

*Mr Dragana Ćorić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

RECEPCIJA AUSTRIJSKOG (GERMANSKOG) KONCEPTA ZAŠTITE STEČENIH PRAVA U SRPSKOJ PRAVNOJ NAUCI

Sažetak: srpska pravna nauka beleži puna dva veka recepcije različitih uticaja u svojoj pravnoj nauci, no krajem 19 i početkom 20 veka u oblasti temporalnog prava i zaštite stečenih prava, naizmenično su prihvatane ili kritikovane austrijska ili francuska koncepcija.

Sama tematika retroaktivnosti, tj povratnog dejstva propisa je bila malo razrađena u srpskoj pravnoj nauci. Kao formalni početak ovih razmatranja može se uzeti 1805. godina i prvi ustavni projekat Božidara Grujovića, pod nazivom „Slovo“. Sledeća značajna studija, koja je bila najobuhvatnija i decidno se bavila samo ovom problematikom je usledila više od 80 godina kasnije, tačnije tek 1888. godine i unela je prilično revolucionarna shvatanja za to vreme. Pokušaj Žarka Miladinovića iz 1926 da monografijom dosegne uspeh Geršičeve studije je ostao uglavnom na poziciji pokušaja, izuzev dela u kom je definisao principe zaštite stečenih prava, ali na postavkama austrijske pravne nauke.

Ključne reči: stečena prava, Gligorije Geršić, Žarko Miladinović, Živojin Perić, Đorđe Tasić, Toma Živanović

Uvodne napomene

Stečena prava, kao prava ili obaveze koji su stečeni, realizovani ili na drugi način dobijeni za vreme važenja jednog prava su poseban koncept koji je prisutan u pravnoj teoriji, valjda od samih prapočetaka stvaranja prava. Jedina razlika je u izvoru tih stečenih prava, jer neki autori su ih posmatrali kao isključivo zakonska prava (koja je ustanovio zakon) a neki

pak, kao prava koja je zakon samo prepoznao i prihvatio a ona već postoji u stvarnom svetu (prirodna prava)

Sama teorija i koncept stečenih prava su neraskidivo povezani sa principom (ne)retroaktivnosti, čija sadržina i posledice su predmet izučavanja pravnika i drugih stručnjaka još u prvobitnim pravnim izvorima. Retroaktivnost, koja podrazumeva mogućnost važenja jednog propisa ne samo *pro futuro*, već i unazad- *retro agere*, je tako shvatana kao „najveći atentat koji zakon može da učini“ i prava subjekata bila bi podložni stalnim, svojevoljnim promenama koje država u okviru vršenja diskrecione vlasti čini. Ustanovljavanjem važnosti nekog propisa unazad, u vreme kada on nije ni postojao, je na neki način *contradictio in adiecto*, jer se potencira kažnjavanje lica koja su u određenom vremenskom periodu ponašala shodno tada postojećim pravilima, ni ne razmišljajući da će se ista, jednog momenta u budućnosti promeniti na takav način, da će to važiti i za njih. Tako adresati normi, koji su se ponašali na potpuno odgovarajući način, kako su nalogale norme pozitivnog prava, u jednom momentu postaju prekršioc i normi za čije postojanje nisu znali niti su ga mogli predvideti, pa stoga nisu mogli prilagoditi tim zahtevima svoje ponašanje.

Brojne koncepcije, koje su nastale usled dugotrajnih promišljanja o ovom problemu se mogu grupisati prema različitim kriterijumima. Teorija stečenih prava je dobila svoj poseban oblik u germanskoj pravnoj misli, u romanskoj, našoj domaćoj, zatim u pravu Evropske Unije i na kraju u anglosaksonskoj pravnoj provenijenciji. U pitanju su koncepcije koje su se međusobno različite, često čak i dijametralno suprotne, ali i koje su se međusobno preplitale i uticale jedna na drugu. Čak i kad je jedna teorija nastajala isključivo na kritikama drugih teorija, čak i kada nije doprinosila rešavanju odnosa između stečenih prava retroaktivnosti, opet je svaka teorija svojim individualnim videњem doprinosila njenom rešenju.

Pod germanskim autorima svakako svrstavamo jednako i austrijske i nemačke autore, pri čemu je austrijska pravna nauka imala pretežniji uticaj u prvoj polovini 19. veka. Sa jačanjem istorijsko pravne škole, kao pandana prirodnopravnoj teoriji i pokretu upravljenom ka stvaranju nemačkog pravnog identiteta, nemački pravni teoretičari se pojavljuju kao relevantni u drugoj polovini 19. veka. Spominjanje stavova i mišljenja nekih od njih, budući da se u savremenoj pravnoj literaturi retko ili nimalo ne spominju, čini se nužnim i sa stanovišta savremene pravne nauke, budući da njihove koncepcije mogu biti primenljive i prihvatljive. Treba napomenuti da su neki od njih bavili ovom materijom samo u nekom specifičnom smislu, tj. da su se

zadržavali samo u oblasti krivičnog materijalnog ili procesnog prava, ili u oblasti građanskog prava. No njihovi stavovi su značajni i radi sagledavanja razvoja misli u oblasti odnosa između stečenih prava i povratnog dejstva zakona i drugih opštih akata.

Začeci recepcije inostranih uticaja u srpskoj pravnoj nauci i kriticism domaćih teoretičara

Počev od pozitivističkog pristupa iskazanog u ustavnom projektu Božidara Grujovića u „Slovu“ iz 1805. godine, srpska pravna misao beleži treći vek promišljanja o značajnim državnopravnim temama, između ostalog i o zaštiti stečenih prava. Iako u „Slovu“ nalazimo samo nagoveštaj istog, u delu gde se govori o sigurnosti života, imovine i časti¹, možemo smatrati upravo ovo delo prvim delom koje se organizovano bavi ovom tematikom.

Sledeći značajniji projekat u ovoj oblasti je svakako studija Gligorija Geršića iz 1888. godine. Sem što je predstavljala obimnu studiju, prvu takve vrste nastalu posle duge pauze, sama studija nije donela neke novine. Od rusofilskog uticaja, koji je Božidar Grujović doneo sa sobom, i snažnog intelektualnog naboja koji je sa sobom donela Francuska buržoaska revolucija, ostalo je malo, i u ovom periodu je pretežno prihvatanje uticaja germanske provenijencije. Takva situacija je i u Geršićevoj studiji.

Iako na momente liči da je Geršić prihvatao više francusku doktrinu, to ipak, nakon pažljivijeg čitanja, postaje vidljivo upravo njegovo priklanjanje stavovima nemačke provenijencije. Čak je naklonjenost Lasalovim² stavovima, koliko god i oni sami ponekad delovali neutemljeni, još očiglednija. Kritički osvrt na sve do tada poznate teorije i konstatovanje nji-

¹ Sigurnost života, imanja i časti su postavljeni u projektu Božidara Grujovića kao najšire koncipirana prava, koja svaki vladar treba da poštuje i da obezbedi njihovo nesmetano uživanje. U suprotnom, nije se dostojan ni nazvati vladarom, i to je istovremeno i opravdanje i legitimitet postojanja same države. Stojan Novaković: *Ustavno pitanje i zakoni Karađorđeva vremena- studija o postanju i razviću vrhovne i središnje vlasti u Srbiji 1805-1811*, Nova štamparija „Davidović“, Beograd, 1907, str. 5-7.

² Ferdinand Lasal, nemački socijalista, tvorac savremene teorije stečenih prava. Ova Ferdinand teorija se bazira na sledećim premisama: zakon koji utiče na individuu i prava koja je ona stekla vršenjem neke individualne radnje svoje volje ne sme biti retroaktivan.; zakoni koji se primenjuju na lica neposredno, tj. koji pogađa individuu samo posredstvom njevoljne akcije, mogu biti retroaktivni. To znači da novi zakon može dobiti retroaktivno dejstvo i ako se sadržinski odnosi na stečena prava, samo ako je održavanje tih prava ili eventualno ispunjenje ugovora uslovljeno vršenjem neke radnje od strane titulara takvog prava, a on je potpuno slobodan da odluči da li će taj uslov ispuniti ili ne. Ferdinand Lassale, *Gesamelte Reden und Schriften*, druck von Oscar Brandstetter, Leipzig, 1920.

hovitih nedostataka (posebno na teorije Savinjija, Ungera i Vindšajda), Gligorije Geršić je upotrebio kao uvod u potragu za što tačnijom i što potpunijom sadržinom pojma stečenih prava, smatrajući da je to upravo polazište za što tačnije i definisanje principa (ne)retroaktivnosti i njegovog polja primene.

Tako je Geršić povratno dejstvo zakona smatrao povredom čovekove slobode i uračunljivosti. Jer, čovek se uvek i u svakoj situaciji ima smatrati „stvorenjem slobodnim sa sopstvenom voljom“³. Nijedan subjekat ne može da prilagodi svoje ponašanje pravilu, koje nije postojalo u vreme kada je preduzimao izvesnu radnju, pa stoga ni njegova sloboda odlučivanja i postupanja ne smeju kasnije biti napadnuta ili kažnjena. Nije u pitanje nepoznavanje sadržine prava (jer to nikoga ne eksculpira), već nepostojanje samog pravila, čija se sadržina treba saznati.

Kritika je upućena i Savinjićevoj teoriji, zbog nedovoljno jasne distinkcije između dve kategorije zakona koje je identifikovao⁴, bez davanja pravne ideje ili unutrašnje misli na kojoj se zasniva navedena podela. Geršić kao najveći napredak Savinjićev i doprinos nauci u ovom delu ocenjuje to što je odbio mogućnost da ustanovi brojne izuzetke od pravila zabrane povratnog dejstva, kao što su to činili brojni drugi autori. Tako je pokazao i dokazao da povratna sila zakona u određenim oblastima prava može biti i pravilo kao i nepovratna snaga, a značajno je i što je celo pitanje preneo na teren unutrašnje prirode onih prava na koje se novi zakoni odnose.

Neku značajniju kritiku samoj Lasalovoj koncepciji Geršić nije uputio, budući da ju je smatrao jednom od doslednijih i logički najutemeljenijom. No bitno je istaći da je većim delom prihvatio, tj. recepirao stavove svojih savremenika.

Toma Živanović je dosledno interpretirao stavove nemačkih teoretičara Girkea i Vindšajda⁵, što je posebno izraženo prilikom gradacije retroaktivnosti. Naime, Toma Živanović, kao i Girke, poznaje slabiji i jači

³ Gligorije Geršić, *Diplomatsko i konzularno pravo; Teorija o povratnoj sili zakona* „, Edicija klasični jugoslovenskog prava, Službeni list SRJ, Beograd, 1995, str. 361.

⁴ Prva grupa zakona sadrži pravila o sticanju ili gubitku nekog prava (*Erwerb der Rechte*), i oni ne mogu imati retroaktivno dejstvo jer bi time bila povredena stečena prava pojedinaca. Druga grupa zakona, definisani kao pravna očekivanja, mogu podneti retroaktivnost bez bojazni da će biti povredeno bilo koje pravo (*Dasein der Rechte–Sein/ Nichtsein, So-und Anders-sein*). U pitanju su zakoni javnog poretka. Savigny Carl Fridrich von: *System des heutigen romischen Recht*, Veit und Comp., Berlin, 1840

⁵ Toma Živanović: *Sistem sintetičke pravne filozofije*, Beograd, 1959, str. 242-252

stepen retroaktivnosti. Kada zakon svojom povratnom snagom utiče na ranije stečena prava, smatra se da takva povratna snaga ima manji intenzitet. Ako se teži postizanju većeg stepena retroaktivnosti, onda se „u sumnji nov zakon neće primeniti na pravni odnos, koji je već utvrđen presudom na osnovu starijeg prava“⁶, ili je postupak rešen već ispunjenjem neke činidbe ili poravnanjem.

Iako je Lasalova formula imala veliki broj pristalica u našoj pravnoj teoriji, Ninko Perić⁷ ulazi u krug autora koji su pored prihvatanja Lasalove koncepcije u načelu, iskazali i neke novine u poimanju ove problematike. Ako je slediti striktno Lasalovu koncepciju, stečeno pravo imamo onda ako je ono pribavljeno sopstvenom voljnom radnjom. Iz toga sledi da nema stečenog prava gde nema voljnih radnji; međutim to ne može biti tačno. Prava iz otvorenih nasleđa su stečena kao i ona iz delikata i sudskih naredbi iako nema voljne radnje lica koja su titulari tih prava.

Recepcija je, kao što je vidno, tekla malo drugačijim smerom nego što to uobičajeno ide svakak recepcija. Naime ovde govorimo o visokom stepenu kritičizma domaćih teoretičara uperenom protiv skoro svih inostranih uticaja na pravnu nauku. Skoro je opravdano reći da se srpska pravna nauka krajem 19 veka i početkom 20. veka gradila na kritikama, sa manjim teoretskim domašajima.

No najdosledniji slučaj recepcije (bilo koje koncepcije) je izveden u studiji *Iura quaesita* **Žarka Miladinovića**, jednog od istaknutih srpskih političara početkom 20 veka. Njegovo bavljenje pravom je ostalo u senci nakon započinjanja prilično uspešne ali i intrigantne političke karijere. I sama studija o stečenim pravima je stigla nekako na samom kraju i pravničke i političke karijere ali i samog Miladinovićevo žvota. U raspravama o pojmu, značaju i posledicama postojanja stečenih prava, sam dr Miladinović nema sopstveni stav povodom ovog pitanja. Monografija predstavlja više veličanje već postojećeg rešenja, bez imalo kritičizma koji bi se mogao uputiti celoj koncepciji stečenih prava. Tačnije, jedine kritičke note su vidljive u delu u kome se navode mišljenja drugih poznatih domaćih pravnika u ovoj materiji, posebno prema Lazi Markoviću i Slobodanu Jovanoviću, svojim više političkim nego pravnim oponentima. Njena vrednost je i u tome što u opštoj saglasnosti domaćih autora sa francuskom koncepcijom stečenih prava, stičemo prvi kompletan uvid u nešto drugačiju, austrijsku pravnu provenijenciju, predstavljanjem stavova Pfafa i Hofmana, inače

⁶ Toma Živanović, navedeno delo, str. 247.

⁷ Ninko Perić, Osnovi građanskog prava, Beograd, 1992, str. 42

komentatora Austrijskog građanskog zakonika. Navedeno je i korisno zbog samog mehanizma recepcije, bez puno kritičkih nota, kojima inače obiluje srpska pravna nauka u ovom periodu⁸.

Miladinovićeva rasprava o pojmu stečenih prava

Na samom početku, Miladinović tvrdi da je pojam stečenih prava sporan, budući da ima onih autora koji smatraju da nije osnovana razlika između tzv. zakonskih prava, koja su sama po sebi na zakonu zasnovana i tzv. stečenih prava, jer svako pravo ima karakter stečenog prava. Shodno tom mišljenju, termin stečena prava nema nikakve vrednosti, zbog čega ne bi bilo potrebno ni da se sam termin kao takav održava⁹. I kod francuskih pravnika, navodi se, mišljenje je podeljeno. Neki smatraju da je dovoljno sve podvesti pod pojam stečenih prava, bez nekog posebnog objašnjenja, dok npr. Digi i Planiol su smatrali da niko ne može dati takvu definiciju stečenih prava koja bi bila zadovoljavajuća i sveobuhvatna.

Austrijski pravници Pfaf i Hofman, po njemu, postavljaju opravdano pitanje, koja prava mogu dobiti naročitu „štednju“ ili zaštitu, tj. koja prava zakonodavac treba naročito da „poštedi“. Tek nakon jasnog definisanja vrste i obima takvih prava, se može govoriti o razumevanju koncepta stečenih prava¹⁰. Dalje, bitno je istaći i da ako i postoje prava koja treba da se „štede“, u kom smislu ta zaštita može da se garantuje. Uz to, konstatovano je, da je i sam termin stečena prava „prilično nezgodan“ za neprikosnovena ili „nepovredna“ prava¹¹, jer ne iskazuju u potpunosti suštinu njihovog postojanja, kao prava koja treba da opstanu kao nedirnuta od strane zakonodavstva.

Miladinović izdvaja tri različita mišljenja o pojmu i posledicama stečenih prava¹². Prvo je mišljenje da su stečena prava ona koja su nastala za vreme predašnjeg, starog zakona, koje je steklo neko lice, „na posebnom

⁸ Andra Đorđević je smatrao da sve što su dosad teoretičari učinili, jeste da su pobrojali izuzetke od načela neretroaktivnosti, tj. situacije kada je moguće primeniti povratnu snagu zakona, a da nema negativnih efekata. Zadatak nauke nije ustanovljavanje liste izuzetaka od pravila, već upravo ustanovljavanje pravila. Nabrojanje izuzetaka se stoga poima kao negativno definisanje, koje je jednako štetno kao i da definisanje uopšte nije ni izvršeno ili je prilikom definisanja istaknuto neko svojstvo koje nije karakteristično za tu grupu pojava. Andra Đorđević: „Sistem privatnog (građanskog) prava“, edicija Klasici jugoslovenskog prava, Beograd, 1995 str. 168. I ovde imamo dosledno prihvatanje Lasalove koncepcije, ali i razrađenije koncepcije samog Geršića..

⁹ Žarko Miladinović: „Stečena prava- *iura quaesita*“, monografija, Knjižara Gece Kona, Beograd, 1926.

¹⁰ Isto, str. 10.

¹¹ Isto, str. 11

¹² Isto.

pravnom razlogu¹³. Lasalovo mišljenje je svrstano ovde, kao jedno od srodnih, no s izvesnom varijacijom, da se takva prava stiču samo putem izričitih ljudskih radnji. Lasal dalje zato tvrdi, da ono što se obično naziva stečenim pravom, zapravo je konkretno određeno subjektivno pravo.

Prema drugom mišljenju, sva su prava stečena prava, kao što tvrdi Jelinek. A treće je mišljenje Pfafa i Hofmana da su to nepovrediva prava koja treba i sam zakonodavac da štedi i da ne povređuje ni na koji način. To i Miladinović na kraju, prilično logičnim argumentima i prihvata i opravdava kao jedino pravo rešenje i definiciju pojma stečenih prava, a koja zadovoljava zahtev s početka, tj. da je sveobuhvatan.

Miladinović ipak izriče i izvesne kritičke ocene, no češće to čini u pogledu domaćih nego inostranih pravnika. Jedna od možda najoštrijih kritika je upućena upravo Slobodanu Jovanoviću¹⁴, zbog nedoslednosti i nelogičnosti u izlaganjima o tematici poštovanja stečenih prava. Naime, u svom prvom izdanju *Ustavnog prava Kraljevine Srbije*, Jovanović ne govori šta su stečena prava, već samo citira čl. 36 srpskog ustava iz 1903. koji kaže da zakon ne može da ima povratnu silu, na štetu prava stečenih ranijim zakonima. No već u istoj knjizi dodaje, da prema tadašnjem uobičajenom shvatanju stečenih prava, stečena prava nisu neprikosnoveni za našeg zakonodavca. Isti stav ponavlja i u knjizi *Osnove pravne teorije o državi*, tačnije da zakonodavni organi mogu u svako doba promeniti zakone, a s njima ukinuti i suziti i ona pojedinačna prava, koja na osnovu tih zakona postoje.

Miladinović posebno ističe domete¹⁵ drugih značajnih pravnih umova u ovoj oblasti i nesumnjivo ukazuje i na sopstvenu orijentaciju. Tako, citira stav Živojina Perića, da se vrlo često ne može znati postoje li u nekom slučaju stečena prava ili ne, zbog čega i sumnja u tačnost ovog principa¹⁶. No svakako ističe da su stečena prava „garantija našim tekovinama“¹⁷. Prostor u kome takva prava egzistiraju je prostor pred kojim zastaje i državna suverenost, sa obavezom da novi zakon usmeri samo *pro futuro*. Normiranje se odnosi samo na odnose koji će tek nastati ili su u nastajanju. Svršeni fakti, već stečena i osvojena prava ostaju izvan dometa novih propisa, bezbedna i zaštićena.

¹³ Isto, str. 12

¹⁴ Isto, str. 16

¹⁵ Isto, str. 21.

¹⁶ Perić je pokušao definisati stečena prava je u članku „Princip stečenih prava i socijalizacija dobara povodom agrarne reforme kod nas“, u časopisu „Društveni život“, 1920, str. 124.

¹⁷ Žarko Miladinović, navedeno delo, str. 12.

Stečena prava kao već postojeća prava

Miladinović je svakako pristalica onog trećeg mišljenja da su to prava koja mora da poštuje i sam zakonodavac, i da su to svakako postojeća prava a ne „puke nade, ovlašćenja ili očekivanja“¹⁸, što objašnjava na sledeći način. Apstraktno ovlašćenje za sticanje nekog prava znači ostvarivanje izvesnih pretpostavki navedenih u nekom zakonu. Tako isto stoji i sa ovlašćenjima, koja izvesne klase lica ili stvari imaju na osnovu singularnog pravnog pravila. Ukoliko stariji zakon jednoj klasi lica ili stvari daje *in abstracto* ovlašćenja, a noviji zakon to isto ovlašćenje oduzima, proteže se novo zakonsko određenje na sva lica ili stvari, onoj klasi kojoj pripada. No nikako se ne mogu odnositi na lica koja će u budućnosti živeti ili stvari koje će tek u budućnosti nastati. Konkretna prava, koja su pod pređašnjim zakonom stečena, ili stvari, ostaju netaknuta i pod novim zakonom, sem ako novi zakon ne donese novu odredbu koja potire pomenuta stečena prava¹⁹.

Dalje, ako je osuda već za vreme važenja jednog zakona izrečena od strane prvostepenog suda, viši sud ne može primeniti novi zakon, jer apelacioni sud ima da ispita da li je prvostepeni sud pravilno primenio pravila ranijeg zakona, koji je bio važeći u vreme kad je nastala i prvostepena presuda. Ako stvar kod prvostepenog suda nije bila presuđena a počeo se primenjivati novi zakon, to se onda apelacioni sud ne treba obazirati na odredbe ranijeg zakona. Drugačije je, ako je tom presudom utvrđen i regulisan neki društveni odnos, koji novi zakon baš želi da ukine. U takvom slučaju i osuda i presuda, itd., ostaju bez pravne važnosti.

Prava koja su vezana za rok ili uslov nisu prosta očekivanja ili nade, već se imaju smatrati konkretnim pravima koja već postoje. Ne mogu se smatrati stečenim pravima ni ovlašćenja koja počivaju na pravilu da što nije zabranjeno je dozvoljeno. Ali ako bi se upravnim zakonom određivalo npr. koliko hleba da se troši, kao što je rađeno za vreme rata i posle rata u nekim državama, tada se građani pogođeni tom odredbom ne mogu pozivati na neko stečeno pravo, niti takva odredba znači zadiranje u bilo čija stečena prava. Tu je odlučivanje izvršeno u opštem interesu.

Kao jedan od retkih stavova sa kojim se ne slaže, Miladinović navodi stav Laze Markovića, da se ne treba ograničiti samo na imovinska prava kad se definiše obim stečenih prava, već da to treba proširiti i na porodična prava i lična prava. Ovo mišljenje ne treba usvojiti jer je porodično pra-

¹⁸ Isto, str.22 i dalje.

¹⁹ Navedeno je u potpunosti prihvaćeno stanovište Pfafa i Hofmana, iskazan povodom imovinskih prava i njihove zaštite.

vo u najvećem delu, kako tvrdi Miladinović²⁰, javnopravnog karaktera i ne može se menjati privatnom voljom, jer se u ovom konkretnom slučaju, u zakonodavstvu ostvaruje moralno uverenje narodno ili većine. No sa druge strane, tome na putu stoji načelo pouzdanosti zakona na važnim poljima prava i tu je potrebno mudro zakonodavstvo, da poštedi takve društvene odnose, koji postoje, mogućih moralnih zabluda i urušavanjem postojećih međuljudskih odnosa.

Stečena prava kao garancija pravne sigurnosti

Pfaf i Hofman su dalje bili mišljenja da svako ko ima jasnu sliku o tome koja je razlika između „elastičnih“ i kogentnih normi, između prava koja se mogu neograničeno koristiti i onih koja su vremenski oročena, ali i između odnosa sa stereotipnim obeležjima i onih sa individualnim značajem, može lako prepoznati da li je osnovano ili ne pozivanje na pouzdanje, poverenje u „svagdanji pravni poredak“²¹. Ovo je kritikovao Burkhard, postavljanjem novog pitanja, kad je takvo pouzdanje opravdano a kad je ludo očekivanje, da se pravno stanje neće promeniti. No Pfaf i Hofman tvrde da je najvažniji stvarni princip, da zakoni žele i treba da budu norme za naše ponašanje i mi im se moramo pokoravati ali sa druge strane moramo imati i mogućnost da se u iste te norme pouzdamo, da se možemo osloniti na njihovu sadržinu. Mi moramo zato biti obezbeđeni u našem pravu oslanjajući se na zakone, tj da osećamo sigurnost kad naše ponašanje prilagođavamo zahtevima sadržanim u zakonima. U slučaju postojanja bilo kakve sumnje, treba uzeti sledeći princip u obzir a to je da zakoni treba da štede stečena prava a u slučaju da sumnjamo u to ili ta namera nije izričito navedena, treba uzeti da zakoni to zaista i čine. Miladinović je i ovo u potpunosti prihvatio bez ijedne zamerke formlanog ili logičkog tipa.

Neki autori smatraju da je pojam stečenih prava i njihove zaštite identičan sa pojmom o povratnosti ili nepovratnosti. Savinjiji je smatrao, kao i Unger, da je formula da zakoni nemaju povratne moći identična sa formulom da novi zakoni ostavljaju stečena prava nedirnutima. Po shvatanju samog Miladinovića, ova dva pojma iako su srodna, nisu istovetna ni po povodu ni po obimu. Nisu slična ni po tome što se stečena prava mogu ukinuti i upravnim putem, a ne samo zakonom, kao što je to slučaj kod eksproprijacije, dok se povratna snaga može izvršiti samo putem zakona. Kod ukidanja stečenih prava jeste jedino to ukidanje predmetom

²⁰ Isto, str. 27.

²¹ Isto, str. 28.

zakona ili upravne odluke, dok u slučaju povratne snage, razlozi za njeno ustanovljavanje mogu biti i društveno političke a ne isključivo pravne prirode.

Podudarnost postoji u sledećim momentima. Posmatrano po osnovi da se imaju odbaciti „teže vrste povratnosti“, što je logičan sled jer ne memogu istovremeno postojati dva protivurečna zakona i da oba podjednako važe i primenjuju se. Ako se neko pravno stanje ukida unazad, to tada novi zakon sebi podvrgava vremekoje je već neki drugi zakon pod svojom vlašću imao. A i retroaktivnost blažeg stepena treba izbegavati jer će se svakako „uzdrmati“ poverenje u zakone.

Zahtev da se stečena prava trebaju poštovati, potiče iz saznanja ili slutnje da su naša stečena prava jedan deo našeg ličnog života i iz činjenice da se svako zadiranje u stečeno pravo oseća kao nepravda.

Ako je gledati po njihovom obimu, ima slučajeva retroaktivnosti gde se ne radi o povredi stečenih prava, npr. ako zakon uvede lakšu i jednostavniju formu testamenta tako da time mogu biti sanirani i testamenti koji su pre bili sačinjeni u drugačijem obliku. Sa druge strane, stečena prava mogu biti povređena i novim zakonima koji nemaju povratne snage. Ako se izvrši konfiskacija imanja jednog lica ili čitave grupe, to je najteža povreda. Tu nema povratnog dejstva, jer država oduzima zbog pretežnog javnog interesa ono što je stečeno.

Posebno je interesantna i rasprava koja obuhvata tumačenje par.5 Austrijskog građanskog zakonika kome odgovara par.7 Srpskog građanskog zakonika. Oba paragrafa u identičnom tekstu postavljaju nepovratnost zakona kao više i značajnije načelo, dok se stav o stečenim pravima promišlja kao jedna jedina primena ovog načela. Zato isti paragrafi u identičnom tekstu razlikuju prethodne radnje od pre stečenih prava.

Pfaf i Hofman smatraju da „nepovratnost“, pored brojnih značenja koja joj se pripisuju, nije ni previše „moćan“ termin, jer „ne može sa svojim maglovitim sadržajem opisivati sve moguće situacije“²². Smatra se da su odredbe iz spomenutih paragrafa (dakle, one koje se odnose na neretroaktivno delovanje propisa) samo uputstvo sudijama, kako da postupaju u nekim slučajevima, a da se na budućeg zakonodavca ova odredba ne odnosi, pa onda zakonodavac može slobodno da da zakonu povratnu snagu.

Na kraju, važno je napomenuti i raspravu o prirodi interpretativnih zakona. Živojin Perić je tvrdio da interpretativni zakoni mogu da imaju povratnu snagu, ali *ne uvek*²³. Takav novi zakon se prostire svojim dej-

²² Isto, str. 31.

²³ Živojin M, Perić: „Nekolika pravna saopštenja“, Mjesečnik pravničkoga društva u Zagrebu, XXXI/1905.

stvom na sve ranije pravne radnje, sem ako nisu završene pravosnažnom presudom ili poravnanjem. Zakonodavac naime ne stiže da neposredno izrazi i rastumači svoju volju, već „opunomoćava sudsku vlast da tu njegovu volju iznađe i proklamuje“²⁴.

Sa druge strane, Laza Marković je tvrdio da ti zakoni *uvek* imaju povratnu snagu, samo ne mogu vređati stečena prava. Pfaf i Hofman, a što svakako prihvata i Miladinović, se ne slažu sa ovim jer smatraju da se ovaj zakon može posmatrati kao deo postojećeg zakona, pa se i interpretativni i onaj stari zakon koji se tumači, imaju smatrati za jedan isti zakon. Prava autentična interpretacija ima samo prividno povratnu snagu, i ovi zakoni kako tvrdi i Kapitan, ne menjaju prethodne zakone, jer samo jasnije određuju neki nejasni deo u nekom zakonu. Miladinovićevo mišljenje, je kao i uvek negde između, no nekako više na strani spomenutih austrijskih komentatora.

Principi stečenih prava

Na osnovu svega iznetog, Miladinović je definisao osnovne principe koji se trebaju poštovati radi očuvanja stečenih prava:

„1. stečena prava treba štedeti koliko god se može

2. stečena prava ne smeju stojati na putu opštem napretku a mogu se ukinuti i bez naknade štete,

3. gde god je u pitanju nečija egzistencija, opstanak, mora se za stečeno pravo dati naknada a naročito gde to zahteva pravičnost, jer danas, zakonodavac mora da ima u vidu maksimum da je pravo veština dobrog i pravičnog.

4. javno pravo ne poznaje stečena prava. Politička prava nisu nikada bila stečena prava, i ako javno pravo ne poznaje stečena prava, ipak se može činovniku čije se mesto ukine prilikom reorganizacije službe dati otpornina ili penzija shodno tome za šta ispunjava uslove“²⁵.

Ukidanje stečenih prava ne sme predstavljati nasilje ili ukidanje sloboda, jer ukidanje sloboda izaziva samo kontraefekat, kao i nepravedno poništavanje ili ukidanje stečenih prava i sloboda. Tako, cenzura predstavlja ozbiljno nasilje prema novinarskoj slobodi, ali privatni interes ipak treba da bude potisnut opštim i javnim interesom.

Poštovanje stečenih prava vodi ka zaštiti imovinskih prava pojedinca, a sve u cilju sprečavanja mogućnosti da država može nemilosrdno postupati sa pojedincima u državi i njihovom imovinom. Tako se ne bi izgu-

²⁴ Dorđe Tasić: O prirodi interpretativnih zakona, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 5/1920, str.363-368

²⁵ Žarko Miladinović, navedeno delo, str.26. i dalje.

bila svaka vera u zakon jer svaki državljanin treba da zna po kojim će se zakonima vladati. To je jedino moguće ako se poštuju pravni poslovi učinjeni za vreme vladavine tadašnjih zakona te se ne ukidaju novim zakonima. Na ovaj način se utvrđuje i učvršćuje „autoritet i ugled državnih zakona i zakonskog reda“²⁶.

Umesto zaključka

Prilikom kritika uperenih na pretprojekat nemačkog krivičnog zakonika²⁷, konstatovano je da postoji sve više pristalica i među teoretičarima i praktičarima, da se uvek treba primeniti novi zakon, koji je na snazi dok se sprovodi suđenje. Jednostavno, ne može počinitelj krivičnog dela da se poziva na svoje stečeno pravo da mu se sudi po blažem zakonu, jer ni krivično delo nije počinjeno iz tog razloga.

Nasuprot tome, civilistika i uopšteno ostali pravni odnosi ostavljaju više prostora za različita teorijska stanovišta, koja sva u jednakom obimu mogu biti prihvatljiva i logički dosledna. Takvih kritika ovde nije bilo, te je u tom smislu ova koncepcija, proistekla iz pera austrijskih komentatora civilista postala najdoslednije prihvaćena koncepcija u srpskoj pravnoj nauci, i to ne samo u delu Miladinovića, već i delima drugih domaćih teoretičara. Možda i nije slučajno što je upravo koncepcija zaštite stečenih prava i jedna od najrazvijenijih u austrijskoj i nemačkoj pravnoj nauci, budući da se kod njih „sticanje“ automatski povezuje sa pravima imovinske prirode.

Zaštita stečenih prava je bila i ostala dovoljno intrigantno pitanje kojim su se bavili brojni teoretičari i praktičari. No konkretno usvajanje posebno u ovom radu navedene austrijske koncepcije ima i svoju implikaciju, da je srpska pravna nauka u tom periodu, iako poklanjajući dosta vremena stranim uticajima, uspeła da izgradi sopstveni upečatljiv stil.

²⁶ Isto

²⁷ Mihailo P. Jovanović: Retroaktivnost krivičnih zakona, Arhiv za pravne i društvene nauke, br 1/1920, str. 1-13

*Dragana Ćorić, LL. M. Assistant
Novi Sad Faculty of Law*

Reception of Austrian (german) concept of protection of acquired rights in serbian legal science

Abstract

Serbian legal science has marked two centuries of reception of different influences, especially during last decades of 19 century and first few decades in 20 century. The problems of retroactivity as such and protection of earlier acquired rights were not fully established, explained or made as progressive and modern concepts till 1888. and study of Gligori-je Geršić on that topic. Forty years later, the attempt of Žarko Miladinović, former minister of justice, Miladinović didn't established something special in this area, but it is important to be mentioned because it is one of the kind studies in which we can see how the reception of any foreign influence was taken. In this case, we are talking about reception of austrian legal concepts, in very specific time.