И ОБЛИЦИ ПРАЊА НОВЦА

Постоје бројни примери покушаја да се, из разноврсних поступака полагања и легализације нелегално стечених средстава, установе кључне фазе реализације трансакција ради прања новца.⁸ Све те етапе трансакција

⁷ Бошковић, Мићо: *Организовани криминалитет*, Полицијска академија, Београд, 1998, стр. 280.

⁸ Један од најпознатијих успешних случајева спречавања прања новца јесте акција покренута против Bank of Credit and Commerce International (BCCI), која је највише пословала у Великој Британији и САД-у и за коју су америчке власти установиле да је опрала око 32 милиона долара. Ухапшен је знатан број службеника, међу којима и деветорица директора банке. Банка је због противзаконитог деловања осуђена да плати казну од 15,3 милиона долара, те је ускоро потпуно престала пословати оставивши 530 хиљада штедиша широм света без њихових 12,4 милијарде долара.

имају за циљ да се сложеним поступцима што више изгуби траг документа, прикрије порекло, обезбеди законитост власништва, а новац од криминалних радњи врати у легални промет. Да би све то обезбедили организатори се користе фалсификовањем документације, лажним приказивањем финансијског стања, лажним завршним рачунима, фиктивним приказивањем залиха робе и другим незаконитим делатностима.

Два приступа у идентификацији технике и метода, међусобно доста комплементарна преовлађују у овој области.

Према првом, постоје, у основи, *четири њосиујна корака* у процесу праће новца:

а) *сйварање услова* који обухвата поступке претходног обезбеђења и могућих претпоставки, за пласман и размену нелегално стеченог новца у неки облик који је лако преносив и који не изазива сумњу за његово пуштање у токове финансијског система;

б) *йласирање новца*, односно физичко полагање готовине, депоновањем криминалом стеченог профита с легално стеченим средствима у домаћу или страну финансијску институцију;

с) *йресвлачење средсйава*, или заметање трагова, односно камуфлирање положених средстава у легалне, скривањем извора порекла криминално стеченог новца, неподобног за идентификацију кроз надзор и контролу; и

д) *инййтрација*, операција трансфера - фаза у којој се положена средства поново уводе у легалне економске токове, односно инвестирање новчаног капитала у неки облик привредне активности, куповина некретнина, деоница, улагање у туризам, куповина предузећа у процесима приватизације.

Несумњиво прва фаза је и најзначајнија и најризичнија, јер представља основ за прикривање и легализацију у свим другим етапама поступка. Она је по избору могућности и праксе врло разноврсна: отварање више банковних рачуна у земљама са недовољном финансијском контролом и гарантовање тајности улога, којим се средства постепено преносе с једног на други банковни рачун, како би се изгубио траг изворима; стварање фиктивних предузећа која наплаћују непостојеће услуге, ради реализације незаконитих трансакција, најчешће преко off-shore компанија; осигуравање имовине или радника на одређене суме новца, од ризика који када се планирано догађају, средства осигурања се исплаћују у мањим износима него што су премије, али су ти плански губици укалкулисани, како би се новац опрао; замена новчаних средстава у кладионицама за жетоне, чекове, обезбеђивање средстава за депоновање, кредити и велики новчани износи у готовини; куповина добитака националне лутрије, с обзиром на то да добитници, тј. добитни листићи немају лични идентитет.

Фаза пласирања значи поступак уплаћивања готовине од криминалних послова на банковне рачуне под плаштом неке легалне делатности, при чему се то обавља углавном у готовини чиме се 'прљав' новац меша са приходима од легалног пословања, а тиме смањује могућност откривања.

Овај поступак се обавља и оснивањем лажних предузећа, која фактички не послују, већ су основана само за потребе уплате тзв врућег новца на рачуне у банкама. Најактуелнијом начином се намеће метод интеграције јесте куповина некретнина. Не ретко се за ове потребе купују предузећа у озбиљним финансијским проблемима, чији рачуни служе за коришћење новчаних претходно депонованих код разних финансијских институција. Обично се у њима инвестира огромна сума новца. Таква предузећа наставаљају да нормално послују користећи тако стечен капитал, док полагаачи новца од тако пласираних добијају камате и дивиденде, као легално остварен приход.

Други аутори наведено упрошћавају у две фазе поступка, али су оне у суштини обухваћене претходном класификацијом.

Прва фаза (immersion ili placement stage) углавном почиње иницијалним депозитом који мора да буде положен у банци земље у којој су „перачи новца“ или њихови сарадници сигурни да неће бити откривени и да се новац не може брзо блокирати. Полагање депозита је најважнији појединачни корак, јер је тада новац најпрљавији и најнепосредније повезан са криминалним делом и, самим тим, најподложнији заплени или конфискацији.

Следећа фаза (layering stage) је сложена и веома замршена, али је и чисто механичка фаза. У другој етапи новац се трансформише кроз либералне банкарске системе који, по правилу, нису под непосредном контролом државних органа. После фалсификовања и банкарске обраде у којој је „добро опран“ новац се у трећој етапи (спин дру, или често описаној као стадијум репатријације или интеграције) враћа у легалне токове тако да може бити положен или на активни, радни рачун, или на штедни рачун, тј. у инвестициони фонд у некој тржишно развијеној земљи.⁹

4. МЕТОДИ И СИСТЕМ ПРАЊА НОВЦА

Прање новца је тзв. супсидијарни деликт који настаје у посткриминалној активности. У овој области криминална делатност је само део континуитета неког од облика стицања криминалног профита, док је прање

⁹ М. Јовановић: *Прање новца* (Економија криминалитета) – Институт за економске науке, Београд.

новца само метод његовог превођења у легалне токове финансијског капитала. Веза криминалних организација је овде најтешња с одређеним институцијама банкарског и финансијског система. Тиме се баве посебне групе професионалне структуре у криминалним организацијама, а усмереност средстава је на све установе и институције које се баве финансијским услугама, као што су банке, осигуравајућа друштва, мењачнице штедионице, извозна и увозна трговинска предузећа

Прање новца и тиме нелегално стечена добит мења се из једног облика у други, у фазама које се врло брзо смењују. При том је евидентно да се у пракси користе разноврсни системи и модели институционалних и ван-институционалних облика прања новца.

У поступку прања новца, његови актери стално усавршавају начине, тако да су присутни и нови облици прања новца, чему доприноси технички и технолошки напредак и развој економских и финансијских односа на међународном плану.

Савона даје и типологију појединих облика „прања новца“ од стране мафије:

- „ручно прање“ – криминална организација употребљава мање своје новца за куповину добара или плаћање услуга за организацију. То је најпростији облик;
- „породична машина за прање“ – организација (фамилија) „пере новца“ у складу са својим циљевима и договором са банкама и финансијским установама. „Програм прања“ може се састојати из кратког циклуса – као што је отварање банкарског рачуна на име одређене особе и депоновање новца на такав рачун (данас се ређе користи због новог система контроле). Дужи циклус обухвата: „претпрање, прање, испирање и сушење“ (ови изрази представљају различите етапе које се завршавају инвестирањем новца у легитимне активности;
- „заједничке веш машине“ (кондоминијум) – више породица, чланова истог криминалног синдиката (као што је мафија) организују посао „прања новца“ уз саучесништво неког из одређене банкарске или финансијске установе и
- „праоница“ (i. laundrette) – криминална организација нуди појединим криминалцима или њиховим организацијама сервис „прања новца“, при чему је могуће изабрати краћи циклус (само прање) или дужи (укључује све активности од прања до инвестирања)¹⁰.

Сложеност, динамичност и ризичност поступака условио је и специјализацију извршилаца, па се за прикривање таквих радњи ангажују

¹⁰Игњатовић, Ђ.: *Организовани криминалитет, други део*, Полицијска академија, Београд, 1998, стр. 207 и 208.

посебни финансијски стручњаци који за тај посао наплаћују и до 25 одсто вредности укупне суме предвиђене за легализацију. Тако се у појединим земљама ствара нова категорија професионалних криминалаца - перача новца. Појављују се, као делинквенти у белим рукавицама, и дају финансијске савете како појединачно тако и као организације или предузећа.¹¹ Они продају специјалне финансијске услуге, обезбеђују потребне контакте, користећи стручно искуство и знање везано за новчана кретања уз помоћ најновије електронске технологије, нарочито у међународним финансијским центрима. Финансијским саветима обавља се прилагођавање пословно финансијске документације, како би се нелегално стечен новац приходовао као законит. На тај начин „прљав“ новац који потиче из незаконитих послова пролази кроз одређене фазе „прања“ а тиме и употребљив за легалне финансијске трансакције на тржишту.

Користећи њихове услуге криминалне организације врше фалсификовање документације (лажним приказивањем финансијског стања, фризираним завршним рачунима, фиктивним приказивањем залиха робе и другим незаконитим делатностима). Обично се у том циљу користи већ раније успостављена веза између криминалне организације и појединих државних и других органа, чији се представници укључују у организовању недозвољене активности с циљем легализације „прљавог“ новца, користећи свој положај, функцију, углед и утицај.

Један од начина скривања порекла новца је и прикривање места где је новац уложен, као и његове намене. То се чини преко разних видова замене незаконито стечене имовине или преноса исте на друго лице. Посебан проблем у вези са прањем новца представља поступање са готовином. Новац од криминалних делатности у већим количинама, ризичан је за преношење од једног до другог места, а нарочито је отежано његово кријумчарење, поготову у количинама које су криминалцима потребне, или брзином која је неопходна за савремене облике криминалних делатности, па и за потребе његовог „прања“.

Да би се превазишао овај проблем користе се платни налози, новчане уплатнице и хартије од вредности, а најчешће чекови на доносиоца. Ови вредносни папири кријумчаре се авионима и другим превозним средствима на релацијама где не постоје или су слабије контроле трансакција новца.

Када незаконито стечена средства уђу у финансијски систем, криминална организација (или учинилац) одваја тако незаконита средства од

¹¹ У Великој Британији они обично раде као адвокати. У Италији су то најчешће чланови преступничке организације или неке сличне организације, као њен огранак, које пружају специфичне услуге прања новца.

његових илегалних извора системом полагања, а оно се реализује низом финансијских манипулација које личе на дозвољене законите финансијске трансакције.¹²

У анализи ове појаве процењује се да су скоро две трећине структура организованог криминала умешане у прање новца од добити својих криминалних активности: користећи финансијске линије у иностранству, механизме мењања иностране валуте, улагање у законита предузећа, некретнине или покретну имовина.¹³

Мафија, као најорганизованији вид криминалних скупина професионалног типа, организује илегалну производњу коју путем прање новца финансијском трансакцијама инвестира у дозвољену привредну делатност, остварујући на тај начин и одређену контролу у тој области. Она све више користи криминалне изворе да стекне материјална добра и финансијска средства на новим тржиштима, користећи комерцијалне могућности и предности неких правних и економских система.

Начини прања новца према систематизацији финансијских трансакција одвијају се и кроз форме легалног банкарског пословања, тзв. *of-šog* банкарства, алтернативним системима дознака и разним моделима у економској области, електронског и Интернет трансфера.

Банкарско пословање је могуће злоупотребити у сврху прања новца на разне начине. За прање новца најчешће се користе либерални банкарски системи, који нису под непосредном контролом државних органа. Такво пословање подложно је разноврсним злоупотребама у сврхе прања новца, а најчешће: коришћењем кореспондентних рачуна; електронског трансфера новца; спроведених и овлашћених рачуна и злоупотребом приватних банкарских услуга.

Могућности за злоупотребе електронског и Интернет трансфера у сврхе прања новца су најчешће у виду:

- злоупотребе картица за одлагање новца;
- Интернет банкарство и прање новца;
- злоупотребе електронске готовине;
- коцкање преко Интернета.¹⁴

¹² Милиновић, М.: Предговор Спрјечавању прања новца, Загреб, МУП Републике Хрватске, 1998. Бошковић, Мићо,: *Актуелни проблеми сузбијања прања новца*, Безбедност, број 5/2001, стр.569.

¹³ Toon van der Heijden,: Proučavanje in primerjalni vidiki policijske dejavnosti v svetu, Visoko policijsko-varnostna škola, Ljubljana, 1998, стр. 234 - 254.

¹⁴ Financial Action Task Force, Report on Money Laundering Typologies for 1999 - 2000, Paris, стр. 7.

5. ДЕСТИЛАЦИЈЕ И ИНСТИТУЦИЈЕ ПРАЊА НОВЦА

Пут „прљавог новца“ је веома сложен, али с ризичношћу послова увећава се и његова вредност. Најпогодније *легалне йерионице* су банке и финансијске институције, које не проверавају порекло новца. Обично се „прљав новац“ претвара из стечене валуте у неку другу валуту, преко мењачница, а затим се улаже у банке земаља са најстабилнијом ситуацијом (најчешће у француске и швајцарске банке). Француска се користи као земља са најстабилнијим политичким и финансијским системом, а швајцарске банке као финансијско тржиште великих трансфера с извесним гарантовањем банкарске и берзанске тајности података и власника фондова.

Друга могућност је *сйваранье сойсйвеных банака*.¹⁵ Тако опран новац даље се користи за инвестирање и финансијске трансакције у земљама тзв. фискалног раја. Прљав новац се у принципу пере у земљама које не траже да се пријављује ни основна сума депозита у готовини (нпр., Панама) и затим пребацује у западне банке, које не условљавају порекло новца.

Најчешћи облик легализације или скривања нелегално стечених средстава јесте коришћење тзв. *оф-шор банкарсйва*. То обухвата фискалне погодности земаља у којима се банкарске, корпорацијске и друге финансијске трансакције обављају под строгим режимом поштовања дискреционих права банака, а са минималним надзором власти. Оф-шор финансијски центри пружају погодности појединим физичким и правним лицима који користе њихове услуге, што је и најчешћи разлог за њихово оснивање.¹⁶

Мирослава Миленовић, овлашћени стручњак у америчкој Асоцијацији овлашћених испитивача проневера и Асоцијацији за спречавање прања новца и директор сектора Business Advisory Services у компанији PricewaterhouseCoopers сматра да су у фази прикривања, односно „затања трагова“ најпогодније управо институције „офшор“ рачуна инвестиционих или пензионих фондова. Она наводи да се „неке острвске земље зову 'порески рајеви', где се не испитује порекло новца, а криминалним се означавају само оне криминалне радње које се обаве на њиховој територији – дакле, мора се пословати по закону, али није битно одакле новац долази“

¹⁵ Такав је пример руских и америчких наркодилера када су формирали „Хуинбанк“ са седиштем у Москви и Рочестеру – држава Њујорк.

¹⁶ Таквима се у литератури најчешће помињу off-shore дестинације на Сејшалима: Бахами, Белизе, Кајманска острва, Британска девичанска острва, Аруба, Доминикана (и друге у Америци), Кипар, Гибралтар, Дзерси, Мађарска, Ирска, Луксембург, Малта, Швајцарска, Лихенштајн (и друге у Европи), Мадеира (и друге у Африци), Хонг Конг, Малеизија, Макау, Сингапур, Тајланд (и друге у Азији), Маршалска острва, Вануату и друге у Пацифику.

FATF, о којој је било речи, периодично саставља листе земаља које не сарађују у борби спречавања појаве, а на листи се тренутно налази седам земаља: Кукова острва, Гватемала, Индонезија, Бурма, Науру, Нигерија и Филипини.¹⁷

Најпопуларнији посредници, који се користе у случајевима прања новца јесу мењачнице и банке, али и други институти комерцијалне структуре, погодни за скривање порекла новца. Злоупотреба комерцијалних структура укључује и коришћење „фасадних“ компанија, без икаквих законских комерцијалних активности.¹⁸

Потраживања која потичу од недозвољених радњи у оквиру једне националне привреде, мрежом „подземног“ и тзв. офшор банкарства стављају се на располагање некој групи у земљи који је изван контроле унутар државе и на државним границама. Ове активности обављају се уз поверење, анонимно и без писаних трагова, често уз коришћење породичних, племенских и етничких веза. Новац се у тим случајевима подиже уз показивање уговореног знака или уз изговарање договорене речи.¹⁹

Алтернативни системи дознака означавају се као „паралелни“ или „подземни“ банкарски системи, преко којих се вредност креће са једног места на друго без физичког кретања новца, чиме се обезбеђују бржи, безбеднији и јефтинији канали за пренос средстава од традиционалних банака.

Ови системи се често употребљавају за прање новца, а међу најпознатијим су:

- hawala/hundi или југоазијски систем;
- црно девизно тржиште пезоса или јужноамерички систем и
- кинески или источноазијски систем.

С обзиром на то да позитивно законодавство онемогућава финансијским институцијама да лако перу нелегално стечену добит, перачи новца су све више орјентисани ка финансијским институцијама које нису банке и које још увек нису у потпуности или на прави начин регулисане прописима неких држава чланица Европске уније. Пошто оне немају обавезе као финансијски сектор, а дозвољено им је да обављају банкарске активности, они се нарочито користе у фази пласмана за увођење готовине и на финансијско тржиште.²⁰

¹⁷ Internet: www.oecd.org/FATF/

¹⁸ Марота, Е.: *Одговори на транснационални организован криминал – улога Еуројола*.

¹⁹ Процењује се да се свакодневно око милијарду „опраних“ долара пласира у финансијске токове на међународним финансијским тржиштима. Кулић, М.: *Прање новца, њивредни криминал и корупција*, Београд, 2001, Институт за криминолошка и социјолошка истраживања, стр. 183.

²⁰ Државе у свету које представљају „рај“ за „прање новца“ су Бахами, Хонг Конг, Панама, које истовремено имају и погодан банкарски систем за такве делатности и важни

6. УЗРОЦИ ПОЈАВЕ

Основни чиниоци узрока појаве прања новца нису изван оних који су дефинисани код појаве организованог криминалитета. Међутим, за разлику од осталих облика постоје и неке посебности услова који омогућавају криминалним организацијама овакву врсту активности. Они су делом међународног и националног значаја.

За успех спречавања прања новца најбитнија је одговарајућа међународна сарадња уз коришћење савремених и ефикасних метода, како у превенцији тако и у репресивним санкцијама, а она или је потпуно одсутна у пракси или је недовољна у правној регулацији. У области организованог криминалитета максимално се користе услови недовољне регулисаности или потпуног одсуства политичке воље да се остваре одговарајуће везе државних, политичких, привредних и финансијских органа и институција. Користећи такве везе и укључујући субјекте тих институција у сопствену структуру криминалне организације се, ради осигурања, вешто користе методама корупције, уцене, притисака и изнуда, те „медијске афирмације“ од ма ког облика друштвене реакције. Међународно прање новца заснива се на разликама финансијских и банкарских одредби у законодавствима појединих земаља. Међутим, у томе, и поред уочених проблема, не постоји утврђен систем за прикупљање релевантних финансијских информација на националном и међународном нивоу с циљем контролисања и превенције прања новца.

Глобализација и интернационализација финансијског тржишног система је омогућила финансијским институцијама да криминалне организације у другим државама обављају послове, који су им забрањени у матичној. У том смислу се као пример наводи раније поменута афера Међународне кредитне и трговачке банке који је показао да постало могуће да финансијске институције, уопште, немају матичну земљу.²¹

С друге стране, дефинисање прања новца је сложен правни проблем, јер иако евидентно, криминална делатност није у свим земљама света санкционисана, а у већини земаља које имају такве одредбе појмовно одређење није идентично.

На националном плану није обезбеђена довољна одговорност банака у супротстављању прању новца, контролна функција и стручност особља у спречавању, како у погледу полагања нелегално стеченог новца, тако и

су транзитни центри за промет дроге. Најпогоднији градови за прање новца, према Робинсону су: Њујорк, Лос Анђелес, Мајами и Хјустон, а у Канади: Монреал, Торонто и Ванкувер. Робинсон, Ј.: *The Laundermen*, London, 1995, str. 101 - 137.

²¹ Passas, *Mirror of Global Evils: A Review Essay on the BCC Affair*, *op. cit.*,

његовог накнадног увођења у легалне токове.²² Поред тога, не постоји ни адекватна програмска усклађеност рада банака и других финансијских установа и институција како би стандарди за идентификацију финансијских трансакција деловали и омогућили праћење стварних корисника рачуна. То онемогућава систем ране детекције, сузбијања и превенције праћа новца и у банкама и у систему платног промета.

При детекцији узрочности од значаја су и закључци Групе за финансијске акције која сматра да могући ризици злоупотреба ове врсте произлазе из немогућности да се утврди идентитет лица која се користе новим технологијама, због отежаног увида (транспарентности) у ту врсту послова, затим услед неадекватне контроле и немогућности увида у трансакције, добре заштите и правне регулативе када је реч о овим врстама послова.

Посебан проблем постоји у земљама тзв. транзиционих процеса. Према неким анализама „трендови показују да у транзиционим земљама са слабом функцијом надзора и, уопште, слабом културом надзора, најчешће долази до праћа пара у фази улагања - купује се фирма која ће прикупљати прљав новац и укључивати га у легалне токове, односно, имаће функцију „бојлер“ компаније. Уколико је купљена у фази улагања, или на прелазу у фазу прикривања, у ту компанију се неће улагати, запослени неће имати превише посла, плате ће у почетку бити нешто веће, а касније могу чак постати и проблем. Такве компаније иду ка изумирању, јер немају реалне економске основе да би живеle у наредних пет година. Уколико је фирма купљена у последњој, интеграционој фази, у њу ће се улагати, јер она треба да донесе профит новим власницима који треба да постану угледни грађани. Ако би се чак правила анализа пословања, реалан је проспект овакве фирме у наредних неколико година“.²³

7. ПРАЋЕ НОВЦА У МЕЂУНАРОДНИМ ПРАВНИМ АКТИМА

Праће новца све више постаје озбиљан међународни проблем, због чега је логично и сасвим оправдано што се међународна заједница укључила у борбу против ове криминалне и друштвено штетне појаве. Дела-

²² С тим у вези посебно се указује на значај комплексних процедура и потребу стицања сазнања о стварним активностима клијената, стицања јасног и недвосмисленог сазнања и увида за које намене се користе новчана средства (краткорочна), инвестира капитал (дугорочно), с фокусом на процедурама интерне контроле и интерне ревизије и екстерне комерцијалне ревизије, према Међународним и националним стандардима ревизије и рачуноводственим стандардима као и националним регулативама и мерама везаним за платни промет (унутрашњи и међународни).

²³ М. Миленовић Праће новца, www.ekonomist.co.yu (accessed 2. март 2007)

тност криминалних организација из домена организованог криминалитета све више поприма интернационалне размере, због чега и међународна заједница у својим правним актима указује на очигледну повезаности организованог криминалитета и прања новца, с једне, и на потребу нужне сарадње на интернационалном плану у спречавању и откривању прања новца, с друге стране.

Уочавајући проблеме организованог криминалитета и појаве прања новца као његовог посебног облика међународна заједница је приступила прописивању правних стандарда у циљу спречавања и сузбијања саме појаве. Осим Конвенције УН о транснационалном организованом криминалитету и европске асоцијације држава су усвојиле више значајних правних аката ради спречавања прања новца, како у погледу међудржавне сарадње тако и идеја о имплементацији инкриминација у националним законодавствима.

Такве активности су првенствено усмерене на интернационалном плану ради координирања акција националних државних институција. У значајнија међународна документа практичне природе спадају:

- Конвенција УН против недозвољене трговине опојним дрогама и психотропним супстанцијама донета у Бечу 1988. године;
- Конвенција о прању новца, вођењу истраге, извршавању заплене и конфискације добити од криминалаца донета у Стразбуру 1990. године;
- Коминике донет на Кипру 1993. године;
- Директива за спречавање коришћења финансијског система у циљу прања новца донета 1991. године.
- Конвенција Савета Европе о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода од криминала и о финансирању тероризма, 2005.

Први значајнији акт у овој области је Конвенцију против незаконите трговине опојним дрогама и психотропним супстанцама (тзв. Бечка Конвенција), коју су донеле Уједињених нације у Бечу 1988. године а која је предвидела мере на сузбијању недозвољене трговине дрогама, али и обавезу држава да у својим кривичним законима уведу кривично дело прања новца.

Тада се углавном прање новца везивало за новац добијен недозвољеном трговином дрогама и психотропним супстанцама. Конвенција предвиђа и одузимање предмета који су добијени недозвољеном трговином дроге. Веома је значајно да она искључује могућност позивања на банкарску тајну у случајевима идентификације, заплене и конфискације добити која је остварена кривичним делом недозвољене трговине дрогама или психотропним супстанцама.

Такође, Конвенција садржи и обавезујуће одредбе у погледу одређених измена у националним кривичним законима с циљем омогућава-

ња међународне сарадње у току целог поступка, а посебно приликом одузимања добити која је остварена недозвољеном трговином дрогама.

На Конвенцији председника држава и влада Групе 7 најразвијенијих земаља 1989. године разматрана је проблематика прања новца, а ради ефикаснијег сузбијања ове појаве на међународном плану основана је Група за финансијске акције која је у току 1990. године донела документ: Четрдесет препорука за борбу против прања новца који садржи стратешке елементе и упућује на основне правце у сузбијању прања новца.

У вези са овом проблематиком, значајна је и Конвенција Савета Европе донета у Стразбуру 1990. године (позната као Европска Конвенција о прању новца) о прању, трагању, привременом одузимању и одузимању прихода стеченог кривичним делом. Она налаже да ће свака страна усвојити законодавне и друге мере потребне да би у своје законодавство увела као кривична дела и санкционисали, уколико су учињене са умишљајем, следеће радње:

- конверзију или пренос имовине за коју се зна да представља незаконит приход са сврхом прикривања или маскирања незаконитог порекла такве имовине или помагања било којем лицу укљученом у извршење главног кривичног дела да избегне законске последице својих дела;
- прикривање или маскирање праве природе, порекла, места, располагања, премештаја и постојања права, односно власништва над имовином за коју се зна да представља незаконит приход;
- стицање, поседовање или употреба имовине за коју се зна у време примања да је представљала незакониту добит и
- суделовање у извршењу, удруживању или завери ради извршења, покушаја извршења и помагање, подстицање, олакшавање и давање савета у извршењу било којег дела утврђених у складу са овим чланом.

Конвенција прописује обавезу државама увођења кривичног дела прања новца у националне кривичне законе, али је у том смислу знатно шира од Бечке Конвенције, која прање новца везује за недозвољену трговину дрогама и психотропним супстанцама.

Проблем прања новца није могао да заобиђе ни Европску унију, због чега је Савет Европске уније донео Смернице (Директиву) за спречавање коришћења финансијског система у сврхе прања новца,²⁴ којим је утврђена обавеза држава чланица да у своје кривичне законе уведу кривично дело прање новца.

Директивом за спречавање коришћења финансијског система у циљу прања новца коју је донео Савет Европске уније јуна 1991. године пропи-

²⁴ Овај документ је донео Савет Европске заједнице у Луксембургу, 10. јуна 1991. године.

сано је као нужна потреба да се у националним законодавствима проблем прања новца инкриминише као посебно кривично дело. Предвиђено је да се кривичним делом пропишу такви облици како би под удар закона могла доћи сва новчана средства, материјална или нематеријална, покретна или непокретна имовина, документа и средства која говоре о власништву или интересу на таквој имовини.

Посебан значај директиве је што сугерише да се учиниоцима дела поред физичких могу сматрати и правна лица, подразумевајући при том могућу криминалну активност појединачно запослених у кредитним и финансијским институцијама, али и саме те институције.

Генерална Скупштина УН је у 2000. години усвојила већ поменути конвенцију о борби против транснационалног организованог криминалитета, чије се поље примене односи и на прање новца. У Конвенцији се захтева да државе у својим националним законима пропишу следећа четири кривична дела:

- учешће у некој групи која се бави организованим криминалом;
- прање новца;
- корупција и
- опструкција правде.

И ова конвенција захтева да се у националном законодавству уведе кривично дело прање новца, с тим што се не мисли само на готов новац који је проистекао из неке криминалне делатности, већ и на све облике имовине која представља добит од извршених кривичних дела.

8. ПРАЊЕ НОВЦА У ДОМАЋЕМ ЗАКОНОДАВСТВУ

Први значајнији акт у домаћем законодавству у овој области је Закон о спречавању прања новца СРЈ бр. 53/2001. од 28. септембра 2001. који је у члану 27 предвидео кривично дело без назива које представља инкриминацију прања новца и може га извршити лице које противно одредбама закона на територији СРЈ на рачуне код банака и других финансијских организација и институција положи новац (готов новац, ефективни страни новац и друга финансијска средства) стечен обављањем незаконите делатности (сива економија, трговина оружјем, дрогом, психотропним супстанцама и др.) или тај новац на други начин укључи у легалне финансијске токове ради обављања дозвољене привредне и финансијске делатности, а за који је знао да је прибављен кривичним делом.

Тиме се под прањем новца се сматрало полагање новца стеченог обављањем незаконитих делатности на рачуне код банака или других финан-

сијских организација и институција или пак укључивање на други начин оваквог новца у легалне финансијске токове.

Новија законска решења у Републици Србији у основи одражавају правне ставове доктрине и Европске Конвенције. Наиме, Законом о спречавању прања новца²⁵ прање новца прописује као:

а) конверзију или пренос имовине, са знањем да је та имовина стечена извршењем кривичног дела у намери да се прикрије или нетачно прикаже незаконито порекло имовине;

б) прикривање или нетачно приказивање чињеница у вези с имовином, са знањем да је та имовина стечена кривичним делом;

с) стицање, држање или коришћење имовине са знањем, у тренутку пријема да је та имовина стечена извршењем кривичног дела;

д) прикривање у процесу својинске трансформације предузећа и других правних лица незаконито стечене друштвене или државне имовине и друштвеног и државног капитала.

Законом се прецизирају појмови имовине и новца. Под имовином се подразумевају ствари, како покретне тако и непокретне, новац, права, хартије од вредности и друге исправе којима се може утврдити право својине и других права. Новцем се сматра готов новац, ефективни страни новац, депозити на рачунима (динарски и девизни), као и друга средства плаћања.

Њиме су обавезане државне и финансијске институције на предузимање мера за спречавање прања новца. Тако је банкарски сектор одређен као објективно најважније подручје у коме треба онемогућити да финансијске институције постану средство и објект коришћења за такву врсту криминалне делатности. Законом су банке и друге финансијске институције обавезане на извештавање надзорних органа у случајевима сумњивих трансакција, примену одговарајућих санкција, придржавање строгих правила код издавања лиценци, увођење правила банкарске праксе у вези спречавања прања новца, утврђивања мера за процену, контролу и праћења клијената, ограничавање лимита код трансакција и конверзија новца у иностраној валути, установљивања одговорности за надзор у овој области и обучавање запослених за индикацију техника у вези с прањем новца.

У том смислу Закон посебно наводи дужности правних и одговорних лица које назива обвезницима као што су: банке и друге финансијске организације, предузећа ПТТ саобраћаја, друга предузећа и задруге, државни органи, организације, фондови, заводи и установе као и друга правна лица која се у потпуности или делимично финансирају из јавних прихода, Народна банка Југославије – Завод за обрачун и плаћање, осигуравајуће

²⁵ „Службени гласник РС“, бр. 62 од 2006. године

организације, берзе, берзански посредници и други субјекти који се баве трансакцијама у вези са новцем и хартијама од вредности, племенитим металима и драгим камењем, мењачнице, залагаонице, коцкарнице, кладионице, аутомат клубови и организатори робноновчаних и других игара на срећу као и друга правна и физичка лица која обављају послове куповине или продаје дуговања и потраживања или финансијске трансакције. Осим тога прописан је и низ општих и посебних мера којих се обвезници морају придржавати а које имају за циљ откривање и спречавање прања новца приликом пријема, замене или при склапању послова који се називају појмом трансакција.

У државној ингеренцији основана је Управа за спречавање прања новца, као орган управе Министарства финансија. У надлежности Управе су послови прикупљања, обраде, анализе и чувања података и информација добијених од обвезника и државних органа. Она такође прати извршавање закона и предузима мере из своје надлежности ради отклањања уочених неправилности у његовој примени, прима и тражи податке од надлежних државних органа и информације од значаја у вези са сумњивим трансакцијама, сарађује са надлежним државним органима ради размене података и информација и доставља другим надлежним органима податке и информације о сумњивим трансакцијама, и обавља податке у вези међународне размене података и информација из ове области.

У кривичном поступку такође постоје поред редовних и могућност примене посебних доказних средстава намењених између осталог и за деликте прања новца. То се посебно односи на радње осигурање статуса сведока сарадника, надзор и снимање телефонских и других разговора, или комуникације другим техничким средствима, оптичко снимање, пружање симулованих послова и услуга и склапање симулованих правних послова, те ангажовање прикривеног иследника и контролисана испорука.

Кривичним закоником (чл 231) прање новца врши у *основном облику* онај ко противно прописима на рачуне код банака или других финансијских институција и организација изврши конверзију или пренос имовине, са знањем да та имовина потиче од кривичног дела, у намери да се прикрије или лажно прикаже незаконито порекло имовине, или прикрије или лажно прикаже чињенице о имовини са знањем да та имовина потиче од кривичног дела, или стекне, држи или користи имовину са знањем, у тренутку пријема, да та имовина потиче од кривичног дела. У суштини то подразумева да субјект дела положи новац или друга финансијска средства стечена вршењем кривичних дела или обављањем друге незаконите делатности, или новац за који се зна да је прибављен кривичним делом на други начин укључи у легалне финансијске токове ради обављања дозвољене привредне и финансијске делатности.

Новац као основно мерило материјалних вредности и примарно средство плаћања је од битног значаја за платни промет сваке земље и свих привредних субјеката и правних и физичких лица. Реч је о металном или папирном новцу или новцу израђеном од неког другог материјала који је на основу закона у оптицају у Србији или некој другој држави. У друга финансијска средства могла би се сматрати хартије од вредности, што значи посебне исправе у којима је садржано неко имовинско право.

Радња овог кривичног дела у основном облику састоји се у прикривању новца или друге имовине који су прибављени извршењем неког кривичног дела. Под противправно стеченим новцем може се сматрати свака готовина, домаћа и страна валута, хартије од вредности, као имовина (предмети и ствари) прибављени новцем. Прикривањем значи поступак прања новца којим се замећу трагови правих извора прихода положеног новца. Намера је да се новац легализује и користе сва законита права власништва над тако стеченом имовином.

Дело је извршено самом предузетом радњом прикривања, субјект може бити и физичко и одговорно лице, а радња може бити умишљајна и нехатна.

За ово кривично дело из умишљаја запређена је казна затвора од шест месеци до пет година, а за дело извршено из нехата затвор до три године. Осим основног постоји и *ишежи облик*, уколико је новац или имовина која је предмет радње кривичног дела из основног облика вредна више од милион динара. Поред казне имовина стечена на овакав начин се одузима.

Кривично дело прања новца је у тесној вези с бројним другим кривичним делима, од којих у обзир долази свако оно којим је могуће прибавити противправну имовинску корист. То значи да се претежно ради о кривичним делима против привреде, против службене дужности, против имовине. У најужу круг ових дела спадају: недозвољена трговина, неовлашћена производња, држање и стављање у промет опојних дрога, утаја, превара, злоупотреба службеног положаја, несавестан рад у служби, провера, примање мита, изнуда, уцена, прикривање кривичног дела, фалсификовање исправе, фалсификовање службене исправе, рачунарска превара, фалсификовање хартија од вредности, фалсификовање и злоупотреба платних картица, пореска утаја, кријумчарење и друга слична дела.

Несумњиво да је прање новца као посебни и пратећи облик сваке друге врсте организованог криминалитета постао универзални и међународни проблем, криминална активност својствена за већину националних простора. Реч је о делатности која представља субверзивни елеменат угрожавања сваке легалне економије, а тиме и самог система привредно финансијског пословања. Позорност на такву опасност коју су наслутиле међународне организације и предложене мере правне природе су довољан

основ ваљане националне законодавне интервенције, која је у том смислу и предузета. Оно што чини проблем јесте примена права и враћање на суштину самих узрока организованог криминалитета – спрега, толеранција и пасивност надлежних државних органа на сузбијању и спречавању појаве. Чињеница да судска праска у Србији скоро да не познаје случај пресуђивања за ово кривично дело, а да су афере организованог криминалитета незаобилазна тема правосудне свакодневице указује управо на овај проблем.

*Milo Bošković, Ph. D., Full Professor
Novi Sad School of Law*

MONEY LAUNDERING AS A PROBLEM OF THE CRIMINOLOGY AND THE CRIMINAL LAW

Abstract

Money laundering refers to a legalization of capital generated by some criminal activity. This practice is applied by engaging many methods of financial transaction which disguise the origins of money or other forms of capital on the market. It represents a particular form of organized crime which brings illegal profit to the doers, because in this way, the capital obtained in criminal activities is used in legal currents of production, trading, business accounts and such.

An emergence of this international problem and the interest of the international community and other regional institutions comes from many consequences which this phenomenon produces, such as negative economic and political effects.

Activities of criminal organizations, which are in the domain of organized crime, are getting an international dimension, which is why the international community in its legal acts underlines the obvious connection between organized crime and money laundering, as well as the need for cooperation on an international level to prevent and uncover money laundering. In this sense, international organizations and proposed legal measures give an adequate basis for an efficient national legislative intervention. But the problem emerges in the application of law and the detection of the causes of organized crime: the tolerance and passivity of those governmental organs which are authorized to repress and prevent this phenomenon.

*Др Даница Појов, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

СТИЦАЊЕ ПРАВА СВОЈИНЕ ОДРЖАЈЕМ

Сажетак: *Одржај представља оригинални начин стицања права својине на основу квалификоване државине која је у континуитету израјала законом одређено време. Наше право познаје две врсте одржаја, редовни и ванредни. Разлика међу њима је у квалификованој државини у дужини рокова за одржај, зависно од тога да ли се одржајем стииче својина на покрејној или непокрејној ствари. За редован одржај се према Закону о основама својинскоправних односа, захтева да државина буде законити која је истовремено и својинска, савесна и права, а рокови за одржај су за покрејне ствари три године а за непокрејне десет. У случају ванредног одржаја захтева се мањи степен квалификованости државине него у случају редовног одржаја, јер је потребно да државина буде само савесна, стим што се савесношћу цени строжије него у случају редовног одржаја, а рокови су дужи и износе, десет година за покрејне и двадесет за непокрејне ствари. Предмет овог рада су разматрања о томе шта се сматра, законитом а шта незаконитом државином, савесном и несавесном државином, и правом и манљивом државином, имајући у виду да су услови за стицање права својине одржајем везани за квалитет државине. С обзиром да се на основу Закона за стицање права својине одржајем захтева не само квалификована, узукациона, државина него и одговарајући прошек времена посебна пажња је посвећена роковима за одржај.*

Кључне речи: *одржај, редовни одржај, ванредни одржај, законити државина, савесна државина, рокови потребни за одржај ствари, покрејне и непокрејне ствари.*

Одржај је оригинални начин стицања права својине, на основу државине која поседује одређене квалитете и која се остварује непрекидно у законом утврђеним роковима. Наше право познаје две врсте одржаја, ре-

довни и ванредни. Разлике међу њима се састоје у условима потребним за одржај са једне и дужини рокова са друге стране. За одржај важи принцип да уколико је државина квалификованија рокови за одржај су дужи, и обрнуто, с тим да су рокови за одржај непокретних ствари дужи у односу на покретне ствари без обзира на квалификованост државине. Државина подобна за редован одржај треба да буде савесна, законита, својинска и права, а рокови за одржај су, за покретне ствари три године, а за непокретности десет. За ванредни одржај државина треба да буде само савесна, а рокови су, за покретне ствари десет, а за непокретне двадесет година. Да би држалац чија је државина подобна за стицање права својине одржајем стекао право својине, потребно је да има непрекинуту (континуирану), државину. Континуирана државина постоји уколико у законом прописаном року за одржај није дошло до прекида или застоја у рачунању времена, услед разлога утврђених законом.

Што се терминологије тиче у нашем праву се поред израза ванредан користи термин апсолутан одржај. Тако, М. Бартош, А. Гамс, Д. Стојановић, под „ванредним одржајем“, означавају ону врсту редовног одржаја који тече против друштвеноправних лица (што је било могуће до доношење Закона о основним својинскоправним односима), односно, пре рата, против цркве, и код кога су ова правна лица фаворизована дужим роковима за одржај. Израз ванредни одржај је у употреби и у страним законцима и правној литератури (нпр. Швајцарски и Грчки грађански законик итд.).¹

Нека страна законодавства, на пример, Немачки грађански законик не познаје институцију редовног, него само ванредног одржаја.²

Свака државина има одређене квалитете које одређују степен њене усклађености са правним поретком. Државина објективно има или нема ваљан правни основ, објективно јесте или није стечена на правом дозвољен начин. Реч је о објективним квалитетима државине које ако постоје чине државину законитом. У нашем праву појам законитости државине у себи укључује и то да, државина мора бити права (није стечена силом, преваром или злоупотребом поверења). Овај појам законитости који се захтева по нашем праву би била, законитост у ширем смислу за разлику од законитости у ужем смислу која подразумева само заснивање државине на пуноважном правном основу. Поред ових објективних квалитета (законитост и да државина буде права), државина има и субјективни квалитет (савесност или несавесност). Ова класификација државине на закониту и незакониту, савесну и несавесну потиче још из римског права и познају је скоро сва савремена права. У римском праву је то била: *possessio iusta* и

¹ О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, Београд, 1998, стр. 136.

² Немачки грађански законик, параграф, 937.

possessio iniusta, односно, *possessio bone fidei* и *possessio male fidei*. Правни пореци су с обзиром на квалитете државине утврдили и правне последице које она производи. Правне последице много зависе од квалитета државине иако сви квалитети немају исти значај.

ЗАКОНИТА И НЕЗАКОНИТА ДРЖАВИНА

Законита државина у ужем смислу је она која се заснива на пуноважном правном основу за стицање државине, а незаконита она која је настала без правног основа или на правном основу који није пуноважан, или на правном основу који није подобан за стицање оног права које се врши. Правни основ (*titulus*) може се заснивати на вољи странака (правни посао, тестамент), на одлуци суда или другог државног органа као и директно на основу услова утврђених законом. Да би државина била законита, потребно ја да је, правни основ (*titulus*) пуноважан, и да такав остане све време трајања државине. Уколико се накнадно установи да на пример, уговор није био ваљан или се судска одлука преиначи, измени закон итд. не може се говорити о законитој државини.

Да би државина била законита *titulus* мора објективно постојати и бити правно ваљан. *Titulus* за који неко само сматра да постоји, тзв. *putativni titulus*, не даје државини квалитет законитости. Ако се за *titulus*, макар и накнадно утврди да није правно ваљан, или отпадне, државина је незаконита. Престанком правног основа и законита државина постаје незаконита.³

Сам правни основ по себи (*titulus*), није довољан да би се стекла законита државина, јер „пуноважним правним основом се само добија право на државину неке ствари, а не и сама државина“.⁴

Државина заснована на правном основу који је ништав је незаконита. Али ако је правни основ државине рушљив, то неће утицати на њену законитост, ако тај основ на коме се заснива не буде поништен. Тек у случају поништења рушљивог правног основа и државина која је на њему заснована постаће незаконита.

Права која прихватају римску конструкцију државине, према којој се државином сматра само она фактичка власт коју држалац врши као да је власник ствари, законитом сматрају само ону државину која се заснива на правном основу потребном за стицање права својине. Германска конструкција државине је ширира, јер се државином сматра свака фактичка власт на ствари, па је законита државина она која се заснова на било ком правном основу који има за последицу стицање државине (не само правни основ за стицање својине).

³ Ч. Рајачић, Стварно право, И дио, Загреб, 1956. стр.13.

⁴ Аустријски грађански законик, пар. 320. став 1.

Према Закону о основама својинскоправних односа: „Државина је законита ако се заснива на пуноважном правном основу који је потребан за стицање права својине, и ако није прибављена силом преваром или злоупотребом поверења“.⁵

Иако се према овом члану законитом државином сматра не само она која се заснива на пуноважном правном основу (законита државина у ужем смислу) него и истинита, исправна, права државина, (законита у ширем смислу) ми шемо се овде ограничити на разматрање само законите државине у ужем смислу, а касније на закониту државину у ширем смислу (права, истинита).

Дефиниција законите државине према ЗОСПО, је неадекватна, јер узима, да је пуноважан само онај правни основ који је подобан за стицање права својине, а не и осталих стварних права. Када би се ово правило дословно применило, државина, на пример, закупца, залогопримца и сл. сматрала би се незаконитом иако се заснива на пуноважном правном основу, (уговору о закупу, залози и сл.) јер овај основ није подобан за стицање права својине. Ово решење одступа од објективне конструкције државине која је прихваћена у нашем праву и представља остатак напуштене субјективне конструкције државине.

У Образложењу Закона се као разлог оваквог дефинисања наводило: „Одредба члана 72. дефинише закониту државину, врло значајну код стицања права својине одржајем. Законита државина заснива се на пуноважном правном основу који је потребан за стицање права својине, под условом да није прибављена силом, преваром или злоупотребом поверења. Тако се у дефиницији законите државине појављује и неистинита државина. Ово је урађено због тога што је по предатним правним правилима садржаним у Аустријском грађанском закону, услов за стицање својине одржајем био да је државина законита, истинита и савесна“. У „Образложењу Закона“ ипак не стоји због чега се законита државина дефинише као законита и истинита јер у Аустријском грађанском закону „државина ствари је законита када почива на пуноважном основу (*Titel*) то јест на неком за прибављање погодном правном основу. У противном случају државина је незаконита“,⁶ док се не захтева да она истовремено буде и истинита. Истинита одн. неистинита државина се посебно регулишу у пар. 345.

Из дефиниције законите државине према ЗОСПО, може се закључити: а) да појам законите државине обухвата истовремено закониту и праву државину; б) законита државина заснива се на пуноважном правном основу за стицање права својине, а не и других стварних права и в) правно

⁵ Закон о основама својинскоправних односа, члан 72. став 1.

⁶ Аустријски грађански законик, пар. 316.

дејство законите државине посебно се огледа код стицања права својине путем одржаја, а не и код стицања одржајем других стварних права.

Законска формулација да је „државина законита ако се заснива на пуноважном правном основу који је потребан за стицање права својине указује на две ствари: прво, „ако се заснива“ указује да конкретан правни основ за стицање права својине (правни посао, наслеђивање, одлука државног органа и стицање по самом закону) мора у време држања, фактички, објективно постојати, а не да он постоји тек субјективно, у уверењу држаоца да држи по неком правном основу (*titulus iuris*) који у ствари не постоји не заснива се на правном основу, јер тада постоји правно ирелевантан тзв. *putativni titulus*; и друго, - навођење да се законита државина мора заснивати на „пуноважном правном основу“, указује на потребу да конкретан правни основ државине, буде пуноважан током читавог држања, а не да у раздобљу држања, у почетку државина буде пуноважна, а накнадно непуноважна (напр. одлука државног органа накнадно буде укинута), јер се до тада законита државина претвара у незакониту (*possessio non iusta*).⁷

Разликовање законите од незаконите државине је од посебног значаја у случају редовног одржаја, јер се за ванредан одржај не захтева да државина буде законита него само савесна.

Редовни одржај омогућије држаоцу да постане власник само ако то није постао једино зато што његов претходник није био власник. Савесност држаоца зато овде значи да он оправдано не зна за непостојање права својине на страни претходника. Код ванредног одржаја држалац је у могућности да постане власник без обзира на то који је разлог осујетио његово стицање права својине.

За ванредни одржај законитост није објективни квалификатив узупионе државине, али зато мора бити елемент свести узупапијента, из чега опет, даље следи да је код ове врсте одржаја довољан и путативни основ.

У неким случајевима својство законите државине не представља посебну погодност за држаоца у односу на незакониту. На пример, државина ужива правну заштиту без обзира на то да ли је законита или незаконита, право стварне службености стиче се одржајем како на основу законите тако и на основу незаконите државине.

ПРАВА И МАНЉИВА ДРЖАВИНА

Права државина (*possessio vitiosa*) је она која није прибављена силом (*vi*), преваром (*clam*) или злоупотребом поверења (*precario*), у супротном државина је манљива (*possessio vitiosa*).

⁷ Б. Визнер, оп. цит. стр. 475.

Термин истинита, за праву и неистинита за манљиву државина потиче из Аустријског грађанског законика (пар. 345-347), док Општи имовински законик за Црну Гору, манљиву, неистиниту државину назива самовољном држином.

Државина је стечена силом (*vi*), када је стечена самовољним, принудним успостављањем фактичке власти на туђој ствари против дотадашњег држаоца употребом физичке (непосредне или посредне)- *vis absoluta*, или психичке (недопуштена претња)-*vis compulsiva*, силе. Државина је стечена физичком силом када је насилна радња била непосредно усмерена против дотадашњег држаоца. Државина је манљива и када је стечена силом која је непосредно усмарена на ствар, а посредством те ствари на самог држаоца (на пример, неко употребљава ствар за себе, која је до тада била у државини другог лица). Са физичком силом изједначава се и недопуштена претња, ако је она била таквог интензитета да је изазвала оправдан страх код ранијег држаоца услед чега он није могао да се успротиви успостављању фактичке власти другог лица на својој ствари. Страх је оправдан када је таквог интензитета да изазива озбиљну опасност којом се угрожава живот, здравље, или имовина држаоца или њему блиских лица. Државина ће бити манљива и када је неко стекао државину користећи претњу коју је код држаоца изазвало треће лице. Недопуштenu претњу у случају прибављања државине требало би утврђивати аналогно претњи код закључивања правних послова која је регулисана Законом о облигационим односима (члан 60).

Државина стечена преваром (*clam*) је она до које се дошло изазивањем или одржавањем у заблуди дотадашњег држаоца, са намером да се на његовој ствари стекне државина. Аустријски грађански законик уместо „преваром“ користи термин „потајно“ под којим се подразумева стицање државине без знања дотадашњег држаоца (на пример крађом). Иако се у ЗОСПО, у члану 72, став 1, употребљава назив превара, на другом месту Закона, у члану 78, став 2, уместо превара, стоји потајно. Можда је термин потајно бољи јер обухвата и стицање државине крађом која се не може подвести под појам преваре. Имајући у виду да ЗОСПО, ни у једном члану не спомиње да се државина може стећи крађом чини се да је и у члану 72, став 1, требало да уместо „преваром“, стоји „потајно“.

Државина је стечена злоупотребом поверења (*precario*), „када неко настоји самовласно да претвори у трајно право (заправо у трајно стање) оно што му је дато само из услуге (на коришћење, пим. аутора).

Према Аустријском грађанском законнику, државина је стечена молбом, на измољен начин, ако неко, „и оно што му се од драге воље допушта, без примања трајне обавезе на себе да се то и даље чини, покушава да претвори у трајно право“.⁸

⁸ Аустријски грађански законик, пар. 345.

Немачки грађански законик не садржи одредбе које се односе на праву и манљиву државину, али се у праву узима да је манљива државина она која је стечена на самовласан начин (*fehlerhaft*), тј. путем забрањеног самовлашћа (*verbotene Eigenmacht*).⁹

Општи имовински законик за Црну Гору, манљиву државину дефинише на следећи начин: „Самовољном називље закон ону држину која је добивена насиљем, кришом или каквим пријеварним узећем или задржајем“.¹⁰

У римском праву вициозна државина је: „*Possessio qui a me vi aut clam aut precario possederit*“. За разлику од прекаристичке државине, римско право је познавало и тзв. *precarium*, који је у почетку имао значење само фактичког односа, да би касније постао неименовани облигациони уговор: „*Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quimdiu is qui concessit partitur*“.

Стицање државине злоупотребом поверења, карактерише то да је држаоцу ствар у извесном смислу била поверена тако да је његов положај у погледу ње био ограничен нечијом „вишом“ влашћу, и да је он ту туђу, вишу, власт једно време у почетку признавао барем привидно, а касније је свој положај, противправним самовласним актим побољшао на уштрб положаја „вишег“ држаоца. На пример, ствар је стечена злоупотребом поверења, ако је неко добио ствар у непосредну државину на основу уговора о закупу, па је по протеклу уговореног рока одбије да врати закуподавцу, или се још за време трајања уговореног рока закупа понашао као да негира право закуподавца.¹¹

Појмови законите и праве државине се не подударају. Државина може бити законита, али манљива (на пример, купац силом одузме ствар која се налази у државини продавца, а стекао је на основу пуноважног уговора о продаји).

У нашој правној теорији постоје мишљења да је поред разликовања законите и савесне државине, разликовање праве од манљиве државине сувишно, јер квалитет манљиве државине ионако улази у појам несавесности. „Посјед стечен ви, цлам или прецарио уједно је и непоштен. Према томе између неистинитости и незаконитости постоји квалитативна разлика, а између неистинитости и непоштења само квантитативна разлика“.¹²

Значај поделе на праву (истиниту), и манљиву (вициозну) државину је од вишеструког значаја, и долази нарочито до изражаја код државинске

⁹ J. Hedemann, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3 auflage, Berlin, 1960. str. 42.

¹⁰ Општи имовински Законик за Црну Гору, члан 818, став 1.

¹¹ Н. Гавела, Посјед ствари и права, оп. цит. стр. 84.

¹² М. Вуковић, Правила грађанских законика, Загреб, 1961. стр. 108.

заштите. Иако се државинска заштита пружа сваком држаоцу ствари и права од узнемиравања или одузимања државине (члан 75. ЗОСПО) ипак манљива државина, ужива само *релативну* државинску заштиту. Према ЗОСПО члан 78, став 2 „И држалац који је државину стекао силом, потајно или злоупотребом поверења има право на заштиту, *осим према лицу*, од кога је на такав начин дошао до државине, ако од насталог сметања нису протекли рокови из члана 77. овог закона“¹³.

Квалитет праве државине долази до изражаја и у случају заштите права својине путем *actio Publiciana*, пошто се за ову тужбу између осталог захтева и претпоставка да је тужилац „индивидуално одређену ствар прибавио по правном основу и на законит начин“ (члан 41 ЗОСПО). За разлику од правог држаоца манљивом држаоцу, под условом да испуњава и остале услове за стицање права својине одржајем, потребно је да ствар држи дуже време. Манљиви држалац уопште не може одржајем стећи право стварне службености.

Иако у ЗОСПО није предвиђен, наша судска пракса и правна теорија стоје на становишту да манљива државина постоји и на страни универзалних и сингуларних сукцесора који су и време стицања државине знали или могли знати да је државина њихових претходника била манљива. Према Д. Стојановићу, „манљивост државине постоји и код универзалног сукцесора манљивог држаоца као и код сингуларног сукцесора, који је при стицању државине знао или морао знати за манљивост државине свог претходника“.¹⁴

САВЕСНА И НЕСАВЕСНА ДРЖАВИНА

Према ЗОСПО, „државина је савесна ако држалац не зна или не може знати да ствар коју држи није његова“ (члан 72, став 2). Квалитет савесности процењује се према субјективном уверењу држаоца (*bona fides*) да ли му је познато или је према постојећим околностима могло бити познато да ствар коју држи није његова одн. припада неком другом. Као у случају дефинисања законите државине законодавац је и у дефиницији савесне начинио исти пропуст јер се приклонио субјективној конструкцији државине и субјективно уверење држаоца (знао или могао знати) везује за својинску државину (да ствар коју држи није његова). Када би се ова дефиниција савесне државине буквално тумачила ниједан несамостални

¹³ Према члану 77, рокови у којима се може захтевати судска заштита од узнемиравања одн. одузимања државине су 30 дана од дана сазнања за сметање и учиниоца, а најкасније у року од годину дана од насталог сметања.

¹⁴ Д. Стојановић, *Стварно право*, оп. цит. стр. 27; исто и Немачки грађански законик, пар. 859. и Грчки грађански законик, члан 984.

држалац ствари не би био савестан јер зна да ствар коју држи није његова. Исто важи и за савесност држаоца права стварне службености, јер и он зна да послужно добро, чији је он држалац права употребе, није његово. Имајући у виду да је ЗОСПО, рађен по узору на германску, објективну конструкцију државине, овај би се квалитет државине требао тумачити шире, тако да се не односи само на својинског држаоца, него на било ког држаоца. Зато би дефиниција савесне државине више одговарала духу Закона када би гласила „државина је савесна ако држалац не зна или не може знати да нема право на ствар коју држи“. Савестан је онај држалац који верује у правни основ своје државине тј. оправдано сматра да је и титулар права чију садржину фактички врши. Савесни држалац није свестан да се његова фактичка власт разилази од правног стања. Та његова заблуда о свом сопственом праву мора бити објективна, тј. таква да он према нормалним околностима није морао да сумња да није стекао право које фактички врши.¹⁵

За појам савесности није довољна чињеница да је држалац у извињавајућој, оправданој, заблуди о праву чију садржину врши, него се захтева да није ни могао ни морао према објективним приликама и околностима посумњати да није титулат права чију фактичку власт врши. „Пошто је савесност једно унутрашње душевно стање, оно се тешко може установити. То је, у ствари један друштвени стандард, и узима се да постоји савесност ако је тај стандард испуњен, и обрнуто, узима се да не постоји ако није испуњен“. ¹⁶ И наша судска пракса се у процени савесности руководи друштвеним стандардима имајући у виду конкретне прилике за сваки случај појединачно. Тако је према једној одлуци „савестан купац непокретности лице које поред поуздања у земљишне књиге утврди и стање државине купљене непокретности“ (пресуда Врховног суда Југославије, Рев. 315/73 од 26.12.1973.)¹⁷

Сличну дефиницију савесне и несавесне државине као и ЗОСПО, садржи Аустријски грађански законик. „Ко из вероватних основа ствар коју држи сматра за своју јесте поштен (савестан) држалац. Непоштен (несавестан) држалац је онај који зна или који из околности мора претпостављати да ствар коју он држи, другоме припада“. ¹⁸

Немачки грађански законик, такође на негативан начин дефинише појам савесности. „Стицалац није савестан када му је познато, или му услед грубе непажње није познато да ствар не припада отуђиоцу (пар.

¹⁵ Д. Стојановић, *Стварно право*, оп. цит. стр. 27.

¹⁶ А. Гамс, *Стварно право*, оп. цит.стр.241.

¹⁷ Збирка судских одлука, књига И, свеска, 1, 1976. стр. 116.

¹⁸ Аустријски грађански законик, пар 326.

932.став 2). Неки грађански законици не праве разлику између савесне и законите државине, него их поистовећују. Према Грађанском законнику Италије (члан 1147), савестан је онај држалац који држи ствар не знајући да тиме вређа право другог, али под условом да ово незнање није последица грубе непажње“. Код Француског грађанског законика је то неразличовање законите и савесне државине драгичније изражено. Према члану 550, држалац је савестан када држи ствар као власник, на основу којим се преноси својина, али чије мане он не зна“.

Савестан је држалац онај који не зна да му не припада право на државину (на пример, држи ствар верујући да на то има право јер је са његовим власником закључио уговор о закупу, поводом којег му је ствар предата у државину, а не зна да је тај уговор из неког разлога ништав, и да стога није ни настало његово право закупа). Да би држалац био савестан потребно је да је његово незнање да му право на државину не припада буде оправдано. Оно је оправдано ако је држалац приликом стицања државине, поступао са дужном пажњом која се уобичајено захтева у конкретним околностима.

„У ситуацији када се посјед не подудара са правом на посјед, савестан је посједник онај који не зна нити би из околности требао знати да му не припада право да посједује, односно да посједује са оним садржајем с којим посједује. А требао би то знати кад год би то могао сазнати да је поступао са оноликом пажњом с којом би поступала свака друга особа на његовом мјесту. Напротив, несавјестан је онај који зна или би из околности могао знати да му не припада право на тај посјед“.¹⁹

Савесност државине правног лица, цени се према савесности његових органа, тј. према савесности оних физичких лица преко којих правно лице реализује своју пословну способност (заступници правног лица). Ако се државина прибавља путем законског заступника, савесност се цени према савесности заступника, а не заступаног.

Савесност државине се претпоставља.²⁰ Држалац је савестан све док се супротно не докаже. Ова оборива правна претпоставка о савесности државине терет доказивања савесности државине пребацује на тужиоца који треба да докаже да је државина туженог несавесна. Претпоставку о савесности државине садрже и Аустријски грађански законик (пар. 328), Италијански грађански законик (члан 1147) као и наши предратни законици, Грађански законик за Кнежевину Србију из 1844. (пар. 223), Општи имовински законик за Црну Гору из 1888. (члан 816.став 2).

Државина постаје савесна ако је у тренутку стицања држалац био савестан, а несавесна ако је држалац у моменту стицања знао или морао

¹⁹ Н. Гавела, Посјед ствари и права, оп. цит. стр. 85.

²⁰ ЗОСПО, члан 72 став 3.

знати да нема право на државину. У овом другом случају, имајући у виду, претпоставку о савесности државине, на оном ко има правни интерес, је терет доказивања несавесности.

Савесност држаоца треба да постоји не само у време стицања државине него током читавог времена државине („*mala fides superveniens nocet*“ – накнадна несавесност државине шкоди). Римско право имало је другачије схватање у односу на савремена, када је у питању накнадна несавесност држаоца, дотадашњег савесног држаоца. Накнадна несавесност не чини несавесним државину која је била савесно стечена („*mala fides superveniens non nocet*“). Савесност за све време државине је значајно у случају стицања права својине путем одржаја. Према ЗОСПО се захтева да савесна државина као услов за стицање права својине одржајем (ванредни одржај), треба да постији све време које је законом одређено јер „време почиње тећи оног дана када је држалац ступио у државину ствари, а завршава се истеком последњег дана времена потребног за одржај“.²¹

Савесност се не процењује једнако приликом стицања државине и током протека рока на које држалац држи ствар. Савесност се цени по једном строжем критеријуму у време стицања државине, а по другом, блажем критеријуму касније, док тече време потребно за одржај.²² У време стицања државине држалац је несавестан ако је знао или је према приликама морао знати, при чему је ово његово погрешно веровање последица грубе непажње (*culpa lata*). Погрешно веровање да је претходни држалац власник не чини га несавесним ако је последица обичне непажње (*culpa levis*). Зато ће савесна државина постати несавесна ако држалац заиста сазна да нема право на државину, а не и ако је само био у прилици да то сазна. „Од држаоца се не може захтевати да касније, док тече законски рок за одржај, стално проверава да ли је ствар стекао од власника, те да ли је следствено томе и сам постао власник. Последица тога је да га пропуштање могућности да сазна да је претходник био невласник не чини несавесним, било да је то пропуштање последица обичне грубе непажње; држалац постаје несавестан тек ако стварно сазна да је ствар набавио од невласника“.²³

ЗОСПО предвиђа још један случај када савестан држалац постаје несавестан. То је случај када му је достављена тужба којом друго лице оспорава његово право на државину ствари и захтева да му се ствар врати. Од тренутка достављања тужбе савестан држалац постаје несавестан, али власник може доказивати да је савестан држалац постао несавестан и пре

²¹ ЗОСПО, члан 30, став 1.

²² Ч. Рајачић, *Стварно право*, оп. cit. стр.176.

²³ О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, оп. cit.стр.133.

достављања тужбе.²⁴ Од тренутка када му је тужба достављена држалац се сматра несавесним под условом да тужбени захтев на предају ствари тужаиоца буде усвојен. Ако суд одбије тужбу, или не удовољи тужбеном захтеву као и када тужилац одустане од тужбеног захтева, тада достављање тужбе држаоцу не утиче на савесност његове државине. Ову законску одредбу да је само „власник овлашћен да доказује да је савестан држалац постао несавестан пре достављања тужбе“ треба шире тумачити, и то право дозволити и неком другом титулару стварног права. На пример, држалац ствари као закупац може бити савестан, али његову несавесност може доказивати не само власник, него и плодоуживалац јер управо он има интереса имјући у виду да плодови припадају савестном држаоцу. Било би супротно правној природи тих односа ако би се устврдило да у таквом случају право доказивања несавесности непосредног држаоца не припада плодоуживаоцу него само власник. Власник у таквом случају нема интереса да доказује несавесност држаоца јер плодови свакако не припадају њему, него или непосредном држаоцу (ако је био савестан) или плодоуживаоцу (ако непосредни држалац није био савестан).²⁵

Квалитет савесности не подудара се са квалитетом законитости државине. Државина може бити законита, а несавесна и обрнуто незаконита, а савесна. На пример, онај ко купи ствар од лопова има закониту државину јер се она заснива на пуноважном правном основу - уговору о продаји, а несавесна ако зна или према приликама може да зна да купује ствар од лопова, ако не зна нити је могао знати да купује од лопова, онда је његова државина не само законита него и савесна. Незаконита, а савесна државина постоји у случају када, на пример, држалац прими ствар на чување, али оправдано верује (извињавајућа заблуда), да му је ствар поклоњена; или држалац стекне ствар од наследника који је ту ствар утајио, а држалац, не зна за ову чињеницу.

Савесност државине као и законитост, је без утицаја на појам државине и на њену заштиту, али савесност је од значаја за стицање права својине путем одржаја (само савесна, код ванредног одржаја или истовремено савесна и законита државина код редовног одржаја).

За разлику од савесност која се захтева код редовног одржаја, када је држалац савестан када није знао нити је могао знати да његов претходник није власник, код ванредног одржаја се савесност строжије цени, па се узима да је држалац савестан, ако није знао нити је могао знати да претходник није власник, као и то да не зна нити је могао знати да не постоји законити основ његове државине. Значи, држалац је у случају ванредног

²⁴ ЗОСПО, члан 39. став 7.

²⁵ Н. Гавела, Посјед ствари и права, оп.цит. стр.87.

одржаја у двострукој заблуди, у погледу права својине свог претходника (погрешно држи да је претходник власник), као и у погледу постојања законитог основа, (погрешно верује да он постоји).

ВРЕМЕ ПОТРЕБНО ЗА ОДРЖАЈ СТВАРИ

Према Закону о основама својинскоправних односа, савестан и законити држалац покретне ствари на којој неко други има право својине, стиче право својине на тој ствари одржајем протеком рока од три године, а на непокретној ствари протеком рока од десет година. У слушају ванредног одржаја, с обзиром да државина треба да буде само савесна, рокови су дужи и износе за покретну ствар десет, а за непокретну двадесет година.

У предатном праву Србије, према Грађанском закону за Кнежевину Србију из 1844. године, покретне ствари прибављају се одржајем у својину по истеку рока од три године од дана прибављања државине. Непокретне ствари прибављају се за десет односно двадесетчетири године. По пар. 929. прибавља се одржајем својина на непокретним добрима које држалац држи без тапије, када протекне 24 године. Ако држалац има тапију, он прибавља својину по истеку 10 година. Рокови за одржај покретних и непокретних ствари повећавају се у случају да је ствар у својини државе, општине или цркве, под условом да су у правном промету. Према пар. 931. за покретне ствари у том случају рок је 6 година, а за непокретне са тапијом 12, а без тапије 36 година. Ти рокови се удвостручују у случају да се власник ствари која је предмет одржаја налази ван Србије и то без своје кривице (пар. 932).

Законом о основним власничкоправним односима Републике Хрватске, се поред ових редовних рокова које се захтевају и у нашем праву, предвиђају и ванредни рокови који су двоструко дужи од редовних у случајевима да се одржајем стиче ствар која је у власништву Републике Хрватске, жупаније, јединице локалне самоуправе, односно са њима изједначених правних лица, као и оне ствари које су у власништву цркве или других правних лица које служе за добротворне или друге општекорисне сврхе (члан 159 став 4). То значи да се редовним одржајем покретна ствар може стечи за десет, а непокретност за двадесет година, а у случају ванредног одржаја, покретна за двадесет, а непокретна за четрдесет година. „Један од разлога да се стицање путем досјелости (одржаја) против наведених правних особа тражи да време одржаја траје двоструко дуже, лежи у чињеници да правне особе уопште, а наведене нарочито, теже од осталих воде бригу о властитим потребама, али важнији је разлог тај да је њихова имовина намењена општекорисним сврхама, па не би било добро,

ако би се сувише лаганим губитком власништва штетило остваривању тих сврха. Дакле да би се путем редовног одржаја могло стећи право власништва ствари која припада некој таквој правној особи, потребно је да држаочева квалификована државина покретне ствари траје шест, а непокретне двадесет година.“

Време потребно за одржај почиње тећи оног дана када је држалац ступио у државину ствари, а завршава се истеком последњег дана рока потребног за одржај. Време мора да протекне у континуитету без прекида и застоја времена потребног за одржај.

Према ЗОСПО, на стварима у друштвеној својини, одржајем се не може стећи право својине (члан 29). Закон искључује могућност прелеске ствари из друштвене својине у приватну на основу одржаја и не прави разлику између покретних и непокретних ствари. Ово решење би требало кориговати тиме да је могуће стицање права својине и у овом режиму својине, али да су рокови двоструко дужи. Професор Д. Стојановић се у Коментару члана 29. ЗОСПО залагао за могућност да се право својине може стицати и на стварима у друштвеној својини. По њему, „што се тиче забране ванредног одржаја, за покретне ствари у друштвеној својини када одржајем прелазе у приватну својину у дуплом року од редовног одржаја (шест година) уз савесну и закониту државину стицаоца, сматрао је садашње решење Закона неадекватним. Сасвим је било довољно да покретне ствари у друштвеној својини буду привилеговане у односу на рок одржаја када прелезе у приватну својину, тако што ће тај рок бити двоструки у односу на редовни ток одржаја. Тиме је друштвена својина била довољно заштићена. Искључивањем покретних ствари из друштвене својине да одржајем могу прећи у приватну својину не постиже се ништа, само се промет покретних ствари отежава и доводи у тешку ситуацију савесни држаоци таквих ствари, које иначе по својој природи могу бити у правном промету“.²⁶ Питање дужине рокова за одржај против ствари које се налазе у друштвеној својини, беспредметно је, јер се према, члану 29. Закона о основама својинскоправних односа, одржајем не може стећи право својине на стварима које се налазе у овом режиму својине. Имајућу у виду чињеницу да се према Уставу Републике Србије, друштвена својина мора трансформисати у приватну, у будуће ће се и ствари које су се до сада налазиле у режиму друштвене својине стицати као и оне у приватној.

²⁶ Д. Стојановић, Д. Поп Георгиев, Коментар Закона о основним својинскоправним односима, Београд, 1980, стр. 95.

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

USUCAPIO-HOW TO BECOME OWNERSHIP

Abstract

Usucapio, means possession with special qualifications. *Usucapio* is possession capable of ripening into ownership, if it is free for *vitium*, held *ex iusta causa* and *bona fide*. Possession is prima facie evidence of ownership. Possession ripens into ownership by effluxion of time. Possession which is *ex iusta causa* and *bona fide*, ripens into ownership by effluxion for 3 years on mobile goods, and 10 years of immobile goods. If possession is qualified, only as *bona fide*, the time need to effluxion is longer, i.e. 10 years for mobile goods and 20 years of immobile goods. *Usucapio* destroys the title of the previous owner and vests it in the qualified possessor who become new owner.

*Др Бернадеј Бордаш, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

МЕЂУНАРОДНО ПРИВАТНО ПРАВО ЕВРОПСКЕ ЗАЈЕДНИЦЕ ПОСЛЕ КОМУНИТАРИЗАЦИЈЕ: СТАЊЕ И ИЗГЛЕДИ

Сажетак: Амстердамски уговор о Европској заједници (1997) донео је са собом комуниџаризацију међународног приватног права држава чланица у мери која је потребна за остваривање циљева ЕЗ, односно ЕУ. Рад се бави анализом правне основа ове активности надлежних органа ЕЗ који је прописан у члановима 61(ц) и 65 УЕЗ, као и других чланова Наслова IV (чланови 67-69) који потврђују положај комуниџаризованог међународног приватног права као дела права ЕЗ, променама које следе по Лисабонском уговору о изменама и допунама Уговора о Европској унији и Уговора о оснивању Европске заједнице, и даје преглед најважнијих нових извора комуниџарног међународног приватног права.

Кључне речи: правни основ комуниџаризације, извори комуниџарног међународног приватног права, Лисабонски уговор о Европској унији и Уговор о функционисању Европске уније

1. УВОД

Материја која чини предмет међународног приватног права прешла је, на основу Амстердамског уговора о оснивању ЕЗ из 1997. године, у одређеној мери (коју одређују циљеви и политике Европске заједнице) у законодавну надлежност Европске заједнице. Тако је даном ступања на снагу Амстердамског уговора 1. маја 1999. године започела нова ера за државе чланице ЕЗ на пољу међународног приватног права, која се може

назвати ером комунитаризације. Њене карактеристике огледају се у стварању нових правних инструмената међународног приватног права у форми секундарних извора комунитарног права, чија обавезујућа снага за државе чланице зависи од врсте инструмента у којој се конкретни извор усваја (регулатива или директива) и у последицама које комунитаризација повлачи за собом у односу на способност, односно надлежност држава чланица да уређују материју која спада у међународно приватно право путем билатералних и мултилатералних споразума са другим државама у циљу унификације правила међународног приватног права.

Овај рад се бави комунитаризованим, односно комунитарним међународним приватним правом коме даје основ Амстердамски уговор о оснивању ЕЗ, узимајући у обзир и измене по Уговору из Нице. Правни основ треба да покаже да ли је комунитарно међународно приватно право реалност путем анализе одредаба чланова 61-69 Уговора о оснивању Европске заједнице (у даљем тексту: УЕЗ), као и да га стави у контекст циљева Европске заједнице, који му даје оправдање. Из разматрања се не може искључити очекивани најновији развој у на основу Лисабонског уговора у Европској унији и Уговора о функционисању Европске уније чија је израда уследила после неуспеха Уговора о уставу ЕУ у поступку његове ратификације, који су потписани 13. октобра 2007. године. Рад ће дати и преглед најважнијих и најновијих извора комунитарног међународног приватног права, као и активности надлежних органа ЕЗ на изради даљих секундарних извора права у овој области.

2. КОМУНИТАРИЗАЦИЈА МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА

2.1. Успостављање простора слободе, сигурности и правде као циљ комунитаризације

Комунитаризација означава појам и процес према којем одређени правни односи, чије је нормирање раније било у искључивој законодавној надлежности држава чланица Европске заједнице, прешли или прелазе у мери у којој је то потребно за остваривање циљева ЕЗ, у законодавну надлежност Европске заједнице.¹ Приватноправни односи са елементом инос-

¹ Немачки аутор К. Kreuzer под изразом „комунитаризација“ подразумева правну интеграцију унутар и од стране Европске заједнице (или – у случају међународних споразума – од стране држава чланица), која је са аспекта Европске уније аутономна правна интеграција; видети К. Kreuzer, *La communitarisation du droit international privé: les acquis et les perspectives*, у *Droit GLOBAL Law, Unifier le droit: le rêve impossible*, dir. L. Vogel, Université Paris II, Panthéon - Assas, 2001/1, стр. 97.

траности постали су део комунитарног права на основу одредби Наслова IV Уговора о установљењу Европске заједнице у тексту који је усвојен у Амстердаму 1997. године (чланови 61-69). Овај наслов који носи назив „Визе, азил, имиграција и остале политике које се односе на слободно кретање лица“ има за циљ прогресивно успостављање простора слободе, сигурности и правде унутар територије коју чине територије држава чланица² а обухвата читав низ важних питања која су од суштинског значаја са аспекта остваривања политика Заједнице, које су опет у служби остваривања циљева ЕЗ. Ради тога је прописана законодавна надлежност Савета ЕЗ (као и динамика) за усвајање: (а) мера у циљу обезбеђивања слободе кретање лица у складу са одредбама члана 14³ заједно са мерама у погледу контроле на спољним границама, азила и имиграције у складу са одредбама чланова 62(2) и (3) и 63(1)(а) и (2)(а), као и мера за превенцију и сузбијање криминала (ове последње мере у складу са одредбама члана 31(е) Уговора о Европској унији; (б) других мера у области азила, имиграције и заштите права држављана трећих земаља; (ц) мера у области правосудне сарадње у грађанским стварима на начин предвиђен у члану 65; (д) одговарајуће мере ради охрабривања и јачања административне сарадње (у складу са чланом 66); (е) мере у области полицијске и правосудне сарадње у кривичним стварима ради сигурности високог степена путем превенције и сузбијања криминала унутар Уније (у складу са одредбама Уговора о ЕУ)⁴.

Позивање на члан 14. је изузетно важно у контексту простора слободе, сигурности и правде из разлога што даје дефиницију унутрашњег тржишта као „области без унутрашњих граница на којој је обезбеђено слободно кретање робе, лица, услуга и капитала у складу са одредбама овог Уговора“ (став 2 члана 14). Успостављање унутрашњег тржишта прокламовано је Јединственим Европским актом 1986. године⁵ и оно је требало да буде успостављено до 31. децембра 1992. године. Уговор о оснивању Европске заједнице из Мастрихта (1992) преузима одредбу у члан 7а, а Уговор из Амстердама у члан 14. Значај појма и одредбе члана 14 о успостављању унутрашњег тржишта за комунитаризацију међународног приватног права види се у томе да унутрашње тржиште одређује контекст у коме се појавила потреба за успостављањем области слободе, сигурности и правде, чији правни оквир одређује Уговор о ЕЗ, као што прописује и надлежност Савета ЕЗ за доношењем мера, односно секундарних правних

² Видети уводну реченицу члана 61 Уговора о оснивању Европске заједнице, пречишћени текст, Official Journal of EU (у даљем тексту: OJ) C E/1, од 29.12. 2006.

³ Члан 14 УЕЗ односи се на успостављање унутрашњег тржишта.

⁴ Видети члан 61 УЕЗ.

⁵ Члан 13 Јединственог Европског акта, којим се Уговор о ЕЕЗ допуњује чланом 8а, Single European Act 1986, OJ L 169 од 29.06.1987.

извора ради реализације тог циља. Међу тим мерама су и оне у „области правосудне сарадње у грађанским стварима у складу са чланом 65“ УЕЗ.

Одредбе члана 14 УЕЗ нису, међутим, једине у наведеном смислу одређивања контекста с аспекта комунитаризације међународног приватног права. Исту важност добијају и одредбе чланова 17 и 18, којима се установљава право грађанства Уније (члан 17) и на основу којих се свим грађанима Уније даје право „да се слободно крећу и бораве на територији држава чланица, уз поштовање ограничења и услова предвиђених овим Уговором и мерама за његово спровођење“ (став 1 члана 18).⁶ Лица која се користе правом на слободно кретање по наведеним основама из УЕЗ на територији других држава чланица, а не на територији државе чланице чији су држављани, долазе у ситуацију да ступају у приватноправне односе са елементом иностраности, које ће – у недостатку хармонизованог супстанцијалног права од стране ЕЗ – регулисати национално међународно приватно и процесно право државе чланице чије правосуђе има међународну надлежност.

Владајући партикуларизам у међународном приватном праву доводи до правне несигурности и до ситуације у којој меродавно право у погледу правних односа са елементом иностраности зависи од националних колизионих решења, односно од националних правила о међународној надлежности правосуђа држава чланица, што има за последицу да исто спорно питање може да добије различито решење пред судовима различитих држава чланица. Иста је ситуација и са третманом судских одлука једне државе чланице на територији, тј. пред органима друге државе чланице. Правна сигурност чини један од општих принципа комунитарног права. Према Тридимас-у⁷, општи принцип правне сигурности у комунитарном праву захтева да они који су том праву подвргнути, имају сазнање о томе шта је право да би га могли поштовати и планирати свој живот у складу са њим. С тог разлога принцип правне сигурности захтева да правни прописи и одлуке буду објављене, одређене и јасне, да судске одлуке буду обавезујуће, да буду постављене границе ретроактивности прописа и одлука, као и да буду заштићена легитимна очекивања.⁸ На терену међународног

⁶ Грађанство Уније је установљено Мастрихтским Уговором о оснивању Европске заједнице, видети члан 8 и 8а, ОЈ С 224 од 31.08.1992. године.

⁷ T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, 2d edition, 2006, стр. 6, према J.R. Maxeiner, *Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy?*, 15 *Tulane Journal of International and Comparative Law*, стр. 541, 2006-2007.

⁸ A. Von Arnould, *Rechtssicherheit: Perspektivische Annäherungen an eine Idee Directrice des Rechts*, 2006, ch. 7.II, према J.R. Maxeiner, *Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy?*, 15 *Tulane Journal of International and Comparative Law*, стр. 544, 2006-2007.

приватног права правна сигурност има два нивоа: један је непосредни и произлази из различитости националних колизионих норми и норми о сукобу јурисдикција, а други је посредни и има свој извор у различитим супстанцијалним правима различитих држава чланица која су потенцијално меродавна за односе са елементом иностраности. Излаз из овакве ситуације је у хармонизацији или унификацији права држава чланица. У домену супстанцијалног приватног права оваква настојања имају присталице и противнике, с тим да аргументи противника преовлађују.⁹ Реалнија опција је (била) хармонизација, односно унификација правила о сукобу закона и о сукобу јурисдикција у Европској заједници у форми комунитаризације међународног приватног права, што је и учињено одредбама чланова 61(ц) и 65 УЕЗ. Комунитаризација колизионих норми и норми из домена грађанског поступка са елементом иностраности довешће до правне сигурности¹⁰ у смислу да ће судови држава чланица који имају међународну надлежност (утврђену комунитарним правилима) одређивати меродавно право примењујући комунитарне колизионе норме и тако обезбедити да меродавно супстанцијално право буде у сваком случају предвидљиво и независно од тога који национални суд ће поступати. Комунитаризација правила о признању и извршењу страних одлука такође доприноси правној сигурности, с обзиром на то да се осигурава примена истих правила у односу на све одлуке које донесу надлежни органи било које државе чланице. Правна сигурност је онај циљ који је би наведен у припремним документима за израду Бриселске конвенције о надлежности и о извршењу одлука у грађанским и трговинским стварима из 1968. године. У свом Извештају о Бриселској конвенцији из 1968. године, Р. Jenard¹¹ цитира део ноте Комисије ЕЕЗ¹² упућене тадашњим државама чланицама

⁹ Видети, на пример, N. Reich, A European Contract Law: Ghost or Host for Integration, 24 Wisconsin International Law Journal, стр. 425, 2006; Ch. U. Schmid, The Emergence of a Transnational Legal Science in European Private Law, 19 Oxford Journal of Legal Studies, стр. 673, 1999; S. Weatherhill, Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC?, 5 European Review of Private Law, стр. 633, 2004; G. Betlem, E. Hondius, European Private Law after the Treaty of Amsterdam, 1 European Review of Private Law, стр. 3, 2001.

¹⁰ Видети Р.Н. Neuhaus, Legal certainty versus equity in the conflict of laws, 28 Law and Contemporary Problems, 795, 1963.

¹¹ Jenard Report on the Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, OJ C 59, 1979, стр. 1.

¹² „... стварно унутрашње тржиште између шест држава може се постићи само ако ће се обезбедити адекватна правна заштита. Економски живот Заједнице може да буде подложен потресима и тешкоћама све док неће бити могуће, где је то неопходно судским путем, обезбедити признање и извршење различитих права која проистичу из постојања многобројних правних односа. Како надлежност у грађанским и трговинским стварима проистиче

да започну преговоре, у коме се истиче оно што је неспорно и евидентно у миљеу правних односа са елементом иностраности који настају поводом међусобне сарадње различитих држава које су се удружиле ради остварења одређених економских циљева: неопходно усклађивање националних правила о надлежности у грађанским и трговинским стварима и правила о признању и извршењу страних судских одлука *ради обезбеђивања адекватне правне заштите и тиме правне сигурности у циљу успостављања стварног унутрашњег тржишта*.

2.2. Члан 65 УЕЗ: комунитаризација међународног приватног права и комунитарно међународно приватно право

Одредбе на основу којих се конкретније сагледава комунитаризација међународног приватног права садржане су у члану 65. Уводна одредба¹³ која претходи набрајању мера у области правосудне сарадње у грађанским стварима значајне су са више аспеката, који говоре у прилог тези да се може говорити *о комунитарном међународном приватном праву*.

а) Најпре, овлашћење за усвајање мера правосудне сарадње у грађанским стварима обухвата оне грађанске ствари које „имају прекограничне последице“. Овакве последице постоје када правни однос садржи елемент иностраности, што је логично ако се пође од појма унутрашњег тржишта из члана 14 УЕЗ.

б) За усвајање мера из области наведених у члану 65 прописан је *поступак* позивом на члан 67, који има одређене специфичности с обзиром на читаву материју која спада под Наслов IV УЕЗ, али и с обзиром на посебности материје коју члан обухвата. Поступак је, дакле, потврда *комунитарног* међународног приватног права, а нормативно има неколико развојних степеница.

По ставу 1 члана 67 прописано је *једноласно* усвајање мера од стране Савета, „на предлог Комисије или на иницијативу државе чланице и након консултовања Европског парламента“. Имајући у виду да је материја Наслова IV по први пут дефинисана као политика Заједнице и као таква уврштена у законодавну надлежност Заједнице, овај пут је прописан за прелаз-

из суверенитета држава чланица, и како је дејство правних аката везано за поједину националну територију, правна заштита, и отуд и правна сигурност на заједничком тржишту суштински зависе од тога да државе чланице усвоје задовољавајуће решење проблема признања и извршења судских одлука.“

¹³ Уводна одредба члана 65 УЕЗ гласи: „Мере у области правосудне сарадње у грађанским стварима које имају прекограничне последице и које се усвајају по процедури предвиђеној у члану 67, у мери која је неопходна да се осигура добро функционисање унутрашњег тржишта, обухватају:“.

ни период од пет година након ступања на снагу Амстердамског уговора о Европској заједници. Тај период је истекао 2004. године.

Друга степеница је одређена у ставу 2 члана 67¹⁴ и даје Комисији примарну улогу у предлагању доношења мера од стране Савета, као што омогућује и то да се након прелазног периода у Савету једногласно одлучи о томе које ће се мере из Наслова IV усвајати по процедури из члана 251¹⁵, тј. квалификованом већином¹⁶.

Најзад, Уговор из Нице¹⁷ о измени Уговора о Европској унији, Уговора о оснивању Европских заједница и неких пратећих аката је изменио члан 67 додајући му став 5, према којем Савет усваја „мере наведене у члану 65, са изузетком делова који се односе на породично право“ у складу са поступком наведеним у члану 251¹⁸.

ц) Уводна одредба члана 65 поставља и *границе* законодавне надлежности ЕЗ у области међународног приватног права. Надлежност се може вршити „у мери која је потребна да се осигура добро функционисање унутрашњег тржишта.“ Из појма унутрашњег тржишта који је одређен у члану 14 УЕЗ следи да би комунитар(изова)но међународно приватно право требало да

¹⁴ „2. Након периода од пет година:

- Савет доноси одлуке на предлог Комисије; Комисија ће размотрити сваки захтев неке државе чланице да поднесе предлог Савету;

- Савет ће, по поступку једногласног одлучивања, након консултовања Европског парламента, донети одлуку којом се одредбе о процедури из члана 251 примењују на све или на неке области које обухвата ово поглавље, као и одлуку о прилагођавању надлежности Суда правде.“

¹⁵ Члан 251: „1. Када се, у тексту овог уговора помиње овај члан као основ за усвајање неког прописа, примењује се следећа процедура:

2. Комисија подноси предлог Европском парламенту и Савету.

Савет, одлучујући *квалификованом већином*, после добијања мишљења Европског парламента,

- уколико прихвати све амандмане који су садржани у мишљењу Европског парламента, може усвојити предложени акт, како је он измењен;

- уколико Европски парламент не предложи никакве измене, може усвојити предложени акт;

- усваја заједнички став, који саопштава Европском парламенту. Савет обавештава Европски парламент о свим разлозима који су га руководили да усвоји заједнички став. Комисија у потпуности обавештава Европски парламент о својим ставовима.

¹⁶ Савет је на основу одредбе става 2 члана 67 УЕЗ донео одлуку о проширењу поступка саодлучивања у односу на одређена питања, видети Одлуку бр. 2004/927/ЕЦ од 22. децембра 2004. године, ОЈ L 396, 31.12.2004, стр. 45.

¹⁷ ОЈ C 80/2001, стр. 1.

¹⁸ „5. Одступајући од одредби из тачке 1, савет ће усвојити, у складу са поступком наведеним у члану 251:

- мере наведене у члану 65 са изузетком делова који се односе на породично право.“

обухвати она питања која су потребна за обезбеђивање слободног кретања лица и слободног промета робе, услуга и капитала. Питање које треба да се постави јесте колико комунитарна правила о прекограничном достављању судских и вансудских аката, о сарадњи у области добијања доказа, о признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговинским стварима, колико на нивоу Заједнице усклађена правила о сукобу закона и сукобу надлежности, и колико усклађена правила о грађанском поступку доприносе остваривању четири слободе. Односно, да ли ће комунитарне колизионе норме за уговорне обавезе допринети слободном промету робе и услуга, да ли ће комунитарна правила о стечајном поступку унапредити промет капитала, као и да ли ће комунитарне колизионе норме за развод брака, за обавезе издржавања, наслеђивање и брачно-имовински режим утицати на то да се лица – у првом реду грађани Уније – користе слободом кретања на простору без унутрашњих граница. Јавноправни оквир за остваривање четири слободе кретања даје Уговор о Европској заједници на основу чланова о слободи промета робе (чланови 23-31), слободи кретања лица (чланови 39-48), слободи промета услуга (чланови 49-55), слободи промета капитала (чланови 56-60), о праву грађанства Уније (чланови 17-22, нарочито 17-18), о генералној забрани дискриминације по основу држављанства (члан 12), као и пратећи секундарни извори комунитарног права. Приватноправна димензија, међутим, остаје у надлежности националног права сваке државе чланице, укључујући ту и правила међународног приватног права. Ради превазилажења проблема који проистичу из различитости националних права и подизања степена правне сигурности у приватноправним односима који настају поводом остваривања четири слободе - побољшање и поједностављење одређених видова међународне правне помоћи, третмане страних судских одлука, усклађивање колизионих норми и норми о међународној судској надлежности, као и правила о грађанском судском поступку свакако доприносе томе да се осигура добро функционисање унутрашњег тржишта. Остаје, међутим, дилема око *појребне мере*. Питање је, наиме, да ли унификована комунитарна правна правила о признању судских одлука о разводу или законској сепарацији¹⁹ доприносе правилном функционисању унутрашњег тржишта; да ли комунитарна правила о враћању детета које је одведено (тј. отето) од родитеља који је имао и стварно вршио право на старање доприносе наведеном циљу, када истовремено постоје две мултилатералне конвенције²⁰ које покривају ову

¹⁹ Регулатива Савета бр. 2201/2003 о надлежности и о признању и извршењу одлука у брачним стварима и стварима родитељске одговорности, ОЈ L 338 од 23.12.2003.

²⁰ Хашка конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце из 1980. године и Европска (Луксембуршка) конвенција о признању одлука о старању над децом и опоновном успостављању старања из 1980. године.

проблематику и државе чланице ЕЗ су чланице и тих вишестраних инструмената?²¹ Питање је на овом месту више реторичко, него проблемско и наведено је само у функцији илустрације.

2.3. Члан 68 УЕЗ: надлежност Суда правде да донесе одлуке о претходним питањима

Осим комунитарне надлежности за доношење мера/секундарних извора права по питањима која несумњиво спадају у предмет међународног приватног права, одредби о законодавној процедури која се примењује приликом доношења ових мера, и надлежност Суда правде ЕЗ на основу члана 234 говори у прилог томе да је овде реч о комунитарном међународном приватном праву.

Члан 234 УЕЗ прописује надлежност Суда правде да доноси одлуке о претходним питањима у вези тумачења УЕЗ и о ваљаности и тумачењу аката донетих од стране Европске зједнице (и Европске централне банке). Поступак по претходном питању покреће суд државе чланице обавезно или факултативно: а) када се наведена питања појаве у *йосйуйку йред судом државе чланице*, он *може* да затражи одлуку Суда правде, уколико сматра да је одлука о тим питањима потребна за доношење његове пресуде, и б) када се наведена питања појаве у поступку пред судом државе чланице чије одлуке не подлежу правном леку по унутрашњем праву, он је *обавезан* да затражи одлуку Суда правде.

Одредбе члана 68 УЕЗ модификују примену члана 234 у материји која спада под Наслов IV. Поступак по претходном питању може да буде покренут ако су испуњени услови који се тичу предмета поступка и субјекта који има активну легитимацију. Предмет може да буде: (1) тумачење одредаба Наслова IV или (2) ваљаност или тумачење аката органа Заједнице који су засновани на овом Наслову. Субјекти који су овлашћени да покрену поступак су национални *суд државе чланице чија одлука не йодлеже йравном леку йо унуйрашњем йраву*, али – за разлику од обавезе коју установљава члан 234 – само уколико сматра да је одлука Суда правде неопходна да би он донео пресуду. На основу одредбе члана 68 став 3 Савет, Комисија или нека држава чланица такође могу поднети захтев Суду правде да донесе одлуку о тумачењу Наслова IV или аката органа Заједнице који су

²¹ Видети о односу регулативе Брисел II бр. 2201/2003 и других мултилатералних конвенција детаљније код Б. Бордаш, Регулатива Савета (ЕЗ) бр. 2201/2003 о надлежности и признању и извршењу пресуда у брачним стварима и стварима родитељске одговорности: однос Регулative и других инструмената (чл. 60. и 61) – могућности сарадње са државама нечланицама, Zbronic prispevkov z mednarodne znanstvene konference na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru „Evropski sodni prostor“, Марибор, 2005, стр. 63.

засновани на овом Наслову, што представља посебан случај поступка по претходном питању. Он је био неопходан у контексту ограничене надлежности Суда правде по одредбама ставова 1 и 2 члана 67.

Ово решење се не сматра добрим, али је оно прихваћено као прелазно, слично као и код законодавне процедуре по члану 67. Исти тај члан у ставу 2 ставља у задатак Савету да након периода од пет година *донесе одлуку о прилагођавању надлежности Суда правде*. После истека тог рока 2004. године, Комисија је поводом Одлуке Савета о проширењу поступка саодлучивања на одређена питања из Наслова IV²² упутила комуникацију надлежним органима и телима ЕЗ²³ ради прилагођавања оних одредби Наслова IV које се тичу надлежности Суда правде ради обезбеђивања ефикасније судске заштите. Комисија сматра да би се применом поступка из члана 234 УЕЗ, уместо одредаба члана 68 обезбедила униформна примена и тумачење комунитарног права на исти начин као и у осталим областима; омогућило јачање судске заштите на пољу које је нарочито осетљиво с обзиром на основна права (визе, азил, имиграција); исправио корак уназад у судској заштити у грађанским стварима који је уследио у материји коју покрива члан 65 а који је резултат Амстердамског уговора.^{24 25} Према доступним подацима, Комитет за правна питања Европског парламента је позвао Савет да по хтином поступку усвоји нацрт Одлуке на основу става 2 члана 67 УЕЗ о отклањању ограничења надлежности Суда правде у контексту Наслова IV и да се он подвргне процедури из члана 234 УЕЗ.²⁶

2.4. Територијално поље примене Наслова IV, односно комунитарног међународног приватног права

Комунитарно међународно приватно право које има своју функцију у успостављању простора слободе, сигурности и правде кроз обезбеђивање правне сигурности на унутрашњем тржишту дели судбину политика Заједнице које се односе на визе, имиграцију и остале политике које се односе на слободно кретање лица. С обзиром да Уједињено Краљевство, Ирска и Данска нису дале своју сагласност за проширење надлежности

²² Видети белешку бр. 15.

²³ COM(2006) 346 final, Brussels, 28.06.2006.

²⁴ Idem, стр. 3.

²⁵ Протокол о тумачењу Конвенције о надлежности и извршењу судских одлука у грађанским и трговинским стварима од 27. септембра 1968. године од стране Суда правде, од 3. јуна 1971. године је овластио и жалбене судове држава чланица да покрећу поступак по претходним питањима (члан 2), а у стварима из члана 37 Конвенције то овлашћење су имали и првостепени судови. Отуда, одредба члана 68(1) представља ретроградни корак и ограничава надлежност Суда правде.

²⁶ European Parliament, Session Document, Final A6-0082/2007 од 27.03.2003.

Европске заједнице на материју која чини предмет Наслова IV - те не учествују у доношењу мера наведених у члану 61, нити су обавезане њима - њихов положај као држава чланица регулисан је посебним протоколима. Протокол који регулише положај Уједињеног Краљевства и Ирске садржи тзв. opt-in клаузулу, с тим да Ирска може да се користи и клаузулом opt-out, док протокол о Данској предвиђа само opt-out клаузулу.

Протокол бр. 4 о положају Уједињеног Краљевства и Ирске²⁷ у члану 3 даје могућност овим државама чланицама да оптирају за учешће у изради, односно за прихватање неке усвојене мере као обавезујуће у односу на њих. У том циљу свака од ових држава може, у року од три месеца по подношењу неког предлога или иницијативе Савету по питањима из Наслова IV, писаним путем да обавести Савет о намери да се укључи у поступак усвајања и примене предложене мере. Након што се таква мера усвоји, она обавезује државу чланицу која је поднела нотификацију. Ако ове државе не искористе могућност коју пружа члан 3, могу, након што Савет у складу са Насловом IV усвоји неку меру, поднети на основу члана 4 нотификацију Савету и Комисији о намери да прихвате такву меру. На основу члана 8 Протокола Ирска може поднети писану нотификацију председнику Савета да не жели више да буде обухваћена протоколом. Обе ове државе су, 12. марта 1999. године на седници Савета изразиле намеру да учествују у свим активностима комисије у вези са правосудном сарадњом у грађанским стварима²⁸, и до сада давале свој пристанак да буду обавезане мерама које спадају под члан 65 УЕЗ.

Протокол бр. 5 о положају Данске прописује у члану 7 да Данска, у складу са својим Уставом, у сваком тренутку може да обавести остале државе чланице да више не жели да примењује овај Протокол или један његов део. У том случају би она била обавезна да примењује све важеће мере, усвојене у оквиру ЕУ. Данска до сада није нотификовала овакву намеру у односу на мере из члана 65. Међутим, између Европске заједнице и Данске су закључена два споразума из ове области, и то: Споразум између ЕЗ и Данске о надлежности и о признању и извршењу одлука у грађанским и трговинским стварима²⁹ који има за циљ да се одредбе Регулative Брисел I о надлежности и о признању и извршењу одлука у грађанским и трговинским стварима бр. 44/2001 примењују у односима између Заједнице и Данске³⁰, и Споразум између ЕЗ и Данске о доставља-

²⁷ OJ C 321, 29/12/2006, Consolidated versions of the Treaty on European Union and of the Treaty Establishing the European Community.

²⁸ COM(1999) 348 final, од 14.07.1999.

²⁹ OJ L 299, стр. 62 од 16.11.2005.

³⁰ Споразум је одобрен од стране ЕЗ Одлуком Савета од 27. априла 2006. године, OJ L 120, стр. 22 од 5.5.2006.

њу судских и вансудских аката у грађанским и трговинским стварима бр. 1348/2000³¹ с циљем да се одредбе Регулативе о достављању примењују у односима између Заједнице и Данске³². Ови споразуми су ступили на снагу 1. јула 2007. године³³.

3. ЛИСАБОНСКИ УГОВОР О ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ И УГОВОР О ФУНКЦИОНИСАЊУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Након што поступак ратификације Уговора о Европском уставу³⁴ није спроведен до краја због тога што су резултати референдума у Француској и Холандији били негативни, Европски савет је у јуну месецу 2007. године донео одлуку да се у складу са чланом 48 Уговора о Европској унији сазове Међувладина конференција с циљем да се изради Уговор о изменама и допунама постојећих Уговора путем кога би се у њих уградила већина нових решења предложених Уговором о уставу³⁵. Конференција је одржана у јулу месецу, а у октобру су окончани преговори и одобрен је текст Нацрта уговора о изменама и допунама Уговора о Европској унији и Уговора о оснивању Европске заједнице (колоквијално: Реформски, односно Лисабонски уговор)³⁶ чије је усвајање уследило 13. децембра 2007. године. Уговор о оснивању Европске заједнице ће у будуће носити назив „Уговор о функционисању Европске уније“. Наслов IV добија назив „Област слободе, сигурности и правде“ и обухвата пет глава: Опште одредбе, Политике које се односе на контролу граница, азил и имиграцију, Правосудна сарадња у грађанским стварима, Правосудна сарадња у кривичним стварима, и Полицијска сарадња.

Глава III Наслова IV је посвећена Правосудној сарадњи у грађанским стварима, која је регулисана новим чланом 65.

Уводни члан Наслова IV је задржао исту нумерацију (члан 61) као у Амстердамском уговору. Из њега се види комунитаризација не само међународног приватног права, већ и области коју сада чини Стуб три Уговора о ЕУ (правосудна сарадња у кривичним стварима и полицијска сарадња). У ставу 1 се одређује да ће Унија чинити област слободе, сигур-

³¹ OJ L 300, стр. 55 од 17.11.2005.

³² Споразум је одобрен од стране ЕЗ Одлуком Савета од 27. априла 2006. године, OJ L 120, стр. 23 од 5.5.2006.

³³ Данска је ратификовала ове споразуме 18. јаунара 2007. године.

³⁴ Treaty establishing a Constitution for Europe, OJ C 310, стр. 1, од 16.12.2004.

³⁵ Council of the European Union, Brussels, 26. June 2007, 11216/07, POLGEN 73.

³⁶ Видети Draft Treaty amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, на светској мрежи, адреса: <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/cg00014.en07.pdf>, посећене 5.12. 2007. године. Текст Лисабонског уговора објављен је у OJ C 306 од 17.12.2007. године.

ности и правде, поштујући фундаментална права и различите правне системе и традицију држава чланица. Елементи те области су осигурање непостојања унутрашње граничне контроле за лица, одређивање оквира заједничке политике у питањима азила, миграције и контроле спољних граница (став 2); осигурање високог степена сигурности путем мера координације и сарадње међу полицијским и правосудним, као и другим надлежним органима, и, такође, путем узајамног признања пресуда у кривичним стварима, те, уколико се то покаже неопходним, путем приближавања кривичних закона (став 3). У ставу 4 је прописано да ће Унија олакшајти процес правосудја – нарочито у циљу начела узајамног признања судских и вансудских одлука у грађанским стварима.³⁷

Овај последњи елемент добија конкретизацију у одредбама јединог члана Главе III, који члан ступа на место члана 65 Уговора о оснивању Европске заједнице. Он гласи:

„Глава 3

Правосудна сарадња у грађанским стварима

Члан 65.

1. Унија ће развијати правосудну сарадњу у грађанским стварима које имају прекограничне последице, на основу начела узајамног признања пресуда и одлука у вансудским стварима. Та сарадња може укључивати усвајање мера у циљу приближавања права и процеса држава чланица.

2. За циљеве става 1, Европски парламент и Савет ће, посматрајући у складу са редовном законодавном процедуром усвојити мере, нарочито када је то потребно за правилно функционисање унутрашњеј правди, у циљу да се обезбеди:

(а) узајамно признање и извршење међу државама чланицама пресуда и одлука у вансудским стварима;

(б) прекогранично достављање судских и вансудских аката;

(в) усклађеност правила која се у државама чланицама примењују у погледу сукоба закона и јурисдикције;

(г) сарадња у добијању доказа;

(д) ефикасан процес правосудја;

(е) уклањање препрека за правилно функционисање грађанских процесних аката, ако је потребно у циљу унапређивања усклађености правила грађанској судској процесној држава чланица;

(ж) развој алтернативних метода решавања спорова;

(з) подршка едукацији судија и судској особља.

3. Без обзира на став 2, мере које се тичу породичног права са прекограничним последицама усвојиће Савет, посматрајући у складу са сле-

³⁷ Видети члан 61 Уговора о функционисању ЕУ.

цијалном законодавном процедура. Савет ће јосијуијати јенојласно, након консултовања Европској парламенти.

Савет може, на предлој Комисије да усвоји одлуку којом ће се одредити они аспекти породичних односа са прекограничним последицама који могу да буду предмет законодавних акција који се усвајају у редовној законодавној процедури. Савет ће, после консултовања Европској парламенти, јосијуијати једнојласно.

Предлој из претходној сјава ће бити саопијен националним парламенти. Ако национални парламенти изрази своје противљење у року од шест месеци од дана саопијења, одлука неће бити усвојена. Ако не јосијуијати противљење, Савет може да усвоји одлуку.³⁸

У поређењу са горњим излагањима која се односе на важеће одредбе Уговора о оснивању ЕЗ о надлежности у области правосудне сарадње у грађанским стварима, може да се констатује следеће:

1. Издвајање правосудне сарадње у грађанским стварима у посебну главу унутар наслова „Област слободе, сигурности и правде“ и његово свођење на одредбе једног члана може да укаже на то да је предмет који ова област правно регулише различит по осетљивости са аспекта држава чланица³⁹, те их је било могуће правно уредити само одвојено, у складу са специфичностима. Комунитаризација правосудне сарадње у грађанским стварима је била (и остала) најмање спорна у процесу који је започет Амстердамским уговором – у прилог чега говори и положај Уједињеног Краљевства и Ирске, које су се одлучиле да учествују у усвајању и примени мера ЕЗ које се заснивају на одредбама члана 65 УЕЗ. Нови члан 65 одређује законодавну надлежност Европског парламента и Савета у усвајању мера, законодавну процедуру, и питања у којима надлежни органи могу усвајати мере.

2. Листа питања која је обухваћена комунитаризацијом садржана је у ставу 2 члана 65, под тачкама а-х и она, заправо не доноси ништа ново, с обзиром да су сва она обухваћена важећим одредбама и активностима које су предузете у вези са и у складу са чланом 65 УЕЗ⁴⁰.

³⁸ Видети члан 65 Уговора о функционисању ЕУ.

³⁹ Видети члан 61 Уговора о функционисању ЕУ

⁴⁰ Видети Programme of measures for implementation of the principle of mutual recognition of decisions in civil and commercial matters (Програм мера за имплементацију начела узајамног признања одлука у грађанским и трговинским стварима), ОЈ С 12, стр. 1, од 15. јануара 2001.г.; Council Directive 2003/8/EC of 27 January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes (Директива Савета 2003/8/ЕЗ од 27. јануара 2003. ради побољшања приступа судовима у прекограничним споровима путем установљења минималних заједничких правила о правној помоћи у таквим споровима), ОЈ L 26, стр. 41, од 31. јануара 2003. г; о активности

3. Из става 2 члана 65 се види да се мења формулација оправдања доношења (комунитарних) мера: док члан 65 УЕЗ даје овлашћење за усвајање мера у области правосудне сарадње у грађанским стварима у *мери која је потребна да се осигура правилно функционисање унутрашњег тржишта*, а Реформски уговор говори о усвајању мера *нарочито када је то потребно за правилно функционисање унутрашњег тржишта*. Ова последња формулација је шира и сведочи о томе да је правосудна сарадња у грађанским стварима део области слободе, сигурности и правде (став 1 и 4 члана 61 Реформског уговора) и да може укључити усвајање мера ради приближавања права и прописа држава чланица (став 1 члана 65 Нацрта), нарочито када је то потребно ради правилног функционисања унутрашњег тржишта (став 2 члана 65), а не само у мери која би обезбедила исти циљ. Другим речима, комунитаризација међународног приватног права није ограничена мером, већ је део законодавне активности надлежних органа Уније ради остваривања њених циљева, а посебно (или нарочито) када се укаже потреба за обезбеђивањем правилног функционисања унутрашњег тржишта.

4. Законодавна процедура предложена у Реформском уговору такође указује на то да међународно приватно право јесте део права Уније: одредбом става 2 члана 65 је предвиђено да ће мере ради приближавања права и прописа држава чланица усвајати по редовној законодавној процедури од стране Европског парламента и Савета, која подразумева већински принцип одлучивања. Осим овог редовног пута, постоји, међутим, и један изузетан, који чини и најзначајнију новину у односу на Амстердамски, односно Ничански уговор.

Одредбе ставова 3 и 4 Реформског уговора прописују изузетну законодавну процедуру за мере из области породичног права са елементом иностраности. Њу би требало да установи Савет једногласно, након консултовања Европског парламента. Прва фаза усвајања ове изузетне процедуре означава да Савет, на предлог Комисије може да усвоји *одлуку у којој ће се одредити они аспекти породичноправних односа са елементом иностраности, у складу којих се може применити редовна законодавна процедура*. Друга фаза се састоји у нотификовању таквог предлога националним парламентарима држава чланица, којима стоји на располагању рок од 6

ЕЗ у области алтернативних начина решавања спорова видети, на пр. European Code of Conduct for Mediators (Европски Кодекс понашања за медијаторе) из 2004. године, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters (Предлог за усвајање Директиве Европског парламента и Савета о одређеним аспектима медијације у грађанским и трговинским стварима), COM/2004/0718 final – COD 2004/125/, као и ближе на светској мрежи: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_en.htm

месеци да изразе своје *неслањање* са усвајањем одлуке о примени уобичајене (већинске) законодавне процедуре. Ако национални парламент државе чланице изрази неслагање, одлука неће бити усвојена, у противном Савет може да усвоји (једногласно, након консултовања Европког парламента) одлуку о изузетној процедури. У односу на важеће стање из става 2 члана 67 УЕЗ које је слично решењу из Реформског уговора, новину представља укључивање националних парламената и њихово овлашћење да на одлуку о већинској процедури у области питања породичног права, ставе *ветио*.⁴¹ Ова одредба је у складу са Протоколом бр. 1 уз Уговор о функционисању Европске уније и Уговор о Европској унији који се односи на улогу националних парламената држава чланица у активностима Уније.⁴²

5. Даљи показатељ у корист комунитарног међународног приватног права као дела права Европске уније јесте и околност да не постоји посебна одредба о надлежности Суда правде у материји сарадње у грађанским стварима, што значи да се ово питање регулише чланом 234, дакле важи општа одредба о поступку по претходним питањима.

6. Територијално важење члана 65 Главе 3 о правосудној сарадњи у грађанским стварима и даље одређују Протокол о положају Уједињеног Краљевства и Ирске, односно Протокол о положају Данске.⁴³

4. ИЗВОРИ КОМУНИТАРНОГ МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА

Одредбе Наслова IV Амстердамског уговора ни у члану 61(ц), ни у члану 65 не одређују врсту правних инструмената, односно секундарних правних извора у којима ће се доносити мере у области правосудне сарадње у грађанским стварима које имају прекограничне последице. Произлази, да надлежни органи, у зависности од циљева који се желе постићи сваком конкретном мером, могу на основу члана 249 УЕЗ користити било регулативу (уредбу), било директиву, или одлуку, али и препоруке и мишљења. С обзиром да национално међународно приватно право својим нормама о сукобу закона и сукобу надлежности генерално има за циљ да обезбеди правну сигурност и предвидљивост решења, а да унификавањем тих правила у форми билатералних или мултилатералних конвенција ту правну сигурност обезбеђује у одређеном кругу држава, Европска заједница као регионална међународна организација ће мере у области кому-

⁴¹ Видети ближе код S. Peers, *Statewatch analysis – EU Reform Treaty analysis 1: JHA provisions*, на светској мрежи на адреси <http://www.statewatch.org/news/2007/aug/eu-reform-treaty-jha-analysis-1.pdf>

⁴² Видети белешку бр. 33.

⁴³ *Idem*.

нитарног међународног приватног права често користити регулативе (уредбе). Уредбе имају општу важност, обавезују у потпуности и непосредно се примењују у свакој држави чланици.⁴⁴ Иако, на пример, одредба члана 65(б) говори о усвајању мера којима ће се унапредити „усклађеност правила држава чланица која се примењују на сукоб закона и сукоб надлежности“, тај циљ се може најбоље постићи регулативом која ће садржати унификоване колизионе норме и норме о међународној надлежности и тако елиминисати искушење *forum shopping*-а. Не значи, међутим, да у одређеним питањима директива или одлука не може да постигне одређени специфични циљ. Међународне конвенције такође нису искључене, али на основу учења о спољној надлежности ЕЗ и као последица комунитаризације међународног приватног права потписнице не би биле државе чланице, већ ЕЗ.⁴⁵

Од ступања на снагу Амстердамског уговора 1. маја 1999. године законодавна активност ЕЗ на основу чланова 61(ц) и 65 је интензивна. Усвојено је више регулатива (уредби), а врше се припремне радње за израду нацрта даљих регулатива о питањима која се већином везују за одређене аспекте породичноправних односа. Регулative које су усвојене су следеће⁴⁶:

– Регулative Савета (ЕЗ) Но 1346/2000 од 29. маја 2000. године о стечајном поступку⁴⁷,

– Регулative Савета (ЕЗ) Но 1347/2000 од 29. маја 2000. године о надлежности и о признању и извршењу пресуда у брачним стварима и стварима родитељске одговорности за заједничку децу оба брачна партнера⁴⁸,

– Регулative Савета (ЕЗ) Но 1348/2000 од 29. маја 2000. године о достављању у Државе чланице судских и вансудских докумената у грађанским и трговинским стварима⁴⁹,

⁴⁴ Видети члан 249 УЕЗ.

⁴⁵ Видети о овоме Б. Бордаш, *Acquis communautaire* Европске заједнице у области међународног приватног права, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду XXXIII-3/2004, стр. 207; Регулative Савета (ЕЗ) бр. 2201/2003 о надлежности и признању и извршењу пресуда у брачним стварима и стварима родитељске одговорности: однос регулативе и других инструмената (чл. 60 и 61) – могућности сарадње са државама чланицама, *Zbornik prispevkov „Evropski sodni prostor“ z mednarodne znanstvene konference na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru*, Марибор, август 2005, стр. 63.

⁴⁶ Видети детаљне податке о *acquis communautaire* у области правосудне сарадње у грађанским стварима на светској мрежи http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/intro/doc/jha_acquis_1107_en.pdf, стр. 33-36.

⁴⁷ Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings, O.J. L 160, 30/06/2000, str. 1.

⁴⁸ Council Regulation (EC) No 1347/2000 of 29 May 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and matters of parental responsibility for children of both spouses, O.J. L 160, 30/07/2000, str. 19.

– Регулатива Савета (ЕЗ) Но 44/2001 од 22. децембра 2001. године о надлежности и о признању и извршењу пресуда у грађанским и трговинским стварима⁵⁰,

– Регулатива Савета (ЕЗ) Но 1206/2001 од 28. маја 2001. године о сарадњи међу судовима у извођењу доказа у грађанским и трговинским стварима⁵¹,

– Регулатива Савета (ЕЗ) Но 2201/2003 од 27. новембра 2003. године о надлежности и о признању и извршењу пресуда у брачним стварима и стварима родитељске одговорности, којом се ставља ван снаге Регулатива Савета (ЕЗ) Но 1347/2000⁵²,

– Регулатива Европског парламента и Савета (ЕЗ) Но 805/2004 од 21. априла 2004. године о стварању Европске извршне наредбе за неспорне захтеве⁵³,

– Регулатива (ЕЗ) Но 1896/2006 Европског парламента и Савета од 12. децембра 2006. године о стварању Европског платног налога⁵⁴

– Регулатива (ЕЗ) Но 864/2007 Европског парламента и Савета од 11. јула 2007. године о меродавном праву за вануговорне обавезе (Рим II)⁵⁵,

– Регулатива (ЕЗ) Но 861/2007 Европског парламента и савета од 11. јула 2007. године о установљењу Европског поступка у споровима мале вредности⁵⁶,

Осим ових секундарних извора права, у току је рад на доношењу комунитарних аката у следећим областима и питањима:

⁴⁹ Council Regulation (EC) No 1348 of 29 May 2000 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil and commercial matters, O.J. L 160, 30/07/2000, стр. 37.

⁵⁰ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, O.J. L 12, 16/01/2001, стр. 1.

⁵¹ Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil and commercial matters, O.J. L 115, 27/06/2001, стр. 1.

⁵² Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, O.J. L 338, 23/11/2003. стр. 1.

⁵³ Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims, O.J. L. 143, 30/04/2004, стр. 15.

⁵⁴ Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure, OJ L 399, стр. 1 од 30.1.2006.

⁵⁵ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), OJ L 199, стр. 40 од 31.7.2007.

⁵⁶ Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure, OJ L 199, стр. 1, од 31.7.2007.

– претварање Римске конвенције о меродавном праву за уговорне обавезе из 1980. године у Регулативу о меродавном праву за уговорне обавезе (Рим I)⁵⁷,

– изради Регулативе Савета о измени Регулативе (ЕЗ) Но 2201/2003 у питањима која се односе на надлежност и о усвајању правила о меродавном праву у брачним стварима⁵⁸

– изради Регулативе о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу олука и о сарадњи у стварима које се тичу обавезе издржавања⁵⁹

– изради комунитарног акта о сукобу закона у стварима које се тичу брачно-имовинских режима, укључујући питање надлежности и узајамног признања⁶⁰

– изради комунитарног акта о наслеђивању и тестаменту⁶¹.

Наведени усвојени секундарни извори комунитарног међународног приватног права, као и преглед аката који су у законодавној процедури показује која су то конкретна питања међународног приватног права (сукоба закона и сукоба јурисдикција) која су прешла или ће ускоро прећи у надлежност Европске заједнице на основу одредаба Наслова IV, односно на основу чланова 61(ц) и 65 УЕЗ. Комунитарне изворе чине, међутим, и неки други правни акти чији је основ различит, али су последица комуни-таризације међународног приватног права.

С обзиром на територијално важење Наслова IV, односно на посебан положај Уједињеног Краљевства, Ирске и Данске на основу члана 69, у изворе спадају и:

– Одлука Савета (2006/325/ЕЗ) од 27. априла 2006. године која се односи на закључење Споразума између Европске заједнице и Краљевине Данске о надлежности и о признању и извршењу пресуда у грађанским и трговинским стварима⁶², и

⁵⁷ Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), COM(2005)0650 final – COD 2005/0261/

⁵⁸ Council Regulation amending Regulation (EC) No 2201/2003 as regards jurisdiction and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters, Brussels, 17.7.2006, COM(2006) 399 final.

⁵⁹ Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations {SEC(2005) 1629}, COM/2005/0649 final – CNS 2005/0259/.

⁶⁰ Green Paper on Conflict of laws in matters concerning matrimonial property regimes, including the question of jurisdiction and mutual recognition, Brussels, 17.7.2006, COM(2006) 400 final.

⁶¹ Green Paper – Succession and Wills {SEC(2005) 270}, COM/2005/0065 final/

⁶² Council Decision (2006/325/EC) of 27 April 2006 concerning the conclusion of the Agreement between the European Community and the Kingdom of Denmark on jurisdiction and recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 120, стр. 22 од

– Одлука Савета (2006/326/ЕЗ) од 27. априла 2006. године која се односи на закључење Споразума између Европске заједнице и Краљевине Данске о достављању судских и вансудских аката у грађанским и трговинским стварима⁶³.

С обзиром да комунитаризација међународног приватног права, која се огледа у надлежности Европске заједнице у материји сукоба закона и сукоба јурисдикција, има за последицу, да је закључивање међународних споразума са земљама које нису чланице ЕЗ у циљу унификације међународног приватног права, прешло на ЕЗ у виду њене спољне надлежности, изворе комунитарног међународног приватног права чине, такође, и:

– Одлука Савета од 19. децембра 2002. године којом се даје овлашћење државама чланицама, да у интересу Заједнице потпишу Хашку конвенцију о надлежности, меродавном праву, признању, извршењу и сарадњи у погледу родитељске одговорности и о мерама за заштиту деце⁶⁴,

– (Нова) Луганска конвенција о надлежности и о признању и извршењу пресуда у грађанским и трговинским стварима, потписана 30. октобра 2007. године⁶⁵.

5. маја 2006. У тачкама 2 и 3 Преамбуле Одлуке наводи се да је Комисија ЕЗ припремила споразум између Европске заједнице и Краљевине Данске којим се примена одредби Регулative (ЕЗ) Но 44/2001 проширује на Данску; Споразум је у име ЕЗ потписан 19. октобра 2005. године, под условом да касније буде закључен у складу са Одлуком Савета 2005/790/ЕЦ од 20. септембра 2005. г., ОЈ L 299, стр. 62, 16.11.2005., као и информација о ступању на снагу овог Споразума, ОЈ L 94, стр. 70 од 4. априла 2007.г. (Споразум је ступио на снагу 1. јула 2007.)

⁶³ Council Decision (2006/326/EC) of 27 April 2006 concerning the conclusion of the Agreement between the European Community and the Kingdom of Denmark on the service of judicial and extrajudicial documents jurisdiction in civil and commercial matters, ОЈ L 120, стр. 23 од 5. маја 2006. У тачкама 2 и 3 Преамбуле Одлуке наводи се да је Комисија ЕЗ припремила споразум између Европске заједнице и Краљевине Данске којим се примена одредби Регулative (ЕЗ) Но 1348/2000 проширује на Данску; Споразум је у име ЕЗ потписан 19. октобра 2005. године, под условом да касније буде закључен у складу са Одлуком Савета 2005/794/ЕЦ од 20. септембра 2005. г., ОЈ L 300, стр. 53, 17.11.2005., као и информација о ступању на снагу овог Споразума, ОЈ L 94, стр. 70 од 4. априла 2007.г. (Споразум је ступио на снагу 1. јула 2007.)

⁶⁴ Council Decision of 19 december 2002 authorising the Member States, in the interest of the Community to sign the 1996 Hague Convention on jurisdiction, applicable law, recognition, enforcement and cooperation in respect of parental responsibility and measures for the protection of children, ОЈ L 48, стр. 1, од 21. фебруара 2003.г.

⁶⁵ Текст нове Луганске конвенције још није објављен у службеном гласили ЕЗ, али коначан текст је доступан на светској мрежи на адреси Федералне канцеларије за правду Швајцарске:

http://www.ofj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/ipr.Par.0022.File.tmp/260307_entw_lugano_convention-e.pdf

5. ЗАКЉУЧАК

Амстердамски Уговор о оснивању Европске заједнице је дао правни основ за усвајање секундарних извора комунитарног права у питањима која спадају у међународно приватно право, односно у оне његове делове који се означавају као сукоб закона и сукоб јурисдикција. Члан 61(ц), а нарочито члан 65 дају основ и оправдање за преношење надлежности држава чланица у надлежност Европске заједнице у мери која је потребна за правилно функционисање унутрашњег тржишта. Везивање надлежности ЕЗ за потребу правилног функционисања унутрашњег тржишта одређује контекст у коме се сагледава циљ комунитарног међународног приватног права као дела права ЕЗ. Остваривање четири основне слободе на простору без унутрашњих граница индукује потребу за смањењем тешкоћа које су присутне због различитих националних права држава чланица, чиме се – због права које није хармонизовано или унификовано – умањује правна сигурност. Комунитарна правила о сукобу закона могу да обезбеде предвидљивост меродавног права и тако допринесу правној сигурности, а она о сукобу јурисдикција (који, широко посматрано укључује остале тачке члана 65) слободан правни саобраћај и на тај начин, такође, афирмише правну сигурност.

Законодавна процедура прописана у члану 67 за усвајање мера из члана 65 има своје специфичности и по Амстердамском, и по Ничанском уговору у односу на уобичајену, као што и надлежност Европског суда правде да поступа по претходним питањима у овом домену (члан 68) одступа од одредби члана 234. Разлог томе треба тражити у природи материје Наслова IV (чланови 61-69) која је по први пут током развоја Европске заједнице постала део њеног права, управо комунитаризацијом. Статус међународног приватног права као дела комунитарног права, односно права ЕЗ, помало је ослабљен чињеницом да Уједињено Краљевство, Ирска и Данска нису везане мерама које се усвајају на основу Наслова IV, већ је њихов положај уређен посебним протоколима, али то, ипак, не одузима значај чињеници да је међународно приватно право постало део права ЕЗ. У прилог томе говоре и секундарни извори права који су усвојени и чија се израда и доношење планира на основу чланова 61(ц) и 65 УЕЗ.

Предстојеће потписивање Лисабонског уговора о изменама и допунама Уговора о Европској унији и Уговора о оснивању Европске заједнице 13. децембра 2007. године донеће новине у положају међународног приватног права као дела права ЕЗ, у смислу да се оно и у погледу законодавне процедуре, и у погледу надлежности Европског суда правде скоро потпуно изједначава са материјом коју су државе чланице повериле Европској

заједници. Једини изузетак чине мере из области породичног права са елементом иностраности.

Лисабонски уговор ће, међутим, донети и једну промену терминологичког карактера. Уговор о оснивању Европске заједнице постаје Уговор о функционисању Европске уније а термини „Заједница“ и „Европска заједница“ се замењују терминима „Унија“ и „Европска унија“. Промена је, разуме се, последица циља измена који је изражен речима „У жељи да се комплетира поступак започет Амстердамским и Ничанксим уговором, а да би се повећала ефикасност и демократски легитимитет Уније и да би се побољшала кохерентност њеног деловања“⁶⁶. Прилагођавање термина овом циљу ће, с једне стране, елиминисати неуједначености у употреби речи „Заједница“ и „Унија“, а нарочито израза „право Европске заједнице“ и „право Европске уније“ који намећу да се објасни њихово коришћење. С друге стране, „комунитаризација“ као вештачка реч, и остали изведени облици ће, такође, изгубити актуелност, те ће и комунитарно међународно приватно право постати Међународно приватно право Европске уније.

⁶⁶ Видети прву алинеју Преамбуле Лисабонског уговора, Conference of the representatives of the Governments of the Member States, Brussels, 3 December 2007, CIG 14/07.

*Bernadet Bordaš, Ph. D., Full Professor
Novi Sad School of Law*

PRIVATE INTERNATIONAL LAW OF THE EC AFTER COMMUNITARIZATION: STATE AND PERSPECTIVES

Abstract

The Amsterdam Treaty establishing the European Community (TEC) has shifted into the realm of community law the private international law (PIL) of the Member states, and this state has become known as the communitarization of PIL, but only in so far as necessary for the realization of the objectives and goals of the EC and EU, i.e. for the proper functioning of the internal market. The paper is focused to the analysis of the legal basis of the activities of competent institutions of the EC, which is laid down in Articles 61(c) and Article 65 of the TEC, as well as to other relevant articles of Title IV (Articles 67-69) affirming present and future measures as part of community law and creating communitarized private international law, and to the forthcoming changes in the framework of the Lisbon treaty amending the Treaty of European Union and the Treaty establishing the European Community. The paper also gives a survey of the most important secondary sources of EC private international law, based on Articles 61(c) and 65 of TEC.

*Др Раденка Цвејић, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду*

ЗАШТИТА ДРЖАВИНЕ ПРЕМА НАЦРТУ ЗАКОНИКА О СВОЈИНИ И ДРУГИМ СТВАРНИМ ПРАВИМА

Сажетак: *Нацрт Закона о својини и другим стварним правима представља покушај свеобухватног уређења стварноправних односа. Стане наше стварног права пошеница значај овог пројекта и нужности његовог привођења крају путем озакоњења. Овај рад представља прилог јавној расправи која званично није почела, али је омогућена представљањем Нацрта одржаним крајем новембра 2007. године. Предмет интересовања су најзначајније новине које Нацрт доноси у области државине, а наласак је стављен на заштити државине. Највећа пажња посвећена је (перемиторним) уговорима које укључени може испитати у државинској парници, а посебно оним који могу бити утицајни на посебност државинске заштите: уговор да право није прекорачено и уговор јачег права на државину. Наиме, и поред евентуалних ризика садржаних у концепту заштите државине без обзира на право на државину, његову традиционалну усвојеност у нашем стварном праву (зачетку, додуше врло несигурно, Српским грађанским закоником) смањено значајном тежином. Због тога је веома битно не прећи одређену границу преко које посебна правна заштита државине губи смисао и где практично свакој посебној виду заштите и нема, већ се ради само о донекле модификованом експлицитном сору.*

Кључне речи: *државина, посвојење право, новине које доноси Нацрт, уговори у посесорној парници*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Представљање Нацрта Законика о својини и другим стварним правима¹ одржано је крајем новембра 2007. године у присуству званичника, чланова Радне групе која га је израдила и ужег круга правничке јавности. Обиман текст од 682 члана (без прелазних и завршних одредби) плус 13 чланова којима се уређује посебан поступак у парницама због сметања државине², представља покушај свеобухватног уређења стварноправних односа. Значај овог пројекта и нужност његовог привођења крају, односно уласка у скупштинску процедуру, потенциран је чињеницом да Србија практично већ више од шездесет година,³ нема кодификовано стварно право.

У неким ранијим радовима⁴ указано је на најозбиљније проблеме уочене у стварноправној регулативи. Пре свега, листа извора у којима се налазе правила релевантна за стварноправне односе предуга је: Закон о основама својинскоправних односа (право својине, сусвојина, стварне службености, државина, права страних лица), Закон о облигационим односима (ручна залога, право ретенције, уговорно право прече куповине), Закон о промету непокретности (пуноважност уговора о преносу права на непокретностима, законско право прече куповине непокретности), Породични закон (заједничка својина на покретним и непокретним стварима у заједничкој имовини супружника, ванбрачних партнера и чланова породичне заједнице), Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, Закон о хипотеци, Закон о ванпарничном поступку (уређење управљања и коришћења заједничке ствари, деоба заједничке ствари, уређење међа). Поред тога, у погледу бројних значајних института (личне службености, право грађења, суседска права, реални терети, етажна својина) постоји законска празнина, а неки су подрегулисани или, чак, и

¹ Израдила га је Радна група образована 27. октобра 2003. године од стране Министарства финансија и економије Владе Републике Србије. Састав радне групе објављен је у: *Ка новом стварном праву Србије – Нацрт Законика о својини и другим стварним правима*, Београд, 2007, издавачи GTZ (Немачка организација за техничку сарадњу) и Министарство правде Републике Србије; стр. 14 и 17.

² Ради се о процесним одредбама у складу с којима би, у случају усвајања, био измењен Закон о парничном поступку.

³ Тачније речено од 1946. године, када је Српски грађански законик, Законом о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, стављен ван снаге заједно са осталим прописима који су важили у Краљевини Југославији.

⁴ Раденка Цветић: *Стварно право Србије у европским оквирима*, Зборник радова, Правни факултет у Новом Саду, XXXIX, 3/2005, *Стварно право Србије – како даље?*, Зборник радова, Правни факултет у Новом Саду, XL 2/2006, *Реулисање стварноправних односа у Србији – већ виђено?*, Зборник радова, Правни факултет у Новом Саду, XL 3/2006, стр. 246-248.

неадекватно регулисани (државина, стварне службености, начини стицања права својине).

Дуготрајна подрегулисаност неке области, по правилу, производи реакцију детаљне и (пре)опширне регулативе.⁵ То се управо и десило у случају коначне верзије текста Законика о својини и другим стварним правима, која, како је већ истакнуто, садржи 682 члана (без прелазних и завршних одредби), а већина чланова садржи више ставова који су, у многим случајевима, издељени на бројне алинеје. Текст је подељен на дванаест делова: Основне одредбе (чл. 1-37), Државина и притежање (чл. 38-83), Својина (чл. 84-287), Коришћење утрине и пашњака (чл. 288-289), Суседско право (чл. 290-306), Службеност (чл. 307-405), Закуп (чл. 406-435), Реални терети (чл. 436-452), Залога (чл. 453-596), Реални дуг (чл. 597-645), Друга права обезбеђења (чл. 646-682) и Прелазне и завршне одредбе.

2. ПРЕТХОДНЕ НАПОМЕНЕ О ИНСТИТУТУ ДРЖАВИНЕ – ПОРЕЂЕЊЕ У ОДНОСУ НА ПРАВИЛА САДРЖАНА У ЗАКОНУ О ОСНОВАМА СВОЈИНСКОПРАВНИХ ОДНОСА

Поглавље о државини и притежању (чл. 38-83) доноси многе новине у односу на врло оскудну постојећу регулативу у Закону о основама својинскоправних односа (чл. 70-81). Полазиште је, међутим, суштински исто: државина се, као што је то учињено и у Закону о основама својинскоправних односа, схвата и уређује као самостални институт, у смислу њеног постојања и везивања одређених (многобројних) правних последица за њу, без обзира на њену заснованост на праву, односно правном основу.⁶ Ипак, уочљиво је настојање да се утврде ситуације које нарочито⁷ треба сматрати државином, те за које због тога треба везати прописане правне последице, те оне које из оправданих разлога не треба сматрати државином, већ притежањем, да би се полазећи од тога могло закључити које су то ситуације које нису ни државина, ни притежање.⁸

⁵ Да се, у случају оскудне нове регулативе, не би десило да правна пракса, а пре свега судови, по инерцији наставе истим путем.

⁶ Видети више у: Раденка Цветић, *Правна дејства државине*, Практикум за судску праксу – грађанско право, Нови Сад, 2004, стр. 11-14, 175-195; „Појмовна самосталност посједа је независна од тога да ли се у конкретном случају правна и фактичка власт подударају или се разилазе.“ (Славица Крнета, *Посјед*, ауторизована одредница у Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада, Београд, 1978, том II, стр. 1011)

⁷ То практично значи да се желе регулисати све редовне, али и предвидиве ситуације, при чему њихово утврђење ипак није таксативно, већ егземпларно.

⁸ Видети: Владимир В. Водинелић, *Државина и притежање*, у пројекту *Промена својинског законодавства у Србији*, Београд, 2004, стр. 43. Објављена је и књига у оквиру

Навешћемо само најзначајније новине и прецизирања која су извршена у том правцу у Нацрту Законика.

2.1. Шта све јесте државина? – Полази се од тога да државина може бити *својинска* (држалац има или може да врши фактичку власт у погледу ствари, поступајући као њен власник) *корисничка* (држалац поступа као имаалац неког другог овлашћења, а не као власник ствари) и *државина обавезе* (држалац поступа као имаалац обавезе). Да би се прецизирало које ситуације треба третирати као државину, утврђено је да она може бити: физичка државина, државина стања, државина у мировању, заповедна државина, зависна државина, државина неспособног за расуђивање, државина заступаног.⁹

Поред традиционално усвојеног појма судржавине, предвиђена је још и подељена и делимична државина, а као посебни случајеви државине наводе се и наследничка, стечајна и ликвидациона државина.

2.2. Непосредна и посредна државина – Ново је и то што су непосредна и посредна државина регулисане на начин да се међусобно претпостављају.¹⁰ По важећем праву непосредна државина је државина лица које непосредно врши фактичку власт на ствари (без обзира да ли оно то чини само за себе или уједно извршава ту власт и за неког другог¹¹), а према Нацрту: „Непосредна државина је државина лица које поступа као имаалац ужег права, односно као имаалац обавезе на неко чињење или нечињење у погледу ствари која се налази код њега, а посредна државина – државина лица које у **погледу те ствари** (подвукла Р.Ц.) поступа као имаалац ширег права, односно као имаалац права на то чињење или нечињење.“ Овакав приступ је оправдан и логичан, будући да појам непосредне државине има практичан значај само онда када постоји и посредна државина. Наиме, разликовање непосредне и посредне државине је битно да би се одредило ко и у односу на кога ужива државинску заштиту, те због чињенице да непосредни држалац никада нема својинску државину (већ корисничку или државину обавезе), што значи да његова државина не може довести до одржаја права својине.

2.3. Прилижењање – Као притежалац не третира се више само тзв. помоћник у државини (онај који са ствари поступа по упутствима другог или у вези са њим), већ и лице које у погледу ствари поступа као законски

тог пројекта: Владимир В. Водинелић и др., *Промене стварној права у Србији – Могућности реформе у оквиру регионалној развоја у југоисточној Европи*, Београд, 2004.

⁹ Чл. 41-42 Нацрта Законика.

¹⁰ Упоредити чл. 70/1 и 2 Закона о основама својинскоправних односа и чл. 43 Нацрта Законика о својини и другим стварним правима.

¹¹ Тај други (кога називамо посредни држалац) посредством непосредног (посредујућег) држаоца остварује фактичку власт на ствари. Непосредни држалац се са посредним налази у неком односу који подразумева овлашћење или обавезу лица које је непосредни држалац да ствар држи одређено време и да је након тога врати посредном држаоцу.

заступник, које води бригу о другој (иако није његов старац), које само за кратко време или из прости услужности поступа као власник, ималац другог овлашћења односно обавезе у погледу ствари, те лице које из другог разлога није оправдано сматрати држаоцем.¹²

2.4. *Својства државине* – При регулисању својстава државине (законита и незаконита, исправна и неисправна, савесна и несавесна државина), отклоњено је постојеће погрешно одређење законите државине. Према Закону о основама својинскоправних односа да би државина била законита није довољно само да се заснива на пуноважном правном основу, већ је потребно још и да је својинска и да није манљива (односно да није прибављена силом, преваром или злоупотребом поверења). Везивање ових својстава државине исправно је само у случају одређених правних дејстава државине (на пример, редовног одржаја) и зато је правилно што је у Нацрту Законика као критеријум за разликовање законите од незаконите државине узета само чињеница постојања правног основа, важећег и подесног за стицање права/обавезе којој одговара поступање држаоца у погледу ствари. Такође, изричито је утврђено да ће државина заснована на рушљивом правном послу постати незаконита само ако посао буде поништен. Поред тога, разрешена је још једна дугогодишња дилема, присутна и у пракси и у науци, у погледу законитости наследнике државине, тако што је као опште правило¹³ предвиђено да је државина наследника законита без обзира на законитост државине оставиоца. (чл. 49/3)

Поред тога, уместо у теорији и пракси устаљених појмова праве и манљиве државине, уводе се појмови *исправна* и *неисправна* државина, који много тачније означавају разликовање својстава државине које полази од начина прибављања државине.¹⁴

2.5. *Стицање и престанак државине* – Ова питања детаљно су уређена Нацртом Законика.¹⁵ У том смислу регулисано је заснивање државине једностраном радњом, пренос државине, пренос државине уз заснивање нове државине, заснивање државине на основу споразума без преноса, прелаз државине наслеђивањем, те престанак државине (када држалац престане да врши или више не може да врши фактичку власт у погледу одређене ствари, а нарочито када држалац ствар напусти, неповратно из-

¹² Члан 46 Нацрта Законика.

¹³ Од тог општег правила одступа се када је посебним законом одређено друкчије.

¹⁴ „Државина је неисправна ако је прибављена силом, преваром, претњом, потајно, злоупотребом поверења, самовласним заузећем, самовласном променом поступања у односу на оно које је по молби одобрено, или на други неисправан начин, а исправна – ако није прибављена на неисправан начин.“ (чл. 50)

¹⁵ Чл. 57-66. У Закон о основама својинскоправних односа само одредбом чл. 74 утврђено је да се државина губи кад држалац престане да врши фактичку власт на ствари, те да се не губи ако је држалац привремено спречен да врши фактичку власт независно од своје воље.

губи, ствар доспе на недоступно место, пропадне или се у погледу ње на други начин успостави стање супротно дотадашњем, као и кад држалац постане притежалац – чл. 64). Државина поново успостављена путем сапомоћи или одлуком суда сматра се да није ни прекидана. Будући да су правни учинци државине многобројни, од великог је практичног значаја овако детаљно уређење стицања и престанка државине да би се са сигурношћу знало од када и у чију корист „делује“ државина, тј. ко ужива благодети државине. Наведена фикција да прекида државине није било ако је остварењем заштите васпостављена, од изузетног је значаја у случају позивања на правила о стицању права путем одржаја.

2.6. Претпоставке права на основу државине – Врло су значајне (обориве) претпоставке утврђене Нацртом Законика које терет доказивања пребацују на лице које тврди да је фактичко стање супротно правном. Кроз њих се, као и кроз друга правна дејства, манифестују благодети државине.¹⁶ Пре свега, сматра се да је својински држалац¹⁷ власник ствари, уз прописивање ситуација када та претпоставка не важи.¹⁸ Исто тако, за ранијег својинског држаоца сматра се да је имао право својине у време када је био својински држалац. Претпоставка је да је кориснички држалац¹⁹ имао право коме одговара његово поступање у погледу ствари.²⁰ Кориснички држалац не постаје власнички држалац када својевољно почне да поступа у погледу ствари као њен власник.

У свим наведеним ситуацијама фаворизује се држалац и сматра се да је он имао право чију садржину врши, док се супротно не докаже. У погледу држаоца обавезе, међутим, не постоји претпоставка да је он имао одговарајуће обавезе, јер би то био терет за њега који би морао отклањати доказивањем супротног.

¹⁶ Видети: М. Лазић, *Правна дејства државине према Српском грађанском законнику*, Зборник радова са научног скупа Стопедесет година од доношења Српског грађанског законика, Ниш, 1995, стр. 176, 191.

¹⁷ Држалац који у погледу ствари поступа као њен власник.

¹⁸ Претпоставка не важи: ако друкчије проистиче из јавног регистра у који се уписује право својине на ствари, против ранијег својинског држаоца чија је државина престала без његове воље (осим када је реч о новцу и хартијама од вредности), ако се држалац позива на то да је одржајем стекао право својине. (чл. 67/2)

¹⁹ Држалац који у погледу ствари не поступа као власник, већ као имаоц неког другог овлашења (права ужег од права својине). У теорији и упоредном законодавству користе се изрази употребна државина или државина права.

²⁰ Претпоставка не важи: ако друкчије проистиче из јавног регистра у који се уписује одговарајуће право на ствари, у односу на посредног својинског држаоца који му је омогућио непосредну корисничку државину, као ни у односу на лице које према њему поставља својински (ревиндикациону тужбу), односно захтев по јачем основу (публицијанску тужбу), ако се држалац позива на то да је одржајем стекао одговарајуће право. (чл. 68/2)

3. ЗАШТИТА ДРЖАВИНЕ

3.1. *Могући различити њприсџуи*²¹ – При уређењу питања заштите државине могуће је више различитих приступа. Државини се може пружи-ти посебна заштита независно од права на државину – посесорна заштита путем посесорних тужби, или пак путем заштите права из којег проистиче и право на државину – петиторна заштита путем петиторних тужби.

Посесорна заштита, као вид посебне правне заштите државине такође може бити различито конципирана. Или као заштита последњег мирног фактичког стања без расправљања о праву на државину, правном основу државине и савесности држаоца, при чему се могу истаћи само приговор манљивости државине тужиоца у односу на туженог²² и приговор да је између истих лица о истој ствари већ окончан петиторни спор у корист туженог.²³ Такав концепт државинске заштите утврђен је нашим позитивним правом.²⁴ Могуће је, међутим, листу приговора у државинској парници продужити и тиме проширити предмет расправљања у њој, али је при томе веома значајно не прећи одређену границу преко које посебна правна заштита државине губи смисао и где практично таквог посебног вида заштите и нема, већ се ради само о донекле модификованом петиторном спору.

Концепт заштите државине предложен у Нацрту Законика предмет је интересовања у овом раду и биће детаљно размотрен. Но, пре тога треба подсетити на уређење заштите државине у Српском грађанском законнику из 1844. године да би се поткрепила напред наведена теза о томе како се овај вид посебне правне заштите може учинити бесмисленим.

3.2. *Како не љреба* – Регулатива државине у Српском грађанском законнику представља, према опште усвојеном мишљењу домаће правне нау-

²¹ Видети више у: Владимир В. Водинелић, *op.cit.*, стр. 55- 56.

²² *Exceptio vitiosae possessionis ab adversario*. Да би се тужени одбранио овим приговором од државинске тужбе, треба да докаже не само да је тужилац до државине дошао силом, потајно или злоупотребом његовог поверења, већ и да се све (и манљиво стицање државине од стране тужиоца и самовласни повраћај државине од стране туженог) десило у оквиру рокова за подношење државинске тужбе.

²³ *Petitorium absorbet possessorium*. Разматрање овог приговора у државинској парници намеће се као неопходно и без изричитог прописивања, будући да је државинска заштита провизорног карактера, тј. да је њен циљ да се успостави фактичко стање које је постојало пре сметања и да оно траје све док се у прописаном поступку не докаже да је оно у супротности са правним стањем. Ако је то већ учињено, бесмислено је водити државински спор између истих лица о истој ствари.

²⁴ Чл. 78 Закона о основама својинскоправних односа. Исто решење усвојено је и у Хрватској (чл. 21 Закона о власништву и другим стварним правима из 1996. године) и у Словенији (чл. 33 Стварноправног законика из 2002. године).

ке, један скуп несистематских, неконсеквентних и нејасних правила.²⁵ У њему је велико одступање у односу на изворник, Аустријски грађански законик, направљено при регулисању заштите државине. Наиме, одредбом § 339 Аустријског грађанског законика изричито је прописано да ма каква била државина, она ужива заштиту, односно нико нема право да је самовласно узнемирава. Насупрот томе, Српским грађанским законом (§ 201) предвиђено је да само *правична* (законита) државина²⁶ ужива заштиту.²⁷ „По својим крајњим последицама српски систем – ако се уопште сме назвати тим именом овако поступање са државином – представља негирање државине. Јер кад држалац ужива заштиту само под условом да је редовним путем прибавио државину – да има титулус – и да се сем тога тиме не вређају права трећих лица – што ће бити онда случај, кад је уступилац државине био сопственик ствари – онда је очигледно, да се држалац управо и не позива на државину, већ на својину. Грађански законик тражи од држаоца да има право својине, да би му дао државинску заштиту!“²⁸

Јасно је да овакав приступ заштити државине значи да се пружање заштите у државинском поступку увек везује за право на државину, што чини непотребним њено предвиђање као посебног вида правне заштите. Неизвесно је, међутим, да ли је то последица неразумевања овог, иначе, веома сложеног и компликованог института од стране редактора Законика²⁹ или његов уступак лаичком поимању права и правичности и постојећим обичајима.³⁰

²⁵ Видети више о томе: Л. Марковић, *Грађанско право, општи део и стварно право*, Београд, 1912, стр. 294, 298; М. Орлић, *Зашићена државине (поседа)*, Анали Правног факултета у Београду, 3-4/1979, стр. 301.

²⁶ У ст. 1. § 200 одређен је појам правичне државине на следећи начин: „Државина онда је тврда, и има силу и важност, кад је правична, тј. на праву основана, које ће онда бити, када туђа права с тим остају невређима, нити се нарушавају.“

²⁷ Видети више о томе: Д. Попов, Р. Цветић, *Државина према грађанском законуку за Кнежевину Србију*, Зборник радова са научног скупа Стопедесет година од доношења Српског грађанског законика, Ниш, 1995, стр. 170-175.

²⁸ Л. Марковић, *op. cit.*, стр. 297.

²⁹ М. Лазић, *op. cit.*, стр. 183: „Извесно је да је Јовану Хацићу недостајала генијалност и правничко знање једног, рецимо Валтазара Богишића, као неопходне претпоставке за успешан кодификаторски рад. То је допринело непотпуној и нејасној регулативи државине у Српском грађанском законуку.“

³⁰ В. Богишић, *О значају правних обичаја, Правни чланци и расправе*, Београд, 1927, стр. 18: „Држећи се народ тврдо свога обичаја каконо свога производа, већ и ради тога мрзи или бар неповерљиво гледа на свако новотарење, а особито ако оно стоји у опреци с његовим појмовима о праву и правци, и није изазвано очевидним потребама, којима се на други начин не може задовољити...“ Треба истаћи да је Богишић у свом Општем имовинском законуку (чл. 18) предвидео заштиту сваке државине: „Што год ко држи и вољан је да држи, закон му против свакога штити држину, каква год она била, само ако није самовољом добивена.“

3.3. *Како њреба?* – Одговор на ово питање можда се налази у Нацрту Законика о својини и другим стварним правима. У петнаест чланова овог текста (чл. 69-83) који се односе на заштиту државине, садржано је много тога што недостаје у постојећој регулативи овог питања. Њихово пажљиво читање упућује на закључак да је циљ, уз максимално уважавање већ постојеће судске праксе у овој области,³¹ био да се побољша и учини ефикасним систем државинске заштите, створи основ за уједначену судску праксу, те избегне могућност да се пружањем ове заштите учини очигледна неправда.

Остало се на традиционалној позицији да се државина штити путем самопомоћи и судском заштитом.³² Пре прописивања услова за једну и другу, прецизирано је (примера ради, а не тактаивно) шта се сматра одузимањем, а шта узнемиравањем државине.³³ Сматрамо врло битним изричито прописивање када се неће сматрати да постоји сметање државине упркос чињеници да је извршена нека од радњи која иначе представља сметање. То ће бити случај ако је радња која се квалификује као сметање извршена на основу закона, одлуке надлежног органа/организације или пристанка држаоца. На тај начин створен је *основ за истицање њрићовора њројивѡравности*.³⁴

Штити се свака државина, а неисправној државини неће бити пружена заштита само у односу на лице од којег је на неисправан начин прибављена, ако се то лице позове на неисправну државину тужиоца у односу на њега као туженог, и ако је оно самовласно повратило државину у року за вршење самопомоћи (протеком тог рока, неисправна државина постаје мирна и ужива заштиту у односу на свакога). На тај начин створен је *основ за истицање њрићовора да је вршено ѡраво на самојомоћ* (до сада уобичајено називан приговор манљивости државине).

Уређено је питање активне легитимације непосредног и посредног држаоца, суддржалаца и подељених држалаца, када сметање врши треће

³¹ Судска пракса по овом питању показује велики степен креативности управо због недовољности законске регулативе. Њено употпуњавање никако не значи негирање такве улоге суда, већ стварање основа за њено уједначавање.

³² Притежање се штити путем самопомоћи (чл. 69/2), што значи да у државинској парници притежалац није активно легитимисан.

³³ Одузимање је онемогућавање држаоца да врши фактичку власт у погледу ствари, лишавањем ствари, заузимањем ствари, спречавањем приступа ствари или на други начин, а узнемиравање је онемогућавање држаоца да настави да у дотадашњем обиму или на дотадашњи начин врши фактичку власт у погледу ствари, постављањем савладивих препрека, отежавањем приступа, забрањивањем, истицањем права у погледу ствари или на други начин (чл. 70/1-2).

³⁴ Видети: Владимир В. Водинелић, *op. cit.*, стр. 57-58, Славица Крнета, *op. cit.*, стр. 1035.

лице,³⁵ а, такође, и питање активне и пасивне легитимације у међусобном односу непосредног и посредног држаоца, као и суддржалаца и подељених држалаца. Заштита у међусобном односу непосредног и посредног суддржаоца (односно суддржалаца и подељених држалаца) пружа се само у случају прекорачења права на државину у међусобном односу. На тај начин створен је *основ за исцртавање њиховора да њраво није њрекорачено* (када постојање сметања зависи од прекорачења тог права). Ма колико такво решење звучало логично и оправдано, сматрамо да овај приговор знатно проширује предмет расправљања. Као адекватније природи државинске заштите намеће се правило које произилази из става наше судске праксе³⁶ према коме: „Посредни држалац ужива судску заштиту државине и у односу на непосредног држаоца и у односу на треће лице према последњем стању државине засноване правним послом са непосредним држаоцем, при чему није од утицаја пуноважност правног посла о заснивању државине као ни околност да је треће лице сметало посредну државину уз сагласност непосредног држаоца.“ При томе је истакнуто да позивање на правни посао (којим је уређен обим и садржина државине) не значи остваривање права већ начин да се докаже државина посредног држаоца и њена садржина.

Овакав став усвојен у нашој судској пракси представља компромис решења предложеног у Нацрту Законика (које практично значи упуштање у расправу о праву на државину) и решења усвојеног у хрватском Закону о власништву и другим стварним правима, према којем посредни држалац не може остварити заштиту у односу на непосредног држаоца у државинској парници, ако би за одлучивање било неопходно расправљати о њиховом правном односу.³⁷ На тај начин се, практично, посредни држалац лишава права на посесорну заштиту, јер ће по правилу бити потребно расправити њихов правни однос да би се утврдио обим и садржина државине и посредног и непосредног држаоца. Због тога се, уместо наведених крајности, поменути став судске праксе препоручује као одговарајуће законско правило.

³⁵ Сви су активно легитимисани (самостално и независно један од другог), а суд врши враћање ствари према последњем стању државине. Међутим, ако заштиту захтева само посредни држалац или ако непосредни држалац одбије да прими одузету ствар, ствар се предаје посредном држаоцу. Предвиђена је сходна примена овог правила у случају када заштити траже суддржаоци, односно подељени држаоци (чл. 72).

³⁶ Закључак са саветовања грађанских и грађанско-привредних одељења Савезног суда, републичких и покрајинских врховних судова и Врховног војног суда, Београд, 16.5.1985, Intertex – Судска пракса. Наведено у: Раденка Цветић, *Правна дејства државине...*, стр. 20-22.

³⁷ Чл. 23/2 Закона о власништву и другим стварним правима. Видети: Никола Гавела и др., *Стварно њраво*, Загреб, 1998, стр.178.

При утврђивању предмета расправљања у парници која се води по тужби због сметања државине, пошло се од правила које постоји у нашем позитивном законодавству: да суд пружа заштиту према последњем стању државине и насталом сметању (утврђује се само фактичко стање), не узимајући у обзир право на државину, законитост, исправност и савесност државине (суд не утврђује да ли је фактичко стање у складу са правом). Међутим, број предложених изузетака од овог правила знатно је већи од оног који сада постоји (приговор манљивости државине и приговор да је о предмету државинског спора већ пресуђено у петиторној парници; поред тога, у нашој судској пракси је и без изричитог прописивања узиман у обзир и приговор недостатка противправности).

Предвиђено је да тужени може истаћи следеће приговоре: „1. да је вршио право на самопомоћ, 2. да радњу врши на основу закона, одлуке органа или организације која врши јавна овлашћења или пристанка тужиоца, 3. да као непосредни односно посредни држалац, суддржалац или подељени држалац није прекорачио своје право, када постојање сметања зависи од прекорачења тог права, 4. да има јаче право на државину, односно на вршење радње због које је тужен, под условом да то право може да докаже до закључења првог рочишта за главну расправу, 5. да тужилац нема наследничку државину.“ (чл. 82)

Приговори туженог да право није прекорачено и приговор да има јаче право на државину, у посесорни спор уводе елементе петиторног спора. О домањају приговора да право није прекорачено и његовом „негативном утицају“ на самосталност посесорне заштите, већ је било речи уз предлагање могућег погоднијег решења за дату ситуацију. Што се тиче приговора јачег права, који практично подразумева решавање спора о праву у државинској парници, под условом да се то може учинити брзо (по Нацрту Законика *до закључења првог рочишта за главну расправу*), сматрамо да је прихватљив и да у мањој мери може утицати на особеност посесорне заштите. Овако постављен не може умањити сумарност и брзину посесорних парница, а може спречити очигледну неправду која настаје када се пружи заштита лопову или узурпатору права у односу на власника ствари.³⁸

3.4. Самопомоћ – Самопомоћ је, под одређеним условима и у одређеном временском периоду након повреде државине, допуштена и Српским грађанским закоником и Законом о основама својинскоправних односа. У Нацрту Законика прецизирано је шта се подразумева под самопомоћи (употребом силе спречавање одузимања односно узнемира-

³⁸ Сматрамо да се не може дати боља и убедљивија аргументација за увођење овог приговора од оне која је већ понуђена у нашој правној теорији. Видети: Владимир В. Водинелић, *оп. cit.*, стр. 59-60

вања државине, повраћај ствари, васпостављање фактичког стања које је постојало пре сметања), против кога се она може вршити (против лица које врши сметање, лица у чију корист се врши сметање и њихових несавесних следбеника) и када је допуштена (употреба силе нужна, начин њене употребе подесан и у мери колико је неопходно с обзиром на околности, али под условом да се тиме не шкоди несразмерно другоме).

Према Закону о основама својинскоправних односа самопомоћ је дозвољена у оном року у којем се може поднети и државинска тужба.³⁹ У Нацрту Законика предвиђено је скраћење субјективног рока у коме је самопомоћ допуштена, са досадшњих 30 на 15 дана (од сазнања за сметање и учиниоца сметања), с тим што је и даље то сазнање релевантно у року од годину дана од извршеног сметања (објективни рок).

Иако је Нацртом предвиђено знатно скраћење времена у којем се државина може повратити путем самопомоћи, сматрамо да се тиме суштински ништа не мења. Стога, не треба пропустити прилику да се самопомоћ сведе на одбијање истовременог противправног напада на постојеће фактичко стање, тј. да се не дозволи накнадна офанзивна самопомоћ.⁴⁰ Самопомоћ као начин заштите је изузетна управо због чињенице што се жели спречити владавина права јачег, и зато је само изузетно треба допустити, аналогно нужној одрбрани.

3.5. *Тужбе због сметања државине* – Упркос чињеници да је у судској пракси већ изграђен став шта треба да садржи изрека одлуке (решења) у посесорној парници,⁴¹ те посредно тиме и како гласи захтев тужбе којом се покреће поступак за заштиту државине, веома је битно да постоји изричита регулатива ових питања, будући да се ради о посебној врсти поступка. То је и учињено у Нацрту Законика, а, такође, прецизирано је да је држалац активно легитимисан (не и притежалац) и ко је пасивно легитимисан.⁴²

³⁹ Чл. 78/2 и чл. 77.

⁴⁰ Донекле другачије: Владимир В. Водинелић, *op. cit.*, стр. 56-57, Гавела и др., *op. cit.*, стр. 174-176.

⁴¹ Видети неке примере у: Раденка Цветић, *Правна дејства државине...*, стр. 91-133.

⁴² Чл. 79: „(1) Држалац може тужбом да захтева да суд туженом забрани одузимање, односно узнемиравање, које се са сигурношћу може очекивати или је у току, да нареди враћање одузете ствари, да му нареди да васпостави дотадашњи обим или начин вршења фактичке власти у погледу ствари, као и да му забрани понављање таквог или сличног сметања (државинске тужбе). (2) Тужба из става 1. овог члана мора да садржи и захтев да се утврди чин сметања државине. (3) Држалац може поднети државинску тужбу против лица које му државину одузме или узнемирава, против лица у чију корист се врши одузимање или узнемиравање, као и против њиховог следбеника који зна или може знати за одузимање, односно сметање. (4) Одлуком о захтеву за заштиту од сметања државине суд утврђује чин сметања државине, наређује васпостављање ранијег стања државине, односно

Правила о року за државинске тужбе остају иста и у погледу трајања (30 дана од сазнања за сметање и за лице које га врши) и у погледу правног дејства његовог пропуштања (престаје право на судску заштиту,⁴³ што значи да се ради о преклузивном року). Ново је правило о томе када рокови почињу да теку: од дана када је извршена прва радња која представља сметање (ако се радња сметања понавља), односно од дана када је започета радња сметања (ако радња сметања траје или је њеноме створено стање сметања које траје).

Провизорност државинске заштите⁴⁴ истакнута је правилом да право на судску (посесорну) заштиту престаје ако се пре истека рокова за државинске тужбе, правноснажном пресудом утврди право на државину, или право на радњу лица које је извршило одузимање или узнемиравање државине. Будући да су то ситуације када је спор о праву решен, бесмислено је успостављати фактичко стање за које је већ утврђено да није у складу са правним.

враћање одузете државине, забрањује понављање таквог или сличног сметања, под претњом новчане казне, и одређује друге мере потребне за заштиту државине.“

⁴³ Наравно, престаје правно на посесорну заштиту. То не значи да државина остаје без заштите. Заштита се током овог рока може остварити у петиторној парници по општим правилима парничног поступка (подразумева, између осталог, и да се докаже право на државину).

⁴⁴ Видети напомену број 23.

*Radenka Cvetić, Ph.D., Associate Professor
Novi Sad School of Law*

PROTECTION OF A POSSESSION IN THE DRAFT CODE ON OWNERSHIP AND OTHER PROPERTY RIGHTS

Abstract

Draft Code on Ownership and Other Property Rights is the result of an attempt to comprehensively regulate property legal relations. Problems in our property law highlight the importance of this project and require the codification of this area of law. This article is a contribution to a public debate, which has not been launched officially yet, but still is possible thanks to the presentation of the Draft Code at the end of November 2007. This article is focused on Draft Code new provisions on possession rights and its protection. Further, this article is specifically focused on peremptory objections which may be raised by defendants in a possessory proceeding, with reference to those objections which may greatly affect a possession protection: objections of a possessor claiming that the right has not been abused and pre-emptive objections. Despite different concepts of a possession protection, and regardless of the possessory rights which traditionally have been the part and parcel of our property law (as initiated long time ago in the Serbian Civil Code, not in the best of ways), I find it an important legacy. That is why it is necessary not to cross the line where any protection of a possession becomes meaningless and practically non-existent, but simply represents the modified form of a petitory action.

*Др Снежана Бркић, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду*

ЗАШТИТА И ПОМОЋ ЖРТВАМА ТРГОВИНЕ ЉУДИМА У СВЕТЛУ МЕЂУНАРОДНИХ ПРАВНИХ СТАНДАРДА

Сажетак: Аутор се бави проблематиком трговине људима у светлу међународних правних стандарда. Указује се на разлике које у њом постоје између ранијих и савремених међународних докумената. У фокусу рада су заштитна и помоћ жртвама трговине људима као приоритетни принципи у борби против овог облика транснационалног криминалијитета.

Кључне речи: жртва, трговина људима, заштитна, помоћ

1. УВОД

Ропство као легални облик експлоатације људима одавно је укинато. То, ипак, није била сметња да ова идеја и пракса у неким новим облицима оживи у савременим друштвима. Данас се све чешће говори о високом степену распрострањености тзв. „нелегалне трговине људима“¹, нарочито у земљама у транзицији. Она често поприма организовани и транснационални карактер. Иако савремена истраживања ове појаве показују да су жртве трговине људима углавном жене² и деца, не треба изгубити из вида

¹ Употреба тог израза је бесмислена, јер данас ниједан облик трговине људима није и не сме бити легалан.

² Доминантно је њихово учешће као предмета трговине људским бићима, што је одраз њиховог инфериорног правног, политичког, социјалног и економског статуса у друштву.

да њихов предмет могу бити и мушкарци. Исто тако, људима се тргује најчешће у циљу сексуалне, али и радне експлоатације или експлоатације људских органа. Другачији друштвени, економски, културни и други фактори условили су другачије методе савременог ропства, али и другачије методе његовог сузбијања.

2. МЕЂУНАРОДНИ ПРАВНИ СТАНДАРДИ И ТРГОВИНА ЉУДИМА

У овом раду бавићемо се трговином људима у светлу међународних правних стандарда. Под међународним правним стандардима у ужем смислу подразумева се део међународног права утврђен међународним документима и понављан у многим другим сличним актима универзалне, регионалне или националне природе, кога сматрамо доказом о светском важењу критерија на основу којих се може процењивати правни систем сваке државе и који даје овлашћење за све друге државе и међународне организације да се мешају у туђе унутрашње односе, а да при томе не може да им се супротстави аргумент суверености.³ У ширем смислу, међународни правни стандарди представљају скуп фундаменталних правних правила, прихваћених на нормативан, програмски или емпиријски начин, било од међународних организација и тела владиног или невладиног карактера, било од држава са респектабилним нивоом цивилизованости и правне традиције, било од великог броја других држава или од јуриспруденције и правне доктрине.⁴ Уговорни стандарди су правно обавезујући за све државе које су их ратификовале. Вануговорни стандарди (препоруке, декларације, резолуције, принципи, правила) нису правно обавезујући, али као израз консензуса међународне заједнице, значајно утичу на национална законодавства. Они понекад реafirмишу принципе који се према међународном обичајном праву већ сматрају правно обавезујућим за све.

2.1. Време прошло

1. Можемо приметити да међународна борба против „трговине белим робљем“ датира још из далеке 1904. године, када је 18. маја у Паризу закључен Међународни споразум за успешну заштиту од криминалне трговине познате под именом „трговина белим робљем“.⁵

³ В. Димитријевић, Страховлада, Београд, 1985, с. 42.

⁴ С. Бељански, Међународни правни стандарди о кривичном поступку, Београд, 2001, с. 12.

⁵ Споразум је ступио на снагу 21.06.1951. године, а Југославија га је ратификовала 1929 (Службене новине Краљевине Југославије бр. 117/1929) Допунски протокол уз наве-

Овим споразумом, државе уговорнице обавезале су се да установе једну власт којој ће бити поверен посао око прикупљања свих обавештења о врбовању жена и девојака у сврху разврата у иностранству и која ће водити непосредну преписку са сличним страним организацијама. Предвиђене су и мере ради лакшег откривања ових кривичних дела, као што је надзор у железничким станицама, пристаништима и за време путовања, у циљу изналагања лица која спроводе жене и девојке намењене разврату. У том циљу планирано је и издавање упутстава ради прикупљања потребних обавештења подесних да се уђе у траг криминалној трговини. О доласку лица која очигледно изгледају као творци или саучесници ове трговине, или пак њене жртве, биће одмах обавештене власти места њиховог опредељења или заинтересовани дипломатски или конзуларни агенти или друга надлежна власт.

Владе се обавезују да од жена или девојака стране народности које се одају проституцији, узимају изјаве ради утврђивања њихове идентичности и њиховог грађанског статуса и да ће истраживати, ко их је навео да напусте своју земљу. Добијена обавештења биће саопштена властима завичајне земље ових жена или девојака ради њиховог евентуалног репатрирања.

Владе се обавезују да, у границама закона, и уколико је то могућно, жртве ове криминалне трговине у случајевима, кад су остале без средстава за издржавање, повере, привремено, и ради њиховог евентуалног репатрирања, јавним или приватним установама за друштвену заштиту или појединцима који пружају потребне гаранције.

Владе се исто тако обавезују да, у границама закона и уколико је то могућно, врате у њихове завичајне земље оне жене и девојке, које саме траже да буду репатриране или чије репатрирање траже лица која имају власт над њима. Репатрирање ће се извршити тек по постигнутом споразуму о идентичности и народности, као и о месту и дану доласка на границу. Свака земља уговорница ће олакшати прелаз преко своје територије.

У случају да жена или девојка, која има да се репатрира, не би могла сама да накнади трошкове око превоза и кад не би имала ни мужа, ни родитеља, ни тудора, који би те трошкове за њу платили, трошкови учињени око репатрирања до најближе границе или најближег пристаништа у правцу земље из које је пореклом, пашће на терет земље, у којој дотична има место становања, а сви остали трошкови на терет земље из које је пореклом.

Осим тога, владе Уговорница се обавезују да по могућности, у границама закона, врше надзор над бироима или агенцијама који се баве намештањем жена и девојака у иностранству.

дени Међународни споразум потписан је 04.05.1949. а Југославија га је ратификовала 26.04.1951.

2. Међународна конвенција о сузбијању трговине белим робљем из 1910. године,⁶ у циљу ефикаснијег сузбијања трговине белим робљем, захтева од држава уговорница да предвиде као кривична дела такву трговину како малолетним, тако и пунолетним девојкама и женама ако су преваром или путем силе, претње, злоупотребе власти или ма којим другим принудним средством одведене или заведене, чак и ако су неке радње извршене у разним земљама. Предвиђа се и издавање криваца за таква дела, као и достављање молби за судску помоћ при извиђању и суђењу таквих дела.

3. Протокол којим се мења и допуњава Међународни споразум за успешну заштиту од криминалне трговине познате под именом „трговина белим робљем“, из 1904. и Међународне конвенције о сузбијању трговине белим робљем из 1910, потписан је и ступио на снагу 04.05.1949. у Њујорку.⁷ Он само преноси неке функције са француске владе на ОУН.

4. Међународна конвенција за сузбијање трговине женама и децом⁸ служи као допуна претходно наведених аката. Овде се први пут експлицитно ставља акценат на сузбијање трговине децом и предвиђа обавеза кажњавања покушаја и припремних радњи. У вези са регулисањем рада агенција и бироа за намештење, мора се обезбедити заштита женама и деци, који траже посао у другој земљи. Уговорнице се такође обавезују да при регулисању својих усељеничких и исељеничких уреда предузму потребне административне и законодавне мере за сузбијање трговине женама и децом. Оне су се нарочито споразумеле да ће прописати правила за заштиту жена и деце, који путују исељеничким лађама, за сво време путовања. У истом циљу истицаће се објаве на железничким станицама и у пристаништима, којима се упозорава на опасност од трговине белим робљем, и назначују им места где могу добити стан, потпору и помоћ.

5. Конвенција за сузбијање и укидање трговине лицима и експлоатације проституисања других⁹ такође се надовезује на претходне међународне инструменте и апострофира кажњавање сваког искоришћавања проституисања других лица.

⁶ Потписана је у Паризу 04.05.1910; ступила на снагу 14.08.1951; Југославија је ратификовала (Службене новине Краљевине Југославије бр. 117/1929).

⁷ Југославија га је ратификовала и објавила у „Службеном веснику Президијума НС ФНРЈ“ бр. 2/1951.

⁸ Закључена у Женеви, 30.09.1921, ступила на снагу 24.04.1950. Новелирана је Протоколом из Лејк Сасекса, 12.11.1947. Југославија је ратификовала (Службене новине бр. 117/1929).

⁹ Закључена у Лејк Сасексу, 21.03.1950, ступила на снагу 25.07.1951, Југославија је ратификовала (Службени весник Президијума НС ФНРЈ бр. 2/1951).

2.2. Време садашње

На међународном плану је трговина људима нарочито актуелизована деведесетих година XX века. Због тога нису могли остати непримећени напори међународне заједнице на изналажењу нових метода борбе против ове пошаст савременог друштва. О томе сведоче бројни међународни документи (конвенције, препоруке, резолуције). Они су усмерени у четири правца: превенција трговине људима, њено ефикасно кажњавање, заштита и помоћ жртвама, као и унапређивање сарадње међу државама на том плану. У фокусу овог рада биће само један сегмент борбе против трговине људима – заштита и помоћ жртвама ових кривичних дела. То је у складу са принципом да ће људска права лица која су била предмет трговине, бити у средишту свих напора у спречавању и борби против трговине људима, те заштити, помоћи и обештећењу жртава. Дакле, није дужност држава само да спрече и кажњавају трговину људима, већ и да помогну и заштите особе које су биле предмет трговине. Осим тога, мере против трговине људима неће негативно утицати на људска права и достојанство лица која су била предмет трговине, миграната, унутрашње расељених лица, избеглица и оних који траже азил.¹⁰ Повреде људских права су и узрок и последица трговине људима. Од суштинске је важности да људска права буду у центру свих мера, које се предузимају у циљу спречавања и заустављања трговине људима.

Овакво поимање трговине људима кроз призму заштите и помоћи њиховим жртвама је у складу са новим концептом кривичног права, у чијем средишту није само учинилац, већ и жртва кривичног дела, која добија своју пуну правну и друштвену афирмацију. Да у контексту овог кривичног дела жртве заслужују такав приступ сведоче и следеће застрашујуће цифре: према неким проценама сваке године између 700 хиљада и четири милиона жена и деце из целог света постану жртве трговине људима.¹¹ Овако непрецизни подаци су показатељ посебних тешкоћа у откривању ових кривичних дела. Међународна организација за миграције у извештају за 1997. помиње 175.000 жена којима се трговало у Централној и Источној Европи и у земљама са простора бившег Совјетског Савеза.¹² У бившој СРЈ је било између 10.000 и 100.000 жена и деце жртава трговине.¹³ За Србију можемо наћи само посредне показатеље: током 2000. годи-

¹⁰ Чл. 1 – 3. Препоруке принципа и смерница о људским правима и трговини људима (УН – Високи комесаријат за људска права, 2002)

¹¹ Навед. према CEELI Survey of Legislative Frameworks for Combating Trafficking in Persons, 2003.

¹² Навед. према В. Николић-Ристановић и др, Трговина људима у Србији, Београд, 2004, с. 24.

¹³ Навед. према Ј. Бјелица, Трговина људима на Балкану, Београд, 2002, с. 15.

не забележено је 1260 страних држављанки, пре свега из Југоисточне Европе, које су прешле или покушале илегално да пређу границу и изречено преко 2000 прекршајних мера и отказа боравка страним држављанкама затеченим да раде у нашим угоститељским објектима. И док су на страни потенцијалних жртава доминантни социјално-економски фактори, на страни трговаца људима доминантан је фактор профита. Трговина људима је једна од најпрофитабилнијих организованих криминалних активности. Према неким проценама, трговци људима зараде годишње од седам до тринаест милијарди долара.¹⁴

Најзначајнији и први правно обавезујући међународни инструмент који је донет у новије време у области сузбијања трговине људима је Допунски Протокол за превенцију, сузбијање и кажњавање трговине људским бићима, нарочито женама и децом, уз Конвенцију УН против транснационалног организованог криминала (2000).¹⁵ Ту је, затим, Факултативни Протокол о продаји деце, децјој проституцији и децјој порнографији уз Конвенцију о правима детета (2000).¹⁶ Свакако да треба споменути и Препоруку принципа и смерница о људским правима и трговини људима Високог Комесаријата УН за људска права (2002).

3. МЕРЕ ЗАШТИТЕ И ПОМОЋИ

Међународним документима су предвиђене разноврсне мере заштите и помоћи жртвама трговине људима. Све те мере могли би смо поделити с обзиром на разне критеријуме: 1) мере заштите и мере помоћи; 2) мере у кривичном поступку и мере независно од кривичног поступка; 3) превентивне мере и мере у случају већ извршених кривичних дела; 4) мере према посебно рањивим жртвама и сведоцима; 5) мере с обзиром на старост (деца) и пол (жене), који су најизложенији овој врсти кривичних дела; 6) мере у држави примаоца и мере репатријације... При томе, треба имати у виду да је степен гарантовања ових права односно мера различит. Неке су безусловна дужност државе потписнице, неке се обезбеђују по могућности, неке у складу са домаћим прописима, у вези са неким ће се националне државе само трудити или настојати ... У потрази за критеријумом разграничења између мера заштите и помоћи жртвама, чини нам се да долазимо на терен субјективних права, која се у првом случају штите, пре свега у

¹⁴ Ibidem, с. 9.

¹⁵ Усвојен 15.12.2000; ступио на снагу 2003; Југославија га ратификовала (Сл. лист СРЈ – Међународни уговори бр. 6/2001).

¹⁶ Југославија је ратификовала (Сл. лист СРЈ – Међународни уговори 7/2002).

току неког поступка, док се мере помоћи односе на евентуално пружање ванинституционалне подршке и потпоре, често у сарадњи са разним недржавним установама.

3.1. Право на приватност и идентитет

Нажалост, ово право није апсолутно признато, него само „у одговарајућим случајевима и у мери у којој је могуће на основу домаћих законских прописа, укључујући ту и поверљиво вођење законских поступака“.¹⁷

Гарантовање права на приватност жртвама ових кривичних дела није у супротности са принципом јавности прокламованим у чл. 10. Универзалне декларације о правима човека, чл. 14. Међународног пакта о грађанским и политичким правима и чл. 6. ст. 1. Европске конвенције. Према тим, у основи сличним одредбама, свако има право на правичну и јавну расправу током одлучивања о кривичној оптужби против њега. Јавност се може искључити с целог или с дела суђења, између осталог, и када то захтева заштита приватног живота странака. Приватност је „зона имунитета која омогућује узмицање, повлачење, зона где свако може да положи оружје и увуче зубе, који су неопходна одбрана на јавном месту; у тој зони осећамо се опуштено, угодно, у „неглижеу“, ослобођени разметљивог оклопа који нам напољу пружа заштиту. Ово је присно место, домаће, тајно. У приватно се утискује оно што нам је најдрагоценије, што припада једино нама, што се не тиче других, што је забрањено разгласити и показивати зато што се превише разликује од изгледа који част захтева да сачувамо на јавном месту.“¹⁸ Крајње упрошћено, приватност представља право појединца, група или институција да сами одреде када, како и у којој мери ће другима саопштавати информације о себи.¹⁹ Право на приватни живот обухвата идентитет, интегритет, интиму, аутономију и сексуалност јединке, као и комуникацију с другима.²⁰

Јавност судских поступака се може обезбедити и посредно, путем средстава јавног информисања. Код ових кривичних дела треба имати у виду да етички кодекси новинара такође прокламују обавезу новинара на поштовање приватности. Тако, по Кодексу новинарске праксе, издавачи, главни уредници и новинари морају да поштују достојанство и приватност

¹⁷ Члан 6. Протокола за превенцију, сузбијање и кажњавање трговине људским бићима, нарочито женама и децом, који допуњава Конвенцију УН протов транснационалног организованог криминала.

¹⁸ Ф. Аријес, Ж. Диби (прир.), Историја приватног живота 1, Београд, 2000, с. 6-7.

¹⁹ С. Бељански, Право и илузија, Београд, 1999, с. 140.

²⁰ Б. Бановић, Коришћење специјалних средстава за надзор комуникација у преткривичном и кривичном поступку и људска права, Правни живот 9/2001, с. 315.

појединца и да избегавају наметљивост када је у питању лични бол и патња, осим у случају када је то од општег интереса.²¹ Једна од суштинских обавеза новинара према Минхенској декларацији о правима и обавезама новинара Европске заједнице је да поштује приватност других лица. Обавеза поштовања приватности је нарочито наглашена у вези са кривичним поступцима. Тако се Декларацијом о медијској дистрибуцији информација у вези са кривичним поступцима позивају медији и новинари да поштују достојанство, сигурност и, осим ако информација није од јавног интереса, право на приватност жртава, подносилаца представки, осумњичених, оптужених, лица чија је кривица утврђена, сведока, као и њихових породица, у складу са чл. 8. Европске конвенције. На заштити приватности инсистира и Препорука о медијској дистрибуцији информација у вези са кривичним поступцима.²²

3.2. Право на обавештење о релевантним поступцима

Да би се жртве трговине људима подстакле на пријављивање тих кривичних дела треба им дати тачне информације у вези са релевантним поступцима. Информације им треба давати на језику који разумеју. Механизми за заштиту људских права нису делотворни ако грађани нису обавештени ни о њиховом постојању, ни о њиховом значењу. Иако не треба инсистирати на њиховој сарадњи по сваку цену, жртве трговине људима треба у потпуности информисати о начину вођења поступка, њиховој улози у поступку, као и могућем исходу поступка. Према тачки 52. Европског кодекса полицијске етике, полиција ће, без дискриминације, обезбедити потребну подршку, помоћ и информације жртвама кривичних дела.²³

3.3. Право на правну помоћ у току кривичног поступка

Жртве трговине људима јављају се у кривичном поступку у својству оштећеног или сведока. Без обзира што немају статус окривљеног, њима у принципу треба обезбедити адекватну правну помоћ. Ово је потребно нарочито због тога што су у питању лица која су, као последица свог ропског положаја, и сама ушла у криминалну зону и постоји оправдан страх од кажњавања. Осим тога, та лица редовно спадају у категорију посебно рањивих лица, чији интереси се на други начин тешко могу заштитити. Они треба да обезбеде да правне процедуре у којима учествују жртве тр-

²¹ Усвојен 1981. од стране Међународне федерације новинских издавача, <http://www.cpm.edu.yu/code/navigate.asp?Id=43>, dostupno 13.03.2005.

²² Усвојена од стране Комитета министара 10.07.2003.

²³ Ово право би требало да имају жртве свих кривичних дела (вид. Препоруку о положају жртве у оквиру кривичног права и политике (1985).

говине људима не повреде њихова права, достојанство, физичку и психолошку добробит.²⁴

3.4. Право на физичку безбедност

Заштита приватности и идентитета жртава подразумева и одговарајуће облике процесне и програмске заштите од одмазде и застрашивања од стране трговаца људима или њихових сарадника. Жртве трговине људима морају бити унапред и потпуно обавештене о тешкоћама код заштите идентитета и не би им се смела пружати нетачна и нереална очекивања у вези са способношћу органа за спровођење закона у том смислу.

Начело 16. Препоруке о медијској дистрибуцији информација у вези са кривичним поступцима односи се на заштиту сведока, чији идентитет се не сме откривати, осим ако се сведок није претходно сложио, ако идентификација сведока није од јавног интереса или ако сведочење већ није обављено пред јавношћу. Идентитет сведока се никад не сме открити ако их доводи у животну опасност или представља претњу њиховој сигурности. Програми заштите сведока се морају строго поштовати, посебно у оквиру кривичних поступака који се воде против организованог криминала или поводом злочина почињених у оквиру породице.

3.5. Право на посебан третман рањивих жртава

Овде се ради о категорији рањивих тј. посебно осетљивих жртава и сведока, где спадају, пре свега, жене, старци, деца, физички и душевно болесна лица, као и лица посебно трауматизована с обзиром на природу, начин извршења или последице кривичног дела. Посебна правила о третману таквих лица су мотивисана потребом додатне заштите у циљу спречавања њихове секундарне виктимизације. Препорука о застрашивању сведока и правима одбране (1997) препоручује националним законодавствима посебне мере према рањивим жртвама и сведоцима, као што су могућност саслушања уз помоћ стручних лица, избегавање унакрсног саслушања, саслушање путем видео-конференцијске везе и сл. Према тачки 44. Европског кодекса полицијске етике (2001) припадници полиције поступаће са интегритетом и поштовањем према грађанству и са посебним обзиром према појединцима који припадају посебно осетљивим групама. Полицијске истраге биће обазриве и прилагодљиве посебним потребама лица, као што су деца, малолетници, жене, припадници мањинских група укључујући националне мањине и осетљива лица. (тачка 49 Европског кодекса полицијске етике)

²⁴ Упор. са Препоруком о помоћи жртвама и спречавању виктимизације (1987).

3.6. Право на накнаду штете

Жртве трговине људима треба да буду информисане и о свом праву на накнаду штете коју су претрпеле извршењем кривичног дела. Треба приметити да овде не долази у обзир само материјална, већ и нематеријална штета, која је код ових лица често присутна.

3.7. Мере помоћи

Жртвама трговине људима треба пружити одговарајуће мере помоћи, које могу обухватати: мере физичког, психолошког и социјалног опоравка; одговарајуће становање; пружање савета и информација везаних за њихова законска права на језику које жртве могу да разумеју; лекарску, психолошку и материјалну помоћ; запослење; могућност образовања и обуке. Ове мере могу укључити у одговарајућим случајевима и сарадњу са невладиним организацијама и другим елементима грађанског друштва. Од великог значаја је сигуран и адекватан смештај, који задовољава потребе лица која су била жртве трговине. Такав смештај не сме да зависи од спремности жртава да сведоче у кривичним поступцима. Лица која су била предмет трговине не би смела да се држе у имиграционим центрима, другим установама притвора или кућама за скитнице. Здравствена заштита мора почивати на принципу добровољности. Од жртава се нарочито не сме тражити обавезно тестирање на болести, укључујући HIV/AIDS.²⁵

3.8. Статус жртава у држави примаоцу

Свака држава ће, поред наведеног размотрити усвајање законских или других одговарајућих мера које жртвама дозвољавају да на њеној територији остану привремено или трајно, у одређеним случајевима. При томе ће, свака држава на одговарајући начин имати у виду хуманитарне и факторе самилости.

Жртве неће бити притворене, осуђене или кривично гоњене због неlegalности свог уласка или боравка у земљи транзита или крајњег одређишта, или због умешаности у незакониту активност до мере докле је она директна последица положаја лица које је било предмет трговине.²⁶ Осим тога, државе ће обезбедити да лица која су била предмет трговине буду заштићена од даљег искоришћавања, злостављања, те да имају приступ адекватном физичком и психолошком збрињавању. Таква заштита и збрињавање неће бити условљени сарадњом тргованог лица у судским поступцима. Правна и друга помоћ ће бити одобрена тргованим лицима током

²⁵ Вид. смерницу бр. 5. Препоруке.

²⁶ Вид. чл. 7. Препоруке.

трајања било каквих кривичних, цивилних или других акција против осумњиченог трговца. Државе ће дати заштиту и дозволу за привремени боравак жртвама и сведоцима током судског поступка.

Такође треба обезбедити да жртве трговине људима буду обавештене о свом праву приступа дипломатско-конзуларном представништву своје државе. Особље у конзулатима и амбасадама треба да буде обучено за пружање информација и помоћи таквим лицима. Ово се неће односити на жртве које траже азил.

3.9. Репатријација жртава

Држава потписница Протокола, чији је држављанин жртва трговине људима, или у којој је то лице имало право на стални боравак у време уласка на територију државе потписнице примаоца, омогућиће и прихватиће, уз дужну бригу о безбедности лица, повратак тог лица без непотребног или неоправданог одлагања. Када држава потписница враћа жртву нелегалне трговине људима држави потписници чији је држављанин то лице или у којој је оно имало право на стални боравак у време уласка на територију државе потписнице примаоца, то враћање ће бити, уз дужну бригу о безбедности тог лица и о стању свих врста правних поступака с обзиром на чињеницу да је то лице жртва нелегалне трговине људима, по могућству, добровољно.

На захтев државе потписнице примаоца, држава потписница од које то буде затражено ће без непотребног или неоправданог одлагања потврдити да ли је лице које је жртва нелегалне трговине људима њен држављанин или да ли је имало право на сталан боравак на њеној територији у време уласка на територију државе потписнице примаоца.

Да би омогућила повратак жртве нелегалне трговине људима, која је без одговарајуће документације, држава потписница чији је држављанин то лице, или у којој је оно имало право на сталан боравак у време уласка на територију државе потписнице примаоца, сложиће се да изда на захтев државе потписнице примаоца сва путна документа или друго овлашћење које може бити потребно да омогући том лицу путовање и поновни улазак на њену територију. Ова одредба не доводи у питање ниједно право које жртвама нелегалне трговине људима даје било који домаћи законски пропис државе потписнице примаоца, као ниједан важећи билатералан или мултилатералан споразум или аранжман који уређује, у целини или делимично, повратак жртвама нелегалне трговине људима.

У сарадњи са невладиним организацијама треба обезбедити да лица која су била жртве трговине а која се врате у земљу порекла, добију помоћ и подршку, неопходну да се обезбеди њихова добробит, социјална реинтеграција и спречи понављање трговине.

3.10. Права деце жртава

Полазна тачка у разматрању положаја деце жртава трговине су одговарајуће одредбе Конвенције УН о правима детета.²⁷ Тако веома значајна одредба чл. 3, по којој су у свим активностима које се тичу деце од примарног значаја интереси детета без обзира на то да ли их спроводе јавне или приватне институције за социјалну заштиту, судови, административни органи или законодавна тела. Према чл. 6. у највећој могућој мери треба обезбедити опстанак и развој детета. Сходно чл. 11. државе чланице предузимају мере за борбу против нелегалног трансфера и невраћања деце из иностранства. Чл. 34. обавезује државе да заштите дете од свих облика сексуалног изабљивања и сексуалне злоупотребе. У том циљу, предузимају се одговарајуће националне, билатералне и мултилатералне мере за спречавање навођења или присиљавања детета да учествује у незаконитим сексуалним активностима; експлоататорског коришћења деце у проституцији или другим незаконитим сексуалним радњама; експлоататорског коришћења деце у порнографским представама и часописима. Најзад, према чл. 35. државе чланице предузимају све одговарајуће националне, билатералне и мултилатералне мере за спречавање насилног одвођења, продаје или трговине децом у било ком циљу и у било ком облику.

Факултативни протокол о продаји деце, дејој проституцији и дејој порнографији,²⁸ уз Конвенцију о правима детета садржи следеће заштитне одредбе:

1) Признавање рањивости деце жртава.

Ово се подразумева у свим фазама кривичног поступка, као и прилагођавање поступка ради признавања њихових посебних потреба, нарочито у својству сведока.

2) Обавештавање деце жртава о њиховим правима, њиховој улози и обиму, временском распореду и напредовању и исходу поступка.

3) Допуштање да се размотре гледишта, потребе и преокупације деце жртава, у поступку у ком су погођени њихови лични интереси, на начин који је у складу са правилима националног процесног права.

4) Обезбеђивање одговарајућих услуга подршке деце жртвама током читавог правног поступка.

5) Заштита, кад је то одговарајуће, приватности и идентитета деце жртава и предузимањем мера у складу са националним правом како би се избегло неподесно ширење информација које би могле довести до идентификовања деце жртава.

²⁷ Конвенција је усвојена 20.11.1989, ступила на снагу 02.09.1990, Југославија је ратификовала (Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори бр. 15/1990).

²⁸ Југославија га ратификовала (Сл. лист СРЈ – Међународни уговори 7/2002).

6) Обезбеђивање, у одговарајућим случајевима безбедности деце жртава, као и њихових породица и сведока који сведоче са њихове стране, од застрашивања и одмазде.

7) Избегавање непотребног одлагања разматрања случајева и извршавања налога или одлука о давању обештећења деци жртвама.

8) Неизвесност у погледу стварног узраста жртве неће спречавати покретање кривичне истраге.

9) Систем кривичног правосуђа ће се првенствено руководити најбољим интересом детета.

10) Усвајање мера заштите безбедности и интегритета лица и организација укључених у спречавање и заштиту и рехабилитацију жртава таквих дела

При свему наведеном, ниједна одредба неће се тумачити тако да утиче или да није у складу са правима оптуженог на правично и непристрасно суђење.

4. СМЕРНИЦЕ ЗА ИЗГРАДЊУ НАЦИОНАЛНИХ ЗАКОНА И ПРОГРАМА

Недостатак посебног или адекватног законодавства о трговини људима је идентификован као једна од највећих препрека сузбијању тих кривичних дела. Оквирне тачке за национална законодавства у овој области дате су у једном броју међународних докумената.

4.1. Сарадња државе, међувладиних и невладиних организација

Према једној од препорука, државе, међувладине и невладине организације треба да размотре неколико битних смерница.²⁹ Националне институције људских права и релевантни сектори цивилног друштва треба да се консултују са судским и законодавним телима приликом израде, усвајања, спровођења и прегледа легислативе, програма и политика против трговине људима. Такође треба сачинити национални план акције против трговине људима и то искористити за изградњу веза и партнерства између владиних институција и сектора цивилног друштва укључених у борбу против трговине људима и за помоћ особама са којима се трговало. Нарочито треба обезбедити да се питање дискриминације по основу пола систематски потенцира при предлагању мера против трговине људима, како би се осигурало да такве мере немају дискриминаторни карактер. Такође треба заштитити право на слободу кретања свих лица и обезбедити да мере против

²⁹ Вид. смерницу бр. 1 тачке 1 – 10. Препоруке Високог комесаријата УН.

трговине људима не нарушавају ово право. Закони, програми, политике и интервенције против трговине људима не треба да утичу на права свих лица, укључујући лица која су била предмет трговине да траже и уживају азил од кривичног гоњења према међународним прописима о избеглицама, посебно кроз успешну примену принципа невраћања натраг. Треба успоставити механизме контроле утицаја људских права на законе, програме, политику и интервенције против трговине људима. По могућности, такву улогу поверити независним националним институцијама људских права, ако оне постоје. Невладине организације, које раде са лицима са којима се трговало, треба охрабривати да учествују у контроли и оцени утицаја људских права на мере против трговине људима. Детаљне информације о предузетим мерама давати у периодичним извештајима надлежним телима за људска права УН. Треба обезбедити да билатерални, регионални и међународни уговори о сарадњи и други закони и политике које се односе на трговину људима, не утичу на права, обавезе и одговорности државе према међународном праву, укључујући прописе о људским правима, хуманитарне прописе и прописе о избеглицама. УН треба да понуде техничку и финансијску помоћ државама и релевантним секторима цивилног друштва у развијању стратегије против трговине људима на принципима људских права.

4.2. Идентификовање жртава трговине и трговаца људима³⁰

На теоријском и на практичном плану јавља се потреба разграничења трговине људима од других сличних појава као што су кријумчарење, добровољна проституција, просјачење и слично. Основни критеријум разграничења трговине људима од кријумчарења имиграната је присуство силе, принуде или преваре у циљу експлоатације. Тај моменат некад може бити очигледан, а некад се тешко доказује. Пропуштање да се тачно идентификују жртве трговине људима, вероватно ће бити узрок даљег кршења њихових људских права. Због тога су државе обавезне да учине могућим такво идентификовање и да га спроводе. Државе су такође обавезне да идентификују трговце људима.

Израда смерница за одговарајуће државне службенике (полиција, гранична служба, служба за имиграцију и друге службе укључене у откривање, притвор, прихват и процесуирање нерегуларних миграната), могла би омогућити брзу и тачну идентификацију лица која су предмет трговине. У склопу тога требало би обезбедити и адекватан тренинг одговарајућим лицима за идентификовање жртава трговине.

Такође, треба обезбедити сарадњу између државних служби и невладиних организација да би се омогућило идентификовање и типови помоћи

³⁰ Смерница бр. 2. Препоруке.

жртвама. Пронаћи начин да се мигранти и потенцијални мигранти упозоре на могуће опасности и последице трговине и добију информације на основу којих могу тражити евентуалну помоћ.

Обезбедити да лица која су била предмет трговине не буду кажњена за повреде имиграционих закона и за активност у коју су укључена, као последицу њиховог положаја. Она такође, не треба да буду лишена слободе или задржана у притвору. Обезбедити процедуре за пријем и разматрање захтева за азил, како лица којима се трговало, тако и кријумчарених лица, тако да се увек поштује принцип невраћања.

4.3. Истраживање, анализа, оцена и ширење информација³¹

Успешне и реалне стратегије против трговине људима морају да буду засноване на тачним и актуелним информацијама, искуствима и анализи. Медији имају важну улогу у подизању свести јавности о феномену трговине људима, дајући тачне информације у складу са професионалним етичким стандардима.

Треба радити на усвајању и коришћењу међународно усвојених дефиниција трговине људима садржаних у Протоколу из Палерма. Треба обезбедити стандардизовано прикупљање података о трговини људима. Подржавати и подстицати истраживања о трговини људима. Истраживачке методологије и технике треба да буду највишег квалитета и да спрече додатну трауматизацију. Процењивати стварне учинке закона у односу на његову сврху. Препознавање централне улоге невладиних организација у побољшању спровођења закона о трговини људима.

4.4. Адекватан одговор органа који спроводе закон³²

Иако трговина људима расте у свим деловима света, само мали број трговаца је процесуиран. Ефикаснија примена закона би обесхрабрила трговце и тако директно утицала на потребу за трговином. Ефикасно сузбијање трговине људима зависи добрим делом и од сарадње лица која су била предмет трговине или других сведока. У великом броју случајева таква спремност не постоји због недостатка поверења у полицију и судски систем или због недостатка ефикасних заштитних механизма. Овај проблем се компликује када су државни службеници саучесници у трговини људима. У таквим случајевима треба предузети јаке мере истраге. Осим тога, треба обезбедити да операције „ослобађања“ не повређују додатно права и дигнитет лица која су била предмет трговине.

³¹ Смерница бр. 3 Препоруке.

³² Смерница бр. 5 Препоруке.

Особље државних органа за гоњење трговине људима треба адекватно обучити и посебно сензибилисати за жртве трговине, нарочито жене и децу. Жртве треба подстицати на пријављивање трговине људима а у обуку се могу укључити и невладине организације. Особље које спроводи закон треба снабдети адекватним истражним овлашћењима и техником, која би омогућила ефикасно кривично гоњење. Држава треба да помогне развој проактивних истражних процедура које избегавају превелико ослањање на сведочење жртве.

Треба оспособити и професионализовати посебне јединице против трговине људима и захтевати да у фокусу борбе против трговине људима буду пре свега трговци, а не лица која су била предмет трговине. Жртве трговине људима не треба да ризикују прекршајну одговорност, као последицу њиховог положаја.

*Snežana Brkić, PH. D, Associate Professeur
Novi Sad, Faculty of Law*

PROTECTION AND SUPPORT OF VICTIMS OF TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS IN LIGHT OF INTERNATIONAL LAW STANDARDS

Abstract

The purpose of the present paper is to contribute to the elaboration of a concept for the protection of victim-witnesses of trafficking in human beings. Following a brief introduction, the paper will present some former and some current international law standards of trafficking in human beings. Essence of this paper are measures of victim protection and support which are the priority in fight with this form of transnational organised crime.

*Др Весна Клајн-Тайић, виши научни сарадник
Института друштвених наука у Београду*

УЗИМАЊЕ ОРГАНА ОД УМРЛИХ ДАВАЛАЦА – МЕДИЦИНСКИ, ЕТИЧКИ И ПРАВНИ ПРОБЛЕМИ

Сажетак: *Опште је усвојен став законодаваца већине земаља да узимање органа од умрлих има већи практични значај него узимање органа од живих давалаца. С друге стране, у правној теорији примењује се да иако су, теоретски, потенцијални умрли даваоци широко на располагању, у пракси, ојоравак прималаца кадаверичних органа, као и ткива и ћелија, није поуздан и операције и даваоца и примаоца морају да се предузму по карактеру хитне хирургије.*

Закони о трансплантацији садрже мање-више детаљне одредбе о условима под којима је допуштено узимање органа од умрлих особа. Ту су од нарочито значаја два питања: одређивање тренутка смрти потенцијалног даваоца и његово право на самоодређење у односу на властити леш.

Одређивање тренутка смрти потенцијалног даваоца, као и различита решења у погледу допуштеног узимања органа од умрлих особа, аутор разматра како са гледишта правне теорије и медицинске и судске праксе, тако и са становишта позитивне права, пре свега правних прописа земаља-чланица Европске уније, Северне Америке, Бразила, Аустралије, Јапана и Кине, као и Сиднејске декларације о утврђивању смрти Свешкој медицинској удружења из 1983. године и Резолуције Бр. Р (78) 29 о уклањању, presaђивању и трансплантацији сујестанција од умрлих особа Савета Европе из 1978. године. Норме спрованих националних и међународних правних прописа у овој материји, аутор уређује са одговарајућим домаћим прописима.

Кључне речи: *Појам и тренутак смрти потенцијалног донора, допуштеносћ узимања органа умрлој, ојравдање ставом нужде, присиљанак или сагласносћ, пројивљење или прејисостављена сагласносћ.*

УВОД

При садашњем развоју медицине и медицинске технологије, извори органа могу бити живи даваоци, лешеве, мождано мртве особе, фетуси и аненцефалусна новорођенчад. Коришћење сваког од наведених извора органа употребљених за трансплантацију изазива како правне, тако и етичке и медицинске недоумице и проблеме. У овом раду бавићемо се умрлим особама као даваоцима органа за пресађивање.

Опште је усвојен став законодаваца већине земаља да узимање органа од умрлих има већи практичан значај него узимање органа од живих давалаца. С друге стране, у правној теорији примећује се да иако су, теоретски, потенцијални умрли даваоци широко на располагању, у пракси, опоравак прималаца кадаверичних органа, као и ткива и ћелија, није поуздан и операције и даваоца и примаоца морају да се предузму по карактеру хитне хирургије. Као и код живих давалаца, и овде постоје три главне биолошке препреке које треба да се савладају у успешној трансплантационој терапији: неутрализовање реакције „ткивног имунитета“; осигурање да су дати органи здрави и, очување органа да остану способни за живот у периоду између њиховог узимања и њиховог примања. Практичан резултат тога јесте да умрли даваоци треба да буду релативно млади и умрли или од несрећног случаја или од локализоване природе болести која нема утицај на ткиво које се даје. Ово подразумева ограничења на године старости давалаца, али су оне више него што би се могло очекивати: 70 година за даваоце бубрега; 50 година за даваоце јетре; 40 година за даваоце срца. Са сталним побољшавањем општег стања здравља у старости ова ограничења могла би бити, у великој мери, превазиђена или ублажена.¹

Закони о трансплантацији садрже мање-више детаљне одредбе о условима под којима је допуштено узимање органа од умрлих особа. Ту су од нарочитог значаја два питање: одређивање тренутка смрти потенцијалног даваоца и поштовање његовог права на самоодређење.²

У овом раду указаћемо на најважнија медицинска, етичка и правна питања која су укључена у узимање органа од умрлих давалаца, како са гледишта правне теорије и медицинске и судске праксе, тако и са стано-

¹ J. K. Mason, McCall R.A. Smith, G.T. Laurie: „The Donation of Organs and Transplantation“, u: *Law and Medical Ethics*, Fifth Edition, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin 1999, str. 342; 338 (U daljem tekstu: Mason et al. u: *Law and Medical Ethics*).

² Црногорски *Кривични законик* („Службени лист СЦГ“, бр. 70/2003) предвиђа, у члану 294, и одредбу према којој је недозвољено пресађивање делова тела ако лекар не прибави, у писменом облику, пре пресађивања, пристанак примаоца, односно његовог родитеља, усвојоца или стараоца ако је прималац малолетно или неурачунљиво лице, под претњом казне затвором од три месеца до три године.

вишта позитивног права, пре свага правних прописа земаља-чланица *Европске уније*, Северне Америке, Бразила, Аустралије, Јапана и Кине, као и *Сиднејске декларације о утврђивању смрти* Светског медицинског удружења из 1983. године и *Резолуције Бр. Р(78)29 о уклањању, пресађивању и трансплантацији сујсџанција од умрлих особа* Савета Европе из 1978. године. Норме страних националних и међународних прописа у овој материји упоредићемо са одговарајућим домаћим прописима. Прво питање односиће се на одређивање тренутка смрти потенцијалног даваоца; по другом питању говорићемо о различитим решењима у погледу допуствог узимања органа од умрлих давалаца.

ТРЕНУТАК СМРТИ ПОТЕНЦИЈАЛНОГ ДАВАОЦА

Одређивање тренутка смрти могућег даваоца органа има посебан значај, јер се захват у људско тело ради трансплантације сме извршити тек од тог тренутка. У исти мах, то је и време кад престаје обавеза лекара да пацијента одржава у животу. У земаљама-чланицама *Европске уније*, Северне Америке, Бразила и Аустралије, *мождана смрт* је прихваћена као *правна дефиниција смрти*, и донети су закони који правну дефиницију смрти не везују, као некада, за прекид кардиопулмонарне функције, него за прекид мождане функције. У мањем броју држава, судска пракса је то прихватила у одсуству законодавне иницијативе.³ С друге стране, у Јапану и Кини - становиште по коме *мождана смрт* означава крај човековог живота - још увек није преовладало.⁴

Критеријум мождане смрти односно такозване *неповратне (иревверзибилне) коме* развио је *Ад хоџ цомитијее* Универзитета Харвард 1968. године. Према *Јенообразно закону о утврђивању смрти САД*, особа код које се одржава или 1) неповратан престанак циркуларних и респираторних функција или 2) неповратни престанак свих функција мозга, укључујући *мождано стабло*, јесте мртва.⁵ Немачки *Закон о трансплантацији*⁶ каже да

³ Видети о томе: Gerfried Fisher/Hans Lilie: *Aerzliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich*, Köln 1999, стр.138 (цит. према: Јаков Радишић: *Медицинско право*, изд. Факултет за пословно право и „Номос“, Београд 2004, стр. 110).

⁴ Gexin-Lin: „On the Opportunity for Legislation on Brain Death – Research Report on the Public's Attitudes Towards the Legislation on Brain Death in China“, *16th World Congress on Medical Law*, 7-11 August Toulouse; France, стр. 1823–1834; Hajime Sato, Akira Akabayashi and Jehiro Kai: „Public appraisal of Government efforts and participation intent in medico-ethical policymaking in Japan: a large scale national survey concerning brain death and organ transplant“, *BMC Medical Ethics*, 20 January 2005, <http://www.biomedcentral.com/1972-6939/6/1>, стр. 1–5.

⁵ Видети о томе: Alan Meisel: *The Right to Die*, Wiley 605, III Avenue, New York, N. Y. 1989, стр.134; *Uniform Determination Death Act U.L.A.* 236/Supp. 1983 (A definition of

је узимање органа допуштено „ако је смрт даваоца органа утврђена према правилима која одговарају стању сазнања медицинске науке“ (§ 3, став 1 и 2). Међутим, овај став није доследно спроведен, јер у § 5, који је посвећен поступку доказивања, стоји да утврђивање смрти може изузетно обавити и један лекар (правило је двојица), уколико је наступио коначан, неотклоњив прекид рада срца и крвотока, а од тога је прошло више од три сата.⁷ Другим речима, немачко право, као и право САД, усваја двоструки критеријум за доказивање смрти, у ствари, *двојни појам смрти*.⁸ Наш законодавац није се определио искључиво нити за мождану нити за срчану смрт, него признаје алтернативно и једну и другу. По њему, сматра се да је наступила смрт лица од кога се узимају делови тела ради пресађивања „ако је, на основу медицинских критеријума и на прописан начин, са сигурношћу утврђен престанак рада мозга или срца“.⁹ Гледишту о двојном појму смрти одлучно се супротставља извештај број немачких и британских правних писаца. Они мисле да је срчана смрт неподесан појам смрти за све случајеве настанка смрти. Јер, као последицу двојног појма смрти имали бисмо чињеницу да до наслеђа у неким случајевима долази извесно време пре тренутка у коме се узимање органа ради пресађивања другом сматра допуштеним. Проблематика утврђивања смрти тиме не би била одстрањена него премештена.¹⁰ Бразилско право, неких 33 државе у САД, Канада и аустралијске државе Квинланд и Западна Аустралија признају смрт можданог стабла односно смрт мозга као једини индикатор човекове смрти, али ту дефиницију везују само за трансплантационе поступке. С друге стране, британско право и пра-

irreversible coma J.A.M.A. 68, 377), у: Judith Areen, Patricia A. Kong, Stephen Goldberg and Alexander Morgan Capron: *Law, Science and Medicine*, Foundation Press Inc., Mineola, New York 1984, стр. 1063–1076.

⁶ Закон о давању, узимању и пресађивању органа (скраћено: *Закон о трансплантацији*) објављен у *Bundesgesetzblatt, Jahrgang 1997, Teil I, Nr. 74*, стр. 2631–2638 од 11.XI 1997. године (цит. према: Љиљана Круљ: „Немачки Закон о трансплантацији“, *Правни животи*, Том I, бр. 9/1998, стр. 271). (У даљем тексту: Љ. Круљ: „Немачки Закон о трансплантацији“).

⁷ Видети о томе: Ј. Радишић, *Op. cit.*, стр. 110–111.

⁸ Erwin Deutsch: *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, 2. Auflage, Berlin 1991, стр. 202. (цит. према: Љиљана Круљ: „Тренутак човекове смрти као правни појам“, у: В. Клајн-Татић и др.: *Медицинско право и медицинска етика*, изд. IDN, Београд 1994, стр. 228. (У даљем тексту: Љ. Круљ, у: *Медицинско право и медицинска етика*).

⁹ Видети: члан 4, став 2 *Закона о условима за узимање и пресађивање делова људског тела*, донет у време СФР Југославије, објављен у „Службеном листу СФРЈ, бр. 63/1990. (У даљем тексту скраћено: *Савезни закон*).

¹⁰ Видети: Mémetean Géorge: *Le droit Medical*, Paris 1985, стр. 323; Wolfgang Gitter, у: *Müchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 1: *Allgemeiner Teil*, München 1978, стр. 70, маргинални број 17; E. Deutsch, *Op. cit.*, стр. 203–204, маргинални број 18 (цит. према: Љ. Круљ, у: *Ibidem*, стр. 226–227); Mason et al.: „The diagnosis of death“, у: *Law and Medical Ethics*, стр. 330–331).

вна теорија усвајају став о *јединственом појму смрти*, тј. о смрти можданог стабла као једином критеријуму смрти.¹¹ Британски правници сматрају да смрт мора бити један *ајсолуџ*; дефиниција смрти не мења се - или не би требало да се мења, а дијагноза смрти мора бити толико сигурна колико је била кад су се у медицини и у праву користили срце и плућа као њени једини параметри; алтернативне методе у дијагностиковању смрти прихватљиве су, али дупли стандарди смрти нису.¹²

За питање узимања органа од умрлих давалаца, као и за питање заштите путем осигурања, правног следбеништва и прекида породичноправних веза неопходно је да се добије релативно тачан тренутак смрти. Стога јединствен појам смрти није у стању да осигура исправно решење правних проблема у свим ситуацијама и областима живота. Појам човекове смрти који се своди на смрт мозга „монофункционалан“ је, јер се односи само на окончање мера интензивне медицинске неге и на пресађивање човекових органа. Упркос томе, схватање о двојном појму смрти има превагу међу савременим правницима јер је очигледно функционалнији.

Са медицинског становишта, разликовање неповратног кардиопулмонарног прекида и смрти целог мозга односно можданог стабла обманиво је. Кардиопулмонарни прекид узрокује неизбежну смрт једино ако је мождано стабло неповратно оштећено због недостатка кисеоника. Отуда кључно својство оба механизма јесте трајно оштећење мозга. Два механизма разликују се само зато што је смрт дијагностикована у присуству или у одсуству откуцаја срца. Већина људи (рођака) лакше ће прихватити смрт мозга свог вољеног (пацијента) ако им се објасни да, иако се мозак ослања на срце кроз које пролази кисеоник крвљу, функцију срца замењује машина. Супротно томе, функција мозга не може бити вештачки замењена и срце увек стаје унутар дана или недеља умирања можданог стабла.¹³

Упркос разликама које постоје између законских решења појединих земаља у погледу одређивања појма смрти, треба констатовати да је готово у свим земљама, како је речено, органска смрт мозга призната као човекова смрт. То се објашњава, како је горе изнето, медицинско-емириј-

¹¹ Видети: Mason et al.: „The diagnosis of death“, u: *Law and Medical Ethics*, str.331-332; videti i: Maria Cristina Mattioli, Harvard Law School, EUA: „Legal Aspects of Transplantation of Organ“, 2000, <http://www.hottopos.com/harvard/3/matti.htm>, стр.6.

¹² Roger B. Dworkin: „Death in Context“, 48 *Indiana Law Journal*, стр. 623 (цит према: Љ. Круљ, у: *Медицинско право и медицинска етика*, стр.226); Mason et al.: „The diagnosis of death“, u: *Law and Medical Ethics*, стр. 229-230; P.D.G. Skegg: *Law, Ethics and Medicine* 1984 ch 9 (цит. према: Mason et al., *Ibidem*, стр. 344-345).

¹³ Pollis Haley DH: *ABC of Brain Stem Death* 2nd ed London: BMJ Publishing Group, 1996 (цит. према: Anne J. Sutcliffe: „Current Issues on the Diagnosis of Brain Stem Death“, Presented at the 17th Annual Trauma Anesthesia Critical Care Symposium, Sydney, Australia ; October 15-17, 2004, ITACCS. Winter 2005, стр.27).

ским разлозима. Међутим, без одговора је остало питање да ли као услов да је човек мртав треба захтевати престанак рада целог мозга или само коре великог мозга.¹⁴

Део правних теоретичара заговара преузимање појма *кортикалне смрти*. У медицини је утврђено да су ћелије мождане коре (*cortes cerebri*) у целом мозгу, а тиме и у осталом организму, најосетљивије на потпун недостатак кисеоника у ткиву. Оне најпре изумиру кад дође до недостатка кисеоника. Осим тога, утврђено је да је узрок непролазног губитка свести разарање коре великог мозга, те да од тог стадијума свест није могуће поново успоставити. Зато је и овде даљи ток умирања неминован, макар да он траје и дуже време, док не наступи неко додатно обољење. Тиме је задовољено одлучујуће обележје коначности појма смрти. Од тренутка наступања ове смрти, даљи напори лекара у смислу лечења постају медицински бесмислени (узалудни). Индивидуална смрт може се, дакле, дефинисати као *кортикална смрт*, тј. смрт мождане коре. Правна наука требало би да прихвати као своју дефиницију да је смрт дефинитивни губитак свести: смрт *Cortis cerebri*. Они који сматрају да остављање пацијента у неповратној коми да умре не представља убиство нечињењем, већ су се изјаснили за такав појам смрти.¹⁵ Изједначавање трајног губитка персоналитета са више не бити жив, филозофија је која је добила релативно широко прихватање. Такав став може бити одржив, одбрањив и логичан у контексту права пацијента да одбије медицински третман за одржавање и/или спасавање живота или права да захтева обуства таквог третмана ако је започет, односно у контексту права пацијента на пасивну еутаназију.¹⁶ Међутим, кад је реч о дефиницији (и тренутку) смрти у вези са трансплантацијом органа од умрлих особа, такав појам смрти може само да збуну и повећа већ јаку друштвену зебњу у превремено располагање телом, тј. у поступке повезане са пресађивањем органа.

С друге стране, мождана смрт има тај недостатак што се *ипсинуи*ак њеног наступања не може утврдити прецизно. Медицина *није у сјању* да

¹⁴ Упоредити: Љ. Круљ, у: *Медицинско право и медицинска етика*, стр. 223).

¹⁵ Видети о томе: Pendl: *Der Hirntod* 1986, str.11 i daljer; K.v. Lutterotti: *Ärztliche Handlungsanleitungen im Grenzbereich zwischen Leben und Tod in strafrechtlicher Sicht* (1990), стр.232, f.n.680; K.v. Lutterotti, u: Eset/Lutterotti/Sporken (редактори), *Lexikon Medizin Ethik Recht*, Freiburg 1989, стр.173 и даље (цит. према: Љ. Круљ, у: *Ibidem*, стр.225)

¹⁶ Видети опширније о томе: Весна Клајн Татић: „Пасивна еутаназија – пасивна помоћ неизлечиво болесном пацијенту“, у: *Лекарева помоћ неизлечиво болесном пацијенту- етички и правни проблеми*, изд IDN, Београд 2002, стр.7-120.; појму кортикалне смрти, у вези са трансплантацијом, противе се и: М. С. Mattioli, *Op. cit.*, стр.3; појму кортикалне смрти уопште, а не само у контексту трансплантације, противи се: Mason et al., „The diagnosis of death“, у: *Law and Medical Ethics*, стр. 329-330).

одреди моменат наступања смрти.¹⁷ Пошто је умирање један постепени процес, а тренутак наступања смрти медицински није могуће одредити, правници – којима је овај појам потребан – настоје да до њега дођу. Методолошки је то могуће само ако се из процеса реалног збивања издвоји један догађај и учини искључиво релевантним. Тиме постаје јасно да је појам смрти *нормативна конвенција*, а не медицинско-биолошка задатост.¹⁸ У *Сиднејској декларацији о утврђивању смрти* Светског медицинског удружења истиче се да „тренутак смрти различитих ћелија и органа није тако важан као *извесност да је процес умирања постоји иреверзибилан* и поред употребе било какве технике реанимације“ (курзив – ВК). У *Декларацији* се такође каже да „две праксе савремене медицине захтевају даље проучавање питања времена смрти: прво, могућност да се вештачким средствима одржава циркулација оксигеноване крви кроз ткива тела која би могла бити неповратно оштећена и, друго, коришћење органа умрлог, као што су срце или бубрези, за трансплантацију“.¹⁹

У последње време, против мождане смрти изјаснио се један број европских правника и лекара. Они сматрају да смрт не наступа са функционалном неспособношћу једног јединог органа (посебно мозга), него тек са дефинитивним престанком рада свих органа који битно доприносе конституисању човековог организма као јединствене целине, тј. срца, плућа и мозга. Узимање органа у неком ранијем тренутку значи, по њима, узимање од живих људи.²⁰

Судска пракса и већина лекара стоје на становишту да код „дефинисања“ тренутка смрти није реч о апстракцијама, него, како је већ речено, о *нормативном вредновању*, о одређивању од којег се тренутка телу у процесу умирања (ради спасавања живота другог човека) не гарантује више иста заштита као и човеку који се не налази у том стању. Захтевом да се узимање органа не врши пре него што се угасе све телесне функције била би онемогућена трансплантациона медицина. Јер она је упућена на органе који су функционално још потпуно способни и чија се функција одржава средствима интензивне медицине.²¹ Изненађује, ипак, чињеница што се у британској правној теорији, на пример, проблем остављања пацијента на

¹⁷ Jähneke, у: *Leipziger Kommentar zum StBG*, Band 5, 10. Auflage (1989) ispred § 211, маргинални број 9 (цит према: Љ. Круљ, у: *Медицинско право и медицинска етика*, стр. 223).

¹⁸ Упоредити: Љ. Круљ, *Ibidem*, стр. 227.

¹⁹ Усвојена је на 22. Скупштини Светског медицинског удружења у Сиднеју, Аустралија, августа 1968, а допуњена на 35. Скупштини Светског медицинског удружења у Венецији, Италија, октобра 1983. године, у: Предраг Каличанин: *Медицинска етика и медицинско право*, изд. Институт за ментално здравље, Београд 1999, стр. 81.

²⁰ Jochen Tanpitz: „Um Leben und Tod: Die Diskussion um ein Transplantationsgesetz“, *Juristische Schulung*, број 3/1997 стр. 207 (цит. према: Ј. Радишић, *Op. cit.*, стр. 111).

²¹ J. Tanpitz, *Ibidem*. (цит. према: Ј. Радишић, *Ibidem*).

вентилатору и пошто је пацијент мртав, оцењује пре као технички него као етички проблем. При томе се не даје директан одговор на питање: колико би дуго било прикладно чекати на подесног примаоца срчаног пресада док се мождано мртав пацијент одржава на вентилатору. Уместо одговора на то питање, упућује се на *Јаннеји*-а, који је дефинисао истрајно вегетативно стање, а који тврди да, чак и са интензивном негом, срчана функција може бити вештачки одржавана највише неколико дана, једном кад је мождано стабло мртво.²² Чини нам се да, у том контексту, није неважно истаћи да је респирација мождано мртвог пацијента - ради успешног пресађивања његових органа другом – *диктирана пре утилитаристичким, неће деонтолошким принципима*. Заправо, тај поступак је управо супротан свим правним и етичким стандардима који преовлађују; деонтолошки приступ изискује да се са тренутком смрти целог мозга (или можданог стабла) повуку све мере интензивне медицине, јер је пацијент мртав и престаје обавеза (дужност) лекара да га и даље „лечи“.²³ У вези с тим, изгледа сасвим умесно примедба коју је изрекао председник Федералне коморе лекара Немачке (*Federal Chamber of Physicians*): „Услед научних напредака, медицина ће поново и поново морати да прекрши етичке границе“.²⁴

РАЗЛИЧИТА РЕШЕЊА У ПОГЛЕДУ ДОПУСТИВОГ УЗИМАЊА ОРГАНА ОД УМРЛИХ ДАВАЛАЦА

Општи поглед

Будући да је право бити давалац органа лично право, лекарево поступање зависи од поклона даваоца, за који се претпоставља да ће учинити добро другој особи. При томе треба прихватити чињеницу да човек *нема право* на органе другог човека. (курзив – ВК). Ако се деси повреда или

²² В. Jannett: „Brain Death 1981“ (1981) 28 *Scott Med J* 191 (цит. према: Mason et al., „The diagnosis of death“, у: *Law and Medical Ethics*, стр. 335-336).

²³ Видети: В.Клајн-Татић, *Op. cit.*, стр. 53; А. Meisel, *Op. cit.*, стр. 133; Е. Deutsch, *Op.cit.*, стр. 194; March Stauch & Key Wheat with John Tingle: *Sourcebook on Medical Law*, London – Sydney 1998, Reprinted 1999, стр. 679.

²⁴ H.L. Karcher: „German Doctors Struggle to Keep 15 Week Fetus Viable“ 81(992) 305 *BMJ* 1047; А. Tuffs: „Keeping a Brain-death Pregnant Woman „Alive“ (1992) 340 *Lancet* 1029 (цит. према: Mason et al., „The diagnosis of death“, у: *Law and Medical Ethics*, стр. 335); видети у вези с тим и: Зорица Кандић-Поповић: „Повећање понуде кадаверичних органа“, у: „Правна заштита основних људских вредности и модерна биомедицина – Постојеће и будуће југословенско право“, *Правни животи*, Том I, бр.9/1996, стр.227-228; Stephen Streat: „Clinical review: Moral Assumptions and the proces of organ donation in the intensive care unit“, New Zeland, 21 May 2004, <http://ccforum.com/content/cc/2876>, стр.1-14.

постоји обољење другог човека, органи потенцијалног донора могу бити од вредности *и*ом човеку, али давање делова свог тела *није* грађанска *дужности* (курзив – ВК), већ мора бити резултат једне *алируисичке* одлуке потенцијалног донора о томе како он жели да се његово тело употреби кад он умре. То не би требало да буде резултат права примаоца. Јер, није по-сао било ког другог да захтева органе умрлог (на пример, преко државне (здравствене) политике која намеће обавезу медицинским посленицима да „захтевају донацију“ / *requesting donation*).²⁵

Независно од овог начелног (општег) става који заступамо, у законодавству Западне Европе, Северне Америке, Бразила и Аустралије, као и у правној теорији, наилази се на три различита решења у погледу допуштеног узимања органа од умрлих давалаца: оправдање стањем нужде; сагласности или пристанка и, противљења или претпостављеног пристанка.

1) Оправдање стањем нужде

Становиште о оправдању стањем нужде претендује на примену у случају кад за узимање одређеног органа од умрле особе недостаје њена сагласност односно сагласност њених сродника, а на другој страни постоји болесник коме је одговарајући орган *хијно* *иојребан*. Тада захват у циљу пресађивања оправдава *стање* *нужде* односно право на одмеравање интереса у сукобу. Више вредно правно добро, као што је одржавање или поново успостављање функције плућа, јетре или бубрега, на пример, има предност према мање вредном правном добру као што је, на пример, право умрлог не телесну целовитост.²⁶ По неким мишљењима у правној теорији, то би било најповољније решење за трансплантацију. Нјегову полазну тачку чини став да брига о болесним људима представља узвишену дужност грађана која важи и у случају њихове смрти.²⁷ Међутим, ово гледиште није прихваћено ни у једном законодавству Западне Европе.

2) Сагласност или пристанак

Сагласност или пристанак потенцијалног донора, као решење, заступљено је у енглеском, немачком, швајцарском, турском, америчком и ка-

²⁵ Тако о томе: M. C. Mattioli, *Op. cit.*, str.2; Official Report, HC 28 March 1991, vol.188, col 1142, per Stephen Dorrell (cit preма: Mason et al., „The Donation of Organs and Transplantation“, у: *Law and Medical Ethics*, стр.353-354).

²⁶ Видети: Erwin Deutsch/Andreas Spickoff, *Medizinrecht*, 5. Auflage, Berlin 2003, стр.438 (цит. према: J. Радишић, *Op. cit.*, стр.112) P.D.G. Skegg: „Liability for the Unauthorised Removal of Cadaveric Transplant Material“ (1974) 14 *Med Sci & L* 53 (цит. према: Mason et al., у: *Law and Medical Ethics*, стр.351).

²⁷ J. Радишић, *Ibidem*.

надском праву. Узимање органа од умрле особе могуће је само у случају кад је она на то, за живота, изричито пристала. То гледиште, које се у англо-саксонској правној литератури означава као *opt-in* систем, знатно сужава круг потенцијалних давалаца органа. Стога су законодавци наведених земаља проширили могућност сагласности тако што захтевају или сагласност умрлог исказану за живота или сагласност блиских сродника после његове смрти.²⁸ Поставља се питање, међутим, може ли се уопште допустити да о телу умрлог одлучује неко други уместо њега, јер је то лично право.

Питање „права“ да се одлучи о судбини делова свог тела после смрти остаје семантички и клинички проблематично у пракси донације органа. Иако се за „непостојећу особу не може истински рећи да поседује нешто“, могло би се доказивати да воља ове раније особе може још имати обавезујућу моћ (право, власт), „не због права непостојеће особе, већ пре због прећутног (имплицитног) обећања друштва да ће поштовати жеље особе чак и после њене смрти.“²⁹ Извесни европски правници стоје на становишту да право човекове личности нацивљава умрлог и да оно обухвата и располагање властитим лешом, тако да његово право личности, које бар за тренутак опстојава и даље, може бити очувано преко њему блиских лица. Другим речима, лица блиска умрлом имају *субсидијарно* право одлучивања о давању његових органа другом.³⁰ Сходно том ставу, у случају кад се воља умрлог и воља његових сродника не поклапају, блиски сродници морали би да следе раније изјављену вољу умрлог у односу на трансплантацију. Немачки правници сматрају да је реч о *изведеном праву*, те сродници не смеју да одлучују супротно изричитој вољи умрлог. При томе, сродници нису просто гласоноше умрлог, који преносе његову вољу, него су овлашћени и на сопствену одлуку; сродници заступају умрлог само у случају кад он сам није ништа, за живота, одлучио.³¹ Супротно становишту немачких правника, швајцарски *Савезни суд* признаје сродницима, не изведено, већ *власитијо право личности*, које их овлашћује да одлучују о узимању органа умрлог, у случају кад се воља умрлог и воља његових сродника не поклапају.³² Према ставу који је усвојен у америчком

²⁸ Fischer/Lilie, *Op. cit.*, стр.130 (цит. према: Ј. Радишић, *Ibidem*, стр.112-113; енглески *Human Tissue Act* из 1961; видети о том закону: Mason et al., у: *Law and Medical Ethics*, стр.350-356.

²⁹ Тако о томе : S. Streat, *Op. cit.*, стр.6; Haven H Welie JVM; Spicker SF: *Ownership of the Human Body : Philosophical Consideration on the Use of the Human Body and its Parts in Healthcare Dordrecht: Kluwer Academic Publishers 1998.* (цит. према: S Streat, *Ibidem*).

³⁰ Stefani Hener/Christoph Conrads: „Aktueller der Transplantationsegesetzgebung“, *Medizinrecht*, бр.5/1997, стр.195 (цит. према: Ј. Радишић, *Op. cit.*, стр.113).

³¹ Deutsch/Spickoff, *Op. cit.*, стр.438 (cit. prema: J. Radišić, *Ibidem.*, стр.112-113).

³² Упоредити: Ј. Радишић, *Ibidem.*, стр.112.

Једнообразном закону о анатомском поклону (*The 1987 Uniform Anatomical Gift Act-u*) сагласност на донацију органа изражава се изричито, али се у свком случају тражи и сагласност чланова породице у тренутку кад наступи смрт потенцијалног донора, чак и онда кад је та особа поседовала донорску картицу.³³

Ако лекар који треба да узме орган од мртвог даваоца не располаже његовим писменим пристанком нити противљењем, дужан је да се о томе обавести од лица које је блиско умрлом. Уколико таква изјава умрлог није позната ни блиском лицу, блиско лице може пристати да се од умрлог узму одговарајући органи. Немачки законодавац исцрпно одређује која се лица могу сматрати блиским даваоцу органа и утврђује њихов ранг. То су: супруг односно супруга, пунолетна деца, родитељи или стараоци, пунолетна браћа односно сестре, бабе и дедови. Та лица могу да одлучују само уколико су у последње две године пре смрти потенцијалног даваоца имала са њим личне контакте. У случају кад постоји више блиских лица истог ранга, довољан је пристанак једног од њих, али се о противљењу свакога мора да води рачуна. Кад блиско лице вишег ранга није доступно довољна је одлука најближег лица које је доступно. Међутим, ако је умрли своје право одлучивања о давању органа пренео на одређено лице, оно ступа на место најближег лица.³⁴ Слично као немачки *Закон о трансплантацији*, и *Закон о поклону људској ткива* канадске провинције Онтарио установљава хијерархијски ред особа које се морају сагласити са узимањем хуманих материјала за трансплантацију од особе која се, за живота, није никако изјаснила о томе. Сагласност супружника, детета, родитеље, брата или сестре са узимањем делова тела умрлог ради трансплантације искључује тражење сагласности од даљих сродника у законском реду.³⁵

Овај систем, који се назива и систем „охрабреног волунтаризма“, захтева постојање великог степена компатибилности између моралних уверења људи у погледу подржавања идеје о донацији органа и њихових личних поступака, на основу којих они одлучују да ли да поклоне или не поклоне свој орган неком другом у случају своје смрти.³⁶

³³ Овај Модел закон прихватило је свих 50 држава САД и Дистрикт Колумбија (цит.према: Марија Драшкић: „Трансплатација у Србији – који закон важи?“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр.1/2005, стр.178-179).

³⁴ § 4 немачког *Закона о трансплантацији*; видети о томе: Ј. Радишић, *Op. cit.*, стр.113.

³⁵ Видети: *Human Tissue Gift Act*, Ontario, 1961, sec.5(2) (f) (цит. према: М. Драшкић, *Ibidem*, стр. 179).

³⁶ Ficher/Lilie, *Op. cit.*, str.130 (cit prema: J. Radišić, *Op. cit.*, стр.114).

3) Противљење или претпостављени пристанак

Противљење као решење усваја већина закона о трансплантацији држава-чланица *Европске уније*. По овом приступу, узимање органа од умрле особе у циљу пресађивања сматра се допуштеним уколико се умрла особа, за живота, није томе противила. Нјено ћутање важи као саглашавање, тј. *присјанак на захвај се претпоставља*. Узимање делова тела допуштено је чак и у случају кад постоји сумња у погледу воље умрлог. *То значи да узимање органа од умрлих особа није у начелу забрањено, већ допуштено*. Ово је тзв. *ойи-оуи* система, који значи да сваки потенцијални давалац има могућност да оптира решење према коме се не сматра да је валидна његова претпостављена сагласност. Тиме се повећава број потенцијалних давалаца јер у њих спадају и они који се нису уопште изјаснили, што значи да се елиминише потреба за ношењем донорске картице. На тај начин жели да се умањи недостатак органа за пресађивање који је у пракси стално присутан.³⁷

Постоје два различита концепта (појма) претпостављеног или прећутног пристанка, који усвајају правни системи појединих земаља: „систем „јаке/снажне“ претпостављене сагласности“ и „систем „мекане“ претпостављене сагласности“. Земље као што су Аустрија, Данска, Пољска, и Француска припадају првој групи. Унутар друге групе су Грчка, Шпанија, Норвешка, Шведска, Финска и Бразил. Систем „јаког/снажног“ претпостављеног пристанка допушта лекарима да уклоне (одстране) органе из сваког леша, без ма ког приговора или пристанка донора или његове породице. Он се брани доктрином о „социјализацији лешева“. Систем „меканог“ претпостављеног пристанка, супротно томе, изискује изражено противљење на тај медицински поступак. У одсуству овог израженог противљења у донорској картици (*I:D: Card*) на возачкој дозволи (*on the Driver's Licence*), свако је потенцијални донор.³⁸

За прву поменућу групу земаља нарочито је карактеристична Француска. У француском праву постоји одредба о томе да се узимање органа са мртве особе може да врши у терапијске или научне сврхе ако се утврди да особа о којој је реч није одбила такав поступак док је била жива. Одбијање се бележи у Националном аутоматизованом регистру, који је организован на принципу централизације и непрекидног ажурирања података. Ћутање донора сматра се као недостатак противљења односно као прихватање. Такав систем омогућава да у одлуци о узимању органа после смрти не учествују чланови породице ако је умрли сам искористио могућност да

³⁷ Taupitz, *Op. cit.*, стр.204 (цит према: Ј. Радишић, *Ibidem*).

³⁸ Видети о томе: М.С. Mattioli, *Op. cit.*, стр.5.

регистраује своје противљење претпостављеној сагласности.³⁹ Ако он то није учинио, заговара се у правној теорији и аргумент *favor vitae*, који значи да право треба да допусти постојање таквог система вредности у коме живот оног који треба да прими орган ради трансплантације вреди више него забрана сродника умрлог који се томе противе.⁴⁰ Међутим, у правној литератури износи се и друкчије становиште, наиме, да се преношење приоритета на жеље породице, у одсуству противљења или ћутања потенцијалног умрлог донора, може доделити на основу одредби члана 8 *Европске конвенције о људским правима*, које захтевају поштовање за живот породице.⁴¹ Слично француском, и правни прописи Белгије придају велики значај Централном националном регистру, у који се може уписати противљење хируршком захвату ради трансплантације или сагласност са таквим захватом.⁴² Одредбе члана 4 бразилског *Федералног закона н. 9.434*, који је на снази од 2.В 1997. године, установљавају, такође, претпостављену донацију *поси мортем*, изузев у случају једног израженог супротног располагања за живота умрлог. Овом законском решењу снажно се противе бразилски правници. Главни аргумент усресређен је на оскудно знање Бразилаца о закону. Људи, углавном, не знају за дејство и ширину закона односно да се они могу сматрати донорима *и без њиховог знања*. Према бразилском Грађанском законнику *донације* морају бити јасно изражене. Стога *не постоји ниједан разлог да се различити претпоставља донација органа* (курзив – ВК). Ако земља има јаку традицију о својини и индивидуалним правима, *присвањак би морао бити изражен*, да би имао државну заштиту и доделио људима уставом гарантована права. Иако је оправдање за усвајање доктрине о претпостављеном пристанку било низак број донација у Бразилу, број донација није се повећао ни после три године од усвајања овог *Закона*. Осим тога, усвојени систем претпостављеног пристанка штити колективна пре него индивидуална права.⁴³ *Резолуција Бр. R (78) 29 о уклањању, пресађивању и трансплантацији сујиванија од умрлих особа*

³⁹ Видети члан 671 Закона број 94-654 од 29. јула 1994. У литератури, решење француског права означава се као „систем,“ мекане“ претпостављене сагласности“, зато што је лекар дужан да, у одсуству података у регистру, учини разуман покушај да добије сведочење породице. Тако о томе мисли: М. Драшкић, *Op. cit.*, стр.179. Супротно томе, други правници мисле да је ту реч о „систему „јаког/снажног претпостављеног или прећутног пристанка“ (М. С. Mattioli, *Ibidem*).

⁴⁰ Видети: немачки случај *Gütgemann*, у: Diter Giesen: *International Medical Malpractice Law*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1988, стр.623 (цит према: М. Драшкић, *Op. cit.*, стр.179-180).

⁴¹ *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Concil of Europe*, <http://www.echr.coe.int/Convention/web Conven ENG. pdf>.

⁴² Ficher/Lilie, *Op. cit.*, стр.134 (цит. према: Ј. Радишић, *Op. cit.*, стр.114).

⁴³ Тако о томе: М. С. Mattioli, *Op. cit.*, стр.5.

Савета Европе предвиђа у ставу 1 члана 10 да „ниједно уклањање не сме да буде извршено ако постоји отворено или претпостављено одбијање од стране преминулог, посебно узимајући у обзир његова религиозна и филозофска убеђења. У ставу 2 истог члана каже се, међутим, да „уклањање може бити извршено у одсуству експлицитне или имплицитне жеље умрлог. Држава може да одлучи да узимање не сме да буде извршено ако то, по мишљењу породице преминулог, представља повреду преминулог, као и у случају очигледног одбијања од стране законског представника преминуле пословно неспособне особе. Такође, може бити тражена сагласност законског заступника када је у питању правно неспособна умрла особа“.⁴⁴ Другим речима, Савет Европе усваја „систем „мекане“ претпостављене сагласности“, кад је у питању трансплантација органа од умрлих особа.

Према законском решењу које је сада на снази у Републици Србији, у области кадаверичне трансплантације владајућа је доктрина о претпостављеном пристанку умрле особе. Претпостављени пристанак умрлог још је јаче истакнут него у већини правних система Европе. Наш законодавац полази од становишта да се „за пресађивање *могу* узимати делови тела умрлог лица.“⁴⁵ Он при томе не говори уопште о пристанку умрлог, него искључиво о његовом противљењу: „Делови тела не могу се узимати ако се умрло лице за живота изричито, у писменом облику, томе противило. Ако је умрла особа малолетна или душевно болесна, писмено противљење за узимање делова тела тог лица могу дати његови родитељи или старатељи.“⁴⁶ Блиски сродници пунолетне умрле особе нису, дакле, у могућности да спрече узимање делова њеног тела ни на који начин, ако се она сама није томе за живота успротивила својом писменом изјавом. *Сродници не морају бити ни њихови да ли им је познато како се умрли самоодредио у односу на власити леи.*⁴⁷ Иако је опредељење нашег права у складу са генерални ставом највећег броја европских земаља, његова сведеност и штурост могу да компромитују решење које би једног дана могло да буде прихватљиво у нешто друкчијим околностима. Наиме, недостатак било каквих одредби о начину обавештавања јавности о постојању закона који забрањује узимање делова тела *само ако* се умрла особа томе изричито противила за живота, недостатак прописа о начину на који се изјављује противљење узимању властитих органа, као и о поступку евидентирања те изјаве односно о томе када се и како проверава њено постојање, у великој мери мења суштину иначе, по мишљењу неких српских правних писаца,

⁴⁴ У: П. Каличанин, *Op. cit.*, стр.284.

⁴⁵ Члан 3 *Савезног закона*.

⁴⁶ Члан 6, ст.2 и 3 *Савезног закона*.

⁴⁷ Тако о томе: Ј. Радишић, *Op. cit.*, стр.114.

прихватљиве законодавне политике и угрожава једно од темељних људских права.⁴⁸

Нема идеалног система који би, с једне стране, повећао понуду кадаверичних органа потребних за трансплантацију, а с друге стране, у највећој мери очувао аутономију сваког умрлог пацијента као потенцијалног донора. Будући да мислимо да су, бар за сада, ова два постављена циља тешко достижна, *ми дајемо њедносїи њежњи да се очува њраво на самоодређење у односу на власїиїи леш свакої умрлої њацијенїиа као њоїенцијалної донора*. Сходно том ставу, систем који се ослања на сагласност или противљење умрлог, исказано за живота, или на сагласност или противљење блиских сродника после његове смрти, ако се умрли није, за живота, уопште изјаснио, чини нам се да је боља солуција од, тако-рећи, општеусвојеног система о одбијању или претпостављеном пристанку умрлог о донорству органа за трансплантацију. Донација и умрле особе мора-ла би да буде аутономан и вољни акт, изражен за живота.

Остали општеусвојени принципи

Код узимања органа од умрлих давалаца важе следећи принципи: бесплатности и некомерцијалности, као и „ауторизације“ која је везана за испуњење техничких, санитарних и медицинских услова у погледу рада установе која узима органе од умрлих.⁴⁹ Осим тога, закони о трансплантацији предвиђају дужност *њоїїовања доїїојанїїва даваоца орїана*. Према § 6 немачког *Закона о їрансїланїїацији*, леш даваоца органа мора да се преда за сахрану у достојанственом стању, а најближим лицима мора да се претходно пружи прилика да виде леш. По француском праву, лекар је обавезан да изврши „рестаурацију леша“ после узимања органа од умрлог а у сврху пресађивања. Атак на интегритет леша и кривично се санкционише.⁵⁰

⁴⁸ Видети опширније о томе: М. Драшкић, *Op. cit.*, стр.180-181.

⁴⁹ Видети: о тома: Зорица Кандић-Поповић, „Донорство органа – пример француског права“, у: Љ. Круљ и др.: *Акїуелни їравни їроблеми у медицини*. изд.IDN, Београд 1996, стр.40; видети и чланове 13 и 14 *Резолуције Бр. R (78) 29* Савета Европе; члан 19, ст.1 и 2 *Савезної закона*; члан 294. црногорског КЗ.

⁵⁰ Видети: Љ. Круљ: „Немачки Закон о трансплантацији“, стр.275; видети и члан 671-11 француског закона број 94-654 и члан 225-17 al.1 NCP (цит. према: З. Кандић-Поповић, *Ibidem*).

*Vesna Klajn-Tatić, LL.D. Senior Research Associate
Institute of Social Science in Belgrade*

REMOVAL ORGANS FROM DECEASED DONORS – MEDICAL, ETHICAL AND LEGAL PROBLEMS

Abstract

The general position adopted by legislators in most of the countries is that removal organs from the deceased people has greater practical importance than removal organs from living donors. On the other hand, in the legal theory pointed to the fact that potential deceased donors, although theoretically broadly available, prove in practice that a recovery of a cadaveric organ recipient, as well as of tissues and cells, is not sure, and that the operations on donors and on organ recipients have to be carried out according to urgent surgery. Transplantation laws contain more or less detailed regulations on conditions which allow removal organs from deceased persons. Two issues are of the special importance: determining the exact moment of death of a potential donor and his/her right of self-determination to his/her own corpse.

Determining the exact time of death of a potential donor, as well as different solutions regarding permissible removal organs from the deceased, are considered by the author from the legal theory and medical and legal practices points of view, as well as from the standpoint of positive law, above all legal rules of the *European Union* member countries, North America, Brasil, Australia, Japan and China, as well as the 1983 *Sydney Declaration on Death Determining* of the World Medical Association and the *Resolution No R (78) 29 on Removing and Transplanting Substances from the Deceased Persons* of the Council of Europe, adopted in 1978. The norms of foreign national and international legal rules on the matter are compared by the author with corresponding regulations in the country.

Др Тајјана Лукић, доцент
Правног факултета у Новом Саду

ПРИПЕЈД КАРТИЦЕ – НОВИ ИНСТРУМЕНТ ЗА ПРАЊЕ НОВЦА

Сажетак: Прање новца је „срце“ скоро свих криминалних активно-сти. То је процес којим се приход сачуван криминалним активностима „пре“ и на тај начин се сакрива право порекло тог прихода, а на тај начин се прикрива и сама криминална активност. Иако је ову активност немогуће мерити као закониту економску активност, сматра се да је ова активност прихватила изузетно велике сразмере. Међународни монетарни фонд (ММФ) је проценио да количина „опраног“ новца у свакој земљи износи између 2–5% бруто националног дохода.

Повећана интеграција међународних финансијских система, заједно са слободним кретањем капитала преко ослобађања од баријера је у многоме олакшала прање новца преносом истих из једне јурисдикције у другу онемогућавајући или знајући отежавајући улажење надлежних органа у праћење протоката прања новца. У овом раду аутор је посебну пажњу посветио приједи картицама као новом инструментију за прање новца, предностима и недостацима електронског банкарства, као и законским и привредним мерама које су усмерене у правцу превенције прања новца приједи картицама.

Кључне речи: прање новца, приједи картице, платни систем, електронско банкарство

Уводна разматрања

Прање новца је кривично дело које чине све организоване криминалне групе како би озакониле нелегално стечена средства и глобално, представља све већи изазов, посебно у погледу финансирања тероризма. У

европским земљама све више истрага организованог криминалитета везано је за дроге, па се и највећи број кривичних дела прања новца управо открива и доказује у вези са илегалном трговином наркотика. Међутим, подаци о прању новца стеченог другим врстама криминалитета, као што су трговина људима и кријумчарење лица (криминалитет комплементаран прању новца) говоре о све већем значају прања новца. Осим тога, с обзиром на значај привредног криминалитета у Југоисточној Европи, прање новца повезано са наведеним главним подручјима (организованог) привредног криминалитета могло би бити од истог значаја.

У Србији, што се тиче прања новца, већина „опраних“ средстава потиче од утаје пореза, затим трговине дрогом и трговине људима и деликата насиља – отмице и изнуде. Сматра се да су обично извршиоци кривичних дела прања новца, без обзира на предикатна кривична дела, припадници организованих криминалних група са пословним искуством, као и искуством из економије. Зарада се углавном инвестира у приватизацију, некретнине и покретну имовину у разним државама, или се пребације на банковне рачуне у земљи и иностранству. Велики трансфери новца се обављају преко Кипра, Аустрије и Мађарске, као и „off-shore“ рачуна.¹

Организоване криминалне групе се све више ослањају на комерцијалне структуре и, будући да границе између легалних и илегалних структура постају све мање јасне, прање новца константно изазива забринутост због уласка у легалну економију путем добити остварене криминалитетом и начинима плаћања.

Борба против прања новца је једно од најефикаснијих средстава за супротстављање организованом криминалу. Солидност, интегритет и стабилност кредитних и финансијских институција и поверење у финансијски систем у целини могу се озбиљно угрозити напорима криминалаца и њихових сарадника било прикривањем порекла добити стечене криминалном делатношћу, било усмеравањем законито стеченог новца у сврху терористичких активности. Незаконито стечена корист може се поново инвестирати у криминално пословање или легално предузетништво, може се потрошити или сакрити. Да би се спречило да буду одузета, средства стечена криминалитетом се претварају у легална, тако да се не могу разликовати

¹ CARPO регионални пројекат – Развој поузданих активности и функционалних система полицијског деловања, јачање борбе против главних криминалних активности и јачање полицијске сарадње – је пројекат тахничке сарадње који заједнички финансирају Савет Европе и ЕУ – Извештај о стању организованог и привредног криминалитета на подручју Југоисточне Европе, Стразбур, март 2006. (за реализацију пројекта задужен је Савет Европе у партнерству са Белгијом, Мађарском, Финском, Италијом, Словенијом, Шпанијом, Шведском и Међународном организацијом за миграције (ИОМ). www.coe.int/economiccrime

од легитимно зарађеног новца. Прање новца се одвија на много начина, а у најновије време све се више користе, односно злоупотребљавају електронско банкарство и електронски начин плаћања.

Електронско банкарство²

Електронско банкарство подразумева коришћење банкарских услуга електронским путем. То је систем који омогућава креирање и слање налога за плаћање и трансфер новца потписаних електронским потписом. Постоје две врсте електронског банкарства: *Интернет решење* и *софтверска инсталација код комисијенића*.

Систем електронског *On-Line* банкарства омогућава сталне информације о рачунима (промет, стања и изводе по свим рачунима, обавештење о приливу и преглед свих *loro* дознака, преглед свих плаћања и *SWIFT* порука, евиденције о обрачунатој провизији и курсне листе), плаћање (у земљи и иностранству) и пословање из било ког дела света. Плаћање рачуна преко Интернета електронским новцем или тзв. паметним картицама (*Smart Cards*) је активност коју банке такође омогућавају својим клијентима.

Предности Интернет банкарства у односу на класично банкарство огледају се пре свега у врменској и просторној неограничености, брзини обављања трансакција и нижој цени банкарских услуга.

Недостаци Интернет банкарства највише су изражени у одсуству сигурности при обављању послова, непостојању законске регулативе и опасности од злоупотребе Интернет банкарства у криминалне сврхе. Банке које користе електронску размену података у затвореним мрежама (*intranet*), осигуравају се утврђивањем идентитета и ауторизацијом људи који приступају мрежи. У отвореним мрежама, постојећи механизми техничке и правне заштите нису довољни да спрече неауторизован приступ и хакерске упаде. Одређеним криптографским технологијама (укључујући и дигитални потпис) дефинише се нова инфраструктура чија је основна предност виши ниво интегритета поруке и верификације приступа. Шифрирањем поруке обезбеђује се да је порука учесника у трансакцији осигурана и да је друга страна ауторизована за приступ.

Глобални систем комуницирања, какав је Интернет, захтева ажурне и адекватне правне регулативе које треба да дефинишу законске могућности пословања корисника услуга. Законска регулатива у вези Интернета и пословања на њему, разликује се од једне до друге државе. Два најразвијенија дела света, САД и ЕУ, имају различите ставове по питању законске регулативе о Интернету. Постоје два начина за решење овог пи-

² Више видети: <http://pueblo.gsa.gov-FCIC> ; <http://www.ifg-inc.com> ; <http://www.charity-commission.gov.uk>

тања. **Први**, за који се залаже ЕУ, либералног је типа и заснива се на потпуној анонимности и приватности пословања. Овај систем је могућ захваљујући систему енкрипције података, уз помоћ које је загарантована анонимност у слању свих порука на Интернету. На овај начин, систем штити приватност правног и физичког лица у пословању, што је и основно правило банкарског пословања и предност овог система. Мане овог система изражене су у избегавању плаћања пореских и царинских обавеза, олакшаном „прању“ новца и пребацивању капитала из једне у другу државу без знања надлежних државних органа. Овакав систем без адекватне и ажурне законске регулативе могао би да уздрма и нанесе велику штету не само појединим земљама, већ и читавом банкарском систему. Банкарски системи САД и ЕУ били би угрожени због одлива велике количине капитала у тзв. *Off-Shore* банкарске центре. Ово је довело до тога да Интернет банке са подручја САД-а могу пословати само са резидентима САД-а, унутар банкарског система САД и искључиво у америчким доларима. **Други**, за који се залаже САД, заснован је на комплетној контроли и евиденцији пословања, трансакција и података од стране државних органа. Овај систем би омогућавао државним органима комплетан увид у све банковне рачуне, у све Интернет трансакције и е-mail кореспонденцију. Слобода и приватност појединца као и основна правила пословног и банкарског понашања овим системом би била значајно ограничена.

Оба наведена решења имају своје добре и лоше стране. Нажалост, није могуће њихово просто комбиновање, већ је потребно пронаћи оптималну законску регулативу за пословање на Интернету. До тада, недостатак законске регулативе са једне стране онемогућава одређене сегменте пословања, док са друге омогућава примену широког спектра незаконитих активности у пословању правних и физичких лица, нарочито у свери „прања новца.“

Електронски и жичани трансфери:

Електронски или жичани трансфери подразумевају било коју трансакцију која се изврши у име физичког или правног лица преко финансијске институције на електронски начин уз могућност да се део новца омогући бенефиционој особи у другој финансијској институцији. Прво лице (физичко или правно) је власник рачуна, или када нема рачун – лице које поставља налог са финансијском институцијом ради завршетка електронског или жичаног трансфера. Бенефиционе финансијске институције морају имати процедуре идентификовања и испитивања жичаних трансфера који нису у потпуности комплетирани са информацијама о „полазнику“. Процедура адресирања таквих случајева подразумева да банка прво треба

да затражи информације о полазнику које недостају од финансијске институције која је послала жичани трансфер. Уколико информација која недостаје не долази, захтевајућа финансијска институција треба да размисли да ли у свим случајевима недостатак комплетне информације креира или иде у прилог сумњивости трансфера. Уколико се трансфер сматра сумњивим мора се пријавити надлежним органима, а уз то банка или финансијска институција могу да не прихвате трансфер.

Припејд вредносне картице

Припејд вредносне картице (MasterCard, Visa, AmericanExpress) – производ који је доживео експлозивни раст – представља идеалан инструмент за прање новца, без икакве бојазни од документовања, идентификације, сумње надлежних органа или одузимања ових средстава плаћања. У многим државама постоје прописи којима се забрањује одузимање ових картица. Због свега наведеног, криминалци веома радо користе ове картице за прање новца који потиче од најразличитијих криминалних активности. Ове картице функционишу као и редовна новчана средства јер уствари, представљају њихову замену. Редовно се обезбеђује анонимност држаоца картице када он улаже средства на рачун или подиже средства са рачуна картицом. Припејд картице су у много чему супериорне у успостављању метода за прање новца, а нарочито за преношење новца, односно кријумчарење великих свота новца. Криминалци највише воле да користе управо ове припејд картице уместо електронског трансфера новца јер, иако су ове операције сличне, коришћење припејд картице пружа додатне погодности. Ове картице су идеална замена за кријумчарење великих свота новца које се транспортују пошлицама преко разних сервиса (нпр. поштом и сл.) код којих постоји велика вероватноћа да ће такве пошлице бити откривене од стране надлежних власти.³

Припејд картице омогућују трговцима дрогом јединствен и веома једноставан метод прања новца којим се омогућава кријумчарење профита из једне у другу земљу, као и тзв. „инстант“ слање прекограничних пошлица.

У многим земљама постоји неколико *система вредносних картица* као што су: **отворен систем**, **полу-отворен**, **затворен** и **полу-затворен систем**.

Отворен систем вредносних картица функционише као мрежа кредитних картица и може се користити било где је ова мрежа прихваћена, најчешће укључујући широм света распрострањену АТМ (automated

³ Национална служба за борбу против дроге САД-а је проценила да се коришћењем припејд картица „опере“ између 13,6 – 47,7 билиона долара годишње. Више видети: U.S. Department of Justice / National Drug Intelligence Center.

teller machine) – шалтерски аутомат – електромеханички уређај који омогућава овлашћеним корисницима који употребљавају пластичне картице да подигну готовину са својих рачуна и/или да користе и друге услуге као што је провера стања, трансфер средстава или прихватање депозита. Аутомати могу радити *on-line* са приступом дозвољеним подацима у реалном времену или *off-line*.

Припејд картице су веома сличне некадашњим *дебит* картицама (тзв. дуговним картицама) којима се омогућава да се куповина њеног власника директно наплати са његовог рачуна у установи где је уложен новац, а некада може да се комбинује са неком другом функцијом као што је нпр. функција готовинске или чековне картице. Ове картице су сличне дебитним картицама и по томе што имају рељефни потпис власника картице.

Полу-отворен систем картица је веома сличан отвореном систему и његовим функцијама, али разлика је у томе да овим картицама не може подићи кеш новац са аутомата.

Затворен систем картица (тзв. gift cards) омогућава само тачно одређене новчане трансакције у једној затвореној мрежи.

Полу-затворен систем картица функционише преко мреже главних кредитних картица. Затворен и полузатворен систем картица су анонимни. Све припејд картице вуку вредност из средстава који је одредио програм менаџер.

У односу на наведене системе картица, прање новца највише има успеха у отвореном систему картица. Овај отворен систем картица функционише као заштићен, компактан и незамањив точак за физички транспорт новчаних средстава. Ове картице се такође могу користити за електронски пренос новчаних средстава на тај начин што се на једном мести уложе новчана средства на картицу, а на сасвим другој локацији се са картице повуку новчана средства са аутомата. Ове картице се могу и продати на једном од све већег броја места на Интернету, укључујући ту и веб-сајтове намењене искључиво продаји ових картица, као и Интернетове сајтове за аукције где је дозвољена ограничена продаја ових картица. Ово су само неки од начина на које се припејд картице могу искористити за прање новца.

Карактеристике припејд картица које доприносе знатној користи, ефикасности и приступачности методу прања новца:

– Према прописима неких земаља (нпр. САД) ове картице не могу бити предмет одузимања јер не представљају монетарни инструмент, па се због тога и лакше преносе преко границе.

– Отворен систем картица омогућава глобалан АТМ приступ без рачуна у банкама и тиме се омогућава електронски трансфер новца веома сличан оном трансферу који се врши преко регуларних банкарских рачуна.

– До ових картица се долази веома лако, најчешће преко Интернета без обавезе идентификације држаоца картице, најчешће само на основу фотографије и попуњеног обрасца.

– Многи програм менаџери одобравају неограничен дневни лимит који се може подићи са рачуна.

Припејд картице представљају један од најновијих достигнућа у свету потрошача који користе електронске начине плаћања. Прво је настала тзв. gift card као замена за вредносне папире. Најновије иновације припејд картица су задржале исте карактеристике као и раније картице, с тим што је значајно проширено подручје употребе ових картица и оне данас представљају значајну замену за традиционалне начине плаћања, слање прекограничних новчаних пошиљки и сл.

Међутим, припејд платне картице су веома брзо показале бројне слабости у смислу да су се неке од карактеристика ових картица веома брзо показале као погодне за прање новца и немогућност улажења у траг перачима новца.

Многе владе и надлежни државни органи су прање новца идентификовали као значајан проблем. По својој природи, прање новца користи све рањивости система плаћања као своје предности којима се прикрива порекло новца. Традиционални механизми плаћања као што су кеш, чекови и кредитне картице су веома вешто коришћени од стране криминалаца све док нису пооштрени прописи којима се банке и друге финансијске институције обавезују већим стандардима на утврђивање идентитета својих клијената и обавезност пријаве надлежним властима свих сумњивих трансакција, као и порекла новца којим располажу, чиме су злоупотребе ових механизма плаћања знатно ограничене. Осим тога, органи откривања и гоњења су значајно развили начине улажења у траг сумњивим финансијским трансакцијама. Међутим, криминалци су веома досетљиви у погледу злоупотребе свих слабости система плаћања, нарочито онда када они потичу од нових и мање познатих начина плаћања. Припејд картице су пример новог начина плаћања који представља потенцијално атрактивно средство које омогућава трансакције прања новца.

Припејд картица (унапред плаћена картица) је картица на којој је похрањена вредност за коју је имаалац платио издаваоцу унапред. Када говоримо о припејд картици неопходно је првенствено дефинисати одређене појмове који стоје у вези са овом врстом картице као што су:

– **limited-purpose prepaid card** – унапред плаћена картица за ограничене сврхе, она може бити коришћена за ограничен број тачно одређених намена. Њена употреба је често ограничена на одређен број тачно одређених продајних места на одређеној локацији (нпр. града, удружење, универзитет). У случају унапред плаћених картица са једном наменом,

издавалац картице и давалац услуге може бити исти (нпр. картице за јавне телефоне).

– *multipurpose prepaid card* – унапред плаћена картица са вишеструком наменом. Овде постоје најмање три стране: издавалац, власник и акцептант картице.

– *stored value card* – је картица са похрањеном вредности, унапред плаћена картица на којој се евиденција средстава може и повећати и смањити. Назива се такође и електронски новчаник (electronic purse).

Припејд картица је релативно ново средство плаћања. Као кредитне или дебитне картице, то су пластичне картице које имају одређену вредност. Док се код кредитних картица „плаћа касније“, а код дебитних „плаћа одмах“, код припејд картица се „плаћа унапред“ јер су на рачуну унапред похрањена средства.⁴

Потрошачима су доступне две врсте припејд картица које се разликују по томе где и како се оне могу користити. Прва врста картица су тзв. затворен систем припејд картица. За овај систем су карактеристичне малопродајне картице (*retail gift cards*) - издаје их небанкарска институција да би се користила у одређеним радњама. Имаоцу картице се обично одобрава кредитна линија. Други систем картица је тзв. отворен систем картица. О оба ова система је већ раније у тексту било речи.

За потребе откривања и доказивања прања новца припејд картицама најважније је да се уочи разлика између две наведене врсте ових картица, односно два система. Ево два примера како се тзв. малопродајна картица може користити за прање новца. Оба примера су из праксе. У првом случају, криминалци су куповали велики број ових картица у читавом ланцу продавница (малопродаје) ван САД-а и то обично по највећем курсу америчког долара, а онда су те картице слали својим „ортацима“ у другим државама где су их ови продавали по средњој вредности курса. У другом случају, дилери дрогом су готовински новац који су стицали продајом наркотика куповали ове картице и давали их у компензацију својим добављачима. На ове поменуте начине, картице су коришћене као средство за прање новца.

Међутим, пошто је могућност искоришћавања ових картица у сврхе прања новца ограничена, много више пажње се посвећује отвореном систему припејд картица и много софистициранијим начинима прања новца у овом систему.

⁴ О овоме више видети: Prepaid Card Models: A Study in Diversity, http://www.philadelphiafed.org/pcc/PrepaidCardModels_Palmer_FINAL.pdf < Conference Summary „Prepaid Cards: How Do They Function? How Are They Regulated?“, http://www.philadelphiafed.org/pcc/conferences/PrepaidCards_062004.pdf

До Јуна месеца 2006. године преко Интернета се могла набавити припејд картица (анонимно, са могућношћу подизања готовог новца на банкоматима, без ограниченог лимита, са максималним дневним износом готовог новца који се могао подићи са овог рачуна у износу од 5 000\$, и то за само 35\$). На једној веб страници⁵ се рекламирала продаја ових картица. За куповину исте није била потребна идентификација купца и анонимност је била загарантована. Због свега овог су банке и други учесници у програмима припејд картица модификовали своје захтеве који се односе на обавезно давање информација за личну идентификацију ради активирања, као и могућности трансакција картицом.

Међутим, иако је идентификација лица у САД-у сада основни услов за добијање и коришћење припејд картице, исте се анонимно могу добити на великом броју тзв. *off-shore* локација. На Интернету се рекламирају бројне компаније преко којих свако физичко лице може набавити припејд картицу без давања личних података, а која се може платити готовином или трансфером одређеног новчаног износа на рачун компаније при чему се најчешће препоручује да се овај трансфер обави преко неких банака које имају висок степен дискреције клијената.

Услови и начин добијања припејд картице преко тзв. *off-shore* компанија⁶

*ВИЗА дебитна картица је једина међународна картица за глобално пружање. Картицу могу да користе физичка и правна лица. То значи да је картицу могуће регистровати на име предузећа или фирме и када новац треба да „леће“ на рачун ове картице, име физичког лица овлашћеног за коришћење картице не мора да се открије. То значи да се картица може одлично користити за *off-shore* компаније на подручју САД-а, као и за предузећа у европским земљама.*

Предности ВИЗА дебитне картице:

- Нема иницијалног износа за добијање картице;
- Нема компликованих захтева јер се пријава врши путем Интернета или факса;
- Није потребна овера потписа приликом пријаве;
- Од докумената је довољна само лична карта;
- Картица се може користити у било којој земљи;
- Картицом се може куповати преко Интернета, факса, писма или путем телефона;

⁵ www.evergreen-cards.com *сајт више није активан*

⁶ <http://www.poslovne-usluge.com>

➤ ВИЗА дебитна картица се може користити на свим АТМ банкоматима који носе ВИЗА или ПЛУС знак;

➤ ВИЗА дебитна картица има свој јединствени рачун са банком у Панами;

➤ Рачун ВИЗА дебитне картице је осигуран строгом банкарском тајном, а Панама нема уговор са било којом другом земљом о размени информација;

➤ Постоји могућност слања новца путем банковног трансфера на картицу (wire transfer);

➤ Нема провере бонитета клијента;

➤ Гарантовано је добијање ВИСА дебитне картице;

➤ Свако може да добије ову ВИЗА дебитну картицу са једноставним захтевом;

➤ Не плаћају се камате на коришћење картице;

➤ Новац са рачуна једне картице може се брзо пребацити на рачун друге картице путем Интернета;

➤ Износ на картици се може допуњавати на много начина.

За добијање Виза картице потребно је само да се попуни пријава са адресом, телефоном и потписом и достави копија пасоша или личне карте. Достављање захтева за Виза дебитну картицу може се извршити путем Интернета или e-mail-a, факса или поште.

Сама чињеница да нема потребе за нотаризацијом потписа и да се документа не проверавају омогућава максималну злоупотребу. Подаци о власнику Виза дебитне картице су строго чувана банкарска тајна. На картици није уписано име клијента ради лакше продаје самих картица, као и ради сигурности и дискретности у пословању са истом. Уколико је банка у држави која нема уговор са другим државама о размени информација о картицама (нпр. Панама), немогуће је ући у траг новцу који на овај начин циркулише. Овакве картице су најчешће лимитиране на износе од 10000\$. Међутим, банке и ту излазе у сусрет клијентима, тако да ако уплате веће суме од максималне, остатак суме се ставља на рачун Виза дебитне картице и аутоматски се износ на картици допуњава на максималан по подизању новца. Уз све ове погодности, сами трошкови картице су минимални: око 200\$ за отварање и око 15 \$ годишње за одржавање рачуна и картице.

Картица се најчешће доуњава на један од следећих начина:

➤ путем банковног трансфера на један од рачуна у Европи, обично некој мањој држави са неразвијеним сектором контроле банкарских трансакција;

➤ директним банковним трансфером на рачун картице у држави у којој је седиште банке која је издала картицу;

- путем e-gold-a,
- путем e-bullion-a,
- путем ЕМО система;
- поштанском уплатницом;
- путем Western Union ili MoneyGram,
- другом кредитном картицом преко матичне банке и слично.

Банке треба да прихвате ризик својствен издавању припејд картица без посебног припејд програма. Уколико се у самим банкама не врши строга контрола свих операција са припејд картицама, то ће неминовно довести до пораста криминалних активности. Ескалација ризика са припејд програмом иде у правцу анонимног коришћења картица и слабије контроле. Припејд програм са релативно ниским ризиком укључује контролу која ће га учинити мање привлачним перачима новца. Уколико банка увек може да утврди идентитет купца и држаоца картице, као и „спонзора“ односно лице које уплаћује одређени новчани износ на рачун картице, постоји веома мали ризик за прање новца, и обрнуто. Такође су веома значајни извори куповине и допуне ових картица. Уколико се вредност картице допуњава трансфером новца из неке банке од стране клијента који је банци познат, тиме се постиже највећи степен сигурности. И супротно, највећи ризик постоји када се вредност картице повећава готовинским новчаним улогом или другом картицом на рачун припејд картице.

Законске мере за спречавање прања новца припејд картицама

Поред већ постојећих законских мера за спречавање прања новца (обавеза банака и других финансијских институција да све сумњиве трансакције пријаве надлежном органу, идентификација извора, обима и тзв. „транзитних тачака“ уласка и изласка новца из финансијских институција, као и идентификација лица директно укључених у ове трансакције, прикупљање релевантних финансијских информација, њихово похрањивање у базе података и аналитичка обрада), у великом броју држава је прописана обавеза банака и других финансијских институција да поставе посебне програме против прања новца – AML (Anti-Money Laundering) програме, да их имплементирају, развију и одржавају. Ову обавезу имају и нефинансијске институције укључујући ту и оператере система кредитних и дебитних картица. Такође се препоручује и прихватање и успостављање CIP програма за идентификацију потрошача. Прихватање и имплементација овог програма је посебно значајна за нефинансијске институције које издају, продају или врше откуп припејд картица. У вези са применом овог програма је нејасно да ли се примењује и на банке које издају припејд картицу, али чији рачун није директно везан за сваког држаоца картице.

Друге мере за сиречавање прања новца припејд картицама

Поред законских мера, банке и други учесници програма припејд картица су развили различите стратегије и инструменте којима смањују ризик злоупотребе односно коришћења припејд картица у процесу прања новца. Најзначајније мере су ограничавање лимита – новчаног износа који се може уложити на рачун картице. Међутим, препознајући могућност прања новца на тај начин што се повлачењем максималног износа новца са рачуна који је одобрен, на исти може поново уложити максимално дозвољена сума новца, уведена су и додатна правила. Наиме, за нови прилив средстава на рачун неопходно је да држалац картице оператеру (телефонски или on-line аутоматским системом) проследи одређене идентификационе податке.

На нивоу издавања картица и менаџмент програма, компаније су развиле одређене стратегије за мониторинг коришћења картица ради откривања „примерака“ – „узорака“ за идентификацију високо ризичних ситуација. Позната америчка фирма Epoch Data Inc⁷ је конструисала посебну технологију „*ћравовремени монитћоринћ транзакција*“ ради идентификације сумњивих или високоризичних транзакција које указују на могућу активност прања новца. Ова технологија омогућава истраживање куповине, улагање средстава на рачун, повлачење готовог новца са банкомата на свим локацијама, откривајући неправилне „узорке“. Суштина овог аутоматског система је у томе што он садржи огроман број – читав сет индиција за разоткривање сумњивих транзакција прања новца.

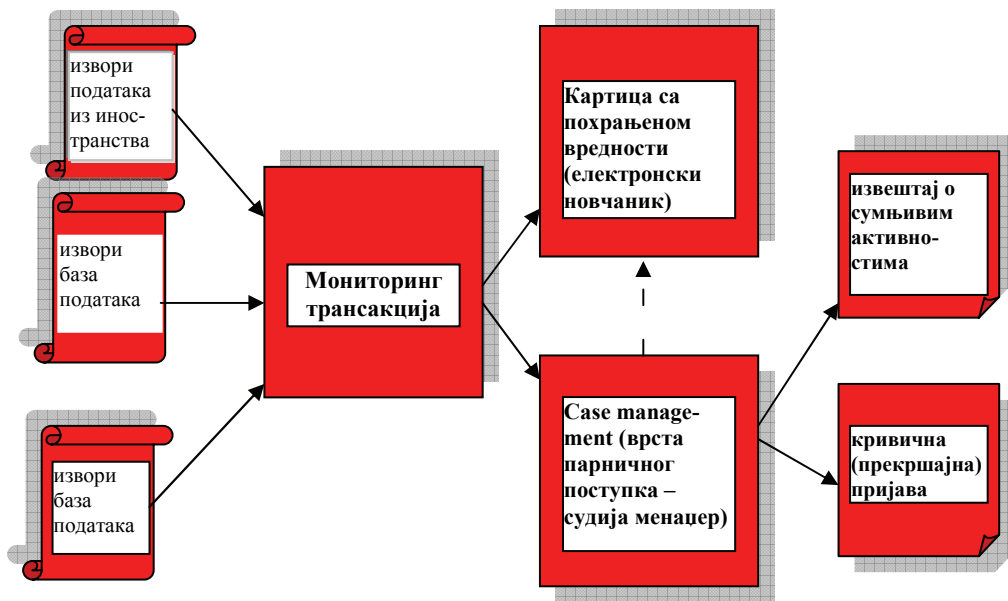
Одређене врсте транзакција треба да „алармирају“ финансијску институцију о могућности вршења сумњивих транзакција од стране клијента. То могу бити неекономске, незаконите или некомерцијалне транзакције, као и оне које имају велики проток готовог – кеш новца и нису у складу са нормалним или очекиваним транзакцијама клијента. Веома висок преокрет рачуна који није у складу са сумом која је била нормално на рачуну може представљати индицију да су фондови „опрани“. Специфични примери банкарских сумњивих активности могу бити од велике помоћи финансијским институцијама и било би неопходно да буду саставни део тзв. тренинг активности.

Сумњив акт или транзакција је најчешће она која није у складу са познатим клијентовим легалним послом или личним активностима, или нормалним бизнисом за ту врсту финансијског производа. Због тога свака финансијска институција треба да прикупи информације које се односе не само на клијента, него и на посао којим се бави, а да би се олакшало препознавање сумњивих финансијских транзакција.

⁷ <http://www.epochdata.com>

EDI ПЛАТФОРМА

Технологија откривања сумњивих трансакција



Питања која финансијска институција узима у обзир приликом одређивања да ли је одређена трансакција сумњива су:

- да ли је величина трансакције у складу са редовним активностима клијента;
- да ли је трансакција рационална у контексту клијентовог посла или личних активности;
- да ли је промењен образац трансакција које врши клијент;
- да ли клијент има посебан разлог да ради са иностранством (уколико је трансакција по природи међународна).

Главни индикатори могуће крађа новца су⁸:

- Трансакције чија структура наглашава неку илегалну сврху, комерцијална сврха је нејасна или се чини апсурдном са комерцијалне тачке гледишта.
- Трансакције код којих је разлог клијента за одабиром ове финансијске институције или филијале за реализацију односне трансакције нејасан.

⁸ <http://www.sourcewatch.org>

➤ Трансакције које нису у складу са финансијским знањем посредника и искуства клијента и наглашеном сврхом бизнис односа.⁹

➤ Клијенти који дају лажне или непотпуне информације финансијској институцији или одбију због некридибилног разлога да дају информације или документе који су затражени и рутински обезбеђени у вези са релевантном пословном активношћу.

➤ Трансакције са земљом или јурисдикцијом које се од стране FATF/а сматрају некооперативном, као и пословни односи са странкама чије је место боравка је у овим земљама.

➤ Извршавање вишеструких трансакција кеша на граници норме за коју је потребна идентификација клијента или извештај о трансакцији.

➤ Трансфер великих сума или чести трансфер у/из земаља које илегално производе наркотике или су познате по терористичким активностима.

➤ Трансакције које неочекивано резултирају нулом на билансу клијента.

➤ Клијент захтева да пословни однос буде затворен и да отвори нови однос на његово име (или име члана породице) без остављања трага на папиру.

➤ Клијент је осуђен на кривично дело (корупцију или незаконито коришћење јавних фондова).

➤ Било која предложена трансакција која укључује неку непознату страну.

Специфични индикатори за банке и финансијске институције:

➤ Трансакције које укључују повлачење средстава брзо након што су била депозирана у банци (пролаз – кроз рачуне).

➤ Размена великих сума у малим апоенима банкнота (ЕУР или страним) за банкноте у великим апоенима.

➤ Чести депозити или повлачења великих новчаних свота које се не могу објаснити бизнисом клијената.

➤ Кеширање чекова великих сума, укључујући путничке чекове ван уобичајеног пословања клијента.

➤ Инструкције за прекогранични трансфер од стране случајних клијената без ваљаног легитимног разлога.

➤ Трансфери великих сума новца уз инструкције да се сума исплати бенифиционару у кешу.

➤ Честе необичне трансакције између клијентовог личног и пословног рачуна.

⁹ Бизнис однос са банком или финансијском институцијом значи ангажовање у финансијским услугама банке или финансијске институције више него за обичну трансакцију/је.

Специфични индикатори за дилере обвезница:

- Неактивни бизнис односи који одједном доживљавају велике инвестиције које нису у складу са нормалном инвестиционом праксом клијената или њихових финансијских могућности.
- Клијент користи обвезницу или фирму брокера као место где држи фондове који се не користе у трговини обвезница за дужи период времена и таква активност није у складу са уобичајеном праксом клијената или њихових финансијских могућности.
- Велика или необична поравнања обвезница у кешу од стране клијента.
- Трансфер фондова или обвезница између рачуна који нису повезани са клијентом.

Закључна разматрања

Док напори у борби против прања новца остају приоритет за надлежне органе и финансијске институције, са друге стране, криминалци настављају са својим напорима да пронађу пут и начин да искористе, односно злоупотребе финансијске системе плаћања, да преместе и да прикрију незаконито стечен новац. И док су сви начини (средства) плаћања – од плаћања готовим новцем па све до платних картица, предмет незаконитог коришћења, време је показало да су надлежни органи за борбу против прања новца били способни да изграде различите системе и механизме ради превазилажења слабости финансијских система и ограниче или у потпуности онемогуће њихову злоупотребу.

Нови методи плаћања су се ипак показали као посебно погодни за злоупотребу, али док финансијски експерти и други надлежни органи полако улазе у траг новом инструменту прања новца, криминалци су, као и увек корак испред, јер је увек за откривање новог начина прања новца, изналажења бољих законских решења којима би се то онемогућило и њихову имплементацију у позитивноправне прописе, потребно време, које криминалци обилато користе за несметано прање новца.

Данас највећу бригу представљају припејд картице које великим бројем својих карактеристика омогућавају најразличитије начине за прање новца, уколико се над њима не спроводи строга контрола. Висок степен анонимности који је карактеристичан за многе припејд картице, учествовање многих небанкарских и нерегуларних страна у овом процесу, чињеница да се до платних картица лако долази и могућност плаћања у више наврата, чине ове картиве рањивијим, односно погоднијим за потенцијалне злоупотребе више него друге, више „укорењене“ методе плаћања, укључујући овде и традиционалне дебитне и кредитне картице. Ипак,

стручна лица надлежних органа су на време схватили ове ризике коришћења картица и изнашли различите начине обезбеђења које интензивно развијају у намери да ограниче потенцијалне злоупотребе.

Ради онемогућавања коришћења припејд картица мимо њихове основне законске сврхе, бројни стручњаци у САД-у који су први и указали на ову проблематику, а ради превазилажења исте, предлажу да правна лица усвоје и користе програме који се фокусирају на поступак „познавање муштерије“ и којима се ограничава брзина прилива и одлива новчаних средстава са картица, стицање већег броја картица везаних за један рачун и контролу броја подизања готовог новца са банкомата. Такође се предлаже и увођење посебно направљеног мониторинг система који сам истражује такве активности у својој мрежи и открива сумњиве трансакције, скоро на исти начин као и што се користе посебни софтвери посебно намењени за откривање превара у плаћању.

Можемо закључити да не постоји условно речено тзв. „сребрно дугме“ које ће у потпуности зауставити прање новца припејд картицама. Међутим, законска регулатива у комбинацији са одређеним правилима плаћања путем мреже и праксом смањивања пословног ризика, може се значајно допринети редуковању криминалних активности и промоцији једног здравог и снажног тржишта за законит програм припејд картица. Само време може показати да ли се на овај начин може спречити да припејд картице не буду омиљено средство за прање новца стеченог најразличитијим криминалним активностима.

*Tatjana Lukić, Ph.D., Assistant professor
Law Faculty, Novi Sad*

THE PREPAID CARDS – NEW TOOL FOR MONEY LAUNDERERS

Abstract

Prepaid cards are one of the newer developments in the world of consumer electronic payments. Beginning as an electronic replacement for paper gift certificates (so-called gift cards), now recent innovations to prepaid cards have incorporated the same pre-funding characteristic but are integrated into Master Cards, Visa and other payment card networks. These network-branded prepaid cards programs are now gaining traction as attractive alternatives for traditional paper-based solutions such as cross-border remittances, government assistance programs and many other emerging applications.

Over the past few years a lot of government agencies in many countries identifies a number of vulnerabilities particular to prepaid cards and emphasized the threat to the financial systems the use of prepaid cards by money launderers, stating that prepaid cards provide an ideal money laundering instrument to anonymously move monies associated with all types of illicit activity.

In this article the author deals with prepaid cards and how they could be abused, outlines how both the government and the payment sectors have responded to mitigate risks. Also, in this article the author describes how money laundering take place, explores prepaid cards' vulnerability to criminal use and differentiates these criminal acts from more traditional payment card fraud. In this article the author also describes how some government's and payment industry's responses to the challenge have helped mitigate risks while still supporting payment innovations.

*Др Драгиша Дракић, доцент
Правног факултета у Новом Саду*

„ДРУШТВЕНА ОПАСНОСТ“ УЧИНИОЦА И КРИВИЧНО ПРАВО

Сажетак: У раду се разматра појам друштвене опасности и њен значај у кривичном праву.

Најпре се анализира изворни медицински механизам друштвене опасности, који је почетком двадесетог века у неким кривичним законодавствима постао правни појам. Аутор указује да се овај „правни појам“ временом трансформисао у механизам друштвено политичке покорности.

У другој половини двадесетог века наизглед долази до суштинске промене. Наиме, „друштвена опасност“ од тада нема само своје психолошко извориште, већ може проистећи и из дејства одређених социјалних фактора. Она тада постаје „опасност за околину“. Ипак, аутор истиче да је ова „опасност за околину“ тако конципирана да се под повољним политичко-социјалним условима ојет може трансформисати у државно-присилни механизам.

Кључне речи: друштвена опасност, кривично право, опасност за околину, механизам друштвено-политичке покорности.

Појам опасности учиниоца кривичног дела стар је готово колико и само кривично право. О њему су у овом или оном контексту расправљали многи знаменити филозофи, а касније и теоретичари кривичног права. Међутим, расправа о опасности учиниоца као мерила кривичне одговорности, која је кулминирала крајем деветнаестог и почетком двадесетог века, имала је најдалекосежније последице на даљи развој кривичног права. То је био сукоб мишљења у чијој основи су стајале дијаметрално супротне полазне концепцијске основе.

С тим у вези, почетком деветнаестог века долази до експанзије медицинских, а нарочито психијатријских знања. У психијатрији тога времена долази до конституисања новог појма болести који је био далеко шири и неодређенији од пређашњег. Све што одступа од правила друштвеног реда и дисциплине практично се тада могло „психијатризовати“. То је имало одјека и на пољу кривичног права. Наиме, психијатри су захтевали од правника да прихвате њихову нову догму о појму болесног и да у кривичне законе унесу нове „биолошке“ екскулпирајуће основе, до чега је и дошло у већини кривичних законодавстава друге половине деветнаестог века. Но, психијатри се нису тиме задовољили. Занесени почетним успесима у конципирању новог психијатријског појма болесног, што је постало „болесно“ и у кривичном праву, они крајем деветнаестог и почетком двадесетог века захтевају много више. Наиме, они сада желе да „пресуђују“ и у оним ситуацијама у којима је јасно да није у питању душевно болесни и поремећени учинилац. С тим у вези, не само да се проглашавају способним да дају одговор на питање да ли је почињено кривично дело производ неке психијатријске дијагнозе или није, већ истичу да су у стању и да „математички“ измере шта је „болесно“ а шта „здро“ у човековом организму, с тим што и оно „здро“ није то у потпуности јер је резултирало извршењем кривичног дела као социопатолошког феномена. Како појам болесног у психијатрији није више чисто „биолошки“, већ је сада дакле помало и социјални, то се психијатрија сматра позваном да решава и случајеве који су до тада били у искључивој надлежности правника. Сходно томе, психијатри настоје да пронађу „формулу“ која би их легитимисала као нужне учеснике кривичног поступка. Они су исту нашли у „лику“ механизма „друштвене опасности“ који је затим требало „заоденути правничком одором“. Другим речима, психијатри истичу: „кривично дело је свакако патолошки симптом. Он може проистећи „са терена“ биолошког, када је надлежност психијатрије несумњива. Но, и када то није случај, дело је социопатолошки феномен који додуше не проистиче са терена наслеђа учиниоца, али зато представља резултат неслагања на релацији појединац – друштво, а и то је предмет посматрања и интересовања психијатрије. Социопатолошко је истовремено и психопатолошко“. У складу са напред наведеним, захтева се увођење механизма друштвене опасности који треба да замени институт кривичне одговорности. Јер, не постоје више кривично одговорни и кривично неодговорни учиниоци, већ само мање или више друштвено опасни учиниоци.¹ Такође, друштвена опасност

¹ Занимљиво је да се у кривичноправној литератури нигде не може наићи на овакву интерпретацију. Наиме, свуда се истиче да су правници идејни творци појма друштвене опасности у напред наведеном контексту, што не бисмо могли прихватити као исправно гледиште.

није ствар прошлости, већ производ будућности. Како она има своје коре-не у човеку – последица је, или „биолошке конституције“, или социјално-патолошких тенденција, дакле психопатологије, кажу психијатри – то је једино психијатрија компетентна да се о томе изјасни.

Од надолazeће „психијатризације“ кривичног права и поступка кривично право је било принуђено да се енергично брани. Стога један део теоретичара, који су припадали класичној школи кривичног права, одлучно устају против увођења односног критеријума у кривично право. Они истичу да се појам опасности одликује крајњом неопредељеношћу, која искључује могућност да се исти користи у позитивном законодавству. „Опасност извршиоца, као основа кривичне одговорности, темељи се на нагађањима лишеним чврсте подлоге. Ту има да се оперише, не са прош-лошћу, као код констатовања кривице, него са будућношћу. А свака прог-ноза јавља се као сумњива. Уз то, увођење критеријума опасности повлачи такво проширење судијског слободног уверења, које се јавља као недопус-тивно у правној држави, која чува принципе личне слободе. Кривично пра-во губи самим тим своје социјално-етичко образложење, постаје етички безбојно.“ Јер, идеалистички појам кривице замењује се чисто натуралис-тичким појмом опасности, а у кривично право продире груби натуралис-тички утилитаризам.²

Ипак, међу правницима тога времена није постојало јединство у по-гледу места и улоге критеријума опасности у кривичном праву. Стога је један део теоретичара кривичног права, који су били фасцинирани раз-војем психијатријске науке као и њеним продором у све поре друштвеног механизма, подржао психијатријско учење о друштвеној опасности која има своје извориште у психопатологији учиниоца, те су се залажали за стварање једног „tatbestandfreies Gefährlichkeitsstrafrecht“.³ У овом систе-му кривичног права једине кривичне санкције требале су да буду мере које имају за циљ отклањање могућности извршења нових дела истог изврши-оца, преко отклањања његове опасности. Њихов избор и дужина трајања не би зависили од тежине и врсте почињеног дела, већ од врсте и каракте-ристика опасног стања личности. Почињено дело чак не мора да буде ни обавезан услов њиховог изрицања, јер би се опасност учиниоца могла дијагностификовати и на основу других критеријума који указују на могу-ћност извршења кривичних дела у будућности. Ово учење оставило је трага и у неким кривичним законодавствима тога времена. Доследно томе,

² Вид. детаљније, K. von Birkmeyer, *Schuld und Gefährlichkeit in ihrer Bedeutung für die Strafzumessung*, Leipzig, 1914, s.93; E.Wolf, *Strafrechtliche Schuldlehre*, Berlin, 1928. Преузето из: А.Маклецов, *Критеријум опасности извршиоца у савременом кривичном праву*, Архив за правне и друштвене науке, бр.1, Београд, 1934.

³ Вид. E.Wolf, *ibid*, s.26.

совјетски Кривични законик из 1922. у члану 7 прописује: „опасност лица појављује се чињењем радњи штетним по друштво, или делатношћу која посведочава озбиљну претњу за друштвени правни поредак“. Такође, у члану 6 Пројекта односног законика из 1930. године стајало је да се „мере класног угушивања према непријатељима совјетског уређења и мере принудног утицања на декласиране представнике радника могу применити, како према лицима која су извршила извесно кривично дело, тако и према лицима која, иако дотично нису извршила, због својих односа према злочиначким круговима или због своје пређашње делатности, уливају озбиљну бојазан да ће у будућности извршити нова кривична дела“.⁴

Дакле, мач кривичног правосуђа морао је да погоди, не само отворене противнике совјетског уређења, већ и оне који побуђују сумњу у своју оданост њему.⁵ Стиче се утисак да су сви грађани били потенцијални носиоци опасности и самим тим латентни починиоци кривичних дела.⁶

Видимо како се сада механизам друштвене опасности трансформисао. Он се боље рећи изобличио и претворио у механизам друштвено-политичке покорности. Медиализацију кривичног поступка законодавац је искористио у социјално-политичке сврхе. На инвазију медицине у кривично право преко института друштвене опасности законодавац је реаговао правном институционализацијом медицинског знања. Другим речима, на „злоупотребу“ кривичног поступка од стране психијатрије, законодавац је реаговао „злоупотребом“ интерног нормативитета медицинског знања. Од тада не само да лекари „суде“, већ и судије „лече“.

Совјетско кривично законодавство било је једно од ретких које је доследно спровело идеју о друштвеној опасности у напред наведеном контексту. У великој већини била су она законодавства тога доба која су опасност учиниоца предвиђала као допуну основног критеријума кривичне одговорности – кривице.⁷ На жалост, нешто касније односна идеја је најдоследније инкорпорисана у национал-социјалистичко кривично законодавство и на добро познат начин сурово реализована у пракси.

Непријатна искуства са механизмом друштвене опасности у кривичном праву имала су за последицу критичнији и трезвенији приступ правника односној проблематици. У другој половини двадесетог века мења се садржина и улога друштвене опасности. Од социјално-политичког критеријума и средства за решавање политичко-социјалних проблема, она

⁴ О претходно реченом вид. А.Маклецов, *ibid*, стр.4.

⁵ Тако, А.Маклецов, *ibid*, стр.5.

⁶ Тиме се “реанимира” појам о сумњивим лицима из доба француског револуционарног “*loi des suspects*” из 1791. године.

⁷ А.Маклецов, *ibid*. У ту групу спадао је и југословенски Кривични законик из 1929. године.

постаје специјално-превентивно усмерени критеријум са терапеутско-поправним реперкусијама. Но, да ли се тиме нешто суштински променило у односу на време пре совјетског и национал-социјалистичког кривичног законодавства, када је дошло до коначног „изопачења“ једне првобитно добронамерне и хуманистичке идеје лекара која је суштински и концепцијски чини се унапред била осуђена на неуспех у кривичном праву?

Пре одговора на ово питање треба рећи да појам „друштвене опасности“, који представља основни предмет проучавања у овом раду, морамо разликовати од појма „опасности“ у модерном кривичном законодавству. Појам опасности је шири те обухвата у себи и „друштвену опасност“. Наиме, у свим данашњим кривичним законима појам опасности је изричити или прећутни „састојак“ различитих кривичноправних института и појмова. То се може рећи и за наш Кривични законик.

Тако, он најпре, додуше прећутно, налази своје место у „делу малог значаја“.⁸ С тим у вези, разлог зашто се учинилац не кажњава за почињено дело које испуњава услове да се прогласи делом малог значаја је низак степен конкретне друштвене опасности, као материјалне стране противправности, односног понашања. Или, другим речима, довољан степен посебне друштвене опасности одређеног понашања, које је формално-објективно проглашено кривичним делом, даје том понашању и са материјалне стране карактер кривичног дела у конкретном случају.

Даље, појам опасности се изричито уноси у институт крајње нужде.⁹ Законодавац овде говори о „истовременој нескривљеној опасности“, под чиме се подразумева стање блиске и непосредне могућности повређивања неког добра. Опасност треба да прети човеку, а њен непосредни носилац не сме бити човек, јер би се тада евентуално радило о нужној одбрани. Ситуација је таква, да уколико се одмах не предузму одбрамбене мере у даљем несметаном току дешавања сигурно ће наступити штета. Другачије речено: „опасност постоји ако је још могуће циљано и прорачунљиво скренути ток дешавања, а ако се овако не поступи – дакле, ако се дешавање несметано препусти свом току – штета ће наступити“.¹⁰

Такође, опасност као последица кривичног дела је саставни део бројних законских инкриминација у посебном делу кривичног права. Постоји конкретна и апстрактна опасност као последица. Прва се, најкраће речено, испољава у могућности наступања повреде као последице, док је код апстрактне опасности реч о томе да је нека кажњива радња типично

⁸ Вид. чл. 18 КЗ Републике Србије.

⁹ Вид. чл. 20 КЗ.

¹⁰ F.Zieschang, *Der Gefahrbegriff im Recht: Einheitlichkeit oder Vielgestaltigkeit?* – Goldammer's Archiv für Strafrecht, n.1, Köln, 2006, s.7.

опасна у том смислу да је она типични носилац опасности, те законодавац превентивно интервенише, прописивањем таквог понашања као кривичног дела у једној ранијој фази када још није наступила ни конкретна опасност као последица. Апстрактна опасност се, самим тим што је предузета кажњива радња, необориво претпоставља и не може се доказивати супротно – да у конкретном случају иста није наступила.¹¹ Она се и не уноси у законске описе кривичних дела који имају ову врсту последице, те се и не мора доказати у конкретном случају. Зато је за нас овде занимљивија конкретна опасност, с обзиром на то да је она елеменат законских инкриминација и да се стога мора доказати њено постојање.¹² С тим у вези, код кривичних дела која имају конкретну опасност као последицу узима се да иста постоји, када је сигурност одређене особе или ствари толико нарушена да још само од случаја зависи да ли ће дотично правно добро бити повређено или неће.¹³ Дакле, док је код крајње нужде реч о томе да онај ко поступа у крајњој нужди, иако је „притиснут“ акутном и претећом опасношћу, држи ситуацију под контролом и још може да предузме одбрамбене радње које би ток догађаја скренуле у жељеном правцу – у правцу избегавања повреде угроженог правног добра, „опасност код конкретних деликата угрожавања обухвата констелацију у којој одбрамбена средства не могу помоћи“. ¹⁴ У овој констелацији учинилац је предузео инкриминисану радњу, а „случај је хтео“ да наступи конкретна опасност а не повреда као последица – „урађено је шта је урађено“ и повреда више „није у игри“.

Након што смо у најкраћим цртама размотрили појам опасности у модерном кривичном праву са ослонцем на наш Кривични законик, вратимо се сада на механизам друштвене опасности.

„Изобличена“ идеја друштвене опасности као механизма држања у покорности читавог друштва, која је доживела врхунац у време национал-социјализма, након завршетка Другог светског рата морала је бити у потпуности напуштена. Но, то не значи да је у потпуности напуштен и изворни механизам друштвене опасности којег су у кривично право „прогурали“ лекари. Вратимо се на предњу констатацију, да се у другој половини двадесетог века на друштвену опасност не гледа више као на искључиво медицински појам који је ствар психопатологије, већ као на, пре свега и у првом реду, правни појам о којем коначну реч треба да дају правници. С

¹¹ Такво кривично дело је нпр. учествовање у тучи. С тим у вези, сам физички обрчун између три или више лица је типично опасан за живот и телесни интергитет, пре свега учесника туче али и других особа, и не може се у конкретном случају доказивати супротно.

¹² Вид. нпр. кривична дела из чл.278 и 289 КЗ.

¹³ Тако, F.Zieschang, *ibid*, s.8.

¹⁴ F.Zieschang, *ibid*, s.9.

тим у вези, медицински појам „друштвене опасности“ сада је реактуелизован у правни појам „опасности за околину“. Другим речима, правници у првој половини двадесетог века, што је реализовано у готово свим кривичним законодавствима средином века, истичу: „Почињено дело по правилу није психопатолошки феномен. Стога је у овим ситуацијама надлежност правника несумњива, а механизам друштвене опасности губи сваки смисао. И када је почињено дело продукт психопатолошког процеса или стања учиниоца, ми смо ти који одређују границе психијатријског уласка у домен кривичног права. А од сада, психијатри ће се изјашњавати искључиво о психопатолошким чињеницама, а правници ће вршити правну оцену тако поднетог чињеничног материјала и одлучивати о односним правним последицама“.

Преведено на наш терен, повод за изрицање психијатријских мера безбедности, које се и даље задржавају у регистру кривичних санкција, може бити само и искључиво кривично дело. Опасно стање личности, које није резултирало извршењем кривичног дела, не може више бити повод за изрицање кривичних санкција, као најтежих државних присилних мера. Неке предделиктне медицинске мере, које би се у форми кривичних санкција примениле на особу чије карактеристике личности указују на његов делинквентни потенцијал, не долазе у обзир, јер јасно је да психијатрија не може да „прорекне“ криминалну судбину до тада „наизглед поштеног грађанина“. Или обрнуто, када поново дођу времена специфичних друштвено-економско-политичких околности психијатрија би могла да у сваком грађанину „нађуши“ потенцијалног учиница, јер, како кажу психијатри, „нико није имун на неубичајене конфликтне ситуације и мисли са којих би могао да скрене на пут деликта“. Стога је почињено дело једини поуздани ослонац за закључак о опасности учиниоца. Али, то више није опасност личности, због чега се према њој мора применити одговарајући третман, већ опасност од вршења кривичних дела у будућности. А где се говори о кривичним делима, ту је надлежност кривичног права несумњива. Због тога је „опасност за околину“ правни појам о којем би у судској пракси требало да се изјашњавају судије.

Но, у другој половини двадесетог века долази до суштинске промене у сада овако конципираној „опасности за околину“, која је изворно била везана за стварно или „претпостављено“ душевно болесна и поремећена лица. Сада се поље примене овог механизма проширује и на ситуације у којима могућност извршења кривичних дела у будућности од стране истог учиниоца нема своје стварно или претпостављено психопатолошко извориште, већ односна могућност произилази из постојања одређених спољних околности које представљају „провоцирајући фактор“ криминалног понашања неке особе. Сходно томе, регистар мера безбедности се са ме-

дицинских мера проширује и на друге мере, као што су: забрана вршења позива, делатности или дужности, забрана управљања моторним возилом, одузимања предмета, протеривање странца из земље и др.¹⁵ Даље, у складу са правничким резонувањем, а у циљу што чвршћег везивања за начела правне сигурности и законитости, правници истичу да за изрицање било које мере безбедности није довољна „обична могућност“, већ само „повећани, претежни степен могућности“, односно, „вероватноћа“ вршења деликата у будућности. Међутим, ни оваква квантификација опасности за околину, која има за циљ да се достизањем одговарајућег степена страха од будућег делинквентног понашања односног учиниоца дође до одговарајућег квалитета који је неопходно потребан за изрицање мере безбедности, није задовољила правничке апетите за остваривањем правде и правичности. Јер, где се „оперише“ са могућношћу и вероватноћом, а не са извесношћу, ту су отворена врата за произвољности и злоупотребе. Стога правници временом изрицање мере условљавају све бројнијим писаним или неписаним правничким условима. Тако, најпре се изрицање мере у судској пракси веже само за већ почињена тешка кривична дела. Затим се у кривичним законодавствима „опасност за околину“ код неких мера веже само за вероватноћу извршења тешких дела у будућности. Даље, изрицање неких мера условљава се *високим степенем вероватноће* извршења тешких дела у будућности.¹⁶ Коначно, у готово свим кривичним законодавствима ограничава се време трајања мера¹⁷, што није у складу са природом ових кривичних санкција и са карактером „опасности за околину“. Наиме, мера треба да траје док се не отклони опасност, а када ће до тога доћи не може се знати унапред.

Све напред наведене законске измене могле би се оправдати следећом аргументацијом правника: „За једну такву санкцију има места тек онда ако је она пропорционална тежини и природи учињеног дела и нових таквих очекиваних дела, као и степена вероватноће извршења тих нових дела“.¹⁸ Другачије речено: мера се може изрећи само ако је јавни интерес да се

¹⁵ О настанку идеје о мерама безбедности и њеној реализацији у кривичним законодавствима видети детаљније: Д. Дракић, *Мере безбедности психијатријског карактера у кривичном праву Србије*, Нови Сад, 2005, стр. 23 - 26.

¹⁶ С тим у вези, у нашем новом Кривичном законнику изрицање обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи условљено је “озбиљном опасношћу” од извршења “тежих дела” у будућности. Изрицање осталих мера безбедности медицинског карактера условљено је такође “озбиљном опасношћу” извршења, али не тежих, већ било којих дела у будућности. Када су у питању остале мере, у Законнику се не тражи, ни да опасност буде озбиљна, нити да је реч о тежим потенцијалним делима?!

¹⁷ Изузетак је мера безбедности психијатријског карактера стационарног типа, која је по правилу апсолутно неодређеног трајања.

¹⁸ Ф. Бачић, *Казнено право – опћи дио*, Загреб, 1998, стр. 450.

спрече даљи деликти истог учиниоца претежнији од интереса да не дође до ограничавања његових слобода и права у оквиру изречене мере.¹⁹

На основу претходно реченог могло би се доћи до закључка да је институт опасности за околину коначно постао правни институт и да је поменутом реформом кривичног законодавства средине и друге половине двадесетог века коначно добио правно рухо. Тако, када су у питању душевно болесни и поремећени неурачунљиви учиниоци, данас је свуда напуштено анахроно, механичко и фиктивно изједначавање односних психопатолошких стања или процеса и опасности за околину. Ови учиниоци нису више само због своје психичке патње опасни за друге, већ им се оваква опасност мора у сваком конкретном случају и доказати, а полазна основа за овакво доказивање свакако ће бити почињено дело.²⁰ С тим у вези, кривично дело је неопходна законска претпоставка за изрицање било којих кривичних санкција, па тако и мера безбедности. Такође, како се опасност за околину не може са сигурношћу утврдити, то је оправдано да се изрицање мера веже за „висок степен вероватноће“ вршења кривичних дела у будућности, а најмање што закони траже је „обична вероватноћа“. Даље, како ни то није довољна гаранција да ће се одређена мера применити само када је то заиста оправдано, добро је што се сада по правилу, ако не у законима а оно свакако у судској пракси, захтева вероватноћа да ће бити почињена тешка кривична дела у будућности. Коначно, да би се грешке, које би могле произаћи из неодређености основног критеријума за изрицање мера безбедности, свеле на најмању могућу меру, у судској пракси се изрицање мере често веже за већ извршено тешко кривично дело. На крају, пошто се мера безбедности веже за већ извршено кривично дело односно кривично дело које ће се вероватно извршити у будућности, то се једино правници могу изјашњавати о опасности за околину као основу и обавезном услову за изрицање било које мере безбедности. То је у складу и са начелом строге законодавне поделе надлежности између судије и вештака у судском поступку, да вештак одлучује о чињеницама а судија о праву.

Ипак, овакви закључци могли би се подврћи озбиљним критикама, јер су ставови који су у њима изнети на први поглед обојени претераним оптимизмом правника, или пак њиховим нереалним уображавањем.

Тако, рекли смо да се „опасност за околину“ веже за вероватноћу вршења кривичних дела у будућности. Дакле, не за извесност или вероват-

¹⁹ Слично, G.Stratenwerth, *Zur Rechtfertigung freiheitsbeschränkender sichernder Massnahmen*, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bern, 1988.

²⁰ Ова претпоставка опасности душевно болесних учинилаца у Италији је укинута тек законодавном реформом из 1986. године! Вид. E.Musco, *Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem Italiens*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Heft 2, Berlin – New York, 1990, s.432.

ноћу која се граничи са извесношћу, али ни за обичну могућност.²¹ Неки аутори сматрају да овде мора постојати вероватноћа високог степена.²² С тим у вези, сматрамо да се квантификација опасности за околину, у смислу поделе на велику, затим обичну, вероватноћу, и на крају, просту могућност вршења кривичних дела у будућности, не може извршити у кривичном поступку, јер не постоје објективни критеријуми помоћу којих би се на егзактан начин извршило односно степеновање. Стога је јасно да судије поступају интуитивно, односно произвољно, када одлучују о опасности за околину. Зато се констатација „опасности“ у судској пракси условљава констатацијом да је већ извршено неко, по могућству, тешко кривично дело. Овим се компензује ненаучност и непоузданост интуитивне методе која се заснива на факторима ирационалне природе. Ипак, извршено тешко кривично дело није увек и безусловно гарант „опасности“²³, а извршено лако кривично дело гарант непостојања овакве опасности.²⁴ С друге стране, и процена тежине дела је проблематична и тешко утврдива. Но, тиме се невоље суда са констатацијом „опасности за околину“ не завршавају. Тако, не само да правници инсистирају на томе да за једну меру безбедности по правилу има места тек када постоји висок степен вероватноће извршења дела у будућности, који се закључак редовно изводи само из чињенице да је неко већ извршио једно или више тешких кривичних дела, већ инсистирају и на томе да се изрицање мере веже за вероватноћу вршења тешких или барем тежих кривичних дела у будућности. С тим у вези, ако се веома тешко може доћи до закључка да ће учинилац у будућности вероватно извршити кривично дело, како ће се тек доћи до закључка да ће исти вероватно извршити неко тешко кривично дело?! До оваквог закључка се не може доћи. Ми само можемо, након брижљиве анализе свих релевантних околности а не само тежине већ почињеног дела, заузети став да постоји шанса да ће учинилац поново доспети у одређене ситуације које су на њега стимулативно деловале у правцу вршења кривичног

²¹ Тако, K.Lackner, K.Kühl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München, 2001, s.367.

²² Тако нпр. H.Tröndle, T.Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 50. Auflage, München, 2001, s.525.

²³ С тим у вези, може се десити да муж који болује од параноје, због суманутих идеја љубоморе, лиши живота своју супругу за коју је уобразио да га vara. Иако је у питању најтеже почињено кривично дело, не постоји вероватноћа вршења кривичних дела у будућности уколико се на основу вештачења докаже да не постоје друге особе које су део или које би у догледно време могле постати део његовог суманутог система.

²⁴ Тако, познат нам је случај из праксе када је особа која болује од параноидне шизофреније на свиреп начин лишила живота свог брата. Иако је пре тога у два наврата вођен судски поступак због лаке телесне повреде односно угрожавања сигурности, суд је изрекао меру безбедности психијатријског карактера стационарног типа тек када је дошло до фаталног исхода.

дела и које могу поново резултирати извршењем дела у будућности. Аргумент, да је за изрицање мере довољно да судија буде убеђен у ово²⁵, не може се прихватити. Јер, противи се логици да неко може бити убеђен у нешто што можда постоји. Стога је једино могуће да судија верује да је учинилац опасан за околину. А овакво веровање да ће се нешто можда догодити није, или не би требало да буде, довољно за изрицање једне кривичне санкције. Из тога се може извести закључак да је „опасност за околину“, као основ и обавезни услов за изрицање мера безбедности који треба да их легитимише као кривичне санкције *sui generis*, сама за себе извор опасности за злоупотребе и идеолошке манипулације.²⁶

Ипак, иза овог на први поглед претераног оптимизма правника око концептирања модерног појма „опасности за околину“ крије се сасвим нешто друго. Наиме, након „изопачења“ изворног механизма друштвене опасности и његове злоупотребе у социјално-политичке а касније и расно-квазиидеолошке сврхе требало је наћи кривца за далекосежне последице које су из те злоупотребе произашле. Кривац је нађен у лекару – идејном творцу изворног механизма, те је требало вештаке психијатре изопштити из кривичног поступка. Међутим, од почетка је правницима било јасно да ће тако нешто тешко бити изводљиво, јер су једино лекари компетентни да се изјашњавају о чињеницама психопатолошке природе које постоје на страни учиниоца. Излаз је нађен у компромису – мере безбедности психијатријског карактера и даље ће егзистирати у регистрима кривичних санкција²⁷, с тим што ће се лекари искључиво изјашњавати о психопатолошким чињеницама, а правници ће вршити правну оцену поднетог чињеничног материјала и одлучивати, следствено томе, о односним правним последицама. Ова најпре теоријска, а затим и законодавна стриктна подела надлежности, која је потенцирана напред наведеним писаним и неписаним правничким условима, доживела је другачију судбину у пракси. Наиме, како се правници нису временом оспособили за обављање послова које су раније вршили лекари, то се може рећи да у оним поступцима у којима узимају учешће суде вештаци а не судије. Тако долазимо у апсурдну ситуацију, да правници, који су средином двадесетог века хтели да „екскомуницирају“ лекаре из судница, сада позивају те исте лекаре да пресуђују у њихово име када је њихов заједнички предмет интересовања душевно болесни или тешко душевно поремећени учинилац. Јер, они се у пракси изјашњавају и о неурачунљивости (битно смањеној урачунљиво-

²⁵ Тако тврде Н.Tröndle, Т.Fischer, *ibid*, s.515.

²⁶ Слично, Е.Musco, *ibid*, s.431.

²⁷ У неким земљама, као на пример у Француској, оне су ипак пребачене у здравствено-социјално законодавство.

сти), и о „опасности за околину“, као и о потреби изрицања мере безбедности психијатријског карактера. Од замишљених судијских помагача вештаци су се, игром случаја или, боље рећи, комотношћу правника, трансформисали у суверене владаоце дешавања у судници. Тако је уместо „правног појма“ опасности за околину на сцену поново ступио медицински појам „друштвене опасности“ о којем смо говорили на почетку рада. Додуше, сада није требало налазити начине да се овај изворно медицински механизам „заодене правничком одором“, како су то тражили лекари средином деветнаестог века, а касније и реализовали. Они су сада изворно правни појам „опасности за околину“ трансформисали у пракси у медицински. Дакле, „оно“ што је некада било медицинско, то је у другој половини двадесетог века постало, барем декларативно, правно, али се недуго затим „ово“ наизглед правно у пракси претворило поново у медицинско. У стварности, „то“ медицинско никада и није престало фактички да егзистира. Једина суштинска разлика у односу на ранији механизам друштвене опасности огледа се у томе што данас не може свака психијатријска дијагноза представљати индицију за постојање друштвене опасности односне личности. Другим речима, данас се у кривичним законима наводе психијатријске дијагнозе које једино могу довести до екскулпације или декулпације учинилаца у кривичном поступку и до изрицања мере безбедности психијатријског карактера због евентуално постојеће „опасности за околину“. Правници на тај начин сужавају готово неомеђени психијатријски појам патолошког на кривичноправно подношљиву меру. Све друго је кривичноправно ирелевантно.

Некако у исто време са „тражењем кривца“ у лику лекара за „изопачење“ изворног механизма друштвене опасности, иако су највећи кривци за то били управо правници, у први план избија нова идеја о „опасности за околину“ о чему смо говорили нешто раније. Творци односне идеје сада су били правници, који су на тај начин желели да „медицинарима“ ставе до знања да је то сада чисто правни институт и да се прекида са праксом „медикализације“ кривичног права и поступка.²⁸ Друштвена опасност која је раније, барем декларативно, проиштицала искључиво са терена психопатолошког сада се проширује и на терен нормалног. Она сада постаје „опасност за околину“. Другим речима, извор „опасности“ нису више само психопатолошка својства личности учиниоца, већ то може бити и неки спољни фактор који је стимулативно деловао на учиниоца да изврши кривично дело и који на исти начин може деловати на његово понашање и у будућности. Тај фактор може бити вршење одређеног позива или делатно-

²⁸ О судбини ове идеје у судској пракси, када су у питању мере безбедности психијатријског карактера, говорили смо у претходном излагању.

сти, управљање моторним возилом, боравак на одређеној територији, поседовање одређених предмета, јавно изражавање сопственог мишљења или става о другом... Међутим, спољашњи фактор представља само „окидач“ криминалног понашања учиниоца. Стварни узрок таквог његовог понашања су опет својства личности. Другим речима, онај ко не поседује предиспозицију за криминално понашање тај неће постати извршилац кривичног дела, без обзира на сав „криминални потенцијал провоцирајућих спољних околности“. Ипак, сада не постоји могућност да поново дође до „психијатризаације“ опасности за околину, до чега је дошло средином деветнаестог и почетком двадесетог века, јер нико, па ни психијатри, данас не тврди да је социопатолошко истовремено и психопатолошко. Криминалитет је данас, у томе се сви слажу, нормалнопсихолошка појава!? Стога су правници ти који у оваквим случајевима суверено и без уплива са стране одлучују о „опасности за околину“ и изрицању одговарајуће мере безбедности која се на такву опасност надовезује.

Савремени регистри кривичних санкција богати су овим „строго правничким“ мерама безбедности. Већина правника велича њихове специјално-превентивне учинке, и каже да су у одређеним ситуацијама оне незамењиво средство борбе против криминалитета на специјално-превентивном плану. Казна, као пре свега и у првом реду генерално-превентивна санкција, према њиховом мишљењу у тим ситуацијама није, уопште, или у довољној мери, ефикасна.

Овакво теоретско образложење може се подврћи озбиљној критици. Наиме, данас је казна замишљена и конципирана тако да се њоме остварују подједнако, како генерално-превентивни, тако и специјално-превентивни циљеви. Шта више, тренутни тренд у теорији кривичног права о сврси казне је да се специјалној превенцији да централна улога у односу на генералну превенцију, као последица тога што њене методе и њено подручје деловања (генералне превенције) леже углавном изван области кривичног права.²⁹ Несумњиво је да се казном данас остварују значајни специјално-превентивни учинци и то, како ретрибуцијом, тако и поправљањем. С друге стране, не може се оспорити чињеница да већина ако не и све мере безбедности у себи садрже елементне принуде. Ако је то тако, поставља се логично питање, по чему се онда разликују казне и мере безбедности? Неке мере безбедности по својој ретрибутивној снази и генерално-превентивном дејству у конкретној ситуацији чак надмашују казну. У том смислу, данас се не може више говорити о дуалитету кривичних санкција. У стварности постоји само једна група санкција за пунолетне учиниоце, без обзира на то како ћемо их назвати.

²⁹ Видети: С.Рохин, *Промене у теорији о сврси казне*, Југословенска ревија за кривично право и криминологију, бр.2-3, Београд, 2001.

Зашто су онда уведене „мере безбедности“ које се темеље на „опасности за околину“? Другим речима, зашто у регистрима кривичних санкција не егзистирају само казне? Сматрамо да су непсихијатријске мере безбедности уведене да би се урачунљиви учиниоци кривичних дела додатно казнили. Наиме, када „обично“ кажњавање које одговара тежини кривичног дела, степену кривице и другим објективним и субјективним околностима које се односе на дело и учиниоца не може да задовољи правничке „апетите“ у погледу „праведног кажњавања“, на сцену ступа суперказна у лику мере безбедности, која се заснива на измишљеном правничком механизму „опасности за околину“. Када обично кажњавање темељено на кривици није довољно, учинилац мора додатно да испашта због наводне „опасности за околину“. „Мере безбедности“ су стога израз компромиса на релацији правник – лекар. С тим у вези, када је коначно дошло до компромитације изворно медицинског, а касније декларативно правног, механизма „друштвене опасности“, правници су за јединог кривца огласили лекаре, иако то није одговарало стварном стању. Ипак, требало је сачувати лекаре у кривичном поступку, јер су управо они требали да дају легитимитет декларативно новим кривичним санкцијама – мерама безбедности, које нису биле ништа друго до казне! Зато правници упућују „ултиматум“ лекарима: „Признајте да социопатолошко није исто што и психопатолошко и ми ћемо вас оставити у кривичном поступку“. Међутим, „признајте исто тако да је и социопатолошко опасно готово колико и психопатолошко, ако не и више од тога“. Након односног лекарског „признања“ није било више формалних сметњи да се званично прокламује дуалитет кривичних санкција. Од тада па до данас егзистира „двослојни“ „правни“ појам опасности за околину. Прва варијанта опасности је у суштини напред поменути медицински механизам „друштвене опасности“ душевно болесних и поремећених учинилаца о којој се у пракси изјашњавају вештаци.³⁰ Она проистиче са терена психопатолошког. Друга варијанта је државно-присилни механизам одмазде, када „обична“ казна није довољно испаштајућа. Он се базира на идеји задовољења апстрактне правичности, а темељи се на „опасности“ која проистиче са терена нормално-психолошког, премда резултира у социопатолошком. Другим речима, спољни фактор као „окидач“ социопатолошки детерминисаног

³⁰ С тим у вези, када су правници, како смо то напред представили, увидели да нису у могућности да се изјашњавају о овом сегменту „опасности за околину“, они су упутили поменути „ултиматум“ лекарима. Дакле, они нису одмах позвали лекаре, већ тек када су „открили своју немоћ“ у дијагностицирању односног сегмента „опасности“. Касније уз „благослов“ лекара садржински обогаћују односни механизам на начин како смо то напред поменули те, стварањем „правног“ појма „опасности за околину“, ситуацију коначно окрећу у своју корист.

кривичног дела само је повод извршења истог, док је истински узрок извршења – нормалнопсихолошко, из којег проистиче и „опасност за околину“. Тако су правници постали помало и психолози, односно, самопрокламовани „стручњаци“ за нормалнопсихолошка душевна збивања која постоје на страни неких учинилаца. Само се чекају нека „нова национал-социјалистичка времена“ па да се „ово“ нормалнопсихолошко, уз прећутну или изричиту сагласност лекара, прогласи за психопатолошко, а због „оног“ социопатолошког, када ће се садашњи „двослојни“ појам „опасности за околину“ опет трансформисати у јединствени државно-присилни механизам који ће послужити за „одбрану“ друштва од његових непослушних или непожељних чланова.

*Dr Dragiša Drakić, Ph.D., Assistant Professor
Novi Sad School of Law*

„SOCIAL DANGER“ OF A PERPETRATOR AND CRIMINAL LAW

Abstract

In the paper is considered the meaning of the social danger and its significance in criminal law.

In the first part of the paper the author analyzes the original medical mechanism of the „social danger“ which became the law concept in some criminal legislations at the beginning of the twentieth century. The author points out to the fact that this „law concept“, as time went by, turned into mechanism of a social and political submission.

Apparently, in the second half of the twentieth century a fundamental change has come along. Namely, „social danger“ from thereupon has not only its psychopathological source, but it could originate from definite exterior factors. In that case „social danger“ becomes „threat against surroundings“. Still, the author points out to the fact that the concept of „threat against surroundings“ could be again transformed into state-forced mechanism under convenient political and social circumstances.

*Мр Сања Радовановић, асистент
Правног факултета у Новом Саду*

ПОЈАМ И ПРАВНА ЗАШТИТА СОФТВЕРА

Сажетак: Поље примене софтвера у ери информација обухвата разноврсне делатности: од забавних, услужних до производних. Њиховом употребом олакшава се пројект информација, размена добара на тржишту, ефикаснија производња робе и уружање услуга. Стога се с правом може сматрати да софтвер представља једно од најзначајнијих добара на светском тржишту. Управо из тих разлога потреба за адекватним правним нормирањем заштите и промента права на софтверу представља један од императива модерног друштва. Но, ојет се позивајући на исте разлоге, постоје бројне недоумице у вези са правним оквиром у којем се тај циљ може остварити. У правној пракси тренутно су прихваћени и ауторскоправни и патентни вид заштите. Стога се поставља питање да ли се на тај начин ствара правна несигурност или неуједначена правна решења проистичу из различитог поимања патентбилности односно ауторства.

У раду се настојало да се, уз одређивање појма софтвера, кроз анализу релевантних извора Сједињених Америчких Држава, као представника софтверске индустрије, и Европске Уније укаже на постојеће стање у погледу правне заштите софтвера ауторским правом односно патентом.

Кључне речи: софтвер, компјутерски програм, компјутерски применљиви проналасци, патент, ауторско право, судска пракса, управна пракса, Европска Унија, Сједињене Америчке Државе, правна заштита софтвера у Србији, технички допринос

1. ПОЈАМ СОФТВЕРА

Потреба за прецизним одређењем појма софтвера двоструко је условљена. С једне стране, иако општеприхваћен у нашем језику, право значење речи софтвер остаје у извесној мери непознаница, нарочито када се узме у

обзир чињеница да је везана за поље технике у којем само релативно мали проценат појединаца располаже стручним знањем. С друге стране, недовољној јасноћи доприноси и изједначавање, нарочито у правничкој литератури, појма софтвер са другим, сродним термином – компјутерски програм. Будући да значења ових термина нису истоветна. У овом делу ће бити одређено шта се, заправо, под „софтвером“ у контексту овог рада подразумева.

С обзиром на то да је компјутерски програм ужи појам, истаћи ћемо најпре шта се под њим подразумева. Наиме, компјутерски програм представља сређени низ инструкција које су постављене тако да фиксирањем на материјални носач, уз помоћ компјутера, изврше одређену функцију или постигну одређени резултат.¹

Појмом „софтвер“, пак, обухваћени су „компјутерски програм(и), поступци, могућа пратећа документација и подаци који се односе на функционисање компјутерског система“.²

Полазећи од тога да се компјутерски програми изузетно ретко самостално појављују у робном промету, поистовећивање ова два термина је оправдано са практичног аспекта. Стога ће у раду, следећи језичку доследност, бити употребљен израз „софтвер“ и у случајевима када је реч искључиво о компјутерском програму.

1.1. Врсте софтвера

Прецизна компјутерска технологија у свом функционисању захтева различите „наредбе“ у циљу постизања жељеног резултата. Стога се софтвери према намени најчешће деле у две групе: системски софтвери и апликативни (кориснички) софтвер. С аспекта правне заштите, ова подела нема нарочит значај, али разлике које међу њима постоје могу утицати на одређена питања у правном промету.

¹ Наведено према: D. M. Davidson, J. A. Davidson: *Advanced Legal Strategies for Buying and Selling Computers and Software*; A Ronald Press Publication, John Wiley & Sons; New York, Chichester, Brisbane, Toronto, Singapore; 1986, стр. 13. Слично одређење дато је и у: С. Марковић: Ауторско право и сродна права; Службени гласник, Београд, 1999, стр. 135, а према: WIPO: Модел прописа за заштиту рачунарског софтвера, *Industrial Property* 1977; стр. 265

² Цитирано према: *Standard Glossary of Software Engineering Terminology*; IEEE Inc. New York, 1983. У литератури постоји велики број различитих дефиниција софтвера. У том смислу види: H. Hansen, G. Neumann: *Wirtschaftsinformatik 1*; осмо издање, Mannheim, 2001; H. Schneider: *Lexikon der Informatik und Datenverarbeitung*, Muenchen; 1986; P. Mertens, F. Bodendorf, W. König, A. Picot, M. Schumann, T. Hess: *Grundzüge der Wirtschaftsinformatik*, осмо издање, Berlin, 2003; H. Balzert: *Lehrbuch der Software-Technik*, Heidelberg, 1996; M. Schwanholz: *Informationstechnologien im Wandel*; Frankfurt am Main, 1998.

Системски софтвер обухвата програм за превођење (са програмског језика на машински језик, енгл. *translation program*), услужне програме (сервисне, помоћне, енгл. *utility program*)³, као и протоколе⁴ и управљачке програме (енгл. *drivers*).⁵

Оперативни систем је део системског софтвера и обухвата програме који представљају базу апликативних софтвера (енгл. *application software*) јер координира рад различитих оперативних јединица: процесора, штампача, тастатуре, итд.⁶ Заправо, оперативни систем јесте спој хардвера, с једне стране, и корисника и апликативног софтвера са друге стране.

Највећи број персоналних рачунара данас поседује оперативни систем Microsoft. Но, поред њега, постоје и бројни други оперативни системи као што су, примера ради, Solaris од Sun Microsystems-a, AIX од IBM-a, HP-UX од Hewlett Packard-a. Посебну врсту оперативних софтвера представљају, у последње време све популарнији, тзв. слободни софтвери (*free software*, *open source software*, нпр. Linux). Они су доступни корисницима у свом изворном коду, те их корисници могу слободно користити, унапређивати, итд.

Тржишно највећи значај имају апликативни софтвери који су намењени крајњим корисницима (стога се још називају и *end user софтвери*) „за решавање пословних, научних или индустријских проблема“⁷. Њихово функционисање је зависно од оперативног система и услужних програма. Састоје се од програма за обраду база података, програма за обраду текста, и програма за табеларна израчунавања.⁸ Апликативни софтвери су изузетно разноврсни, будући да су прилагођени широкој употреби рачунара у савременом друштву односно различитим потребама крајњих корисника. Међутим, могу се поделити у две групе.

Прву групу апликативних софтвера чине тзв. индивидуални софтвери. Они су конструисани према посебним потребама одређеног корисника

³ Сервисни, услужни или помоћни програм „представља продужену руку оперативног система и изводи помоћне функције (дијагностички, за тражење грешке, за сортирање и сл.).“ Цитирано према: В. Тасић, И. Бауер: *Речник компјутерских џермина*; Треће издање, Микро књига, Београд, 1998, стр. 394

⁴ Протокол је скуп конвенција које у комуницирању користе компјутери и уређаји прикључени на њих. Конвенције (*conventions*) су, пак, стандарди и прихваћени поступци у писању програма или пројектовању; скраћенице, симболи или њихова значења. Према: В. Тасић, И. Бауер: *op. cit.* стр. 302. и 87.

⁵ Програм који управља пребацивањем података између компјутера и периферијског уређаја. Према: В. Тасић, И. Бауер: *op. cit.* стр. 123

⁶ В: N. Hoppen, *Software Innovations and Patents – A Simulation Approach*, Ibidem Verlag, Stuttgart, 2005, стр. 152

⁷ Цитирано према: В. Тасић, И. Бауер: *op. cit.* стр. 17

⁸ В: N. Hoppen, *op. cit.* стр. 154

у складу са хардвером и софтверским окружењем, а намењени су решавању специфичних проблема (нпр. испитивање својстава моторних возила у аутоиндустрији).

У другу групу спадају стандардни софтвери који су намењени великом броју корисника са истим или сличним проблемским оријентацијама. Стандардни софтвер је на тржишту доступан као производ, најчешће на cd носачу, и намењен је инсталирању на корисников рачунар како би он касније могао несметано да га користи у складу са својим потребама. С обзиром на вишеструку функционалност, стандардни софтвер се надаље може поделити на функционално разноврсне (опште намене) и функционално оријентисане софтвере (посебне намене).

Први су углавном засновани на Windows оперативним системима и укључују програме за обраду текста, графичке презентације, табеларне анализе, администрације базе података и слично (популарно названи *standard office software*).⁹

Функционално оријентисани стандардни софтвери омогућавају више страну подршку функцијама и пословним поступцима, као и доношење пословних одлука. Поједини од њих морају бити прилагођени посебним потребама корисника (нпр. SAP R/3). Други, пак, представљају тзв. интегрисане софтвере који подржавају најразноврсније активности (од менаџмента средстава, продаје и дистрибуирања производа, финансирања, контроле, до саме производње), као што је MS Quicken.

2. ПРАВНА ЗАШТИТА СОФТВЕРА

Појава првих персоналних рачунара пре више деценија условила је настанак независног софтвера односно софтвера који не представља саставни део хардвера. Већ у првим годинама рада, софтверске компаније у Сједињеним Америчким Државама, где су заправо и корени компјутерске технологије, оствариле су огромне приходе на име производње и промета софтвера у Европу и Јапан који су се увећавали у кратким временским периодима и до неколико десетина пута. Имајући у виду значајан проценат који је софтверска индустрија остваривала, и још увек остварује, у укупном националном дохотку најразвијених земаља, нарочито САД, питање адекватне правне заштите овог нематеријалног добра поставило се као примарно, првенствено ради очувања позиција наведених земаља на светском тржишту, али и ради стимулације даљег развоја технологије која је наговештавала нову еру у еволуцији друштва. Међутим, сложена при-

⁹ N. Hoppen, *op. cit.* стр. 154

рода софтвера учинила је ово питање предметом вишедеценијских расправа, које још нису до краја окончане.

Наиме, изворни код, када је једном учињен доступним јавности, могуће је на једноставан начин опонашати. Изражавање изворног кода у другом програмском језику не представља повреду ауторског права будући да оно штити само форму дела. Уз то, захваљујући развијеним компјутерским технологијама, софтвер је постао лако доступан производ чије умножавање се може остварити уз минималне трошкове.¹⁰

С друге стране, хибридна природа софтвера отвара питање заштите патентом. Изворни и објектни код, као форме изражавања, предмет су заштите ауторским правом. Међутим, активирање софтвера производи технички резултат који, не ретко, има индустријску примену. Полазећи од овог аргумента, правна теорија и пракса су, у извесној мери, пољубале ауторскоправни концепт заштите.

Бројни радови у којима се ближе разрађује дилема између ауторскоправне и патентне заштите представљају полазиште за обимну анализу овог проблема, али с обзиром на обим овог рада, биће изложено само актуелно стање у нормативним актима и пракси.

2.1. Правна заштита софтвера у Сједињеним Америчким Државама

Компјутерски софтвер у самом почетку није био заштићен правом интелектуалне својине. Међутим, имајући у виду значај добра, постојао је недвосмислен став да софтверима треба обезбедити заштиту апсолутним правом, с обзиром на дејства *erga omnes*.

У недостатку изричитих законских норми о природи софтвера, а тиме и о облику правне заштите, велики допринос дала је аргументација судске праксе у споровима који су за предмет имали софтверске производе. Свакако, у том смислу предњаче одлуке судова Сједињених Америчких Држава. Тако, већ 60-тих и 70-тих година прошлог века у судским одлукама се истиче да изворни код представља, заправо, форму изражавања идеје, те се стога софтвери имају сматрати ауторским делом.¹¹

Овај став судске праксе нормативно је уобличен амандманима на U.S. Copyright Act из 1976¹², а касније и Computer Software Copyright Act-ом из 1980. Међутим, у коначном извештају Националне Комисије за коришће-

¹⁰ The American Business Software Alliance процењује да се четири од десет софтвера користе илегално, што указује на губитак од 11 милијарди америчких долара на светском тржишту. Подаци преузети са www.bsa.org, август 2006.

¹¹ В: G. C. Yang, *The Continuing Debate of Software Patents and the Open Source Movement*, *Texas Intellectual Property Law Journal*, Vol. 13/2004-2005; стр. 175

¹² В: 17 U.S. Code, Chapter 3 – Computers and Copyright, 1978.

ње ауторских дела новим технологијама (The National Commission on New Technologies Uses of Copyrighted Works (CONTU)), који је претходио изради ових аката, истакнуто је да ауторскоправна заштита софтвера не преклудира патентну заштиту.¹³ Наиме, ауторско право штити форму дела односно литерарни код софтвера, али не и идеју која стоји у његовој позадини. Стога је судска пракса у примени релевантних одредби померала границу између форме и идеје, временом све више отварајући могућности заштите софтвера и патентом.

У *Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp.* из 1983, суд је проширио ауторскоправну заштиту и на објектни код, као форму изражавања дела без обзира на медијум на којем је фиксирано.¹⁴ Корак даље суд је отишао у *Whelan Associates v. Jaslow Dental Laboratory* признајући правну заштиту и нелитерарним елементима софтвера односно његовој структури и организацији,¹⁵ чиме је на посредан начин ауторскоправном заштитом обухваћена и идеја.

На овај начин судска пракса је постепено разлике између софтвера као ауторских дела и патентабилних проналазака учинила мање видљивим. Штавише, у *In re Allapat*, суд је стао на становиште да се софтверу може признати патентна заштита у сваком случају када су испуњени услови патентбилности.¹⁶ Тумачењем оваквих ставова учињен је крупан преседан доношењем одлуке у *State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc.*¹⁷ којом је признат патент за пословни метод, а која се аналогно примењује и на софтвере.

2.2. Правна заштита софтвера у Европи

Економски утицај софтверске индустрије Сједињених Америчких Држава на европском континенту рефлектује се и на нормативном плану. У том смислу, на нивоу Европске Уније доношењем Директиве Савета Европске заједнице о правној заштити компјутерских програма (Директива 91/250) усвојен је ауторскоправни концепт. Но, растући значај електронске трговине и развој информатичког друштва заснованог на Интернету указују на то да се права експанзија производње и употребе софтвера

¹³ Final Report of the National Commission on New Technologies Uses of Copyrighted Works, <http://digital-law-online.info/CONTU/contu9.html>, јун, 2005.

¹⁴ *Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp.*, 714 F.2d 1240, 1249 (3d Cir. 1983) у G. C. Yang, op.cit. стр. 176

¹⁵ *Whelan Associates v. Jaslow Denatal Laboratory*, 797 F.2d 1222, 1234-1236 (3d Cir. 1986), у G. C. Yang, op.cit. стр. 176

¹⁶ *Ibidem*

¹⁷ *State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc.* од 23. јула 1998. године. Текст одлуке на: www.kuesterlaw.com/saris.htm, септембар 2005.

тек може очекивати, што питање правне заштите чини и даље актуелним.¹⁸ Потоњу констатацију потврђују и судска и управна пракса држава чланица Европске Уније и пракса Европског завода за patente које у својим одлукама не игноришу актуелне трендове америчких прецедената.

Наиме, у националним органима и у Европском заводу за patente додељено је неколико хиљада патената компјутерски применљивим проналасцима.¹⁹ Имајући ово у виду, поставља се питање да ли се тиме доводи, бар у извесној мери, до правне несигурности. Другим речима, да ли ауторскоправна и патентна заштита егзистирају паралелно или се међусобно допуњују.

С обзиром на то да дубља анализа овог проблема прелази оквира рада, на овом месту ће само укратко бити изложене релевантне одредбе европског и међународног значаја.

2.2.1. Поглед на релевантне одредбе у европским и међународним актима

Примарни акт којим се регулише питање заштите компјутерских програма у Европској Унији јесте, као што је већ наведено, Директива Савета Европских заједница о правној заштити компјутерских програма (Директива 91/250). Према одредбама Директиве, државе чланице заштићују компјутерске програме ауторским правом као књижевна дела у смислу Бернске конвенције за заштиту књижевних и уметничких дела. Појам „компјутерски програм“, за потребе Директиве, обухвата и припремни материјал за конципирање програма. Заштита се примењује на било који облик формулисања неког компјутерског програма. Идеје и принципи, који се налазе у основи било ког елемента компјутерског програма, укључујући и идеје и принципе који се налазе у основи његових интерфејса, нису објекат ауторскоправне заштите.²⁰

Под формом софтвера се, пак, подразумева изворни код (када је изражен у неком од програмских језика), објектни код (у виду бинарних бројева, тј. у машинском језику) и извршни код (електронски дигитални запис на телесном носачу: магнетној траци, чипу, CD-у).²¹

¹⁸ У Западној Европи у периоду од 1999.-2003. број запослених у софтверској индустрији је порастао са 24 на 71%. Студија Booz Allen & Hamilton за холандско Министарство за економске односе, The Competitiveness of Europe's ICT Markets, март 2000, стр. 10

¹⁹ P. Tang, J. Adams, D. Paré, Patent Protection of Computer Programmes – Final Report, ECSC-EC-EAEC Brussels – Luxembourg, 2001, стр. 52

²⁰ Чл. 1. ст. 1. и 2. Директиве, у В. Тодоровић, *op.cit.*, стр. 190

²¹ В: С. Марковић, *op.cit.*, стр. 136. Опширније: С. Марковић, Заштита рачунарских програма патентом, ауторским правом и правом *suī generis*, Југословенски спољнотрговински водич – правни водич, Љубљана, 1989. године, 31-34

Према Конвенцији о европском патенту, која је имплементирана у законе свих земаља чланица, европски патент се издаје за проналаске који су нови, који су резултат стваралачког рада и који могу бити индустријски применљиви.²² Компјутерски програми „као такви“ су искључени из патентне заштите.²³ Међутим, имајући у виду формулацију одредбе, патентна заштита се не може признати само ако се патентна пријава односи на компјутерски програм „као такав“, што не значи да се уопште не може доделити. Стога се поставља питање који компјутерски програми су патентбилни.

С обзиром на разноврсност како компјутерских програма тако и поља њихове примене, у вези са питањем њихове патентне заштите смернице треба потражити у тумачењу релевантних одредби од стране управне и судске праксе.

Тако, Жалбено веће Европског завода за патенте заузело је став да сви проналасци морају имати технички карактер. Овај став је и нормативно подржан Споразумом о трговинским аспектима права интелектуалне својине (ТРИПС) који предвиђа могућност издавања патената свим техничко-технолошким проналасцима који испуњавају опште услове патентбилности.²⁴ Сходно томе, Жалбено веће Европског завода за патенте и надлежни органи управе односно судови држава чланица узимају компјутерски применљиве проналаске као патентбилне ако имају технички карактер односно ако припадају пољу технологије. Из тога произлази да компјутерски програми нису *per se* искључени из патентне заштите већ само уколико немају технички карактер.²⁵

Имајући у виду значајну улогу Европског завода за патенте у тумачењу релевантних одредби, у контексту овог питања неизбежно је поменути интересантан закључак у вези са тумачењем „техничког карактера“ компјутерских програма истакнут у одлуци *Controlling pension benefits system*²⁶. Наиме, Жалбено веће Завода истиче да компјутерски програм који се „покреће“ у компјутеру по дефиницији има технички карактер јер

²² Текст Конвенције види у: В. Тодоровић, Међународни уговори, Том I, Интелектуална и друга добра, Службени гласник, Београд, 2000, стр. 225-347

²³ Чл. 52. ст. 1. Конвенције о европском патенту

²⁴ Чл. 27. ст. 1. Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине. Текст Споразума види у: В. Тодоровић, Међународни уговори, Том I, Интелектуална и друга добра, Службени гласник, Београд, 2000, стр. 155-187

²⁵ В: Computer program product I & II, T 1173/97 од 1. јула 1998, 1999 ОЈ ЕПО (609) и T 0935/97 од 4. фебруара 1999. године, (1999) R.P.C. 861. Одлука је објављена у: *ИЦ – International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, Munich, br. 02/2000, стр. 189-199

²⁶ *Controlling pension benefits system*/PBS T-0931/1995 од 8. септембра 2000. године, <http://cii.european-patent-office.org/>, мај 2006.

је компјутер сам по себи машина и тиме се испуњава услов патентбилности компјутерских програма. С обзиром на то да је оваквим тумачењем радикално проширен појам патентбилности уопште, сличан став Веће заузима и у погледу других производа који су Конвенцијом о европском патенту искључени из патентне заштите.²⁷

Иако је од ступања на снагу Конвенције о европском патенту прошло више деценија, пракса Европског завода за патенте, и поред многобројних одлука у овим и сличним питањима, није јасно дефинисана. Истина, одлуке жалбених већа Завода (и одлуке судова других држава чланица) су обавезујуће за националне судове. Но, они их морају признавати, али не и следити.²⁸ Услед овакве правне ситуације у пракси је дошло до неуједначених интерпретација релевантних одредби односно до различитог обима заштите која се гарантује појединим врстама проналазака, нарочито софтвера.

С тим у вези, активност Европске Уније била је усмерена на хармонизацију прописа у спорном питању.

2.2.2. Директива о њавијеној заштити компјутерски применљивих проналазака

Полазећи од најновијих трендова у судској и управној пракси у ЕУ, започеле су консултације на изради Директиве о заштити компјутерски применљивих проналазака патентом. Европска Комисија је 19. октобра 2000. године позвала на последњу рунду преговора и на коментарисање документа који је широј јавности учињен доступним путем Интернета.²⁹ Поводом презентованог документа пристигло је и објављено мноштво одговора и коментара.³⁰ Иако су мишљења била јасно подељена између оних који сматрају да софтвере треба апсолутно искључити из патентне заштите и оних који се саглашавају са праксом Европског завода за патенте, закључак који се могао извести из мишљења стручне јавности био је да је неопходно отклонити правне нејасноће и хармонизовати прописе и праксу на нивоу Европске Уније.

У том смислу, Комисија је сачинила Нацрт Директиве о патентној заштити компјутерски применљивих проналазака. Међутим, након број-

²⁷ Према одредби чл. 52. ст. 2. то су: а) открића, научне теорије и математичке методе; б) естетске творевине; ц) планови, правила и методе у вези са умним радом, играма или привредним активностима, као и програми за рачунаре; д) репродукција информација.

²⁸ В: Протокол о судској надлежности и признавању одлука о праву на европски патент (Протокол о признавању од 5. октобра 1973. године) који је саставни део Конвенције о европском патенту у: В. Тодоровић, *op.cit.* стр. 332-334

²⁹ http://europa.eu.int/comm/internal_market/indprop/softpaten.htm, октобар 2004.

³⁰ http://europa.eu.int/comm/internal_market/indprop/softpatanalyse.htm, мај 2005.

них и исцрпних расправа, Европски Парламент је великом већином одбио предложени Нацрт.³¹

3. ПРАВНА ЗАШТИТА СОФТВЕРА У НАШЕМ ПРАВУ

У нашем правном систему, софтверима је први пут призната ауторскоправна заштита Законом о изменама и допунама Закона о ауторском праву из 1990. године. Закон о ауторском и сродним правима из 1998. године остао је на истим позицијама изричитим навођењем софтвера на листи ауторских дела.³² Актуелни Закон није донео никакве суштинске измене, али тежећи да формално удовољи наднационалним прописима, софтвере подводи под писана дела.³³ Ипак, имајући у виду специфичности софтвера као интелектуалног добра, доследна примена одредби о ауторским делима књижевности није оправдана. Стога је нашим Законом, као и његовим међународним узорима, прописано низ одредби којима се уважава потреба за посебним регулисањем софтвера.

Тако, аутор рачунарског програма има искључиво право да другоме забрани или дозволи давање на послугу примерака свог дела. Давање на послугу, пак, подразумева давање примерака дела другоме од стране институција доступних јавности, без непосредне или посредне имовинске користи.³⁴ У случају давања на послугу примерака других ауторских дела од стране лица чија је то регистрована делатност, аутор има само право на потраживање накнаде.³⁵ Различит правни третман у погледу овог овлашћења проистиче из наглашене техничке природе софтвера, што његово умножавање чини врло једноставним поступком. Стога је било нужно аутору обезбедити искључиво овлашћење како би могао остварити што већи степен контроле над коришћењем свог дела.

Надаље, посебно је регулисана и суспензија ауторских права када је реч о софтверима. Наиме, лице које је на законит начин прибавило примерак рачунарског програма, може, ради сопственог уобичајеног наменског

³¹ <http://www.europarl.europa.eu/>, јули 2005. Исто: <http://wiki.ffii.org/Ep050706En>, јули 2005.

³² Чл. 2. ст. 2. тачка 10. Закона о ауторском и сродним правима из 1998. године, Службени лист СРЈ, бр. 24/98

³³ Чл. 2. ст. 2. тачка 1. Закона о ауторском и сродним правима из 2004. године, Службени лист СЦГ, бр. 61/2004.

³⁴ Чл. 24. Закона о ауторском праву и сродним правима

³⁵ Чл. 39. Закона о ауторском праву и сродним правима. Чл. 24. и чл. 39. преузети су из Директиве о закупу и послузи. В: Council Directive 92/100/EEC on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property, Official Journal L 346, 27. 11. 1992

коришћења програма: смештати програм у меморију рачунара и пуштати га у рад; отклањати грешке у програму и вршити друге неопходне измене на њему, које су у складу са његовом сврхом, ако није другачије уговорено; начинити један резервни примерак програма на трајном телесном носачу; извршити декомпилацију програма искључиво ради прибављања неопходних података за постизање интероперабилности тог програма са другим независно створеним програмом, или одређеном рачунарском опремом, уколико тај податак није био доступан на други начин и уколико се декомпилација програма врши само у делу програма који је неопходан за постизање интероперабилности³⁶.

Смештање програма у меморију рачунара и његово пуштање у рад представљају заправо радње умножавања дела које су обухваћене искључивим овлашћењем аутора софтвера.³⁷ С друге стране, ове радње су неопходне како би лице које је легално прибавило примерак софтвера могло и да га користи. Из тог разлога било је неопходно суспендовати наведена овлашћења аутора.

Надаље, технички карактер софтвера указује на још једну карактеристику: његову несавршеност. Будући да настајање и коришћење софтвера изискује употребу машине (компјутера), врло често, чак неизбежно, долази до тзв. софтверских грешака. Свака неовлашћена интервенција, пак, представљала би прераду дела, а тиме и повреду искључивог неимовинског овлашћења аутора на заштиту интегритета дела. Ради обезбеђења несметаног коришћења програма, законодавац је овластио легалног имаоца на отклањање грешака у програму и вршење других неопходних измена на њему, али уговором између њега и титулара права примена ове одредбе се може искључити.

Сличну сврху има и овлашћење легалног имаоца примерка софтвера да начини копију софтвера на трајном телесном носачу, будући да се радни примерак може током употребе оштетити или уништити.³⁸

Декомпилација, која је, под наведеним условима такође обухваћена суспензијом, подразумева претварање тзв. објектног кода у изворни код,³⁹ чиме се омогућава да софтвер функционише на одређеној компјутерској опреми, односно уз други програм, када је то неопходно. Подаци добијени на овај начин не смеју се саопштавати другима нити користити у друге сврхе, осим законом предвиђене⁴⁰.

³⁶ Чл. 46. ст. 1. Закона о ауторском праву и сродним правима

³⁷ Чл. 20. ст. 4. Закона о ауторском праву и сродним правима

³⁸ В: С. Марковић, *op.cit.* стр. 232

³⁹ *Ibidem*

⁴⁰ Чл. 46. ст. 2. Закона о ауторском праву и сродним правима

Полазећи од изузетног привредног значаја софтвера, законодавац је предвидео посебне одредбе и у уговорном праву односно у погледу ауторских дела створених у радном односу, од којих се, истина, уговором може одступити.

Наиме, када је предмет уговора о наруџби дела софтвер, наручилац стиче право објављивања и сва имовинска права, што је у складу са сврхом закључења таквог уговора.⁴¹

На крају, трајни носилац свих искључивих имовинских овлашћења на софтверу створеном у радном односу је послодавац.⁴²

4. КОЕГЗИСТЕНЦИЈА АУТОРСКОПРАВНЕ И ПАТЕНТНЕ ЗАШТИТЕ

Облик правне заштите софтвера у великој мери опредељује и начин на који ће се вршити пренос права у вези са њим. Стога је једно од кључних питања да ли су разлике у правној регулативи суштинске или само формалне односно да ли ауторскоправна и патентна заштита егзистирају паралелно или се међусобно допуњују.

Директивом 91/250, ТРИПС-ом и WIPO Уговором о ауторском праву⁴³ софтвери, у изворном или објектном коду, се заштићују као књижевна дела у смислу Бернске конвенције.⁴⁴ С обзиром на правни значај ових аката, а нарочито ТРИПС-а који своју обавезност црпи из чињенице да ниједна држава не може постати чланица Светске трговинске организације уколико није чланица ТРИПС-а,⁴⁵ законодавства савремених држава су у том погледу у великој мери хармонизована. Међутим, поље примене софтвера у информацијској ери обухвата и оне области које се традиционално штите правима индустријске својине, а превасходно патентима. Из те чињенице проистичу и разлике које постоје у погледу заштите софтвера.

Анализом актуелне судске и управне праксе долази се до закључка да софтвер, под одређеним условима, може бити предмет заштите патентом. Наиме, интерпретирајући релевантне одредбе Конвенције о европском

⁴¹ Код израде других ауторских дела наручилац поред овлашћења на објављивање стиче само овлашћење на стављање дела у промет. В: чл. 93. Закона о ауторском праву и сродним правима

⁴² На осталим делима створеним у радном односу послодавац је носилац имовинских овлашћења у ограниченом трајању од пет година од завршетка дела. В: чл. 96. Закона о ауторском праву и сродним правима

⁴³ Чл. 4. Уговора. Текст Уговора о ауторском праву види у: В. Тодоровић, *op.cit.* стр. 85-91

⁴⁴ Чл. 1. ст. 1. и 2. Директиве 91/250 и чл. 10. ст. 1. ТРИПС-а

⁴⁵ В: С. Марковић, *Ауторско право и сродна права*, Службени гласник, Београд, 1999, стр. 98

патенту у светлу развоја нових технологија, Европски завод за патенте је стао на становиште да софтвер, када се покреће или смешта у компјутер, производи или има могућност да произведе даљи технички ефекат који превазилази нормалну физичку интеракцију између софтвера и компјутера (хардвера) на којем се тај програм покреће, може бити патентбилан.⁴⁶ Тиме се, у погледу патентбилности софтвера, поставља захтев да проналазак има технички допринос.

У Сједињеним Америчким Државама, пак, проналазак једноставно мора да припада техничко технолошким вештинама, а допринос техници се не тражи. Тако, чињеница да проналазак користи компјутер или софтвер чини га делом технолошких вештина, а ако још обезбеђује „користан, конкретан и опипљив резултат“⁴⁷ и патентбилним проналаском.

Из наведеног се може закључити да до неуједначеног обима заштите софтвера у оним ситуацијама када се он може сматрати проналаском у смислу патентног права доводи различито поимање патентбилности. С обзиром на то да се у Сједињеним Америчким Државама проналасцима признаје патентна заштита под знатно блажим условима него што је то случај са правом Европске Уније и већином националних законодавстава у Европи, може се догодити да одређени софтвер буде заштићен патентом у Сједињеним Америчким Државама односно ауторским правом на европском континенту. Тиме се, међутим, не доводи у питање примарност ауторскоправног концепта заштите, који је општеприхваћен. Ипак, може се сматрати да у појединим случајевима ова два облика егзистирају паралелно, као у потоњој констатацији, односно међусобно се допуњују када је реч о патентираним софтверима у Европској Унији, што може изазвати, правно и економски посматрано, одређену несигурност.

4.1. Економски аспекти патентбилности софтвера

Размимоилажење у правној заштити, о којем је реч, може имати негативне ефекте на инвестиционе одлуке и слободно кретање добара унутар европског тржишта. Конкурентно окружење за иновативне проналаске се битно разликује у зависности од тога да ли су заштићени патентом или ауторским правом. Уз то, може се спречити пренос заштићеног проналаска из једне у другу државу односно у државу у којој таква заштита није призната. У таквом окружењу привредни субјекти ће, наравно, одлуку о уласку на нова тржишта доносити у зависности од степена правне сигурности и нивоа заштите обезбеђене појединим врстама проналазака, међу којима

⁴⁶ В: Computer program product I & II, Т 1173/97 од 1. јула 1998, 1999 ОЈ ЕРО (609) и Т 0935/97 од 4. фебруара 1999. године, (1999) R.P.C. 861

⁴⁷ State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc.

софтвери заузимају значајно место. С тим у вези, извршене су бројне анализе о утицају патентбилности компјутерских проналазака на проналазаштво, конкуренцију и привреду.

Студије о економском утицају патентбилности компјутерских софтвера углавном су засноване на анализи судских одлука у САД-у.⁴⁸ Најчешће се истиче да је „патентбилност проналазака који су у вези са компјутерским програмима потпомогла развој компјутерске индустрије у Сједињеним Америчким Државама, нарочито малих предузећа и независних произвођача софтвера који су прерасли у озбиљне компаније“.⁴⁹

У Европи је такође забележен раст, премда још увек низак, учешћа независних произвођача софтвера у укупном финансијском билансу.⁵⁰ Главни вид заштите који је обезбедио софтверској индустрији такав пораст било је ауторско право. Стога студија наглашава озбиљну забринутост због могућности патентирања проналазака заснованих на компјутерском програму или у вези са њим. У том смислу, истакнуто је да је издавање патената за такве или сличне проналаске, нарочито у електронској трговини, неприхватљиво. Тиме се, заправо, проширује појам патентбилности јер је заштита призната проналасцима који нису ни нови нити имају инвентивни ниво. Уз то, позиција великих произвођача била би непримерено ојачана у односу на мале уколико би се патенти признавали и компјутерским проналасцима.

УМЕСТО ЗАКЉУЧКА – ОДНОС АУТОРСКОПРАВНЕ И ПАТЕНТНЕ ЗАШТИТЕ

С обзиром на то да у пракси коегзистирају ауторскоправна и патентна заштита софтвера, осврнућемо се укратко на њихов однос.

Наиме, патент обезбеђује заштиту за проналазак у границама патентног захтева. Стога, титулар патента компјутерски применљивог проналаска има право да забрани свим трећим лицима коришћење патентираног проналаска, у обиму који је одређен у патентној пријави.

⁴⁸ В: The Economic Impact of Patentability of Computer Programs, студија Института за интелектуалну својину из Лондона, завршена у марту 2000. Доступна је на: http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/studyintro.htm. Види још: Cohen, Wesley M., Nelson, Richard R., and Walsh, John P., Protecting Their Intellectual Assets; Appropriability Conditions and Why U.S. Manufacturing Firms Patent (or not), Working paper, National Bureau of Economic Research, фебруар 2000; Bessen J., Maskin E., Sequential Innovation, Patents and Imitation, Working paper, Department of Economics, Massachusetts Institute of Technology, јануар 2000; Jaffe B. A., The U.S. Patent System in Transition: Policy Innovation and the Innovation Process, Working paper, National Bureau of Economic Research, август 1999.

⁴⁹ Ibid, стр. 5

⁵⁰ Ibid, стр. 3

С друге стране, ауторским правом штити се софтвер изражен у било којој форми. Идеје и принципи, пак, који се налазе у основи било ког елемента софтвера, укључујући идеје и принципе који се налазе у основи његовог интерфејса, нису обухваћени ауторскоправном заштитом.⁵¹ Према томе, софтвер ће уживати ауторскоправну заштиту уколико је оригиналан, у смислу да је лична интелектуална творевина аутора.⁵² Практично, ауторскоправна заштита односи се само на форму у којој је идеја изражена, али не и на идеју или принципе на којима почива. Сходно томе, ауторско право штити титулара од суштинског копирања изворног односно објектног кода, али се та заштита не простире на оне случајеве који представљају само различите начине изражавања исте идеје или принципа.

Патентна заштита се, пак, односи и на оне компјутерски применљиве проналаске чији је изворни или објектни код другачији, али који имају исти ефекат односно на оне програме који су према ауторском праву такође објекти заштите.

Стога се може рећи да се ова два вида заштите могу међусобно допуњавати у смислу да се ауторским правом штити форма у којој се софтвер изражава, а патентом идеје и принципи на којима почива, уколико испуњава услове патентбилности.

⁵¹ Чл. 1. ст. 2. Директиве 91/250

⁵² Чл. 1. ст. 3. Директиве 91/250

*Sanja Radovanović, Assistant
Novi Sad Faculty of Law*

CONCEPTION AND LEGAL PROTECTION OF SOFTWARE

Abstract

Since software industry has shown important growth in recent years, the problem of the appropriate protection became even more actual than in the years of its establishment. Software Directive 91/250 concerns computer programs copyright works, but administrative and court's decisions granted a numerous patents for computer-implemented inventions. For that reason, the current legal situation regarding patent protection in this field may be considered ambiguous and thus leads to lack of certainty.

Under the European Patent Convention, computer programs „as such“ are excluded from patentability, but under certain circumstances patent could be granted. According to the European Patent Office attitude, the main condition for patentability of computer programs is „technical character“, which opens the question of its definition. In that sense, it's very useful to analyze EPO decisions. The Board of Appeal of EPO held, in Computer Program Product I&II, that if a program on a carrier has the potential to produce further technical effect when loaded and run on a computer, such a program claimed by itself should not be excluded from patentability.

Taking into account the main differences between patent and copyright protection, and articles of subject matters relevant legal acts, proper protection of computer programs could be obtained by patent as well as copyright. In other words, their coexistence could be considered cumulative in the sense that copyright protection is accorded to the particular expression in any form of a computer program, while patent protection covers ideas and principles which underlie any element of a computer programs.

*Мр Јелена Видић, асистент
Правног факултета у Новом Саду*

ПОЛОЖАЈ АДОПТИВНИХ СРОДНИКА КАО ЗАКОНСКИХ НАСЛЕДНИКА (законодавства бивших југословенских република)

Сажетак: Као наставак прелиминарног рада, у којем је изнеи историјски приказ утицаја адоптивних сродства на законска наследна права у домаћем праву, ће указано на основне карактеристике положаја адоптивних сродника као законских наследника у важећем праву Србије и у осталим појединим европским правима, уз савлање акцената на чињеницу тенденције у савременим правним системима, према којој појино усвојење представља једини моћи вид усвојења, у овом раду се настоји указати на конкретан положај адоптивних сродника из појино и неопојино усвојења као законских, али и као нужних наследника. О конкретном наследноправном положају адоптивних сродника као законских наследника у земљама које представљају предмет анализе (Србија, Црна Гора, Словенија, Македонија и Хрватска) у раду се закључује анализом одговарајућих одредаба Закона о наслеђивању споменутих земаља којима се регулишу законска наследна права наведених сродника како из појино, тако и из неопојино усвојења, ће довођењем у везу ових норми са свим оним нормама којима се регулишу законска наследна права крвних сродника и брачног друа оставиоца, како оним које се односе на редовна правила законског наслеђивања, тако и оним којима се одстоја од наведених редовних правила законског наслеђивања. Истовремено, у раду се на основу анализе свих прелиминарно споменутих норми, ће уз анализу релевантних наследноправних норми којима се регулише императивно законско наслеђивање настоји указати и на конкретан наследноправни положај који у анализираним правима имају адоптивни сродници из појино и неопојино-

ној усвојења као нужни наследници (круї адоптивних сродника као нужних наследника, величина њихової нужної дела, као и ишшање условности адоптивних сродника као нужних наследника).

Кључне речи: усвојење, йоййуно усвојење, нейоййуно усвојење, адоптивно сродство, законски наследни редови, законски наследни део, йовећање наследної дела, смањење наследної дела, нужни наследни редови, нужни део.

1. ПОЛОЖАЈ АДОПТИВНИХ СРОДНИКА КАО ЗАКОНСКИХ НАСЛЕДНИКА ПРВОГ НАСЛЕДНОГ РЕДА

У већем броју породичноправних законодавстава која представљају предмет анализе, као што су Породични закон Србије из 2005. године,¹ Закон о браку и породичним односима Словеније из 1976. године,² и Обитељски закон Хрватске из 2003. године,³ потпуно усвојење представља једини могући вид заснивања усвојења, док у мањем броју ових законодавстава, попут Закона о породици Македоније⁴ и Породичног закона Црне Горе⁵ уз могућност заснивања потпуног усвојења и даље паралелно постоји могућност заснивања непотпуног усвојења. Међутим, и у споменутим правима у којима више не постоји могућност заснивања непотпуног усвојења и даље се може говорити о одговарајућем наследноправном положају адоптивних сродника из оваквог вида усвојења, с обзиром на чињеницу већ заснованих непотпуних усвојења пре почетка примене важећих породичноправних прописа ових земаља, којима се предвиђа искључиво могућност заснивања потпуног усвојења, у погледу којих непотпуних усвојења се када је реч о законским наследним правима адоптивних сродника примењују одговарајући наследноправни прописи који су важили до почетка примене закона којима је изостављено овај вид усвојења.⁶

¹ „Службени гласник РС“, бр. 18/05.

² „Урадни лист СР Словеније“, бр. 15/76; пречишћени текст ЗБПО-а Словеније „Урадни лист РС“, бр. 69/04.

³ „Народне новине“, бр. 116/03.

⁴ „Службени весник на РМ“, бр. 80/92.

⁵ „Службени лист СРЦГ“, бр. 7/89.

⁶ Тако је у прелазним и завршним одредбама Породичног закона Србије из 2005. године, у чл. 358. ст. 1. предвиђено да се на усвојење засновано пре почетка примене овог закона примењују прописи који су важили до дана почетка примене овог закона. У прелазним и завршним одредбама Закона о наслеђивању Словеније, у чл. 228. ст. 2. ЗОН-а Словеније предвиђено је да ће се у погледу наследних права адоптивних сродника из непотпуних усвојења заснованих по ранијим прописима (по прописима ранијег Закона о усвојењу из

У правима која су предмет анализе, а којима је предвиђена могућност заснивања потпуног усвојења, важећим наследноправним прописима - Законом о наслеђивању Хрватске из 2003. године,⁷ Законом о наслеђивању Србије из 1995. године,⁸ Законом о изменама и допунама Закона о наслеђивању Словеније из 2001. године,⁹ као и Законом о наслеђивању Македоније из 1996. године¹⁰ предвиђено је правило према којем потпуним усвојењем усвојилац и његови сродници и усвојеник и његови потомци стичу међусобно право законског наслеђивања,¹¹ односно правило према којем усвојеник из потпуног усвојења, као и његови потомци наслеђују

1947. године) примењивати одредбе Закона о наслеђивању СФРЈ из 1955. године, који је важио у овој земљи пре доношења ЗОН-а из 1976. године (измењеног и допуњеног 2001. године), као што је и у чл. 227. ЗБПО Словеније предвиђено да се на усвојења заснована по досадашњим прописима ове земље примењују ти прописи, а ово не важи једино онда када је усвојење, које је засновано по ранијим прописима промењено у усвојење које предвиђа постојећи ЗБПО Словеније (у потпуно усвојење), које је могуће уколико су за то испуњени услови предвиђени у ЗБПО Словеније. Напослетку, законска наследна права адоптивних сродника из родитељских (непотпуних) усвојења заснованих по старом Обитељском закону Хрватске из 1998. године, када је до отварања наслеђа дошло након ступања на снагу новог Обитељског закона, уређују се одредбама ЗОН-а из 2003. године, с обзиром на то да је чл. 361. ст. 2. новог Обитељског закона Хрватске предвиђено да се даном примене овог закона не мењају права и дужности стечена по претходним прописима.

⁷ „Народне новине“, бр. 48/03.

⁸ „Службени гласник РС“, бр. 46/95.

⁹ Закон о наслеђивању Словеније донет је 1976. године („Урадни лист СР Словеније“, бр. 15/76, 23/78). Закон о изменама и допунама ЗОН-а Словеније донет је 2001. године („Урадни лист РС“, бр. 67/01).

¹⁰ „Службени весник на РМ“, бр. 47/96.

¹¹ В. чл. 22. ст. 1. ЗОН-а Хрватске. Споменућемо да садржај одредаба новог Обитељског закона Хрватске из 2003. године који уређује наслеђивање које настаје сродничким (потпуним) усвојењем одговара споменутом садржају одредаба ЗОН-а Хрватске које уређују наслеђивање у случају сродничког (потпуног) усвојења, с тим што је новим Обитељским законом Хрватске признато право међусобног наслеђивања усвојенику и његовим потомцима, те усвојоцу, његовим крвним сродницима и сродницима по усвојењу (дакле, у круг законских наследника ушли су и сродници по усвојењу – в. чл. 148. ст. 1-2. Обитељског закона Хрватске). У теорији се наводи да споменуте одредбе новог Обитељског закона у погледу уређивања међусобних законских наследних права, насталих заснивањем сродничког (потпуног) усвојења по новом Обитељском закону имају предност у односу на горе споменуте одредбе ЗОН-а, које регулишу наследна права адоптивних сродника из овог вида усвојења, образложено тиме да је Обитељски закон *lex specialis*, а уз то је и касније донет и раније се почео примењивати од ЗОН-а Хрватске. Поред тога, наводи се да би и на међусобно наслеђивање адоптивних сродника из сродничких (потпуних) усвојења заснованих по старом Обитељском закону из 1998. године, а где је до отварања наслеђа дошло након ступања на снагу новог Обитељског закона, требало примењивати одредбе новог Обитељског закона. В. у том смислу: Ј. Црнић, М. Дика, Б. Хрватин, О. Јелчић, Т. Јосиповић, З. Кохарић, Ј. М. Руждјак: Ново наследноправно уређење, Загреб, 2003., стр. 8. и 38-40.

усвојиоца и његове сроднике, на исти начин као што деца и њихови потомци наслеђују своје родитеље и њихове сроднике¹² (или да имају иста наследна права која имају и усвојичева деца и њихови потомци према усвојиоцу и његовим сродницима),¹³ те да је приликом наслеђивања сродство засновано потпуним усвојењем изједначено са крвним сродством.¹⁴ Наведено произлази и из одговарајуће одредбе Породичног закона Црне Горе о дејствима потпуног усвојења, којом је предвиђено да се потпуним усвојењем између усвојиоца и његових сродника и усвојеника и његових потомака заснивају односи сродника и сва права и дужности која по закону постоје између родитеља и деце и других сродника, па тиме и одговарајућа законска наследна права.¹⁵ У свим наведеним правима, заснивањем потпуног усвојења истовремено престају законска наследна права усвојеника и његових потомака према њиховим крвним сродницима, од којег правила постоје изузеци у случајевима када се као усвојилац јавља брачни друг (или у појединим правима ванбрачни партнер) родитеља детета, у ком случају ће дете задржати наследна права и према свом родитељу и његовим крвним сродницима.¹⁶

Законом о наслеђивању Црне Горе,¹⁷ Законом о наслеђивању Македоније, Законом о наслеђивању Србије (чије се одредбе о наследним правима адоптивних сродника из непотпуног усвојења у праву Србије примењују погледу раније заснованих непотпуних усвојења по ЗБПО Србије из 1980. године¹⁸), као и Законом о наслеђивању СФРЈ из 1955. године¹⁹ (чије

¹² В. чл. 34. ст. 1. ЗОН-а Србије

¹³ В. чл. 21. ст. 1. ЗОН-а Словеније

¹⁴ В. чл. 4. ст. 1. ЗОН-а Македоније

¹⁵ В. чл. 145. ст. 1. Породичног закона Црне Горе. До увођења потпуног усвојења у Црној Гори дошло је Законом о усвојењу СРЦГ из 1977. године ("Службени лист СРЦГ", бр. 28/77), а овај вид усвојења предвиђен је и позитивним породичним законодавством Црне Горе - Породичним законом из 1989. године. Међутим, Закон о наслеђивању Црне Горе је донет 1976. године, те стога њиме нису регулисана наследноправна дејства потпуног усвојења.

¹⁶ В. чл. 22. ст. 1. ЗОН-а Хрватске (одн. чл. 148. ст. 3. Обитељског закона Хрватске), чл. 34. ст. 1. ЗОН-а Србије, чл. 21. ст. 4. ЗОН-а Словеније, чл. 4. ст. 2. ЗОН-а Македоније и чл. 145. ст. 2. Породичног закона Црне Горе. Споменуто правило према којем ће у случајевима када се као усвојилац јавља брачни друг (или у појединим правима ванбрачни партнер) родитеља детета, дете задржати наследна права и према свом родитељу и његовим крвним сродницима је прописано само у неким од анализираних законодавстава - в. у том смислу чл. 22. ст. 3. ЗОН-а Хрватске (одн. чл. 148. ст. 3. Обитељског закона Хрватске) и чл. 24. ЗОН-а Македоније. Међутим, и у осталим анализираним законодавствима у којима дете такође може бити потпуно усвојено од стране брачног друга родитеља детета, задржавање наследних права детета и према свом родитељу и његовим крвним сродницима у оваквом случају се подразумева.

¹⁷ "Службени лист СРЦГ", бр. 4/76, 10/76, 22/78.

¹⁸ „Службени гласник СРС“, бр. 22/80 и 11/88; „Службени гласник РС“, бр. 22/93...29/01.

се одредбе у праву Словеније примењују у погледу наследних права адоптивних сродника из раније заснованих непотпуних усвојења према Закону о усвојењу из 1947. године²⁰), предвиђено је правило према којем усвојеник из непотпуног усвојења и његови потомци наслеђују само усвојоца (не и усвојочеве сроднике, његовог брачног друга, нити друге његове усвојенике) исто као што деца и њихови потомци наслеђују своје родитеље, ако та права при усвојењу нису ограничена или искључена,²¹ док је Законом о наслеђивању Хрватске (чије се одредбе примењују у праву Хрватске погледу раније заснованих родитељских (непотпуних) усвојења по старом Обитељском закону из 1998. године²²) предвиђено да непотпуним усвојењем између усвојоца и усвојеника настаје узајамно право законског наслеђивања крвних сродника у правој линији, тако да усвојеник и његови потомци имају према усвојоцу, као и према његовим прецима законско наследно право као да су усвојочева деца, односно даљи усвојочеве потомци.²³ Засновано непотпуно усвојење у свим наведеним правима, не доводи ни до престанка наследних права усвојеника према његовим крвним сродницима, осим у праву Хрватске.²⁴

На основу изнетих разматрања, те узимајући у обзир правила законског наслеђивања у оквиру првог наследног реда, у свим посматраним правима произлази да како усвојеник из потпуног усвојења, тако и усвојеник из непотпуног усвојења у случају смрти усвојоца из потпуног, односно непотпуног усвојења, као наследници првог законског наследног

¹⁹ „Службени лист ФНРЈ“, бр. 20/55; „Службени лист СФРЈ“, бр. 42/65, 47/65.

²⁰ „Службени лист ФНРЈ“, бр. 30/1947, 24/1952, 10/1965.

²¹ В. чл. 19. ст. 1. и 4. ЗОН-а Црне Горе, чл. 23. ст. 2-3. ЗОН-а Македоније, чл. 35. ст. 1. ЗОН-а Србије и чл. 25. ст. 1-2. ЗОН-а СФРЈ из 1955. године у вези са чл. 19. ст. 1. Закона о усвојењу ФНРЈ из 1947.

²² „Народне новине“, бр. 162/98.

²³ В. чл. 23. ст. 1-2. ЗОН-а Хрватске. У првом делу ст. 1. чл. 23. овог закона предвиђено је да заснивањем родитељског (непотпуног усвојења) између усвојоца и усвојеника настаје узајамно право законског наслеђивања крвних сродника у правој линији, при чему у наставку истог става није предвиђено да усвојеник и његови потомци имају наследна права и према усвојоцу и према његовим прецима, већ само према усвојоцу. Сматрамо да узајамност у наслеђивању ипак постоји, узимајући у обзир други став наведеног члана у којем је предвиђено да усвојеник из родитељског усвојења и његови потомци, не могу када је реч о крвним сродницима наследити само побочне сроднике усвојоца (није предвиђено да исти немају наследна права према усвојочевим прецима).

²⁴ В. чл. 19. ст. 5. ЗОН-а Црне Горе, чл. 23. ст. 1. ЗОН-а Македоније, чл. 35. ст. 2. ЗОН-а Србије, чл. 25. ст. 4. ЗОН-а СФРЈ, као и чл. 23. ст. 3. ЗОН-а Хрватске. Међутим, у праву Хрватске постоји изузетак од правила према којем заснивање непотпуног усвојења доводи до престанка наследних права усвојеника према његовим крвним сродницима, у случају када се као усвојилац јавља брачни друг родитеља детета, у ком случају ће дете задржати наследна права и према свом родитељу и његовим крвним сродницима.

реда деле заоставштину на једнаке делове са осталим оставиоцевим првостепеним потомцима и његовим брачним другом (или ванбрачним партнером у праву Словеније и Хрватске), док потомци усвојеника из потпуног или непотпуног усвојења наслеђују применом принципа представљања,²⁵ при чему је у законодавству Србије предвиђено да усвојιοца из потпуног или непотпуног усвојења наслеђују не само природни потомци усвојеника из потпуног или непотпуног усвојења, већ и њихови усвојеници из потпуног усвојења, као и њихови потомци.²⁶ Наследноправни положај усвојеника из непотпуног усвојења неће бити исти као положај природне деце оставиоца, у случају када су наследна права оваквом усвојенику била ограничена, с обзиром да он тада наслеђује усвојιοца само на делу заоставштине који је сразмеран његовим наследним правима, што значи да је у овом случају наследни део усвојеника мањи од наследног дела усвојиочевог природног детета (умањени наследни део се додељује равномерно усвојиочевој природној деци),²⁷ при чему се и право представљања (уколико усвојеник не може или неће да наследи) примењује на умањени наследни део. Уколико су пак усвојеникова наследна права била искључена, онда је његов наследноправни положај исти као да није доживео делацију, а исто важи и за његове потомке - ни у каквом случају не може доћи у обзир примена права представљања. Из горе изнетих разматрања може се закључити и то да за разлику од усвојеника из потпуног усвојења и његових потомака, који у свим посматраним правима могу да се појаве као наследници првог наследног реда и иза директних предака усвојιοца из потпуног усвојења и то сви по праву представљања, у правима Србије, Словеније, Црне Горе и Македоније усвојеник из непотпуног усвојења и његови потомци (последње наведени по праву представљања) могу представљати законске наследнике првог наследног реда само у случају смрти усвојιοца из непотпуног усвојења, али не и усвојиочевих директних предака, осим у праву Хрватске у којем усвојеник из непотпуног усвојења и његови потомци могу као наследници првог наследног реда, а по праву представљања наслеђивати и све директне претке усвојιοца.

²⁵ В. чл. 8. ст. 1., чл. 9. ст. 1-2. и чл. 10. у вези са чл. 34. ст. 1. и чл. 35. ст. 1. ЗОН-а Србије, чл. 8. ст. 1-2. и чл. 9-10. у вези са чл. 23. ст. 1. и чл. 22. ст. 1. ЗОН-а Хрватске (одн. чл. 148. ст. 1. Обитељског закона Хрватске), чл. 10. ст. 1-2. и чл. 11-12. у вези са чл. 21. ст. 1. ЗОН-а Словеније и чл. 25. ст. 1. ЗОН-а СФРЈ, чл. 12. ст. 1. и чл. 13-14. у вези са чл. 4. ст. 1. и чл. 23. ст. 2. ЗОН-а Македоније, као и чл. 9. ст. 1. и чл. 10-11. у вези са чл. 19. ст. 1. ЗОН-а Црне Горе и чл. 145. ст. 1. Породичног закона Црне Горе

²⁶ В. чл. 34. ст. 1. и чл. 35. ст. 1. ЗОН-а Србије

²⁷ В. у том смислу Оливер Б. Антић, Зоран М. Балиновац: Коментар Закона о наслеђивању, Београд, 1996., стр. 203.

Међутим, готово у свим посматраним правима претходно споменути наследноправни положај усвојеника из потпуног, али и из непотпуног усвојења као наследника првог наследног реда, може бити и измењен, у смислу могућности побољшања или погоршања његовог положаја, која могућност произлази из одговарајућих наследноправних прописа анализираних права, којима се одступа од претходно споменутих редовних правила законског наслеђивања. Оваква могућност не постоји једино у праву Хрватске, чијим важећим наследноправним прописима је дошло до потпуног изостављања норми којима се одступа од редовних правила законског наслеђивања.

Тако, према законским решењима ЗОН-а Србије и ЗОН-а Македоније у оквиру првог законског наследног реда постоји могућност повећања наследног дела деце, односно истовременог смањења наследног дела брачног друга оставиоца, не и обрнуто, у случају испуњења одређених услова, који се односе на постојање оставиоцевог детета чији други родитељ није оставиоцев брачни друг (из претходног брака или ванбрачног), те укупну имовину брачног друга за коју је потребно да је већа од дела који би му припао при подели заоставштине на једнаке делове. За разлику од ЗОН-а Македоније, према ЗОН-у Србије неопходно је испуњење још једног услова, који се односи на оцену суда о оправданости смањења наследног дела брачног друга оставиоца. Под претпоставком испуњења наведених услова, према оба наведена права, наследни део сваког оставиоцевог детета може бити повећан два пута (право Македоније), односно до два пута (право Србије).²⁸ Напред наведено значи да ће услед исходованог повећања наследног дела на захтев детета из претходног брака или ванбрачног детета усвојиоца који се појављује као оставилац, доћи до повећања наследног дела и његовог усвојеника из потпуног усвојења²⁹ и то у оба права - било да се ради о потпуном усвојењу од стране оба брачна друга,³⁰ или од стране брачног друга родитеља или усвојиоца детета,³¹ или пак у праву Србије од стране лица које живи само, а које је након заснивања усвојења закључило брак,³² односно у праву Македоније и када се ради о лицу које је потпуно усвојено само од стране једног од брачних другова који се у конкретном случају појављује као оставилац³³, при чему ће наведено повећање обухватити и оне потомке оставиоца који се по пра-

²⁸ В. чл. 9. ст. 3. ЗОН-а Србије и чл. 15. ЗОН-а Македоније

²⁹ В. чл. 9. ст. 3. у вези са чл. 34. ст. 1. ЗОН-а Србије и чл. 15. у вези са чл. 4. ст. 1. ЗОН-а Македоније

³⁰ В. чл. 101. ст. 1. Породичног закона Србије и чл. 98. Закона о породици Македоније

³¹ В. чл. 101. ст. 2. и чл. 93. ст. 2. Породичног закона Србије и чл. 100. ст. 2-3. Закона о породици Македоније

³² В. чл. 101. ст. 3. Породичног закона Србије

³³ В. чл. 100. ст. 3. и чл. 105. ст. 2. Закона о породици Македоније

ву представљања позивају на место било ког оставиоцевог детета, па и на место усвојеника из потпуног усвојења. С обзиром да су и усвојеник из непотпуног усвојења и његови потомци наследници усвојиоца из непотпуног усвојења, то се и величина њиховог наследног дела одређује по правилима која важе за усвојичеву природну децу и њихове потомке. То значи да ће исходовано повећање наследног дела на захтев детета из претходног брака или пак ванбрачног детета усвојиоца који се појављује као оставилац довести до повећања наследног дела и његовог усвојеника из непотпуног усвојења³⁴ (а потомака усвојеника из непотпуног усвојења по праву представљања) и то у оба претходно споменута права – било да се ради о непотпуном усвојењу од стране оба брачна друга,³⁵ или од стране брачног друга родитеља или усвојиоца детета,³⁶ или пак само од стране једног од брачних другова који се у конкретном случају појављује као оставилац.³⁷ Међутим, треба назначити да је повећање наследног дела усвојеника из непотпуног усвојења у свим овим случајевима могуће само уколико усвојенику из непотпуног усвојења, усвојилац који се појављује као оставилац није потпуно искључио наследна права у моменту заснивања усвојења, до чега може доћи само уколико усвојилац има рођене деце,³⁸ док смо у случају када су оваквом усвојенику из истог разлога наследна права међутим била само ограничена,³⁹ мишљења да би се повећање њего-

³⁴ В. чл. 9. ст. 3. у вези са чл. 35. ст. 1. ЗОН-а Србије и чл. 15. у вези са чл. 23. ст. 2. ЗОН-а Македоније

³⁵ В. чл. 157. ст. 1. ЗБПО Србије и чл. 98. Закона о породици Македоније

³⁶ В. чл. 155. ст. 2. и чл. 157. ст. 4. ЗБПО Србије и чл. 100. ст. 2-3. Закона о породици Македоније

³⁷ В. чл. 157. ст. 2. ЗБПО Србије и чл. 100. ст. 3. Закона о породици Македоније

³⁸ У погледу питања могућности усвојиоца да и након заснивања усвојења искључи или ограничи наследна права усвојеника из непотпуног усвојења у теорији су изнети различити ставови. Тако је у делу теорије изнет став према којем усвојилац и након засновања усвојења може ограничити или искључити наследна права усвојеника, образложено тиме да би гледиште према којем би овакво ограничење или искључење наследних права било могуће само у тренутку заснивања усвојења ставило усвојиоца који у тренутку заснивања усвојења није имао природне деце у незгодан положај, ако касније, по засновању усвојењу добије природно дете. В. у том смислу: Оливер Б. Антић, Зоран М. Балиновац: *op. cit.*, стр. 202. У другом делу теорије, изнето је мишљење које полази од чињенице да је усвојење установа чији је првенствени циљ заштита интереса усвојеника, те да уколико питање наследних права усвојеника из непотпуног усвојења није било регулисано приликом заснивања усвојења, то се ни касније није могло учинити, односно наследна права усвојеника није могуће накнадно нити ограничити, нити искључити, при чему се наглашава да разлог за накнадно регулисање наследних права усвојеника посебно не може бити чињеница да се усвојиоцима после заснивања усвојења родило дете. В. у том смислу: Олга Цвејић Јанчић: *Породично право II – Родитељско и старатељско право*, Нови Сад, 2004., стр. 109.

³⁹ В. чл. 176. ст. 1. ЗБПО Србије из 1980. године и чл. 115. ст. 3. Закона о породици Македоније

вог законског наследног дела могло вршити у односу на онај наследни део који би усвојенику требао припасти узимајући у обзир обим умањења, односно ограничења његових наследних права. Ово произлази из већ споменуте чињенице, према којој усвојеник из непотпуног усвојења којем су наследна права ограничена, наслеђује усвојиоца на оном делу заоставштине који је сразмеран његовим наследним правима. Истина, овакав поступак подразумева нешто сложенију рачунску операцију, с обзиром на то да би најпре требало израчунати колико услед ограничења наследних права усвојеника из непотпуног усвојења долази до повећања законског наследног дела остале деце усвојиоца, те након тога овако израчунате наследне делове повећавати у распону до два пута, односно два пута у праву Македоније.

Закон о наслеђивању Црне Горе спада у групу законодавстава којима је предвиђена како могућност повећања наследног дела како деце, тако и могућност повећања наследног дела брачног друга у првом наследном реду, с тим што су услови под којима може доћи до повећања наследног дела оставиоцеве деце различито постављени у односу на услове за повећање наследног дела оставиоцевог брачног друга. Тако, до повећања наследног дела деце може доћи под условом да је имовина брачног друга већа од дела који би му припао поделом заоставштине на једнаке делове, а у случају постојања, односно на захтев оставиоцеве деце из претходног брака или његове ванбрачне деце, услед чега ће доћи до двоструког повећања наследног дела сваког оставиоцевог детета у односу на наследни део брачног друга,⁴⁰ па сходно томе и до повећања наследног дела усвојеника из потпуног усвојења⁴¹ (које према Породичном закону ове земље по правилу може бити усвојено само од стране брачних другова заједнички),⁴² а наследног дела његових потомака по праву представљања. Када је реч о питању обухваћености усвојеника из непотпуног усвојења могућношћу повећања наследног дела, у ЗОН-у Црне Горе је за разлику од ЗОН-а Србије и ЗОН-а Македоније изричито предвиђено да ће услед исходавања споменутог повећања, доћи и до повећања законског наследног дела оваквог усвојеника,⁴³ а тиме и наследног дела његових потомака по праву

⁴⁰ В. чл. 21. ЗОН-а Црне Горе

⁴¹ В. чл. 21. ЗОН-а Црне Горе у вези са чл. 145. ст. 1. Црне Горе

⁴² В. чл. 125. Породичног закона Црне Горе

⁴³ В. чл. 21. ЗОН-а Црне Горе који гласи: "Када има деце из ранијих бракова оставиоца, деце рођене ван брака, као и деце која се по закону сматрају да су рођена у браку или усвојеника оставиоцевих, којима приликом усвајања нису наследна права ограничена или сасвим искључена, а имовина његовог брачног друга износи више од дела који би му припао при подели заоставштине на једнаке делове, онда сваком оставиоцевом детету, односно усвојенику припада два пута већи део него брачном другу." Споменућемо да је наведени члан ЗОН-а Црне Горе у одређеној мери непрецизан, с обзиром да упућује и на закључак

представљања (било да се ради о усвојенику који је непотпуно усвојен од стране брачних другова заједнички, или од стране само једног од брачних другова који се у конкретном случају појављује као усвојилац, или пак о оном који је усвојен од стране брачног друга родитеља или усвојιοца детета),⁴⁴ с тим што је прописано да наведена могућност не постоји у случају када су оваквом усвојенику наследна права била не само искључена, већ и онда када су иста била ограничена од стране усвојιοца који се појављује као оставилац. С друге стране, до повећања наследног дела брачног друга оставиоца у праву Црне Горе може доћи у ситуацији када он нема нужних средстава за живот и то на терет наследног дела било ког наследника који му конкурише у наслеђивању, па и било ког потомка оставиоца или више оваквих потомака, што значи да до повећања његовог наследног дела може доћи и на терет наследног дела како усвојеника из потпуног усвојења, тако и из непотпуног усвојења, или пак њихових потомака, при чему брачни друг може наследити и целу заоставштину и на тај начин искључити из права на наслеђивање било ког од потомака као наследника првог наследног реда, када је она тако мале вредности да би њеном поделом брачни друг оставиоца запао у оскудицу.⁴⁵

У вези са претходно споменутом могућношћу повећања законског наследног дела деце у првом наследном реду које постоји у правима Србије, Црне Горе и Македоније, могло би се поставити питање да ли би до примене установе повећања наследног дела могло доћи и на захтев усвојеника из потпуног усвојења који није истовремено усвојен и од стране брачног друга усвојιοца који се појављује као оставилац, односно у ситуацији када брачни друг усвојιοца није један од адоптивних родитеља усвојеника. Мишљења смо да у оним законодавствима у којима дете може бити потпуно усвојено не само од стране брачних другова заједнички, већ када постоје нарочито оправдани разлози за то и од стране лица које живи само, дакле, које се не налази у браку, а које би након заснивања усвојења могло склопити брак, као што је породично законодавство Србије, или пак у законодавствима у којима дете може бити потпуно усвојено само од стра-

према којем право на постављање захтева за повећањем наследног дела припада не само оставиоцевој деци из претходног брака и ванбрачној деци, већ и његовом усвојенику. Међутим, вероватније је да је законодавац, набрајајући поред ванбрачне деце и деце из претходног брака, још и усвојенике оставиоца којем наследна права нису искључена или ограничена, као и децу која се по закону сматрају да су рођена у браку, наведеним само настојао да нагласи круг деце оставиоца на коју се споменута законска норма односи, односно чињеницу да ће у случају испуњења услова из наведеног члана доћи до повећања наследног дела сваког оставиоцевог детета, па и наследног дела усвојеника из непотпуног усвојења.

⁴⁴ В. чл. 119. ст. 3., чл. 122. ст. 2. и чл. 123. ст. 2. Породичног закона Црне Горе

⁴⁵ В. чл. 23. ст. 1. ЗОН-а Црне Горе

не једног брачног друга, као што је породично законодавство Македоније, наследноправни положај овако потпуно усвојеног детета не би требало разликовати од положаја оставиочевог ванбрачног детета или пак његовог детета из претходног брака. У прилог оправданости додатне заштите наследноправних интереса овакве деце говори претпоставка да брачни друг који наслеђује једнак део са свом децом оставиоца, уколико је доброг имовног стања може доћи у бољи економски положај од деце оставиоца, од чега нема неповољних последица по положај деце оставиоца која потичу из брака са преживелим брачним другом, с обзиром да се оправдано претпоставља да ће брачни друг као њихов други родитељ употребити своја имовинска средства и у њихову корист онда када им је то потребно, што није случај и у ситуацији када брачни друг конкурише на наслеђе оставиочевој деци из претходних бракова, његовој ванбрачној деци, а мишљења смо и његовој потпуно усвојеној деци, у односу на коју децу се брачни друг не појављује као други адоптивни родитељ, односно усвојилац, с обзиром да се по природи односа може претпоставити да се брачни друг неће бринути о овој деци оставиоца. Поред наведеног, без обзира што споменути закони у круг овлашћених лица којима наследни део може бити повећан на њихов захтев изричито убраја само првостепене биолошке потомке – из претходног брака или пак ванбрачне, треба имати у виду да одговарајуће законске одредбе којима се нормира наследноправни положај усвојеника из потпуног усвојења (као и из непотпуног усвојења) говоре у прилог изједначења њиховог наследноправног положаја и оваквог положаја крвних сродника у правој нисходној линији, те сходно томе и у прилог мишљења према којем би и усвојеницима из потпуног усвојења којима брачни друг усвојиоца није грађански родитељ требало омогућити право на постављање захтева за повећањем наследног дела. Из изнетих разлога смо мишљења да би ово право у случају смрти усвојиоца из непотпуног усвојења требало да припада и оном усвојенику из непотпуног усвојења којем брачни друг оставиоца није један од грађанских родитеља, односно усвојенику који је усвојен од стране само једног од брачних другова (у праву Србије, Македоније и Црне Горе). Но, право на постављање захтева за повећањем наследног дела у овом случају је условљено једним претходним захтевом, који се односи на чињеницу непостојања искључења наследних права оваквом усвојенику од стране усвојиоца. Узимајући у обзир чињеницу да и усвојеник из непотпуног усвојења којем су наследна права ограничена има положај који је сличан положају усвојиочевог детета, с том разликом што је његов наследни део мањи од наследног дела усвојиочевог природног детета, којој деци се заправо равномерно додељује умањени наследни део усвојеника, те с обзиром да је циљ ограничења наследних права усвојеника из непотпуног усвојења управо заштита рођене деце усвојиоца, који циљ је ограничењем наследних права већ ос-

тварен, то онда сматрамо да његов наследноправни положај не би требало додатно отежавати и у односу на наследноправни положај брачног друга оставиоца, који није истовремено усвојилац оваквог усвојеника, те смо на основу изнетог, мишљења да би и у оваквом случају усвојенику из непотпуног усвојења требало омогућити право на постављање захтева за повећањем свог наследног дела.

Напоследку, према позитивном наследном праву Словеније у оквиру првог наследног реда предвиђена је могућност повећања наследног дела деце, као и било ког потомка оставиоца на терет наследног дела брачног друга (односно ванбрачног партнера различитог пола), што значи и могућност повећања наследног дела усвојеника из потпуног усвојења (било да се ради о потпуном усвојењу од стране оба брачна друга заједнички или пак од стране брачног друга родитеља детета који се у конкретном случају појављује као оставилац),⁴⁶ као и могућност повећања наследног дела неког од потомака усвојеника из потпуног усвојења. Осим тога, предвиђена је и могућност повећања наследног дела брачног друга (или ванбрачног партнера различитог пола) на терет наследног дела деце, односно било ког потомка, што значи и на терет наследног дела усвојеника из потпуног усвојења, односно његових потомака, све ово уз услов немања нужних средстава за живот на страни оног ко поставља захтев. Специфичност овог закона представљају уведени допунски корективи између самих потомака као наследника, према којима до повећања наследног дела неког од потомака, под којим се подразумевају и усвојеници из потпуног усвојења или пак његови потомци, може доћи и на терет наследног дела неких или свих осталих потомака који му конкуришу у наслеђивању, као што и до повећања наследног дела неког од природних потомака оставиоца може доћи на терет наследног дела усвојеника из потпуног усвојења или пак његових потомака. На овај начин, услед повећања наследног дела било ког од наследника првог на следног реда, може доћи до смањења наследног дела само неких, или свих осталих наследника који су у конкретном случају позвани на наслеђивање, при чему суд може одлучити да у случају када је вредност заоставштине тако мала да би услед њене поделе дошло до западања у оскудицу оног ко је поставио захтев, да исти наследи целу заоставштину, независно од тога о чијем захтеву се ради.⁴⁷

⁴⁶ В. чл. 138. Закона о браку и породичним односима Словеније

⁴⁷ В. чл. 13. у вези са чл. 21. ст. 1. Закона о наслеђивању Словеније. Поставља се питање да ли и на који начин у праву Словеније оставиочев усвојеник из непотпуног усвојења (који је у складу са чл. 6. ст. 2. Закона о усвојењу ФНРЈ усвојен од стране оба брачна друга или пак од стране само једног од брачних другова који се појављује као оставилац) којем наследна права нису била искључена, односно ограничена може под условом немања нужних средстава за живот исходovati повећање свог законског наследног дела. Како је то

2. ПОЛОЖАЈ АДОПТИВНИХ СРОДНИКА КАО ЗАКОНСКИХ НАСЛЕДНИКА ДРУГОГ НАСЛЕДНОГ РЕДА

Наследноправним прописима анализираних земаља предвиђено је правило према којем потпуним усвојењем стичу усвојилац и његови сродници и усвојеник и његови потомци међусобно право законског нас-

наведено, у прелазним и завршним одредбама ЗОН-а Словеније се у погледу одређивања законских наследних права усвојеника из раније заснованог непотпуног усвојења упућује на примену одредаба ЗОН-а СФРЈ из 1955. године, а из одговарајуће одредбе овог закона произлази да усвојеник из непотпуног усвојења и његови потомци имају према усвојоцу (не и према његовим сродницима) *иста* наследна права, као и усвојочева деца и други њихови потомци, уколико она нису у моменту заснивања усвојења била искључена или ограничена (чл. 25. ст. 1-2. ЗОН-а СФРЈ). Напред наведено значи да би и њихов наследни део могао бити повећан или пак смањен, с тим што треба имати у виду да се када је реч о омогућностима одступања од редовних правила законског наслеђивања, почев од измена и допуна ЗОН-а Словеније из 2001. године услови под којима су могуће корекције наследних делова у првом наследном реду, као и круг наследника првог наследног реда у чију корист, односно на чији терет је могуће повећање, односно смањење последних делова у потпуности разликују од начина регулисања истих ових питања до споменутих измена и допуна ЗОН-а Словеније, односно од начина регулисања наведених питања према ЗОН-у СФРЈ из 1955. године, на чију примену се у важећем ЗОН-у Словеније упућује када је реч о одређивању законских наследних права адоптивних сродника из непотпуног усвојења. Наиме, како је то горе наведено, до повећања наследног дела у првом наследном реду, према важећим наследноправним прописима ове земље може доћи не само у корист деце, а на терет наследног дела брачног друга (као што је то био случај према ранијим наследноправним прописима), већ и у корист било ког наследника првог наследног реда, а на терет наследног дела неког другог наследника овог наследног реда. Ово значи да ће примера ради и у случају постојања непотпуног усвојења заснованог по ранијим прописима, брачни друг оставиоца моћи тражити повећање свог наследног дела на терет наследног дела било ког потомка оставиоца, па и непотпуно усвојеног детета оставиоца (које при том може бити истовремено усвојено и од стране брачног друга који захтева повећање) под условима предвиђеним важећим наследноправним прописима ове земље, као што ће и дете из претходног брака оставиоца или његово ванбрачно дете, те било које дете, односно потомак оставиоца, право на повећање свог наследног дела моћи остваривати једино на начин и под условима предвиђеним важећим наследноправним прописима (између осталог и на терет наследног дела усвојеника из непотпуног усвојења). Примена чл. 12. ЗОН-а СФРЈ на основу којег је раније могло доћи до повећања наследног дела детета из претходног брака оставиоца, а тиме и наследног дела усвојеника из непотпуног усвојења (уколико је имовина брачног друга већа од дела који би му припао поделом заоставштине на једнаке делове, те у случају постојања детета из претходног брака оставиоца, у ком случају је могло доћи до повећања наследног дела сваког оставиоцевог детета) више није могућа. Из изнетог произлази, под претпоставком исправности става према којем и усвојенику из непотпуног усвојења којем наследна права нису била искључена у моменту заснивања усвојења, односно уколико су била ограничена, у мери у којој су ограничена припада и право на повећање законског наследног дела – да би ово право усвојеници из непотпуног усвојења могли остваривати заправо једино под условима и на начин предвиђеним важећим наследноправним прописима ове земље.

леђивања,⁴⁸ односно правило према којем усвојилац и његови сродници наслеђују усвојеника⁴⁹ и његове потомке исто као што родитељи и њихови сродници наслеђују своју децу и њихове потомке,⁵⁰ те да је сродство засновано потпуним усвојењем у погледу наслеђивања изједначено са крвним сродством,⁵¹ што значи да је положај адоптивних сродника из потпуног усвојења као наследника другог наследног реда (усвојилаца и њихових потомака) изједначен са оним наследноправним положајем који крвни сродници оставиоца имају као наследници другог наследног реда. Овакав положај адоптивних сродника у оквиру другог законског наследног реда произлази и из одредбе Породичног закона Црне Горе о дејствима потпуног усвојења, којом је предвиђено да се потпуним усвојењем између усвојоца и његових сродника и усвојеника и његових потомака заснивају односи сродника и сва права и дужности која по закону постоје између родитеља и деце и других сродника.⁵²

Међутим, с обзиром да положај крвних сродника као законских наследника другог наследног реда у посматраним правима није идентичан, утолико се у овим правима може говорити и о разликама у положају адоптивних сродника из потпуног усвојења као наследника другог наследног реда. Тако се у правима Србије, Црне Горе, Македоније и Словеније у случају смрти усвојеника из потпуног усвојења који је усвојен од стране оба брачна друга, односно у праву Србије и Македоније и у случају смрти потпуно усвојеног детета до чијег је усвојења дошло накнадно од стране брачног друга (у праву Србије или ванбрачног партнера) усвојоца детета, а који усвојеник иза себе није оставио потомке, као његови законски наследници позивају његов брачни друг чији наследни део износи 1/2 заоставштине, док се преостала половина заоставштине дели између оставиоцевих усвојилаца, односно њихових потомака (браће и сестара или полубраће и полусестара, синоваца и синовца, братанаца и братаница, односно сестрића и сестричина по основу адоптивног сродства итд.) по праву представљања, чија је примена у овом наследном реду неогра-

⁴⁸ В. чл. 22. ст. 1. ЗОН-а Хрватске (одн. чл. 148. ст. 2. Обитељског закона Хрватске у којем се наводи да и усвојоцеви сродници по усвојењу стичу право наслеђивања усвојеника и његових потомака)

⁴⁹ В. чл. 21. ст. 3. ЗОН-а Словеније. У тексту ЗОН-а Словеније изричито је предвиђено само да усвојилац из потпуног усвојења, као и његови сродници имају наследна права према усвојенику, с тим што се у теорији наводи да усвојилац и његови сродници свакако имају законска наследна права и према усвојениковим потомцима. В. Карол Зупанчич: Дедовање з уводними појаснили проф. др Карла Зупанчича, Љубљана, 2005., стр. 49.

⁵⁰ В. чл. 37. ЗОН-а Србије

⁵¹ В. чл. 4. ст. 1. ЗОН-а Македоније

⁵² В. чл. 145. ст. 1. Породичног закона Црне Горе.

ничена. У ситуацији када умрли усвојилац (или усвојилац који из другог разлог не наслеђује) нема свог потомства, његов део припашће другом усвојиоцу, а уколико ни он не може или неће да наследи наследиће његови потомци по праву представљања. Тек у случају када иза оставиоца није остао брачни друг, оставиочеве усвојиоци поделиће заоставштину на једнаке делове, при чему и овде важи правило према којем се и њихови потомци могу позивати на наслеђе по праву представљања неограничено. Уколико су оба усвојиоца умрла пре оставиоца (или из других разлога не наслеђују), а нису иза себе оставили потомке, брачни друг усвојеника ће наследити целу заоставштину. Иста правила законског наслеђивања важиће и у случају када је дете потпуно усвојено од стране особе која се не налази у браку, односно од стране лица које живи само (право Србије), те и када се ради о лицу које је потпуно усвојено само од стране једног од брачних другова (право Македоније), с том разликом што ће оваквом усвојиоцу као једином (адоптивном) родитељу оставиоца припасти половина заоставштине на име наследног дела, док ће брачном другом усвојеника припасти друга половина заоставштине на име наследног дела. Дакле, потпуним видом усвојења настају наследна права усвојилаца (односно усвојиоца), а њихових (његових) потомака по праву представљања, уз истовремени престанак законских наследних права природних родитеља и њихових потомака према усвојенику.⁵³ Од наведеног постоји изузетак у случају када је до заснивања потпуног усвојења дошло од стране брачног друга родитеља детета (у праву Србије или од стране ванбрачног партнера родитеља детета), у ком случају ће усвојеника према горе изнетим правилима наслеђивати, с једне стране природни родитељ, те евентуално његово потомство по праву представљања, а с друге стране усвојилац, односно његово потомство по праву представљања.⁵⁴

И у праву Хрватске се у случају заснованог потпуног усвојења од стране оба брачна друга, или пак од стране једног од брачних другова, када је други брачни друг већ усвојио дете,⁵⁵ заоставштину у оквиру другог законског наследног реда дели између оставиоцевих усвојилаца и његовог брачног друга, на начин према којем усвојиоцима припада право на полови-

⁵³ В. чл. 34. ст. 2. и чл. 12-15. у вези чл. 37. ЗОН-а Србије, чл. 21. ст. 4. и чл. 14-17. у вези са чл. 21. ст. 3. ЗОН-а Словеније, чл. 4. ст. 2. и чл. 16-19. у вези са чл. 4. ст. 1. ЗОН-а Македоније, као и чл. 145. ст. 2. Породичног закона Црне Горе и чл. 12-15. ЗОН-а Црне Горе у вези са чл. 145. ст. 1. Породичног закона Црне Горе.

⁵⁴ Ово је прописано у законодавству Македоније – в. чл. 24. ЗОН-а Македоније. Међутим, и у осталим споменутих законодавствима у којима дете такође може бити потпуно усвојено од стране брачног друга родитеља детета, задржавање наследних права родитеља и његових крвних сродника према усвојенику у оваквом случају се подразумева.

⁵⁵ В. чл. 133. ст. 1. Обитељског закона Хрватске

ну заоставштине (коју они деле између себе на једнаке делове), док брачном другу (или ванбрачном партнеру) оставиоца припада право на другу половину заоставштине, с том разликом што ЗОН Хрватске даје првенство примени принципа прираштаја у односу на принцип представљања, тако да у случају смрти оба усвојиоца пре оставиоца, целу заоставштину наслеђује брачни друг (ванбрачни партнер) оставиоца, без обзира што су иза усвојилаца остали њихови потомци, што значи да у овом случају адоптивни сродници оставиоца у побочној линији (браћа и сестре, полубраћа и полусестре и њихови потомци) не могу наслеђивати. Поред тога, разлика у односу на остала посматрана права огледа се и у томе што се адоптивни сродници оставиоца у побочној линији не позивају на наслеђивање по праву представљања ни у случају смрти једног од усвојиоца, с обзиром да наследни део оваквог усвојиоца, по правилима законског наслеђивања најпре прираста другом усвојоцу, а уколико ни њега нема, онда како је то наведено прираста брачном другу (ванбрачном партнеру) оставиоца. Заправо, у праву Хрватске, само у случају када иза усвојеника није остао брачни друг (ванбрачни партнер) који би могао и хтео да наследи, иза својих родитеља (који су оставиоцу усвојиоци) који ће у овом случају делити заоставштину на једнаке делове, могу се позивати на наслеђе по праву представљања адоптивни сродници оставиоца у побочној линији. Иста правила законског наслеђивања у овом праву примењују се и случају када је до заснивања потпуног усвојења дошло само од стране једног од брачних другова, или уколико је дете потпуно усвојено од стране особе која није у браку⁵⁶ с тим што ће у овом случају брачном другу као наследнику припасти 1/2 заоставштине, а усвојоцу друга половина заоставштине. Дакле, у свим споменутих случајевима заснивања сродничког (потпуног) усвојења, а на претходно изложени начин, настају наследна права усвојиоца и њихових потомака према усвојенику, уз истовремени престанак законских наследних права природних родитеља и њихових потомака према усвојенику,⁵⁷ што неће представљати случај једино када је до заснивања потпуног усвојења дошло од стране брачног друга родитеља детета,⁵⁸ односно уколико се као усвојилац јавља маћеха или очух, у ком случају ће усвојеника према изнетим правилима наслеђивати, с једне стране природни родитељ, те евентуално његово потомство по праву представљања, а с друге стране усвојилац, односно његово потомство по праву представљања.⁵⁹

⁵⁶ В. чл. 133. ст. 1-2. Обитељског закона Хрватске

⁵⁷ В. чл. 22. ст. 2. (чл. 148. ст. 3. и чл. 144. ст. 1. Обитељског закона Хрватске) и чл. 11-13. у вези са чл. 22. ст. 1. ЗОН-а Хрватске (чл. 148. ст. 2. Обитељског закона Хрватске).

⁵⁸ В. чл. 133. ст. 1. Обитељског закона Хрватске

⁵⁹ В. чл. 22. ст. 3. ЗОН-а Хрватске (чл. 148. ст. 3. и чл. 144. ст. 2. Обитељског закона Хрватске).

За разлику од наследноправних последица потпуног усвојења, које подразумевају изједначење наследноправног положаја адоптивних сродника из овог вида усвојења са наследноправним положајем који иначе имају крвни сродници оставиоца у овом наследном реду, наследноправне последице непотпуног усвојења су постављене на другачији начин, што произлази из уже постављеног круга лица из овог вида усвојења као потенцијалних законских наследника, а понекада и из врсте припадајућих им наследноправних овлашћења. Тако, према СЗОН-у из 1955. године, чије су одредбе у праву Словеније меродавне када је реч о наследним правима адоптивних сродника из већ заснованих непотпуних усвојења, усвојилац из непотпуног усвојења, као ни његови сродници немају никаква законска наследна права према усвојенику, те сходно томе не улазе у круг законских наследника другог законског наследног реда.⁶⁰ Према Закону о наслеђивању Србије, чињеница заснованог непотпуног усвојења по правилу не мења законски ред наслеђивања заснован на крвном сродству, те сходно томе не доводи до стицања својинских наследних права нити усвојиоца, нити његових сродника, конкретно потомака усвојилаца, што значи да ће природним родитељима усвојеника као наследницима другог наследног реда припасти половина заоставштине, док ће другу половину наследити усвојеников брачни друг, према напред изнетим правилима која се примењују у праву Србије у погледу наслеђивања у другом наследном реду.⁶¹ Уступак је могућ само у корист усвојиоца као адоптивног сродника, када исти нема нужних средстава за живот, у ком случају се на захтев оваквог усвојиоца може установити доживотно уживање, које ће оптерећивати део заоставштине који су наследили крвни сродници оставиоца, или пак његов брачни друг као законски наследници другог наследног реда. Ово право усвојилац има само у погледу заоставштине усвојеника (не и његових потомака), а узимајући у обзир законски текст, усвојилац ће моћи остварити споменуто право и у случају када је ограничио наследна права усвојенику, те му ово право неће припасти једино у случају када је исти потпуно искључио наследна права усвојеника.⁶² И у праву Македоније, као и у праву Србије је предвиђено правило према којем се без обзира на извршено усвојење и даље могу наслеђивати усвојеник и његови крвни сродници, али и правило из којег произлази да усвојилац из непотпуног усвојења (не и његови сродници) може законски наслеђивати како

⁶⁰ В. чл. 25. ст. 3. ЗОН-а СФРЈ. С обзиром да је у ст. 4. споменутог члана овог закона предвиђено да усвојењем остају недирнута права између усвојеника и његових сродника, то значи да ће усвојеника из непотпуног усвојења иза којег нису остали потомци, као законски наследници другог наследног реда наслеђивати његови родитељи и његови остали крвни сродници, односно у конкретном случају потомци родитеља.

⁶¹ В. чл. 38. ст. 1. и чл. 35. ст. 2. ЗОН-а Србије

⁶² В. чл. 38. ст. 2. ЗОН-а Србије.

усвојеника из непотпуног усвојења, тако и његове потомке. Међутим, ЗОН Македоније, за разлику од законодавства Србије, које и поред заснованог непотпуног усвојења, могућност да законски наследе у својину даје само крвним сродницима усвојеника, предвиђа да усвојиоци из непотпуног усвојења у конкуренцији са усвојениковим родитељима имају предност у остваривању законских наследних права, под условом да могу и хоће да наследе усвојеника, те уколико исти нису нити искључили, нити ограничили наследна права усвојеника,⁶³ што значи да ће под претпоставком испуњења ових услова њихов наследноправни положај бити исти као и положај усвојилаца из потпуног усвојења у овом праву (у конкуренцији са брачним другом оставиоца сваком од њих припадће по четвртина заоставштине на име наследног дела).⁶⁴ Тек у случају када усвојилац није наживео усвојеника, или се одрекао права да наследи, или је недостојан да наследи, законска наследна права ће моћи остваривати крвни сродници усвојеника (која права ће им припадати и када су усвојенику наследна права од стране усвојиоца била искључена или ограничена), с обзиром да сродници усвојиоца из непотпуног усвојења немају законска наследна права према усвојенику. Осим тога, с обзиром да до заснивања непотпуног усвојења може доћи и од стране брачног друга родитеља детета, то онда и у овом случају неће доћи до престанка могућности остваривања наследних права природног родитеља, као и евентуално његових потомака по праву представљања, која дакле могу постојати и паралелно са наследним правом усвојиоца.⁶⁵ И према ЗОН-у Црне Горе усвојиоци из непотпуног усвојења су законски наследници усвојеника (као и његових потомака), али само уколико је и усвојенику признато право да наследи усвојиоца, једнако као што га наслеђују и његова рођена деца,⁶⁶ што значи уколико наследна права усвојеника нису била нити искључена, нити ограничена приликом заснивања усвојења. У том случају, према ставу правне теорије, сматра се да је наследни део усвојиоца као наследника усвојеника, дакле у оквиру другог наследног реда, једнак наследном делу одговарајућег претка усвојеника, односно да усвојилац добија део који би иначе добили родитељи усвојеника, искључујући их из наслеђивања.⁶⁷ С обзиром да засни-

⁶³ На овај начин се у наследном праву Македоније одступило од начела узајамности у наслеђивању, с обзиром да усвојеник из непотпуног усвојења може делимично наследити усвојиоца када су му наследна права била ограничена, док с друге стране, усвојилац који је ограничио наследна права усвојенику, неће моћи уопште остваривати законско право наслеђа према усвојенику.

⁶⁴ В. чл. 23. ст. 1-2. и 4. ЗОН-а Македоније

⁶⁵ В. чл. 24. ЗОН-а Македоније

⁶⁶ В. чл. 19. ст. 2-3. ЗОН-а Црне Горе

⁶⁷ В. Борислав Благојевић: *Наследно право у Југославији*, Београд, 1977., стр. 142., Оливер Б. Антић: *Наследно право*, Београд, 1994., стр. 86.

вањем непотпуног усвојења остају недирнута и права наслеђивања између усвојеника из непотпуног усвојења и његових крвних сродника,⁶⁸ то ће у ситуацији када усвојилац није надживео усвојеника, или се одрекао права да наследи, или је недостојан да наследи, законска наследна права моћи остваривати крвни сродници усвојеника (ова права ће им припадати и када су усвојенику наследна права од стране усвојиоца била искључена или ограничена), с обзиром да сродници усвојиоца из непотпуног усвојења немају законска наследна права према усвојенику. До престанка могућности остваривања наследних права природног родитеља, као и евентуално његових потомака по праву представљања, неће доћи ни у случају када је дете непотпуно усвојено од стране брачног друга родитеља детета, које ће у овом случају постојати паралелно са наследним правом усвојиоца. Напослетку, с обзиром да према ЗОН-у Хрватске заснивањем непотпуног усвојења настаје између усвојиоца и усвојеника узајамно право наслеђивања крвних сродника у правој линији, то значи да усвојилац из непотпуног усвојења (било да се ради о усвојењу од стране оба брачна друга, или од стране само једног од њих, или пак од стране особе која није у браку)⁶⁹ наслеђује усвојеника као законски наследник другог наследног реда, али не и потомци усвојиоца, уз истовремени престанак наследних права крвних сродника према оваквом усвојенику.⁷⁰

Могућност одступања од редовних правила законског наслеђивања, односно могућност измена наследноправног положаја адоптивних сродника, у правцу побољшања или погоршања њиховог положаја у односу на положај који они имају према претходно изнетим редовним правилима законског наслеђивања постоји и у оквиру другог законског наследног у свим посматраним правима, осим у праву Хрватске, а која могућност произлази из чињенице да се на адоптивне сроднике из потпуног усвојења примењују иста правила наследног права, која важе за законски наследни ред крвних сродника одређеног степена сродства.

Тако, у правима Србије, Македоније и Словеније могућност повећања законског наследног дела брачног друга на терет наследног дела родите-

⁶⁸ В. чл. 19. ст. 5. ЗОН-а Црне Горе

⁶⁹ В. чл. 134. Обитељског закона из 1998. године

⁷⁰ В. чл. 23. ст. 1-2. ЗОН-а Хрватске. Од правила да заснивањем родитељског (непотпуног) усвојења престају узајамна наследна права између усвојеника и усвојеникових крвних сродника, у ЗОН-у Хрватске се одступа у случају када се као усвојилац јавља брачни друг родитеља детета. Међутим, треба напоменути да се у ЗОН-у Хрватске само наводи да се у оваквом случају не дира у наследна права усвојеника и усвојеникових потомака према усвојениковом родитељу који је у браку са усвојиоцем, као и његовим крвним сродницима, при чему постојање истих оваквих права родитеља и његових крвних сродника према усвојенику у овом случају није изричито нормирано. В. чл. 23. ст. 3. ЗОН-а Хрватске.

ља, односно њихових потомака, односно у праву Црне Горе на терет било ког наследника који брачном другу конкурише на наслеђивање, у ситуацији постојања потпуног усвојења истовремено подразумева и законску могућност повећања наследног дела брачног друга оставиоца на терет наследног дела усвојилаца, односно њихових потомака као наследника другог наследног реда, као што у овим правима и могућност повећања наследног дела родитеља на терет наследног дела брачног друга истовремено подразумева и могућност повећања наследног дела усвојилаца из потпуног усвојења на терет наследног дела брачног друга, при чему је основни услов за повећање наследног дела у свим овим правима постављен на исти начин, а односи се на немање нужних средстава за живот на страни оног ко поставља захтев за повећањем. На овај начин, положај наведених лица као законских наследника другог наследног реда може бити битно измењен, те тако, брачни друг оставиоца или његови усвојиоци из потпуног усвојења могу поред половине заоставштине коју редовно наслеђују, добити у наслеђе и још један део од друге половине заоставштине, коју би иначе према редовним правилима законског наслеђивања требало да наследе оставиочеви усвојиоци, односно оставиочев брачни друг (у зависности од тога ко је поставио захтев за повећањем). Међутим, за разлику од свих осталих права којима је предвиђена само могућност својинског повећања наследног дела, у праву Србије је то по правилу могуће путем личне службености плодоуживања, па на овај начин усвојиоци из потпуног усвојења чији је наследни део повећан стичу двојак наследноправни положај: на половини заоставштине, која им припада према редовним правилима законског наслеђивања стичу право својине, док с друге стране, барем по правилу, на делу или целини друге половине заоставштине коју наслеђује брачни друг имају положај доживотних уживалаца, или им је (њима или њиховим потомцима) целина или део половине заоставштине коју они наслеђују у својину, оптерећена правом доживотног уживања које на име повећања припада брачном другу оставиоца.⁷¹ Поред ових законских решења, у свим споменутим правима предвиђено је да је у ситуацији када је између оставиочевих родитеља, што значи у случају постојања потпуног усвојења – усвојилаца из потпуног усвојења, дошло до трајног престанка заједнице живота, тада до повећања наследног дела може доћи и на захтев једног од родитеља, односно усвојиоца који нема нужних средстава за живот,⁷² а наведено повећање се може захтевати како

⁷¹ В. чл. 23. ст. 1. и чл. 31. ст. 1. у вези са чл. 37. ЗОН-а Србије, чл. 27. ст. 1. и чл. 28. ст. 1. у вези са чл. 4. ст. 1. ЗОН-а Македоније, чл. 23. ст. 1. и чл. 24. ст. 1. у вези са чл. 21. ст. 3. ЗОН-а Словеније, као и чл. 23. ст. 1. и чл. 24. ст. 1. ЗОН-а Црне Горе у вези са чл. 145. ст. 1. Породичног закона Црне Горе.

⁷² За разлику од свих анализираних права из чијих законских решења произлази да родитељ, односно усвојилац који нема нужних средстава за живот може поставити захтев

према брачном другу, тако и према другом усвојоцу, а у ситуацији када је један од усвојоца умро пре оставиоца (у праву Србије када један од усвојоца не може или неће да наследи, што се мислимо подразумева и за остала законодавства) повећање наследног дела надживелог усвојоца се може захтевати како према брачном другу оставиоца, тако и према потомцима умрлог усвојоца, односно усвојоца који из других разлога не може или неће да наследи.⁷³ И на овај начин положај усвојилаца као законских наследника другог наследног реда може бити побољшан, што значи да у праву Црне Горе, Македоније и Словеније, у случају трајног престанка заједнице живота усвојоца, сваки од њих, уколико ниједан, посматрано понаособ, нема нужних средстава за живот, може поред свог редовног законског наследног дела који износи четвртину заоставштине, наследити и део заоставштине који би према редовним правилима законског наслеђивања требао припасти брачном другу (део од половине заоставштине коју наслеђује брачни друг) и на тај начин трајно стећи у својину овако увећан наследни део, односно у праву Србије сваки од усвојилаца може стећи у овом случају и положај доживотног уживоца на целини или делу половине заоставштине коју наслеђује брачни друг. Уколико пак само један од усвојоца у случају трајног престанка заједнице живота нема нужних средстава за живот, онда такав усвојилац може побољшати свој наследноправни положај тако што ће поред своје четвртине заоставштине моћи наследити и део заоставштине који би према редовним правилима законског наслеђивања требало да наследе брачни друг (део од половине заоставштине), као и део који би према истим тим правилима требао припасти другом усвојоцу оставиоца (део од четвртине заоставштине), односно у праву Србије искључиво онај усвојилац који није крив за престанак заједнице живота може постати и ималац права доживотног уживања на целини или делу половине заоставштине коју наслеђује брачни друг, као и на целини или делу четвртине заоставштине коју наслеђује други усвојилац оставиоца. У ситуацији када је само један од усвојоца који нема нужних средстава за живот жив у моменту оставиоачеве смрти, до побољшања његовог наследноправног положаја у свим правима, осим у

за повећањем свог наследног дела не само према брачном другу оставиоца, већ и према свом брачном другу, односно другом родитељу, тј. усвојоцу оставиоца, независно од тога да ли је крив за престанак заједнице живота, једино се у наследном праву Србије приликом постављања захтева за повећање наследног дела родитеља, тј. усвојоца, у случају трајног престанка заједнице живота родитеља, тј. усвојилаца води рачуна о овом субјективном елементу, па је тако родитељ, односно усвојилац који је крив за трајни престанак заједнице живота онемогућен у управљању оваквог захтева и према другом родитељу, односно усвојоцу, а исти може управити само у односу на наследни део брачног друга.

⁷³ В. чл. 31. ст. 2-3. ЗОН-а Србије у вези са чл. 37. ЗОН-а Србије, чл. 28. ст. 2-3. у вези са чл. 4. ст. 1. ЗОН-а Македоније, чл. 24. ст. 2-3. у вези са чл. 21. ст. 3. ЗОН-а Словеније, као и чл. 24. ст. 2-3. ЗОН-а Црне Горе у вези са чл. 145. ст. 1. Породичног закона Црне Горе

праву Србије може доћи услед додавања његовој сопственој четвртини заоставштине још и одређеног дела од половине заоставштине коју би према редовним правилима требало да наследи брачни друг оставиоца, као и дела од четвртине заоставштине коју би према овим правилима требало да наследе потомци другог оставиоцевог усвојιοца. У праву Србије у овом случају, до побољшања наследноправног положаја усвојιοца који наслеђује долази установљавањем права доживотног уживања на целини или делу половине заоставштине коју наслеђује брачни друг, као и на целини или делу четвртине заоставштине коју наслеђују потомци другог усвојιοца. За случај да би брачни друг или пак усвојιοци оставиоца због незнатне, односно мале вредности заоставштине њеном поделом запали у оскудицу, сва претходно споменута права предвиђају законско решење које подразумева наслеђивање целе заоставштине конкретног наследника у својину, односно својински вид увећања.⁷⁴ На овај начин, брачни друг оставиоца у свим наведеним правима може искључити из права наслеђивања све адоптивне сроднике оставиоца као наследнике другог наследног реда, односно постати универзални сукцесор на целокупној заоставштини, при чему исти такав положај могу имати и усвојιοци оставиоца, с обзиром да и они могу на исти начин искључити брачног друга из наслеђивања.

С друге стране, наследноправна дејства непотпуног усвојења, у неким од законодавстава која су предмет анализе, попут законодавстава Словеније и Србије су одређена на такав начин из којег произлази да се споменута могућност повећања наследног дела не може односити и на усвојιοце

⁷⁴ В. чл. 23. ст. 2. и чл. 31. ст. 4. у вези са чл. 37. ЗОН-а Србије, чл. 27. ст. 1. и чл. 28. ст. 1. у вези са чл. 4. ст. 1. ЗОН-а Македоније, чл. 23. ст. 1. и чл. 24. ст. 1. у вези са чл. 21. ст. 3. ЗОН-а Словеније, као и чл. 23. ст. 1. и чл. 24. ст. 1. ЗОН-а Црне Горе у вези са чл. 145. ст. 1. Породичног закона Црне Горе. Приликом доношења одлуке о захтеву брачног друга или усвојиоца за повећање њиховог наследног дела, као и приликом доношења одлуке о обиму повећања у сваком конкретном случају, у свим анализираним правима поред испуњења претходног услова који подразумева немање нужних средстава за живот на страни лица које поставља овакав захтев, законом је прописано да суд има обавезу узимања у обзир и свих других околности конкретног случаја које могу имати значај у постизању циља којем се тежило прописивањем наведених одступања у њима, а то су имовинске прилике и способност за привређивање брачног друга и сродника (у нашем случају адоптивних сродника) који у конкретном случају наслеђују, као и вредност заоставштине. У праву Србије и Црне Горе прилагођавање правног регулисања свим околностима конкретног случаја је изражено у још већој мери, с обзиром да је у овим правима прописано да је суд посебно дужан водити рачуна приликом одлучивања о захтеву за повећање наследног дела, поред претходно наведених, када се ради о оваквом захтеву постављеном од стране брачног друга (у Црној Гори), односно било брачног друга, било усвојиоца (у Србији) још и о дужини трајања брачне заједнице живота оставиоца и његовог брачног друга. В. у том смислу: чл. 23. ст. 3. и чл. 32. ЗОН-а Србије, чл. 23. ст. 2 и 24. ст. 4. ЗОН-а Црне Горе, чл. 23. ст. 2. и 24. ст. 4. ЗОН-а Словеније, као и чл. 27. ст. 2. и чл. 28. ст. 4. ЗОН-а Македоније.

из непотпуног усвојења, с обзиром на то да у овим правима усвојилац из непотпуног усвојења, како је то наведено или уопште нема законска наследна права према усвојенику (право Словеније), или под одређеним условима може остваривати само право доживотног уживања на делу заоставштине коју наслеђују крвни сродници оставиоца (његови родитељи и њихови потомци) и брачни друг оставиоца као наследници другог наследног реда. Мишљења смо да би се законска правила о повећању, односно смањењу наследних делова у оквиру другог наследног реда могла применити у остала два посматрана законодавства, односно у праву Црне Горе и Македоније, с обзиром да из наследноправних прописа ових земаља произлази да усвојιοци могу законски наслеђивати усвојеника као законски наследници другог наследног реда, који притом имају предност у наслеђивању у односу на родитеље оставиоца, с тим што би се право на повећање законског наследног дела усвојιοца из непотпуног усвојења у односу на наследни део брачног друга оставиоца у случају испуњења горе наведеног основног услова – немања нужних средстава за живот, могло остваривати само под претпоставком испуњења још једног, претходног услова, под којим усвојιοци из непотпуног усвојења у овим правима могу остваривати и право на редован законски наследни део - уколико нису искључили, нити ограничили право усвојеника на наслеђивање. Ово повећање би се, као и у случају потпуног усвојења могло кретати и до стицања целокупне заоставштине у својину и на тај начин до искључења брачног друга из права да законски наследи, с тим што би се у овом случају повећање наследног дела брачног друга оставиоца могло остваривати само на терет наследног дела усвојиоца из непотпуног усвојења (које може ићи и до стицања целокупне заоставштине у својину и тиме до искључења усвојиоца из права да наследи), с обзиром да потомци усвојиоца из непотпуног усвојења нису законски наследници усвојеника.⁷⁵ Једино уколико би се радило о непотпуном усвојењу од стране брачног друга родитеља детета, евентуално повећање наследног дела брачног друга оставиоца могло би се остваривати и на терет наследног дела потомака родитеља детета који не може или неће да наследи.

Напослетку, у оквиру разматрања положаја адоптивних сродника као наследника другог наследног реда, споменућемо да из постојећих правила законског наслеђивања којима се одступа од редовних правила наслеђивања у праву Србије произлази још једна могућност, према којој у другом наследном реду може доћи до смањења наследног дела брачног друга до четвртине заоставштине на захтев неког од крвних сродника као

⁷⁵ В. чл. 23. ст.1. и чл. 24. ст. 1-2. у вези са чл. 19. ст. 2-3. ЗОН-а Црне Горе, као и чл. 27. ст. 1. и чл. 28. ст. 1-2. у вези са чл. 23. ст. 2-3. ЗОН-а Македоније

осталих наследника другог наследног реда, што значи у случају постојања потпуног усвојења и на захтев неког од адоптивних сродника као наследника другог наследног реда, уколико вредност оставиочевих наслеђених добара чини више од половине његове посебне имовине, а под условом да заједница живота усвојеника као оставиоца и његовог брачног друга није трајала дуже времена. Ово значи да уколико постоји имовина коју је усвојеник као оставилац наследио од својих усвојилаца из потпуног усвојења, или ако усвојиоци нису могли или хтели да наследе, имовина која је наслеђена од даљих адоптивних предака у директној или побочној линији (под овим добрима се подразумевају и поклони које је усвојеник као оставилац примио од адоптивних предака), а која наслеђена имовина претеже у заоставштини, односно чини више од половине његове заоставштине, у том случају, на захтев неког од адоптивних сродника из потпуног усвојења (једног или више њих) као наследника другог наследног реда, а из чије лозе су добра својевремено као наслеђе или поклон ушла у оставиочеву заоставштину може доћи до смањења наследног дела брачног друга оставиоца до четвртине заоставштине, које ће истовремено довести и до повећања својинског наследног дела адоптивног/их сродника који су наведено смањење захтевали. Поред наведеног, адоптивним сродницима као наследницима другог наследног реда може припасти и цела заоставштина у својину, уколико брачни друг оставиоца уместо наслеђивања у својину изабере доживотно уживање на половини заоставштине, које ће дакле у овом случају оптерећивати својински наследни део адоптивних сродника.⁷⁶

3. ПОЛОЖАЈ АДОПТИВНИХ СРОДНИКА КАО ЗАКОНСКИХ НАСЛЕДНИКА ТРЕЋЕГ И ДАЉИХ НАСЛЕДНИХ РЕДОВА

С обзиром на изнето правило према којем адоптивни сродници из потпуног усвојења наслеђују оним редом, односно по оним правилима према којим наслеђују крвни сродници оставиоца одговарајућег степена сродства, то се у свим посматраним правима као законски наследници трећег наследног реда, у случају смрти усвојеника иза којег није остао ниједан адоптивни сродник из прва два законска наследна реда, нити његов брачни друг на наслеђе позивају оставиочеве деде и бабе по усвојењу, између којих се заоставштина дели на једнаке делове, док ће потомство деда и баба (који су усвојенику стричеви, ујаци и тетке, полустричеви, полуујаци и полутетке, као и браћа и сестре од стричева, ујака и тетака,

⁷⁶ В. чл. 26. и чл. 28. ст. 1. у вези са чл. 37. ЗОН-а Србије

односно полустричева, полуујака и полутетака по основу адоптивног сродства итд.) бити позивано на наслеђе по праву представљања, које се примењује неограничено. Уколико неко од деда и баба по усвојењу није жив у моменту смрти оставиоца (или из других разлога не наслеђује), а нема потомака, део заоставштине који би му припао да је надживео оставиоца припашће другом претку по усвојењу из исте лозе, а ако су и деда и баба по усвојењу из једне лозе умрли пре оставиоца, а немају потомака, онда ће део заоставштине који би им припао да су надживели оставиоца наследити деда и баба по усвојењу из друге лозе, односно њихово потомство по праву представљања. Са наведеним кругом адоптивних сродника из потпуног усвојења се завршава законско наслеђивање у правима Црне Горе, Македоније и Словеније.⁷⁷ У правима Србије и Хрватске, уколико нема споменутих адоптивних сродника из трећег наследног реда, као законски наследници се могу позивати и даљи адоптивни сродници у правој усходној линији, односно прадеде и прабабе по усвојењу, као наследници четвртог наследног реда, између којих се заоставштина дели на једнаке делове, уз правило према којем је у овом наследном реду искључена примена права представљања, тако да у случају када неко од прадеда или прабаба усвојеника није жив (или из других разлога не наслеђује) може доћи само до прираштаја његовом брачном другу, а када ниједан од брачних другова који чине пар предака из једне лозе није жив, њихов део заоставштине ће припасти другом пару предака из исте лозе, који тај део дели на једнаке делове. Према изнетим правилима у последње споменутих правима на наслеђе се могу позивати као наследници петог или даљих наследних редова и даљи адоптивни сродници оставиоца у правој усходној линији сродства.⁷⁸

Сродници усвојиоца из непотпуног усвојења, како је то наведено, не могу законски наслеђивати усвојеника, што је правило у свим правима која су предмет разматрања, што значи да ће се у случају смрти усвојеника иза којег нису остали споменути наследници из прва два законска наследна реда, на наслеђе позивати његови крвни сродници, односно његове деде и бабе, а њихово потомство по праву представљања, а у праву Србије још и евентуално његови даљи крвни сродници у правој усходној линији крвног сродства као наследници даљих наследних редова. Ово није случај једино у праву Хрватске, према којем непотпуним (родитељским)

⁷⁷ В. чл. 16-18. ЗОН-а Црне Горе у вези са чл. 145. ст. 1. Породичног закона Црне Горе, чл. 20-22. у вези са чл. 4. ст. 1. ЗОН-а Македоније, чл. 18-20. у вези са чл. 21. ст. 3. ЗОН-а Словеније, чл. 16-18. у вези са чл. 37. ЗОН-а Србије, као и чл. 14-16. ЗОН-а Хрватске у вези са чл. 22. ст. 1. ЗОН-а Хрватске (одн. чл. 148. ст. 2. Обитељског закона Хрватске)

⁷⁸ В. чл. 19-20. у вези са чл. 37. ЗОН-а Србије и чл. 17-19. у вези са чл. 22. ст. 1. ЗОН-а Хрватске (одн. чл. 148. ст. 2. Обитељског закона Хрватске)

усвојењем између усвојιοца и усвојеника настаје узајамно право законског наслеђивања крвних сродника у правој линији, што значи да ће у овом праву усвојеника, као законски наследници трећег наследног реда наслеђивати његове деде и бабе из непотпуног усвојења, а уколико ни они не могу или неће да наследе, као наследници ће се позвати његове прадеде и прабабе из непотпуног усвојења као наследници четвртог наследног реда, те евентуално и даљи преци, као наследници даљих наследних редова, по основу адоптивног сродства насталог непотпуним усвојењем.⁷⁹

4. ПОЛОЖАЈ АДОПТИВНИХ СРОДНИКА КАО НУЖНИХ НАСЛЕДНИКА

У свим анализираним законодавствима предвиђено је правило према којем као основицу за одређивање нужног дела треба узети онај део заоставштине који би сваком поједином нужном наследнику припао по законском реду наслеђивања, при чему се у свима њима круг нужних наследника првог наследног реда поклапа са кругом законских наследника првог наследног реда, као што је и величина нужног дела свих нужних наследника првог наследног реда одређена на исти начин, те износи половину од онога што би они добили по законском реду наслеђивања.⁸⁰ Међутим, с обзиром да за одређивање наследног дела законских наследника могу бити меродавне како одговарајуће законске одредбе које подразумевају редовна правила законског наслеђивања, тако и законске одредбе којима се одступа од ових редовних правила, то значи да у ситуацији када постоје претпоставке за одступања од редовних правила законског наслеђивања, у смислу повећања, смањења или пак губитка наследног дела који би нужном наследнику требао припасти по законском реду наслеђивања, тада може доћи и до повећања, смањења, односно у неким од ових права и губитка нужног дела. Изузетак од претходно наведеног представља законодавство Хрватске, из већ споменутог разлога који се односи на непостојање могућности одступања од редовних правила законског наслеђивања, што значи да ће у овом праву нужни део усвојеника из потпуног или непотпуног усвојења, као и њихових потомака, који су притом безусловни нужни наследници првог нужног наследног реда, увек износити половину од онога што би наведеним лицима припало према редовним правилима законског

⁷⁹ В. чл. 23. ст. 1. ЗОН-а Хрватске

⁸⁰ В. чл. 40. ст. 2. ЗОН-а Србије, чл. 26. ст. 2. ЗОН-а Црне Горе, чл. 26. ст. 2. Закона о наслеђивању Словеније, чл. 31. ст. 2. ЗОН-а Македоније и чл. 70. ст. 3. ЗОН-а Хрватске. У свим споменутим правима нужни наследници првог нужног наследног реда су брачни друг оставиоца, његови потомци, усвојеници и њихови потомци.

наслеђивања.⁸¹ Изузетак од претходно наведеног представља и законодавство Македоније, из разлога према којем се постојећа одступања од редовних правила законског наслеђивања, односно постојеће одредбе закона о наслеђивању ове земље о повећању или смањењу наследних делова не могу применити у ситуацији када се ради о утврђивању величине нужног дела,⁸² што значи да ће и у овом праву нужни део усвојеника из потпуног усвојења као безусловног нужног наследника, као и усвојеника из непотпуног усвојења уз услов да му наследна права нису била искључена, увек износити половину од онога што би овим лицима припало по редовним правилима законског наслеђивања, док ће усвојенику из непотпуног усвојења којем су наследна права била ограничена основицу нужног дела представљати умањени законски део. Само уз испуњење одређених услова који се односе на постојање заједнице живота са оставиоцем, издржавање од стране оставиоца, или трајну неспособност за рад и немање нужних средстава за живот и потомцима усвојеника из потпуног или непотпуног усвојења припада на име нужног дела половина од онога што би они добили према редовним правилима законског наслеђивања (последње наведенима и уз услов да није постојало искључење наследних права усвојеника из непотпуног усвојења).⁸³

У правима Србије, Словеније и Црне Горе право на половину од онога што би им припало као редован законски део, а на име нужног дела, као безусловни нужни наследници првог нужног наследног реда имају усвојеници из потпуног усвојења и његови потомци, као и усвојеник из непотпуног усвојења којем наследна права нису била искључена и његови потомци (уколико су наследна права била ограничена основицу нужног дела усвојеника из непотпуног усвојења, односно његових потомака представљаће умањени законски део).⁸⁴ Поред наведеног, у последње спомену-

⁸¹ В. чл. 69. ст. 1-2. и чл. 70. ст. 3. у вези са чл. 23. ст. 1. и чл. 22. ст. 1. ЗОН-а Хрватске (одн. чл. 148. ст. 1. Обитељског закона Хрватске)

⁸² В. чл. 31. ст. 2. ЗОН-а БЈР Македоније.

⁸³ В. чл. 30. ст. 1-2. и чл. 31. ст. 2. ЗОН-а у вези са чл. 4. ст. 1. и чл. 23. ст. 2. ЗОН-а Македоније

⁸⁴ В. чл. 39. ст. 1-2. и чл. 40. ст. 2. у вези са чл. 34. ст. 1. и чл. 35. ст. 1. ЗОН-а Србије, чл. 25. ст. 1-2. и чл. 26. ст. 2. у вези са чл. 21. ст. 1. ЗОН-а Словеније, чл. 30. ст. 1-2. и чл. 31. ст. 2. у вези са чл. 25. ст. 1. ЗОН-а СФРЈ, као и чл. 25. ст. 1-2. и чл. 26. ст. 2. ЗОН-а Црне Горе у вези са чл. 19. ст. 1. ЗОН-а Црне Горе и чл. 145. ст. 1. Породичног закона Црне Горе. У наследним правима Србије и Словеније (као што је то случај и у праву Македоније) приликом нормирања права на нужни део усвојеника из непотпуног усвојења не спомиње се као посебан услов непостојање искључења или ограничења наследних права оваког усвојеника, с обзиром на то да се подразумева да је нужни наследник врста законског наследника, чији положај директно зависи од положаја који би он имао према правилима законског наслеђивања. Стога је разумљиво да у овим правима, узимајући у обзир одредбе о законском наслеђивању, усвојеник из непотпуног усвојења којем су наследна права ис-

тим правима у основ за израчунавање нужног дела улазе и сва повећања и смањења законског наследног дела, у ком смислу се изјашњава и теорија.⁸⁵ На основу тога, у праву Србије и Црне Горе, у основ за израчунавање нужног дела ући ће и евентуално повећање наследног дела деце, па сходно томе и повећање наследног дела усвојеника из потпуног или непотпуног усвојења, односно истовремено смањење законског дела брачног друга, па уколико оставилац повреди нужни део наследника првог наследног реда, примера ради располагањем путем завештања у корист трећег лица, а првостепени ванбрачни потомци оставиоца, или пак овакви његови потомци из претходног брака исходују смањење законског наследног дела брачног друга и на тај начин повећају сопствени законски наследни део, тада ће доћи и до повећања нужног дела сваког оставиоачевог детета, па и усвојеника из потпуног или непотпуног усвојења и то на терет нужног дела брачног друга. На овај начин ће конкретан део заоставштине који ће на име нужног дела припасти брачном другу бити мањи, док ће део заоставштине који ће на име нужног дела припасти деци, па и усвојеницима оставиоца, бити већи од оног дела заоставштине који би им припао на име нужног дела, да је основ за израчунавање њиховог нужног дела представљао законски део који би они добили применом редовних правила законског наслеђивања. Узимајући у обзир чињеницу да ни у једном од ова два законодавства није предвиђена могућност повећања наследног дела која би подразумевала стицања целокупне заоставштине у својину од стране деце, то се стога у њима не може десити да примена корективних норми законских наследних делова доведе до евентуалног губитка нужног дела брачног друга у првом наследном реду.

кључена неће моћи остварити ни право на нужни део, као и то да ће обим ограничења његових законских наследних права одредити и величину његовог нужног дела. Међутим, у ЗОН-у Црне Горе се наводи следеће: "Нужни наследници су...усвојеници и њихови потомци, осим ако при усвојењу нису наследна права ограничена или сасвим искључена...". Није јасан смисао условљавања права на нужни део усвојенику из непотпуног усвојења непостојањем ограничења његових наследних права приликом нормирања права на нужни део. Наведена одредба се може схватити на начин да је законодавац овим желео још једном, односно и приликом нормирања нужних наследних права да нагласи да ће ограничење законских наследних права утицати и на величину нужног дела усвојеника из непотпуног усвојења, а тиме и његових потомака, као што се може схватити у смислу непостојања права усвојеника из непотпуног усвојења на нужни део, не само када су истом наследна права била искључена, већ и онда када су ова права била ограничена, што нам се чини мање вероватним, с обзиром да би овакво тумачење значило да би било који проценат ограничења наследних права усвојеника из непотпуног усвојења искључио могућност остварења права на нужни део.

⁸⁵ В. Оливер Б. Антић, Зоран М. Балиновац: *op. cit.*, стр. 218., Борислав Благојевић: *Наследно право СФРЈ са освртом на права других држава*, Београд, 1964., стр. 144., М. Креч – Ђ. Павић: *Коментар Закона о наслеђивању*, Загреб, 1964., стр. 74., Карел Зупанчич: *op. cit.*, стр. 63.

Према законодавству Словеније и Црне Горе, уколико у случају повреде нужног дела, брачни друг као нужни наследник користећи се својим овлашћењима исходује повећање свог законског наследног дела, на терет неких од осталих наследника или свих осталих наследника првог наследног реда, то онда значи и да ће део заоставштине који ће припасти на име нужног дела брачном другу бити већи од дела који би он добио да је основ за израчунавање нужног дела представљао законски наследни део који би му припао применом редовних правила законског наслеђивања. Услед наведеног повећања, доћи ће до смањења дела заоставштине који ће на име нужног дела припасти оним потомцима, међу којима може бити и усвојеника (из потпуног или непотпуног усвојења) или пак њихових потомака, и то оних на терет чијег наследног дела је дошло до исходавања наведеног повећања (ово с обзиром да до повећања наследног дела брачног друга не мора доћи на терет сваког потомка), који део заоставштине ће у сваком конкретном случају зависити од обима у којем је дошло до смањења наследног дела конкретног потомка. Поред тога, у овим правима може доћи и до губитка нужног дела свих потомака (па и усвојеника или његових потомака) као наследника, у ситуацији када брачни друг исходује стицање у својину целокупног законског наследног дела, с обзиром да тада потомцима не преостаје ништа од законског наследног дела.

Напоследку, с обзиром да према законодавству Словеније и било који потомак оставиоца, што значи и усвојеник (из потпуног, а мишљења смо и из непотпуног усвојења) или пак усвојеников потомак може повећати свој наследни део, било на терет наследног дела брачног друга, било на терет наследног дела неког другог потомка, више њих или свих осталих потомака који у конкретном случају конкуришу на наслеђе, или пак истовремено на терет наследног брачног друга и потомака (на исти начин на захтев неког другог потомка наследни део усвојеника или пак његовог потомка може бити и смањен), то значи да ће део заоставштине који ће на име нужног дела припасти усвојенику (или његовом потомку) који је исходавао повећање бити већи од дела који би он добио да је основ за израчунавање нужног дела представљао редован законски наследни део, док ће услед наведеног доћи до смањења дела заоставштине који ће на име нужног дела припасти осталим наследницима и то оног (оних) наследника на терет чијег наследног дела је дошло до исходавања наведеног повећања, који део ће у сваком конкретном случају зависити од обима у ком је дошло до смањења наследног дела конкретног наследника. С обзиром на то да у овом праву и било који потомак (што значи и усвојеник или пак његов потомак), као и брачни друг може исходовати и стицање целокупне заоставштине у својину, у том случају ће доћи до губитка законског, а тиме и нужног дела свих осталих наследника овог наследног реда.

У правима Србије, Црне Горе и Словеније нужни наследници другог нужног наследног реда, само по основу чињенице адоптивног сродства (безусловни нужни наследници) су усвојиоци из потпуног усвојења, док су у правима Хрватске и Македоније усвојиоци из потпуног усвојења условни нужни наследници, који право на нужни део могу остварити само уколико су трајно неспособни за рад и немају нужних средстава за живот. У свим анализираним правима, осим у праву Хрватске, у круг нужних наследника улазе још и првостепени потомци усвојιοца из потпуног усвојења (браћа и сестре, полубраћа и полусестре по основу адоптивног сродства), али уз испуњење додатног услова који се односи на трајну неспособност за привређивање и немање нужних средстава за живот на страни ових лица. Као нужни наследник другог нужног наследног реда, у свим правима која су предмет анализе, осим у праву Словеније, може се појавити и усвојилац из непотпуног усвојења, и то праву Црне Горе под условом да исти није нити искључио, нити ограничио законска наследна права усвојенику, у праву Србије под условом да није искључио наследна права усвојенику, те уопште под условима под којима може остварити и право на законски део, те уколико је уз то и трајно неспособан за привређивање (у основ за израчунавање нужног дела у праву Србије улазиће право доживотног уживања усвојιοца из непотпуног усвојења), у праву Хрватске и Македоније под условом да је трајно неспособан за рад и нема нужних средстава за живот, а у последње наведеном праву још и уз испуњење једног претходног услова, који подразумева да усвојилац није ограничио или искључио наследна права усвојеника у моменту заснивања усвојења. Величина нужног дела било ког од наведених адоптивних сродника из потпуног усвојења или непотпуног усвојења у споменутим правима одређена је на исти начин и износи трећину од дела који би конкретном адоптивном сроднику припао према законским правилима наслеђивања.⁸⁶

Напоменућемо да и сва горе наведена законска правила којима се одступа од редових правила законског наслеђивања у другом наследном реду у свим анализираним правима (осим у праву Хрватске) могу одредити износ заоставштине који ће припасти усвојиоцима из потпуног усвојења, односно њиховим првостепеним потомцима на име нужног дела. Ово значи да ће у правима Србије, Словеније, Македоније и Црне Горе, у случају када је завешталац повредио право на нужни део располагањима у

⁸⁶ В. чл. 39. ст. 1-2. и чл. 40. ст. 2. у вези са чл. 37. и чл. 38. ст. 2. ЗОН-а Србије, чл. 25. ст. 1-2. и чл. 26. ст. 2. у вези са чл. 145. ст. 1. Породичног закона Црне Горе и чл. 19. ст. 2-3. ЗОН-а Црне Горе, чл. 25. ст. 1-2. и чл. 26. ст. 2. у вези са чл. 21. ст. 3. ЗОН-а Словеније, чл. 69. ст. 1-2. и чл. 70. ст. 3. у вези са чл. 23. ст. 1. и чл. 22. ст. 1. ЗОН-а Хрватске (одн. чл. 148. ст. 2. Обитељског закона Хрватске), као и чл. 30. ст. 3. и чл. 31. ст. 2. у вези са чл. 4. ст. 1. и чл. 23. ст. 2. и 4. ЗОН-а Македоније

корист трећег лица, исходавање права на повећање законског наследног дела од стране усвојилаца или од стране брачног друга, у крајњим консеквенцама довести до тога да ће део заоставштине који ће на име нужног дела припасти усвојоцима бити већи, односно да ће део заоставштине који ће припасти усвојоцима или пак њиховим првостепеним потомцима бити мањи од оног дела заоставштине који би им припао да је основ за израчунавање нужног дела представљао законски наследни део израчунат применом редовних правила законског наслеђивања. У праву Србије у основ за израчунавање нужног дела може ући и повећање законског наследног дела оног адоптивног сродника из потпуног усвојења (нпр. брата по основу адоптивног сродства) на чији захтев је дошло до исходавања смањења законског наследног дела брачног друга до четвртине заоставштине, или пак на половину заоставштине која ће брачном другу припасти на име доживотног уживања као последица његовог права избора. Дакле, у основ за израчунавање нужног дела у свим овим правима ући ће сва горе споменута повећања или смањења законског наследног дела адоптивних сродника из потпуног усвојења⁸⁷ и то без обзира да ли су наследна права проширена стицањем својине (право Србије, Словеније, Црне Горе и Македоније) или путем права уживања (право Србије), при чему ће повећање законског наследног дела оставиоцевог брачног друга на начин који подразумева стицање у својину целокупне заоставштине довести до губитка нужног дела усвојилаца, односно првостепених потомака усвојилаца из потпуног усвојења (браће и сестара, полубраће и полусестара по основу адоптивног сродства), као што ће и стицање целокупне заоставштине у својину од стране усвојилаца довести до губитка нужног дела брачног друга оставиоца (ово стога што у овим ситуацијама усвојоцу, односно његовим првостепеним потомцима или брачном другу као потенцијалним нужним наследницима не преостаје ништа од законског наследног дела, па тиме ни нужног дела).

Напоследку, као нужни наследници трећег нужног наследног реда у свим правима која су предмет анализе (осим у праву Македоније) могу се појавити још и оставиоцеве деде и бабе из потпуног усвојења, уз услов који се односи на трајну неспособност за рад и немање нужних средстава за живот на страни оваквих лица, а у праву Хрватске и Србије, под претпоставком испуњења истог услова евентуално и даљи директни преци из

⁸⁷ На изложени начин би у правима Црне Горе и Македоније у основ за израчунавање нужног дела могло ући и повећање законског наследног дела усвојилаца из непотпуног усвојења (који нису искључили нити ограничили наследна права усвојеника) на терет наследног дела брачног друга оставиоца, као и смањење њиховог наследног дела у корист наследног дела брачног друга оставиоца.

потпуног усвојења као потенцијални нужни наследници четвртог или даљих нужних наследних редова, при чему величина нужног дела ових адоптивних сродника износи трећину од онога што би им припало по правилима законског наслеђивања. У праву Хрватске нужни наследници трећег нужног наследног реда, такође под претпоставком испуњења услова који се односи на трајну неспособност за рад и немање нужних средстава за живот могу бити и усвојеникови деде и бабе из непотпуног усвојења, као и његови даљи директни преци из непотпуног усвојења, који су нужни наследници четвртог и евентуално даљих нужних наследних редова, за разлику од свих осталих анализираних права, у којима ниједан сродник усвојιοца из непотпуног усвојења, не улази у круг законских, па тиме ни нужних наследника усвојеника.⁸⁸

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Циљ овог рада био је да на основу анализе наследноправних последица адоптивног сродства, те на основу довођења у везу ових последица са одговарајућим нормама којима се регулише законски ред наслеђивања крвних сродника, у сваком од посматраних права укаже на конкретан наследноправни положај адоптивних сродника из потпуног и непотпуног вида усвојења, као и на разлике у наследноправном положају адоптивних сродника из ова два вида усвојења, при чему се у раду настојало указати и на постојање разлика у погледу наследноправног положаја једних истих категорија адоптивних сродника из потпуног и непотпуног усвојења (као законских и као нужних наследника) и упоредноправно посматрано.

С обзиром да се потпуним усвојењем између усвојеника и његових потомака и усвојιοца и његових сродника заснивају једнака права и дужности као између детета и родитеља, односно других сродника, то је и законима свих земаља која су представљале предмет анализе у погледу наследноправног положаја адоптивних сродника из потпуног усвојења предвиђено да овим видом усвојењем настају узајамна наследна права између усвојеника и његових потомака, с једне стране, те усвојιοца и његових сродника, с друге стране, при чему се у свима њима на адоптивне сроднике из потпуног усвојења примењују иста правила наследног права

⁸⁸ В. чл. 39. ст. 1-2. и чл. 40. ст. 2. у вези са чл. 37. и чл. 38. ЗОН-а Србије, чл. 69. ст. 2. и чл. 70. ст. 3. у вези са чл. 23. ст. 1. и чл. 22. ст. 1. ЗОН-а Хрватске (одн. чл. 148. ст. 2. Обитељског закона Хрватске), чл. 25. ст. 1-2. и чл. 26. ст. 2. у вези са чл. 145. ст. 1. Породичног закона Црне Горе и чл. 19. ст. 2-3. ЗОН-а Црне Горе, као и чл. 25. ст. 1-2. и чл. 26. ст. 2. у вези са чл. 21. ст. 3. ЗОН-а Словеније.

која важе и за законски наследни ред крвних сродника одређеног степена сродства. Непотпуним усвојењем се између усвојиоца и усвојеника и његових потомака заснивају права и дужности која по закону постоје између родитеља и деце, те су и наследноправна дејства овог усвојења у свим правима уже одређена, тако да примена већег броја норми о законском наследном реду формулисаном под претпоставком постојања крвног сродства не долази у обзир.

Како је то наведено, док се на адоптивне сроднике из потпуног усвојења примењују иста правила наследног права која важе и за законски наследни ред крвних сродника одређеног степена сродства (тако су у свим правима усвојеник из потпуног усвојења и његови потомци законски наследници првог наследног реда иза усвојиоца, као и иза усвојичевих предака по праву представљања), дотле, када је реч о наследним правима усвојеника из непотпуног усвојења и његових потомака подударност са законским наследним редом формулисаним под претпоставком постојања крвног сродства у свим посматраним правима постоји једино у погледу правила према којем се у случају смрти усвојиоца из непотпуног усвојења, усвојеник из непотпуног усвојења, а његови потомци по праву представљања позивају као законски наследници првог наследног реда. Међутим, ова подударност је и у оквиру првог наследног реда само делимична, с обзиром да се одступања од законског наследног реда формулисаног под претпоставком постојања крвног сродства испољавају и у оквиру овог наследног реда, као последица чињенице да се у анализираним правима ни усвојеници из непотпуног усвојења, ни његови потомци, за разлику од положаја природних потомака, односно усвојеника из потпуног усвојења и његових потомака, не могу појавити као законски наследници првог наследног реда по праву представљања, односно у случају смрти неког од предака усвојиоца, од чега изузетак постоји једино у праву Хрватске, где су ова одступања мања, с обзиром да у овом праву и усвојеници из непотпуног усвојења, као и њихови потомци могу наслеђивати по праву представљања и било ког претка усвојиоца. Поред споменутих разлика, које се између посматраних права могу уочити у наследноправном положају усвојеника из непотпуног усвојења и његових потомака, како у погледу њиховог положаја, тако и у погледу оваквог положаја усвојеника из потпуног усвојења и његових потомака може се уочити и постојање неких других разлика, које се јављају као последица различитог става сваког конкретног законодавстава у погледу придавања значаја чињеници сродства и брачне везе приликом нормирања правила којима се одступа од редовних правила законског наслеђивања. Тако се једнак наследноправни положај који у оквиру првог наследног реда у свим анализираним правима имају усвојеник и брачни друг оставиоца, у неким од ових права може

изменити само у правцу побољшања наследноправног положаја усвојеника (Србија, Црна Гора, Македонија), у другима како у правцу побољшања, тако и у правцу погоршања оваквог његовог наследноправног положаја (Словенија), док у појединим законодавствима не постоје никакве могућности измена наследноправног положаја ниједног наследника у односу на положај који они имају према редовним правилима законског наслеђивања (Хрватска). Побољшање наследноправног положаја потомака усвојеника у неким од посматраних права или није могуће (Хрватска), или је могуће само на посредан начин, односно применом принципа представљања (Србија, Црна Гора, Македонија), док у другим правима оваква могућност постоји на страни било ког потомка као адоптивног сродника независно од степена сродства (Словенија). У појединим законодавствима наследноправни положај било усвојеника, било усвојеникових потомака као законских наследника првог наследног реда може бити побољшан или погоршан и у односу на било ког другог потомка усвојоца (Словенија), док у осталим посматраним законодавствима оваква могућност не постоји. Исто тако, у неким од анализираних законодавстава како усвојеник, тако и потомци усвојеника, могу под одређеним условима већ у првом наследном реду наследити целу заоставштину и на тај начин искључити из могућности да наследе било ког другог потомка као крвног сродника оставиоца, као и његовог брачног друга, као што на исти начин могу услед исходавања наслеђивања у својину целе заоставштине од стране неког другог наследника првог наследног реда и остати без законског наследног дела (Словенија), док у појединим од њих усвојеници или њихови потомци само могу остати без законског наследног дела услед исходавања целе заоставштине у својину од стране брачног друга, док обрнут случај није могућ (Црна Гора), за разлику од осталих посматраних права у којима последње наведене могућности не постоје.

У случају смрти усвојеника из непотпуног усвојења иза којег нису остали наследници првог наследног реда, одступања од законског наследног реда формулисано под претпоставком постојања крвног сродства, а тиме и одступања од начина на који наслеђују адоптивни сродници из потпуног усвојења (у случају смрти усвојеника из потпуног усвојења у овом случају на наслеђе ће се у свим правима позивати усвојоци и сви њихови потомци по праву представљања), испољавају се као последица тога да се у неким од анализираних права на наслеђе не могу позивати ни усвојоци, нити потомци усвојоца (Словенија, Србија), с тим што су у последње наведеном праву усвојоцу призната одређена права на заоставштину усвојеника, која се огледају у могућности остваривања права доживотног уживања на делу заоставштине коју у овом случају наслеђују крвни сродници и брачни друг усвојеника, док се у другим правима као законски

наследници другог наследног реда у случају смрти усвојеника могу позивати само усвојиоци, не и њихови потомци (Црна Гора, Македонија, Хрватска), при чему њихов наследноправни положај у неким од последње споменутих права може бити како побољшан, тако и погоршан (Црна Гора, Македонија), док у другим оваква могућност не постоји (Хрватска). Поред споменутих разлика у наследноправном положају адоптивних сродника из непотпуног усвојења, разлике се упоредноправно посматрано могу уочити и у наследноправном положају усвојиоца из потпуног вида усвојења, као и у положају његових потомака, које разлике у овом случају произлазе не само као последица заузимања различитог става сваког конкретног законодавстава у погледу питања међусобног односа чињенице сродства и брачне везе приликом нормирања одступања од редовних правила законског наслеђивања, већ и приликом нормирања редовних правила законског наслеђивања. Једна од ових разлика огледа се у томе да док се у готово свим анализираним правима побочни сродници усвојеника по основу адоптивног сродства могу појавити као законски наследници усвојеника, независно од тога да ли се брачни друг усвојеника јавља као конкурент на наслеђе, а по праву представљања, увек када неко од усвојилаца не може или неће да наследи, дотле ово није случај у праву Хрватске, у којем је могућност побочних адоптивних сродника да се појаве као законски наследници усвојеника искључена све док брачни друг конкурише на наслеђе као наследник другог наследног реда. Даље, док у појединим правима наследноправни положај усвојилаца из потпуног усвојења, који они имају према редовним правилима законског наслеђивања као наследници другог наследног реда ни под каквим условима не може бити нити побољшан, нити погоршан (право Хрватске), дотле у осталим овакве могућности постоје, с тим што начин на који долази до корекција наследних делова ових адоптивних сродника није исти, с обзиром да се у већем броју анализираних права повећање наследног дела може остваривати искључиво путем својинског вида повећања (Црна Гора, Македонија, Словенија), а у неким од њих путем личне службености плодоживања (Србија). Напослетку, док у већем броју анализираних права наследноправни положај адоптивних побочних сродника може бити само погоршан у односу на положај који ови сродници као наследници другог наследног реда имају применом редовних правила законског наслеђивања (Црна Гора, Македонија, Словенија), дотле само у праву Србије овакав њихов положај може бити и побољшан.

Одступања од законског наследног реда формулисаног под претпоставком постојања крвног сродства, а тиме уједно и одступања од начина на који наслеђују адоптивни сродници из потпуног усвојења (у случају смрти усвојеника из потпуног усвојења иза којег нису остали наследници

из прва два наследна реда, на наслеђе се у свим правима позивају усвојеникови деде и бабе, а њихови потомци по праву представљања, а у појединим правима и даљи преци усвојеника) огледају се и у немогућности да се у случају смрти усвојеника из непотпуног усвојења иза којег нису остали наследници прва два наследна реда на наслеђе позивају преци или побочни сродници усвојιοца. Ова одступања су у правима Србије, Црне Горе, Македоније и Словеније изражена у већој мери, с обзиром на непостојање права било ког претка или побочног сродника усвојιοца из непотпуног усвојења да се појави као наследник на заоставштини усвојеника као потенцијални наследник трећег или даљих наследних редова, док су у праву Хрватске изражена у мањој мери, узимајући у обир чињеницу да се у овом праву само побочни сродници усвојιοца не могу позивати на наслеђивање као законски наследници усвојеника, док се преци усвојιοца могу позивати на наслеђе као законски наследници трећег или и даљих наследних редова. С друге стране, различит приступ посматраних законодавстава према питању обима крвног сродства као чињенице на којој се заснивају редовна правила законског наслеђивања, доводи и до разлика које се између посматраних права могу уочити по питању могућности позивања и даљих адоптивних сродника усвојеника из потпуног усвојења као његових потенцијалних законских наследника, па се тако у неким правима круг адоптивних сродника као потенцијалних законских наследника усвојеника завршава са адоптивним сродницима праве усходне линије другог степена сродства (дедама и бабама по усвојењу), те свим њиховим потомцима неограничено (адоптивним побочним сродницима оставиоца) као законским наследницима трећег наследног реда (Црна Гора, Словенија, Македонија), за разлику од других анализираних права у којима у овај круг поред последње наведених улазе и сви даљи оставиоцехи директни преци по усвојењу (Србија, Хрватска).

Напоменућемо да се разлике у наследноправном положају истих категорија адоптивних сродника из потпуног или непотпуног усвојења могу уочити и када је реч о нужном наслеђивању, а које разлике најпре произлазе из различитог начина одређивања круга адоптивних сродника као потенцијалних нужних наследника и различитог приступа питању усвојавања својства нужних наследника појединим адоптивним сродницима. Тако у свим посматраним правима усвојеници и сви њихови потомци (без обзира на вид усвојења), као и усвојιοци (без обзира на вид усвојења) улазе у круг нужних наследника, при чему у погледу последње наведених изузетак постоји једино у праву Словеније, у којем усвојилац из непотпуног усвојења није нужни наследник. У наведени круг у свим правима (осим у праву Македоније) улазе и даљи преци усвојеника по основу адоптивног сродства насталог потпуним усвојењем, а у праву Хрватске и по

основу адоптивног сродства насталог непотпуним усвојењем (у границама у којима се у оквиру сваког посматраног права исти могу појавити и као законски наследници), при чему у већини ових права браћа и сестре по основу адоптивног сродства насталог потпуним усвојењем улазе (Србија, Црна Гора, Македонија, Словенија), док у појединим од њих не улазе у круг нужних наследника (Хрватска). У свим посматраним правима усвојеници и њихови потомци (независно од вида усвојења) су безусловни нужни наследници, што није случај једино у праву Македоније у погледу потомака усвојеника из потпуног или непотпуног усвојења, који су условни нужни наследници. У неким од посматраних права усвојеоци су без обзира на вид усвојења безусловни нужни наследници (Словенија, Црна Гора), у другим су такође без обзира на вид усвојења условни нужни наследници (Хрватска, Македонија), док у неким правима положај усвојеоца зависи од вида усвојења, па је тако усвојилац из потпуног усвојења безусловни нужни наследник, а усвојилац из непотпуног усвојења условни нужни наследник (Србија). У споменутим правима у којима браћа и сестре по основу адоптивног сродства насталог потпуним усвојењем улазе у круг нужних наследника, исти имају положај условних нужних наследника, а овакав положај имају и даљи преци усвојеника у оним правима у којима је истим признато својство потенцијалних нужних наследника (Србија, Хрватска, Црна Гора, Словенија). Напошетку ћемо закључити да упоредноправно посматрано, разлике у наследноправном положају једних истих категорија адоптивних сродника као нужних наследника не произлазе само из споменутог различитог начина нормирања појединих питања нужног наслеђивања у сваком од посматраних права, већ и из чињенице да су нужни наследници у свим овим правима врста законских наследника, чији нужни део представља увек умањени део онога што би конкретном нужном наследнику припало по законским правилима наслеђивања, што значи да и све горе наведене разлике које у овим правима постоје у погледу наследноправног положаја појединих истих категорија адоптивних сродника из потпуног или непотпуног усвојења као законских наследника, у крајњим консеквенцама доводе и до разлика у погледу њиховог конкретног наследноправног положаја као нужних наследника.

*Jelena Vidic, LL.M., Assistant
Faculty of Law, Novi Sad*

POSITION OF ADOPTIVE KINSHIPS AS LEGAL HEIR IN EX YUGOSLAV REPUBLICS'

Abstract

As a resume of previous paper which dealt with historical review of adoptive kinship's influence on intestate succession rights in domestic law and main characteristics of adoptive kins' position as legal heir in positive law of Serbia and in other particular European laws with accent on tendencies in modern law systems which provides equitable adoption as unique way of adoption, the intent of this paper is to point out concrete position of adoptive kins from equitable and de facto adoption both as legal heirs and as heirs entitled to portion of inheritance. The conclusion of concrete position of adoptive kins as legal heirs in states which were analyzed (Serbia, Montenegro, Slovenia, Macedonia and Croatia) is conducted from analysis of relevant provisions of Inheritance Act of named countries which regulate intestate succession rights of kins from equitable adoption and de facto one, and bringing them in connection with provisions on intestate succession rights of kins by blood and spouse of the de cuius which are deemed to be ordinary rules of intestate succession as well as those which provide exceptions. At the same time, on the base of analysis of all named provisions, and analysis of relevant provisions on mandatory legal inheritance, paper efforts to point out the concrete inheritance position of adoptive kins from equitable and de facto adoption as heirs entitled to portion of inheritance (the circle of adoptive kins as heirs entitled to portion of inheritance, the size of the portion of inheritance, as well as question of conditioning of adoptive kins as heirs entitled to portion of inheritance).

Мр Драгана Ђорић, асистент
Правног факултета у Новом Саду

СТУДИЈА ГЛИГОРИЈА ГЕРШИЋА О ПОВРАТНОЈ СНАЗИ ЗАКОНА

Сажетак: У српској правној науци темељиком повратног дејства се систематизовано бавио Жарко Миладиновић у својој монографији *Iura quesita* из 1926 године, и тек 1984. године, академик Слободан Перовић у монографији, *Ретроактивност закона и других општих правних аката*. „Студија о повратном дејству закона“ Глигорија Гершића је настала 1883 године, под јаким утицајем либерално индивидуалистичке филозофије. Будући да је Гершићева студија прва и заправо једна од ретких обухватних студија у овој области права, што иста и завређује нашу посебну пажњу.

Кључне речи: повратно дејство закона, Глигорије Гершић, Ласал, Савињи

Уводне напомене

Повратна снага закона означава такво дејство закона и других општих правних аката, да нова регулација неког друштвеног односа не важи само *pro futuro*, већ важи и *retro agere*, тј. уназад. То значи да ће се иста норма примењивати и у погледу односа који су засновани за време трајања другог, ранијег закона, и под другачијим условима него у новом правном акту. Овакво дејство закона поставља своје адресате у парадоксалан положај, Наиме, важи правило да *ignorantiam iuris non nocet*- тј. да се ниједно лице не може екскулпирати бранећи се да није знало за садржај неке норме. Управо у ту сврху (упознавање адресата са садржином норме) је и установљен *vacatio legis*, из чега проистиче даља обавеза адресата да сазнају садржину норме да би своје понашање ускладили са њом.

Парадокс је у томе да адресати који су приступили закључењу неког посла према условима у претходном закону, нису ни могли знати садржај касније донете норме; још је вероватније да до закључења посла не би ни дошло да су им одмах били познати нови услови. Екскулпација би онда овде била могућа, с тим да би, ипак, адресати били оглашени – прекршиоцима норме!

Само повратно дејство закона и других општих аката јесте нелогично, јер закон не може бити обавезујући пре свог настајања, пошто нико и не зна да исти постоји. Стога као подлога неретроактивности, као пандану повратном дејству, стоје гаранција социјалног поретка, правна сигурност, али и чиста правна свест адресата, изграђена на основу познатих правила.

Расправа о повратном дејству прописа је стара колико и сама правна наука. Зато се њен ток и скоро несметани развој могу веома тешко испратити, имајући у виду величину материјала као и сам значај тематике. Но извесна прекретница, или, боље речено прецизирање је учињено у XVIII веку, кад је тада напредна теорија Бентамовог утилитаризма, проузроковала и посебну теорију поуздања у законе, односно теорију правне сигурности. Као основни постулатузиам се тврдња да „закон не сме да буде у супротности са очекивањима оних којима је намењен“. Правна сигурност у том смислу подразумева извесност, познавање садржаја правних прописа, јер једино су тако адресати на које се односе односе ти прописи, у могућности да делују саобразно наведеним правилима. Та поузданост (садржине) закона се мора схватити и конституисати као принцип; у супротном се изиграва поверење грађана у систем и његове институције.

У XIX веку у правној теорији се јавило мишљење да држава треба да своја дискрециона овлашћења примени управо у случају заштите стечених права појединаца-права која су заснована за време претходног закона, те да у погледу истих не предузима ништа што би сопственике права оштетило. Било какво чињење или непоштовање од стране државних органа ствара двоструку штету, повређују се овлашћена стечена раније и која су се до тог момента несметано уживала у једном облику, али се повређује и поверење грађана у институције система.

Нарастајући политички и економски либерализам, као једна од последица Француске буржоаске револуције 1789. године, једну од својих најзначајнијих потврда је добио у *Декларацији о њравима човека и ѓрађанина* из 1793. године, као и декрету из 1794. Основа наведених аката је била управо енергична забрана примене ретроактивности¹. Иста забрана

¹ Касније је у француско право уведен и *њринцип надживљавања сѓарої закона*, што је значило продужено дејство старог закона, иако је нови закон већ ступио на снагу, али само у погледу радњи или чињеница које су егзистенцију започеле за време важења старог закона.

с еодржала и до данас, с тим што су присутне и различите модификације и специјализација овог принципа².

Настала на принципу који налазимо још у првобитним правним изворима, касније преточена у тзв. „*Теодосијеву норму*“³, забрана ретроактивности је на овај начин требала да обезбеди правну сигурност и извесност грађана како у погледу њихових будућих, тако и у погледу прошлих радњи. Наведено је и тема радова првих коментатора француског и аустријског⁴ Законика, где се посебно истиче да је ретроактивност могућа једино у погледу нестечених права, тј. - права која остају у домену правних очекивања јер и нису испуњени услови за конституисање права. Само је у случају интерпретативних закона, због својеврсног садржинског јединства са законом који накнадно тумаче, могућа ретроактивност. *Аустријски грађански законик* (1811) се изричито позива на теорију стечених права, као аргументом за забрану ретроактивности закона⁵. Исто решење је присутно и у *Српском грађанском закону* (1844) у § 7.

У таквом историјско-правном и идеолошком миљеу је настала и једна веома значајна студија за саму српску правну науку, „*Студија о повраћеном дејству закона*“, Глигорија Гершића. Сам Гершић је био присталица индивидуалистичке концепције, која је своје поклонице постепено освајала након 1789. године. Иако на моменте личи да је Гершић прихватао више француску доктрину, то ипак, након пажљивијег читања, постаје видљиво управо његово приклањање ставовима немачке провенијенције. Чак је наклоњеност Ласаловим ставовима, колико год и они сами понекад деловали неутемљени, још очигледнија.

Ипак, будући да је ово прва⁶ и заправо једна од ретких обухватнијих студија у овој области права, то иста и завређује нашу посебну пажњу.

² Тако, Устав Републике Србије из 2006. године предвиђа да се достигнути ниво права гарантованих припадницима националних мањина не може смањивати.

³ „*Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit*“; слично и у Декрету цара Анастасија : „*.... quum conveniat leges futuris regulas imponere non praeteritis calumnias excitare*“, преузето из : Ferdinand Lassale: „*Das System der Erworbenen Rechte*“, Leipzig, 1921, стр.59.

⁴ Нпр. Пфаф и Хофман тврде да су стечена права „незгодан израз“ за неприкосновена права, права која се не смеју повредити, чак ни од стране законодавца. На изврстан начин ова права су орочена, чак се могу сматрати да су и условљена сталном применом или разматрањем по старом закону.

⁵ У § 5 стоји да „закони не делују уназад; зато не утичу на раније свршена права и на раније стечена права“, Зборник грађанских законика старе Југославије, *Законодавство и пракса*, Титоград, 1960, стр. 47

⁶ У српској правној науци тематиком повратног дејства се бавио Жарко Миладиновић у својој монографији *Iura quesita* из 1926 године, и тек 1984 године, академик Слободан Перовић и монографији, *Ретроактивност закона и других општих правних аката*.

Критичка позиција студије

Од повратног дејства закона су се и правна теорија и пракса ограђивале, говорећи да је то „највећи атентат који закон може да учини.... јер тако се потиру и бришу они услови по којима друштво има право да тражи послушност и покоравање индивидуе⁷....“ пошто тада „.... нема ни грађанских слобода ни сигурности; живот „имање и част сваког грађанина, лишени гаранција, стајали би вечно у процесу....“⁸. Повратна снага одузима закону његов карактер, јер закон који има повратну снагу, строго узев по Гершићу, и није закон. Зашто онда обраћати пажњу на такве законе, ако они *stricto sensu* и не постоје?

Иако на први поглед делује као нешто што је неспорно, сама тематика повратног дејства прописа је заправо веома компликована и тешко решива са логичке и практичке стране, из више разлога. Могуће је овде повући извесну паралелу са Кантовом мисли о појму права, да након 20 и више векова људске мисли и бављења правом, правници и даље не могу јасно и недвосмислено дефинисати право. О повратном дејству је, наиме, писао још Цицерон и други познати римски правници. Дакле, мисао и свест о постојању повратне снаге прописа постоји исто довољно дуго, да се иста могла разрешити. Но, сходно оној Кантовој изреци, сличну је изрекао и Карл Фридрих фон Савињи, признајући и сопствени теоријски пораз, да заправо сваки покушај решавања овог проблема и изналажења адекватног и у свакој ситуацији применљивог механизма јесте само припремни корак ка коначном решењу а да је њега, као и сам појам права, немогуће достићи и пронаћи. Но, како Гершић овде посебно истиче, не значи да ако таква научна и интелектуална сила као Савињи није нашао решење, да решења уопште нема.

Основна поставка је и овде забрана повратног дејства прописа. Но Гершић се с правом пита, који је узрок настанка овог начела. Неки теоретичари га виде као нешто што се само по себи разуме и чија суштина и циљ не треба посебно да се објашњавају. Други га своде на моралну компоненту или просто на разлоге целисходности и корисности, као што то чини Савињи. Има и оних крајњих могућности, тј потпуног одрицања од било каквог правног основа овом начелу. По томе, произилази да је забрана ретроактивности добра *per se*, без даљих импликација.

⁷ Преузето из: Глигорије Гершић: „Дипломатско и конзуларно право; Теорија о повратној сили закона“, Едиција класици југословенског права, Службени лист СРЈ, Београд, 1995, стр. 361.

⁸ „На које се време простира нов закон“ - текст по Мурлону, објављен 1869 у „Правни- листу за све гране правне науке“, Штампарија Николе Стефановића, Београд.

Но, тврди Гершић, да повратна сила закона може бити понекад нужна и праведна, с тим да је скупштина, као законодавни орган, једини ауторитет који може да одлучује о њеној евентуалној примени. Због поштовања захтева правичности и човечности, ретроактивност се може тумачити и као природно-правна последица.

Као посебан проблем треба посматрати недостатак изричите одредбе у оквиру прописа о ретроактивности. Када се, у првом степену, приступи граматичком (тј. језичком) тумачењу неког прописа, прецизног одговора, постоји ли ретроактивност у неком случају или не, у великом броју случајева вероватно не би било. Морало би се стога прибећи логичком тумачењу, којим би се сазнало да ли правна природа ствари у питању дозвољава или забрањује примену ретроактивности. Као вероватан резултат таквог тумачења треба презумирати, да ако нема изричите одредбе о придавању повратне снаге неком правном пропису, треба имати у виду правну природу ствари у питању. Јер то је била и намера законодавца, да дозволи правној природи неке ствари да слободно иде својим током, ако већ на други начин није изразио жељу за постизањем другачијег ефекта. Но сазнавање воље законодавца на овакав посредан начин може бити веома компликовано и неизвесно.

Критички осврт на све до тада познате теорије и констатовање њихових недостатака (посебно на теорије Савињија, Унгера и Виндшајда), Глигорије Гершић је употребио као увод у потрагу за што тачнијом и што потпунијом садржином појма стечених права, сматрајући да је то управо полазиште за што тачније и дефинисање принципа (не)ретроактивности и његовог поља примене. Стога повратно дејство закона сматра повредом човекове слободе и урачуњливости⁹. Јер, човек се увек и у свакој ситуацији има сматрати „створењем слободним са сопственом вољом“¹⁰. Ниједан субјекат не може да прилагоди своје понашање правилу, које није постојало у време када је предузимао извесну радњу, па стога ни његова слобода одлучивања и поступања не смеју касније бити нападнута или кажњена. Није у питање непознавање садржине права (јер то никога не екскулпира), већ непостојање самог правила, чија се садржина треба сазнати.

Закон, као израз воље и правне свести народа, има највишу снагу, те захтева, по природи ствари, поштовање и покоравање. Она претвара све субјекте у равноправне, јер се односи на све. Али, када закон добије моћ ретроактивности, она постаје онда толика, да чак и законодавац мора да устукне пред њом. Она све мења, руши пред собом успостављајући један потпуно другачији поредак, пун неизвесности и могућих преврата. Стога,

⁹ Ласал спомиње *Zurechnungsfähigkeit*, те и Гершић то прихвата.

¹⁰ Глигорије Гершић, наведено дело стр. 31.

једина могућност за заштиту духа индивидуе и њене слободе је прихватање начела неретроактивности.

Заиста, логично и природно изгледа законодавчева намера да својом вољом преточеном у виду закона потчини све акте који су се до тада десили и успостави правило за неке будуће акте. И како онда поставити као важнија стечена права појединца, насупрот развоја правног система једне државе, насупрот „животног права једног народа“¹¹? Међутим, већ настали факт је добио (какав-такав) правни облик, он носи ознаку закона под чијим режимом је донет. Будући да се у његовој основи већ налази извесно правило, које га је створило, које га одржава, даља промена тог факта јесте управо немогућа, првенствено због постојеће основе.

Критика Савињијевог концепта

Савињи разликује две врсте закона¹². Прва група закона садржи правила о стицању или губитку неког права (*Erwerb der Rechte*), и они не могу имати ретроактивно дејство јер би тиме била повређена стечена права. Чак, успостављен је идентитет између чувања и поштеде стечених права са принципом неретроактивности. Друга група закона, дефинисани као правна очекивања, могу поднети ретроактивност без бојазни да ће бити повређено било које право (*Dasein der Rechte – Sein/ Nichtsein, So- und Anderssein*). У питању су закони јавног поретка; који регулишу политичке, моралне и економске и друге циљеве, битне за опстанак једне државе. Акти које обухвата овако конципирано *ius publicum*, делују непосредно, одмах по ступању на снагу и добијају повратну снагу. Ретроактивност је овде оправдана јер на овај начин настављају егзистенцију сви правни односи, чак и да их је нови закон укинуо. Очување затеченог правног стања је на овај начин представљено као истовремени захтев и индивидуалних и општих интереса.

Савињи чак тврди да је потребно довољно јако желети да закони немају повратне снаге јер, како Гершић интерпретира, „треба желети да остане непоколебљива вера и уздање у владу закона који постоје“. У супротном цео систем се урушава, подвргнут бројним сумњама и непоштовањем. Такође, немогуће је и да се супротно начело, тј. да закони могу и треба да имају повратни снагу, може доследно и у сваком случају извести. Гершић овде критикује Савињија, да не изводи потпуно логичан закључак да онда закони не треба да имају повратну снагу него погрешно говори да постоји још једна класа закона где је та повратна снага заиста потребна.

¹¹ Глигорије Гершић, наведено дело, стр. 377.

¹² Savigny Carl Fridrich von: *System des heutigen romischen Recht, Veit und Comp., Berlin, 1840.*

Проблем у примени Савињијеве теорије је настао због недовољно јасне дистинкције између наведене две категорије закона, без давања правне идеје или унутрашње мисли на којој се заснива наведена подела. Јер неки закони се, у одређеним случајевима могу сврстати у законе о стицању права, а неки пут у законе о суштини и начину опстанка права. Сви случајеви којима је Савињи оправдавао своје мишљење су, што је замерио и Фердинанд Ласал (који је своју теорију саградио на поставкама Савињијеве теорије), опширни и непрецизни. Даље, Савињи је остао само на тези очувања одређених субјективних права, без прецизирања шта сама стечена права обухватају. Ипак, значај и вредност Савињијеве теорије је у томе што је први, избегавајући казуистички прилаз, дао смислено решење на пољу сукоба закона у времену. Гершић као највећи напредак Савињијев и допринос науци у овом делу оцењује то што је одбио могућност да установи бројне изузетке од правила забране повратног дејства, као што су то чинили бројни други аутори. Тако је показао и доказао да повратна сила закона у одређеним областима права може бити и правило као и неповратна снага, а значајно је и што је цело питање пренео на терен унутрашње природе оних права на које се нови закони односе.

Критика Ласалове концепције

Сам Гершић је, како је раније напоменуто, био мишљења да је прецизирање појма стеченог права двоструко значајно, јер из тога следи не само које индивидуално право, већ и која област права требају да буду заштићени од повратног дејства. При том се позвао на Ласалово дефинисање овог појма, које сматра најпрецизнијим. Ласал је, према Гершићевом мишљењу, установио је битне принципе:

а) закон који утиче на индивидуу и права која је она стекла вршењем неке индивидуалне радње своје воље не сме бити ретроактиван. При том, вољу дефинише као индивидуално самоодређење сваког правног субјекта, да одлучује слободно и тако производи одговарајуће правне последице. Воља увек постоји, без обзира на то да ли је њен основ правно дозвољен и могућ или је противправна те дејствује ограничавајуће на испољавање воље других лица. Тако, воља је изјављена иако има долусну основу, с тим да из тога следи право на утужење, реституцију или приговор друге врсте, чак и ако лице својом изјавом приступи некој другој већ изјављеној вољи. Са тим у вези је наведен и Хегелов став, да „разлика између мишљења и изјављене воље личи на разлику између теорије и праксе, али овде не постоје две могућности, већ у основи стоји једино вољна, слободна, индивидуална радња, који каснији закон може својом садржином да поништи или учини изопаченом“.¹³

¹³ *Ferdinand Lassale*, наведено дело, стр. 120.

б) закони који се примењују на лица непосредно, тј. који погађа индивидуу само посредством њене вољне акције, могу бити ретроактивни. То значи да нови закон може добити ретроактивно дејство и ако се садржински односи на стечена права, само ако је одржавање тих права или евентуално испуњење уговора условљено вршењем неке радње од стране титулара таквог права, а он је потпуно слободан да одлучи да ли ће тај услов испунити или не.¹⁴

Дакле, опстанак конкретного стеченог права зависи од вршења одређених формалних радњи. Због тога у новом закону мора бити остављен један примерени рок да се титулари права изјасне желе ли да изврше новопостављене захтеве и услове или не. Тако се ретроактивност у овом смислу треба прихватити као изузетак од правила, која ограничавајуће делује на стечена права са ваљаним правним основом или без истог.

Неку значајнију критику самој Ласаловој концепцији Гершић није упutio, будући да ју је сматрао једној од доследнијих и логички најутемељенијом.

Критика других значајних писаца о овој тематици

Бронеман, Унгер и Видшајд тврде да треба да постоји изричита написана намера законодавца за установљвање повратног дејства. Ако је нема, онда је још могуће тумачењем закона пронаћи тај смисао и решити шта је у питању. Тако би цело питање повратне снаге постало питање законске интерпретације.

Гершић сматра да дискусију тога питања о повратној сили закона не треба и ограничити само на оне законе који су већ донети, већ та расправа треба да обухвати и оне законе који ће тек бити донети. Законодавац треба да се управља и доноси законе сходно природи саме ствари коју регулише у неком пропису. Наравно, сасвим је могуће чак и веома пожељно да у неким случајевима, где га непосредно политички разлози воде на другу страну, и одступи од те воље раније установљене и наметнути своју суверену законодавну вољу. Ако се испостави да ни онда нема ништа ново ни наука да каже, онда то не ваља само за праксу већ и за науку.

Но, како је већ раније поменуто, повратна сила понекад може бити праведна, човечна и нужна и било би опасно да се у уставу нпр. нађе суп-

¹⁴ *A) Kein Gesetz darf ruckwirken, welches ein Individuum nur durch die vermittlung seiner willensaktionen trifft. b) Jedes Gesetz darf ruckwirken, welches das Individuum ohne Dazwischwmschiebung eines solchen freiwilligen Aktes trifft, welches das Individuum also unmittelbar in seinen unwillkurlichen, allgemein- menschlichen oder natrurlichen oder von der Gesellschaft ihm ubertragenen Qualitaten trifft, oder es nur dadurch trifft, dass es die gesellschaft selbst in ihren organischen institutionen andert.* F. Lassalle: "Gesammelte Reden und Schriften", Leipzig, 1920, стр. 119- 120.

ротна одредба те да онда тако одузме законодавцу право и могућност да установи и нареди оно што захтевају правда и човечност. Из тог се изводи и правило да се примењује блажи закон за починиоца кривичног дела. Гершић тврди да је сва наука о овом начелу развучена и да се непотребно расплинула. Ово је начело како он тврди само себе формулисало, себи је обележило свој учинак и значење.

Оваква становишта самог Гершића указују на француску доктрину посебно у делу подршке правилу да закони о бићу и опстанку права имају повратну снагу. У питању су дакле закони где се приватном вољом ништа не може мењати јер постоји јачи јавни интерес од тога.

Сваки нови закон се наиме представља и заправо треба да буде бољи од претходног јер укида злоупотребе, поправља претходне грешке. Сасвим је нормално мислити да законодавац својој вољи жели да потчини нове моменте који ће се десити након доношења новог закона, већ и последице прошлих факата али које ће се ереализовати након доношења новог закона. Тако је и Мурлон сматрао да је најправедније и најлогичније, но Гершић тумачи да би онда закони увек морали да имају повратну снагу. Из тога произилази да би се право народа и његов напредак жртвовали пред оним што чини стечена права поједница.

Виндшајд и Унгер кажу да кад нови закон дотиче оно што је постојеће, то није добро. Они који су заинтересовани су рачунали с тим да ће то уређење опстати и навикли су да се ослањају на тај режим. Виндшајд чак тврди да је сваки факт самим тим што је правни факт, узео на неки начин правни облик и то је учинио постојећи закон у време настанка тог факта. Зато га ниједан други закон не може променити, тј променити му природу, јер већ у себи носи једном добијено правило и норму. Но ово по Гершићу није тачно, тај законски печат би значео да учинци неког односа настали за време раниег закона треба вечно да се оцењују једино под оним законом кад је однос настао. У питању је нешто што мора се посебно доказати не узети здраво за готово. Ако је ова аргументација толико основана и дубока, како је онда могуће постојање изузетака. Онда ни не можемо признати да сваки факт у себи носи једном добијено правило и норму јер мора важити за све случајеве или да уопште не важи.

Индивидуа може да се позива на неповратну силу и против повратне да протествује само онда где је нека вољна радња нека индивидуална акција која хоће каснијим законом да се изврне и изопачи.

Студија о повратном дејству као израз новог времена

Мисао неповратне силе је у Гершићевој студији заснована на субјективној слободи човековог духа. Закон јесте израз правне свести целог

народа, која се читава у активности законодавног тела. Објављивање закона у том смислу има за циљ: „да испречи руке онима који би некоме хтели да учине нешто по закону за који се не зна“¹⁵, што на неки начин може упућивати и на повратну снагу закона и њено штетно дејство. Детаљним расправљањем своје теорије кроз примере очинске власти, права својине и државине, пунолетства, и развода брака, Гершић је изградио једну од конзистентнијих теорија о повратном дејству свог времена, која је послужила као основ за бројна друга теоријска становишта током 20. века.

¹⁵Богић: Обнародовање закона, *Пороџа*, бр. 12/1880. године

*Dragana Ćorić, LL.M. Assistant
Novi Sad Faculty of Law*

GLIGORIJE GERŠIĆ'S STUDY ON RETROACTIVE POWER OF LAWS

Abstract

There were only few theorists in serbian legal theory who were interested in matter of retroactivity: Žarko Miladinović who published in 1926 a monography „Iura Quaesita“, and Slobodan Perović, who published in 1984 also monography „Retroactive power of laws and other legal acts“. „Study on retroactive power of laws“ was published in 1883, by Gligorije Geršić, and it is considered as first of the kind in his time, and still, as one of the most consistent studies in this area.

*Мр Бошко Триковић, асистент
Правног факултета у Новом Саду*

ПРАВО НА ПРИСТУП ИНФОРМАЦИЈАМА ОД ЈАВНОГ ЗНАЧАЈА У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

Сажетак: У раду је обрађено питање гарантовања и остваривања права на приступ информацијама од јавног значаја у Европској унији. Позитивно право у овој области је најпре смештено у историјску перспективу и контекст процеса демократизације Европске уније. Након тога је утврђен обим права на приступ информацијама кроз испитивање којим се документима може приступити, у поседу којих институција и ишла се ти документи налазе, те ко су субјекти права на приступ. Анализирана су и айсолутна, релативна и посебна ограничења права на приступ, као и процедура остваривања права, односно допуштеност задржавања, посрвања са задрвом, правни лекови и реализација увида. На крају, даи је критички осврт на досадашњу реулативу и праксу посрвања у овој области са предлозима за будуће промене.

Кључне речи: људска права, право на приступ информацијама од јавног значаја, Европска унија, транспарентност

1. УВОД

Право на приступ информацијама од јавног значаја омогућава грађанима да добију информације које се налазе у поседу државе. Оно представља један од основних елемената демократског уређења и претпоставка је отворене власти. Као квази-државни ентитет, односно међународна организација са елементима државности, Европска унија тражи начин да се демократизује и да, унутар својих институција и тела, достиг-

не ниво транспарентности карактеристичан за уставну традицију њених држава чланица, између осталог, и путем гарантовање права на приступ информацијама од јавног значаја.

Гарантовање овог права, међутим, значајно је и ван контекста демократизације Уније. Право на приступ је по први пут предвиђено на нивоу неке међународне организације, те нужно укључује и елементе који до сада нису били карактеристични за његово остваривање. Читав низ комплексних односа између држава чланица и Европске уније се прелама на овом питању, а решења предвиђена позитивним прописима су због тога нова, инвентивна и понекад врло специфична.

Упркос изазову који представља научна обрада досадашње праксе гарантовања и остваривања права на приступ информацијама од јавног значаја у Европској унији, ово питање није привукло значајнију пажњу стручне јавности. Потписивање Уговора из Лисабона представља праву прилику да се, у контексту најављеног демократског прогреса који он доноси, фокус научних истраживања усмери и на критичко преиспитивање досадашњег начина на који су грађани могли да остваре ово право унутар Европске уније. Свеобухватна анализа би свакако морала да укључује смештање садашњег стања у историјски контекст, те истраживање обима, ограничења и поступка остваривања права, како у позитивном праву, тако и у судској и административној пракси.

2. РАЗВОЈ РЕГУЛАТИВЕ О СЛОБОДНОМ ПРИСТУПУ ИНФОРМАЦИЈАМА

Гарантовање права на приступ информацијама од јавног значаја у Европској унији се често представља као фаза у развоју тзв. „партиципативних“ права, односно права грађана да учествују у административним поступцима. Обично се наводи да постоје три генерације ових права.¹ Прву генерацију, која се појавила седамдесетих година прошлог века, представља право на правичну расправу пред органима управе. Установљавање овог права је последица деловања Суда правде, као и енглеске и у мањој мери немачке концепције правичне расправе. Другу генерацију у развоју партиципативних права је обележио раст транспарентности деведесетих година прошлог века и захтев за отвореношћу свих институција. Такав захтев су испрва истакле одређене државе чланице које су већ имале вели-

¹ Видети у Bignami, Francesca, *Three Generations of Participation Rights in European Administrative Proceedings*, Jean Monnet Working Paper 11/03, NYU School of Law, New York, 2003.

ко искуство у овој области и традицију отворене владе – Холандија, Данска и Шведска, док је на нивоу ЕУ иницијатива потицала од Европског парламента. Последња фаза, или гарантовање треће генерације права, одвија се управо данас, и састоји се у расправи да ли би и под којим условима, појединци и њихова удружења, тзв. „цивилно друштво“, требало да узму учешћа у поступку доношења аката и одлука у Унији. Комисија представља највећег заговорника таквог укључивања.²

Друга генерација у развоју ових права, или право на транспарентност, како се обично назива, нешто је што све институције ЕУ морају да поштују. Сви званичници ЕУ морају да обављају свој посао што је могуће отвореније, дозвољавајући медијима и представницима јавности да контролишу њихов рад. Као право, транспарентност се углавном односи на индивидуално право на приступ информацијама. Дозвољавајући појединцима да изблиза прате рад институција, транспарентност им омогућује да, било неформалним, политичким путем, било на формалан, правни начин, остварују већи утицај на законодавни или управни поступак.

За историју транспарентности у Европској унији се може рећи да је на неки начин почела деведесетих година данским одбијањем Уговора из Мастрихта и покушајима да се неповерење грађана у ЕУ умањи серијом мера „отворене владе“. Те мере су већином биле везане за право на приступ документима. Након усвајања Интер-институционалне декларације о демократији, транспарентности и супсидијарности 1993. године, и Савет и Комисија су донели одлуке које гарантују индивидуално право на приступ документима, ограничено бројним изузецима.³ У првим годинама посту-

² Друга фаза у развоју права партиципације је била предвођена неким од земаља чланица и Европским парламентом, а не Судом, и за развој и ширење гаранција транспарентности одговорне су пре свега политичке, а не судске институције. Нордијске земље и Холандија имају дугу традицију слободе штампе, јавног откривања и приступа документима владе, а њихови устави гарантују приступ информацијама од јавног значаја. Очекивање да званичници владе треба да отворено комуницирају са јавношћу и посланицима је обликовала начин на који су дипломате и службеници из ових земаља поступали приликом вршења власти у оквиру Заједнице и то је, у комбинацији са дешавањима око Уговора из Мастрихта, довело до унапређења транспарентности у пракси различитих институција. Европски парламент је такође био један од заступника веће транспарентности, што је и природно за изборна тела: парламентарне дебате, гласање и рад радних тела су отворени за јавност да би бирачко тело могло оцењивати изабране представнике и да би се они на тај начин могли контролисати. Такође, унапређивање транспарентности рада Савета и Комисије је аутоматски значило увећање могућности за контролу ових институција од стране Парламента. На тај начин су се могле унапредити надлежности које само пре једне деценије нису биле развијене. Видети у Bignami, Francesca, *op. cit.*, стр. 10-13.

³ *Council Decision of 20 December 1993 on public access to Council documents*, 1993 O.J. L. 340/43. и *Commission Decision of 8 February 1994 on public access to Commission documents*, 1994 O.J. L 46/58.

пања по овим одлукама, Суд прве инстанце је значајно допринео поштовању права на приступ показујући вољу да уско тумачи изузетке,⁴ а када су ограничења била оправдана, да не дозволи одбијање приступа документу или групи докумената у целини.⁵

Након тога је уследило укључивање права на приступ документима Европског парламента, Савета и Комисије у Уговор из Амстердама,⁶ гарантовање „права на приступ документима“ у Повељи о фундаменталним правима,⁷ и усвајање Регулative о јавном приступу документима све три институције (бр. 1049/2001, у даљем тексту: Регулative).⁸ Напредак ка транспарентности наставља и Уговор који успоставља Устав за Европу.⁹ Принцип отворености рада администрације је имао значајно место у дебаати о тексту Европског устава,¹⁰ а нови члан о транспарентности је требало да конституционализује дотадашњу праксу захтевања од свих тела, не само Комисије, Парламента и Савета, да поштују право на приступ документима. Тиме је постојећа имплицитно установљена обавеза европских тела да раде свој посао што је отвореније могуће унапређена експлицитним предвиђањем такве обавезе.¹¹ Такође, Устав предвиђа да Парламент мора да одржава јавне седнице, као и Савет када расправља и усваја правне мере.¹²

Након одустајања од Европског устава, Уговором из Лисабона су предвиђене измене како Уговора о Европској унији, тако и Уговора о Европској заједници. Прописано је да институције, тела, канцеларије и агенције ЕУ морају да обављају послове што отвореније. Преузето је и решење из Устава које налаже одржавање отворених седница Парламента, али и Савета у случају да разматра или гласа о нацрту неког легислативног акта.

⁴ CFI case T-194/94, *John Carvel & Guardian Newspapers v. Council*, 1995 ECR II-2765; CFI case T-309/97, *The Bavarian Lager Co. v. Commission*, 1999 ECR II-3217.

⁵ CFI case T-14/98, *Heidi Hautala v. Council*, 1999 ECR II-2489; CFI case T-124/96 *Interporc v. Commission*, 1998 ECR II-231.

⁶ Члан 255 Уговора о Европској заједници.

⁷ Члан 42 Повеље о фундаменталним правима.

⁸ *Regulation No. 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents*, 2001 O.J. L 145/43.

⁹ Видети члан I-50.

¹⁰ Видети о томе у Kranenborg, H.R., *Is it Time to Revise the European Regulation on Public Access to Documents?*, *European Public Law*, Volume 12, Issue 2, 2006, стр. 251.

¹¹ Видети члан I-50, став 4.

¹² Видети члан I-50, став 2. Видети шире о развоју идеје о отворености рада институција ЕУ у Bignami, Francesca, *op. cit.*, стр. 10-15, Davis, Roy W., *Public Access to Community Documents: a Fundamental Human Right?*, *European Integration online Papers*, Vol. 3, No. 8, 1999. и Öberg, Ulf, *Public Access to Documents after the Entry into Force of the Amsterdam Treaty: Much Ado About Nothing?*, *European Integration online Papers*, Vol. 2, No. 8, 1998.

Такође, право на приступ документима је проширено, па тако јавности нису више доступни само документи Комисије, Савета и Парламента, већ „институција, тела, канцеларија и агенција“, и то без обзира на форму, односно начин на који су забележени. На Савету ће бити да регулативом утврди основне принципе и ограничења права на приступ. По ступању на снагу Уговора из Лисабона, сви органи ЕУ ће бити дужни да, у складу са том регулативом, обезбеде транспарентност поступака, те да разраде посебне одредбе о приступу документима у сопственим пословницима. Суд правде ЕУ, Европска инвестициона банка и Европска централна банка имаће једнаке обавезе када обављају административне задатке.¹³

Јасно је да се право на приступ информацијама од јавног значаја током времена развијало, добијало на важности и проширивало, те да је отвореност власти упоредо са демократизацијом била једна од важних претпоставки даљег развоја ЕУ. Последњи у низу докумената који регулишу ово питање, Уговор из Лисабона, несумњиво уноси промену на нивоу оснивачких уговора, углавном преузимајући позитивна решења из Европског устава. Међутим, питање је колико је та промена суштинска, а у којој мери је у питању нормирање постојеће праксе највишим актом ЕУ. Имајући то у виду, као и одустајање од Европског устава које налаже опрез када се ради о актима који нису још увек ратификовани, неопходно је пажњу усмерити на постојећу регулативу, те је онда размотрити и са становишта промена у оснивачким актима.

3. ОБИМ ПРАВА

Обим права на приступ одређује неколико детерминанти: органи од којих се може захтевати приступ, дефиниција документа коме се може приступити, као и субјекти права на слободан приступ.

3.1 Органи

У Уговору из Амстердама је гарантован приступ документима у поседу три институције Европске уније: Европског парламента, Савета и Комисије.¹⁴ Регулатором 1049/2001 су такође покривене само те три ин-

¹³ Члан 2 (28) Уговора из Лисабона, односно нови члан 16А Уговора о функционисању ЕУ (бившег Уговора о Европској заједници). Поред овога, према Уговору из Лисабона, све институције ЕУ имају начелну обавезу да одржавају отворен и редован дијалог са репрезентативним удружењима и цивилним друштвом, што треба посматрати у светлу остваривања „треће генерација“ партиципативних права. Видети члан 1(12) Уговора из Лисабона, односно нови члан 8Б Уговора о функционисању ЕУ.

¹⁴ Члан 255 Уговора о Европској заједници.

ституције, те нема правног основа да се захтева приступ документима других органа и тела ЕУ.¹⁵ Из тога би се могло закључити да је промена коју доноси Уговор из Лисабона значајна – у њему је гарантован приступ документима свих институција, тела, канцеларија и агенција. Исто тако, Регулатива 1367/2006 Европског парламента и Савета о примени одредаба Конвенције из Архуса о приступу информацијама, јавном учешћу у одлучивању и приступу институцијама и телима Заједнице у области заштите животне средине проширује примену Регулативе 1049/2001 на приступ информацијама свих институција и тела, али само у области заштите животне средине.¹⁶

Ипак, обим права на приступ је у великој мери проширен и пре усвајања овог Уговора и Регулативе 1367/2006. Три институције ЕУ су већ 2001. године, убрзо након доношења Регулативе 1049/2001, усвојиле заједничку Декларацију којом су се обавезале да правила из Регулативе примене и на сва тела која су установљена од стране Заједнице, а такође су позвале и све друге органе да усвоје слична правила.¹⁷ Као резултат те Декларације, институције су прошириле примену Регулативе на агенције изменом њихових оснивачких аката. Многи други органи су такође прихватили препоруку Парламента, Савета и Комисије, па су обезбедили приступ сопственим документима сличан ономе из Регулативе.¹⁸

Иако представљају помак у погледу институција и тела којима се може поднети захтев за приступ документима, одредбе Уговора из Лисабона само у оснивачком уговору бележе већ постојећу регулативу у овој области, дајући јој ваљан правни основ и обавезујући органе да обезбеде приступ. Тако се још једном поновио редослед поступања из деведесетих година прошлог века – приступ је већ био гарантован интерним правилима органа, а затим је унесен у оснивачке уговоре. Новину, међутим, представља обавеза Суда правде да обезбеди приступ документима када обавља административне послове, која до сада није постојала.

¹⁵ Члан 2, став 1 Регулативе.

¹⁶ *Regulation (EC) no 1367/2006 of the European Parliament and of the Council of 6 September 2006 on the application of the provisions of the Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters to Community*, 2006 O.J. L 264/13, члан 3.

¹⁷ *Joint declaration relating to Regulation (EC) No 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents*, 2001 O.J. L. 145/43, 2001 O.J. L. 173/5, чланови 1 и 2.

¹⁸ Међу њима су Комитет региона, Економски и социјални комитет, Европска инвестициона банка и Европска централна банка. Видети шире у *Report from the Commission on the implementation of the principles in EC Regulation No 1049/2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents*, Brussels, 2004, COM(2004) 45 final, стр. 9. Овај извештај за сада представља најпотпунији преглед примене Регулативе 1049/2001.

3.2 Документи

Приступ информацијама од јавног значаја у Европској унији је значајно ограничен тиме што Регулативом није гарантовано право приступа информацијама већ документима. То значи да се не гарантује приступ информацији која није на неки начин забележена, односно која је садржана у више докумената, а документ који се тражи не може бити састављан ради поступања по захтеву за приступ. У први мах се може учинити да је тако у великој мери ограничено право јавности да зна, али је на тај начин у ствари слобода приступа сведена на разумну меру. У супротном би право на приступ проузроковало превелики административни терет који би за резултат имао неефикасност у поступању, а самим тим и ограничавање слободе приступа. Ово сужење обима права је донекле ублажено административним „правилима добре праксе“ све три институције, која предвиђају поступање по захтевима за добијање информација.¹⁹ Но, у пракси је тешко повући јасну линију разграничења између захтева за документом или информацијом, а кодекси добре праксе поступања у овим случајевима нису ваљана правна основа која гарантује приступ информацијама.

Сама дефиниција документа из Регулативе је, међутим, веома широка. Под документом се подразумева сваки садржај без обзира на начин на који је забележен, односно свака информација без обзира на форму у којој се чува, а односи се на питања везана за политике, активности и одлуке за које је институција одговорна.²⁰ Регулатива се односи на тако дефинисане документе из свих поља активности ЕУ, које је институција сачинила, примила или се налазе у њеном поседу.

У пракси је можда најтеже утврдити шта се подразумева под документом у поседу Европског парламента, будући да се он састоји од посланика, органа, политичких група, комитета, делегација и секретаријата. Због тога је Парламент у свом пословнику разјаснио овај појам – он подразумева све документе састављене или примљене од стране тела, комитета, делегација, секретаријата или чланова Парламента који имају мандат. Документи осталих чланова или политичких група се сматрају документима Парламента само у случају да су поднети у складу са пословником. Регула-

¹⁹ Европски парламент - *Guide to the obligations of officials and other servants of the European Parliament (Code of conduct)*, 2000 O.J. C. 97/1; Савет – *Decision of the Secretary-General of the Council/High Representative for Common Foreign and Security Policy of 25 June 2001 on a code of good administrative behaviour for the General Secretariat of the Council of the European Union and its staff in their professional relations with the public*, 2001 O.J. C. 189/1; Комисија – *Commission Decision of 17 October 2000 amending its Rules of Procedure*, 2000 O.J. L. 267/63.

²⁰ Члан 3, став 1, тачка а Регулативе.

тива се не примењује на нацрте који нису на овај начин ушли у процедуру и документе трећих лица који су у поседу чланова Парламента.²¹

Додатан проблем везан за дефиницију документа је практична доступност звучних и визуелних снимака. Питање се нарочито поставило у пракси Европског парламента, зато што се све седнице снимају, а снимци архивирају. Приликом утврђивања може ли се одобрити приступ снимцима они морају бити прегледани. Тај посао може представљати велики терет, нарочито уколико се дозвољава делимичан приступ. Парламент је стога сматрао да грађани морају додатно образложити такав захтев, нарочито ако се понавља.²²

3.3 Субјекти права

Према Регулативи, приступ документима је гарантован свим грађанима Европске уније, физичким лицима која имају пребивалиште на њеној територији, као и свим правним лицима која су регистрована на њеној територији. Институцијама је остављена могућност да гарантују то право лицима која немају пребивалиште или нису регистрована на територији неке од држава чланица.²³

Све три институције су искористиле могућност да прошире круг субјеката права на сва лица, док је само Европски парламент то ограничио на случајеве „када је то могуће“.²⁴ Иако се основано могло претпоставити да ће такво ограничење послужити Парламенту да у пракси одбија захтеве који не долазе из ЕУ, то се није догодило. Све три институције примењују Регулативу на једнак начин према лицима која немају пребивалиште или регистровану канцеларију у државама чланицама. Једнаком поступању је свакако допринела и чињеница да све више захтева стиже путем електронске поште, па није увек могуће проверити да ли лице испуњава услове из Регулативе.²⁵

²¹ Пословник Европског парламента, правило 172(2), према *Report from the Commission on the implementation of the principles in EC Regulation No 1049/2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents*, стр. 13.

²² *Report from the Commission on the implementation of the principles in EC Regulation No 1049/2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents*, стр. 14.

²³ Члан 2, ставови 1 и 2 Регулативе.

²⁴ *Council Decision of 29.11.2001 (2001/840) amending the rules of procedure, Annex III of the rules of procedure*, члан 1, *Commission Decision of 5.12.2001 (2001/937), Annex II of the rules of procedure*, члан 1 и *EP Rules of Procedure*, правило 172.

²⁵ *Report from the Commission on the implementation of the principles in EC Regulation No 1049/2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents*, стр. 10.

Пракса поступања по захтевима за приступ документима показује да је највише захтева подношено од стране стручњака за Европску унију. То су углавном били економски субјекти, адвокатске канцеларије, невладине организације и научници, који су користили документе у свом професионалном раду.²⁶ Будући да се захтев не мора образложити, те да подносилац сноси само поштанске трошкове, Регулатива је отворила пут комерцијалним апликацијама. Такве апликације се тичу докумената који могу имати комерцијалну вредност и за које би иначе морало да се плати, као што су листа адреса или контаката.

Иако превасходно намењено као средство у рукама грађана, они нису у великој мери користили то своје право. Новинари, за које се могло очекивати да ће подносити велики број захтева и да ће на тај начин послужити као посредник између грађана и институција ЕУ, такође нису често подносили захтеве. Комисија је закључила да је коришћење ове могућности од стране новинара изостало због рока за одговор на захтев од 15 дана. Они су углавном заинтересовани за тренутне вести, па је већина апликација долазила од малог броја новинара који се баве истраживачким новинарством.²⁷

4. ОГРАНИЧЕЊА ПРАВА

Право на приступ документима није без ограничења. Постоје одређени интереси којима је дат приоритет у односу на право јавности да зна. Ипак, будући да је циљ Регулативе да пружи што шири приступ документима, ограничења морају бити примењивана рестриктивно. Пракса Суда прве инстанце показује да извесност у погледу угрожавања заштићеног интереса код примене ограничења мора бити утврђена у сваком конкретном случају. То значи да институција мора оценити да ли би приступ документу стварно угрозио заштићени интерес. Угрожавање не може бити само хипотетичко, већ разумно предвидиво.²⁸ Стога је неопходна конкретна анализа садржаја документа да би се утврдило у којој мери он подлеже ограничењу и да ли постоји могућност одобравања делимичног приступа.²⁹ Регулативом су предвиђена три типа ограничења - апсолутна, релативна и посебна.

²⁶ Commission of the European Communities, *Green Paper - Public Access to Documents held by institutions of the European Community: A review*, Brussels, 18.4.2007, COM(2007) 185 final, стр. 4.

²⁷ Видети о шире о најчешћим подносиоцима захтева у *Report from the Commission on the implementation of the principles in EC Regulation No 1049/2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents*, стр. 10-11.

²⁸ Видети шире у Kranenborg, H.R, *op. cit.*, стр. 253-254.

²⁹ Commission of the European Communities, *Green Paper - Public Access to Documents held by institutions of the European Community: A review*, стр. 7 и члан 4, став 6 Регулативе.

4.1 Апсолутна ограничења

Апсолутна ограничења су обавезујућа, јер у случају да се утврди да би слободним увидом у документ био повређен неки од наведених интереса, приступ мора бити одбијен. Институција нема овлашћење да у том случају процењује да ли се може одобрити приступ документу.

Прво апсолутно ограничење налаже институцији да одбије приступ у случају да би то угрозило јавни интерес у вези са јавном безбедношћу, одбраном и војним питањима, међународним односима и финансијском, монетарном или економском политиком Заједнице или државе чланице.³⁰ Заштита јавне безбедности и одбране и војних питања до сада нису представљали ограничења због којих су захтеви често одбијани јер су надлежности Уније у овој области биле занемарљиве. Развијање сарадње у области правосуђа и унутрашњих послова, као и у области безбедности, може довести до повећања броја докумената којима из ових разлога може бити ограничен приступ. Заштита међународних односа покрива широк круг питања јер се везује за односе институција ЕУ са трећим земљама или међународним организацијама. Све три институције су одбијале приступ на основу тог ограничења. Заштита финансијске, економске и монетарне политике није често била разлог одбијања.³¹

Друго апсолутно ограничење штити приватност појединаца, па је предвиђено обавезно одбијање приступа уколико би то угрозило приватност и интегритет појединца, нарочито према прописима Заједнице о заштити личних података.³² Заштита личних података је уређена Регулативом 45/2001,³³ па се стога документима који садрже личне податке може приступити само у случају да су испуњени услови прописани тим актом. Регулација 45/2001 предвиђа да се под личним подацима подразумева свака информација која се тиче идентификованог физичког лица или физичког лица које се може идентификовати.³⁴ Питање је, дакле, да ли се могу обелоданити имена физичких лица. Комисија у свом извештају о примени Регулације 1049/2001 закључује да се интереси ипак морају балансирали и да се у сваком конкретном случају мора процењивати да ли су околности такве да преовлађује интерес јавности да зна или заштита личних подата-

³⁰ Члан 4, став 1, тачка а Регулације.

³¹ Видети у *Report from the Commission on the implementation of the principles in EC Regulation No 1049/2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents*, стр. 17-18.

³² Члан 4, став 1, тачка б Регулације.

³³ *Regulation No 45/2001 of the European Parliament and of the Council of 18.12.2000 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the Community institutions and bodies and on the free movement of such data*, 2001 O.J. L 8/1.

³⁴ Члан 2, став 1, тачка а Регулације 45/2001.

ка.³⁵ Ипак, захтеви који се тичу личних података нису толико чести у пракси, а и поље примене регулатива 1049/2001 и 45/2001 се разликује. Регуллатива о поступању са личним подацима се односи само на питања која су делимично или у целости уређена правом Заједнице, што искључује заједничку спољну и безбедносну политику и сарадњу у области правосуђа и унутрашњих послова, али се при томе примењује на све институције и тела Заједнице.³⁶

4.2 Релативна ограничења

Релативна ограничења, као и апсолутна, обавезују институцију да не одобри приступ документу уколико би то угрозило неки од заштићених интереса, али само ако не постоји *преовлађујућ јавни интерес* да се документ обелодани. Дакле, непходно је да институција процени да ли постоји неки од заштићених интереса који налажу да се документ не открије, а затим да ли је јавни интерес за откривањем такав да преовлађује над интересом из ограничења, те да због тога документ ипак треба обзнанити. Релативна ограничења су предвиђена у случају да би увид у документ угрозио заштиту комерцијалних интереса физичког или правног лица, укључујући интелектуалну својину, судске процесе и правне савете, као и инспекције, истраге и саслушања.³⁷ Поред тога, релативна ограничења постоје и када се захтева приступ документу који је институција сачинила или примила за интерну употребу и односи се на ствар у којој институција још није донела одлуку, а његово откривање би озбиљно угрозило процес доношења одлуке унутар институције. Након доношења одлуке, ограничен је приступ документима који садрже мишљења за интерну употребу настала као део већања и прелиминарних консултација унутар институције, ако би откривање озбиљно угрозило процес одлучивања унутар институције.³⁸

Заштита комерцијалних интереса, као разлог одбијања захтева за увид, готово је искључиво везана за Комисију. Највећи број одбијања је условљен потребом да се заштите документи које су правна лица упутила у склопу истрага везаних за конкуренцију или које су поднела да би учествовала на тендеру. Захтеве су углавном подносила конкурентска

³⁵ Видети *Report from the Commission on the implementation of the principles in EC Regulation No 1049/2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents*, стр. 19.

³⁶ Члан 1, став 1 и члан 3, став 1 Регуллативе 45/2001. Врло детаљно упутство о заштити личних података и јавном приступу документима представља документ Европског супервизора за заштиту података: *European Data Protection Supervisor, Public Access to Documents and Data Protection*, Background Paper Series, No.1, July 2005.

³⁷ Члан 4, став 2 Регуллативе.

³⁸ Члан 4, став 3 Регуллативе.

предузећа и односили су се на податке чијим би откривањем била угрожена репутација правних лица, а самим тим и њихов комерцијални интерес.³⁹

Заштита судских поступака и правних савета има два вида: када је у питању заштита судских поступака не смеју се обелоданити само документи састављени искључиво за потребе одређеног судског поступка, док се правни савети штите и онда када нису дати једино за сврхе поступка. Ово становиште је заузео Суд прве инстанце у чувеном случају *Turco*,⁴⁰ који је изазвао доста расправа о концепту „правног савета“. Било је спорно питање да ли су правни савети заштићени и онда када се не дају у вези са судским поступком. Наиме, подносилац захтева је тражио да му се одобри увид у документе везане за легислативну активност Савета, а одбијен са образложењем да се ради о правним саветима. Он је сматрао да су правни савети заштићени само у вези са судским поступком, слично као и комуникација између адвоката и клијента, будући да су оба ограничења (судски поступак и правни савети) сврстани заједно у исту алинеју. Ово становиште је подржао и Европски омбудсман, који је сматрао да је потребно направити разлику између правних савета датих у судском поступку и у контексту легислативне активности. Ову другу врсту докумената би требало учинити јавним када одлука буде донета, а ограничење увида, према његовом мишљењу, односи се само на судски поступак.⁴¹

Слично мишљење је касније прихватио и Европски парламент, нарочито имајући у виду случај *Turco*, па је позвао да се размотри измена Регулative која би разјаснила концепт правног савета.⁴² Упркос томе, Суд прве инстанце није прихватио такво становиште, већ је заступао тезу да би законодавац употребио другачију формулацију да је желео да правна мишљења веже искључиво за судске поступке.⁴³ Према Суду, наглашавање правних мишљења издвојено од судских поступака, иако у истој алинеји, значи да је у питању посебан основ за ограничење права на приступ. На тај

³⁹ *Report from the Commission on the implementation of the principles in EC Regulation No 1049/2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents*, стр. 21.

⁴⁰ CFI judgment of 23 November 2004, Case T-84/03, *Maurizio Turco v. Council*, 2005 O.J. C. 31/20.

⁴¹ Омбудсман је ово становиште изнео у свом извештају Европском парламенту: *European Ombudsman's Special Report dated 12 December 2002 concerning Complaint 1542/2000/(PB)SM*. Видети шире и у Kranenborg, H.R., *op. cit.*, стр. 254-256.

⁴² Видети Резолуцију Европског парламента од 25. септембра 2003. године: *European Parliament resolution on public access to Parliament, Council and Commission documents (implementation of Regulation (EC) No 1049/2001 in the year 2002)*, 2003/2022(INI), члан 4, став 1, алинеја 6 и члан 15, став 1, алинеја 4.

⁴³ Пресуда у случају *Maurizio Turco v. Council*, тачка 59.

начин је заштитићена могућности институција Заједнице да траже независна правна мишљења.⁴⁴

Заштита инспекција, истрага и саслушања је ограничење које се често јавља у пракси Комисије.⁴⁵ Одбијања су нарочито везана за поступке у којима се утврђује да ли је нека од држава чланица прекршила неку од својих обавеза (тзв. *infringement proceedings*).⁴⁶ Пракса Комисије је да примењујући ово ограничење одбија приступ документима пре доношења одлуке Суда, јер постоји могућност пријатељског поравнања. Суд прве инстанце је потврдио да државе чланице имају право да очекују да ће им Комисија гарантовати поверљивост током истрага које могу довести до ових поступака, те да се поверљивост проширује чак и на време трајања поступка. У скоријој пракси, заузето је становиште да извештај који је резултат истраге или инспекције може бити држан у тајности и када је истрага или инспекција завршена. Ипак, могућност да се дозволи приступ таквим документима не може зависити од неизвесног будућег догађаја.⁴⁷

Ограничење приступа документима везаним за процес одлучивања се подједнако односи на све три институције, али се у пракси ретко тиче Европског парламента чије су седнице јавне. Ова ограничења се разликују од осталих јер се не говори само о „угрожавању“ интереса, већ о „озбиљном угрожавању“ процеса одлучивања. Разлику између угрожавања и озбиљног угрожавања је тешко утврдити, па је и Комисија у свом извештају закључила да је разлика „теоретска“, те да ће у конкретном случају пресудити балансирање заштићеног и јавног интереса, а не озбиљност угрожавања или последица које би могле да наступе. Постојање озбиљног угрожавања је нарочито тешко установити након што је одлука донета – то значи да је потребно утврдити да ли би обелодањивање документа из завршеног поступка угрозило доношење одлуке у неком будућем случају.⁴⁸ Такође, Регулатива се односи само на процес доношења одлуке унутар институције, док се интеринституционално одлучивање, толико карактеристично за Европску унију, не спомиње. Вероватно се стога изузеће докумената након што је процес одлучивања унутар институције завршен и односи на ситуацију када једна од

⁴⁴ *Report from the Commission on the implementation of the principles in EC Regulation No 1049/2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents*, стр. 21.

⁴⁵ Commission of the European Communities, *Green Paper - Public Access to Documents held by institutions of the European Community: A review*, стр. 5.

⁴⁶ Чланови од 226 до 228 Уговора о Европској заједници.

⁴⁷ Видети у Commission of the European Communities, *Green Paper - Public Access to Documents held by institutions of the European Community: A review*, стр. 7.

⁴⁸ *Report from the Commission on the implementation of the principles in EC Regulation No 1049/2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents*, стр. 23.

институција упућује предлог другој, те је процес одлучивања са њене стране готов, али тек предстоји одлучивање у оквиру друге институције.

За сва релативна ограничења је карактеристично балансирање јавног интереса са другим интересима, односно такозвани „*тест прееовлађујућег јавног интереса*“. Од самих почетака примене регулативе тај тест је изазивао недоумице. Нејасно је шта се подразумева под јавним интересом. Ако се пође од претпоставке да увек постоји оправдан интерес јавности да зна, онда се у сваком конкретном случају мора утврдити да ли је такав интерес преовлађујућ у односу на интерес заштићен изузетком. Иако је у апликацијама често навођен интерес транспарентности као јавни интерес због кога би документ требало открити, такво објашњење није прихватљиво јер не би било потребе за нормирањем релативних ограничења, будући да се Регулатива и заснива на претпоставци постојања интереса јавности да оствари увид у документ.⁴⁹

Додатан проблем је што је готово немогуће унапред одредити који интерес би требало да превлада, односно прописати како би институције требало да поступају. Комисија је стога закључила да се ради о „изузетку од изузетка“, који би требало тумачити рестриктивно.⁵⁰ То значи да прво треба утврдити постоји ли опасност од угрожавања интереса из изузетка, а онда да ли постоји преовлађујућ јавни интерес као изузетак од овог правила. Јасно је да такво поступање доводи до веома малог броја случајева у којима је утврђено постојање тог додатног, преовлађујућег интереса. Нарочито јер је у пракси терет доказивања преваљен на подносиоца захтева. Иако је институција дужна да сама проверава да ли такав интерес постоји, у апликантовом интересу је да оствари увид у документ, те ће он подносити доказе да постоји преовлађујући интерес.⁵¹ Неповољан положај подносиоца захтева је потврдио и Суд у случају *Turco*, где је чак закључио да је апликант дужан да покаже постојање преовлађујућег јавног интереса ако се позива на транспарентност као јавни интерес, јер је она већ заштићена Регулативом.⁵² Непостојање поступака у којима је доказан преовлађујућ јавни интерес, ограничена могућност позивања на транспарентност у таквим случајевима, као и неповољан положај подносиоца захтева чине да се релативна ограничења по свом ефекту приближе апсолутним.

4.3 Посебна ограничења

Поред апсолутних и релативних ограничења, постоје и посебна ограничења права на приступ која се односе на одређене типове докумената. То су документи треће стране и тзв. осетљиви документи.

⁴⁹ *Ibidem*, стр. 24.

⁵⁰ *Ibidem*, стр. 24-25.

⁵¹ Видети шире у Kranenborg, H.R, *op. cit*, стр. 258-260.

⁵² *Maurizio Turco v. Council*, тачка 83.

Основно правило је да се трећа страна консултује приликом решавања захтева за приступ документу који од ње потиче. Институција је дужна да консултује трећу страну у погледу могуће примене неког од ограничења (било апсолутног, било релативног), осим у случају да је очигледно да документ треба или не треба обелоданити.⁵³ На тај начин је обавеза консултовања релативизована јер коначна одлука остаје увек у надлежности институције. Комисија и Савет су имплементирајући Регулативу предвидели да се у случају противљења треће стране обелодањивању документа она обавештава о супротној намери институције, те да јој се оставља рок од 10 радних дана да одговори на такву намеру. Ипак, у пракси је у највећем броју случајева уважавано становиште треће стране.⁵⁴

Посебна врста докумената треће стране су документи који потичу из држава чланица. Регулатива предвиђа да држава чланица може захтевати од институције да не обелодани њен документ без претходне сагласности.⁵⁵ Држава чланица то може учинити без ограничења, односно без позивања на неки од изузетака. На тај начин јој се даје повлашћен положај односу на остале субјекте чији се документи налазе у поседу институција Заједнице. Поставља се питање да ли такав захтев обавезује институцију или се ради само о инструкцији. Ако је обавезује, то значи да државе чланице могу ставити апсолутан вето на објављивање документа без икаквог објашњења. У другом случају, уколико такав захтев не обавезује институцију, државе нису додатно заштићене у односу на друге субјекте, будући да се процена институције може базирати искључиво на неком од изузетака из Регулативе. Питање је и да ли пристанак државе чланице обавезује институцију и да ли она тада може преиспитивати постоји ли неки од основа за ограничење.

Суд прве инстанце је закључио да не постоји обавеза институције да поступи по захтеву државе чланице.⁵⁶ Не би била далеко од истине тврдња да је на тај начин одредба о документима из држава чланица лишена смисла. Једина разлика у односу на документе осталих трећих страна је у томе што држава чланица не мора да образложи своје противљење увиду у документ. Но, ако одлука институције није везана мишљењем државе чланице, она мора бити заснована на истим правилима, тј. ограничењима као и било која друга одлука о приступу документима, те је у интересу државе чланице да изнесе разлоге противљења.

⁵³ Члан 4, став 4 Регулативе.

⁵⁴ *Report from the Commission on the implementation of the principles in EC Regulation No 1049/2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents*, стр. 25.

⁵⁵ Члан 4, став 5 Регулативе.

⁵⁶ Kranenborg, H.R., *op. cit.*, стр. 265-266.

Додатан проблем представљају документи држава чланица који су у посед институција Заједнице дошли пре ступања на снагу Регулative. Уколико би се дословно применила одредба из Регулative, захтев да се тражи сагласност државе чланице приликом откривања документа би се морао истаћи пре него што стигне захтев за приступ. Регулativeм је предвиђено да „држава чланица може захтевати да институција не обелодани документ који потиче из те државе чланице без њене претходне сагласности“.⁵⁷ Ако би институција накнадно консултовала државу чланицу, онда се не би радило о подношењу захтева, већ о давању сагласности, која се не тражи уколико раније није поднет захтев. Тада би се могло применити само опште правило о документима треће стране, где се документ не обелодањује искључиво ако се може применити неки од изузетака.

Судска пракса, међутим, говори да је институција дужна да консултује државу чланицу у погледу докумената у поседу институције из времена пре доношења Регулative, али не о томе да ли постоји неки од изузетака, већ да ли жели да поднесе захтев да се документ не објављује. Тек ако држава чланица захтев не поднесе, онда се примењује опште правило о документима треће стране и испитивању да ли постоје ограничења.⁵⁸ Уколико постоји захтев државе чланице, тада се на приступ документу не примењује Регулative, већ унутрашње право државе.⁵⁹ Будући да је, како је пракса Суда показала, коначна одлука увек у рукама институције, а да се мишљење треће стране увек уважава, било да се ради о држави чланици или неком другом, и ово питање не би требало да производи практичне проблеме.

Постоје недоумице и код квалификовања „докумената који потичу из државе чланице“. Савет је, на пример, овај појам тумачио рестриктивно, будући да у његовом раду учествују представници држава чланица. Према тој интерпретацији, представници држава чланица се у контексту рада у оквиру Савета, његових комитета или група, сматрају делом Савета. Међутим, документи сачињени од стране држава чланица у којима је исказан став државе чланице као такве, а не као чланице Савета сматрају се документима треће стране.⁶⁰

Посебна ограничења приступа везана су и за тзв. осетљиве документе. Осетљиви документи су дефинисани у Регулative уз помоћ три критеријума: формалном ознаком приликом класификације, интересима који су њима заштићени и њиховим пореклом. Осетљиви документи су кумулатив-

⁵⁷ Члан 4, став 5 Регулative

⁵⁸ Видети у Kranenborg, H.R., *op. cit.*, стр. 263-265.

⁵⁹ Commission of the European Communities, *Green Paper - Public Access to Documents held by institutions of the European Community: A review*, стр. 8.

⁶⁰ *Report from the Commission on the implementation of the principles in EC Regulation No 1049/2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents*, стр. 25-26.

но: а) документи класификовани у складу са правилима институције у чијем су поседу најмање као „поверљиви“ (односно *confidential*, што укључује и тајне документе означене као *secret* и *top secret*); б) документи који штите основне интересе Европске уније или једне или више држава чланица у области јавне безбедности, одбране и војних питања, међународних односа или финансијске, монетарне или економске политике; и в) документи који потичу од институција или агенција које су оне установиле, држава чланица, трећих земаља или међународних организација.⁶¹ Осетљиви документи се од осталих разликују по процедури поступања у случају захтева за приступ – њима могу руковати особе које и иначе имају право да се упознају са садржином осетљивих докумената и не смеју се учинити јавним без пристанка стране од које документ потиче.⁶²

4.4 Временско важење ограничења

Регулативом је временско важење ограничења двоструко лимитирано. На првом месту, ограничења важе само док је заштита оправдана имајући у виду садржај документа. Са друге стране, општи рок важења ограничења је 30 година. На тај начин је материјални критеријум допуњен формалним, а уведена је претпоставка да након протеча три деценије нема потребе за тајношћу одређеног документа. Ипак, тридесетогодишње временско ограничење трпи и неке изузетке. У случају да су документи изузети од приступа због заштите приватности или комерцијалних интереса, као и у случају осетљивих докумената, забрана приступа се може, уколико је неопходно, продужити и након тог периода.⁶³ Регулатива која уређује обелодањивање историјских архива је доведена у склад са одредбама о временском важењу ограничења слободног приступа документима, тако да сви документи институција Заједнице постају јавни након периода од 30 година, осим у случају поменутих изузетака.⁶⁴

5. ПОСТУПАК ОСТВАРИВАЊА ПРАВА

Регулативом су уређена готово сва релевантна питања поступка остваривања права: допуштеност захтева, поступање за захтевом, правни

⁶¹ Члан 9, став 1 Регулативе.

⁶² Члан 9, ставови 2 и 3 Регулативе.

⁶³ Члан 4, став 7 Регулативе

⁶⁴ *Council Regulation (EC, Euratom) No 1700/2003 of 22 September 2003 amending Regulation (EEC, Euratom) No 354/83 concerning the opening to the public of the historical archives of the European Economic Community and the European Atomic Energy Community*, 2003 O.J. L. 243/1.

лекови, остваривање увида, итд. Додатна разјашњења процесних одредаба Регулative могу се пронаћи у богатој пракси поступања по захтевима, као и у судској пракси Суда правде.

5.1 Допуштеност захтева

Постоји релативно мали број услова које захтев мора да испуњава да би био допуштен. Потребно је да је сачињен у писаном облику (експлицитно укључујући и електронску форму), на једном од званичних језика и на „довољно прецизан начин да омогући институцији да идентификује документ“ који се захтева. Подносилац захтева није дужан да образлаже своју апликацију.⁶⁵ Када захтев није довољно прецизан, институција има обавезу да позове подносиоца да га разјасни и да му у томе помогне.⁶⁶

5.2 Поступање са захтевом

По пријему захтева, институција је дужна да о томе обавести подносиоца и да захтев обради што пре. У року од 15 радних дана од регистрације захтева институција мора или да обезбеди увид у документ или да писменим путем обавести подносиоца о разлозима одбијања и његовом праву да поднесе тзв. потврђујући захтев (*confirmatory application*). У случају одбијања, подносилац захтева може у року од 15 дана од дана пријема одговора поднети потврђујући захтев у коме ће позвати институцију да поново размотри допуштеност приступа. Уколико институција не одговори у предвиђеном року, подносилац је такође овлашћен да поднесе потврђујући захтев.⁶⁷ Поступање са потврђујућим захтевом је истоветно, с тим што одбијајући одговор не садржи обавештење о могућности подношења поновног, потврђујућег захтева, већ поуку о правном леку.⁶⁸

Посебно поступање је везано за захтеве за приступ дугачким документима или великом броју докумената, када се рок за одговор на захтев или потврђујући захтев може продужити за још 15 радних дана, с тим што се подносилац о продужењу рока обавештава, а оно се детаљно образлаже.⁶⁹ Предвиђена је могућност да се у таквим случајевима институција обрати подносиоцу неформално, да би се нашло правично решење.⁷⁰ У пракси, институције се могу суочити са апликацијама које представљају несразмерно велико оптерећење за администрацију институције. Регула-

⁶⁵ Члан 6, став 1 Регулative.

⁶⁶ Члан 6, став 2 Регулative.

⁶⁷ Члан 7, ставови 1, 2 и 4 Регулative.

⁶⁸ Члан 8 Регулative.

⁶⁹ Члан 7, став 3 и члан 8, став 3 Регулative.

⁷⁰ Члан 6, став 3 Регулative.

тива не садржи одредбе о неправичним, поновљеним или очигледно неразумним захтевима, те је питање морало да се искристалише у пракси Суда.

Најпознатији случај је свакако *Verein für Konsumenteninformation*,⁷¹ где је Комисија била суочена са захтевом за приступ документу од 47000 страница.⁷² Комисија се обратила подносиоцу ради изналажења прихватљивог решења, али то није дало резултате па је случај доспео пред Суд прве инстанце. Суд је закључио да проста чињеница да се захтев за приступ тиче великог броја докумената не ослобађа институцију од обавезе да спроведе конкретно испитивање докумената приликом утврђивања да ли приступ треба одобрити. Међутим, Суд је такође заузео став да у изузетним случајевима, где административни терет изазван конкретним испитивањем докумената превазилази разумно очекивани, одступање од обавезе конкретног испитивања сваког документа може бити дозвољено. Институција тада мора испитати све друге могућности за ограничавање радног оптерећења, а на њој лежи терет доказивања да је оптерећење превелико.⁷³

Регулатива не предвиђа узимање у обзир мотива подносиоца захтева, па се захтев чија је сврха ометање рада институције не може одбити. Комисија је у извештају о примени Регулative скренула пажњу на ово питање.⁷⁴ Постојање интереса за приступ документу се претпоставља, односно сматра се да увек постоји интерес јавности да зна. Због тога апликант не мора да образлаже сопствени захтев, а институција може бити суочена са задацима које не може да испуни, а који при томе нису оправдани. Због тога се Комисија залаже за примену принципа пропорционалности, који би подразумевао да се одбију захтеви чија би обрада захтевала непропорционално велики терет у односу на принцип добре административне праксе.⁷⁵ Такво поступање тренутно нема основ у позитивном праву, па би у том правцу могла да се измени Регулатива.

5.3 Правни лекови

Основни правни лек који стоји на располагању подносиоцу захтева је поновно подношење потврђујућег захтева. Правни лек има недеволутивно дејство, односно ограничено недеволутивно дејство, будући да о њему одлучује други орган у оквиру истог органа који је донео првостепену одлуку.

⁷¹ CFI judgment of 13 April 2005, case T-2/03, *Verein für Konsumenteninformation v. Commission*, 2005 O.J. C. 155/14.

⁷² *Ibidem*, тачка 17.

⁷³ *Ibidem*, тачке 112 и 113.

⁷⁴ *Report from the Commission on the implementation of the principles in EC Regulation No 1049/2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents*, стр. 31-32.

⁷⁵ *Ibidem*, стр. 30.

У оквиру Парламента првостепену одлуку доноси Генерални секретар, а другостепену Биро. О захтевима поднетим Савету у првом степену одлуку доноси такође Генерални секретар, а у другом сам Савет простом већином гласова. Унутар Комисије, у складу са величином њених департамана и њиховим делокругом, првостепену одлуку доноси Генерални директор а другостепену Генерални секретар. У пракси је овај правни лек дао добре резултате јер је врло једноставан за подносиоца, а релативно велики број потврђујућих захтева је био уважен. Са друге стране, рок од 15 радних дана се показао као недовољан за одлучивање у другом степену.⁷⁶

У случају да је одбијање приступа у другом степену потврђено, подносиоцу захтева је на располагању покретање судског поступка за утврђивање легалности аката институција Заједнице у року од два месеца од дана објављивања одлуке⁷⁷ или/и подношење жалбе Омбудсману под општим условима.⁷⁸

5.4 Остваривање увида

Остваривање права на приступ увидом у документ има два вида - прва могућност је да подносилац захтева изврши увид на лицу места а друга да добије копију документа, где је могуће и електронску. Трошкове слања и израде копије може сносити подносилац захтева, осим уколико врши увид на лицу места, ако се ради о копији мањој од 20 страна или се увид остварује директно путем електронског регистра. Ако је документ већ објављен, сматра се да је институција испунила своју обавезу указивањем на начин на који апликант може остварити увид. Институција је дужна да документ достави у форми коју изабере подносилац.⁷⁹

Да би се олакшао приступ документима, институције имају обавезу да обезбеде регистре докумената којима је могуће приступити и у електронској форми.⁸⁰ Иако је сврха Регулative да обезбеди „пасивну“ информацију, односно само увид у документ, установљена је и оваква „активна“ обавеза као део опште политике ЕУ у области транспарентности и доступности информација од јавног значаја.⁸¹ Регистри би требало да обезбеде грађанима могућност да установе који им је документ потребан, а не да замене њихово право да захтевају приступ документу.

⁷⁶ *Ibidem*, стр. 33.

⁷⁷ Члан 230 Уговора о Европској заједници.

⁷⁸ Члан 195 Уговора о Европској заједници и Члан 8, став 1 Регулative.

⁷⁹ Члан 10 Регулative.

⁸⁰ Чланови 11 и 12 Регулative.

⁸¹ *Report from the Commission on the implementation of the principles in EC Regulation No 1049/2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents*, стр. 37.

6. ПРОМЕНА САДАШЊИХ ПРОПИСА – НЕЖНОСТ ИЛИ ПОТРЕБА?

Дугогодишња пракса поступања органа Европске уније по захтевима за приступ документима показује бројне предности, али и мане садашњих прописа у овој области. Са ступањем на снагу Уговора из Лисабона, који предвиђа измене у погледу органа на које се примењују правила о приступу, и који Повељи о фундаменталним правима даје правну снагу оснивачког уговора, а праву на приступ документима статус фундаменталног права, измене Регулative 1049/2001 постају нужне. Иако промене нису корените и за циљ имају само да конституционализују тренутну праксу у овој области, пружа се прилика да се тим поводом исправе и бројне недоречености и слабе тачке Регулative.

Досадашња пракса је показала да је потребно: прецизније дефинисати документ коме се може приступити, нарочито имајући у виду специфичан састав институција и тела Европске уније; проширити круг субјеката права будући да се ни сада најчешће не може утврдити идентитет подносиоца захтева; додатно прецизирати апсолутна ограничења и ускладити прописе о заштити личних података и приступу документима; учинити „тест преовлађујућег јавног интереса“ јасним и практично примењивим, а релативна ограничења права различитим од апсолутних; разјаснити значење правних савета и временски лимитирати то релативно ограничење на период до доношења одлуке код вансудских поступака; продужити трајање ограничења везаног за истраге и инспекције до доношења одлуке суда; ограничење приступа документима повезаним са процесом одлучивања у институцијама изменити тако да уважава интеринституционални карактер доношења одлука у ЕУ; изједначити државе чланице са осталим трећим странама у погледу статуса њихових докумената или разјаснити у чему се тачно састоји различит третман, као и шта се сматра документом државе чланице; предвидети поступак у случају поновљених, неправичних или очигледно неразумних захтева, односно на неки начин уврстити мотиве подносиоца захтева за приступ у оцењивање оправданости таквих захтева, рецимо применом начела пропорционалности; посветити већу пажњу активном пружању информација.

Поред свих могућих измена у прописима, постоји и једна суштинска измена која је везана за праксу остваривања права на приступ и која је неизбежна по ступању на снагу Уговора из Лисабона. Када Повеља о фундаменталним правима добије правно обавезујућу снагу, право на приступ документима постаће основно људско право. Због тога ће се и положај подносиоца захтева изменити. До сада је у пракси, а нарочито судској, апликант често стављан у неповољнији положај него што је то предвиђено

позитивним прописима. Тумачећи прописе и разјашњавајући недоречености, Суд ће се, као врховним начелом, руководити интересом субјекта права, те ће, појави ли се неко спорно питање или правна празнина, одредбе морати да примењује у његову корист. Тако ће право на приступ информацијама од јавног значаја добити нови квалитет, грађани моћно оружје у односима са институцијама власти, а Европска унија толико очекивани напредак на путу демократизације.

*Boško Tripković, LL.M. Assistant
Novi Sad School of Law*

RIGHT TO ACCESS PUBLIC-SECTOR INFORMATION IN THE EUROPEAN UNION

Abstract

Article explores the question of regulation and practical implementation of the right to access public-sector information in the European Union. Legislation is firstly put in the historical perspective and in the context of democratization processes in the EU. After that, the scope of the right is determined through the analysis of which documents can be made public in the course of this right, institutions and bodies covered, and beneficiaries of the right. Moreover, absolute, relative and specific exceptions to the right of access are examined, as well as processing applications for access, especially their admissibility, procedure that follows an application, remedies and practical realization of access. Finally, critical appraisal of the legislation and case law is given, with the proposal for future changes.

Маша Кулаузов, асистент
Правног факултета у Новом Саду

УСТАВНИ НАЦРТ НАПРЕДНЕ СТРАНКЕ ОД 1883. ГОДИНЕ

Сажетак: Аутор у раду врши историјској правну анализу одредаба уставног нацрта Напредне странке од 1883. године. Размотрени су и чланови Устава за Књажевство Србију од 1869. године који се односе на грађанска права и слободе, Народно представничко и министарску одговорност. Пажња је посвећена управо овим уставним одредбама јер је у наведеним областима нацртом уведен чинјав низ пројресивних новина које Устав од 1869. године не предвиђа.

Кључне речи: Уставни нацрт од 1883, Устав за Књажевство Србију од 1869, грађанска права и слободе, краљ, министри, Народно представничко.

Уставни нацрт Напредне странке од јула 1883. године израдио је шеф владе Милан Пироћанац¹ заједно са министрима Милутином Гарашани-

¹ Милан Пироћанац (1837–1897) се након завршених студија права у Паризу вратио у Србију. Као образован правник имао је највећег удела у писању уставног нацрта од 1883. године. У време учешћа у изради нацрта налазио се на челу министарства иностраних послова. Био је један од оснивача Напредне странке и шеф прве напредњачке владе 1880–1883. Пироћанчева влада позната је по доношењу слободоумних Закона о шћамћи и Закона о удружењима и зборовима, али и по закључењу Тајне конвенције са Аустро-Угарском 28. јуна 1881. године. Пироћанац је био и шеф Напредне странке од 1881. до 1886. године, након чега се повукао са власти и посветио адвокатској каријери. Заступао је краљицу Наталију у бракоразводној парници са краљем Миланом Обреновићем. Након повлачења из политике Пироћанац се посветио и књижевном раду објавивши неколико политичких расправа: Међународни положај Србије (1892), Кнез Михаило и заједничка радња балканских народа (1895), Белешке поводом једне дипломатске историје (1896) и Наша завршина реч (1896). Све су ове расправе важни прилози за дипломатску историју Србије друге половине XIX века.

ном², Чедомилом Мијатовићем³ и Стојаном Новаковићем⁴. Сви

² Милутин Гарашанин (1843–1898), син Илије Гарашанина, завршио је артиљеријску школу у Мецу у Француској. У ратовима вођеним против Турске за стицање независности 1876–1878 истакао се великом личном храброшћу. Налазио се на челу министарства унутрашњих дела у Пироћанчевој влади у време када је учествовао у изради уставног нацрта од 1883. Гарашанин је вршио и функције министра иностраних дела и министра унутрашњих дела у влади на чијем се челу налазио од 1884. до 1887. године. Његова влада завела је крут полицијски режим и водила рат са Бугарском 1885. Пала је 1887. јер се Гарашанин оштро противио разводу брака краља Милана и краљице Наталије. Гарашанин је постао шеф Напредне странке 1886, а остварио је и значајну дипломатску каријеру као посланик Србије у Бечу и Паризу. Своје политичке ставове објављивао је у напредњачким часописима *Видело* и *Пољед*. Цењен као публицист и беседник, Гарашанин је 1893. изабран за редовног члана Српске краљевске академије. Након пада владе Стојана Новаковића 1896. распустио је Напредну странку.

³ Чедомил Мијатовић (1842–1932) студирао је политичке науке у Минхену, Лајпцигу и Цириху. У току богате државничке каријере најдуже се задржао на положају министра финансија 1873–1875, 1881–1883 и 1886. године. Као министар иностраних дела и политичар који је уживао велико поверење и наклоност кнеза Милана Обреновића, Мијатовић је потписао Тајну конвенцију са Аустро-Угарском 28. јуна 1881. Он је исте године закључио и Уговор о зајму, грађењу и експлоатацији железница са финансијским друштвом Генерална унија чији је председник био Бонту. За време учешћа у изради нацрта од 1883. налазио се на челу министарства финансија. У српској јавности Мијатовић је највише критикован због потписивања Тајне конвенције која представља врхунац аустрофилске политике кнеза и краља Милана. Након абдикације краља Милана био је посланик Србије у Лондону и Цариграду, да би након убиства краља Александра Обреновића био пензионисан. Мијатовић је иза себе оставио богат књижевни опус који чине дела различите садржине и вредности. Писао је приповетке, расправе из области финансија и студије о личностима које су обележиле српску историју између XIV и XVII века.

⁴ Стојан Новаковић (1842–1915) био је један од оснивача Напредне странке и покретача листа *Видело*. Предавао је право и филозофију на Великој школи да би се убрзо потом посветио политичкој каријери. Најдуже се задржао на положају министра просвете 1873–1875 и 1880–1883. На челу тог ресора налазио се и у време учешћа у изради нацрта од 1883. Једно кратко време вршио је функцију министра унутрашњих дела у Гарашаниновој влади, али се већ 1885. посветио дипломатској каријери као посланик Србије у Цариграду. Новаковић је израдио уставни нацрт од 1896. који је послужио као основ за доношење *Устава Краљевине Србије* од 1901. године. Напредњачку владу је образовао у јуну 1895, али је она поднела оставку већ у децембру 1896. Након тога је Напредна странка распуштена, а Новаковић се као искусни државник нашао на челу српске дипломатије као посланик у Цариграду, Паризу и Петрограду. Био је шеф српске делегације после Првог балканског рата и закључио је мир са Турском у Лондону 1912. И поред успешне политичке и дипломатске каријере Новаковић никад није запоставио научни рад. Као ученик Ђуре Даничића био је врстан филолог те је тако написао низ расправа и студија о језику и граматику српског језика 1902. године. Бавио се књижевношћу и историјом, а приредио је и три издања најзначајнијих српских средњовековних правних извора: *Законик Стефана Душана, цара српског 1349. и 1354* (1898), *Мајше Власћара Синђић-мај, азбучни зборник византијских црквених и државних закона и њихова, словенски превод времена Душанова* (1907) и *Законске сјоменике српских држава средњег века* (1912). Као одличан стилиста и савестан сакупљач извора, написао је и низ дела велике научне вредности међу којима се, између

учесници у његовој изради били су истакнути чланови Напредне странке која се 1883. године налазила на власти. Нацрт су Гарашанин и Новаковић предали краљу Милану Обреновићу 20. јула 1883. године. Према сведочењу Милана Пироћанца краљ је Гарашанину и Новаковићу упутио бројне примедбе на његову садржину назвавши га сувише радикалним. Ипак, изјавио је да би пристао на пројект уколико писци нацрта пристану да из њега избришу одредбе о Сенату и имовинском цензусу за остваривање бирачког права. Како министри на то нису били спремни, Милан Пироћанац је, у циљу проналажења компромисног решења, предложио краљу да се распишу скупштински избори. Уколико би Напредна странка на изборима освојила већину посланичких места и поново формирала владу, краљ би био дужан да сазове Велику народну скупштину ради приступања уставној промени. Ако, пак, странка на изборима не би добила већину, влада би се повукла са власти и краљ не би морао да изврши ревизију устава.

Краљ је прихватио овај предлог Пироћанца и избори за Народну скупштину су одржани 7. септембра 1883. године. На њима је Напредна странка претрпела тежак пораз и влада Милана Пироћанца је 21. септембра 1883. године поднела оставку. Тако је осујећена намера странке да се приступи уставној промени. Међутим, иако уставни нацрт од 1883. никада није прихваћен, значајан је јер садржи поједина уставна решења која су карактеристична за парламентарни режим. Најважнија су политичка одговорност министара и право министара да буду бирани за народне посланике и сенаторе. Овај уставни акт заслужује пажњу и зато што предвиђа широк спектар грађанских права и слобода снабдевених гаранцијама за њихово поштовање у пракси и право законодавне иницијативе дводомног народног представништва.

Текст нацрта састоји се од 134 члана распоређених у шеснаест поглавља. Објављен је у неколико наврата. Најпре га је Владан Ђорђевић објавио 1887. године у свом чланку „Какав устав треба Краљевини Србији“ који је штампан у часопису „Отаџбина“, књ. XV–XVI, св. 59–62. Потом га је објавио Стојан Новаковић као прилог својој књизи „Двадесет година уставне политике у Србији 1883–1903“, Београд 1912, стр. 301–332. И, најпосле је нацрт штампан у књизи Јаше Продановића „Уставни развитак и уставне борбе у Србији“, Београд 1936, стр. 254–265. Иако међу наведеним текстовима скоро да и нема садржинских разлика, за потребе овог рада коришћен је онај који се налази у Новаковићевој књизи јер је Новаковић био непосред-

осталих, издавају и: *Историја српске књижевности* (1871), *Срби и Турци XIV и XV века* (1893), *Васкрс државе српске* (1904) и *Византијски чиновници и њихове у српским земљама VI–XV века* (1908).

дни учесник у изради уставног нацрта. Зато смо мишљења да тај текст у највећој мери одговара тексту разматраном на министарским седницама који су касније Гарашанин и Новаковић предали краљу.

Како у нашој историјскоправној литератури до сада није дат целовит приказ свих одредаба уставног нацрта од 1883, у раду смо покушали да извршимо њихову историјскоправну анализу.⁵

I

У првој глави уставног нацрта Краљевина Србија је дефинисана као наследна уставна монархија (члан 1). Промена државних граница била је могућа само уз пристанак законодавног тела. У административно – територијалном погледу држава је подељена на пет области: Шумадијску, Дунавску, Моравску, Тимочку и Дринску. Свака од области састојала се од дванаест срезова, а сваки срез се делио на општине. Посебним законом било је прописано устројство и делокруг обласних, среских и општинских власти (чл. 2 нацрта).⁶

II

Одредбе о грађанским правима и слободама налазе се у другом поглављу нацрта које носи назив: „О уставним правима српских грађана“. Већ из самог наслова се види да су нормирана само позитивна права држављана, а не и природна и неотуђива права сваког човека и грађанина. На овакав закључак упућује и чињеница да је на самом почетку поглавља дефинисан институт „српског грађанства“. Прописано је да су само Срби једнаки пред законом, као и да само Срби имају једнако право на стицање свих државних звања (чл. 3–6). Странцима који се налазе на територији Србије гарантована је заштита личности и имовине, али у државну службу су могли бити примљени само у законом предвиђеним случајевима (чл. 6–7).

⁵ Поједине одредбе уставног нацрта од 1883. коментарисали су: В. Ђорђевић, *Какав усїав їреба Краљевини Србији, Оїїаїбина – књижевносїї, наука, друшїивени живоїї*, књига XV, свеска 58 од јануара 1887, стр. 266–280; С. Јовановић, *Наше усїавно їїїїање у XIX веку, Полиїїичке и їравне расїраве*, свеска I, Београд 1908, стр. 46–48; С. Новаковић, *Двадесетї година усїавне їолиїїичке у Србији 1883–1903*, Београд 1912, стр. 299–301; Ј. Продановић, *Усїавни развїїїак и усїавне борбе у Србији*, Београд 1936, стр. 248–254; М. Поповић, *Борба за їарламентїарни режим у Србији*, Београд 1939, стр. 56; М. Поповић, *Порекло и їосїїанак Усїава од 1888 їодине*, Београд 1939, стр. 56–58; Д. Јанковић, *Рађање їарламентїарне демократїїїе, Полиїїичке сїранке у Србији XIX века*, Београд 1997, стр. 311–312.

⁶ *Нацрїї усїава за Краљевину Србију владе М. С. Пирођанца од 1883*, објављен у књизи С. Новаковића *Двадесетї година усїавне їолиїїичке у Србији 1883–1903*, Београд 1912, стр. 301–302. У даљем тексту: *Усїавни нацрїї Найредне сїранке од 1883. їодине*.

Неприкосновеност слободe личности зајемчена је у члану 8 и обезбеђена низом посебних гаранција. Опширност наведеног члана указује на то колико је писцима уставног нацрта била значајна правна сигурност и поштовање једног од основних личних права. Лишавање слободe је дозвољено само у случајевима прописаним законом и на законом предвиђени начин. Нико не може бити притворен без писменог и образложеног судског налога који се притвореном лицу мора саопштити најкасније у року од 24 часа од момента притварања. Ово правило се не мора применити једино у случају затицања делинквента при извршењу кривичног дела. Међутим, свако лице које је лишено слободe без изузетка мора сместа бити спроведено надлежном истражном судији. Он је дужан да у року од три дана донесе решење о притвору или о пуштању притвореног лица на слободу. Против решења о притвору дозвољена је жалба. Притвор у случају извршења политичког деликта не може трајати дуже од два месеца, осим уколико га не продужи надлежни суд за још три месеца. И против решења о продужењу притвора допуштена је жалба.

Право на суђење од стране надлежног суда гарантовано је чланом 9.⁷ Потом следе неке изузетно значајне гаранције личних права и слобода. Предвиђена је примена принципа *Nullum crimen sine lege* (ниједан злочин без закона) и *nulla poena sine lege* (ниједна казна без закона),⁸ односно начело легалитета кривичних санкција и забрана ретроактивне примене закона. Укинута је смртна казна за политичке кривице. Зајемчена је неповредивост стана. Претрес је био дозвољен само у законом прописаним случајевима и на начин одређен законом. Прокламована је забрана конфискације имања и гарантована неприкосновеност приватне својине уз забрану експропријације изузев у законом предвиђеним случајевима и уз законом одређену накнаду. Призната је слобода савести и вероисповести. Владајућа вера у Србији била је источно – православна. Да би се сачувао корпус православних верника у држави забрањен је прозелитизам, тј. свака активност усмерена на прелажење православаца у другу веру, пре свега католичку (чл. 10 – 15 нацрта). По први пут у историји српске уставности у једном уставном акту гарантована је слободна настава и прописано обавезно основно школовање (чл. 18).⁹

Од свих грађанских права и слобода у нацрту је најисцрпније регулисана слобода штампе (чл. 19). Набројан је читав низ мера које су писци нацрта сматрали противним слободи штампе и као такве их забранили. То

⁷ Исто, стр. 302–303.

⁸ Овај принцип формулисао је у XVIII веку италијански научник Чезаре Бекарија (Cezare Beccaria) у делу *О деликћима и казнама* (*Dei delitti e della pene*). То је један од основних принципа савременог кривичног права.

⁹ *Уставни нацрт Најредне сйранке од 1883. године*, стр. 303–305.

су: цензура, претходно одобрење власти, кауција и административне опомене. Забрана (тзв. узапћивање) листа је дозвољено само уколико лист садржи увреду краља, краљице и престолонаследника, позив на оружану побуну или шири комунизам и нихилизам. Али и тада је власт дужна да у року од 24 часа по извршењу забране изнесе дело пред суд који је обавезан да у наредних 24 часа потврди или поништи забрану листа. За штампарске кривице одговорни су писац, уредник, штампар и растурач новина наведеним редоследом. По први пут нормирана је неповредивост тајне писама (чл. 20).

Новине у уставном акту су и гаранције слободе збора и удруживања које чине неопходну претпоставку за оснивање политичких странака и развијено и организовано јавно мњење. Члан 21 гласи: „Српски грађани имају право скупљати се мирно и без оружја у зборове.“ Одржавање збора потребно је претходно пријавити надлежним властима. Грађанима је дозвољено да се удружују у складу са законом и истовремено је забрањено прописивање било какве мере путем које би им ово право било ускраћено. Да би остварило своја уставом и законом гарантована права, свако лице је могло упућивати молбе надлежним властима (чл. 23). Са циљем да се појача правна сигурност у држави предвиђена је могућност подношења тужбе суду против државних и општинских званичника ако би у вршењу службене дужности повредили права приватних лица (чл. 24).¹⁰

У погледу ширине каталога грађанских права и слобода као и начина њиховог нормирања, нацртом је остварен значајан напредак у односу на *Устав за Књажесѣво Србију* од 1869. Поред тога што је у члану 38 *Устава* предвиђена могућност суспензије појединих грађанских права и слобода у случају преке опасности за јавну сигурност,¹¹ остављен је простор и за њихово ограничавање законским путем. То се нарочито односило на слободу штампе која је прокламована само начелно, док су све појединости у вези са њом регулисане посебним законом (чл. 32 *Устава*).¹² За разлику од *Намесничкој устава*¹³, нацрт од 1883. је настојао да обезбеди поштовање права и слобода у пракси. Тако су нацртом постављене чврсте директиве законодавцу у регулисању грађанских права и слобода и прописане санкције за њихову повреду.

¹⁰ Исто, стр. 306–307.

¹¹ *Устав за Књажесѣво Србију* од 1869. године, Државна штампарија Краљевине Србије, Београд 1900, стр. 14. У даљем тексту: *Устав од 1869. године*.

¹² Исто, стр. 12.

¹³ Уобичајен назив за *Устав за Књажесѣво Србију* од 1869. године јер је донет на иницијативу Намесништва, које је након убиства кнеза Михаила Обреновића вршило кнежевску власт за време малолетства кнеза и краља Милана Обреновића.

III

У трећем поглављу нацрта истакнуто је да законодавну власт врши краљ заједно са Народним представништвом (чл. 26), извршну власт краљ преко одговорних министара (чл. 30) а судску власт судови (чл. 31). Народно представништво састоји се из два дома: Народне скупштине и Сената. Када заседају заједно обједињени су у тело које се назива Народни сабор. За ступање на снагу закона неопходан је пристанак сва три чиниоца законодавне власти. Ниједан закон не може бити поднет краљу на потврду и проглашење пре него што буде усвојен у оба дома представничког тела. Уколико један од три законодавна фактора одбаци законски предлог, он се више не може ни домовима ни шефу државе подносити на усвајање у току истог скупштинског сазива. Право законодавне иницијативе припада и краљу и Народном представништву. Једино одступање од равноправности домова учињено је у материји финансијског законодавства будући да предлози закона финансијске природе морају најпре бити усвојени у Народној скупштини (чл. 26 - 28).¹⁴ Ово правило да општепредставничком дому припадају већа права приликом доношења финансијских закона последица је примене начела *no taxation without representation*. То начело настало је у Енглеској као резултат чињенице да се у **Доњем дому – општепредставничком дому** (*House of Commons*)¹⁵, налази већина пореских обвезника. Сходно томе, њему припада предност у одлучивању о порезима и другим дажбинама у односу на **Горњи дом – Дом Лордова** (*House of Lords*).¹⁶

Законодавна власт Народног представништва према *Устави* од 1869. није била потпуна. Кнез је у ванредним околностима могао издавати привремене законе који су накнадно подношени скупштини на одобрење (чл. 56). Једино је он располагао правом формалне законодавне иницијативе (чл. 58 *Устава*).¹⁷ У уставном нацрту од 1883. пак, представничко тело је изједначено са владоцем у законодавној материји. Равноправност је постигнута на два начина: 1) Поред владоца и Народно представништво је стекло право законодавне иницијативе; и 2) Поглавар државе је изгубио право доношења привремених закона.

¹⁴ *Уставни нацрт Најредне стипанке од 1883. године*, стр. 308–309.

¹⁵ *House of Commons* је енглески назив за доњи или општепредставнички дом који потиче од застареле речи **commons**, која означава сваког слободног човека који не припада племићком сталежу. Пошто у српском језику не постоји адекватан превод термина *House of Commons*, ми ћемо у раду користити општеусвојени превод **Доњи дом** иако смо свесни његових недостатака.

¹⁶ С. Јовановић, *Примери политичке социологије – Енглеска, Француска и Немачка 1815–1914, Сабрана дела Слободана Јовановића*, књига XVII, Београд 1940, стр. 159.

¹⁷ *Устав од 1869. године*, стр. 19–20.

IV

У оквиру четврте главе детаљно су регулисана овлашћења, сазивање и распуштање као и начин рада законодавног тела. Чланови оба дома представљали су цео народ а не само своје изборне округе (чл. 33). Дакле, моментом избора веза између бирача и изабраних представника престаје и сенатори и посланици су слободни у вршењу својих посланичких дужности све до истека представничког мандата. Седнице Сената и Народне скупштине почињу и завршавају се у исто време. Свако поновно заседање дома изван времена заседања другог је противзаконито а његове одлуке су ништаве. У највећем броју случајева рад домова је јаван, али на захтев председника дома, десет чланова или владе седница се може одржати у тајности. Забрањено је истовремено чланство у оба дома (чл. 34–37).¹⁸

Намесничким усѣавом установљена је инкомпатибилност између чланства у влади и припадности Народној скупштини. Непосланичка влада предвиђена је у члану 69 *Усѣава*.¹⁹ Уставни нацрт од 1883. не забрањује истовремено вршење министарске и посланичке функције (чл. 38).²⁰ Овакво уставно решење представља прогресивну новину која је у духу парламентаризма. У парламентарном систему министри су чланови парламента којем су због тога политички одговорни за свој рад.

Према нацрту Сенат и Народна скупштина састају се 15. новембра сваке године у редован сазив, уколико их краљ није раније сазвао, и морају заседати најмање три месеца. За сваки редован сазив домови бирају председника, потпредседника и потребан број секретара из своје средине. Кворум за пуноважно одлучивање у оба дома износи више од половине од укупног нацртом утврђеног броја чланова. Одлуке се доносе простом, натполовичном већином гласова присутних чланова. Ако предлог добије једнак број гласова за и против сматра се одбаченим. Гласање је јавно када се ради о изгласавању законских предлога, док се избори председника, потпредседника и секретара домова врше тајним гласањем (чл. 39–41). По први пут у једном уставном документу сенатори и народни посланици су у члану 45 нацрта добили право да министрима упућују питања и интерпелације.²¹ Ово право је значајно средство за остваривање политичке одговорности министара пред представничким телом и битно обележје парламентарне владавине.

Сенаторима и посланицима гарантована је пуна слобода у обављању њихових парламентарних функција. Према члановима 47 и 48 нацрта нико

¹⁸ *Усѣавни нацртїи Найредне сѣранке од 1883. године*, стр. 309–310.

¹⁹ *Усѣав од 1869. године*, стр. 23.

²⁰ *Усѣавни нацртїи Найредне сѣранке од 1883. године*, стр. 310.

²¹ Исто, стр. 310–311.

не може позвати на одговорност члана ма ког дома за исказано мишљење или за дат глас у законодавном телу. У току заседања Народног представништва против њега се не може водити кривични поступак, нити он може бити лишен слободе без одлуке дома чији је члан. Забрана хапшења не важи у случају затицања изабраних представника при извршењу кривичног дела (тзв. флагрантни деликт), али и у том случају дом чији је он члан одлучује да ли ће се истрага наставити или прекинути.²²

Уставом од 1869. године посланицима је зајемчена забрана хапшења на исти начин и у истом обиму као што је учињено у нацрту од 1883. Међутим, слобода говора је значајно сужена. Посланик може бити позван на одговорност пред редовним судовима за исказано мишљење или за дат глас у Скупштини, ако би на тај начин починио дело кажњиво по одредбама кривичног законика (чл. 71–74 *Устава*).²³

У члану 49 нацрта прописано је да сваки дом Народног представништва пословником одређује на који ће начин вршити своје дужности. Наредним чланом врло је исцрпно регулисан читав низ питања у вези са одржавањем реда на седницама законодавног тела. У погледу доношења закона предвиђено је да се предлог који усвоји један дом шаље другом на усвајање. Уколико га и он усвоји у целини и без измена, сматра се да је Народно представништво усвојило предлог. Ако, пак један дом изврши неке измене у предлогу који му је други дом након усвајања послао, он се са тим изменама враћа оном дому који га је први претресао. Уколико дом остане при свом првобитном решењу, предлог се враћа на друго и последње решавање дому који га је касније разматрао. Не буде ли ни тада усвојен, сматра се одбаченим и у истом се скупштинском сазиву не може више ни једном дому подносити (чл. 51).²⁴ Метод за решавање сукоба међу домовима наведен у нацрту од изузетног је значаја. Његово одсуство може у великој мери отежати вршење законодавне власти у случају хетерогеног састава представничког тела као што је то био случај према одредбама овог уставног акта.

V

Пето поглавље нацрта садржи одредбе о саставу Народне скупштине и о условима за остваривање активног и пасивног бирачког права. Сви посланици су бирани путем непосредних избора (чл. 53). Непосредни избори су истовремено и једина прогресивна новина у овој области. Наиме, конзервативни карактер овог уставног документа у највећој мери се огледа

²² Исто, стр. 311–312.

²³ *Устав од 1869. године*, стр. 24–25.

²⁴ *Уставни нацрт Најредне скиранке од 1883. године*, стр. 312.

у природи активног бирачког права за Скупштину. Бирачко тело није било јединствено. Земљу је требало поделити на пет области, а сваку област на два бирачка одсека. У први одсек улазила би лица која плаћају годишње најмање педесет динара непосредног данка и бирају осам посланика, док би у други одсек улазили грађани који плаћају годишње најмање тридесет динара непосредног данка и бирају четири посланика. Према нацрту постојао би и трећи бирачки одсек који би чиниле вароши са три хиљаде становника. У њима би бирачко право припадало свим лицима која плаћају најмање тридесет динара данка. Цензус се не би односио на слободне професије, учитеље, државне чиновнике и пензионере (чл. 55–60 нацрта). Остали услови за остваривање активног бирачког права били би предвиђени посебним изборним законодавством (чл. 61).²⁵

Висок имовински цензус, као и ограничено и неједнако бирачко право имали су за циљ да омогуће имућнијим бирачима избор већег броја посланика, што би допринело конзервативнијем карактеру Народне скупштине. Бирачко право је у *Усѣаву* од 1869. уређено на сасвим другачији начин. Једнако право гласа ограничено незнатним имовинским цензусом (чл. 44–46 *Усѣава*)²⁶ омогућило је далеко масовније укључивање грађана у политички живот него што је то био случај према нацрту од 1883.

Право да буду бирани за посланике према члану 62 уставног нацрта имали су писмени српски грађани са навршених тридесет година, стално настањени у Србији, који уживају сва грађанска и политичка права. Посланички мандат је трајао пет година (чл. 63).²⁷

VI

Поред Народне скупштине у шестој глави нацрта предвиђена је и установа Сената. Он се састојао из три групе чланова: изабраних, вирилних (који улазе у Сенат по положају) и постављених од стране краља (чл. 64). Сенатори се бирају по систему сличном оном који је био предвиђен и за народне посланике, али уз ограничење да активно бирачко право имају само лица која према висини пореза који плаћају улазе у први бирачки одсек (чл. 65–67).

Пасивно бирачко право за Сенат имали су рођени и природжени српски грађани са завршеном средњом школом, који уживају сва грађанска и политичка права, стално су настањени у Србији, навршили су четрдесет година живота и плаћају држави четири стотине динара непосредног пореза годишње. Овај имовински услов нису морали испуњавати: бивши предсе-

²⁵ Исто, стр. 313–314.

²⁶ *Усѣав од 1869. године*, стр. 15–16.

²⁷ *Усѣавни нацртїи Найредне сїранке од 1883. године*, стр. 314–315.

дници и потпредседници Народне скупштине; бивши народни посланици који су два пута бирани на ту функцију; генерали и пуковници у активној служби, они који су пензионисани или су поднели оставку; бивши министри, дипломатски агенти и посланици; судије Касационог и Апелационог суда, председници Касационог, Апелационог, првостепених и трговачких судова, сви они без обзира на чињеницу да ли су у активној служби, у пензији, или су поднели оставку на своје функције; управници области, помоћници и начелници у министарствима који су у служби, пензионисани су или су поднели оставку; управник Управе фондова и председник Главне контроле; сва лица која су завршила факултет у земљи или иностранству (чл. 69).

Према члану 70 нацрта у Сенат улази и неколико чланова по положају: престолонаследник када постане пунолетан (са навршених осамнаест година), митрополит и епархијске владике. Поред изабраних и чланова по положају, нацрт предвиђа и двадесет сенатора које поставља краљ (чл. 71). Мандат изабраних и постављених чланова Сената траје десет година с тим што сваке пете године једна половина чланова подлеже реизбору (чл. 72–73). Функције сенатора престају са сваким распуштањем Скупштине (чл. 74).²⁸ Путем ове одредбе, да је уставни нацрт прихваћен као устав Краљевине Србије, сенатори би били доведени у пуну зависност од краља и постали просто оруђе у његовим рукама. Наиме, будући да је краљ у својој власти имао распуштање Скупштине, могао је сменити сенаторе кад год је хтео. Помоћу сенатора који би били средство за спровођење краљеве политике у законодавном телу краљ би стекао значајнију улогу у законодавству у односу на Народну скупштину.

Уношење одредаба о Сенату у нацрт Напредне странке у потпуности је очекивано уколико се узме у обзир да је дводомно народно представништво било окосница политичке идеологије ове странке и главна тачка њених политичких програма. Оснивачи Напредне странке, школовани претежно на универзитетима Западне Европе, тежили су да Србију подигну на виши политички и културни ниво. Скептични према народу, а посебно сељацима који су махом били чланови Радикалне странке, они су истicali да је европеизација Србије немогућа са једном сељачком скупштином која не препознаје културне потребе свог народа. Због тога треба, по њиховом мишљењу, установити Сенат који би Скупштину умеравоа и ограничавао. Истовремено, увођење Сената био би и начин путем кога би се могао проширити страначки утицај јер би у њега ушао знатан број чиновника који су углавном били чланови Напредне странке.²⁹

²⁸ Исто, стр. 316–317.

²⁹ Д. Јанковић, *Рађање парламентарне демократије, Политичке странке у Србији XIX века*, Београд 1997, стр. 315–317.

VII

У првом члану седмог поглавља нацрта прокламована је наследност краљевског достојанства у династији Обреновића. Краљевско достојанство наслеђују мушки потомци по принципу прворођења, најпре у правој линији, а затим у побочној (чл. 75). Домови законодавног тела по правилу заседају одвојено. Заједничко заседање домова обједињених у Народни сабор предвиђено је, између осталог, и у случају краљеве смрти ради полагања заклетве наследника приликом ступања на престо, полагања заклетве намесника приликом ступања на дужност и избора намесника краљевског достојанства. Народни сабор се састаје у року од десет дана од смрти краља а у међувремену краљевску власт врши Министарски савет (чл. 76–77). Краљ може, уз пристанак Сабора, именовати трочлано намесништво које ће од момента његове смрти до пунолетства наследника престола вршити краљевску власт. Уколико један од намесника умре или се повуче са функције новог намесника ће изабрати Народни сабор (чл. 79). За време трајања намесништва забрањено је вршење било каквих измена у нацрту (чл. 82).

У надлежности Народног сабора је и избор новог краља. Док краљ не буде изабран краљевску власт ће вршити трочлано намесништво које именује Сабор. Да би се могло приступити избору потребно је да седницама Сабора присуствује две трећине од укупног броја чланова, као и да за избор гласа две трећине присутних чланова. Уколико краљ не би био изабран у року од осам дана од почетка заседања, деветог дана у подне Сабор приступа избору без обзира на број присутних чланова. За пуноважност избора потребно је да за предложеног кандидата гласа апсолутна већина присутних чланова (чл. 83–84).³⁰ Овако исцрпно регулисање свих ситуација које би могле настати у случају краљеве смрти имало је за циљ да омогући несметано вршење државних функција и ако би престо био привремено упражњен.

Краљева је личност неприкосновена и неодговорна. Сваки његов акт донет у вршењу државних послова мора, да би производио правно дејство, бити снабдевен премапотписом надлежног министра (чл. 86). Путем уставне премапотписа министри преузимају одговорност за акте политички неодговорног шефа државе. Краљ је државни поглавар и врховни заповедник војске. Представља земљу у међународним односима. Има право да објављује рат, закључује мировне уговоре, уговоре о трговини и о формирању савеза са другим државама. Међутим, за ступање на снагу уговора којима се оптерећују државне финансије краљу је била неопходна накнадна сагласност Народног представништва. Краљ поставља и отпушта министре и државне чиновнике. Он потврђује и проглашава законе. Њему припада и право апсолутног вета на законе усвојене у законодавном телу,

³⁰ *Устави нацији Најредне сѣранке од 1883. године*, стр. 317–320.

будући да ниједан закон не може ступити на снагу уколико га краљ не потврди. Краљ има право амнестије у случају извршења политичких деликата. Лицу осуђеном за дело кажњиво по одредбама кривичног законика он може опростити или смањити казну, осим уколико се ради о осуђеном министру када ту могућност не поседује (чл. 87).³¹

Као и сваки монарх, и српски краљ према одредбама нацрта има право сазивања Народног представништва у редовне и ванредне сазиве и закључивања њихових седница. Он може распустити Народну скупштину. У указу о распуштању морају бити предвиђени нови избори за Народну скупштину у року од два месеца, као и сазивање Народног представништва у року од три месеца од дана распуштања Скупштине. Краљ има право да одложи седнице Народног представништва, али без пристанка Народног представништва одлагање не може трајати дуже од два месеца, нити се може поновити у истом скупштинском сазиву (чл. 89 нацрта).³²

VIII

Да би се остварила контрола законодавне од стране извршне власти, у члану 92 осме главе нацрта предвиђена је могућност да министри присуствују седницама Народног представништва. Наравно, право гласа имају једино ако су чланови дома законодавног тела, али у сваком случају, без обзира на чланство, морају бити саслушани у представничком телу кад год то затраже. Општа седница Касационог суда овлашћена је да суди министрима по оптужби краља или Народног представништва за дела таксативно наведена у *Закону о министарској одговорности*. Уколико министра оптужују Народна скупштина или Сенат, да би он био изведен пред суд потребно је да се две трећине чланова дома изјасни да има места оптужби. Како краљ поставља и разрешава ministre, они су и њему одговорни за свој рад, али писмена или усмена наредба краља не може ни у ком случају ослободити министра од одговорности. Он не може ни опростити ни умањити казну осуђеном министру, осим у случају да то затражи дом на основу чије је оптужбе министар осуђен (чл. 93–96 нацрта).³³

IX

Према одредбама деветог поглавља нацрта Државни савет нема законодавну власт. Он у законодавству учествује само као стручно тело. На позив владе израђује законске предлоге и нацрте административних наредба и даје своје стручно мишљење о законским предлозима владе и На-

³¹ Исто, стр. 321.

³² Исто, стр. 322.

³³ Исто, стр. 322–324.

родног представништва. Државни савет врши и функције врховног административног суда. Одлучује по жалбама против министарских решења у спорним административним питањима и решава сукобе између административних власти. Поседује и одређене надлежности у области финансија и располагања државном имовином (чл. 97). Састоји се од петнаест чланова које именује краљ на период од десет година. За члана Савета може бити постављен српски грађанин са навршених четрдесет година живота који је завршио факултет у земљи или иностранству и у државној служби се налази бар на положају начелника (чл. 98–99 нацрта).³⁴

Х

Одредбе о судској власти налазе се у десетој глави нацрта. Већ у првом члану наведеног поглавља забрањено је увођење преких и ванредних судова (чл. 100). Да би се спречиле злоупотребе и омогућио увид јавности у рад судова, предвиђена је јавност судских претреса. Изузетак од овог правила учињен је само у законом прописаним случајевима када је тајно суђење неопходно ради заштите јавног реда и морала (чл. 101 нацрта). Али, без обзира на евентуалну тајност претреса, пресуда се увек изриче јавно. Она мора садржати образложење у коме су наведене законске одредбе на основу којих је донета (чл. 102). Зајемчена је стабилност и непокретност судија као претпоставка њихове независности (чл. 104). Из истог разлога предвиђена је и неспојивост судијске функције са било којом плаћеном државном службом. Устројство и надлежност војних судова препуштено је законодавном регулисању, док је Касационом суду поверено решавање сукоба између законодавне, извршне и судске власти (чл. 105–109).³⁵

Намеснички усѣав у поглављу о судству садржи неке гаранције грађанских права и слобода које нацрт од 1883. не предвиђа. Најзначајније су право на браниоца у кривичним предметима (чл. 110 *Усѣава*) и забрана мешања законодавне и извршне у рад судске власти (чл. 116). Установљена је и вишестепеност судова (чл. 108), као и колегијалност суђења осим у случају лакших кривичних дела и ситнијих грађанских парница када суди судија појединац (чл. 163). Уведено је и поротно суђење за разбојништва, опасне крађе и паљевине (чл. 117 *Усѣава*).³⁶

ХИ

У једанаестом поглављу наведено је да ће устројство области и општина бити регулисано законским путем али уз поштовање одређених

³⁴ Исто, 324–325.

³⁵ *Усѣавни нацртї Найредне сѣранке од 1883. године*, стр. 325–327.

³⁶ *Усѣав од 1869. године*, стр. 35–37.

начела предвиђених нацртом. Тако су обласни и општински одбори морали бити бирани на непосредним изборима, а њихове седнице јавне. Вођење протокола о грађанском стању представљало је искључиву надлежност општинских власти, при чему су све појединости у вези са вођењем протокола биле прецизиране посебним законом (чл. 110 и 111 нацрта).³⁷ Сва остала питања везана за овлашћења обласних и општинских власти и круг њихове надлежности препуштена су законском регулисању.

XII

Одредбе дванаесте главе посвећене су државним финансијама. Према нацрту, пореска обавеза је основна уставна дужност грађана од које су ослобођени само краљ и престолонаследник. Порези су се могли уводити само путем закона, док је висина пореза зависила од имовног стања грађана (чл. 112–115). У члану 116 предвиђено је да Народно представништво доноси буџет. Међутим, уколико законодавно тело не би усвојило буџет, постојећи буџет би важио и за следећу годину.³⁸ На овај начин је буџетско право представничког тела у знатној мери ограничено. Наиме, у земљама у којима постоји парламентарни систем неодобравање буџета је средство помоћу кога парламент изазива пад владе, остављајући је без финансијских средстава за рад. Како Народно представништво према наведеној одредби није имало ту могућност, намеће се закључак да нацртом није уведен парламентарни режим.

Дванаесто поглавље завршава се са неколико чланова посвећених извршењу буџета. Надзор над његовим извршењем поверен је Главној контроли која и иначе има значајна овлашћења у области финансија (чл. 117–120).³⁹

XIII

Тринаесто поглавље нацрта садржи само неколико сумарних одредаба о вршењу војне службе и организацији војске. Број војника уписаних у стални кадар, њихова права и дужности, случајеви унапређивања у војсци и ослобађања од војне обавезе предвиђени су посебним законом (чл. 121–126).⁴⁰

XIV

У оквиру четрнаесте главе која носи назив „Општа наређења“ наведено је да државна обележја чине грб и застава, као и да Народно представ-

³⁷ Уставни нацрт *Најредне стѣранке од 1883. године*, стр. 327–328.

³⁸ Исто, стр. 328.

³⁹ Исто, стр. 329.

⁴⁰ Исто, стр. 330.

ништво заседа у престоници. Истакнуто је и да закони и наредбе не могу производити правно дејство пре него што буду објављени на законом прописани начин (чл. 127–130).⁴¹

XV

У петнаестом поглављу предвиђени су услови који морају бити испуњени да би се приступило ревизији нацрта уколико би био прихваћен као устав Краљевине Србије. Законодавно тело овлашћено је да предложи измене и допуне овог уставног документа. Након ове изјаве оба дома представничког тела се распуштају. Избори за Народно представништво морају бити спроведени у року од два месеца, а законодавно тело сазвано у року од три месеца од дана распуштања. Приликом одлучивања о предложеним изменама и допунама оба дома заседају заједно обједињени у Народни сабор. Да би се приступило ревизији, потребно је да седници Сабора присуствује две трећине од укупног броја чланова оба дома, као и да за предложене измене гласа две трећине присутних чланова Сабора.⁴² С обзиром на то да су за приступање ревизији текста предвиђени врло рестриктивни услови, нацрт би, да је прихваћен, улазио у групу чврстих (крутих) устава.

XVI

Према члану 132 шеснаесте главе, да је уставни нацрт прихваћен као устав Краљевине Србије, након његовог ступања на снагу престали би да важе сви закони који су са њим у супротности. У оквиру овог поглавља које носи наслов „Прелазна наређења“ било је предвиђено доношење читавог низа закона. Међу њима се, између осталих, налазе и закон о штампи, зборовима и удружењима, министарској одговорности, судовима и пороти. Сви постојећи закони били би усаглашени са нацртом. Прописано је да нацрт уколико је прихваћен, ступа на снагу као устав Краљевине Србије када га краљ потпише (чл. 133–134).⁴³

* *

*

Прихватање уставног нацрта Напредне странке од 1883. године представљало би значајан прогресиван корак у политичком и уставном развоју Србије у другој половини XIX века. Нацрт регулише готово сва

⁴¹ Исто, стр. 330–331.

⁴² Исто, стр. 331.

⁴³ Исто, стр. 331–332.

грађанска права и слободе која су у то време била нормирана у уставима европских земаља, и то на нивоу који не заостаје за савременом уставноправном техником. Да је овај уставни акт прихваћен као устав Краљевине Србије, Народно представништво би по први пут у уставној историји Србије добило право законодавне иницијативе. На тај начин оно би у законодавству било изједначено са краљем. Законодавно тело би било дводомно јер је дводомно представничко тело представљало доминантан облик организовања Народног представништва у већини европских земаља XIX века.

Нацрт се одликује и појединим обележјима својственим парламентарном режиму. На првом месту то су политичка одговорност министара и могућност да министри буду бирани за сенаторе и народне посланике. Због свега наведеног мишљења смо да је овим уставним документом предвиђен читав низ прогресивних новина у области грађанских права и слобода и организације државне власти.

*Maša Kulauzov, Assistant
Novi Sad Faculty of Law*

CONSTITUTION DRAFT OF *НАПРЕДНЕ СТРАНКЕ* OF 1883⁴⁴

Abstract

The constitution draft provisions of *Напредне странке* (lit. „Progressive party“) of 1883 were presented in this paper. Since it has not been written about them much, the author of this paper gives their legal - history analysis. Provisions of the *Constitution of the Principality of Serbia* of 1869 (so called „Regency Constitution“) concerning National Assembly and civil rights and freedoms were also examined in this paper. Comparing those provisions of both constitutional documents we could notice that the draft of 1883 introduced some progressive novelties. For the first time in constitutional history of Serbia, the constitutional act had provisions on political responsibility of ministers, right of legislative initiative of legislative body and wide range of civil rights and freedoms.

⁴⁴ So called „Progressive party“ as term in Serbian language for progressive is *напредан*.

Мр Самир Аличић, асистент-приправник
Правног факултета у Новом Саду

REGULA CATONIANA И SC NERONIANUM

Сажетак: *Regula Catoniana* прописује да ће леђа који је неважећи у тренутку састављања тестамената остати неважећи без обзира на моменати. У класичном периоду примена Катонове Регле се ширила, и на крају је била формулисана као општи принцип да правни посао који је неважећи не може остати важећи самим проласком времена, па чак ни на основу промењених околности. С друге стране, изворна примена Катонијане на леђа се сужавала. Један од аката којима је сужена примена Катонијане је Неронова сенатска одлука, донесена средином првог века, којом је предвиђено да се неважећи леђа *per vindicationem* којим је теситар леђао упућују савар сматра за важећи леђа *per damnationem*. Примена ове сенатске одлуке је проширена упућујућим тумачењем правника на све леђа неважеће због погрешног избора форме. Неронова сенатска одлука није била противна основном значењу Катонове регле, по коме моменати у коме је теситар умро није релевантан за питање оснажења леђа, јер по Нероновој сенатској одлуци леђа оснажује по иницијативи заинтересованог лица, а не проласком времена ниш на основу промењених околности. Међутим, дерогирани је принцип до кога се дошло ширим тумачењем Катонове правила, да се леђа који је од почетка неважећи не може уопште накнадно оснажити. На основу *SC Neronianum*-а *Regula Catoniana* је била делимично дерогирана упућујућом прејторској праву, али је и даље важила на плану цивилног права, будући да је леђа оснажен упућујућом сенатске одлуке остајао неважећи по *ius civile*-у.

Кључне речи: *Regula Catoniana*, *SC Neronianum*, леђа, неважност, конвалидација, регле, римско право.

Увод

Крајем преткласичног периода римски правници, на челу са знаменитим Квинтом Муцијем Сцеволом почињу да научно обрађују правну материју, уз коришћење метода грчке дијалектике. Поред првих покушаја систематизације, у овом периоду се јавља и тежња ка уопштавању, ка стварању апстрактних правних норми.¹ Почињу се јављати општа правна правила која се примењују на већи број случајева исте врсте. Ипак, за њих се још не користи израз *regula*.²

Реч *regula* се у правнотехничком смислу, у значењу правног правила, први пут појављује у делима великог правника из Августовог доба, Лабеа.³ *Antistius Labeo* био је оснивач школе Прокулеанаца и велики иноватор. Помпоније каже да се Лабео бавио и другим наукама, и да је у изучавање права унео многе новине. По Помпонију, баш ово је био основ за настанак различитих школа, јер се оснивач Сабинијанске школе, Атеј Капито, за разлику од Лабеа *држао оној шћи му је иренетио*.⁴

Међу новинама које је Лабео увео у изучавање права било је и разликовање *дефиниција* и *рејула*. Лабео, који се бавио поред права и лингвистиком, полазећи од аналогистичких становишта разликовао је регуле као правила нормативног карактера од дефиниција као дескриптивних одређења правних појмова. Прво правило за које је употребио израз *regula* била је позната изрека Катона Млађег о неважности легата, славна *Regula Catoniana*.

Regula Catoniana позната нам је у оном облику у коме је цитира Целз, у једном фрагменту који су компилатори Јустинијанових Дигеста сместили на почетак титулуса *D.34.7 De Regula Catoniana*:

D.34.7.1pr. Целз из тридесет пете књиге Дигеста: *Катионово иравило овако одређује, да ће уколико би легаи био неважећи да је ишесиаиор иреминуо у време сачињавања ишесиамениа, иај легаи бији неважећи ма када да је (ишесиаиор) иреминуо; које одређење у неким случајевима није ииачно*.⁵

Ово правило се најпре звало *Sententia Catoniana* (нпр. Мецијан у D.35.1.86.1), а касније је понекад било квалификовано и као *definitio* (ка-

¹ P. Stein: *Lo svolgimento storico della nozione di "regula iuris" in diritto romano*, Antologia giuridica romanistica ed antiquaria, Milano 7/1968., стр. 96-98.

² Stein, op. cit., стр. 100-101.

³ Stein, op. cit., стр. 101-103.

⁴ D. 1.2.2.47

⁵ D.34.7.1pr. Celsus libro trigesimo quinto digestorum: *Catoniana regula sic definit, quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit, non valere. quae definitio in quibusdam falsa est.*

ко се може уочити у горе цитираном фрагменту D.34.7.1.pr.). *Regula Catoniana* је уживала велики углед, и била је за класичне правнике регула-модел на коју се угледало приликом прављења нових правних правила.⁶ На њен значај указује, између осталог, и чињеница да је то једина регула која је још међу римским правницима била позната по имену свог аутора. Када се каже *Regula Catoniana*, римски правници су знали на које се правило мисли.

Основно значење Катонијане јесте да ће легат који је био неважећи у моменту састављања тестаментата остати неважећи, без обзира на моменат тестатореве смрти. Правило да се неважећи посао не може оснажити протеком времена правници класичног периода проширили су на све правне послове:

D.50.17.29 Паул из осме књиге о Сабину: *Оно што од почетка има недоследност, не може се током времена оснажити.*⁷

D.50.17.210 Лициније Руфин из друге књиге правила: *Именовање наследника које је од почетка било неважеће, не може бити оснажено на основу касније насталих чињеница.*⁸

Међутим, упркос великом угледу који је ова регула уживала у класичном периоду, видели смо да у горе цитираном тексту D.34.7.1.pr. Целз за њу каже да у *јонечем није тачна (in quibusquam falsa est)*.

У даљем тексту титулуса D.34.7 *De Regula Catoniana* набрајају се изузеци од ове регуле који постоје у класичном периоду.

Она се не односи на оне легате и наслеђа код којих се рок не везује за смрт оставиоца, већ за прихватање наслеђа.

D.34.7.3 Папинијан из петнаесте књиге питања *Катоново правило не односи се на наслеђа ниш на оне легате, код којих рок не настаје у време смрти (testatoris), већ после пријема наслеђа.*⁹

Затим, *Regula Catoniana* не односи се на тестаментарне диспозиције које су остављене под условом:

⁶ Stein, *op. cit.*, стр. 102-103.

⁷ D.50.17.29 Paulus libro octavo ad Sabinum: *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.*

⁸ Нпр: D.50.17.210 Licinnius Rufinus libro secundo regularum: *Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest.*

⁹ D.34.7.3 Papinianus libro quinto decimo quaestionum: *Catoniana regula non pertinet ad hereditates neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem.*

D.34.7.4 Улпијан из десете књиге о Сабину *Смајира се да се Кайоново љавило не односи на усјановљења која су дајла љод условом.*¹⁰

Ово значи не само да ће легат бити важећи ако услов није био испуњен у моменту сачињавања тестаментa, него и да ће легат бити важећи ако услов у моменту сачињавања тестаментa уопште није могао бити испуњен:

D.34.7.2 Паул из четврте књиге о Плаутију: *Али и ако се овако леђира: „Ако се моја ћерка уда за Тиција“, јасно је да је довољно ако се уда у време смрти (шесгајора), чак и ако је у време када је сачињен шесгаменђ била малолейна.*¹¹

Најзад, Катонова регула не важи и у ситуацији када је дерогирана новим правним правилима:

D.34.7.5 Улпијан из двадесет друге књиге о Сабину: *Кайоново љравило се не односи на нове законе.*¹²

У овом раду нећемо се бавити свим изузецима од Катонове регуле у класично доба. Задржаћемо се само на овом последњем. Које су то *leges novae* којима је Катонијана дерогирана, на које указује Улпијан у горе цитираном фрагменту D.34.7.5? Улпијан, свакако, под *leges* овде не подразумева *законе* у ужем смислу, већ мисли на нове правне норме уопште, али које? Да ли је једна од њих и мистериозни *SC Neronianum*?

У овом раду покушаћемо да покажемо шта је на основу сачуваних извора познато о овом сенатусконзулту, и да дамо одговор на нека питања која се у вези с њиме могу поставити, а на која сачувани извори не дају директне одговоре. На крају, покушаћемо да утврдимо да ли *SC Neronianum* дерогира Катонову регулу, и ако је дерогира, на који начин то чини?

***SC Neronianum* на основу познатих извора**

SC Neronianum је имао више среће у модерној романистичкој литератури, него у традицији римске јуриспруденције.¹³ О њему је много писано, и

¹⁰ D.34.7.4 Ulpianus libro decimo ad Sabinum *Placet Catonis regulam ad condicionales institutiones non pertinere.*

¹¹ D.34.7.2 Paulus libro quarto ad Plautium *Sed et si sic legaverit: 'si filia mea Titio nupta erit', sufficere visum est, si mortis tempore nupta inveniatur, licet testamenti facti tempore fuerit impubes.*

¹² D.34.7.5 Ulpianus libro vicesimo secundo ad Sabinum: *Regula Catoniana ad novas leges non pertinet.*

¹³ V. Giuffrè: *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante "conversione" in diritto romano*, Napoli 1965., стр. 129.

G.2.197 Али наравно њо је њако њо цивилном њраву. После овога је уи-
сџину на ѡредлој Нерона Цезара донеџа сенајска одлука, којом је ѡред-
виђено, уколико је неко леџирао сџвар која никада није била њеџова, да ње
леџаџ биџџи важеџи, као да је осџављен ѡ најбољем ѡраву; најбоље ѡак
ѡраво је леџаџ *per damnationem*, којом врсџом се може леџираџи и ѡуђа
сџвар, као ѡџо ње касније биџџи обџаџњено.¹⁷

Да је Нероновом сенатском одлуком било прописано да ње се у
случају да је тестатор леџирао *per vindicationem* ствар која му није припа-
дала сматрати да је остављен легат *per damnationem* потврђују и текстови
из *Tituli ex corpore Ulpiani* и *Fragmenta Vaticana*:

UE.24.11a Ако је сџвар која није била ѡесџаџџорова ѡо квириџском
ѡраву у оба времена (ѡџ. у време сачиџавања ѡесџаменџа и у време смр-
џџи ѡесџаџџора) леџирана ѡуџем виндикаџје, ѡако леџаџ не важи ѡо ци-
вилном ѡраву, ѡџак се оснажује ѡуџем Неронове сенајске одлуке, којом је
одређено да, ѡако је леџирано неодџоварајуџим речима, ѡреба смаџираџи
да је леџирано ѡо најбољем ѡраву; а најбоље је леџираџи *per damnationem*.¹⁸

FV.85 Ако је ѡак *per damnationem* леџирано ѡлодоуџивање, ѡраво ѡри-
раџџаја ѡресџаје не без разлоџа, будуџи да се леџаџом *per damnationem*
одређују делови. С ѡџџа, ако је леџирано ѡлодоуџивање на ѡуђој сџвари, и
ако је ѡо основу Неронове сенајске одлуке леџаџ оснажен, без сумње
ѡреба реџи да ѡраво ѡрираџџаја ѡресџаје, ѡод условом да је део ѡрирас-
џао ѡосле консџџџуисања ѡлодоуџивања. Само ако је раније ѡрирасџао
и орџак, ѡребало је даџи ѡуџбу на све. Исџо је и ако је *sinendi modo*
било леџирано ѡлодоуџивање. Или се, ѡак, може ѡосџавиџџи ѡџџање у
складу са Нероновом сенајском одлуком, будуџи да следимо ѡримеџ леџа-
џа *per vindicationem*, да ли би ѡребало реџи да се даје *actio utilis* за ѡлодо-
уџивање које је ѡрирасло од једноџа друџоме. И мислим, следеџи Нераџџа,
да би ѡребало ѡрихваџџџџи (ѡуџбу). А у фидеџкомису следимо оно ѡџџо и
у леџаџу *per damnationem*.¹⁹

¹⁷ G.2.197 *Sed sane hoc ita est iure ciuili. postea uero auctore Nerone Caesare senatus consultum factum est, quo cautum est, ut si eam rem quisque legauerit, quae eius numquam fuerit, proinde utile sit legatum, atque si optimo iure relictum esset. optimum autem ius est per damnationem legati, quo genere etiam aliena res legari potest, sicut inferius apparebit.*

¹⁸ UE.24.11a *Si ea res, quae non fuit utroque tempore testatoris ex iure quiritem, per vindicationem legata sit, licet iure civili non valeat legatum, tamen Senatus consulto Neroniano firmatur; quo cautum est, ut quod minus aptis verbis legatum est, perinde sit, ac si optimo iure legatum esset: optimum autem ius legati per damnationem est.*

¹⁹ FV.85 *Si tamen per damnationem usus fructus legetur, ius ad crescendi cessat non inmerito, quoniam damnatio partes facit. Proinde si rei alienae usus fructus legetur et ex*

Ово је једино неспорно подручје примене Неронове сенатске одлуке. Остали случајеви примене били су предмет дебате међу правницима. Занимљиво је да су Гајеве Институције једини извор који нас о томе обавештава. У казуистичким текстовима у Дигестама, где би овакве расправе међу правницима најпре требало очекивати, нема ни помена *SC Neronianum*-a!

По већинском мишљењу правника легат се позивањем на *SC* не може оснажити једино кад је тестатор намерно отуђио легирану ствар након што је начинио тестамент.

G.2.198 Али ако је неко легирао своју ствар, затим је након што је направио тестамент отуђио, већина сматра не само да је легаћ неважећи по цивилном праву. већ да се не може оснажити ни по основу Сенатске одлуке. То је речено стога, јер и ако је неко per damnationem легирао своју ствар и након овога је отуђио, већина сматра, иако се по самом праву дује легаћ, ипак легаћар који (иужбом) захтева (легаћ) може бити одбијен иушем ириговора иреваре, скоро као да је иужио ироивно вољи иреминуло.²⁰

Институције саопштавају да већина правника мисли да се ова сенатска одлука не може применити на легат *sinendi modo* у ситуацији када легирана ствар није била у својини наследника у тренутку смрти тестатора, али је касније доспела у његову својину:

G.2.212 А уколико је након смрти тестаментора ова ствар иосишала наследникова, иосишавља се иишање да ли је легаћ важећи. И већина сматра да је неважећи. Па иша је ово? Чак и ако је неко легирао ствар, која ниш је икад била његова ниш је касније његов наследник икад сијекао, на основу Неронове сенатске одлуке се ишуда сматра, као да је осишављен легаћ per damnationem!²¹

Neroniano confirmetur legatum, sine dubio dicendum est ius ad crescendi cessare, si modo post constitutum usum fructum fuerit amissus. Quod si ante et socius amittat, erit danda totius petitio. Idemque et si sinendi modo fuerit legatus usus fructus. An tamen in Neroniano, quoniam exemplum vindicationis sequimur, debeat dici utilem actionem amisso usu fructu ab altero alteri dandam, quaeri potest; et puto secundum Neratium admittendum. In fideicommisso autem id sequimur quod in damnatione.

²⁰ *G.2.198 Sed si quis rem suam legaverit, deinde post testamentum factum eam alienaverit, plerique putant non solum iure civili inutile esse legatum, sed nec ex senatus consulto confirmari. quod ideo dictum est, quia et si per damnationem aliquis rem suam legaverit eamque postea alienaverit, plerique putant, licet ipso iure debeat legatum, tamen legatarium petentem posse per exceptionem doli mali repellere, quasi contra uoluntatem defuncti petat.*

²¹ *G.2.212 Quod si post mortem testatoris ea res heredis esse coeperit, quaeritur, an utile sit legatum: et plerique putant inutile esse. quid ergo est? licet aliquis eam rem legaverit, quae*

Гај као да протестује због оваквог становишта већине (употребљава фразу *quid ergo est?*, коју иначе у главном користи када изражава чуђење). Разлог зашто Гај сматра да се не види правна логика у већинском ставу правника је тај што се по основу Сенатске одлуке може оснажити легат и кад ствар никад није припадала ни наследнику ни тестатору и у том случају је наследник дужан да је прибави, као да је у питању легат *per damnationem*.

Спорно је и да ли се путем овог сенатусконзулта може оснажити легат *per praeseptionem* у корист ненаследника. Сабин сматра да у овом случају нема места примени *SC Neronianum*-а због тога што се та одредба примењује само на ситуацију када је легат неважећи због недостатка форме, а не и када је неважећи због неподобности субјекта. Јулијан и Секст²² су мишљења (а изгледа да се са њима слаже и Гај) да се овде не ради о неподобности субјекта, већ о грешци у форми, јер би посао био валидан да је истом субјекту легирано у некој другој форми, те би се стога легат могао оснажити по *SC Neronianum*-у:

G.2.218 Ошуда ако је леђирано ненаследнику, леђаји је неважећи; ишћавише како је Сабин шћврдио не би се моћао оснажити чак ни на основу Неронове сенатске одлуке: јер овом, шћврди он, сенатском одлуком се оснажују само они (леђаји), који збој грешке у речима не важе по цивилном шћраву, а не они који се не дујују збој саме личносћи леђајара. Али Јулијан и Секст су мислили да се и у овом случају леђаји оснажује на основу Сенатске одлуке: јер ишћо шћако збој речи се у овом случају дешава, да леђаји не важи по цивилном шћраву, ишћо је јасно, јер се ишћо шћако друћим речима ишћравно леђира, ншр. *per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modo*; збој недосћиашћка личносћи леђаји не би важио онда, када би било леђирано ономе, коме се ни на један начин не може леђирати, на шћример шћрејрину, јер он нема шћесћиашћарну сћособносћ; у којем, јасна сћвар, случају нема месћи Сенатској одлуци.²³

neque eius umquam fuerit neque postea heredis eius umquam esse coeperit, ex senatus consulto Neroniano proinde uidetur, ac si per damnationem relicta esset.

²² Не зна се тачно на кога Гај мисли, јер је познато више римских правника са тим именом. Вероватно мисли на свога савременика Секста Помпонија. О. Станојевић: *Гај. Инстћишћуције.*, Београд 1982., стр. 151.

²³ G.2.218 *Ideoquae si extraneo legatum fuerit, inutile est legatum, adeo ut Sabinus existimauerit ne quidem ex senatus consulto Neroniano posse conualescere: 'nam eo', inquit, 'senatus consulto ea tantum confirmantur, quae uerborum uitio iure ciuili non ualent, non quae propter ipsam personam legatarii non deberentur'. sed Iuliano et Sexto placuit etiam hoc casu ex senatus consulto confirmari legatum; nam ex uerbis etiam hoc casu accidere, ut iure ciuili inutile sit legatum, inde manifestum esse, quod eidem aliis uerbis recte legaretur, uelut per uindicationem, per damnationem, sinendi modo; tunc autem uitio personae legatum non ualere,*

Позната су нам још нека подручја примене *SC Neronianum*-а. По мишљењу Сабинијанаца (*secundum nostrorum praeceptorum opinionem*, како каже Гај) ова сенатска одлука се примењује и на ситуацију када је легатом *per praeceptionem* легирана туђа ствар. Ипак, по мишљењу истих Сабинијанаца, понекад легат *per praeceptionem* којим је легирана туђа ствар може бити пуноважан и *iure civili*, те према томе нема потребе да се оснажује путем Сенатске одлуке:

G.2.220 *С тога смајрамо да се према мишљењу наших учитеља ништа друго не може легирајти per praeceptionem, изузев онога што припада теситару; ниједна наиме друга ствар изузев оне из наслеђа не сада под ову јужбу. Ошуда уколико је ствар која није његова теситар на овај начин легирао, по цивилном праву је легај наравно био неважећи; али ће бити оснажен на основу Сенатске одлуке. У неким случајевима међутим они ипак дозвољавају да се туђа ствар може легирајти per praeserptionem; на пример ако је неко легирао ону ствар, коју је повериоцу дао по основу фидуције у манципијум; јер смајрају да дужношћу судије санаследници моју бити принуђени да исплаћом новца ослободе ту ствар, да би је могао узети онај коме је ипак легирана.*²⁴

Прокулеанци (*diversae scholae auctores*) такође сужавају примену *SC Neronianum*-а, сматрајући да уз малу варијацију форме легат *per praeceptionem* којим је легирана туђа ствар може бити пуноважан *iure civili*. Наиме, уколико се из глагола *praecipere* - *прејходно узети*, изостави префикс *prae* остаје глагол *capere* – *узети*. У том случају сматра се да је легат остављен у форми *per vindicationem*. Ово је мишљење имало упориште у једној конституцији императора Хадријана:

G.2.221 *Али аутори друге школе мисле да се ипак и лицу ван круга наследника може легирајти per praeceptionem уколико је овако написано Тиције нека узме човека Сиха, изоставивши слој prae- (прејходно) који се обично додаје; на основу овога се смајра да је та ствар легирана*

cum ei legatum sit, cui nullo modo legari possit uelut peregrino, cum quo testamenti factio non sit. quo plane casu senatus consulto locus non est.

²⁴ G.2.220 *Unde intellegimus nihil aliud secundum nostrorum praeceptorum opinionem per praeceptionem legari posse, nisi quod testatoris sit. nulla enim alia res quam hereditaria deducitur in hoc iudicium. itaque si non suam rem eo modo testator legauerit, iure quidem civili inutile erit legatum, sed ex senatus consulto confirmabitur. aliquo tamen casu etiam alienam rem per praeceptionem legari posse fatentur: ueluti si quis eam rem legauerit, quam creditori fiducia causa mancipio dederit; nam officio iudicis coheredes cogi posse existimant soluta pecunia luere eam rem, ut possit praecipere is, cui ita legatum sit.*

per vindicationem. За ову изреку се каже да је поштована конституцијом божанској Хадријана.²⁵

SC Neronianum се у том случају примењује само у ситуацији када ствар није била у квинтској својини тестатора:

G.2.222 По том дакле мишљењу ако је та ствар припадала преминуломе по праву Квинтија, може се од стране лејатара захтевати својинском поужбом, било да је он један од наследника било ван круга наследника; а ако је била само у добрима шестаторова, лејат ненаследнику ће свакако бити важећи на основу Сенатске одлуке, а наследнику међутим ће припадати поужбе за поделу породичне имовине; уколико ни по једном праву није била шестаторова, по основу Сенатске одлуке ће бити важећи лејат како наследнику тако ненаследнику.²⁶

Гај не каже да је неко од ових мишљења већински прихваћено. Ипак, не треба заборавити да је мишљење Прокулеанаца имало упориште у императорској конституцији, те је за претпоставити да му је у пракси давана предност.

Врло је вероватно да су се по основу *Neronianum*-а могле спасити од неважности и друге тестаментарне диспозиције (нпр. тестаментарне манумисије и именовање татора), а не само легати. Институције о томе ћуте, а текстови правника цитирани у Дигестама у којима се спомињу овакве санације тестаментарних одредаба не позивају се директно на *SC Neronianum*.²⁷

Бројна су питања која се могу поставити увези *SC Neronianum*-а на која Институције, а ни други извори, не дају директне одговоре: питање његовог доношења и назива као и извора у којима се помиње; затим, по којем правном систему је остваривана процесна заштита по основу овог сенатусконзулта; како су класични правници схватили његово дејство; да ли се ради о санацији неважности због недостатка форме или неких других недостатака. Покушаћемо да дамо одговоре на ова питања.

²⁵ G.2.221 *Sed diuersae scholae auctores putant etiam extraneo per praeceptionem legari posse, proinde ac si ita scribatur: TITIVS HOMINEM STICHVM CAPITO, superuacuo adiecta PRAE syllaba; ideoque per uindicationem eam rem legatam uideri: quae sententia dicitur diui Hadriani constitutione confirmata esse.*

²⁶ G.2.222 *Secundum hanc igitur opinionem, si ea res ex iure Quiritium defuncti fuerit, potest a legatario uindicari, siue is unus ex heredibus sit siue extraneus; quod si in bonis tantum testatoris fuerit, extraneo quidem ex senatus consulto utile erit legatum, heredi uero familiae heriscundae iudicis officio praestabitur; quod si nullo iure fuerit testatoris, tam heredi quam extraneo ex senatus consulto utile erit.*

²⁷ Giuffrè, *op. cit.*, стр. 145-146.

Одакле потиче назив ове сенатске одлуке и како је донета?

Нема никаквог разлога да сумњамо у Гајев податак да је овај *SC* донет *Nerone caesare auctore* (G.2.197). Тачан датум доношења није познат.²⁸ Оно што би могло да изазове сумњу, јесте питање како је сенатска одлука са Нероновим именом успела да преживи *damnatio memoriae* овог императора? Додуше, позната нам је још једна сенатска одлука са оваквим именом, и то у сродној материји форме тестамент.²⁹ Али оно што посебно „пада у очи“ је потпуно одсуство помена Неронове сенатске одлуке о легатима у делима правника унетим у Дигеста. Такође је упадљиво да се овај сенатусконзулт осим код Гаја помиње још само у *Tituli ex corpore Ulpiani* и у *Fragmenta Vaticana*, делима која су можда настала под утицајем Институција.³⁰ Готово општеприхваћено мишљење је да су одредбе о *SC Neronianum*-у намерно изостављене од стране Јустинијанових компилатора. С обзиром на то да у посткласично доба више није било строге форме легата као у класично доба, ова сенатска одлука је постала непотребна и зато текстови који су се односили на њу нису унети у Дигеста. Међутим, могуће је да се помињање Неронове сенатске одлуке у Гајевим Институцијама и делима насталим под њиховим утицајем, и, са друге стране, ћутање осталих извора о томе, може објаснити и мањом одбојношћу према Нероновој личности од стране Гаја, у односу на остале правнике.³¹

²⁸ Може се са сигурношћу рећи само да је да је донет за време Неронове владавине, дакле између 54. и 68. године нове ере. М. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990., стр. 742. Постоји и мишљење да би се овај *SC* могао датирати у 61. годину. Станојевић, *op. cit.*, стр. 143.

²⁹ Talamanca, *op. cit.*, стр. 721.

³⁰ Институције су извршиле снажан утицај на *Tituli ex corpore Ulpiani* (види нпр. F. Mercogliano: *Un'ipotesi sulla formazione dei "Tituli ex corpore Ulpiani"*, Index 18., Napoli 1990., стр. 185-207.) а има аутора који сматрају да су биле основни извор и за *Fragmenta Vaticana* (нпр. Giuffrè, *op. cit.*, стр. 130.).

³¹ Теорија о застарелости одредаба *SC Neronianum*-а као једином разлогу за њено непомињање у текстовима унетим у Јустинијанову кодификацију је „на климавим ногама“, пре свега зато што ни они који је заступају не могу да пронађу адекватно објашњење зашто се у оним поскласичним зборницима који су претпели утицај Гајевих Институција Неронијанум ипак помиње. Осим тога, Дигеста су у целини била више окренута прошлости римског права и садржала су доста одредаба које су у Јустинијаново доба биле застареле. Најзад, у Дигестама су сачувани и неки текстови правника у којима се расправља о оснажењу легата на начин који предвиђа Неронијанум, али ниједан од њих се не позива на сенатску одлуку са Нероновим именом. Ђуфре примера ради наводи следеће фрагменте: D.4.3.7.5; 30.39.2; 30.108.2; 30.85; 30.84.13; 31.76.8 (Giuffrè, *op. cit.*, стр. 145. нап. 111). И Гај у више наврата каже да су правници расправљали о пољу примене *SC Neronianum*-а. Дакле, сва је прилика да су правници класичног периода расправљали о Нероновој сенатској одлуци, али су избегавали да се на њу изричито позову, или бар да је назову правим именом. Насупрот њима, када Гај први пут помиње Неронову сенатску одлуку, његов тон је такав као да жели да истакне да је она донета на Неронов предлог: *Postea vero auctore*

Nerone caesare senatusconsultum factum est...(G.2.197). Треба рећи и да од свих класичних правника Гај убедљиво највише пута спомиње име императора Нерона: три пута везано за SC о легатима (G.2.197,212,218) и једном везано за једну одлуку о додељивању римског грађанства Латинима (G.3.33). Ако уз ово претпоставимо да су и текстови у *Tituli ex corpore Ulpiani* и, можда, у *Fragmantia Vaticana* у којима се помиње *SC Neronianum* настали под Гајевим утицајем, онда Нерон овом правнику има да захвали за већину спомена свог имена у нама познатим римским правним текстовима. Остали извори га спомињу само три пута: два пута везано за датацију једног *senatusconsultum*-а у материји фидеикомиса за који се каже да је донет *Neronis temporibus* (D.36.1.1.1-*Ulpianus libro tertio fideicommissorum*, I.2.23.4) и једном везано за *SC Sillianum* (PS.3.5.5). Најзад, једино Гај ословљава Нерона почасном титулом *Nero Caesar* (G2.197). Зашто би Гај био склонији Нерону од осталих правника? У практично свим римским текстовима личност овог императора изазива готово неподељену осуду. Мит о Нерону као крвожедном тиранину су углавном створили аристократски историчари попут Тацита (чије дело управо „кипти“ од мржње према режиму принципата, упркос ауторовој тврдњи да је писано *sine ira et studio*). Овај мит живео је у Риму вековима после Неронове смрти, а преко хришћанске традиције елигао је до наших времена, те се и данас оживљава у литератури и на филму. За овакву репутацију Нерон има да захвали пре свега својим крајње нетактичним односом према владајућим слојевима. За разлику од својих претходника, Нерон није остављао римском сенату ни привид моћи коју је имао у републиканско доба, и по начину владавине се приближио монархији хеленистичког типа. Затим, он је наставио Клаудијеву политику да на високе административне положаје доводи ослобођенике, мада су у складу са Августовском традицијом ова места требала да буду резервисана за еквестаре. Разумљиву мржњу римске елите појачавале су бруталне репресалије против аристократске опозиције. Најзад, фаворизовањем источњачке културе и манифестовањем наклоности према Грцима Нерон је успео да уједини против себе и шире слојеве становништва у Риму. (Види нпр. М. Ростовцев: *Историја старог света*, са енглеског превеле М. Михајловић и М. Ђурчија-Продановић, Нови Сад 1990., стр. 400., N. A. Maškin: *Istorija starog Rima*, (preveo s ruskog Miroslav Marković), Beograd 2005., стр. 391-396.) Не треба заборавити да Гај није био припадник аристократије, скоро сасвим сигурно није припадао ни сталежу еквестара. По неким ауторима можда је чак био потомак ослобођених робова. У сваком случају један је од ретких класичних правника који не припадају владајућем слоју. Затим, по веома популарном мишљењу, Гај је вероватно био пореклом Грк или оријенталац, или је био пореклом Римљанин али настањен на Истоку. У најмању руку морао је бити припадник прохеленског интелектуалног круга у Риму, на шта указује, поред осталог, његов стил писања, грчки цитати у његовом делу и примена метода грчке дијалектике. Дакле, неку везу са Истоком је морао имати. Стога се не види никакав разлог зашто би Гај имао одбојан став према Нероновом имену, коју су одбојност без сумње морали гајити правници из елитних друштвених кругова. Чак и ако сам није био Грк, за разлику од многих Римљана Гају грчка култура није била одбојна, и у том погледу је делио Неронов став. Затим, Гај живи у времену кад су припадници нижих друштвених слојева Хадријановом реформом државне управе удаљени са високих положаја у царској администрацији, који су у складу са августовском политиком имали да припадну еквестарима (нпр. Ростовцев, *op. cit.*, стр. 429.; Maškin, *op. cit.*, стр. 426-427). Ово је можда био разлог што наш Гај није могао да да допринос раду царске канцеларије, премда је несумњиво био врстан правник. Тек у време оријенталне династије Севера добиће римски грађани из источних провинција значајна места у управи. Друга два правника осим Гаја који спомињу Нерона су управо два висока службеника ове династије: Улпијан, који је рођен у Тиру у Феникији, и Паул, непознатог порекла, али вероватно је да је и он био са

Сматра се да је *SC Neronianum de legatis* био део једне шире акције реформе форме тестаментa и тестаментарних располагања која се одвијала средином првог века нове ере са циљем давања већег значаја *voluntas testatoris*.³² Не знамо да ли је ова активност била планска, или се одвијала спонтано, као одговор на конкретне проблеме који су се у пракси јављали. Друга могућност делује вероватније, не само због тога што је више у складу са општеприхваћеним казуистичким приступом у римском праву класичног доба,³³ већ и због тога што на то указује вероватна формулација сенатске одлуке.

Изворни текст сенатске одлуке нам није познат. Не само да није сачуван у оригиналу, већ га ни правници не цитирају. Гајеве Институције, *Tituli ex corpore Ulpiani* и *Fragmenta Vaticana* заправо разматрају *SC Neronianum* са становишта његове примене на легате. Не знамо да ли је могао имати неку примену и на друге тестаментарне диспозиције, као што су нпр. *tutoris datio* или *manumissio testamentaria*. Чак и у погледу свих случајева примене на легате, не знамо поуздано да ли су предвиђени самом Сенатском одлуком, или се до њих дошло накнадним тумачењем од стране правника. Једино око чега нема спора јесте примена на легат *per vindicationem* у ситуацији када је легирана ствар која није у квинтиској својини тестатора (G.1.197; UE.24.11a). Сва друга подручја примене *SC Neronianum*-а су била предмет расправе правника и из тога се може извући закључак да у тексту сенатске одлуке нису била изричито предвиђена. Због тога је мало вероватно да је Сенатска одлука садржала општу формулацију којом је било предвиђено да ће њоме бити саниран сваки легат неважећи због недостатка форме. Она се скоро сигурно односила само на легат *per vindicationem*, а на друге облике легата је њена примена проширена тумачењима по аналогiji. Ова тумачења је извела правна наука. Проширење примене *Neronianum*-а представља типичан пример правила која су изграђена радом правника, на основу једне сенатске одлуке чије је изворно поље примене морало бити доста ограничено. Оно је изведено уз доста полемике међу правницима и уз доста несагласности у решењима, тако да ова решења представљају и класичан пример *ius controversium*-а.

Истока. Као ни за Гаја, ни за њих име императора који се приликом одабира сарадника више руководио способношћу и лојалношћу него пореклом, чак и ако то аристократији није било по вољи, и који се одушевљавао грчком културом, није могло бити одбојно.

³² Giuffrè, *op. cit.*, стр.143. Треба се подсетити другог *SC Neronianum*-а о тестаментима, о којем смо говорили раније.

³³ Неки правник, магистрат или грађанин се вероватно обратио императору поводом једног конкретног случаја неважности легата, и онда је император уз помоћ својих правника сачинио текст сенатске одлуке који је предочио сенату, а сенат га је прихватио. Giuffrè, *op. cit.*, стр.157. Гајеве речи да је *SC* донет *Neroni caesaris auctoritate* (G.2.197) указују да је улога императора у његовом доношењу морала бити веома значајна.

Шта је основ за неважност легата који се санира применом Неронове сенатске одлуке?

Гај нам не оставља никакву сумњу у то да се ради о санацији недостатка форме. Из текста Институција се може закључити да је то било неподељено мишљење свих правника. Најјачи доказ за то је параграф G.2.218. У њему се разматра случај легата *per praeceptionem* у корист лица које није наследник. Овакав легат би био *iure civili* ништав, али правници нису били сагласни да ли се може оснажити по *SC Neronianum*-у. Гај најпре наводи мишљење Сабина по коме се не може оснажити ни на овај начин, јер *уиуџем Сенатске одлуке се оснажују они (леџаџи) који не важе њо цивилном њраву збоџ ѓрешке у речима (senatusconsulto ea tantum confirmantur, quae verborum vitio iure civili non valent)*, а не они који не важе због личности легатара. Са друге стране, Јулијан и мистериозни Секст сматрају да се легат у овом случају може оснажити применом Неронијанума, јер се ради о недостатку форме. По мишљењу ових правника, којима се изгледа придружује и аутор Институција, неважност због личности легатара би постојала када би било легирано лицу које нема *testamenti factio passiva*, нпр. перегрину, а не када је погрешно одабрана форма закључења с обзиром на личност леатара. Дакле, правници су расправљали само да ли се у конкретном случају ради о *verborum vitio* или не, јер ако није у питању *verborum vitio* нема места примени Неронијанума. Ван икаквог спора је да се *SC Neronianum* примењивао само када је у питању био недостатак форме (*viti-um verborum*).

Друго је питање одакле овакав став потиче: да ли из изворног текста Сенатске одлуке или из тумачења правника? Већински је прихваћено становиште да је изворни текст садржао одредбу по којој се путем ове сенатске одлуке санира недостатак услед *verborum vitio*. Ипак вреди поменути и мањинско мишљење које заступа Ђуфре, по коме је текст Сенатске одлуке у првом реду имао у виду материјалну грешку, тј. заблуду у погледу својине на легираној ствари, а да је схватање по коме се Нероновом сенатском одлуком санира неважност легата по основу погрешке у речима плод тумачења јуриспруденције.³⁴

Овај Ђуфреов став не може се прихватити, зато што се ни на једном месту у римским правним текстовима не види да је овај проблем схватан на било који други начин осим као недостатак форме, и нема разлога да се сумња да је тако било и у изворном тексту сенатске одлуке. Можда би Ђуфреово становиште више одговарало модерној правној логици, али нема индиција да су римски правници размишљали на овакав начин. За класичаре

³⁴ Giuffrè, *op. cit.*, стр.148-149. Литературу *in contrario* наводи сам аутор у фусноти 115 на стр. 148.

је свака ситуација у којој није примењена одговарајућа форма, а посао би био пуноважан да је предузет у прописаној форми, значила грешку у форми. Шта је до ње довело, да ли заблуда у предмету или личности или непознавање прописаних формалности, проста омашка писара тестаменталног или неки други разлог, нема значаја. Па и ако је текст одлуке имао у виду само случај легирања ствари која не припада тестатору у форми *per vindicationem*, то не мења ништа на ствари и не искључује да су састављачи Сенатске одлуке ову проблематику схватили исто као правници који су је тумачили.³⁵

У оквиру којег правног система и путем којег процесног средства је постигнута процесна заштита по основу *SC Neronianum*-а?

На више места Гај супротставља правила *ius civile*-а правилима *SC Neronianum*-а, тако што каже да се путем ове одлуке оснажује легат који не важи по цивилном праву.³⁶ На исти начин се изражава и састављач *Tituli ex corpore Ulpiani*.³⁷ Ово је основни разлог зашто је данас углавном прихваћена теорија по којој је заштита легата санираног по *SC Neronianum*-у остваривана на плану хонорарног права. Постоји и мишљење да Гај супротставља *Neronianum* правилима *ius civile*-а зато што га сматра новим правом (*ius novus*) и да процесна заштита није излазила из оквира *ius civile*-а. Најзад, према неким ауторима, процесна заштита је остваривана у оквиру старог *ius civile*-а.³⁸

³⁵ У ствари, као једини прави аргумент за своју теорију Ђуфре наводи да су римски тестатори редовно користили помоћ стручњака приликом састављања тестаменталног, те да је стога била мала вероватноћа да дође до грешке у форми (Giuffrè, *op. cit.*, стр.148.). Ова аргументација не стоји, пре свега зато што је основна сврха форме тестаменталног у класично доба, са таблицама затвореним печатима сведока, управо да се сачува тајност тестаменталних одредаба до момента тестаторове смрти, те је сигурно да помоћ експерата није била могућа у свим случајевима. Осим тога, ако римски тестатори заиста нису грешили приликом састављања таблица тестаменталног, чему онда бројна тумачења којима су правници покушавали да дају правну снагу диспозицијама тестаменталног које нису биле у складу са прописаном формом? Ово важи пре свега за најважнију, ону у случају чије неправилности би цео тестамент био неважећи, именовање наследника. И, најзад, зар нису стручњаци могли да саветују тестатора и да добро провери да ли су ствари које оставља легатом *per vindicationem* заиста у његовој квинтиској својини, једнако као што су га саветовали око форме?

³⁶ *Sed sane hoc ita est iure civili. Postea vero auctore Nerone Caesare senatusconsultum factum est...*(G.2.197); *...non solum iure civili inutile est legatum, sed nec ex senatusconsulto confirmari* (G.2.198); *senatusconsulto ea tantum confirmantur, quae verborum vitio iure civili non valent...* (G.2.218); *...iure quidem civili inutile erit legatum; sed ex senatusconsulto confirmabitur.* (G.2.220).

³⁷ *licet iure civili non valeat legatum, tamen senatusconsulto Neroniano firmatur;* (UE.24.11a).

³⁸ Одличан преглед дела у којима су изнете и брањене ове теорије види у Giuffrè, *op. cit.*, стр. 153-155.

Свакако најбоље поткрепљена доказима, и зато најприхваћенија, је теорија по којој је заштиту легату оснаженом по основу сенатске одлуке дао претор, и то вероватно путем једне *actio utilis ex testamento*, која је у зависности од предмета могла бити *certa* или *incerta*.³⁹

Које термине римски правници користи за оснажење легата по *SC Neronianum*-у?

Изрази који се јављају у Гајевим Институцијама за оснажење легата по *SC Neronianum*-у су *convalescere* (G.2.218) и *confirmare* (G.2.198; 2.218; 2.220). *Confirmare* се јавља и у *Tituli ex corpore Ulpiani* (UE.24.11), као и у *Fragmenta Vaticana* (овде у облику *firmatur* - FV.85).

Израз *convalescere* се у Гајевим Институцијама јавља само једном, у значењу оснажења легата путем *SC Neronianum*-а (*ne quidem ex senatoconsulto Neroniano posse convalescere*).⁴⁰ У *Opus Gaianum*-у налазимо овај израз још само једном, у неправном значењу: оздравити од болести, извући се из неког лошег стања.⁴¹ Анализом других извора у којима се ова реч јавља у правном значењу може се утврдити да се углавном користи у значењу оснажења неважећег правног посла.⁴²

³⁹ Talamanca, *op. cit.*, стр. 742. Ово представља леп пример сарадње јурисдикционих органа у креирању права у класичном периоду. Иницијатива за доношење одлуке потекла је од принцепса. У њеној припреми су вероватно учествовали истакнути правници, а могуће је да је од неког од њих потекла и сама идеја о доношењу овакве одлуке. Одлуку је усвојио сенат, а процесну заштиту јој је дао правосудни магистрат. Најзад, учени правници су својим тумачењима проширили њену примену. Оваква сарадња различитих органа и субјеката у доношењу правних прописа је утрла пут спајању *iura populi romani* у јединствени *ius romanum*, јер разлике међу правним системима у Риму су управо произлазиле из тога што је било више стваралаца права.

⁴⁰ За значење израза *convalescere* видети посебно V. Giuffrè: "*Convalescere*" in *Gai 2.218*, Sintelesia Vincenzo Arangio-Ruiz, Napoli 1964., стр. 623-638.; види и V. Giuffrè: *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante "conversione" in diritto romano*, Napoli 1965., стр. 29-31.

⁴¹ D.39.6.31.3 *Gaius libro octavo ad edictum provinciale*. Ово је типичан пример употребе једне исте речи у правним текстовима, и то текстовима једног истог правника, али у два сасвим различита значења: једном правнотехничком и другом свакодневном, колоквијалном. У овом раду нећемо се бавити везом између римске и модерне терминологије, али желимо да напоменемо да су оба значења из латинског доспела у модерне језике. (V. Giuffrè: "*Convalescere*" in *Gai 2.218*, Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz, Napoli 1964., стр. 624-625.) У техничко-правном смислу се и данас говори о конвалесценцији као синониму за конвалидацију неважећих правних послова. (*Правна енциклопедија*, Београд 1985., Главни редактор Б. Благојевић, *Конвалесценција*, стр. 657-658.) И неправно значење ове речи се сачувало у многим језицима, па тако и у српском језику имамо у медицинском жаргону речи *реконвалесценциј* и *реконвалесценција*, које су изведене из латинске речи *convalescere*.

⁴² Јавља се пре свега у значењу оснажења ништавог поклона услед смрти поклонодавца, пре свега у случају даровања између мужа и жене, нпр. C.5.16.18 *A MARITO IN*

Честа употреба овог термина у изворима показује да се ради о правно-техничком термину. Њиме се, као прво, означава ситуација кад је посао *ab initio* ништав, па касније услед неких околности његов недостатак буде саниран. Затим, подразумева не само оснажење ништавих послова, већ и стварања услова да посао који није ништав, али је неефикасан, произведе дејство. Нпр. ако посао више не може да производи дејство јер је истекао раскидни рок, па се странке накнадно сагласе да ће посао наставити да производи дејство, Римљани и за овакву ситуацију користе израз *convalescere* (на пример у D.19.2.14).

Међутим, нема ни једног примера у изворима да се израз *convalescere* примењује на случај када посао који је рушљив касније постане пуноважан, нпр. због истека рока предвиђеног за употребу процесног средства којим се може поништити, или када странка на чијој је страни постојала мана воље накнадно дâ сагласност за закључење.

Дакле, о *конвалесценцији (оснажењу)* посла у римском праву се може говорити само у случају да посао не производи ефекте, при чему нема никакав значај да ли посао не производи ефекте због неког недостатка самог посла (ништавости) или је посао ваљан па због неких других околности, нпр. неостваривања одложног услова или истека рока, не може да произведе ефекте. Према томе, реч *convalescere* је у римском праву технички термин који означава оснажење посла који не може да произведе ефекат. Оснажење се може остварити или вољом странке (односно странка), или применом правне норме.

Convalescere је у римском праву технички термин са прецизним правним значењем, на шта указује његова употреба у текстовима. Чињеницу да је

UXOREM DONATIONE COLLATA MATRIMONII TEMPORE NEC TRANSFERRI POTEST NEC.....POTEST CONVALESCERE. Или: *Quoquaque tempore contemplatione mortis inter virum et uxorem donatio facta est, tractu tempore convalescit.* PS.2.23.6 (види и СТ.3.5.2.4(=BREV.3.5.2.4), D.24.1.33.2, D.24.1.59, PS.Int. 2.24.6), затим у случају поклона за случај смрти под одложним условом (PS.3.7.2), поклона оца сину под влашћу (PS.5.11.3). Употребљава се, што је за наше истраживање посебно важно, и за оснажење ништавог легата и фидеикомиса, нпр. C.6.37.4 *SERVIS TESTAMENTO DOMINORUM NON DATA LIBERTATE LEGATUM SEU FIDEICOMISSUM RELICTUM NON VALET NEC CONVALESCERE POTEST...*(*Легат или фидеикомис остављен робу којем господаревим шесцаменом није подарена слобода не важи ниш се може оснажити (convalescere)*). У значењу оснажења неважећег посла се користи и везано за тестамент (D.29.1.13.2) и стипулацију (D.23.3.22), те закуп (D.19.2.14). Да се ради о техничком термину који се користио за оснажење неважећег правног посла показују и познате регуле класичних правника: *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.* (Paulus libro octavo ad Sabinum, D.50.17.29); *Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest.* (Licinius libro secundo regularum, D.50.17.210). Наравно, и у правним текстовима *convalescere* се понекад употребљава у неправном значењу. Тако се у Пауловим Сентенцијама користи у смислу оздрављења ментално оболелог лица (PS.3.7.2).

у питању технички термин не може да доведе у питање ни то што се нигде не појављује израз *convalescentio* нити неки други одговарајући апстрактни израз, већ само глагол *convalescere*, јер су такве апстрактне изразе класични правници ретко конструисали. То што нигде није дефинисан његов појам, што он има и неправно значење, што није апстрактан, нормалне су појаве у римској терминологији. Оно што је од значаја, јесте да је тај термин био у широкој употреби и са доста прецизним значењем.

Међутим, постоји један (али довољан) разлог због којег се може озбиљно сумњати да је израз *convalescere* технички термин за оснажење легата по Нероновој сенатској одлуци. Наиме, док се у другим случајевима оснажења правних послова јавља доста често, везано за *SC Neronianum* се употребљава само једном.

На основу текста извора се види да је прави технички термин за оснажење легата по *SC Neronianum*-у ***confirmare***. *Confirmare* се у овом значењу јавља у G.2.198; 2.218; 2.220; UE.24.11; FV.85.⁴³

Да га Гај употребљава као синоним за *convalescere* види се из следећег текста:

2.218 Ошуда ако је леђрано ненаследнику, леђаи је неважећи; шииа-више како је Сабин иврдио не би се мојао **оснажиии** (*convalescere*) чак ни на основу Неронове сенатске одлуке: јер овом, иврди он, сенатском одлуком се **оснажују** (*confirmantur*) само они (леђаи), који збој трешке у речима не важе јо цивилном ираву, а не они који се не дујују збој саме личностии леђаиара.⁴⁴

Confirmare се може превести као *оснажиии* или *јоиврдиии*. Поред начина употребе ове речи у горе цитираним текстовима, на то указује и њена етимологија: префикс *con* и глагол *firmare*.⁴⁵

⁴³ *Confirmare* у класичном текстовима има и друга значења. Нпр., у Гајевим Институцијама појављује се и у значењу потврде садржаја таблица тестамена путем нункупације (G.2.104), и потврде кодицила у тестаменту (G.2.270a, 273). Користи се и у значењу потврде мишљења правника императорском конституцијом (G.2.221) и у значењу потврђивања правила *ius civile*-а путем решења преторског права (овде као герундив – *confirmandus* G.3.33b). Дакле, *confirmare* у ширем смислу значи потврдити један правни посао путем изјаве воље странке или једно правно правило применом неког другог правног прописа. Овом приликом нећемо се бавити свим значењима која тај израз има у класичном правном речнику, јер би то изашло из оквира овог рада.

⁴⁴ G.2.218 *Ideoque si extraneo legatum fuerit, inutile est legatum, adeo ut Sabinus existimaverit ne quidem ex senatus consulto Neroniano posse conualescere: 'nam eo', inquit, 'senatus consulto ea tantum confirmantur, quae uerborum uitio iure ciuili non ualent, non quae propter ipsam personam legatarii non deberentur'.*

⁴⁵ Изворно значење глагола *firmare* је *учврстииии*. Он има исти корен као и придев *firmus* (*чврст*, *стабилан*). Види: *Thesaurus linguae latinae*, Copyright 2003 K.G.; Software

Каква је правна природа санације легата по *SC Neronianum*-y?

На основу горе наведених текстова можемо да закључимо да по Гају и псеудо-Улпијану примена Неронове сенатске одлуке има за последицу оснажење неважећег легата. За данашње правнике ово би могло да звучи чудно. Ми би смо данас рекли, ако је сенатском одлуком прописано да ће се легат сматрати за важећи, онда је једноставно дошло до промене важећих правних правила. Легат је по основу сенатске одлуке пуноважан од самог почетка, и нема ни потребе за његовим оснажењем.

Међутим, већ смо видели да Гај више пута изричито и врло јасно каже да је легат на који се примењује *SC Neronianum* неважећи, и да се оснажује применом Сенатске одлуке, а исти начин изражавања се може запазити на једном месту и у *Tituli ex corpore Ulpiani*. Откуда то?

Одговор на ово питање није лак, пре свега зато што не знамо ништа поуздано о заштити овог сенатусконзулта. Како смо већ поменули, изгледа да се заштита остваривала путем преторског права, будући да Гај често истиче да легати не важе по цивилном праву, али се оснажују по сенатској одлуци. У том случају, легат остаје неважећи по цивилном праву, али ће се по тужби заинтересованог лица моћи оснажити на плану преторског права.

Чак и ако се заштита остваривала на плану цивилног права, то још не значи да је легат по сенатској одлуци производи дејство од почетка. Наиме, легат *per vindicationem* производи дејство у моменту смрти тестатора, на тај начин да се конституише право својине на ствари у корист легатара, тако да је он може захтевати својинском тужбом. Међутим, будући да се по Сенатској одлуци неважећи легат *per vindicationem* конвертује у важећи *per damnationem*, никакво право легатара на самој ствари неће настати у тренутку смрти тестатора, већ само могућност да ствар захтева облигационом тужбом, позивом на Сенатску одлуку, те је тако легат накнадно добијао правну снагу.

Дакле, ма на који начин да је остваривана заштита по основу *SC Neronianum*-а, радило о накнадном оснажењу неважећег легата по иницијативи лица које има правни интерес. И у томе је одговор на питање зашто Гај сматра да се Нероновом сенатском одлуком оснажује неважећи легат: зато што је он у моменту сачињавања тестамена, па и у моменту смрти оставиоца, заиста неважећи.

Закључак

Regula Catoniana прописала је да ће легат који је неважећи у моменту смрти оставиоца остати неважећи ма када да је оставилац умро. Ово значи да неважећи легат не може оснажити простим протеком времена, нити на

основу промењених околности. У ширем тумачењу, то је значило да неважећи правни посао не може никако бити накнадно оснажен.

Regula Catoniana је у класичном периоду уживала велики углед. Била је регула-модел на коју се угледало приликом конструисања нових правних правила. Принцип који је она прописала за легате, да посао који је од почетка неважећи не може бити накнадно оснажен, проширен је на све правне послове. Понављају га у својим регулама и класични правници. Ово начело није ни данас изгубило своју вредност, и нашло је место и у модерним грађанским законцима.

Па ипак, *Regula Catoniana* је и пример којим можемо илустровати колики је значај општих правних правила у једном казуистичком праву, какво је било римско класично право. Док се са једне стране њена примена ширила на све правне послове, у погледу њене изворне примене на легате може се уочити супротна тенденција. Број изузетака од правила да ће легат који би био неважећи у моменту сачињавања тестаментата остати неважећи био је толики да је ово правило у ствари било делимично дерогирано, чега су били свесни и класични правници.

Она се није примењивала на легате код којих рок не наступа у време смрти тестатора, већ у време пријема наслеђа. Такође, не примењује се на легате остављене под условом. Најзад, не примењује се на „нове законе“. Ово последње значи да у сукобу нових правних правила са Катоновом Регулом предност имају нова правна правила којима се Регула дерогира.

Један од нових прописа којима је сужена примена Катонијане у класичном периоду је и Неронова сенатска одлука (*SC Neronianum*). Овом сенатском одлуком било је предвиђено да ће се у случају да је тестатор легирао *per vindicationem* ствар која му није припадала у моменту сачињавања тестаментата сматрати да је остављен легат *per damnationem*. Класични правници су својим интерпретацијама поље примене Неронијанума проширили и на друге ситуације, као и на друге облике легата. Ово је учињено уз доста разлика у мишљењима међу правницима и уз доста несагласности међу решењима. Заједнички именитељ свих ситуација у којима се легат оснажује по основу Сенатске одлуке јесте да се ради о случајевима када је тестатор одабрао погрешну форму закључења, односно када би легат био важећи да је остављен у неком другом облику.

За легат који се оснажује на основу сенатске одлуке римски правници кажу да је неважећи (*inutilis, non valet*), али да по основу сенатске одлуке оснажује (*convalescit, confirmatur*). Дакле, у питању је накнадно оснажење неважећег легата, у складу са претпостављеном вољом тестатора, при чему се постижу ефекти слични, али не и идентични онима које би посао имао да је био *ab initio* валидан. Оснажење не наступа *ipso iure*, него по захтеву заинтересованог лица и, вероватно, путем одлуке претора.

SC Neronianum није био противан основном значењу Катонове регуле, по коме моменат у коме је тестатор умро није релевантан за питање оснажења легата, јер по Нероновој сенатској одлуци легат се оснажује по иницијативи заинтересованог лица, а не протеклом времена нити на основу промењених околности. Нпр., уколико је тестатор имао ствар само у бонитарној својини, па је оставио легатом *per vindicationem*, чак и ако је ствар пре смрти прибавио одржајем у пуну квинтиску својину, легат би, по Катонској регули, остао неважећи. Међутим, по *SC Neronianum*-у се легат у оваквом случају конвертује у *per damnationem*, што значи да ће важити чак и ако је тестатор умро пре него што је рок за одржај протекао! Дакле, и по *SC Neronianum*-у, као и по Катонијани, моменат смрти тестатора је ирелевантан, те можемо рећи да основни принцип који уводи *Regula Catoniana* није дерогиран Нероновом сенатском одлуком.

Међутим, дерогиран је принцип до кога се дошло ширим тумачењем Катонског правила, да се легат који је од почетка неважећи не може уопште накнадно оснажити. Свакако да је ово значајно сузило примену Катонијане на легате. Вероватно је да су случајеви које предвиђају *SC Neronianum* и из њега изведена тумачења правника били међу најчешћим случајевима у којима је долазило до неважности легата по основу Катонове регуле. Она се у класичном праву зато могла применити на легате само у ситуацији када дође до неважности легата из разлога недостатка *testamenti factio passiva* на страни легатара, или неког недостатка форме који се не може санирати путем Неронове сенатске одлуке (нпр. уколико легат није остављен на латинском, него неком другом језику), или уколико легат не важи због неважности тестамена у целини. Дакле, на основу *SC Neronianum*-а *Regula Catoniana* није била директно дерогирана, али је њена примена на легате сужена, и то, треба нагласити, на пољу преторског права. Наиме, легат који се оснажује применом Неронове сенатске одлуке остаје неважећи по цивилном праву, јер се његова „конвалидација“ остварује у оквиру другог правног система - преторског права, те можемо рећи да примена Катонијане није била сужена у оквиру *ius civile*-а.

*Samir Alicic, LL.M., Assistant
Law School of Novi Sad*

REGULA CATONIANA AND SC NERONIANUM

Abstract

Regula Catoniana regulates that a legacy void at the moment of drawing up the testament will remain void irrespectively of the time of the testator's death. In the classical period, application of the Rule of Cato spread and eventually it was formulated through the general principle that a legal deal that is void cannot be validated by mere lapse of time, not even based on changed circumstances. On the other hand, the original application of *Catoniana* on legacies narrowed. One of the acts by which the application of *Catoniana* was restricted is Nero's senate decision drawn up in the middle of the first century AD, which anticipated that a void legacy *per vindicationem* by which the testator legated somebody else's object is considered a valid legacy *per damnationem*. The application of this senate decision was expanded by lawyers' interpretation to all legacies void on account of wrong form choice. Nero's senate decision was not opposed to the fundamental meaning of the Rule of Cato, by which the moment of the testator's death is not relevant for the validation of legacy, because following Nero's decision legacy becomes valid by initiative of a concerned person and not by the lapse of time or on account of changed circumstances. However, the principle reached by a broader interpretation of the Rule of Cato has been derogated in that a legacy that is void from the beginning cannot subsequently be validated at all. Thus, on the basis of *SC Neronianum*, *Regula Catoniana* was partially derogated by way of praetorian law, but it was still valid in the domain of civil law, since legacy validated by senate decision remained void by *ius civile*.

Мр Аџила Дудаи, сарадник у настојави
Правног факултета у Новом Саду

PROMISSORY ESTOPPEL, АЛТЕРНАТИВНИ ОСНОВ ПРИНУДНЕ ИЗВРШИВОСТИ УГОВОРНИХ ОБАВЕЗА У АНГЛОСАКСОНСКОМ ПРАВУ

Сажетак: Примарни основ принудне извршивости уговорних обавеза у англосаксонском праву је постојање *consideration-a*, тј. да обећање (обавеза, пресјација) једне стране буде праћено противобожењем (контрапресјацијом) друге стране.

Међутим, чак и обећање које не испуњава услове *consideration-a*, може бити принудно извршиво, ако постоји један од два алтернативна основа принудне извршивости обећања, односно ако је добродично обећање дајено у посебној врсти форме или пак, ако постоје услови за примену *promissory estoppel-a*.

Promissory estoppel је институција *equity-a*, принципа суђења по основу правичности у англосаксонском праву. Овај институција је имао релативно дуго развојно поље од средине XIX века, када су се појавили први преседани у судској пракси, који су нагласили моћност принудног извршења уговорних обавеза које иначе не испуњавају услов *consideration-a*, није су дајени у посебној форми, до отприлике средине XX века када је он и коначно оформљен у судској пракси.

Без обзира на то да се појам *promissory estoppel-a* у нијансама разликује у енглеском и америчком праву, у суштини он у оба правна система служи истом циљу: онемогућавање даваоцу обећања да се позове на непостојање *consideration-a* не би ли избегао принудно извршење свој обећања, у случајевима када то начело правичности захтева.

У раду је посебна пажња посвећена §90 другог *Restatement-a* уговорног права у САД, који верно одсликава суштину овог институција, у смислу како је он у судској пракси и настојао. На крају, посебно ће бити предмет анализе његово основа и обима одговорности по основу *promissory estoppel-a*.

Кључне речи: *consideration, promissory estoppel, equity, принудна извршивост уговорних обавеза*

1. Уводне напомене

Уговорне обавезе се у *common law* правним системима, у принципу, могу принудно извршити једино ако је испуњен услов *consideration-a*. Најкраће, *consideration*, није ништа друго до синоним за двострану обавезност (синалагматичност) уговора, односно *consideration* постоји у свим уговорима у којима обећању једне уговорне стране противтежи противобећање друге уговорне стране (у складу са максимумом *do ut des*), при чему се појам обећања, односно противобећања схвата изузетно широко. У англосаксонском праву противобећања скоро сваке врсте и значаја (изузев само неких спорадичних случајева) представљају адекватну противчинидбу датом обећању, те је сваки уговор у *common law*-у двострано обавезан, ако су обе уговорне стране преузеле неку обавезу, макар како она на први поглед безначајна или ноторна била.¹ Уговорна обавеза (тј. обећање) је увек принудно извршива, ако је испуњен услов *consideration-a*, према томе *consideration* је у правним системима англосаксонског правног подручја општи и примарни основ (разлог) обавезности (принудне извршивости) уговорних обавеза. Но, то не значи да пуноважно и слободно дато уговорно обећање не може бити принудно извршиво у случају да не испуњава услов *consideration-a*. Један од алтернативних основа принудне извршивости уговорних обавеза је испуњење захтева одређене форме. Ово се примарно односи на добротина обећања, јер она по логици ствари не испуњавају услов *consideration-a*. Неформално обећање поклона не може се принудно извршити - добротина обећање поклона је принудно извршиво само ако је дато у форми одређене врсте исправе, у форми *deed-a*. Неутуживост неформалног обећања поклона није непознат појам ни у европској, континенталној правној традицији, што више, чак би се могло рећи да је опште правило и у континенталном праву да се усмено дата обећања поклона не могу принудно извршити.² Поред захтева форме, други алтер-

¹ Више о установи *consideration-a* види у раду аутора, *Појам consideration-a у англосаксонском праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, бр. 3/2006, стр. 449–472.

² Поклон који још није предат, а није сачињен у писменој форми, је природна облигација јер се не може принудно извршити. В. у овом смислу §943 Аустријског општег грађанског законика из 1811. године (*Allgemeiner bürgerliches Gesetzbuch, Kodex des österreichischen Rechts*, Orac Taschen-Kodex, 3. Auflage, Wien, 1997), §564 Српског грађанског законика из 1844. године (Грађански законик за Краљевину Србију, Збирка закона издавачког и књижарског предузећа Геца Кон, Београд, 1937), чл. 243. Швајцарског законика о облигацијама из 1911. године (Швајцарски законик о облигацијама, Институт за

нативни основ принудне извршивости обећања је *promissory estoppel*, једна од посебних врста *estoppel*-а.

2. Појам *estoppel*-а и *promissory estoppel*-а

Estoppel није ништа друго до једна општа установа *equity*-а, правичности као извора права у *common law* правним системима.³ У питању је перемпторни приговор туженог којим одбија принудно извршење једног захтева или права, из разлога што се захтев или право, чије се извршење тражи, противи једној претходној радњи или изјави тужиоца, или се пак противи једној другој чињеници која је правноснажно утврђена као исти-

упоредно право, Савремена администрација, Београд, 1976, пречишћен текст Закона са стањем на дан 1. маја 2007. године доступан је на интернет адреси <http://www.admin.ch/ch/d/sr/c220.html>). §518. Немачког грађанског законика из 1896. године за утуживост поклона захтева посебну, нотаријалну форму. Према томе, у немачком праву за утуживост обећања поклона није довољна ни проста писмена форма, већ се захтева нотаријална форма (Bürgerliches Gesetzbuch, Beck-texte im Deutscher Taschenbuch Verlag, 55. Auflage, München, 2004.). Слично је и у француском праву: чл. 931. Француског грађанског законика из 1804. године предвиђа обавезну нотаријалну форму уговора о поклону (Code civil, 104e édition, Dalloz, Paris, 2005). И по чл. 484. Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору из 1888. године обећање поклона је утуживо само ако је обећање дато у писменој форми. Међутим, и усмено обећање поклона је утуживо ако је обећање обезбеђено залогом (Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору из 1888. године, фототипско издање са оригинала из 1888. године, Цетиње, Обод-ООУР Издавачка дјелатност, 1980.).

Скица за законик о облигацијама и уговорима професора Михаила Константиновића у чл. 510. ст. 1. експлицитно предвиђа писмену форму уговора о поклону. Но, као и у свим другим споменутим европским класичним кодексима, и Скица у чл. 510. ст. 2. предвиђа пуноважност неформалног уговора о поклону покретних ствари, ако је предмет поклона предат, тј. ако је уговор о поклону испуњен. Испуњење уговора о поклону, према томе, лечи недостатак у форми уговора (Константиновић, Михаило, *Облигације и уговори: Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Класици југословенског права, Службени Лист СРЈ, Београд, 1996, први пут објављена 1969. године у издању Правног факултета у Београду). Закон о облигационим односима СФРЈ, па касније СРЈ и РС, из 1978. године (Сл. лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, Сл. лист СРЈ, бр. 31/93) уопште не регулише институт поклона, те се на институт поклона у складу са чл. 4. Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације (Сл. лист ФНРЈ, бр. 86/46) још увек примењује Српски грађански законик.

О питању утуживости неформалног обећања поклона у нашој доктрини в. Перовић, Слободан, *Облигационо право*, 6. издање, Службени лист СФРЈ, Београд, 1986, стр. 602-627., Перовић, Слободан, *Формални уговори у грађанском праву*, Научна књига, Београд, 1964, стр. 58., Салма, Јожеф, *О концептима поклона*, Право, теорија и пракса, Нови Сад, бр.11-12/1995. стр. 80-83., Салма, Јожеф, *Облигационо право*, 6. издање, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2007. стр. 56.

³ У погледу настанка и развоја *equity*-а в. Fleming, James, Jr, Hazard, Geoffrey, C., Jr., *Civil Procedure*, Foundation Press, New York, 5th edition, 2001, стр. 8-23.

нита.⁴ Према томе, *estoppel* је процесно средство одбране, а не напада, никако не може бити валидан основ тужбеног захтева⁵ - он може да послужи туженом „искључиво као штит, а никако као мач“.⁶ Судска пракса је изградила велики број разних врста *estoppel*-а, од којих су најзначајнији тзв. *equitable estoppel* и *promissory estoppel*. Заједничка особина свих врста *estoppel*-а је у томе да, услед наступања одређене правне чињенице, титулар одређеног права губи могућност принудног извршења тог права. *Equitable estoppel*, који се означава још и термином *estoppel in pais*⁷, је инструмент који спречава извршење неког права које је титулар стекао несавесно, фразулозним и погрешним представљањем одређених чињеница.⁸ Према томе, у бити *equitable estoppel*-а је погрешна презентација одређених чињеница, док је суштина *promissory estoppel*-а ипак у једном датом обећању, при чему обе уговорне стране могу бити потпуно савесне.⁹

Promissory estoppel је једна посебна врста *estoppel*-а, који онемогућава даваоца (по правилу добродиног) обећања да се позове на недостатак противобећања друге уговорне стране (тј. на одсуство *consideration*-а) да би избегао принудно извршење обећања које је он дао, под условом да се прималац обећања поуздао у њему дато добродино обећање и услед тога претрпео правно релевантну штету.¹⁰ Према томе, *promissory estoppel* је алтернативни основ принудне извршивости уговорних обавеза у *common law* правним системима у ситуацијама када није испуњен услов *consideration*-а (у питању је добродин уговор), а у чијој бити је поуздање примаоца обећања у њему адресовано обећање.

Што се функције *promissory estoppel*-а, као процесног института тиче, постоји разлика између енглеског и америчког права. У енглеском праву, исто као и у случају *equitable estoppel*-а, *promissory estoppel* је процесно средство туженог, док у америчком праву он може бити како процесно средство тужиоца тако и туженог.¹¹

⁴ Black's Law Dictionary (edited by Garner A. Bryan, 7th edition, West Group, St. Paul, Minnesota, USA, 1999) str. 570.

⁵ 'cause of action.

⁶ Beale, Hugh G., Bishop, W.D., Furmston, M.P., *Contract, Cases and Materials*, Butterworths, London, 1985, стр. 93.

⁷ Fuller, Lon L., Eisenberg, Melvin Aron, *Basic Contract Law*, 7th edition, West Group, St. Paul, Minnesota, 2001, стр. 25.

⁸ B. Black's Law Dictionary, op. cit., str. 571.

⁹ Farnsworth, Allan, *Contracts*, 4th edition, Aspen publishers, New York, 2004. стр. 93.

¹⁰ B. Black's Law Dictionary, op. cit., стр. 571.

¹¹ B. Kötz, Hein & Flessner, Axel, *European Contract Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997, стр. 70.

3. Настанак и развој института *promissory estoppel*-a

Доктрина *promissory estoppel*-a настаје током XIX века као реакција на случајеве у пракси, у којима уговорна обавеза није могла бити принудно извршена због неиспуњености услова *consideration*-a. Крута примена доктрине *consideration*-a би о одређеним случајевима довела до изузетно неправичних резултата, те је захтев правичности налагао да се у појединим случајевима и неформална добродина обећања принудно изврше. Врло дуго су случајеви овакве врсте били решавани путем тумачења уговора на начин да се заправо ни не ради о добродинам уговору, већ о теретном, чиме је формално био испуњен услов *consideration*-a. Такав је био, на пример, познати случај *Kirksey v. Kirksey* из прве половине XIX века.¹² Овај случај је типичан пример у којем је суд нашао вештачки (или помало извештачен) *consideration* не би ли прогласио уговор теретним и обавезе странака принудно извршивим. Исти овакви случајеви би у XX веку били решени помоћу института *promissory estoppel*-a. Но, дугачак је био развојни пут института *promissory estoppel*-a. Не треба заборавити да је у питању ипак само изузетак од општег правила да су само оне обавезе принудно извршиве које испуњавају услов *consideration*-a - неће свако обећање постати принудно извршиво само због тога што се прималац обећања поуздао у обећање и предузео одређене материјалне или правне радње на основу обећања, услед чега је претрпео правно релевантну штету.¹³ Ипак, *common law* је у периоду од средине XIX века до почетка XX века изгра-

¹² *Kirksey v. Kirksey*, 8 Ala. 131 (Ala. 1845). Чињенични супстрат овог случаја би се могао резимирати на следећи начин. Након смрти свог мужа, тужитељки је брат покојног обећао да ће се старати о њој и њеној деци, те да може да распрода сву своју имовину и да се заједно са својом децом досели на његово имање где ће их он издржавати. Тужитељка је поступила у складу са обећањем, али се врло брзо показало да тужени нема истинску намеру да се стара о њој и њеној деци (смештени су у једној помоћној просторији, тужени им није обезбедио адекватну исхрану и одећу, и сл.). На тужбу да се испуни дато обећање тужилац се позвао на немогућност принудног извршења свог обећања, будући да је оно добродина и није дато у писменој форми, те услов *consideration*-a није испуњен. Правичност је налагала судији да омогући принудно извршење датог обећања, имајући у виду да су се тужитељка и њена деца нашли и изузетно незахвалној ситуацији, али је то било могуће само у оквирима доктрине *consideration*-a. Тако је суд констатовао да је услов *consideration*-a испуњен, тј. да је уговор теретан, јер је тужитељчино понашање (распродаја целокупне имовину, досељење на имање туженог) валидно противобећање њој датом обећању.

¹³ Према речима Оливера Вендела Холмса (*Oliver Wendel Holmes*), истакнутог судије Врховног суда САД и једног од најзначајнијих правних теоретичара из друге половине XIX века, доктрина *consideration*-a би била исечена у коренима, ако би се дао обавезни карактер сваком добродинам обећању само због тога што се прималац обећања накнадно понашао на одређени начин, поуздајући се у дато обећање. *Commonwealth v. Scituate Sav. Bank*, 137 Mass. 301, 302 (1884).

дио институт *promissory estoppel*-а, те признао могућност принудног извршења неформалних доброчиних обећања у појединим категоријама случајева, напуштајући оквири доктрине *consideration*-а.

Прва таква категорија случајева у којима основ принудне извршивости доброчиног обећања није више био у неком вештачком *consideration*-у, већ у самом факту поуздања у дато обећање, се тицала доброчиних обећања преноса права власништва на земљи.¹⁴ Судови су признавали принудну извршивост доброчиних обећања преноса власништва на земљи примаоцу обећања, у случају да се прималац обећања, поуздајући се у дато обећање, доселио на земљиште и учинио одређене издатке у вези са непокретношћу (на пример изградио је или је почео да гради кућу на њему обећаном земљишту).¹⁵

Даље, својство принудне извршивости почетком XX века је добило и доброчино обећање оставопримца из уговора о остави (*bailment*).¹⁶ Оставопримац из доброчиног уговора о остави, поред своје основне обавезе да врати предмет оставе оставодавцу, може да обећа оставодавцу да ће и осигурати предмет оставе. Овакво обећање, само по себи није принудно извршиво, јер не испуњава услов *consideration*-а (уговор није теретан). Међутим, ако се оставодавац поуздао у обећање оставопримца да ће он осигурати предмет оставе, те оставодавац пропусти да осигура ствар која је предмет оставе, а та ствар током трајања уговора о остави пропадне, наступа примена *promissory estoppel*-а, и доброчино обећање оставопримца стиче својство обавезе која се може принудно извршити.¹⁷

¹⁴ Farnsworth, op. cit., стр. 91.

¹⁵ В. на пример случај *Greiner v. Greiner*, 131. Kan. 760, 293 P. 759 (1930).

¹⁶ *Bailment* је институт *common law*-а који нема непосредан пандан у континенталном праву. *Bailment* обухвата све случајеве када је једно лице (*bailee*) вољом или без воље власника неке покретне ствари (*bailor*) стекло државину на тој дотичној ствари, без намере да се стекне својина на ствари, и са обавезом да се ствар по протеку одређеног рока или по испуњењу одређеног услова врати власнику у државину. Према томе, у питању је општи институт који може имати или уговорни (остава, закуп, послуга, ручна залога, и сл.) или стварно-правни основ (на пример, налаз ствари или проста детенција). Тако, однос *bailment*-а настаје између оставопримца и оставодавца у погледу предмета оставе, закупца и закуподавца у погледу предмета закупа, али исто тако и између налазача ствари и непознатог (или познатог) власника ствари, као и између притежаоца и власника/држаоца покретне ствари. У циљу упрошћавања, у даљем тексту ћемо за институт *bailment*-а користи терминологију уговора о остави (уважавајући све непрецизности и непримерености таквог упрошћавања), али треба увек имати у виду да је у питању институт који има далеко шири опсег. У вези *bailment*-а в. Blacks Law Dictionary, op. cit., стр. 136-137, Story, J., *Bailments*, 9th edition, 1878, Brown, G.W., Sukys, P.A., *Business Law - with UCC Applications*, Glencoe, New York, 9th edition, 1996., Clarkson, Miller, Jentz, Cross, *West's Business Law*, Thomson, 9th edition, 2003, Goode, R., *Commercial Law*, Penguin Books, London, 2nd edition, 1995.

¹⁷ В. на пример *Siegel v Spear & Co.*, 234 N.Y. 479, 138. N.E. 414 (1923).

У трећу историјску групу случајева примене института *promissory estoppel*-а спадају случајеви неформалног обећања поклона/донација хуманитарним организацијама или удружењима. Будући да се ради о неформалном обећању донација, у питању је класичан случај обећања који се принудно врло дуго није могао извршити.¹⁸ Међутим, због општег друштвеног значаја таквих донација (пре свега из разлога филантропије) судови су настојали да таква неформална обећања поклона поткрепе неким „противобећањем“, чиме би се испунио услов *consideration*-а и постала принудно извршива.¹⁹ Но, без обзира на то да ли је у оваквим случајевима испуњен услов *consideration*-а, *equity* је временом признао могућност принудног извршења неформалног обећања донације, ако се прималац обећања поуздао у дато обећање и предузео неке материјалне или правне радње, тј. ако су били испуњени услови примене *promissory estoppel*-а.

Четврта категорија случајева примене овог института је везана за добротина обећања учињених у оквирима породичних односа. Обећање поклона члановима породице је природна облигација, и то најтипичнија, мада је било успешних покушаја да се такво обећање „поткрепи“ доктрином *consideration*-а.²⁰ Међутим, без обзира на то да ли је испуњен услов *consideration*-а, као у случају *Hamer v. Sidway*, обећање може бити принудно извршиво по основу *promissory estoppel*-а. Најзначајнији и још увек актуелан преседан у овом погледу је случај *Ricketts v. Scotthorn*.²¹

¹⁸ Farnsworth, op.cit. стр. 91.

¹⁹ Farnsworth наводи више интересантних случајева када су судови покушали да нађу неко противобећање или контрапрестацију, само да би обећање донација учиниле и принудно извршивом. Тако у једном случају суд је констатовао да је обећање примаоца донације да ће донацију користити само у одређене сврхе валидан *consideration* (*I&I. Holding Corp. v. Gaisnburg*, 12 N.E. 2d 532 (N.Y. 1983.)) или, у другом случају, да ће организација моћи да настави са радом ако добије предмет донације (*Allegheny College v. National Chautauqua County Bank*, 159 N.E. 173 (N.Y. 1927.)). Farnsworth op.cit. стр. 91.

²⁰ Као што је то и успешно учињено у познатом случају *Hamer v. Sidway*, Court of Appeals of New York, 1891, 124 N.Y.53S, 27 N.E. 256. Више о овом случају види у споменутом раду аутора.

²¹ *Ricketts v. Scotthorn*, 77 N.W. 365.367 (Neb. 1898). Случај се тичао једног лица које је својој унуци, запосленој у једном предузећу као књиговођа, издало једну сопствену меницу (*promissory note*), обавезујући се да јој на први захтев исплати 2000\$, износ који у то доба није био ни у ком смислу мали, и изјавио јој да је обезбедио себи такав посао да више ни она нити било ко други од његове унучади не мора да ради. Непосредно након овог догађаја, поуздајући се у обећање свог деде, унука, прималац обећања, је дала отказ на радном месту. Међутим, давалац обећања је за неколико година умро и извршилац тестаментa је одбио да испоштује његову обавезу из менице. Незадовољна унука је повела спор против извршиоца тестаментa, који се бранио приговором да је обећање дато без неке противчинидбе на страни унуче, те није испуњен услов *consideration*-а, а пошто обећање није дато у за то посебно предвиђеној форми, не постоји ниједан од могућих основа принудне извршивости датог обећања. Суд је случај пресудио по основу *equity*-а и донео одлуку

4. Концепт *promissory estoppel*-а у Енглеској

Савремени концепт *promissory estoppel*-а у Енглеској је формулисао лорд Денинг у чувеном случају *Central London Property Trust v. High Trees House Limited* 1947. године, који је још увек важећи преседан у погледу примене овог института.²² Случај се тичао уговора о закупу између власника и закупца једне стамбене зграде. Три године по закључењу уговора о закупу избио је други светски рат, услед чега је купац био у немогућности да одређени број станова у закупљеној непокретности изда у подзакуп трећим лицима. Из овог разлога, затражио је од власника непокретности да му смањи закупнину у одређеној сразмери, имајући у виду да није могао све станове издати даље у подзакуп, што је био његов основни мотив приликом закључења уговора о закупу. Власник непокретности је пристао на смањење закупnine, али је након завршетка другог светског рата покренуо парницу ради наплате пуног износа закупnine. По логици доктрине *consideration*-а, обећање куподавца у погледу смањења закупnine очигледно није принудно извршиво (оно је добродо, јер обећање умањења закупnine није било праћено противобећањем закупца). Суд је констатовао чињеницу да не постоји *consideration* за обећање у питању, али га је ипак квалификовао као принудно извршиво, позивом на начела *equity*-а.²³

Према томе, у енглеском праву примена института *promissory estoppel*-а подразумева да измене уговора учињене искључиво у корист једне уговорне стране, обавезују страну којој измене представљају већи терет, под условом да је знао да ће друга уговорна страна, у чију корист су измене уговора извршене, прилагодити вођење својих послова тим изменама, и да је то она стварно и учинила, и било би неправично да се у светлу околности конкретнег случаја уговор примени како је он изворно и гласио.²⁴

5. Концепт *promissory estoppel*-а у САД, према *Restatement*-у уговорног права

Резултати развоја института *promissory estoppel*-а кроз делатност судске праксе су синтетизовани у првом издању *Restatement*-а²⁵ уговорног права.

да је обавеза оставиоца принудно извршива јер се унука поуздала у дато обећање и предузела одређене радње на своју штету, тј. дала отказ на радном месту. Тиме је, како је суд констатовао, био испуњен услов *promissory estoppel*-а, као алтернативног основа принудне извршивости обавеза.

²² *Central London Property Trust v. High Trees House Limited* (1947) KB стр. 130.

²³ Ibid. стр. 140.

²⁴ Ibid. В. у овом смислу и Kötz, op. cit. стр. 70.

²⁵ *Restatement* (ристејмент) је уједначена збирка правних начела и института који регулишу одређену област права, издате од стране Америчког института за право (*American*

Први *Restatement* уговорног права дефинише *promissory estoppel* на следећи начин:

Обећање за које обећавалац може очекиваћи да ће примаоца обећања подстиакнути на предузимање или уздржавање од неке радње, неопозиве и суштинске природе, и које је стварно подстиакло примаоца обећања на предузимање или уздржавање од неке радње, обавезује даваоца обећања, под условом да се неправда може избећи само принудном извршиошћу дајоћ обећања.²⁶

Други *Restatement* уговорног права начелно не одступа од концепције *promissory estoppel*-а у првом *Restatement*-у, али га и значајно допуњује:

(1) Обећање за које обећавалац може очекиваћи да ће примаоца обећања или пређе лице подстиакнути на предузимање или уздржавање од неке радње, и које је стварно подстиакло примаоца обећања на предузимање или уздржавање од неке радње, обавезује даваоца обећања, под условом да се неправда може избећи само принудном извршиошћу дајоћ обећања. Накнада по овом основу може бити мања од постојеће накнаде, ако то захтев правичности налаже.

(2) Обећање доброволне донације и обећања из брачно-имовинских споразума су принудно извршива у смислу става 1. и без доказа да су и

Law Institute), која описује начела и институте у датој области права и прати њихов даљи развој. *Restatement*-и се не сматрају формалним изворима права, те правно нису обавезујући и судије нису обавезне поступати по њима, али је њихов практичан значај и утицај врло велики. Правна пракса прихвата ставове из *Restatement*-и су донети у следећим областима права: заступништво, сукоб закона (међународно приватно право), уговорно право, право међународних односа САД, пресуде, право које регулише рад правника, стварно право, право реституције, хартије од вредности, јемства и гаранције, проузроковање и накнада штете, право *trust*-ова, право конкуренције, и сл. *Black's Law Dictionary*, str. 1314-1315. Први *Restatement* уговора је донет 1932. године, који је у неколико наврата био предмет новелирања почев од 1962. године, да би 1981. године био објављен други *Restatement* уговора. Детаљније о *Restatement*-а уопште в. Ђајић, Сања, *Посејменити права Америчкој Правној институту*, Европски правник 3/2007, стр. 133-138, а у вези *Restatement*-а уговорног права в. на пример Beale, Bishop, Furmston, *Contract – cases and materials*, op. Cit., str. 59-60. У српској правној терминологији се назив *Restatement* по правилу не преводи већ се користи његова транскрипција на српски језик (ристејтмент), мада су учињени (иначе врло успешни) покушаји за његов превод на српски језик. Тако, *Restatement* је могуће превести синтагмом „зборник права“ (Станивуковић, Маја - Живковић, Миодраг, *Међународно приватно право*, Службени гласник Републике Србије, Београд, 2006, стр. 369-370. наведено по Ђајић, op. cit. стр. 133 фн. 1.) или „збирка правних правила“ (Ђајић, Ibid).

²⁶ *Restatement of Contracts*, §90.

A promise which the promisor should reasonable expect to induce action or forbearance of a definite and substantial character on the part of the promisee and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise (превод - А.Д.).

стварно подстиакла примаоца обећања на предузимање или уздржавање од неке радње.²⁷

Разлике између прве и друге верзије §90 *Restatement*-а уговора су следеће:

– Према првој верзији, до примене *promissory estoppel*-а ће доћи само у случају да је прималац обећања (тј. друга уговорна страна) била подстакнута на предузимање или уздржавање од неке радње, док друга верзија признаје и случај када је треће лице, а не друга уговорна страна, било подстакнуто на предузимање или издржавање од неке радње.

– Институт *promissory estoppel*-а је дубоко прожет начелом правичности. Из овог разлога, друга верзија садржи и одредбу о смањењу обима накнаде, у светлу начела правичности (накнада може бити и мања од потпуне). Литература истиче²⁸ да је ово разлог због чега је из првобитне формулације текста у другој верзији изостављена синтагма да обећање мора бити „неопозиве и суштинске природе“ да би се институт *promissory estoppel*-а могао применити. Како, према другој верзији текста, суд увек може да ублажи одговорност даваоца обећања по основу правичности, те постоји могућност да се овај институт примени и у случају када је поуздање у обећање проузроковало предузимање или уздржавање од неке радње која је опозива (према томе не настаје штета за примаоца обећања или је та штета реверзибилна) или није суштинске природе, јер ће суд у таквом случају моћи да одмери и мању накнаду од оне која обезбеђује потпуну накнаду штете примаоца обећања.

– За примену *promissory estoppel*-а је неопходно да је прималац обећања (или треће лице) стварно предузео или се уздржао од предузимања неке радње, поуздајући се у њему дато обећање. Ради се о политичком питању чији је терет доказивања на страни примаоца обећања, односно трећег лица. Међутим по другој верзији *Restatement*-а у таксативно наведеним случајевима, у случају обећања добротворне донације и обећања из брачно-имовинских споразума²⁹, не постоји обавеза доказивања стварног

²⁷ *Restatement of Contracts Second*, §90.

(1) *A promise which the promisor should reasonable expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires.*

(2) *A charitable subscription or a marriage settlement is binding under Subsection (1) without proof that the promise induced action or forbearance.* (превод - А.Д.).

²⁸ Farnsworth, *op.cit.* стр. 94. фн. 28.

²⁹ *Marriage settlement* је општи појам који обухвата како имовинске споразуме будућих супружника којим се регулише режим имовине коју ће супружници стећи током трајања брака (*prenuptial agreement*), тако и споразуме о деоби заједничке имовине, стечене током трајања брака (*postnuptial agreement*). *Black's Law Dictionary*, *op. cit.*, стр. 981.

поуздања. Према томе, у ова два споменута случаја, обећање ће бити принудно извршиво и без тога да је доказано и стварно предузимање или уздржавање од неке радње, поуздавајући се у дато обећање.

6. Услови примене института *promissory estoppel*-а

Да би једно обећање, у случају неиспуњености услова *consideration*-а, ипак било принудно извршиво по основу *promissory estoppel*-а, као алтернативног основа принудне извршивости уговорних обавеза, неопходно је да се испуне следећи услови:

- постојање обећања које је навело примаоца обећања на предузимање или уздржавање од неке радње,
- да је обећавалац у моменту давања обећања био свестан или морао бити свестан да ће његово обећање проузроковати поуздање у то обећање,
- обећање треба да буде непосредан узрок предузимања или уздржавање од неке радње примаоца обећања, односно треба да је дошло да стварног поуздања у дато обећање, с једне стране, а и само поудање мора бити разумно, с друге, и
- у светлу околности случаја, обећање ће бити принудно извршиво само ако се неправда на други начин не може избећи.

а) *Обећање*. Слично као и у случају *consideration*-а, одговорност обећаваоца по основу *promissory estoppel*-а је ограничена опсегом самог обећања. Према томе, први и основни чинилац у заснивању одговорности обећаваоца по овом основу је само обећање, тј. оно мора да поседује одређене квалитете. Обећање мора бити „јасно и коначно“ да би се поуздање у њега могло сматрати разумним.³⁰ Нејасна или хипотетичка обећања не сматрају се објективно разумним основом за предузимање или уздржавање од неке радње од стране примаоца обећања.

б) *Свест о могућности поуздања у дато обећање*. Обећавалац треба да је имао разлога да очекује поуздање примаоца обећања у дато обећање, односно у моменту давања обећања морао је бити свестан могућности да ће прималац обећања предузети неку радњу или ће се уздржати од предузимања неке радње, поуздајући се у њему дато обећање. Јасно је да у случају *promissory estoppel*-а обећавалац није експлицитно тражио поуздање у дато обећање (јер би у том случају био испуњен услов *consideration*-а), али је разумно могао очекивати да ће до поуздања стварно и доћи. Да ли је давалац обећања био или морао бити свестан могућности поуздања у дато обећања процењује се по објективном мерилу. Према томе, није

³⁰ *D'Ulisse-Cupo v. Board of Directors of Notre Dame High School*, 520 A.2d 217 (Conn. 1987).

релевантно да ли је он у конкретној ситуацији стварно знао или у светлу личних способности морао да претпостави да ће до поуздања доћи, већ је предмет анализе само обећање, у смислу да ли би једно разумно лице имало разлога да претпостави да ће до поуздања у обећање вероватно доћи.³¹

в) *Неојходносй йосйюјања сйварној и разумној йоуздања у обећање*. Трећи услов примене *promissory estoppel*-а у центар анализе поставља сам чин поуздања у дато обећања, односно чин предузимања неке радње или уздржавања од предузимања неке радње, поуздавајући се у примљено обећање. Тако, између предузимања или пропуштања одређене радње и обећања треба да постоји непосредна узрочна веза - поуздање у обећање треба да буде стварно, а не имагинарно. Одређена радња треба да буде предузета или пропуштена управо из разлога што је примаоцу обећања дато одређено обећање.³² С друге стране, и само поуздање у обећање треба да буде разумно. На пример, неће се моћи позвати на примену института *promissory estoppel*-а лице које је, услед обећања да ће му обећавалац исплатити износ од 2000\$, распродало сву своју имовину и почео да живи раскошним животом.

Од захтева да прималац обећања треба да докаже да је његово поуздање у обећање било стварно и разумно, прави се изузетак у случају обећања добротворних донација, као и у случају обећања из брачно-имовинских споразума.³³

г) *Захйев йравичносйи*. Према §90 другог *Restatement*-а уговорног права до примене института *promissory estoppel*-а ће доћи само ако се неправда на други начин не може отклонити. Другим речима, до примене овог института може доћи увек када то правичност налаже. Судови су врло ретко користили ову доста општу и непрецизну формулацију да би ускратили примаоцу обећања могућност позивања на институт *promissory estoppel*-а.³⁴ По нашем мишљењу, овај услов из §90 има више интерпретативну, него регулативну функцију, у смислу да је могућност примене *promissory estoppel*-а резидуална, тј. примарни основи принудне извршивости једног обећања треба да буду *consideration* и форма, и тек кад нема основа за примену ова два института, суд треба да провери да ли постоји могућност примене *promissory estoppel*-а. Можда ово објашњава чињеницу да су се амерички судови изузетно ретко позивали на ову клаузулу у циљу одбијања примене овог института.³⁵

³¹ В. Farnsworth, op.cit. стр. 95.

³² Без обзира на то што §90 другог *Restatement*-а уговорног права избегава употребу речи штета, из логике овог института јасно произилази да прималац, услед предузимања или пропуштања да се одређена радња предузме, мора да претрпи одређену штету да би до примене института *promissory estoppel*-а дошло. В. Farnsworth, op.cit. стр. 95. фн. 30.

³³ *Restatement of Contracts Second*, §90., став (2).

³⁴ В. Farnsworth, op.cit. стр. 96.

³⁵ Ibid.

7. Закључна разматрања

Common law уговорно право уместо појма уговорне обавезе или пресестије, оперише појмом обећања. Међутим, није свако обећање и принудно извршиво. Основну линију разграничења између обећања која нису принудно извршива (тј. природних или моралних облигација) и обећања која су принудно извршива (тј. правом санкционисаних облигација) представља појам *consideration*-а. Ако обећање испуњава услов *consideration*-а оно представља правом санкционисану обавезу. Међутим, и у оним случајевима када обећање није праћено противобећањем (не постоји *consideration*), оно може бити принудно извршиво ако је обећање дато у некој посебној форми, или пак ако је прималац обећања, поуздајући се у обећање које само по себи није принудно извршиво, предузео или пропустио да предузме одређене радњу, услед чега је претрпео правно релевантну штету. Према томе, поред форме, *promissory estoppel* је други могући основ принудне извршивости обећања.

Поставља се питање да ли је **основ одговорности** по основу *promissory estoppel*-а уговор (уговорно обећање) или деликт (противправна радња). Према једном схватању, иначе врло утицајном, основ одговорности у овом случају је у противправном понашању даваоца обећавања (будући да је својим понашањем навео оштећеника да предузме или пропусти предузимање неку радњу на своју штету), те овај институт повлачи за собом деликтну одговорност.³⁶ Ипак, прихватљивијим се чини став да се и у овом случају ради о уговорној одговорности, с тим да основ принудне извршивости уговорног обећања не представља *consideration*, већ институт *promissory estoppel*-а.³⁷

Друго питање, можда још интересантније од претходног, намеће дилема о **обиму одговорности**, односно за какву штету и до које мере ће даваалац обећања одговарати по основу *promissory estoppel*-а. На деликатност овог питања указује и одредба *Restatement*-а да се накнада по основу одговорности за *promissory estoppel* може смањити, односно она може бити и мања од потпуне накнаде, ако то захтева примена начела правичности.³⁸ По основу *promissory estoppel*-а, накнада штете у начелу треба да одговара висини тзв. *reliance interest*-а. У *common law*-у постоје три метода за израчунавање висине одштете, мерених повређеним интересом оштећеног

³⁶ Gilmore, Grant, *The Death of Contract*, edited and with foreword by Ronald K.L. Collins, Columbus, Ohio State University Press, 1995 (first edition 1974), стр. 87. Овај изузетно истакнути аутор из области америчког уговорног права иначе генерално заступа теорију о постепеном нестанку уговорне одговорности, у корист деликтне: „оно што се сада дешава није ништа друго него апсорпција уговора у матични ток деликта“ (превод А.Д.). Ибид.

³⁷ B. Farnsworth, *op.cit.* стр. 99.

³⁸ *Restatement of Contracts Second*, §90, (1) in fine.

лица: *reliance interest*, *expectation interest* и *restitution interest*.³⁹ *Restitution interest* служи отклањању штетних ефеката стицања без основа, при чему је, по логици ствари, у центар пажње стицалац без основа, а не оштећено лице (накнада одговара вредности ствари које је стицалац без правног основа стекао). Из овог разлога, *restitution interest* није од нарочитог значаја за одмеравање накнаде штете проистекле из повреде уговора, или *promissory estoppel*-а, института тесно повезаног са појмом уговорног обећања.⁴⁰ *Expectation interest* означава добитак који је уговору верна страна основано очекивала од испуњења уговора, док *reliance interest* представља укупан износ трошкова предузетих у вези са закључењем и испуњењем уговора.⁴¹ Према томе, накнада по основу *reliance interest*-а представља накнаду стварно претрпљене штете, док накнада по основу *expectation interest*-а обухвата и изгубљену добит.⁴² Зависно од околности конкретнoг случаја, услед повреде уговора може се тражити накнада *expectation interest*-а, или пак и *expectation interest*-а и *reliance interest*-а кумулативно.

У случају када је једно уговорно обећање постало принудно извршиво услед примене института *promissory estoppel*-а, накнада штете примаоца обећања обухвата само накнаду по *reliance interest*-у, и то само оних трошкова који су разумно учињени од стране примаоца обећања. Ово је са-

³⁹ Оквири овог рада нам не дозвољавају да се детаљније упустимо у разматрање једног додатног питања, у питање санкција за неизвршење уговора у англосаксонском праву. За разлику од континенталног уговорног права, у *common law* уговорном праву у случају повреде уговора само изузетно постоји могућност за принудно извршење примарне обавезе из једне облигације (*specific performance*). Основни вид правне заштите облигација се испољава у накнади штете (*general performance*), док је *specific performance* само изузетак. В. у овом смислу В. Farnsworth, op.cit. стр. 734. У *common law*-у накнада штете ослобађа уговорну страну, која није испунила уговорну обавезу, од примарне обавезе, што у континенталном праву не мора бити (и по правилу и није) случај.

⁴⁰ В. у овом смислу В. Farnsworth, op.cit. стр. 733.

⁴¹ В. Fuller & Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 Yale Law Journal 52 (1936); Leitzel, *Reliance and Contract Breach*, 52 Law and Contemporary Problems 87 (1989).

⁴² Дуализам *reliance interest*-а и *expectation interest*-а је у начелном смислу врло слична пару појмова позитивног и негативног уговорног интереса, који је врло добро познат у континенталном уговорном праву. О појму и опсегу позитивног и негативног уговорног интереса В. Салма, *Облигационо љраво*, оп.цит., стр. 496-497; Радишић, Јаков, *Облигационо љраво - оишии део*, Номос, Београд, 2000, стр. 171. Тако, у начелу, појму *expectation interest*-а у англосаксонском праву одговара појам позитивног уговорног интереса у континенталном праву, док појму *reliance interest*-а појам негативног уговорног интереса. Међутим, треба избегавати аутоматизам у овој аналогiji, јер између ових института постоје и одређене разлике. Примера ради, штета негативног интереса обухвата и измаклу добит због пропуштања да се закључи повољнији уговор са трећим лицем, дакле профит из тог другог уговора, који је пропуштен (В. Салма, *Облигационо љраво*, оп.цит. стр. 497.), док *common law* судови врло ретко досуђују такву врсту измакле добити на име *expectation interest*-а (В. Farnsworth, op.cit. стр. 730).

свим разумно одступање од логике накнаде уговорне штете, јер циљ института *promissory estoppel*-а није обезбеђивање могућности накнаде и измакле добити примаоца обећања, већ да се он обештети за штету коју је стварно и претрпео због тога што се поуздао у једно иначе принудно неизвршиво обећање. Поред тога, чак и овако „скромно“ одмерену накнаду, суд може да смањи ако то налаже захтев правичности.

Разматрања у вези са основом одговорности, а посебно у вези са мером одговорности (висином одштете) по основу *promissory estoppel*-а, доводе до закључка да је ипак у питању један споредни и корективни институт *common law* уговорног права, чији је једини циљ да се ублажи ригорозна примена доктрине *consideration*-а.

Consideration и даље остаје основни разлог принудне извршивости уговорних обећања у *common law* правним системима.

PROMISSORY ESTOPPEL, AS AN ALTERNATIVE GROUND FOR RECOVERY

Abstract

One of the fundamental notions of law of contract at common law is certainly the institution of consideration. In order to have a legally binding and enforceable promise, it must be supported by consideration. If the promise lacks consideration, it will be held unenforceable, unless another ground of enforceability is present. The other two possible grounds for recovery are the requirements of form and the institution of promissory estoppel. This paper deals with the latter one.

The author first analyses the notion of promissory estoppel, its historical background in the American and English law and differences between promissory and equitable estoppels. Secondly, attention is paid to the regulation of promissory estoppel in the §90 of the First and Second Restatement of Contracts, relevant case-law and doctrine. Finally, the author makes an attempt to determine the legal nature of liability based upon promissory estoppel (whether it is an institution of contract law or tort law), on one hand, and the degree of liability measured by the standards of restitution, reliance or expectation interest, on the other.

Милена Павловић, асистент-приправник
Правног факултета у Новом Саду

ТРУДНОЋА И МАТЕРИНСТВО У ЗАТВОРСКИМ УСЛОВИМА

Сажетак: Затворска искушава жена се битно разликују од искушава мушкараца и условљена су како специфичним обележјима женског криминалитета, иако и неоспојањем диференцираних правила о извршењу казне лишења слободе која би била угодљива посебним потребама жена. Трудноћа и материнство представљају највеће препреке за остваривање начела једнаког третмана свих осуђеника и налажу не само кадровска и техничка прилагодљивања, већ и стварање посебних процедура у третману осуђеница. У раду су разматрана правила која регулишу стање затворених трудница и мајки и указано је на карактеристичне проблеме и решења затворених жена који су повезани са вршењем родитељских дужности у оквиру затворске институције.

Кључне речи: пениологија, затвор, жене, установе за жене, трудноћа, материнство

УВОД

Пол представља један од основних критеријума на основу кога се врши класификација осуђених лица у казнено-поправним установама, а раздвајање мушкараца од жена је једно од најбитнијих начела на којима се заснива модеран систем извршења казне лишења слободе. Издвајањем осуђеница из опште осуђеничке популације и њиховим смештањем у посебне установе, ствара се могућност да се жене посматрају као диференцирани, али истовремено хомогени део затворске популације, што допри-

носи уочавању специфичних тешкоћа и изазова затворског живота који искључиво карактеришу овај пол.

Проблеми жена, који се битно разликују од оних са којима се сусрећу мушкарци, условљени су бројним факторима. Најпре, жене чине веома мали проценат од укупног броја затворених лица. Тај проценат се у свету, у просеку, креће од 2 до 9%¹ и верно осликава учешће жена у криминалитету уопште. Малобројна женска осуђеничка популација доприноси стварању и одржавању стереотипа о криминалитету као типично мушкој појави, што доводи до схватања по којима је женски криминалитет појава која је неприродна, при чему се жене, као учиниоци кривичних дела, сматрају не само прекршиоцима законских, већ и друштвених норми углавном повезаних са специфичним схватањима породичне и родитељске улоге жене. На тај начин се осуђенице додатно стигматизирају у односу на мушкарце.

Мали број осуђеница условљава и смештајна решења, те се жене углавном упућују у централизоване установе, или, у довољно великим државама, у једну од неколико установа за жене. У сваком случају, оба решења могу да доведу до тога да затворенице казну лишења слободе издржавају у месту које је знатно удаљено од њиховог редовног пребивалишта, чиме се отежава одржавање веза са породицом и кидају контакти са примарном социјалном средином.

Криминалитет жена није толико разноврстан као криминалитет мушараца, већ је ограничен на одређена кривична дела, односно одређене форме криминалног понашања. Структура осуђеница није сувише различита, нема јасног разликовања на "добре" и "лоше", те неформални систем знатно другачије функционише него у установама за мушкарце. Услед отежаног и другачијег прилагођавања жена режиму живота у затворској установи, пенолошка сазнања и схватања о међусобној интеракцији осуђеника, као и њиховом односу према запосленима у институцији, стварању група и неформалном систему, се тешко могу применити на жене.

Напоследку, другачија искуства и проблеми жена у затворима се делимично могу приписати биолошким специфичностима женског пола, а нарочито онима које су повезане са вршењем репродуктивне функције. Трудноћа и материнство представљају готово једине појаве у погледу

¹ Ово је случај у око 80% земаља у свету, иако има земаља и са знатно нижом и вишом заступљеношћу жена. Више података видети у: Walmsley, Roy, *World Female Imprisonment List: Women and Girls in Penal Institutions, Including Pre-trial Detainees/Remand Prisoners*, International Centre for Prison Studies, 2006. година, www.prisonstudies.org. У Србији је, у априлу 2006. године, од 6057 осуђених лица, било 187 жена (3,08%). Извор: Министарство правде Републике Србије, www.mpravde.sr.gov.yu.

којих закони и други акти прописују посебна правила и које истовремено условљавају највеће разлике између положаја мушкараца и жена у оквиру казнено-поправне установе.

НОРМАТИВНИ ОКВИР РЕГУЛИСАЊА ТРУДНОЋЕ И МАТЕРИНСТВА У ЗАТВОРСКИМ УСЛОВИМА

Трудноћа и порођај, као и постнатална нега, представљају један од највећих изазова не само за осуђеницу, већ и затворску установу. Најпре, институција мора да обезбеди адекватне услове за негу затворенице, који не би смели пуно да се разликују од оних који постоје ван установе. У периоду пред порођај и након њега, затворски третман мора да се прилагоди посебном стању жене, нарочито у погледу обављања радних задатака и правила о изрицању дисциплинских санкција. Свакако највећу промену доноси рођење детета, јер оно подразумева долазак у установу новог "осуђеника", а пред законодавца поставља велику дилему: да ли дете, које за злочин мајке није одговорно, те нема разлога да борави у установи, након порођаја одвојити од осуђенице и препустити другим лицима на старање, или омогућити његов останак уз мајку, са потенцијалним изузетно позитивним дејством које ово може да има на процес ресоцијализације.

У доношењу ове одлуке, државама од помоћи могу да буду норме два најбитнија међународна акта који се баве третманом осуђеника: Минималних правила Уједињених нација за поступање са затвореницима² и Европских затворских правила Савета Европе.³ Оба акта се баве основним принципима и стандардима у третману затвореника и сугеришу правила уз помоћ којих се на најефикаснији начин може остварити савремена сврха извршења казне лишења слободе.

Минимална правила предвиђају да у установама за жене мора бити обезбеђен посебан смештај за преднаталну и постнаталну негу. То подразумева креирање одвојеног одељења или просторије који ће бити прилагођени потребама трудница, односно породиља. Ипак, овај акт указује на то да би најпогодније било да се сам порођај обави у редовној, вензатвор-

² Правила су усвојена на Првом конгресу УН о спречавању криминалитета и поступању са осуђеницима, одржаном у Женеви 1955. године, а касније су потврђена од стране Економског и социјалног већа УН, Резолуцијама број 663 Ц (XXIV) из 1957. године и 2076 (LXII) из 1977. године. Правила нису обавезујућа, али су често коришћена од стране држава приликом формулисања унутрашњих правних норми.

³ Препорука број Rec (2006)2 Комитета министара државама чланицама у вези са Европским затворским правилима из 2006. године. Ова препорука замењује препоруку број R (87)3, из 1987. године, услед потребе да се она ревидира и ажурира.

ској институцији, а уколико је дете ипак рођено у затвору, та чињеница не сме да буде садржана у родном листу, односно другој исправи у којој се бележи податак о рођењу.⁴

Када се ради о поступку са децом рођеном од осуђенице, односно о доношењу одлуке да ли дозволити да остану уз мајку, или их доделити оцу или другим сродницима на старање, правила не сугеришу исправно решење. Уколико државе ипак одлуче да дозволе останак детета у установи, сматра се да је неопходно обезбедити посебну просторију у којој ће се дете налазити и у којој ће се о њему старати квалификоване особе.⁵

Европска затворска правила садрже неколико одредаба које се односе на питања трудноће и материнства. Најпре, и порођај у затвору и ван њега се сматрају једнако адекватним, а уколико се он обавља у затвору, морају бити обезбеђени сви неопходни услови.⁶ Останак детета у установи треба да зависи од тога да ли је то у његовом најбољем интересу, а деца се никако не могу сматрати затвореником.⁷ Остале сугестије се односе на обезбеђивање посебног смештаја за овакву децу и ангажовање стручног особља које ће се о њима старати док мајка обавља редовне активности у оквиру установе (везане за рад, едукацију итд.).⁸

Дакле, оба документа полазе од чињенице да стање жена у периоду пре и након порођаја изискује посебну пажњу и негу. Ангажовањем стручног особља и изградњом посебних просторија у којима ће жене боравити, стварају се предуслови да трудноћа жена, као и постнатални период протекну у амбијенту налик оном који постоји на слободи, чиме би требали да се отклоне негативни утицаји затворске средине у овом периоду. Имајући у виду кадровске и друге тешкоће са којима се затворске установе иначе суочавају, творци правила сматрају да је оправдано и целисходно да се порођај обави ван установе, јер би креирање посебне неонаталне службе било неекономично. Ипак, међународна правила не дају дефинитиван одговор на питање да ли и колико дете треба да остане у оквиру установе. Решења у погледу овога могу оставити далекосежне последице и на мајку и на дете те се вероватно зато државама препустило да саме осмисле адекватан одговор. Правила само предвиђају, да уколико се национална законодавства одлуче да дозволе мајкама да задрже дете уз себе, оно због тога не сме да трпи негативне последице.

Услед непостојања јасних смерница, државе су овом проблему приступиле различито. Најригорознију праксу свакако имају Сједињене Аме-

⁴ Члан 23, став 1 Минималних правила за поступање са затвореницима.

⁵ Члан 23, став 2 Минималних правила за поступање са затвореницима.

⁶ Правило 34.3. Европских затворских правила.

⁷ Правило 36.1.

⁸ Правила 36.2. и 36.3.

ричке Државе, у којима се, у федералним и установама федералних јединица, дете по порођају, односно након дан или два, одваја од мајке.⁹ Велики број других земаља дозвољава да дете остане уз мајку и борави у посебним просторијама, с тим да постоје значајне разлике у погледу тога колико дуго боравак детета може да траје. Закон Србије предвиђа да дете може да остане у установи до навршене једне године живота, што је, у поређењу са другим државама, релативно кратак временски период.¹⁰ У Енглеској¹¹ и Француској¹², мајке дете могу да задрже до 18 месеци, а у Словенији до 2 године.¹³ Велики број држава боравак детета ограничава на 3 године (Грузија¹⁴, Естонија¹⁵, Италија¹⁶, Русија¹⁷, Шпанија¹⁸, Хрватска¹⁹ и Чешка²⁰). Поједине јужноамеричке државе предвиђају и дужи рок, те, на пример, у Аргентини, деца напуштају затворску установу тек са навршене 4 године.²¹ Битно је напоменути да је у одређеним земљама, као што је на пример, Енглеска, мајци чак дозвољено да дете рођено пре него што је она отпочела са издржавањем казне лишења слободе, поведе у затвор и задржи га до законског максимума, уз испуњење одређених услова.²² Као што

⁹ Извор: Федерални затворски биро, www.bop.gov. Тек су у последњих пар година, поједине државе у САД, као што су Илиноис, Калифорнија, Небраска и Њујорк, почеле да уводе програме у којима је мајкама дозвољено да задрже децу неколико месеци, уз примену интензивних едукативних мера. Међутим, критеријуми које жене морају да задовоље, како би могле да учествују у програму, су изузетно стриктни, те су ове мере ограниченог дмета. Видети детаљније у Radosh, Polly F, *Reflections on Women's Crime and Mothers in Prison: A Peacemaking Approach*, Crime and Delinquency, том 48, број 2, април 2002. године, страна 312.

¹⁰ Члан 106 Закона о извршењу кривичних санкција, "Службени гласник Републике Србије", број 85/05.

¹¹ Извор: Затворска служба ЊКВ, www.hmprisonservice.gov.uk.

¹² Извор: Министарство правде Француске, www.justice.gouv.fr.

¹³ Члан 62 Закона о извршавању казних санкција, доступан на <http://zakonodaja.gov.si>.

¹⁴ Члан 39 Закона о извршењу казне затвора, досупан на www.legislationline.org.

¹⁵ Члан 54 Закона о извршењу казне затвора, доступан на www.legislationline.org.

¹⁶ Извор: Министарство правде Италије, www.giustizia.it.

¹⁷ Извор: Федерална служба за извршење санкција, www.fsin.su.

¹⁸ Члан 38 Општег закона о извршењу казне затвора, доступан на www.legislationline.org.

¹⁹ Члан 111 Закона о извршавању казне затвора, доступан на www.nn.hr.

²⁰ Члан 67 Закона о извршењу казне затвора, доступан на www.legislationline.org.

²¹ Члан 195 Закона о извршењу казне лишења слободе, доступан на www.spf.gov.ar/FramePPal/Legislacion/3_ley_24660.doc.

²² Birmingham, Luke; Coulson, Diane; Mullee, Mark; Kamal, Manzar; Gregoire, Alain, *The Mental Health of Women in Prison Mother and Baby Units*, The Journal of Forensic Psychiatry and Psychology, том 17, број 3, септембар 2006. године, страна 397. Критеријуми које мајка мора да задовољава како би јој уопште био дозвољен боравак са дететом до навршених 18 месеци су следећи: смештај је у интересу детета; постоји слободно место;

сугеришу правила Савета Европе, већина закона води рачуна о томе да боравак детета у установи не сме да буде на његову штету, па одлуку о томе да ли ће дете у конкретном случају бити остављено у затвору препуштају надлежној особи у институцији или неком другом овлашћеном органу ван ње.²³

О мотивима законодаваца да поступе на одређен начин се може само спекулисати. Солуције су вероватно последица жеље да се пронађе адекватно решење за сукоб захтева да се, са једне стране, мајкама не одузме могућност да врше родитељске дужности и да се не прекине важна веза између мајке и детета која се нарочито успоставља у првим годинама живота, али и да се, са друге стране, детету обезбеди нормалан живот и адекватни предуслови за социјализацију, што је готово немогуће у затворској установи. Решења неких законодавстава, као што је, на пример руско, указују на то да је остваривање првог циља пуно важније. Иако је у овој држави боравак детета у установи ограничен на три године, он изузетно може бити продужен до навршене четврте године живота детета, уколико је мајци преостало још годину дана или мање до завршетка издржавања казне. Може се претпоставити да је већина држава које предвиђају рок од три или више година такво законско решење предвидела управо зато да би се што је могуће више скратио период раздвојености мајке и детета. Изгледа да остале државе, у које спада и наша, које предвиђају краћи рок боравка детета у установи, предност дају другом захтеву, односно нормалној социјализацији детета и одрастању ван затвора. Ипак, то не мора да буде случај, јер је законско решење можда условљено реалним проблемима као што је непоседовање услова за смештај деце у установи. У оним државама у којима је број осуђеница већи, знатнији је и проценат оних које су децу родиле у њој, што оправдава стварање посебних одељења у којима бораве све мајке и деца, које се могу опремити и конструисати сасвим налик онима ван установе. То деци може да пружи донекле нормалне услове за раст и развој, јер им није онемогућена комуникација и интеракција са другом децом, својим вршњацима, а доступни су садржаји усмерени на њихово правилно васпитање и образовање. Погодних услова за нешто такво, у државама као што је Србија, у којој се годишње у затвору роди тек неколико деце, свакако да нема, те то може бити основни разлог зашто дете напушта установу чим прође период пре кога би то било изузетно трауматично за мајку.

служба социјалног старања је дала сагласност; постоји велика вероватноћа да ће мајка након издржане казне наставити да се стара о детету; не постоје медицинске или правне препреке да се мајка стара о детету; тест не показује присуство опојних дрога; мајка се за време боравка са дететом уздржава од коришћења опојних дрога, итд. *Ibidem*, стр. 394.

²³ Видети односне законске одредбе наведених држава.

РЕАЛНИ ПРОБЛЕМИ ЗАТВОРЕНИХ ТРУДНИЦА И МАЈКИ

Иако нормативни акти регулисању трудноће и делимично материнства у затворским условима приступају вођени начелом изједначавања, односно приближавања услова у којима се одвијају онима који постоје на слободи, јасно је да се ове појаве битно разликују, тј. да затворски услови свакако не могу представљати природну атмосферу за рађање и одгајање детета. Без обзира на разумљиву тежњу да се гравидне затворенице пре свега третирају као труднице, а не осуђенице, реалне околности и проблеми ових жена представљају константну препреку за остваривање тог циља.

Као што је раније поменуто, структура кривичних дела за која осуђене жене одговарају није разноврсна и углавном је ограничена на лакше имовинске или преварне деликте, кривична дела повезана са коришћењем или стављањем у промет опојних средстава, док су тежа кривична дела, као што је наношење телесних повреда, злостављање или убиство, процентуално знатно мање заступљена.²⁴ У скорије време, уочава се тренд пораста броја затвореница које су починиле дела директно у вези са опојним дрогама (коришћење, држање ради продаје, купопродаја), или су осуђене за нека друга дела (нпр. имовинске деликте) која су починила услед зависности од дрога. У сваком случају, као и када се ради о мушкарцима, број осуђеница које су користиле или и даље користе дрогу је знатан. Ово представља посебан изазов за казнено-поправну установу, јер се поставља питање како водити трудноћу осуђене зависнице и шта је у најбољем интересу детета рођеног од такве мајке.

Специфични проблеми жена повезани су, такође, са малобројношћу женске затворске популације. Пошто осуђених жена нема довољно да би се у оквиру једне државе основало више установа, оне обично бораве у једној институцији, чији степен безбедности нужно мора бити прилагођен свим осуђеницама, па је стога за неке од њих сувише висок.²⁵ Док је у мушком затвору незамисливо да би, на пример, примарни саобраћајни делинквент могао да дође у контакт са вишеструким повратником из области организованог криминалитета, у женском затвору то уопште није не-

²⁴ Видети, нпр, Radosh, Polly F, op. cit, страна 304; Martin, Sandra L; Haesook, Kim; Kupper, Lawrence L; Meyer, Robert E; Hays, Melissa, *Is Incarceration during Pregnancy Associated with Infant Birthweight?* American Journal of Public Health, том 87, број 9, септембар 1997. године, страна 1528; Clarke, Jennifer G; Hebert, Megan R; Rosengard, Cynthia; Rose, Jennifer S; DaSilva, Kristen M; Stein, Michael D, *Reproductive Health Care and Family Planning Needs Among Incarcerated Women*, том 96, број 5, мај 2006. године, страна 834; International Centre for Prison Studies, *Guidance Note 13: Reforming Women's Prisons*, 2004. година, страна 4, www.prisonstudies.org.

²⁵ International Centre for Prison Studies, *Guidance Note 13: Reforming Women's Prisons*, страна 4.

могуће. Стога се јављају сугестије да се према женама примени другачији тип класификације него према мушкарцима, и да се чак и мале установе пројектују и изделе тако да омогуће класификацију осуђеница.²⁶ При томе, класификација може бити заснована на неким сасвим другим критеријумима од оних који се примењују према мушкарцима и који су углавном засновани на безбедносном ризику и ризику од бекства, што нису појаве нарочито присутне код осуђеница.

Осим тога, жене карактеришу специфични психички и социјални проблеми. Осуђенице су пре доласка у установу неретко преживеле различите облике злостављања, било у детињству или одраслом добу, биле незапослене и оптерећене лошом имовинском ситуацијом, а често су и једини родитељ деци рођеној пре доласка у установу. Истраживања показују да женска затворска популација знатно теже доживљава изолованост, односно да знатно већи проценат жена него мушкараца у затвору осећа присуство депресије, недостатка самопоуздања, стреса, гриже савести, конфузних мисли, губитка памћења, као и да има породичне и проблеме са пријатељима. Једина негативна психичка појава у погледу које је виша заступљеност мушкараца је агресија.²⁷

Наведене карактеристике врше значајан утицај на искуства трудноће и материнства у затворским условима и условљавају њихове специфичности у односу на незатворске. Најпре, сама изолованост и одвојеност од породице, а нарочито деце, за жене представља један од најтежих аспеката затварања.²⁸ Док се друге животне активности (рад, образовање, коришћење слободног времена итд.) донекле могу супституисати одговарајућим активностима у казненој установи, раздвојеност од блиских лица и немогућност одржавања редовних и садржајних контаката са њима је ненадокнадиво. Истраживања су показала да затворенице не доживљавају своју улогу мајке на неки посебан начин, већ су на њу привикнуте као и некриминалне мајке.²⁹ Посебност њиховог положаја не условљава другачији став о улози коју играју у одгајању детета, баш напротив, од затвореница се често може чути да је, без обзира на околности, најбитније бити добра мајка.³⁰

²⁶ Radosh, Polly F, op. cit, страна 309.

²⁷ Sheridan, Michael J, *Comparison of the Life Experiences and Personal Functioning of Men and Women in Prison*, Families in Society, том 77, број 7, септембар 1996. године, страна 429.

²⁸ Sheridan, Michael J, op. cit, страна 431; Williams, Lori; Schulte-Day, Sandy, *Pregnant in Prison-the Incarcerated Woman's Experience: a Preliminary Descriptive Study*, Journal of Correctional Health Care, том 12, број 2, април 2006. године, страна 86; Loper, Ann B, *How Do Mothers in Prison Differ From Non-Mothers*, Journal of Child and Family Studies, том 15, број 1, фебруар 2006. године, страна 84.

²⁹ Williams, Lori; Schulte-Day, Sandy, op. cit, страна 80.

³⁰ Ibidem, страна 85.

Иако затворска средина свакако представља атипичну атмосферу за рађање и одгајање детета, постоје ставови по којима је она, за одређене категорије жена, далеко безбеднија и боља од услова на слободи.³¹ Имајући у виду животне околности, као и психичке и социјалне особености великог броја затвореница, заиста се може тврдити да је за њих затвор једино место на коме могу добити адекватну медицинску заштиту и савете о трудноћи и здрављу.

Из овога произилази један од најбитнијих захтева савременог поступања са осуђеним женама, посебно трудницама и мајкама: запослени у установи морају да искористе изолованост жена од потенцијалних негативних спољних утицаја за указивање на позитивна искуства материнства, путем саветовања и различитих облика едукације. Мајке које су одвојене од деце су суочене са две врсте брига: како је њиховој деци сада и да ли ће након изласка из затвора бити у стању о њима да се брину, што је постепени проблем о коме треба повести више рачуна. Осим помоћи мајкама, у сарадњи са социјалним службама се могу применити и поступци асистенције деци са мајкама у затвору.³²

Стварање јаког мајчинског идентитета би могло знатно да умањи утицај одређених фактора криминалног понашања јер је оно, по својој природи, неспојиво са улогом и функцијом мајке. Показало се да третман чији је циљ да ојача жену, а који се примењује за време извршавања казне, даје добре резултате на психичком и социјалном пољу, али су они ипак краткорочни јер нису у стању да промене трајније социјалне, економске и културне услове живота са којима се мајке, након изласка из установе поново суочавају (незапосленост, несређене породичне прилике, злоупотреба опојних средстава).³³ Због тога је мере пеналне едукације потребно повезати са мерама постпеналне заштите, при чему материнство може да буде кључан фактор који ће женама дати мотив да се одупру негативним социјалним утицајима.

ЗАКЉУЧАК

Савремена пенологија све више идентификује посебне проблеме жена као затвореница и указује на потребу да се затворски третман прилагоди тим специфичностима. Трудноћа и материнство у том смислу представљају наочигледније појаве које налажу пажљиво и добро осмишљено поступање према женама.

³¹ Clarke, Jennifer G et al, страна 837.

³² Radosh, Polly F, op. cit, страна 309 и 311.

³³ Pimlott Kubiak, Sheryl; Young, Amy; Siefert, Kristine; Stewart, Abigail, *Pregnant, Substance-Abusing and Incarcerated: Exploratory Study of a Comprehensive Approach to Treatment*, Families in Society, том 85, број 2, април-јун 2004. године, страна 183-184.

Приступи законодавстава различитих држава регулисању овог питања се знатно разликују, али они углавном стоје на ставу да је одржавање везе између мајке и детета, било да је оно рођено у установи или ван ње, од есенцијалне важности. При томе, у једном броју држава се сматра да се овај циљ најефикасније може остварити (што дужим) задржавањем детета у установи, док друге нагласак стављају на едукативне и саветодавне активности које се примењују према мајци, док је боравак детета у установи од секундарног значаја.

Искуство одвојености од ближњих, а посебно деце је за затворене мајке изузетно болно и представља нов и још непознат животни изазов, који је најчешће само једна у низу неповољних ситуација које су током живота обележиле овакве жене. Због тога њихов однос према материнству, као главном и можда једином преосталом смислу у њиховом животу, треба искористити у циљу ресоцијализације и успешне друштвене реинтеграције.

*Milena Pavlović, LL.M., Assistant
Novi Sad Faculty of Law*

PREGNANCY AND MATERNITY IN PRISON CONDITIONS

Abstract

Prison experiences of incarcerated women distinctively differ from those of incarcerated men, and are conditioned by specific characteristics of female crime, as well as by non-existence of differentiated rules and regulations for the execution of prison sanction that would be adjusted to particular women's needs. Pregnancy and maternity thus present the largest obstacles for the equal treatment of all inmates and imply not only technical and staff modifications, but also the creation of a special approach towards imprisoned women. The paper examines law regulations that deal with status of incarcerated pregnant women and mothers and also points out special problems and difficulties of female prisoners that emanate from parenting from the inside of a prison.

Марко Кнежевић, сарадник у настави
Правног факултета у Новом Саду

УЛОГА ПОСРЕДНИКА У ЗАКЉУЧЕЊУ СПОРАЗУМА У ПОСТУПКУ ПОСРЕДОВАЊА

Сажетак: Нефлексибилност и недовољна ефикасност и економичност судског поступка с једне стране, и жеља странака да реше свој грађанскоправни спор на обострани интерес с друге стране, довели су до успостављања алтернативних метода решавања грађанскоправних спорова о правима којима странке слободно располажу. Један од таквих метода је посредовање – поступак у којем странке споразумно овлашћују пређе неутрално лице – посредника да им помогне у закључивању споразума, али без могућности да им намећне обавезујуће решење. Специфична ознака овог поступка, у односу на остале методе мирног решавања спорова, јесте посредник и његова активност на споразумном решавању спора странака. Садржину поступка посредовања чине преговарачка делатност странака и посредничка активност посредника, чији се задатак састоји у томе да странке тактично усмеравају ка праведном решењу спора. Целокупан поступак зависи међутим од вештине и технике посредника, с обзиром да странке нису саме способне да директним преговорима реше свој спор. Стога је посредник централна фигура у овом поступку, а за успех посредовања – споразум странака – одлучујућа је улога посредника. Законодавац изричитим нормирањем појединих радњи посредника одређује и његову улогу у закључењу споразума. Не споривајући му улогу најважније функције поступка, анализом радњи које посредник може да обавља, може се закључити да Закон ипак даје пасивнију улогу посреднику у закључењу споразума странака, у градацији са могућим модалитетима.

Кључне речи: Грађанскоправни спор, поступак посредовања, посредник, улога посредника.

I УВОД

Већ дуже времена запажени су континуирани напори државе и целокупног друштва, усмерени ка омогућавању ефикаснијег и економичнијег пружања правне заштите, нарочито у домену грађанског судског поступка. Евидентно је да је редовни пут правне заштите повређених или угрожених грађанских субјективних права – парнични поступак – по својој природи сложен поступак. Неопходно је да се предвиде све процесне гаранције за пружање постулиране правне заштите, те стога, парница неминовно траје одређени, дужи или краћи, временски период који у сваком случају није у интересу странака, као ни самом правосуђу које постаје преоптерећено, а тиме споро и неефикасно. Дуго временско трајање парнице води са собом и велике трошкове поступка, који могу да буду и кочица самом тражењу правне заштите. Најзад и окончање поступка пресудом, по природи ствари значи губитак на једној страни, а не ретко обе странке се осећају губитницима. Изложено стање није само иманентно нашој држави. Са неефикасношћу судства и скупим и дугим судским поступцима суочени су готови сви правни системи без обзира на политичко уређење, па чак и најразвијеније државе.

Из овог разлога, нарочито у последњим деценијама, трага се за другачијим начинима решавања правних спорова који би били у стању да конкуришу судском поступку, али не и да га искључе – методи алтернативног решавања спорова (АРС). У оквиру појма АРС-а, као најрепрезентативнији наводе се преговори, посредовање и арбитража. Посредовање или медијација, поступак који доживљава афирмацију у целом свету, није непознат ни нашем правном систему. Иако је као метод АРС по својој природи недржавног и неформалног карактера, неопходност остваривања функције посредовања и афирмација овог метода, довела је до потребе законског нормирања поступка посредовања. Велика пажња посредовању поклоњена је и у оквиру Комисије УН за међународно трговинско право – УНЦИТРАЛ – која је израдила 1980. године Правила о миреноу, док је 2002. године израђен и Модел Закона о међународном трговинском миреноу (у даљем тексту УМЗ). И Европска Унија и Савет Европе активни су у афирмацији и увођењу посредовања у националне правне системе.¹

¹ B. Recommendation Rec (2002)10 of the Committee of Ministers to member States on mediation in civil matters [Препорука Савета Европе Rec (2002)10 о посредовању у грађанским стварима]; Green paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law, COM(2002)196final [Зелени документ о алтернативном решавању спорова у грађанском и трговинском праву].

Наш законодавац, водећи се свим наведеним разлозима донео је Закон о посредовању – медијацији 2005. године² који представља нормативни основи за спровођење поступка посредовања – поступка у којем странке позивају треће лице да им помогне у мирном решавању њиховог спора. Да би се што потпуније приказала улога треће неутралне особе – посредника, неопходно је најпре сумарно приказати поступак посредовања и опште карактеристике посредника.

II ПОСТУПАК ПОСРЕДОВАЊА

Посредовање представља метод споразумног решавања спорова, где странке споразумно овлашћују треће неутрално лице – посредника да им помогне у закључивању споразума, али без могућности да им наметне обавезујуће решење.³ Према Закону, посредовањем се могу решавати спорови из имовинскоправних, трговинских, породичних, радних и других грађанскоправних односа, као и из управних и кривичноправних односа, о правима којим странке могу слободно да располажу, уколико није прописана искључива надлежност суда или другог органа.⁴ Сам назив овог поступка, према Закону није битан – то може бити сваки назив све док одговара изложеном појму посредовања. Ипак, важно је указати на поједине теримине који се данас користе као синоними посредовању, а то су мирење, односно концилијација. Гледано семантички, термин који користи Закон означава поступак према специфичној активности трећег лица, док мирење, односно концилијација стављању нагласак на резултат и циљ којем се тежи.⁵ Ипак, и поред могућег различитих значења ових термина⁶,

² Сл. Гласник РС бр. 18/2005, у даљем тексту: Закон.

³ Појам посредовања у чл. 2. Закона одговара изложеном, иако користи, сматрамо, погрешну терминологију. За означавање објекта споразумног решавања, користи се термин „спорни однос“, а не „спор“ који би више одговарао досадашњој домаћој правној терминологији (В. чл. 1. ЗПП и чл. 1. Закона о арбитражи). Такође, Закон означава учеснике поступка „странама“, појмом који одговара материјалном праву, а не „странкама“ с обзиром да се ради о поступку, дакле о зони процесног права. Наводи се пак, да је у Закону „намерно изостављен термин странке и уведен стране, јер се тиме указује на мирољубив ток и исход процеса (под.М.К.)“ Г. Михаиловић, *Коменитар Закона о медијацији*, Београд 2007, стр. 16. Самим признањем да се ради о процесу, изложени став губи на вредности. Довољно је да се не прави разлика у називима самих странака да би се одразила природа поступка.

⁴ Чл. 1. Закона.

⁵ С. Трива, М. Дика, *Грађанско њарнично ѡроцесно ѡраво*, Загреб 2004, стр. 924.

⁶ У појединим правним системима постоји разлика између мирења (коцилијације) и посредовања (медијације). Прво представља поступак у којем миритељ само омогућава и поспешује комуникацију између странака, док у другом случају посредник предузима активнију улогу, и сам предлаже решења спора. Више: Г. Станковић, Б. Старовић. Н. Петрушић, Р. Кеча, *Арбиѡражно ѡроцесно ѡраво*, Ниш 1999, стр. 209. В. Eric van Ginkel, *The*

данас се они сматрају синонимима, што најбоље показује УМЗ, из кога и наш Закон преузима одредбу о (не)значају назива поступка⁷, и томе следствено назива трећих неутралних лица.

Посредовање је према томе поступак решавања спора – скуп следећих радњи субјеката који у њему учествују. Међутим, оно је поступак споразумног, мирног решавања спора, и по томе се разликује од судског поступка, у којем се спор не решава споразумно већ обавезујућом одлуком трећег. Од осталих врста метода АРС-а, посредовање се разликује по учешћу посредника, као треће неутралне особе и по његовој активности. Дакле разликује се и од преговора, где само странке учествују и директно преговарају, и од арбитраже где странке такође предвиђају учешће треће неутралне особе, али којој поверавају и ауторитативно решавање спора.⁸ Посредник међутим не сме странкама да намеће обавезујуће решење,⁹ већ им само помаже да споразумно реше спор.

Субјекти поступка посредовања су странке, лица која су у спору, без обзира да ли постоји множина лица у једној странци или обе, и посредник или више њих – треће неутралне особе, које својим методама и вештинама посредују између странака и помажу им да дођу до споразума.

Поступак посредовања почива на основним начелим, која одсликавају суштину споразумног решавања спорова и служе да оно заиста освари своју пројектовану сврху. Ради се о начелима диспозиције, добровољности, приватности и поверљивости, неформалности, једнакости странака и хитности.

Начело диспозиције, израз инструменталног карактера сваког поступка у којем се решавају спорови грађанскоправне природе, последица је аутономије воље у домену материјалног права. Од воље странака зависи да ли ће покренути поступак, да ли ће и на који начин вршити радње у поступку и колико ће трајати поступак.¹⁰ И завршетак поступка, успешан или неуспешан, зависи од странака.

UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation – A Critical Appraisal, Journal of International Arbitration, vol.21/1, 2004, p. 1-65;

⁷ Чл. 1. ст. 3. УМЗ. В. *Uncitral Model law on international commercial conciliation with guide to enactment and use 2002*, United Nations, New York 2002, para. 7. p. 11.

⁸ Према ставу да арбитража спада у метод АРС-а можемо изразити резерву. Арбитража је по владајућем ставу у литератури одређена као паралелно судство, те стога и врши функцију суђења. Несумњиво да је арбитража алтернатива судском поступку, али је по својој функцији истоветна судском поступку. Зато се наводи да у методе АРС-а спадају сви они поступци који немају за резултат обавезујућу одлуку. В. А Узелац, *Мирење као алтернатива, у Мирење у грађанским, трговачким и радним споровима*, Загреб 2004, стр. 15-32.

⁹ Чл. 2. ст. 2. и чл. 25. ст. 2. Закона.

¹⁰ Ипак прави се изузетак у случају да је поступак покренут у току парничног или другог поступка – посредовање тада може да траје само 30 дана, осим ако суд или други орган не продужи време трајања поступка посредовања из оправданих разлога. В. чл. 13. Закона.

Међутим, начело диспозиције у поступку посредовања поприма другу димензију у односу на судски поступак – добровољност, као фундаментално начело посредовања. Само на основу изричите сагласности странака може се водити овај поступак.¹¹ Зато чуди одредба члана 12. Закона, која предвиђа да када „стране предложе или суд оцени да би спор могао да се реши посредовањем, упутиће стране на поступак посредовања“.¹² Уколико Закон као основно и прво начело предвиђа добровољност, зашто се омогућава да суд „упућује странке“, када од странака зависи целокупан поступак. Поучени прошлосту, од обавезног посредовања не може се пуно очекивати.¹³ Можда би била боља опција да ако суд оцени да је могуће споразумно решење спора посредовањем, треба да странкама препоручи овај поступак, па тек ако странке прихвате да одреди застој поступка.

Начело приватности и поверљивости, представљају фундаментална начела поступка посредовања без којих се не може очекивати успех посредовања. Неопходност изричитог нормирања ова два начела је и довела до законског уређења читавог поступка.¹⁴ У поступку је искључена јавност, и сви учесници су дужни да поштују приватност поступка. Све што се изнесе у поступку посредовања у циљу измирења не може се користити у било ком другом поступку, док суд или други орган који поступа у потоњем не сме да прихвати такве информације, предлоге и изјаве.¹⁵

Неформалност поступка одговара природи овог поступка. Странке се могу саме споразумети како ће се поступка спровести, а ако се не споразумеју, посредник одређује начин спровођења поступка водећи рачуна о околностима спора, интересима странака и захтеву хитности.¹⁶

Сваки поступак решавања спорова тежи да обезбеди неопходну равнотежу положаја странака. Ово је нарочито наглашено у поступку посредовања, где су странка у свему изједначене и равноправне.¹⁷ У поступку посредовања нема супротних странака, нема активне и пасивне странке. Обе странке су у једнаком положају са једнаким правима.

Потреба за што бржим решењем спора, изражена је већ као разлог за успостављање метода АРС-а. Зато се и за поступак посредовања предвиђа начело хитности¹⁸, које пак није ближе операционализовано роковима, те га треба испиративно тумачити током целог поступка.

¹¹ Чл. 3. Закона.

¹² Идентична је одредба садржана и у чл. 327. ст. 1. ЗПП са додатном операционализацијом да ће суд застати са поступком.

¹³ Мировна већа, која су била надлежна за обавезно мирење (посредовање) у одређеним поступцима, нису дала никаквог резултата, већ су предствљала само одлагање парнице.

¹⁴ В. Eric van Ginkel, *op.cit.*, loc.cit.

¹⁵ Чл. 6. и 7. Закона.

¹⁶ Чл. 9. Закона.

¹⁷ В. Чл. 4. Закона.

¹⁸ Чл. 7. Закона.

III ПОСРЕДНИК

Посредник је трећа неутрална особа кога странке споразумно овлашћују да посредује између њих у циљу споразумног решавања њиховог спора. Они су овлашћени да само помажу странкама у решавању њиховог спора – не могу наметати обавезујуће решење.¹⁹ Такође, посредник не може давати обећања нити гарантовати странкама одређени резултат поступка, већ је дужан да само посредује између странака и то без икаквих предрасуда.²⁰ Он мора да поступа једнако са сваком странком, непристрасно и независно. Уколико постоје околности које доводе у сумњу његову пристрасност, као нпр. лични интерес за исход поступка, посредник се мора изузети, и има обавезу да странке обавести о свим околностима које би могле да доведу у сумњу његову непристрасност.²¹ С друге стране, посредник се мора искључити уколико је судећи судија, арбитар или ако суди истим странкама у другом спору или је лице које поступа или је поступало у неком другом поступку.²² Посредник има права да се упозна са предметом и има права на трошкове, док су странке дужне да му пруже потребне информације у вези спора.²³

Посредник може бити начелно свако лице, без обзира на професију. Закон само наводи да то могу бити судије, адвокати и други истакнути стручњаци из различитих области. Ипак, од пресуђујућег значаја је личност посредника, његова вештина и умеће посредника, те се стога поклања велика пажња едукацији посредника.²⁴ Условне које треба да испуни лице да би обављало посредовање могу се поделити на апсолутне и релативне. Апсолутни услови су достојност за обављање посредовања²⁵ и негативни услов да лице није под истрагом и да није осуђиван за намерно извршено кривично дело.²⁶ Релативне услове²⁷ испуњава лице које: има

¹⁹ Чл. 2. ст. 2. Закона наводи да посредник није овлашћен да „странама намеће обавезан споразум“, што сматрамо такође погрешном терминологијом. Логички је неодрживо да се споразум може наметнути, уколико је споразум сагласност воља. Међутим, у чл. 25. ст. 2. Закона се ипак наводи да посредник „не може странама да намеће решење“. И УМЗ користи исту терминологију, као и наведени 25. члан Закона.

²⁰ Чл. 25. Закона.

²¹ Чл. 23. Закона.

²² Чл. 22. Закона. Посредник такође не може бити лице које је као адвокат заступало или заступа једну од странака, или је, односно ако је било законски заступник или старалац.

²³ Чл. 26. Закона.

²⁴ В. Н. Петрушић, *Спорови у правним односима и медијација*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 198-1999, стр.127.

²⁵ Чл. 20. ст. 1. т. 6. Закона

²⁶ Чл. 20. ст. 1. т. 5. Закона. Сматрамо да је редакцијска грешка кумулативни захтев да лице није под истрагом и да није осуђено за намерно извршено кривично дело. Језичким тумачењем, дошли бисмо до закључка да одређено лице, иако је осуђено за намерно извр-

високу стручну спрему; има најмање пет година радног искуства у поступцима решавања спорова и конфликта; завршило је програм обуке за посредника;²⁸ уписано је на списак посредника.²⁹ Наведени услови су релативни, јер Закон омогућава, додуше изузетно, да посредник може бити лице и које не испуњава наведене услове.³⁰

Начело страначке аутономије и консесуалности долази до изражаја и код одређивања (именовања) посредника. Странке споразумно одређују посредника, односно посреднике.³¹ Међутим, прави се разлика између ситуације када се поступак посредовања покреће пре судског или другог поступка, и када се покреће након покретања судског или другог поступка. У потоњем случају, Закон налаже странкама да могу да бирају посредника само са Списка. Закон изричито не захтева да странке бирају посредника са Списка када се посредовање спроводи пре судског или другог поступка.³² Поставља се питање, зашто се не даје слобода странкама да одреде лице ван Списка за посредника и након покретања судског поступка, када већ суд нема никаквог надзора над вођењем самог поступка, односно посредовање у овом стадијуму се ниучему не разликује од онога пре покретања судског поступка, осим што је временски ограничено. Ипак, временско ограничење трајања поступка и овлашћење судије да продужи поступак, немају никакве везе са посредником и његовом припадношћу Списку. У оба случаја пак, ако се странке не договоре о личности посредника, председник суда или другог органа одређује посредника са Списка који се води у његовом суду, односно органу. Следеће питање јесте да ли странке могу да овласте неког трећег да одреди уместо њих посредника – орган именован, *per analogiam* са арбитражним поступком.³³ Сматрамо да је могуће да странке уговоре ову могућност, јер Закон само говори о надлежности

шење кривичног дела може бити посредник, јер није под истрагом, и обрнуто. Ипак циљно тумачећи, треба оба услова посматрати изоловано, одвојено једно од другог. *Ratio legis* је да се лица која изазивају и најмању сумњу онемогуће да буду посредници.

²⁷ Чл. 20. ст. 1. т. 1-4. Закона.

²⁸ Програм обуке за посредника прописује министар надлежан за послове правосуђа. В. *Правилник о програму обуке за посредника*, Сл. Гласник РС бр. 44/2005.

²⁹ Списак посредника се води кој судова и других органа на тај начин што Председник суда или другог органа именује посредника, на захтев заинтересованог лица, из реда истакнутих стручњака који испуњавају захтеване услове. У даљем тексту: Списак; В. чл. 19. Закона.

³⁰ Чл. 20. ст. 2. Закона.

³¹ Закон само на једном месту спомиње могућност постојања више посредника – чл. 2, док у даљем тексту не спомиње више такву могућност. Међутим, овде није потребно, за разлику од арбитражног поступка, предвидети да њихов број буде непаран јер посредници не доносе одлуке већ помажу странкама, те нема препреке да их буде паран број.

³² Уп. ст. 1. и 2. члана 21. Закона.

³³ В. чл. 26. Закона о арбитражи.

председника суда да одреди посредника када странке не могу да се споразумеју, што није исти случај са органом именовања. Наиме странке органу именовања споразумно делегирају право да одабере посредника, што свакако није дефинитивно. Уколико орган именовања то не учини, саме странке се могу споразумети о личности посредника, или ће се обратити председнику суда да им одреди. На крају, овакав став је у потпуности у складу са начелом добровољности и страначке аутономије, као и начелом неформалности.

IV УЛОГА ПОСРЕДНИКА

Специфична ознака овог поступка, у односу на остале методе мирног решавања спорова, јесте посредник и његова активност на споразумном решавању спора странака. Садржину поступка посредовања чине преговарачка делатност странака и посредничка активност посредника, чији се задатак састоји у томе да странке тактично усмеравају ка праведном решењу спора.³⁴ Целукопан поступак зависи међутим од вештине и технике посредника, с обзиром да странке нису саме способне да директним преговорима реше свој спор. Оне покретањем поступка посредовања то на крају крајева и признају. Стога је и посредник централна фигура у овом поступку, а за успех посредовања пресудна је улога посредника.³⁵ Његова улога је, с друге стране усмерена ка једном циљу, а то је споразум странака, па и све радње које предузима су радње помагања странкама да закључе споразум.

У литератури се, а следствено томе и на нормативном плану, разликују различити модели поступка посредовања по критеријуму улоге посредника у самом поступку. Према томе, разликују се фацилитативно и евалуативно посредовање. Фацилитативно посредовање подразумева да посредник „упућује и усмерава странке да идентификују и размотре свако спорно питање, да спор сагледају у временској ретроспективи, да приближе своје ставове“.³⁶ Дакле улога посредника је само да омогући и поспеши комуникацију између странака, да им помогне у њиховим преговорима, што одговара и називу.³⁷ Евалуативно посредовање обухвата све наведене активности посредника, али му се даје још активнија улога. Он има овлашћење и да даје правне процене спора странака, односно правне проце-

³⁴ Н. Петрушић, *Поравнање у њоспјуику медијације*, Правни живот 12/2000, стр. 180.

³⁵ Н. Петрушић, *Спорови у правним односима и медијација*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 198-1999, стр.127.

³⁶ Н. Петрушић, *op.cit.*, стр. 127.

³⁷ Фацилитација – олакшавање, омогућавање.

не могућих решења спора. Посредник води више рачуна о правним аспектима спора, за разлику од фасилитације, где посредник више пажње поклања интересима странака. У погледу могућности давања предлога могућег решења, између ова два модела посредовања постоји разлика. У фасилитативном посредовању, посредник не даје предлоге решења спора, као нпр. предлог поравнања.³⁸ Напротив, код евалуативног посредовања, посредник то може да чини, и то је у складу са његовом активнијом улогом.

Закон у складу са начелом неформалности не регулише детаљно поступак посредовања, па тиме ни радње посредника. И заиста, поступак посредовања не би могао да оствари свој циљ уколико би се прецизно регулисао. Флексибилност поступка и могућност прилагођавања поступка околностима случаја и жељама странака од прворазредног су значаја.³⁹ Такође, наводи се да је неформалност у потпуности оправдана, с обзиром да посредник не доноси обавезујућу одлуку као судија, па ни нема разлога за строгу форму која би требало да обезбеди процесне гаранције.⁴⁰ Најзад, детаљно регулисање радњи посредника било би у супротности са самом природом његове улоге. Посредник је тај који треба да својим методама и техникама омогући поновно оживљавање комуникације странака, превазилажење проблема и на крају споразумно решење спора. Строге норме закона, само би онемогућиле мисију посредника. Изричито се нормирају пак, само поједине радње посредника, односно начин на који треба да предузима и то у мери у којој је то заиста потребно – у појединим случајевима то је неопходно да би се одржала физиономија поступка и омогућило реално функционисање посредовања; у другим случајевима, изричитим нормирањем радњи посредника, законодавац се заправо опредељује за један од модалитета поступка посредовања према улози посредника.

И поред немогућности да се чврсто одреде делови и фазе поступка посредовања, могуће је идентификовати поједине етапе које прате сваки поступак посредовања, и које су мање више везане за различиту улогу посредника у оквиру глобано одређене.

³⁸ С. Трива, М. Дика, *Грађанско њарнично ѡроцесно ѡраво*, Загреб 2004, стр. 924; Супротнo, Л. Карамарковић, *Поравнање и медијација*, Београд 2004, стр. 339. Аутор сматра да и у фасилитативном посредовању посредник може да предлаже решење спора. Разлика је више теоретске природе, јер законодавац, или аутономни акти посредничких институција, сами регулишу могућност предлагања решења спора. Међутим, више аргумената иде у прилог ставу да фасилитација не даје могућност предлагања решења, полазећи барем од језичкосемантичког значења појма.

³⁹ *Uncitral Model law on international commercial conciliation with guide to enactment and use 2002*, United Nations, New York 2002, para. 9. p. 12.

⁴⁰ *Ibidem*.

Прва етапа је упознавање посредника са странкама и са спором. У овој етапи, посредник прикупља релевантне информације везане за спор, те ова етапа има припремни карактер. Ово је и прилика да посредник дефинише правила поступка, наравно на оквиран начин, и да створи атмосферу у којој ће странке заиста желети да на миран начин реше свој спор. Закон у оквиру права посредника посебно нормира његово право да се упозна са околностима случаја, и дужност странака да му доставе потребне информације и своје виђење спора.⁴¹ Рецепција свих значајних информација о спору, а нарочито ставова странака и њиховог виђења спора, од пресудног је значаја за успешан наставак, и на крају, окончање поступка споразумом странака. Када странке изнесу своје виђење спора посредник је у стању да идентификује могуће изворе проблема, и да се усредосреди на њихово елиминисање.

Када посредник стекне увид у целокупну ситуацију, може се рећи да отпочиње његова посредничка активност у ужем смислу. Посредници тада на заједничким или одвојеним разговорима „настоје да мотивишу странке да узајамним концесијама и евентуалном корекцијом својих захтева дођу то заједнички прихватљивог решења спора.“⁴² Уколико се странка сагласи, посредник може пренети другој страни предлоге и ставове које је изнела у одвојеном разговору са њим.⁴³ Овим је прихваћена, сматра се модернија опција која предвиђа претпоставку поверљивости у односу на другу странку. Напротив, УМЗ није предвидео одвојене разговоре на овај начин, већ је предвидео да постоји претпоставка сагласности странке да се доставе информације другој.⁴⁴ Улога посредника је да странке наведе да преиспитају своје позиције, да ускладе своје интересе, да изнађе пут до споразума странака. Међутим, посредник неће инсистирати на споразуму, нити ће моћи да намеће споразум. Његова функција је да допринесе споразуму, тако што ће их подстицати на споразум, указивајући на предност мирног решења спора. Конструктивним разговорима, посредник треба да доведе до приближавања међусобних позиција странака.⁴⁵ У овим радњама, сходно чл. 9. ст. 4. Закона, посредник не може да даје предлог самог решења, већ може да да „предлог могућих начина за решавање спора“. Дакле законодавац јасно забрањује посредницима да предлажу решење самог спора, што значи да посредници не могу да предлажу нпр. поравнање конкретне садржине. Ипак, овлашћење да посредник може само давати предлог могућих решења спора, уноси нејасноћу у законски текст. Шта то заправо значи? Одредница „могући начини за решавање спора“ указивала би да

⁴¹ Чл. 25. Закона.

⁴² Г. Станковић, Б. Старовић. Н. Петрушић, Р. Кеча, *op.cit.*, стр. 229.

⁴³ Чл. 9. ст. 3. Закона.

⁴⁴ Чл. 8. УМЗ; Више: Eric van Ginkel, *op.cit.*, p. 9, 37.

⁴⁵ Л. Карамарковић, *op.cit.*, стр. 339.

посредник може предлагати само модалитете решења спора, у смислу шта би требало свака страна да уради, као нпр. о чему и у ком смислу могу постићи поравнање.⁴⁶ Чини нам се да се другачије тумачење ове одреднице не може дати, уколико се изричито забрањује предлог самог решења. Зато се и поставља питање, уколико се даје овлашћење посреднику да предлаже шта би свака странка требало да уради да би се мирно решио спор, зашто се не даје могућност посреднику да то и формулише у кокретном предлогу? У прилог оваквом решењу, наводи се да посредник не би требао да намеће своју процену спора. Свакако да посредник не сме да намеће нити споразум странкама, нити сме да износи своју правну оцену спора. На исти начин као што странкама може давати предлоге о начинима решења спора, посредник би могао, када процени да је однос између странака сазрео, да предложи и решење спора. Било би превише од странака тражити да саме дођу до споразума, без предлагања конкретнoг решења, наравно поштујући све смернице и дужности посредника. Најзад и УМЗ као узор нашег Закона, предвиђа у чл. 6 могућност предлога поравнања, и то у сваком стадијуму поступка. Законодавац се наведеним решењем определио за пасивнију улогу посредника у овој веома важној фази поступка, која се тиме и рефлектује на његову целокупну улогу у поступку као целини.

Успешан завршетак поступка посредовања представља закључење споразума странака. За разлику од УМЗ-а и неких упоредноправних решења где је успешно окончање поступка закључење поравнања странака, у Закону о посредовању успешан завршетак поступка се везује за закључење „споразума“ странака.⁴⁷ Такође, закључење поравнања се означава само као једна од опција споразума странака.⁴⁸ Без обзира на сам карактер споразума, посредник има одређене дужности и права везане за ову завршну етапу. На захтев странака, посредник ће учествовати у сачињавању и изради споразума. С обзиром да се чланом 9. забрањује посреднику да предлаже кокретан споразум, улога посредника при сачињавању и изради споразума строго узев, техничке је природе. Посредник треба само да помогне у самој изради писаног споразума.⁴⁹ Ипак, посредник у асиситирању и учествовању израде споразума има важну улогу, јер је врло важно да се споразум прецизно „номотехнички“ сачини, и да сва права и обавезе странака у споразуму буду јасно одређене. Посредник има дужност и да обаве-

⁴⁶ С. Трива, М. Дика, *op.cit.*, стр. 929.

⁴⁷ Чл. 10. ст. 1. т. 1. Закона

⁴⁸ В. чл. 16. Закона.

⁴⁹ Усмени споразум се не искључује, али је тешко да ће до тога доћи у пракси. Такође, по природи ствари, у највећем броју случајева споразум ће се закључити као уговор о поравнању (вансудско поравнање), а да би такав споразум „имао снагу вансудског поравнања“ неопходно је да буде у писаној форми – *forma ad solemnitatem*. В. чл. 16. ст. 4. Закона.

сти странке о дејствима споразума и о начину испуњења обавеза које се преузимају. Према томе, посредник треба да да странкама нарочиту врсту правног савета, што значи да посредник мора бити упознат са правом. Закон не захтева правно образовање посредника, нити се може у обуци предвидети правна едукација посредника који нису правници довољна да посредник може да да неопходна објашњења странкама у вези постигнутог споразума. Уколико странке улазе у поступак посредовања без пуномоћника, и ако изаберу посредника који није правник, како ће се моћи испунити ова дужност посредника, и да ли ће странке тада бити адекватно заштићене? Најзад, у члану 26. Закона прописује се дужност странака да посреднику доставе доказе који су потребни ради оцене да ли је постигнут споразум у супротности са јавним поретком. Ипак, посредник у овом случају не може ништа више да уради, него да укаже странкама на супротност њиховог споразума са јавним поретком, што заправо потпада у дужност обавештавања странака о дејствима споразума. Сагласност посредника на постигнути споразум се не тражи као услов пуноважности истог, па евентуална оцена посредника да је споразум противан јавном поретку нема никакво правно дејство.⁵⁰ Сасвим је друга ствар чињеница да је такав уговор (споразум) апсолутно ништав по правилима облигационог права.⁵¹

V ЗАКЉУЧАК

Странке, које овлашћујућу посредника да им помогне споразумном решавању њиховог спора, признају да саме нису у стању да реше спор мирним путем, и очекују да их посредник доведе до закључења споразума. Од вештине, технике и умећа посредника зависи да ли ће странке уопште доћи до споразума странака. Стога је и улога посредника у успешном окончању поступка посредовања – закључењу споразума странака – од пресудног значаја. Све радње посредника усмерене су према томе ка споразуму странака. Не оспоравајући му улогу најважнијег чиниоца поступка, анализом радњи које посредник може да обавља, може се закључити да Закон ипак даје пасивнију улогу посреднику у закључењу споразума странака, у градацији са могућим модалитетима. Најзначајнији аргумент у прилог томе је да Закон не овлашћује посредника на предлагање самог решења спора. Имајући ово у виду, улога посредника је фацилитативне природе – поновно оживљавање комуникације и омогућавање преговарања самих странака, уз асистирање при сачињавању и изради већ постигнутог споразума.

⁵⁰ Изричито се предвиђа у чл. 16. ст. 1. да „дејства споразума постигнутог у поступку посредовања зависе од воље страна и форме у којој је споразум закључен“.

⁵¹ Чл. 10. и 103. ст. 1. Закона о облигационим односима.

*Marko Knežević, assistant
Novi Sad School of Law*

THE ROLE OF MEDIATOR IN CONCLUSION OF AGREEMENT IN MEDIATION PROCESS

Abstract

Inflexible and insufficiently effective and economical court litigation at one hand, and parties' wish to resolve their civil law dispute within mutual appreciation on the other hand, have led to the development of methods of alternative resolution of civil law disputes in which parties can dispose with their rights freely. One of these methods is mediation – process where parties by agreement entitle third neutral person – mediator to help them in making agreement, but with no authority to impose them a binding solution. Differentia specifica of this process, in comparison to other alternative dispute resolution methods, is mediator and his activity on providing amicable dispute resolution. The content of mediation proceeding is parties' negotiating action and mediation activity of mediator. Nevertheless, the whole process depends of mediator's skills and techniques, as parties are not capable to resolve their dispute via direct negotiations. Relying on that, the mediator is the central figure in this process, and for success of mediation – agreement of the parties – the role of mediator is determining. By explicit regulating of particular mediator's actions, legislator determines role of mediator in conclusion of agreement. Notwithstanding fact that he's most important factor in process, by analysis of actions which mediator is entitled to take, we could conclude that legislator provided rather passive role of mediator in conclusion of parties' agreement, in comparison to possible modalities.

Иван Бекић¹, мр Бојан Марковић²

УНАПРЕЂЕЊЕ РАДА КОМИСИЈЕ ЗА ЗАШТИТУ КОНКУРЕНЦИЈЕ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Сажетак: Аутори кроз приказ рада Комисије за заштити конкуренције, представљају њене предности и мане. Уочавају се проблеми и на основу њих налазе решење за унапређење рад Комисије. Што се тиче самог унапређења, с једне стране оно се односи на давање већих овлашћења Комисији, а са друге на унапређење самог Закона о заштити конкуренције. При анализи узет је у обзир како рад саме Комисије за заштити конкуренције Републике Србије, тако и рад Агенције за пружање информација Републике Хрватске и Европске комисије.

Кључне речи: Закон о заштити конкуренције, овлашћења Комисије, злоупотреба доминантног положаја, рестриктивни споразуми, концентрације.

УВОД

Комисија за заштиту конкуренције је самостално и независно тело у односу на државне органе, привредне субјекте и друга лица, чиме су створени услови за непристрасност у одлучивању и спровођењу Закона о заштити конкуренције. Комисији је дат статус правног лица са седиштем у Београду, а за свој рад одговара Народној скупштини Републике Србије којој подноси годишњи извештај о раду.

Орган Комисије који доноси све одлуке и друге акте о питањима из њене надлежности је Савет Комисије. Одлуком о избору чланова Савета

¹ Економски факултет; Ниш – последипломац (магистарски курс)

² Висока пољопривредно прехрамбена школа, Прокупље – предавач

Комисије (СГ РС бр. 28/06 од 04.04.2006) изабран је петочлани Савет. На седници одржаној 26.04.2006. године Савет је усвојио Статут Комисије (СГ РС бр. 46/06 од 02.06.2006), којим је регулисана организација, начин рада, делокруг рада, као и друга питања од значаја за рад Комисије.³

1 ЗНАЧАЈ КОМИСИЈЕ

Комисије је дата врло значајна улога како у поступку примене правила о заштити конкуренције, тако и у поступку повреде конкуренције и предузимања одређених мера. С тим што значај Комисије варира од облик аката и радњи којима се штити или нарушава конкуренција.

Код рестриктивних споразума Комисији је поверена улога да утврди да ли се споразумом, односно појединим његовим деловима битно спречава, ограничава или нарушава конкуренција. И да на основу налаза, донесе мере које су дужни да предузму учесници у споразуму којима се омогућава успостављање конкуренције на релевантном тржишту. Са друге стране, Комисији је дато искључиво право да одобрава изузеће појединих споразума од забране у поступку по тзв. индивидуалним или појединачним изузецима. И код изузећа споразума по врстама, тзв. блок изузеци, Комисији је дато право да утврди да ли конкретни споразум испуњава услове за изузеће.

Комисији је поверена и одлучујућа улога у процени и утврђивању да ли на одређеном тржишту постоји доминантан положај и да ли су учесници на тржишту злоупотребили свој доминантан положај. Ако Комисија утврди да је злоупотребљен доминантан положај, доноси одговарајуће решење о томе и може одредити мере које су учесници на тржишту дужни да предузму ради успостављања конкуренције. Комисија може и превентивно деловати тако што на захтев учесника на тржишту који има доминантан положај на релевантном тржишту, решењем може утврдити да поједине радње које тај учесник намерава да предузме нису радње којима се злоупотребљава доминантан положај.

У случају концентрација са унутрашњом димензијом, њихово настајање је потпуно у рукама Комисије. Законом о заштити конкуренције је прописан детаља поступак издавања одобрења за спровођење концентрације. У овом поступку су Комисији дата најшира овлашћења, и на основу њих може да одбаци захтев, обустави поступак, одобри концентрацију, условно одобри или да одбије захтев за издавање одобрења.⁴

³ Извор: www.rattorneys.com/zakon_o_zastititi_konkurencije_republike_srbije.php

⁴ Радован Д. Вукадиновић, Закон о заштити конкуренције, Службени гласник, Београд, 2006, стр. 34 – 35.

2. НАДЛЕЖНОСТИ КОМИСИЈЕ

Комисија у оквиру своје надлежности:⁵

- решава о правилима и обавезама учесника на тржишту у складу са законом;
- учествује у изради прописа који се односе на област заштите конкуренције;
- предлаже Влади доношење прописа за спровођење овог закона;
- прати и анализира услове конкуренције на појединачним тржиштима и у појединим секторима;
- даје мишљење надлежним органима на предлоге прописа, као и на важеће прописа којима се врши повреда конкуренције;
- даје мишљење у вези са применом прописа у области заштите конкуренције;
- остварује међународну сарадњу у области заштите конкуренције, ради извршавања међународних обавеза у овој области и прикупљања информација о заштити конкуренције у другим државама;
- сарађује са државним органима, органима територијалне аутономије и локалне самоуправе, ради обезбеђивања услова за доследну примену овог закона и других прописа којима се уређују питања од значаја за заштиту конкуренције;
- предузима активности на развијању свести о потреби заштите конкуренције;
- води евиденцију о пријављеним споразумима, о учесницима који имају доминантан положај на тржишту, као и о концентрацијама, у складу са овим законом;
- организује, предузима и контролише спровођење мера којима се обезбеђује заштита конкуренције.

3. ПОСТУПАК КОЛИ СЕ ВОДИ ПРЕД КОМИСИЈОМ

Поступак пред Комисијом је сложен и захтева извођење великог броја материјалних доказа, детаљно упознавање са актима и радњама које предузимају привредни субјекти, а којима се нарушава конкуренција. У поступку се примењују одредбе чланова 52. – 69. Закона о заштити конкуренције и одредбе Закона о општем управном поступку.

Комисија је одговорна за утврђивање и предузимање, односно налагање мера којима се отклањају последице настале у случајевима када је

⁵ Драгана Раденковић – Јоцић, Привредно право: компанијско право са основама права, СКЦ Ниш, 2006, стр. 316.

утврђено да постоји повреда Закона. Откривање кршења закона, Комисија врши по захтеву који подносе заинтересована лица, или по службеној дужности. Поступак по службеној дужности се покреће када постоји сазнање које основано указује да је извршена радња којом је повређена одредба Закона. Затим када странка учини вероватним да се извршеном радњом спречава, ограничава или нарушава конкуренција, као и под условом да странка нема довољно средстава за покретање и вођење поступка или да је вођење поступка по службеној дужности неопходно ради заштите идентитета странке. Захтев за покретање поступка Комисији могу поднети учесници на тржишту, привредне коморе или удружења послодаваца и предузетника, удружење потрошача, државни органи. Комисија покреће поступак по захтеву у циљу утврђивања чињеница да поједини споразуми, односно радње, нису забрањени.

Комисија у скраћеном поступку може донети решење непосредно, без спровођење испитног поступка ако су испуњени услови прописани чланом 60. Закона о заштити конкуренције.

У испитном поступку прибављају се исправе које садрже податке од значаја за решавање предмета. Врши се увиђај и друге радње потребне да се правилно утврди чињенично стање. Узимају се изјаве од странака, сведока, вештака и одговорних лица или лица која су раније имала својство одговорних лица, запослених и раније запослених лица учесника на тржишту против којих се поступак води, као и од свих других лица која могу располагати подацима у вези са околностима поступка, али нема право да одржи усмену расправу. Комисија може од надлежних органа да затражи издавање налога за преглед пословних и других просторија странке или другог учесника у поступку и за привремено одузимање исправа и предмета.

Комисија има могућност предузимања привремених мера када је то неопходно, и да наложи престанак вршења радњи повреде конкуренције и предузимање радњи којим се отклања њихово штетно дјество.

Савет Комисије је дужан да одржи усмену расправу ако су испуњени услови одређени у члану 64. Закона о заштити конкуренције. Паралелно са овим Савет може да одлучи да се одржи усмена расправа ако сматра да би то било корисно за разјашњавање спорних чињеница.

Комисија доноси решење којим утврђује повреду из члана 8. став 1. и члан 19. став 1. Закона о заштити конкуренције, као и решење о изузећу од забране споразума из члана 9. став 1. овог закона, решење се доноси у прописаном року.⁶ У случају да Комисија утврди да постоји неки од наведених облика повреде, санкционисање таквог понашања и њихових

⁶ Решења Комисије су коначна. Против коначног решења може се покренути управни спор пред надлежним судом.

учесника се састоји у томе што се решењем налаже или да престану са понашањем које је довело до повреде, као у случају злоупотребе доминантног положаја, или поништавањем акта којим је повређена конкуренција, или неодобравањем намеравање концентрације.⁷ Закон о заштити конкуренције предвиђа две врсте санкција за повреду закона. Прва врста су мере које изриче Комисија када учесници на тржишту не поступе у складу са решењем Комисије којим се утврђује повреда конкуренције (код картела и злоупотребе доминантног положаја). У том случају Комисија може да изрекне прво привремену забрану промета одређених роба и/или услуга на период не дужи од три месеца, а ако то не уроди плодом и привремену забрану обављања делатности у периоду не дужем од четири месеца. Друга врста санкција су прекршајне казне које на предлог Комисије изричу судови за прекршај због повреде Закона у прекршајном поступку. Комисија није овлашћена сама да изриче новчане казне.

4. ПРОБЛЕМИ У РАДУ КОМИСИЈЕ И УНАПРЕЂЕЊЕ

Једно годишња пракса у раду Комисије и анализа самог Закона о заштити конкуренције указује на њихову значајну мањкавост.⁸ Комисија на једној страни нема довољно овлашћења, а на другој затрпана је бројним ситним и мање битним случајевима те није у стању да се потпуно посвети картелима и злоупотреби доминантног положаја. Зато је потребно дати већа овлашћење Комисији у изрицању казних мера за кршење Закона, као и промену услова за обавезу пријављивања концентрација. Комисији би се тиме створили услови да се заиста бави само оним случајевима који могу да буду од значајни за заштиту конкуренције.

Највећи проблеми у рад Комисије су:

- Комисија има врло мало овлашћења када је у питању изрицање казни и практично само може да поднесе прекршајну пријаву;
- Услед ниског прага годишњих прихода који условљавају пријављивања концентрација, Комисија је преоптерећена и у немогућности да се усредреди на картеле и злоупотребу доминантног положаја;
- Слаба гаранција независности Комисије услед утицаја Владе;
- Мањкавост Закона о општем управном поступку, кад је у питању заштита конкуренције;

⁷ Михаиљо Папазогли, Процес хармонизације законодавства Србије и Црне Горе у области конкурентског и антимонополског понашања са правом Европске уније, магистарски рад, Београд, 2005, стр. 113.

⁸ Зоран Скопљак, Квартални монитор, бр. 8, јануар-март, 2007, стр. 1.

- Непотпуна регулисаност поступка пред Комисијом;
- Неразвијен институционални капацитет;
- Проблеми који су везани за недовољан број и стручност запослених;
- Неразвијен систем праћења, прикупљања и обраде података;
- Неуспостављена сарадња са сличним организација у другим државама;
- Почети у раду стварања свести и културе заштите кокуренције;
- Неодговарајући број просторије и њихова опремљеност и спремност за рад;
- Неразвијена сарадња се државним органима.

Комисија према Закону о заштити конкуренције има премало овлашћења да би могла успешно да га спроводи. Привременим забранама промета добара или услуга или обављања делатности требало је додати и могућност да Комисија новчано кажњава за повреду Закона. Додатни проблем је што Комисија нема никакве санкције на располагању против оних који одбију да сарађују у истражном поступку, осим да их пријави за прекршај. С тим у вези требало би Комисији дати могућност да она директно кажњава за одбијање сарадње у прикупљању доказа. Да би се постигли жељени циљеви, потребно је са једне стране ојачати позицију Комисије тако што би јој се омогућило да она изриче казне, како због материјалних повреда Закона, тако и због ометања поступка. У ЕУ, Европска комисија је овлашћена да изриче врло високе казне, док судови само врше контролу тих одлука.⁹

Члан 23. Закона о заштити конкуренције прописује обавезу учесника концентрације да пре њеног спровођење прибави одобрење од Комисије, у зависности од укупног прихода. Одредбе овог члана изазвале су знатне проблеме у спровођењу контроле концентрација предузећа. Зашто? Приход који је постављен као праг за настанак обавеза прибављања одобрења сувише је низак. Смисао постављања прага код контроле концентрација предузећа јесте у томе да се орган који треба да одобри трансакцију растерети од бављења концентрацијама између малих тржишних учесника за које се са великом извесношћу претпоставља да не могу имати штетне последице на конкуренцију. Уколико се прагови поставе сувише ниско, орган који одлучује о одобрењу бива претрпан случајевима и нема довољно ресурса да се бави картелима или злоупотребом доминантног положаја. Зато је потребно подићи праг промета на износ који би био примеренији нашем тржишту, чиме би се смањио број случајева, а Комисија растеретила.

⁹ Зоран Скопљак, Квартални монитор бр. 8, јануар-март, 2007, стр. 2.

Највећа мањкавост у погледу Комисије јесте чињеница да Влада Републике Србије даје сагласност на финансијски план¹⁰ Комисије.¹¹ То решење није у складу са идејом независности тела, пошто Комисију бира Народна скупштина која би једино могла да даје одобрење на финансијски план.

Комисија је у свом раду дужна да поступа по Закону о општем управном поступку (ЗУП). Питање је да ли су правила ЗУП-а погодна за анти-монополска питања, наручито делови тих правила који се односе на јавну расправу и право странка у поступку, који могу да начине више штете него користи, остављајући странкама могућност одуговлачења поступка и изигравање циља закона. Такво решење је усвојено у Хрватској и Словенији, али се показало да је боље имати посебне процесне одредбе него поступати по ЗУП-у.

У току рада на текућим предметима показало се да Законом о заштити конкуренције нису регулисана сва питања поступка, као и да нека од предвиђених решења нису јасна, да нису међусобно усклађена или да не одговарају потребама праксе. У непрактична решења, примера ради, спада одредба Закона којом је прописана обавеза председника Савета да у року од 8 дана од дана подношења захтева донесе закључак о покретању поступка и да у закључку наведе рок у коме ће бити донето решење. Рок од 8 дана за доношење закључка се показао као врло кратак. Ово важи за све ситуације у којима се поступа по захтевима странке, јер подносиоци захтева често не достављају потпуне захтеве. Са друге стране тешко је проценити у овако кратком року да ли захтев испуњава законске претпоставке да се о њему одлучује у скраћеном поступку или ће за његово решавање бити потребно водити испитни поступак.¹²

Слична ситуација постоји и код рокова који су Законом прописани за доношење решења. Иако су у Закону о заштити конкуренције одређени дужи рокови за поступање по захтеву, у односу на рокове прописане Законом о општем управном поступку, показало се да су и ови рокови кратки или неадекватно одређени. Уколико се захтев, на пример, односи на утврђивање злоупотребе доминантног положаја, неопходно је да Комисија утврди да ли учесник на тржишту заиста и има тај положај. Затим да утврди да ли је учесник на тржишту учинио радњу коју је подносилац захтева означио као радњу злоупотребе, да ли та радња заиста и претставља злоупотребу, односно да ли за чињење те радње постоје или не постоје објективна оправдања. И

¹⁰ Финансијским планом утврђују се укупни приходи и расходи Комисије, укључујући и издавање за средства резерви, као и елементе за одређивање трошкова зарада.

¹¹ Члан 51. Закона о заштити конкуренције Републике Србије.

¹² Врста поступка зависи од сложености питања о коме се одлучује, што није могуће поуздано одредити у року од само 8 дана.

на крају мора да утврди ефекте на конкуренцију који су настали због учињене радње, односно да ли је извршењем те радње дошло до спречавања, ограничавања или нарушавања конкуренције. За утврђивање ових чињеница, подаци који су на располагању Комисији, често су неажурирани, нису довољни, или се не воде на начин на који је то Комисији потребно. Зато у сваком појединачном поступку који се води пред Комисијом, сама Комисија мора да утврди чињенице и изведе доказе. Код утврђивања постојања забрањених споразума, Комисија често мора да дође до доказа који нису у писаној форми, односно мора сама да их изведе посредно на основу утврђених чињеница. Што захтева интензивни рад на таквом предмету.¹³

Велики изазов претставља и институционални капацитет државе да се конзистентно спроводу прописи, пошто је област заштите конкуренције нова за наш правни поредак. Институционални капацитет тек почиње да се изграђује конституисањем Комисије за заштиту конкуренције и сада претстоји тежак посао њеног оспособљавања за делотворно обављање свог посла. Комисија се у свом раду служи прикупљеним искуствима ЕУ и примерима из праксе суседних земаља, те настоји да на одговарајући начин, уважавајући поставке домаћег правног система, предлажи решења која домаћи систем заштите чине савременим и упоредивим са стандардима ЕУ.

У априлу 2007. године број запослених у Комисији било је једноцифрен, док је, на пример, 2004. године Мађарска Комисија имала 199, а Пољска чак 278 запослених.¹⁴ Дobar пример је и Хрватска, чија је Агенција за тржишно натјецање имала 2004. године 39 запослених, а при томе имала укупно 58 случајева контроле концентрација.¹⁵ Тренутна структура запослених у Комисији, као и њихов број нису задовољавајући. При томе се мисли пре свега, на запослене који непосредно раде на предметима повреде конкуренције у оквиру одељење за праћење забрањених споразума, праћење постојања злоупотребе доминантног положаја и у одељењу концентрације. Стога је потребно повећати број запослених на око 40, што је још увек мање у односу на земље приближне економске снаге. Проблеми, међутим, могу настати због тога што је право конкуренције релативно млада област и што нема довољно искусних познавалаца ових питања. С друге стране потребно је примити и младе које би требало обучити за ове послове у Комисији.¹⁶

¹³ Извештај о раду Комисије за заштиту конкуренције за 2006. годину, Београд, фебруар 2007, стр. 9 - 10.

¹⁴ Извор: www.oecd.org/dataoecd/51/45/35111190.pdf

¹⁵ Годишњи извештај хрватске Агенције за заштиту тржишног натјецања за 2004. годину.

¹⁶ Извештај о раду Комисије за заштиту конкуренције за 2006. годину, Београд, фебруар 2007, стр. 6.

За доказивање антиконкурентских понашања биће од пресудне важности да Комисија развије ваљан систем праћења повреда, и прикупљања и обраде података. Уз то, биће потребно успоставити и комуникацију са сличним организацијама у другим државама, пошто у савременој привреди није могуће обрађивати комплексне антимонополске случајева без међународне сарадње.

Постоји проблем неизграђене свести тржишних субјакта о радњама и актима којима се крше правила конкуренције. Зато у наредном периоду Комисија мора већу пажњу посветити едукацији у најширем смислу, односно развијању свести о конкуренцији. У склопу активности на развијању свести о значају конкуренције, Комисија је у 2007. години установила праксу спровођења активне политике промоције конкуренције којом ће бити обухваћени не само непосредни учесници на тржишту, већ и Влада и друга државна тела, синдикати, струковна удружења, потрошачи, правосудни органи, као и шира јавност.¹⁷

Комисија ради у просторијама у којима је радило Одељење за заштиту антимонополских послова које је било основано при Министарству трговине, туризма и услуга. Наслеђене просторије су неадекватне и по локацији и по опремљености, а недовољне су и по броју. Проблем недовољног броја одговарајућих просторија посебно долази до изражаја приликом одржавања усмених расправа које се одвијају у потпуно нерегуларним и не примереним условима, јер Комисија не располаже одговарајућим саломом за те намене. С обзиром на значај који имају усмен расправе, као део (по обавези јавног) испитног поступка, и њихов утицај на коначно решење, услови у којима се они одржавају, могу да створе лошу слику не само код странка у поступку, већ и код шире јавности.¹⁸

Што се тиче сарадње са државним органима, квалитет такве сарадње чини једну од претпоставки за успешан и ефикасан рад саме Комисије. Комисија ће иницирати успостављање редовније и потуније координације са таквим институцијама. У том смислу потребно је институционализовати одређене облике сарадње, закључењем одговарајућих спразума, којма се ближе уређује дефинисано поље сарадње, начин успостављања и извршења такве сарадње и обавезе страна у споразуму.

¹⁷ Одредбе из делокруга надлежности Комисије (члан 45. и 69.) посвећене јавности рада и оносима са јавношћу су недовољно разрађене и морају бити у перспективи донекле проширене како би задовољиле стандарде промоције политике заштите конкуренције. То се посебно односи на право давања изјава медијима за чланове Комисије, издавање саопштења за штампу и сл.

¹⁸ Извештај о раду Комисије за заштиту конкуренције за 2006. годину, Београд, фебруар 2007, стр. 4.

ЗАКЉУЧАК

Суштина рада Комисије јесте у заштити конкуренције, или спровођењу Закона о заштити конкуренције. Да би се извршило унапређење њеног рада, а самим тим и унапређење заштите конкуренције, важно је да се Комисији повећају овлашћења, и да се изврше одређене измене и допуне у оквиру Закона.

Потребно је предложити да се Закон о заштити конкуренције измени и допуни у делу којим су регулисани облици конкуренције, у делу који се односи на поступак и делу који се тиче овлашћења и статуса Комисије. У првом од наведених делова, потребно је постојеће повреде конкуренције јесно дефинисати. У делу који се односи на поступке, потребно је предвидети претходни поступак, а дужину постојећих рокова примерити пракси и ускладити са роковима у другим прописима који се примењују на исте тржишне субјекте. Ради повећања ефикасности и контроле спровођења одлука, потребно је предвидети надлежност Комисије да изриче новчане санкције. У делу који се тиче статуса Комисије, потребно је прецизније одредити њен статус као корисника буџетских средстава, али као самосталног тела.

*Ivan Đekić,
mr Bojan Marković*

THE PROMOTION OF THE COMMISSION WORK FOR THE PROTECTION OF REPUBLIC SERBIA COMPETITION

Abstract

The authors through the representation of the Commission work for the competition protection, represent its advantages and shorthands. They find problems and according to them they find the solution for the promotion of the Commission work. As far as the promotion itself is concerned, on one hand it refers to giving bigger competence to the Commission, on the other hand it refers to the promotion of the Law about the protection of the competition. Through analyses it is taken in concern both the work of the Commission for the protection of Republic Serbia competition and the Agency work for the market competition of Republic Croatia and European commission.

ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ
АУТОРЕ

Constantin D. Popa, Ph.D.
Associate Professor

CONSIDERATIONS ON THE TAX AND ADMINISTRATIVE CLAIMS COURT

The tax and administrative claims court has been defined in legal literature¹ as a species of the administrative claims court, designating “the group of remedies at law against assessment acts by which one solicits the diminishing or cancellation of assessments, taxes, contributions to special funds, price charges due to delay, penalties and fines or other sums established and enforced by the local and central revenue services, qualified by law, to carry out control or assessment acts, which are solved through a special procedure by the administrative services and/or courts”.

The tax and administrative claims court is a part of the administrative claims court, alongside with the ordinary tax court (the appeal against enforcement settled by articles 169-171 in the Code of Tax Procedure, and the claim for reexamination in the area of legal stamp taxes, settled by article 18 of Law no. 146/1997).

The first step towards the unification of all dispositions in the tax area in one code² was taken by the enforcement of Law no. 105/1997 for the resolution of objections, challenges and complaints against the sums established and enforced by the control and assessment acts of the services belonging to the Ministry of Finances.

Law no. 105/1997 was partly declared as unconstitutional by the Decision of the Constitutional court no. 208/October 25th, 2000.

¹ **C.-D. Popa**, *Notiunea, natura juridica si importanta contenciosului fiscal*, in R.D.C. nr. 7-8/2001, p.302.

² **D.D. Saguna**, *Tratat de drept financiar si fiscal*, Editura All Beck, Bucuresti, 2001, p.975.

Following that decision, the institution of tax claims court was settled by the Government's Emergency Ordinance no. 13/2001 concerning the resolution of challenges against the measure taken through control and assessment acts drawn up by the services of the Ministry of Public Finances, as approved and amended by Law no. 506/2001.

As regards local budgetary revenues, the tax and administrative claims court was stipulated by the provisions of articles 190-199 in the Government's Ordinance no. 39/2003 on the procedures regarding the administration of local budgets' claims.

The new Code of Tax Procedure came into force on January 1st, 2004, by the adoption of the Government's Ordinance no. 92/2003. Thus, there were reunited all dispositions on tax procedure in one code, and, among others, there occurred the unification of procedures on the solving of challenges against tax and administrative acts.

The tax and administrative claims court is settled by Title IX - "The Resolution of challenges against tax and administrative acts", as well as by articles 175-188 in the Code of Tax Procedure adopted by the Government's Ordinance no. 92/2003, by the Government's Decision no. 1050/2004 for the approval of Methodological Norms of applying the Government's Ordinance no. 92/2003 on the Code of Tax Procedure, as well as by the Order of the National Agency of Tax Administration no. 519/2005 regarding the approval of Instructions for the application of Title IX in the Government's Ordinance no. 92/2003 on the Code of Tax Procedure, as amended.

LEGAL NATURE

1.1. The legal nature of the tax and administrative claims court

The tax and administrative claims court shapes out as a special subjective administrative claims court. This legal nature results from its resemblance with the institution of the general administrative claims court, settled by Law no. 554/2004, taking into account the two procedural levels: the level of the administrative remedies at law and the judicial level. Also, the subject matter of litigation is represented in both cases by administrative acts by which the rights or interests of natural or legal persons were damaged.

But the special character of the tax and administrative court derives from the fact that the formal source, namely the Government's Ordinance no. 92/2003, is different from the formal source of the general subjective administrative claims court, i.e. Law no. 554/2004.

In the domain of the preliminary administrative procedure there are fundamental differences between the general administrative claims court and the tax claims court (the special one).

In this sense, in the books of authority³, there was considered that it is highlighting that article 7 of Law no. 554/2004 states the obligation of introducing an appeal for delay, with the injured party, whether a natural or legal person addressing themselves, for the defense of their damaged subjective right, to the authority which issued the act, the hierarchical appeal on facts being only optional, while article 179, 1st paragraph in the Code of Tax Procedure stipulates that the challenge will be solved, taking into account the amount of the rejected sum, either by the competent services constituted at the level of the general department where the contesting parties are registered as tax payers, or by the competent services constituted at a central level.

Thus, the challenge may be either an appeal for delay or a hierarchical appeal on facts, exerted *omisso medio*.

In case of the general administrative claims court, the object of the review is represented by any administrative act of authority adopted or issued by infringing the legal dispositions and for which the special law does not provide another judicial remedy at law, and in case of the tax and administrative claims court, the object is also an administrative act of authority, but the latter has a special character, since it is a tax and administrative act.

The special legal nature of the tax claims court settled by Law no. 554/2004 results also from article 10 of the formerly mentioned law, which establishes the material competence of the courts called upon to solve litigations concerning assessments and taxes, contributions, customs debts and their accessories. Consequently, the legislator decided to approach the tax and administrative claims court as being a special form of administrative claims court.

The Legal Nature of the Challenge

Romanian doctrine and judicial practice are not unanimous as regards the legal nature of the challenge against tax and administrative acts, therefore there are two fundamentally opposed positions.

Thus, according to one opinion, in the area of remedies at law against legal debentures arising from assessments and taxes, we can speak of jurisdictional-administrative appeals on facts⁴, while according to another opinion, these remedies at law are nothing but administrative appeals on facts⁵.

³ **A. Fanu Moca**, *Contenciosul fiscal*, Editura C.H. Beck, Bucuresti, 2006, p. 163.

⁴ **I. Deleanu**, *Tratat de procedura civila*, Editura Servo-Sat, Arad, 2001, vol. I, p. 235 ; **D.-C. Dragos**, *Legea contenciosului administrativ. Comentarii si explicatii*, Editura All Beck, Bucuresti, 2005, p. 193; **D. Dascalu, C. Alexandru**, *Explicatiile teoretice si practice ale Coduluide procedura fiscala*, Editura Rosetti, Bucuresti, 2005, p.483-493.

⁵ **T. Draganu**, *Actele administrative si faptele asimilate lor supuse controlului judecatoresc potrivit Legii nr. 1/1967*, Editura Dacia, Cluj, 1970, p. 214.

To this end, it is necessary to define the notions of *administrative appeal on facts* and *contentious appeal on facts*.

Thus, by administrative appeal on facts one designates the claim forwarded to an administrative authority by which the individual solicits that administrative measures be taken as regards the damaging act, which may consist in the annulment, modification or issuance of an act, when the administration refused to do that.

The contentious appeal on facts is the judicial way by which the individual, unsatisfied with the solution given subsequent to the administrative appeal on facts, brings his/her conflict with the administration before the judge.

The administrative appeal on facts has two forms: that of the appeal for delay and that of the hierarchical appeal on facts.

The appeal for delay represents a form of internal administrative control, consisting in the complaint filed by an individual to the administrative authority which issued the administrative act, requesting that the act be cancelled, modified or reconsidered.

The hierarchical appeal on facts is a form of external hierarchical administrative control, consisting in the complaint filed by an individual to the superior administrative authority, requesting the annulment of an act issued by an inferior authority and which damaged his/her rights or interests, or else an imposition on that authority to modify the act or carry out a certain performance⁶.

In case the administrative authority enjoys autonomy, having no hierarchical superior, the administrative appeal on facts may take the form of guardianship appeal, intended to be filed to the body which exerts administrative guardianship on that administrative authority⁷.

The reasons of providing for the administrative appeal on facts consist in that, from the standpoint of the administrative authority, the latter is given the opportunity to correct its possible errors, and from the standpoint of the individual, the latter benefits from a summary, fast, stamp tax-free procedure.

Moreover, this way, there occurs an unburdening of law-courts of the litigations that can be solved through an administrative procedure.

In establishing the legal nature of the challenge against tax and administrative acts settled by the new Code of Tax Procedure, one needs to consider the dispositions of article 175, 1st paragraph in the Government's Ordinance no. 92/2003, according to which the challenge is an administrative remedy at law, as well as the dispositions of article 185, 1st paragraph, according to which the forwarding of the challenge by way of some administrative remedy at law does

⁶ **R.-N. Petrescu**, *Drept administrativ*, Editura Cordial Lex, Cluj-Napoca, 1996, vol. II, p. 8.

⁷ **D.-C. Dragos**, *Legea contenciosului administrativ. Comentarii si explicatii*, Ed. All Beck, Bucuresti 2005, p.199.

not suspend the execution of the tax and administrative act. Also, within the order of the National Agency of Tax Administration no. 519/2005, the challenge is analyzed as being an administrative remedy at law (points 9.8, 9.10, 9.11).

Consequently, it is obvious that the challenge is an administrative remedy at law, not a jurisdictional-administrative one.

With an aim to inferring the legal nature of the challenge against tax and administrative acts, it is necessary to define the jurisdictional-administrative act.

According to the dispositions of article 2, 1st paragraph, letter d) of Law no. 554/2004, the jurisdictional-administrative act represents “the judicial act issued by an administrative authority of jurisdictional attributions in solving a conflict, following a procedure based on cross-examination, and by which the right to defense is guaranteed”.

In the books of authority⁸ the jurisdictional-administrative act has been defined as being that willful conduct “by which a body of autonomous functioning, solves legal disputes, with the *res judicata* power and on the basis of a procedure governed by the principle of cross-examination, by creating, modifying, canceling and acknowledging rights and obligations for the parties and the executing bodies”. Also, according to another definition⁹, the jurisdictional-administrative act is “the typically administrative act, which, in cases well-determined by the law, solves disputes arisen in the process of participating in the operations of the state administration system, by using the force of legal truth and following a procedure based on independence and cross-examination”.

A specific element for the jurisdictional-administrative act is that it aims to establish a right by an administrative way, following a procedure similar to that of the courts, but this does not mean that the jurisdictional-administrative bodies replace the law-courts, since article 21, 1st paragraph of the Romanian Constitution, as amended, has consecrated the principle of free access to justice, which can be done only by the High Court of Cassation and Justice and the other law-courts.

By the Decision no. 1/1994, the Constitutional Court stated that under no circumstance the existence of authorities of jurisdictional-administrative attributions may lead to the removal of the law-courts’ activity, since respecting the principle of balance of powers is essential.

Defining the jurisdictional-administrative act is necessary in order to delimit it – on the one hand from the legal decisions passed by law-courts – and,

⁸ **T. Draganu**, *Formele de activitate ale organelor statului socialist roman*, Editura Stiintifica, Bucuresti, 1965, p.345.

⁹ **A. Iorgovan**, *Tratat de drept administrative*, vol. I, Editura Nemira, Bucuresti, 1996, p. 394.

on the other hand, from the administrative deeds of authority, as well as from the tax deeds.

Thus, starting from the opinions expressed in the administrative law doctrine as regards the essential conditions that need to be met by a jurisdictional-administrative act (the functional independence and impartiality of the body of jurisdictional attributions, the special resolution procedure, the guarantee of respecting the principle of cross-examination, the stability), such conditions are not met in case of the decisions/dispositions issued by the competent bodies according to the provisions of the Code of Civil Procedure.

Primarily, the body which solves the challenge filed against the tax and administrative act has not been endowed by the law with jurisdictional attributions, and the Code of Tax Procedure makes reference neither to commissions/panels able to come up with a solution, nor to quorum or other similar requirements.

It is however strange that within the contents of the Order of the National Agency of Tax Administration no. 519/2005, point 6.1, one can come across the hypothesis of the participation of several persons in the challenge resolution, yet the text is not clear enough. The only acceptable interpretation refers to the hypothesis in which the public servant who draws up the report prior to the issuance of the decision suggests a solution, but it is not approved by his/her hierarchical superior, who considers that another solution is preferable; the decision copy which remains enclosed in the challenge file will be signed by the public servant who dissented the solution adopted by his/her superior.

This measure is destined to protect the public servant, taking into account that, according to article 16 of Law no. 554/2004, the administrative claims court action can also be filed against the persona of the public servant who drew up the damaging act.

Also, according to article 181, 5th paragraph, the decision is signed by the head of the general department, the head of the competent body set up at a central level, the head of the tax service which issued the challenged administrative act or the substitutes of the former, and not by the public servant who actually solves the challenge, since he/she loses independence in giving the solution, which clearly demonstrates the legal nature of the decision, namely that of an administrative deed of authority.

As regards *cross-examination*, an essential requirement in case of the issuance or enforcement of jurisdictional-administrative acts, we consider that the procedure followed by the body which solves the challenges against the tax and administrative acts is not governed by the principle of cross-examination.

In a civil lawsuit, cross-examination allows the parties to actively participate in the judgment, since they have the right to debate and counter-argue the statements made by each of them, as well as to express their point of view on

the initiative of the court in establishing the truth and delivering a lawful and well-grounded ruling¹⁰.

An important aspect that needs to be emphasized is that the cross-examination rule in a civil lawsuit governs both the conduct of the parties and that of the judge, meaning that, in case some legal or factual issues are invoked *ex officio* by the court, the judge is bound to make those issues debatable by the parties, so that the latter may adopt a certain stand.

As the doctrine has put it, “cross-examination takes on a theatrical form of the confrontation between the parties arbitrated by the court, in order to reach truth and justice”¹¹.

Consequently, the essence of cross-examination is the existence of a litigation between two or more parties before a neutral “arbitrator”, leading to a sort of triangular legal relation.

But, as regards the procedure by which challenges are solved on the basis of the legal texts in the Code of Civil Procedure, although the latter contains several dispositions which might allow for the application of the cross-examination rule, we consider that the requirement of cross-examination is not met.

Thus, as it results from the interpretation of article 177, 2nd paragraph, correlated with article 181, 2nd paragraph in the Code of tax Procedure, the tax and administrative litigation may take place even before the body that issued the challenged act, so that one of the parties is also an “arbitrator”.

At the same time, the legislator didn’t provide for the possibility of the body that issued the contested act to challenge the solution given by case by means of jurisdictional appeal on facts before the court, whereas in case of the jurisdictional-administrative acts, any party may challenge that solution.

Also, the authority which solved the challenge filed against the tax and administrative act, will reject the challenge without discussing the non-fulfillment of certain procedural conditions by the challenging party, the latter has no possibility of expressing a point of view concerning the conduct of the here-above mentioned authority.

Moreover, the challenging party is not summoned upon resolution of the challenge that was filed, since there haven’t been fixed some legal terms within which the debates between the parties may occur.

It is true though that in the situation stipulated by article 182 in the Code of Tax Procedure, namely the third party summons for the resolution procedure, the challenging party will be heard by the authority able to solve the challenge,

¹⁰ **V.M. Ciobanu**, *Tratat teoretic si practic de procedura civila*, vol. I, Editura National, Bucuresti, 1997, p. 125.

¹¹ **I. Deleanu**, *Procedura civila*, vol. I, Editura Servo Sat, Arad, 1999, p. 33.

but the grounds of that legal disposition are rather the respect of the right to defense than the cross-examination rule, since the Code of Tax Procedure does not include correspondingly the obligation of the hearing of the authority which issued the challenged tax and administrative act.

As concerns the provisions of article 183, 3rd paragraph in the Code of Tax Procedure, which establishes the *no reformatio in pejus* principle, we consider that it represents an aspect of respecting the right to defense, and not that of the cross-examination principle.

Although the Government's Ordinance no. 92/2003 stipulated a certain form that the decision which solves the challenge, as well as its contents may take, the Code of Tax Procedure does not provide for any requirement as regards the deliberation phase or the formation of the quorum, which are compulsory in case of the enactment of jurisdictional-administrative acts.

Taking into account all these arguments and correlating the text of the Code of Tax Procedure with that of the Law on the administrative due process no. 554/2004 - we can state that, within the administrative claims court procedure, comprising two levels - the actual administrative appeal on facts under the form of the preliminary administrative procedure settled in article 7 of law no. 554/2004 – and the contentious appeal before the court – the challenge laid down in article 175 *et seq.* in the Code of Tax Procedure – the two remedies at law play the part of the *sheer administrative appeal on facts*, having the legal nature of an *obligatory preliminary administrative procedure*¹².

The issue of the legal nature of the challenge settled in the administrative and tax claims court procedure takes on uttermost importance due to the constitutional amendments that occurred on the occasion of the Law for the amendment of the Romanian Constitution in 1991, formally agreed to by referendum in October 2003, whose article 21, 4th paragraph, states that: "Special administrative jurisdictions are optional and gratuitous".

As the books of authority¹³ have underlined, "the qualification of the tax and administrative procedure as having or not a jurisdictional nature is not an exclusively theoretical issue [...]. If it is a jurisdictional-administrative procedure, then it is optional, according to the amended Constitution, and the party may or may not resort to it or go directly before the administrative claims court. On the contrary, if it is considered just a non-jurisdictional administrative procedure, it has to be resorted to, or else it will be rejected as undeveloped".

¹² The Supreme Court of Justice, Decision no. 962/March 17th, 2000, published in **Th. Mrejeru, E. Albu, A. Vlad**, *Jurisprudenta Curtii Supreme de Justitie – contencios administrativ – 2000*, R.A. « Monitorul Oficial al Romaniei », Bucuresti, 2002, p. 965 ;

¹³ **C.-L. Popescu**, *Frauda la Constitutie realizata de Legea 174/2004 pentru aprobarea O.G. nr. 92/2003 privind Codul de procedura fiscala, prin calificarea expresa a procedurii fiscale drept procedura administrativa*, in C.J. nr. 7/8/2004, p. 205-206.

Yet, taking into account the arguments concerning the legal nature of the challenge settled by the Code of Tax Procedure, this new constitutional is in no way related to the procedure of the tax and administrative claims court, characterized by administrative remedies at law and not by special administrative jurisdictions.

In this sense, according to an opinion¹⁴, upon introduction of the 4th paragraph of article 21 in the Constitution, “the law can no longer impose the following of a jurisdictional and administrative procedure as a pre-requisite to an administrative claims court action. Such a procedure can only have an optional character, which leaves the claimant the choice of either to resort to it before going before the administrative claims court or to go directly to court”. The author emphasizes that “the constitutional disposition has annulled the pre-requisite character of the administrative claims court action only as regards the jurisdictional and administrative procedure. *A contrario*, at least *prima facie*, there is nothing in the Constitution that prohibit to the legislator to introduce a compulsory preliminary administrative procedure, unless it has a jurisdictional character (for instance, the administrative appeal for delay, the hierarchical administrative appeal or the special administrative appeal)”.

The Romanian Constitutional Court, called upon to rule as regards the constitutionality of the provisions of article 5 in the Law on the administrative due process no. 29/1990, of article 109, 2nd paragraph in the Code of Civil Procedure and of articles 174-187 in the Code of Tax Procedure, clarified, by Decision no. 409/2004, the legal nature of the challenge – as settled at the time by articles 174-187 in the Code of Tax Procedure, as republished, stating that: “As regards the matter concerned, not even the dispositions in the Code of Tax Procedure provide – as the author of the exception sustains on no grounds – for special administrative jurisdictions, in the sense of article 21, 4th paragraph in the Constitution, as republished¹⁵ .

The texts in the Code of Tax Procedure settle *administrative appeal procedures*, by which the bodies that issued the challenged administrative acts, or their superiors are allowed to reconsider the measures taken or redimension them within the limits of the law. Such procedures – in which the resolution of complaints and challenges filed by the interested persons is attributed to the actual body that issued the challenged act or to the superior body – do not meet the defining elements of the jurisdictional activity – characterized by the resolution by an independent and impartial body of litigations concerning the exis-

¹⁴ **C.-L. Popescu**, *Contenciosul administrativ potrivit dispozitiilor constitutionale revizuite*, Dreptul, nr. 3/2004, p. 19.

¹⁵ The Constitutional Court ruled on other occasions as well on the inapplicability of the dispositions of article 21, 4th paragraph in the amended Constitution, as concerns the administrative procedure settled by article 5 in Law no. 29/1990 by Decisions 188/2004 and 98/2005.

tence, the length or exercise of subjective rights, since they are specific for the administrative function.

The acts, by which the administrative bodies solve challenges or complaints filed according to the dispositions in the Code of Tax Procedure, are not therefore acts of jurisdiction, but *administrative acts subject to the censorship of courts*".

Taking into consideration the above arguments on the legal nature of the procedure settled by the provisions in the Code of Tax Procedure, there was criticized a case decision¹⁶ of the High Court of Cassation and Justice, passed closely after the decisions of the Constitutional Court as regards the nature of the remedy at law laid down by the provisions of the Code of Tax Procedure. Several conclusions were drawn from the case brought before the court which judged the appeal on facts: the claimant supported the claim action on the dispositions of article 21, 4th paragraph in the Constitution, according to which special administrative jurisdictions are optional and gratuitous, as well as on the provisions of article 174, 1st paragraph in the Code of Tax Procedure, by which the administrative challenge against tax acts does not do away with the right to claim action of the individual whose rights were damaged, under the law; the court which judged the case on the merits justifiably considered that the administrative procedure used to solve the challenge against the tax and administrative acts is not binding; in the case, however, the claimant resorted to this procedure, filing an administrative challenge, but did not wait for the finalization of the administrative procedure, and later on brought action before the administrative claims court, invoking as well the dispositions of Law no. 554/2004; the provisions of the Law on the administrative due process aim at completing the dispositions in the Code of tax Procedure, which settles the special administrative jurisdiction, in article 6, 3rd paragraph of Law no. 554/2004. The article provides for the possibility of the party who opted for that jurisdiction to give up the jurisdictional-administrative way, and under such circumstance he/she will notify their intention to the jurisdictional-administrative body referred to, which will issue a decision destined to attest this occurrence.

¹⁶ The civil Decision no. 605 of February 22nd 2006 passed by the High Court of Cassation and Justice – the Tax and Administrative Claims Department

*Константи́н Поје, ванредни професор
Правног факултета у Темешвару*

ОСВРТ НА СУД ЗА ПОРЕСКЕ И АДМИНИСТРАТИВНЕ ЗАХТЕВА

Резиме

У раду се даје теоријски основ за постојање судова за пореске и административне захтеве и наводи најшире прихваћена дефиниција оваквих судова у правној литератури.

Аутор истиче да је правна природа овог суда у томе да је он пре свега специјални суд за субјективне административне захтеве

У Румунији је суд за пореске захтеве успостављен Законом о пореској процедури 2004. године и третира се као специјални облик суда за административне захтеве. У раду се критички преиспитују решења из самог закона, проблеми који се јављају у вези правне природе захтева и одлука суда.

*Dr. univ. ec. Csaba Fenyvesi Ph.D.
Faculty of Law Pécs*

DIE STRAFVERFAHRENSRECHTLICHE GEGENÜBERSTELLUNG, ALS EIN TEIL DES EUROPÄISCHEN RECHTS

Abstract: *In den letzten fünf Jahren habe ich während meiner Forschungen in zahlreichen Ländern in den Bereichen der Regelungen der Gegenüberstellung, Daten, Fachartikel und Empfehlungen gesammelt, die sich mit diesem Thema beschäftigen, und im Bereich der Praxis.*

Anhand der Forschung kann man zwei klare Gruppierungen erkennen.

In Unterzahl sind die Staaten, bei denen die Gegenüberstellung weder in den Verfahrensgesetzen, noch in kriminalistischen Empfehlungen existiert, das heißt, dass sie nicht angewendet wird, als eine rechtsuchende Maßnahme.

Die andere Gruppe der Länder, die die Mehrheit bilden, benutzen dieses Mittel, sie existiert sowohl in juristischem als auch in kriminalistischem Rahmen. Bei diesen Staaten kann ich auf die oben angegebenen Fragen die folgenden Antworten geben.

Keywords-Schlüsselworte: *angelsächsisch Rechtssystem, Ermittlung, Gegenüberstellung, kontinental Rechtssystem, Kriminalistik, kriminaltaktische, Empfehlung, Rechtsanwender, rechtsuchende Maßnahme, Strafprozessordnung, Vorstellung, Widerspruch*

1. Übersicht der Regelungen in den einzelnen Ländern

In den letzten fünf Jahren habe ich während meiner Forschungen in zahlreichen Ländern in den Bereichen der Regelungen der Gegenüberstellung, Daten, Fachartikel und Empfehlungen gesammelt, die sich mit diesem Thema beschäftigen, und im Bereich der Praxis. Vor Allem habe ich die Antworten auf

die folgenden Standardfragen gesucht, teils mit der Anwendung von Formulartests, teils mit Hilfe von persönlichen Gesprächen und Analysen von Rechtsnormen:

- a) Existiert die Institution der Gegenüberstellung im Land überhaupt?
- b) Was regelt sie (ein Gesetz, oder nur kriminaltaktische Empfehlungen)?
- c) Wenn es eine Rechtsnorm in diesem Thema gibt, was ist ihr genauer Name, ihre Bezeichnung, ihre Quelle und ihr Text?
- d) Existiert die Gegenüberstellung innerhalb der Kriminalistik?
- e) Wenn sie innerhalb des Strafprozessrechts geregelt ist: in welcher Phase wird sie angewendet; während der Ermittlungen oder während der Gerichtsphase?

f) Wenn die Gegenüberstellung angewendet wird, mit welcher Wirksamkeit benutzen sie die Behörden, was ist ihre Meinung über dieses Rechtsmittel?

Anhand der Antworten kann man schon auf den ersten Blick (*prima facie*) zwei klare Gruppierungen erkennen.

In Unterzahl sind die Staaten, bei denen die Gegenüberstellung weder in den Verfahrensgesetzen, noch in kriminalistischen Empfehlungen existiert, das heißt, dass sie nicht angewendet wird, als eine rechtsuchende Maßnahme.

Die andere Gruppe der Länder, die die Mehrheit bilden, benutzen dieses Mittel, sie existiert sowohl in juristischem als auch in kriminalistischem Rahmen.

Ich beginne meine Analyse mit der letzteren Gruppe – in alphabetischer Reihenfolge, nicht im vollen Umfang. Bei diesen Staaten kann ich auf die oben angegebenen Fragen die folgenden Antworten geben.

2. Die Gegenüberstellung anwendenden Staaten

ALBANIEN: Die Gegenüberstellung als juristisches Mittel kennt das albanische Rechtssystem, konkret findet man Angaben über die Voraussetzungen und die Regeln in §§ 169-170 Strafprozessordnung (im Weiteren überall StPo).

Nach § 169. StPo kann man die Gegenüberstellung nur bei solchen Personen anwenden, die schon verhört wurden, deren Aussagen sich in Tatsachen oder Umständen widersprechen.

Nach den Regeln §170 StPo:

(1) *Der Vertreter der verfahrenenden Behörde fragt nach der Verlesung der Aussagen der gegenüberzustellenden Personen, ob sie ihre früheren Aussagen aufrechterhalten oder verändern, und kann sie dazu aufrufen in der Anwesenheit des Anderen eine Aussage zu machen.*

(2) *Das Protokoll beinhaltet die gestellten Fragen, die darauf gegebenen Antworten der gegenübergestellten Personen und alles, was während der Gegenüberstellung vorgefallen ist.*

Die Gegenüberstellung ist nicht nur im Strafverfahren, sondern auch in der Kriminalistik bekannt. Skender Begeja beschreibt in seinem Werk Kriminalistika die Regeln und Taktiken der Gegenüberstellung auf den Seiten 359-361 wie folgt:

- An der Gegenüberstellung nehmen drei Personen teil: die zwei, deren Gegenüberstellung stattfindet, und der Vertreter der Behörde;
- Während der Gegenüberstellung bilden sich im allgemeinen Konfliktsituationen;
- Die Behörde verhört zuerst die Person, dessen Behauptungen wahrscheinlich der Wahrheit entsprechen
- Wenn einer der Personen eine Tatsache bekräftigt, der andere aber deren Gegenteil behauptet, wird die Person zuerst verhört, welche diese Tatsache mit ihrer Aussage bestätigt.
- Wenn einer der Personen bekräftigt, dass die Straftat X begangen hat, wird die Vernehmung der Person zuerst vollzogen, die mit ihrem Geständnis die Straftatbegehung durch X bestätigt.

Die Anwendung der Gegenüberstellung ist sowohl in der Phase der Ermittlungen, als auch in der Gerichtsphase möglich. Im ersten Abschnitt des Verfahrens findet die Anwendung öfter statt, aber wenn während des Gerichtsverfahrens einer der Zeugen die Aussage ändert, kann es zur Gegenüberstellung des Zeugen und eines anderen kommen.

Die Rechtsanwender finden im Allgemeinen, dass – wie alle anderen Ermittlungstechniken – auch die Gegenüberstellung eine gute Methode ist um die Wahrheit ans Licht zu bringen, und um die Widersprüche im Verfahren zu beheben.

ÖSTERREICH: Das seit dem 1. Oktober 2002 geltende Text der österreichischen Strafprozessordnung (StPO) 1975 (BGBl. Nr. 631/1975) kennt die Gegenüberstellung. Interessanter Weise ist sie im gleichen Absatz geregelt, wie das andere Konfrontationsmittel, die Vorstellung zum Erkennen.

§ 168. (1) Wird es notwendig, die Anerkennung von Personen oder Sachen durch den Zeugen zu erlangen, so ist die Vorstellung oder Vorlegung in angemessener Weise zu veranlassen; jedoch ist der Zeuge vorher zur genauen Beschreibung und Angabe der unterscheidenden Kennzeichen aufzufordern.

(2) Stimmen Aussagen von Zeugen untereinander in erheblichen Umständen nicht überein, so kann der Untersuchungsrichter deren Gegenüberstellung veranlassen.

(3) Die Gegenüberstellung soll in der Regel nicht zwischen mehr als zwei Personen zugleich geschehen. Die Gegenübergestellten sind über jeden einzelnen Umstand, in Beziehung auf den sie voneinander abweichen, besonders zu vernehmen; die beiderseitigen Antworten sind zu Protokoll zu bringen.

Nach einem Kommentar des Gesetzes: das Gesetz spricht über eine Gegenüberstellung im §§ 188. (2), (3) und 205. in dem Fall, wenn die Aussagen der zwei verhörten Personen – egal in welchen Fragen – unterschiedlich sind. In solchen Fällen sind die Personen - um die Widersprüche aufzuklären - in der Gegenwart des Anderen gleichzeitig zu verhören. Viele deuten das Vorstellen auf Erkennung, wenn der Zeuge eine Person zu erkennen hat, als eine Gegenüberstellung. (§ 168. (1)). Das Vorstellen von Personen oder Sachen hat eine desto größere Bedeutung, je mehr Personen oder Sachen dem Zeugen gezeigt werden, die sich ähnelnde Eigenschaften haben.

§ 205: Den Beschuldigten, wenn seine Aussage der des belastenden Zeugen oder sonstigen Teilnehmern in dem Verfahren in wichtigen Punkten abweicht, ist die Gegenüberstellung nur in dem Fall anzuwenden, wenn dies der Ermittlungsrichter für die Aufklärung der Widersprüche für nötig hält. Bei der Gegenüberstellung in diesem Fall ist nach den Regelungen des § 168 Abs. 1. zu verfahren.

§ 248 Abs. 1.: Der Vorsitzende des Rates muss bei den Anhörungen der Zeugen und Sachverständigen auf die für den Ermittlungsrichter für die Dauer der Untersuchungsphase festgelegten Vorschriften achten, vorausgesetzt, dass diese während der Verhandlungen sowieso nicht als unmöglich erscheinen. Außerdem muss er darauf achten, ob die noch nicht verhörten Zeugen und Sachverständigen in denselben Fragen nicht andere Antworten geben, wie die schon verhörten Sachverständigen.

Abs. 2.: Der Vorsitzende des Rates kann die Gegenüberstellung der Zeugen verordnen, deren Aussagen verschieden sind.

Abs. 3.: Die Zeugen und die Sachverständigen können die Verhandlung solange nicht verlassen, bis der Vorsitzende sie nicht entlässt, oder ihre Entfernung aus dem Gerichtssaal nicht verordnet. Die Zeugen dürfen die Aussagen des anderen nicht in Frage stellen

Abs. 4.: Der Angeklagte muss sich nach der Vernehmung von allen Zeugen, Sachverständigen oder anderen Angeklagten äußern, ob er die gehörten Aussagen nicht dementieren möchte.

Der Kommentar fügt noch hinzu: Die Regelungen der §§ 150-151. über den Zeugenbeweis, und der §§ 116-117. über die Anhörung des Sachverständigen beziehen sich im Grunde genommen auch auf die Verhandlung. Die Art des Verhörs des Zeugen – bis die Anklage oder die Verteidigung nicht eine andere Methode beantragt – bestimmt ausschließlich der Vorsitzende.

Die Verletzung der Bestimmungen des § 248. ist kein Nichtigkeitsgrund. An der Verhandlung sind während der Beweisaufnahme auch die Zeugen zu verhören, die sich nur aus Versehen in dem Gerichtssaal aufhalten.

BOSNIEN UND HERZEGOVINA: Wie alle Anderen ehemaligen jugoslawischen Mitgliedsstaaten, existiert auch in diesem Land die Gegenüberstellung als terminus technicus, als Rechtsmittel (StPO von BiH., § 86.).

Es ist ein sowohl in der Phase der Ermittlungen, als auch in der richterlichen Phase angewandte wahrheitsuchende Maßnahme.

Ihre Wirksamkeit offenbart sich darin, dass sie Tatsachen voneinander abgrenzt, Aussagen, Behauptungen aneinanderprallen lässt, und dadurch hilft die Wahrheit ans Licht zu bringen.

Die Rechtsanwender halten sie für ein gutes Mittel im Ermittlungs- und Gerichtsverfahren.

Ein paar taktische Ratschläge aus Bosnien:

- Den Verdächtigen darf man nicht über die Gegenüberstellung informieren, und er darf sich auch darüber nicht im Klaren sein, mit wem er gegenübergestellt wird.
- Es ist nicht empfehlenswert, dass die zu gegenüberstellende Person sich Kenntnisse über die früheren Aussagen macht.
- Vor der Gegenüberstellung ist es sinnvoll, die Gegenüberstellenden kurz einzeln zu befragen.
- Es ist zu empfehlen, bei der Gegenüberstellung zuerst demjenigen das Wort zu erteilen, bei dem die Ermittler glauben, dass er die Wahrheit sagt.

BULGARIEN: In Bulgarien existiert auch die Gegenüberstellung, und wird als eine Methode der Beweissammlung, eine spezielle Form des Verhörs betrachtet. Konkret findet man Regelungen in dem am 28. Oktober 2005 erschienen und am 29. April 2006 in Kraft getretenen StPO („Nakazatelnoprotsesualen kodeks“), in § 143.

§ 143. Gegenüberstellung

Abs. 1.: Wenn es einen wesentlichen Widerspruch zwischen den Geständnissen der Angeklagten, oder den Aussagen des Angeklagten und des Zeugen gibt, ist eine Gegenüberstellung abzuhalten, außer dem Fall des § 123. Abs. 2.

Abs. 2.: Die Personen muss man vor der Gegenüberstellung befragen, ob sie sich kennen und in welchem Verhältnis sie stehen.

Abs. 3.: Mit der Erlaubnis des Leiters der Gegenüberstellung könne die Personen sich gegenseitig Fragen stellen.

Abs. 4.: Wenn es in den Zeugenaussagen grundlegende Widersprüche gibt, können die Absätze 1-3 angewendet werden, außer § 123. Abs. 2.

Im Übrigen kann in der Ermittlungsphase ebenso eine Gegenüberstellung stattfinden, wie in der richterlichen Phase.

Nach Meinung der Rechtsanwender kann sie in der Wahrheitsfindung gut angewendet werden, und weil sie auch eine Tradition im Rechtssystem hat, ist sie noch wirkungsvoller.

FINNLAND: Der Terminus (*confrontation*) bedeutet im alltäglichen Leben das Verhör, im juristischen Fachjargon aber die Gegenüberstellung.

Die diesbezüglichen Regelungen im finnischen 11. 7. 1997/692. Gesetz über die Ermittlung:

Das Gesetz regelt die Voraussetzungen der Anwendung in den Ermittlungen. Nach dem § 32.: *der Ermittler erlaubt einer der Parteien, oder deren Vertreter, dass sie selbst, oder ihr bevollmächtigter Vertreter beim Verhör der anderen Partei präsent sein darf, wenn dies die Aufklärung des Falles nicht behindert. Nach diesem Paragraphen können aber Zeugen nicht gegenübergestellt werden.*

Der § 33/A des siebzehnten Kapitels des finnischen StPO regelt die Gegenüberstellung:

Wenn die Aussagen der Zeugen sich widersprechen, oder aus einem anderen speziellen Grund besteht, die Möglichkeit einer Gegenüberstellung. Das muss in der Verhandlung passieren, so können die Aussagen sofort ausgewertet werden. Diese Aussagen werden wie Beweise behandelt.

Gerade deshalb ist es wichtig, dass das Ermittlungsgesetz nicht ermöglicht die Gegenüberstellung in der Phase der Ermittlungen zu vollziehen, weil ja sonst die Parteien sich gegenseitig beeinflussen könnten, und so hätte das Gericht über die Aussagen kein unabhängiges Bild.

Die Personen also, die an der Verhandlung entscheiden, bekommen reine persönliche Aussagen zu hören, und können sofort feststellen, ob diese der Wahrheit entsprechen. In Finnland wird nämlich die Wahrheitspflicht groß geschrieben während der Verhandlungen, aber auch in den Ermittlungen. Wer in einer Phase des Verfahrens nicht wahrheitsgemäße Antworten gibt, kann mit schweren Strafen rechnen.

Weil die Gegenüberstellung in Finnland nicht häufig angewendet wird, haben die Richter, Staatsanwälte und Anwälte keine weit reichenden Erfahrungen auf diesem Gebiet. Deshalb ist es auch schwer zu sagen, ob diese Methode gut funktioniert.

FRANKREICH: Die Gegenüberstellung ist in Frankreich eine schon seit Jahrhunderten existierende Methode. Die Anordnung von Louis dem XIV, die Ordonnance Criminelle Du mois d'aout von 1670 befasste sich schon in einem eigenen Abschnitt (Titre XV) mit der Gegenüberstellung, mit dem Titel „Des Récolements et Confrontations des témoins“. Diese Regelung hat auch Napoleon in seinem Code d'instruction criminelle von 1808 verwendet. Heutzutage ist sie normiert im geltenden StPO (Code de procédure Pénal (Loi du 31 décembre, 1957 et Ordonnance du 23 décembre 1958 - Titre III.), in den §§ 114-121, wo man konkrete Regelungen über die Vollstreckung der Verhöre und Gegenüberstellungen findet.

§ 114.: Bei der ersten Erscheinung des Beschuldigten stellt zunächst der Ermittlungsrichter seine Personalien fest, teilt ihm mit, mit welchen Straftaten er beschuldigt wird, und dass er kein Geständnis ablegen muss. Über diese Ermahnung muss man ein wortwörtliches Protokoll aufnehmen.

Wenn der Beschuldigte entscheidet ein Geständnis abzulegen, muss der Ermittlungsrichter dieses auf der Stelle aufnehmen.

Der Ermittlungsrichter muss den Beschuldigten über sein Recht belehren, dass er einem der im Namensverzeichnis stehenden Rechtsanwälte auswählen, oder einen amtlichen Verteidiger beantragen kann. Diesen Rechtsanwalt bestimmt – wenn das Regelement der Anwaltskammer diese Frage regelt – der Vorsitzende der Kammer, in anderen Fällen der Vorsitzende des Gerichts.

Diese Ermahnung muss auch wortwörtlich protokolliert werden.

Dem Privatkläger Geschädigten steht auch zu von seinem ersten Verhör an einen Rechtsanwalt in Anspruch zu nehmen.

Der Beschuldigte kann nach der ersten Vernehmung entweder freigelassen werden, oder das Gericht nimmt ihn in Gewahrsam, aber er muss auf jeden Fall seine Adresse dem Ermittlungsrichter mitteilen. Außer dieser Adresse kann er noch einen anderen angeben, wohin er die Unterlagen geschickt haben möchte. Wenn die Ermittlungen im Mutterland laufen, kann die angegebene Adresse auch nur in diesem Land sein. Wenn aber Übersee ermittelt wird, kann auch eine solche Adresse angegeben werden.

Der Beschuldigte muss darauf aufmerksam gemacht werden, dass er bis zum Abschluss der Ermittlungen jedwede Änderungen, die seine Adresse betreffen, dem Ermittlungsrichter – verbal, oder per Einschreibebrief - mitteilen muss. Außerdem muss er ermahnt werden, dass alle Unterlagen, die auf diese Adressen gesendet werden, als zugestellt betrachtet werden.

Diese Ermahnungen sind ins Protokoll aufzunehmen.

§ 115.: abgesehen von den Regelungen des § 114. kann der Ermittlungsrichter in dringenden Fällen sofort Maßnahmen treffen über die Abwicklung von Gegenüberstellungen und Zeugenanhörungen. Als so ein dringender Fall gilt eine Zeugenaussage, wenn das Leben des Zeugen in Gefahr ist, wenn die gewisse Beweise verschwinden können, oder wenn ein Fall nach § 72. besteht.

§ 116.: der Beschuldigte kann sich spätestens seit seiner ersten Erscheinung an frei mit seiner Verteidigung beraten.

Der Ermittlungsrichter hat das Recht das Treffen für 10 Tage zu verbieten, und dieses Verbot für weitere 10 Tage zu verlängern.

In anderen Fällen kann die Konferierung von Beschuldigten und Verteidigung nicht untersagt werden.

§ 117.: der Beschuldigte und der Privatkläger können den Namen des Verteidigers und des Rechtsvertreters dem Ermittlungsrichter seit Beginn der Ermittlungen jederzeit mitteilen. Wenn mehrere Verteidiger oder Rechtsver-

treter in Anspruch genommen werden, muss man den Ermittlungsrichter darüber informieren, an welchen er die Unterlagen und Vorladungen zu adressieren hat, und weiterhin muss man, falls einer der Verteidiger nicht im Anwaltsbüro des Hauptverteidigers arbeitet, dies dem Ermittlungsrichter auch mitteilen.

§ 118.: Zum Verhör, oder zur Gegenüberstellung des Angeklagten und des Privatklägers ist – nach der Belehrung vom Verteidiger oder vom Rechtsvertreter – eine ausdrückliche Einwilligung vonnöten.

Die Verteidigung ist spätestens 4 Tage vor dem Verhör per Einschreibebrief oder Empfangsbescheinigung vorzuladen.

Das Verfahren muss man auch auf einen Antrag der Verteidigung vollziehen, wenn diesen Antrag die Verteidigung spätestens 2 Tage vor der Vernehmung vorlegt. Genauso muss man verfahren, wenn der Rechtsvertreter der Privatklage einen Antrag zwei Tage vor seinem Verhör einreicht.

Wenn die Gegenüberstellung auf solcher Weise in die Wege geleitet wurde, haben die Verteidigung oder Rechtsvertretung die Möglichkeit von dem ganzen Verfahren, oder von einem Teil Notizen zu machen, allerdings dürfen diese Notizen nicht vervielfältigt werden.

Ansonsten können sie immer Notizen machen über Vernehmungen, an den sie anwesend waren.

§ 119.: der Staatsanwalt kann an allen Verhören und Gegenüberstellungen des Beschuldigten oder des Privatklägers teilnehmen.

§ 120.: Der Staatsanwalt, die Verteidigung des Beschuldigten, und die Rechtsvertretung des Privatklägers dürfen nicht das Wort ergreifen, und solange keine Fragen stellen, bis der Ermittlungsrichter dies nicht genehmigt.

Wenn sie gar keine Genehmigung bekommen, werden ihre schriftlichen Fragen protokolliert, oder später zum Protokoll beigelegt werden.

§ 121.: Für das Protokoll der Gegenüberstellung und der Vernehmung muss man die Regelungen des §§ 106.-107. anwenden.

Wenn ein Dolmetscher eingesetzt wird, sind die Regelungen des § 102. maßgebend.

Nach den Vorschriften des § 338. ist auch eine Gegenüberstellung vor dem verfahrenenden Gericht möglich, wenn dies der Staatsanwalt, der Privatkläger (Geschädigte) oder der Beschuldigte beantragt. Wir können aber feststellen, dass die Gegenüberstellung ein für die Vorbereitungsphase charakteristische Methode ist.

In der Praxis kann es vorkommen, dass die Behörde eine beantragte Gegenüberstellung nicht gestattet, den Antrag abweist, und es damit begründet, dass eine Gegenüberstellung eventuell das Privat- oder Berufsleben des Zeugen gefährden kann. In einem konkreten Fall hat das Gericht höherer Instanz ausgesagt, dass keine Vorschrift die Behörde zwingen kann einen solchen Antrag

anzunehmen, welcher die psychische oder physische Gesundheit oder Sicherheit des Zeugen gefährdet. Wenn eine nicht obligatorische, und den Erfolg des Verfahrens nicht gefährdende Gegenüberstellung vorliegt, hat der Beschuldigte aber die Möglichkeit den Zeugen vor das verführende Gericht vorzuladen. (Cass.crim. 1998. április 1. Gaz. Pal. 1998. II. Chr. Crim. 142.)

GRIECHENLAND: Nach der Meinung eines hellenischen Rechtsanwenders ist das griechische Strafrechtssystem eines der liberalsten auf der ganzen Welt. Im Mittelpunkt des griechischen Strafverfahrens steht der Beschuldigte, und das wichtigste Grundprinzip in Verbindung mit ihm ist die Vermutung der Unschuldigkeit. Wichtiges Prinzip: „es ist besser, wenn man einen Mörder freispricht, als wenn man einen Unschuldigen verurteilt.

Das Strafverfahren hat zwei Abschnitte: die Ermittlungen und die Abschnitt des Gerichtsverfahrens. Der erste wird von Polizeibeamten, der zweite von den erfahrensten Richtern geleitet. Alle beide sind schriftliche Verfahren, ausgenommen die Gerichtsverhandlungen.

Ein wichtiges Prinzip ist noch, dass die Ermittler und Richter in den Rahmen des Strafgesetzbuches und der Verfassung im Prinzip alles tun können, um die Wahrheit aufzuklären.

So können sie auch eine Gegenüberstellung in Anspruch nehmen, welche als eine juristische und eine kriminalistische Methode betrachtet wird.

Die griechische StPO („Kóthikas Pinikis Thikonomias“ No. 1493/1950), welche man mit den Gesetzen No. 3327/2005. und No. 3346/2005. modifiziert hat, beinhaltet im IV. Kapitel die Regelungen zur Gegenüberstellung (§§ 209-232.).

Nach den Vorschriften des wirklich relevanten § 225. – über die Vernehmung und Identifizierung der Zeugen während der Gegenüberstellung:

Abs. 1.: Die Zeugen müssen einzeln vernommen werden; in besonderen Fällen kann man sie jedoch mit einem anderen Zeugen, oder mit dem Beschuldigten gegenüberstellen.

Abs. 2.: Wenn die Möglichkeit besteht, dass der Zeuge während der Gegenüberstellung jemanden oder etwas erkennt, muss man ihn vorher allein ins Vernehmungszimmer rufen, und er muss eine Beschreibung geben.

Die Gegenüberstellung findet sowohl in der Ermittlungs-, als auch in der richterlichen Phase Anwendung, allerdings ist letzteres häufiger.

Prinzipiell könnte die Gegenüberstellung eine wirksame Methode in den Händen der Ermittler, Polizisten und der Richter sein, aber weil sie nur dann angewendet wird, wenn es notwendig ist, wenn man keinen anderen Weg mehr sieht um die Wahrheit zu erkunden, kann man ihre Wirksamkeit nicht genau messen, es gibt auch kaum diesbezügliche Studien.

Die Rechtsanwender konnten aber auch keine ausreichenden Erfahrungen machen, welche die Wirksamkeit in der Praxis hätten darlegen können, weil die Gegenüberstellung – wie schon gesagt – nur in den allerwenigsten Fällen angewendet wird. Die Gründe dafür sind die Zeitaufwändigkeit dieser Methode, dass sie genaue Kenntnisse beansprucht, und dass sie die Ermittlungen oft in die falsche Richtung lenkt. Ihre Anwendung versuchen in den meisten Fällen die Verteidiger zu erzwingen.

KROATIEN: Wie in allen anderen ehemaligen jugoslawischen Ländern, existiert auch in Kroatien die Gegenüberstellung, als Rechstinstitut und Fachausdruck, unter dem Namen „suocenje“.

Nach dem § 227. der kroatischen StPO, der „Zakon o kaznenom postupku“ (ZKP):

Abs. 1.: Der Beschuldigte kann gegenübergestellt werden mit einem Zeugen, mit einem anderen Beschuldigten, falls ihre Behauptungen sich in relevanten Tatsachen widersprechen.

Abs. 2.: Die gegenübergestellten Personen sind in den Punkten auch einzeln zu vernehmen, in denen ihre Aussagen widersprüchlich sind. Die Antworten müssen protokolliert werden.

Abs. 3.: Wenn es möglich ist, sind zur gleichen Zeit nur zwei Personen zu vernehmen.

Der § 239. Abs. 3. ZKP ermöglicht auch Gegenüberstellungen von Zeugen:

Die Zeugen können Gegenübergestellt werden, wenn ihre Aussagen in relevanten Punkten widersprüchlich sind. Die gegenübergestellten Personen sind in den Punkten auch einzeln zu vernehmen, in denen ihre Aussagen widersprüchlich sind. Die Antworten müssen protokolliert werden. Zur gleichen Zeit können nur zwei Personen vernommen werden.

Die §§ 337.-338. ZKP beziehen sich auf die konkrete Abwicklung der Gegenüberstellung:

§ 337. Abs. 1.: Wenn die Gegenüberstellung des ersten Beschuldigten zu Ende gegangen ist, kann das Gericht mit der Befragung des anderen Beschuldigten beginnen, falls es einen solchen gibt. Alle Beschuldigten haben das Recht an den anderen Beschuldigten Fragen zu stellen, und Bemerkungen zu machen zu den Aussagen der anderen Personen.

Abs. 2.: Im Fall, dass die Behauptungen bezüglich einer Tatsache sich widersprechen,

kann der Vorsitzende des Gerichts die Gegenüberstellung der beiden verordnen.

§ 338.: Das Gericht kann ausnahmsweise entscheiden, den Beschuldigten aus dem Gerichtssaal zu entfernen, wenn in seiner Gegenwart ein Zeuge oder

der andere Beschuldigte die Antworten verweigert, oder wenn die Umstände darauf schließen lassen, dass die anderen Personen in der Gegenwart des Angeklagten nicht die Wahrheit sagen würden. In diesem Fall muss man nach der Rückkehr des Angeklagten ihm die Aussagen der Zeugen oder Beschuldigten vorlesen. Der Angeklagte kann dazu Anmerkungen machen, oder den anderen Personen Fragen stellen. Wenn es nötig ist, kann das Gericht die Gegenüberstellung verordnen.

Ansonsten kann im kroatischen Strafverfahren die Gegenüberstellung sowohl während der Ermittlungen, als auch in der Verhandlungsphase vollzogen werden, aber es handelt sich in jedem Fall über ein richterliches Verfahren. Die Gegenüberstellung von Zeugen und Beschuldigten geschieht immer vor dem Ermittlungsrichter oder dem urteilenden Gericht, also macht sie nie die Polizei. So sind keine Regelungen im kroatischen Polizeigesetz oder in sonstigen Rechtsnormen zu finden. Einige Autoren haben Taktiken verfasst bezüglich der Abwicklung der Gegenüberstellung. Zum Beispiel, dass das Ziel der Gegenüberstellung die Schaffung einer Konfliktsituation ist. Bezüglich der Abwicklung ist empfehlenswert, dass die erste Behauptung:

- Behauptend;
- beschuldigend auf die beschuldigte Person;
- von der Person stammend sein soll, welche die Gegenüberstellung beantragt hat, außerdem
 - glaubwürdig;
 - von der Person stammend sein soll, deren Aussage auf die Ungenauigkeiten der Behauptungen des Beschuldigten aufmerksam gemacht hat.

Zwar sind die Gegenüberstellungen nie gleich, die Taktik dient aber dazu, die gegenüberstellte Person mit der Konfrontation des Wahrheit sagenden Zeugen zu überraschen.

Die Gegenüberstellung kann in der Ermittlungs- oder richterlichen Phase vollzogen werden, aber immer vor einem Richter oder einem Gericht.

Es gibt keine statistischen Daten – weil es auch an Studien, Forschungen und Monografien fehlt – die sich auf die Häufigkeit, die Wirksamkeit der Gegenüberstellungen beziehen, ich konnte aber feststellen, dass die Gegenüberstellung in der Praxis sehr gern angewendet wird.

POLEN: Die Institution der Gegenüberstellung existiert im Strafverfahren, aber auch in der Kriminalistik. Konkret wird sie geregelt im § 172. der polnischen StPO („Kodeks Postępowania Karnego“ vom 6. Juni 1997.):

Die zu untersuchenden Personen können gegenübergestellt werden, um die Widersprüche aufzuklären. Die Gegenüberstellung kann nicht in den Fällen des § 184 vollzogen werden.

Die Gegenüberstellung kann dann angewendet werden, wenn zwei Personen dasselbe Geschehen nicht die gleiche Weise erzählen. Ihr Ziel ist die Klärung von Widersprüchen, diese müssen aber bedeutend sein. Deshalb ist eine Gegenüberstellung nicht vonnöten, wenn zwei Erzählungen nur in geringen Einzelheiten voneinander abweichen. Diese Methode kann nur dann angewendet werden, wenn die zwei widersprüchlichen Personen sich ganz sicher in ihren Aussagen sind. Wenn also eine Person sich nicht sicher ist, oder sich nicht erinnern kann, muss man eine Gegenüberstellung nicht vollziehen.

Wer kann einer Gegenüberstellung unterworfen werden? Alle, die Teil des Verfahrens sind. Die einzige Ausnahme ist ein anonymen Zeuge.

Ein paar mögliche Kombinationen: zwei Beschuldigte; zwei Zeugen; zwei Sachverständiger, der Beschuldigte und ein Zeuge. Theoretisch könnten auch ein Zeuge oder Sachverständiger und der Beschuldigte gegenübergestellt werden. Wie funktioniert sie in der Praxis? Als erstes stellt die Behörde anhand der früheren Aussagen fest, dass es Widersprüche gibt. Deshalb muss der Beschuldigte bzw. der Sachverständiger immer zwei Aussagen bzw. Erklärungen abgeben. Deshalb kann man die Gegenüberstellung nicht bei solchen Personen anwenden, die noch nicht doppelt untersucht worden sind. Bei der Prozedur verliert der Vertreter der Behörde in der Gegenwart der beiden Parteien die früher aufgezeichneten Aussagen. Eine andere Vorschrift besagt, dass zuerst die Aussage jener Person zu verlesen ist, welche der Richter / Staatsanwalt / Ermittler für glaubhaft hält. Danach stellt der Leiter der Gegenüberstellung mit Betonung der Widersprüche Fragen an die Parteien.

Bei der Gegenüberstellung beschränkt sich die Rolle des Gegenüberstellten – im Gegensatz zu der allgemeinen Untersuchung - nur darauf, die ihm gestellten Fragen zu beantworten. Er hat nicht die Möglichkeit sich frei über die Geschehnisse zu äußern. Die Gründe dafür findet man in den Zielen der Gegenüberstellung. Bei einer allgemeinen Ermittlung ist das Ziel das Sammeln von Informationen über ein Geschehen. Bei der Gegenüberstellung ist das Ziel aber die Aufklärung von Widersprüchen.

Weil diese Art der Aufklärung auch eine Form der Untersuchungen ist, muss man die allgemeinen Regeln bei der Gegenüberstellung auch beachten. Diese Vorschriften sind in dem § 171. Abs. 1. – 7. zu finden

Abs.1.: Die Person, gegen die ermittelt wird, muss man die Gelegenheit geben, sich frei über die Tat zu äußern, und erst danach ergibt sich die Möglichkeit, die Tatsachen zu präzisieren und ergänzen.

Abs. 2.: Außer dem vorgehenden Organ können auch die Teilnehmer des Verfahrens, der Verteidiger, der Rechtsvertreter, der Sachverständiger, und die im § 416. deklarierten Personen eine Gegenüberstellung beantragen, und an ihr teilnehmen. Die Fragen werden direkt an den Gegenüberstellten gestellt, außer, wenn die vorgehende Behörde dies nicht anders regelt.

As. 3.: Wenn die gegenüberstellte Person das 15. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, muss an dem Verfahren auch – wenn es möglich ist – sein gesetzlicher Vertreter oder sein Vormund präsent sein, sofern dies nicht gegen die Ziele des Verfahrens ist.

Abs. 4.: Fragen, welche verdeckt auch Antworten beinhalten, dürfen nicht gestellt werden.

Ab. 5.: Es ist Verboten:

- *die gegenüberstellte Person mit Nötigung oder Gewalt zu beeinflussen;*
- *Hypnose, oder sonstige chemische oder technische Mittel anzuwenden, welche den Verstand beeinflussen;*
- *solche Mittel anzuwenden, welche die Reaktionen einer bewussten Person beeinträchtigen können.*

Abs. 6.: das vorgehende Organ hat während einer Gegenüberstellung alle Fragen abzuweisen, welche den Kriterien des Abs. 4. entsprechen.

Abs. 7.: Eine Aussage des Verdächtigen, bei welcher die Möglichkeit des freien Sprechens nicht gewährleistet war, oder eines der Verbote des Abs. 5. vorlag.

Die Gegenüberstellung kann während der Phase der Vorbereitungen, aber auch während der Gerichtsphase angewendet werden, ist aber im letzteren viel häufiger. Nach § 143. Abs. 1. Punkt 5. ist die Vorbedingung einer Gegenüberstellung ein Protokoll. Außerdem deklariert § 147. Abs. 1., dass:

Die Protokollierung der Verfassensdelikte kann auch mit Hilfen von Instrumenten geschehen, welche Bilder oder Ton fixieren, der Gegenüberstellte muss aber noch vor das Einschalten der Geräte auf dies Aufmerksam gemacht werden.,

Nach der Meinung von praktizierenden polnischen Juristen kommt es sehr selten vor, dass während oder nach einer Gegenüberstellung der Aussagende seine Aussage ändert. Dies trifft besonders auf Zeugen zu, bei denen auch eine strafrechtliche Verantwortung vorliegen kann. Der größte Vorteil der Gegenüberstellung liegt darin, dass sie behilflich ist bei der Bewertung der Beweise: die Behörde, welche bei der Gegenüberstellung die Manieren der teilnehmenden Personen beobachtet, kann danach leichter die Glaubwürdigkeit der Aussagen beurteilen. Bei den Beschuldigten kann dies nützlicher sein, weil sie nicht zu Verantwortung gezogen werden können, wenn sie nicht die Wahrheit sagen, so hat es keine rechtlichen Konsequenzen, wenn sie ihre Aussagen verändern. Deswegen kann die Gegenüberstellung auch als eine taktische Methode angewendet werden, wenn einer der Beschuldigten geständig war, der andere aber leugnet.

LITHAUEN: Die Gegenüberstellung ist in der Kriminalistik und im Strafverfahrensrecht als eine Ermittlungsmethode und eine Form des Verhörs bekannt.

Das Gesetz – IX-785., geltend seit dem 14. März 2002. – über das Strafverfahren beinhaltet Regelungen über die Gegenüberstellung, außerdem findet man taktische Anweisungen in kriminalistischen Fachbüchern.

Nach dem § 190. des lithauischen Gesetzes kann es für die Aufklärung und Beseitigung von Widersprüchen in den Aussagen von zwei, bereits verhörten Personen kann es zu einer Identifizierung in Form einer Gegenüberstellung kommen.

Die geltenden Regelungen bezüglich der Gegenüberstellung sind wie folgt:

Bei dem Beginn der Gegenüberstellung ist vor Allem zu klären, ob sich die Personen kennen, und in welchem Verhältnis sie zueinander stehen. Danach muss man die Personen bezüglich der widersprüchlichen Fragen, wegen welche die Gegenüberstellung stattfindet, einzeln vernehmen. Nach dem Verhör könne die gegenübergestellten Personen Fragen stellen. Wenn die Aussage einer Person nicht identisch mit der vorherigen Aussage ist, muss man die Gründe dafür aufklären. Es ist möglich, dass man die vorher gemachten Photos oder Tonaufnahmen der Personen nach deren Aussagen und deren Protokollierung zeigt bzw. abspielt.

Die Gegenüberstellungen finden meist in der Ermittlungsphase statt, auf jede Fall vor der richterlichen Phase, sie kann aber auch vor Gericht stattfinden.

Ihre Wirksamkeit ist labil, „sie ist mal wirksam, mal nicht. Auch bei der Gegenüberstellung von Mann und Frau ist dies der Fall.“ Die Rechtsanwender wenden sie nicht oft an.

MONTENEGRO: Nach der montenegrischen Deutung ist die Gegenüberstellung ein Teil des Strafverfahrens innerhalb der Ermittlungen, welches vor Gericht nicht angewendet wird.

Die Ergebnisse der Gegenüberstellung können gegen den Beschuldigten nicht verwendet werden, weil sie nur zur Aufdeckung der Straftäter und der Beweise dienen.

Das montenegrische Strafgesetzbuch beinhaltet allgemeine Regelungen zur Gegenüberstellung zwischen Augenzeugen, zwischen Beschuldigten, oder zwischen einem Augenzeugen und einem Beschuldigten.

§ 90. bezieht sich auf die Gegenüberstellung zwischen Augenzeugen und dem Beschuldigten:

Abs. 1.: Der Beschuldigte kann mit einem anderen Beschuldigten, mit einem Augenzeugen gegenübergestellt werden, wenn ihre Aussagen in relevanten Tatsachen nicht übereinstimmend sind.

Abs. 2.: Die gegenübergestellten Personen müssen gegenüber einander sitzen, und sie werden gebeten ihre Aussagen bezüglich den fraglichen Punkten zu diskutieren. Die Geschehnisse während der Gegenüberstellung, und der endgültige Standpunkt der Befragten sind im Protokoll festzuhalten.

§ 112. bezieht sich auf die Gegenüberstellung zwischen Zeugen:

Abs. 3.: Die Augenzeugen können nur dann gegenübergestellt werden, wenn ihre Aussagen sich in wesentlichen Punkten widersprechen. Zur gleichen Zeit kann man die Gegenüberstellung nur bei zwei Personen vollziehen. Bei der Gegenüberstellung von Zeugen muss man nach den Regelungen des § 90. Abs. 2. verfahren

§ 331. deklariert die Normen der Gegenüberstellung zwischen Beschuldigten:

Abs. 2.: Wenn die Aussagen der Beschuldigten in wichtigen Tatsachen nicht übereinstimmen, sind sie gegenüberzustellen.

In der Praxis findet die Gegenüberstellung vor Allem bei der Polizei als eine Ermittlungshandlung sehr oft Anwendung. Einer der wichtigsten kriminaltaktischen Empfehlung besagt, dass man nicht nur darauf achten muss, was die Personen sagen, sondern auf alle anderen Details auch; wenn einer blass oder nervös wird, wenn einer anfängt zu stottern, wenn einem die Stimme zittert usw. Alles in einem muss man alles beachten, woraus man auf die Glaubwürdigkeit der Personen schließen kann.

Das Rechtssystem verbietet die Anwendung von Gewalt (sei sie physischer oder psychischer Art) während der Gegenüberstellung, trotzdem gibt es immer wieder Beschwerden – wie der befragte Rechtsanwender berichtet -, dass die Polizei Gewalt anwendet, und die Menschenrechte der verhörten Personen verletzt. Weil diese Geschehnisse schwer zu beweisen sind, gibt es auch nicht viele Erfolge an diesem Gebiet.

Die Gegenüberstellung kann in den montenegrischen Verfahren sowie während der Ermittlungen, als auch vor Gericht angewendet werden. Meist findet sie an der Hauptverhandlung statt, im Falle, dass die Beweislage nicht eindeutig ist, und die Richter die Wahrheit anders nicht herausfinden können.

Nach der Meinung der Rechtsanwender ist die Gegenüberstellung für die Wahrheitsfindung nicht besonders geeignet. Sie wird nur dann angewendet, wenn nicht genügend objektive Beweismittel vorliegen, und wenn die Aussagen des Beschuldigten und der Geschädigten widersprüchlich sind. Das Ergebnis, welches das Gericht mit der Gegenüberstellung gewinnt, gilt als ein subjektiver Einblick, falls die Aufdeckung der Wahrheit sich als schwierig darstellt. Die gegenübergestellten Personen machen meist dieselben Aussagen, wie bei den vorherigen Verhören, das Gericht muss also anhand der Reaktionen und das Verhalten auf die wahrheitsgemäße Antworten schließen. Das Hauptproblem der Gegenüberstellung liegt darin, dass häufig physische Ausbrüche vorkommen. Von Bedeutung kann auch die Schulung der Personen sein, weil es eventuell vorkommen kann, dass nicht so gut geschulte Personen ihre Aussagen wegen Beeinflussung einer intelligenteren Gegenüberstellten ändern.

Desto trotz ist die Gegenüberstellung eine wichtige Methode der Wahrheitsfindung, im Falle, dass nicht genügend Beweise vorliegen. Einer der Grundprinzipien des montenegrischen Strafverfahrensgesetzbuches ist das Prinzip der Wahrheit. Das bedeutet, dass alle Teilnehmer des Verfahrens, Richter und verfahrenene Behörden alle relevanten Tatsachen feststellen müssen, woraus man ein gerechtes Urteil fällen kann.

DEUTSCHLAND: Das deutsche Strafverfahren kennt die Gegenüberstellung, versteht aber unter diesem Begriff auch das zur Schau Stellen auf Erkennung, wo man (verdeckt) die gegenüberstellte Person während des Verhörs durch den Geschädigten identifiziert. Man kann auch solche Personen gegenüberstellen, die Teil einer Untersuchung sind.

Der Begriff „Gegenüberstellung“ bezieht sich auf die Gegenüberstellung zur Erkennung, aber auch auf die Aufklärung von Widersprüchen.

Die Form der Gegenüberstellung, welche die Basis meiner Forschungen ist, nämlich die Klärung von Widersprüchen, wird in Deutschland auch wie ein neues und gleichzeitiges Verhör von zwei, bereits verhörten Personen betrachtet, bei welchen es ernsthafte Widersprüche gibt. Das Ziel der Gegenüberstellung ist die Aufklärung von Widersprüchen durch die Konfrontation der beiden Personen und ihren Aussagen.

Die gesetzliche Basis dieser Methode liefert die deutsche Strafprozessordnung, § 58. Abs. 2., welcher Absatz im Gegenteil zum ungarischen Gesetz nicht heraushebt, dass man die Gegenüberstellung nur bei Widersprüchen anwenden kann.

Diese rechtliche Basis legt einen formellen Grundstein für die Durchführung der Gegenüberstellung. Sie deklariert, dass die Gegenüberstellung mit einem Beschuldigten, oder mit Zeugen während der Vorbereitungsphase des Verfahrens stattfinden kann, wenn dies als erforderlich erscheint.

Das Vorverfahren, welches der Staatsanwalt leitet, ist nicht formell und öffentlich. Die Spitze des Strafverfahrens ist nicht die Verhandlung, sondern das Verfahren vorher, so können die während dieser Phase begangenen Fehler später nicht, oder nur gering korrigiert werden. In der Praxis ist die Bedeutung der Ermittlungen zu groß.

Sowie die Gegenüberstellung für die Aufklärung von Widersprüchen, als auch die Gegenüberstellung zur heimlichen Identifizierung haben sehr detaillierte und präzise ausgearbeitete Regeln, und einen breiten Spektrum an Fachliteratur.

An dieser Stelle möchte ich nur ein paar Grundregeln der Gegenüberstellung nennen, weil ich mich mit der Kriminaltaktik in einem anderen Kapitel (7.) befasse.

Die Gegenüberstellungen sind eigene Formen des Verhörs, welche sich meistens als einzelne Vernehmung abspielen (Zeuge - Zeuge; Zeuge - Beschuldigte; Beschuldigte - Beschuldigte). Der Hauptzweck ist bei ihrer Anwendung die Klärung von Widersprüchen. Vor der Gegenüberstellung muss man die vorher aufgenommenen polizeilichen Protokolle gründlich auswerten.

In der Vorbereitungsphase muss man feststellen:

- Was für Widersprüche zu klären sind;
- In welcher Reihenfolge diese zu klären sind;
- Was für Fragensformen anzuwenden sind;
- Was für organisatorische Maßnahmen zu treffen sind (Auswahl des Raumes und der Sitzposition);
- Was für Beweise und in welcher Reihenfolge bei der Gegenüberstellung zu verwenden sind;
- Welcher Zeitpunkt sich am besten für die Gegenüberstellung eignet;
- Welche Faktoren man beachten muss (z.B.: Angst, soziale Abhängigkeit).

Die Widersprüche sind in einem separaten Verzeichnis festzuhalten. Oft gibt es die Möglichkeit, dass bei der Gegenüberstellung auch zwei Polizisten und ein Schnellschreiber anwesend sein können. Die Vernehmung wird von dem Hauptermittler geleitet, der andere Offizier übernimmt die Aufgaben der Überwachung, wobei er bestimmte Gesichtspunkte beachten muss (genügend Abstand zwischen den Personen, eventuelle Fluchtwege).

Die Personen müssen so sitzen, dass es auf keinen Fall zu Handgreiflichkeiten kommen kann, oder dass sie sich Zeichen geben könnten. Die vorher festgelegten Fragen – welche die Parteien nur nach den erforderlichen Belehrungen nach ihren strafrechtlichen Positionen beantworten müssen - sind wortwörtlich zu protokollieren. Dies gilt auch für die Antworten. Wenn Widersprüche nicht geklärt werden konnten, muss man diese Punkte erneut aufrollen.

Über die Methoden, den Ablauf der Gegenüberstellung und das Ergebnis muss eine Zusammenfassung gemacht werden. Eine solche Gegenüberstellung darf nicht bei einem Zeugen vollzogen werden, der Angst hat, oder sich in wichtigen Punkten nicht sicher ist.

Die Polizei ist nicht befugt eine freie Person gegen ihren Willen zu einer Gegenüberstellung zu zwingen. Der Staatsanwalt hat aber die Befugnis, einen Zeugen oder Beschuldigten zu einer Gegenüberstellung vorzuladen, notfalls sogar vorführen zu lassen.

Trotz dem, dass sich viele Studien mit der Gegenüberstellung beschäftigen, sind sich die deutschen Strafverfahrensrechtler darüber einig, dass man nicht alle Widersprüche mit einer Gegenüberstellung aufklären kann. Oft genügt es eine zweite Vernehmung zu vollziehen, oder die Beweise zu analysieren, um das Problem aus der Welt zu schaffen.

Article I. ITALIEN: In Italien wird die Gegenüberstellung (confronti) als Rechtseinrichtung in der – am 22. September 1988 verkündetes Gesetz Nr. 447. (Codice di Procedura Penale, 22 settembre 1988, n. 447) – Strafprozessordnung geregelt. Die Regelungen sind im 3. Kapitel – „Über den Beweis“ – unter dem Titel „Beweismittel“ in den §§ 929f zu finden.

§ 211 Die Voraussetzungen für die Gegenüberstellung:

(1) Die Gegenüberstellung wird ausschließlich zwischen Personen genehmigt, die vorher verhört oder ausgefragt wurden, und in dem Fall, wenn zwischen ihren Aussagen bezüglich der wichtigen Tatsachen und Umstände Verschiedenheit besteht.

§ 212 Die Modalität der Gegenüberstellung: (1) Der Richter, nachdem er die vorherigen Aussagen der gegenübergestellten Personen vorgelesen hat, fragt die Personen, ob sie ihre Aussagen bestätigen oder modifizieren, wenn es nötig ist, werden sie zur gegenseitigen Diskussion aufgefordert.

(2) Die vom Richter gestellten Fragen, die Aussagen der gegenübergestellten Personen, und alles Andere, das während der Aussage verkündet wurde, müssen zu Protokoll genommen werden.

Laut der Interpretation des italienischen Obersten Gerichts lässt sich die Gegenüberstellung als Beweismittel in die folgende Dimension einteilen: sie ist dann nötig (möglich), wenn die Aufnahme der Aussagen der Zeugen und / oder der Beschuldigten schon erfolgte; die Verschiedenheit der zwei (oder mehreren) Aussagen ist noch nicht ausreichend; die Verschiedenheit soll sich – damit die Gegenüberstellung Rechtsgrund hat – auf die zentralen Beweisthemen des im Verfahren verhandelten Falls beziehen. Die gegenüberstellenden Parteien müssen schon vorher, voneinander getrennt verhört werden. Unabhängig davon, in welcher Periode des Verfahrens sich der Widerspruch herausstellt, die Gegenüberstellung verfügt nur dann über Beweiskraft, wenn sie im Rahmen der Verhandlung stattfindet. Dem Beschuldigten oder der verhörten Partei stehen die üblichen Garantien zur Verfügung (zum Beispiel das Recht auf den Verteidiger, das Recht auf das Schweigen). Wenn das Rechtssubjekt der Gegenüberstellung ein Zeuge, oder eine Person ist, die über Informationen verfügt, sie haben die Pflicht, die Wahrheit auszusagen. Ausserdem gelten die von der Person X für die Wahrheit erklärten Umstände im Fall der Bestreitung von Y nicht nur für keine Gegenüberstellung, sondern ist sogar nicht akzeptierbar, nämlich, dem § 500 gemäß kann nur die vorher aufgenommene Zeugenaussage der vorher verhörten Person in Frage gestellt werden. Um die eventuellen Widersprüche zu beleuchten, müssen die Rechtssubjekte nach den Vorschriften der Gegenüberstellung entgegenstellen (§ 212). Dazu hat vor Kurzem die Rechtswissenschaft noch hinzugefügt, dass in dem Fall, wenn die eine Partei die Untersuchung / Verhör rechtmäßig verweigert, darf derer Gegenüberstellung mit dem anderen gegenüberstellenden Rechtssubjekt nicht verordnet werden.

Das Verfahren der Gegenüberstellung stützt sich auf den Richter, – im Gegensatz zur Zeugenaussage oder zur Verhör der Parteien (§ 499) – der die Gegenüberstellung durchführt, diejenigen vorherigen Aussagen der zwei (oder mehreren) Zeugen, die widerspruchsvoll sind, vorliest, und sich bei den Personen erkundigt, ob sie ihre Aussagen anhand der Gegenüberstellung bestätigen oder modifizieren wollen. Er motiviert die Rechtssubjekte, sich miteinander zu konfrontieren, damit die gegenseitig in Frage gestellten Elemente auftauchen.

Über das Verfahren der Gegenüberstellung muss ein ausführliches Protokoll zusammengestellt werden (das sowohl nichtschriftlich als auch nicht nur schriftlich sein darf, § 134): die Dokumentation des Verfahrens verfügt bei der Bewertung der Beweise über eine entscheidende Bedeutung. Im Protokoll müssen also die vom Richter gestellten Fragen, die Aussagen der gegenübergestellten Personen und alle nützliche Vermerke bezüglich des Verfahrens. (Oberstes Gericht – Corte di Cassazione 26 giugno 1997, n. 6282)

RUSSLAND: In der russischen Fachliteratur versteht man unter Gegenüberstellung das Verhör von zwei Menschen zur gleichen Zeit, bezüglich des gleichen Umstands, das durch die Verschiedenheit zwischen ihren Aussagen begründet ist.

Das Verfahren der Gegenüberstellung ist im russischen Recht (zum Beispiel in der russischen Strafprozessordnung, im Ugolovno – processualnĭj kodex RSZFSZR 1997) ebenso ausführlich ausgearbeitet, wie seine taktischen Elemente. Die Spezialitäten der Rechtseinrichtung sind auch zu beobachten, die nicht ausser Acht gelassen werden dürfen. So zum Beispiel, dass

- während der Gegenüberstellung die Beteiligten unvermeidbar einige Sachen über die Umstände der Straftat erfahren, Informationen bekommen, Informationen austauschen,

- der eine Beteiligte (meistend der Beschuldigte) versucht, auf den Anderen aus seiner Sicht günstige Wirkung auszuüben.

Deshalb soll die Gegenüberstellung tüchtig vorbereitet werden, im Fall der Gegenüberstellung von mehreren Personen muss auch die Reihenfolge der Beteiligten bestimmt werden.

Während der Gegenüberstellung müssen die Umstände des Falls voneinander getrennt und in kronologischer Reihenfolge untersucht werden. Im Allgemeinen ist derjenige der Erste, dessen Aussage mit den zur Verfügung stehenden Informationen verglichen wird.

Vor der Durchführung der Gegenüberstellung muss der Ermittler das Wesen des Falls und die Beziehung der gegenüberstellenden Personen untersuchen. Der Verhörte soll, wenn er seine Aussage während der Gegenüberstellung verändern will, auch seine Begründung erörtern.

Der Ermittler darf den Beteiligten erlauben, am Ende der Gegenüberstellung aneinander Fragen zu stellen, in diesem Fall muss aber die Möglichkeit des Kontakts und des Informationsaustausches der Personen ausgeschlossen werden.

Der Ermittler muss während der Gegenüberstellung aufmerksam, achtsam und geduldig sein, und er soll vermitteln, dass er in der Sache unparteiisch und kompetent ist.

PORTUGAL: Der portugalische Strafprozesskodex, namens Decreto-lei no. 78/87 de 17 de Fevereiro, der am 17. Februar 1987 in Kraft trat, kennt die Gegenüberstellung. Der § 146 bestimmt genau, wann und in welcher Weise die Gegenüberstellung während der Kriminalermittlung verwendbar / zu verwenden ist:

„Es gibt die Möglichkeit der Gegenüberstellung zwischen den Beschuldigten, den Zeugen und zwischen den Beschuldigten und den Zeugen in dem Fall, wenn es in der gegebenen Sache zwischen den von ihnen vorgetragenen Versionen Verschiedenheit gibt. Die Gegenüberstellung ist nur dann verwendbar, wenn am Ende des Verfahrens die Auflösung des Widerspruchs nötig ist oder erwartet wird.“

Die Kriminalermittler, die bei der „Portugal Judiciary Police“ arbeiten, sind der Meinung, dass die Gegenüberstellung in der überwiegenden Mehrheit der Sachen (mehr als bei 95%) nicht zu Erfolg führt.

Sie meinen, allein im richterlichen Verfahren kann man aufklären, welche Partei bezüglich der Sache die Wahrheit sagt, wenn überhaupt eine dies tut.

In der Praxis – eben wegen den schlechten Anklageergebnissen – wird die Gegenüberstellung von der Kriminalpolizei in den meisten Fällen nicht verwendet, weil sie es viel wirksamer halten, Beweise zu sammeln, damit sich herauskristalliert, wer die Wahrheit äußert. Und erst danach, am Ende der Ermittlung soll man dem Staatsanwalt die gefundenen Beweise, ferner die Aussagen der Beschuldigten oder der Zeugen präsentieren, so kann er nämlich entscheiden, wer die Wahrheit verkündet hat und wer bereit ist, mit der Behörde zusammenzuarbeiten.

Man hält die Gegenüberstellung für keine geeignete Methode für die Aufdeckung der reellen Daten und der wahren Geschichte, da in der Mehrheit der Sachen – meinen die Kriminalermittler – die Beteiligten verständlicherweise ihre eigenen Interessen vor Augen haben, die sie aber nicht der Polizei mitteilen möchten. Sie warten nur und beachten, was für Ergebnis schließlich die Ermittlung aufweist, und so sind sie – schon alles über die Ermittlung wissend – eher an der Aufklärung der Wahrheit interessiert.

RUMÄNIEN: Der rumänische Strafprozesskodex (1969) – RCPC – regelt die Gegenüberstellung („confruntarea“) im Kapitel II, Titel III („Beweise“) in den Artikeln 87, 88 des Abschnitts IV folgendermaßen:

§ 87 Der Gegenstand der Gegenüberstellung: *Wenn in derselben Sache zwischen den Aussagen der unter Verfahren genommenen Personen Tatsachen auftauchen, die einander widersprechen, kommt es – wenn es nötig ist – zur Gegenüberstellung.*

§ 88 Die Regelung des Verfahrens:

(1) Die mit der Gegenüberstellung betroffenen Personen müssen bezüglich derjenigen Tatsachen, Umstände verhört werden, die den vorherigen Aussagen widersprechen.

(2) Die Richter können möglich machen, dass die gegenübergestellten Personen aneinander Fragen stellen.

(3) Die Aussagen der gegenübergestellten Personen müssen im offiziellen Protokoll festgesetzt werden.

Laut dem Kommentar des Strafprozesskodex':

A) Obwohl sich die Gegenüberstellung im rumänischen Strafprozesskodex unter dem Titel „Beweis“ befindet, ist die Theorie über deren rechtliche Natur eindeutig. Die Gegenüberstellung ist ein spezieller Verfahrensakt, der Komplementärbeweis ist, und sich nicht auf den Erwerb vom Beweis richtet. In dieser Hinsicht ähneln die Wirkungen der Gegenüberstellung der Aufklärung, der kriminaltechnischen Tatortarbeit, undsoweiter.

Die grundlegende Vorschrift des Strafprozesskodex' ist, dass das Verhör aller Beteiligten voneinander getrennt stattfinden. Das bedeutet, dass die Gegenüberstellung das wiederholte Verhör der gleichen Personen ist, nur unter anderen Umständen: zum Beispiel gleichzeitig.

Nur diejenigen Personen dürfen gegenübergestellt werden, die vorher als Zeugen, Beschuldigten, Angeklagten, Beschädigten oder Experten, usw. schon verhört wurden, und nur bezüglich derjenigen Aussagen, Teilaussagen, die die relevanten Widersprüche beinhalten.

Dem grundsätzlich inquisitorischen Charakter des Strafprozesskodex' ist es zu verdanken, dass bezüglich der Durchführung der Gegenüberstellung sowohl während der Ermittlung als auch während der Verhandlung (vor allem während der ersten Verhandlung) nur die Richter über Zuständigkeit verfügen. Dies ist der Grund des § 88 Abs. 3, der im Interesse der erfolgreichen Gegenüberstellung Einschränkung ermöglicht.

Die Gegenüberstellung kann entweder von Amts wegen, oder des Antrags irgendeines Beteiligten (irgendeiner Partei) oder des Staatsanwalts.

Im Falle der erfolglosen Gegenüberstellung (zum Beispiel, weil niemand seine vorherige Aussage verändert, die Richter – wenn es möglich ist – andere Beweise verwenden, und so das Kontradiktorium ausschließen. Im extremen Fall wird die Unschuldsvermutung angewendet.

B) Kriminaltaktische Empfehlungen

Erlaubte Tätigkeiten:

-Gegenüberstellung kann nur zwischen Personen durchgeführt werden, die einander kennen.

-Die Gegenüberstellung darf nur auf die Widersprüche der Aussagen fokussieren. Wenn es mehr als einen relevanten Widerspruch gibt, – zum Beispiel bezüglich der wichtigen Tatfragen – ist es empfehlenswert, mehrere Gegenüberstellungen durchzuführen.

-Wichtig ist, die Beziehung zwischen den Gegenübergestellten von Anfang an zu kennen.

-Die Gegenüberstellung darf nur erfolgt werden, nachdem es mit der Person diskutiert wurde, deren Aussage wahr sein soll, und sie damit einverstanden ist. Dessen Grund ist, dass eine Aussage auch freiwillig verändert werden kann, und diese Modifizierung die Gegenüberstellung unnötig macht. Ferner kann es auch vorkommen, dass die Aussage nicht verändert wird, weil die Gegenüberstellung in einer der Parteien Angst weckt, ihn zum Rücktritt zwingt, oder sie es vielleicht aus dem Respekt oder wegen der Freundschaft vor dem Anderen tut.

-Es lohnt sich, die Gegenüberstellung auch mit der Person diskutieren, deren Aussage man für falsch hält, weil es die Veränderung der Aussage erzielen kann. Wenn doch nicht, kommt es zur Gegenüberstellung, ohne, dass es ihr mitgeteilt wird. Deren Zweck ist, aus der Überraschung einen Vorteil zu bilden, und die Vorbereitung auf die Situation zu vermeiden.

-Die Gegenüberstellung kann – im Interesse der Bewahrung der Geheimheit des Prozesses als „endgültige“ Rechtsmittel in Betracht kommen, zum Beispiel am Ende der Ermittlung.

-Gegenüberstellung kann entweder am Gericht erfolgen, oder wenn jemand dort nicht erscheinen kann, an dem Ort, wo sich die Person aufhält, zum Beispiel im Krankenhaus, im Gefängnis, usw.

-Die Vertreter der Parteien müssen an der Gegenüberstellung teilnehmen.

-Mindestens zwei Richter müssen die Gegenüberstellung organisieren (einer sorgt für die Durchführung, der Andere für die Überwachung), und zur gleichen Zeit dürfen nur zwei Menschen gegenübergestellt werden. Wenn Mehrere gegenübergestellt werden müssen, ist es zweckmäßig, die Gegenüberstellungen an einem Tag durchzuführen, besonders in solchen Fällen, wo Einer mit mehreren Personen gegenübergestellt werden muss.

-Zuerst muss Derjenige befragt werden, dessen Aussage für wahr gehalten wird. Er wird erstmals in den Raum geführt, um die Anpassung mit der Umgebung zu fördern, damit er an Selbstvertrauen gewinnt.

-Die Gegenübergestellten nehmen gegenüber, vor dem Richter Platz.

-Es ist wichtig, die Reaktionen der Person, deren Aussage für falsch gehalten wird, zu beobachten, und man muss es betrachten, wenn sie den Ablauf der Gegenüberstellung mit Einschüchterung oder Beeinfluss verhindern will.

Unerlaubte Tätigkeiten:

-Es ist nicht empfehlenswert, das Opfer und den Beschuldigten gegenüberzustellen.

-Die Initiative der Gegenüberstellung ist nicht empfehlenswert, wenn es voraussichtlich nicht zum Erfolg führt. Zum Beispiel, wenn der Beschuldigte damit im Klaren ist, dass es nicht genügend Beweise zur Verurteilung gibt, kann er sich leicht in die Position des Leugnens setzen. Die Initiative der Gegenüberstellung hängt im Großen von dem Ergebnis der Besprechung mit derjenigen Person ab, deren Aussage für wahr gehalten wird.

-Es ist nicht empfehlenswert, den Verhafteten mit einem freien Mensch gegenüberzustellen, wenn deren Aussehen, Situation völlig unterschiedlich sind, zum Beispiel was die Kleider, Hygiene, usw. betrifft.

-Man darf die Gegenüberstellung nicht mit solchen Fragen anfangen, die die frühere Position der Gegenübergestellten ausfragen.

-Die Gegenübergestellten dürfen miteinander nicht reden, nur wenn dies die Richter nicht genehmigen.

SPANIEN: *Die spanische Strafprozessordnung aus dem 14. September 1882 regelt die Gegenüberstellung, dass zwischen Verletzten, Zeugen, ferner zwischen Verletzten und Zeugen und / oder zwischen Beschuldigten abläuft, und was der Richtweisung des Gesetzes aus dem Jahre 1872 folgt. Seitdem ist die Regelung nicht beachtenswert modifiziert worden, ausgenommen, dass die Gegenüberstellung mit den Minderjährigen als Maßnahme mit dem 1999er Gesetz mit der Nummer 14. ausgeschlossen wurde.*

Laut der spanischen Interpretation ist die Gegenüberstellung eine praktische Verfahrensmethode für den Erwerb der Beweise, beziehungsweise für den Beweis der Zuverlässigkeit der Aussagen, den wir auch als „die Sicherheit der Beweise“, oder als „den Beweis der Beweise“ („evidence on the evidence“) formulieren können.

Die Gegenüberstellung ist ein Mittel für den Beweis, das man nur dann verwenden, wenn der Zeuge oder der Beschuldigte schon vorher eine Aussage gemacht haben. Sie richtet sich nach der Harmonisierung der Verschiedenheiten in den Aussagen und nach dem Erfahren, welche Aussage der Wahrheit entspricht oder zumindest dazu am Nächsten liegt.

Sieben Paragraphen der inzwischen 125 Jahre alten Strafprozessordnung beschäftigen sich konkret mit der Gegenüberstellung, die neben der rechtlichen Regelung auch taktische Empfehlungen enthält.

Das Wesen der §§ 451-455 kann man folgenderweise zusammenfassen:

§ 451 Es schafft Möglichkeit dazu, dass in Fällen, wo essentielle Verschiedenheiten zwischen den Aussagen der Zeugen, des / der Beschuldigten liegen, kann der Untersuchungsrichter zwischen ihnen die Haltung der

Gegenüberstellung beantragen. Zur gleichen Zeit kann zwischen mehr als zwei Personen keine Gegenüberstellung gehalten werden.

§ 452 Die Gegenüberstellung ist in Anwesenheit des Untersuchungsrichters durchzuführen. Der gerichtliche Schreiber liest zuerst die vorherigen Aussprüche der gegenüberstellenden Personen, wo sich die Verschiedenheiten befinden. Nachdem der Untersuchungsrichter den Zeugen, beziehungsweise den Beschuldigten an die Sanktionen der falschen Zeugenaussage, beziehungsweise der falschen Anklage erinnert, fragt er sie, ob sie ihre Aussagen aufrechterhalten oder modifizieren wollen. Nach diesen Ereignissen weist der Richter auf die Verschiedenheiten hin und bittet die Parteien, um versuchen, einen gemeinsamen Nenner zu finden.

(Bezüglich des § 452 gibt es eine inzidente Entscheidung des Obersten Gerichts darüber, dass die Gegenüberstellung ungültig ist und über keine Beweiskraft verfügt, wenn der Richter nicht bei der Gegenüberstellung anwesend ist. (4. April 1987)

Ferner hat der Richter während dem Verfahren die Ordnung zu sichern, die freie Äußerung der gegenübergestellten Parteien zu genehmigen um damit zu erreichen, dass die Gegenüberstellung auf die gegenseitigen Äußerungen fokussiert, und zu vermeiden, dass die Parteien überflüssige Rechtfertigungen verkünden, beziehungsweise untersagt er die Insultierung und Drohung der anderen Partei. Die Rechtsanwälte spielen bei der Gegenüberstellung keine tragende Rolle, sie beobachten sie nur (zumindest haben sie die Möglichkeit)

§ 453 Die gegenübergestellten Personen dürfen aneinander Fragen stellen. Der gerichtliche Schreiber notiert alle Fragen und Antworten, sowie das Verhalten der Parteien. Jede Person, die das Wort ergreift, unterschreibt die Notiz des Schreibers.

§ 454 Der Richter erlaubt nicht, dass die gegenübergestellten Parteien einander insultieren oder drohen.

§ 455 Die Gegenüberstellung wird dann durchgeführt, wenn sie absolut nötig ist, wenn es keine andere Methode fürs Erfahren der Umstände der Straftat, der Rolle des Beschuldigten gibt. Minderjährige dürfen nicht bei der Gegenüberstellung mitwirken, nur wenn der Richter sie für absolut notwendig hält und es ein von einem Fachmann gemachte Gutachten gibt, das feststellt, dass das Interesse des Kindes nicht verletzt wird. (Letzteres hat das seit dem 9. Juni 1999 geltende Gesetz mit der Nummer 14. eingeführt.)

Die Regeln für die gerichtliche Gegenüberstellung:

§ 729 Dieser Paragraph ermöglicht die Haltung der gerichtlichen Gegenüberstellung von Amts wegen oder auf Antrag der Parteien. Wenn keine Partei Gegenüberstellung verlangt, darf sie das Gericht – wenn er es für notwendig hält – verordnen. Das ist eine Ausnahme in der Regelung der Beweise,

da es eine grundlegende Regel ist, dass das Gericht nur die von den Parteien vorgelegten Beweise untersucht.

§ 713 Er wiederholt den Inhalt des § 454, ferner die Minderjährigen betreffenden Regeln. Ausserdem stellt er fest, dass die gegenübergestellten Parteien ihre Aussagen interpretieren, dass sie wichtige und wahre Beobachtungen, Bemerkungen bezüglich der anderen Partei verkünden, die die gegenseitige Vereinbarung bezwecken.

In der spanischen Praxis ist die Gegenüberstellung als besonderes Beweismittel für die Vorbereitungsphase charakteristisch, das Gericht übt sie im Allgemeinen nicht aus, weil sie nicht immer die Verschiedenheiten beseitigt, ferner besteht die Möglichkeit, dass sie zur heftigen Reaktionen führt oder Spannungen verursacht.

(Das spanische Oberste Gericht hat in seiner Entscheidung am 12. Februar 1986 verkündet, dass die Gegenüberstellung zur Feststellung der Wahrheit durch die Beobachtung des Verhaltens der gegenübergestellten Personen beiträgt.)

Die Meinungen der praktisierenden Juristen über die Wirkung der Gegenüberstellung sind abwechslungsreich. Einige halten es bei der Aufklärung der Wahrheit für nützlich, weil das Verhalten der Parteien durch die Gegenüberstellung beobachtbar ist. In der Regel verlangt derjenige die Gegenüberstellung, der die Wahrheit sagt, aber das Gericht ist bei der Verordnung vorsichtig. Besonders dann, wenn der Zeuge (oder wessen Rechte verletzt wurde) mit dem Beschuldigten gegenübergestellt werden soll. Da gerieten sie nämlich unter Druck. Öfters findet die Gegenüberstellung zwischen zwei Beschädigten oder Zeugen statt, die sich nicht mehr genau an die Tatsachen erinnern, aber wenn sie gegenübergestellt werden, kommen sie auf einen einheitlichen Standpunkt, auf einheitliche Version kommen.

SERBIEN: *In Serbien existiert die Gegenüberstellung als Rechtseinrichtung sowohl in der serbischen Strafprozessordnung (im Weiteren: sStPO) – die durch das Parlament der Bundesrepublik Jugoslawien am 28. Dezember 2001 angenommen, am 29. März 2002 in Kraft getreten und in der Nummer 2001/70 des Offiziellen Blatts der Bundesrepublik Jugoslawien offiziell verkündet wurde – als auch in den kriminaltaktischen Empfehlungen.*

Die hingewiesene sStPO beschäftigt sich mit der Gegenüberstellung in vier Paragraphen:

Laut § 103 III: „Die Zeugen dürfen gegenübergestellt werden, wenn ihre Aussagen bezüglich der wichtigen Tatsachen nicht übereinstimmen. Gleichzeitig darf man nur zwei Zeugen gegenüberstellen. Für die Gegenüberstellung der Zeugen ist § 91 II anzuwenden.

Laut § 91 sStPO: (1) Der Angeklagte kann mit dem Zeugen oder dem anderen Angeklagten gegenübergestellt werden, wenn ihre Aussagen bezüglich wichtiger Tatsachen nicht übereinstimmen.

(2) Man muss die Parteien einander gegenüberstellen, und von ihnen fordern, einander ihre Aussagen bezüglich aller wichtigen Umstände zu wiederholen, und ihre Ansichten über ihre Aussagen zu diskutieren. Der Ablauf der Gegenüberstellung und der endgültige Gesichtspunkt der gegenübergestellten Personen muss vom Gericht zu Protokoll genommen werden.

Diese allgemeinen Regeln gelten sowohl in der Untersuchungs- als auch in der Verhandlungsphase, in der Hauptverhandlung und in der zweitinstanzlichen Verhandlung.

Es gibt auch Regeln, die nur die Verhandlungsphase betreffen:

Laut § 323 II gilt es für die Hauptverhandlung: Wenn die Aussagen einiger Angeklagten über die gleichen Umstände nicht übereinstimmen, kann sie der Vorsitzende des Senats gegenüberstellen.

Laut § 324 kann in der Hauptverhandlung der Angeklagte mit dem Zeugen und dem anderen Angeklagten:

Der Senat darf ausnahmsweise und vorläufig den Angeklagten aus dem Gerichtssaal entfernen, wenn der andere Angeklagte oder der Zeuge seine Aussage in seiner Anwesenheit verweigert, oder sich aus den Umständen herausstellt, dass sie in seiner Anwesenheit nicht die Wahrheit aussagen. Nach seinem Rückkehr muss man ihm die Aussage des anderen Angeklagten oder des Zeugen vorlesen. Der Angeklagte hat das Recht, an den anderen Angeklagten oder den Zeugen Fragen zu stellen, der Vorsitzende des Senats fragt ihn, ob er Bemerkung bezüglich der Aussagen hat. Nötigenfalls kann man sie gegenüberstellen.

Die Gegenüberstellung kommt auch innerhalb der Kriminalistik vor, aber nur mit Maß. Ihr wird keine große Bedeutung zugeschrieben, darauf weist die Tatsache hin, dass sie in den serbischen Lehrbüchern kein weites Feld haben. So zum Beispiel bei Vladimir Krivokapic: Kriminalistika taktika. Policijska akademija, Beograd, 2005. In diesem umfangreichen (612 Seiten) polizei-akademischen Lehrbuch wird die Gegenüberstellung nicht einmal in ganzen 3 Seiten erörtert.

Aleksic – Skulic: Kriminalistika. Beograd, 2004. In diesem an der Belgraden Juristischen Fakultät geschriebenen Lehrbuch nimmt die Gegenüberstellung aus den insgesamt 409 Seiten nur eine einzige ein (Seite 212), das Lehrbuch der Kragujevacer Juristischen Fakultät, Branislav Simonovic: Kriminalistika. Kragujevac, 2004, beschäftigt sich 5 der 677 Seiten (S. 250-254) mit dem Thema.

Eine gewisse Vorsichtigkeit ist den erwähnten Verfassern bezüglich der Gegenüberstellung anzumerken, die auch die Ansichten der bereits erwähnten Verfassern Aleksic – Skulic nachweisen:

„Die Praxis und die Theorie zeigt, dass der Wert dieser Operation oft überschätzt wird. Die grundlegende Schwäche der Gegenüberstellung liegt darin, dass die Gegenübergestellten nur selten ihre vorherigen Aussagen aufgeben. Andererseits hat die Gegenüberstellung der Mitschuldigen unerwünschte Folgen, zum Beispiel, dass sie miteinander über ihren zukünftigen Standpunkt konsultieren, und so die Beweisführung erschweren. Deshalb darf die Gegenüberstellung nur gut vorbereitet, vorsichtig und umsichtig durchgeführt werden... Die Gegenüberstellung ist nie Pflicht, sie ist nur dann anzuwenden, wenn daraus Erfolg erwartet wird.“

Simonovic ist ähnlicher Meinung, er beschäftigt sich in einem selbstständigen Untertitel mit den Risiken an den Seiten 252-253:

„Das größte Risiko der Gegenüberstellung ist, dass der eine Gegenübergestellte eine suggestive Wirkung an den Anderen ausüben kann, die dazu führen kann, dass die wahre Aussage falsch wird. Zum Beispiel der autoritäre Zeuge, der in der Wirklichkeit das Ereignis falsch wahrgenommen hat, an den scheuen, unsicheren Zeugen so wirken kann, dass Letzterer seine wahre Aussage rücknimmt. Besonders vorsichtig muss man beim Verhör Minderjähriger (untereinander, oder mit Erwachsenen) vorgehen.

Andererseits gibt es bei der Gegenüberstellung der Komplizen (zum Beispiel Mitglieder eines Kriminellenbunds) ermöglicht ihre geheime Konspiration. In solchem Fall müssen die Gegenübergestellten darauf aufmerksam gemacht werden, dass die Besprechung untereinander verboten ist, und sie dürfen nur die Fragen beantworten. Man soll ihr Verhalten und ihre Körpersprache beachten. In solchem Fall ist empfehlenswert, dass die Gegenübergestellten einander den Rücken kehren. Die Gegenüberstellung wird so getrieben, - um die Konspiration zu vermeiden – dass die Parteien einander nicht in die Augen schauen.“

Ausserdem ist die Gegenüberstellung in allen beiden Phasen des serbischen Strafprozesses, sowohl während der Untersuchung als auch während der Verhandlungsphase (aber beide sind gerichtliche).

Es gibt keine spezielle Probe über die serbischen Erfahrungen, die praktisierenden Juristen, Richter, Staatsanwälte schätzen sie nicht besonders.

SLOWAKIEN: § 125 der slowakischen Strafprozessordnung (Nummer 301/2005) regelt die Gegenüberstellung.

(1) Wenn die Aussage des Beschuldigten in wichtigen Fragen von den Aussagen des Beschädigten oder des Zeugen abweicht, und dieser Widerspruch anders nicht aufzulösen ist, darf der Beschuldigte von Angesicht zu Angesicht mit der gegebenen Person stehen.

(2) Die Gegenübergestellten dürfen aneinander mit der Zustimmung des Prüfers (Verhörers) Fragen stellen.

(3) Die Anordnungen der Absätze (1) und (2) sind beim Agenten, beim gedeckten Zeugen und bei solchem Zeugen, dessen Identität geheim gehalten werden muss, sind nicht anzuwenden.

Die grundlegenden taktischen Regeln der Gegenüberstellung kommen in den kriminalistischen Empfehlungen vor.

Die Voraussetzungen der Ausführung der Gegenüberstellung sind zum Beispiel:

- *Die Gegenüberstellung kann ausschließlich zwischen zwei, vorher schon verhörten Personen durchgeführt werden.*

- *Zwischen den vorherigen Aussagen gibt es bedeutende Verschiedenheit.*

- *Diese Verschiedenheit kann andererseits nicht aufgelöst werden.*

- *Man muss dafür sorgen, dass sich die Parteien vorher nicht treffen.*

- *Unmittelbar nach dem Ankommen an den Ort der Gegenüberstellung muss man die Parteien in verschiedene Zimmer (Räume) versetzen, und müssen gleichzeitig zur Gegenüberstellung gerufen werden. So kann man die Vereinbarung zwischen den Parteien oder der Beeinfluss des Anderen ausschließen.*

Die taktischen Empfehlungen für die Durchführung der Gegenüberstellung:

- *Am Anfang der Gegenüberstellung muss man die Parteien anhand ihrer Positionen im Prozess über ihre Rechte und Pflichten informieren.*

- *Es ist auch notwendig, die Parteien über den Ablauf der Gegenüberstellung zu informieren, besonders darüber, dass sie Fragen nur mit der Zustimmung des Untersuchers stellen dürfen.*

- *Sie müssen auch darüber informiert werden, dass sie mit ihrem Verhalten den Ablauf der Gegenüberstellung nicht stören dürfen, besonders nicht mit psychischer Kränkung oder physischer Misshandlung.*

- *Die Fragen nach der Information beziehen sich auf die umstrittenen Sachen. Die ersten Fragen sollen sich nach den Beziehungen der gegenübergestellten Parteien richten. Zum Beispiel – wenn sie einander kennen – wann und wo sie sich kennengelernt haben. Es ist ein wichtiger Umstand, ob sie sich vor der Tat kannten oder sie erst während der Handlung in Kontakt kamen.*

- *Nach der Klärung der Beziehung der Parteien kommen die wichtigen Fragen an die Reihe.*

- *Von der gegenübergestellten Person darf die vollständige vorherige Aussage nicht wieder gefragt werden.*

- *Der Zweck der Gegenüberstellung wird erreicht, wenn er nur das Wesen der Aussage vor der anderen Partei wiederholt.*

- *Die Fragen, die an beide Parteien gestellt werden, richten sich nach der Klärung der Widersprüche, und dürfen auch beantwortet werden. Danach – unabhängig davon, ob der Widerspruch geklärt wurde oder nicht – kommt der nächste Widerspruch an die Reihe.*

– *Im wichtigsten Teil der Gegenüberstellung wird an die Parteien Fragen gestellt, die sie auch beantworten dürfen. Die davon gemachte Aufnahme ist Beweis.*

Die Hauptvollstreckungsetappe der Gegenüberstellung ist die Ermittlung. Während der Verhandlung wird die davon gemachte Aufnahme beachtet, aber vor dem Gericht ist es wiederholbar oder wieder durchführbar.

Laut der Judikative liegt die Erfolgsquote der Gegenüberstellung bei 10-15%. In den anderen Fällen halten die Parteien ihre Aussagen aufrecht, unabhängig von den Beweisen und der Aussage der anderen Partei. Daraus folgend stellen sie – trotz den Traditionen – die geringe Effektivität der Rechtseinrichtung fest.

SLOWENIEN: *Die Gegenüberstellung ist auch als strafprozesslicher und kriminalistischer Fachbegriff (terminus technicus) bekannt.*

Im Strafprozessgesetz (Zakon O Kazenskem Postopku – 1994) sind Regeln über die Gegenüberstellung als Beweisverfahren zu finden. Die Theorie der Kriminalistik gibt taktische Empfehlungen zur Durchführung der Gegenüberstellung.

Die slowenischen Kriminalistik-Lehrbücher formulieren verschiedene taktische Empfehlungen bezüglich der Durchführung der Gegenüberstellung. Diese sind vor allem:

– *vor der Gegenüberstellung wird der Zeuge / Verdächtige im Hinblick auf die vorherige Zeugenaussage / Aussage des Verdächtigten kurz angehört (ob sie diese aufrechterhalten oder nicht), danach müssen sie darüber informiert werden, ob sie gegenübergestellt werden,*

– *vor der Gegenüberstellung darf die Identität derjenigen Person, die mit dem am Verfahren Beteiligten gegenübergestellt wird, nicht enthüllt werden,*

– *die Gegenüberstellung soll überraschungsartig sein,*

– *die Gegenüberstellung muss sorgfältig vorbereitet werden: wer, wann, wo; die zu klärenden Tatsachen, die Reihenfolge der Anhörung, die Weise der Fragenstellung,*

– *der Verdächtige muss zuerst mit den weniger bedeutenden Zeugen gegenübergestellt werden, dann stufenweise mit den bedeutenderen (es erhöht den psychischen Druck),*

– *man muss möglichst die Chance verhindern, dass der Verdächtige mit dem anderen Verdächtigten kommuniziert, manche raten, dass die Verdächtigten nicht gegenüber einander stehen sollen,*

– *man muss den Beeinfluss des Verdächtigten auf den Zeugen möglichst vermindern,*

– *bei der Festsetzung der Gegenüberstellung soll jede Antwort Wortwörtlich notiert werden, die Zeugen / Verdächtigten sollen abwechselnd die Fragen beantworten; die Gegenüberstellung darf nicht spontan sein.*

Die Regeln der Gegenüberstellung sind auch im slowenischen Strafprozessgesetz unter den Regeln des Zeugenverhörs und des Verhörs des Beschuldigten zu finden. Rechtlich gesehen gehören diese Regeln zum Kreis der richterlichen Untersuchung, aber die gleichen beziehen sich auch auf die wesentlichen Verhörungen während der Ermittlung, in deren Rahmen auch die Gegenüberstellung durchzuführen ist.

Die Gegenüberstellung – als Akt, der sich nach Erwerb von Beweismitteln richtet – darf im sogenannten Vorverfahren – das eigentlich informelle Polizeiermittlung ist – nicht angewendet werden. Da aber das Vorverfahren nicht formell ist, gibt es für die Durchführung einer informellen Gegenüberstellung kein Hindernis. Deren Ergebnis darf aber nicht als Beweis dienen.

In den Fällen, wo die richterliche Ermittlung auch bevor der Verhandlung verbindlich ist, wird die Gegenüberstellung – als Ermittlungshandlung und als Methode für den Erwerb der Beweise – im Allgemeinen in dieser Etappe angewendet. Dies schließt aber die spätere Wiederholung der Gegenüberstellung durch den Richter der Verhandlungen nicht aus; im Gegenteil: er muss sie wiederholen, weil das Urteil ausschließlich auf solchen Beweisen basieren darf, die während dem Hauptverhör oder der Hauptverhandlung auftauchen. Wenn es keine Möglichkeit für die Wiederholung der Gegenüberstellung gibt, (weil der Zeuge die Aussage leugnet, usw.) muss das Protokoll der durch den Ermittlungsrichter durchgeführten Gegenüberstellung in der Verhandlung vorgelesen werden.

Heutzutage hat sich keiner mit dem Thema Effektivität der Gegenüberstellung auseinandergesetzt, die Fachliteratur betont, die Gegenüberstellung sei ein sehr wichtiges und effektives Mittel für die Klärung der im Prozess vorgekommenen Tatsachen. Es scheint, es besteht keinerlei spezielles Problem in diesem Gebiet.

Die während meiner Forschung befragten slowenischen Rechtsanwälte haben keine besonderen Reaktionen bezüglich der Gegenüberstellung getroffen. Sie sind der Meinung, die Gegenüberstellung sei eine Beweishandlung, die die Gerichte dann vollziehen, wenn sie es für nötig halten, und sie denken, es sei ein effektives Mittel für die Aufklärung der Tatsachen. Laut ihrer Erfahrungen sind die Richter fähig, die Reaktionen und Verhalten der Zeugen / Beschuldigten vorsichtig zu beobachten und zu bewerten.

3. Die europäischen Staaten, die die Gegenüberstellung nicht verwenden

ENGLAND – SCHOTTLAND: *Weder im traditionellen englischen als auch im schottischen Recht gibt es solches Verfahren. Stattdessen existiert eine „traditionelle“ Methode für die Untersuchungen und fürs Verhör der Zeugen, genauso, wie in ein Paar Fällen beim Treffen des Täters mit dem Beschädigten.*

Aber nichts ähnelt der kontinentalen Gegenüberstellung. Im angelsächsischen System ist der Richter kein Ermittler, wie zum Beispiel im Französischen, wo es Untersuchungsrichter gibt.

Manchmal kommt es in den Zivilprozessen vor, aber nur im Schlichtungsverfahren, das ausserhalb des Gerichtssaals abläuft.

Es gibt das Zeugenverhör, es wird Abfragung des Zeugen oder Kreuzverhörverfahren genannt. Während dem Zeugenverhör verbindet der Fragesteller die Zeugenaussage mit dem Fall.

(Da erwähne ich, dass die Gegenüberstellung als Rechtseinrichtung auch in Zypern, im Bezug auf die früheren angelsächsischen rechtshistorischen Wirkungen, nicht existiert.)

DÄNEMARK: *Nach meiner Forschung gibt es in Dänemark keine Gegenüberstellung. Im Land gilt die freie Abwiegung, Beurteilung der Beweise. Das bedeutet, dass die Gerichte nicht an formelle Regeln bei der Beurteilung der Beweise gebunden sind. Bei gegenüberstehenden Zeugenaussagen können die Richter – anhand des Tatbestands der Sache – frei entscheiden, welche Aussage sie für wahrscheinlicher halten, welche Aussage sie für zuverlässiger halten.*

(Aber im benachbarten Schweden – ohne über die Einzelregeln bescheid zu wissen – kennt der 22. Kapitel der domestischen Strafprozessordnung Rattegångsbalk – 1942:740 – die Gegenüberstellung, und es wird sowohl in der Ermittlungs- als auch in der gerichtlichen Phase angewendet.)

IRLAND: *Das Irische ist ein Common-Law-Rechtssystem, es stammt aus dem Englischen, und ist deshalb „adversarial“ (akkusatorisch) und nicht inquisitorisch. Das Kriminale Rechtssystem ist darin betroffen, dass diese „Adversarial“-Annäherung die Strafeanklagesache mit der Schutzsache gegenüberstellt wird. Das Gericht ist in der Ermittlung nicht betroffen, ausgenommen, wenn es Hausdurchsuchungsgenehmigung ausgibt. Nur am Anfang des Verfahrens ist die Betroffenheit des Gerichts charakteristisch.*

„An Garda Siochana“ vollzieht die Ermittlung ohne jegliche richterliche Anweisung oder Kontrolle. Die abgeschlossene Ermittlung wird dem „Director of Public Prosecutions“, dem D.P.P. weitergeleitet, der entscheidet, ob es genügend Beweis für die Einleitung eines Verfahrens oder Prozess gibt. Der D.P.P. ist kein Mitglied des Gerichts, sondern unabhängig, dessen Tätigkeit die Erweiterung des Justizministers ist. „Garda Siochana“ leitet das Verfahren nur nach der Übereinstimmung mit dem D.P.P. ein.

Wenn ein Verfahren beginnt, lädt sowohl der Ankläger als auch die Verteidigung ihre eigenen Zeugen. Jeder Zeuge wird auch von der anderen Partei verhört. Wo Widerspruch oder Diskussion bezüglich der wichtigen

Tatsachen, Beweise, Aussagen auftauchen, ist der vom Richter gelenkten Schwurgericht, der entscheidet, welche Version die richtige, die wahre ist.

Im Strafeanklageverfahren muss die Last des Beweises unzweifelhaft sein. Im Wesentlichen bedeutet das, dass die Verteidigung durch ihre Zeugen solche Beweise anführen, die in den durch die Anklage vorgebrachten Beweisen Zweifel wecken. Wenn die Verteidigung in ihrem Interesse Beweise vorbringt, müssen sie auch dem „Gleichgewicht der Wahrscheinlichkeit“ entsprechen. Mit einfachen Wörtern bedeutet dies, dass die Verteidigung beweisen muss, dass die von ihr aufgestellten Version viel wahrscheinlicher ist. Die Beweislast liegt – wie man es sieht – bei der Anklage.

In der gerichtlichen Phase ist die Mischung der Regeln aus dem Common Law und aus dem Statutory Law, die die Regelung der Beachtung der Beweise bildet. Die „Statute“-Regeln sind im 1992er „Criminal Evidence Act“ zu lesen.

4. Die wichtigsten Folgerungen aus den Regelungen der einzelnen Staaten

Als Antworten auf die am Anfang dieser Studie gestellten Fragen kann ich folgende wichtige Konklusionen feststellen.

Gut wahrnehmbar separieren sich die Verhältnisse der angelsächsischen und kontinentalen Rechtssysteme zur Gegenüberstellung. Beim Angelsächsischen existiert sie nicht, es werden andere Methoden für die Klärung des Tatbestands und für die Überzeugung der Richter / Geschworenen. Beim Kontinentalen gibt es – fast in vollem Maß – die Gegenüberstellung als Rechtseinrichtung.

Die Regeln der Gegenüberstellung in den kontinentalen Ländern befinden sich – auf ihre Bedeutung verweisend – in den nationalen Grundgesetzen über die Strafprozessordnungen. Die relativ kurzen, nicht allzu ausführlichen Rechtsregeln der Gesetze werden im Allgemeinen in den kriminalistischen – darin in kriminaltaktischen oder polizeitechnischen Empfehlungen, Ratschlägen und Moden ausgefüllt. Besonders gilt es im Fall der Länder, – und die sind in Überzahl – wo die Betonung der Gegenüberstellung bei der Ermittlungsphase liegt. Diese Aussage ist begründet, obwohl in der Mehrheit der Länder, die es anwenden, die Gegenüberstellung als wahrheitssuchendes Mittel in beiden Hauptverfahrensphasen, sowohl in der Ermittlungs- als auch in der Verhandlungsphase funktioniert.

Die Effektivität der europäischen Gegenüberstellung ist unterschiedlich, man kann auch sagen, sie ist im Allgemeinen ziemlich zurückhaltend. Es ist zu erfahren, dass in Mittel- und Osteuropa – am meisten anhand der Traditionen – die Rechtsanwänder der Gegenüberstellung eine größere Bedeutung zuschreibt, als in Westeuropa, zugleich ist es aber auch festzustellen, dass es zwischen den Regionen bezüglich der (bescheidenen) Ergebnisse keine bedeutende Unter-

schiede gibt. Da bemerke ich, dass die von den ausländischen Rechtsanwänder vorgebrachten schlechten Erfolgsquoten (sogar in den absoluten Zahlen bedeutet es 10%-15%) ähnlich, beziehungsweise gleich mit den – während meiner empirischen Forschung hervorgebrachten – ungarischen Daten.

Trotz der bescheidenen Erfolge sah ich in keinem Land, das die Gegenüberstellung verwendet große Zweifel aufkommen, die die heutige Praxis, beziehungsweise Zukunft der Rechtseinrichtung in Frage stellt, zugleich gibt es ich in den Ländern, die sie nicht verwenden kein Bedürfnis, keine Sehnsucht nach der Einführung oder Zwang.

Чаба Фењвеш
Правни факултет у Печују

СУОЧЕЊЕ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ КАО ДЕО ЕВРОПСКОГ ПРАВА

Резиме

У вези почетних хипотеза свог истраживања аутор долази до следећих закључака. Може се добро уочити различит однос англосаксонског и континенталног правног система према суочењу. У англосаксонском систему и не постоји, користе се други методи за утврђивање чињеничног стања и стварања уверења код судија и поротника. Насупрот томе, у континенталним системима скоро свугде постоји у пуној мери као правни институт.

У континенталним земљама правни прописи о суочењу налазе се у националном основном кривичнопроцесном закону на националном нивоу, што указује на значај који се придаје овом институту. Релативно кратке, често неразрађене законске одредбе се по правилу претачу у криминалистичке (нарочито у криминалистичко-тактичке и полицијско-техничке) препоруке, савете и упутства. То нарочито важи за земље, оне су у већини где је нагласак на примени суочења у истражној фази поступка. Овај закључак је основан, иако се у већини земаља где постоји као средство за утврђивање истине, примењује и у претходном и у главном поступку.

Ефективност европског суочења је различита, може се рећи да је по правилу прилично умерена. Уочљиво је, да у средњој и источној Европи, најчешће због традиције, правна пракса суочењу приписује већи значај него у западном делу Европе. Мада се може одмах додати да у односу на (скромне) резултате нема значајне разлике међу регионима. Уочљиво је да се подаци о слабом успеху (у апсолутним бројкама 10-15%) до којих је аутор дошао у току свог емпиријског истраживања из стране правне праксе, поклапају са подацима из Мађарске.

Упркос скромном успеху суочења, ни у једној од земаља у којој се примењује се не јавља озбиљнија сумња која би ставила под знак питања будућност данашње праксе у примени овог института. Као што се ни у земљама где се не примењује не јавља потреба или жеља за његовим увођењем.