ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ
NOVI SAD FACULTY OF LAW
SERBIA AND MONTENEGRO

ЗБОРНИК РАДОВА
COLLECTED PAPERS

XL 1/2006

УДК 3

НОВИ САД, 2006.

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ
NOVI SAD FACULTY OF LAW
(SERBIE ET MONTE NEGRO)

ЗБОРНИК РАДОВА
COLLECTED PAPERS

1 (2006)

НОВИ САД, 2006
Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1, (2006)

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ

Досадашњи главни уредници:
Проф. др Владимир Капор (1966), проф. др Никола Воргић (1967–1968), проф. др Милош Стеванов (1969–1973), проф. др Боривоје Пупић (1974–1976), проф. др Милијан Поповић (1977–1983), проф. др Станко Пихлер (1984–1988), проф. др Момчило Грубач (1989–1991), проф. др Јован Мунћан (1992–1997), проф. др Милијан Поповић (1998–2003).

За издавача
Проф. др Ђорђе Попов
в. д. декан Правног факултета у Новом Саду

Управник Центра за издавачку делатност
Проф. др Ранко Кеча

Главни и одговорни уредник
Проф. др Родољуб Етински

Чланови Уредништва:
Проф. др Јожеф Салма, проф. др Миле Врањеш, проф. др Зоран Арсић, проф. др Предраг Јовановић, проф. др Мило Бошковић, проф. др Иштван Фејеш, доц. др Зоран Лончар, доц. др Сања Ђајић.

Секретар Уредништва
Доц. др Зоран Лончар

Компјутерска обрада текста
Анка Срећковић, дипл. инж.

Штампа: „Кримел“ Будисава
Тираж: 300 примерака

Садржај

Prof. Hans Ankum (Amsterdam)
Рескрипти римских императора објављени до краја Диоклецијанове владавине 305. године н. е 9

Др Антун Маленица, редовни професор
Класификација ствари и појам ствари у римској правној доктрини 19

Др Срђан Шаркић, редовни професор
Идеја Рима у мисли и делу цара Душана 53

Др Магдолна Сич, ванредни професор
Условљавање преноса својине исплатом цене као средство обезбеђења по римском и нашем савременом праву 73

Мр Гордана Дракић, асистент
Нормативно уређење и спровођење аграрне реформе у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца – Први кораци ка аграрној реформи у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца 103

Маша Кулаузов, асистент-приправник
Сличности и разлике између сената према уставу Краљевине Србије од 1901. године и француском Закону о организацији сената од 1875. године 115

Самир Аличић, асистент-приправник
Форма правног посла у Гајевим институцијама 125

Др Момчило Вукићевић, редовни професор у пензији
Општа економска политика Европске уније 145

Др Ђорђе Попов, редовни професор
Оцена пословне климе и стране инвестиције 165

Др Миле Врањеш, редовни професор
О правним изворима пореског права Европске уније 183

Др Александар Ђурђев, редовни професор
Карактеристични примери европског утицаја на успостављање и развој државности и друштвеног живота у Србији након турске владавине 197

Др Павле Б. Јовановић, редовни професор
Уставноправни развитак Србије у светлости европског и регионалног искуства 221

Др Станко Пихлер, редовни професор
Нови закон о извршењу кривичних санкција Републике Србије 249

Мр Татјана Лукић, асистент
Борба против тероризма на нивоу Европске уније и међународна сарадња 257

Мр Александар Мартиновић, асистент
Начело поделе власти у троуглу политичке филозофије, правне теорије и позитивног законодавства 301

Др Драго Дивљак, ванредни професор
Постприватизација и страна лица 313

Christian Heitsch
Примењивање водног права Европске заједнице: случај Државне заједнице Србија и Црна Гора 329

Laura M. STĂNILĂ, Phd., Univ. lecturer
Sergiu I. STĂNILĂ, Phd., Univ. lecturer
Pravna regulativa u oblasti zaštite reke Dunav u Rumuniji 373

Проф. др Родољуб Етински, редовни професор
Право на леп Дунав као људско право 385

Др Душан Николић, редовни професор
Од одговорности за имисије до одговорности за емисије 405

Др Биљана Петровић
Ново српско законодавство у области заштите животне средине и његова применљивост на пловни ток Дунава 409

Мр Драгана Ђорић, асистент-приправник
Actio popularis kao instrument zaštite životne sredine 417

Марко Божић, асистент-приправник
Michel Troper: „La Philosophie du droit“ Pressses Universitaires de France, Paris, 2003 427

Давор Јанчић, Срђан Абдијевић
Коришћење електронских комуникација у образовном процесу: перспективе и иновације 433

Table of contents

Prof. Hans Ankum (Amsterdam)
Rescripts of Roman emperors promulgated until the end of the reign of Diocletian in 305 A.D. 9

Antun Malenica, Ph.D., Full Professor
Classification of Things and the Concept of a 'Thing' in the Roman Legal Doctrine 19

Srđan Šarkić, Ph.D., Full Professor
The Idea of Rome in the Mind and Action of Stefan Dušan 53

Magdolna Sič, Ph.D., Associate Professor
The Transfer of Ownership under condition of the Price Payment as a Guarantee in Roman and our Contemporary Law 73

Gordana Drakić, L.L.M., Assistant
Beginning of the execution of the democratic land reform in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes 103

Maša Kulauzov, Assistant
Similarities and differences between the Senate according to the Constitution of the Kingdom of Serbia of 1901 and French Law relating to the organisation of the Senate of 1875 (Loi du 24 février 1875 relative à l'organisation du Sénat) 115

Samir Aličić, Assistant
The Form of Legal Acts in Gaius' Institutions 125

Momčilo Vukićević, Ph.D., Retired Professor
General Economic Policy of the European Union 145

Đorđe Popov, Ph. D., Full Professor
Evaluation of the business environment and foreign investments 165

Mile Vranješ, Ph.D., Full Professor
On the Sources of European Union Tax Law 183

Aleksandar Đurđev, Ph.D., Full Professor
Typical Examples of the European Influence on Establishment and Development of Sovereignty and Social Life in Serbia After the Turkish Rule 197

Prof. Pavle B. Jovanović, PhD., Full Professor
„Constitutional-Legal Development of Serbia in the Light of European and Regional Experience" 221

Stanko Pihler, Ph.D., Full Professor
New Act on Execution of Criminal Sentences of the Republic of Serbia 249

Tatjana Lukić, LL.M., Assistant
Combat against terrorism inside European Union and international cooperation 257

Aleksandar Martinović, LL.M., Assistant
The Principle of Division of Powers in a Triangle of Political Philosophy, Legal Theory and Postitive Legislation – With a Special Overview on Relation Between Government and Administration in the Frame of Division of Powers Itself 301

Drago Divljak, Ph.D., Associate Professor
Post-privatisation and foreign entities 313

Christian Heitsch
Implementing EC Water Law: The Case of the State Union of Serbia and Montenegro 329

Laura M. STĂNILĂ, Phd., Univ. lecturer
Sergiu I. STĂNILĂ, Phd., Univ. lecturer
The Legal Regulation of the Protection of the Danube River in Romania 373

Rodoljub Etinski, Ph. D., Full professor
The Right to a Beautiful Danube as a Human Right 385

Dr Dušan Nikolić, Full Professor
From Liability for Immissio to Liability for Emission 405

Dr Biljana Petrović
New Serbian Legislation in the Field of Environmental Protection and its Applicability on the waterway of the Danube 409

Mr Dragana Ćorić, Assistant
Actio popularis as an instrument for the protection of the enviroment 417

Marko Božić, Assistant
Michel Troper: „La Philosophie du droit" Pressses Universitaires de France, Paris, 2003 427

Davor Jančić, Srđan Abdijević
„Effectiveness of E-Learning in Educational Process: Perspectives and Innovations" 433

У овој свесци Зборника су објављени радови проистекли из истраживања у оквиру два пројекта. Реч је о пројекту „Међународни оквири права Србије и Црне Горе“, кога финансира Министарство науке и животне средине Републике Србије и пројекта „Српско и европско право“ који се реализује у оквиру Правног факултета у Новом Саду, средствима самог Факултета. Поред тога у овој свесци Зборника су објављени радови изложени на правној секцији Међународног симпозијума „Базен Дунава и одрживи развој“ одржаног 28. и 29. септембра 2005. године на Универзитету у Новом Саду.

Редакција

34(37)
94(37)

Prof. Hans Ankum
Amsterdam

RESCRIPTS OF ROMAN EMPERORS PROMULGATED UNTIL THE END OF THE REIGN OF DIOCLETIAN IN 305 A.D.[1]

1. 1. This lecture on Roman imperial rescripts from Hadrian (117-138 A.D.) until the end of the reign of the emperors Diocletian and Maximian (284-305 A.D.) is divided into two parts.

In the first part I will give a definition and some characteristics of rescripts (nr.1.2), I will speak of the difficulties of their interpretation and about the causes of these difficulties (nr.1.3), I will make a comparison of the imperial rescripts with the *quaestiones* and the *responsa* of the classical jurists (nr.1.4), I will give an idea of the big number of the rescripts which have been conserved to us mostly by Justinian's *Codex* (nr.1.5) and finally I will present a hypothesis with regard to the jurists who formulated the rescripts (nr.1.6).

The subject of the second part of this lecture is an exegesis of a constitution of the emperor Alexander Severus of 230 A.D. which the compilers of Justinian's Code incorporated in C. 8.19(20).1. We will give a reconstruction of the two cases of sale of a thing mortgaged on different moments to two different creditors examined in the rescript and we will try to establish the role of Athenion, to whom the rescript had been addressed (nrs. 2,1-5).

---

[1] Lecture held at the Novi Sad Faculty of Law on 27 October 2005.
Prof. Hans Johan Ankum, Member of the Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences.
The Editorial Staff would like to express its gratitude to Professor Ankum for allow this lecture to be published in the Scientific Journal.

1. 2. Rescripts were either directed to magistrates and judges, or to private persons. The first category is a small minority; the second category, which consists of rescripts addressed to private persons, forms by far the majority. I only speak here about the second category. First I give a definition of these rescripts. It are replies to questions asked to the imperial chancery about legal problems which regard the petitioner. Coriat[2] writes in his book *Le Prince Législateur*: „Les rescrits sont des réponses écrites (d'où leur nom), de l'empereur à des questions écrites, posées le plus souvent à l'occasion d'un procès. Le rescrit est une réponse en droit ...". These answers of the imperial chancery are legal decisions, formally decisions of the emperors. The decisions incorporated in the rescripts are however conditional decisions. They are given under the condition that the petitioner proves the facts alleged by him[3]. This is often specified explicitly in the text of the rescript, where we read: *si preces veritate nituntur* – „if the petition is based on the truth" (C. 1.23.7 pr.), or: *si liquido probatur* – „if it is clearly proved" (C. 6.21.1), or: *si probaveris* – „if you have proved" (C. 8.25.2). The judge will have to verify the facts alleged by the petitioner. The proof of the facts on which the petitioner bases his petition, is never given to the imperial chancery, which is not equipped for the control of alleged facts. The author of the rescript proposes a solution basing himself on the facts as they were alleged by the petitioner. The *rescripta* differ from the *decreta*, imperial judgments in lawsuits: the rescripts are lacking the effect of *res iudicata* which the *decreta* have. Sometimes the text of the rescript declares that if the facts alleged by the petitioner will be proved, the judge (for example the governor of a province) will decide in conformity with the decision included in the rescript. The judge who will deal with the case examined by the imperial chancery has to decide in conformity with the decision of the rescript, also if its text does not state this explicitly. On the basis of the emperor's *auctoritas* these decisions got also legal effect in other situations which were identical (or analogous) to the case of the rescript. The responses of the emperor to questions of the justiciables soon acquired legal effect according to the Roman lawyers. Gaius, Inst., 1,5 already mentioned all categories of imperial constitutions, to which the rescripts belonged, among what we would call the sources of the law. Half a century later Ulpian states in his Institutes[4] written under Caracalla (211-217) that it is certain that what the emperor wrote by *subscriptio* (subscription, these are the words of the rescript written under the written petition) is a *lex*

[2]Jean-Pierre Coriat, *Le Prince Législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial*, Rome 1997, p. 77.

[3]Cf. Coriat, *op. cit.*, p. 77: „la solution juridique proposée ne reçoit application que si les conditions indiquées dans la requête se révèlent réalisées, et il incombe au juge de vérifier les faits allégués ...".

[4]See D. 1.4.1.1.

(statute). For Ulpian the rescripts belong without any doubt to the „sources of the law".

1.3. Two phenomena have produced the extreme difficulty of interpretation of the rescripts with which we are faced every day. These are: 1) the absence in the imperial reply of the presentation of the case for which the petitioner asks to be informed about the law, and 2) the fact that the rescripts as they are included in Justinian's Code have been abridged, sometimes even extremely abridged. I will explain them one after the other.

1) The biggest problem we experience when we want to give a serious interpretation of the imperial rescripts, is the fact that in the text of the rescripts as we know it by the Code of Justinian the petition is never included. This petition contained an exposition of the facts of which the petitioner gives his version and for which he asks to be informed about his legal position. What we only have, is the subscription by the imperial chancery, in which it gives a legal decision on the condition that the petitioner proves the facts alleged by him before the judge who will deal with the case. We, modern interpreters, have to make a reconstruction of the role of the petitioner, that is the person to whom the rescript was addressed and who was called *tu*.

2) The second phenomenon which is at the basis of our perplexity is the fact that the rescripts have nearly always been abridged, often on a big, sometimes even on an enormous scale. Everyone who is occupying himself with these constitutions can establish it even after a short study. The phenomenon of the abridgement of the constitutions of the period from Hadrian to Diocletian incorporated in the Justinian Code has been proved with a rich production of sources in the among Romanists well known study by Edoardo Volterra, „Il problema del testo delle costituzioni imperiali", published for the first time in 1971[5]. Every Romanist who made, as I did, a translation of titles of the *Codex* of Justinian is able to establish and Volterra proved by comparing rescripts included in the Code with the same constitution conserved outside of the Code, *e.g.* on an inscription or papyrus, that the rescripts have been abridged in a very large extent. They certainly have been more abridged than the majority of the fragments of the Roman lawyers incorporated in the Digest. The *inscriptiones* (the headings containing the names and titles of the emperor from whom the rescript is originating) and dating have been reduced to the essential data. What is remaining, is often the – mostly abridged – decision of the imperial chancery.

[5]This first publication was in *Atti del II Congresso internazionale della Società Italiana di storia del diritto*, II, Firenze 1971, pp. 821-1097. It was reprinted in E. Volterra, *Scritti Giuridici*, VI, *Le fonti*, Napoli 1994, pp. 1-279.

Often the compilers left only the promulgated norm or a legal principle of which they gave in this way a place in their legislation.

It is obvious that the absence of the petition in the text of the rescripts incorporated in the Justinian Code and the large extent of abridgement of these are at the origin of the enormous problems with which the modern interpreter is faced.

1.4. Two types of works of the classical lawyers can be compared with the imperial rescripts, it are the *quaestiones* and the *responsa*. I have especially in mind these works by Papinian and Paul[6]. The fragments of these works inserted in the Digest are often difficult to interpret, but compared with the rescripts incorporated in the Code they have one big advantage, *viz.* they contain an exposition of the examined case, mostly given by the jurist himself or – as it is done in Paul's *quaestiones*, in which several questions were asked by legal practitioners as Nesennius Apollinaris and Latinus Largus[7] – by these less talented legal experts.

The rescripts are more similar to the *responsa* than to the *quaestiones*. As the *responsa* the rescripts only give a solution for the presented case, they do not give solutions for other cases. There is one exception: we sometimes find a solution for another (less difficult) related case for which a decision is easier to find or has already been given before. The solution of this similar case is mentioned to help to find a solution for the case submitted to the chancery or to the jurist. In the *quaestiones* on the other hand we find extended dogmatical dissertations and also solutions proposed by the lawyer for other cases which are remote from the submitted case[8].

1.5. The number of rescripts sent by the imperial chancery from Hadrian to all parts of the empire must have been immense. Wenger writes in his monumental work on the sources of Roman law[9]: „Seit Hadrian haben die Kaiser

[6]See on these works, D. Liebs in *Die Literatur des Umbruchs, Von der römischen zur christlichen Literatur, 117 bis 284 n.Chr.*[Handbuch der lateinischen Literatur der Antike, IV], München 1997, pp. 120-123 (on Papinian) and pp. 172-174 (on Paul).

[7]See J. Schmidt-Otto, *Pauli Quaestiones. Eigenart und Textgeschichte einer spätklassischen Juristenschrift*, Berlin 1993, pp. 148-149.

[8]See *e.g.* Paul D. 44.2.33.1 on which I wrote briefly in *Ex iusta causa traditum, Essays in honour of Eric H. Pool, Fundamina*, Editio specialis, Ed. Rena van den Bergh, Pretoria 2005, pp. 2-9 and more extensively in *Festschrift für Herbert Hausmaninger*, hrsg. von R. Gamauf, Wien 2006.

[9]L. Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, p. 431.

ungezählte Reskripte erlassen". Tony Honoré made a list of dated rescripts from the period 193-305 conserved to us[10], of which we know by far the biggest part (95%) by the Justinian Code. The most numerous are the dated rescripts of Diocletian and Maximian (more than 1100).

The chancery of Alexander Severus (222-235), the emperor of the rescript that we are going to interpret in the second part of this lecture, was rather productive in rescripts. Coriat[11] mentions 446 rescripts, Honoré[12] comes to approximately 370 dated rescripts of this emperor.

For these constitutions which are already from the point of view of their quantity, but also as to their contents, very important for the knowledge of Roman private law during the second and the third century A.D., the interest shown by modern Romanists is very limited[13]. The books written by Tony Honoré *Emperors and Lawyers*[14] and by Jean-Pierre Coriat, *Le Prince Législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du principat*[15] are the only works of great importance in this field of the last fifty years. The imperial rescripts from the Principate deserve more attention!

1. 6. To finish the first part of my lecture I would like to say a few words about the authors of the rescripts promulgated in the period from the beginning of Septimius Severus' reign in 193 until the end of the reign of Diocletian and Maximian in 305 A.D. Honoré, who made use of the differences of style of the different redactors, made plausible[16], that at least all rescripts of some importance were drafted by the functionaries called *a libellis* (or *magistri libellorum*), the jurists who were head of the department for petitions of the imperial chancery. Honoré distinguished twenty lawyers who had this function in the period 193-296. During the years 194 to 202 Papinian was secretary for petitions under Septimius Severus and Caracalla. From 203 to 209 Ulpian was *a libellis* under the same emperors and from 293 to 296 Hermogenian was head of the department for petitions under Diocletian and Maximian. We will see that

[10]T. Honoré, *Emperors and Lawyers*[2], Oxford 1994, pp. 187-189.

[11]J.-P. Coriat, *Le Prince Législateur* (see *supra*, note 1), p. 130.

[12]T. Honoré, *Emperors and Lawyers* (see *supra*, note 10), pp. 188-189.

[13]Coriat wrote in 1997 at the beginning of his impressive book *Le Prince Législateur* mentioned in note 2: „La législation impériale du Principat est un territoire qui est encore à découvrir" (see p. 2).

[14]Second edition, Oxford 1994.

[15]Rome 1997.

[16]See *Emperors and Lawyers*, pp. 1-32 and *passim*.

the rescript that is the subject of the second part of the lecture was formulated by a jurist whose name we do not know and who received the number 11 in the list of heads of the department for petitions made by Honoré.

2. 1. After this first part containing general observations on the rescripts of the Roman principate I am coming now to the second part of this lecture. In this part we want to give an exegesis of the rescript of the emperor Alexander Severus dated the 11th May 230 A.D., incorporated by the compilers of the Justinian's Code in C.8.19.1. The heading of the title 8.19 is: *Si antiquior creditor pignus vendiderit* („when an older creditor sold the mortgaged thing"). We will see that the case indicated by this heading is the one examined in the *principium* of our text. The studied rescript was formulated – as we saw – by the jurist who got number 11 of Honoré's list of secretaries for petitions. The learned Romanist from Oxford characterized this lawyer as „an accomplished writer who happily combines elegance and legal accuracy[17]". We will see that this positive judgment is fully applicable to the constitution that we will study now.

C. 8.19(20). Imperator Alexander A. Athenioni[18]
Si vendidit is qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non potest.
1. Cum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit vel vendiderit, non magis tibi persecutio adempta est, quam si aliis easdem res debitor venum dedisset: sed ita persequens res obligatas audieris si, quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris.
Pp. V id. Mai. Agricola et Clemente conss.

The emperor Alexander [Severus] Augustus to Athenion

[17] Honoré, *Emperors and Lawyers*, p. 111.

[18] See on this text: H. Siber, *Römisches Recht*, II, Berlin 1928 (hereafter: Siber, *Röm. Recht*, II), pp. 127-128, P. Frezza, *Le Garanzie delle Obbligazioni, Corso di diritto Romano*, II, *Le Garanzie reali*, II, Padova 1963, pp. 296-207, M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I[2], München 1971 (hereafter, Kaser, *RPR*, I), p. 469, F. Peters, Der Erwerb des Pfandes durch den Pfandgläubiger im klassischen und im nachklassischen Recht, in *Studien im römischen Recht Max Kaser gewidmet*, hrsg. von D. Medicus und H.H.Seiler, Berlin 1973, pp. 150-153 and M. Zimmermann, *Der Rechtserwerb hinsichtlich eigener Sachen. Rei suae sive de re sua contractum consistere non potest*, Berlin 2001 (hereafter: M. Zimmermann, 2001), pp. 32-34, my study, Consequences of a Pledge Extinguished by Merger in Classical Roman Law. in *Ex Iusta Causa Traditum, Essays in honour of Eric H. Pool*, mentioned above in note 8, pp. 14-17 and my contribution, C. 8.19.1, un beau rescrit d'Alexandre Sévère, in *Studi in memoria di Gennaro Franciosi*, Napoli 2006. nrs. 2.1-2.5.

When someone who received a mortgage [on the same things] before you, sold the mortgaged things, the right to claim it [with the actio Serviana] does not remain for you.

1. When the debtor gave the same mortgaged things as a substituted performance or sold them to the first creditor, you are no more deprived of the right to claim them than if the debtor would have sold the said things to third persons. If you claim however the mortgaged things [from the person who was the first mortgage creditor], you will [only] be heard [by the judge], if you offer to the mentioned possessor what is due to him on the basis of the force of the preceding contract.

Promulgated on the 11th of May [230] under the consulate of Agricola and Clemens.

2. 2. As is always necessary when one starts the interpretation of a rescript, one has to reconstruct the legal situation as presented by the petitioner, the person to whom the author of the rescript addresses himself, and the role of the addressee.

We start with the second problem. Who was this Athenion, the person for whom our rescript was intended? From the beginning of the text it is clear that he, the person who was called *tu* in the rescript, is the second mortgage creditor. This was seen already by Accursius who wrote in his gloss to the word *tibi* in § 1: *secundo creditori*.

In most rescripts only one case is examined by the imperial chancery. A complication of the studied rescript is that two cases are discussed, *viz,* two cases of sale of mortgaged things. The case dealt with in the *principium* of C.8.19.1 is that in which the first mortgage creditor sold the mortgaged things to someone, the buyer B. The case discussed in § 1 is that in which the debtor (D) sold these things to the first mortgage creditor (C1). For the two cases a reply is given to the question: what were the legal consequences of these sales for the second mortgage creditor Athenion (C2). This double reply was necessary, either because the petitioner Athenion had not worded his petition in a clear way, or because he only knew that the mortgaged things had been sold, but he did not know by whom. If such was the case, it is understandable that Athenion wanted to be informed about his legal position in the two mentioned situations.

2. 3. In the *principium* of the text the secretary for petitions writes briefly that in the case in which C1 *vendidit*, that means here as often „sold and delivered“[19] the mortgaged things, these are (I add: consequently) freed from

[19] E. Levy, *Verkauf und Übereignung*, in *Iura* 14 (1963), pp. 1-28 showed convincingly that the word *vendere* often includes in the legal sources the real element and means „to sell and to

the right of *pignus* and the second creditor is no more entitled to institute the *actio Serviana* against the buyer[20]. This decision is conform to Marcian D.20.4.12.7 and to several later imperial constitutions from the third century A.D.[21]. The only thing (not mentioned by the rescript) that Athenion (C2) could do was to start a lawsuit against C1 and to claim from him[22] a possible *superfluum* with a personal *actio Serviana* adapted to this case[23].

2. 4. The most difficult case for which the *a libellis* had to give to Athenion (C2) information about his legal position is discussed in § 1 of our rescript. It is the following: the debtor D gives the mortgaged things *in solutum*, as a substituted performance, or he sells them and transfers their ownership[24] to C1. In late classical law the consequence of a *datio in solutum* to the creditor was the extinction of the debt *ipso iure*[25]. In the case of a sale by D followed by the transfer of ownership of the mortgaged things to C1, the latter did not pay, but the parties agreed on the compensation of the price due by C1 with D's debt to him. This produced too the extinction of this debt. In these two cases the acquisition of ownership of the mortgaged things by the creditor has the consequence of the extinction of the latter's right of *pignus* by merger (*confusio*)[26]. The rule that one cannot have a right of pledge (*pignus*) on his own thing (*pignus rei suae consistere non potest*) and that a pledge creditor who acquires ownership of the pledged thing looses his pledge as a result of merger (*confusio*) is clearly formulated in texts by Julian (D. 13.7.29), Paul (D.

transfer ownership". In our text the objects of the sale were probably pieces of provincial land; C1 had transferred the provincial ownership of these *fundi* by the transmission of the possession.

[20] After the sale and the transfer of the ownership of the mortgaged things by C1 the second creditor also lost the *ius offerendi* that he had before vis-à-vis C1; see M. Kaser, Über mehrfache Verpfändung im römischen Recht, in *Studi Grosso*, I, Torino 1968 = Kaser, *Ausgewählte Schriften*, II, Napoli 1976 (hereafter: Über mehrfache Verpfändung), p. 54 = p. 186, n. 88 with texts.

[21] See Valerianus and Gallienus C. 8.17.6 (of 260) and Diocletianus and Maximianus C. 4.10.6 and C. 4.10.7.1 (both of 293) and C. 8.29.5 (of 294).

[22] It is interesting to note that in this case the mortgage creditor (C2) brings an action based on an already extinguished right of pledge. See for another case Paul. D. 44.2.30.1. We will see that in our rescript an exception is given to C1 based on a pledge extinguished by merger.

[23] Kaser, Über mehrfache Verpfändung, pp. 71-76 = pp. 214-218 made plausible that such an action was at the disposal of the second mortgage creditor.

[24] See on this frequent meaning of *vendere*, *supra*, note 19.

[25] This was the opinion of the Sabinians that was at the end of the classical period generally accepted; cf. Kaser, *RPR*, I, p. 638.

[26] This extinction could also be based on the extinction of the debt for which the mortgage had been created and to which it was accessory.

44.2.30,1) and Ulpian (D. 50.17.45 pr.). The same holds true in actual European legal systems[27].

To make the effect on Athenion's (C2's) right of the sale of the mortgaged things by the debtor to the first mortgage creditor[28] more understandable, the author of the rescript compares this more complicated case with the easier case of the sale and transfer of the ownership of the mortgaged things by D to a third person (B). In this case, as in that of the sale to C1, the second creditor Athenion conserves the *actio Serviana*; in both cases he can claim by means of this action the sold mortgaged things.

The most complicated of these two cases is the one presented to the imperial chancery by Athenion, in which C1's right of *pignus* was extinguished by merger at the moment on which he acquired ownership of the *res pigneratae*. The jurist who formulated the rescript stresses that as to C2's right to bring the *actio Serviana* there is no difference between the case of sale by D to a buyer B and that of sale by D to C1. In both cases he can institute this action. This is not surprising in view of the real character of the *actio Serviana*. What is the striking element in the rescript's legal decision is the fact that the judge will only have to condemn C1 with the effect of the surrender of the mortgaged things, if Athenion (C2) pays to him the sum of his (C1's) claim against D. According to a strict dogmatically reasoning Athenion (C2) acquired, as a result of the extinction of the right of *pignus* of C1, the position of first mortgage creditor. That would have had the result that he (Athenion) could claim without paying him anything the mortgaged things from the owner who lost his right of pledge by merger. This effect would have been absurd, because in this way C1 who acquired the most englobing private right, *viz.* ownership, would now be in a worse position towards Athenion than he was before[29]. As long as he was first mortgage creditor, he could claim from the second mortgage creditor Athenion payment of D's debt before he had to give up to him the mortgaged things. According to strict law he had lost this right as a result of the *confusio*. The jurist who formulated the rescript prefers a solution that is more in conformity with justice. He gives to the defendant C1 an exception, the *exceptio rei sibi*

[27] I quote as an example § 1256, Abschnitt 1 of the German BGB: „Das Pfandrecht erlischt wenn es mit dem Eigentum in derselben Person zusammentrifft". See also Art.3:81, para 2 under *e* of the Dutch Burgerlijk Wetboek according to which „limited rights", to which pledge and mortgage belong, extinguish by merger.

[28] For reasons of clarity I concentrate my exposé on the case of the sale of the mortgaged things by D to C1 and I leave that of the *datio in solutum* aside.

[29] This is clearly exposed by M. Zimmermann, 2001, p. 34.

ante pigneratae[30], or the *exceptio doli*, that he can oppose to Athenion's *actio Serviana*. As a result of one of these exceptions the judge cannot condemn C1, if Athenion did not pay to him the sum owed to him by D. In this way C1 is not towards Athenion in a worse position after having become owner of the things of which he had been first mortgage creditor. And for Athenion (C2) there was not much difference between the case in which he brings the *actio Serviana* against B and that in which he institutes this action against C1: in the first case he can be forced by the first mortgage creditor (C1) to pay to him (C1) the sum owed to C1 by D; in the second case he will only have success, if he pays to C1 the amount of the latter's claim.

We consequently can agree with Honoré's positive judgment about the legal qualities of the redactor of C. 8.19.1[31]. In a text of his *quaestiones* written some years earlier by Paul[32] this jurist gave an *actio Serviana* to the first mortgage creditor, whose right of pledge was extinguished by merger, against the second mortgage creditor who was in possession of the mortgaged thing[33]. The redactor of our rescript comes in C. 8.19.1.1 to a comparable result giving to the first *creditor pigneraticius* an exception based on a right of *pignus* extinguished by merger. Both jurists gave consequences to a right of pledge extinguished by *confusio*. Kaser and M.Zimmermann speak here with a well chosen term of „Nachwirkungen" of the right of pledge[34].

The mentioned text of Paul and § 1 of our rescript are at the origin of the second „Absatz" of § 1256 of the German Civil code (BGB). Contrary to the normal rule of the first „Absatz" of this § according to which the acquisition of ownership by the pledge creditor produces the extinction of his right of pledge by confusion, the second „Absatz" lays down: „Das Pfandrecht gilt als nicht erloschen, soweit der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortleben des Pfandrechts hat" (The right of pledge is considered as not to be extinguished, in so far as the owner has a legal interest in the continuation of the right of pledge).

The interpretation of the rescript of C. 8.19.1 was an intellectual pleasure. As often, it turns out to be also useful for a better understanding of a modern legal provision.

---

[30] H. Siber, *Röm. Recht*, II, p. 128 and M. Zimmermann, 2001, p. 12 suppose also that C1 could oppose this exception.

[31] See *supra*, note 17.

[32] See on the dating of Paul's quaestiones, J. Schmidt-Otto, *Pauli Quaestiones*, p. 15.

[33] See D. 44.2.30.1 studied by me in contributions to two recent „Festschrifte"; see *supra*, note 8.

[34] Kaser, *RPR*, I, p. 469 and M. Zimmermann, 2001, p. 32, note 63.

347.2(37)

Др Антун Маленица, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ПОДЕЛЕ СТВАРИ И ПОЈАМ „СТВАР“ У РИМСКОЈ ПРАВНОЈ ДОКТРИНИ[1]

Сажетак: *Појавни облици и физичка својства ствари не утичу пресудно на уобличавање римских правних појмова који се односе на ствари. Римска правна наука гради своје појмове полазећи од правне логике и циља који правом треба остварити. Схватање је класичне доктрине, а и оне у Јустинијановом времену, да је ствар оно што је целина и предмет у некој правом уређеној вези међу људима. Ови елементи појма ствар, спојени са онима који су специфични за телесне ствари са једне стране и бестелесне са друге, дозвољавају закључак да је у римској правној доктрини телесна ствар оно што човек може дотаћи и користити, а право сматра целином и предметом у правом уређеној вези међу људима, а да је бестелесна ствар право/обавеза/терет исказив у новцу који право сматра целином и предметом у правом уређеној вези међу људима.*

Кључне речи: *res, corpus, класификације ствари, Гај, Марцијан, Јустинијан, поделе ствари, казуистика, целина, део, телесна ствар, бестелесна ствар.*

Захваљујући сретној околности да је Гајев уџбеник приватног права сачуван, доступно нам је, са незнатним празнинама, систематизовано излагање о класификацији ствари једног великог римског правника. У првој књизи Јустинијанових Дигеста налазимо и низ Марцијанових фрагмената

[1] У овом тексту саопштавамо прве резултате рада на истраживачком пројекту *Римска доктрина о појму ствари*.

на исту тему. Марцијан је такође један од великих класичних правника. Најзад, систематско излагање о класификацији ствари налазимо и у Јустинијановим Институцијама. Допуњени сазнањима која пружају други римски правни текстови, наведени прикази класификације ствари дају доста јасну слику о појмовној апаратури римске правне науке која се односи на ствари.

О сваком од правних појмова везаних за ствари може се много писати, посебно ако се истражују историја појма и правне импликације које он носи. У тексту који следи желимо да: 1) дамо основне информације о римској терминологији у материји ствари, 2) наведемо поделе ствари у римској правној доктрини и најважније појмове који се односе на ствари и 3) утврдимо најшира правнотехничка значења појма *ствар* у римском класичном и Јустинијановом праву. Наиме, у сачуваним изворима не налазимо дефиницују ствари у најширем значењу те речи, што је разумљиво када се има у виду римски казуистички прилаз праву. Тај појам, међутим, нису дефинисали ни романисти који су, иначе, прецизно одредили значења многих римских правних појмова чије дефиниције нису нашли у римским текстовима. То што у уџбеницима римског права, монографијама и чланцима налазимо продубљена разматрања о појединим врстама ствари, а нема покушаја да се одреди и најшире правнотехничко значење појма *res* у римском праву, говори да су аутори наилазили на методолошке проблеме које нису превазишли. У тексту који следи покушаћемо да дођемо до дефиниције појма *ствар* која одговара схватању римске правне доктрине. Дефинисање овог појма могло би бити од знатне користи приликом егзегезе римских правних текстова.

1. Римска терминологија

Најчешћа реч која се среће у римским правним текстовима је реч *ствар*, на латинском: *res, corpus*.[2] Она у латинском језику, исто као и у

[2] По учесталости појављивања у Јустинијановој кодификацији приближна јој је само реч *тужба* (*actio*). Претрага у електронском архиву *BIA* показује да се термин *res* у Дигестама јавља на 6.844 места (*res* 1.293, *rei* 967, *rem* 1.459, *re* 632, *rerum* 379, *rebus* 821). У Кодексу се јавља на 1.785 места (*res* 490, *rei* 359, *rem* 283, *re* 164, *rerum* 232, *rebus* 257), а у Институцијама на 365 (*res* 83, *rei* 52, *rem* 112, *re* 52, *rerum* 32, *rebus* 34). Термин *corpus* у Дигестама налазимо на 331 месту (*corpus* 98, *corporis* 75, *corpori* 7, *corpore* 68, *corpora* 52, *corporum* 12, *corporibus* 19), у Кодексу на 98 места (*corpus* 13, *corporis* 25, *corpori* 5, *corpore* 18, *corpora* 12, *corporum* 6, *corporibus* 19), а у Институцијама на 19 места (*corpus* 7, *corporis* 6, *corpori* -, *corpore* 4, *corpora* 2, *corporum* -, *corporibus* -).

нашем и другим савременим језицима, зависно од контекста у коме је употребљена, има најразличитија значења. Може се односити не само на оно што постоји већ и на оно што се може учинити, рећи или замислити.[3] Због тога се *res* и *corpus* у правним текстовима јављају како у значењима која припадају свакодневном говору тако и у оним правнотехничким која је обликовала римска правна наука.

Наводимо два примера употребе термина *res* и *corpus* у широком значењу карактеристичном за свакодневни говор. Дајући упутство за израду Дигеста Јустинијан користи термин *res* у овој реченици:

> Deo auctore 1. *Будући да се* међу свим *стварима не проналази ништа што је вредно толике пажње, као што је то владавина закона, која и божанске и људске ствари добро доводи у ред и уклања сваку неправичност, окрећемо се сада свему оном преношењу закона које се протеже од оснивања града Рима и Ромулових времена...*[4]

Термин *res* овде покрива све активности које Јустинијан као владар обавља. Пример коришћења термина *corpus* у врло широком значењу налазимо у конституцији императора Теодосија II и Валентинијана III о употреби дела класичних правника на суду:

> CTh. 1. 4. 3. *Исто тако наређујемо, као што је још давно било утврђено, да буду укинуте Паулове и Улпијанове напомене које су сачињене* на Папинијаново дело.[5]
>
> У овом тексту термин *corpus* означава све Папнијанове списе, целокупно његово интелектуално дело.

Уз наведена два термина у Јустинијановој кодификацији се често среће и термин *pecunia*. Његово основно значење је *новац*. Како је новац само једна од заменљивих ствари, текстови у којима се помиње *pecunia* могу се прибројати онима у којима се помињу *res* и *corpus*. *Pecunia* се у Дигестама помиње на 1.640 места (*pecunia* 509, *pecuniae* 237, *pecuniam* 837, *pecuniarum* 7, *pecuniis* 16, *pecunias* 34), у Кодексу на 458 места (*pecunia* 110, *pecuniae* 96, *pecuniam* 166, *pecuniarum* 14, *pecuniis* 27, *pecunias* 45), а у Институцијама на 54 места (*pecunia* 23, *pecuniae* 16, *pecuniam* 20, *pecuniarum* 1, *pecuniis* 1, *pecunias* 3).

[3] *Lexicon totius Latinitatis*, Forcellini, Forlanetto, Corradini, Perin, у одредници *res* објашњава: *Res est id quod est, actio, opus, factum. Vox est usus prope imensi ad omnia significanda, quae fieri dici aut cogitari possint.*

[4] *1. Cim itaque nihil tam studiosum in omnibus rebus invenitur quam legum auctoritas, quae et divinas et humanas res bene disponit et omnem iniquitatem expellit, repperimus autem omnem legum tramitem, qui ab urbe Roma condita et Romuleis descendit temporibus...*

[5] *...Notas etiam Pauli atque Ulpiani* in Papiniani corpus *factas, sicut dudum statutum est, praecipimus infirmari.*

Некада се термином *res* у правним текстовима означава појам за који је правна наука створила правнотехнички израз. Тако се, на пример, кроз готово целу римску историју, од времена Закона XII таблица па све до Јустинијана, он користи када се говори о судском спору, парници, иако у правничком вокабулару постоје термини *lis* и *causa*.[6]

Најчешће се, наравно, у правним текстовима терми *res* и *corpus* јављају у посебним правнотехничким значењима, ширим и ужим. Некад су синоними, а некад означавају различите појмове. Као синоними, у значењу *телесна ствар*, *res* и *corpus* су употребљени у следећем Улпијановом тексту:

> D. 25. 1. 5pr. Ulp. lib. 36 ad Sab.*Када се каже да нужни трошкови умањују мираз, то треба да буде тако схваћено, као што је и Помпоније рекао, да не треба саме* ствари физички *смањивати, на пример земљиште или неку другу* телесну ствар: *наиме апсурдно је вршити физичко смањивање ствари због новчаног износа*.[7]

У различитом значењу, *res* је ствар, а *corpus je* супстанција (материја), ове термине налазимо у једном другом Улпијановом тексту:

> D. 50. 16. 13. 1. Ulp. lib. 7 ad ed.*Сматра се да 'престаје' да постоји и она* ствар *(као што је Сабин рекао а Педије доказао) када* супстанција *остаје, а промењен је облик: и зато ако су биле враћене покварене или преображене, треба сматрати да су престале да постоје, будући да је обично у руци значајнија вредност него ствар*.[8]

---

[6] У таблици I. 6. Закона XII таблица који је донет 451/450 г. ст. е. читамо: *Ако ту* (пред претором – А. М.) расправе ствар, *нека се* (то) *прогласи.* (*Rem* ubi pacunt, *orato*.) У одр. 95 Закона Урсоне, који је донет неких четири стотине година касније, стоји: *Ако они реку̀ператори који буду одређени не пресуде оног дана за који се буду заклели, дуовир или префект пред којим се* та ствар *расправља треба да нареди...*(Qui recuperatores dati erunt, si eo die quo iussi erunt non iudicabunt, IIvir praefectusve ubi *ea res* agitur adesse iubeto...) Најзад, у једној Јустинијановој конституцији из 530. г. н. е. (C. 3. 1. 13. 3), донатој, дакле, у последњим годинама постојања римске империје, термином *res contumacis* означава се парница која је пресуђена због недоласка једне парничне странке.

[7] *Quod dicitur necessarias impensas dotem minuere, sic erit accipiendum, ut et Pomponius ait, non ut ipsae* res corporaliter *deminuantur, ut puta fundus vel quodcumque aliud* corpus*: etenim absurdum est deminutionem corporis fieri propter pecuniam.*

[8] Res *'abesse' videntur (ut Sabinus ait et Pedius probat) etiam hae, quarum* corpus *manet, forma mutata est: et ideo si corruptae redditae sint vel transfiguratae, videri abesse, quoniam plerumque plus est in manus pretio, quam in re.*

Термине *res* и *corpus* срећемо у значењима која обухватају разне врсте ствари у ужем правнотехничком значењу. Тако се у једном Улпијановом тексту у појму *наслеђена ствар* (*res hereditarias*) јавља термин *res*, а обухвата и права (*iura*) и телесне ствари (*corpora*).[9] У једној Каракалиној конституцији у изразу *наслеђене ствари* јавља се, међутим, термин *corpus: corpora hereditaria.*[10] У истом генеричном значењу употребљава реч *corpus* и Паул када говори о предмету купопродаје: *ако је постојала сагласност о предмету, si consensum fuerit in corpus.*[11] *Corpus* некада означава сву имовину једног лица – *corpus patrimonii.*[12]

Може се, дакле, закључити да за римске правнике термини *res* и *corpus* немају стална и прецизна правнотехничка значења. Значења варирају од случаја до случаја. Када се посматра употреба ова два термина у општем значењу *ствар*, уочава се, ипак, да у текстовима у којима у први план долазе доктринарна схватања термин *res* има шире значење, односи се на све ствари, док је основно значење термина *corpus* уже, подразумева телесну ствар. На то упућују како називи рубрика у правним збиркама тако и текстови у којима правници говоре о поделама ствари. Тако је назив првог поглавља друге књиге Јустинијанових Институција *De* ***rerum*** *divisione* (О поделама ствари). Осмо поглавље прве књиге Дигеста има назив *De divisione* ***rerum*** *et qualitate* (О подели и својству ствари). У Кодексу, у четвртој књизи, налазимо педесетпрво поглавље *De* ***rebus*** *alienis non alienandis et de prohibita* ***rerum*** *alienatione vel hypotheca* (О туђим стварима које се не могу отуђивати и о забрани отуђења и залагања ствари), а у једанаестој књизи тридесетпрво поглавље *De administratione* ***rerum*** *publicarum* (О управљању стварима у јавној својини). Када Гај у свом уџбенику говри о најважнијој подели ствари употребљава, такође, термин *res*: *Summa itaque* ***rerum*** *divisio in duos articulos diducitur: nam aliae sunt divini iuris aliae humani.* (Дакле, најважнија подела ствари своди се на два степена: наиме, једне су /предмет/ божанског права, друге човековог.)[13] Гај користи термин *res* и када дели ствари на телесне и бестелесне: *Quaedam praeterea* ***res*** *corporales sunt, quaedam incorporales.*[14] У Улпијановим Епитомама чи-

[9] D. 5. 3. 18. 2. Ulp. lib. 15 ad ed. *Et placuit iniversas* res hereditarias *in hoc iudicium venire,* sive iura sive corpora sint.

[10] C. 7. 75. 1. *Ако је наследник након приступа наслеђу пренео* наслеђене ствари *оном коме је цедирао, остаје обавезан повериоцима.* (Si heres post aditam hereditatem ad eum cui cessit *corpora hereditaria* transtulit, creditoribus permansit obligatus.)

[11] D. 18. 1. 15pr. Paul lib. 5 ad Sab.

[12] D. 34. 4. 23. Pap. lib. 7 resp.

[13] Gai. 2. 2.

[14] Gai. 2. 12. *Осим тога, неке ствари су телесне а неке бестелесне.*

тамо *Omnes* ***res*** *aut mancipi sunt, aut nec mancipi* (Све ствари су или *манципи* или *нец манципи*).[15]

2. Настанак правнотехничког појма „ствар“

Превнотехничка значења термина *res* и *corpus*, различита од оних у обичном говорном језику, настају постепено, развојем римског друштва, права и правне науке. На почетку нема правнотехничког појма *ствар* јер *ствар* и *лице* нису одвојени појмови. То се види на многим местима у архаичном правно-религијском поретку.Власт патерфамилијаса је јединствена и једнако се протеже на чланове породице и имовину. Старешина породице располаже стварима али и члановима породице, има право живота и смрти, *ius vitae necisque.* У легисакционом поступку се путем *vindicatio rei* (што је захтев за предају ствари) захтева како предаја сина тако и роба или неке друге ствари.[16] Право у неким ситуацијама третира роба као лице, а не као ствар. На пример, сличне су казне за повреду роба и слободног човека.[17]

Појава правног појма *ствар* у најстаријем праву, који означава нешто што је опипљиво и служи човеку при постизању његових економских циљева, а искључује слободног човека, везана је за разликовање две врсте ствари, *res mancipi* и *res nec mancipi.* У прву су улазиле најважније ствари сељачке економије, земља, алати, стока и робови који служе за њену обраду, а у другу све остале ствари. У овој подели ствари није више било места за слободног човека. Појмовно разликовање човека од ствари, које извесно претходи Закону XII таблица, било је од изузетног значаја за даљи развој права. Након тога почела се правити разлика у овлашћењима патерфамилијаса над члановима породице и на стварима које чине породичну имовину.[18] То је отворило пут стварању нових правних појмова.

Подела ствари на *res mancipi* и *res nec mancipi* представљала је само први корак у изградњи правних појмова који се односе на ствари. У одно-

---

[15] Ep. Ulp. 19. 1.

[16] Тако: G. Grosso, *Problemi sistematici nel diritto romano, Cose – contratti*, G. Giappichelli ed., Torino 1974, стр. 10 – 11.

[17] *Lex XII tab.,* VIII. 3. *„Ако је руком или штапом сломио кост слободноме, сносиће казну од 300 сестерција, а (ако је сломио) робу, од 150.“* ('manu fustive si os fregit libero CCC, (si) servo, CL poenam subit sestertiorum.')

[18] Више о томе види код G. Grosso, *op. cit.,* стр. 14 – 16.

су на време када је та подела настала римско друштво се битно изменило током неколико наредних векова. Оно што је некада било ограничено зидинама града Рима прерасло је у огромну империју. Рудиментарне облике организације власти заменили су много сложенији. Скромну привредну активност у оквирима домаћинства потиснули су робноновчана привреда и велико тржиште. У Риму се уобличава идеја да односе међу људима треба регулисати правом. Велики број људи који припадају владајућем слоју се бави правом, па се рађа и правна наука. У том новом амбијенту правна наука ствара и нове појмове који се односе на ствари. Они се јављају на свим подручјима римског права. У оквиру *ius divinum*, права које уређује човекове односе са боговима, настају појмови *res sacrae, res religiosae* и *res sanctae.*[19] У јавном праву постоје, на пример, појмови: *servus publicus* – јавни роб[20] и *pecunia publica* - новац који припада заједници.[21] Појам *ствар* правна наука је, ипак, највише елаборирала у правним текстовима који обрађују неко питање из домена приватног права, облигационог, стварног, наследног и парничног поступка. То је сасвим разумљиво када се има у виду да се правна наука пре свега бавила приватноправном проблематиком. Истакнути правници су давали одговоре на питања да ли је стечено или изгубљено неко право на ствари, какав је правни положај трећих лица у односу на дату ствар, шта у неком случају чини ствар која је купљена, предата или се држи у поседу и сл. Таква питања су често постављана јер се у Риму од краја II века ст. е. до половине III века н. е. трговало различитим стварима, стицале су се, држале и преносиле ствари, некада и велика богатства, из чега су се рађала разноврсна правна питања.

[19] Gai. 2. 3 i 8. Напомињемо да су ствари везане за религију, *res divini iuris,* биле предмет посебне регулативе током целе римске историје, дакле и у паганском и у хришћанском периоду. На то указује и Јустинијан: C. 1. 2. 21pr. *Наређујемо да нико не излаже процени посвећени или пехар светог сакрамента или одежду,као и друге цркви дароване ствари које су неопходне божанској вери (као што су стари закони прописивали да се оно што припада божанском праву не везује на основу човековог потчињавања) или предаје ради продаје, хипотеке или залоге...* (Sancimus nemini licere sacratissima atque arcana vasa vel vestem ceteraque donaria, quae ad divinam religionem necessaria sunt /cum etiam veteres leges ea, quae iuris divini sunt, humanis nexibus non illigari sanxerunt/ vel ad venditionem vel hypothecam vel pignus trahere...)

[20] D. 22. 1. 11. 1.

[21] L. Tarent. 9. 1.

3. Класификације ствари у римским уџбеницима права

Класификације ствари доктринарног карактера са објашњењима одговарајућих појмова налазимо на три места у римским правним изворима. Реч је о текстовима који су настали из дидактичких разлога, тј. о уџбеницима права. Један је Гајев, други је Марцијанов а трећи је плод рада Јустинијанових компилатора.

Класични правник Гај, који делује средином II века н. е., други део свог уџбеника (*Commentarius secundus*), у коме излаже имовинско право – *ius quod ad res pertinet,*[22] започиње излагањем о стварима и њиховим по-

[22] Ово је још једно значење термина *res*. Гај га користи у првој књизи указујући на трипартитну поделу права и на редослед којим ће излагати материју својим студентима: *Сво право којим се служимо односи се или на лица или на ствари или на тужбе. Размотрићемо најпре о лицима* (G. 1. 8. Omne autem ius quo utimur, vel ad personas pertinet **vel ad res** vel ad actiones. Et prius videamus de personis.)

Извори којима данас располажемо упућују на закључак да је Цицерон био први међу римским мислиоцима који је образложио нужност увођења одређеног система у обради и излагању права. По његовом мишљењу то је био услов да се несређено правно знање у које се тешко прониче (*De orat.*, I, 185. *ista cognitio iuris magna atque difficilis*) подигне на ниво науке која ће бити лако доступна (*De orat.,* I, 142. *ad artem facilem reducere*). Прихватајући стоичко, а тим путем и Аристотелово учење о дијалектици (логици), Цицерон сматра да би целокупно право требало поделити на делове, затим разјаснити све појмове и утврдити правила на основу којих ће се научном прецизношћу установљавати шта је тачно, а шта погрешно и какве последице из нечега произлазе (*Brut.,* 15). О Цицероновим становиштима, њиховим изворима и миљеу у коме они настају види код: G. La Pira, *La genesi del sistema nella Giurisprudenza romana . L'arte sistematrice*, BIDR, Nuova seria, vol. I, vol XLII della Collezione, стр. 336 – 355. Цицеронов захтев за логички повезаним и систематским излагањем целокупног права римска правна наука никада није остварила. Настојања за одређеним систематизацијама је било, али до заокруженог приказа права, у коме би појмови и институти били обрађени само на једном месту, у складу са правном логиком, није дошло.

Гајева трипартитна подела приватног права је најозбиљнији покушај систематизације права у класичној правној науци. Разлоге отсуства систематског приказа права у делима римских правника треба тражити у казуистичкој природи римског права која дминира вековима , све до пред крај римског царства, затим у вишевековном коегзистирању неколико правних система са неусклађеним нормама (*ius civile, ius honorarium, ius gentium*), што је онемогућавало јединствену систематизацију и, најзад у недовољној развијености правне науке у претклasичном периоду, а њеној декаденцији у постклasичном. Више о достигнутом степену систематизовања права почев од Закона XII таблица па све до Јустинијана види код: J. Gaudemet, *Tentatives de systèmatisation du droit à Rome*, Index, Hommages à Gérard Boulvert, 15/1987, стр. 79 – 96.

делама. Најважнија подела, каже Гај, је она која дели ствари на оне које припадају божанском праву, *res divini iuris*, и на оне које припадају праву које ствара човек, *res humani iuris.*

> *2. 2. Дакле, најважнија подела ствари своди се на два степена: наиме једне су божанског права, друге човековог. 3. Божанског права су, на пример, сакралне и религијске ствари. 4. Сакралне ствари су оне које су посвећене небеским божанствима; религијске су оне које су препуштене загробним божанствима. .....*[23] *8. Исто тако, свете ствари, на пример зидови и градске капије, на одређени начин су божанског права.*[24]

Након напомене да ствари које припадају божанском праву не могу бити ни у чијој имовини, а оне које припадају човековом праву могу, али да то није увек случај,[25] Гај излаже поделе ствари које су предмет човековог права.[26] Оне се најпре деле на јавне и приватне:

> *10. Оне, пак, ствари које су (предмет) човековог права или су јавне, или приватне. 11. Оне које су јавне, верује се да нису у нечијим добрима, верује се, у ствари, да су (у добрима) саме заједнице. Приватне су оне које су (у добрима) појединих људи.*[27] ;

потом на телесне и бестелесне:

> *12. Осим тога неке су ствари телесне, неке бестелесне. 13. Телесне су оне које се могу дотаћи, на пример земљиште, човек, одећа, злато, сребро и, напокон, безбројне друге ствари. 14. Бестелесне су ко-*

---

[23] У реченицама 5 – 7а Гај објашњава како настају сакрална и религијска места и говори о тој проблематици када су у питању провинцијска земљишта. Та излагања нису од значаја за класификацију ствари. Због тога су их Јустинијанови компилатори изоставили када су преузимали Гајев текст. Види: D. 1. 8. 1.

[24] *2. 2. Summa itaque rerum divisio in duos articulos diducitur: nam aliae sunt divini iuris, aliae humani. 3. Diivini iuris sunt veluti res sacrae et religiosae. 4. Sacrae sunt quae diis superis consacratae sunt; religiosae quae diis Manibus relictae sunt. .... 8. Sanctae quoque res, velut muri et portae, quodammodo divini iuris sunt.*

[25] Реченица 2. 9.

[26] У сачуваном рукопису осам редова није читљиво. Може се претпоставити да су садржали нека објашњења или примере везане за ничије ствари.

[27] *10. Hae autem quae humani iuris sunt, aut publicae sunt aut privatae. 11. Quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse; ipsius enim universitatis esse creduntur. Privatae sunt que singulorum hominum sunt.*

је се не могу дотаћи, какве су оне које се састоје из права, као наслеђе, плодоуживање, облигације закључене на било који начин.[28]

Гај затим наводи поделу ствари на *res mancipi* и *res nec mancipi*[29] :

14a. Постоји и друга(?) подела ствари(?):или су mancipi *или* nec mancipi....[30]

Тиме је Гајево излагање које се односи на класификацију ствари практично завршено. У тексту који следи он прелази на материју имовинског права. Наводи најпре неке примере за ствари које су *res mancipi* и *res nec mancipi,*[31] потом говори о правним последицама ове поделе, како се те ствари преносе, односно прибављају, проширује своја излагања на облигације, облике својине, наслеђивање итд.

Јустинијанови компилатори су у осмо поглавље прве књиге Дигеста *О подели и својству ствари* (*De divisione rerum et qualitate*) после текстова које су преузели из Гајевих Институција унели фрагменте из Марцијанових Институција из којих се види на који је начин тај правник класификовао ствари у свом уџбенику. Марцијан говори о поделама ствари на следећи начин:

D. 1. 8. 2pr. Marc. lib. 3 inst. *Неке су заједничке свима по природном праву, неке су (у добрима) заједнице, неке су ничије, многе су (у добрима) појединаца и оне се некоме прибављају по различитим основама. § 1. И ове су, без сумње, заједничке свима по природном праву: ваздух, вода која тече, и море, и због тога обале мора.*[32]

---

[28] *12. Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. 13. Corporales sunt quae tangi possunt, velut fundus homo vestis aurum argentum et denique alie res innumerabiles. 14. Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae.* Гај у наставку објашњава да су сама права бестелесна ствар, иако се могу састојати из телесних ствари, што се догађа и код наслеђа и код плодоуживања и код облигација.

[29] Рукопис Гајевих Институција је на овом месту оштећен. Део текста недостаје али се реченица која говори о овој подели може са великом вероватноћом реконструисати.

[30] *14a. Est et alia(?) rerum divisio (?): nam aut mancipi sunt aut nec mancipi....*

[31] Реченице 14a do 18.

[32] *Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur. § 1. Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.*

D. 1. 8. 4pr. Marc. lib. 3 inst. *Дакле, ником се не забрањује да приђе морској обали ради рибарења, само док се држи даље од сеоских кућа, грађевина и споменика... § 1. А јавни су скоро свака река и лука.*[33]

D. 1. 8. 6. 1. Marc. lib. 4 reg. *(Ствари) заједнице, не појединаца, су оне, на пример, које су у заједницама грађана позоришта и тркалишта и слично, и ако постоје неке друге заједничке грађанима... § 2. Сакралне ствари, религијске, и свете, нису у нечијим добрима.*[34]

У овом поглављу Дигеста налазимо још неке Марцијанове текстове, али у њима нема других подела, већ се појашњавају наведене. Међу Марцијанове текстове компилатори су уметали и појашњавајуће текстове других правника: Флорентинов о прибављању ствари које су пронађене на морској обали (D. 1. 8. 3), Гајев о правној природи коришћења речне обале (D. 1. 8. 5), Улпијанове о светим стварима (D. 1. 8. 7 и 9) и Помпонијеве о морској обали (D. 1. 8. 10) и религијом заштићеним градским зидинама (D. 1. 8. 11). За сагледавање римске доктрине о стварима међу уметнутим текстовима најзначајнији је овај Улпијанов у коме се констатује да се сакралне ствари не могу новчано процењивати: *Сакрална ствар није подложна процењивању.*[35]

Када се описана класификација ствари у Марцијановом уџбенику упореди са оном у Гајевом, приметна је разлика у приступу. Према Гајевој шеми основна је подела ствари на оне које припадају божанском и друге које припадају човековом праву. Прве нису у имовини, а друге могу бити, али то није увек случај. Ако јесу, онда су или јавна добра која припадају заједници, или су приватна добра која припадају појединцима. Према Марцијану шема је следећа: неке ствари су заједничке свим људима по природном праву, неке су у добрима заједнице, неке су ничије, а неке припадају појединцима. Код Марцијана основна подела ствари не произлази из поделе права на *ius divinum* и *ius humanum.* Религија, која је вековима била битан сегмент друштвеног поретка, у класичном периоду то више није. У времену када Марцијан ствара, а то је крај прве половине III века н. е., отприлике један век иза Гаја, то је још видљивије. Стара паганска веровања су се изгубила, а нова хришћанска још нису превладала. То је по

[33] *Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur piscandi causa, dum tamen villis et aedificiis et monumentis abstineatur... § 1. Sed flumina paene omnia et portus publica sunt.*

[34] *Universitatis sunt, non singulorum, veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatium...§ 2. Sacrae res et religiosae et sanctae in nullius bonis sunt.*

[35] D. 1. 8. 9. 5 Ulp. lib. 68 ad ed. *Res sacra non recipit aestimationem.*

нашем мишљењу и разлог што је Марцијан напустио шему према којој је елементарна подела ствари на *res divini iuris* и *res humani iuris*.

Те две класификације разликују се у још једној ствари. Гај посматра ствари са становишта могућности **потпуног присвајања** од стране појединца, што значи могућности установљења приватне својине. У уводној реченици, пре преласка на поделе ствари, он каже: *У претходном коментару изложили смо право о лицима, на исти начин да видимо о стварима; **ове су или у нашој имовини или се налазе ван наше имовине.***[36] Гај код сваке врсте ствари доследно напомиње да ли су, односно, да ли могу бити у имовини, тј. да ли су подобне да буду **предмет права својине**. Гајев критеријум је примерен уџбенику приватног права, што су Институције и биле.[37] За разлику од Гаја, Марцијан полази од могућности **коришћења** ствари. Зато се у његовој класификацији на првом месту налазе *res communes omnium*, ваздух, вода која тече, море и морска обала, ствари које користе сви људи и предмет су одређене правне регулативе, а нису објекат приватне својине. Ова разлика у теоријском приступу, видећемо касније, од изузетног је значаја за сагледавање римског појма *ствар* у најширем правнотехничком значењу те речи.

Последњи текст доктринарног карактера који садржи класификацију ствари налазимо у другој књизи Јустинијанових Институција. У њему, међутим, нема битних новина. Јустинијанови компилатори су комбиновали текст Гајевих и Марцијанових Институција. На почетак су ставили Гајеву напомену да се ствари налазе у нашој имовини или су ван ње.[38] Потом су убацили Марцијаново излагање које полази од ствари које припадају свима по природном праву (ваздух, текућа вода...)[39] а завршава се са сакралним стварима, да би се ту на крају поново вратили на Гајев текст.[40] Након

[36] *2. 1. Superiore commentario de iure personarum exposuimus; modo videamus de rebus; quae vel in nostro patrimonio sunt vel extra nostrum patrimonium habentur.*

[37] На основу Гајевог модела посматрања ствари изграђен је савремени појам ствари у смислу грађанског права. M. Planiol у *Traité élémentaire de droit civil*, 7 ed., tome I, Paris 1915, пише: *On appelle patrimonie l'ensemble des droits et des charges d'une personne, apprésiables en argent.* (s. 647) *Les choses deviennent des „biens“ au sens juridique du mot, non pas lorsqu'elles sont* utiles *à l'hommes, mais lorsqu'elles sont* appropriées. *La mer, l'air atmosphérique, le soleil sont de choses indispensables à la vie terrestre; ce ne sont pas des „biens“, parce qu'ils ne peuvent faire l'objet d'une appropiration au profit d'un particulier, d'une ville ou d'une nation.* (s. 657) Узгред напомињемо да римска правна наука не расправља о сунцу као ствари јер оно никада није било предмет правне регулативе.

[38] I. 2. 1pr. = Gai. 2. 1.

[39] I. 2. 1pr. - 1 i 2 = Marc. D. 1. 8. 2 i 4.

[40] То је текст Институција од 2. 1. 3 – 10. Податке о кретању кроз Марцијанов и Гајев текст види у апаратури уз *CIC*.

тога следе излагања о прибављању својине на појединим врстама ствари, прелази се, дакле, на осталу проблематику имовинског права.

За утврђивање римског појма *ствар* у најширем значењу те речи, међу свим поделама ствари поменутим у наведеним класификацијама доктринарног карактера најзначајнија је подела ствари на телесне и бестелесне. Она показује да римска правна наука појам *ствар* не везује само за оно што је материјално.

4. Поделе ствари у другим правним текстовима

У римској казуистици налазимо текстове у којима се изричито говори о поделама ствари које нису поменуте у оквиру класификација у наведеним уџбеницима. То су поделе ствари на покретне и непокретне и на заменљиве и незаменљиве.

ПОКРЕТНЕ И НЕПОКРЕТНЕ СТВАРИ (*RES MOBILES VEL IMMOBILES*). Већи број текстова указује на ову поделу ствари. Модестин, на пример, каже:

> D. 3. 3. 63. Modest. lib. 6 diff. *Старатељ целокупне имовине коме су ствари поверене на управљање, не може отуђити власникове ствари, било покретне било непокретне било робове, без посебног власниковог налога...,*[41]

а у Јустинијановим Институцијама читамо:

> I. 3. 19pr. *Свака ствар која подлеже нашој власти може се унети у стипулацију, било да је покретна или непокретна.*[42]

Разликовање ствари по основу покретљивости присутно је и у најстаријем праву. Гај саопштава да је Закон XII таблица различито регулисао одржај покретних и непокретних ствари: *Дакле, одржај покретних ствари се навршава за годину дана, а за земљишта и зграде за две године; тако је прописано Законом XII таблица.*[43] Гај, такође, каже да су према

[41] *Procurator totorum bonorum, cui res administrandae mandatae sunt, res domini neque mobiles neque immobiles neque servos sine speciali domini mandatu alienare potest...*

[42] *Omnis res, quae dominio nostro subicitur, in stipulationem deduci potest, sive illa mobilis sive soli sit.*

[43] Gai. 2. 42. *Usucapio autem mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio: et ita lege XII tabularum cautum est.*

том закону постојале разлике у судском поступку зависно од тога да ли се захтевала покретна или непокретна ствар: *Ако је подизана стварноправна тужба, покретне ствари као и оне које се саме крећу, које се могу донети или довести пред претора, захтеване су у поступку пред претором на следећи начин...*; *Ако је ствар била таква да се без незгода није могла донети или довести пред претора, ако је то, на пример, био стуб, или крдо говеда или неке друге стоке, одатле је узиман неки њен део...*[44] Из ове последње Гајеве реченице се види да је критеријум од кога класични правници полазе у овој подели ствари могућност њиховог померања без оштећења.

Подела ствари на покретне и непокретне је од изузетног значаја у савременим правима.[45] И у Риму је земља била најзначајније добро па се у многим правним решењима водило рачуна о томе да ли је реч о земљи или о покретној ствари. У римском праву, међутим, ова подела ствари[46] није била у првом плану. Разлог је био тај што је у доброј мери била конзумирана поделом ствари на *res mancipi* и *res nec mancipi.*[47] Земља на Апенинском полуострву, са неколико најважнијих ствари везаних за земљорадњу, била је сврстана у *res mancipi,* а све остале ствари су биле *nec mancipi.* Како су правила о преносу својине, а и многа друга, за те две врсте ствари била различита, право је више водило рачуна о тој подели него о томе да ли су ствари покретне или непокретне.

Покретне и непокретне ствари биле су даље разврставане. То је, такође, водило примени различитих правних правила, како у области грађанског материјалног и процесног права, тако и управног и финансијског права. Некретнине су могле бити градске и сеоске:

D. 50. 16. 211. Flor. lib. 8 inst. *Назив* 'fundus' *односи се на сваку грађевину и свако земљиште. Међутим, грађевине које се користе ради*

[44] Gai. 4. 16. *Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in ius adferri adducive possent, in iure vindicabantur ad hunc modum...* 17. *Si qua res talis erat, ut sine incommodo non posset in ius adfferi vel adduci, veluti si columna aut grex alicuius pecoris esset, pars aliqua inde sumebatur...*

[45] Види Планиолова разматрања о поделама ствари, њиховом настанку и посебно о покретним и непокретним стварима у *Code Civil*-u, u *Traité*..., стр. 657 - 692.

[46] У римским текстовима ова подела се често јавља као троделна зато што се посебно наводе ствари које се саме крећу (*res mobiles vel immobiles seu se moventes*). Такав је случај у C. 7. 37. 2pr. Непокретна ствар се означава и термином *res soli.*Тако је у овом Улпијановом тексту: *У пекулијуму, дакле, могу бити све ствари и покретне и непокретне.* (D. 15. 1. 7. 4. Ulp. lib. 29 ad ed. In peculio autem res possunt esse omnes et mobiles et soli.)

[47] Тако: M. Talamanca, *Elementi di diritto privato romano,*Giuffre ed., Milano 2001, стр. 204.

становања називају се 'aedes' (зграде), *а ради сеоске употребе* (у пољопривреди – А. М.) 'villae'. *Парцела без грађевине у граду је* 'area' (простор) *а на селу је 'ager'* (земља). *За ту исту земљу са грађевином каже се* 'fundus' (земљиште).[48]

Извори говоре да је правна наука разликовала и различите врсте покретних ствари. И овде је у правне појмове преточила оно што је наметао свакодневни живот. Две су врсте покретних ствари за које важе нека посебна правила, стока и покућство.[49] У аграрној привреди стока је чест и важан предмет правних односа, па је то разумљиво. Слично је и са стварима које се користе у домаћинству. Њима се свакодневно располагало путем тестамента и легата. Због тога у Дигестама, у одељку *О легатима покућства,* и налазимо фрагмент у коме се детаљно набрајају ствари које спадају у покућство.[50]

ЗАМЕНЉИВЕ И НЕЗАМЕНЉИВЕ СТВАРИ. Заменљиве ствари (*que numero, pondere vel mensura constant/continentur/valent* или *genera*) су оне које право посматра по роду и квалитету. То се најјасније види код зајма. Када се позајмљују вино, уље, жито, ковани новац, бакар, сребро, злато и сл. зајмопримац не враћа исте ствари, већ друге исте природе и квалитета, *eiusdem naturae et qualitatis.*[51] У облигационим односима у којима се дугује незаменљива ствар (*species*) ситуација је сасвим друкчија, постоји обавеза предаје ствари у питању. Класични правници су битну разлику између ове две врсте ствари објашњавали (као и обично) на примеру стипулације:

D. 45. 1. 54pr. Iul. lib. 6 dig. *У стипулације се на један начин уносе незаменљиве, а на други заменљиве ствари. Ако нам је стипулисана незаменљива ствар, неопходно је стипулацију тако поделити између власника и наследника да се делови ствари свакоме дугују. Уколико нам је, пак, стипулисана заменљива ствар, треба изимеђу њих да буде подељен број. На пример, онај коме је неко стипулисао Стиха и Памфила оставио је два наследника не једнаке делове*,(у том

[48] *'Fundi' appellatione omne aedificium et omnis ager continetur. sed in usu urbana aedeficia 'aedes', rustica 'villae' dicuntur. locus vero sine aedificio in urbe 'area', rure autem 'ager' appellatur. idemque ager cum aedificio 'fundus' dicitur.*

[49] Покућство се дефинише овако: *Покућство је кућни алат старешине породице у који се не убраја сачињено од злата или сребра као и одећа.* (D. 33. 10. 1. Pomp. lib. 6 ad Sab. Supellex est domesticum patris familiae instrumentum, quod neque argento aurove facto vel vesti adnumeretur.)

[50] D. 33. 10. 3. Paul. lib. 4 ad Sab.

[51] I. 3. 14pr.

случају*) мора се обојици дуговати по половина дела Стиха и Памфила. Ако су на исти начин била стипулисана два роба, робови се његовим наследницима дугују појединачно*.[52]

Треба подвући да правни појмови *заменљива/незаменљива ствар* нису увек везани за природна својства ствари. Странке у правном послу могу и својом вољом неку генеричну ствар индивидуализовати. На пример, ако оставилац остави легатару десет робова ти робови су заменљива ствар, а ако у легату буду набројани именом постају незаменљиве ствари.[53]

5. Правни појмови који изражавају посебну правну природу ствари

У сачуваним изворима наилазимо на становишта правника која много говоре о појму *ствар* а срећемо и појмове који указују на то да би се ствари могле делити по још неким критеријумима. Реч је о текстовима у којима се говори о целини ствари, ствари која није у правном промету, недељивој ствари, потрошној ствари, плоду и припатку. На основу тих текстова настале су поделе ствари у савременој правној науци али их римски правници изричито не помињу.

ЦЕЛИНА (*RES TOTA*) И ДЕО (*PARS, PORTIO*). Правна наука није поистовећивала целину која чини ствар са оним што се у природи као такво опажа, нити је, када су у питању бестелесне ствари, целину сводила на једно издвојено право. Помпоније, класични правник који као и Гај ствара у II веку н. е., али је нешто старији од њега,[54] разматрајући проблематику

[52] *In stipulationibus alias species, alias genera deducuntur. cum species stipulamur, necesse est inter dominos et inter heredes ita dividi stipulationem, ut partes corporum cuique debebuntur. quotiens autem genera stipulamur, numero fit inter eos diviso: veluti eum Stichum et Pamphilum quis stipulatus duos heredes aequis partibus reliquit, necesse est utrique partem dimidiam Stichi et Pmphili deberi: si idem duos homines stipulatus fuisset, singuli homines heredibus eius deberentur.*

[53] V. Scialoia, *Teorià della proprietta nel diritto romano I*, Anonima romana ed., 1933, c. 76, сматра да је овде реч о подели ствари на *genus* и *species* коју не треба изједначавати са поделом ствари на заменљиве и незаменљиве. Подела на *genus* и *species* по њему није подела ствари, већ се ту ради о два начина на које се ствари схватају као објекти правних односа. По нашем мишљењу о овом питању се може дискутовати.

[54] Гај је рођен за време Хадријанове владавине (117 - 138), а Помпоније је у то време већ стварао.

одржаја у случају смеше ствари различитих власника о целини телесне ствари каже:

> D. 41. 3. 30pr. Pomp. 30 ad Sab. *Ако је настала мешавина ствари поставља се питање да ли то прекида претходно започети одржај сваке од њих. Три су, дакле, врсте телесног, једна, која има један дух и на грчком се назива ἡνωμένον (еномéнон = целина), на пример човек (роб), дрвена греда, камен и слично; друга, која се састоји од ствари које се дотичу, то јест од више њих које су међусобно повезане, која се назива συνημμένον (сунемéнон = повезана), на пример грађевина, брод, ормар; трећа, која са састоји од раздвојеног да више телесних ствари не би било неповезано него подложно једном имену, као на пример народ, легија, крдо. Код прве врсте питање одржаја се не поставља, код друге и треће се поставља.*[55]

Према Помпонију три су, дакле, врсте телесних ствари уколико их посматрамо из угла физичке целине. Прва, у којој је ствар заиста физичка целина. Ми за такву ствар данас кажемо „проста ствар", а Помпоније је одређује као ствар која је прожета једним духом. Другу врсту чине ствари које се састоје из више повезаних делова који чине једну целину (*ex cohaerentibus constat*), што је за нас данас „сложена ствар". Најзад, трећа врста су ствари састављене од раздвојених тела (*ex distantibus constat*) која се слободно крећу под једним именом.

Помпонијев текст показује да римска правна наука, када је реч о телесним стварима, схвата целину на начин примерен праву. Правни појам *целина* није искључиво везан за оно што се у природи опажа као посебни материјални облик. Иста материја у једној правној ситуацији могла је бити целина и посебна ствар, а другој је то својство губила. Пример за то је грло стоке. Оно је посебна физичка целина и право ће у њој видети ствар ако је предмет правног односа, ако се продаје, ако је украдено и сл. Ако, ме-

---

[55] *Rerum mixtura facta an usucapionem cuiusque praecedentem interrumpit, quaeritur. tria autem genera sunt corporum, unum, quod continetur uno spirito et Graece ἡνωμένον vocatur, ut homo tignum lapis et similia: alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημμένον vocatur, ut aedificium navis armarium: tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura (non) soluta, (sed) uni nomini subiecta, veluti populus legio grex: primum genus usucapione quaestionem non habet, secundum et tertium habet.* Речи које су стављене у заграду по неким ауторима су интерполација, тако да је, по њима, изворни Помпонијев текст гласио: *тако да више неповезаних ствари буде под једним именом.* У ту дискусију овом приликом не улазимо, јер евентуална интерполација не доводи у питање закључак да римска правна доктрина разликује три врсте телесних ствари.

ђутим, буде укључено у неко стадо које је предмет правног односа, право грло више не сматра целином и посебном ствари, јер је целина и ствар у том односу стадо.

Овако еластично схватање целине наметао је живот. Очигледно је, останимо при датом примеру, да би било потпуно нерационално уколико би право прогласило да је ствар само појединачно грло зато што је оно целина у физичком смислу речи. То би значило да при куповини хиљаду грла стоке треба закључити толики број уговора и извршити исти број манципација или традиција како би се на њима пренела својина.

И увођење појма „бестелесна ствар“ наметнуло је еластично схватање целине. Како су бестелесне ствари имовинска права, оне су по правилу дељиве. Због тога код њих целина није нешто непроменљиво. Илустроваћемо то примерима у материји наследног права. Тестатор може својом заоставштином, која је са становишта права целина и бестелесна ствар (*universitas iuris*), располагати тако што ће именовати једног или више наследника. У том случају располаже имовином као целином. Може, такође, располагати одређеним деловима своје имовине путем легата, фидеикомиса или поклона за случај смрти и у том случају ти делови постају посебне целине и посебне ствари. Било да располаже целом заоставштином, било појединим деловима тестатор може слободно одређивати (у оквиру законом остављене слободе располагања) колики ће број лица обухватити и шта ће им оставити од своје имовине. То лепо илуструју следећи текстови:

> D. 37. 11. 8pr. Iul. lib. 24 dig. *Ако је овако написано: 'Семпроније нека буде наследник на половини. Тиције, ако брод стигне из Азије, нека буде наследник на трећини. Исти Тиције, ако брод не стигне из Азије, нека буде наследник на шестини'...*[56]

> D. 7. 2. 1pr. Ulp. lib. 17 ad Sab. *Колико год пута да је плодоуживање легирано, ако је остављено неподељено, толико међу плодоуживаоцима постоји права прирастања. За разлику од тога, право прирастања без сумње престаје ако је плодоуживање било остављено одвојено на појединим деловима ствари.*[57]

[56] *Si ita scriptum sit: 'Sempronius ex parte dimidia heres esto. Titius, si navis ex Asia venerit, ex parte tertia heres esto. idem Titius, si navis ex Asia non venerit, ex parte sexsta heres esto'...*

[57] *Quotiens usus fructus legatus est, ita inter fructuarios est ius adcrescendi, si coniunctim sit usus fructus relictus: ceterum si separatim unicuique partis rei usus fructus sit relictus, sine dubio ius adcrescendi cessat.*

Нема, дакле, суштинске разлике у поимању целине код телесних и бестелесних ствари. Целина и ствар, може постати све оно што одреди титулар права. Као што власник стада може располагати целим стадом или животињама појединачно, тако и оставилац може располагати целом заоставштином или појединим њеним деловима.

Корелат правном појму *целина ствари* је појам: *део ствари*. И овај појам не подразумева оно што се оком посебно опажа у оквиру одређене телесне или бестелесне ствари. Колико ће бити делова у некој ствари и какви ће они бити зависи од разних околности, на пример од броја законских наследника или од воље онога који врши поделу:

D. 50. 16. 164. 1. Ulp. lib. 15 ad Sab. *Назив „подела" не значи увек на пола, изузев ако је у том смислу додато. Може се наиме наложити да се нешто много дели. Може се у том смислу откинути и двадесеттрећи део. Али ако не буде наведен део, подразумева се да се дугује половина.*[58]

Део је према схватању правне науке само оно што има карактер квоте у неподељеној ствари, а не било какво право на туђој ствари:

D. 50. 16. 25. 1. Paul. lib. 21 ad. ed. *Исправно кажемо за неку земљу да је у целости наша и када је са туђим плодоуживањем, јер плодоуживање није део власништва, него је службеност, као (и) право пута и пролаза. Није погрешно рећи све је моје за оно за шта се не може рећи да неки део припада другоме. То каже и Јулијан и то је исправније. Квинт Муције је рекао да називом „део" треба означавати неподељену ствар: јер оно што подељено постане наше, није део него је целина.*[59]

Целина и *део* су, према томе, превасходно правни појмови. Целина је оно што је обухваћено истим правним режимом, а део је оно што је квота. Како садржај целине и дела одређује правни однос а не ствар која је

[58] *'Partitionis' nomen non semper dimidium significat, sed prout est adiectum. potest enim iuberi aliquis et maximam partiri: posse et vicensimam et tertiam et prout libuerit. sed si non fuerit portio adiecta, dimidia pars debetur.*

[59] *Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usus fructus alienus est, quia usus fructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter: nec falso dici totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse. hoc et Iulianus, et est verius. Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse.*

објекат тог односа, промене на самој ствари не мењају оно што је већ дефинисано као део или целина. Илуструје то следећи Гајев текст:

> D. 20. 6. 7. 4. Gai. lib. sing. ad form. hypothec. *Овога се треба придржавати, ако је неко предао у хипотеку неподељени део на заједничкој ствари, након извршене поделе са ортаком, свакако према повериоцу није у обавези онај део који је запао ономе који је дао у залогу, већ сваки од ових делова неподељен остаје у обавези у једној половини.*[60]

Да поимање целине може бити одлучујуће у решавању неког правног питања и да појам *целина* није одређен физичким својствима ствари потврђује и пример везан за проблематику поклона који ћемо анализирати. У класичном праву поклони између супружника који обогаћују једног а осиромашују другог били су забрањени и ништави, па је поклонодавац могао захтевати натраг оно чиме се поклонопримац обогатио. У основи тог правног правила било је схватање да се брак не сме заснивати на материјалном интересу. У тексту који наводимо Паул разматра шта поклонодавац може захтевати у случају када је од поклоњених десет аса поклонопримац купио два роба а један од њих је умро.

> D. 24. 1. 28. 4. Paul. lib. 7 ad Sab. *У случају да је од десет купила два роба и један је од њих умро, а за тих десет други остаје, обично се пита шта се утужује. И већина, и Помпоније, сматрају да је од значаја да ли су оба (роба) дошла за једну цену или одвојено. Ако су за једну, свих десет (аса) треба утужити, као да је једна купљена ствар постала мање вредна, као у случају крда или кочије из којих је уништен неки део. Ако је (купљено) одвојено, само се утужује колико вреди купљени (роб) који преостаје.*[61]

Из Пауловог одговора се види да он два купљена роба сматра једном или одвојеним целинама зависно од начина на који су прибављени. Ако је брачни друг за добијених десет аса купио два роба у две одвојене купо-

[60] *Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hipothecae, divisione facta cum socio non utique eam partem creditori obligatam esse, quae ei obtingit qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata.*

[61] *Quod si ex decem duos servos emerit et eorum alter mortuus sit, alter decem dignus sit, (quid petendum sit) solet quaeri. et plerique et Pomponius interesse putant, utrum uno pretio venierint an diversis: si uno totam decem petenda, quemadmodum si una res empta deterior facta est, vel grex vel carrucha et aliqua pars inde perisset: si diversis, solum petendum quanti sit emptus qui superest.*

продаје робови су предмети различитих правних односа. Купљени за посебно уговорене цене, посебне су целине и ствари са становишта права. Ако је један од њих умро (због примене правила *periculum est emptoris* свеједно је да ли се то догодило пре или после предаје роба купцу) поклонодавац може захтевати натраг онај износ који је исплаћен за роба који је жив и који се налази у поклонопримчевој имовини, јер је само његова вредност ту имовину увећала. Ако су, напротив, заједно купљени, а један је умро, поклонодавац може захтевати цео поклоњени новац, као да су оба у животу, иако је извесно да овај преживели не вреди онолико колико је плаћено за обојицу. Паул у овом случају два роба препознаје као једну целину. Његово образложење је да је то иста правна ситуација као када се купи нека сложена ствар која касније постане мање вредна због тога што јој је уништен неки део. Паулово решење потврђује да класична правна наука сматра да је целина одређена правним односом, а не физичким својствима ствари. Показује, такође, колико решење неког правног питања може бити уско везано за правни појам *целина.*

RES CUIUS COMMERCIUM NON EST. Римски правници воде рачуна о томе да ли је ствар у правном промету или није:

> D. 18.1.34.1. Paul. lib. 35 ad. ed. *Продаја свих ствари које неко има, поседује или може проследити бива ваљана: оне, пак, које природа или jus genicijum или обичаји заједнице грађана искључују из трговине, чине да је продаја неважећа.*[62]

Да је разликовање ствари по основу могућности односно немогућности стављања у промет од великог правног значаја потврђује и овај текст из Улпијанових Епитома о легату *пер дамнатионем.* Путем таквог облика легата тестатор је могао легирати ствар која није део заоставштине, па је за наследника настајала обавеза да је најпре прибави а потом преда легатару.[63] Епитоме кажу: (*Легатом)* per damnationem *могу се легирати све ствари, па и оне које нису тестаторове, уколико такве буду да се могу предати. Слободан човек или ствар која припада народу или сакрална или религијска не може се легирати ни* per damnationem, *будући да се не може предати.*[64]

---

[62] *Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit: quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est.*

[63] Gai. 2. 202.

[64] UE 24. 9. *Per damnationem omnes res legari possunt, etiam quae non sunt testatoris, dummodo tales sint, quae dari possint. Liber homo aut res populi aut sacra aut religiosa nec per damnationem legari potest, quoniam dari nec potest.*

Међу многобројним сачуваним текстовима нема, међутим, ниједног у коме се изричито каже да се ствари деле на оне које јесу и на оне које нису у промету. У изворима не налазимо ни израз *рес ехтра цоммерциум*. Римски правници користе израз *res cuius (quarum) commercium non est (habet).*[65] Разлог због кога римска правна наука није и у својим систематизацијама делила ствари на оне у промету и оне ван промета, по нашем мишљењу, лежи у чињеници што немогућност стављања ствари у промет није искључиво везана за карактеристике саме ствари. На пример, земља је начелно у промету, али ако је миразно добро или ако је додељена грађанима уз услов да не буде отуђена, онда није. Дакле и одређена правна ситуација може бити разлог да ствар не буде у правном промету.

НЕДЕЉИВА СТВАР. Термин *divisio* (подела) је присутан у римској правној доктрини. Изразе *divisio* и *summa divisio* (најважнија подела) у изворима налазимо када је реч о разним поделама: код поделе људи на слободне и робове[66] и на лица *sui iuris* и *alieni iuris,*[67]затим у подели на ствари божанског и ствари човековог права,[68] у подели облигација на контракте и деликте,[69] код поделе интердиката, тужби и др.[70] Правници у својим текстовима говоре о подели телесних и бестелесних ствари, земљишта, службености, наслеђа и сл. Нема, међутим, ниједног текста у коме постоје изрази који се данас косисте *res divisibilis*, дељива ствар или *res indivisibilis,* недељива ствар.[71] Данашња латинска терминологија није, дакле, римска.

Одсуство терминологије *дељива/недељива ствар* много говори. Показује да и оваква подела ствари не преокупира римске правнике. Њих

[65] Користе га не само када је реч о стварима ван правног промета у данашњем смислу речи него и у случају када се ствари не могу ставити у промет због тога што држалац није легитимисан да то учини. То се види у следећем тексту: *Исто је правило* (стипулација није ваљана – А. М.) *ако неко стипулише да ће дати сакралну или религијски ствар за коју је веровао да је световна или јавну која је трајно дата народу на коришћење, као што је трг или позориште, или слободног човека за кога је веровао да је роб или роба којим није могао располагати, или ствар* (*за коју је веровао*) *да је његова*. (I. 3. 19. 2. Idem iuris est, si rem sacram aut religiosam, quam humani iuris esse credebat, vel publicam, quae usibus populi perpetuo exposita sit, ut forum vel theatrum, vel liberum hominem, quem servum esse credebat, vel cuius commercium non habuit, vel rem suam dari quis stipuletur.)

[66] Gai. 1. 9.

[67] Gai. 1. 48.

[68] Gai. 2. 2.

[69] Gai. 3. 38.

[70] Интердиката, Gai. 4. 142.; тужби, I. 4. 6. 1.

[71] У правним текстовима не налазимо речи *divisibilis, divisibile, divisibilum, indivisibilis, indivisibile* и *indivisibilum* ниједан једини пут.

не интересује на првом месту да ли је могућа физичка поделе ствари на мање делове истог квалитета, већ да ли је могућа подела права на некој ствари, а с тог становишта све ствари које се могу наћи у имовини у начелу су дељиве.

Подела једне ствари на више посебних не подразумева увек и физичко раздвајање па и то физичку дељивост потискује у други план када је реч о класификовању ствари. Земља као најзначајније добро и након поделе остаје физичка целина:

> D. 41. 1. 29. Paul. lib. 16 ad Sab. *Међу онима који имају земљишта дуж једне обале, острво које је настало на реци не постаје неподељено заједничко, већ у овако подељеним деловима: колико је, наиме, испред обале сваког од њих, толико ће сваки од њих на њему имати у одређеним деловима, по линији која је повучена право према острву.*[72]

С друге стране, право једну ствар сматра подељеном и у ситуацији када она остаје физичка целина. То је, на пример, случај код сусвојине:

> D. 35. 3. 5. Ulp. lib. 48 ad Sab. *Заједнички роб овако припада свима, не појединцима као целина, већ по деловима који су неподељени, тако да се делови више поседују разумом него физички: и зато ако му је нешто стипулисано или је прибавио по неком другом основу, свима је прибавио у деловима у којима на њему имају власништво.*[73]

Појам *недељива ствар*, ипак, постоји у римском праву, што потврђују следећи текстови:

> D. 45. 1. 72pr. Ulp. lib. 20 ad ed. *Стипулације се не деле у оним стварима које не трпе поделу, на пример код права пута, пролаза, прогона стоке, довођења воде и других службености.*[74]

---

[72] *Inter eos, qui secundum unam ripam praedia habent, insula in flumine nata non pro indiviso communis fit, sed regionibus quoque divisis: quantum enim ante cuiusque eorum ripam est, tantum, veluti linea in directum per insulam transducta, quisque eorum in ea habebit certis regionibus.*

[73] *Servus communis sic omnium est non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant quam corpore: et ideo si quid stipulatur vel quaqua alia ratione adquirit, omnibus adquirit pro parte, qua dominium in eo habent.*

[74] *Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae itineris actus aquae ductus ceterarumque servitutium.*

D. 35. 2. 80. 1. Gai. lib. 3 ad leg. ad ed. praet. *Неки легати не трпе поделу, као ето легат пута, пролаза или прогона стоке: никада, наиме, таква ствар не може припадати у делу.*[75]

Пада одмах у очи да ствари „које не трпе поделу“, набројене у овим текстовима, нису телесне, већ су бестелесне. Римски правници, наиме, под појам *недељива ствар* подводе један узан круг права која су као објекат правног односа увек недељива. У питању су одређене службености. Не може се, на пример, купити, поклонити или оставити као легат једна петина права пролаза преко одређеног земљишта, јер је природа тог права таква да оно или постоји у целини или га уопште нема.

Римски правници међу недељивим стварима не помињу море, морску обалу и воду која тече, иако су и то недељиве ствари. Море и вода у реци су по природи ствари недељиви, али морска обала би се могла делити. Све то правници не сврставају у недељиве ствари због тога што те ствари као *res communes omnium* не могу бити присвојене, па се питање њихове дељивости са становишта права и не поставља.

Да закључимо. И схватање о недељивој ствари потврђује да римска доктрина о стварима не пресликава материјални свет који окружује човека. У тој доктрини нема поделе ствари на дељиве и недељиве која полази од физичке дељивости телесне ствари, а појам *недељива ствар* уопште се не односи на телесне ствари.

ПОТРОШНА СТВАР (*RES QUAE USU CONSUMATUR*). У римским правним текстовима не налазимо поделу ствари на потрошне и непотрошне. Та подела је у савремена права дошла преко средњевековних анализа римских текстова. Римски правници користе само израз „потрошне ствари“: *res que usu consumuntur* (*tolluntur*), *res quae in abusu sunt* (*continentur*). Тако у следећем Улпијановом тексту о плодоуживању читамо:

D. 7. 5. 5. 1. Ulp. lib. 18 ad Sab. *Ако је легирано плодоуживање новца или других ствари које се састоје од потрошног, а није коришћено јемство, треба да размотримо да ли се по престанку плодоуживања кондикцијом може потраживати новац или друге потрошне ствари.*[76]

[75] *Quaedam legata divisionem non recipiunt, ut ecce legatum viae itineris actusve: ad nullum enim ea res pro parte potest pertinere.*

[76] *Si pecuniae sit usus fructus legatus vel aliarum rerum, quae in abusu consistunt, nec cautio*

Потрошне ствари нису могле бити предмет неких послова, на пример послуге: *Не може се дати на послугу оно што се употребом потроши, изузев за случај да се прима ради излагања и приказивања.*[77] Како се неке ствари доста брзо троше, али не и првом употребом, поставља се питање, шта је за римску доктрину заправо „потрошна ствар". Текстови упућују на закључак да је потрошна ствар и оно што се употребом постепено троши ако се мора сматрати потрошним због правних резона – *ratione civili.* Тако је потрошна ствар и оно што ће бити потрошено током трајања одређеног правног односа. У Јустинијановим Институцијама као пример потрошне ствари која не може бити предмет плодоуживања, уз вино, уље и жито наводи се и одело.[78] Правни резон је овде јасан. Уколико би се одело некоме дало на доживотно ношење свакако би било потрошено. И овде се види да подела ствари која има свој основ у физичким својствима ствари у правној елаборацији добија и своје специфично правно значење.

ПЛОД (FRUCTUS). Римска правна наука је изградила и појам плода. У Јустинијановим Истуцијама налазимо, на пример, овај текст: *Она ствар која у природи не постоји ваљано се легира ако ће постојати у будућности, на пример плодови који ће родити на неком земљишту, или оно што буде рођено од неке робиње.*[79] Под појам плода правна наука не подводи само оно што се у природи јавља као плод, већ и остало што се из природе узима човековом активношћу. Паул каже:

> D. 50. 16. 77. Paul. lib. 49 ad ed. *Јулијан је писао да 'плодом' треба називати приход, не само воће или оно што је у махуни, већ уистину и оно што се стиче од вина, посечене шуме, кречане, каменолома.*[80]

---

interveniat, videndum, finito usu fructu an pecunia quae data sit, vel ceterae res, qui in absumptione sunt, condici possint.

[77] D. 13. 6. 3. 6. Ulp. lib. 28 ad ed. *Non potest commodari id quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accpiat.*

[78] I. 2. 4. 2. *Дакле,плодоуживање се установљава не само на земљи и зградама, већ и на робовима и товарним животињама и другим стварима осим оних које се самом употребом потроше, јер оне по природи ствари и правном резону не омогућавају плодоуживање.* (Constituitur autem usus fructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et iumentis ceterisque rebus exceptis his quae ipso usu consumuntur: nam eae neque naturali ratione neque civili recipiunt usum fructum, quo numero sunt vinum oleum frumentum vestimentum.)

[79] I. 2. 20. 7. *Ea quoque res, quae in rerum natura non est, si modo futura est, recte legatur, veluti fructus qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit.*

[80] *'Frugem' pro reditu appellari, non solum frumentis aut leguminibus, verum et ex vino, silvis caeduis, cretifodinis, lapidicinis capitur, Iulianus scribit.* Плодом се сматра и приход од улова птица, дивљих животиња и риболова: D. 7. 1. 9. 5. Ulp. lib. 70 ad Sab.

У Јустинијановим Институцијама читамо: *У плод стоке рачуна се дакако приплод али и млеко и кожа и вуна.*[81] У наведеним примерима сматра се плодом и оно што исцрпљује ствар (камен из каменолома), па и оно што настаје уништењем ствари (кожа животиње). Плодом се сматрају и камате: *Камате имају значај плодова и зато је исправно да их не треба одвајати од плодова.*[82] Широко одређење појма *плод* било је у функцији низа правних института, на пример плодоуживања, и разних правних правила, на пример, оног да тужени који је изгубио својински спор дугује и плодове ствари.

Правна наука је делила природне плодове на неодвојене, оне који још „висе“ (*pendentes*) и одвојене (*separati*), затим на оне већ сабране човековом активношћу (*percepti*) и оне које тек треба сабрати у одређеном времену (*percipiendi*), потом на оне који постоје (*extantes*) и већ потрошене (*consumpti*). И овде се не ради о подели самих плодова по њиховим својствима, јер је реч увек о истим плодовима, него о њиховом квалификовању по основу неких правно релевантних чињеница, факата за које право везује одређене правне последице.

И код појма *плод* се јасно види да правна наука полази од својих мерила и циљева, а не од онога што се у природи опажа.

ПРИПАДАК (*CORPUS ACCESSURUM*). Римска правна наука је изградила и појам *припадак*. То је ствар која прати правну судбину неке друге ствари. Гај каже:

> D. 33. 8. 2. Gai. lib. 18 ad ed. *Наиме, (ствари) које имају положај припатка престају да постоје ако главне ствари буду нестале.*[83]

Положај припатка има све оно што је као такво назначено у неком правном односу, а не само оно што у природи прати одређену ствар:

> D. 21. 1. 33pr. Ulp. lib. 1 ad ed. edil. *Помпоније је рекао да постоји ваљани основ уколико се у целини преда оно за шта је у продаји речено да постоји као припадак, јер дугује се испуњење онога што је припало уз главно.*[84]

---

[81] I. 2. 1. 37. *In pecudum fructu etiam fetus est, sicuti lac et pilus et lana...*

[82] D. 22. 1. 34. Ulp. lib. 50 ad ed. *Usurae vicem fructuum optinent et merito non debent a fructibus separari.*

[83] *Nam quae accessionum locum optinent, exstinguuntur, cum principales res peremptae fuerint.*

[84] *...Pomponius ait iustam causam esse, ut quod in venditione accessurum esse dictum est tam integrum praestetur, quam illud praestari debuit quod principaliter venit.*

То значи да правни појам *припадак* не изражава увек и неку функционалну везу међу стварима. Шта више, правна наука некада не сматра припатком ни оно што је очигледно функционално повезано. Тако оруђа на одређеном имању нису припадак земље, а покућство није припадак куће: *Са легираним земљиштем постојеће оруђе не следи легат, изузев ако је то посебно назначено. Дакако и са легатом куће ни алат ни покућство не следи легат на други начин изузев ако од стране тестатора буде поименично назначен.*[85] У наведеним примерима већи значај је дат вредности ствари него њиховој функционалној повезаности.

Припадак може бити како телесна тако и бестелесна ствар, па и део имовине. Бестелесна ствар, што значи право, јавља се као припадак у овој ситуацији коју описује Помпоније: *Ако сам ти продао земљиште и рекао да је припадак том земљишту службеност пролаза, у сваком случају биће везан и службеношћу пролаза, јер сам код обе ствари обавезан као исти продавац.*[86] Део имовине има карактер припатка у овом случају: *Роб је легиран са пекулијумом* (заједно са имовином која му је била дата на управљање – А. М.), *па је* (пре оставиочеве смрти – А. М.) *отуђен или је ослобођен или је умро, са легатом нестаје и пекулијум.*[87]

Када је реч о римском схватању припатка треба подвући две ствари. Да су странке приликом закључивања правних послова могле слободно одређивати шта ће се сматрати припатком и да право није сматрало неку ствар припатком само због тога што је она у функционалној вези са другом. То показује да римска правна доктрина у обликовању овог појма није водила рачуна само о ономе што се опажа у природи, већ је полазила и од правних резона и начела, на пример оног о слободи уговарања.

[85] D. 33. 10. 14. Callistr. lib. 3 de cognit. *Fundo legato instrumentum eius non aliter legato cedit, nisi specialiter id expressum sit: nam et domo legata neque instrumentum eius neque supellex aliter legato cedit, quam si id ipsum nominatim expressum a testatore fuerit.*

[86] D. 19. 1. 6. 6. Pomp. lib. 9 ad Sab. *...si fundum tibi vendidero et ei fundo iter accessurum dixero, omnimodo tenebor itineris nomine, quia utriusque rei quasi unus venditor obligatus sum.*

[87] D. 33. 8. 1. Paul. lib. 4 ad Sab. *Servo legato cum peculio et alienato vel manumisso vel mortuo legatum etiam peculii exstinguitur.*

6. Значење појма „ствар“ у римској правној доктрини

Свака наука користи себи својствен метод када истражује појаве којима се бави и полази од сопствених потреба када их дефинише. Због тога ће хемија, физика, економија и право различито дефинисати исту ствар. Наука у суштини не дефинише шта нека појава јесте сама по себи, већ каквом је она сматра у светлу сопствене логике. То се односи и на правну науку и појам *ствар* који смо разматрали. Правна наука не дефинише различите појмове који се односе на ствари да би показала какве оне јесу у природи, већ да би тако утврђеним појмовима, као инструментима, постигла оно што је замишљено као циљ права. Због тога се правни појмови који се односе на ствари увек не подударају са реалним светом ствари. Да појавни облици и физичка својства ствари пресудно не утичу на правне квалификације римског права показали смо на бројним примерима у претходним анализама.

Римске класификације ствари и појмови који се односе на ствари дају елементе за извођење одређених закључака о најширем правнотехничком значењу појма *ствар* у римском праву. Римска доктрина је у обликовању тог појма пошла од онога са чиме се човек сусреће у природи која га окружује. Појам обухвата и ваздух и море и храм посвећен божанству и земљу и зграду и грло стоке... Укључен је и онај део природе над којим човек нема и не може имати никакву физичку власт какво је, на пример, море. Шта више, према римској доктрини ствар је и оно што човек не сме подврћи својој власти или претворити у приватну својину због установљених правних правила. Примери за то су морска и речна обала. Да би неки део природе био ствар било је, дакле, по римском схватању довољно да је човеку доступан, да га човек може користити, а није било нужно и да је у његовој власти и да га сме присвојити.

Ваздух, море и вода која тече реком јесу ствари по римском схватању, а немају новчани израз по својој природи. Вредност ствари намењених религији би се могла исказати у новцу, али се оне не могу процењивати по правилима права.[88] То значи да за римске правнике *ствар* по дефиницији није и економско добро. У појам није уграђен економски критеријум. То Паул изричито каже:

[88] D. 1. 8. 9. 5. Ulp. lib. 68 ad ed. *Res sacra non recipit aestimationem.* Види и Јустинијанову конституцију у нап. 19.

D. 50. 16. 5 Paul. lib. 2 ad ed. *'Ствар' је шири назив него 'новац' јер укључује и то што постоји ван онога што је убројено у нашу имовину, будући да је у новчаном значење које се односи на оно што постоји у нашој имовини.*[89]

Дакле, за римске правнике ствар у најширем правнотехничком значењу речи није део природе у човековој власти чија се вредност може исказати у новцу.

Римска правна наука је изградила и праву примерено схватање о томе шта се подразумева под засебном ствари. Није пошла од идеје да је то препознатљиви део природе, већ од идеје да је ствар оно што право сматра целином. *Целина* је појам примерен праву. Еластичан је и не подудара се увек са оним што се у природи опажа као физичка целина. Правна наука је сматрала целином и сложене телесне ствари, па и оне које се састоје из самосталних делова. Помпоније као пример за ово друго наводи крдо стоке. Будући да је крдо једна целина оно је са становишта права ствар и као такво може бити купљено, поклоњено и сл. Али ако треће лице подигне својинску тужбу и захтева само једну животињу из тог крда она у том правном односу постаје целина, а тиме и засебна ствар у правнотехничком значењу те речи.

Узимајући у обзир напред речено, као и Гајеву опаску да су телесне ствари оне које се могу дотаћи, следећа дефиниција би изражавала схватање римске правне доктрине о томе шта је телесна ствар: *телесна ствар је оно што човек може дотаћи и користити, а право сматра целином и предметом у правом уређеној вези међу људима.*[90]

Римска доктрина је у својој елаборацији појма *ствар* пошла од онога што говори природни разум - ствар је оно што је телесно, што се опажа у материјалном свету који окружује човека, независно од тога да ли је то и у човековој власти и да ли је подложно његовом присвајању. Филозофску основу таквог поимања ствари класични правници налазе у идеји о природном праву. Марцијан изричито каже да су *res communes omnium* свима заједничке *по природном праву*. Постојање ствари које припадају свима и

[89] *'Rei' appellatio latior est quam 'pecuniae', quia etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet, cum pecuniae significatio ad ea referatur, quae in patrimonio sunt.*

[90] За оно што ми данас називамо "правни однос" римски правници имају израз "правна веза" – *vinculum iuris*. Налазимо га у дефиницији облигације у Јустинијановим Институцијама: 3. 13pr. *obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur aliquius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.*

нису предмет приватне својине у складу је са учењем класичних правника да различити облици својине, па и приватна, нису институти природног права него јус генцијума.[91]

Доктрина се у свом одређењу појма *ствар* није зауставила на ономе што говори прост разум. Појам је проширила и на оно што се не може дотаћи, на нека права. У позадини је стајао развој робноновчаних односа и права у целини. Када је створен појам *имовина* у њега је у амбијенту робноновчане привреде морало бити укључено све што има новчани израз, па и права имовинског карактера: Хермогенијан каже:

> D. 50. 16. 222. Hermog. lib. 2 iur. epit. *У називу 'новац' није само избројани новац, већ су садржане све ствари, како непокретне тако и покретне, како телесне тако и права.*[92]

Тако је настао појам *бестелесна ствар* а општи правни појам *ствар* доживео је суштинску промену. Стварима које имају материјални супстрат придодато је и оно што се не може дотаћи, разна права: потраживање, дуговање, залога, службеност, наслеђе итд. Чак и парница која се води, уколико уђе у оставинску масу постаје ствар.[93] Ово ново, шире, одређење појма показује да је правна наука достигла зрелост која јој је омогућила да сопственим научним методом дефинише *ствар* на начин који је примерен праву.

Правна наука је и бестелесну ствар схватала као одређену целину, дакле, опет на начин који је примерен праву. Целина, тј. једна бестелесна ствар, може бити само једно право, на пример, потраживање које је пренето новом повериоцу, али целину може чинити и више различитих права, стварних и облигационих. Такав је случај са заоставштином, имовином под хипотеком и др. Ту поједина права и терети чине целину али нису и део у правнотехничком смислу те речи, као што то није ни појединa животиња у оквиру стада које је телесна ствар. Део заоставштине, хипотековане

---

[91] Међу стварима којих нема у природном праву, а преузете су из јус генцијума према Хермогенијану су, на пример, и ратови, разликовања народа и држава. Види: D. 1. 1. 5. Hermog. lib. 1 iuris epit.

[92] *'Pecuniae' nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res tam soli quam mobiles, tam corpora quam iura continentur.* Латинска терминологија лепо отсликава повезаност права са развојем римског друштва. У најстаријем периоду сточарство је било основна привредна активностпа је стока, *pecus*, била и средство размене. Када је уведен новац из речи *pecus* изведен је термин *pecunia* – новац, а када је створен правни појам „имовина“ означен је истим термином који је коришћен за новац – *pecunia.*

[93] D. 50. 16. 23. Ulp. 14 ad ed. *Називом 'ствар' обухваћене су и парнице (causae) и права (iura).* ('Rei' appellatione et causae et iura continentur.)

имовине и сл. је квота која припада неком од санаследника, хипотекарних поверилаца и сл. И овде, као и код телесних ствари, свако од тих права/обавеза/терета које се налази у имовинској маси која је под одређеним правним режимом може постати посебна целина, посебна ствар, уколико постане предмет посебног правног односа. То ће се догодити, на пример, када треће лице утужи потраживање које је имало према оставиоцу или тражи издвајање своје ствари из хипотекованих добара.

Полазећи од наведеног и Гајеве напомене да су бестелесне ствари оне које се не могу дотаћи, следећа дефиниција одговара поимању бестелесне ствари у римској правној доктрини: *бестелесна ствар је право/обавеза/терет исказив у новцу који право сматра целином и предметом у правом уређеној вези међу људима.*

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

Classification of Things and the Concept of a 'Thing' in the Roman Legal Doctrine[94]

Abstract

Sources that have been preserved do not contain a definition of one of the most important Roman legal concepts, which is the 'thing'. The author examines what the Roman legal science understood this concept to be. Various meanings of the term *res* and *corpus* are analyzed, classifications of things in Roman legal textbooks (Gaius' Institutes, Justinian's Institutes, fragments of Marcian's Institutes), texts of Roman jurists in which the division of things is mentioned, as well as those concepts that reflect the specific legal nature of the thing. The author finds that the Roman legal science classified things in various ways, while, in the shaping of these legal concepts, always paid due regard to the legal logic and the goal that was to be attained through the law. For this reason, the manifested forms and physical attributes of the thing do not decisively influence the legal qualification. This is clearly seen where legal science determines what is an entirety, i.e. what a corporeal or incorporeal *res* is. In legal science, an entirety is not only a physical entirety or one patrimonial right, but also something that consists physically separate parts (e.g. *corpus ex distantibus*) or more different rights (e.g. *corpus patrimonii*).

The author analyzes in detail the concepts of *res corporalis* and *res incorporalis*. He finds that in Roman legal science, under the concept of a 'corporeal thing', are not only segments of nature over which man holds power, which he can own and the value of which can be estimated in money. In order for something to be considered a corporeal thing, it was sufficient a corporeal substratum available to man which man could use. According to the Roman conception, the sea is, for example, an object. The author finds that in Roman

[94] In this text the author presents the first results of research work done on the Project entitled *Roman Doctrine on the Concept of the Thing.*

legal science the following definition fits the conception of a corporeal thing: *a corporeal thing is something that man can touch, which under the law is considered an entirety and the subject-matter of a legally ordered tie between people.* As for the concept of an 'incorporeal thing', it is concluded that under this concept legal science designated patrimonial rights that were the subject-matter of a certain legal tie. This concept could include different legal content. An incorporeal *res* could be just one right, for example, a debt-claim that has been transferred to a new creditor, but an entirety, i.e. a single thing, can be comprised of various different rights, property and obligational, as is the case with an inheritance, mortgaged property, etc. Here as well, much like with corporeal things (objects) which are comprised of physically separated segments, each right/duty/charge encompassed by an incorporeal thing can become a separate entirety, a separate *res*, if it becomes the subject-matter of a legal tie. This can happen if, for example, when a third person claims a certain debt from inheritance or requests the separation of his/her thing from a mortgaged estate. The author find that in Roman legal science the following definition fits the conception of an incorporeal thing: *an incorporeal thing is a right/duty/charge estimated in money which under the law is considered an entirety and the subject-matter of a legally ordered tie (relationship) between people.*

94(37)
340.134(37)

Др Срђан Шаркић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ИДЕЈА РИМА У МИСЛИ И ДЕЛУ ЦАРА ДУШАНА

Сажетак: *Аутор разматра како је идеја о Риму, као центру универзалног, васељенског Царства и целокупне хришћанска цркве утицала на дело и мисао цара Душана. Она се манифестовала у два важна аспекта: 1) Проглашење Србије за Царство и њена организација према моделу Источног Римског Царства (Византије), и 2) Стварање јединствене кодификације која је била мешавина српског обичајног и грчко-римског (византијског) права.*

Кључне речи: *Рим, Византија, хијерархија држава, Душан, Кодификација, Законик, Царство, Номоканон, Синтагма.*

Током Средњега века, идеја о Риму као центру универзалног, васељенског Царства и целокупне хришћанске Цркве, била је присутна код свих европских народа. Наравно, Источно Римско Царство (Византија) сматрало се истинским представником једног таквог Царства и легитимним наследником Римске Империје. Према тој идеологији, само се византијски владар могао називати Царем Римљана (Ромеја - **βασιλεὺς τῶν 'Ρωμαίων**), док та почаст није припадала осталим монарсима. Стварност је, међутим, изгледала другачије. Универзална идеја вечитог Рима привлачила је и германске и словенске владаре, од самих настанака њихових држава на територији Римског Царства. Јачањем ових државе, најпре Карло Велики на Западу (800), а знатно касније Симеон Бугарски на Истоку

(913), почињу да називају себе царевима. У Цариграду су протествовали износећи врло компликоване идеолошке и правне аргументе са намером да оспоре франачким и бугарским царевима право на ту титулу, али су на крају, уз извесне резерве, прихватили постојање царстава „изван римског". Са опадањем војне и политичке моћи Византијског Царства, до кога је дошло у наредним вековима, идеја Рима почела је да привлачи и српске владаре. Живећи од седмог века на територији Источног Римског Царства (Византије), Срби су били и политички и верски окружени византијском идологијом о хијерархији држава. У XIV веку, када је Стефан Душан (1331-1355), најмоћнији српски средњовековни владар, успео да прошири своју државу освајањем великог дела „римске (ромејске) земље", изгледало је да се сан о вечном Риму може остварити и код Срба. У политичкој делатности Стефана Душана идеја о Риму је била присутна у два важна аспекта: 1) проглашење Царства и његова организација према византијском узору, и 2) стварање јединствене српско-грчко-римске кодификације.

1. Проглашење српске државе за Царство и њена организација према моделу Источног Римског Царства (Византије)

Византијска државно-правна идеологија која учи да све државе међу собом нису једнаке, већ да међу њима постоји одређен хијерархијски однос на чијем челу се налази источноримски цар, као легитимни носилац идеје о универзалном Царству, била је добро позната владарима из династије Немањића, од времена стицања независности Србије (1180). Остале средњовековне државе имале су у овој хијерархији виши или нижи положај, у зависности од њихове политичке моћи, који није био непроменљив.[1] Према овој идеологији, сви владари су међу собом били у фиктивним родбинским везама, сачињавајући тако својеврсну „породицу владара". На челу те „породице" налазио се византијски цар, као некакав **pater familias,** док је осталим владарима додељиван ближи или даљи „степен сродства" који је зависио од политичке моћи њихових држава. Тако на пример, Кар-

[1] То је сјајно показао Г. Острогорски у три расправе: *Die byzantinische Staatenhierarchie, Seminarium Kondakovianum* 8, 1936, pp. 41-61; *The Byzantine Emperor and the Hierarchical World Order, The Slavonic and East Europian Rewiew, №* 84, December 1956, pp. 1-14, и *Србија и византијска хијерархија држава, О кнезу Лазару*, Београд 1975, стр. 125-137. Видети и Т. Тарановски, *Историја српског права у немањићкој држави* I, Београд 1931, стр. 119-127, 237-238 = *Класици југословенског права*, књига 12, Београд 1996, стр. 174-189, 310-311.

ло Велики, је постао царев „брат“ у време када му је призната царска титула, а тим степеном сродства (браћа, **ἀδελφοί**) могли су касније да се диче његови немачки, француски и италијански наследници. Енглески краљеви су били само цареви „пријатељи“ **(φίλοι),** док су се на дну ове листе налазили безначајни владари које је Источно Царство сматрало својим доменом и који нису припадали „породици“.[2]

Иако је Стефан Немања (1168-1196), оснивач српског владалачког дома, био прихватио византијски систем хијерархије држава, он није пропустио да подвуче своју независност у односу на Источно Римско Царство. У повељи коју је 1198. доделио манастиру Хиландару,[3] између осталог стоји: **Искони сътвори богъ нєбо и зємлю и човѣкы на нєи и благослови ıє и дасть имь власть на всєи твари своєи; и постави ѡви царє, дроугиє кнєзє, ини владикы и комоуждє дасть пасти стадо своє и сьблоудати є ѡт всакога зьла находєщаго на нє. Тємь жє, братиє, богъ прємилостивы оутврьди Грькє царьми, а Оугрє кральми и когождє єзика раздєливь и законь давь и нравы оуставы и владикы надь ними по нравоу и по законоу раставль своєю прємоудростию. Тємь жє по мьнозѣи єго нєизьмєрьнєи милости и човѣколюбию дарова нашимь прадєдомь и нашимь дєдомь ѡбладати сиювь зємловь срьбьсковь... и постави мє вєлиєга жоупана, нарєчєнаго вь свєтємь крьшєни Стєфана Нєманоу.**[4] Из текста се јасно види да за Немању само Грци (Византинци, Ромеји) могу бити цареви, а само Угри (Мађари) краљеви, али стављајући нагласак на чињеницу да његова монархијска власт потиче од Бога и заснива се на милости Божијој,[5] он на тај начин снажно подвлачи своју неза-

[2] F. Dölger, *Die „Familie der Könige“ im Mittelalter, Byzanz und die europäische Staatenwelt*, Darmstadt 1964, pp. 43 sq. et 38, note 8.

[3] Када се већ био повукао са престола.

[4] Издање В. Ћоровић, *Списи Светог Саве*, Београд – Ср. Карловци 1928, стр. 1. На савременом српском језику тај одломак гласи: *Искони створи Бог небо и земљу и људе на њој, и благослови их и даде им власт над свим створењем својим. И једне постави цареве, друге кнезове, друге господаре, и свакоме даде пасти стадо своје и чувати га од свакога зла које наилази на њ. Зато, браћо, Бог премилостиви утврди Грке царевима, а Угре краљевима, и сваки народ раздели, и закон даде и нарави установи, и господаре над њима, по обичају и по закону распоредивши својом премудрошћу. Стога по многој својој и неизмерној милости и човекољубљу дарова нашим прадедовима и нашим дедовима да владају овом земљом српском... и постави ме великога жупана, нареченога у светом крштењу Стефана Немању.* Свети Сава, *Сабрани списи*, данашња језичка верзија Л. Мирковић и Д. Богдановић, *Стара српска књижевност, књига* 2, Београд 1986, стр. 31.

[5] Изгледа да су и неки Немањини претходници наглашавали божанско порекло своје власти. То се може видети из такозваних *Локрумских аката,* која су, иако фалсификати, била сачињена према аутентичним повељама. Тако на пример жупан Деса се назива *voluntate et dispositione dei magnus comes* (Ф. Шишић, *Летопис попа Дукљанина,* Београд-Загреб 1928, стр. 193. Упореди и стр. 196 и 199).

висност у односу на Источно Царство. Наглашавање и квалитативно изједначавање Божје милости као извора власти у националној држави са универзалном и васељенском влашћу римског папе[6] среће се такође и у одговору Немањиног наследника, великог жупана Стефана Немањића (1196-1228), на једно писмо папе Иноћентија III. Године 1199. Стефан пише папи да је он велики жупан по милости Божијој, исто као што је и Иноћентије папа по милости Божијој (*Innocentio Dei gratia summo pontifici et universali pape Romane ecclesie... Stephanus eadem gratia... magnus iuppanus totius Servye*).[7]

Независност српских владара још више је наглашена након Стефановог крунисања за краља 1217. године, када се владарском називу додаје и титула *самодржац*,[8] тачан превод грчке речи **αὐτοκράτωρ,** односно латинске **imperator.** Ова титула, у почетку превод латинског термина **imperator,** стекла је на Истоку велику важност као реч која је означавала врховног цара и која је од XI века у облику [царево име] *у Христа Бога верни цар и самодржац Ромеја,* **ἐν Χριστῷ τῷ θεῷ πιστὸς βασιλεὺς καὶ αὐτοκράτορ 'Ρωμαίων ὁ** [династичко име], постала стална и непроменљива формула царског потписа. Али, она у Србија није никад стекла исти такав значај.[9] Стефан Првовенчани није никад ни носио ни полагао право на царску круну, али су он и његови наследници употребљавали титулу *самодржац* да би истакли потпуну независност своје унутрашње и спољне политике.[10]

Корак ка уздизању српске државе на Царство био је учињен за време владавине Стефана Уроша Милутина (1282-1321). Називајући се зетом ви-

---

[6] Уп. Т. Тарановски, *Историја* I, стр. 131 = *Класици јуословенског права,* стр. 181.

[7] А. Соловјев, *Одабрани споменици српског права (од краја XII до краја XV. века),* Београд 1926, стр. 14. Иако инсистирају на независности Немања и његов син Стефан подвлаче и чињеницу да је Стефан зет Богом венчаног кир Алексија, цара Грка (византијског цара Алексија III Анђела) и да носи високу ромејску (византијску) титулу севастократора. Видети Fr. Miklosich, *Monumenta serbica spectanta historiam Serbiae, Bosnae, Ragusii,* Wiennae 1858, p. 5 и А. Соловјев, *Хиландарска повеља великога жупана Стефана (Првовенчаног) из год. 1200-1202, Прилози за књижевност, историју, језик и фолклор,* V (1925), стр. 9.

[8] Писци српских хагиографија из XIII века (Стефан Првовенчани, Теодосије и Доментијан) називају Стефана Немању и његовог сина Стефана (пре крунисања) *самодрщима,* али како је убедљиво показао Г. Острогорски, *Аутократор и самодржац, Сабрана дела, књига IV,* Београд 1970, стр. 321-338, титула је била у званичној употреби тек после крунисања од 1217. године.

[9] Г. Острогорски, *Автократор,* стр. 302 и 337.

[10] Треба нагласити да српски владари не употребљавају увек титулу *самодржац,* јер формуле интитулација у Србији нису имале сталан и непроменљив карактер (као што је био случај у Византији). Уп. Острогорски, *Автократор,* стр. 338.

зантијског цара (за разлику од Стефана Првовенчаног који је постао царски зет захваљујући промени на цариградском престолу), краљ Милутин, након брака са Симонидом, постаје „син" цара Андроника II и „брат" престолонаследника Михајла IX.[11] Сматрајући се довољно моћним Милутин почиње да се у појединим хрисовуљама назива *царем све српске земље* и *благоверним царем.*[12] На једној повељи којом поклања село Тморане Хиландару (почетак XIV века) налази се, око краљеве слике у свечаном ставу и са царским украсима, натпис *О Христе Боже, правоверни цар Стефан све земље српске.*[13] Према сведочењу византијског историчара Нићифора Григоре, царица Ирина је давала свом зету (Милутину) предмете који су имали карактер царских инсигнија.[14]

У основи, владавина краља Милутина, ако се изузму повремени сукоби са Источним Царством, представља први снажни продор византијског утицаја у Србији и претходи Душановом крунисању за цара.[15] После битке код Велбужда (1330), постало је јасно да је Србија моћнија и од Византије и од Бугарске и да се идеја о Риму може остварити и у српском краљевству. Млади краљ Душан је од ступања на престо почео да припрема терен за тај подухват на шта су га подстицале не само политичке прилике већ и сопствене намере. Не треба заборавити да је млади Душан заједно са својим оцем провео седам година у изгнанству у Цариграду (вероватно од 1314. до 1321),[16] и да је боравак у византијској престоници оставио снажан утисак на младог и амбициозног принца.[17]

---

[11] Г. Острогорски, *Србија и византијска хијерархија држава*, стр. 132.

[12] В. Мошин, *Повеља краја Милутина Карејској ћелији 1318, Гласник скопског научног друштва*, XIX (1938), стр. 71 sq.

[13] В. Мошин, *Српско царство, Хришћанско дело бр. 4,* јул-август, Скопје 1939, стр. 11 sq.

[14] Nic. Gregorae, *Byzantina Historia* I, 241-242.

[15] Видети В. Мошин, *Византијски утицај у Србији у XIV веку, Југословенски историјски часопис*, 3 (1937), стр. 147-158. Упореди и F. Dölger, *Die Byzantinische und die mittelalterliche serbische Herrscherkanzlei, Actes du XII Congrès international d' études byzantines* I, Beograd 1963, pp. 83-103, као и кореферат В. Мошина, исто. стр. 333-338.

[16] Један натпис из 1330. године (Љ. Стојановић, *Стари српски записи и натписи* I, Београд 1902, стр. 26) нас обавештава да је Душанов отац, краљ Стефан Урош Дечански провео седам година „код Грка" (у Цариграду) и да је након тога преузео власт. Прогонство Стефана Дечанског (због покушаја да збаци с власти свога оца Милутина), морало се догодити после фебруара 1314, када се он по последњи пут спомиње као престолонаследник у Зети, а пре 29. октобра 1321 (датума смрти краља Милутина). Упореди С. Ћирковић, *Унутрашња политика краља Милутина, у Историја српског народа* I, Београд 1981, стр. 465, напомена 9.

[17] На снажном утиску који је на Душана оставио боравак у Цариграду инсистирају, делимично под утицајем националног романтизма, српски аутори из XIX века. Видети С. Новаковић, *Балканска питања,* Београд 1906, стр. 257.

Идеја вечног Рима несумњиво је надахнула и водила Душана и његову околину приликом проглашења Царства. То јасно произилази из једне повеље, издате вероватно 1346 (када је већ био цар), а коју је Стојан Новаковић назвао *Цара Стефана наредба о законодавној радњи.*[18] Причајући укратко о свом животу, цар у повељи између осталог вели: **іако-ж' бо [Бог] и прєкраснаго Іосифа цѣломоудрїємь оукрєпи и сьтвори єго цара многымь єзыкомь и вьсємоу стєжанїю Фараоновоу и вьсємоу Єгиптоу. Тєм-жє образомь, по того милости, и мєнє прѣложи оть кралієв'ства на православ'ноє царство, и вьсєхь дасть ми вь роуцє іакожє и вєликомоу Кон'стантиноу цароу, зем'лиє и вьсєхь страны и поморїа и вєликє градовє царства грьчскаго. ІАко-жє и прєждє рєхомь, и Богомь дарованимь вєн'цємь царскымь вєнчань быхь на царство вь лѣто sѡнд. мєсєца априль .дı. дьнь вь вєлики и много-свѣтли и радостны праздникь Вьскрьсєнїа Христова... Сим'-жє в'сємь бив'шимь нє моимь изволієнїємь ни нєкою силою, нь по Божїю изволієнїю и инихмь благословєнїємь поставишє цара вь всакоу православноую вєроу...**[19]

Иако текст јасно показује да је идеал Константина Великог, првог цара хришћанина, снажно надахнуо српског владара, Душан није посегао

[18] С. Новаковић, *Законик Стефана Душана цара српског 1349. и 1354,* Београд 1898, репринт 2004, стр. 3. Повеља је сачувана само у Раковачком препису из 1700. године, али изгледа да је преписивач, монах Пахомије имао пред собом неки добар рукопис као протограф. Вредност овог преписа који садржи 196 чланова (од укупно 201) лежи у томе што у њему налазимо 15 чланова који се не налазе ни у једном од преостала 24 рукописа. Препис је најпре био у власништву Исаије Париводића, игумана манастира Раковац, а 1820. неко га је поклонио новосадској гимназији, чији је директор био тада Павле Шафарик. Текст је касније постао Шафарикова својина, а после смрти овог великог слависте нашао се у Прагу, где је и данас (у Националном музеју, у оквиру заоставштине П. Шафарика). Аутентичност овог текста бранио је Н. Радојчић, *Законик цара Стефана Душана 1349. и 1354,* Београд 1960, стр. 147-162. На вредност ове повеље недавно је поново указао S. Ćirković, *Between Kingdom and Empire: Dušan's State 1346-1355 Reconsidered, Byzantium and Serbia in the 14th Century*, Athenes 1996, pp. 110-120.

[19] Новаковић, *Законик*, стр.4 – 5; Радојчић, *Законик*, стр. 85. У савременој језичкој верзији (превод Д. Богдановића), овај одломак гласи: *Као што је* [Бог] *и Прекрасноga Јосифа мудрошћу оснажио и створио га владарем многим народима и целој власти Фараоновој и свему Египту, таквим истим начином, по својој милости, и мене премести од краљевства на православно царство. И све ми даде у руке као и Великоме Константину цару, земље и све стране и поморја и велике градове царства грчкога, као што и раније рекосмо. И Богом дарованим венцем царским венчан бих на царство у години 6854, месеца априла, 14 дан, на велики и пресветли и радостни празник васкресења Христова... Све се то догодило не по мојој жељи, ни неком силом, него по благослову божијем и других поставише ме царем за сваку православну веру...* Издање, *Душанов законик*, приредила Б. Марковић, *Стара српска књижевност, књига* 8, Београд 1986, стр. 88.

за царском круном ни брзо, ни лако. Од доласка на престо 1331. па до пролећа 1343, он потписује јавне исправе као **Стєфань краль** или **Стєфань по милости божиєи краль всє србскє зємлє и поморскє.**[20] Али у повељи од 22. јануара 1330, којом се уговара продаја Стона Дубровачкој Републици, стоји да Душан седи на престолу краљевства српског као цар и владар **(...и сєдь на приєстоли кралєвства Србскаго, іако царь и владика).**[21]

У неким од својих краљевских повеља Душан се пореди са царевима, подвлачећи да он дела на исти начин као и остали хришћански цареви и краљеви.[22]

Од 1343,[23] Душан у своју владарску титулу уноси и грчке (ромејске) земље, што ван сваке сумње показује његову намеру да се крунише за цара, јер је у Србији, од времена Стефана Немање, идеја Царства била искључиво везана за „Грке" (Источно Римско Царство).[24] У повељи Хиландару,

[20] С. Станојевић, *Студије о српској дипломатици, Глас Српске Краљевске Академије,* 92 (1913), стр. 149-151; 106 (1923), стр. 40, 41.

[21] Miklosich, *Monumenta serbica,* p. 103; Соловјев, *Одабрани споменици,* стр. 119. Оваква формулација не среће се у документима Душанових претходника.

[22] То су повеље које је од 1343. до 1345. издао манастиру Хиландару. Видети *Actes de Chilandar,* ed. L. Petit et B. Korablev, Amsterdam 1975, pp. 473-483.

[23] М. Динић, *За хронологију Душанових освајања византијских градова, Зборник радова византолошког института*, 4 (1956), стр. 1-11.

[24] Грчке земље споменуте су у четири Душанове повеље написане на српском, издате између 1343. и 1345. године. То су:

а) Повеља којом краљ Душан потврђује хрисовуљу свога оца Стефана Уроша Дечанског манастиру Дечани, издата између маја 1343. и децембра 1345. Упореди М. Благојевић, *Када је краљ Душан потврдио Дечанску хрисовуљу, Историски часопис,* XVI-XVII (1970), стр. 86. У потпису стоји да је Душан **краль всєх срьбских и поморских зємль и прѣдѣль грч'ских и бльгарских.** Издање М. Милојевић, *Дечанске хрисовуље, Гласник српског ученог друштва,* 12 (1880), стр. 137, и П. Ивић – М. Грковић, *Дечанске хрисовуље,* Нови Сад 1976, стр. 278 б.

б) Повеља манастиру Светих Петра и Павла од 1343. године где се у интитулацији каже да је Душан **господин всєхь срьбских зємль и помор'скихь и грьчкихь.** Издање С. Новаковић, *Законски споменици српских држава средњега века,* Београд 1912, стр. 598-599.

в) Повеља Хиландару са потврдом имања цркви Светог Николе у Врањи, издата између 1343. и 1345. Упореди А. Соловјев, *Повеља краља Душана о манастиру св. Николе у Врањи, Прилози за књижевност, историју, језик и фолклор,* 7/1-2 (1927), стр. 109. У интитулацији се каже да је Душан **краль всєхь срьп'ских и помор'скихь зємьль и чєстьникь Грькомь.** Новаковић, *Законски споменици,* стр. 413.

г) Повеља хиландарском пиргу у Хрусији од 1. јануара 1345, где у интитулацији стоји да је Душан **краль самодрьжьць всєхь срьбскихь зємль и чєстникь грьчьскымь странамь.** Новаковић, *Законски споменици,* стр. 487 – 488.

У текстовима писаним на латинском, ромејске земље (Romania) спомињу се у повељи Венецији од 15. октобра 1345, у којој се краљ назива *fere totius imperii Romaniae Dominus* (S. Ljubić, *Listine o odnošajih između Južnoga Slovenstva i Mletačke republike* II, Zagreb 1868-1870, str. 278). У повељама издатим на грчком, Душан је потписао хрисовуљу манастиру

којом се потврђују и имања манастиру Светог Николе у Врањи, [25] Душан се назива **чєстьникь Грькомь,** што значи да се он не сматра више само краљем српских и поморских земаља, већ такође и владарем дела грчких земаља.[26] Али, ова формула претставља изузетак, јер у то време етнографски изрази у Душановим повељама још нису били заменили географске.[27]

Одлука о проглашењу за цара донета је вероватно након заузећа Сера (24. септембра 1345), али требало је за тај акт придобити грчко свештенство и племство. Душан је посебно био усредсредио своју пажњу на придобијање светогорских монаха, чију је подршку сматрао нарочито важном. У том циљу српски краљ је послао свога логотета Хриса да преговара са Протатом Свете Горе и резултат тог споразума био је потврђен општом хрисовуљом свим светогорским манастирима од новембра 1345. Монаси са Атоса признали су цара Душана као господара Свете Горе, али, у складу са хришћанским учењем о постојању само једног цара, њихово признање је било условљено захтевом да се у молитвама име Стефана Душана помиње после имена цара Ромеја – јединог легитимног. За узврат, Душан је гарантовао самосталност Свете Горе и потврдио монасима све старе привилегије које је увећао изузећем од свих намета и работа.[28]

Након споразума са светогорским монасима није више било препрека за проглашење Царства и уз подршку српског свештенства и племства, Душан се свечано прогласио царем 25. децембра 1345. у Серу.

Наравно, Душан је знао врло добро да цар мора бити крунисан и да крунисање на Истоку може да обави цариградски патријарх, а на Западу папа. Савршено му је било јасно, такође, да ни цариградски патријарх, ни папа (у то време са седиштем у удаљеном Авињону), неће пристати да га крунишу. Како Царство није могло да постоји без патријаршије и патријарха, одлучено је да се та титула додели српском архиепископу. Почетком

Светог Јована Претече (Продрома) на Меникејској гори код Сера као **Στέφανος ἐν Χριστῶ τῶ θεῶ πιστὸς κράλης καὶ αὐτοκράτωρ Σέρβίας καὶ 'Ρωμανίας** (А. Соловјев – В. Мошин, *Грчке повеље српских владара – Diplomata graeca regum et imperatorum Serviae,* Београд 1936, стр. 16).

[25] Видети напомену 24.

[26] Реч **чєстньик** долази од речи **чєсть** = део. Честник, дакле, значи неког који поседује део нечега, или ко је господар дела неке целине (Ђ. Даничић, *Речник из књижевних старина српских* III, Београд 1864, стр. 463). „Честник Грком" је онај који влада делом „од Грка" (Византије).

[27] Већ у повељи хиландарском пиргу у Хрусији, Душан је **честник грчким странам,** што значи да он влада једним делом грчких (византијских) области, јер реч *страна* између осталог значи *pars, regio* (Даничић, *Речник* III, стр. 463).

[28] Соловјев – Мошин, *Грчке повеље,* стр. 29-35.

1346 (можда у јануару, најдаље почетком априла) српски архиепископ Јоаникије био је проглашен за патријарха. Тај акт подржали су Охридска архиепископија и Бугарска патријаршија. Пошто су сви услови били испуњени Душан је крунисан за цара на Ускрс 16. априла 1346. у Скопљу, према церемонијалу Источно римске цркве (византијске). Проглашење патријаршије и Царства подржао је и један државни сабор, сазван за ту прилику.

Пошто су се сви ови акти догодили без сагласности цара Ромеја и цариградског патријарха, Душан је истицао у својим актима да се све то догодило не његовом жељом, нити силом, већ божјом вољом.[29] На тај начин је у учењу хришћанске Цркве пронађено оправдање за крунисање, које је у реалности било узурпација.

Проглашењем за Царство средњовековна српска држава је остварила свој врховни циљ. Формално, Душан је уздигао Србију на највиши ранг у систему хијерархије држава, поступајући по узору на Цариград. Мада се Душан понашао као цар, био је ипак свестан да не може бити сасвим изједначен са византијским царевима. То се јасно види из потписа на повељама које су издаване на грчком (тада светском) језику. Уместо формуле *цар Ромеја* (**βασιλεὺς τῶν 'Ρωμαίων**), како стоји у потпису византијских царева, Душан се потписује као *цар Србије и Романије* (**Σερβίας καὶ 'Ρωμανίας**), тако да се потпуни потпис у повељама писаним грчким језиком јавља у формули *Стефан, у Христа Бога верни цар и самодржац Србије и Романије* (**Στέφανος ἐν Χριστῶ τῶ θεῶ πιστος βασιλεὺς καὶ αὐτοκράτώρ Σερβίας καὶ 'Ρωμανίας**). Мада разлика, на први поглед, изгледа безначајна, чињеница је да ниједан византијски цар није употребио свој потпис у форми *цар Романије* (**βασιλεὺς 'Ρωμανίας**). Душан, ипак и упркос својој жељи, није могао да претендује на титулу *цар Ромеја* (**βασιλεὺς 'Ρωμαίων**), јер је легитимни цар Јован V Палеолог био још жив и Душан му није никад формално оспоравао његова права на царску круну. Стога у повељама писаним светским језиком (грчким) он етничке елементе замењује географским. Тако је он ограничио своју власт на Романију („Ромејску", римску, односно византијску земљу, коју је био освојио) и тиме прећутно признао примат цара Ромеја.[30] То није био случај са повељама писаним на српском, које су најчешће потписиване формулом **Стефань вь Христа Бога царь Срьблїемь и Грькомь.**[31] Истовремено израз *самодр-*

[29] Видети напомену 19.

[30] Видети Љ. Максимовић, *Грци и Романија у српској владарској титули, Зборник радова византолошког института* (даље *ЗРВИ*), 12 (1970), стр. 61-78, посебно стр. 65-66 и 76.

[31] Титула не садржи постојану формулу, већ се јавља у различитим верзијама. Понекад налазимо само **Стефань вь Христа Бога благоверни** (или **верни**) **царь,** без икаквих етно-

жац **(αὐτοκράτώρ),** нестаје из српских повеља, јер са проглашењем Царства није више постојала потреба да се инсистира на независности.[32]

Иако су постојале извесне разлике Душанова канцеларија је састављала повеље према цариградском моделу, употребљавајући изразе који су се сматрали царским квалитетима. Тако на пример у повељи од јуна 1352, издате манастиру Ксенофону на Светој Гори налази се идеја о цару који дела опонашајући Бога **(μίμησις θεοῦ):** *И царству ми је потребно да по могућности постане слично Богу, па да се најчовекољубивије стара о онима који су под његовом влашћу...* **(Καὶ τῇ βασιλεία μου δέον κατὰ τὸ δυνατὸν ἑξομοιοῦσθαι Θεῷ, καὶ φιλανθρώπως ἄγαν τοὺς ὑπὸ χεῖρα αὐτῆς οἰκονομεῖν).**[33] Идеја о доброчинству **(εὐεργεσία),** присутна у византијским повељама, среће се такође и у првој хрисовуљи цара Душана у корист манастира Ивирона (на Светој Гори) од јануара 1346: *Као што је својствено и природно дисати, тако је* [својствено] *и царевима чинити добра дела* **(„Ὥσπερ τὸ ἀναπνεῖν οἰκεῖον καὶ κατὰ φύσιν, οὑτω καὶ τὸ εὐεργετεῖν τοῖς βασιλεῦσιν ἑστιν).**[34]

Према ромејској (византијској) концепцији, Душан је био *у Христа Бога благоверни цар,* а његова жена Јелена *благоверна и христољубива царица царства и августа.* За своје поданике он је *Свети цар,* а Јелена *Света царица.* Али, Душан није свога сина и наследника Уроша крунисао за цара и савладара, како су то чинили византијски цареви, већ „само" за *краља српских и поморских земаља.*

Крунисање за цара било је праћено и додељивањем највиших византијских титула, које су већ биле познате у Србији, али које српски владари, пре него што су постали цареви, нису могли да додељују. Поставши цар, Душан је по узору на византијске владаре, додељивао највише дворске титуле од којих су најважније биле деспота, севастократора и кесара (цезара). Титуле су углавном носили најближи цареви рођаци.[35]

графских или географских елемената, док у неким повељама налазимо титулу где се изразима **Срьблїємь и Грькомь** додају **западньѣими землїами, западнеи стране, поморїе, вьемоу Дисоу.** Видети М. Динић, *Српска владарска титула за време царства, ЗРВИ,* 5 (1958), стр. 9-17.

[32] Острогорски, *Автократор,* стр. 338.

[33] Соловјев – Мошин, *Грчке повеље,* стр. 186 и 187. На ту чињеницу указао је H. Hunger, *Prooimion, Elemente der byzantinischen Kaiseridee in der Arengen der Urkunden,* Wien 1964, str. 62, који је проучио царске идеје у аренгама византијских повеља.

[34] Соловјев – Мошин, *Грчке повеље,* стр. 38 и 39. Cf. Hunger, *op. cit,* p. 141.

[35] Видети Б. Ферјанчић, *Деспоти у Византији и јужнословенским земљама,* Београд 1960, и *Севастократори и кесари у српском царству, Зборник филозофског факултета у Београду*, 10/1 (1970), стр. 255-269.

Реакције савременика на Душаново крунисање за цара биле су различите.[36] Источно Римско Царство, највише погођено овим актом, потресао је тада грађански рат, и није било у стању да енергичније протествује. Најоштрију осуду, у форми анатеме, изрекао је са закашњењем цариградски патријарх Калист,[37] али она је била више уперена против српске цркве. Легимтимни цар Јован V Палеолог назвао је Душана *царем* само у једној повељи од јула 1351, којом на молбу *узвишеног цара Србије и љубазног ујака Кир Стефана* (**ὁ ὑψηλότατος βασιλεὺς Σερβίας καὶ περιποθητος θεῖος αὐτῆς κῦρ Στέφανος**), потврђује поседе манастира Хиландара.[38] Овакав гест легитимног цара био је изазаван нуждом, јер је у том тренутку Јован V преговарао са Душаном о вођењу заједничке борбе против узурпатора Јована Кантакузина. Али, упркос изузетно тешкој политичкој и војној ситуацији у којој се налазио, византијски цар ја назвао Душана само царем Србије. У осталим византијским изворима Душан је са гледишта Источног Римског Царства само краљ (**κράλης**).[39]

Други претендент да трон универзалног Царства – чешки краљ Карло IV, који тада стоји на челу Светог Римског Царства немачког народа, поступио је на исти начин као и *василевс Ромеја*. У једном писму упућеном лично Душану од 19. фебруара 1355, а писаном у пријатељском тону, Карло IV назива Душана *најдражим братом* (*frater carissimus*), и подвлачи везу која постоји међу њима због племенитог словенског језика (*eiiusdem nobilis Slavici idiomatis*), али упркос том интимном тону Душан за Карла остаје само краљ Рашке (*Illustri principi domino Stephano Rassie regi*).[40]

---

[36] То питање проучио је М. Динић, *Душанова царска титула у очима савременика, Зборник у част шесте стогодишњице законика цара Душана*, I, Београд 1951, стр. 87 – 118.

[37] Тачан датум када је анатема бачена није познат и у том погледу међу историчарима не постоји сагласност. В. Мошин, *Св. патријарх Калист и српска црква, Гласник српске православне цркве,* 9 (1946), стр. 192-206, сматра да се тај догађај збио између јесени 1352. и пролећа 1354, док га Г. Острогорски, *Серска област после Душанове смрти,* Београд 1965, стр. 129, датира између 1350. и 1351. године.

[38] *Actes de Chilandar*, p. 292; *Законски споменици*, стр. 425-426.

[39] Један одломак код Нићифора Григоре (Nic. Gregorae, *Byzantina Historia* XV,1, Bonnae II, p. 747) и један код Јована Кантакузина (Ioan. Cantacuzeni ex imperatoris *Historiarum* III, 89, Bonnae II, p. 552), не могу се сматрати изузецима. Јер, када Григора каже да се Душан прогласио царем Ромеја (**βασιλέα 'Ρωμαίων ἑαυτόν ἀνηγόρευσε**), а Кантакузин да се српски краљ прогласио царем Ромеја и Трибала (**βασιλέα ἑαυτόν ἀνηγόρευε 'Ρωμαίων καὶ Τριβαλῶν**), два аутора изражавају чуђење због таквог Душановог акта, а никако га не оправдавају.

[40] Карло IV је још једанпут назвао Душана *краљем Рашке,* у свом одговору на једно писмо Јована V Палеолога од 1355. године. Видети М. Динић, *Душанова царска титула,* стр. 104-105 и 116-118.

Остали савременици поступали су на различите начине. Монаси са Свете Горе, који су активно учествовали у акту крунисања, називају Душана у својим документима *царем,* без икаквих географских или етничких ознака.[41] У писмима папске курије, Душан се назива увек краљем, а негативан став према крунисању видљив је из излагања једног кардинала, који, говорећи о Душану, каже... *qui se cesarem seu regem Rassie facit communiter nominari.*[42] Краљеви Мађарске, који су од 1202-1203. претендовали на титулу краљева Србије, нису никад прихватили проглашење српског Царства, јер да су дали сагласност на тај акт, Србија би у систему хијерархије држава стајала изнад Мађарске. Стога Душан у мађарским повељама остаје само *rex Rassie.*[43]

Најмање пажње и обзира према Душановом проглашењу за цара показивала је Млетачка Република. Венеција није одбила да призна Душану царску титулу, али се није много узбуђивала око њене употребе. У млетачким актима Душана понекад називају краљем, понекад царем, а понекад и краљем и царем (*imperator et rex Sclavoniae*). Нешто више поштовања налазимо у документима којима Република Светог Марка комуницира званично са Душаном. Тако на пример, када дужд Андрија Дандоло шаље Душану свечану повељу којом га именује грађанином Венеције, ословљава га речима *serenissimus dominus Stephanus Grecorum imperator semper augustus et Raxie rex illustris* (*пређасни господар Стефан, цар Грка и увек август и пресветли краљ Рашке*).[44]

Мала Дубровачка Република показала је много више опрезности и такта. У писмима Душану и у званичним документима канцеларије *pro foro interno*, царска титула се увек користила. Али, када се Дубровачка Република обраћала мађарским краљевима, српски владар био је увек *rex Rassie* или *rex Sclavonie.* [45] Дубровчани су назвали Душана краљем Рашке (*rex Rassie*) и у једном писму Јованки, краљици Апулије од 27. новембра 1363 (дакле, осам година након Душанове смрти), у коме влада Републике објашњава да не може да даје 200 перпера годишње цркви Светог Николе у Барију, на шта их је био обавезао српски краљ.[46]

---

[41] Најчешће коришћена формула била је **ὁ κραταὶος καὶ ἁγιος ἡμῶν αὐθεντης καὶ βασιλὲυς κῦρ Στέφανος** (*владајући и свети наш господар и цар кир Стефан*). *Actes de Chilandar,* pp. 282, 284, 304.

[42] S. Ljubić, *Listine* III, p. 186.

[43] T, Smičiklas, *Codex diplomaticus regni Croatiae, Dalmatiae et Slaviniae* XII, Zagreb 1904, pp. 320, 389.

[44] М. Динић, *Душанова царска титула,* стр. 112 и напомена 69.

[45] J. Tadić, *Litterae et commissiones ragusinae,* I, Beograd 1935, pp. 6, 7, 8, 9, 11, 41, 209.

[46] Исто, стр. 122.

2. Стварање јединствене српско-грчко-римске кодификације

Средњовековни правници су сматрали да је законодавство искључиви атрибут цара. Према тој концепцији само је цар могао да проглашава правна правила која су се називала *законима,* док су се за остале правне норме, којима је национална држава стварала право (и које су из дана у дан биле све бројније) употребљавали други изрази. У Француској монархији, на пример, све до 1789. године законодавна акта француских краљева називана су *ордонансе* (*ordonnances*). Израз *закони* (*lois, leges*) користио се само за норме римског права, збирке судских прецедената, правних обичаја и државне традиције, који су сачињавали основне законе Краљевства (*leges fundamentales regni, les lois fondamentales du Royaume*).[47] Али, француски краљеви су настојали да уздигну значај националног законодавства и да га у сваком погледу изједначе са римским правом. Та тенденција имала је своју политичку садржину. У процесу додељивања потпуног суверенитета националној држави самостално и независно законодавство било је од пресудног значаја.[48] Стога су француски краљеви настојали да одбаце универзалну супрематију Римског Царства, иза које је стајао папски ауторитет. Тај сложени политички и правни задатак био је поверен легистима, који су дали правно-теоријско објашњење краљевог *imperium*-а. Приликом решавања овог питања легисти су се сусрели са једним проблемом, неком врстом зачараног круга. Врло добро им је била позната средњовековна концепција према којој је законодавство искључиви атрибут цара; али, с друге стране, било је такође неспорно да су и француски краљеви стварали правна правила којима је било потребно подићи ауторитет. Ту противуречност сјајно је разрешио Жан Бутеје (Jean Bouteillier), познати правник из XIV века, чувеном изреком која гласи: **Si sçachez que le roi de France, qui est empereur en son royaume, peut faire ordonnances qui tiennent et vaillent loy** (*Треба знати да краљ Француске, који је цар у свом краљевству, може да доноси ордонансе које вреде и важе као закон*).[49]

И Душан, чија је владавина била прожета идејом о универзалном Риму, је имао јасну представу о задацима цара као законодавца. Према сведочењу његовог биографа, српски владар је већ приликом крунисања за краља 8. септембра 1331. изговорио: **нь моли господа о мнє, да оутврь-**

[47] Т. Тарановски, *Енциклопедија права,* Београд 1923, стр. 439-440, и *Право државе на законодавство, Šišićev zbornik,* Zagreb 1929, str. 376.

[48] Т. Тарановски, *Право државе,* стр. 373.

[49] Jean Bouteillier, *Some Rurale* II, 1, ed. Charondas le Caron, Paris 1603, p. 646.

дить мє вь волю раζоума ієго, іако нє прєстоупити ми твоихь божьствьиыихь повєлєини ни оумалити ми свєтоположєнааго тобою благовєрніа христова, нь пачє испльнити ми и оконьчати большинми ζаконы и сьврьшеныими оустановы оутврьждєниіа и ζаписаниіа родитєль моихь и прєродитєль ієжє о свєтыихь и божьствьныихь црькьвахь.[50] Поставши цар, Душан се потрудио да његова држава постане истинско Царство, а то значи да је, како је речено у повељи о законодавном раду, настојао **закони поставити іакожє подобаєть имєти** (*донети законе какве треба имати*).[51]

Своје намере цар је објавио у још једној хрисовуљи од 28. маја 1350 (дакле након објављивања првог дела Законика), којом потврђује баштину властеличићу Иванку Пробиштитовићу. Позивајући се на први део Законика од 1349. године, цар каже: **... сьбравшу же царству ми зборь вь славномь градє Скопи, з господином ми и отцемь с прєосвєщєннимь патриархомь Срьбскимь кир-Иоіаникиемь, и з богодароваьною царицею кир-Еленою, и з богодарованнимь синомь наю краліємь Урошемь, и сь митрополити и епискупи и игумни и сь чьстними пустиньножители и сь всєми властели Срьбскими и Грьчкими, и обновисмо и сьстависмо и узаконисмо всака правила светихь и божьствнихь црьквь...**[52]

Сведочења извора нас уверавају да се Душанов законодавни рад није ограничио само на државне саборе од 1349. у Скопљу (донео 135 чланова) и од 1354. у Серу (донео чланове 136-201),[53] већ да је царева намера била да приступи, по узору на своје идоле, велике ромејске цареве-законодавце Јустинијана, Василија I и Лава VI Мудрог, ревизији свих претходно донетих правних правила, световних и црквених, и да створи јединствен правни систем. У политичким и друштвеним околностима у којима се налазио, српски цар је морао да прихвати грчко-римско (византијско) право, али и да га усагласи са српским обичајним правом. Стога, самостална

[50] Архиепископ Данило и други, *Животи краљева и архиепископа српских,* издање Ђ. Даничић, Загреб 1866, стр. 219. Данашња језичка верзија (Л. Мирковић) овог одломка гласи: *Но моли Господа за мене, да ме утврди у вољи свога разума, да не преступим твојих божанствених заповести, нити да умалим тобом светоположене ми добре вере христове, но да још испуним и окончам већим законима и савршенијим уставима утврђења и записе родитеља мојих и прародитеља о светим и божанственим црквама.* Издање *Данилови настављачи,* приредио Гордон Мак Данијел, *Стара српска књижевност, књига 7,* Београд 1989, стр. 70.

[51] Новаковић, *Законик,* стр. 5.

[52] Соловјев, *Одабрани споменици,* стр. 150-151.

[53] Према нумерацији Стојана Новаковића, аутора до сада најбољег издања Законика. Видети напомену 18.

кодификација српског права не би могла да опстане, те су српски правници створили својеврсни **Codex tripartitus,** кодификујући српско и грчко-римско право. На ту чињеницу скренуо је пажњу још далеке 1888. године руски научник Тимофеј Флорински, који је показао да се у свим старим рукописима Душанов Законик налази увек са још две компилације грчко-римског права: Скраћеном Синтагмом и такозваним „Јустинијановим законом".[54]

Грчко-римско (византијско) право примењивало се у Србији и пре владавине Стефана Душана, у оној мери колико је било присутно у Номоканону (Законоправилу) Светога Саве од 1219. године. Светосавски Номоканон садржао је црквена правила са тумачењима каноничара, а од световних прописа превод дела Јустинијанових новела и цео Прохирон Василија I. Иако је ова правна збирка регулисала правни живот државе и цркве, друштвени односи у Србији били су регулисани, до проглашења Душановог законика, појединачним правним актима – повељама. За владе цара Душана, Номоканон је сачувао своје место и углед у правном систему Србије, није био ни оспорен, ни укинут, али су редактори Душанове кодификације прихватили две савремене компилације грчко-римског права: Синтагму Матије Властара и такозвани „Јустинијанов закон."

Синтагма, номоканонски зборник солунског калуђера Матије Властара, била је позната у Србији у две верзије превода: потпуној и скраћеној.[55] Али, само се Скраћена Синтагма налази у рукописима са Душановим закоником. Радикално скраћивање извршили су нама непознати Душанови редактори, тако што су од 303 поглавља у скраћеној верзији остала само 94. Два су могућа разлога за овако радикално скраћивање. Први је чисто идеолошки, јер Матија Властар излаже политичку хегемонију Источног Римског Царства и на државном и на црквеном плану. Његова збирка заснива се на тенденциозним и некритичким коментарима Теодора Валсамона, и излаже идеју о свемоћи византијског цара, односно његовог духовног и политичког *dominium*-а. Матија Властар суштински ограничава независност аутокефалних цркава и подвлачи ромејску хегемонију над осталим државама, посебно словенским, које су током XIV века угрожавале интересе Источног Римског Царства на Балкану. Независност бугарске и српске цркве се не признаје, а пориче се и право других народа

[54] Т. Флоринский, *Памятники законодательноий дъятельности Душана Цара Сербовь и Грековь*, Киевь 1888.

[55] Издање пуне Синтагме приредио је Стојан Новаковић, *Матије Властара Синтагмат,* Београд 1907, а допуну извршио Сергије Троицки, *Допунски чланци Властареве Синтагме,* Београд 1956. Издање Скраћене Синтагме приредио је Владимир Мошин, *Studenički rukopis,* Zagreb 1949.

да уздижу своје државе на ниво Царстава. Тешко је веровати да је пуна верзија Синтагме, са таквом политичком и црквеном идеологијом, могла бити преведена са грчког на српски по наређењу самог цара Душана. Вероватније изгледа да је она изражавала ставове прогрчке струје у Србији, а такође и нових византијских (грчких) Душанових поданика. Јер, одмах након превођења потпуног текста Синтагме (1347. или 1348. године), приступило се њеном скраћивању[56] (у грчком оригиналу не постоји скраћена верзија), тако што су изостављена сва поглавља која говоре о хегемонији Цариграда.[57]

Други разлог био је чисто практичан: пошто је Скраћена Синтагма, као део Душанове кодификације, била намењена световним судовима, велика већина црквених прописа била је изостављена.[58]

Други део овог Трипартитног кодекса био је такозвани „Јустинијанов закон", кратка компилација од само 33 члана који регулишу аграрне односе.[59] Већина чланова преузета је из чувеног **Земљорадничког закона (Νόμος γεωργικός),** с краја VII или с почетка VIII века,[60] који је био у

[56] Према мишљењу Стојана Новаковића, *Матије Властара Синтагмат,* стр. XXX-XL, скраћивање је извршено за време владавине деспота Стефана Лазаревића у Србији, између 1402. и 1427.

[57] Видети С. Троицки, *Црквено-политичка идеологија Светосавске Крмчије и Властареве Синтагме, Глас Српске Академије Наука*, CCXII, нова серија 2, Београд 1953, стр. 155-206, посебно стр. 186-202.

[58] А. Соловјев, *Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка,* Београд 1928, стр. 92-93 = *Класици југословенског права, књига* 16, стр. 401-402. Још увек није јасно зашто су се српски редактори одлучили за Синтагму Матије Властара а не за Хексабиблос (Ексавивлос) Константина Арменопулоса, иако је јасно да је солунски судија и номофилакс неупоредиво бољи правник од Матије Властара, као и да Хексабиблос садржи искључиво световне прописе. У изворима немамо никаквих података или индиција, зашто се тако поступило. Можда Душанови редактори нису никада ни чули за Хексабиблос, или им се учинио исувише опширним и компликованим. Према хипотези А. Соловјева, радило се о политичким и идеолошким мотивима, везаним за верско-политичке борбе које се тада воде у Солуну између странке зилота и присталица Јована Кантакузина. Прихватањем Синтагме Матије Властара Душан настоји да придобије светогорске монахе и солунске зилоте, јер је Арменопулос рођак и присталица Кантакузинов (*Законодавство,* стр. 76-82= *Класици југословенског права,* стр. 387-391). Иако је ова хипотеза логична, тешко ју је бранити, јер се заснива на сумњивим изворима с краја XVII века, чега је свестан и Соловјев. Видети о томе S. Šarkić, *Zašto Syntagma, a ne Heksabiblos, Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu,* 40 (1), (1990), str. 73-77.

[59] Издање А. Соловјев, *Законодавство*, стр. 236-240 = *Класици Југословенског права*, стр. 540-544, и М. Андреев, *Закон на Константин Юстиниан*, София 1972.

[60] О Земљорадничком закону витети Г. Острогорски, *Историја Византије,* Београд 1969, стр. 107-108, и L. Margetić, *Zemljoradnički zakon, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci,* 3 (1982), str. 85-122. Margetićeva rasprava sadrži i hrvatsko-srpski prevod teksta.

целини преведен и у Србији.[61] Остале одредбе потичу из *Василика, Прохирона* и *Еклоге*. Ни ова компилација се не налази у грчким рукописима и представља вероватно оригиналан рад српских правника. Могуће је да се „Јустинијанов закон" примењивао у Србији и пре владавине Стефана Душана, али изгледа вероватније да је прихваћен на сабору у Скопљу (1349), са првим делом Законика.[62]

Законодавна активност одвијала се између 16. априла 1346. и 21. маја 1349, датума када су биле завршене припреме за проглашење Законика.

Законик, строго узев, трећи и најважнији део Душанове кодификације, проглашен је на саборима у Скопљу 21. маја 1349 (135 чланова) и пет година касније (1354) у Серу. Чланови 136-201, усвојени на сабору у Серу потсећају по својој садржини и циљу на Јустинијанове Новеле. Иако се Душанов законик сматра оригиналним делом српског средњовековног законодавства, утицај грчко-римског (византијског) права био је огроман. До данас је утврђено да је чак 60 чланова непосредно преузето из византијског права, махом из Василика.[63]

Законик садржи врло мало одредаба из црквеног и грађанског права, јер су те две правне области биле регулисане Светосавским Номоканоном и Синтагмом Матије Властара. Законик не понавља одредбе из Синтагме, али их понекад допуњава и наглашава.

У Законику су најпре присутне одредбе које регулишу положај цркве и свештенства (чланови 1-38),[64] затим властеле и себара (чланови 39-83), а потом норме из кривичног права и судског поступка, без неког одређеног редоследа.

Други део Законика од 1354. године представља допуну првих 135 чланова, с намером да се регулишу новонастали друштвени односи у Царству и реши проблем правних празнина. У њима је видљив основни циљ Законика – сви друштвени односи морају бити регулисани законом. Наравно, обичајно право није било потпуно нестало, али писаном праву

[61] Хиландарски рукопис српског превода Земљорадничког закона издао је Ђ. Сп. Радојичић, *Српски рукопис Земљорадничког закона, ЗРВИ,* 3 (1955), стр. 15-28.

[62] Соловјев, *Законодавство*, стр. 89 = *Класици југословенског права*, стр. 399.

[63] Српски аутори из XIX века су углавном одбацивали утицај византијског права на Душанов законик, полазећи од нетачне претпоставке о Источном Римском Царству, као о деспотској и декадентној монархији. Али, захваљујући истраживањима Н. Радојчића, *Византиско право у Душанову законику, Историски часопис,* 2 (1949-1950), стр. 10-18 и *Душанов законик и византиско право, Зборник у част шесте стогодишњице Законика цара Душана,* I, Београд 1951, стр. 54-77, прихваћено је мишљење о грчко-римском пореклу 60 чланова Законика.

[64] О положају цркве у Душановом законику видети S. Šarkić, *L'église et la religion dans le code d'Etienne Douchan, Méditerranées,* № 16 (1998), pp. 129-136.

(Законику) је увек давана предност. Законик је чак и изнад цара: ако се догоди да је царска наредба у супротности са Закоником, судије ће применити Законик. Судијама се заповеда да суде правично, по Законику, а не по страху од цара.[65] Владавина права огледа се посебно у члану 139: меропху се гарантује да му феудални господар не може узети више него што је прописано Закоником. Уколико то учини, меропах има право да га тужи, па макар то био и сам цар, царица, или било који други црквени или световни великодостојник. Ако добије спор, судија је дужан да гарантује да се меропху нико неће светити.

Иако је Душанов законик најважнији споменик српског средњовековног права, он је истовремено најбољи доказ примене и прихватања грчко-римског права и државно-правне идеологије Источног Римског Царства. Као цар Стефан Душан је постао законодавац и постигао одређени квалитет кога већина средњовековних монарха није имала. Попут Јустинијана, Василија I, и Лава VI Мудрог, он је прогласио сопствено законодавство, не само угледајући се на ромејске цареве, већ и директно преузимајући садржину одредаба грчко-римског права. Ипак, такво прихватање није било вештачко. Грчко-римски закони су ступили на снагу у Србији након извесног прилагођавања, остајући и даље темељ једне кодификације која је увела јединствени правни систем на целој територији Царства.[66] Колико дуго и у којој мери се ова кодификација примењивала, остаће нам вероватно непознато, јер судске пресуде, као једини релевантни извор, нису сачуване и мале су шансе да ће се уопште пронаћи.[67]

---

[65] Чланови 171 и 172, преузети из *Василика* VII,1,16 и VII,1,17. Cf. S. Šarkić, *Elements of Constitutionality in Serbian Mediaeval Law, Ius Commune,* XV (1988), pp. 43-55.

[66] Добро познати податак кога саопштава византијски историчар Нићифор Григора, према коме је Душан, после проглашења за цара, поделио државу са својим сином Урошем, коме је оставио земље од Јадранског мора (**κόλπου τοῦ Ἰονίου**) и Дунава све до града Скопља, да у њима влада по трибалски (српским) обичајима, а да је за себе задржао ромејске земље и градове, да би у њима владао по ромејским (византијским) обичајима (*Byz. Hist.* XV,1, Bonnae II, p. 747), не може се узети као сведочанство о постојању два засебна правна подручја у Србији. Законик и остали правни споменици не дају основа за овакву тврдњу. Видети Соловјев, *Законодавство,* стр. 71-74 = *Класици југословенског права,* стр. 382-385, и посебно Љ. Максимовић, *Порески систем у грчким областима Српског Царства, ЗРВИ,* 17 (1976), стр. 101-125.

[67] Извесно, незнатно, светло баца на ово питање такозвана *Јањинска хроника,* спис непознатог аутора из друге половине XIV века, који описује владавину деспота Томе Прељубовића у Епиру, након Душанове смрти. Видети о томе С. Шаркић, *О примени Душановог законика према подацима Јањинске хронике, Законик цара Душана, Зборник радова са научног скупа одржаног 3. октобра 2000. поводом 650 година од проглашења,* Београд 2005, стр. 81-89.

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

The Idea of Rome in the Mind and Action of Stefan Dušan

Abstract

The idea of Rome as a centre of an ecumenical Empire and of the universal Church, attracted Germanic as well as Slavonic nations. The Eastern Roman Empire (Byzantium) was considered to be the only legitimate successor of the Roman Empire and therefore Byzantine Emperor could only bear the title of the Emperor of Romaios (Romans). The situation was completely changed when Charlemagne on the West (in 800) and later Simon of Bulgaria (in 913) proclaimed themselves for Emperors. Many ideological and religious conflicts that arose as a consequence thereof ended in confirmation of other Empires besides the existing one of Romaios. In XIV century, during the reign of Stefan Dušan, when Serbia became the most powerful state in the Balkans, the Serbian ruler had the idea of an Empire modeled after the Roman Empire. The realization of it consisted of two important elements: 1) Proclamation of a State for the Empire, organized after the model of Eastern Roman Empire (Byzantium); and 2) unification and making of unique serbo-greek-roman codification. Those steps were undertaken in order to improve the reputation of newly established Empire, by fulfillment of the mediaeval requirements and criteria for an Empire.

347.451(37)

Др Магдолна Сич, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду

УСЛОВЉАВАЊЕ ПРЕНОСА СВОЈИНЕ ИСПЛАТОМ ЦЕНЕ КАО СРЕДСТВО ОБЕЗБЕЂЕЊА ПО РИМСКОМ И НАШЕМ САВРЕМЕНОМ ПРАВУ

Сажетак: *Историјски посматрано потреба за обезбеђењем исплате цене јавља се од времена када је купопродаја из руке у руку постала консенсуални уговор. Консенсуална купопродаја је омогућила одлагање испуњења како продавчеве тако и купчеве обавезе. Класично римско право пренос права својине предмета уговора везује за предају ствари (traditio) на основу ваљаног правног основа, без условљавања стицања својине од стране купца исплатом цене. На који начин обезбедити да купац плати цену, постаје посебан проблем првенствено у постклasичном периоду, за време тешких економских прилика.*

У овом раду ћемо разматрати условљавање стицања својине исплатом цене, које се у савременом праву јавља у виду института задржавања права својине до исплате пуне цене, као и у виду мешовитих уговора, као што је лизинг.

Поред тога, желимо да укажемо и на недостатке наших садашњих законских решења овог старог проблема, пре свега, у погледу недовољне заштите интереса продавца непокретности и потпуног занемаривања заштите интереса купца.

Кључне речи: *прибављање својине, исплата цене, обезбеђење потраживања, римско право, clausula intabulandi, pactum reservati dominii, лизинг.*

I. Условљавање стицања својине исплатом цене или обезбеђењем исплате у римском праву

1) Исплата цене и стицање својине према одредби Just. Inst. 2, 1, 41

У Јустинијановим Институцијама стоји једна спорна и контрадикторна одредба о томе, да ли је стицање својине од стране купца условљена и исплатом цене или обезбеђењем исплате.

Према овој одредби:

Just. Inst. 2, 1, 41: «Ако се на основу поклона или мираза, или на неком другом основу преда нешто другоме, без сумње долази до преноса својине: ипак продате и предате ствари не постају својина купца ако он није продавцу платио цену или му на други начин дао осигурање, на пример, када одреди другог дужника или даје залогу: ово је било предвиђено и Законом XII таблица, али се исто тако може рећи да је то у складу и са *ius gentiumom,* тј. природним правом. Међутим, ако продавац прода ствар купцу на поверење, треба рећи да она одмах постаје својина купца.»[1]

Прва реченица прати концепцију која се сматра класичном, да је за прибављање својине потребан правни основ *(iusta causa)* и предаја ствари *(traditio).*[2]

Ове услове стицања својине предвиђају, на пример, Гај и Паул.[3]

Gaius, Inst. 2, 19 – 20: «Наиме, *res nec mancipi* простом предајом *(traditio)* правоваљано се преносе, под условом да се ради о телесним стварима *(corporalia)* и баш су због тога подобне за традицију. Ако ти дакле, будем предао одело или злато или сребро било на основу продаје или пок-

[1] *"Sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur: vendite vero et tradite non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum: tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, id effici. Sed si is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fierit.»*

[2] Пре настанка консенсуалне купопродаје сматра се, да је право на тужбу обезбеђено преузимањем обавезе испуњења обе уговорне стране (продавца и купца) путем две узајамне стипулације. Према Цимерману, правило *do ut des* на овај начин је неутрализовано или чак и занемарено. На овакво занемаривање исплате цене указују класични текстови. R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Romain Foundations of the Civilian Tradition,* Oxford, 1996, стр. 275.

[3] Такође: *Gaius,* D. 41, 1, 9, 6 = *Inst.* 2, 1, 45; *Gaius*, D. 41, 1, 9, 5 = *Inst.* 2, 1, 44; *Papinianus,* D. 18, 1, 74; *Neratius*, D. 41, 1, 13; *Inst.* 2, 1 43; *Inst.* 3, 23, 3; C. 4, 49, 1 *(Carac.),* C. 3, 32, 12 *(Diocl. et Maxim.).*

лона или којег другог правног основа *(causa),* одмах ће ствар постати твоја, уколико сам ја њен власник *(dominus).»*[4]

Paulus, D. 41, 1, 31, pr.: « (Сама) проста предаја ствари никад не преноси својину, већ само онда, ако би јој претходио уговор о купопродаји, или неки други ваљан правни основ због којег је уследила предаја *(iusta causa).»*[5]

Ово правило класичног права, да се прибављање својине купљене ствари не везује за исплату цене, базира се на купопродаји као консенсуалном контракту:

Gaius Inst. 3. 139. «Куповина и продаја се склапа када се постигне сагласност о цени, иако није исплаћена цена нити је дата капара...»[6]

У другој реченици одредбе Јустинијанових Институција, међутим, за стицање својине на основу продаје, додат је још један услов: да је цена плаћена или да је исплата барем на неки начин обезбеђена. Као средства обезбеђења посебно се наводе: *expromissio* (преузимање дуга)[7] и *pignus* (залога). Ову одредбу треба довести у везу са Гајевим текстом D. 18, 1, 53. Његова друга реченица је у погледу коришћених средстава обезбеђења формулиса на веома сличан начин, што значи да су ова средства била уобичајена и у класичном периоду.

Гај, *D. 18, 1, 53*: «Да ствар припада купцу, не зависи од тога да ли је исплаћена цена или је у име тога дат јемац. Оно, међутим, што смо рекли о јемцу у потпуности је прихваћено, на било који начин да је продавцу цена обезбеђена, било одређивањем другог дужника или залогом, исто је, као да је исплаћена цена.»[8]

Најзад, последња реченица Институција наизглед негира претходно постављен захтев осигурања исплате. Ако продавац има поверење у купца, верује у његову солвентност, као и у то да има поштеног купца који ће савесно испунити своју обавезу, својина се преноси независно од исплате цене или обезбеђења истог.

---

[4] *« Nam res nec mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem. Itaque si tibi vestem vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sit."*

[5] *«Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.»*

[6] *«Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit...»*

[7] Интересантно је, да се као средство обезбеђења користи промена дужника (експромисија). Поставља се питање, да ли се овај термин користи у сртиктном смислу, или подразумева и остале случајеве личног обезбеђења: јемство, *constitutum debiti alieni, receptum argentarii*.

[8] *"Ut res emptoris fiat, nihil interest utrum solutum sit pretium an eo nomine fideiussor datus sit. Quod autem de fideiussore diximus plenius acceptum est, qualibet ratione si venditori de pretio satisfactum est, veluti expromissione aut pignore dato, proinde sit, ac si pretium solutum esset."*

Ову могућност налазимо и код Помпонија.

Pomponius, D. 18, 1, 19: «Оно што се продаје не постаје другачије примаочево, него ако или цену нама исплати, или одмах у то име нешто учини, или такође, ако имамо веру у купца и без икаквог обезбеђења.»[9]

Правило Јустинијанових Институција 2, 1, 41, које прибављање својине од стране купца везује и за исплату или обезбеђење исплате цене прихватило је и *ius commune*[10].

У новије време настала је озбиљна дискусија око тога, да ли је ово правило настало у Јустинијаново време или је постојало већ у класичном периоду[11]. Ово питање није интересантно само са историјског аспекта, већ и савременог права, јер како ћемо даље видети указује на корене различитих решења савременог права, имајући у виду да ли је реч о покретним и непокретним стварима, као и на посебне разлоге постављања посебних услова за прибављање својине на непокретностима.

Према мишљењу Прингсхеима правило Јустинијанових Институција 2, 1, 41, је у потпуности Јустинијаново[12], према другим ауторима само друга реченица припада Јустинијановом времену[13]. Аутори који сматрају да се прибављање својине везује за исплату цене тек у време Јустинијана, горе наведене одредбе класичних правника Гаја и Помпонија сматрају интерполираним и према томе постклasичним или Јустинијановим у делу у којем прибављање својине везују за исплату цене.[14] Неки аутори захтев плаћене цене сматрају потребним само у случају употребе *actio auctoritatis,* која гласи на повраћај двоструке цене у случају евикције *res mancipi*[15]. Мишљење оних аутора који сматрају да се прибављање својине везује за исплату цене већ по класичном праву, разликује се у погледу тога, да ли се оно примењује само ако се својина преноси традицијом[16], или само ако се преноси манципацијом[17], или и у оба случаја[18].

---

[9] *«Quod vendidi non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit aut satis eo nomine factum vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione.»*

[10] Vinnius, *Institutiones,* Lib. II, Tit. I, 41, Voet, *Commentarius ad Pandectas*, Lib. VI, Tit. I, 14sq, Grotius, *Inleiding,* II, 5, 14.

[11] Литературу о томе видети у, R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, стр. 273 – 274.

[12] F. Pringsheim, *Der Kauf mit fremdem Geld*, 1916, стр. 50.

[13] E. Schönbauer, *Zur Frage des Eigentumsüberganges beim Kauf*, 1932, 52 ZSS, стр. 195.

[14] E. Albertario, *Il momento del trasferimento della proprieta nella compravendita romana*, Studi di diritto romano, vol. III, 1936, 430.

[15] V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, vol. II, Napoli, 1963, стр. 276.

[16] P. Meylan, *Le paiement du prix et le transfert de la propriété de la chose vendue en droit romain classique*, Studi in onore de Pietro Bonfante, vol. I, 1930, стр. 41.

[17] E. Albertario, *Il momento del trasferimento*, стр. 427.

[18] M. Kaser, *Stellvertretung und „notwendige Entgeltlichkeit"*, 1974, 91 ZSS, стр. 161.

С обзиром на то, да се класични текстови у којима је занемарена исплата цене као предуслов, везују за стицање својине на *res nec mancipi* путем традиције, посебно су интересантна она мишљења, према којима, у случају преноса својине *res mancipi* путем манципације поставља се захтев за исплатом цене. [19]

2) Прибављање својине на res mancipi и исплата цене по класичном праву

Према Албертарију, у разматрању овог питања никако не сме да се занемари, да у класичном праву још постоји разликовање ствари на *res mancipi* и *res nec mancipi*, као ни то, да се квиритска својина на *res mancipi* стиче свечаним начинима цивилног права манципацијом или инјурецесијом.

На ово нам указује и сам Гај, напомињујући да оно што ће изложити о традицији односи само на пренос својине на *res nec mancipi*.

Gaius, Inst. 2, 18: «Велика је разлика између *res mancipi* и *res nec mancipi*. 2, 19: Наиме, *res nec mancipi* простом предајом *(traditio)* правоваљано се преносе,...»

Албертарио сматра, да у случају манципације «цена је увек супротстављена ствари и прелаз својине ствари увек зависи од исплате цене, такође и у случају када је она у акту манципације већ сведена на симболичну» *(nummo uno)*. То потврђује речима садржаним у формули манципације (*Gaius, Inst.* 1, 119): *„isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra* (којег сам купио овом бронзом и бронзаним тегом)». [20] Мада ова формула у класичном праву указује само на симболичну исплату, према Албертарију, изговарању ових речи је претходила стварна исплата, или барем осигурање истог.

Потврду за ово, налази у сачуваним документима о продаји *res mancipi*. [21] На пример:

Уговор о куповини једне робиње закључен 4. октобра 160. године у грађанској насеоби поред XIII. војне легије[22]:

---

[19] E. Albertario, *Il momento del trasferimento*, стр. 436.; G. G. Archi, *In tema di trasferimento della proprietá per compravendita,* Scritti di diritto romano, vol. I, Milano, 1981, стр. 643 – 662. излаже критику мишљења Романоа (S. Romano, *Appunti essegetici sul trasferimento della proprieta nella compravendita,* AUP, 1934), да је исплата цене предуслов само у случају преноса својине путем традиције.

[20] E. Albertario, *Il momento del trasferimento*, стр. 438.

[21] У том смислу Албертарио наводи неколико докумената о куповини робова. E. Albertario, *Il momento del trasferimento,* стр. 451.

[22] CIL III p. 959:

„*Claudius Julianus*, војник XIII војне легије, из чете *Claudius Marius*-а је купио и **путем манципације примио** од *Claudius Philetus*-а, робињу по имену *Theodote*, или се зове некако друкчије, пореклом са Крита, **чију куповину за две унције**[23]**, за 420 денарија** потврдили су и писменом... *Claudius Philetus* је од *Claudius Julianus*-а, горе уписаног војника, према сопственој изјави, добио и примио цену од 420 денарија за горе наведену робињу. Закључен у...»

Робиња је купљена сходно формули манципације по симболичној цени од две унције, али с обзиром на то, да је то било потребно навести само форме ради, у документу је констатована и стварна цена од 420 денарија. Поред тога, исправа садржи и изјаву купца да је ову цену примио.

Албертарио, тезу, да је у случају манципације исплаћена и права цена, доказује и одредбама о коришћењу *actio auctoritatis* у случају евикције.

На пример: *Paulus, Sent.* 2, 17, 1: «Ако је продавац који није био власник продате ствари, примио цену, остаје обавезан за *auctoritas*, јер се на други начин не може обавезивати.»[24]

Мада се овде манципација не спомиње, познато је да се *actio auctoritatis* везује за манципацију. Сматра се, да како у овом, тако је и у другим текстовима у којима се за стицање својине потребна исплата цене, манципација у постклasичном периоду замењена традицијом. Данас је опште прихваћено мишљење у романистици, да се у овом случају ради о интерполацији, тј. да су јустинијанови компилатори термин манципација систематски заменили са термином традиција, јер је нестало разликовања ствари на *res mancipi* и *res nec mancipi*, а према томе и потреба да постоје различити деривативни начини стицања својине[25]. Потреба разликовања *res mancipi* од *res nec mancipi*, нестаје доделом римског грађанства свим становницима империје (коначно Каракалиним едиктом 212. године), што

[23] Овде је реч о симболичној цени од две унције, која се форме ради баца на тег, јер је реч само о mancipatio *numno uno*.

[24] «*Venditor si eius rei quam vendidit dominus non sit, pretio accepto auctoritatis manebit obnoxius; aliter enim non potest obligari.*»

[25] E. Albertario, *Il momento del trasferimento*, стр. 439 – 442. Јустинијан сматра непотребним чак и то да студенти уче о разликовању својине на квиритску и бонитарну: *Iustinianus*, C. J. 7, 25, 1 (из 530-531. год.): „Уклањајући овом одлуком бесмислицу некадашње превелике прецизности, не допуштамо да постоји ма каква разлика између сопственика који има голу својину *ex iure Quiritium*, и сопственика који има само бонитарну својину, јер нећемо да постоји такво разликовање, нити назив *ex iure Quiritium*, који се ни мало не разликује од загонетке, нигде се не среће у пракси, нити има неког смисла, већ је то израз празан и сувишан који младе људе, који тек долазе да изучавају правну науку, само застрашује и они у својим првим напорима **уче непотребне одредбе старих закона**. Због тога нека свако буде у потпуности и законити власник, било да се ради о робу, било о другим стварима које му припадају.“

је било праћено и стапањем посебних правних система *(ius civile, ius honorarium, ius gentium)* у јединствено право империје *ius romanum*. Од тада, стицање својине на основним средствима, више није привилегија римских грађана (јер су сада сви римски грађани), него зависи само од тога, имају ли довољно материјалних средстава. Албертарио у том смислу тумачи и следећи Улпијанов текст.

Ulpianus, D. 7, 1, 12, 5: «Ако је, међутим, питање власништва неизвесно, као што је, како и сам Јулијан пише...у случају када роб који је предмет плодоуживања прими нешто путем традиције, а још није зато платио, нити је на други начин подмирио – треба рећи да је и питање кондикције неизвесно, још више што је и питање својине неизвесно.»[26]

На основу упоређивања формулација више текстова, Албертарио стиже до реконструкције спорног текста Јустинијанових Институција (2, 1, 40-41) у **класичном смислу**[27]:

«*Res (nec mancipi)* путем традиције (у потпуности) прибављамо...

(Ако ти дакле, будем предао одело или злато или сребро било на основу продаје или поклона или којег другог правног основа, одмах ће ствар постати твоја, уколико сам ја њен власник.)

(Ако се пак ради о *res mancipi* које се на другог преносе на основу продаје): она не постају својина купца ако он није продавцу платио цену или му на други начин дао осигурање, на пример, када одреди другог дужника или даје залогу: ово је било предвиђено и Законом XII таблица.[28] Албертарио, позивање Јустинијана на Закон XII таблица, такође узима као потврду да се ова реченица одредбе у класичном праву односила на *res mancipi*. Наиме, манципација је у архаичном периоду још била форма купопродаје *res mancipi*, која је садржала стварну исплату цене (*libripens* је мерио тежину бронзе којом се цена плаћала).

Мишљење Албертарија, да је у класичном периоду постављен захтев исплате цене у случају продаје *res mancipi*, сматрамо прихватљивим, али

---

[26] *„Cum autem in pendente est dominium ut ipse Iulianus ait...in eo quod servus fructuarius per traditionem accepit nondum quidem pretio soluto, sed tamen ab eo satisfacto, dicendum est condictionem pendere.magisque in pendenti est dominium." E. Albertario, Il momento del trasferimento,* стр. 444 – 446.

[27] E. Albertario, *Il momento del trasferimento*, стр. 448 – 449.

[28] *Per traditionem quoque (pleno iure) res (nec mancipi) nobis adquiruntur...*

(Itaque si tibi vestem vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sit./Gai. Inst. 2, 20/)

(Mancipi vero res, si ex venditionis causa ad alium transferantur), sine dubio transferuntur: non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum. /мислећи на манципирање res mancipi/. Предуслов плаћене цене за стицања својине на *res mancipi* предвиђен је и у D. 18, 3, 8; C. 4, 51, 1 (216).

само са аспекта правне праксе. Продавац би, по правилу, пристао на обављање акта манципације, а самим тим на пренос својине, само ако је цена у потпуности исплаћена или је исплата на одговарајући начин обезбеђена. Ову праксу потврђује и коришћење мешовитих уговора (продаја и закуп, или продаја и прекаријум), у циљу да се сачува својина за продавца који је *res mancipi,* пре исплате цене, предао купцу путем традиције. На неопходност исплате цене указују и писане исправе, које у овом периоду стижу првенствено из провинција, а односе се на продају ствари оптерећених порезом (уз напомену, да се ове ствари не могу да се схвате по *ius civile*-у, у правом смислу речи за *res mancipi*, то могу бити само по свом значају за Рим.)

а) Мешовити уговори у класичном праву

До обављања свечаног акта манципације или инјурецесије дошло би на основу изражене воље продавца, да се слаже са преносом праве квиритске својине на купца. Претор је, међутим, штитито и оног купца *res mancipi*, коме је ствар на основу ваљаног основа једноставно предата. Овакав прибавилац је ствар имао у добрима и сматран је за бонитарног или другим речима, преторског власника. Преторска својина би протеком рока за одржај по Гају, прерасла и у квиритску.

Gaius, Inst. 2, 40 – 41: „Ваља напоменути, да код перегрина постоји само једна врста својине, тако да се неко или сматра сопственником, или није власник. Такво је правило некада и код Римљана постојало: сваки је био или власник по квиритском праву, или није сматран за сопственика. Међутим, касније је извршена подела својине тако, да неко може бити сопственик по квиритском праву, а неко бонитарни сопственик. Ако неку ствар која спада у *res mancipi* не предам теби путем манципације, нити извршим *in iure cessio*, него само неформално предам, она постаје предмет твоје бонитарне својине, али по квиритском праву она остаје моја догод је ти путем државине не стекнеш одржајем. Када једном буде протекао одржај, тиме постаје потпуна својина, тј. ствар ће бити твоја и по бонитарној и по квиритској својини, као да је пренета манципацијом или путем *in iure cessio*.“[29]

[29] *«Sequitur, ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium; nam aut dominus quisque est aut dominus non intellegitur. quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat aut non intellegebatur dominus. sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere. 41. Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam*

Претор је бонитарног власника штитио Публицијанском тужбом, или приговором да је ствар продата и предата (*exceptio venditae et traditae*), чак и у односу продавца, који је иначе задржао квиритску својину.[30]

Да предајом ствари не би дошло до преноса својине, чак ни бонитарне, пре исплате пуне цене, већ су се и Римљани сетили, да до момента исплате пуне цене, треба на неки начин задржати својину за продавца. Стога, мада је циљ уговора продаја, ипак ће купцу, који цену није исплатио пре предаје, ствар бити дата само у закуп, или у најбољем случају у прекаријум.

Без детаљније анализе овог практичног начина заштите и обезбеђења продавца за случај да купац не плати цену[31], можемо констатовати следеће:

1. Предмет ових мешовитих уговора је парцела земље, према томе res mancipi.
2. Првенствени уговор и прави циљ уговорних страна јесте уговор о купопродаји, а задржавање права својине за продавца до исплате пуне цене, обезбеђује се уговором о закупу, или давањем ствари у прекариум.

Iavolenus, D. 19, 2, 21: «С обзиром на то, да је приликом продаје уговорено, да, све док не буде исплаћена пуна цена, купац ће имати земљу у закупу за одређену закупнину: ако је цена исплаћена, може ли да се захтева закупнина? Одговорио је: *bona fides* захтева, да буде онако како је уговорено: према томе, не треба да плаћа више продавцу, од оних рата за које време цена још није била исплаћена.»[32]

Према Јаволену купац ће до исплате цене ствар имати у закупу и у међувремену, до исплате цене, обавезан је да плаћа закупнину. Мада је циљ продаја, према овом одговору правника, закупнина плаћена у временском периоду од закључења уговора до исплате цене, не би се урачунала у цену продате ствари.

---

possidendo usucapias: semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium tua res esse, ac si ea mancipata vel in iure cessa esset.»

[30] Поставља се питање, да ли је приликом коришћења ових средстава купац требало да докаже и то да је цену платио. (D. 6, 2: *De Publiciana in rem actione*).

[31] Обим овог чланка не омогућава детаљније разматрање овог питања. О овом мешовитом уговору детаљније: R. Knütel, *Kauf und Pacht bei Abzalungsgeschaften im römischen Recht*, Studien im römischen Recht, 1973, стр. 33. и даље, D. Daube, *Tenancy of Purchaser (Digest*, 19, 2, 21), Cambridge LJ. 10/1948-50, стр. 77, J. A. C. Thomas, *Tenancy by Purchaser*, Iura, 10/ 1959, стр. 103. и даље.

[32] *Iavolenus,* D. 19, 2, 21 *libro undecimo epistularum: „Cum venderem fundum, convenit, ut, donec pecunia omnis persolveratur, certe mercede emptor fundum conductum haberet: an soluta pecunia merces accepta fieri debeat? Respondit: bona fides exigit, ut quod convenit fiat: sed non amplius praestat is venditori, quam pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non esset."*

Све до исплате цене продавац би могао да захтева повраћај ствари на основу уговора о закупу, а тужбом из уговора о закупу може да захтева и исплату закупнине.

Paulus, D. 19, 2, 22: «Ако цена није исплаћена ствар није купљена,[33] тада тужба следи из закупа.»[34]

Према Цимерману, неплаћање цене, као и неплаћање периодичне закупнине (ренте), довело би до раскида оба уговора.[35]

Према Паулу, како уговор о купопродаји тако и уговор о закупу (с обзиром на то да је реч о теретним уговорима, за разлику од поклона који је безтеретан) могу бити условљени исплатом цене, одн. закупнине, према томе, настаје обавеза за закупца – купца.

Paulus, D. 19, 2, 20.: «Као што може продаја, тако може и закуп да буде условљен: али се тако не може уговарати ако је реч о поклону. У овом случају закуподавац нема обавезу, закупац је у обавези, с обзиром на то да купац закупљује ствар, све док њену цену не исплати.»[36]

Ако је задржавање права својине постигнуто давањем ствари у прекариум, купац је у бољем положају, јер не треба да плаћа закупнину, а продавац који је и даље остао власник био је обезбеђен и својством прекаријума, који му омогућује да све до исплате цене, ствар одузме од прекаристе у било које време[37].

Ulpianus, D. 43, 26, 20: «Оно што је отуђено, у циљу да прекаријум у потпуности буде купчев, ако цена буде у целини исплаћена, да припада купцу, а ако ово није испуњено, може да следи продавцу.[38]

---

[33] Овај део текста је формулисан у смислу *lex commissoria, Pomponius,* D. 18, 2, 3 *libro trigensimo quinto ad Sabinum:* «Ако би продавац земље по закону овако уговорио: 'ако до дана (на време) новац није исплаћен, да земља не буде купљена'*...(Cum venditor fundi lege ita caverit: 'si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit'...)* У вези *lex commissoria* поставља се питање, да ли је реч о одложном или раскидном услову, Видети, A. Földi – G. Hamza, *A római jog története és institúciói*, Budapest, 1996, стр. 510.; Према Аркију, уговор би био закључен под раскидним условом, G. G. Archi, *La restituzione dei futti nelle vendite con in diem addictio e con lex commissoria,* Scritti di diritto romano, vol. I, Milano, 1981, стр. 663 – 705.

[34] *Paulus*, D. 19, 2, 22: *libro trigesimo quarto ad edictum: „Item si pretio non soluto inemta res facta sit, tunc ex locato erit actio."*

[35] R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, стр. 532.

[36] *Paulus,* D. 19, 2, 20. *libro trigesimo quarto ad edictum: „Sic ut emptio ita et locatio sub conditione fieri potest: sed donationes causa contrahi non potest. Interdum locator non obligatur, conductor obligatur, veluti cum emptor fundum conducit, donec pretium ei solvat."*

[37] D. 43, 26, 1, pr-3: *„Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur..."* (Прекариум је оно што се некоме на његову молбу даје на коришћење дотле док допушта онај ко је дао..)

[38] *Ulpianus,* D. 43, 26, 20 *libro secundo responsorum: „Ea, quae distracta sunt, ut precario penes emptorem essent, quod pretium universum persolveretur, si per emptorem stetit, quo minus persolveretur, venditorem posse consequi."*

1. Продавац исплату цене може да захтева тужбом из купопродаје, исплату закупнине тужбом из уговора о закупу, а раскид уговора о купопродаји и закупу на основу неиспуњења услова – тј. ако цена или закупнина није исплаћена, а по Цимерману и услед додатног пакта *lex commissoria*, или супротним споразумом *(contrarius consensus)*.[39]
2. С обзиром на то, да је основни уговор ипак купопродаја, питање ризика и одговорности се разматра са аспекта правила купопродаје, а по том основу су заштићени и интереси купца путем *actio empti*.[40]

Слично овом класичном решењу у члану 550. нашег Закона о облигационим односима[41] о лизингу, стоји:

Ст. 1. «Правила о продаји са оброчним отплатама цене важе и у случају других погодби које имају исту суштину, као што је на пример уговор о закупу са одредбом да ће ствар која је дата у закуп прећи у својину закупца ако буде плаћао закупнину за одређено време.»

Битна разлика у односу на римски мешовити уговор, јесте, да данас отплаћена закупнина (у коју се урачунава и камата) чини део цене, док се у Риму периодични оброци закупнине нису били урачунати у цену.

b) Посебна форма уговора и условљавање преноса својине исплатом цене у случају продаје ствари оптерећених порезом

Уговор о куповини дела куће закључен 6. маја 159. године у *Alburnus maior*-у (Дакија)[42]:

„*Andueia Batonis* је купио и манципацијом прибавио од *Veturius Valens*-а, за триста денарија, половину оне куће, и то баш улазећи у кућу, део с десне стране, која се налази у *Alburnus maior*-у, у селу Пируста, између суседа *Plator Acceptianus*-а и *Ingenus Calisti*-а... *Veturius Valens* је изјавио да је добио и примио цену од 300 денарија за половину куће од *Andueia Batonis*-а. Сагласили су се о томе, да ће порез на кућу до поновног пописа исплати *Veturius Valens*. – Закључен у *Alburnus maior*-у...»

Поред већ наведених докумената који сведоче о стварној исплати цене у случају манципације, у овом документу који потиче из провинције Дације, видимо додатну клаузулу и о плаћању пореза. С обзиром на то, да

[39] R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, стр. 532. нот. 155.
[40] R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, стр. 532.
[41] Закон о облигационим односима (четврто измењено и допуњено издање), приредио, Р. Ђуровић, Београд, 2003.
[42] CIL III. p. 945.

је власник, порески обвезник био евидентиран, продаја је морала бити коначна и извршена, не само у интересу продавца, него и у интересу Рима.[43]

Док су писане исправе у Риму и на Апенинском полуострву у току класичног периода имале улогу заштите интересе странака у случају ако би посао настало међу лицима која нису имала довољно међусобног поверења, у провинцијама су оне имале и посебан значај. С обзиром на то, да становништво провинција, сем ретких случајева, није било ослобођено плаћања пореза,[44] овде је била потребна тачна евиденција власника пре свега непокретности, тј. пореских обвезника. Ради што тачније евиденције било је у интересу Рима да сваки уговор који може бити основ промене власника, на стварима које су опорезоване, буде састављен у писаној форми. У Египту су то биле јавне исправе, од који је један примерак уговора ради евиденције био оверен и депонован у писарници.[45] Према томе, у провинцијама се коришћење писмене форме у овим случајевима сматрало обавезним, ради заштите фискалних интереса Царства.

Кретање становништва (пре свега формирањем војних насеобина), као и све интензивнији процес доделе римског грађанства, био је праћен и међуутицајем римског и перегринског права.

Наведени документ је управо пример такве правне праксе. У наведеном случају, на основу Полаијевог истраживања[46], можемо констатовати, да су манципацију обавили перегрини, као и да је предмет уговора провинцијска непокретност. Према Полаију, у овом случају је реч о рецепцији манципације у делимично модификованом облику у перегринску праксу, а не о нестанку режима регулисања италске и провинцијске земље.[47] Поред овог документа, и остали уговори о купопродаји из Дације, садрже кон-

[43] М. Сич, *Посебна форма уговора у античком Риму – ради сигурности странака или заштите интереса државе*? у Реконструкција правног система Југославије на основу слободе, демократије, тржишта и социјалне правде, Нови Сад, 2000/2, стр. 59 – 71. М. Сич, *„A modern telekkönyv megjelenésének előzményei“*, у књизи–«*Ingatlan-nyilvántartás*» у издању: Vajdasági Magyar Tudományos Társaság, Нови Сад, 2002, стр.112 – 158.

[44] За време Августа било је извршено геометријско снимање целог царства и био је наређен и општи попис у свим провинцијама. У тим пописима је констатовано не само становништво провинција већ, и сва њихова непокретна и покретна добра ради опорезивања. Овај терет није сносило Италско становништво, а у провинцијама они градови којима је дат *ius Italicum*, или они који су нарочитим привилегијама били ослобођени свих дажбина. Видети о томе, П. Вилемс, *Римско јавно право*, Београд, 1898, стр. 508 – 511.

[45] Писари који су састављали ове исправе имали су своје «канцеларије» на улици. Gy. Moravcsik, *A papiruszok világából* (Из света папируса), Parthenon, 1942, стр. 116 – 119.

[46] E. Pólay, *A dáciai viaszostáblák szerződései* (Уговори воштаних таблица из Дације), Budapest, 1972, стр. 127 – 155.

[47] E. Pólay, *нав. дело*, стр. 144.

статацију да је продавац примио цену,[48] а такву клаузулу садрже и други документи хеленистичког истока.[49] Мада је исплата цене констатована и на неким воштаним таблицама из Херкуланеума, овде то није постало правило. Полаи, полазећи од тога да је манципација у Риму већ одавно само привидна продаја, сматра, да је она по римском класичном праву преносила својину без обзира на исплату цене, а у Дацији би до преноса својине путем манципације дошло само ако је цена заиста и плаћена.[50]

По нашем мишљењу, исплата цене у случају продаје ствари оптерећених порезом, у провинцијама је постављена као посебан услов преноса својине. Пратећи мишљење Албертарија, у случају преноса својине манципацијом захтев за исплатом цене или обезбеђењем истог, пракса је поставила и у Италији. Али за разлику од Албертарија, сматрамо ипак, да, обзиром, да на територији Италије царство још није имало свој посебан интерес за наплату пореза, то није постављено као обавезно правило. Ту је прихваћено и обезбеђење исплате, које је могло бити по Помпонију и продавчева вера у савесност купца. Помпонијев текст би могли, према томе, да прихватимо и у погледу правне праксе преноса својине *res mancipi* класичног периода (D. 18, 1, 19): «Оно што се продаје не постаје примаочево другачије, него ако цену нама исплати, или одмах у то име нешто учини, или такође, ако имамо веру у купца и без икаквог обезбеђења.»)

Услед доделе римског грађанства целокупном становништву *in orbe Romano* и стапања три правна система *ius civile*-а, *ius honorarium*-а и *ius gentium*-а у јединствени *ius Romanum,* почев од III. века, отворен је нови простор и интензивнијем међуутицају римског и перегринског права.

2) Везивање прибављања својине за исплату цене у постклasичном периоду

Албертарио је имао за циљ да путем анализе текстова и јустинијанских интерполација реконструише однос исплате цене и прибављања својине у класичном периоду. Као основни разлог појаве наизглед контрадикторног текста Јустинијанових Институција, наводи брисање разлике између *res mancipi* и *res nec macipi,* што је и старе свечане начине преноса својине (манципацију и инјурецесију) чинило излишним, јер у јустинијаново време својина се прибавља само традицијом. Истовремено исправно констатује, да разликовање на *res mancipi* и *res nec macipi* у постклasичном

[48] E. Pólay, *нав. дело*, стр. 155.

[49] На пример: FIRA III. p. 425 –427, FIRA III. p. 433 – 436.

[50] E. Pólay, *нав. дело*, стр. 249 – 251, као и E. Pólay, *Sklaven – Kaufvertrage auf Washstafeln aus Herculanum und Dacien.* Acta Antiqua. Hung. 10/1962, стр. 393.

периоду замењује савременија подела ствари на непокретне и покретне, а констатује и чињеницу да у случају продаје непокретности посебан значај добија писана исправа.[51] Од тога, међутим, не иде даље и не истражује смисао спорне одредбе Јустинијанових Институција и са аспекта постклασичног и јустинијановог периода.

Ако анализирамо ову одредбу са аспекта постклασичног и Јустинијановог времена, можемо да уочимо, да се захтев за исплатом цене у случају купопродаје посебно констатује у одредби. Прва реченица Институција у толикој мери нас подсећа на Гајеву класичну одредбу (*Gaius, Inst.* 2, 19 – 20) о традицији, да скоро да и не приметимо, да се својина по Јустинијану (*Just. Inst.* 2, 1, 41), преноси традицијом без исплате цене на основу «**поклона или мираза,** или по неком другом основу» (што може да буде, на пример, легат), али не и купопродаје, јер у случају купопродаје (друга реченица) својина се преноси само ако је цена плаћена или је дато осигурање исплате: «ипак **продате и предате ствари** не постају својина купца ако он није продавцу платио цену или му на други начин дао осигурање». Према томе, по Јустинијану, ако је реч о предаји ствари на основу доброчиног посла својина се преноси у моменту предаје, али ако је традиција извршена на основу теретног уговора – купопродаје, до преноса својине долази само ако је и цена плаћена. Остаје спорна последња реченица Институција: «Међутим, ако продавац прода ствар купцу **на поверење**, треба рећи да она одмах постаје својина купца.», коју налазимо и код Помпонија: D. 18, 1, 19: «Оно што се продаје не постаје примаочево другачије, него ако цену нама исплати, или одмах у то име нешто учини, или такође, **ако имамо веру у купца и без икаквог обезбеђења**.»

Овај Помпонијев текст као да резимира одредбу Јустинијанових Институција (што даје основа и за то, да се сматра интерполацијом). Она у потпуности одговара одредби Јустинијанових Институција, а уосталом и једноставном народном схватању и пракси свих времена, па и нашем: Ако продавац има поверење у купца може на њега пренети својину и пре исплате цене. Ако анализирамо са аспекта права, видећемо да у постклασичном периоду (као ни у класичном у провинцијама) не зависи само од продавчеве вере у купца и од његове воље да ли ће исплата цене или њено обезбеђење бити предуслов за стицање својине, јер је у одређеним случајевима Рим са јавноправног аспекта постављао посебне услове продаје.

Већ класични документи сведоче о томе, да је у провинцијама, ако је предмет продаје био опорезован, Рим имао посебан интерес, да прибављање ових ствари буде стабилно, без евентуалних накнадних спорова. Стога је у овим случајевима о купопродаји састављана писана исправа у

[51] E. Albertario, *Il momento del trasferimento*, стр. 454 – 466.

којој је и исплата цене посебно констатована. У постклаасичном периоду, обзиром на то да је Диоклецијан увео јединствени порез *capitatio-iugatio* за целокупно становништво империје на основну непокретност, земљу, некадашња пракса, примењивана у провинцијама, сада је постала пракса и обавеза сваког прибавиоца земљишних парцела.[52]

На ову чињеницу указује и Јустинијан у Институцијама (2, 1, 40), излажући о прибављању телесних ствари путем традиције:

«Према томе, и поседи који подлежу опорезивању (*praedia stipendiaria et tributaria)* могу да се преносе на исти начин. *Praedia stipendiaria et tributaria* називају се земљишта, која се налазе у провинцијама. Између ових и италских земљишта, међутим, у смислу наше конституције, нема више никакве разлике.»[53]

Спорна одредба (2, 1, 41) следи одмах после ове констатације. Ову одредбу аутори, који се баве прибављањем својине издвојено анализирају. По нашем мишљењу, она је много разумљивија у контексту цитиране реченице: ако је реч о стварима оптерећених порезом (према томе, заступљен је интерес царства – *utilitas publica)* исплата цене, или адекватно обезбеђење истог, је неопходна за стицање својине. Овако повезивање одредаба потврђује мишљење, да је исплата цене била предуслов за стицање својине над земљишним парцелама у провинцијама и у класичном периоду.

У постклаасичном периоду су вођени посебни земљишни регистри, ради евиденције исплате пореза. То потврђује више конституција. На пример, C. Th. 11, 3, 5:

„Ко год да је прибавио својину на стварима другог, обавезан је да одмах упише своје име у цензорску књигу, и да сам гарантује исплату у погледу оног дела, чији је држалац постао: отклањајући тако неугодности за преносиоца, јер је *capitatio* пренет на следбеника.“[54]

Ово уписивање у књиге ценза или јавне књиге *(publicis libris)* у пракси није било доследно поштовано.[55] Од обавезивања купца да пријави стечену својину пред цензором *(professio censualis)*, била би од већег ефек-

---

[52] М. Сич, *Законске мере за обезбеђење наплате пореза у кризним временима позног римског царства*, Правни живот, том. II, 1998/10, Београд, стр. 725 – 741.

[53] *«Itaque stipendiaria quoque et tributaria praedia eodem modo alienantur. vocantur autem stipendiaria et tributaria praedia quae in provinciis sunt, inter quae nec non Italica praedia ex nostra constitutione nulla differentia est.»*

[54] C. Th.11.3.5 [=brev.11.2.2] *«Imppp. theodos., arcad. et honor. aaa. tatiano pf. p. quisquis alienae rei quoquo modo dominium consequitur, statim pro ea parte, qua possessor fuerit effectus, censualibus paginis nomen suum postulet annotari, ac se spondeat soluturum; ablataque molestia de auctore, in succedentem capitatio transferatur. dat. xv. kal. oct. constantinopoli, tatiano et symmacho coss.»*

[55] C. Th. 11, 3, 3; M Kaser, *RPR*, II, str. 200.

та овера уговора од стране државног органа и задржавање једног примерка ради евиденције у канцеларији, каква овера је била прописана у случају поклона.[56] За поклоне веће вредности је иначе била прописана писана форма, свечана предаја у присуству суседа, и јавна овера. Неопходност јавне овере купопродаје биће касније предвиђена на Западу, Валентинијановом новелом *(Nov. Val.* 15, 3).

Уписивање имена новог власника – пореског обвезника, у цензорске, односно јавне књиге учињено је на основу писаног уговора о купопродаји.

Шта треба да садржи исправа?

Према Константиновој конституцији из 337. године, C. Th. 3, 1, 2[57]:

«Ко купује признаје и порез купљене ствари, јер никоме није дозвољено ствар ни куповати ни продавати без пореза. Овим Законом је одређена јавна и фискална контрола, да би у случају, ако је нешто стечено без пореза и ово је од другога пренето, продавац би у корист фиска губио државину, а купац оно што је дао на име цене. 1. Овај закон осим тога одређује, да никоме од продаје ствари не може припадати било шта, уколико у време када је између купца и продавца уговор свечано закључен, није била потврђена стварна и права својина, ова исправа треба да буде састављена по овом закону и неопходно је пружити доказ о својини чак и онда када се продају измерене парцеле земљишта *(subsellia, scamna).*»[58]

Константинова конституција (C. Th. 3, 1, 2) захтева свечано закључивање уговора о куповини земљишта, као и потврду продавчеве својине од стране суседа непокретности. Под свечаним закључењем уговора подразумева се писана форма, која је у пракси била већ толико распрострањена, да је конституције често претпостављају.[59] Ову форму, интерпрета-

[56] A. Malenica, *Poklon u rimskom pravu*, Beograd, 1981, str. 193; G. G. Archi, *нав. дело*, стр. 670.

[57] Ова одредба је нешто шире унета и у Fr. Vat. 35, без веће суштинске разлике. Видети, M. Sargenti, *Contributi alla palingenesi delle costituzioni tardo-imperiali* (I. Vat. Fr. 35 e C. Th. 3, 1, 2), Studi sul diritto del tardo impero, Padova, 1986, стр. 259 – 279. M. Sargenti, *La compravendita nel tardo diritto romano, indirizzi normativi e realta sociale (Contributo all' interpretazione di Fr. Vat. 35),* стр. 279 – 307.

[58] CTh.3.1.2pr. [=brev.3.1.2pr.] *«Idem a. ad gregorium. qui comparat, censum rei comparatae cognoscat: neque liceat alicui, rem sine censu vel comparare vel vendere. inspectio autem publica vel fiscalis esse debebit hac lege, ut, si aliquid sine censu venierit, et id ab alio deferetur, venditor quidem possessionem, comparator vero id, quod dedit pretium, fisco vindicante, perdat.* CTh.3.1.2.1 [=brev.3.1.2.1] *Id etiam placuit, neminem ad venditionem rei cuiuslibet accedere, nisi eo tempore, quo inter venditorem et emptorem contractus solenniter explicatur, certa et vera proprietas a vicinis demonstretur; usque eo legis istius cautione currente, ut, etiamsi subsellia vel, ut vulgo aiunt, scamna vendantur, ostendendae proprietatis probatio compleatur.»*

[59] G. G. Archi, *нав. дело*, стр. 711. и нот. 2.

ција конституције која је настала на Западу, сматра пожељном и приликом куповине „ствари средње вредности, да не би била продата туђа ствар". Испуњењем наведених формалности својина купљене ствари је пренета на прибавиоца[60]

Да би својина купца била сигурна ова конституција ставља нагласак на потврду продавчеве својине од стране суседа. Продаја туђе ствари је била забрањена (*Int. P. S.* 1, 1, 2)[61], а ова потврда би била гаранција да до евикције неће доћи. Предаја ствари и исплата цене се у овој конституцији претпостављa.

У другим конституцијама нагласак се ставља на исплату цене, што је такође битно за стабилност купчеве својине. На пример, *Nov. Val.* 32, из 451. године:

«Ко жели продавати, дужан је да наводи одређену и потврђену цену. Састављач писмена пази, знајући то, када је потребно продаји прикључити исправу. Ко купује ништа не враћа, ако продавац стиче цену уз јавну веру.[62]

Ако је било речи о неком другом посебном интересу царства, уговор је морао бити састављен такође у писаној форми, уз додатну дозволу судије или курије. Посебна форма и јавна контрола је потврђивала не само ваљаност уговора, него и извршење истог. У неким случајевима ова форма је гарантовала не само да је цена плаћена, него и то да је она правична.[63]. Према одредби из 391. године (LRV. C. Th. 10. 9, 1 /=C. Th. 10, 17, 3/) и њене интерпретације, цена мора да одговара и вредности ствари.

Int.: «Ако је неко притиснут превеликим јавним дугом, тако да се од овог дуга не може другачије ослободити, само продајом својих добара, у

[60] Говори се о транслативном дејству купопродаје, E Levy, *Weströmischen Vulgarrecht, Das Obligationenrecht,* Weimar, 1965, стр. 208 – 209.

[61] Детаљније, М. Сич, *Уговор о куповини и продаји према одредбама зборника Lex Romana Visigothorum*, (магистарски рад), Нови Сад, 1985, стр. 171 – 175.

[62] LRV. Nov. Val. 10, par. (Nov. Val. 32) /451/: *«Volenti vendere, definitam et conscriptam pecuniam oportet inferri. Videat instrumentorum scriptor, sciant ii, apud quos venditionis documentum necesse est allegari. Nihil refert, quis emat, quum publica fide pretium venditor consequatur.»* На исплату цене указују и други текстови: *Int.: ...Sed nunc Valentiniani Imperatoris hac lege praeceptum est, ut omnes administrantes vel militantes, aut in cuocunque officio publico constituti sunt, et comparandi et commutandi et accipiendi donationis titulo habeant liberam potestatem. Solum est, ut nullus probat huiusmodi scripturas aut per metum aut per fraudem suppositae personae aut violenter extortas, id est, aut in carcere constituto, aut in quibuslibet vinculis posito, aut aliquod se tormentorum genus suppliciorumque perpasso aut forsitan pretium se, quod instrumentis inscriptum est, non docuerit percepisse. Tunc vero non solum instrumentum, si fuerit vacuatur, sed talis emtor et possessionem reddat, et pretium venditori, quod instrumentis continetur insertum, cogatur implere.* Такође, C. Th. 3, 1, 2; LRV. P. S. 2.17.1 и Int.

[63] Такође, Sirks, A. J. B. Sirks, *La laesio enormis en droit romain et Byzantin,* The Legal History Review, Антверпен, LIII, 1985, стр. 297.

оваквим случајевима дуговања, неопходно је применити такве форме извршења, које онемогућују да се у овој ствари пренагли, да се не би ствар отуђила за мању цену од оне коју вреди, нити под овим условима да је од стране купца била учињена превара (што би довело до тога), да дужнику пропадне својина, а фиск би мање добио.»[64]

У циљу заштите општих, државних интереса прописана је посебна форма и у другим случајевима, на пример, у случају продаје имовине куријала и других службеника, као и лица са недовољним животним искуством. [65]

Према томе, писана исправа је и у позном царству садржала не само податке о закључењу, него и извршењу уговора, предаји ствари и исплати цене и потврди праве својине продавца. У односу на класичне исправе, које садрже гаранцију за случај евикције, у постклаcичном периоду се захтева потврда својине продавца од стране суседа, да не би дошло до продаје туђе ствари и до евикције. Сви ови елементи купопродаје и исправе треба да потврде праву својину купца, који је сада нови порески обвезник.

Имајући у виду овакав значај писмена о купопродаји у случају када је заступљен и посебан интерес царства *(utilitas publica),* у романистици је настала жива дискусија о томе какав је значај овог писмена: да ли је оно битан елеменат за настанак уговора *(forma ad substantiam)* или је потребна само као доказно средство *(forma ad probationem).*[66] По правилу, заступа се мишљење да је реч о доказној форми. Ми сматрамо, да у овом случају не можемо пратити савремени концепт значаја форме. У Риму писана исправа са свим потребним елементима у њој констатованим, била је потребна

[64] *Interpretatio, „Si quicumque publici debiti enormitate constringitur, ut non possit hoc ipsum debitum nisi vendita propria facultate dissolvere, in eius modi debito hanc exactores formam servare debebunt, ut non ita rem praecipitent, ut res minore, quam valeat, pretio distrahatur, nec tales sub quolibet colludio provideant emptores, ut et debitor proprietatem perdat, et parum fiscus acquirat."*

[65] М. Сич, *нав. дело (Уговор о куповини и продаји),* стр. 148 – 158. С обзиром на то да је римско друштво у постклаcичном периоду било у кризи, посебна форма је била обавезна и у другим случајевима, када су то захтевали тзв. општи интереси. Тако на пример, ради спречавања бекства куријала од обавезе сакупљања пореза, била је предвиђена посебна форма за продају непокретности и робова куријала. Уговор о продаји куријаловог земљишта и робова је морао бити састављен у писаној форми снабдеваној потписима сакуријала, који су били позвани да потврде неопходност ове продаје, а за продају земљишта куријал је морао да прибави и додатну дозволу саме курије или судије (*Nov. Mai.* 7, 9, из 458. год.).

[66] G. G. Archi, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano,* Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini, Milano, 1946, стр. 710 – 727.; G. G. Archi, *Civiliter vel criminaliter agere in tema di falso documentale (Contributo storico-docummatico al problema della efficacia della scriptura),* Scritti di diritto romano, vol. III, Milano, 1981, стр. 1589 – 1671.

ради тачне евиденције пореских обвезника или ради заштите неког другог јавног интереса. Сем овог питања, императоре не интересују догматско-правна питања. Из овог разлога ми, полазећи од наших правно – теоријских схватања, тешко можемо да се определимо за форму *ad substantiam*, или форму *ad probationem.* То није могао да учини ни компилатор Јустинијанових Институција. О томе сведочи још једна спорна и контрадикторна одредба:

Just. Inst. 3, 23, pr: „Куповина и продаја се склапа када странке постигну сагласност о цени, иако цена још није исплаћена, нити је дата капара, јер оно што се даје на име капаре (само) је доказ да је купопродаја закључена[67]. То треба да важи за куповине и продаје које се закључују без писаних исправа, јер у погледу оваквих продаја од нас није учињена никаква новина. Међутим, у оним случајевима када се о томе састављају писане исправе, одређујемо да се куповина и продаја не може сматрати ваљаном ако исправе о куповини не буду написане својеручно од стране сауговорача или од неког другог, али у том случају потписане од уговорача, а ако је то обавио писар, онда вреде само ако су сасвим довршене, и ако имају све делове. Ако у њима нешто недостаје, онда има могућности одустајања, па и купац и продавац могу некажњено одустати од куповине. Ипак, они само у том случају имају право без одговорности одустати, ако није било шта дато на име капаре, јер ако је до тога дошло, онда, било да је купопродаја закључена писмено, било без писмена, онај ко одбија испунити уговор, уколико је реч о купцу, изгубиће оно што је дао, а ако је продавац, он је дужан да врати двоструки износ[68], макар да у погледу капаре није ништа посебно речено (уговорено).“

По Јустинијану купопродајна погодба није ваљана (по савременом схватању – не обавезује стране) све дотле док исправа о њој није коначно довршена и прихваћена од странака (по савременом схватању – *forma ad substantiam).* Према напред реченом, ова исправа је садржала не само неопходне елементе закључења уговора, него и све неопходне елементе његовог потпуног извршења. У овом случају раскид уговора више није могућ, јер је и извршен.

Купопродајни уговор, на неки начин обавезује странке и онда ако је дата капара, без обзира да ли је уговор сатављен и у писаној форми или није (по нашем схватању – предуговор). У овом случају уговор још није у

[67] Упор. *Gaius, Inst.* 3, 139: „Купопродаја се склапа када се постигне сагласност о цени, иако није исплаћена цена нити је дата капара; када се да капара, то је знак да је закључена купопродаја.“

[68] *arrha poenitentialis* (одустаница, казна)

потпунсости извршен и дата је могућност за одустајање губитком капаре за купца, или повраћајем двоструке капаре за продавца.

У погледу одредбе, која се односи на састављање купопродаје у писаној форми, у романистици се углавном заступа мишљење, да од воље странака зависи да ли желе да сачине уговор у писаној форми или не. Ако се одлуче за писану форму она постаје битан елеменат уговора.[69] На основу напред изложеног, можемо констатовати, да у случајевима када је заступљен интерес царства, писана форма је обавезна. Према Новели Валентинијана 32.: «Састављач писмена пази, знајући то, **када је потребно продаји прикључити исправу**.» – у правној пракси се, према томе, знало када је неопходна писана форма са свим битним елементима купопродаје, од којих је један и исплата цене.

Општа криза, неповерење међу грађанима,[70] затим и бирократизација римског царства у току периода домината, као и утицај праксе источних провинција, која је прихватила писане исправе, били су узроци распрострањености послова насталих у писаној форми. Писана исправа је често састављена и без посебне потребе.[71] Услед учесталости коришћења писмена, посебан проблем су представљале фалсификоване или лажне исправе, нарочито у овом постклсичном периоду.[72]

Поставља се и питање, какав је однос прибављања својине и исплате цене у другим случајевима продаје, код којих посебан интерес царства није заступљен.

У условима економске кризе и инфлације, мада је још остављена могућност кредитирања цене (уз обезбеђење исплате или чак евентуално и уз поверење у купца)[73], текстови, по правилу, условљавају пренос својине исплатом цене, чак и занемаривањем извршене традиције предмета. Услед

---

[69] D. Stojčević, *Римско облигационо право*, Београд, 1960. стр. 47.

[70] О томе сведоче сачуване исправе у којима странке захтевају један од другог све могуће потребне и непотребне гаранције испуњења.

[71] LRV. P. S. 2, 18, 10, Int.: *In contractibus emti et venditi, qui bona fide ineuntur, venditionis instrumenta superflue requiruntur, si quocumque modo res vendita, dato et accepto pretio, qualibet probatione possit agnosci.* (У уговорима куповине и продаје, који настају на основу савесности и поштења, сувишно је захтевати инструменте /исправе/ о продаји, ако се било како продата ствар за предату и примљену цену, може сазнати на основу било којег доказа)

[72] G. G. Archi, *„Civiliter vel criminaliter agere", In tema di falso documento,* Scritti di diritto romano, vol. III, Milano, 1981, str. 1589 – 1668.

[73] Ако би продавац предао ствар пре потпуне исплате цене, купац би требало да плати и камате, јер је пао у доцњу *(mora debitoris). LRV. P. S.* 2, 18, 6: *Post rem traditam nisi emtor pretium statim exsolvat,* ***usuras*** *eius praestare cogendus est.* (После предаје ствари, изузев ако је купац цену одмах исплатио, обавезан је да плати и камате.) Према једном каснијем рукопису Бревијара, не постоји више могућност кредитирања цене, јер «приликом предаје ствари цену треба платити одмах». Epit. Guelph. 2, 18, 6.: *Rem tradita precium* ***statim*** *dandum.*

оваквог схватања у погледу постклаcичног, пре свега, вулгарног права, говори се о транслативном дејству самог уговора.[74] Такво схватање одговара обичном народном схватању о стицању својине: ако сам платио цену, ствар је моја, без обзира да ли је она мени већ предата или још није. У том смислу су интерпретатори схватили следећи Паулов текст.

P. S. 1, 13, 4: «Ако **оно што је купљено,** није било предато, нити манципирано, продавац може да буде приморан да преда или манципира.»[75]

Према тзв. Визиготској интерпретацији, «оно што је купљено» се тумачи у смислу «примајући цену продајом отуђио».

Инт.: «Ако неко не изврши предају оне ствари, коју је **примајући цену продајом отуђио,** на предају продате ствари приморан је свим средствима.» [76]

Према интерпретацији, продавчева обавеза на предају ствари настаје тек ако је купац већ платио цену, а не на основу саме сагласности воља, што је био случај у класичном праву. У интерпретацији чињеница, да је купац исплатом цене стекао својину ствари, изражена је на више места. Прво: «примајући цену продајом отуђио» *(accepto pretio facta venditione distraxit)*, што значи, да продавац није више власник, јер је ствар отуђио. Друго: у тексту се наводи да је «приморан на предају продате ствари свим средствима *(omnibus modis)*, значи да продавац никако не може да се ослободи предаје продате ствари. С обзиром на то, да у вулгарном праву нису разликовали тужбе на облигационе и стварноправне, виндикацијом (тако и Бревијар означава *rei vindicatio*) називали су све тужбе којима је захтевана предаја ствари (сем новца)[77]. Леви и Казер такође сматрају, да својина прелази на купца у тренутку када је уговор закључен, тј. када је цена исплаћена[78].

У каснијем лангобардском праву за настанак уговора о купопродаји и за прибављање својине такође је неопходно да је купац платио цену за предату ствар, што је било потврђено и исправом[79]. Ако би се јавио спор

---

[74] *Транслативно дејство уговора о купопродаји и задржавање овог концепта у савременим правним системима,* /Зборник радова Правног факултета у Новом Саду /Collected Papers/, Нови Сад, XXXVIII -3/ 2004, стр. 285 – 311.

[75] *«Si id quod* ***emtum est,*** *neque tradatur, neque mancipetur, venditor cogi potest, ut tradat aut mancipet.»*

[76] *« Si eam rem, quam aliquis* ***accepto pretio facta venditione distraxit****, tradere distulerit, ad traditionem rei qua vendidit, omnibus modis compellendus est».*

[77] M. Kaser, *RPR., II,* стр. 210. као и стр. 282.

[78] M. Kaser, *RPR, II*, стр, 281, Levy, *нав. дело*, стр. 208 – 209.

[79] *Edictum Rothari* (из 643. год.) 227. Видети детаљније, I. Babják, *A Leges Langobardorum adásvételre vonatkozó szabályai* (Правила купопродаје у Leges Langobardorum),

око својине ствари, било је потребно да купац својом заклетвом потврди да је платио пуну цену.[80]

У хеленистичким правима се купопродаја такође схвата као купопродаја из руке у руку[81], и то у толикој мери да купљена ствар ступа на место цене. Сматра се да због таквог схватања продавац може да задржи својину до исплате цене.[82]

Услед сличности вулгарно – правних решења и грчког права, настала је хипотеза о утицају грчког права на римско вулгарно право. Ово, међутим није доказано. Сличности су, највероватније, засноване на једноставном народном схватању, које је, у суштини, присутно и данас и не познаје државне границе.

Према А. Руицу, правило прихваћено у Јустинијановим Институцијама управо има основа у постклασичном вулгарном праву, које је на Истоку било под хеленистичким утицајем, а на Западу под утицајем народног схватања.[83]

Данас је све више заступљено мишљење, да спорна одредба Јустинијанових Институција одговара не само Јустинијановом, него и класичном времену.[84] Ми ипак сматрамо, да мада Јустинијан не набраја таксативно, у којим случајевима је неопходно да је цена заиста исплаћена, као што не набраја ни случајеве када је неопходно саставити исправу о закљученој и извршеној продаји у писаној форми, у пракси се знало да су ови елементи неопходни за ваљаност купопродаје у случајевима када је заступљен и посебан интерес царства, а пре свега у случају продаје непокретности. У том погледу Јустинијан прати праксу прихваћену у провинцијама већ у класичном периоду. У овим случајевима је аутономија воље уговорних страна била ограничена. С обзиром на тежњу Јустинијана ка класицизму, сматрамо, да вулгарноправно схватање «платио сам ствар је моја», мада у кризним временима купородаја из руке у руку преовладава, имало само посредан утицај на Јустинијанову одредбу. По римском класичном и јустинијановом праву, купац који је платио цену пре предаје ствари, није имао посебно обезбеђење од тога да продавац неће неком другом купцу поново продати ствар. У постклασичном вулгарном праву такав купац се већ сматра власником.

Publicationes Universitatis Miskolcinensis, Sectio juridica et politica, Tom. XXI/1, Мишколц, 2003, стр.11.

[80] *Rathis leges* (из 746. год.) 8 (IV) a. Издање: Bluhme 189.

[81] Z. Stehlo, *Az egyiptomi papiruszok és a római jog* (Египатски папируси и римско право), Мишколц, 1938, стр. 75.

[82] E. Pólay, *нав. дело*, стр. 250. позива се на, R. Taubenschlang, *The Law of Greco – Roman Egypt in the light of the Papyri,* Варшава, 1955.

[83] V. Arangio-Ruiz, *La compravendita*, стр. 307 – 308.

[84] R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, стр. 274. нот. 21.

II. Проблем условљавања стицања својине исплатом цене према праву Србије

Наше право у погледу деривативног начина стицања својине прихвата решење римског класичног права. Прибављање својине од стране купца не условљава исплатом цене. Оставља на вољу продавца, да ли ће сачекати са предајом ствари, односно дозволом укњижбе до исплате пуне цене, или ће захтевати од купца неко лично или стварно обезбеђење, или ће имајући поверење у купца пренети на њега својину без икаквог обезбеђења исплате цене. Ове могућности одговарају могућностима изложеним у Помпонијевом тексту (D. 18, 1, 19), као и последњој реченици одредбе Јустинијанових Институција (2, 1, 41).

Према Закону о основама својинско – правних односа, Чл. 34. «На основу правног посла право својине на покретну ствар стиче се предајом те ствари у државину стицаоца.»

ЧЛ. 33. «На основу правног посла право својине на непокретност стиче се уписом у јавну књигу или на други одговарајући начин одређен законом.»[85]

Ипак, имајући у виду евентуалне проблеме у пракси услед и данас владајућег народног схватања да «купац стиче својину испалтом цене», а не у моменту предаје на основу ваљаног основа, Закон о облигационим од-

[85] Римско правило је преузето преко Аустријског општег грађанског законика, посредством Српског грађанског законика. АОГЗ пар. 425. « Сам наслов (Правни основ */iusta causa/)* се у току средњег века, у немачкој пандектистици, назначује као наслов */titulus/,* а *traditio* као *modus*. R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition,* Oxford, 1996, стр. 272.) не даје још никакве власности. Изван случајева назначених у закону, власност и уопће сва права стварна могу се само стећи, када се по закону предаду и приме.» Јавност преноса својине над основним средствима производње (где спадају и непокретности) у старом Риму обезбеђивала је манципација или инјурецесија. Према АОГЗ-у то обезбеђује упис у јавне књиге. АОГЗ пар. 431. «Да се пренесе власност ствари непокретних, треба да је стечење уписано у јавне књиге на то одређене.» На основу аустријског права ову концепцију преузима и Српски грађански законик, мада није довољно прецизан: СГЗ пар. 285. «Ствари оне, које већ имају господара, могу се прибавити, кад законим начином од једног прећу на другога, и овоме се предаду.» СГЗ пар. 292. «Као што је одређено, да се непокретне ствари у књиге баштинске код судова окружних уводе, тако ће се при свакој промени господара морати на новог баштиника исто непокретно добро пренети и уписати.» Исту концепцију прихвата и прецизно изражава Богишићев *Општи имовински законик за Црну Гору*: Чл. 67. «И онда кад ко покретну ствар на почек прода, влаштина јој прелази предајом на купца, дакле, и док ствар још ни плаћена није. Стране ипак могу уговорити да влаштина ствари остаје при продавцу док се год цијена не подмири.»

носима посебно предвиђа могућност одлагања предаје до исплате цене (чл. 475.):

«Ако није што друго уговорено или уобичајено, продавац није дужан дати ствар ако му купац не исплати цену истовремено...»

Чл. 477. ст. 1 указује на економску кризу и формулисан је на увредљив начин у смислу: ако је неко сиромашан (или барем тако изгледа) може да стекне својину на основу продаје само ако је исплатио цену – без тога се предаја неће извршити (подсећа на правило средњевековног права «по предаји ствари цену треба платитти одмах»):

«Ако се после одашиљања ствари купцу покаже да су његове материјалне прилике такве да се основано може посумњати да ће он моћи исплатити цену, продавац може спречити изручење ствари купцу чак и кад овај већ има у рукама исправу која га овлашћује да захтева изручење ствари.»

Продавчеве интересе штити и одредба о задржавању права својине до коначне исплате цене.

Чл. 540. ст. 1.: «Продавац одређене **покретне ствари** може посебном одредбом уговора задржати право својине и после предаје ствари купцу, све док купац не исплати цену у потпуности.»

Овај начин је био познат у *ius commune* као *pactum reservati dominii*.[86] У римском праву овом пакту нема трага. Римљани су уместо овог пакта интересе продавца штитили применом *lex commissoria*, или су ствар предали купцу који још није исплатио цену само у закуп или прекариум[87].

Наш законодавац, такође оставља продавцу могућност, да ствар до коначне исплате цене преда само у закуп (тзв. лизинг):

Чл. 550. ст. 1.: «Правила о продаји са оброчним отплатама цене важе и у случају других погодби који имају исту суштину, као што је, на пример уговор о закупу са одредбом да ће ствар која је дата у закуп прећи у својину закупца ако буде плаћао закупнину за одређено време.»

Ако је предмет продаје непокретна ствар продавчеви интереси се сматрају заштићеним дозволом укњижбе *(clausula intabulandi)*. По нашем мишљењу, не би било у супротности са правилима земљокњижног права[88], ако би странке и у овом случају унеле у сам уговор одредбу о задржавању својине до исплате пуне цене. Закон о облигационим односима у погледу непокретности ту могућност не предвиђа.

---

[86] Видети, G. Schiemann, *Über die Funktion des pactum reservati dominii wahrend der Rezeptionen des römischen Rechts in Italien und Mitteleuropa*, ZSS, 93/1976, стр. 161 и даље.

[87] R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, стр. 276 – 277 као и 530 – 532.

[88] Како то сматра, Б. Визнер, *Грађанско право у теорији и пракси*, 2. изд. књига 3. Ријека, 1969, стр. 1050.

Чини се да је наш законодавац, строго се држећи теоретских концепата, склон да исти проблем регулише на различит начин у различитим законима. Закон о облигационим односима у чл. 455. за уговор о продаји непокретних ствари предвиђа само писану форму. У Закону о промету непокретности (1989. измењен 1999. чл. 4.), поред тога, предвиђена је и овера потписа уговорних страна.[89] Правила о *clausula intabulandi* се примењују на основу судске праксе позивом на законе који су се примењивали раније, с обзиром на то да Закон о земљишним књигама из 1992 о томе не садржи одредбу.[90]

Имајући у виду овакво стање законодавства, чини нам се да интереси продавца непокретности законски нису у довољној мери заштићени. С друге стране, још мање су заштићени интереси купца, који по правилу већ приликом закључења уговора исплати барем део куповне цене. Без обзира да ли се ради о покретним, а још више о непокретним стварима, продавца не спречава ништа да у међувремену до исплате пуне цене ствар несавесно прода другом купцу.

У праву Мађарске ако је реч о непокретним стварима, задржавање права својине има значај средства обезбеђења у корист обе уговорне стране. Према чл. 368. ст. 1. Мађарског грађанског законика, продавац може да задржи право својине, што се констатује у писаном облику, без обзира да ли се ради о покретним или непокретним стварима, али само до исплате пуне цене. У том временском периоду купац не сме да прода нити да оптерети предмет уговора (ст. 2). То, под претњом кривичне одговорности, не сме да чини ни продавац. Према Закону о евиденцији непокретности Мађарске из 1997. године, на захтев купца, чињеница продаје са задржавањем права својине се и евидентира у земљишним књигама у корист купца. Ако је купац уведен у посед пре исплате пуне цене, њему припадају како користи, тако и терети, а он ће сносити и ризик случајне пропасти ствари (ст. 3. МГЗ).

Задржавање права својине продавцу гарантује својину и повраћај ствари и на основу својине у случају ако купац уопште или по доспелости не исплати цену.

Ако би купац ипак продао ствар пре него што је стекао својину, права трећег савесног прибавиоца су загарантована, али с обзиром на то, да се чињеница продаје са садржавањем права својине евидентира у зем-

[89] Чл. 4. *Закона о промету непокретности* («Сл. Гласник РС. бр. 42 од 18. новембра 1998)

[90] J.Szalma – M. Szalma, *Az osztrák és magyar telekkönyvi rendtartás hatása a (volt) jugoszláv valamint szerbiai telekkönyvi és ingatlan – nyilvántartási jogra,* у књизи, *Ingatlan – nyilvántartás*, Нови Сад, 2002, стр. 182 – 185.

љишним књигама, купац, који је занемарио да то сазна, не може се сматрати савесним, што такође штити интересе продавца.

Евиденцијом продаје ствари са задржавањем права својине, заштићени су и интереси купца, јер продавац, изузев у случају неиспуњења уговора, ствар не може да одузме од купца, не може да је оптерети, нити да прода. Исплатом пуне цене, ако посебна изјава продавца о дозволи укњижбе није уговорена, купац стиче својину аутоматски. Ако је пак, давање изјаве уговорено, а продавац би то одбио, купац дозволу укњижбе може да постигне и судским путем.[91]

С обзиром на то, да су се развили различити облици лизинг послова, као и да овај посао код нас није законски регулисан[92] ни интереси корисника лизинга нису у довољној мери заштићени. По правилу, лизинг се сматра правним послом *sui generis*. Услед тога, лако је избећи примену правила Закона о облигационим односима о продаји са оброчним отплатама цене, која штите и интересе купца. Поред тога, у случају лизинга, посебан проблем представља и могућност уговарања непоштених услова.[93]

Према томе, у погледу законском регулисању различитих начина условљавања преноса својине исплатом цене, потребно је данас приступити не само имајући у виду заштиту интереса продавца, већ би требало водити рачуна и о, код нас досад занемареној заштити купца, као слабије уговорне стране – што такође улази у шири контекст заштите потрошача.

III. Закључак

По римском класичном праву, купорпдаја је консенсуални уговор са чистим облигационим дејством. Својина предмета уговора прелази на купца на основу ваљаног уговора *(iusta causa)* у моменту предаје ствари *(traditio),* наравно, под условом да је продавац био власник *(Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet)*. Стицање права својине од стране купца није условљена исплатом цене. Ова правила римског класичног права испуњавају захтеве развијеног промета и прихваћена су и у нашем савременом праву.

---

[91] Детаљније, Á. Boóc, A. Hegyi, I. Sándor, B. Szűcs, G. Török, *A követelések érvényesítésének jogi eszközei* (Правна средства остваривања потраживања), Будимпешта, 2005. стр. 139 – 147.

[92] А. Ђенадић, *Уговор о лизингу,* Правни живот, том 3, бр. 11, Београд, 2004, стр. 561 – 575.

[93] G. Benacchio, *Diritto privato della Comunitá Europea, Fonti, modelli, regole*, 2. ed. Падова, 2001, стр.302.

Наравно, имајући у виду праксу, продавац ће ствар предати купцу, или ако је реч о *res mancipi* по римском класичном праву, обавити манципацију или инјурецесију, или данас у случају непокретних ствари, дозволити укњижбу права својине у земљишне књиге, тј. пренеће својину на купца, сходно Помпонију (D. 18, 1, 19): «Оно што се продаје не постаје примаочево другачије, него ако цену нама исплати, или одмах у то име нешто учини, или такође, ако имамо веру у купца и без икаквог обезбеђења.» Овакав концепт истовремено остварује и принцип слободе уговарања.

С друге стране, међутим, овакав либералан став, поставља питање адекварне заштите продавчевих интереса, који предајом ствари или испуњењем потребних формалности губи својину продате ствари: може ли цену непосредно остварити путем средства обезбеђења, или ће бити упућен на судски поступак, са мање више неизвесним исходом, поготову, ако није тражио никакво обезбеђење (или због тога што је имао поверење у купца, или због једноставног народног схватања, да се својина преноси или стиче исплатом цене – «платио сам, ствар је моја»).

Овај проблем је актуелан од Рима до данас. У случају ствари оптерећених порезом, већ се по римском класичном праву (али тада само у порезом оптерећеним провинцијама), постављају се у интересу царства посебни услови преноса својине: стварна исплата цене, која је констатована и у исправи о купопродаји. Овим додатним условима у постклаасичном праву додаје се и услов да је продавчева својина потврђена од стране суседа. Сви ови додатни услови (писана исправа, исплата цене, потврђена продавчева својина) потврдили би коначност продаје и сигурну својину купца, који је евидентиран у посебним јавним књигама *(publicis libris, censualibus paginis)* као нови порески обвезник. У овим случајевима аутономији воље странака није више било места.

У осталим случајевима, у којима посебан интерес царства *(utilitas publica)* није био заступљен, већ у римском класичном периоду, сам продавац би се побринуо да предајом ствари не дође до преноса права својине, дајући ствар купцу до исплате пуне цене само у закуп или прекаријум (мешовити уговор), или додатним пактом, тзв. *lex commissoria*. По *ius commune* овај проблем је решаван путем *pactum reservati dominii*. У кризним временима позног римског царства, враћањем на купопродају из руке у руку, оживело је чак и правило базирано на народном схватању (тзв. вулгарно право), да се својина стиче исплатом цене и без предаје ствари (на чему се базира схватање о тзв. транслативном дејству уговора о купопродаји).

У нашем савременом праву продавцу стоји на располагање: *pactum reservati dominii, ius communea* у случају продаје покретних ствари; преко праксе *clausula intabulandi* у случају непокретних ствари; као и лизинг; па

чак и одредбе Закона о облигационим односима диктиране економском кризом: чл. 475.: «Ако није што друго уговорено или уобичајено, продавац није дужан дати ствар ако му купац не исплати цену **истовремено**...», у смислу средњевековне одредбе *(Epit. Guelph.* 2, 18, 6.*)*: «*Rem tradita precium* ***statim*** *dandum (*приликом предаје ствари цену треба платити одмах»). По нашем мишљењу, разради овог правила путем одредбе Чл. 477. ст. 1: «Ако се после одашиљања ствари купцу покаже **да су његове материјалне прилике такве да се основано може посумњати да ће он моћи исплатити цену,** продавац може спречити изручење ствари купцу чак и кад овај већ има у рукама исправу која га овлашћује да захтева изручење ствари.» – **нема места ни у једном законском тексту.**

С обзиром на то, да је уговор о купопродаји двострано обавезујући уговор, сматрамо, да не само што постојећим законским правилима интереси продавца непокретности нису адекватно заштићени, већ и да су интереси купца као слабије уговорне стране (одн. заштита потрошача) од стране нашег законодавца потпуно занемарени.

Magdolna Sič, Ph.D., Associate Professor
Novi Sad Faculty of Law

The Transfer of Ownership under condition of the Price Payment as a Guarantee in Roman and our Contemporary Law

Abstract

According to classical Roman law the sale is a mere obligatory consensual contract. The buyer will acquire the ownership on the base of contract *(iusta causa)* by delivery *(traditio)* of the thing sold, of course, if a seller was an owner *(Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet)*. The payment of the price was not a condition for passing the ownership. Our contemporary law accepts these classical roman rules as well.

In legal practice, of course, the seller will deliver the thing to the buyer, or if it is *res mancipi* he will, in accordance to the classical roman law mancipate it, or today in the case of immobile things he will give the buyer a permission for the inscription in land registers, when, as Pomponius says (D. 18, 1, 19): „The thing sold should not belong to the buyer in other way, only if he has paid the price, or if he is doing something in the name of it, or if we have a confidence to the buyer, also without any guarantee."

On the other hand, this liberal conception raises the question of the adequate protection of seller's interests. The seller will be, by the delivery of the thing or performing the formalities, deprived of his ownership. This problem exists from Rome to today.

Already according to the classical Roman law, if there was a burden of tax payment on the thing sold (in classical period its regards only the provinces), Rome has an interest for additional conditions for the transfer of ownership: the real payment of the price and its confirmation by the written contractual document. In postclassical times, there was added also a condition: that the neighbors of the thing sold (immobile) have confirmed the seller ownership. All these conditions were needed to confirm that the thing is sold and that the buyer becomes an owner and a new tax – payer. His name will be evidenced in special public registers *(publicis libris, censualibus paginis)*.

In other cases, where a public interest *(utilitas publica)* of Roman Empire was not presented, even in the classical period, the seller was taking care about not to transfer the ownership by the delivery of the thing sold. Then he would give the thing to the buyer before the payment of the whole price only to lease, or in precarium (mixed contracts), or by contracting the additional *pactum – lex commissoria*. In *ius commune* this problem was solved by the way of *pactum reservati dominii.* In the times of crisis of the Late Roman Empire practicing the cash sale, the rule that the ownership is passing to the buyer when he has paid the whole price, even without the delivery of the thing sold (the so called translative effect of the sale) based on common, the so called, vulgar law conception, is alive once again.

In our contemporary law, the seller could use: in cases of mobile things the *pactum reservati dominii* of *ius commune*; in the cases of immobile things *clausula intabulandi*; and also the leasing; as far, our Law of obligations in art. 475 prescribes, that the seller is not obligated to deliver the thing, if the buyer is not paying the price in the same time. This rule remained us to the middle ages vulgar law rule *(Epit. Guelph.* 2, 18, 6.*):˝Rem tradita precium* ***statim*** *dandum˝* (Delivering the thing the price must be paid immediately).

Considering that the contract of sale is a bilaterally obligatory contract, in our opinion, not only that the interests of the seller of immobile things are not protected on adequate way in our legislation, but our legislator has completely ignored the protection of interests of the buyer, as a weaker contractual part (consumer protection).

349.41(497.1)"1918"

Мр Гордана Дракић, асистент
Правног факултета у Новом Саду

ПОЧЕТАК СПРОВОЂЕЊА АГРАРНЕ РЕФОРМЕ У КРАЉЕВИНИ СРБА, ХРВАТА И СЛОВЕНАЦА

Сажетак: *У раду се указује на сложеност аграрних односа и поседовне структуре земљишта, на територијама на којима су живели југословенски народи, и револуционарно расположење сељаштва непосредно пре и након стварања заједничке државе Срба, Хрвата и Словенаца. Затим су приказани кораци које је пре уједињења предузело Народно вијеће СХС у правцу смиривања сељаштва у Држави Словенаца, Хрвата и Срба одн. припрема за организовање аграрне реформе. Након тога, аутор излаже мере које су предузеле централне власти након проглашења Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца којима је била озакоњена промена аграрно-поседовне структуре и постављена основна начела спровођења аграрне реформе.*

Кључне речи: *Краљевство Срба, Хрвата и Словенаца, аграрни проблем, сељаштво, аграрна реформа, нормативни акти.*

Међуратна југословенска држава је у доба стварања 1918. године, али и током наредних неколико деценија, била изразито аграрна земља, чији је претежан део становништва обезбеђивао егзистенцију бавећи се пољопривредом. Уређење односа у области аграра убрајало се, стога, у ред најважнијих државних питања. Аграрни проблем је имао економско, социјално и политичко обележје, а његово решавање, путем спровођења аграрне реформе, трајало је колико и сама међуратна југословенска држава.

Југословенске земље су, приликом уједињења у Краљевство Срба, Хрвата и Словенаца, унеле у новостворену државу своје регионалне посебне карактеристике, по којима су се, једна од друге, разликовале у већој или мањој мери. Те разлике су се, између осталог, састојале у степену привредног развитка појединих југословенских крајева. Током читавог периода постојања Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, односно Краљевине Југославије, постојеће разлике су се испољавале. Оне су се одражавале како у привредном, тако и у политичком животу заједничке државе. „Иако је стара Југославија била централистичка држава, привреда у њој поред све своје унутрашње повезаности (јединством државног, дакле и привредног подручја) носила је и даље живе печате баштињене регионалне различитости. Те су се разлике потискивале, привредни живот у унитарној држави наметао је нужно и јединственост привреде, али су се и даље осјећали остаци тога и видно се истицали у развитку читаве земље.“[1]

И поред очигледне неједнакости у степену привредног развитка појединих делова Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца, ипак је у свима пољопривреда представљала најважнију грану привреде. „*Основна карактеристика привреде* у старој Југославији јест у чињеници, да је *пољопривреда* била главни начин производње, али са заосталом агротехником и уз почетне елементе *индустријализације*, која је мјестимице тек била нешто развијенија, те уз *ситан обрт*, који се претежним дијелом развијао без механизације.“[2] Међутим, у неким деловима заједничке државе постојали су развијени капиталистички односи, док су у другим егзистирали снажни реликти феудалних односа.

Један од основних задатака који је стајао пред властима новостворене државе, састојао се у предузимању потребних мера за брзо усаглашавање и отклањање постојећих разлика у привреди појединих делова јер су оне представљале објективне препреке њиховом економском зближавању.

„Рјешавању економских проблема влада је, међутим, посвећивала мало пажње. Предузимала је само оно што је наметала тренутна ситуација и што се није дало одложити: утврдила курс круне према динару, забранила извоз животних намирница и ограничила извоз осталих производа, обновила саобраћај на интернационалним жељезничким пругама и сл. Сву пажњу она је усретсредила на рјешавање унутрашњих политичких и социјално-политичких проблема, те на борбу за међународно признање проглашеног уједињења, утврђивање државних граница, на спасавање

[1] Ф. Чулиновић, *Југославија између два рата I*, Загреб 1961, 222.
[2] Исто, 222.

Далмације испод италијанске окупације и на припремање мировних уговора.“[3]

У тренутку стварања Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца класне и политичке супротности на селу биле су веома заоштрене. Становништво у свим југословенским земљама је још од 1917. године почело отказивати послушност окупаторским властима. Многи војници јужнословенског порекла су дезертирали из аустријске војске, одметали се у шуме - тзв. зелени кадар - и ту чекали крај рата. Наоружаном „зеленом кадру“ придружио се и велики број градске и сеоске сиротиње. Након слома Аустро-Угарске у свим југословенским крајевима владало је међу сељаштвом уверење да су тиме нестале последње препреке за остварење најзначајнијих националних и социјалних тежњи. Долазило је до самовољног запоседања земље, паљевина и пљачки. Сељачки покрет је у свим југословенским крајевима представљао озбиљну револуционарну снагу која је била спремна да се бори за земљу и боље услове живота.[4]

„У Македонији, дијеловима Црне Горе, на Косову и Метохији и у Босни и Херцеговини постојали су 1918. још увијек чивчијски односи, а у неким крајевима Далмације и Истре колонатски односи. У свим овим крајевима постојали су покрети незадовољних сељака. Како је година 1918. била револуционарна година, сељаци и пољопривредни радници у појединим крајевима, особито у Хрватској, Славонији, Војводини и у Босни и Херцеговини, сами су заузимали властелинску земљу негдје и зграде и стоку, или одбијали да плате закупнину за земљу коју су обрађивали.“[5] Самоиницијативна иступања безземљаша, сиромашних сељака и пољопривредних радника била су у суштини револуционарна, иако су их савременици, нарочито из редова грађанства, оцењивали као пљачкашке па чак и разбојничке.[6]

Дакле, револуционарно расположење на селу, сложеност аграрних односа и поседовне структуре земљишта на територијама на којима су живели југословенски народи пре свог уједињења 1. децембра 1918. године, оправдали су предузимање мера за организовање и спровођење аграрне реформе и колонизације у новоствореној држави.

Међутим, пре него што изложимо шта су државне власти учиниле непосредно након проглашења стварања Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца када је реч о аграрној реформи, потребно је да се осврнемо и на кораке који су били предузети од стране Народног вијећа пре уједињења у

[3] М. Ерић, *Аграрна реформа у Југославији 1918-1941 год*, Сарајево 1958, 142.
[4] Исто, 143-145.
[5] М. Мирковић, *Економска историја Југославије*, Загреб 1968, 204.
[6] Н. Гаћеша, Аграрна реформа и колонизација у Бачкој 1918-1941, Нови Сад 1968, 35.

правцу смиривања сељаштва односно припрема за организовање аграрне реформе.

Изасланици Словенаца, Хрвата и Срба из Словеније, Трста, Истре, Хрватске, Босне и Херцеговине, Далмације и Угарске, односно са целог југословенског етнографског подручја у Аустро-Угарској, основали су Народно вијеће 6. октобра 1918. године у Загребу. Народно вијеће, у коме су биле заступљене све политичке странке и све организације аустро-угарских Југословена, прогласило се за политичко представништво тога народа. Народно вијеће је било основано на „територијалном принципу". Наиме, свака југословенска покрајина је у њему била представљена са једним изаслаником на 100.000 становника.[7]

У једном делу Војног извештаја Народног вијећа од 31. октобра 1918. године говори се и о постојећем стању: „У појединa мјеста земље, гдје су била пљачкања и мањи нереди, непрестано се шаљу упуте народу и појачања, тако да ти штетни и неразумни испади неодговорних елемената већ јењавају". Потписник извештаја прочелник Војног одсека владе Народног вијећа је исти завршио изјавом: „За најкраће вријеме бит ће у читавој земљи успостављен ред и мир".[8]

Међутим, до успостављања реда и мира није дошло. Због тога се Народно вијеће 4. новембра 1918. године, путем телеграма, обратило за помоћ Србији и Антанти тражећи долазак савезничке војске. Овај свој захтев Народно вијеће је образложило на следећи начин: „Под притиском побједоносних ентентиних чета распршена, изгладнјела и сасвим распуштена, ваља се сада у потпуном расулу с балканскога и италијанскога ратишта бивша аустро-угарска војска преко југословенскога територија некадашње аустро-угарске монархије". У свом позиву за помоћ Народно вијеће је даље наставило: „Народно вијеће С.Х.С., коме је поверена врховна власт југословенскога народа на овоме територију, гледа с највећом забринутошћу на велике опасности које пријете младој слободи и опстанку независне државе С.Х.С. са стране распуштених маса од више стотина тисућа, које у свом очајном положају, разријешене од сваке дисциплине, безобзирно уништавају пред собом сва добра, која су дуго потлачиваном југословенском народу преостала у овом рату".[9]

У свом обраћању за помоћ савезничком команданту Народно вијеће није образлагало узрок нереда и пљачки, односно зашто су масе враћајући се са фронтова, као и оне које су остале код куће, насилно заузимале земљу

[7] С. Јовановић, *Уставно право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, Београд 1995, 33.

[8] Ф. Шишић, *Документи о постанку Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца 1914.-1919*, Загреб 1920, 216.

[9] Исто, 229.

великих поседа. С обзиром на укупну врло тешку и заоштрену ситуацију, сасвим је оправдан закључак да: „Српска и савезничка војска спријечиле су даље ширење стихијног сељачког покрета у моменту када се претварао у праву »аграрну револуцију«“.[10]

Објављивање *Посланице сељацима* 14. новембра 1918. године, представљало је покушај Народног вијећа СХС да смири сељаштво обећањима да ће доћи до поделе земље. У *Посланици сељацима* Народно вијеће је, између осталог, поручило следеће: „У нашој држави Словенаца, Хрвата и Срба моћи ће свака обитељ, данас и за дуго времена, добити доста и то плодне земље за сваки посао, а да се никоме не учини насиља, неправде и штета. То ће се провести по закону, јер ако није по закону, настат ће клање и најзад ће отети све силеције, па ће најпоштенији, најмирнији и најмарљивији остати и опет без ичеса.“[11]

Након само дванаест дана, 26. новембра 1918. године Средишњи одбор Народног вијећа СХС донео је *Закључак о аграрним реформама*. Очигледно да објављивање *Посланице сељацима* није произвело очекивани ефекат у погледу смиривања тензија и да је уочена потреба да се донесе документ у коме би се о решавању аграрног питања ипак нешто конкретније говорило.

Средишњи одбор Народног вијећа је у *Закључку о аграрним реформама* утврдио темељна начела предстојеће аграрне реформе и изнео основна упутства за њену припрему на свим територијама које су ушле у састав Државе Словенаца, Хрвата и Срба. У *Закључку* је речено: „Средишњи одбор Народнога вијећа СХС закључио је једнодушно у својој сједници од 26. студенога 1918., након исцрпивих расправа, а на основу иницијативе предсједништва Народног Вијећа СХС...да се имаде одмах приступити проведби демократских аграрно-политичких реформа... Као темељна начела тих реформа усваја Народно Вијеће слиједеће:

1. Ликвидацију свих феудалних односа, који још постоје у земљама СХС, у првом реду укинуће кметства уз праведну одштету, као и свих повластица, које извиру из феудалног одношаја.
2. За опће народне сврхе, посебице за парцелацију и колонизацију међу најшире слојеве ратарског пучанства, имаду се извластити и употребити:
   а) уз праведну одштету сви земљишни посједи, који се према напучености те господарским и производним приликама дотичнога краја могу сматрати великим посједима;

[10] М. Ерић, нав. дело, 148. Тако и Н.Гаћеша, нав. дело, 35.
[11] Ф. Шишић, нав. дело, 247.

b) сва имања стечена за вријеме рата из ратних добитака без обзира на земљишну површину.“[12]

У циљу ефикаснијег спровођења утврђених начела, у *Закључку* је предвиђено формирање посебног повереништва за аграрне реформе које би имало задатак да формулише и поднесе предлог Народном вијећу СХС о даљем спровођењу аграрне реформе. На самом крају *Закључка о аграрним реформама* позване су покрајинске владе Словеније, Далмације, Босне и Херцеговине и Народно веће за Банат, Бачку и Барању да формирају повереништва која би за своја подручја саставила основе аграрне реформе и поднела их Народном вијећу СХС.[13]

Сложена политичка и социјална ситуација била је разлог због којег је Народно вијеће донело *Закључак о аграрним реформама* и у њему практично прејудицирало решење аграрног питања. Проглашење начела Народног вијећа у погледу решавања аграрног питања учињено је непосредно пре уједињења и стварања Краљевства СХС, те се о њиховом спровођењу могло говорити само условно.

Након уједињења, у свим деловима новостворене државе и даље су се испољавале, иако са неједнаким интензитетом, тежње за мање или више радикалним начином промене постојећих производних односа у пољопривреди.

Недуго после проглашења стварања Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца регент Александар је предузео одлучан потез у циљу смиривања прилика у земљи у вези са аграрним питањем. Наиме, 6. јануара 1919. године објављен је *Манифест Регента Александра народу*. У њему је, између осталог, речено: „Ја желим да се одмах приступи праведном решењу аграрног питања, и да се укину кметства и велики земљишни поседи. У оба случаја земља ће се поделити међу сиромашне земљораднике, с правичном накнадом досадашњим њеним власницима. Нека сваки Србин, Хрват и Словенац буде на својој земљи господар. У слободној држави Нашој може да буде и бит ће само слободних власника земље. Зато сам позвао Моју владу, да одмах образује комисију, која ће спремити решење аграрног питања, а сељаке – кметове позивам, да с поверењем у моју краљевску реч, мирно сачекају, да им наша држава законским путем преда земљу, која ће у напред бити само Божија и њихова, као што је то већ одавно у Србији.“[14]

Дакле, *Манифестом* је, најпре, било проглашено укидање феудалних односа и великих земљишних поседа. Затим је усвојен принцип по

[12] Ф. Шишић, нав. дело, 257.
[13] Исто, 257.
[14] Службене Новине Краљевства СХС бр.2 од 28. јануара 1919. године.

којем земља треба да припадне ономе ко је обрађује, а земљопоседницима је обећана правична накнада за земљу која ће им бити одузета и додељена сељацима. У *Манифесту* је било, иако не експлицитно, обећано да ће се интереси сељака свакако задовољити, с обзиром на то да су сељаци били позвани да мирно сачекају док им држава законским путем не додели земљу.

„Комисија поменута у Прогласу, која је имала задатак да оно што је Регент обећао конкретизује и разради, стварно је брзо образована...“.[15] Комисија је свој задатак – припрему прописа о аграрној реформи извршила веома брзо. „Само три месеца након формалноправног настанка нове државне заједнице, влада Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца донела је Претходне одредбе за припрему аграрне реформе и тако је преврат у производним односима, санкционисан Претходним одредбама, добио адекватан правно-политички израз у надградњи тек створене државне заједнице југословенских народа.“[16] Наиме, већ 25. фебруара 1919. године влада је прихватила нацрт комисије и донете су *Претходне одредбе за припрему аграрне реформе*. Састојале су се од седам поглавља и двадесет четири параграфа и представљале су први општи акт којим су била утврђена начела аграрне реформе. С обзиром на то да су *Претходне одредбе за припрему аграрне реформе* представљале у даљем току спровођења аграрне реформе у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца веома значајан, ако не и најзначајнији, правни акт изложићемо његова основна решења.[17]

У првом параграфу *Претходних одредаба за припрему аграрне реформе* проглашено је разрешење свих постојећих и забрањено стварање нових кметовских (чивчијских) односа у Босни и Херцеговини и новим крајевима Србије и Црне Горе. У следећа два параграфа, дотадашњи кметови су, најпре, проглашени за слободне власнике кметске земље, а дотадашњим феудалним поседницима држава је гарантовала одштету чија је висина и начин исплате требало да буде одређена посебним законом.

Да бивши власници до решења питања о одштети не би остали без средстава за живот, петим параграфом, било је предвиђено да им се, на њихов захтев, додели привремена рента сразмерно њиховом ранијем дохотку од феудалних поседа. Уместо привремене ренте, одштете или њиховог дела, дотадашњи власници су могли да добију земљиште у одговарајућој

[15] М. Ерић, нав. дело, 155.

[16] Н. Гаћеша, *Улога аграрног фактора у стварању југословенске државе 1918*, Радови из аграрне историје и демографије, Нови Сад 1995, 110.

[17] Текст *Претходних одредаба за припрему аграрне реформе у збирци Аграрна реформа уредбе, наредбе и расписи издање Министарства за аграрну реформу Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца у Београду*, Загреб 1920, 12-17.

вредности од експроприсаних великих поседа или из државног земљишног фонда уколико су то желели и могли сами обрађивати.

Седмим параграфом било је проглашено, под истим условима, раскидање колонатских и осталих кметству сличних односа у Истри, Горичкој, Далмацији и другим областима Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца. Следећим параграфом су биле проглашене за неважеће све пресуде које су биле донете у току рата у предметима раскидања колонатских односа. Такође је било наређено да се у свим оваквим случајевима има повратити стање које је било на снази пре почетка рата, а тек потом би се имало приступити раскидању тих односа према слову *Претходних одредаба*.

Треће, најобимније, поглавље *Претходних одредаба за припрему аграрне реформе* било је посвећено питању деобе великих поседа. Тако је деветим параграфом, најпре, било прописано да ће се сви велики поседи на територији Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца експроприсати. Од експроприсаних површина земља ће се доделити оним држављанима који се баве земљорадњом, а земље немају уопште или је немају довољно. Овим лицима ће се доделити онолико земље колико могу сами са својом породицом да обраде. Првенство код оваквог додељивања земље имали су инвалиди, удовице и сирочад ратника, затим војници и добровољци који су се борили за ослобођење и уједињење Срба, Хрвата и Словенаца. Шта ће се сматрати великим поседом остављено је да се одреди посебним законом у складу са поседовним и економским приликама појединих крајева заједничке државе. „Та напомена о накнадном дефинисању великог поседа изгледа, бар на први поглед, сасвим умесна, јер се у њој плединра на особености појединих крајева Краљевине СХС. Суштина напомене о накнадном дефинисању великог поседа била је у томе да се у погодном моменту одступи од начелне одлуке претходних одредаба о експроприсању свих поседа од 100 до 500 кј и да се тако, бар делимично, заштите интереси велепоседника“.[18]

Међутим, без обзира на одредбу претходног, у следећем десетом параграфу одмах су проглашени за велике поседе:

„а) сва фидеикомисна добра;

б) сви поседи, који имају површину означену под тачком ц), а који су издани под закуп једном закупнику или који у опште нису или су само деломично обрађени;

ц) они поседи, који обухватају површину од бар 100-500 јутара (по 1600 квадратних хвати) обрадивог земљишта, према поседовним и економским приликама свога краја.

[18] Н. Гаћеша, *Аграрна реформа и колонизација у Бачкој 1918-1941*, Нови Сад 1968, 53.

Ови ће се поседи одмах подврћи привременој раздиоби (§ 14.) редом од највећег према све мањем.“[19]

Једанаестим параграфом је било предвиђено да ће се велепоседницима за експроприсану земљу давати одштета. Висина и начин исплате одштете за експроприсану земљу требало је да се накнадно одреди законодавним путем, с тим да се до тог тренутка поступа саобразно 5. параграфу који се односио на одштету феудалним поседницима.

Претходне одредбе за припрему аграрне реформе прописале су који ће се поседи одузети без одштете. То су били: сви поседи Хабзбуршке династије и чланова хабзбуршке царске породице; сви поседи династије непријатељских земаља; сви поседи који су некада даровани странцима за услуге учињене Хабзбурговцима, а који нису до доношења *Претходних одредаба* прешли у треће руке.

У четрнаестом параграфу је било прописано да ће држава, док се дефинитивно не спроведе деоба великих поседа, лицима наведеним у деветом параграфу издавати у привремени закуп земљу, у већим или мањим комплексима, поседа који су изричито проглашени за велике. У следећем параграфу (§ 15.) прописано је да се раскидају сви уговори о закупу на великим поседима које закупац не обрађује као стручни економ или земљорадник са својом породицом. Уколико је велики посед био испарцелисан и издат у закуп у мањим парцелама, а закупци су стручни економи или земљорадници који земљу обрађују са породицом, уговор се није морао раскинути. Међутим, на захтев закупаца, закупнина се могла поново одредити према месним приликама.

Шеснаестим параграфом било је забрањено издавање земље у подзакуп. Осим случајева подзакупа између земљорадничких (сељачких) задруга, њихових централа и чланова, сви остали подзакупи се поништавају на тај начин што се главни закуп раскида, а подзакупци проглашавају за закупце.

Четврто и пето поглавље *Претходних одредаба* сасвим су кратко регулисала питања шумских поседа и ревизије и сегрегације.

У шестом поглављу је прописано да ће се за спровођење аграрне реформе основати „Државни уред за аграрну реформу“ који ће бити под надзором министра за социјалну политику. Поред аграрне реформе у делокруг послова Уреда требало је да уђу и питања унутрашње колонизације, репатријације исељеника из Америке и других земаља и уопште пресељење Срба, Хрвата и Словенаца који су живели у другим државама. О организацији Уреда и делокругу рада требало је да се донесе посебна уредба.

[19] Исто, 14.

Последње седмо поглавље чиниле су тзв. „Закључне установе“ и у њима је, најпре, проглашено да се *Претходне одредбе* не односе на територију Србије коју је она имала пре 1912. године. Следећим параграфом (§ 22.) било је забрањено, до даље законске одредбе, земљиште добијено по овим одредбама отуђивати, залагати и давати другоме у посед. Сви уговори противни овој забрани сматрали су се за ништаве. Затим је проглашено да „Благодати ових одредаба губи сваки онај, ко иза проглашења ових одредаба буде отимао, самостално делио или пљачкао туђе поседе, те буде ради тога осуђен.“[20]

У последњем параграфу *Претходних одредаба* речено је да оне ступају на снагу даном објављивања у Службеним Новинама Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца, да се имају поднети Народном представништву на накнадно уставно одобрење и да се њихово спровођење поверава министру за социјалну политику.

Претходним одредбама за припрему аграрне реформе били су, дакле, укинути кметовски одн. чивчијски и колонатски односи у оним крајевима заједничке државе Срба, Хрвата и Словенаца у којима су такви односи постојали. Кметови су били проглашени за слободне власнике земље, а дотадашњим власницима била је обећана одштета чију исплату је гарантовала држава. Њима је, даље, била најављена експропријација великих поседа и њихово давање у привремени закуп оним држављанима који су се бавили земљорадњом, а земљу нису имали или су је имали недовољно. Установљено је, такође, да првенство приликом доделе земљишних парцела имају инвалиди, удовице и сирочад ратника, војници и добровољци који су се борили за ослобођење и уједињење Срба, Хрвата и Словенаца.

Претходним одредбама за припрему аграрне реформе била је озакоњена промена аграрнопоседовне структуре у Краљевству Срба, Хрвата и Словенаца и постављена основна начела спровођења аграрне реформе. „Било је више разлога који су диктирали промене у области земљишних односа, а пресудну улогу је имало настојање владајуће буржоазије да деобом велепоседничке земље задовољи интересе беземљаша и сиромашних сељака и да на тај начин стиша револуционарно врење на селу после првог светског рата“.[21] Да је овај правни акт, у тренутку када је донет, пре свега имао за циљ смиривање незадовољног сељаштва може се најбоље видети из текста 23. параграфа. У њему је речено да се повољностима које су *Претходне одредбе* најавиле неће моћи користити лица која буду осуђена због отимања, пљачкања или самосталног дељења туђе земље. Другим речима, из круга корисника аграрне реформе биће искључени сви који не

[20] Исто, 17.

[21] Н. Гаћеша, нав. дело, 278.

буду сачекали да им земљу доделе саме аграрне власти у поступку спровођења аграрне реформе.

Може се закључити да је доношењем *Претходних одредаба за припрему аграрне реформе* био завршен први период у дугом и сложеном процесу решавања аграрног питања у међуратној југословенској држави. Сељачке масе су у том периоду имале значајну улогу. Њихово незадовољство постојећим стањем у области аграрнопоседовних односа и спремност да исто радикално мењају, што се манифестовало у бројним инцидентима самовласног заузимања и деобе велепоседничке земље, изазвало је реакцију буржоазије. Страх од револуционарних збивања навео је припаднике буржоазије и државних власти да учине уступке сељаштву и да их потврде одговарајућим нормативним актима. Најпре је уследило свечано обећање регента Александра од 6. јануара 1919. године којим је учињен важан корак у смиривању сељаштва у целој држави, а потом је влада донела *Претходне одредбе*. Оне су представљале први нормативни акт којим је правно утемељена промена поседовних односа у области власништва над земљом. На тај начин је обезбеђен правни основ за спровођење аграрне реформе у Краљевству Срба, Хрвата и Словенаца. Након тога уследио је период административног односно службеног спровођења аграрне реформе.

Gordana Drakić, L.L.M. Assistant
Novi Sad Faculty of Law

Beginning of the execution of the democratic land reform in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes

Abstract

At the beginning of the paper the author points out that Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes was characteristic agrarian country. Agrarian issue was one of the most important issues in the state.

Agriculture was basic branch of the economy in all parts of the state. In some parts of Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes existed capitalistic relations and in other strong remnants of feudalism.

Revolutionary mood in villages, complexity of agrarian relations and specific structure of land possesion in the territories where yugoslav people had lived before their unification, were the reasons which justified taking actions to organize and carry out democratic land reform and colonization in Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes.

First of all the author shows which steps the National council of Slovenes, Croats and Serbs had taken, before the unification, in order to pacify peasantry and to begin with preparations to organize democratic land reform.

After the unification in all parts of the state were manifested aspirations for more or less radical way of changing the existing agrarian relations. Therefore the author explains measures that central authorities took in order to calm the situation in the state concerning agrarian issue.

The preceding clauses for preparation of democratic land reform which goverment passed on February 25th, 1919 was very important legal decision in the further course of democratic land reform. The preceding clauses legalized changes of structure of agrarian land possesion and put basic principles of democratic land reform. First of all this legal decision, in the moment when it was passed, had an aim to pacify dissatisfied peasantry. By passing The preceding clauses for preparation of democratic land reform first period in long and complex process of solving agrarian issue in Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes was completed.

342.5(497.1:44)(091)

Маша Кулаузов, асистент-приправник
Правног факултета у Новом Саду

СЛИЧНОСТИ И РАЗЛИКЕ ИЗМЕЂУ СЕНАТА ПРЕМА УСТАВУ КРАЉЕВИНЕ СРБИЈЕ ОД 1901. ГОДИНЕ И ФРАНЦУСКОМ ЗАКОНУ О ОРГАНИЗАЦИЈИ СЕНАТА ОД 1875. ГОДИНЕ

Сажетак: *Установа Сената уведена је у уставни систем Србије тек* ***Априлским уставом*** *од 1901. године као резултат компромиса између краља Александра Обреновића и радикала. Како је Сенат установа без корена у традицији српског народа, а редактори* ***Устава*** *од 1901. године француски ђаци, врсни познаваоци француског језика и права, француски* ***Закон о организацији Сената*** *од 1875. године је у знатној мери коришћен као модел за формулисање одредби о саставу Сената у српском уставу.*

Поређењем конкретних одредби ***Априлског устава*** *од 1901. и француског* ***Закона*** *може се установити да су оба уставна акта познавала категорију непокретних именованих сенатора, прописивала врло рестриктивне услове за уживање активног бирачког права за Сенат, као и да су поједини услови за стицање пасивног бирачког права у оба акта били идентични.*

Разлике између одредби ***Априлског устава*** *од 1901. и француског* ***Закона о организацији Сената*** *од 1875. о начину избора сенатора и дужини трајања њиховог мандата у великој мери су резултат разлика у облику владавине у две земље и укупних друштвено-економских, социјалних и политичких прилика приликом доношења ових уставних аката. Наведене разлике никако не доводе у питање несумњив утицај који је француски*

Закон о организацији Сената *извршио на формулисање одредби о саставу Сената у* ***Уставу Краљевине Србије*** *од 1901. године.*

Кључне речи: ***Априлски устав*** *од 1901. године, француски* ***Закон о организацији Сената*** *од 1875. године, Сенат, састав Сената, активно и пасивно бирачко право за Сенат.*

1. Доношење *Устава Краљевине Србије* од 6. априла 1901. године

Под притиском Русије и радикала, после смрти краља Милана крајем јануара 1901. године, краљ Александар Обреновић је убрзао припреме за доношење устава. Краљ је намеравао да доношењем устава поврати углед и репутацију који су били озбиљно угрожени браком са Драгом Машин, дворском дамом његове мајке. Драга је по мишљењу српског народа била неприлична за престо и по годинама и по свом статусу. Такође, краља је на доношење устава навео и један разлог практичне природе. Наиме, уочи доношења устава у Србији се пронео глас да је краљица у другом стању. Будући да пол детета није био познат, а краљица у поодмаклим годинама, што је могућност друге трудноће доводило у питање, краљ је намеравао да у устав унесе одредбу о могућности да женско дете наследи престо и на тај начин очува династички континуитет.

Краљ је поверио израду уставног нацрта радикалу Миловану Ђ. Миловановићу и напредњаку Павлу Маринковићу, али је и сам узео значајног учешћа у изради уставног нацрта, ослањајући се превасходно на уставни пројекат напредњачке владе Стојана Новаковића од 1896. године.[1]

Након што је уставни нацрт израђен, краљ је позвао у двор прваке све три странке са којима је претресао текст нацрта, а потом сазвао један шири круг политичара, чиновника и представника грађанске класе пред којима је устав прочитан. Након тога краљ се заклео на устав.

Заобилазећи Велику народну скупштину којој је према одредбама *Намесничког устава* од 1869. године припадала уставотворна власт, краљ је октроисао (подарио) устав 6. априла 1901. године. На овај начин уставна промена је извршена државним ударом који су, од ступања Александра на престо 1. априла 1893. године па све до трагичне погибије 29. маја 1903.

[1] С. Јовановић, *Влада Александра Обреновића*, књига II, Београд 1931, 200-204.

године представљали главно обележје Александрове десетогодишње владавине.[2]

Поред могућности да жена наследи престо, главна новина у *Уставу* од 1901. године била је увођење установе Сената. На тај начин остварена је давнашња тежња напредњака да се у уставни систем Србије уведе дводомно народно представништво које је било предвиђено у свим уставним нацртима Напредне странке.[3] Основна интенција уставотворца била је да оваквом поделом законодавног тела краљ добије Сенат, који би као полубирано а полу-постављано тело представљао његово упориште, а да радикали добију Народну скупштину у којој би имали већину с обзиром на тадашње расположење бирачког тела.

2. Доношење *Закона о организацији Сената* од 24. фебруара 1875. године

Као што је увођење установе Сената *Априлским уставом* од 1901. године представљало резултат компромиса између краља и радикала, тако је и задржавање установе Сената у Трећој Француској републици представљало резултат компромиса између републиканаца и монархиста. Наиме, Трећа француска република створена је 4. септембра 1870. године одлуком Француске националне скупштине са само једним гласом већине у корист републиканског облика владавине.[4] Трећа република настала је као резултат пораза у рату са Пруском 1870. године и засићености личним режимом Наполеона III. Будући да је Трећа република настала тако тесном већином, и њен некодификовани *Устав* од 1875. године представљао је резултат компромиса и међусобних концесија између монархиста и републиканаца.[5] Тај компромис огледао се и у задржавању установе Сената на коме су инсистирали монархисти, а чији су састав, уређење и надлежности ближе уређене *Законом о организацији Сената* од 24. фебруара 1875. године.

---

[2] Исто, 198-199.

[3] О напредњачким уставним нацртима в. *Уставни пројект напредне странке (1880 и 1883)*, објављен у књизи Ј. М. Продановића, *Уставни развитак и уставне борбе у Србији*, Београд б. г, 254-275, и *Предлог устава израђен 1896. године*, објављен у књизи С. Новаковића, *Двадесет година уставне политике у Србији (1883-1903)*, Београд 1912, 249-298.

[4] M. Jovičić, *Veliki ustavni sistemi*, Beograd 1984, 135.

[5] M. Jovičić, нав. дело, 135-136.

3. Састав Сената према *Уставу Краљевине Србије* од 1901. године и француском *Закону о организацији Сената* од 1875. године

3.1. Начин уласка у Сенат

Према члану 70 *Устава Краљевине Србије* од 1901. године у Сенат улази неколико чланова "по праву", вирилних чланова (који су улазили у Сенат по положају): престолонаследник када постане пунолетан, београдски архиепископ и нишки епископ, затим тридесет чланова које именује краљ на цео живот и осамнаест изборних чланова (из сваког округа и из Београда по један). Изборни сенатори се бирају путем непосредних избора на шест година тајним гласањем (члан 71).[6] Будући да је краљ именовао 3/5 чланова Сената, као и председника и два потпредседника (чл. 54)[7], и то из реда напредњака који су одувек сматрани дворском странком, Сенат је био замишљен као упориште краљеве власти, средство путем кога би краљ спроводио лични режим. Међутим, у пракси, састав Сената није обезбеђивао краљу онај утицај на то тело који је он желео. Замишљени као оруђе у краљевим рукама, постављени сенатори то ипак нису били јер им је доживотност њиховог положаја омогућавала одређену независност у односу на краља. Изабрани сенатори, будући малобројни, морали су бити бирани по већим изборним јединицама. Међутим, што су изборне јединице биле веће, већа је била и вероватноћа да у њима већину освоји Радикална странка, као странка са најјачим упориштем у народу.[8]

За разлику од *Априлског устава* од 1901. године, француски *Закон о организацији Сената* од 1875. године није предвидео чланове Сената "по праву", односно вирилне чланове. Према члану 1 *Закона о организацији Сената*, Сенат (*Sénat*) је састављен од три стотине чланова, од тога две стотине двадесет и пет посредно изабраних и седамдесет и пет именованих од стране Француске националне скупштине, настале сједињавањем оба дома представничког тела.[9] За разлику од Сената у Србији који није представљао "бастион конзервативизма" у правом смислу те речи захва-

[6] *Устав Краљевине Србије* од 1901. године, штампан у Државној штампарији Краљевине Србије, Београд 1901, 23. У даљем тексту: *Устав од 1901. године*.

[7] Устав од 1901. године, 18.

[8] С. Јовановић, нав. дело, 200-201.

[9] *Loi du 24 février 1875 relative à l'organisation du Sénat*, http://www.legisnet.com/france/constitutions/constitution_III_republique.htm, 2, погледано 1.12.2004.године. У даљем тексту: *Loi du 24 février 1875*.

љујући изборном законодавству које је омогућавало радикалима да остваре значајан утицај приликом избора сенатора, Сенат је у Француској Трећој републици имао далеко конзервативнији карактер. Конзервативном карактеру Сената у великој мери је допринело и важеће изборно законодавство по коме су фаворизоване сеоске општине познате по својој конзервативности, те је тако, на пример, Париз са четири милиона становника имао свега 110 општинских делегата-бирача, док је целокупна област Сене, са скоро истим бројем становника, располагала са 945 општинских делегата-бирача.[10] Ова ситуација у Француској није знатније измењена ни након доношења *Закона* од 1884. године на основу кога више нису све општине слале по једног делегата у бирачко тело, већ само оне чија су општинска већа имала одређени број чланова, који је опет зависио од броја становника општине, али није са њим био у потпуности сразмеран.[11] Мандат изабраних чланова Сената је трајао девет година што је доприносило њиховој стабилности. Сенатори подлежу реизбору, тако што се сваке три године реизабира једна трећина сенатора (члан 6).[12] У уставноправној теорији преовлађује мишљење да парцијално обнављање Сената представља гаранцију у остваривању континуитета једне политике.[13] На овај начин спречавају се радикалне струје да остваре значајнији утицај у Сенату и доведу до наглих заокрета у политици једне земље. Према члану 7 *Закона о организацији Сената*, сенатори именовани од стране Француске националне скупштине су доживотни, а у случају упражњења места, оно је попуњавано по систему кооптације.[14] Учвршћивањем републиканског режима уследила је значајна ревизија *Закона* 1884. године путем које су укинути непокретни сенатори и сви сенатори су постали изборни.[15]

3.2. Активно бирачко право за Сенат

Активно бирачко право за Сенат према *Априлском уставу* од 1901. године имали су рођени и природњени српски грађани, са навршеном двадесет једном годином, који плаћају држави најмање 45 динара непосредног пореза без икаквих прireза, и који нису судском пресудом изгубили

[10] B. Blagoev, *Problem Senata u Francuskoj, Arhiv za pravne i društvene nauke*, sveska 3 (1969), 322.

[11] J. Stefanović, *Drugi dom u francuskim ustavima*, *Rad JAZU*, knjiga 330, Odjel za društvene nauke, knjiga XI (1962), 16.

[12] *Loi du 24 février1875*, 3.

[13] Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд 2003, 354.

[14] *Loi du 24 février1875*, 3.

[15] J. Stefanović, нав. дело, 16.

бирачко право. Колику ко количину порезе плаћа, доказивало се пореском књижицом за последње три године, што је значило да је за стицање активног бирачког права за Сенат било неопходно плаћати бирачки порез три године узастопно (члан 50).[16] О висини имовинског цензуса за стицање активног бирачког права сведочи и чињеница да је осамнаест изборних чланова Сената бирало свега нешто више од двадесет хиљада бирача.[17] Официри и војници под заставом су лишени активног и пасивног бирачког права како за Сенат тако и за Народну скупштину (члан 51).[18] Као и *Априлски устав*, тако је и француски *Закон о организацији Сената* прописивао врло рестриктивне услове за стицање активног бирачког права за Сенат. Право гласа при избору сенатора имао је сразмерно мали број лица, само народни посланици, окружни већници, као и делегати општинских већа окупљени у изборним колегијама за избор сенатора (члан 4).[19]

3.3. Пасивно бирачко право за Сенат

У *Априлском уставу* од 1901. године су у члану 72 таксативно наведени врло строги услови за избор на сенаторску функцију. За сенатора је могао бити постављен или изабран рођени или природњени српски грађанин који ужива сва грађанска и политичка права, стално живи у Србији, који је навршио четрдесет година и плаћа држави најмање 200 динара непосредног пореза годишње што се доказује пореском књижицом за последње три године. Овај последњи услов за стицање пасивног бирачког права нису морали испуњавати бивши председници и потпредседници Народне скупштине, пензионисани генерали или они који су поднели оставку, саветници, изванредни посланици и дипломатски агенти (члан 72). Сенатори нису могли постати активни чиновници, изузев изванредних посланика, дипломатских агената, чланова Касационог суда, професора Велике и средњих школа, управника монопола, библиотекара Народне библиотеке, лекара, инжењера и оних чиновника на расположењу или у пензији који су завршили факултет. Свештеници оба реда могли су бити бирани у Сенат (члан 73).[20] У уставноправној теорији се сматра да је овакво уставно решење према коме чиновници нису, осим ретких изузетака, могли бити чланови представничког тела више у складу са начелом поделе власти јер се на овај начин елиминише утицај извршне на законодавну власт.

[16] *Устав од 1901. године*, 17.
[17] С. Јовановић, нав. дело, 201.
[18] *Устав од 1901. године*, 17.
[19] *Loi du 24 février1875*, 3.
[20] *Устав од 1901. године*, 23-24.

Иако француски *Закон о организацији Сената* садржи само једну сумарну одредбу о условима за избор сенатора у којој је наведено да за сенатора може бити изабран или именован Француз, стар најмање четрдесет година, који ужива сва грађанска и политичка права (члан 3),[21] мишљења смо да су у пракси Треће Француске републике сигурно постојали и неки додатни услови које је било неопходно испунити за избор на сенаторску функцију. Будући да у свим земљама друштвено-политички ауторитет Сената, поред уставноправних овлашћења почива и на квалитету његовог чланства, прописани су старосни, образовни и имовински цензус за стицање пасивног бирачког права за Сенат. Сенат је замишљен као тело, у којем је усредсређена интелектуална, финансијска и политичка снага нације, те су, сходно томе, сенатори по правилу угледни и материјално обезбеђени људи са великим искуством у обављању јавних послова.

Закључак

Установа Сената нема корена у традицији српског народа, а увођење Сената доводи до значајних промена како у старосној, тако и у имовинској и образовној структури Народног представништва, законодавну процедуру чини сложенијом и захтева посебну вештину како би се постигао координиран и синхронизован рад између Народне скупштине и Сената. Имајући у виду све наведене разлоге, мишљења смо да су творци *Устава* од 1901. године користили стране узоре као модел за увођење дводомног народног представништва у уставни систем Србије. Иако је установа Сената постојала у уставима већине развијених земаља XIX века, сматрамо да су се творци *Устава* од 1901. године, као врсни познаваоци француског језика и права, у увођењу Сената ослањали у првом реду на француски некодификовани устав од 1875. године. У прилог овој тврдњи говори чињеница да је један од главних редактора *Устава* од 1901. године Милован Ђ. Миловановић завршио студије права и докторирао у Паризу, а да је Стојан Новаковић, творац уставног нацрта Напредне странке од 1896. године који је послужио као основ за доношење *Устава* од 1901. године, указивао краљу на пример Треће Француске републике која је увела Сенат као гарант своје дуговечности и стабилности.[22]

Између одредби *Априлског устава* од 1901. године и француског *Закона о организацији Сената* од 1875. године које се тичу састава Сената

[21] *Loi du 24 février1875*, 3.
[22] С. Новаковић, нав. дело, 170.

постоје битне сличности.[23] Разлике међу њима резултат су разлика у облику владавине између две земље, као и укупних друштвено-економских, социјалних и политичких прилика уочи доношења *Устава Краљевине Србије* од 1901. године и француског *Закона о организацији Сената* од 1875. године. Тако, на пример, уместо чланова Сената које је у Србији именовао краљ на цео живот, у Француској Трећој републици постојали су до 1884. године доживотни чланови које је именовала Француска национална скупштина. И *Априлски устав* и француски *Закон* прописују врло рестриктивне услове за стицање активног бирачког права за Сенат, а и поједини услови за уживање пасивног бирачког права су у оба уставна акта идентични. То су: српско, односно француско држављанство, навршених четрдесет година живота и уживање свих грађанских и политичких права. И поред разлика у начину избора сенатора и дужини трајања њиховог мандата, наведене сличности у уставним решењима несумњиво сведоче о значајном утицају који је француски *Закон о организацији Сената* извршио на састав Сената према *Уставу Краљевине Србије* од 1901. године.

[23] Сличности и разлике између законодавних и судских компетенција Сената према *Уставу* од 1901. године и француском *Закону* од 1875. године биће наведене у наредном раду.

Maša Kulauzov, Assistant
Novi Sad Faculty of Law

Similarities and differences between the Senate according to the Constitution of the Kingdom of Serbia of 1901 and French Law relating to the organisation of the Senate of 1875 (Loi du 24 février 1875 relative à l'organisation du Sénat)

Abstract

King Alexander Obrenović, as being under the big pressure of Radicals and Russia after the king Milan's death, promulgated on April 6, 1901 a new constitution. Besides the provisions concerning the succession of throne that provided that a female child could succeed to the throne in case that there were no male chil-dren and male lateral relatives existing after the king's death, the most signi-ficant novelty in the *Constitution* was bicameral National representative body. Besides National Assembly, as a House of Representatives, Senate was for the first time introduced in Serbia, being the result of a compromise of the king and Radicals.

As Senate was not known in Serbian constitutional history before, we could come to a conclusion that the authors of the *Constitution* of 1901 (the so called April constitution "Aprilski ustav") relied on foreign models when they introduced Senate in the *Constitution*. Since the authors of the *Constitution* of 1901 studied in France, the French *Law relating to the organisation of the Senate* of 1875 (*Loi du 24 février 1875 relative à l'organisation du Sénat*) served to a great extent as a model for the provisions concerning the Senate in the Serbian *Constitution* of 1901.

Comparing the provisions of the Serbian *Constitution* and the French *Law*, we could notice that both constitutional documents envisaged appointed and irremovable senators. Both documents intoduced severe conditions for acquiring of active electoral right for Senate as well as some same conditions for obtaining passive electoral right for Senate. According to the provisions of both constitutional documents, passive electoral right had citizens, over 40 years old that enjoyed all civil rights and freedoms. Besides those conditions, Serbian

Constitution of 1901 prescribed property census for acquiring of passive electoral right.

Despite the differences between the provisions of the Serbian *Constitution* and the French *Law* concerning the duration of the mandate of senators and the way of their election, the great influence of the French *Law* of 1875 on the structure of the Senate as per the *Constitution* of 1901 could not be denied. Those differences emerged as a result of different social and political circumstances in the society at the time when Serbian *Constitution* of 1901 and French *Law relating to the organisation of the Senate* of 1875 (*Loi du 24 février 1875 relative à l'organisatin du Sénat*) were passed.

340.111.5(37)

Самир Аличић, асистент-приправник
Правног факултета у Новом Саду

ФОРМА ПРАВНОГ ПОСЛА У ГАЈЕВИМ ИНСТИТУЦИЈАМА

Сажетак: *У овом раду се разматра схватање и значај форме правног посла у Гајевим Институцијама. У њима нема одређења појма форме правног посла, али постоји веома развијено схватање о овом концепту. Иако Гај познаје поделу форме на битну и доказну, из његових разматрања се види да он када говори о форми у првом реду има у виду форму ad solemnitatem, што значи да форму схвата у ужем смислу. Прописани начин закључења правног посла производи одређене правне последице и мора се строго поштовати. Форма се схвата као начин изјаве воље странке. У којој ће форми правни посао бити закључен зависи, поред воље странака, и од других фактора: правног система којем одређени посао припада, те од својстава странака и објекта правног посла. Гајево схватање форме је рационално. Он форму посматра у функцији датих прилика у друштву. У складу са тим даје предност закључивању послова у једноставнијим формама.*

Кључне речи: *форма, правни посао, Римско право, Гајеве Институције.*

УВОД

Према модерној доктрини, правни посао је изјава воље странке (односно странака, ако их у послу има више) која производи одређено грађанскоправно дејство.[1] Правни посао има два елемента: субјективни, унутрашњи елемент - психички акт, односно вољу странке, и објективни, спољашњи елемент – материјализацију воље странке у спољном свету тј. изјаву. О форми правног посла се може говорити у два смисла: ширем и ужем. Форма правног посла схваћена у ширем смислу је материјални начин на који се воља странке испољава у спољном свету. У том смислу се може рећи да не постоји правни посао који нема одређену форму, јер без ње нема ни изјаве воље, па према томе ни правног посла.[2] У ужем смислу, под формом правног посла се подразумева само тзв. форма *ad solemnitatem*, тј. обавезна или битна форма. Ради се о форми коју право прописује као обавезну за одређени правни посао, и чије непоштовање повлачи ништавост посла. У складу са овим, правне послове можемо поделити на формалне и неформалне. Код формалних послова право прописује форму закључења и непоштовање исте доводи до ништавости посла. Форма је битни елемент правног посла, и њу називамо битна форма *(ad solemnitatem).* Код неформалних послова странке саме одлучују у којој ће форми изразити своју вољу, и правни посао је ваљан без обзира на то у којој је форми изражена воља странака. Значај форме је само у доказивању постојања воље странака и такву форму називамо доказном *(ad probationem).*[3]

Правна регулатива о форми правног посла у римском праву има већи значај него у модерним правима. У римском праву доминирају формални послови, тј. такви послови код којих прописана форма представља битни елемент посла, те свако одступање од правом прописане форме има за последицу ништавост посла. Давање мишљења о томе како треба да изгледа форма предузетог посла *(cavere)* је било значајан аспект делатности класичних правника.

---

[1] *Правна енциклопедија II*, главни редактор проф. Б. Благојевић, Београд 1985, стр. 1225.

[2] Не само правни послови, него и сви свесно предузети људски акти се састоје из воље и њене манифестације. Ово се односи и на правно релевантне акте. Тако нпр. у римском праву велики значај је имала форма процесних средстава (тужби и др.).

[3] Оваква подела се може применити и уколико се форма схвати у ширем смислу. У том случају говоримо о пословима за које је прописана обавезна форма и онима који се закључују у слободној форми. Тако нпр: M. Talamanca: *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1990, стр. 200-201.

Речено потврђује и податак да у чак 149 од 901 параграфа (по савременој нумерацији) текста Гајевих Институција, елементарног уџбеника приватног права великог класичног правника Гаја из II века н.е, налазимо и одредбе које се односе на форму правног посла.[4]

У овом раду желимо да покажемо какав је значај форме правног посла према Гајевим Институцијама, и посебно да ли се форма схвата у ширем или ужем смислу и да ли представља израз воље странака.

Дефиницију форме правног посла класични правници нису дали, као у осталом ни дефиниције многих других општих правних појмова.[5] Иако склонији апстракцији од већине својих савременика, типичних казуиста, ни Гај није био склон дефинисању правних појмова вишег реда, [6] чак ни онда кад су му несумњиво били познати (облигација, контракт, деликт итд.). Тако, ни Гај не даје дефиницију форме правног посла. Закључке о Гајевом схватању форме, као и општих питања везаних за њу, морамо зато извлачити из разних одредаба о појединим правним пословима.

---

[4] По нашем мишљењу, то су следеће одредбе: 1. 17, 18, 20, 21, 29, 38, 41, 44, 46, 98-102, 110, 112-115, 115a, 117, 118, 118a, 119-126, 132, 132a, 134, 135, 135a, 137, 138, 140, 149, 150, 152, 166, 168, 169, 195a; 2. 19, 20, 23- 25, 38, 96, 101-109, 114-117, 119-121, 127, 128, 132, 147, 148, 149a, 151, 164-169, 171, 174, 179, 181, 186, 193, 199, 201, 203, 204, 209, 216, 218, 221, 229-233, 238, 248, 249, 250, 252, 253, 267, 277, 281, 289; 3. 83-85, 89-94, 96, 112, 116, 119, 119a, 129-139, 142, 167, 169, 170, 173-175, 179; 4. 79, 116b, 119, 126, 171.

[5] Употреба термина *правни посао* у романистици је спорна, као и употреба многих других општих правних појмова који су били непознати у римском праву, и који су радом касније науке изведени путем апстракције из римских казуистичких текстова. Након изузетно дуге полемике међу романистима, посебно италијанским, о оправданости употребе оваквих концепата за описивање римске правне реалности, данас преовладава становиште да је њихова употреба, уз одређену дозу опреза, оправдана, и то из више разлога. Као прво, одсуство одређеног појма у римском праву не искључује сваку историјску везу једног модерног појма са римском правном науком, јер су у многим случајевима каснији правници (средњевековни и модерни) приликом креирања нових правних концепата полазили од елаборација римских правника (који су се често сасвим приближили стварању ових појмова) што понекад изгледа као настављање једног прекинутог посла. У прилог овоме говоре и практични, дидактички разлози: рационалније је да се сви римски концепти који се односе на овакве опште појмове, а пре свега на правни посао (као што су питања субјеката посла, изјаве и мана воље, елемената правног посла, форме, забрањених послова итд.) изложе на једном месту. Овакав приступ ослања се не само на пандектистичку традицију, него и на извесне покушаје које су у том смислу чинили класични правници, излажући својеврсни „општи део права правних послова", углавном у оквиру разматрања о стипулацији. Такав је случај и код Гаја (3. 97-127). Више о томе видети код: A. Schiavone: *Negozio giuridico*, *I. Storia*, Enciclopedia del diritto XXVII, Morale – Negozio, dott. A. Giuffré editore, 1977, стр. 906-921. Такође видети и: M. Talamanca: *op. cit,* стр. 193-194 и A. Corbino: *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana,* Torino, 1994. стр. 1.

[6] Изузетак су првих седам параграфа у којима су дате дефиниције правних система који су постојали у Риму (ius civile, ius gentium) и дефиниције извора права.

Терминологија

Да видимо најпре какву терминологију Гај користи када говори о форми правног посла. Израз *forma negotii* не среће се у Институцијама. Саму реч *forma*[7] Гај користи ретко, и то невезано за форму правног посла. Тако нпр. помиње је везано за *capitis deminutio* (1. 160) и поводом тужбене формуле (4. 24, 32).

Кад говори о форми правног посла Гај употребљава следеће изразе и језичке конструкције: израз *modus,* конструкцију: предлог *per* са именицом у акузативу, те конструкцију у којој је именица у аблативу а глагол у трећем лицу једнине индикатива презента актива.

Израз ***modus*** се често употребљава да би се означила форма.[8] Реч *modus* у латинском језику може имати више значења: начин, манир; мера, мерило; величина, обим, множина, маса; такт, ритам, мелодија; циљ, граница итд.[9] По нашем мишљењу, у случају када се користи у значењу форме правног посла, најбоље је превести ову именицу са *начин*. Кад се жели рећи да се правни посао закључује у одређеној форми најчешће се именица *modus* наводи у аблативу (што се у овом случају преводи нашим инструменталом) с тим што се додаје и глагол *fio, fieri, factus sum* (постати, догодити се), у главном у трећем лицу једнине индикатива презента актива – *fit*. На пример:

> *Усвојење, пак, постаје (настаје) на два начина, или одлуком народа или влашћу магистрата, на пример претора.*[10]

Понекад се употребљава и конструкција *hoc modo*, тј. заменица *hoc* са именицом *modus* у аблативу. Ова конструкција се уобичајено преводи *на овај начин* или *овако,* али ћемо је ради јасноће Гајевог израза преводити буквално: *овим начином*. Тако, нпр:

---

[7] Lat: *forma, formae f.* – форма, облик, фигура, спољашњост; леп облик, лепота; устројство, уређење; обележје, жиг, битни карактер; врста, каквоћа; слика, лик, прилика, знак; нацрт, основа; модел, калуп. Према: Б. Богдановић и С. Ристић: *Латинско-српски речник,* Београд – Ваљево, 1996, стр. 189.

[8] Нпр. у параграфима 1. 28, 98, 110, 120, 126, 150; 2. 24, 38, 114, 116, 132, 179, 186, 192, 193, 201, 252, 267, 277, 289; 3. 94 итд.

[9] Према: Б. Богдановић и С. Ристић: *op. cit,* стр. 278.

[10] *Adoptio autem duobus modis fit, aut populi auctoritate, aut imperio magistratus, veluti praetoris.* (1. 98)

Онај за кога је непосредно тестаментом наређено да буде слободан, на пример овим начином: Стих, мој роб, нека буде слободан, или овим: Стих, мој роб, наређујем да буде слободан, тај постаје ослобођеник самог тестатора...[11]

или нпр:

Инјурецесија, пак, овим начином настаје (постаје).[12].

Често Гај не користи одређену реч за форму него **предлог *per* са именицом у акузативу**, што се исто тако може превести нашим инструменталом. На пример: *per aes et libram – бронзом (бакром) и вагом* (2. 102, 103; 3. 173); *per populum* – буквално *народом,* односно путем скупштине (1. 101); затим код облика легата (2. 192, 193, 201, 216) итд.

У Институцијама се на великом броју места наилази и на конструкцију **именица у аблативу са глаголом** *fio, fieri, factus sum* у трећем лицу једнине индикатива презента актива, или неким другим глаголом који указује да је правни посао настао, нпр. *gerere, contahere, facere, agere.* И ова језичка конструкција, као и претходне, преводи се инструменталом. Јавља се нпр. у параграфима 1. 98-112; 2. 101; 3. 90, 128, 135 итд. Ово можемо илустровати следећим примерима:

Некада дакле на три начина су (жене) долазиле под манус: узусом, конфарреацијом и коемпцијом.[13]

И најпре да видимо о оним (облигацијама) које настају из контракта. Њих, пак, има четири врсте: или се наиме облигација закључује предајом ствари, или речима, или писменима, или сагласношћу воља.[14]

Наведеним изразима и конструкцијама је заједничко да се њима саопштава да странке одређеном формом стварају правни посао, бронзом (бакром) и вагом, речима или писменом „стварају" правни посао, „закључују" контракт, „сачињавају" тестамент и слично. То је различито у односу на данашњу терминологију, јер се данас обично каже да правни посао

[11] *At qui directo testamento liber esse iubetur, velut hoc modo Stichus servus meus liber esto, vel hoc Stichum servum meum liberum esse iubeo, is ipsius testatoris fit libertus...* (2. 267)

[12] *In iure cessio autem hoc modo fit...* (2. 24)

[13] *Olim itaque tribus modis in manum conveniebant, usu farreo coemptione. (*1. 110)

[14] *Et prius videamus de his quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.* (3. 89)

настаје *у одређеној форми,* а не да се ствара *одређеном формом.* Овакав начин изражавања би се могао схватити као остатак из архаичног периода у коме се сматрало да извршење одређених формалности „ствара правни посао". Међутим, изгледа прикладније тумачење по коме форма представља само израз воље странака. Наиме, правни посао настаје оног момента када странке изјаве своју вољу, и то, пошто је Гај имао у виду пре свега формалне послове, у одређеној форми.

Схватање форме правног посла у гајевим институцијама

Најпре, треба приметити да излагања о појединим правним пословима по правилу почињу описом закључења посла, односно излагањем о форми правног посла. Већ ово показује да Гај разликује форму од садржине правног посла. Треба посебно нагласити да Гај прави јасну разлику не само између форме и садржине посла, него и између форме и осталих услова за пуноважност посла. Тако, након разматрања о начину закључења стипулације (3. 92-96), следе разматрања о другим условима за пуноважност стипулације, као што су питања везана за предмет, услов и рок, те пословну способност странака (3. 97-109). То разликовање је још експлицитније изражено у разматрању о тестаменту:

> *Ако се поставља питање да ли тестамент важи, најпре се мора испитати да ли је онај који га је направио имао способност за прављење тестамента. Ако је имао, испитује се да ли је направљен према прописима ius civile-a, осим ако је реч о војницима, јер је њима, као што смо напоменули, допуштено да праве тестамент како хоће и како могу, због тога што су невични праву.* [15]

Дакле, иако у Гајевим Институцијама нема одређења појма форме, можемо говорити о Гајевом схватању форме правног посла. У вези са тиме, треба најпре да размотримо да ли Гај форму схвата у ширем или ужем смислу.

---

[15] *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 regulam testatus sit, exceptis militibus, quibus propter nimiam inperitiam, ut diximus, quomodo velint vel quomodo possint, permittitur testamentum facere.* (2. 114) Превод преузет из: О. Станојевић: *Гај: Институције*, Београд, 1982. стр. 119.

Већ сама подела контраката по форми закључења (3. 89) показује да Гај форму схвата у ужем смислу. Даље, готово сва разматрања о форми се односе на форму у ужем смислу, тј. форму *ad solemnitatem*. Истина, Гај познаје и форму *ad probationem*, о чему ћемо касније детаљније говорити, али детаљнијих разматрања о доказној форми у Институцијама нема.

Што се тиче самог схватања форме, уочава се да Гај заступа владајуће становиште да се прописана форма мора строго поштовати. То се најбоље види у излагању о легатима. Употреба тачно одређених речи производи одређено правно дејство.[16] Ово схватање, које је карактеристично за римско право, налазимо већ у Закону XII таблица:

> *Када закључују нексум или манципацију, како изговоре речи, такво нека буде право.*[17]

Овакво схватање форме има два аспекта. Као прво, и најмања грешка у форми повлачи ништавост посла. Са друге стране, форма се схвата као израз воље странке: странка бира у којој ће форми закључити правни посао, у зависности од тога које правне последице жели да постигне.

Разлике у начину закључења, тј. у форми правног посла, не значе увек да постоје различити правни послови. Тако се нпр. у Институцијама на једном месту налазе одредбе о разним начинима ослобађања робова, закључења манус брака, преноса својине, прављења тестамента и сл. и онда када из тога произилазе различити правни ефекти. Са становишта модерне доктрине, рекло би се да су у питању различити правни послови, јер се разликују не само по форми, већ и по садржини. Наиме, закључење посла у одређеној форми, нпр. употреба одређених речи приликом одређивања легата, производи одговарајуће правне последице. Међутим, из Гајевог излагања се не може уочити да се у овим случајевима ради о посебним правним пословима. Не постоји индиција да би нпр. тестамент по *ius civile*-у и преторски тестамент за Гаја могли бити ишта друго него облици истог правног посла. Ово је још уочљивије у излагању о фиктивној исплати *(imaginaria solutio)*. Након разматрања о акцептилацији, односно гашењу облигације у форми стипулације (3. 169-172), следи излагање о *solutio per aes et libram,* односно гашењу облигације у манципационој форми (3. 173-174):

> *Постоји исто тако друга врста имагинарне исплате - per aes et libram.*[18]

---

[16] Види параграфе: 2. 193, 201, 209, 216, 221.

[17] *Cvm nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto.*

[18] *Est etiam alia species imaginariae solutionis per aes et libram.* (3. 173)

Дакле, генусни појам је имагинарна исплата, а специфичну разлику међу посебним облицима овог правног посла чини форма.

Изгледа да критеријум за издвајање једног правног посла, односно његово разликовање од других правних послова, у Гајевим Институцијама, не треба тражити нити у форми, нити у њеним правним последицама, већ у каузи односно циљу који се жели постићи правним послом. То можемо илустровати на примеру манципације. Разматрања о манципацији су разбацана по читавом тексту Институција.[19] Манципација је у архаично доба била јединствен правни посао апстрактног дејства, који је служио за пренос власти како над људима тако и над стварима. Међутим, изгледа да Гај манципацију не схвата као јединствен правни посао, већ као форму у којој се могу закључити различити правни послови, различитог дејства, у зависности од каузе, односно циља: довођења у манципијум, еманципације, усвојења, манус брака, преноса својине на *res mancipi,* тестамента, имагинарне исплате итд. У овом светлу, може да делује изненађујуће што се приликом класификације контраката даје предност форми не само у општој подели на реалне, вербалне, писане и консенсуалне контракте (3. 89), него и приликом разматрања појединих контраката. Тако, изгледа да се стипулација схвата као јединствен правни посао апстрактног дејства за који је заједничка карактеристика да настаје путем питања и одговора (3. 92) иако правни ефекти који се могу постићи у зависности од речи употребљених у стипулацији и циља које странке желе да постигну, могу бити веома различити. Ово показује да треба бити крајње опрезан приликом излагања општих римских правних концепата. Овакви концепти су за римске правнике често имали само условно значење, и теоријске недоследности овакве врсте су за класичне правнике биле прихватљиве. У складу са тиме, о свим правним пословима римског права се не може говорити као о појмовима истог реда, као што је то случај у данашњем праву. Тако, ако посматрамо стипулацију као јединствен правни посао, уочићемо да посебну категорију чини јемство, унутар којег опет имамо три посебна облика, који се разликују по својим правним дејствима у зависности од тога које су речи употребљене (3. 115-127). У том смислу, може се рећи, да Гај разликује правне послове *вишег* и *нижег* реда, између којих постоји однос *genus – species.* Правни послови *вишег реда* имају одређене заједничке карактеристике, било у погледу форме, било у погледу каузе, а они нижег реда се међусобно разликују по начину закључења и правним ефектима.

[19] 1. 110, 113-115, 115a, 117-123, 132, 132a, 134-135a, 137, 138, 140, 166, 195a; 2. 23, 25, 102-108, 121, 149a, 252; 3. 83, 167, 173, 174; 4. 79.

Значај форме правног посла

Питање значаја форме у класичном праву веома је сложено. Класично право карактерише велики број различитих врста и подврста форми, увођених током више векова. Уз старе форме *ius civile*-а, сада имамо и нове форме уведене активношћу претора, владара или јуриспруденције, са свим могућим варијантама. Аспекти правног значаја форме су вишеструки: с обзиром на поделу правних послова на формалне и неформалне, поделу правних послова на послове *ius civile*-а и *ius gentium*-а, однос форме и изјаве воље, намере странака. Такође, у зависности од тога која је форма употребљена, разликују се не само правни ефекти посла, него и услови за закључење истог, при чему се узимају у обзир карактеристике субјеката који закључују посао и објекта посла.[20] Размотримо ове аспекте.

Формални и неформални послови. Форма ad solemnitatem и форма ad probationem. Из Гајевих Институција се види да је њихов аутор свестан разлике између формалних и неформалних правних послова. То је најочигледније у класификацији контраката по форми закључења, у којој консенсуални контракти, односно такви контракти који се закључују простом сагласношћу воља странака, чине посебну категорију (3. 89). Гај је свестан не само да формални и неформални послови чине посебне категорије, него су му јасне и основне карактеристике и једних и других. Тако, кад говори о тестаменту Гај прави јасну разлику у погледу услова за пуноважност тестамента *per aes et libram,* који ће важити само ако је направљен по форми *ius civile*-а и војничког тестамента, који важи ма којим начином да је састављен (2. 114). Тестамент *per aes et libram* неће важити ако недостаје било који од захтева форме. С друге стране, из излагања о консенсуалним контрактима види се да Гај има јасну представу и о суштини неформалних послова:

> *За ове уговоре стога кажемо да настају простом сагласношћу зато што нису потребни ни свечане речи нити писмени акти, већ је довољно да се странке, које закључују посао, сагласе.*[21]

То су, дакле, такви послови који настају простом сагласношћу воља.

---

[20] Упореди: A. Corbino, *op. cit,* стр. 80.

[21] *Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consensisse...* (3. 136) Превод преузет из: О. Станојевић: op. cit. стр. 213.

Гај познаје не само поделу правних послова на формалне и неформалне, него и поделу форме према правном дејству на форму *ad solemnitatem* и *ad probationem*, тј. битну и доказну форму. У склопу излагања о литерарним контрактима, пошто је најпре набројао врсте уписа у *codex accepti et expensi*, којима се ствара контракт *expensilatio* (3. 128-130), Гај каже:

> *Друга је основа оних записа који се зову благајнички. У овим, пак, ствар, а не писмени акт чини облигацију, јер на други начин неће важити, сем ако би био избројан (исплаћен) новац. Отуда ћемо исправно рећи да благајнички записи не стварају облигацију, већ пружају сведочанство о створеној облигацији.*[22]

Да видимо сада који су послови у Гајевим Институцијама формални а који неформални. Као прво, можемо рећи да су формални скоро сви послови из области права које се односи на лица, што приближно одговара данашњем статусном и породичном праву. Формални послови су: ослобађање робова (које може бити и неформално) (1. 17, 18, 20, 21, 29, 38, 41, 44, 46, 126), адопција и адрогација (1. 98-102), склапање манус брака (1. 110-113; 3. 83, 84), манципација (1. 117-123; 4. 79), еманципација (1. 132, 132a, 134-135a, 137, 138, 140), именовање и промена тутора (1. 114, 115, 144, 149, 150, 152, 166, 168, 169, 195a; 2. 289). Неформално је једино ослобађање робова, али под одређеним условима: да роб не буде млађи од 30 а господар који га ослобађа од 20 година, и с тим што овако неформално ослобођени робови не постају римски грађани него Латини (1. 17).

У материји права које се односи на ствари, односно у стварном, наследном и облигационом праву, такође доминирају формални послови али је у много већој мери присутна консенсуалност. Формални послови су: пренос *res mancipi* у квиритску својину (1. 119; 2. 19, 20, 23-25; 3. 167, 167a), скоро сви облици тестамента и за тестамент везаних располагања (1. 115a; 2. 101-108, 114-117, 119, 121, 127, 128, 132, 147, 148, 174, 177, 179, 181, 186, 193, 199, 201, 203, 204, 209, 216, 221, 229-233, 238, 248-250, 252, 253, 267, 277, 281), свечана наследничка изјава *(cretio)* (2. 164-166. 168), уступање наслеђа (3. 85), вербални, реални и литерарни контракти, те гашење облигација закључених овим формама (2. 38; 3. 89-94, 96, 112, 116, 119, 119a, 128-134, 169, 171, 173, 174, 179; 4. 116b, 171). Неформални пос-

[22] *Alia causa est earum nominum quae arcaria vocantur. In his enim rei, non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae re facit obligationem qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere*. (3. 131)

лови су: војнички тестамент (2. 109, 114), слободно дата наследничка изјава (2. 167, 169, 177), пренос својине на *res nec mancipi* (2. 19, 20), консенсуални контракти (3. 135-137, 139) и пакти (4. 116b, 119, 126, 171).

Логично је што су формални послови заступљенији у материји личног и наследног права, јер се ради о области права у којој је поред приватног видљив и јавни интерес. Наиме, у класичном римском праву преовладава рационалније схватање форме правног посла, за разлику од архаичног права које се одликовало претераним формализмом. Формални послови се сада јављају пре свега тамо где је потребна контрола од стране органа власти или јавности, затим тамо где је због правне сигурности и правилности поступка потребно прописати најбољи начин за закључење одређеног посла, те у случајевима када је потребно спречити сувише исхитрено закључивање послова. Неформални послови се јављају тамо где је потребно олакшати закључивање правних послова, било из разлога олакшања правног промета (нпр. у случају консенсуалних контраката и паката), или из неких других разлога (нпр. због принципа *favor libertatis* код ослобађања робова по преторском праву, или у случају војничког тестамента ради компензације војницима због тешких услова живота и непознавање права).

Форме ius civile-a и форме преторског права. Делатност претора током друге половине претклasичног периода била је усмерена, између осталог, и на поједностављење форми правних послова, и на пружање правне заштите неформалним пословима. На ову делатност касније су се надовезале активности владара и јуриспруденције, које су ишле у истом смеру. Уместо компликованих форми старог *ius civile*-а уводе се једноставније форме - реална, писана а вербална форма (особито стипулациона) добија већи значај. Повећава се и број неформалних послова.[23] Тако су настајале ситуације да се један правни посао могао закључити и у форми коју је прописивао *ius civile*, и у форми коју су прописивали *ius gentium* и принцепсове конституције, а понекад и у више форми. Пошто су те различите начине закључавања правних послова штитили различити правни системи, из тога су следили и различити правни ефекти у зависности од тога у којој је форми посао закључен.

Ово је у Гајевим Институцијама веома уочљиво, јер оне у неку руку представљају оно што бисмо данас назвали упоредноправним текстом: упоредно излагање института *ius civile*-а и *ius gentium*-а. На самом почетку Институција Гај даје поделу права на *ius civile* и *ius gentium* (1. 1), а на крају истог параграфа напомиње да ће упоредно излагати институте оба сис-

[23] Више о овоме видети код: A. Corbino: *op. cit,* стр. 73-99.

тема и да ће напоменути којем систему одређено правило припада.[24] Ово обећање Гај је у доброј мери испунио.

Тако, када говори о ослобађању робова, Гај каже да роб који је ослобођен у једној од три форме које предвиђа *ius civile*, уз испуњење још неких услова (да је био у квиритској својини господара и да има одређени број година живота), постаје римски грађанин; ако би нешто од овога недостајало постаје Латин (1. 17).

Затим, поред тестамента *per aes et libram* (2. 102-108), пуноважног по *ius civile*-у, Гај помиње и војнички тестамент који се саставља неформално, што је правило које су увеле принцепсове конституције (2. 109). Овај тестамент се не само по форми већ и по садржини може разликовати од тестамента *per aes et libram*: за наследнике или легатаре могу бити именовани и Латини и перегрини (2. 110), што није могуће у тестаменту *per aes et libram*. Најзад Гај познаје тестамент преторског права за чију је пуноважност довољно да је састављен у писаној форми и потврђен печатима седам сведока. Међутим, овај тестамент се и по својим правним ефектима разликује од тестамента *per aes et libram*. По основу преторског тестамента се на стварима из заоставштине стиче само *bonorum posessio*, а по основу тестамента *per aes et libram* квиритска својина (2. 119). Осим тога наследник који се позива на наслеђе по основу преторског тестамента мора да се обрати претору са захтевом (2. 147), што није неопходно за наследнике по *ius civile*-у.

Однос форме и воље странке. Питање односа форме и изјаве воље тесно је повезано са питањем односа воље и изјаве воље. У овом погледу данас постоја два становишта: теорија воље по којој се даје предност унутрашњој вољи странке и по којој изјава воље уопште није битни елемент правног посла, и теорија изјаве по којој је правно релевантна само изјављена воља, јер се једино на тај начин унутрашња воља странке може сазнати.[25]

У римском архаичном праву, правни послови се у главном обављају као непосредни акти размене, те још нема места за разликовање форме и садржине, као ни закључења и извршења правног посла. Временом се долази до уверења да одређени акти, који се стално понављају приликом закључења одређених правних послова везују странке магијско-религијском везом, односно да производе одређено магијско-религијско дејство.

[24] Ово није био опште прихваћен приступ у римском праву. Римски правници су углавном радије писали посебне коментаре *ius civile-a (libri ad sabinum)* и преторског права *(libri ad edictum)*.

[25] *Правна енциклопедија II*, главни редактор проф. Б. Благојевић, Београд 1985, стр. 1225.

Нпр. употреба бакра (бронзе) и ваге у манципацији потиче од тога што су у првим вековима Рима бакарне (бронзане) шипке коришћене уместо новца и приликом исплате стварно мерене на римској пијаци (1. 122). Исто тако, код стипулационе форме је изговарање одређених речи производило утврђене правне последице. На тај начин, заштиту су почеле добијати и обавезе преузете за будућност, али само уколико су биле закључене у некој од форми које је право познавало. Уколико се радило о неформално закљученом послу није била обезбеђена заштита богова и магијских сила, и извршење таквих послова, пре интервенције претора, зависило је само од части странака. Одатле потиче схватање да сама форма ствара обавезу и да је важнија од суштине посла. Ипак, треба приметити да ни у архаичном праву форма није елиминисала значај воље приликом закључења правног посла. И у најстаријем праву, сврха форме била је пре свега да обезбеди озбиљност, могућност сазнања и ефикасност воље.[26] То се у још већој мери може рећи за класично право.

Гајеве Институције потврђују да је у класичном праву воља странака битни елемент правног посла. На то указује не само постојање неформалних послова у Институцијама већ и изрази којима се описује закључење формалних послова где се, као што смо већ рекли, форма представља као начин испољавања воље субјеката. Осим тога, на више места се јасно указује на то да је воља странке неопходна за настанак правног посла. У разматрању о стипулацији, које се може сматрати својеврсним „општим делом " контрактног права, као услови за пуноважност правног посла помињу се и душевно здравље и пунолетство (3.106-109).

Иако у Институцијама није посвећена велика пажња питању мана воље, Гај ни ову проблематику није у потпуности заобишао. У праву које се односи на тужбе помињу се и приговори преваре (4. 116a,117,121) и принуде (4. 121). Међутим, сама унутрашња воља странке није правно релевантна:

> *Може се десити да пуноважно сатављени тестаменти буду опозвани супротном изјавом воље. Али ипак је јасно да се не може опозвати тестамент само на тај начин што је тестатор изразио жељу да он не важи. Чак и ако је исекао врпцу којом је увезан, ипак ће по цивилном праву остати на снази. Па и ако је уништио или спалио таблице тестамента, и даље ће важити оно што је у њему написано, само што би доказивање тога било тешко.*[27]

[26] A. Corbino: *op. cit,* стр. 51-52.

[27] *Potest ut iure facta testamenta contraria voluntate infirmentur. Apparet autem non posse ex, eo solo infirmari testamentum, quod postes testator id noulerit valere, usque adeo, ut si linum eius inciderit, nihilo minus iure civili valeat. Quin etiam si deleverit quoque aut cobusserit*

Дакле, да би воља странке произвела правне последице, неопходно је да буде изјављена, и то, пошто се ради о формалном правном послу, у одређеној форми. У том смислу треба схватити и раније наведене изразе које Гај користи за означавање форме правног посла: посао уистину настаје тек онда када је воља странке изражена у одређеној форми. Воља странке је наравно услов за пуноважност правног посла, али посао настаје у моменту када је она изражена, те у том смислу треба разумети Гајево схватање да формом *стварамо* правни посао. Форма се, дакле схвата на начин сличан данашњој доктрини: као начин изражавања воље странке. Међутим, када се ради о неформалним пословима, Гај само каже да настају сагласношћу воља *(consensu):*

> *За ове уговоре стога кажемо да настају простом сагласношћу зато што нису потребне ни свечане речи нити писмени акти, већ је довољно да се странке, које закључују посао, сагласе.* [28]

Исто тако, код појединих консенсуалних контраката се помиње да настају онда када се странке сагласе о битним елементима посла. Ово би могло да значи да се предност даје унутрашњој вољи. Могуће је да овакво схватање произлази стога што се на консенсуалне контракте у целини примењује принцип *bona fides.* (3. 137; 4. 62). Наиме, код послова *stricti iuris,* који су увек и формални послови, о манама воље се води рачуна само по приговору странке, односно постоји правна претпоставка да изјављена воља одговара унутрашњој вољи странке. Са друге стране, код послова *bonae fidei,* о овим и другим околностима судија води рачуна по службеној дужности. У сваком случају, форма се увек схвата као начин за испољавање воље странке.

Различити услови за закључење посла у одређеној форми и последице. У којој ће форми настати правни посао зависи од ефеката које странке желе да постигну, личног својства странке и објекта правног посла.

Правни посао може имати различите ефекте у зависности од тога у којој је форми закључен и невезано за поделу на форме *ius civile*-а и *ius*

---

tabulas testamenti, nihilo minus non desinent valere quae ibi fuerunt scripta, licet eorum probatio difficilis sit. (2. 151) Превод преузет из: О. Станојевић: *op. cit.* стр. 131. Права је штета што наредних шест редова који се данас означавају као параграф 2. 151.b у тзв. Веронском рукопису (који је у главном послужио као основа за реконструкцију Гајевих Институција) нису сачувани.

[28] *Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla properietas desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consensisse.* (3. 136) Превод преузет из: О. Станојевић: *op. cit*, стр. 213.

gentium-а. Високи свештеници (фламини) могу бити само лица која су рођена у браку закљученом у форми конфарреације, и то ако су и сами закључили такав брак (1. 112). У зависности од тога којим начином (тј. којим речима) је остављен легат разликују се и његови правни ефекти (2. 192, 193, 201, 209, 216). Јемство у облику спонзије и фидепромисије може бити придодато само уз контракт закључен у вербалној форми (3. 119), а фидејусија може бити придодата уз облигацију закључену у било каквом облику. Три облика јемства се веома много разликују и по другим својим карактеристикама (3. 118-123). На консенсуалне контракте у целини се примењује принцип *bona fides* (3. 137). Путем литерарног контракта може се обавезати и одсутно лице, а путем вербалног не може (3. 138). Обавезе се по правилу гасе у оној форми у којој су настале (3. 169-170, 173).

Разлике у форми закључења правног посла могу произлазити из својства странке која закључује правни посао. Тако, господар млађи од 20 година мора пред комисијом доказати ваљани разлог за ослобађање роба којег жели да манумитује (1. 38, 41). Жене се ослобађају власти *pater familias*-а једном манципацијом а мушкарци са три (1. 132-132а). Већ смо поменули пример војничког тестамента који може да састави само лице које има војнички статус. Перегрин се приликом закључења стипулације не може обавезати речима *Dari spondes? Spondeo! - Обавезујеш ли се да ћеш дати? Обавезујем се!,* а осталим речима може (3. 93). Вербалне контракте не могу да закључе глуве и неме особе (3. 105).

Разлике у форми произилазе и из својстава објекта правног посла. Нпр. господар који хоће да ослободи роба млађег од 30 година мора пред комисијом да доказује разлог за ослобађање (1. 18). Лица под влашћу *pater familias*-а и жене се усвајају пред магистратом, а мушкарац *sui iuris* пред скупштином (1. 98-102). Покретне ствари које се манципују морају бити присутне, а земљишта се могу манциповати и ако су удаљена (1. 121). Квиритска својина на *res mancipi* се преноси манципацијом или инјурецесијом, а на *res nec mancipi* традицијом (2. 19, 22).

Гајев однос према форми правног посла

Гај на форму гледа рационално. Када говори о настанку манципационе форме, види се да форму посматра у функцији датих прилика у друштву (1. 65). Слично је са излагањима о старим облицима тестамента *calatis comitiis* и *in procinctu* и о историјату тестамента *per aes et libram* (2. 101-103). У Институцијама скоро да нема ни трага од старог схватања да поштовање форме, нпр. обављање одређених гестова или изговарање од-

ређених речи, ствара религијско-магијску везу међу странкама. Такође, кад говори о начинима стицања квиритске својине, Гај даје предност манципацији над инјурецесијом јер

> *...оно што можемо обавити сами пред присутним пријатељима, нити је згодно нити је потребно да са већим тешкоћама обављамо пред претором или управником провинције.* [29]

Из овог се може закључити да Гај констатује да се у његово време даје предност закључивању послова у једноставнијој форми. Исто тако, Гај напомиње да се правило о гашењу облигације у оној форми у којој је она настала изиграва, када излаже да се и оно што је дуговано по неком другом основу може преобратити у стипулацију и угасити путем акцептилације (3. 170). Ова тенденција ублажавања захтева форме, односно коришћења једноставнијих форми логична је последица тржишног и робноновчаног карактера привреде у класично доба.

Своје начелно противљење претераном формализму старог права Гај много јасније испољава у оним деловима Институције који се не односе на материју правних послова. Тако стари поступак претраживања стана осумњиченог за крађу који прописује Закон XII таблица, *perquisitio lance et licio*, код кога је покрадени го, опасан прегачом и са зделом у руци улазио у кућу осумњиченог и тамо тражио ствар, Гај оцењује као смешан и примећује да се за њега не може пронаћи рационално оправдање (3. 193). За стари легисакциони парнични поступак каже да је постао омражен због своје ситничавости, јер је странка која би направила и најмању грешку у изговарању процесних формула губила спор (4. 30).[30] Иако се о томе није отворено изјаснио, из свега наведеног можемо претпоставити да је Гај имао слично мишљење и о претеривању у формализму у правним пословима, области у којој је ова појава још мање пожељна него у процесном праву.

Но из овога што смо рекли не сме се брзоплето извући закључак да је Гај био присталица принципа консенсуализма. Иако се овај принцип у римском праву временом све више ширио, још од претклasичног периода, никада није постао владајући. У модерном праву важи принцип слободне

---

[29] *...quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum maiore difficultate apud praetorem aut apud praesidem provinciae agere*. (2. 25) Превод преузет из: О. Станојевић, *op. cit*,стр. 95.

[30] Суштински гледано, нема разлике између формализма процесног права који Гај овде описује и формализма у правним пословима архаичног права. Упореди: A. Corbino: *op. cit,* стр. 8-9.

форме, тј. правни послови се закључују у оној форми коју странке одреде, изузев уколико право за одређену врсту послова не предвиђа обавезну форму. У римском праву је важио обрнути принцип: правни посао се закључује у форми коју право прописује, изузев у оним случајевима када је изричито предвиђено да се закључује неформално. Наиме, римско право је право типичних правних послова, у коме сваки правни посао има утврђену форму и садржину, те сама просто изражена воља странака није довољна да произведе правне ефекте, изузев када то правни поредак изричито предвиђа.[31] Гај је зато могао бити само присталица ублажавања захтева форме, а не и принципа консенсуализма. У том смислу се може рећи да је Гај био противник онога што се данас назива формализмом. Био је против претеривања и ситничавости у захтевима форме, компликованих и скупих форми које немају рационално оправдање а отежавају правни саобраћај,[32] а не против поштовања форми уопште.

[31] M. Talamanca: *op. cit*, стр. 204. Ипак, стварни значај примене начела консенсуализма, односно формализма, у одређеном правном систему не треба прецењивати. Иако је у већини модерних правних система прихваћено начело консенсуализма, што значи да су правни послови неформални изузев у оним случајевима када право изричито предвиђа обавезну форму, све се чешће говори о својеврсној „ренесанси" формализма, јер је број правних послова за које је предвиђена обавезна форма закључења толики да се у ствари често већи део правног промета у многим гранама права обавља преко формалних правних послова. Са друге стране, упркос схватању да је консенсуалност изузетак, у класичном римском праву су многи послови били неформални. Можемо без претеривања претпоставити да се у римском облигационом праву већи део правног промета одвијао преко неформалних послова, јер су консенсуални контракти купопродаја, locatio-conductio (који обухвата оно што данас називамо закупом, уговором о делу и уговором о раду), ортаклук и налог (3. 135) вероватно и најважнији и најчешће закључивани контракти како у римском тако и у модерном праву, а уз ово треба додати и пакте. Затим, због све мањег значаја поделе на *res mancipi* и *res nec mancipi* и квиритске својине може се претпоставити да је у стварном праву преовладало неформално преношење својине предајом ствари (traditio). Утицај формализма остао је, као што смо рекли, доминантан у личном и наследном праву из разлога које смо већ навели. Ово је, у осталом, случај и у модерним правима. Такође треба поменути и да се у римском претклasичном и класичном праву стално повећава број неформалних послова, док се данас понекад може приметити обрнута тенденција. О овој тенденцији у нашем облигационом праву видети нпр: *Коментар Закона о облигационим односима,* I књига, главни редактор С. Перовић, Београд, 1995, коментар С. Перовића уз параграфе 67-73, стр. 147-163.

[32] О оваквом схватању формализма види: *Правна енциклопедија I*, главни редактор проф. Б. Благојевић, Београд 1985, стр. 395.

Закључак

У Гајевом делу не налазимо одређење појма *форма правног посла*, као ни теорију о форми. Одредбе које се односе на форму нису издвојене у једну целину. Ово последње последица је не толико утицаја казуистичког метода, колико значаја ове проблематике и концепције Гајевог дела. Једна шестина параграфа у Гајевим Институцијама садржи одредбе о форми правног посла. Издвајање оволиког броја одредаба у једну целину у великој мери би пореметило концепцију Институција. Осим тога, не треба заборавити да је римско право право типичних правних послова: сваки правни посао има прописану форму и садржину, те је логично да се оне излажу упоредо. Такође, не постоји ни јединствена терминологија којом се означава форма правног посла.

Упркос реченом Гајеве Институције дају доста података о прилично развијеном схватању форме и потврђују велики значај форме правног посла у класичном римском праву. У прилог томе говоре следећи разлози: употреба одређених језичких конструкција уз често коришћење термина *modus;* обимни делови текста који говоре о форми појединих правних послова, садрже разматрања и о правним питањима везаним за форму уопште; тенденција ка издвајању разматрања о форми од остале материје, у главном на почетак дела текста који говори о одређеном правном послу.

Разматрања о форми обухватају пре свега поступак закључивања правног посла и материјални начин испољавања воље субјеката, а понекад се односе и на својства објекта правног посла и право субјекта на закључење одређеног правног посла.

Иако Гај познаје поделу форме на битну и доказну, из његових разматрања се види да он у првом реду има у виду форму *ad solemnitatem,* што значи да је ближи схватању форме у ужем смислу. Прописани начин закључења правног посла се мора строго поштовати. Форму схвата као начин изјаве воље странке. Закључење посла у одређеној форми производи утврђене правне последице и странке бирају форму закључења у зависности од тога које последице желе да постигну. У којој ће форми правни посао бити закључен зависи, поред воље странака, и од других фактора: којим правним системом је одређени посао заштићен, те од својстава странака и објекта правног посла.

Гајево схватање форме је рационално. Посматра је у функцији датих прилика у друштву и даје предност закључивању послова у једноставнијим формама.

Samir Aličić, Assistant
Novi Sad Faculty of Law

The Form of Legal Acts in Gaius' Institutions

Abstract

The author of this work addresses issues related to the concept and importance of form of legal acts in Gaius' Institutions. Although they do not contain clear qualification of the concept of form associated with the legal act, clear understanding of this notion is quite evident. Although Gaius acknowledges the subdivision of form to essential and probative, in his considerations on this issue, he refers in the first place to the form *ad solemnitatem*, i.e. the form in its narrow meaning. As the prescribed procedure for finalization of legal acts produce particular effects, the procedure has to be observed strictly. The form is understood as the acknowledgement of the client's will. Besides the client's will, the form of legal act depends on legal system to which the *negotium* pertains, clients' capacities and the object of the legal act. Gaius' understanding of the form of legal act is rationalistic. He observes the form within the context of the given social circumstances. Thus, in concluding the *negotium*, Gaius gives priority to those forms that are more simple.

339.923:061.1EU]:338.2

Др Момчило Ђ. Вукићевић, редовни професор у пензији
Правног факултета у Новом Саду

ОПШТА ЕКОНОМСКА ПОЛИТИКА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Сажетак: *Једна од битних карактеристика развоја људског друштва на преласку из XX у XXI век је интензиван процес концентрације и централизације у привредној области. Ради се о квалитетно новој економској подели света.*

Ауторово истраживачко садејство у актуелној анализа оваквих коренитих процеса, која следи у оквирима овог прилога, има, за објект комплексну проблематику интернационализације економске политике на примеру заједничке опште европске економске политике. Њени резултати, у крајњој линији, служе дефинисању путева и метода укључивања Заједнице држава Србије и Црне Горе у европску привреду и њихову актуелну економско-политичку хармонизацију;

Кључне речи: *актуелни процеси концентрације и централизације привреде – европски и глобални ниво; економска политика; Европска унија на почетку III миленијума;заједничка општа економска политика EU;*

Интернационализација економске политике (Уводна разматрања)

Једна од *битних карактеристика развоја људског друштва* у другој половини XX века је *интензиван процес концентрације и централизације у привредној области*. Ради се о квалитетно новој економској подели све-

та. С једне стране, наднационалне економске Групације на појединим континентима се постепено трансформишу - из „нижих" у „више" облике реглуоналне интеграције:

Тај процес је спорији (речју, још увек на нивоу „нижих" облика) у „Трећем свету". Највећи део земаља у развоју, наиме, предност даје концепту развојног ослањања на сопствене снаге (модел кооперације „Југ-Југ"). У исто време, развијени свет (десетак земаља - привредних велесила) постепено прелази на „више" облике који се, још увек, везују за матичне континенте:

На глобалном плану сусрећемо се само са иницијалним еле-ментима глобалне зоне слободне трговине (који су дефинисани у Општем споразуму о трговини и царинама - GATT). Ипак, можемо закључити да се и *на нивоу светске привредне заједнице* уочавају ефекти динамичног развоја националне економске интеграције. Њихов заједнички именитељ је, данас већ поодмакла, трансформација постојећег у „Нови међународни економски поредак".

Нашавши се у овом и оваквом (ужем - континенталном и ширем - глобалном, тј. светском) економском „окружењу", свака национална еко-

номија тежи „отварању“ према наднационалној привреди. Оно започиње њеним укључивањем у међународну поделу рада да би се, после успостављања широког сплета међународне економске размене (на билатералној и мултилатералној основи), приступило поступку хармонизације њене националне и наднационалне економске политике.

Ауторов прилог актуелној анализа ових и оваквих коренитих процеса, која следи у оквирима овог прилога, има за објект комплексну проблематику интернационализације економске политике на примеру заједничке опште економске политике уједињене Европе. Резултати, саошштени у Прилогу у крајњој линији, служе дефинисању путева и метода укључивања заједнице држава Србије и Црне Горе - СЦГ у европску привреду.

Економска политика „уједињене Европе“

Корени актуелног економско - политичког атажмана (привредно и политички обједињених 15 земаља) Европем временски су лоцирани у годинама после Другог светског рата.

Током полувековног (тачније, 55.годишњег) периода живота „Старог континента“, у узрочно - последичном низу, у његово опште друштвено (а нарочито економско) ткиво постепено је уграђен читав сплет разноврсних функционалних компоненти, мање или више успешне, кооперације које су in continuo „проширивале“ и „продубљивале“ поље заједништва: најпре, „европске шесторице“ у оквирима Европске економске заједнице - EWG (1957-1992), затим „петнаесторице“ који граде Европску унију - EU (после 1992. године), а с почетка III. Миленијума још шире „породице“ земаља (којој тежи и наша земља).

Општа заједничка економска политика, представља једну од (нај) важнијих тековина која је, као својеврсна синтетичка надоградња иницијалних фраг-ментарних помака (на релацији „екстензивно национално“ → „интензивно наднационално“).

У савременој етапи развоја уједињене Европе и, нарочито, у перспективи паневропеизма овај се сектор кооперације налази у центру сплета проблема који , са једне стране, генеришу кризу предметне континенталне привредно-политичке интеграције, а са друге (напротив) представљају „моторну снагу“њеног напретка.

Ова и оваква противуречна реалност диктира пажљиву анализу свих *компоненти активног односа организоване европске друштвене заједнице према економском бићу Европе:* од објективизације мотивационог основа и нужности (сплета проблема) који диктирају општи економско-политич-

ки ангажман, преко идентификације каталога циљева акције, до оформљења мреже надлежних субјеката интервенције, као и избора оптималног акционог инструментаријума.

При томе, подједнака важност се придаје мешању „јавне руке" у европску привреду на оба његова конститутивна нивоа. Речју, најпре следи приказ опште и, затим (на њу надограђене), мреже посебних, секторско – факторских политика EU-а.[1]

Општа економска политика уједињене Европе

Битна карактеристика економско-политичког ангажмана Европске уније- EU „је његова (готово потпуна) свеобухватност. Речју, општа европска економска политика је конципирана и оживотворена тако да „покрива" све сегменте процеса репродукције привредног бића EU – производњу и размену непосредно и успешно, а расподелу и потрошњу само у елементима и то само „у крајњој линији" (тј. посредством сплета посебних секторско, алт. факторских политика). Додатни спецификум је заједништво држава - чланица привредне интеграције Старог континента (и) у вези са најважнијим функционалним механизмима укупног процеса друштвене репродукције - конкуренције, конјунктурног пулсирања и уравнотеженог регионалног развоја.

Мотивациони основ

Мотив мешања EU у националне економије чланица је синтетички садржан у идеји водиљи ове наднационалне економске интеграције: постепено и дефинитивно *обједињавање привредног потенцијала Европе* (природних, друштвених и људских ресурса, односно њихових различитих експлоата-ционих комбинација у области производње и размене) *у хомогени и пропулзивни наднационални привредни организам који има перспективе и који гарантује просперитет овог континента у XXI веку.* У том смислу, мада то у функционално-развојним актима EU није прецизирано, може се закључити да наведени „општи економски интерес" аутоматски инкорпорира и (теоријске) мотиве креирања, тј. вођења опште

[1] Ова, изразиро сложена, проблематика је у фокусу интересовања Аутора у текућој анализи, а њени ће кључни резултати бити публиковани у следећем броју предметног Зборника;

и, њој усаглашених, заједничких посебних економских политика.

Нужност интервенције

Слична оцена стоји и када се посматра актуелни *сплет заоштрених проблема* који општу економску политику EU чине „објективном нужношћу" савремене етапе њеног развоја. Независно од посматране (опште, односно секторске или факторске) економске политике у питању, у центру њихове пажње су: путеви и методи уједињавања конкретних области привређивања у функцији превођења националних економија - држава чланица, најпре у „нижи" облик економске интеграције (Заједничко европско тржиште), а затим у њену надградњу, тј. „вишу" форму (Европску економску унију).

Каталог циљева

Заједничке опште економске политике „уједињене Европе", који у суштини представља „акциони израз" реалних проблема (заједнице) националних економија - држава чланица, логично је био укључен у све њене стратешке функционалне и развојне документе као један од кључних сегмената":

(I)

„Уговор о оснивању Европске економске заједнице"
EWGV (1957)
I 1.1. стварање зајвдничког унутрашњег тржишта;
I 1.2. постепено усклађивање („креирање" заједничких)
националних општих економских политика;|

комбинацијом (остварења) наведених општих економско-политичких
циљева (I.1.1. + I.1.2.) треба створити нужне претпоставке за
постизање „додатних "општих економско - политичких ефеката:
↓
1.3. хармоничан развој (националних, односно европске) привреда, тј.
1 1.4. њихова стална и („интерна",vs.„екстерна") складиа
привредно-социјална експанзија;
1.5. јачање економске стабипности;
1.6. подизање животног стандарда:
1.7. непосредније привредно повезивање;

(II)
„Јединствени европски акт"-EEA
(1987)

II.1.1.Стварање (потпуног, слободног) заједничког унутрашњег тржишта
(чл. 13-19. EEA);
II.1.2.Ззаједничка општа економска политика
(чл. 20 EEA);
II.1.3.Заједничка монетарна политика
(чл. 20 EEA);
II.1.4. Јачање економско -социјалне кохезиЈе чланица и њихове (европске) заједнице
(чл. 23 EEA);
II.1.5. Заједничка политика научно - технолошког развоја
(чл. 24 EEA);
II.1.6.Заједничка еколошка политика
(чл. 25 EEA);
II.1.7. заједничка социјална политика усаглашена, у EEA детерминисаним, општом-II.1.2. и посебним економским политикама
-II.1.3.,II.1.4., II.1.5.и II.1..6.
(чл. 21 и 22. EEA);

(Ш)
„Уговор о оснивању евролске уније"
EUV(1992)

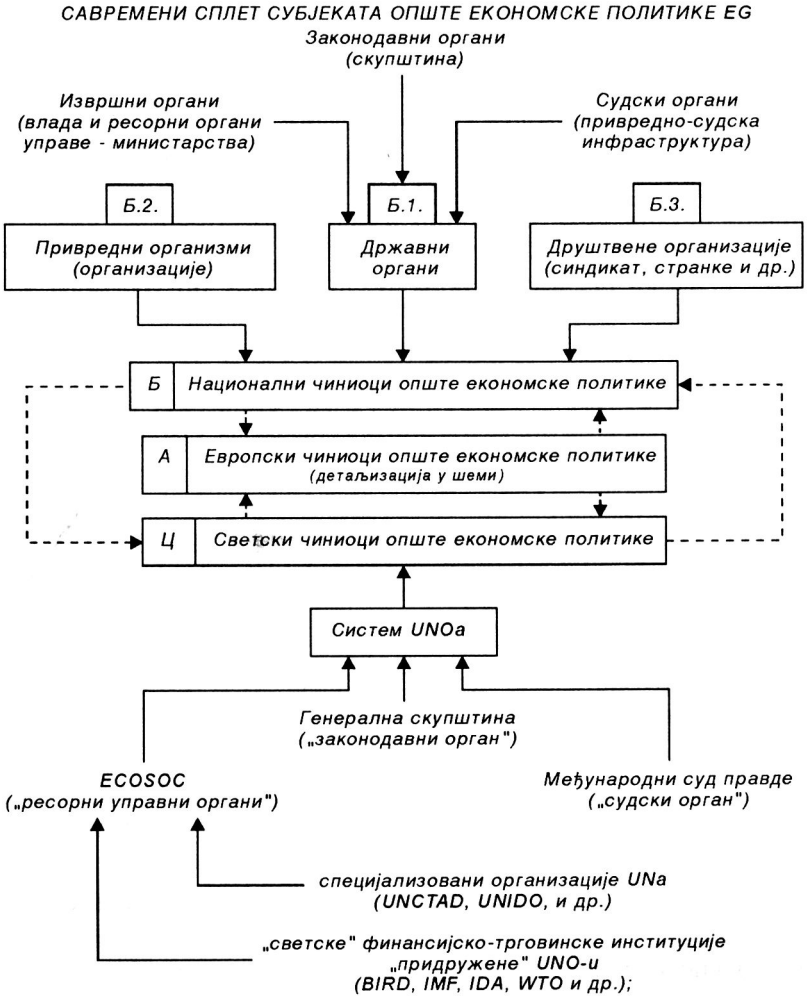
трајни привредни и социјални напредак стварањем економског простора без унутрашњих граница путем јачања привредне и социјалне зависности и остваривањем економске и монегарне унијв
(која сагласно EUV, подразумева увођење јединствене Eu новчане јединице)

(IV)
„Уговор о оснивању европске заједнице"
EGV (1992)

IV. 1.Укидање царинских и квантитативних ограничења спољнотрговинске размене
(чл. 9 и 37. EGV);
IV.2. Заједничка општа економска политика
(чл. 102a -104 ц EGV);
IV. 3.Заједничка унутар – и спољно -трговинска политика
(чл. 110-116. EGV);
IV.4. Заједничка монвтарна политика
(чл. 105-109. EGV);
IV.5. (П)одржавање заједничког унутрашњег тржишта које карактерише слободна циркулација роба, људи, услуга, капитала и информација

(чл. 9-37. EGVa - за промвт роба, тј. 48-73. EGV - за промет осталих добара и људи),
IV.6. Заједничка аграрна лолитика и политика у сфери рибарења - рибарства
(чл. 38-47. EGV);
IV.7. Заједничка саобраћајна политика
(чл. 74-84. EGV);
IV.8. Изградња система трансевропских мрежа саобрачајница, ПТТ-комуникација и енергетске инфраструктуре
(чл. 1296-129Д. EGV);
IV. 9. Заједничка еколошка политика
(чл. 130р-130TEGV);
IV. 10. Заједничка индустријска политика
(чл. 130 - EGV);
IV. 11. Заједничка (научно) истраживачка и политика (техничко -) технолошког развоја
(чл. 130ф - 130п EGV);
IV. 12. Заједничка „политика слободнв конкурвнцијв"
(чл.85-102. EGV);
IV. 13. Заједничка конјунктурна политика;
+
IV. 14. Заједничка социјална политика
(чл. 117-126. EGV);
IV. 15. Јачање привредне и социјалне међузависности чланица EU
(чл. 130а-130eEGV);

Претходно информативно приказане компоненте опште економске политике „уједињене Европе“ – њена поливалентна мотивациона основа, изразито комплексан сплет функционално - развојних проблема који ангажман организоване друштвене заједнице чине нужним и каталог њених разноврсних циљева, представљају реалне факторе који непосредно одређује све аспекте.



надлежних за оживотворење зацртане амбициозне опште стратегије и тактике даљег преображаја ове наднационалне (привредне, политичке и у елементима општедруштвене) групације 15 држава Европе и њима „придружених" више десетина земаља „Трећег света":

Нагласак треба ставити на тзв. „главне" делове њеног савременог организационог модела (оформљеног „Maastricht"-ским уговорима - 1992.) → „Европски парламент", „Европски савет" и „Европску комисију" - уз општи осврт на облик, ниво и садржину удела преосталих опште економско-политиичких чинилаца → „Европски суд правде", „Европски уред за

привредно - финансијску контролу“ и мрежу „Економско-социјалних одбора“.

На врху организационе пирамиде корпуса државних органа, ресорно везаних за опште економско-политичко (функционално) објединьавање и регулисање, односно развојно хармонизовање и усмеравање привредног бића интегрисане Европе, фигурира

Европски парламент – EuP
(чл. 4. став 1. и 138-144. EGVa)

У надлежности, демократски формираног (од 1979. године механизмом „директних избора“), аудиторијума од 626 посланика налази се широка лепеза права, задатака и одговорности везаних за пулсирање и развој ове наднационалне привредне интеграције, односно њених 15 чланица:

- *политичка сфера*
  садејство у свим аспектима политичке сарадње у оквирима EG-а давањем одговора на директне упите грађана по основу њиховог општег петиционог права
  (чл. 138д EGVa);
- *сфера контроле*
  комбиновање система постављања питања (европској) Комисији и Савету са иницирањем њиховог опозива (у случају незадовољавајучих одговора)
  - чл. 138ц EGVa;
- *саветодавна сфера*
  EuP = обавезна „саветодавна“ инстанца (готово свих) активности органа;
- *финансијска сфера*
  учешће у (сложеној) процедури разматрања - доношења годишњих, односно буџета EG-а везаног за дужи временски период; коначно,
- *законодавна сфера*
  EuP, кроз „тематичку-политичку дебату“, односно вршење, контролно - саветодавне функције садејствује са „Европским саветом“ - стожером легислативног поступка, тј. носиоцем законодавне власти.

Због ове и овакве разноврсности надлежности, а нарочито због реалне чињенице да су удружене државе „пренеле“ на EG само део свог националног суверенитета, EuP се не може поистоветити са парламентима чланица. С друге стране, „уочљива је битно већа организационо-кадровска сложеност наднационалне у односу на националне скупштине. Речју, у хомогеном

моделу EuP-а садејствује његов „президијум“ (руководна надлежност) са, њему подређеним, „генералним секрстаријатом“ (извршна функција) и разуђеном мрежом од чак 20 сталних одбора конципираних као помоћних (стручних, али и „политичко-представничких“) тела која припремају предлоге докумената у вези са свим активностима из надлежности EuP-а. Очигледно његова комплексна организациона структура резултира, исто тако, сложени (дуг и скуп), поступак његовог интерног рада, као и широког сплета садејстава са осталим органима EG-а.

Општа економско-политичка, као и остале надлежности

Европског савета – EuR
(чл.4 став 1 и 145 - 154 EWGVa)

указују на шира, разноврснија и конкретнија - речју, значајнија права, дужности и одговорности овог органа EG-а у сфери регулисања привређивања и усмеравања привредног развоја уједињене Европе. Практично, ради се о (истински) кључном политичком органу Европске заједнице који (почев од 1985. године) исти такав статус, улогу и значај има и за Европску унију. На тај начин у његовој надлежности, односно кроз његову организацију и активност - равноправно и усклађено - се преплићу оба паралелна интеграциона европска процеса (привредно заједништво - EG и политичка унија -EU). Надлежност EuR-а, симболично схваћена као „креирање идеја водиља“ заједничке опште (па и економске) политике EGa/ EU-а, своди се превасходно на законодавну област. Оваква активност, међутим, започиње само онда када постоји одговарајућа иницијатива „Европске комисије“. Сагласно важећим статусним актима - „Maastricht-ским уговорима“ о оснивању Европске заједнице - EGV и Европске уније - EUV (1992. г.) де-финисани су:

прво, основни (глобални) задаци EuR:

- сфера политичког заједништва (чл. „Д“ EUV):
  - давање импулса за (даљи) развој „Европске уније“;
  - утврђивање општих циљева;
- сфера привредног заједништва (чл. 145 EGV):
  - систематска брига о усаглашавању (националних) економских политика чланица EG;
  - креирање - доношење одлука у функцији економско-политичке хармонизације (једне од битних претпоставки привредно заједништва);

друго, организациона структура EuR (чл. 151 и 153 EGV):

- састав:
  - 15 „ресорних министара“ - држава чланица;
  - (актуелни) председник Европске комисије;
- органи:
  - председавајући
    (сваких 6 месеци из друге земље и чланице EG;
  - генерални секретаријат
    (административно-техничка функција);
  - одбор амбасадора чланица EG
    (репрезентативна функција);
  - радне групе
  - (стручно-техничка функција);
- процедура рада EuR (чл. 146-150, 152 и 154. EGV).

Европска комисија – ЕиК
(чл. 4. став 1. EGV)

као кључни извршни орган EG /EU, носи терет одговорности за реализацију разуђеног сплета изузетно значајних - задатака везаних за готово све важније аспекте живота EG / EU (чл. 155 EGV):

- од конституисања - усавршавања његових легислативних оквира, (EuK има монопол на иницијативни поступак, адресиран Европском савету и Европском парламенту, за све законске акте, као и посебну одговорност за надгледање њиховог поштовања, односно заштите пријављивањем њиховог кршења „Европском суду правде“);
- преко управљања структурним фондовима EG, тј. располагања финансијским средствима читавог система научно – истраживачких програма у функцији квантитативног обједињавања и квалитативног побољшавања (хомогенизације и унапређења) производних потенцијала држава - чланица и њиховог оптималног комбиновања, тј. развоја, као
- и систематског надзора поштовања општих услова, у сфери слободне конкуренције на унутрашњем заједничком тржишту (са регулативама антимонополске, антидемпиншке и сличне интервенције у заједници са „Европским судом правде“ и „Европским уредом за привредно -финансијску контролу“);
- до улоге „носиоца кооперације“ комунаторних органа у функцији доношења(одобравања),мењањаи извршења буџета EG.

Кадровски сегмент EuR са 5. годишњим мандатом чини укупно 20 чланова - по два представника „јачих“ чланица (Немачка-D, Француска-F, Велика Британија-GB и Италија-I) и по један из осталих 10 држава. У кадровским решењима обавезно је успостављање - постојање равномерне заступљено-сти (равноправности) држава - чланица EG.

У сложеном организационом моделу EG на три нивоа успостављена је складна комбинација инокосних и колегијалних органа у односима строге интерне субординације и акционе специјализације:

Председник EuK Потпредседници EuK Комесар EuK
двогодишњи мандат репрезентативна (политичка) и административно-руководећа функција
↓
Генералне дирекције (20 стручно-оперативних одбора, на чијем челу стоји, исто толико, „директоријума“ које „покривају“ најважније облике - области активности EuK)
↓
М р е ж а п о м о ћ н и х о р г а н а E u K ↓ ↓ сегменти (важније генералне дирекције) ↓ Агенција за мирнодопску производњу и употребу атомске енергије EUROATOM; + Заједнички истраживачки центар (за атомску енергију); + Служба за официјелна EG - издања; сегменти (важније генералне дирекције) ↓ Европски центар за унапређење стручног образовања CEDEFOP; + Служба европске полиције EUROPOL; + Европска служба за тржишне марке (жигове и сл.); + Европски завод за побољшање услова живота и рада;
стручно-оперативне функције

Као пандан приказаног триангла EG - органа са широким надлежностима, активностима и остварењима као субјеката *опште комунаторне економске политике,* који су валоризовани као „главни" органи привредно и политичке уједињене Европе, делује у овој истој области (али посредно - из другог плана, „покривајући" пулсирање само делова европске привреде, тј. њеног развоја и са мање ефеката) делује и сплет тзв. *„споредних" чинилаца:*

„Европски суд правде" – EuGH"
(чл. 164-188. EGV)

функционално конципиран и кадровско - организационо профили-ран као уставни, управни и грађански судски орган, односно, као II. степена судска инстанца тело за давање официјелног тумачења основних статусних аката EG / EU, гарантује примену и штити норме уговора о оснивању Европске заједнице и Европске уније које третирају економско-политички ангажман њихових „главних" органа.

Европски уред финансијске контроле-EuRH
(чл. 188а - 188ц EGV)

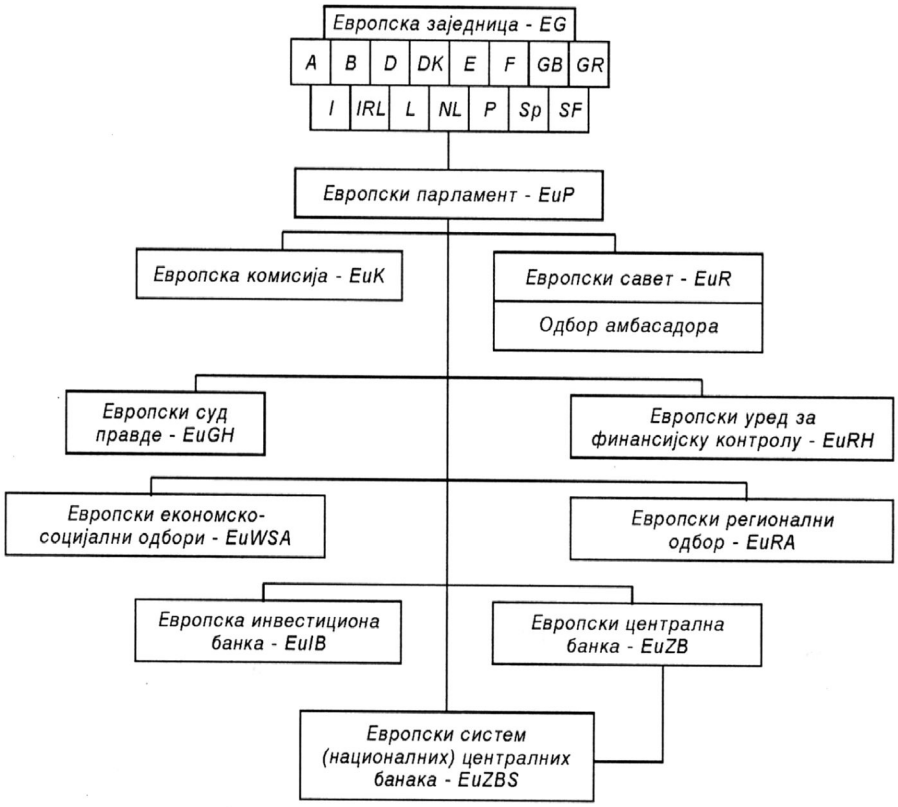
својом независном „екстерном" контролном делатношћу јединичних финансијских inputa и outputa Европске заједнице, тј. укупног буџетског биланса (током календарско - пословне године), реално ствара Европском парламенту „материјалну компоненту", тачније полазну основу његове политичке контроле рада органа EG - појединачно, али и у односима „обавезног садејства"; један од позитивних ефеката, који наступа у крајњој линији је и оптимализација комунаторне економске политике тако да се EuRH објективно убраја (и) у чиниоце опште економске политике EG:

- *мрежа Економско-социјалних одбора* - EuWSA која у својих више десетина сегмената у једном мандату (ор-гана EG-а дугом 5 година) ангажује укупно 222 представни-ка 15 држава чланица који припадају разним категоријама становништва, има статус саветодавно - консултативних тела Европског савета и Европске комисије; она се повремено активирају у вези с најважнијим питањима везано за остварење унутрашњег заједничког тржишта; садејство EuWSA индиректно их укључује у круг чинилаца опште, као и посебних (секторско-факторских) економ-ских политика EG;

- *одбор региона - EuRa* (чл. 198а - 198ц EGV)
  статусно и организационо - кадровски истоветан са „Економско-социјалним одборима“ (EuWSA), овај „помоћни“ орган EG-а има искључиву надлежност у сфери посебне политике регионалног развоја;
- *мрежа заједничких финансијских институција* (чл. 198д - 198е EGV):
  - *Европска инвестициона банка - EuIB*,
  - *Европска централна банка - EuZB* и
  - *Европски систем* (15 националних) *централних банака*- EuZBS

  које, по основу свог правног субјективитета и економске самосталности, има и статус финансијске моторне снаге паневропске политике регионалног развоја, односно стожера вишефазног процеса стварања европске економске и монетарне уније циљно-функционално усмерених на конституисање, јачање, хомогенизацију и стално унапређивање заједничке монетарне политике.

Да закључимо. Очигледно је да у EG постоји и ефикасно функционише заокружена и хармонизована *оршнизационо-кадровска EG –инфраструктура:*



Индикатор тачности претходно изречене оцене јесте (и) актуелни општи економско-политички

Акциони инструментаријум

Имајући у својој основи, за националне тржишне привреде својих чланица карактеристичну, комбинацију слободног тржишта (Тр), система индукативног планирања (Пл) и економско-политичке апаратуре (ЕПо):

$$\text{Пл} \quad > \quad \text{Тр} \quad \overset{=}{>} \quad \text{ЕПо}$$

у савременој етапи развоја анализиране наднационалне (привредне, политичке и општедруштвене) интеграције Европе успешно функционише следећи *модел опгитих економско-политичких инструмената:*

Административно - управне мере	+ <	Привредна легислатива	+ =	Економско-финансијске мера	+ >	Мере планског усмеравања

Нашу даљу пажњу усмерићемо на *законодавно-правну компоненту инструментаријума општег економско-политичког атажмана EG-а.* Три су основна разлога за овакво „сужавање".

Као што ће даља анализа показа-ти, ради се о (за слободно тржишну привреду) најприхватљивијој и најефикаснијој варијанти мешања „јавне руке" у процесе производње, размене, расподеле и потрошње (речју друштвене репродукције) које има за циљ да правно уобличи и заштити правила конкуренције на националном и европском нивоу.

Са друге стране, овако опредељена привредна легислатива „кореспондира" са свим преосталим компонентама инструментаријума:

- од административноправних мера (кроз њихову апсолутну интеракцијску повезаност као основе и надградње);
- преко мера индикативног макроекономског планирања „праћених" детаљним просторно- и привредно-планским документима на микроекономском нивоу привредних субјеката-предузетника (којима легислатива претставља обавезни оквир унутар кога мора и једино може да се креће планирање);
- до економско-финансијских захвата чији су домети и конкретни ефекти последица „чврсте, свеобухватне и строге" законодавно - правне основе.

Коначно, претежна секторско-факторска усмереност мера економско-финансијских, планских и админи-стративно-управних мера (contra општој економско-политичкој обојености привредне легислативе) указује на сврсисходност њиховог приказа у оквирима система посебних - секторских, факторских и „комбинованих" - економских политика EG.

Извор опште привредне лешслатше EG-а чини поливалентна политичко-правна основа коју граде:

(I) документ („тумачења") Европског суда правде - EuGH (1977.) којом се попуњава правна празнина „Римских уговора", тачније недостатак одговарајућег каталога законодавноправних норми које „прате" - гарантују испуњавање обавеза чланица EWG;

(II) одредба Mastricht-ског уговора (1992.) о поштовању „пакета људских права и основних слобода" у пракси и политици EG / EU (чл. 7.); коначно,

(III) разрађени *план приступања EG-а „Европској конвенцији о људским правима"* (1950.)

Основну структуру привредне лешслативе EG, релативно равноправно, чини разуђени сплет различитих правних аката који су међусобно усклађени у функцији садејства на функционисање привредног организма и економско-социјални развој уједињене Европе:

Изабрани показатељи	Врста легислативних аката				
	наредбе	упутства	одлуке	првлоруке	ини закључци
1	2	3	4	5	6
„Титулар акта"	„Европског савета" - EuR, односно „Европског парламента" - EuP, а после посебне вишефазне процедуре консултовања и усаглашавања ставова органа EG-а (на иницијативни предлог Европске комисије - EuK)				
Карактер акта	опште важећи	препорука „титулара"	специфично (sui generis) важећи	начелни став „титулара"	
Адресат акта	грађани EG-а	државе - (удружене) чланице EG-а			EG-органи (администрације)
		све	поједине	све (изузетно појвдине)	
Дејства акта	општа + директна обавезност	општа + директна обавезност циља уз слободан избор мера реализација	специфична ♦ директна обавезност (индивидуална алт. конкретна рвгулација)	општи исказ титулара (са његовим политичким мишљењем)	интерно (sui generis) дејство
Садржај акта	апстрактна генерална регулација	оквирна регулација	управни акт држава чланица EG (сличан „упутству")	произвол>на регулација (везана ЗаEG)	самостални управни акт „титулара"
Облик акта	правни слис са образложењем		објављвни	објављени	
	публикован у „службеном гласнику" - ABEG	публикован у ABEG, односно објављен на други начин	објављен	спис (без образложења)	спис (са образложењем)

Независно од акта у питању њихов коначни садржај је резултат, претходно обавезно спроведене, *процедуре* (чл. 189-192.) у коју су у разним фазама *„настајања" правног акта* (наредбе, упутства, одлуке, препоруке и иних закључака) укључени и са различитим (неједнаким) надлежностима, сви „главни" органи EG-а - Европски савет (EuR), Европ-

ска комисија (EuK) и Европски парламент (EuP) - уз евентуално потребно садејство њихових помоћних органа. Поступак започиње иницијалним предлогом конкретног легислативног акта EuK на адресу EuP, а завршава разматрањем коначног предлога од стране Европског савета. Међуфазу чини процедура диференцирана у зависности од садржаја активности органа EG-a, тј. да ли се ради о „обавезним консулатацијама" (укључивањем саветодавне радне групе експерата) или је у пигању „заједнички рад", односно „саодлучивање" о (већ припремљеном) нацрту коначног предлога.

Посебна *специфичност опште привредне лешстативе,* која се у „елементима" може уочити у законодавно - правној компоненти секторско-факторских политика, јесте њена прожетост - заснованост на усклађеном уважавању следећих економских, социјалних и политичких принципа:

- *минималне интервенције*
  „јавне руке" у слободну утакмицу на заједничком унутрашњем тржишту (иначе, први степен еволутивног процеса европског уједињења) у функцији оптимализације конкуренције;
- *вишеслојне и поливаленшне интеграције*
  континуираног заједничког раста више делова европског привредног (социјалног и општедруштвеног) бића и њиховог прерастања у хармонично обједињену целину, тј. „ уједињену Европу";
- *хармонизације*
  (тачније циљно - садржинског усклађивања инструментарујума општих и посебних националних економских политика држава чланица EG-a уз постепено „рађање" заједничке европске економско-политичке стратегије);
- *кохезије*
  (тежња економског и социјалног повезивања јачањем заосталих регија уједињене Европе у функцији даљег усклађеног прогреса целе европске заједнице - сада на „вишем нивоу" развијених подручја);
- *конвергенције*
  (постепеног приближавања квантитативно-квалитативних карактеристика појединих „тачака" привредног живота);
- *координације*
  (у смислу усаглашавања и квантитативно - квалитативног уједначавања развојних планова, економске политике и стра-

тешко - тактичких намера чланица EG-a - пре свега, на националном и нивоу њихових региона); на крају, начела

- *преференције*
  (селективне заштите заједничког тржишта, привредних производа од њихове конјунктурно - ценовне депресије и других поремећаја на светској аграрној пијаци - системом компензација и сличних протекционистичких мера).

Momčilo Vukićević, Ph.D., retired Professor
The Law Faculty of Novi Sad

General Economic Policy of the European Union

Abstract

The author's analysis of radical processes of concentration and centralization of economy, on both regional and global levels, as elaborated in this paper, focuses on the issue of internalization of economic policy showing the example of strategies and tactics of organized social forces in the function of regulation and directing supranational economies.

Its results should, after all, serve in defining the ways and methods of integration of the state community of Serbia and Montenegro into the European economy.

339.727.22(497.11)

Др Ђорђе Попов, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ОЦЕНА ПОСЛОВНЕ КЛИМЕ И СТРАНЕ ИНВЕСТИЦИЈЕ

Сажетак: *Од политике неке земље према страним инвестицијама у великој мери зависи њена конкурентска позиција на светском тржишту капитала и обим страних инвестиција у ту земљу.*

Мултинационалне компаније пре него што донесу одлуку о инвестирању на некој локацији оцењују какви су ризици у тој земљи. За то се користе посебне методологије оцене инвестиционог ризика. Ове методологије треба познавати ако се желе привући стране инвестиције. Главни проблеми који данас оптерећују пословну климу у Србији су: неефикасност правосудног система, недостатак кредита и нејасни власнички односи на подручју некретнина и земљишта.

Кључне речи: *пословна клима, стране директне инвестиције, иностранu инвеститор, мултинационалне компаније, мерење ризика пословања, операциони ризик, социополитички ризик, финансијски ризик, ефикасност судства, власништво над земљиштем, реституција, приступ кредитима.*

I

Свако оцењивање утицаја страних директних инвестиција на економско стање земље домаћина, захтева на првом месту разумевање разлога зашто ће нека компанија улазити у посао инвестирања у иностранству. Ради разумевања процеса иностраног инвестирања важно је напоменути

да су најзначајнији актери директних инвестиција у иностранству мултинационалне компаније.[1]

На другој страни, треба знати, које мере односно какву политику треба да води земља домаћин, директно или индиректно, да би привукла стране инвестиције и у којој мери ће од тога зависити структура и обим иностраних инвестиција.

Ово је важно напоменути зато што је страна директна инвестиција консеквенца интеракцијског утицаја компаративних предности компаније која инвестира с једне стране и компаративних предности ресурса који се могу наћи у земљи домаћину с друге стране. Ниједна од ове две групе предности није непроменљива. Оне се константно мењају током времена, под утицајем нових потреба потрошача, технолошког прогреса и политичког и економског развоја.

У последњој декади одиграло се по свему судећи више ових промена него у било којој другој деценији двадесетог века. За овај рад су нарочито значајне оне које се дотичу компаративних предности компанија (нарочито мултинационалних) с једне стране и такође предности појединих земаља, као и промена које су се одиграле у оквирима светског капиталистичког система. Треба исто указати да је све то имало импликације за организацију економских активности, као и на њихову географску дистрибуцију.

Ове промене је можда најбоље дефинисати као прелаз од «*хијерархијског*» ка тзв. «*кооперативном*» капитализму. Овај прелаз је у себе укључио читав низ промена технолошке и институционалне природе и као крајњи резултат се појавио тзв. флексибилни систем производње, тј. «Тојотизам»[2], односно «lean» производња.[3]

У економској теорији се сматра да ће се мултинационална компанија ангажовати у процесу инвестирања иностранству пре свега у следећим случајевима:

---

[1] Под мултинационалном компанијом се у литератури, али и у колоквијалном говору, најчешће подразумева компанија која има своје производне или прометне јединице у више земаља.

[2] Систем са минимумом залиха је најпре примењен у јапанској аутомобилској компанији Тојота, али су га касније преузеле бројне компаније у широм Европе и САД.

[3] О овоме детаљније у: Oman, C, Globalization and regionalism, Paris, OECD, 1994.

Harisson, B., Lean and Mean- The Changing Landscape of Power in the Age of Flexibility, New York, Basic Books, 1994.

А. Ако поседује портфолио имовине, укључујући организационе способности које јој дају специфичну - тзв. власничку предност- над њеним конкурентима који покушавају да послују на истом тржишту.

Б. Ако ће остварити предности кроз интернализацију[4] тржишта, пре него кроз продају права на то другим - или чак - посебним фирмама у сопственом власништву.

На овај начин компанија настоји да себи обезбеди предности, координирано са другим активностима у циљу повећања профита- значајнијег што би било могуће остварити коришћењем тржишта као места за размену.

Ове предности се називају «предностима интернализације».

Ц. Ако ће своје глобалне циљеве боље реализовати преко ових предности комбинованих са предностима које даје локација у одређеној земљи, него да производњу организује у земљи порекла мултинационалне компаније.[5]

Од средине 80-тих година 20 века, у литератури се као мотив за активности мултинационалних компанија на подручју инвестиција у иностранству наводе најчешће следећа три:

- да се обезбеде природни ресурси,
- да се обезбеди тржиште
- да се изврши рационализација (побољшање) у већ постојећој фирми у коју се инвестира.

Поред ових један од аутора који су највише истраживали феномен иностраних инвестиција и мултинационалих компанија- Dunning[6] наводи и два друга разлога за активности мултинационалних компанија на подручју директних инвестиција у иностранству:

- први је да компанија (која обично има облик мултинационалне компаније) настоји да заштити своје глобалне конкурентске предности, у односу на своје конкуренте.
- други је да слика модерне велике мултинационалне компаније показује да се њен портфолио састоји од низа организационих

[4] Интернализација тржишта претпоставља да се ток од сировине до готовог производа одвија између различитих погона једне те исте компаније. То даје већи степен сигурности у снабдевању, али и могућност коришћења тзв. «трансферних цена», које се независно од тржишних одређују за робе које на овај начин циркулишу између различитих погона једне те исте компаније.

[5] Под земљом порекла се подразумева земље у којој је мултинационална компанија почела са својим пословањем, и у којој је, по правилу, и даље регистровано њено седиште.

[6] Dunnig, J.H, The Globalization of Business, London/New York, Routledge, 1993.

аранжмана од којих сваки у себи садржи интегралну мрежу пословних активности. У таквом систему сваки аранжман није заменљив, него је напротив комплементаран са другим.

II

Земље домаћини обично дају страним инвеститорима одређене погодности, што свакако има своју цену, односно представља трошак за земљу домаћина. Међутим, земља домаћин очекује нето корист од стране директне инвестиције.

Корист за земљу домаћина има различите облике. Ту се, пре свега, могу идентификовати следеће:

1. Додајна вредност створена и задржана у земљи домаћину кроз додајну инвестицију је већа него што би била остварена кроз ангажовање домаћих средстава.
2. «Spill-over» ефект на креирање додајне вредности кроз додајну вредност створену у другим фирмама које послују са фирмом која је директан резултат стране директне инвестиције, нпр. снабдевачи деловима, итд.
3. Утицај који страна инвестиција има на алокацију и реалокацију економских активности, нарочито ако анализирамо место земље у међународној подели рада, и заузимању позиција у сталној динамици промене компаративних предности.

На другој страни иностранa фирма која инвестира оцењује своју активност у земљи домаћину вреднујући њен удео у регионалној и глобалној стратегији фирме.

Ова оцена ће у великој мери зависити од специфичних карактеристика сваке фирме инвеститора. Тако например, мали инвеститор са недиверсификованим[7] активностима у производњи или промету ће свакако оцењивати погодности која пружа локација другачије од велике светске мултинационалне фирме[8].

[7] Диверсификација може бити географска (на различите земље), или по гранама.

[8] Тако нпр. Ругман, констатује да постојећа географска структура инвестиција неке фирме утиче на географски распоред следећих инвестиција. Нпр. Јапанска фирма са инвес-

Ако жели да привуче стране директне инвестиције влада земље домаћина мора знати како се понашају страни инвеститори и шта је то што их руководи при избору локације. Њој такође морају бити познате и могуће мере других влада које се појављују као конкуренти у настојању да исто тако привуку стране директне инвестиције. На крају крајева влада мора знати докле је спремна да иде у давању одређених погодности страним инвеститорима, и када давање погодности постаје «прескупо» у односу на могуће алтернативе (улагање у лиценцну производњу, подстицање домаћих индустрија).[9]

Прецизније речено треба дати одговор на питање колико је атрактиван доходак који се ствара давањем одређених погодности страним инвеститорима у односу на алтернативне инвестиционе облике? То ће свакако варирати зависно од специфичности фирме, земље и индустријске гране која је у питању. Но, никако се не сме заборавити да су страни инвеститори, а пре свега мултинационалне компаније екстремно осетљиви на разлике у политици влада према страним инвестицијама. Ово нарочито важи за стране директне инвестиције у сектору производње за извоз и услуга.

Други тип мера и политика је још значајнији и постаје све важнији.

То су мере и акције које нису директно усмерене према страним инвеститорима, али које без сумње утичу на конкурентност појединих локација, тј. земаља. Такође, треба водити рачуна о томе да мултинационалне компанија код избора локације не води рачуна само о утицају те локације на конкурентност филијале у некој земљи, него о конкурентности компаније као целине.

Пореска политика, политичка стабилност, политика конкуренције, као и општа економска политика неке земље свакако највише утичу на одлуку неке мултинационалне компаније, да инвестира или не у неку земљу. Међутим, на кретање капитала и технологије преко националних граница, и на избор локације осим тога утичу и неке друге чињенице, као например транспортна и телекомуникациона инфраструктура, о чему је било речи.

тицијом у Енглеској ће вероватно за следећу инвестицију преферирати локацију у Француској или Италији да би на тај начин диверсификовала свој ризик у Европи. Rugman, A. M., International Diversification and the Multnational Enterprise, Lexington MA: Lexington Books, 1979.

[9] Једна од важних лекција у економији која се никада не сме заборавити је и та да увек и свему постоји алтернатива. Зато у припреми за сваку одлуку и алтернативу треба направити cost-benefit анализу (економских, политичких, социјалних, и других) последица.

Такође, квалитет и расположивост људског капитала, али и неки на први поглед не чисто економски моменти, као например регулатива заштите човекове околине, исто тако утичу на конкурентност поједине локације.

Важно је поново истаћи да пословна клима у којој послују како домаће тако и стране компаније постаје све значајнија у одлучивању мултинационалне компаније да ли ће да одабере одређену локацију или не. Ово нарочито стога, што се, као што је истакнуто, у најновије време формира нови облик капитализма «кооперативни[10]» капитализам. За њега је карактеристично да компаније међусобно сарађују у производњи одређеног производа. Ови кооперативни односи имају тенденцију да замене «интерна» тржишта која су се формирала код фирми које послују у различитим областима пословања или у различитим земљама, а што је била једна од главних карактеристика «хијерархијског» капитализма. Таква интерна тржишта могу да постану фактор које смањује конкурентност компаније која жели да своју позицију развија кроз сарадњу са другима компанијама односно да послује по принципима «кооперативног» капитализма.

«Кооперативни» капитализам може имати различите форме. Он може бити «интер-« или «интра-« компанијски. Интерфирмска кооперација се развија између компанија које производе различите фазе неког производа. На другој страни може се развијати кооперација између компанија које производе исти производ или развијају исти процес (код процесних технологија), као што је случај код бројних стратегијских алијанси у биотехнологији, компјутерској, и авио индустрији, чак и у вишим фазама производње готовог производа.

Трећи облик сарадње између компанија је када оне послују на истој локацији када се међу њима развија тзв. «агломерациона» економија. Међутим, у сваком од ових облика сарадње свака фирма задржава своју финансијску самосталност. Алијансе се формирају пре свега да би се користиле предности информација, као поделе ризика и трошкова у процесу производње. Идеја је да се укључивањем у алијансу (која може бити између само две фирме, али и веома много) подиже степен конкурентности и вредност фирме[11].

[10] Alliance capitalism.

[11] Например, на тржишту путничког авио саобраћаја у Европи, готово и да нема више авиокомпаније, која није члан неке алијансе.

За успех у «кооперативном» капитализму потребна је чвршћа сарадња између различитих «stake-holders»-а у фирми, а пре свега између менаџмента и запослених. Нарочито, код иновативних производњи успех у великој мери зависи од конструктивне и критичке улоге запослених у организацији производње. Без њихове активне подршке пословни потези као што су, ротација послова, тотално управљање квалитетом, или пак, само испорука у право време се тешко могу спровести. Ради се уствари о томе да је флексибилни систем организације производње код нових индустрија заменио стандардни «фордистички» систем организације. Према томе инвеститори ће преферирати оне локације где запослени могу и желе[12] да учествују у спровођењу напред наведених концепата.

Изузетно важан аспект «кооперативног» капитализма односи се на односе између владе и компанија. Примери успешних тржишних привреда показују да владине акције треба да буду усмерене повећање конкурентности земље као локације, више него ка регулацији пословање. У данашњем свету у коме доминира глобална конкуренција у интересу је обе стране како владе тако и компанија да промовишу конкурентност својих ресурса. Међутим, да би остварile ове циљеве фирме захтевају расположивост рада одређене квалификације и обима и под одређеним условима, али исто тако, као што је већ више пута напоменуто, приступ транспортним и комуникационим системима, али и одговарајућу правну и комерцијалну инфраструктуру. На све ово влада може да утиче својим директним или индиректним мерама.

Мере усмерене искључиво на привлачење иностраних директних инвестиција као што су пореска политика, ниске наднице, итд. могу имати само краткорочне ефекте. Дугорочни значајан по обиму, прилив иностраних инвестиција бити обезбеђен једино у случају када и домаћи капитал буде локацију сопствене земље третирао као атрактивну за инвестирање. Односно тек ће се моћи аргументовано тврдити даје створена повољна пословна клима за инвестиције.

[12] За то они могу бити и додајно обучавани, али за то осим жеље компаније, мора постојати и воља запослених.

III

Свака страна компанија пре доношења одлуке да ли ће се одлучити за пословање у некој земљи или не, мора да учини све како би заштитила свој уложени капитал од евентуалних губитака, пре свега од евентуалне експропријације и национализације праћене неадекватном надокнадом.

То је основни разлог зашто компаније предузимају мере да установе који је степен ризика пословања у некој земљи. За то се користи нека од методологија израчунавања ризика пословања(country risk_assessment-a-CRA).

Мање изражени, али не неважни разлози су и следећи:

1. Успостављање профитних стандарда у страној земљи у складу са очекиваним степеном ризика.

Пре свега стране компаније имају у виду да пословање у другој земљи, ако се жели успех, претпоставља потребу усвајање нових знања која су различита од земље порекла компаније.

Такође треба имати у виду да страна компанија очекује да стопа повраћаја капитала буде у складу са повећаним ризиком пословања у страној земљи[13]. Одређивање више маргине профита него у земљи порекла је свакако нужан корак у стратешком планирању сваке компаније.

2. Формулисање стратегија и селектирање специфичних пројеката истраживање природних ресурса, производних локација независних од локалног тржишта, и развој система за подршку активностима компаније, као што су регионалне дирекције, истраживачки центри и центри за финансијске операције.

Country risk assessment (CRA) помаже у избору прихватљивих алтернатива као и одлучивању о висини инвестиције у складу са очекиваним ризиком пословања.

3. Израчунавање профитних перформанси операција у страној земљи.

[13] Треба имати у виду да пословање у страној земљи чак и када се ради о оним које се сматрају најсигурнијим, односно у којима је пословна клима најповољнија, свакако претпоставља један већи степен ризика, као и ангажовања.

Како на кратки (+ - једна година) тако и на средњи рок (+ - пет година) менаџмент је обавезан да предвиди проблеме и предложи оптимална решења.

Например, ако дође до промене владе, то може да значи да се морају развити нови односи и везе да би се обезбедила очекивана маргина профита. Предвиђање евентуалних економских тешкоћа и финансијских проблема свакако ће утицати на планове инвестирања, односе са запосленима, као и имати читав низ других последица.

4. Креирање инпута за одлучивање о извозним кредитима, осигурање пословања, ризик промене девизног курса.

Више оделења компаније задужени су да припреме одговарајуће предлоге за пословање у страној земљи имајући у виду специфичности финансијске сфере у њој.

5. Предвиђање кључних промена у условима пословања.

CRA је методологија која треба да компанијама које послују у иностранству обезбеди, захваљујући предвиђању евентуалних промена, задовољавајући ниво сигурности као и упутства како се понашати ради заштите компанијских улагања, профита и људства[14].

Три су основна типа ризика пословања у страној земљи:

1. Операциони ризик. Страна компанија долази из иностранства и продаје и производи робе и услуге користећи локалну радну снагу и ресурсе. Она обавља те операције у релативно непознатом окружењу другог језика, правног система као и најчешће различитог важећег вредносног система.

2. Социополитички ризик. Промена власти може имати за последицу промену у политици и односу према преузетим обавезама према странцима, као и на стабилност друштва. То потенцијално може утицати на сигурност улога, тржишне шансе, ефикасност посло-

[14] Кључно питање у вези са CRA је колико је ризичан овај пословни подухват?

Тако је Куба 1959. дала један од првих сигнала да код пословања треба укључити и поред комерцијалних и друге ризике. 1978. када је шах морао да напусти Иран схватање о потреби изучавања и предвиђања политичких ризика се продубило. Криза дугова 1980-тих у Пољској, Мексику и Аргентини пре свега продубило је дискусије о приступу страним средствима плаћања (девизама), и да ли су те земље у стању да испуњавају своје међународне обавезе.

вања и нарочито на профит остварен у локалној валути.

3. Финансијски ризици. Са тачке гледишта компаније која послује у страној земљи, могућност слободног конвертовања домаће валуте у девизе је основа за могућност профитабилног пословања на светском плану.

Табела 1.- Сумарни преглед ризика пословања у страној земљи

КРИТЕРИЈУМИ ВЕЗАНИ ЗА ДОМАЋУ ВЛАДУ	ЕКОНОМСКИ КРИТЕРИЈУМИ
Експропријација/Национализација	Основни економски индикатори
Персонални континуитет пре свега бирократије	Инфлација, Општи утицај ескалације цена
Став према страним фирмама и њиховом профиту	Платни биланс Увозне рестрикције
Спровођење уговора	АДМИНИСТРАТИВНИ И ПРОИЗВОДНИ КРИТЕРИЈУМИ
Трговински односи са другим земљама	Менаџерске способности локалних стручњака
ДОМАЋА ВАЛУТА ФИНАНСКИЈСКИ КРИТЕРИЈИ	Однос трошкова рада према продуктивности
Извори капитала	Енергетски извори и континуитет
Средњерочно и дугорочно финансирање пројеката	Квалитет инфраструктуре
Владине иницијативе	Локални партнери: Приватне и/или Владине фирме

Извор: Ф.Т. Ханер и Џон С. Евинг, Country risk assessment, Praeger , N.Y., стр. 14.

Експропријација и национализација:

Сваки CRA систем ако жели да буде употребљив мора да узме у обзир и могућност губљења контроле над операцијама у некој земљи. Снабдевање тржишта ван земље о којој је реч може да буде зависно од те производње, а и општи ниво профита може да буде погођен изостанком прилива сировина, компоненти и готових производа. Интеракцијска међузависност глобалних операција компаније[15] даје значај свакој пословној јединици компаније.

Експропријација (или конфискација) не претпоставља компензацију. Неке форме национализације претпостављају тако низак ниво компензације у локалној валути да се могу сматрати експропријацијом. Ако имате земљу са јаким «десним» и «левим» партијама и релативно слабим центром, то може водити на средњи рок политици која има карактеристике клатна. Тако да компаније морају имати у виду могућност да дође до национализације ако партије «леве» оријентације дођу на власт.[16]

О овоме нарочито морају да воде рачуна компаније које користе капитално интензивне технологије ради производње својих производа.

Политички континуитет:

Степен ризика зависи и од политичке стабилности. Однос филијале компаније у некој земљи са владиним агенцијама у великој мери ће утицати на остварење планираног профита. Дозволе, пореска плаћања, транспорт, комуникације, као и продаја роба и услуга, зависе од могућности комуницирања са бирократијом. Владини службеници могу бити исте особе у континуитету. Међутим, континуитет не мора обавезно представљати позитивну чињеницу, јер може водити стању у коме корупција постаје уобичајен облик понашања.

---

[15] Компаније које послују у другим земљама најчешће имају структуру мултинационалне, односно транснационалне компаније. О овом феномену светске привреде опширно сам писао још у својој докторској дисертацији «Транснационалне компаније и међународни економски односи» одбрањеној на Економском факултету у Београду, 1978, а објављеној од стране издавачке куће «Савремена администрација» у Београду 1979.

[16] Да се ово дешавало и у развијеним земљама оснивачима Европске уније, не тако давно, потврђује пример Француске почетком осамдесетих година. Тада је доласком социјалистичке партије, под председништвом Франсоа Митерана на власт дошло до делимичне национализације.

На другој страни, потребно је утврђујући оперативне ризике пословања измерити ефикасност бирократије, и степен професионализма међу службеницима владе.

Карактеристике окружења:

Односи са владом, бирократија и генерални став према странцима који послују у земљи и остварују профит су од фундаменталног значаја.

Правна регулатива је при том само део пословног окружења. Врло је важно и какав је општи став према странцима, и како се, нарочито међу бирократијом, прихвата чињеница да страни инвеститори остварују профите.

Међународни односи:

Трговачки односи међу земљама подложни су променама, важна тржишта могу бити освојена или изгубљена услед политичких, економских и неких других фактора. Тако например, билатерални трговачки аранжмани могу бити прекинути.

Кретања на овоме подручју су ван утицаја иностране компаније, али она могу у значајној мери погодити њено пословање.

Економски фактори и извори ризика:

Економски индикатори и услови представљају у сваком случају важну компоненту мерења ризика пословања. Реални раст друштвеног бруто производа, инфлација, новчана маса, незапосленост, стање платног биланса морају се обавезно узети у обзир, јер они могу проузроковати добре или лоше услове пословања.

Њихова интерпретација мора бити прецизна, јер су они битни за компанијско предвиђање услова пословања.

Инфлација:

Ово је критеријум ризика који захтева интерпретацију. Ескалација трошкова је разарајућа ако расте покушај да се цене регулишу. Неке земље су и у условима инфлације успевале да имплементирају системе којима су редуковале ефекте на cash-менаџмент, вредновање улога, итд. При идентичним стопама инфлације пословање у таквим земљама је било мање погођено него у земљама које нису развиле такве системе.

Такође треба истаћи да неке земље манипулишу са подацима о стварној висини инфлације, што опет угрожава пословање у њима.

Платни биланс:

Платнобилансна позиција земље се са тачке гледишта иностране компаније оцењује имајући пре свега у виду могућност снабдевања деловима и материјалом које компанија треба за производњу. Могућност набавке конвертибилних валута ради плаћања увоза компоненти, као и стопа интереса на кредите је критеријум од посебног значаја.

Коришћење локалних финансијских извора:

Стране компаније су често онемогућене да користе свакодневно финансирање у локалној валути. Сврха таквих рестрикција, са тачке гледишта владе земље домаћина, је да подстакне страну компанију на унос конвертибилних средстава, као и да смањи притисак на домаћу ликвидност.

У многим земљама постоји законска обавеза да се приликом уласка у посао мора наћи и домаћи партнер. Стране компаније тада по правилу избегавају државне компаније и покушавају да нађу домаће приватне, профитно оријентисане, компаније за партнере.

Страна компанија такође мора имати спреман одговор на два питања која се могу поставити у будућности: 1) могућност промена у домаћим својинским законима, као и 2) евентуалну одлуку да прода свој део и да се повуче се из те земље.

Радна снага:

Трошкови, одговорност, и ефикасност локалне радне снаге на свим нивоима организације, су незаобилазан елеменат процене ризика.

Ту се морају имати у виду и специфичности сваке земље, јер од њих ће у великој мери зависити и очекивано понашање запослених.[17]

[17] Например, у Јапану и Тајвану постоји традиција лојалности компанији. Немачка је била позната по дисциплинованости својих радника, а на другој страни Италија у седамдесетим и почетком осамдесетих по честим штрајковима.

Трошкови енергије и њена расположивост:

Ово је врло битан критеријум процене ризика, при одлучивању доћи или не, остати или отићи? Евалуација мора узети у обзир који је степен самодовољности земље у нафти, угљу електричној енергији, итд. Да ли је земља у стању да плаћа увоз нафте? Које ће делатности имати приоритет ако дође до евентуалних несташица? Као што се из напред изнетог да закључити види и за овај критеријум потребно је анализирати и евалуирати велики број варијабли.

Ифраструктура:

Квалитетна телекомуникације и транспортна инфраструктура су базична претпоставка за пословне операције у некој земљи[18].

Уопште узев транспортна инфраструктура може бити угрожена на више начина: услед лоше опреме, корупције и криминала, чак и тероризма, итд.

Локални партнери:

Процена ризика рада са локалним партнерима, без обзира ради ли се о државним или приватним фирмама је апсолутно неопходна. Најчешћи проблем су разлике у пракси и стилу руковођења. Политичке промене, различити циљеви, неки приватни интереси представљени као општи су такође проблеми који могу настати у разним земљама.

Њих је у сваком случају боље предвидети него касније бити принуђен на процес дезинвестирања[19].

Када се истражују методологије вредновања ризика пословања важно је истаћи и то да је њихово познавање важно и за оне који желе да привуку стране инвеститоре, јер се преко њих може закључити шта је потребно предузети да би се одређена локација учинила атрактивнијом за инвестиције.

---

[18] Дешавало се да су компаније у местима као Каиро, Каракас, али и Рим морале да користе курирску пошту услед великог процента изгубљених пошиљки. У неким земљама се услед слабих телефонских веза користе радио везе.

[19] Дезинвестирање је процес повлачења капитала, са одређене локације, односно из одређене земље.

IV

Светска банка[20] и Европска унија[21], слажу се у свом указивању на неколико кључних проблема који оптерећују тренутну пословну климу у Србији.

То су пре свега:

1. Ниска стопа извршења уговора, као и велики број заосталих предмета[22]. Такође сматра се да и даље постоји недовољна законска заштита поверилаца, односно недозвољено велики степен повлађивања дужницима.

Једна од последица ниске ефикасности судова је чињеница да предузећа зазиру од нових пословних партнера, јер их недовољно познају, плашећи се евентуалних нових бескрајних судских спорова. То значајно смањује број потенцијалних нових послова.[23]

На овај начин се такође охрабрују неформалне активности, односно «сива» економија.

Табела 2: Индикатори спровођења уговора у неким земљама

Земља	Број процедура	Трајање (дани)
Бугарска	26	410
Хрватска	20	330
Македонија	27	509
Пољска	18	1000
Немачка	26	154
Румунија	28	225
Србија	40	1028

Извор: Извештај Светске банке

[20] Види: Извештај Светске Банке- Република Србија-Програм за економски раст и запошљавање, Децембар 2004.

[21] Види: Радни папир Европске комисије о спремности Србије и Црне Горе за придруживање Европској Унији од 12. 04. 2005, као и материјал Европске комисије «Western Balkan in Transition». из јануара 2004.

[22] Велики број заосталих предмета се у иностраним анализама оправдава и малим капацитетима судова.

[23] У Извештају Светске банке се указује и на висок степен корупције, која је по њему последица неизвесности и конфузије у решавању спорова.

Као што се види из Табеле 2. када је реч о дужини решавања спорова, приближно дуго као у Србији спорови трају једино у Пољској. Види се да је чак и у неким бившим Републикама претходне СФРЈ значи земљама са истим правним наслеђем и навикама ово трајање значајно скраћено.

2. Приступ финансијским средствима:

Кредити су у Србији и даље релативно тешко доступни, а камате су далеко више него у развијеним земљама Европе. То приморава предузећа да се ослањају првенствено на сопствене изворе капитала. На тај начин се значајно смањује број нових инвестиционих подухвата, али и број послова уопште.

То истовремено може представљати и једно од ограничења које утиче да неки потенцијални инвеститори из иностранства одустану од улагања у Србију. Не треба посебно наглашавати да практично нико у нормалном пословном свету у инвестицију не улази са 100% сопственог капитала.

3. Проблем власништва над земљиштем и тешкоће у формалном регистровању непокретне имовине:

За оцену пословне климе од изузетног значаја је могућност слободног приступа тржишту некретнина, пре свега грађевинског земљишта. На овоме плану у Србији и даље постоје нека ограничења која нису уобичајена у развијеним земљама, и која у процесу приближавања Европској Унији морају бити уклоњена[24].

Тако например важећи Устав Републике Србије још увек третира градско грађевинско земљиште као државну односно друштвену имовину на које се може стећи само право коришћења. Досада нерешено питање реституције ствара неизвесност у погледу идентификације правог власника над земљиштем[25] и одвраћа многе потенцијалне инвеститоре од улагања.

Посебан проблем је стање катастра некретнина где за Србију као целину стоји податак о 80% неуписаних кућа и станова. То озбиљно блокира

[24] Чак и да се не тежи уласку у Европску Унију, задржавање постојећих ограничења значајно слаби конкурентску позицију Србије, као места за улагања у свету глобалне конкуренције.

[25] Ово се нарочито односи на питање пољопривредног земљишта, односно нерешено питање реституције озбиљно блокира процес приватизације агрокомбината. Вероватно није случајно што се као купци на аукцијама по правилу појављују само домаћа физичка и правна лица.

на једној страни тржиште некретнина[26], а на другој страни спречава многе власнике некретнина да користе хипотекарни кредит као извор средстава за покретање бизниса.[27]

[26] Стручњаци Светске банке такође сматрају и да је порез на промет некретнина од 5% превелик, и да то с једне стране блокира промет некретнина, а с друге стране води непријављивању трансакција. То опет за повратну последицу има заоштравање проблема са катастром непокретности.

[27] Професор Правног факултета из Лиме Фернандо де Сото је својевремено указао да је један од главних разлога за заостајање неразвијених земаља управо непостојање одговарајуће правне евиденције о имовини. На тај начин огроман капитал остаје умртвљен, из разлога наведених у тексту, и те земље морају да до капитала дођу задуживањем у иностранству.

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

Evaluation of the business environment and foreign investments

Abstract

Any assessment of the impact of foreign direct investment, or the activities of multinational companies, on the economic welfare of the host countries, requires some understanding of the reasons why multinational companies undertake foreign direct investment in the first place, and also the policies pursued by the host countries which, directly or indirectly, may affect the level and structure of that investment.

This is because the consequences of foreign direct investment on a particular host country rests on the interaction between the competitive advantages of investing firms, and those competitive advantages of the location-bound resources of the host country.

The last decade witnessed many changes, but one, which particularly affects the structure interface between the competitive advantages of firms and those of countries, is the changes, which are now taking place in the structure of the capitalist system. This change is best described as the movement from hierarchical to alliance capitalism.

Motivations for a country risk assessment /CRA/ system are- preservation of assets, establishment of a profit standards for specific countries, formulating strategies and selecting projects for the strategies, aiding profit performance abroad through improved decision making by line executives, creating input for financial decisions and anticipating major changes in conditions that require emergency measures.

Three broad categories of risk are given with their criteria- operating risk, sociopolitical risks and financial risks.

The main problems in Serbia regarding to the problem of the business environment are now days - inefficiency in the juridical system, the luck of the credit, and the unregulated ownership status for the land and real estate.

339.923:061.EU]:336.2

Др Миле Врањеш, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

О ПРАВНИМ ИЗВОРИМА ПОРЕСКОГ ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Сажетак: *У домену пореског права Европске уније (ЕУ) доминирају одређене теме и дилеме које привлаче пажњу финансијских и економских стручњака, привредника, као и грађана. Једна од њих јесте правни извори пореског права ЕУ. Који су то правни извори права ЕУ, које су основне карактеристике правних извора права ЕУ и какав је њихов утицај на формирање пореског права ЕУ, садржај је овог чланка.*

Кључне речи: *правни извори, пореско право ЕУ, право ЕУ, уговор о оснивању Европске заједнице, директиве и одлуке Европског суда.*

1. Увод

У последње време у многим државама расте интересовање за порес-ко право ЕУ не само финансијских и економских стручњака већ, исто та-ко, и привредника и грађана. Није реч само о интересовању за неке опште теме на овом подручју већ, што је далеко важније, за актуелне теме. У доминирајуће теме и дилеме на подручју пореског права ЕУ могле би бити увр-штене: правни извори пореског права ЕУ; подела пореског суверени-тета између ЕУ и земаља њених чланица; однос пореског права ЕУ према националном пореском праву; начела пореског права ЕУ; основне слободе ЕУ и национално пореско право; нелојална пореска конкуренција при опо-резивању предузећа у ЕУ и мере за њено спречавање; директиве о матичном

и зависном друштву; опорезивање камата у ЕУ; прелазни систем европског пореза на додату вредност.

Циљ овог прилога јесте да укаже на правне изворе права ЕУ односно пореског права ЕУ, уз истовремено анализирање и неких доминирајућих тема и дилема на овом подручју.

2. Правни извори пореског права Европске уније.

Потребно је, најпре, указати на шири аспект са кога се може и чак мора, не без разлога, поћи у анализу правних извора пореског права ЕУ. То је полазиште да су право ЕУ и пореско право ЕУ пре свега право, па отуда за право ЕУ и пореско право ЕУ вреди оно што вреди и за право уопште. Због тога, оно што вреди за правне изворе права ЕУ вреди и за правне изворе пореског права ЕУ.

Право ЕУ, па према томе и оно које се односи на порезе (пореско право ЕУ), дели се на примарно право («примарно комунитарно право») и на секундарно право («секундарно комунитарно право»). Правни извори примарног права ЕУ су: уговорно право, општа правна начела, и обичајно право. Правни акти секундарног права ЕУ су: правила, директиве, одлуке, препоруке, мишљења и атипична правна акта која тела ЕУ доносе у оквиру поступка и радњи за које су овлашћена. Треба истаћи да прописи примарног права ЕУ имају јачу правну снагу од прописа секундарног права ЕУ. Секундарна правна правила ЕУ неделотворна су ако су у супротности са примарним правним правилима.[1]

Централно место међу примарним правним правилима ЕУ заузима уговорно право. А уговорно право чине сви уговори, измене и допуне уговора, протоколи, статути, анекси и други акти. Од уговора треба истаћи: Уговор о оснивању Европске економске заједнице (EEZ) који је потписан у Риму 25. августа 1957. године а почео се примењивати од 1. фебруара 1958. године, Уговор о Европској унији који је потписан у Мастрихту 7. фебруара 1992.године а почео се примењивати 1. новембра 1993. године, Уговор о оснивању Европске заједнице који је потписан у Амстердаму

[1] Dietrich Kellersmann-Čorina Treisch: *Europäische Unternehmenbesteuerung, Verlag Dr. Th. Gabler,* Wiesbaden, 2002., стр. 20.

1997. године а заснован на дотад установљеним европским заједницама (асоцијацијама): Европска заједница за угаљ и челик (MONTANUNION), Европска економска заједница, (ЕЕЗ) и Европска заједница за атомску енергију (EURATOM), те Уговор из Нице о измени Уговора о Европској унији, Уговора о оснивању Европске заједнице и неких пратећих аката, који је потписан 26. фебруара 2001. године. Наведеним Римским уговором, који је задњи пут дограђиван и мењан Уговором о Европској унији, основана је једна национална организација (Европска економска заједница, касније Европска заједница и Европска унија), с правом доношења сопствених аката, и та међународна организација почела је са радом 1. фебруара 1958. године.

Посебно је значајно указати, на овом месту, на неке одредбе Уговора о оснивању Европске заједнице које имају утицаја на формирање пореског права ЕУ.

Тако члан 5 (бивши члан 3 б) Уговора о оснивању Европске заједнице прописује да «Заједница делује у оквирима надлежности које су јој додељене и према циљевима који су утврђени овим Уговором. У областима које не спадају у њену искључиву надлежност, Заједница предузима мере у складу са начелом супсидијарности, само ако и уколико циљеви предвиђене акције не могу у потребној мери бити остварени од стране држава чланица, односно могу бити успешније остварени од стране Заједнице, имајући у виду величину или учинак предвиђене акције. Мере Заједнице неће прелазити оквире онога што је неопходно да би се постигли циљеви овог Уговора».

По слову наведене уговорне одредбе може се закључити да се овде ради о супсидијарности а то је једно младо начело пореског права у ЕУ, које је унето тек 1992. године у Уговор о ЕУ закључен у Мастрихту. Начело супсидијарности подразумева да ЕУ може деловати, то јест доносити правне акте, у подручјима у којима нема искључиву надлежност него је дели са земљама чланицама, само уколико циљеве, које тим актима жели постићи, може боље и погодније остварити од својих чланица. Наиме, доношење одлуке на нивоу ЕУ или одлуке на нивоу земље чланице зависи од тога која ће се од њих показати бољом и прихватљивијом. Ако се регулисање неког питања покаже бољим на нивоу Заједнице, онда је у складу са начелом супсидијарности она овлашћења да донесе одговарајући правни акт, а не земља чланица. При том, Заједница неће прелазити оквире онога што је неопходно да би се постигли циљеви Уговора. Међутим, ако

се неко питање може боље регулисати на нивоу земље чланице, оно прелази у њезину надлежност, уз обавезу да правни акт који донесе не повреди правила Уговора. У сваком случају, ниједној одлуци није унапред дано да ће је донети Заједница или земља чланица. Увек ће се тражити боље решење за то. Међутим, при томе, треба имати у виду да је боље понекад непријатељ доброга...

У члану 12 Уговора о оснивању Европске заједнице (раније чл. 6) прописано је: «У оквиру примене овог Уговора и уз поштовање свих његових посебних одредби, забрањује се свака дискриминација по основу држављанства. Савет може, у складу са поступком предвиђеним чланом 251 донети прописе у циљу забране такве дискриминације».

У члану 23 Уговора о оснивању Европске заједнице (бивши чл. 9) прописано је: «Заједница се заснива на царинској унији која се односи на сву робну размену и обухвата забрану царина на увоз и извоз између држава чланица и свих дажбина које имају исто дејство, као и увођење заједничке царинске тарифе у њиховим односима са трећим земљама. Одредбе садржане у члану 25. и у глави 2. овог наслова примењују се на робу која потиче из држава чланица, као и на ону робу из трећих држава која је у слободном промету у државама чланицама».

У члану 24. Уговора о оснивању Европске заједнице (бивши чл. 10) прописано је: «Под робом из трећих држава која је у слободном промету у држави чланици сматра се она роба за коју су у тој држави испуњене све увозне формалности и наплаћене све царине и дажбине сличног дејства и за које се нису користиле погодности потпуног или делимичног повраћаја таквих дажбина и царина».

У члану 25. Уговора о оснивању Европске заједнице (бивши чл. 12) прописано је: «Царине на увоз и извоз и друге дажбине са истим дејством су забрањене између држава чланица. Ова забрана такође важи за царине које имају фискални карактер».

У члану 26. Уговора о оснивању Европске заједнице (бивши чл. 28) прописано је: «Савет усваја заједничку царинску тарифу, одлучујући квалификованом већином на предлог Комисије».

Заједнички именитељ наведених уговорних одредби 23-26 јесте у њима утврђено начело пореског права ЕУ којим се земљама чланицама

забрањује да примењују царине и друга давања са истим учинком. Али истим начелом земље чланице обавезне су да у односима са трећим земљама примењују заједничку царинску политику ради остваривања и очувања унутрашњег тржишта као битног елемента ЕУ. Другим речима, уведена је забрана коришћења или увођења и наплаћивања царина које се убиру на промет робе преко царинске границе, или било којег другог давања које има исти учинак. Наведена забрана односи се дакле и на давања која имају исти учинак као и царина, што значи да нису забрањене само царине, увозни и извозни контингенти, него и друге мере истог дејства. Пошто у Уговору о оснивању Европске заједнице није наведено које су то, "све мере истог дејства", њихов појам одређује се у складу са мишљењем Европског суда, по којем је то оно давање чији учинак се може довести у везу са слободом промета робе између земаља чланица, што је једна од основних слобода ЕУ. На крају, земље чланице дужне су да примењују заједничку царинску тарифу на промет робе са трећим земљама. На том начелу данас почива и делује ЕУ као царинска унија.

У члану 39. Уговора о оснивању Европске заједнице (бивши чл. 48) прописано је: «1. Унутар Заједнице биће обезбеђена слобода кретања радне снаге. 2. Таква слобода обухвата укидање сваке дискриминације између радника држава чланица по основу држављанства у погледу запошљавања, награђивања и осталих услова рада. 3. Уз изузетак оправданих ограничења из разлога јавног поретка, безбедности и здравља, слобода кретања даје радницима право: а) да прихвате стварно учињене понуде за запослење, б) да се у ту сврху слободно крећу на територијама држава чланица; в) да бораве у једној држави чланици ради запослења у складу са законским и административним прописима који регулишу запошљавање држављана тих држава чланица; г) да се задржавају на територији државе чланице након запослења у тој држави, у складу са условима које Комисија утврди у извршним правилима. 4. одредбе овог члана се не примењују на запошљавање у јавном управи».

Забрана дискриминације држављана ЕУ, у било ком облику, сматра се једном од најзначајнијих одредаба Уније.

О дискриминацији можемо говорити ако национално пореско законодавство и административна правила земље чланице предвиђају различит порески третман за држављане/резиденте и држављане нерезиденте, или уводе препреке за слободно кретање људи унутар ЕУ. Дискриминацију бисмо имали у оваком случају. Једно лице има пребивалиште у земљи чланици А, где живи са супругом и двоје деце, а запослено је у предузећу у

земљи чланици Б и свакодневно путује на посао из земље А у земљу Б, а доходак који остварује по том основу једини је приход њихове породице. Подносећи пореску пријаву пореском органу земље чланице Б, у којој ради и остварује доходак, тај запослени тражи примену splitting тарифе, која му је повољнија с обзиром на број чланова његове породице. Ако порески орган не прихвати тај предлог, с образложењем да запослени према пореским прописима земље чланице Б није неограничени порески обвезник, будући да је његово пребивалиште у земљи чланици А, а splitting тарифа се примењује искључиво на пореске обвезнике резиденте земље Б, онда имамо случај прикривене дискриминације. Постоји и дискриминација правних лица. Тако, на пример, правила о утањеној капитализацији у једној земљи чланици могу бити сметња у остварењу права на слободан пословни наступ из члана 43. Уговора о оснивању Европске заједнице ако се до примене националног пореског прописа у том домену може доћи само у случају када је друштво зајмодавац нерезидентно трговачко друштво.

У члану 43. Уговора о оснивању Европске заједнице (бивши чл. 52) прописано је: «Ограничења слободе настањивања држављана једне државе-чланице на територији друге државе-чланице постепено се забрањује, у складу са одредбама које следе. Забрана се такође односи и на ограничење за оснивање агенција, филијала и пословница од стране држављана једне државе-чланице, који су настањени на територији друге државе чланице. Слобода настањивања укључује право оснивања и обављања самосталних делатности личним радом и оснивања и управљања предузећа, посебно фирми или трговачких друштава у смислу чл. 48 тачка 2. у складу са условима и законима који важе за државе настањивања и под условом поштовања одредби поглавља која се односе на капитал».

Пример како национални порески прописи могу бити сметња наведеној основној слободи ЕУ, имали бисмо у случају када би страни држављанин био запослен у земљи чланици А, а пребивалиште му је у земљи чланици Б, с тим што у обе земље остварује приход, али би у земљи А, у којој је запослен плаћао порез применом пореске стопе која је виша од оне што се примењује на лица са пребивалиштем у земљи А, то јест њени су резиденти.

Ако би неке иностране услуге биле опорезоване у земљи чланици А, док домаће услуге, пружене у истој тој земљи чланици, не би биле опорезоване иностране услуге би се ставиле у неповољан положај у односу на домаће услуге у погледу пореског третмана имали бисмо онда пример повреде слободе промета услуге.

У члану 49. Уговора о оснивању Европске заједнице (бивши члан 59) прописано је: «Према ниже наведеним одредбама, ограничења слободног вршења услуга унутар Заједнице се забрањују у односу на држављане држава чланица који су настањени у другој држави чланици, а која није држава лица коме се пружа услуга. Савет може одлучити, квалификованом већином на предлог Комисије да прошири примену одредба овог поглавља на држављане трећих земаља који су даваоци услуга , а настањени су унутар Заједнице«.

У члану 56. Уговора о оснивању Европске заједнице (бивши чл. 83б) прописано је: «У оквиру одредби овог поглавља забрањују се сва ограничења кретања капитала између држава чланица и између држава чланица трећих земаља. У оквиру одредби овог поглавља забрањује се сва ограничења платног промета између држава чланица и држава чланица и трећих земаља«. Наведену уговорну одредбу о забрани «свих ограничења» не треба дословно схватити и тумачити. Наиме, земљи чланици се ипак признаје право на ограничења ако су она последица примене, посебно пореских прописа којима се диференцирано третирају порески обвезници с обзиром на њихово пребивалиште и на место улагања капитала. Неповољан порески третман дивиденди – или капиталних добитака које примају домаће компаније и филијале у земљи чланици био би пример како национално пореско право није у функцији слободе промета капитала.

У Уговору о оснивању Европске заједнице постоје, а што треба посебно истаћи и «Одредбе које се односе на порезе». Те одредбе су биле садржане још у Уговору о оснивању ЕЕЗ, и оне ни у једној, од наведених измена и допуна тог Уговора нису претрпеле никакве промене и остале су на снази до данас дакле готово пуних 50 година.

Тако у члану 90. Уговора о оснивању Европске заједнице (бивши члан 95) прописано је: «На производе из других држава чланица државе чланице не могу ни непосредно, ни посредно наплаћивати веће унутрашње порезе било које врсте од оних који се непосредно или посредно наплаћују за сличне домаће производе. Осим тога, ни једна држава чланица не може на производе из других држава чланица наплаћивати било какве унутрашње порезе ради заштите других производа». Дакле наведена уговорна одредба забрањује земљи чланици, која производ увози с подручја друге земље чланице, да увезени производ посредно или непосредно порески оптерети унутрашњим давањима вишим од оних којима оптерећује истоврсне домаће производе.

У члану 91. Уговора о оснивању Европске заједнице (бивши члан 96) прописано је: «Ако се роба извози на територију неке државе чланице, повраћај унутрашњих пореза не сме бити већи од износа унутрашњих пореза који се непосредно или посредно наплаћују за извезену робу». Наведеном уговорном одредбом установљена је, дакле, пореска једнакост при увозу, односно забрањено је земљи чланици да извозницима за извезене производе врати порез у већем износу од пореза који на исте производе наплаћује на свом подручју.

У члану 92. Уговора о оснивању Европске заједнице (бивши члан 98) прописано је: «Кад су у питању друге дажбине, а не порези на промет, потрошња и други облици посредних пореза, нису дозвољена ослобођења и повраћај у случају извоза у друге државе чланице, нити наплаћивање компензационе дажбине за увоз из држава чланица, осим ако их није за ограничени временски период раније одобрио Савет квалификованом већином на предлог комисије». Наведеном одредбом установљени су примена и олакшица и повраћај посредних пореза при извозу на подручје друге земље чланице. Наплата пореза на изравнање при увозу на подручје одређене земље чланице дозвољена је само ако је то Веће на предлог Комисије одобрило и то за ограничено време.

У члану 93. Уговора о оснивању Европске заједнице (бивши члан 99) прописано је: «Савет једногласном одлуком, на предлог Комисије и након што је консултовао Европски парламент и Економски и социјални комитет усваја мере за усклађивање правних прописа који се односе на порез на промет, акцизе и друге облике посредних пореза у мери у којој је такво усклађивање потребно за успостављањем и функционисањем унутрашњег тржишта у оквиру времена одређеног у члану 14.» Овом уговорном одредбом установљена је хармонизација посредних пореза, што има велик значај у стварању јединственог тржишта у којем би се слободно, без икаквих ограничења могли вршити промет капитала, робе и услуга и кретање радне снаге, уз истовремени напор да се земље чланице складно развијају.

Теоријски гледано, ЕУ има задатак да чува јединство унутрашњег тржишта ЕУ и то опорезивањем производа и услуга, дакле, посредним порезима. Због тога, за све земље чланице важе јединствене царине и све оне увеле су исти систем пореза на промет порез на додатну вредност. На другој страни, опорезивање физичких и правних лица зависи од њиховог дохотка и добити и нема директног утицаја на јединство унутрашњег

тржишта ЕУ, као што на пример не нарушава јединство унутрашњег тржишта то што евро има различиту куповну снагу у једној земљи чланици у односу на другу земљу чланицу. Земље чланице разликују се по степену привредног развоја, по привредној структури и другим карактеристикама. Поред тога на подручју опорезивања дохотка није потребна хармонизација по правилима ЕУ, него је препуштено земљама чланицама да опорезивање дохотка независно уређују у својим земљама, а да при томе не угрожавају основна начела унутрашњих тржишта ЕУ, док је хармонизација нужна на подручју пореза на добит где су ипак постигнути одређени резултати.

Кад је реч о општим правним начелима која су утврђена правним актима Европскога суда, грађанима ЕУ и другим лицима на које се односи право ЕУ, признају се и обезбеђују следећа права: право на приватну својину, право на заштиту приватности, право на неповредивост стана, право на слободан избор занимања и делатности, право на слободно изражавање, право на удруживања, право на слободан избор вере, право на заштиту породице и забране самовоље, као и остала општа правна начела призната од стране Европског суда: начело једнаког поступања, начело законитости, начело правне сигурности, начело поступања у доброј намери, начело заштите стечених права, начело забране вођења поступка пред судом два пута о истој ствари.

Кад су у питању правни акти секундарног права ЕУ, потребно је прво нешто рећи о правилима. По правном дејству правила можемо упоредити са домаћим законом. Правило је обавезујући правни акт који се непосредно примењује на подручју свих земаља чланица, па нема потребе да га земље чланице претходно ратификују. Правилом се на релативно малом броју правних подручја (царине, пољопривреда, спољна трговина и др.) уређују одређена питања. На другој страни, правила са пореским садржајем била би царински кодекс, царинска тарифа и правило о сарадњи управних тела на подручју посредних пореза. Иако правила имају своју релативно велику практичну релевантност, она нису најзначајнији секундарни правни акт ЕУ.

Директиву, као секундарни правни акт ЕУ, доноси Веће Европе или изузетно Европска комисија. За разлику од правила, директиву није могуће упоредити ни са једним правним актом у правном систему земаља чланица. Директива представља «компромис између захтева за јединственим правом ЕУ и, што је год могуће, највеће заштите својства националних

правних прописа».[2] Директивом се прописује уређење одређених односа а земље чланице су обавезне да у своје законодавство унесу одредбе којима се постижу циљеви одређени директивом. Директива, дакле, има обавезујући карактер. Но, земље чланице имају слободу да директиву имплементирају у национално законодавство. ЕУ се не упушта у диктирање земљама чланицама прописа неопходних за постизање одређеног циља, већ само одређује обавезу примене правних или административних средстава које ће омогућити реализацију директива. Но, ипак, често пута директива садржи детаљна обавезна правила, пошто се показало да се неки циљеви могу остварити само на тај начин. Обавеза наведена у директиви мора се испунити у року утврђеном директивом, а пре истека тога рока земље чланице не смеју доносити прописе који би могли ометати постизање циља директиве. Потребно је, на крају истаћи да писањем јасне директиве није лаган задатак, чак и ако је за то на располагању више година. Најбољи пример за то је Директива о матичном и зависном друштву чији је нацрт био формулисан 1969. године, а постао важећи пропис тек 1990. године.

Директиве се односе на читаво подручје националног права, посебно на подручје привредног и социјалног права и подручје посредних пореза. Због тога највеће реалне могућности и домете директива имају управо на подручју посредних пореза.

Код непосредних пореза, поред наведене Директиве о матичном и зависном друштву, још и Директиву о фузији, као и документ Кодекс понашања при опорезивању предузећа. Директивом о матичном и зависном друштву из 1990. године прописана је обавеза за земље чланице да укину порез по одбитку на део добити који зависно друштво расподељује матичном друштву, чиме би се спречило двоструко оптерећење матичнога друштва било применом метода одбитка или метода изузимања. На другој страни Кодекс понашања при опорезивању предузећа препоручује земљама чланицама да тако уреде своје пореске системе у сврху елиминисања нелојалне пореске конкуренције. За очекивати је да ће као последица слободе кретања људи, слободе промета робе, промета услуга и промета капитала, и код система непосредних пореза процес хармонизације постати још израженији, што би било у складу са начелом «морамо учити европски мислити».[3]

[2] Rudolf Streinz: »Europarechr« C.F. Müller Verlag , Heidelberg, 2003., стр. 158.

[3] Axel Cordewener; *Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht, Verlag Otto Schmidt Köln*, 2002., стр. 983.

Што се тиче директива на подручју посредних пореза, треба истаћи да је Веће 1967. године донело Прву и Другу директиву у вези са усклађивањем општег пореза на промет. Док је Прва директива од земаља чланица тражила да угради порез на додатну вредност с правом на одбитак предпореза у њихове пореске системе с роком до 1. фебруара 1970. године, уместо бруто свефазног пореза на промет, Друга директива одређује основна начела чланицама о опорезивању промета-прихватања начела одредишта робе у циљу избегавања двоструког опорезивања. У међувремену донета је и Шеста директива 1977. године с тим да се почне примењивати од 1. фебруара 1978. године, што многе земље чланице нису испоштовале. Њоме се одређује јединствена пореска основица пореза на додатну вредност. На крају, донета је и Директива о пореским стопама из 1992. године којом се налаже усклађивање броја и висина стопа пореза на додатну вредност унутар земаља чланица. Но без обзира на резултате који су постигнути на пољу хармонизације посредних пореза (као и акциза), остаје отворено питање треба ли применити начело одредишта или начело порекла. Директивом о унутрашњем тржишту из 1991.године наложено је земљама-чланицама да у своје пореске системе до 1.фебруара 1997.године приликом опорезивања промета уведу начело порекла. Али данас је на снази прелазно решење тзв. мешовити систем, јер се комерцијалне испоруке унутар ЕУ опорезују применом начела одредишта, док се некомерцијалне испоруке у ЕУ опорезују применом начела порекла.

Када је у питању одлука као правни акт секундарног права ЕУ она је обавезна за оног коме је упућена, било то физичко или правно лице у одређеној земљи чланици или само земља чланица. На пример ако је пореско тело у једној земљи чланици донело акт о отпису пореског дуга предузећу како би спречило његов стечај, Европска комисија ако тај акт оцени као недозвољену помоћ, донеће одлуку којом ће обавезати национално пореско тело да укине свој акт, а на ту одлуку национално пореско тело има право жалбе.

Кад је реч о мишљењима , као секундарном правном акту ЕУ она су без обавезујућег деловања. Домаћи судови морају препоруку узети у обзир.

3. Закључак

Спроведена анализа показала је:

1. Постојећи систем примарног и секундарног права ЕУ има значајан утицај на формирање пореског права ЕУ. Од свих правних аката права ЕУ, највећи утицај на формирање пореског права ЕУ имају: Уговор о оснивању Европске заједнице, општа правна начела која су утврђена правним актима Европског суда и директиве. Међутим, ЕУ нема заједничку фискалну, посебну пореску политику. Дефинисање заједничке (не и јединствене) фискалне, посебно пореске политике, од готово виталног је значаја за функционисање привреде у опште прихваћеним и уједначеним условима привређивања на подручју ЕУ. А мере пореске политике омогућавају, олакшавају или поспешују и економске интеграције.

2. У том контексту доношење устава ЕУ могло би да буде од фундаменталног значаја за право ЕУ, па према томе и за одређеније регулисање пореског система и пореске политике ЕУ. Док се не донесе устав ЕУ, сада постојећа правна правила у уговору о оснивању Европске заједнице која се односе на порески систем ЕУ требало би доградити или мењати.

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

On the Sources of European Union Tax Law

Abstract

A thorough analysis of this subject has demonstrated the following:

1. The existing system of primary and secondary European Union (EU) law has had a significant influence on the formation of a EU tax law. Of all the legal acts of primary and secondary EU law, the greatest influence on this formation have been the Treaty establishing the European Community, general legal principles as determined by the legal acts of the European Court of Justice and directives. However, the EU does not have a commonly formulated tax policy. The definition of a common (not uniform) fiscal, particularly tax policy, is of vital importance for the functioning of the economy in the generally accepted conditions of doing business on the territory of the EU. Tax policy measures serve to enable, facilitate and hasten economic integration.

2.The adoption of the EU Constitution could be of fundamental importance for EU law and consequently for a better defined regulation of the EU tax system and policy. Nevertheless, until the EU Constitution is adopted, the existing legal rules in the Treaty establishing the European Community on the EU tax system should be supplemented or changed.

342.2(497.11)(091)

Др Александар Ђурђев, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

КАРАКТЕРИСТИЧНИ ПРИМЕРИ ЕВРОПСКОГ УТИЦАЈА НА УСПОСТАВЉАЊЕ И РАЗВОЈ ДРЖАВНОСТИ И ДРУШТВЕНОГ ЖИВОТА У СРБИЈИ НАКОН ТУРСКЕ ВЛАДАВИНЕ

Сажетак: *У раду су обрађени неки од карактеристичнијих канала утицаја европске културе, политике, научне делатности и уопште стваралаштва, на настанак и развитак српске државности и друштвеног живота. Избегнута је устаљена периодизација и приказани су само најкарактеристичнији примери утицаја преко активности личности, организација, институција и докумената.*

Поред увода, рад има два дела. Први је посвећен настанку државних обележја у време борбе за ослобођење и стицање статуса вазалне државности. У другом делу истакнута су само питања која су утицала на афирмацију правне државе (активност уставобранитеља), формирање националног државног програма (Начертанија) и персонални допринос војвођанских Срба и других значајних европских личности укупном друштвеном животу Србије.

Кључне речи: *Србија, државност, страни утицаји, кнежевина, краљевина, Начертаније, европеизација, Матица српска, Текелијанум.*

УВОД

Настанак српске државности и европски утицаји на њен развитак нису били предмет организованих, целовитих интердисциплинарних тимских истраживања. За такве подухвате нису, у протеком времену, ни постојали објективни услови. Наступајућа времена отварају реалне могућности, а јубиларна двестагодишњица трајања српске државности обавезује прегаоце истраживања да усмере дужну пажњу овим питањима. Тиме би одали поштовање и наставили континуирано истраживање „српске револуције, која чини се и данас траје, започето грандиозним радовима великана попут Леополда фон Ренкеа, Феликса Каница, Густава Раша, Пирха, Хердера, Буе-а, Бланка, Убићинија, Хана и др. Угледни научници хтели су да прикажу западној Европи прошлост и тадашњост српског народа, његов значај у политичким догађањима као и његову улогу у будућности у односу на опстанак Османске империје на Балкану.

Постосманска европеизација Србије је сложен, вишеслојан и дуг процес који досеже све до наших дана. Ослобађајући се турске власти, држава у настајању, примала је утицаје европске теоријске мисли, идеологије, институционалне организације и укупног грађанског начина живота. Поновна европеизације Балкана, па и Србије, представља богат колорит различитости и противречности као рефлексије реалности времена, али и митова и легенди историје. У таквим условима настају нове државне и друштвене институције, формирају се политички субјекти, успостављају се нови друштвени стандарди, односи, категорије и вредности.

На развој српске државности утицали су бројни појединци различитих профила, статуса, и образовања. Хијерархијска надмоћ политичара у креирању решења, садржине и праваца политичког и државничког деловања, није бацила у засенак ни улогу научника, књижевника, путописаца, трговаца и бројних припадника грађанске класе у настајању. Са новим облицима привређивања и новој социјалној структури становништва, настају и нове идеје, нова политичка схватања. Постепено се формира нова свест људи.

Првим српским устанком ударен је темељ нове државности и започео је опште друштвени и културни препород. Српско државно уређење, захваљујући унутрашњим потенцијалима и спољним утицајима, постепено је израстало, на виши и модернији ниво, тежећи оствареним европским стандардима. У том контексту познати српски државник Стојан Нова-

ковић назвао је Први српски устанак „васкрсом државе српске“.[1] Овај догађај са турске стране је другачије квалификован.У време устаничких година и стварања основа државности, у турским редовима, било је мишљења да се српско питање може решити само уништењем Срба.[2]

Велике силе Европе имале су, у то време, различите интересе у односу на Турску, од разарања, до очувања њене власти на Балкану. На тим основама грађена је и њихова политике према народима који су се борили против турске власти. Већ својим настанком Србија постаје полигон утицаја великих европских сила и њихових различитих интереса.

Српска држава је настајала у време појаве прогресивне друштвене политичке мисли и револуционарних догађаја који су потресали Европу. Слобода, братство, једнакост и национална суверености, на начелима Француске револуције, постају окосница борбе за ново грађанско друштво у условима доминације турске источњачке деспотије Балканом и империјалних европских држава организованих као апсолутне и уставне монархије.

У првом кварталу XIX века на Балкану су започеле две велике револуције; грчка и српска које су имале социјални и национални карактер. Из тих друштвених потреса створена је независна Грчка и аутономна Србија. „У националном погледу обе револуције остале су недовршене. Ни Грчка ни Србија нису ослободиле и ујединиле све своје сународнике и нису до краја успеле да спроведу принцип националности“.[3]

I
Државна обележја

1. Назив државе

Назив државе - Србија и народа Срби који живи на тим просторима, има дубоко европско порекло. Према бројним изворима и различитим ауторима његови корени имају, не само европске, него и шире димензије.[4]

---

[1] Стојан Новаковић, (Шабац 1842 - Ниш 1915) књижевник, политичар, историчар и филолог. Један од оснивача Народне странке, председник владе, министар просвете, унутрашњих дела, иностраних дела, посланик у Цариграду.

[2] Владимир Ћорови, *Историја Срба,* штампа Артпринт, Нови Сад, 2005, стр. 659.

[3] Чедомир Попов, *Грађанска Европа,* II књига, Матица Српска, Нови Сад, 1989. стр. 44.

[4] Др Лазо М. Костић, О српском имену, I издање Мелбурн 1965.г. Издање дистрибуира Добрица.

У средњој Европи име Срби (Червети) први пут помиње се у VI веку на десној страни Лабе, простору између Лужица и Магдебурга. Овај податак остао је од географа Секвестра. На Балканском полуострву (Балкан на турском језику шумовите планине) име Срби помиње се знатно касније.

Званични назив српска држава добија на основу Хатишерифа и Берата из 1830. године као Кнежевина Србија. Порта прихвата овај назив и у Уставу из 1869. године у коме пише: „Књажество је Србије наследна уставна монархија с народним представништвом“ (чл.1). Изненадним предлогом владе, Народна скупштина је 22. II 1882, године прогласила краљевину те званични назив државе постаје Краљевина Србија. Пре тога били су у употреби различити називи као што су: Српска држава Првог устанка, Карађорђева Србија, Милошева Србија, Устаничка држава и др.“[5]

2. Територија

Територију новоосноване српске државе чинио је Београдски пашалук, односно Смедеревски Санџак, са приближном територијом од 24.440 км^2.

Територији као битном обележју државности Милош посвећује велику пажњу. Након добијања Хатишерифа из 1830. године кнез упорно тражи враћање шест нахија (крушевачке, алексиначке, књажевачке, црноречке, крајинске и подринске) које су Турци 1813. године одвојили од Београдског пашалука, што му до 1833. године у потпуности и успева. Србија је тада скоро за једну трећину свог досадашњег простора била територијално увећана.

После 1833. године њена површина је износила 37.740 км^2, након српско-турских ратова 48.300 км^2, а по завршетку Балканских ратова 1913. године повећана је са нових 38.599 км^2. Завршетком Првог светског рата Србија је имала 87.800 м^2.

Социјалистичка Република Србија обухватала је површину од 88.766 км^2 или 34,6 % савезне државе територије.

Територија српске државе у протеклих два века, услед ратова и утицаја великих сила, често се мењала, али никад није објединила српски етнички простор.

Политичко територијална организација, односно административна подела, државне територије на јединице локалне самоуправе има изузетно динамичко обележје које је значајно са аспекта развоја државности.

[5] Опширније о томе Радош Љушић, *Историја српске државности,* књига II, Нови Сад, 2001. стр. 26-27.

Устаничка Србија је задржала турску административну поделу на: нахије, кнежине и села. У трагању за бољим решењима кнез Милош уводи области као веће управне јединице, нешто касније Војне команде које остају до 1839. године. Сретењским и Турским уставом административна подела је устаљена на: округе, срезове и општине.

У Првом светском рату Централне силе поделиле су Србију на три окупационе зоне између Бугарске, Немачке и Аустрије.

Територија Србије одувек је била ратовима одређивана и мировним уговорима великих европских сила санкционисана.

3. Становништво

Бројно стање становништва Србије је тешко тачно утврдити. Први озбиљнији попис становништва и имовине извршен је 1824. године први потпунији 1866. године, док је тек 1890. године извршен попис у складу са модерним захтевима и статистичким стандардима. Према тим подацима Србија је 1804. године имала око 400.000; 1813. око 700.000; 1834. - 698.624; 1850. - 929.603; 1859. - 1.078.281; 1863. - 1.108.568; 1874. - 1.353.890; 1884. - 1.901.736; 1895. -2.341.675; 1910. - 2.922.058 становника.

Поред Срба, у држави највише је било Турака, Румуна, Цигана и Јевреја.

Значајну улогу у друштвено-економским развитку Србије имали су припадници јеврејске етичке заједнице. Иако је била малобројна ова заједница заслужује да буде, бар у најкраћим цртама, споменута. Као трговци и занатлије Јевреји су доста рано почели да насељавају српска подручја, а нарочито поред Саве и Дунава у Београду, Смедереву, Шапцу, Пожаревцу, као и другим већим и мањим српским варошицама. Према статистичким подацима, из јеврејских извора, у Србији је било 1913. око 7000 Јевреја, а од тог броја у рату је учествовало 805 Јевреја. „Пошто су знали стране језике и били родбински и пословно повезани са трговачким средиштима у Аустроугарској, Италији и Турској, постали су значајан фактор у привредном животу“.[6] Јевреји су сачували свој идентитет, језик, веру и обичаје, били су коректни према државној власти али се нису национално асимилирали.

После Другог српског устанка Јевреји су почели да се враћају у Србију, а нарочито у Београд. Кнез Милош је често посећивао јеврејски кварт, слушао хор у синагоги којој је даровао и лустер са угравираном посветом. Милош је гарантовао Јеврејима сва грађанска права а они су то

[6] Извештај др Паул Натен, др Бернард Кар и Елкан Адлер о стању јеврејских заједница на Балкану, штампан у Берлину 1913. под насловом *Bericht über das Balkanhilfwerk.*

ценили и трудили се да својим радом и везама допринесу економском напретку нове Србије. Чак шта више, Милош је позвао и из иностранства Јевреје разне стручњаке и занатлије нудећи им српско поданство. Млада српска буржоазија, пре свега трговци и занатлије, видели су у Јеврејима конкуренте те је долазило и до честих спорова. Због тога Милош доноси посебну одлуку да ниједна власт не може судити Јеврејима у споровима са Србима осим самог кнеза.

Кнез Милош, сматрајући да сви његови поданици треба да имају исте грађанске слободе, 26. IX 1859. године донео је Указ по коме „никакви поданик Српски био он који му драго вере и националности, не буде ограничен у слободи сваковрсне радње и занимања". Овим актом подстакнуто је поновно настањивање Јевреја по унутрашњости Србије. Након одласка Милоша кнез Михајло, није могао да одоле притиску посланика Народне скупштине, укида указ и Јевреји се лоцирају на уском подручју београдског шанца.[7]

Доласком на власт кнез А. Карађорђевић доноси декрет о одузимању грађанских права Јеврејима и њиховом протеривању из унутрашњости Србије. Поновним доласком кнез Милош посебним указом, упркос противљењу Скупштине поново Јевреје изједначава у грађанским правима са свим српским поданицима. Смрћу кнеза Милоша, доласком Михајла, Јеврејима се поново одузимају грађанска права. На интервенцију енглеског генералног конзула у Београду 1861. године кнез Михајло је ублажио декрет о ограничењима Јевреја у грађанским правима. Убиством кнеза Михајла на престо долази кнез Милан и доношењем устава из 1869. године проглашавају се слободе, гарантује имовина и равноправност али те прокламације се законима из 1856. и 1861. не односе не Јевреје чији је положај остао непромењен, што је изазвало дипломатску реакцију Француске и Британске владе.

Јевреји су, без грађанских права, 1870. године постали војни обавезници. Након Првог српско-турском рата, Турци условљавају да Србија изједначи Јевреје у правима са свим њеним становницима. Берлинским конгресом Србији се такође налаже да реши јеврејско питање. Тек Уставом из 1888. године формално су призната грађанска права Јевреја у Србији.

Од Устава 1869. године Јевреји су служили обавезни рок у Српској војсци. У првом српско-турском рату 1876. године, према непотпуним подацима, учествовало је 55 јеврејских војника од којих су четворо добили одликовања за ратне заслуге.

[7] Указ кнеза Михајла Обреновића од 4. XI 1861.

Прва Уредба о организацији здравствене Службе у Србији донета је 1840. године. Пре тога, у саставу српске војске, постојао је санитет у чијем саставу су били медицински радници из иностранства. Када је упућен позив ради лекарске помоћи рањеницима, да у Србију дођу доктори медицине и хирургије, апотекари и апотекарски помоћници и апсолвирани медицинари, професионалну помоћ понудио је велик број Јевреја. Они су учествовали у српско-турским ратовима и као војни обвезници и као добровољци. Крајем XIX века у Србији је било 39 лекара Јевреја у војном саставу и цивилном санитету. У балканским ратовима на ратишту је било 22 лекара Јевреја и 800 војника и официра. Београдски Јевреји су прикупљали прилоге за помоћ српском војном санитету, обезбедили једну болницу са 100 постеља и једну резервну са 40 постеља. Такође је обезбеђен санитетски материјал, рубље за војнике и војничке постеље.

Познати шабачки лекар др Аврам Јосифа Винавер (Варшава 1863 - Ђевђелија 1915) први лекар у Србији који је набавио ренген-апарт и поседовао највећу стручну библиотеку и колекцију медицинских инструмената смештених у осам соба његове куће у Шапцу.

Самуило Минх, дошавши из Моравске, у Параћину је 1870. године основао прву фабрику сукна која је убрзо постала највећа и најмодернија на Балкану. Њени производи добијали су признање на изложбама у Бечу и Паризу. Минх се сматрао првим индустријалцем у Србији.

Анђелко Тајтоцак (1838-1920) у Крушевцу је подигао прву фарму ради гајења свилене бубе за производњу свиле и усмерио сељаке Поморавља да на својим имањима саде дудово дрво. Са својим синовима и зетом развио је исту делатност и у другим градовима Јагодини, Смедеревској Паланци, Крушевцу и Лапову, која се касније проширила по читавој Србији.

Јевреји су оставили трага и у политичком животу Србије. Аврам Озер-Озеровић био је два пута изабран за посланика Велике народне скупштине чији је члан био све до 1896. године. Као посланик био је шеф делегације за закључење државног зајма, члан финансијског савета и средио финансијске обавезе Србије према иностранству.

Кнез Милан је 1881. године поставио Једидија-Едија Були за кнежевског посланика у Народној скупштини (1880-1882) који је утицао на развој трговачких веза Србије са иностранством. Нешто касније, кнез Милан именовао је још два члана јеврејске заједнице за народне посланике Давида и Бонцона Булија.

И поред кооперативног јеврејског понашања у Србији, изузев Милошевог времена, постајао је нетолерантан однос према њима. Верска нетр-

пељивост према Јеврејима имала је у основи економску позадину, која је у неким случајевима потенцирана аферама верске садржине или су биле и политичке природе. Питање грађанских права Јевреја у Србији довело је и до расправе у енглеском парламенту 1867. године у којој је истицано да се ради, не само о трговачком ривалству, већ и о верском фанатизму у Србији.

4. Држављанство

Држављанство као битно обележје државе први пут се спомиње у Сретењском уставу. Према чл. 108. Устава „српско државно грађанство" стиче се рођењем и прирађањем. Кнез Милош је Указом из 1836. године прогласио за српске држављане (поданике) све оне који нису имали пасош земље из које су дошли. Уредбом о српском прирођењу и о отпуштању Срба из њеног отечества из 1842. први пут је целовитије регулисано ступање у српско држављанство. Уставима из 1869. и 1888. питање држављанства потпуније је дефинисано.

5. Државни симболи

Стицање права на грб и заставу, као државне симболе, представља саставни део процеса осамостаљивања Кнежевине Србије од Турске власти. Све до 1830. коришћена су различита грбовна обележја и ношене су различите заставе. Кнез Милош је настојао да се у свакој прилици уместо турских, користе српски симболи. Један од разлога укидања Сретењског устава био је и противљење Турске на дефинисана државна обележја Србије која су вређала њена суверена права. Ферманом из 1839. на упорно инсистирање кнеза Милоша, Порта је коначно признала Србији право на грб и заставу са одређеном садржином, бојама и симболима који су означавали вазални статус. Овакви симболи употребљавани су до стицања државне независности 1878. године. Турска знамења остала су све до проглашења Краљевине Србије 1882. године.

6. Грб и химна

Након доношења Закона којим се „Књажество Србије проглашава за Краљевину Срба" 22. II 1882. године донет је Закон о грбу Краљевине Србије. До краја године грб је у Бечу израдио Бан Штрел.

Химну Србија је добила још 1872. године поводом пунолетства кнеза Милана. Истовремено настајале су Кнежева химна и Српска химна чије је стихове написао Јован Ђорђевић. Химну је компоновао Словенац Даворин Јенко.[8]

II
Србија и страни утицаји у време борбе за државност и стицања вазалне државности

1. Вазална Кнежевина

Србија Хатишерифом из 1830. године и султановим Бератом постаје, као вазална кнежевина са самосталном унутрашњом управом, европска држава са својом династијом, али још увек под турским суверенитетом и руском заштитом. Годину дана касније 1831. Кнежевина Србија добија од Васељенске патријаршије и црквену аутономију. Тиме су, након вишевековног ропства под Турцима, обновљени темељи српске државности.

Европска теоријска мисао у правној држави нашла је погодно тле већ у првој фази успостављања српске државности. Елементе правне државе садржи први српски устав. Димитрије Давидовић, један од најучењих Срба тога времена, је по налогу кнеза Милоша и уз сталне консултације са њим, а на основу идеја француског изасланика Boa-Le-Konta написао овај акт за само 20 дана.[9] Слободан Јовановић за овај акт каже да је од „француских конституција узео спољашњи облик".[10]

Значај Сретењског устава је у томе што је, са европског становишта, унео у систем власти Народну скупштину, и што гарантује основна грађанска права и што проглашава начело поделе власти.

---

[8] Текст српске химне „Боже правде" написао је познати интелектуалац из Сенте, Јован Ђорђевић, професор, књижевник, српски министар просвете и црквених дела и оснивач Народног позоришта у Београду и Српског народног позоришта у Новом Саду.

[9] Димитрије Давидовић (Земун 1789-Смедерево 1838). Покретач „Новина Српских" у Бечу (1813) и оснивач штампарије (1821) у Бечу. Боравећи у Србији био секретар канцеларије кнеза Милоша, министар просвете и унутрашњих послова. По налогу кнеза 1835. године израдио Сретењски устав. Као књижевник и историчар (написао *Историја народа српског* 1821.) деловао је са позиције просветитељских и слободоумних европскјих идеја

[10] Слободан Јовановић, *Политичке и правне расправе I*, Београд 1932. стр. 10.

На инсистирање Турске велике европске силе, предвођене Русијом, постижу да кнез Милош укине Сретењски устав шест недеља после његовог доношења.

Грандиозна историјска личност за време Милошеве владавине, која је одиграла кључну улогу у повезивању Србије са Европом, био је Вук Караџић.

Вук Стефановић Караџић (Тршић 1787 - Беч 1864) спада у незаобилазне великане и утемељивач српске државности. У устаничкој Србији био је учитељ, царски и судски чиновник, писар и секретар Правитељствујућег Совјета. Обилази сам јужнословенске земље и тражи заједничке именитеље народа и скупља народне умотворине, а боравећи у Русији, Немачкој и Аустрији повезује се са најугледнијим личностима из области историје, културе и књижевности (Копитар, Ранке, Гете, Грим, Даничић, Мажуранић, Деметер, Кукуљевић, Пацел, Миклашић и др.). Као реформатор српског књижевног језика заслужан је за продор европских културолошких стандарда у Србију, а као историчар приближава Србију Европи.

У последњим годинама владе кнеза Милоша интезивно се радило на дизању народне просвете. Прво културно средиште постаје Крагујевац у коме ради школа, 1833. године преноси се прва штампарија, излазе прве новине - Новине српске под уредништвом Димитрија Давидовића, 1835. године почиње са радом прво позориште под руководством Јоакима Вујића и почиње са радом прва гимназија коју Милош диже 1838. године на степен Лицеума, који прераста у Велику школу, а 1905. године постаје Универзитет.

У области позоришног живота највећи утицај у Србији извршио је Јоаким Вујић.[11] За прегалачки рад добио је епитет „отац српског позоришта“. Након организовања драмских дружина у Баји, Панчеву, Араду, Темишвару и Сегедину постаје 1833-36. године директор сталног Књажевско-сербског театра у Крагујевцу. Штићеник кнеза Милоша, човек великих амбиција, путописац, Вујић је заслужан за стварање првог српског позоришног репертоара. То је, како каже Скерлић, „човек који је први стао приређивати српске представе“.

Ослобађањем од турске изолованости постепено долази и до побољшања положаја жена у српском друштву. Сигурно да је европски утицај, мењао гардеробу, понашање и образовање, пре свега женске омладине, па и одраслих жена. Њихово присуство у богатој и модерног гардероби све је уочљивије у јавном животу малог броја српских градова као што су Београд, Крагујевац, Шабац, Ниш и др.

[11] Јоаким Вујић (Баја 1772 - Београд 1847).

2. Утицај Аустро-угарских Срба

Срби у Војводини, односно Хабзбуршки Срби, Срби пречани, током XIX века имали су значајан утицај на развој државности и друштвеног живота у Србији. „То је доба када Срби у Војводини стоје на челу српског народа и када је Нови Сад највећи, најимућнији и најкултурнији српски град, али када највећи број Срба интелектуалаца из Војводине не живи у Новом Саду, него у Београду, где ради на организовању и уређењу нове српске државе; за то време два главна књижевна радника, обојица родом из Србије - Вук Караџић и Милован Видаковић - не живе у Србији, него највећи и најзрелији део свог живота проводе у Аустрији и Мађарској: Вук у Бечу, а Видаковић у Пешти".[12]

У горостасе-великане српске прошлости убраја се и Доситеј Обрадовић. Доситеј Обрадовић рођен је у Банату (Чаково око 1739. а умро 28. III 1811. у Београду) своје укупне животне потенцијале уграђује у темеље српске државности. Одушевљен избијањем Првог српског устанка долази у Србију у 67-ој години живота преузима одговорне послове у дипломатији и постаје први министар (попечитељ) просвете. Оснива 1808. године Велику школу која се сматра зачетком универзитета у Београду и подстиче стварање мреже основног образовања у свим ослобођеним крајевима. Године 1810. постаје утемељивач и Богословије, друге најзначајније духовне институције српства.

Јавља се значајан интелектуални слој који се ставља на располагање младој држави као што су Стеван Живковић Телемак, Сима Милутиновић, Вук Караџић, Јеремија Гагић, Миљко Радоњић и др.

Јован Хаџић (псеудоним Милош Светић, Сомбор 1799 - Нови Сад 1869) књижевник, научни радник, правник и политичар. На Милошев позив долази у Србију, и ради на Српском грађанском законику и бави се уредништвом. Уз Саву Текелију главни оснивач Матице српске.

Доношење Грађанског законика 1844. године представља значајан моменат у развоју српске државности. Нешто касније 1853. године донет је и Законик о грађанско-судском поступку, врши се нова организација судова и стварају се први услови за успостављање правне државе.

Божидар Грујовић ((Тодор Филиповић - Рума око 1780-1807) утемељивач српске државности, професор универзитета у Харкову, као дипломата борац за уједињење српских земаља. Био је први секретар Правительствејичког Совјета сербског и аутор уредбе о његовом функционисању, због чега га многи сматрају и као првим српски уставописцем.[13] Један од нај-

[12] Др Душан Ј. Поповић, Срби у Војводини III књига, Матица српска, Нови Сад, 1990. стр. 5.

[13] Милијан Поповић, Божидар Грујовић као правни филозоф и први српски уставописац, Правна ријеч, Бања Лука бр. 3/2005.

значајнијих и најдаровитијих правних филозофа који је допринео развоју либералне европске мисли у Србији. О њему су писали бројни српски правни и књижевни ауторитети.[14] Грујовићев рад надахнут је идејама Француске грађанске револуције као и делима немачких, француских, угарских и руских писаца. Увео је и прве судове у Србији.

Српски класик међународног права Глигорије Гершић,[15] након матурирања Гимназије у Сремским Карловцима завршава правне студије у Бечу и прелази на Велику школу у Београду. Читав радни век посветио је универзитетској каријери бавећи се државним, међународним, римским и грађанским правом. Поред тога активно се бавио политиком, био један од оснивача и члан Главног одбора Радикалне странке, више пута министар правде, државни саветник, сенатор. Као уставни теоретичар радикала учествовао у раду на српском уставу из 1888. године. Свој правнички таленат „као човек јаких патриотских осећања сматрао је својом дужношћу и моралном обавезом да, као и други велики српски правници тога времена, своје знање и ум стави на располагање отаџбини. Оно што посебно одликује Гершићев политички ангажман је висок склад и, за природу јавне, политичке делатности, ретко сагласје политичког деловања и теоријских, научних поставки које је изграђивао и бранио у својим радовима".[16]

Средином XIX века велик број српских књижевника из Војводине прелази и ангажује се на разним значајним културним и политичким активностима у Србији као што су Јован Ст. Поповић, Јован Хаџић, Ђорђе Милетић, Јован Стејић, Симо Милутиновић-Сарајлија и др. Србији се окрећу и први Срби католици из Дубровника као што су Матија Бан и Недо Пуцић.

Народно просвећивање и национални препород заснива се на претходној институционалној организацији и стварању нуклеуса окупљања интелектуалног потенцијала. У Пољској то је урадио Јозеф Максимилијан Осолињски оснивањем 1817. године библиотеке која постаје центар народног просвећивања и инспиратор стварања народне свести. Код Мађара то је уради гроф Иштван Сечењи обезбеђењем материјалних услова за оснивање Мађарске академије наука 1825. године. У српској културној историји то је било оснивање Текелијанума и оснивање Матице српске 1826. године.

---

[14] Прота Матија Ненадовић, Вук Караџић, Лазар Арсенијевић, Милован Ристић, Мита Костић, Данило Баста, Стојан Новаковић, Јаша Продановић, Слободан Јовановић, Снежана Савић, Јово Радош, Рада Радовић, Тихомир Васиљевић, Милијан Поповић и др.

[15] Г. Гершић (Бела Црква, Банат 1842-Београд 1918.).

[16] Глигорије Гершић, *Дипломатско и конзуларно право,* Сл. Лист СРЈ, Београд 1995, предговор др Миленко Крећа, стр. 7.

3. Матица српска

У оквиру Аустро-угарске монархије деловале су две институције које су имале огроман значај за развитак српске државе и укупан друштвени живот у њој. То су Матица српска и Текелијанум.

Матица српска основана је у Пешти 1826. године „а намерениje јест распространење књижества и просвештења народа србског." Од оснивања, до данас, Матица је представљала кохезиони фактор сваколиког српства. Међу првим члановима били су Милош и Јеврем Обреновић. Кнез Милош се сматра и првим добротвором јер је уплатио петоструко већи улог од осталих чланова. Матичин члан постаје и кнез Александар Карађорђевић, а од 1845. и Петар Петровић Његош. Владари све три српске династије схватили су опште српски значај ове институције.

Крајем XIX века Матица развија ефикасну просветитељску делатност и све тешње се повезује са културом ослобођене Србије.

Матица српска је иницијатор оснивања и развоја позоришта у Срба. Њен секретар Теодор Павловић био је први заговорник, а Јован Ђорђевић покретач кампање за оснивање сталног, професионалног позоришта који 1861. године постаје и први управник Српског народног позоришта у Новом Саду. Године 1868. Ђорђевић оснива и Народно позориште у Београд и постаје његов управник.

Велик утицај на позоришни живот имао је и Јован Суботић и као председник Матице и као начелник Друштва за Српско народно позориште. Пре доласка у Нови Сад био је председник Управног одбора Казалишта у Загребу, односно његов управник.

У оквиру Матице израста Уједињена омладина српска чијем стварању су допринели Текелијанци својим друштвом „Преодница" формираним 1861. године. Матица почиње да штампа још један часопис Матицу (издвојено од Летописа) у коме омогућује члановима омладине српске, с обе стране Саве и Дунава, да интензивније шире своја књижевне, али и национално-политичке слободе.[17]

Матичина делатност и допринос у прошлости служе за подстрек и поруку садашњем српству. „Границе које су у последњој деценији премрежиле Балкан и раздвојиле делове српског народа по разним државама ометају проток културних информација и духовно јединство Срба. Последица такве физичке разбијености и исцепканости, претње новим однарођивањем и разбијањем треба отклањати, поново као у стара времена, заједничким духовним простором, културном, књижевном, уметничком, научном саборношћу".[18]

[17] Др Божидар Ковачек, *Матица српска 1826-2001*, Матица српска, Нови Сад, 2001, стр. 13.
[18] Др Божидар Ковачек, Ibidem, стр. 25.

4. Текелијанум

Друга значајна институција је завод, односно Дом српских студената и фонд за његово издржавање, основао је 1838. Сава Текелија. По њему је касније и назван Текелијанум.

Сава Текелија (17. VШ-1761. - Арад - 21. IX 1842. Арад), први Србин и први угарски држављанин, осим професора универзитета, који је положио 1786. године, докторат права, полиглота, успешан послован човек и политичар, један од најистакнутијих синова српског народа и дела његове светле традиције, оснивач Текелијанума, највећи доброчинитељ међу Србима. Светао пример међуетничке интеграције и толеранције у оквиру Аустро-угарске монархије.

Као политички визионар и личност од великог угледа, Сава Текелија се, пре Првог устанка у Србији, писмено обраћао Наполеону и аустријском цару Францу I у коме предлаже стварање илирске краљевине на подручју Балкана. Нешто касније 1805. године издао је и штампао географску мапу српских земаља.

Текелијанум је имао племениту улогу једног од значајних средишта српског народа.[19] У Текелијанум су примани најбољи и најсиромашнији млади људи из свих крајева где живе Срби ради школовања у војној, инжењерској струци, за свештенички позив и за високошколске студије уопште. Текелијанум је, према статистици, имао од оснивања до 1878. - 179, а до 1914. године 167 питомаца. То представља значајан број интелектуалаца који су допринели култури и цивилизацији српског народа. Међу њима примера ради били су: Богдан Гавриловић ректор Универзитета и председник Српске Краљевске академије наука, Радивој Кашанин светски математичар, Марко Малетин уредник Летописа и секретар Матице српске, Тихомир Остојић, историчар књижевности и секретар Матице српске, Јован Павловић, истакнути публициста, Вељко Петровић, књижевник председник Матице српске, Лазо Томановић публициста и председник владе Црне Горе, Јован Јованови-Змај (као књижевник уписао и завршио медицину као надзорник Текелијанума), Васа Стајић, Исидор Бајић оснивач прве музичке школе у Новом Саду и др.

„Дух Текелијиног завода уткао се у сва будућа културна настојања, привијајући се мудро и брижно уз све праве националне и омладинске идеје и покрете, овековечавајући се тако као један ос стубова носилаца укупног напретка српског народа“.[20] Текелијанум је опстао све до 1952.

[19] Др Божидар Ковачек, *Текелијанска историја XIX века*, Матица српска, Нови Сад, 1997, стр. 18.

[20] Др Божидар Ковачек, Ibidem,, стр. 209.

године. За то време у њему се школовало око 550 српских интелектуалаца од њих је већина имала истакнуту улогу у развоју српске државе и српског друштва.

5. Школовање младих кадрова из земље у иностранству

Кнежевина Србија је 1839. године почела да шаље своје прве даровите младе кадрове на школовање у иностранство, а од 1841. године и у Париз.[21]

.

Француски конзул у Београду Марej је предлагао да се ђаци из Србије, Босне, Херцеговине и Бугарске школују на Мицкијевичевој катедри како би касније могли бити преводиоци. Сима Милутиновић је 1846. године одвео групу ђака на школовање у Русију.[22]

Млади људи се школују у иностранству, највише у Паризу (1858. године око 20), тако да је у земљи 1848. године било преко стотину школованих у иностранству и у домаћим школама. За десетак година тај број је двоструко порастао. Створена је аутохтона интелигенција[23] француског и хабзбуршког утицаја. Јавља се супротстављање између њих у односу на развитак друштва и организацију државе. Млада интелигенција постаје либерална опозиција.

Међу младим школованим кадровима посебно место припада Светозару Марковићу. Долазећи у Србију, након школовања у Русији и Швајцарског Светозар Марковић је донео и идеје руског социјализма које ће имати значајног утицаја, нарочито на школовану омладину и танак слој радничке класе у формирању. Има мишљења да је „највише користи учинио књижевности, која ће се под његовим утицајем окренути реалном животу, с једне стране, а с друге рускоj великој књижевној плејади: Гоголу, Толстоју, Тургењеву, касније и Достојевском, што ће читав наш духовни живот проветрити и готово револуционисати“.[24] То је утицало и на буjање научне мисли што је стимулисало укупни друштвени развитак.

Током свог кратког живота, али изузетно плодног политичког деловања (1846-1875), залагао се за социјалистичко уређење и супротстављао се централистичкој и бирократској монархији. Сматрао је да национа-

[21] Јован Милићевић, *Прва група српских студената, државних питомаца школованих у иностранству,* Историјски часопис САН 1960.

[22] Љубомир Дурковић-Јакшић, *Први српски питомци богослови и Русији,* Гласник службени лист Српске православне цркве 1945, стр. 32-35.

[23] Стеван К. Павловић, *Историја Балкана 1804-1945* - CLIO, Београд, 2004. стр. 86.

[24] Др Слободан Турлаков, *Водич за Србе,* четврто издање, Чигоја, Београд, 2001.

лизам либерала не може Србији успешно обезбедити улогу интегративног фактора Јужних Словена.

6. Музички живот

Музички живот на ослобођеним српским просторима зачет је у окриљу војне музике и музичара. Пре тога музичка пракса је била у рукама Турака и Цигана и имала карактеристично турска обележја.

Преокрет је учинио Шлезингер Јосиф (Сомбор 1794 - Београд 1870), композитор и диригент, за кога Стана Ђурић-Клајн каже: „Ретко-који музичар у светској историји музике има тако одређено зачетничку, пионирску улогу у једној земљи, и једном народу, као што је имао Јосиф Шлезингер у Србији 19. века".[25] Пошто се истакао као градски капелник у Новом Саду кнез Милош га 1829. године позива у Србију а од 1831. ради као капелник у Крагујевцу. Ту оснива први оркестар у Србији, који је имао велику улогу у културном животу града, посебно у Театру Јоаким Вујића. Настаје нова ера у музичком животу која у значајној мери утиче на промену укупног друштвеног живота у Србији. Томе су касније допринели и домаћи музичари школовани у европским музичким центрима, али и страни музичари, нарочито Чеси, Немци, Словенци који су понесени словенофилским идејама српског романтизма, велик део свог уметничког живота провели у Србији и оставили дубок стваралачки траг и њој. Међу њима посебно се истичу: Милан Миловук (Пешта 1825 - Београд 1883), Алојз Клаус (дошао у Београд 1843 и остао дуги низ година), Корнелије Станковић (Будим 1831 - Будим 1865) посмртни остаци пренети 1940. године у Београд где и дана почивају у Алеји великана), Даворин Јенко (Крањ 1835 - Љубљана 1914 аутор Боже Праве и прве српске оперете), Стеван Стојановић-Мокрањац (Неготин 1855 - Скопље 1914), Јосиф Маринковић (Врањево-Банат 1851 - Београд 1931), Станислав Бинички (Јасика код Крушевца 1872 - Београд 1942), Петар Стојановић (Будим 1877 - Београд 1957).

Од великог броја чешких музичара који су деловали у српској средини XIX века најистакнутији су: Влацлав Хорејшек (1839-1874), Гвидо Хавалас (1839-1909), Војтех Хлавач (1849-1911), Хуго Досбек (1852-1897), Роберт Толингер (1859-1911), и др. Поред њих и један број досељених дао је печат времену својим музичким деловањем.

[25] Стана Ђурић-Клајн, Јосиф Шлезингер, зачетник српског музичког живота у 19 веку, Јеврејски алманах 1961-1962.

III Уставобранитељи, Начертеније и страни утицаји

1. Уставобранитељи

Милошевим одрицањем од престола и одласком у Влашку 1. IV 1839. у Србији је организовано уставобранитељско намесништво. Од тога доба, до пада Александра Карађорђевића 11. XII 1858., успостављен је уставобранитељски режим.

Уставобранитељи су настојали да очисте Србију од остатка турске прошлости и да европеизирају основе државе и друштвене организованости, привредни, културни и друштвени живот уопште. Уставобранитељски режим ударио је темеље грађанског либерализма, док су нерешена питања села створила услове за бујање радикализма. За време уставобранитеља дат је велик подстицај народном просвећењу. Београд постаје трајна престоница земље и седиште културно-образовних институција. Отворено је преко 200 разних школа међу којима посебно место заузимају војна (1850) и земљоделска школа (1853).

Уставобранитељско време карактерише нагло ширење чиновничког сталежа који се у прво време попуњавао из редова аустроугарских Срба, називани „немачкарима", а касније и од слабописмених „отечествених" Срба. „Уз чиновништво стварана је и полиција, која је код Срба увек била ослонац и основ власти, а најмање реда и законитости. Временом ће се та два сталежа прожимати, тако и толико да ће представљати велику сметњу развитку.[26]

Историјски значај уставобранитељског режима састоји се у томе што с тим режимом настаје код нас стварање установа, настају први почеци детаљне државне организације.Уставобранитељско време ничим се тако не карактерише као установама које су тада постале. Оно се не одликује великим људима; оно се не може хвалити великим делима на пољу спољашње и унутрашње политике, али оно је дало наш први судски и административни механизам и ударило основу нашим просветним установама.[27]

[26] Слободан Турлаков, *Водич за Србе,* IV издање, Чигоја, Београд, 2001. стр. 22.
[27] Слободан Јовановић, *Уставобранитељи и њихове владе*, Београд 1912.

2. Начертаније

Српски национални програм, познат у политичкој историји као Начертаније, формулисан 1844. године настао је под утицајем европске прогресивне мисли, а пре свега, идеја организоване, пољске емиграције у Француску. Илија Гарашанин,[28] кога многи сматрају оцем грађанске државне концепције Србије, прилагодио га је приликама и времену у коме је требао да се реализује.

„Дух Начертанија, његову идејну суштину створио је европски романтизам; рани европски либерализам још неутопљен у масовне велике покрете који ће до 1918. године створити парламентарне државе и демократију општег бирачког права“[29]

Начертаније је документ новије српске државне историје који побуђује највећу пажњу историчара, политичара и правних теоретичара, јер представља, како каже Радош Љушић, основицу развоја српске државне идеје.[30] На те идеје утицали су познати страни интелектуалци.

Истакнути италијански борац за ослобођење Италијана и Југословена Франческо Дал Онгаро (1808-1873) покренуо је у Трсту 1836. године часопис La Favilla у коме је сарађивало доста Југословена из Трста, Далмације и Боке Которске. Часопис је објавио и 15 значајних текстова о Словенима. Међу њима два су посвећена Мицкијевичу називајући га пољским Дантеом који обавља, у име Словена, књижевну и моралну мисију у западној Европи.

Адам Мицкјевич (1798-1855) пољски књижевник и политички борац за слободу. Као научник први Словен који је на западу пионирски презентовао књижевност и историју Словена.[31] На Сорбони преузима Катедру словенске књижевности (у интересу Пољске, словенства и Француске) истичући да је она симбол будућег словенског уједињења. Велику пажњу посветио југословенству и српској књижевности. Његова предавања посећују и студенти из Србије.

Адам Чарториски (1770-1861) кнез, пољски књижевник и политичар. У руској служби био министар спољних послова цара Александра I. Као емигрант 1838. године изабран за „некрунисаног краља Пољске“.

[28] Илија Гарашанин (Гараши1812-Београд1874). У време кнеза Милоша пуковник, под А. Карђорђевићем министар унутрашњих и спољних послова и намесник, а за време кнеза Михајла председник владе и министар спољних послова.

[29] Милорад Екмечић, Револуција 1848. и Балкан, Матица српска, Нови Сад 2000. стр. 233.

[30] Радош Љушић, Књига о Начертанију, Јефинија Крагујевгац 2003. стр. 11.

[31] Др Љубомир Дувковић-Јакшић , Мицкјевич и Југословени, Матица српска, Нови Сад, 1988., стр. 5.

Развија живу пропаганду за обнову пољске државе а за своју политику настојао је да придобије и балканске Словене, нарочито Србију, у коју је полагао велике наде.

У периоду док је Мицкјевич држао предавања у Паризу, која су имала велик одјек у Европи, Черторискиј је, као дипломата, посебну пажњу усмерио према Европској Турској. Намеравао је да код Турске помогне Јужне Словене у циљу добијања самоуправне аутономије, а касније да изборе самосталност и уједине се око Србије у јединствену државу.[32] У том правцу предузимао је бројне политичке активности.

Људевит Бистошоновски (сарадник Черторискиог) писао је 1842. године о револуцији у Србији. Након допуне објавио књигу у Паризу 1815. године на пољском под насловом Revolucya W Serbii која је преведена и објављена на француском и немачком језику, никад на српском.

Пољска емиграција 1844. године сматрала је да Србија представља кључ Отоманског царства и основу будућности ове империја оријента.[33] Отада је преко Србије почео да се шири политички утицај на националне покрете Балкана па све до Кавказа.[34]

„Српски национални програм, познат у науци под именом Зах-Гарашаниново Начертаније, формулисан је 1844. године. Тај Пројекат настао је на основу „плана словенске политике Србије", који је по идејама агилне пољске емиграције у Француској и њеног шефа грофа Адама Чарторијског, израдио њен поузданик, Чех Франтишек (Фрања) Зах. Захов план био је постављен на широке југословенске основе, предвиђајући да се око Србије окупе Босна и Херцеговина, Стара Србија, Македонија, северна Албанија, Црна Гора, хрватске земљс.Гарашанин, српски министар унутрашњих дела, прихватио је 1844. ове идеје, нешто их је модификовао и начинио своје Начертаније".[35] Садржина овог документа имала је велику улогу у историји српског народа која се протеже све до данашњег времена.

О Начертанију, његовом настанку, ауторству, садржини и политичком утицају на државни развитак Србије и балканских земаља уопште, постоји релативно богата домаћа и страна литература.[36] Крајем XX века о њему се више писало у Загребу, где је имао широк круг поборника, него у Београду.

---

[32] Michal Budhirski, Wspomnienia z mojego życia, Poznan 1880, I, стр. 350-353.

[33] Marceli Handelsman, Adam Gzartoryski, Warszawa 1949. стр. 115.

[34] Милорад Екмечић, *Револуција 1848. и Балкан,* Матица српска, Нови Сад 2000. ст. 235.

[35] Чедомир Попов, Грађанска *Европа, друга књига,* Матица српска, Нови Сад 1989. стр. 206-207.

[36] Види библиографске наводе Радоша Љушића, *књига о Начертаинју,* Јефимија, Крагујевац 2003.

У исто време 1844. појавио се и грчки национални програм, под називом „Велика идеја“, у коме је формулисан захтев за ослобађање и уједињење свих Грка, односно свих „грчких територија“ балканског полуострва (Македонија, Албанија и Бугарска до планине Балкан), егејска и јонска острва, Крит, Кипар, Цариград и западне делове Мале Азије.

Средином XIX века настаје и бугарски национални програм који је такође имао ослободилачки и експанзионистички карактер. У њему је садржана идеја за ослобађањем и уједињењем свих „бугарских земаља“ од Црног до Егејског мора, Македоније, северне Грчке, делом Србије, Косова и западне Албаније.

С појавом националних програма балканских народа формирају се и тајне националне револуционарне организације у циљу њихове пропаганде и реализације. Заједничка карактеристика свих тих организација усмерена је на дизање општебалканског устанка против Турске империје.

У другој половини XIX века јавља се у развијеном облику идеологија српског грађанског друштва са најважнијим представницима Владимиром Јовановићем, Михајлом Полит Десанчићем и Светозаром Милетићем. Нешто касније њу даље развија Социјалистичка национална мисао Светозара Марковића и Васе Пелагића из које израста значајан српски културно-политички покрет Уједињења омладине српске.

Под утицајем целокупне српске политичке јавности, у то време, вођена је и званична политика Кнежевине Србије на челу са Михајлом и дугогодишњим председником владе и министром иностраних дела Илијом Гарашанином.

Кнез Михајло, док је био у емиграцији, развијао је своје идеје о улози Србије и њеној спољној политици. Оженио се Јулијом из мађарске аристократске породице, са интересом је пратио револуционарне догађаје 1848. године. Одржавао је везе и помагао широк круг српских интелектуалаца у Бечу: Вука Караџића, Ђуру Даничића, Бранка Радичевића, Светозара Милетића и др. Одржавао је везе са мађарским и италијанским политичарима. Наполеону III у разговору 1859. године изнео је сопствено виђење ситуације на Балкану и положај Србије у њему. Доласком у земљу мења се и модернизује живот у Србији. Млади људи школовани у Бечу, Пешти, Немачкој и Паризу, са напредним трговцима и чиновништвом уносе нове друштвене садржаје у Београд и целу Србију.

У унутрашњој политици разилази се са либералима и прихвата умеренија политичка залагања чији је најпознатији представник био Илија Гарешанин.

Значајан успех кнеза Михајла представља стварање Народне војске 1861. године која је обучавана по селима, наоружавана шверцованим оруж-

јем преко Румуније јер Аустрија и Турска нису дозвољавале увоз. Војска је према статистици имала 50.000 активних војника и 40.000 резервиста. Реалне процене су биле да Србија може мобилисати 150.000 војника. Са тим потенцијалом кнез Михајло је развијао своју балканску политику, иако за њу Србија није имала тада, нити економски потенцијал, нити интелектуални престиж.

Мађарски револуционарни покрет са Кошут Лајошом на челу, залагао се за укључивање јужнословенских народа, а нарочито Србије, у организовану акцију против Аустрије. У ту сврху Кошут је разрадио Пројекат Дунавске конфедерације равноправних народа југоисточне Европе. Започео је 1859. године у Лондону са кнезом Михајлом преговоре о сарадњи Србије заједно са мађарским, италијанским револуционарима и француском владом. У Београду се отвара први сардинијски конзулат који поред дипломатске има и пропагадно-субверзивну функцију. Од планираних активности се одустаје на разочарење патриотске свеколике српске јавности.

У време стицања независности Србија је имала 1,7 милиона становника и површину од 48.000 квадратних километара, са претежно пољопривредном структуром (87% становника је живело на селу). Србију захвата процес урбанизације, са наглим растом градова, а нарочито Београда и Ниша. „Градско становништво, већином трговаца, чиновника, официра и учитеља, чији се танак слој претворио у буржоазију европског типа. Било је то, међутим, по много чему Bildungs-bürgentum - образована буржоазија, предодређена за државну службу или за занимања надзирана од државе. Још увек подељене на еснафе из османског времена, суочене са све већом конкуренцијом из иностранства, занатлије су представљале прелазни слој између радника и буржоазије. Шегрти, трговачки помоћници, студенти и старији ђаци обезбеђивали су масовност демонстрацијама против власти“.[37]

Код нас су са закашњењем јавиле свест о улози научника као дела политичке свести нације и носиоца развоја државности, општедруштвеног напретка и културе уопште. Превазилажењу таквог стања свакако је допринео и Леополд Ренке својим научним делом и позитивним политичким ангажовањем у европској јавности.

Први српски устанак у Европи, у великој мери под утицајем Француске револуције, прихватао се као својеврсна „српска револуција“. Овоме је нарочито допринео академик Леополд фон Ренке, професор историје Берлинског универзитета својим делом „Die serbisch Revolution“[38] – Срп-

[37] Стеван К. Павловић, *Историја Балкана 1804-1845,* друго издање, CLIO Београд 2004, стр. 185

[38] Дело је са изменама доживало још два издања у Немачкој и преведено на енглески и руски, а много касније и на српски језик.

ска револуција, објављеним 1829. године. Ова драгоцена књига вршила је плодотворан утицај на научну политичку мисао водећих људи политике и науке Европе свога времена.[39] Књига је читана не само од стране научника, политичара, дипломата и интелигенције, него и у дворским круговима широм Европе. Због тога и заузима почасно место у српској државној историји.

На својствен начин о Србији се изразио и немачки канцелар. Србија је, према речима Бизмарка, по величини незнатна земља, али кад јој се ближе приђе слична је склупчаном јежу који шири своје бодље на све стране.[40]

Други немачки великан који је свој интелектуални потенцијал посветио Србији био је Феликс Каниц.

Каниц у предговору свога дела „Србија" пише да је свако боравећи у овој земљи морао у јавном животу ове Краљевине запазити задивљујући полет, који је упадљив нарочито у војсци и просвети, у развоју науке, уметности, индустрије, пољопривреде и шумарства, као и у повећаној општој удобности живота".[41]

Каниц није био само велик историограф већ и искрен пријатељ Србије. Тиме је заједно са Ренкеовим делом „Српска револуција" Србија презентована Европи, а Европа се отворила према Србији.

„Каниц тако постаје, не само нека врста научног референта за проблеме старије српске историје, већ и интелектуални посредник-писац који упознаје Европу са новонасталом балканском државом и који својим делима и својом мишљу врши запажен утицај (на посредан или непосредан начин) и на европске дипломате и државнике, политичаре и привреднике, интелектуалце и научнике".[42]

Каниц је српском народу, а пре свега на европским стандардима организованој његовој кнежевини XIX века, одао признање и дао улогу бедема хришћанства који раздваја цивилизацију од неверства.

Слично становиште имао је и француски писац и политичар Ламартин који је путујући по Оријенту обишао у повратку 1835. године и Србију. У својим записима је истакао значај Србије за заустављање походног таласа турског варварства на Западу. (La Voyoge en Orient).

---

[39] Др Владимир Стојанчевић у предговору издања Српске револуције, Београд 1991. стр. 20.

[40] Леполд Ренке, *Србија, земља и становништво,* СКЗ Београд 1986. стр. 7

[41] Ibidem, стр. 8.

[42] Владимир Стојанчевић, Феликс Каниц и његово дело о Србији и српском народу, у поговору у књизи. Ibidem, стр. 601.

Немачки публициста Густав Раш (1820-1880) „један од најодушевљенијих пријатеља којег су Срби икад имали“[43] објавио је 1873. године две своје путописне књиге о Србији: Turken in Evrope (Турци у Европи) и Der Leychtturm des Ostens Serbien und die Serben (Светионик Истока. Србија и Срби). Друга књига је тек почетком XXI-ог века преведена на српски језик.[44] У њима аутор веома сликовито приказује настанак и развој српске државности и полетни развој српског друштва после „вишевековне владавине азијатских варвара“ (Рашова честа идентификација турске власти).

ЗАКЉУЧАК

Српска државност освојена је у дужем процесу ослободилачких ратова, стицања вазалног статуса и коначног добијања пуне независности.

Турска власт је, у том периоду, условљавала обим и садржину српске државности. У мери у којој је српска држава јачала, изграђивала сопствену организациону структуру, постепено је слабио турски утицај.

Утицај на развитак српске државности и друштвеног живота, имала су велике европске силе. Тај утицај увек је био детерминисан њиховим државним интересима.

Допринос српском ослобађању од турцизма дали су и поједини великани европске интелектуалне политичке, културне, књижевне и државничке елите. Њихове идеје, поступци и залагање постајали су саставни део српских стремљења.

Срби ван Србије, Срби пречани, војвођански Срби, дали су такође допринос формирању српске државности. Осећајући истинску припадност држави у настајању испољили су свој лични, материјални, културни и интелектуални патриотизам.

У афирмацији Србије, као заједнице европских држава, у великој мери допринеле су стране ауторитативне личности као што су Каниц, Раш, Ранке, Мицкјевич, Чарторински и др.

[43] Зоран Константиновић, *Deutsche Reisebeshreibungen über Serbien und Montenegro*, München 1960.

[44] Густав Раш, *Србија и* Срби, Orpheus, Нови Сад, 2001.

Aleksandar Djurdjev, Ph.D. ,
Full Professor
The Law Faculty of Novi Sad

Typical Examples of the European Influence on Establishment and Development of Sovereignty and Social Life in Serbia After the Turkish Rule

Abstract

The author of this paper elaborates some of the most prominent channels of influence through which the European culture, politics, science and other activities exerted their influence onto the appearance and development of Serbian sovereignty and social life.

The usual chronological reference was, however, avoided. Yet, the most typical examples of this influence were shown through the activities of different persons, organizations, institutions and through documents.

Apart from the Introduction, this work comprises two parts. The first part deals with the establishment of the national denotations during the fight for liberation and acquiring of the status of a vassal state. The second part deals only with issues supportive of the inauguration of the legal state (the activities of the defenders of the Constitution) establishment of the national program and personal contribution of both Serbs in Vojvodina and other renowned persons from Europe to the overall social life in Serbia.

342(497.11)

Др Павле Б. Јовановић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

УСТАВНОПРАВНИ РАЗВИТАК СРБИЈЕ У СВЕТЛОСТИ ЕВРОПСКОГ И РЕГИОНАЛНОГ ИСКУСТВА

***Сажетак**: Овај историјско/компаративни рад подељен је на четири дела. У првом делу аутор разматра општи однос конституције и демократије, истичући да иако устав није увек темељ демократије, демократије нема без устава. У модерним условима одржива је само конституционална демократија. Објашњење те везе начелно је једноставно: ова демократија и њене основне карактеристике у тесној су вези са модерним друштвеним, економским и политичким развитком. Прерастање конституционализма у конституционалну демократију историјски посматрано дуго траје и она је све до краја прошлог века на глобалном нивоу пре изузетак него правило. Аутор говори и о проблему дифузије конституционалне демократије, схваћене као скуп културних образаца.*

У другом делу аутор даје преглед двовековног уставног развитка Србије. Тај развитак он дели на (1) раздобље борбе за ослобођење и успостављање аутономне власти, (2), раздобље консолидације Србије као самосталне државе и коначно успостављање уставне демократије, (3) раздобље прве Југославије (Краљевине), (4) раздобље друге Југославије (авнојевске) и на крају, раздобље које је почело доношењем важећег Устава Републике Србије од 1990.

У трећем делу аутор анализира овај развитак са становишта европског и регионалног искуства и закључује да он у тој светлости делује

природно или очекивано. Овај развитак је ишао, као и у многим европским државама тог времена, у правцу развитка националне државе. И поред повремених застоја и узмицања одвијао се у правцу ограничавања апсолутистичке владавине. Његова нестабилност упућује на социјалне и културне основе ове владавине – која је никла у својеврсној националној и социјалној револуцији. У другој половини XIX века овај развитак је испреплетен са напорима изградње националне државе и остварења њеног (националног) програма. Србија се и хронолоски уклапа у први "дуги" талас демократизације, као и у наредни, реверзибилни (као део проширене Краљевине, СХС). Низ специфичности овога развитка објашњава регионални положај Србије – она припада слабије развијеном, периферном делу Европе. У културном смислу веже се за источно хришћанство (православље), али исто тако за својеврсну обнову на рушевинама Османског царства, у нарочитој динамици тзв. Источног питања.

У четвртом делу аутор анализира везу ове регионалне схеме и национализма који је Србију обузео у другој половини XIX века. У том времену национализам је био од користи у стварању јединствене нације и националне државе. Међутим, након Првог свјетског рата, он је отежао суочавање с новим типом проблема. Србија, или српска политичка елита, није била спремна за стрпљиво тражење неопходних равнотежа у новој заједници, за политику нагодби и компромиса, кад је већ одбацила и помисао на федерализацију, и безусловно стала иза монархије, ипак само српске. То се може лако пратити на уствном развитку нове државе, Краљевине СХС.

Упркос монизму комунистичке власти, проблеми хетерогености и равнотеже обележили су и авнојевску Југославију, све до њеног распада, почетком 90-их. Поново ће букнути пригушени национализми, што ће Србију одвести у сукобе у којима је поражена.

У некој врсти епилога аутор указује на различите одлике Устава Републике Србије од 1990, с којим поново започиње фактички самостални развитак ове земље.

Кључне речи: *Устав, уставни развитак, ограничавање апсолутистичке владавине, конституционална демократија, национална држава, национализам, демократизација.*

1.

У овом кратком историјско-компаративном тексту узећу да, прво, устав (конституција), гледано генерално, па и историјски, не мора бити схваћен као залога или темељ демократије, већ може бити просто стабилизујућа форма у којој се конституише одређена заједница, њене институције и организација. То потврђује и објашњава средњевековно порекло устава (конституције). Међутим, израз у наслову овог текста – «уставноправни развитак» конотира неку врсту еволуције или, још боље, сврховитог кретања, које је врло слично неком природном развику, као што је развитак младунца у одраслу, зрелу јединку. При томе је лако могуће да је ова еволуција, а нарочито она њена сврховитост, конструисана *у ретроспективи,* у складу са парадоксалном али умном поставком Е. Волерстина (Wallerstein), да нашу садашњост не одређује наша прошлост већ, управо обратно, наша се прошлост конструише, пројектује, или производи из наше садашњости[1]. Тако је и са уставним развитком. Ни он не може без митова, без својих хероја, твораца или «очева», које откривамо заиста накнадно, тј. у садашњости, као важне чуваре или заштитнике одговарајућег конституционализма.

Међутим, има ту један важан моменат, управо читава димензија, која релативизује идеолошко-политичко укорењивање «уставног развитка» у прошлости. Мада порекло конституционализма и конституционалне демократије изгледа несумњиво европско, западно, хришћанско[2], природно-правно[3] и персоналистичко[4] – и једно и друго је одавно релевантно далеко ван те културе или цивилизације. Наравно да је реч о дифузији, о сложеном и увек напетом преузимању културних образаца, о процесу који мора имати и фазе релативног неуспеха и великих тешкоћа и застоја, када се чини да може успети само у посебним или посебно заштићеним условима, попут «собне биљке».[5] Отпори овој дифузији у име традиције и

[1] I. Wallerstein, *Unthinking Social Science,* The Limits of Nineteenth-Century Paradigms, Cambridge 1991, p. 131 ff.

[2] M. Mann, *The Sources of Social Power,* Vol. II, *The Rise of Classes and Nation-States* 1760-1914, Cambridge-New York 1993: Европа је била идеолошка заједница већ миленијум /рачунајући до 1760/ (pp. 65-66); Европа је била на праву заснована заједница – чак ни апсолутистички владари нису волели да их виде како крше законе и обичаје (pp. 65-66)

[3] Cf. DŽ. Finis, *Природно право,* Подгорица 2005, glava V, VI, VII и X.

[4] K.j. Fridrih, *Конституционална демократија. Теорија и пракса у Европи и Америци.* Подгорица 2005, с. 27.

[5] Cf. G. di Palma, *To Craft Democracies. An Essay on Democratic Transition.* Berkeley-Los Angeles-Oxford, 1990, p. 14 ff.

групног идентитета, а против «покатоличавања», «вестернизације», европског колонијализма и империјализма» итд. историјски развитак осудио је на неуспех. Зато што је западна цивилизација са својом Модерном, својим индивидуализмом и рационализмом, својом нацијом-државом и капитализмом, па најзад и са својим конституционализмом и конституционалном демократијом генерирала моћ којој се од краја XV столећа било све теже супротставити. Зато што је то била надмоћ *у свим облицима моћи*[6], демонстрирана деловањем државе и њене администрације, војске, новца, науке и технике, индустрије[7]. Супротставити се било је могуће само прихватањем оних образаца, само њеним оружјем. То је био основни погон ове дифузије.

Наравно да је преношење образаца увек постепено и парцијално, као што увек подразумева посреднике и њихову интерпретацију. Оно увек потискује традицију, идентитете и социјалне позиције на њима засноване – те доноси сукобе, социјалне и политичке борбе. Миран и релативно уравнотежен суживот традиције и модерне могућ је тек по цену горких искустава.[8] У то спада и следеће, што је интуитивно лако разумети. Неки се обрасци лако и брзо преносе. Као све оно што је предметно, што је ствар технике, вештине или уметности у ширем смислу, што је миметичко постигнуће појединца или неке уже скупине. Али, оно што је социјално-инситуционално много је теже пресадити, јер у питању је целина – друштва, амбијента, а то подразумева неку готово религијску конверзију, промену начина и хоризонта живота – која може изазвати крајњи отпор. На крају, актери дифузије често се ту и заустављају. И то је оно што осујећује, или бар успорава историјско ширење конституционализма и конституционалне демократије, њихово функционисање као комплексног, уравнотеженог, али и динамичног сплета политичких и социјалних институција.

Узећу, дакле, да устав (конституција) не мора бити залога или темељ демократије, али да, у функционалном смислу, нема демократије без устава, да је у модерним условима одржива само уставна демократија. Овде треба додати још нешто. Како су након Другог светског рата и пораза фашизма разни облици модерне аутократије (значи, не и традиционалне)

[6] Mann, *op. cit.*, pp. 6-10.

[7] Сетимо се изворног значења термина *industre* (fr.) према коме у руском *промишљеност.*

[8] G. Ohsawa, оснивач савремене макробиотике, сведочи о томе да је у Јапану подучавање традиционалној медицини било кривичноправно гоњено од почетка XX. века – *Cancer and the Philosophy of the Far East,* Oroville CA, 1971.

углавном изгубили легитимност, постало је готово ствар пристојности позивати се на демократију – истина, често на «демократију с адјективом», попут «народне» демократије. У сваком случају, то је подразумевало устав. Мада су многи од устава донетих у поменутом раздобљу били само фасада аутократске или олигархијске владавине, а демократија «извођена» према њима мање или више режирана представа, сама потреба да се гради оваква фасада и режира онаква представа потврђује, у једном ширем историјском смислу, везу устава и демократије.

Објашњење те везе начелно је једноставно. Модерна демократија се развија у тесној вези са модерним друштвеним, привредним и политичким развитком. У том развитку налази се објашњење захтева за ограничавањем власти и њених носилаца, што се најсигурније постиже њеном деобом, те за извесном регуларизацијом њеног деловања, дакле деловања у складу с правом, које више не може бити схваћено као сакросанктни део традиције, већ је схваћено као дело људи и њиховог споразума. На тај начин најбоље могу бити заштићена слобода и основна права појединаца. Није у овоме тешко распознати битне елементе устава који историјски (али и концептуално) претходе демократији.

Треба, наиме, имати у виду да се ови елементи постепено развијају и потврђују у сукобима и борбама скупина у арени једног «друштва» коме одговара једна «држава», и сама настала на сличан начин. Различити услови и околности тла на коме се одвијају ове борбе доносе различите исходе. Уједно, свака погодба (компромис) одговарајућих група је «за времена» – није вечита. Ствар је у томе што се ово друштво стално и брзо мења. У њему нема мира нити зајамчене моћи, а једнако је променљив његов положај у односу на друга друштва/државе. Устав изражава респективну погодбу, стање равнотеже, а уједно заснива процедурални оквир даљих промена. Често то није довољно па се мора мењати сам устав. У ствари, у већини земаља које су кренуле овим путем донето је више устава, а ређе су оне, можда срећније, које су промене могле изводити под једним истим уставом – променом закона.

У овом контексту захтев за демократијом настаје онда када устав делује као погодба повлашћених скупина за владавину ограничену и регуларизовану у њиховом интересу, која, значи, осим у једном општем и недиференцираном смислу – игнорише интересе неповлашћених, доњих и можда средњих слојева. Масовност потоњих објашњава захтев за «владавину народа». Одговарајући притисак односно сукоб може довести до ре-

волуције, до укидања устава или рушења поретка који га не познаје. Исход је, потом, успостављање неке врсте радикалне демократије, у којој је «сва власт у рукама народа», или повратак у аутократију. То је, углавном, један те исти исход. Искуство показује да радикална демократија готово без изузетка води у аутократију. «Власт у рукама народа» не трпи ограничења нити регуле. Она је произвољна и неограничена, и без обзира на то да ли је опија неки хилијазам или не, увек је кратког века. Замењују је, ради њене «одбране», аутократе из њених редова, или – ради одбране од ње, контрареволуционари.

Иза свега ипак остаје један захтев који и доводи до претходних сукоба, а на који се мора одговорити. То је захтев за једнакошћу[9], за равноправношћу у слободи, против кога се модерна политичка заједница на дужи рок не може одржати.Овоме може одговорити само уставна представничка демократија с општим правом гласа. Реч је о својеврсном историјском компромису. Ширење бирачког права којим се укидају цензуси који фаворизују поседничке и образоване скупине – цензус имања односно порески цензус, цензус сталне настањености, цензус писмености, расне и полне припадности итд. – води једнаком бирачком праву за све чланове заједнице, учешћу свих у избору представника у телу коме одговара извршна власт. Функционисање овог тела одређено је управо уставом и, по тенденцији, судском контролом уставности. Само на тој основи могућ је компромис: поседничке скупине пристаће на ово уједначавање само под условом формалних и стварних јемстава њихова власништва, односно њихова друштвеног положаја. Тако устав постаје извор једнакости и заштита неједнакости.

До тога долази постепено, током дуге еволуције. Најстарије конституционалне владавине, енглеска и америчка, успостављене су у седамнаестом односно крајем осамнаестог столећа, а као демократије у поменутом смислу тек у првој половини двадесетог, последња *stricto sensu* тек шездесетих година тога века.

Тако су одређене границе. У одсуству стабилне владавине под уставом, и одговарајућег утицаја поседничких скупина, овај компромис може постати недостижан или пропасти те ова демократија онемогућена у корист различитих изопачености демагошке и популистичке владавине, или

[9] J. Елстер каже: кад је људски род јео са дрвета *једнакости* – демократија је неизбежна. J. Elster, *Consequences of Constitutional Choice: Reflection on Tocqueville u* J. Elster – R. Slagstad (eds), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge – New York and Oslo, 1993, p. 96. Cf. такође F. Fukuyama, *The March of Equality,* Journal of Democracy, Vol. 13, No. 1 (Jannuary 2002), pp. 11-18.

управо радикалне демократије односно аутократије са олигархијском основом. Велика већина земаља савременог света упознала је овакве невоље. Међу њима је и Србија. У ствари тек је под крај прошлог столећа дошло до преваге и стабилизовања уставне демократије односно владавине широм планете.

2.

Уставни развитак модерне Србије можемо пратити готово два века.

Прво раздобље тог развитка обележавају борбе за ослобођење од отоманске владавине и успостављање аутономне власти. Мислим да нећу, бар не много, погрешити ако ово раздобље сместим између 1804. и 1838. односно 1842. године. У том раздобљу донето је више аката уставног карактера. Неке од њих донеле су самостално устаничке власти на челу са Карађорђем. То су акти из 1808. и 1811, који су уредили централне органе власти, судове, војску и полицију те локалне органе. Други су донети за кнежевину Србију, која је, на основу султанових хатишерифа од 1830. и 1833. стекла аутономију (па се тако може узети да су и ови акти имали елементе уставнопрвног карактера), као провинција у саставу Османског царства. То су већ устави, из 1835 («Сретењски») и 1838 («Турски»). Онај први, последица више побуна против кнежеве неограничене власти и њених пословичних испада, био је за оне прилике веома «либералан»: поред тога што је кнез сву своју власт морао да дели са једним врло ауторитативним Државним совјетом, устав је увео Народну скупштину без чије сагласности није могао бити уведен ниједан порез те која је могла подносити кнезу и совјету петиције за доношење закона. Сретењски устав је, први пут на овом тлу, објавио и један елементарни каталог грађанских права («Општенародна права Србина»). Устав, чији су творци били очито надахнути напредним идејама Запада, није био дуга века. Користећи незадовољство Турске, Русије, па и Аустрије због начина његова доношења и због његова садржаја, кнез га је већ у марту 1835. суспендовао. Ипак, он није успео да на дуже време спречи ограничавање своје власти. Под притиском унутрашњих неприлика, али не мање и под притиском односно услед мешања спољних сила, донет је 1838. године нови, такозвани Турски устав, назван тако зато што је донет у виду султановог акта, хатишерифа. Овај устав је за локалне услове трајао релативно дуго, формално све до 1869, а фактички бар до 1861/62, када је битно измењен неколиким законима уставног карактера. Турским уставом кнежева власт је у односу на

Сретењски устав још више ограничена, – у корист Савета, олигархијског тела од седамнаест чланова. Без претходне сагласности Савета кнез није могао донети никакву уредбу или закон, чак «никакав налог». Штавише, у рукама овог тела била је и сама иницијатива – оно је састављало пројекте закона, претресало их и прихватало, те подносило кнезу на потврду.

Према једној компетентној оцени: «На одредбама тог тзв. Турског устава изградио се такав друштвено-економски, државно-правни и културни поредак и живот у Србији који је значио почетак развитка једне... модерно уређене, европске државе...»[10] Није ствар само у томе што је било уређено правосуђе, што је чиновништво добило посебну заштиту, што је забрањен кулук, и укинути сви облици феудалних односа, већ и у томе што су се до тог времена у Србији искристалисале друштвене снаге/скупине са посебним интересима у чијим су се односима и сукобима – свакако уз суделовање спољних сила и утицаја – заметнули процеси ограничавања апсолутистичке власти, претварања аутократије у олигархију «уставобранитеља». Поред скупине олигарха чија трвења са кнезом вуку корене од самих почетака «српске револуције» – мада су од најкрупнијих, обично обласних, војних старешина у међувремену постали крупни имућници и трговци – јасније се издвојило слободно сељаштво као масовна основа владавине, и посебно важно чиновништво, као њен политички ослонац, и почетна «посада» државног апарата у развитку. Тако су се на сцени појавиле главне dramatis personae, основни елементи будуће динамике. Томе треба додати једно крајње важно искуство. Кнез, који није «хтео ни могао»[11] да влада под оваквим условима убрзо је абдицирао у корист свог наследника, но се ни тај није дуго задржао на власти. Године 1842. на власт је доведен син вожда Карађорђа. Уз новог, нејаког, кнеза успостављена је влада «уставобранитеља». То је било, после ограничавања (кнежеве) власти, искуство својеврсне промене власти, односно њених носилаца. Тиме је, међутим, успостављена или потврђена друга српска династија, тако да ће убудуће раније поменута динамика бити испреплетена и са династичким ривалитетом, те следственом нестабилношћу монархије. Но је главна последица превирања од 1835. до 1842. било то што се Србија отргла и све више удаљавала од поретка оријенталне деспотије, на који је у многоме подсећала прва владавина кнеза Милоша Обреновића. Већ тиме је она постепено излазила ван орбите Отоманског царства, мада номинално још његова провинција. То на свој начин потврђује и појава либе-

[10] Д. Јанковић и М. Мирковић, *Државноправна историја Југославије,* Београд 1987, с. 119.

[11] Ibid., с. 122.

ралне опозиције, састављене од младих интелектуалаца школованих преко границе.

Следеће раздобље овог развитка везано је за консолидацију Србије као самосталне државе, што укључујује и формално признање њене независности, те за њену убрзану европеизацију. Мислим да би се ово раздобље могло сместити између 1858-1862. и 1903. године. Њега очито омеђују Светоандрејска скупштина и закони уставног карактера 1861-1862, на једној, те Мајски преврат и доношење устава од 1903 – на другој страни.

Пошто је Светоандрејска скупштина поново променила владајућу династију вративши на власт Обреновиће, и пошто није прошао пројекат младих либерала, чланова те ad hoc скупштине, о успостављању скупштине коју би бирао народ, моделиране према искуствима уставних односно парламентарних владавина – на даљи уставни развитак највећи утицај имао је кнез Михаило. Он га је усмерио претежно у апсолутистичком смеру, с тим што тај апсолутизам није више био оријенталног него европског усмерења. Због претензија Порте да, као 1838, она донесе нови устав за Србију, прибегло се изменама путем закона. Тако је 1861. промењен однос кнеза и некад моћног Савета. Овлашћења Савета су значајно умањена – сад је кнез имао задњу реч, поред тога што су саветници изгубили моћ коју им је давала њихова непокретност – кнез је могао свакога од њих увек послати у пензију. На тај начин је у рукама кнеза створено послушно бирократско тело. На исти начин су и министри постали непосредно кнежеви органи – одговарали су за свој рад само кнезу који их је постављао и смењивао по свом нахођењу. Чиновништво, ослонац уставобранитељске владе, изгубило је део својих повластица, нарочито своју сталност – нови закони су предвидели могућност пензионисања, па чак и отпуштања чиновника, промениви у основи њихов положај. Кнез је донео 1861. и закон о Народној скупштини, први такав у дотадашњој историји Србије. Тзв. Турски устав није предвиђао овакву установу, а повремене скупштине, као и сама Светоандрејска, одржаване су у складу са обичајним правом. У том светлу овај закон представља напредак, мада је по њему Народна скупштина била у основи саветодавно тело, с тим што је постојала обавеза да у неким случајевима буде обавезно саслушана.

Ови закони, уз још неке, продужили су век тзв. Турском уставу, који је био и даље формално на снази, све до устава из 1869. Донет у сложеној политичкој ситуацији за време првог намесништва које је успостављено

после убиства кнеза Михаила, устав из 1869. познат као «Намеснички», први је који је Србија самостално донела, не обазирући се на права Турске, под чијом је врховном влашћу још била. Тај устав је увео значајне реформе и без обзира на то што су оне биле врло опрезне, и мотивисане пре свега очувањем поретка, династичких и осталих владајућих интереса – постављена је основа важних промена. Главна међу њима била је успостављање Народне скупштине, биране сваке четврте године, као законодавног тела. Њен успон значио је истовремено одлазак Државног савета из законодавства. Ово некад моћно тело постаје саветодавни и арбитражни орган, а његове чланове поставља и отпушта кнез као друге чиновнике. Мада је у скупштини, поред изабраних, седела и четвртина посланика које је именовао кнез, а они који су изабрани – изабрани су на основу бирачког права с високим пореским цензусом, мада, надаље, министри нису одговарали тој скупштини већ само кнезу (док их је скупштина могла једино оптужити посебном суду за неке уставом предвиђене случајеве), и мада је њено учешће у законодавству заправо било ограничено, и таква Народна скупштина била је од великог утицаја у политичком животу Србије. Као и другде, она је нагло повећала број учесника у политичком процесу, олакшала појаву јавности и политичких партија. Сасвим у складу с тим, устав прокламује основна права и слободе грађана, али увек уз законску «резерву», док је нека пропустио да зајамчи, као слободу збора и удруживања. Следеће, 1870. године, донето је неколико органских закона, који су допуњавали или тумачили устав у претежно конзервативном духу, какав је био нпр. и закон о штампи.

Наредни устав, из 1888. године, означава најдаљи корак на путу превладавања апсолутизма и успостављања уставне, парламентарне демократије. Дошао је након двадесетак година бурног политичког, социјалног и економског развитка, стицања независности, успостављања краљевине, појаве једне моћне популистичке партије, с њом у вези једне велике сељачке буне, као и након изгубљеног рата са једним суседом. Његов иницијатор, као и председник и арбитар у уставотворном одбору био је сам краљ који је, у намери да абдицира, хтео да осигура свог наследника. Овај устав је Србији први пут донео парламентарну владу. Скупштина је добила право законодавне иницијативе, као и буџетско право. Једнодома, бирана је према тада у Европи новом пропорционалном систему, и даље уз имовински бирачки цензус, мада нешто снижен. Но је листа права и слобода грађана у односу на претходни проширена, односно ослобођена ограничења и «резерви». Устав садржи значајне, али непотпуне, одредбе о локалној самоуправи, као и оне које унапређују судство, његову самосталност и регуларност.

Ипак, овај устав, иако велико постигнуће, није био основа стабилног развоја и напретка. Напротив, њему је уследио најнапетији део српске уставноправне историје. Обележавају га државни удари краља Александра. То је време оштрих политичких сукоба, борбе обреновићевског апсолутизма са радикалима, друштвеног раслојавања те појаве нових политичких сила, као што је била стајаћа војска односно официрски корпус. Управо уз помоћ војске извео је краљ 1893. свој први удар, којим је збацио намесништво, променио владу и прогласио се пунолетним. Другим ударом који је извео 1894. обуставио је устав од 1888. и вратио на снагу претходни, Намеснички устав. То стање потрајало је до 1901. када је, под спољним притисцима и притиском радикала октроисао тзв. Априлски устав. Према мишљењу историчара овај устав представља неку врсту мешавине одредаба два претходна устава. Главна промена било је увођење бикамералног система. Други дом, Сенат, смишљен је као олигархијско тело састављено од три члана по положају (престолонаследника, кад је пунолетан, и два епископа), тридесет доживотних чланова које именује краљ, и осамнаест које бира, због повећаног изборног цензуса, само око двадесет хиљада грађана. Сенат је у законодавству равноправан са Скупштином. Ову реформу чија је намера била јасна, а на којој је краљ инсистирао, прихватили су практично сви прваци три главне странке. Поврх свега, овај устав не помиње политичку одговорност министара пред Скупштином, чиме је формално укинута парламентарна влада. И у неким другим одредбама, као што су оне о слободама и правима, или о изборном цензусу, октроисани устав од 1901. сличнији је Намесничком него уставу од 1888. Пре него што је, заједно с краљицом, постао у тзв. Мајском превратy жртва официрске завере краљ Александар је успео да изведе крајем марта 1903. још један удар: суспензијом устава на око сат времена истовремено је сменио све чланове сената, распустио скупштину те укинуо низ закона.

Новом уставу, од 1903, претходила је, дакле, промена династије. Обреновиће су сада заменили Карађорђевићи. Промену је прогласила војска, потом је она прихваћена од скупштине и сената. Уз неке отпоре и колебања убрзо је усвојен нови устав. То је, у ствари, био устав од 1888, с мањим изменама које су, од реда, јачале положај скупштине, министарску па и чиновничку одговорност, те додатно ограничавале краљеву власт. Донекле је смањен изборни цензус. Потом су оснажени сви закони који су донети после устава од 1888, ради његова спровођења, а које је краљ био укинуо, заједно са уставом 1894. Епилог ових бурних догађаја појављује се као својеврстан историјски успех. Србија је након 1903. могла бити представљена као парламентарна монархија.

Наредно раздобље развитка који пратимо, само условно може бити схваћено као раздобље српског уставноправног развитка. Након Првог светског рата Србија је ушла у састав нове државе, **Краљевине СХС**, у чију корист је изгубила свој државно-правни субјективитет. Међутим, не само што се за њен историјски и политички субјективитет то не може рећи, не само што је Србија била далеко највећа међу покрајинама нове државе, него је заправо доминирала током уједињења, па и потом. Уосталом, она је у ову интеграцију једина ушла као организована држава која располаже војском и полицијом. Само је она могла решавати невоље почетне нестабилности и разграничења са суседима. Уз то, она је у савезу победничких сила уживала ауторитет стечен на бојном пољу, док су остале покрајине били делови поражене империје која се распала (осим Црне Горе коју је Србија присајединила). Најзад, њен владар постао је владар нове државе, његова и њена престоница – престоница нове државе. Видовдански устав (1921) потврдио је ову констелацију, уједно и главни проблем нове државе. Централистичко, унитарно уређење, са владом која је одговарала и монарху и парламенту, а практично само првом[12], са територијалном поделом и локалном (само)управом која је игнорисала историјске покрајине са очитом намером њихове дезинтеграције и претапања није решило него само заоштрило сукобе различитих националних скупина односно покрајина. Није помогло што се на тој основи развио сложени партијски систем, напротив, па ни то што је Видовдански устав био сразмерно модеран уставни акт, који је садржао и социјално-економске одредбе по угледу на Вајмарски устав. После ескалације сукоба и потпуног раздора између српских и хрватских странака, краљ је почетком 1929. укинуо устав – после само шест и по година његовог важења – и преузео сву власт, прогласивши да између њега и народа «не може и не сме бити» посредника. Уследили су закони који су, поред осталог, променили име земље у Краљевина Југославија и њено подручје поделили на девет бановина према географским а не историјско-националним мерилима те забранили политичко организовање према верском или националном обележју, што је значило укидање свих дотадашњих партија и јавног политичког живота. На чело владе краљ је поставио заповедника своје гарде.

Под унутрашњим и спољним притисцима ова диктатура претворена је у режим ограничене уставности уставом који је краљ октроисао 1931. Тако је краљевина постала уставна, али не и парламентарна. Законодавну власт вршили су краљ и народно представништво заједно, при чему је ово друго постало дводомо: уведен је сенат, чију је половину чланова бирао

[12] Д. Јанковић и М. Мирковић, *op. cit.*, с. 377

народ, а другу именовао краљ. Сенат је био равноправан скупштини у законодавству; у случају њихове несагласности, сматрало се да је предлог одбачен, ако се у наредном сазиву то понови, одлуку је доносио краљ. Његови широки прерогативи обухватали су и могућност увођења ванредних мера на делу територије, или на њеној целини – мимо уставних и законских прописа.

Након убиства краља Александра дошло је до извесне либерализације па је и опозиција почела да се организује, у складу са уставним ограничењима партијског деловања, на нивоу читаве земље. Компромис између српских и хрватских странака постигнут је тако што су прве прихватиле да Хрвати буду равноправни државноправни чинилац, а друге су, за узврат, прихватиле јединство Југославије на челу са постојећом, српском династијом. Опадање изборне подршке јединственој режимској странци, претње од сепаратизма као и опасан спољнополитички развој, коначно су приморали владајуће кругове, пре свих намесника кнеза Павла, на промену политике. Тако је, након преговора нове владе и хрватских политичких првака, дошло до споразума о образовању заједничке владе, као и Бановине Хрватске. Нова бановина не само што је обухватила две дотадашње, и још седам срезова, већ је њена територија била етнички, односно национално одређена. У складу с тим, она је своју широку аутономију остваривала посредством традционалних хрватских органа. Законодавну власт вршили су у њој краљ и сабор, управну краљ преко бана.

Тако је почело решавање «хрватског» питања, као најакутнијег, због величине и борбености те заједнице. Свакако да је у хетерогеној краљевини било још таквих питања, као што је, на крају, морало бити постављено и српско питање. Заокрет у правцу снажне децентрализације значио је напуштање унитаризма, а посебно «интегралног југословенства».

Овако важна промена у држави уведена је уредбом намесништва, које је донело и другу по којој се прописи о Бановини Хрватској могу новим краљевим уредбама применити и на остале бановине. Но, после само двадесет месеци рат је прекинуо ову еволуцију.

Тешко је рећи куда би она, да није било рата, одвела, зато што није само решавала него и отварала проблеме. Јасно је, међутим, да је Југославија обновљена под комунистичком влашћу, **авнојска Југославија**, следила извесне већ присутне тенденције. Земља је федерализована, Србија је добила статус једне од шест федералних јединица оставши без «своје» монархије, која је на референдуму замењена републиканским уређењем.

Може се поставити питање да ли се уставни развитак комунистичке Југославије, и Србије у њој, може описати и пратити на уобичајени начин. С једне стране изгледа да је то могуће[13], тим пре што је у питању врло динамичан развитак. Устав ФНРЈ од 1946, уставни закони из 1953, устав СФРЈ од 1963, устав СФРЈ од 1974. и претходни уставни амандмани систематски су уставни акти који допуштају одговарајућу анализу. С друге стране, они су увелико функционисали као фасада једнопартијске владавине, власти која не трпи ограничења, најмање уставна. Ако је у овом случају власт ово својство изражавала и својеврсним уставним конструкционизмом, био је то израз претензије да се «гради» особен социјалистички «систем». Али не само то. У овом развитку можемо установити још један барем исто толико важан мотив: постепену промену положаја федералних јединица. Од веома централизоване федерације стигло се, на крају, до неке врсте конфедерације, чије су конститутивне јединице биле одређене као државе с правом потпуног осамостаљивања. Такво кретање није омела ни околност што је владавина комунистичке партије по својој природи централизујућа. У ствари, центрифугалне тенденције биле су толико јаке да су водиле (кон)федерализовању и саме комунистичке партије (Савеза комуниста). Тако је ова федерација испунила мисију тзв. «делеће» федерације. Истовремено су ови уставни акти, бар од првих амандмана на устав од 1963, деловали као неки механизам регулисања и ограничавања власти у односима између ових све самосталнијих ентитета и њихове све слабије федерације, па се и у том смислу могу анализирати.

Међутим, овде нас занима пре свега Србија и њен положај. Низ околности утицао је на то да Србија, стожер и хегемон прве југословенске државе, у другој постане политички слаба, чак инфериорна. Тако су на њеној територији биле образоване две велике аутономне јединице. У поменутој еволуцији ове федерације оне су коначно добиле статус њених конститутивних елемената, мада им није приписана државност нити право иступања. То је створило необичну, асиметричну ситуацију. Ове покрајине су имале своје органе власти, аутономне у односу на републику (Србију), биле су заступљене у републичким органима власти, што значи да су учествовале

[13] Треба имати у виду и оно, што истиче К. Полануи: "У неким земљама /током двадесетих и тридесетих година двадесетог века/ учињен је велики напредак на плану националне слободе и земљишних реформи – што су достигнућа заједничка за Западну Европу од 1789. У овом погледу Русија не чини изузетак. Тенденција времена била је једноставно успостављање или обнављање система који се обично повезује са идеалима енглеске, америчке и француске револуције. Не само Хинденбург и Вилсон, него такође и Лењин и Троцки били су, у овом широком смислу, у складу са западном традицијом." (*The Great Transformation*, Boston 1964, p. 23).

у доношењу одлука на том нивоу, као што су биле, с нешто мањим бројем представника, непосредно заступљене у федералним органима, што је федерацију учинило осмочланом, на очиту штету Србије. Функционисање политичких процеса на овој основи, само по себи сложено и тешко, довело је у Србији до пораста незадовољства због осећаја угрожене целовитости, неравноправности, историјске неправде. Најзад је 1987. избила својеврсна побуна, у којој је постављено питање ових покрајина, затим и саме федерације. Букнуо је национализам и притајени ресантимани, наравно не само у Србији. Ову еволуцију снажно је искомпликовао распад Источног блока. Југославија, која се налазила између Истока и Запада, изгубила је основну претпоставку своје равнотеже. Није више била заштићена, није више била витални интерес ниједне велике силе, а у њеном окриљу биле су се већ развиле «нације-државе» које више нису биле спремне да трпе ограничења својих стварних или тобожњих интереса.

У таквим околностима донет је у Србији нови устав, 1990. У њему је потврђена промена положаја две покрајине, озакоњена претходно уставним амандманима. Оне су сведене на подношљиви облик територијалне аутономије са суженим овлашћењима и под контролом централне власти. Важније је било то што је овај устав донет као устав фактички самосталне државе која *уређује и обезбеђује* «суверености, независност и територијалну целокупност Републике Србије и њен међународни положај и односе с другим државама и међународним организацијама» (члан 72 став 1), чији председник «руководи оружаним снагама у миру и рату...» (члан 83, став 5). При свему томе се у претпоследњем члану устава наводи да је Република у саставу СФРЈ, те да ће се права и дужности која има према овом уставу, а који се према савезном уставу остварују у федерацији, остваривати у складу с тим уставом (135/1). У наредном ставу се, међутим, утврђује начело по коме – кад се актима органа федерације или друге републике (противно правима и дужностима које она има по уставу СФРЈ) нарушава равноправност Републике Србије или на други начин угрожавају њени интереси, а да није обезбеђена компензација, републички органи доносе акте ради заштите интереса Републике Србије (135/2). Док су њени ривали, Словенија и Хрватска одлучно кренули путем напуштања федерације, Србија је, показују то ове противречне одредбе остала на пола пута. То се, наравно, не може приписати незнању уставотвораца, него политичкој потреби да се у часу распада СФРЈ, држе отворенима обе главне опције. Овоме ћу се још вратити на крају текста.

3.

Претходни одељак текста представља само резиме уставноправног развитка Србије. Његова дужина последица је дугог и бурног развитка.

Ако бисмо да га просуђујемо «у светлости европског и регионалног развитка» можемо слободно устврдити да је по типу и облику, и времену, то свакако *европски* развитак, бар до 1941. Ни развитак под једнопартијском, комунистичком влашћу, не може у крајњој линији бити схваћен друкчије, али природа те власти тражи устав као фасаду, не прихватајући уставна ограничења. Србија је била окружена политичким ентитетима, у Југославији и ван ње, који су подлегли сличној власти, за коју ако се не може рећи да је била увек ендогена – тад се још може рећи да је била део једног претежно *европског* развитка.[14] Али, оставимо тај период сада по страни.

Када говорим о европском искуству и тврдим да ту спада и српски уставноправни развитак, имам у виду следеће:

- Овај развитак је доиста ишао у правцу развитка националне државе (државе-нације), једнако као и у многим европским државама тога времена, без обзира на то да ли се то време (претежно XIX. век) схвата као време у коме су се градиле све државе-нације, или само оне које су закасниле.[15]

[14] У својој аутобиографији италијански филозоф Н. Боббио каже: "Мада никад нисам био комуниста, нити икада помишљао да то постанем, ипак сам свестан тога да је комунизам био агент великих преображаја, једне праве револуције у класичном смислу речи (N. Bobbio, *Autobiografia,* Roma-Bari 1997, p. 104). На другом месту бележи: "Узмимо да је демократија савладала изазов историјског комунизма. Али, с каквим се средствима и с каквим идеалима располаже у суочавању са истим проблемима из којих је био рођен комунистички изазов?" (Ibid., p. 207).

[15] Појам "закаснелих нација" ("verspätete nationen") који је 1932. лансирао H. Plessner, скупа с једном конотацијом самосажаљења (као да други, који "нису каснили", нису имали невоља) у новије време је одбачен. Тако W.J. Mommsen истиче да иако су неке државе – Шпанија, Француска и донекле Енглеска – већ у XVI. веку образоване према националним или пре етничким и културним линијама, национална држава (нација-држава) је ипак творевина XIX. века, после ancien régimea, са уставном владом и неком партиципацијом грађана (бар образоване буржоазије). Овде је можда важније нешто друго. Либерална идеја нације-државе, чији је најпознатији представник Мацини, губи своју еманципаторску снагу крајем XIX. и почетком XX. века. Идеал нације-државе све више постаје антилибералан – агресиван, ратоборан, ауторитаран, империјалистички. А у Источном делу Средње Европе идеја нације-државе била је једва нешто више од концепта којим су манипулисале доминантне етничке и културне групе, често малобројне, како би ојачале своју хегемонску позицију у политичкој заједници (пример "мађаризације" у Угарској само је један од број-

- Овај развитак се, и поред повремених застоја и узмицања, стварно одвијао у правцу ограничавања апсолутистичке власти. Образац ограничавања власти уставом, у оном времену веома раширен, свакако је преузет. Од борбе врховног Вожда и крупних војних старешина, коју можемо схватити као борбу између аутократије и олигархије, а та се борба на неки начин поновила под кнезом Милошем, стигла је Србија до олигархијске и бирократске владе «уставобранитеља» (карактеристичан је назив), мада је већ Сретењски устав (1835) познавао установу Народне скупшине. Ову владу заменила је обнова апсолутизма, али просвећеног, европског, под Михаилом Обреновићем. Упркос хировима Милановим, и његовим неуспесима, те државним ударима његова наследника, не треба сметнути с ума да се за владавине последња два Обреновића Србија сасвим примакла идеалу парламентарне монархије, као ни то да је главни аутор њеног у том смислу најнапреднијег устава, оног од 1888, управо краљ Милан. Али, она је стигла до парламентарне монархије тек одласком династије Обреновића.
- Изузетна нестабилност овог развитка, која се огледа поред осталог и у чињеници да су све српске вође/владари (са релативним изузетком два Обреновића, Милоша и Милана) били збачени или убијени – што се, наравно, може релативизовати сличним искуствима у старијој прошлости појединих, напреднијих делова Европе – упућује на социјалне и културне основе ове владавине. Српски устанци и рат за ослобођење имају црте социјалне револуције. Ослобођење од турске владавине значило је уједно и укидање феудалних односа. Према маси слободног сељаштва диференцирају се (војне) старешине и трговци. Ипак, ова «политичка елита» задуго је тек фактички притежалац власти, у чијем вршењу у великој мери следи оријенталне обрасце. Тек од владе уставобранитеља и појаве једног бирократског слоја, а поготову од друге владе кнеза Михаила, «политичка елита» добија више европска обележја, а владавина ширу и сложенију основу. Шири се европска култура, на шта утиче пре свега интензитет комплексних веза са суседном Аустријом. Исто тако, Србија је због свог положаја и национално-ослободилачких претензија, у оквиру тзв. Источног питања, ствар посебног интереса великих сила.

них ове врсте). (W.J. Mommsen, *The Varieties of the Nation State in Modern History: Liberal, Imperialist, Fascist and Contemporary Notions of Nation and Nationality* u M. Mann (ed.), *The Rise and Decline of the Nation State,* Oxford – Cambridge/Mass., 1990, pp. 211-216.)

Ипак, по два основа Србија дели судбину са другим земљама Источне и Јужне Европе. Једно је преокупација заосталошћу као основна црта (политичке) културе. Друго је владавина која почива на савезу слабе буржоазије и конзервативних елемената.[16]

- Уколико је нација-држава европски производ, и то, како је добро речено, њен најуспешнији извозни производ[17], не може је бити без извесног облика национализма, бар не у XIX веку односно, генерално, после француске револуције, чија су деца све такве државе.[18] Од друге половине XIX. века, тачно од *Начертанија* И. Гарашанина национални програм заклања сва остала политичка и друштвена питања. То објашњава непомичност оне широке коалиције (слаба буржоазија+конзервативни елементи), одсуство левице те неке специфичне појаве («радикализам»), као и ону опседнутост заосталошћу односно проблемом (не)моћи националне државе.
- Упркос одавде стандардном дискурсу о националној изузетности, Србија се, бар у хронолошком смислу, сасвим уклапа у глобалне «таласе» демократизације. Први, «дуги» талас демократизације према Хантингтону траје од 1828. до 1926. Но, Србија (односно Југославија) се уклапа и у први реверзибилни талас. Осека демократије, по истом аутору, траје од 1922. до 1942.[19]

Сви ови моменти представљају прилично широку индикацију везе која нас занима. Они се без особитих тешкоћа могу диференцирати и анализирати, као што им се могу придружити још неки, сличне природе. Али, на овом месту то није нужно. Српски уставноправни развитак зауста делује *природно* или *очекивано* у светлости европског искуства. Још више ако се имају у виду она померања које, у односу на општу матрицу, доноси регионално искуство.

---

[16] S. Giner, *Political Economy, Legitimation, and the State in Southern Europe* u G. O'Donnell, Ph.C. Schmitter, L. Whitehead (eds.), *Transitions from Authoritarian Rule. (1) Southern Europe*. Baltimore-London 1991, p. 15.

[17] Cf. Ch. Tilly, *Coertion, Capital, and European States, AD 990-1992,* Cambridge/Mass.-Oxford 1992, pp. 3 –16.

[18] Cf. L. Whitehead, *International Aspects of Democratization* u G. O'Donnell, Ph.C. Schmitter, L. Whitehead (eds), *Transitions from Authoritarian Rule. (3) Comparative Perspective. Baltmore-London 1988, p.4*

[19] Cf. S.P. Huntington, *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, Norman and London 1991, pp. 14-27.

- Србија је «кућа на сред друма», а самим тим на граници између хомогенијих региона.У њој се сусрећу и мешају различити политички и културни утицаји, сукобљавају различити интереси. Ипак, она је Јужна а не Северна Европа, Источна а не Западна те, уколико постоји јединствени образац друштвеног и економског развоја Неразвијена а не Развијена Европа.
- Све земље са овим обележјима, од Португалије до Бугарске или Румуније карактерише у XIX веку претежно олигархијска владавина. Поменута коалиција слабе буржоазије и конзервативних елемената има до 1914. један културно-историјски узор. То је Велика Британија. Прилагођавање модела либералне демократије заосталој околини доноси, међутим, један монархијско-либерални поредак који оличавају, на пример, Венизелос у Грчкој или Ђолити у Италији. Истовремено се издваја један «радикализам» попут Мацинијевог. У политичком функционисању ових земаља постоји нарочити утопијски елеменат, којим се изражава и сам «циљ» државе.[20] То је национално увећање или национална величина и то је основ матрица легитимности које изолују левицу. После Првог светског рата, у времену нестабилности, несигурну класну доминацију (углавном компрадорске) буржоазије подупиру профашистички или фашистички покрети. У ширем смислу може се говорити о комбинацији реакционарних коалиција и популистичког национализма у масама. Оваквој владавини ослонац чини државно чиновништво, повлашћено (сигурношћу, приходом, посебним статусом) у односу на друге скупине и – војска, односно професионални официрски корпус. Социјални и политички профил ових земаља објашњава зашто су оне биле плодно тло комунистичких и других радикално левих идеја и организација, и зашто у њима дубина расцепа између конзервативних монархиста и левих радикала, коначно комуниста, води до успостављања различитих облика диктатуре, па и до грађанског рата, нарочито уочи Другог светског рата, и његовим током. О победнику су често одлучивали спољни чиниоци.
- Ове земље, дакле, карактерише политички и културни дуализам традицијског (конзервативног) и радикалног. Његово превазилажење отежавају слаби и закаснели учинци просветитељства, те одсуство реформације (или нечег аналогног у земљама са доминантном православном црквом). Конзервативни либерализам и

[20] Држава је смишљено дело. Једном створена, делује с идејом о циљу. (G. Poggi, *The Development of the Modern State. A Sociological Introduction.* Stanford /Ca/ 1978, p. 96.)

ограничена, «танка» уставност, не граде тло грађанске врлине. Поданички, притворни менталитет, само је рефлекс једне циничне политичке културе, коју боје скептицизам и апатија.[21]

4.

У последњих тридесет година све ове земље су постале чланице Европске уније, или су на путу да то постану. Самим тим њихови правни и правнополитички стандарди су све више европски: владавина права, уставна демократија, људска права, заштита мањина итд. Оне се обично посматрају у оптици демократске транзиције, посткомунистичке или само постаутократске. Успех, па и брзина ове транзиције, потврђују силан магнетизам те богате и успешне заједнице и снагу њеног јединственог деловања, но и, да тако кажем, подобност ових земаља за поменуту транзицију и чланство у Унији. Најзад, оне су у великој мери европеизиране током два претходна столећа. Али, то је било недовољно и одвећ дифузно, увек се осећала разлика, било да је формулисана као разлика у степену развитка, или у богатству, или у култури. Другим речима, оне су остале на периферији. Није реч о географској него о системској периферији. Да ли ће се њихов положај у овом смислу променити? Тешко је рећи. Али, две изузетно важне околности већ су промењене. Ове државе имају прилику да се ослободе свога национализма, барем у најгорем виду тежње за *national aggrandizement*. Зато што такве прилике углавном више нема. Уосталом, и раније се она могла наћи само у складу са тежњама европских сила, у њиховом ривалитету, када би интереси оваквих земаља често били само улог у игри великих. На тај се начин, суочене са јединственом и благонаклоном Унијом, бар у том смислу што је та спремна да прими у своје окриље као равноправне оне на које је у прошлим временима гледала као на инфериорне и недовољно цивилизоване, губе ове земље и другу погубну могућност – да своју срећу траже у дипломатској или ратној игри великих.

Регион у коме се «затекла» Србија могао би се сада друкчије идентификовати. То је опадајуће Османско царство, његов западни део. Некад освајачко царство толико је било ослабило да је његова судбина зависила од европских сила, како оних које, граничећи се са њим, имају територи-

[21] S. Giner, *op. cit*., pp. 19-31, 35-44.

јалне аспирације, тако и од оних које имају друкчији положај и интересе те покушавају да осујете или утичу на онакве аспирације. Србија као и неке друге земље овог региона биће од настанка у вртлогу ових интереса, утицаја и ратова. Током «дугог» XIX. века (1789-1914) Србија ће мењати своју позицију и пријатеље. Ипак, док се Цариград стално удаљавао, да би доживео да га четири мале државе – међу њима и Србија – на крају поразе у рату за «своје» територије, две друге царевине остале су стално на хоризонту. Суседна Аустрија, у којој је живело много Срба и задуго сви образовани, европеизирани, из које је кренула српска ослободилачка борба и просветитељство, и удаљена али «једнородна и једноверна» Русија биће, све до пропасти једне и друге, два пола једне повести пуна јаких емоција.

Постоји, међутим, регионална карта која је у неку руку дубља, тј. старија. Србија припада свету источног хришћанства, православља – као и сви њени источни и јужни суседи. То значи да је она своје хришћанство примила из Византије, са југоистока а не са запада. Међутим, не треба сметнути с ума да је првобитна Србија (Рашка) свој политички идентитет стекла у борби против Византије, ослањајући се на свог северног суседа, Угарску, и то у времену крајње слабости ромејског царства, које су опустошили крсташи. Празнину која је настала даљом ерозијом Византије, којој је поред осталих допринела и српска држава, није могла испунити она или нека друга словенска држава, већ су је испунили Османлије. После заузећа Цариграда они и њихово царство, иако иноверни, функционишу и као наследници Византије, не само с обзиром на територије које су освојили и интегрисали.

Начела њихове управе претвориће временом Србију у сељачку земљу православног *милета*; њен положај у ратоборном, освајачком царству учиниће је на угарском, после аустријском «фронту» зоном ратних операција, и великих сеоба становништва. Срби се можда не би побунили против «Стамбола», као што и нису – већ су се побунили против владе дахија, отпадника од Цара. На другој страни, можда се и не би побунили – уосталом, није то била жакерија већ организовани подухват – да људи који су их водили нису били свесни могућности које су настале у узбурканој Европи почетком XIX. века, рачунајући на Аустрију на један, на Русију на други начин.

У овој регионалној шеми треба тражити корене национализма који ће Србију обузети у другој половини XIX. века[22], и поново на крају XX,

[22] Руски путописац Е. Марков сведочи о националном жару, у коме је ослободилачки порив прерастао у завојевачки, а којим је био обузет Београд крајем XIX. века: "Строго

што ће јој донети велике невоље и завадити готово са свим суседима. Није то била у првом случају никаква посебност Србије. Посебан је био њен положај, и осећање да је међу малима најјача. У времену империјализма њени ослободилачки планови лако су се претварали заправо у империјалистичке, што је можда чудно за једну сразмерно малу државу ограничених ресурса, али можда и није – ако би она, остварењем својих планова, *постала велика.*

Мера те величине тражи се у прошлости, и увек налази у средњем веку. У нашем случају ту меру представља држава Немањића, њена култура и војна моћ, с врхунцем у Душановом царству. У производњи прошлости из садашњости, о чему сам на почетку текста говорио, прво место имају национални историчари.[23]

Током XIX. века овај национализам, као и сви други, могао је бити од користи у стварању јединства нације на етнички хетерогеном простору. Заједничка историја, заједнички језик, заједнички циљ, заједничка судбина, чине од државе и власти заједничку ствар. «Општенародна права Србина» из Сретењског устава само антиципирају начело по коме се држава као заједничка ствар разликује од владавине овога или онога, која отуда мора бити уставна. Зато што ово није царство, па ни средњевековно Душаново, нити фрагментирана држава скупа градова, него национална држава.[24] У овом амбијенту борба за устав заиста је повезана са поштовањем «наше» државе. Као што се могло видети, она дуга борба донела је најзад

говорећи, никаквих Бугара нема – говорио је. Постоји племе које унеколико друкчије изговара српске ријечи, али то није ништа више него локална нијанса…Они су себе увијек сматрали Србима, а Бугарима су се почели називати послије егзархата…Најбољи излаз за Бугарску би био када би за бугарског цара изабрали српског краља… По мом мишљењу Русији би било најбоље да балканске Словене уједини у једну царевину, али да би се то постигло, она би прије свега морала од Аустрије одузети Босну и Херцеговину, те иза тога формирати српско царство, оженивши нашег Александра са једном од руских великих књегиња." (*Путовање по Србији и Црној Гори,* Подгорица 2005, с. 206-207). Ово су, према руском путописцу, чији је путопис објављен у Русији 1903, речи историчара П. Срећковића, професора Велике школе и истакнутог либерала, изговорене 1895. Но, у овом погледу, према истом сведочанству, и није било озбиљних разлика међу првацима три главне странке.

[23] К. Офе наводи Хобсбаума (Hobsbawm): "Историчари су за национализам оно што су одгајивачи мака у Пакистану за овиснике о хероину: они снабдевају тржиште битном сировином." Историчарима Офе додаје лингвисте и литерарне интелектуалце који истражују и кодификују "националне насладе". Cf. C. Offe, *Ethnic Politics in East European Transition* u Elžbeta Matynia (ed.) *Grappling with Democracy,* Prague 1996, p. 233.

[24] Cf. Tilly, *op. cit*., pp. 19-21.

успех. Уставна демократија којом је доминирао демагошки популизам радикала, уставна монархија с краљем који је краљевао али се владао као човек из народа – тако је изгледала српска национална држава у својим најбољим данима.

Ако је тај национализам помогао Србији да оствари своје ослободилачке и завојевачке (империјалистичке) циљеве, а нема сумње да јесте, он се показао као неприкладан, «нефункционалан» у заједници у којој се Србија обрела крајем 1918, с којом је добила и мање и више од онога што је желела. На неки начин обрела се у колу с великима, као победник с победницима, и то је подстакло осећање њене *grandeur*, њене историјске величине. Али, тешко да је то оборужало за суочавање са новим типом проблема. Напротив – према својој политичкој култури, према својим институцијама (какве су биле нарочито монархија, централистичко управљање и војска, политичке партије) Србија или, ако се хоће, српска политичка елита, није била спремна за стрпљиво тражење неопходних равнотежа у новој заједници, за политику нагодби и компромиса, кад је већ одбацила и помисао на федерализацију[25], и безусловно стала иза монархије, ипак само српске. Можда то није било ни могуће. За разлику од Хрватске и Словеније Србија није имала искуство живота у сложеној заједници – а нити искуства у доминацији – док је ова заједница испала крајње сложена, прави «печворк» нација, етничких група, језика и обичаја. А Србију је оптерећивала њена просторна и популациона величина, односно надмоћ, а једнако и «незахвалност» браће коју је она «ослободила», итд. – цела једна књига међусобног неразумевања «браће» која води раздору и омрази.

То се може лако пратити на уставном развитку нове државе. Већ и сам прводецембарски акт уједињења са својом необичном сценографијом имао је црте диктата, или бар покоравања мањих већему, млађих старијем. Начин на који је донет Видовдански устав, али и то што је тај устав потврдио превагу српске политичке традиције и српских институција, као и централистичко уређење целе земље, олакшао је говор о (политичкој) хегемонији Срба, којих је било посвуда у новој држави, не рачунајући жандармерију и војску. Суспендовање овог устава и краљева диктатура значили су октроисање једног анахроног патернализма који неће да зна за разлике и спорове своје «деце». Промена државног имена, забрана партијског ор-

[25] Заправо се само Стојан Протић, један од радикалских првака, залагао за неку врсту федералног уређења. Но, не само да је његов предлог одбачен, већ је он, поврх свега, искључен из странке.

ганизовања с «племенским» обележјем, тј. забрана националних партија (у земљи у којој су практично све биле такве[26]) – то су биле еманације «интегралног југословенства», идеологије која је хтела да интегрише три «титуларне» нације ове краљевине у један народ, макар и троимен. Оваква интеграција могла је бити схваћена као самовољно насиље, или као заблуда, или можда као облик ванредног стања које диктира нужда – али не и као политика која води неком решењу. Октроисани устав у овом погледу није донео ништа ново, сем што је укинуо парламентарно-демократске одлике претходног (влада више није била влада парламентарне већине, представништво је постало дводомо). Мењајући уз то изборни систем, устав је, потврђујући забрану националног и конфесионалног партијског организовања можда олакшао доцнију еволуцију отварајући пут широким изборним коалицијама које су, да би успеле, по природи ствари морале бити наднационалне. То је стварало климу политичке сарадње, учесталих контаката, преговора, компромиса. Опозицију, која је од избора до избора освајала све више гласова, водио је шеф највеће хрватске партије, али се она није могла назвати просто «хрватском опозицијом»

После неколико година направљен је велики заокрет и постигнут компромис с Хрватима, о коме је било речи раније. Главна хрватска странка, до тада стожер опозиционе коалиције, ушла је у владу. Далекосежна реорганизација државе, по садржају уставотворни акт од највећег значаја, заснована је на «обичној» уредби намесника.[27] Није разумно нагађати куда би она после успостављања бановине Хрватске водила, мада је том приликом изричито утврђена могућност да се оваква деволуција настави и у другим областима државе. Свакако да је она морала бити постепена и плод нових преговора и компромиса. Јер, ако је бановина Хрватска можда задовољила Хрвате, сигурно да није одушевила друге, а најјача опозиција овој реформи јавила се у Србији.[28] Иако се монархија и федерација, сматра се, узајамно искључују, остале су Краљевини Југославији бројне друге могућности, као што је развитак према консоцијалној демократији (каква постоји, на пример, у Низоземској) или према држави са аутономним регионима (као у данашњој Шпанији). Но, за све то или нешто слично, није било времена, ни мира.

[26] Сем комунистичке, али и она ће пред рат и у рату кренути са оснивањем својих *националних* секција.

[27] Но, можда се може приметити да је улога владара у доношењу уставноправних аката у српској традицији била увек велика, а обично пресудна, без обзира на то да ли је акт био формално октроисан или не. Искуства с "конститутивном влашћу" (какву, нпр., описује К. Фридрих – *Конституционална..., op.cit., с.126-143)* била су и остала врло ограничена.

[28] Један од израза те опозиције било је оснивање и деловање Српског културног клуба.

И друга Југославија, комунистичка федерација, покушавала је да уравнотежи ове односе, све до уношења конфедералних елемената у последњи устав (1974), али ни она није надживела једну глобалну олују. Србију је у исто врема обузео «младотурски» (тј. младокомунистички) и националистички жар. Један другоме само су сметали, уносећи конфузију. Захтеви за повратак на чврсту федерацију, и на јединствену (комунистичку) партију, уколико су били искрени – били су илузорни. Били су као захтеви за повратак у прошлост, и у потпуном нескладу са кретањима у другим (комунистичким) земљама. Када је њихов неуспех постао очит, разгорео се стари српски национализам. (Можемо узети да се то јасно очитовало 1989, оне године на чијем је крају пао Берлински зид.) Но, његови носиоци, пошто су пустили духа из боце, нису умели да одреде достижне циљеве, нити да их повежу с реалношћу. Мада је било јасно да делују у име једне осамостаљене државе – о чему сведочи устав Републике Србије из 1990 – они су, користећи и уставне и неуставне начине, загосподарили федерацијом, тобоже да би је одбранили, а у ствари да би искористили њене ресурсе у спречавању сецесије или диктирању услова за њу, при чему је главно мерило био «национални интерес». Ова врста (политичког) маневра била је у ствари погубна. Федерација је изгубила легитимитет, а «национални интерес» га није стекао.

Он је могао бити легитиман, да је рационално представљен и брањен. Али, он је развијен полазећи од низа наталожених разочарења, незахвалности, издаја и обмана, од «историјске» неправде. Када се о њој коначно проговорило, свако уздржавање је престало, а тиме се изгубила мера и елементарно разумевање за оног другог. Почела је борба у којој се не бирају средства, у којој је све допуштено, и Србија је у тој борби поражена.

Устав Републике Србије из 1990. последњи је у дугом српском уставноправном развитку. Донет је пре првих вишестраначких избора, вољом партије која се од комунистичке и младотурске преобразила у националну и прогласила социјалистичком. Мада носи јасне ознаке прелазног стања, лако се може десити да то буде један од устава који су најдуже трајали у целој српској историји. У овом часу од њега су дуготрајнији само тзв. Турски и тзв. Намеснички устав. Прилика за доношење новог, посткомунистичког устава у Србији је искоришћена на чудан начин. Потом се таква прилика, тзв. «прозор могућности» тешко указује, као што показује искуство других посткомунистчких земаља. Под овим уставом Србија је

доживела једну ауторитарну владавину. А данас под њим у Србији функционише демократија. Као што је под њим Србија била чланица СФРЈ док та коначно није нестала, чланица двојне СРЈ до њеног краја, као и чланица данашње Државне заједнице. Наравно, ниједан устав није нормативни протокол; сваки оставља знатну маргину за овај или онај политички курс, за ово или оно политичко вођство.Међутим, овако разноврсне перформансе истог текста сведоче да су неки његови елементи фасадни, а неки недовољно одређени, односно да постоји могућност да се важни политички процеси одвијају независно од устава. У свему томе српски развитак се одваја од истовременог европског, но можда ипак, након свега, с добрим изгледима да му се врати.

Prof. Pavle B. Jovanović, PhD, Full Professor
Novi Sad Faculty of Law

„Constitutional-Legal Development of Serbia in the Light of European and Regional Experience"

Abstract

Author's general assumption is that constitution need not to be realized as foundation or pledge for the democracy, but it could simply represent the stabilization formula upon which the certain community, as well as its institutions and organizations are constituted. This paper provides historical-comparative review that is divided into the four parts. In the first part the author is taking into consideration the general relationship between constitution and democracy, emphasizing that there is no democracy without constitution, and that in the contemporary conditions the only viable form is constitutional democracy. Explanation of this relationship is simply in principle: this kind of democracy and its basic characteristics are in firm relations with modern social, economic and political development. Author is discussing the problem of diffusion of constitutional democracy, that is understood as the set of cultural patterns.

In the second part of this paper, the author provides short overview of the two centuries of the constitutional development of Serbia, that is divided into the following phases: (1) period of the struggle for liberation and establishing of the autonomous authority, (2) period of consolidation of Serbia as an independent state and finally established constitutional democracy, (3) period of the First Yugoslavia (the Kingdom), (4) period of the Second Yugoslavia (AVNOJ's /Anti-fascist Council of Peoples Liberation of Yugoslavia/ Yugoslavia) and at the end, period that started with the adoption of the current Constitution of the Republic of Serbia, in 1990.

In the third part, the author is analyzing this development from the standpoint of the European and regional experiences and makes conclusion that in

this light this development appear to be natural and anticipated. As in many European states of that time, this evolution has been directed towards development of the national state. Besides temporal hinders and retreats it was ongoing in the direction of restraining of the absolutistic governance. Instability of this development direct us towards social and cultural background of this government – that was originated in a national and social revolution of its kind. In the second half of the XIX century this development was intertwined with the efforts of nation-state building and implementation of the Serbian (national) program. Chronologically, Serbia fits into the first "long" wave of democratization, as well as into the following, which was reversible one (as the part of the extended Kingdom of the Serbs, Croats and Slovenes). A number of specific characteristics of this development explains regional position of Serbia – it belongs to less developed, peripheral part of the Europe. In cultural sense, it is related with the Eastern Christianity (Orthodoxy), but also with the renewal, on the ruins of the Ottoman Empire, within the particular dynamic of the so called, Eastern Question.

In the fourth part, the author is analyzing relationship of this regional scheme and nationalism that was overwhelming Serbia in the second half of the XIX century. During this time nationalism was helpful in the making of a single nation and nation-state. However, after the First World War, it impeded dealing with the new types of the problems. Serbia, or Serbian political elite, was not ready for patient searching for necessary balances within the new community, or for the policy of deals and compromises, when it has already rejected any thought of federalization, and unconditionally backed up the monarchy – only the Serbian one. Problems of heterogeneity and balances were marking also the AVNOJ's Yugoslavia, in contrast to monistic character of the communist rule, up to its dissolution, at the beginning of the 90-ies. Concealed nationalisms will burst forth again, and lead Serbia to various conflicts in which Serbia will be defeated.

In a sort of an epilogue, the author highlights various characteristics of the Constitution of the Republic of Serbia, from the 1990, by which, in fact, autonomous development of Serbia has started again.

343.24/.28(497.11)

Др Станко Пихлер, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

НОВИ ЗАКОН О ИЗВРШЕЊУ КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Сажетак: *Нови закон о извршењу кривичних санкција Републике Србије ступа на снагу 1. јануара 2006. године. Њиме се не уређује само извршење кривичних санкција, већ и примена мере притвора и извршење санкција за привредне преступе и прекршаје. Новим Законом се настојало да се стандардизује извршење кривичних санкција сагласно Европским затворским правилима (The European prison rules) и другим одговарајућим међународним документима. У томе се добрим делом успело. Међутим, примена новог закона умногоме ће зависити од општег стања у домаћим казненим заводима и у службама за извршење, пре свега, казне затвора.*

Кључне речи: кривична санкција, стандарди, извршење, осуђено лице.

1. Народна скупштина Републике Србије донела је 29. септембра 2005. године Закон о извршењу кривичних санкција („Службени гласник РС“, број 85/2005, од 6. октобра 2005), који ће ступити на снагу 1. јануара 2006. године. Прописи предвиђени овим законом (подзаконски акти) треба да буду донети у року од шест месеци од дана ступања на снагу Закона, а до његовог доношења примењиваће се прописи према одредбама Закона о извршењу кривичних санкција из 1997. године („Службени гласник РС“, број 16/1997), ако нису у супротности са новим законом.

Према образложењу уз предлог Закона, разлози за доношење новог закона о извршењу кривичних санкција су, пре свега, преузете обавезе из међународних уговора, „као и потребе за усаглашавањем текста закона са

европским правним стандардима". Међународни документи који су били оквир за предлагање нових законских решења су Међународни пакт о грађанским и политичким правима, Скуп минималних правила о поступању са затвореницима, Европска затворска правила. Потребно је напоменути, да се при изради пројекта Закона пошло од важећег закона, а коришћен је и Модел закона о извршењу кривичних санкција који је израдила невладина организација LEX (2002. г.) Разуме се, при изради Закона имало се у виду и досадашње пенолошко искуство и одговарајућа традиција и могућности.

Нова законска решења заснована су на систему кривичних санкција који је уређен Кривичним закоником Републике Србије из 2005. године („Службени гласник РС", број 85/2005) који ступа на снагу 1. јануара 2006. године. Закон не садржи одредбе којима се уређује извршење кривичних санкција према малолетницима пошто је ова материја уређена Законом о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица („Службени лист РС, број 85/2005), који такође ступа на снагу 1. јануара 2006. године. Према томе, Закон о извршењу кривичних санкција је део корпуса новог материјалног и извршног кривичног законодавства Републике Србије.

2. **Предмет Закона** је одређен чланом 1. Њиме се уређује поступак извршења кривичних санкција према пунолетним лицима, права и обавезе лица према којима се извршавају санкције, организација Управе за извршење заводских санкција, надзор над њеним радом, а уређује се и извршење санкција изречених за привредне преступе и прекршаје, мера одузимања имовинске користи (која није санкција) као и примена притвора. Дакле, садржина Закона је много шира него што сугерише његов назив. Он је, у ствари, закон који регулише извршење свих **казнених** (не само кривичних) санкција и меру притвора. Овакво решење је прихваћено из практичних, правнотехничких разлога, као и због досадашње праксе уређивања ове материје. Примећује се и то, да установа условног отпуста није уређена овим законом, јер се она уређује Законом о кривичном поступку , зато што је надлежност за одлучивање о условном отпусту прешла на суд, уместо доскорашњег традиционалног решења по којем је о условном отпусту одлучивао орган надлежан за извршење казне затвора, тј. орган управе.

3. **Обим** Закона (281 члан) је одређен не само његовим доста амбициозним предметом, већ нарочито **приступом** у погледу **нивоа** законодавне регулативе у правној материји коју уређује. Наиме, није једноставно определити се шта, при уређивању извршења кривичних санкција треба да буде уређено **законом**, а шта **подзаконским** (спроведбеним) актима

(уредба, правилник, упутство, кућни ред, пословник). Очигледно је да се у Закону прихватила таква методологија којом се, пре свега **положај осуђеног лица** на казну затвора (чланови 37-174.) интензивно регулише непосредно законом. То није случајно, будући да се ради о најосетљивијим питањима у овој области, како би се спречило да подзаконски акт, који би се засновао на апстрактним законским исказима, измени идеју закона. Овакав приступ је оправдан нарочито у тренутку када је потребно и када се хоће, да обезбеди реформски приступ у извршењу кривичних санкција. То, дакако, само по себи није довољно, али јесте изузетно битно. Да би се реформе у овој области стварно извеле потребно је мењати и општу перцепцију кривичне санкције и њеног извршења, однос према установама и службама које се баве извршењем, што уједно подразумева и другачију кадровску (професионалну) структуру и политику у овом подручју државне надлежности. То, међутим, није лак, кратак и јефтин посао.

4. **Структура Закона** је одређена његовим предметом. С обзиром на дифузност предмета регулисања није било лако успоставити коректну комуникацију између начелних одредаба и појединачних решења. Поред основних (уводних) и завршних одредаба, Закон садржи следеће основне целине: општи део, извршење кривичних санкција, извршење санкција за прекршај, извршење санкција за привредни преступ, извршење осталих мера (пре свега мере притвора), одредбе о запосленима у установама за извршење и надзор над њиховим радом. Свакако да су одредбе које су уводног карактера и оне које се односе на Управу и извршење кривичних санкција (пре свега казне затвора) централне и најзанимљивије за садржину и оцену Закона. Оне обухватају 213 чланова, тј. око две трећине законског текста.

5. **У основним (уводним) одредбама Закона** прихвата се примат примене међународног уговора у односу на унутрашње право, одређује сврха извршења кривичне санкције, утврђује примена Закона у извршењу одлука страних судова и неки принципи о положају лица према коме се извршава кривична санкција. У погледу сврхе санкције, поред осталог, наглашава се да се она састоји у оспособљавању учиниоца кривичног дела „за самостално старање о својим потребама након извршења санкције". Санкција се извршава „на начин којим се јамчи поштовање лица према коме се она извршава". Мучење, злостављање, понижавање и експериментисање су не само забрањене већ и кажњиве радње, као и принуда која је „несразмерна потребама" извршења санкције. Забрањује се дискриминација лица према којима се санкција извршава и гарантује заштита њихових основних људских права. Прихваћен је и принцип *ultima ratio*, у смислу да лице према коме се извршава кривична санкција „може бити ограничено у основним правима само у мери неопходној" за њено извршење и „у пос-

тупку прописаном овим законом". Важна је и одредба о праву на **судску заштиту** од „појединачних аката којима се решава о правима и обавезама лица према коме се извршава кривична санкција", са симптоматичном резервом: „у складу са овим законом". Овим се, заправо, отвара питање могућности вођења управног спора поводом појединачних правних аката у поступку извршења санкције, што је једно од деликатнијих проблема закона ове врсте.

6. **Организација и надлежност Управе** за извршење заводских санкција уређено је тако, што се Управа одређује као орган управе Министарства правде са централизованим овлашћењима на нивоу Републике. Посебна новина је у томе што Управа, у оквиру „мера у циљу сталног стручног образовања и усавршавања запослених", мора формирати посебан Центар за обуку запослених. Она мора сарађивати „са одговарајућим установама, удружењима и организацијама које се баве проблемима извршавања кривичних санкција". Закон познаје различите врсте и типове завода (члан 13. и члан 14.), односно одељења завода за извршење казне лишења слободе и других институционалних санкција, а утврђује и основе њихове унутрашње организације, пре свега служби (за преваспитавање, за обезбеђење, за обуку и упошљавање, за здравствену заштиту и за опште послове). Руковођење Управном поверено је директору Управе, заводом управнику завода, а службом начелнику службе. У односу на ранији закон, пооштрени су стручни услови за избор на поменуте руководеће функције, а време мандата директора и управника одређено је на пет година, као мера у процесу деполитизације поменутих функција.

7. Централно место у уређивању извршења кривичних санкција свакако припада извршењу **казне затвора**. Овај део Закона, поред нормативног дела садржи и начелне, опште одредбе о извршењу ове казне: о сврси њеног извршења, о начелу индивидуализације у поступању са осуђеним, о потреби развијања личне одговорности и самоиницијативе, начину издржавања казне (он је у правилу заједнички, скупан), о програму разврставања осуђених (класификацији и рекласификацији), о активном приступу у постпеналној заштити (помоћи) лицу које је отпуштено из установе за извршење казне. Нормативни део одредаба о извршењу казне затвора је детаљан. Очигледна је намера творца Закона да се максимално удовољи савременим стандардима, пре свега Европским затворским правилима То се уочава у регулисању низа односа који су део поступка извршења ове казне: упућивање и распоређивање осуђених у заводе, одлагање и прекид извршења (са широко постављеним могућностима), пријем и разврставање осуђеног у заводу (са отвореним критеријумима калсификације). Закон поново уводи, враћа, установу **пријемног одељења** у заводу (у којем се

осуђени може задржати најдуже тридесет дана) и тиме напушта концепт досадашњег Закона (који иначе није био примењен) о посебном заводу за испитивање личности осуђеног. Посебно је детаљно уређен **положај осуђеног,** у првом реду његова права (на човечно поступање, на цивилизован смештај, слободно време, хигијенске услове живота, одећу, рубље, обућу, контакт са „спољним светом", правну помоћ, рад и права на основу рада, много шире него раније постављена права на здравствену заштиту, посебна права жене и мајке, на информисање, образовање и стручно усавршавање, толерантно уређено право на вероисповедање, специјална права као резултат доброг понашања).

Осетљива питања везана за одржавање **реда и безбедности** у казненом заводу предмет су посебног сета одредаба (чл. 127 – 143.). Мере за одржавање реда и безбедности у заводу одређене су законом, али и „прописима донетим на основу овог закона". Степен примене одређене мере мора бити у границама њене неопходности („само у мери у којој је то неопходно"). Прихваћено је начело примарне примене блаже мере, односно супсидијарне примене строже („не сме се применити строжа мера од неопходно потребне с обзиром на природу потребе њене примене и садржину мере"). Предвиђене су две врсте ових мера: мере принуде (употреба физичке снаге, везивање, издвајање, употреба гумене палице, шмркова са водом, хемијских средстава и ватреног оружја) и посебне мере. Законом су уређени услови и начин употребе ватреног оружја, а сврха му мора бити „онеспособљавање нападача", док је његова смртоносна употреба дозвољена „само у случају озбиљне опасности по људски живот" (чл. 131, ст. 4.). „Приликом примене мере принуде користи се она мера која најмање угрожава живот и здравље лица према коме се примењује, и којом се успешно савлађује отпор и сразмерна је опасности која прети" (чл. 129, ст. 2.). Након примене ових мера обавезан је лекарски преглед осуђеног према којем је принуда примењена, као и накнадна два лекарска прегледа у року од 24 сата у једнаким временским интервалима. У случају употребе ватреног оружја управник завода је дужан да одмах о томе обавести директора Управе и надлежног јавног тужиоца (чл. 132.).

Посебне мере (појачан надзор, одузимање и привремено задржавање свари чије је држање иначе дозвољено, смештај у посебно осигурану просторију без опасних ствари, смештај под појачан надзор, усамљење, тестирање на заразне болести или психоактивна средства) могу се применити према осуђеном „за кога постоји опасност од бекства, насилничког понашања, самоповређивања или угрожавања реда и безбедности друге врсте". Прописане су као изузетне и морају се одмах обуставити ако су престали разлози за њихову употребу. Разуме се да је најпроблематичнија

мера усамљења. Она је нека врста „нужног зла". Примењује се према осуђеном „који својим понашањем упорно ремети ред, угрожава безбедност и представља озбиљну опасност за друге осуђене" (чл. 140. ст. 1.), а одређује се уз претходно мишљење лекара и ограниченог је трајања.

У уређивању **дисциплинских преступа, мера и поступака** приметне су две новине у Закону: прва, тежи дисциплински преступи одређени су искључиво законом (тј. не могу бити прописани подзаконским актом) и, друга, за теже дисциплинске преступе надлежна је дисциплинска комисија (в. чл. 156.). Као дисциплинске санкције („мере") прописане су укор, разна ограничења у коришћењу права на посете, пријем пакета и сл. и, такође деликатна, **мера упућивања у самицу** (чл. 146.). Како би ову потоњу меру ставио под „контролу", Закон јој посвећује доста одредаба о изрицању и примени (чл. 150 – 155.). Она је изузетна, може се изрећи само за теже дисциплинске преступе и не може трајати дуже од петнаест дана, односно до тридесет дана за стицај тежих преступа. То значи да је може изрећи само дисциплинска комисија. Дисциплински поступак је, пак, само делимично уређен Законом. Његово ближе уређивање је препуштено одговарајућем подзаконском акту.

Пошто условни отпуст није, из наведеног разлога, предмет регулисања Закона, пажњу треба обратити на једну нову, специфичну установу – **превремено отпуштање**. То није условни отпуст, већ замена за ранију могућност условног отпуштања које је било у надлежности управника завода. Ова могућност је уведена како би се систем отпуштања учинио пенолошки флексибилнијим. Овим се хоће да се сачувају добре стране раније могућности давања условног отпуста од управника завода. Могућност привременог отпуштања постоји, поред осталог, само под условом да осуђени није добио условни отпуст. То је, дакле, нека врста „корекције" политике условног отпуштања (в. чл. 173.).

8. Посебан изазов за законодавца било је уређивање извршења тзв. **алтернативних санкција и мера**, пре свега новоуведене казне рада у јавном интересу и условне осуде са заштитним надзором. Закон уводи установу **повереника**, као органа надлежног за извршење поменутих санкција. Поверавање ових послова установама социјалне заштите показало се и још се увек чини неприхватљивим. Повереник је предвиђен као посебна организациона јединица Управа (чл. 181.). Рачуна се да ће се увођењем повереника не само успешно примењивати одредбе Кривичног законика о казни рада у јавном интересу (тј. да ће судска пракса прихватити ову санкцију), већ и коначно почети да примењује специфичан облик условне осуде са заштитним надзором која је уведена још 1977. године али се уопште није примењивала (било је чак мишљења да се **због тога** укине).

9. Потребно је упозорити и на то, да се одредбе о извршењу **мера безбедности** не налазе искључиво у Закону о извршењу кривичних санкција. Из неких разлога, као и у ранијем законодавству, и (нови) Кривични законик садржи не само материјалноправне већ и неке извршне одредбе о овим кривичним санкцијама. Пошто извршни закон мора бити сагласан са материјалним, одредбе о извршењу мера безбедности које се налазе у Кривичном законику нису могле бити мењане извршним законом, а из правнотехничких разлога није било упутно да буду понављане у Закону.

10. Око питања **надзора и контроле** извршења кривичних санкција било је, у фази и припремања и доношења Закона, доста расправа и различитих верзија могућих решења. Коначно је, ипак, прихваћен став и у Закон унете одредбе о парламентарној, скупштинској контроли извршења (чл. 278.). Ово је, нарочито у овом моменту, важна новина. Скупштинска контрола извршења кривичних санкција се врши путем посебне комисије, која треба да буде не само стручна већ и независна у свом раду.

*
* *

Свакако да нови Закон о извршењу кривичних санкција Републике Србије може да се критикује због неких решења које је прихватио или због неких могућности које није прихватио, а одговарају савременим европским стандардима извршења кривичних санкција. Треба, међутим, имати у виду прилике у којима је Закон донет и могућности његове примене у реално процењивим околностима. Ипак се неће погрешити ако се каже, да је реч о закону који у доброј мери прихвата савремена решења извршења кривичних санкција.

За нови Закон о извршењу кривичних санкција Републике Србије важи оно што и за нови Кривични законик Републике Србије. Наиме, као што ће сврха Кривичног законика бити постигнута тек под претпоставком да ново кривично законодавство Србије буде коректно примењено, што неће бити могуће без сређивања стања у њеном правосуђу, тако и сврха новог кривичног извршног законодавства неће бити постигнута уколико нови Закон о извршењу кривичних санкција не буде коректно примењен, што неће бити могуће без сређивања стања у органима и службама надлежним за његово извршавање.

Stanko Pihler, Ph.D., Full Professor
Novi Sad Faculty of Law

New Act on Execution of Criminal Sentences of the Republic of Serbia

Abstract

New Act on Execution of Criminal Sentences of the Republic of Serbia is entering into force on January 1st, 2006. This Act is not merely regulating the execution of the criminal sentences, but also the application of the detention measure and the execution of sanctions for offences in the field of commerce and minor infractions. The New Act aims to standardize execution of criminal sentences in accordance with the European Prison Rules and other applicable international documents. The success was reached in great deal. But application of the new Act will depend to the large extend on the general conditions found in domestic Criminal Institutes and Offices for Execution, primarily, Prisons.

339.923:061.EU]:323.28
351.74:327

Мр Татјана Лукић, асистент
Правног факултета у Новом Саду

БОРБА ПРОТИВ ТЕРОРИЗМА НА НИВОУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И МЕЂУНАРОДНА САРАДЊА

Сажетак: *Тероризам данас представља глобалну претњу како малим, тако и моћним државама. Адекватно кривичноправно реаговање држава на тероризам има суштински значај за ефикасно супротстављање овом виду криминалитета на националном и међународном плану. Борба против тероризма на нивоу ЕУ је од примарног значаја и због тога је она и предмет овог рада, са посебним акцентом на међународну полицијску сарадњу, међународну сарадњу правосудних органа и улогу појединих међународних организација у тој сарадњи.*

Кључне речи: *тероризам, Европска Унија, међународна полицијска сарадња, међународна сарадња правосудних органа.*

Реч тероризам (лат. terror- ужас, страх) представља владавину застрашивањем, начин владања уливањем страха и насиљем, политичка борба путем индивидуалног терора[1]. Филолошки гледано сматра се да реч тероризам потиче од латинске речи *терор* и суфикса *изам*, који долази од латинског суфикса грчког порекла *izmus*. Овај суфикс служи за означавање доктрина и система. Сам облик речи означава да је тероризам систем терора.

[1] М. Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза* , Београд 1996/97, 883.

Сматра се да је најстарији корен речи терор санскитски глагол *tras* што значи дрхтати и налазимо га у грчкој речи *ipćw*, персијској *tersidan* и латинској *ters* или *tres*. Сви ови глаголи означавају телесну реакцију која је изражена глаголом дрхтати. Француски бенедиктанац *Bercharius* из XIV века се помиње као први писац који је употребио овај термин у преводу Историје Рима - Тита Ливија на француски језик.

Прва дефиниција речи тероризам је садржана у Оксфордском речнику где се под теророристом подразумева владавина застрашивања која је вођена и спровођена од снага и партија у Француској за време револуције од 1789-1794. године.[2] Речник садржи и прву дефиницију појма терориста и објашњава га као политички термин који се односи на јакобинце и њихове агетне, као и партизане у Француској револуцији, нарочито оне који су били повезани са револуционарним судовима за време владавине терора.

Тероризам према једној групи аутора представља политички мотивисано насиље јер верују да је незаконита употреба насиља у циљу присиљења одређене владе да промени своју политику управо то што је тероризам, док друга група аутора сматра да се не може свако политички мотивисано насиље аутоматски окарактерисати као тероризам.

Осим тога, још једна од кључних дилема која се намеће код тероризма јесте питање да ли је тероризам кривично дело или рат. Они који сматрају да је тероризам кривично дело, сматрају да је рат однос између две државе, са изузетком герилских ратова. Присталице становишта да је тероризам уствари рат, сматрају да овакво дефинисање тероризма може оснажити акцију Међународног кривичног суда.[3]

Либерални тероризам и „нови тероризам“

Иако је опште познато да је тероризам као друштвени феномен настао у давној прошлости, посебно су значајна два савремена модалитета ове

[2]Прва употреба тероризма је била реакција на политику систематског насиља и застрашивања, као и коришћења гиљотине Јакобинаца и Термидоријанског покрета у Француској револуцији. У доба владавине Јакобинаца реч терор је означавала систем владавине (власти). Задатак да створи овакав систем власти поверен је револуционарном Трибуналу, који је основан декретом од 10. марта 1793. године. Закон који је Робеспијер редиговао регулисао је процедуру суђења. Оптужена лица, према том закону, су била лишена браниоца, укинуто је саслушање сведока и изрицане су само смртне пресуде. Пресуде су биле извршаване без икаквог права на жалбу. У току 49 дана било је изречено и извршено 1380 смртних пресуда. То је био терор у смислу система владавине путем страха.

[3] S.Harzenski, *Terrorism- A history: stage one*, Journal of Transnational Law & Policy no. 2/2003, 141.

појаве, а то су: **либерални тероризам,** карактеристичан за 70-е и 80-е године двадесетог века и **актуелни тероризам** са краја двадесетог века.

Период либералног тероризма трајао је од средине 60-их до 90-их година прошлог века. Специфични облик тероризма из касних 60-их година свој врхунац је доживео у касним 70-им годинама. Тих двадесетак година у Немачкој, Италији, Француској, Белгији, познатије су као ***оловне године.***[4] Моделирању овог типа допринело је и окретање тероризму појединих палестинских ослободилачких организација и група, и то нарочито после победе Израела у рату 1967. године, као и почетак буђења исламског екстремизма у неким афроазијским земљама, које су традиционално осетљиве на исламски верски екстремизам. За овај период је карактеристично да су терористичке групе самостално бирале објекте напада. Саме су прикупљале податке. У акцијама терориста био је наглашен елеменат саможртвовања који се граничио са фанатизмом и он је постао једна од основних карактеристика терориста са Блиског Истока, и то нарочито после наглог повећања утицаја иранских исламских фундаменталиста 80-их година.

Тероризам последње декаде двадесетог века[5], са кулминацијом од 11. септембра 2001. године када је у нападу на САД убијено више од три хиљаде људи из различитих земаља, подстакао је читав низ научних расправа о томе да ли свет улази у еру новог тероризма и каква би, са тим у вези, требала бити реакција међународне заједнице. Док једни сматрају да су сви ови напади доказ измењеног карактера тероризма који је постао потпуно неосетљив на сваку репресију и који је опасност за животе, углавном недужних људи, учинио већом него што је она то икада била, други су склони веровању да се, упркос променама у начинима, средствима напада и броју жртава, не може говорити о променама карактера тероризма, већ само о делимично новој феноменологији тероризма и о измењеном схватању јавности о појави и опасностима тероризма у савременом свету. Неспорно је да је технолошки развој, чији је крајњи резултат и могућност коришћења оружја за масовно уништење (хемијско, биолошко и нуклеарно наоружање) ради остваривања терористичких циљева, повећао потенцијалну несигурност света у коме живимо. Међутим, не треба занемарити

[4] П. Калинић, *Дефиниција тероризма оловних година*, Хрватска ревија бр.1/2000, 37.

[5] У терористичком нападу изведеном у Алжиру 1997. године погинуло је 412 лица; у експлозији авиона Air India у који су терористи поставили експлозив 1985. године погинуло је 328 лица; у катастрофи изнад шкотског Lockerbija 1988. године у Pan Am-овом авиону живот је изгубило 278 људи. На америчком тлу највећи број људских жртава (169) забележен је у експлозији зграде трговачког центра у Оклахоми 1995. године. - О овоме више видети: W.Laquer, *The New Terorism: Fanaticism and the Arms of Mass Destruction*, London 2001.

чињеницу да је опасност од коришћења оружја за масовно уништење у терористичке сврхе још увек углавном потенцијално и да су терористички напади које би оправдано могли подвести под појам новог тероризма до сада били изузеци, а не правило које би оправдало закључак о промени карактера тероризма и о субстанцијално новом тероризму.[6] Слично се може рећи и за не ретко злоупотребљену, мистификовану и помало нејасну синтагму религијског тероризма, која је неким ауторима послужила као кључни аргумент у одбрани тезе о постојању субстанцијално новог тероризма.[7] Уколико слабо аргументовану и изузетно опасну тезу о постојању субстанцијално новог тероризма[8] заменимо тезом о тероризму, који је истина нов у неким феноменолошким аспектима, али традиционално непроменљив по свом карактеру, отвара се могућност критичког приступа појави савременог тероризма и проналажењу начина за његово спречавање. Иако политички трендови, које овде треба схватити као „омнипотенцију интервенционизма извршне власти у супротстављању тероризму“[9], због саме суштине тероризма као организованог политичког насиља не могу

[6] Тако је од 40 000 евидентираних терористичких напада изведених између 1968. и 1980. године свега њих 30-ак имало обележја напада оружјем за масовно уништење. Број таквих напада после 1980. године је у благом порасту, али то још увек не оправдава тезу о постојању суштински новог тероризма. W. Laqueur, наведено дело, 13.

[7] Тако нпр. Hoffman пише о променама у профилисању терористичких група. Националистичке, етноцентристичке и лево орјентисане терористичке организације марксистичко-лењинистичког типа, крајем 19. и почетком 20. века углавном су потиснуте у други план деловањем терористичких група које се у оправдању својих поступака позивају на одређене религијске норме. Ниједна међународна терористичка организација активна крајем 60-их година прошлог века није била одређена као религијска. Углавном се радило о левичарским револуционарним марксистичко-лењинистичким идеолошким организацијама или етнонационалистичким и сепаратистичким групама типичним за раздобље постколонијалистичких ослободилачких покрета. Тек је иранска револуција 1979. године, којом је успостављена исламска Република, довела до стварања првог модерног религијског терористичког покрета. Од тада је број терористичких организација које се крију иза религијских паравана у сталном порасту. 1994. године констатовано је 16 таквих терористичких група, а 1995. године 26 група, што је готово половина од свих констатованих терористичких група. Према Hoffman-овим налазима те су групе учествовале у само 23% свих пријављених инцидената и напада, али су њихови напади узрок скоро 60% свих евидентираних жртава. B. Hoffman, *Inside Terrorism*, London 1998, 91.

[8] Стварањем мита о новом тероризму покушавају се припадници одређених група приказати као верски фанатици који ирационалним избором циљева показују своју мржњу према свему што је другачије. Ово се све врши у циљу уверавања светске јавности да је нови тероризам ирационално утемељена деструктивна појава против које се држава и међународна заједница имају право бранити свим средствима и то без обзира на последице. Д. Деренчиновић, *Нови антитероризам на размеђу деполитизације и дејуридизације*, Зборник Правног факултета - Загреб бр.3-4/2002, 547.

[9] Д. Деренчиновић, наведено дело, 548.

бити у потпуности занемарени, приступ феномену новог тероризма фаворизује деполитизацију антитерористичке коалиције и јачање улоге права у супротстављању тероризму. То наравно не треба схватити као искључивост права у односу на све друге антитерористичке изворе, већ више као *начело* да сви ти ресурси у мери у којој је то објективно могуће, морају бити одређени и лимитирани правом.

Проблем универзалног дефинисања тероризма

Проблематика тероризма је веома комплексна и широка и у свом изучавању захтева мултидисциплинарни приступ. Кривично право је пре свега заинтересовано за питање шта представља кривично дело тероризма, као и за криминално - политичко питање шта треба предвидети као кривично дело тероризма. Не само да постоји више кривичних дела која се могу сврстати у тероризам, него је и само кривично дело тероризма у ужем смислу веома хетерогено. Пре свега, оно обухвата различите модалитете радње извршења. Али, и оно што те радње обједињује, а то је субјективни елеменат, може бити споран. Осим тога што се тај субјективни елеменат обично поставља као политички мотив или политичка намера која је мање или више повезана са коначним циљем терористичког акта, у страној литератури постоје и мишљења да тероризмом треба сматрати и нека понашања која нису политички мотивисана. Споран је и појам тзв. државног тероризма, и у вези са тим неопходно је указати на разлику између тероризма и терора. Када се говори о државном тероризму често се погрешно у оквиру њега обухватају одређени облици репресије једне државе према сопственом становништву, то је терор као начин владања. Са становишта кривичног права неопходно је правити јасну дистинкцију између терора и тероризма. О државном тероризму можемо говорити само када се предузима против друге државе. У овом раду биће речи само о тероризму као кривичном делу.

Тероризам је врло непрецизан и многозначан појам и *de lege lata* и *de lege ferenda.* Ради се о феномену прилично „неухватљивом" за дефинисање пре свега због врло хетерогених форми испољавања, као и због своје политичке обојености.[10] Појмом тероризма се обухватају различити акти насиља и угрожавања људских права и живота, као и јавних, односно заједничких и индивидуалних добара. У том мноштву и разноликости ака-

[10] З. Стојановић, *Тероризам и сродна кривична дела -теорија и пракса*, Београд 1998, 11.

та који се подводе, или се могу подвести под појам тероризма, се налази и део разлога због којих није могла бити утврђена једна свеобухватна и опште прихватљива дефиниција тероризма.

Као важнији разлог неуспеха покушаја да се постигне сагласност око дефиниције тероризма јесте констатација да је тероризам скоро увек политички мотивисан. Утврђивање дефиниције отежано је и због тога што та појава не спада у групу међународних злочина, тј. кривичних дела која су квалификована као међународна, иако су нека кривична дела кроз која се тероризам испољава квалификована као међународна и предмет су међународних конвенција: злочини против цивилног ваздухопловства, узимање талаца, злочини против лица која уживају међународну заштиту.[11]

Чињеница да се неке државе користе тероризмом као средством своје спољне политике (и то не само предузимањем аката тзв. државног тероризма који би могли бити означени и као рат, под условом да се рат дефинише као акт насиља који има за циљ да противника примора да изврши нашу вољу, државама стоје на располагању друге могућности да тероризам користе у функцији својих циљева). Због овога је немогуће дати правну дефиницију тероризма са којом би се сви сагласили. То нарочито важи за међународно право.

Због свега наведеног се на радње, извршене у оквиру насиља ове врсте, које карактерише релативност и немогућност дефинисања не примењују исти критеријуми при њиховом сагледавању и оцењивању. Кривична дела чија позадина или мотивација није политичке природе, нису изазвала веће проблеме за организовање међународне сарадње ради њиховог сузбијања. Због тога је било и могуће да се усвоји већи број конвенција које се односе на кривична дела из домена општег права. Али, у области политичког деликта државе по правилу задржавају право да извршиоцу неког терористичког акта признају или одбију да признају политичку мотивисаност. При томе државе полазе не само од начела за која се декларишу, него и од политичких циљева чијем остварењу теже у датом тренутку. На тој основи се пружа или ускраћује међународна помоћ у откривању и кажњавању извршилаца. Тероризам је посебан правни појам (delictum sui generis) и његова историја је тесно везана за историју политичког деликта.[12] Постоје наравно и гледишта према којима тероризам није искључиво

[11] В. Васиљевић, *Покушај одређивања тероризма као међународног злочина*, Југословенска ревија за међународно право бр. 1-3,1972.

[12] Б. Златарић, *History of International Terrorism and its Legal Control*, Quaderni vol. II, 1978.

политичка категорија.[13] Сасвим основаном чини се тврдња В. Димитријевића да је сваки акт тероризма одређен односом према власти и да је према томе политички.[14] Иако политичку суштину понекад може замаглити разноликост форми, тиме се суштина неће променити. Гледиште према коме је политичка компонента један од битних елемената тероризма дели највећи број аутора који су изучавали овај феномен. Ово гледиште се може запазити и у билатералним уговорима, као и законодавствима великог броја земаља.

Код класичне криминалне активности, тероризам се јавља у стицају са користољубивим деликтима: то су посебно разбојнички напади, узимање талаца, уцена или подметање експлозива, претње да ће неки објекат бити дигнут у ваздух, паљевине предузећа, робних кућа, хотела итд.

Као битни узрочни фактори тероризма наводе се :

- раскорак између очекивања и могућности испуњења циљева друштвених група у условима постојећих друштвених економских и политичких промена;
- национално-ослободилачке тенденције, освешћења и кохезије;
- идентификација терориста са мултирасном, националном или религијском заједницом;
- искуства из процеса деколонизације као облика политичке и идеолошке борбе против империјализма.

Због немогућности да се до краја прецизно дефинише, тероризам се уобичајено одређује прагматично, и то углавном за потребе законодавца (инкриминације могу бити садржане само у кривичном закону, затим упоредо: у кривичном и у посебним законима, или искључиво у посебном закону). Даље је могуће да буде прописано посебно дело тероризма уз додатне облике кажњивих понашања. Најзад, не мали број законодавстава познаје дела различитих напада са елементима тероризма, без посебне инкриминације те врсте и безбедносних институција.[15]

[13] Ово гледиште се може наћи у одлуци Савета Друштва народа којом је 10. децембра 1934. године формиран Комитет експерата са задатком да изради нацрт међународне конвенције којом би се омогућило кажњавање активности или злочина предузетих или извршених у циљу политичког тероризма.

[14] В.Димитријевић, *Тероризам,* Београд 1982, 26.

[15] У овом слислу карактеристична је дефиниција коју користе аналитичке службе америчке обавештајне заједнице за статистичко праћење транснационалног тероризма. Они под овим појмом подразумевају примену или претњу применом посебне врсте насиља које побуђује узнемирење, а служи политичким циљевима појединца или групе, без обзира на

У нашем кривичном законодавству, новелом КЗСФРЈ из 1973. године уведена су три кривична дела тероризма која су преузета и у Кривични закон из 1974. године, да би изменама и допунама КЗСФРЈ из 1990. године у Кривични закон била уведена још три нова кривична дела, тако да у данас важећем Основном кривичном закону постоје шест кривичних дела против тероризма и то су: тероризам из члана 125; међународни тероризам из члана 155а; угрожавање лица под међународном заштитом из члана 155б; узимање талаца из члана 155в; отмица ваздухоплова из члана 240 и угрожавање безбедности лета ваздухоплова из члана 241.

Кривично дело тероризма садржано у глави XV Основног кривичног закона[16], у којој су садржана још нека кривична дела која се третирају као политичка кривична дела и која имају низ специфичности, почев од организованости и планирања криминалне делатности, степена друштвене опасности, средстава извршења, објеката напада, насталих последица, кажњавања припремних радњи код неких дела, намере и циља учиниоца, до врсте и висине казне, услова за вршење издржавања затворске казне и искључења учинилаца ових кривичних дела из екстрадиције, тј. уживања права азила. Према законској дефиницији кривично дело тероризма може извршити свако лице које, у намери угрожавања уставног уређења или безбедности земље, изазове експлозију или пожар или предузме другу опште опасну радњу или акт насиља којим је створено осећање несигурности код грађана. Код тероризма као и код неких других кривичних дела из ове главе, намера угрожавања уставног уређења или безбедности земље

то да ли су деловали у корист успостављених државних власти, или против њих, када таква акција има за циљ да утиче на ставове и понашање групе (која је и предмет напада такве акције), која је шира од непосредних жртава, и када због држављанства или иностране везе извршилаца, места извршења, природе институционалних или људских жртава, или механизама, њени оквири прелазе националне оквире.

Федерални истражни биро САД-а дефинише тероризам као незакониту употребу силе или насиља против имовине и лица са застрашивањем и приморавањем владе, цивилне популације или неког њиховог сегмента са циљем остваривања политичких или социјалних циљева.

State Department дефинише тероризам на мало другачији начин. Према њима тероризам је унапред смишљено политички мотивисано насиље извршено против цивилних циљева од стране суб-националних група или тајних агената, обично са покушајем да утичу на ширу јавност.

Америчко министарство одбране дефинише тероризам као прорачунату употребу насиља или застрашивања насиљем у циљу уливања страха, покушај да се принуде или застраше владе или друштва у тежњи ка остваривању општих политичких, верских или идеолошких циљева.

[16] Основни кривични закон (до 2003. Кривични закон СРЈ), Службени лист СФРЈ 44/76, 36/77, 56/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90, 54/90 и Службени гласник РС 39/2003.

је инкорпорисана у биће кривичног дела и она се мора доказати, јер у супротном ово кривично дело неће постојати.

Кривично дело тероризма, уколико је у вези са две или више држава, било по основу радње извршења, настале последице или постављених циљева, било по неком другом основу, прелази границе једне државе и добија карактер међународног тероризма.[17]Кривично дело тероризма које под наведеним условима може да добије карактер међународног тероризма, треба разликовати од кривичног дела под називом међународни тероризам које је предвиђено у глави 16 Основног кривичног закона. Према законском одређењу кривично дело међународног тероризма може извршити свако лице које, у намери да нашкоди страној држави, ослободилачком покрету или међународној организацији, изврши отмицу неког лица или неко друго насиље, проузрокује експлозију или пожар или каквом општеопасном радњом или општеопасним средством изазове опасност за живот људи и имовину велике вредности.

Уколико се упореде кривично дело тероризма и међународног тероризма долази се до констатације да су радње извршења исте или сличне (разлика је у радњи отмице код међународног тероризма), али да је различита намера учиниоца и настала последица, односно испољени циљ учиниоца. Кривично дело међународног тероризма је у наше кривично законодавство уведено 1990. године и није систематизовано у глави 15 Основног кривичног закона што га, у кривичноправном смислу искључује из области кривичних дела која по свом заштитном објекту спадају у област политичког криминалитета. Иако суштински, кривично дело међународног тероризма представља међународни терористички акт, избегавањем његовог формално правног везивања за политички криминалитет, уствари се омогућава екстрадиција његовог учиниоца и сарадња са Интерполом, и то без обавеза претходног утврђивања међународног карактера терористичког акта, као што је то случај код кривичног дела тероризма.

Савет Европе је одмах након напада на САД 11. септембра 2001. године усвојио План активности који је између осталог предвидео усвајање Оквирне одлуке о борби против тероризма. Политички споразум о Оквирној одлуци о борби против тероризма постигнут је 7. децембра 2001. године,

[17] Да ли је тероризам унутрашњег карактера, тј. да ли се односи само на једну државу, или има интернационално обележје, веома је битно са становишта укључивања Интерпола у његово сузбијање, с обзиром да до такве сарадње долази само у оним случајевима када је у питању међународни тероризам.

док је одлука формално усвојена 13. јуна 2002. године.[18] Државе чланице ЕУ схватиле су да је ради ефикасне борбе против тероризма потребно ускладити национална законодавства држава чланица тако да се на истоветан начин дефинише тероризам[19] као и са њим повезани облици кривичних дела (нпр. појам терористичке групе). Поред тога, државе су схватиле

[18] Оквирна одлука Савета о борби против тероризма од 13. јуна 2002. (2002/475/JXA), Official Journal of the European Communities 164/3 од 22. јуна 2002, 3-7.

[19] Неопходно је на овом месту навести и дефиниције тероризма које су садржане у посебним законима о тероризму у појединим земљама као што су САД-у, Енглеска и Канади, иако је од ових земаља само Енглеска чланица ЕУ. Тако је у **САД-у** Уредбом о војним судовима (President G.Bush, Military Order, http://wwwwhite.house.gov/news/releases/2001/11/200111113-27.html) веома неодређено дата дефиниција тероризма или терористе. Дефиниције које пружа ова Уредба су готово једнодимензионалне и тичу се тероризма каквог спроводи Al Quaeda. Уредбом се одређује да су појединци на које се она односи „појединци који нису амерички грађани, за које председник писмено утврди да постоји оправдана сумња да је појединац био или јесте члан организације познате као Al Quaeda, суделовао и помагао, планирао или извршио акте интернационалног тероризма или учествовао у њиховој припреми...; или свесно помагао претходно описане појединце" (President G.Bush Military Order, Sec.2.). Дакле, уредба се не односи само на незаконите борце који се већ налазе у притвору, него се односи на далеко ширу групацију из које су искључени само амерички држављани, додуше не нужно.

У **Канади** је донет Закон за борбу против тероризма (Anti-terrorism Act, http://www canada.justice.gc.ca/en/news/nr/2001/doc-27787.html) који дефинише терористичку активност као активност спроведену у Канади или изван ње, а којом се прекршила једна од десет антитерористичких конвенција УН. Дефинисањем тероризма закон обједињује начине и разлоге спровођења тероризма на тај начин што одређује да је тероризам свако убиство, озбиљна повреда лица, оштећење имовине које је извршено због политичких, религиозних или идеолошких уверења (Anti-terrorism Act:Part II, 1:83.01) У терористичке активности се убрајају завере и покушаји или претње тероризмом, док су искључене оправдане акције као дела извршена у оружаном сукобу или дела извршена од стране оружаних снага државе унутар службене дужности.

У **Енглеској**, Актом о тероризму (Terrorism Act 2000, http://www.hmsogov.uk/acts/acts 2000/00011-b.htm) уведена је нова дефиниција тероризма која се може примењивати на домаћи тероризам унутар Велике Британије и на међународни тероризам. Према овој дефиницији терористичка активност је спровођење или претња активношћу, планирана тако да утиче на власт или уплаши јавност или њен део. Циљ спровођења или претње активношћу је резултат политичких, верских или идеолошких уверења. Такве активности се тичу овог закона: уколико су повезане са озбиљним насиљем над лицем или лицима, ако узрокују озбиљну материјалну штету којом се угоржава живот лица; ако извршене активности стварају озбиљну опасност за здравље и сигурност јавности или његовог дела или је намера да се озбиљно омета или озбиљно оштети електронски систем. Активности које се спроводе уз помоћ ватреног оружја или експлозива су терористичке без обзира на испуњење наведених одредаба. Активности укључују и оне извршене ван Велике Британије од стране било ког лица, на штету било ког лица или било ког поседа, било где, у вези и са другим земљама осим Велике Британије и у вези са влашћу Велике Британије, њеног дела или других земаља.

да је потребно извршити усклађивање националних законодавстава у погледу система казни како би спречили извршиоце кривичног дела тероризма да користе разлике националних законодавстава. У том смислу, Оквирна одлука тражи од држава чланица увођење казни за физичка и правна лица који су извршили или су одговорни за извршење кривичног дела тероризма.

Оквирном одлуком се по први пут за целокупни простор ЕУ уводи јединствена дефиниција тероризма. Дефиниција осим основног појма дефинише и разне друге појавне облике као што су терористичке групе, помагање, суделовање и покушај извршења терористичког акта.

Кривично дело тероризма, односно терористички акт дефинише се као акт који, с обзиром на своју природу и контекст, може озбиљно наштетити држави или међународној организацији и који је извршен са намером: 1) озбиљног застрашивања становништва; 2) незаконитог изнуђивања (присиљавања) владе или међународне организације да нешто чини или да се суздржи од неког чина; или 3) озбиљног дестабилизовања или уништавања темељне политичке уставне или привредне структуре земље или међународне организације. Сам терористички акт остварује се, уствари, извршењем обичног кривичног дела коме управо намера даје терористичку квалификацију. Кривично дело тероризма се може остварити:

1. нападом на живот лица који може проузроковати смрт;
2. нападом на физички интегритет лица ;
3. отмицом или узимањем талаца;
4. проузроковањем екстензивних разарања владиних или јавних објеката, транспортног система, инфраструктуре, укључујући информацијске системе, фиксне платформе на епиконтиненталном појасу, јавна места или приватну имовину са вероватноћом угрожавања људских живота или са учинком значајне привредне штете;
5. отмицом авиона, брода или другог средства јавног превоза ;
6. производњом, поседовањем, стицањем, превозом, снабдевањем или коришћењем оружја, експлозива или нуклеарног, биолошког или хемијског оружја;
7. испуштањем опасних супстанци или проузроковањем пожара, експлозија или поплава које имају за последицу угрожавање људских живота;
8. претњом да ће се извршити било које од горе наведених дела.[20]

[20] Видети чл. 1 Оквирне одлуке Савета о борби против тероризма од 13. јуна 2002. (2002/475/JXA),Official Journal of the European Communities 164/3 од 22.јуна 2002, 4.

Оквирна одлука, као кривична дела која су повезана са тероризмом наводи тешку крађу, фалсификовање докумената и изнуђивање ради припреме или извршења кривичног дела тероризма. Такође, поред основног облика кривичног дела, одлука такође тражи од држава чланица да осигурају одговарајуће кажњавање подстрекавања, помагања тероризма и покушај кривичног дела тероризма.[21] Али, државе чланице су из примене Оквирне одлуке изричито изузеле војна деловања за време оружаних сукоба. Посебно тешким облицима кривичног дела тероризма треба сматрати терористички акт који је извршен на посебно окрутан начин, против више лица или против лица која су посебно изложена терористичким нападима.

Терористичку групу Оквирна одлука дефинише као структуирану групу коју чине више од два лица, успостављену на одређени временски период и која делује споразумно на извршењу терористичког дела. Структуирана група је она која није створена случајно за непосрдено извршење неког кривичног дела, и која не мора имати формално дефинисане улоге за своје чланове, континуитет чланства или развијену структуру. Разликују се два основна облика кривичног дела терористичке групе: а) вођење терористичке групе и б) учествовање у активностима терористичке групе (што укључује снабдевање информацијама или материјалом или финансирање активности) са знањем да ће такво учествовање допринети криминалним активностима групе (чл. 2 одлуке).

Одлука уводи јединствен систем казни којим би се требало осигурати унификовано кажњавање извршилаца терористичких аката на целом подручју ЕУ. С обзиром на распон казни разликују се три категорије кривичних дела која су повезана са тероризмом. Први и најтежи облик кривичног дела је вођење терористичке групе, затим учествовање у терористичкој групи и коначно сва остала кривична дела која су допринела извршењу терористичког акта (нпр. крађа експлозива који је касније употребљен у терористичком нападу). За вођење терористичке групе прописује се да казна не сме бити мања од 15 година затвора, док се за учествовање у терористичкој групи одређује да та казна не сме бити мања од 8 година. За остала дела повезана са тероризмом одређује се да ће се одмеравати строже казне од оних које се иначе изричу за обичне облике таквих дела. Тако ће се за нпр. кривично дело крађе извршено ради извршења терористичког акта одредити строжа казна од оне која се иначе одређује за обичну крађу.

Поред физичких лица за терористички акт је предвиђена и одговорност правног лица. То ће бити у случају када је кривично дело тероризма извршено у интересу или у корист одређеног правног лица. Такође,

[21] Видети чл. 4 Оквирне одлуке Савета о борби против тероризма од 13. јуна 2002. (2002/475/JXA), Official Journal of the European Communities 164/3 од 22. јуна 2002, 4.

правно лице је одговорно за пропуштање спровођења надзора и контроле које је омогућило извршење кривичног дела. Кажњавање правног лица може осим новчаних казни укључивати и забрану примања јавних подршки, привремену или трајну забрану деловања, одређивање судског надзора и ликвидацију предузећа.

Оквирна одлука предвиђа и ситуације у којима може доћи до ублажавања казни. Ублажавање казни је могуће у случају давања таквих информација до којих надлежни органи иначе не би могли доћи на други начин. Ублажавање казне је могуће и у случају спречавања односно ублажавања последица терористичког акта, идентификације или предаје осталих извршилаца, као и у случају спречавања извршења нових терористичких аката.

Закључно се може рећи да је усвајање јединствене дефиниције тероризма[22] и јединственог система казни за извршиоце терористичких аката, представља важан корак у изградњи ЕУ као простора слободе, сигурности и правде. На државама чланицама је обавеза да донесу одговарајуће прописе којима ће пренети садржај Оквирне одлуке у национална законодавства. Своје национално законодавство са овом Оквирном одлуком могу једнострано ускладити и оне државе које нису чланице ЕУ. То се посебно односи на оне државе које теже чланству у ЕУ где спада и Државна заједница Србија и Црна Гора.

Борба против тероризма на нивоу Европске Уније

Борба против тероризма на нивоу ЕУ није почела 11. септембра 2001. године. Наиме, Савет Европе је већ 1975. године основао ван својих формалних структура тзв. Треви групу која је била форум за сарадњу министарстава унутрашњих послова и полицијских служби. Основна делатност Треви групе се односила на размену информација о терористичким активностима, безбедносним питањима ваздушног саобраћаја, нуклеарних и разних других осетљивих циљева.[23] Мандат Треви групе је 1980. године про-

[22] Кривично дело тероризма, односно терористички акт се Оквирном одлуком дефинише као акт који, с обзиром на своју природу и контекст, може озбиљно нанети штете држави или међународној организацији, и који је извршен са намером озбиљног застрашивања становништва, или незаконитог присиљавања владе или међународне организације да нешто чини или да се суздржи од неког чињења, или озбиљног дестабилисања или уништавања основне политичке, уставне или привредне структуре земље или међународне организације.

[23] S. Hix, *The political system of the European Union*, The EU Series, New York 1999, 316.

ширен и на друга тешка кривична дела као што је организовани криминал, а уговором из Мастрикта укључена је у формалну структуру ЕУ у одредбе о правосуђу и унутрашњим пословима. Поред тога, Уговор из Амстердама из 1997. године одређује да је циљ ЕУ пружање високог степена безбедности својим грађанима, а који се између осталог постиже сузбијањем разних облика кривичних дела као што су тероризам, организовани криминал и др, путем тешње сарадње правосудних, полицијских и царинских служби држава чланица, сарадњом са Еуруполом и уједначавањем казненог законодавства држава чланица. Осим тога, ЕУ је усвојила низ правних аката у циљу сузбијања тероризма и организованог криминала. Тероризам је споменут у Закључцима Савета Европе од 16. 10. 1999. године[24] и у Закључцима Савета Европе из од 20. 06. 2000. године.[25] Даље је потребно споменути и Одлуку Савета од 03. 12. 1998. године којом се у надлежност Еуропола стављају кривична дела која су извршена или која ће вероватно бити извршена ради извршења терористичких активности, Препоруку Савета од 09. 12. 1999. године о сарадњи у борби против финансирања терористичких група. Може се рећи да је напад на САД дао снажан подстицај убрзавању раније започетих процеса јачања сарадње полицијских и правосудних органа и усклађивања европског законодавства, а у циљу ефикаснијег сузбијања тероризма и организованог криминала.

Процес доношења одлука на нивоу ЕУ, укључујући одлуке које су усмерене на борбу против тероризма, значајно је детерминисан њеном сложеном структуром. О сложености овог процеса сведочи и чињеница да је од доношења политичке одлуке 15.12.2001.године, па до формалног усвајања Европског налога за хапшење прошло шест месеци. Исто је било и у вези Оквирне одлуке о борби против тероризма. Наиме, предметне одлуке су формално усвојене тек 13.06.2002.године на Савету министара правосуђа и унутрашњих послова у Луксембургу, с обзиром да се чекало да неколицина држава чланица у складу са својим националним прописима, изнесе наведене одлуке пред националне парламенте.[26] Након формалног усвајања предметних одлука до њиховог ступања на снагу је прошло још два месеца, наиме, Европски налог за хапшење је ступио на снагу тек 07. 08. 2002. године.

[24] http://ue.eu.int/Newsroom/LoadDoc.asp?BID=76&DID=59122&LANG=1

[25] http://ue.eu.int/Newsroom/LoadDoc.asp?BID=76&DID=62050&LANG=1

[26] У случају Европског налога за хапшење парламентарну процедуру су спроводиле Данска, Холандија, Шведска и Велика Британија, док су у случају Оквирне одлуке о борби против тероризма то биле Шведска, Данска и Ирска. Наведено изношење одлука пред парламенте треба разликовати од поступка ратификације међународних уговора.

Борба против тероризма спада у надлежност сва три стуба Европске заједнице.[27] Европска Заједница се првенствено бави привредним и финансијским аспектима борбе против тероризма. Други стуб ЕУ омогућава дипломатско и војно деловање (ово друго је још увек у развоју), односно суделовање у глобалној коалицији против тероризма, као и склапање разних међународних уговора о сарадњи у борби против тероризма. Трећи стуб се првенствено односи на полицијску и правосудну сарадњу и укључује усклађивање законодавства држава чланица ради омогућавања што ефикасније борбе против тероризма.

Међу важнијим документима које је ЕУ усвојила у оквиру Заједничке спољне и безбедоносне политике као одговор на тероризам треба истаћи:

- Заједничко становиште[28] Савета о борби против тероризма 2001 /930/CFSP[29];
- Заједничко становиште Савета о примени посебних мера у борби против тероризма 2001/931/CFSP;
- Одлука Савета[30] о спровођењу посебних мера полицијске и правосудне сарадње у борби против тероризма на основу чл.4. Заједничког становишта 2001/931/CFSP.

У борби против тероризма, од предвиђених правних инструмената трећег стуба, Савет се одлучио за оквирне одлуке, усвојивши Оквирну одлуку о борби против тероризма, и Оквирну одлуку о Европском налогу за хапшење. Осим правних инструмената који су предвиђени у уговору, Савет је у свом деловању често користио и друге правне инструменте као што су: резолуције, декларације и закључци.

---

[27] Правни систем и структура ЕУ су врло сложени, па се често ЕУ приказује као Грчки храм сачињен од три стуба:

1. Стуб Европских заједница (Европске заједнице, Европске заједнице за угаљ и челик и Euроатома);
2. Стуб Заједничке безбедносне и спољне политике (Common Foreign and security policy - CFSP) који је регулисан главом V Уговора о ЕУ;
3. Стуб који се зове Простор слободе, сигурности и правде (Area of Freedom, Security and Justice) који је регулисан главом VI Уговора о ЕУ.

[28] Заједничко становиште је један од четири врсте аката које савет доноси (поред оквирне одлуке, одлуке савета и конвенције) и њиме се дефинише приступ ЕУ конкретној проблематици.

[29] Заједничко становиште Савета видети у: Official Journal No.344, 28/12/2001, 0090-0092.

[30] Одлука Савета, као и Оквирна одлука нема директни учинак и доноси се када се жели остварити неки циљ на подручју правосуђа и унутрашњих послова, а који се не односи на усклађивање законодавства држава чланица. Одлуке су обавезујуће.

Борба против финансирања тероризма је подразумевала усвајање правних инструмената два стуба ЕУ: стуб ЕЗ и CFSP. Савет је 27. 12. 2001. године у писаној процедури усвојио четири документа (два заједничка становишта, уредбу и одлуку) који се односе на борбу против тероризма.[31] Ради се о следећим документима:

– Заједничко становиште Савета о борби против тероризма – 2001/930/CFSP. Овај документ има за циљ спровођење Резолуције Савета безбедности УН 1373 (2001) којом је тероризам проглашен претњом миру и безбедности, и којом су одређене мере за борбу против тероризма односно његовог финансирања. Ради се о општем документу у коме се тражи инкриминисање прикупљања новчаних средстава ради финансирања тероризма и замрзавање фондова, финансијских средстава и привредних ресурса лица и предузећа повезаних са тероризмом. Државе чланице су овим становиштем обавезане да што пре постану странке релевантних међународних конвенција чији је попис дат у анексу документа.[32]

– Заједничко становиште Савета о примени посебних мера у борби против тероризма – 2001/931/CESP. Овим документом се омогућава европској заједници да нареди замрзавање финансијских средстава правних и физичких лица укључених у листу у анексу документа. Имена лица и група укључена у листу редовно ће се преиспитивати (најмање једном у шест месеци), како би се установило да ли постоје основи за њихово задржавање на листи. Поред тога овај документ дефинише лица, групе и ентитете укључене у тероризам и сам акт тероризма.

– Уредба Савета о примени посебних рестриктивних мера у односу на одређена лица и ентитете у циљу борбе против тероризма.[33] Да би се могло спровести Заједничко становиште Савета (2001/931/CESP) било је потребно усвојити ову Уредбу као меру потребну за деловање на нивоу ЕЗ. Како уговорне одредбе нису унапред предвиделе потребна овлашћења за деловање Заједнице на овом подручју, Савет је правни основ за доношење Уредбе нашло у чл. 308 Уговора о ЕЗ. Предметни члан омогућио је Савету предузимање мера потребних за остваривање циљева Заједнице. Уредба је обавезујућа у целини, и директно се примењује у свим државама чланицама.

---

[31] Доношење одлука писаном процедуром је прописано у чл.12 Правила поступка Савета (Council`s Rules of Procedure 2000/396, EC,ECSC, Euroatom.). У том случају не долази до одржавања састанка, већ се о предметном документу писано шаљу гласови, с тим да је за усвајање документа потребна сагласност свих држава чланица. Документи су објављени у службеном листу ЕУ.

[32] О овоме више видети: К. Туркаљ, *Борба против тероризма на разини европске уније*, Хрватска правна ревија бр.10/2002.

[33] Council Regulation on specific restrictive measures directed against certain persons and entities with a view to combating terrorism No.2580/2001/EC.

– Одлука Савета којом се успоставља листа лица и група осумњичених за тероризам – 2001/927/ЕС. Овај правни акт садржи листу лица и група на које се примењује претходна Уредба Савета.

Савет Европе је убрзо након напада на САД 2001. године усвојио План активности, који међу осталим предвиђа усвајање Оквирне одлуке о борби против тероризма. Политички споразум о овој Оквирној одлуци постигнут је 07.12.2001. године, а одлука је формално усвојена 13.06.2002. године.[34]

Међународна сарадња

Међународна сарадња се сматра једним од кључних фактора у ефикасном сузбијању тероризма, али се она не сме свести само на уобичајену правну помоћ, јер су њени ефекти слаби, већ постоји потреба за међународном сарадњом у најразличитијим облицима (полицијска сарадња, сарадња између држава посредством разних регионалних и међународних институција и сл.). Међународна сарадња у сузбијању тероризма се мора одвијати у складу са принципом заштите суверености државе, што се заснива на одредбама Конвенције УН-а против транснационалног организованог криминала[35], сходно којима су државе потписнице дужне да своје обавезе произашле из ове конвенције извршавају на начин који је у складу са начелима суверене равноправности и територијалног интегритета државе, као и начела немешања у унутрашње ствари других држава (чл. 4 ст. 1).

Успешна борба против тероризма директно је условљена међународном сарадњом надлежних органа, а велики значај у тој сарадњи имају и међународне и регионалне организације о којима ће посебно бити речи. На овом месту у раду биће речи о облицима међународне сарадње и о улози најзначајнијих међународних и регионалних организација на овом плану.

а) Полицијска сарадња

У борби против тероризма изузетно велику улогу игра међународна полицијска сарадња која се са оправдањем сматра темељем ове борбе. Најстарија организација међународне полицијске сарадње је ***Интерпол***. Осим

[34] Оквирна одлука Савета о борби против тероризма од 13.06.2002 (2002/475/JHA), Official Journal of the European Communities, L.164/3,22.06.2002, 3-7.

[35] Конвенција УН против транснационалног организованог криминала од 15.12.2000. године са додатним протоколима, Службени лист СРЈ – Међународни уговори 6/2001.

тога, у Европи је основан ***Еуропол*** 1975. године, а на британску иницијативу је основана Група за борбу против међународног тероризма, радикализма и екстремизма – ***TREVI група***. На подручју опште безбедности сарадња се састоји у следећем: размена информација о актима насиља, терористичким плановима и активностима и пружању помоћи у конкретним случајевима, размена техничких искустава полицијских службеника, усавршавање образовног система за полицију, сарадња у заштити цивилног ваздушног саобраћаја, заштита и сигурност грађана, заштита цивилних нуклеарних електрана и сигурност цивилног транспорта нуклеарног материјала, сарадња у спречавању природних катастрофа и несрећа. TREVI група, централна и националне управе су основане у земљама Европске Уније и оне имају саветодавну улогу националних државних органа. 1985. године потписан је Шенгенски споразум између Белгије, Француске, Луксембурга, Холандије и Немачке ради међусобног укидања граничних контрола. Ускоро се групи придружила и Италија, а данас овај споразум обухвата све чланице Европске Уније. Реализација споразума је започела 1990. године а састоји се у уједначавању уговора о полицијској сарадњи на превенцији криминала и трагању за извршиоцим криичних дела, успостављању заједничког компјуерског система података за проналажење лица и ствари (SIS-шенгенски информациони систем), убрзавању и поједностављењу међусобне помоћи у кривичним поступцима, побољшању сарадње међу националним полицијама, усклађивању закона који се односе на дроге, оружје и експлозиве и регистрацију путника који одседају у хотелима.

Постоје и други институционализовани облици међународне полицијске сарадње у Европи. Пре свега ту је од 1969. године тзв. ***Бернски клуб***, који представља информативно средиште шефова служби безбедности Швајцарске и Европске Уније са главним задатком да раде на сузбијању организованог криминала, па самим тим и тероризма. ***Бечки клуб*** основан је 1978. године (Аустрија, Француска, Италија, Немачка, Швајцарска, а од 1989. године и бивша Југославија; а данас укупно 28 земаља) ради сузбијања тероризма, контроле граница, азиланата итд.

Што се тиче међудржавне полицијске сарадње, она се обично своди на комуницирање посредством Интерпола и Еуропола. Неколико земаља у Европи је поставило официре за везу у другим земљама и неформални контакти се користе на ad hoc основи. Формално, информације се размењују само на основу билатералних и мултилатедралних уговора, а у одсуству таквих уговора, између држава потписница Конвенције УН против транснационалног организованог криминала, ова Конвенција се сматра основом за међународну сарадњу.

У оквиру ЕУ, Еуропол обезбеђује подршку и помоћ домаћим органима који се боре против организованог криминала. Еуропол доноси извештаје о актуелној ситуацији организованог криминала истовремено формирјући заједничку базу података за све државе чланице.

У оквиру Шенгенске конвенције која се примењује у већини држава чланица Европске уније, Шенгенски информациони систем дозвољава националним органима који примењују законе да размењују базе података у вези многих кључних питања скоро моментално са својим колегама у другим земљама. Систем садржи око 50.000 терминала у државама чланицама. Осим тога, између држава чланица дозвољена је прекогранична «жестока» полицијска потера, укључивање у мере надзора на територији друге државе и укључивање у меру контролисане испоруке.

а.1. Интерпол и његова улога у борби против тероризма

Што се тиче борбе против тероризма, улога Интерпола је несумњива. На 54. Генералној Скупштини у Вашингтону 1985. године усвојена је Резолуција AGN/54/RES/1 којим је предвиђено формирање специјализоване групе у оквиру Полицијске дивизије за сарадњу и размену информација у борби против тероризма. Истом Резолуцијом је предвиђена израда приручника - упутстава који садржи у главним цртама практичне могућности које постоје за сарадњу у случајевима тероризма.

Public Safety и ***Terrorism Sub-Directorate (PST)***[36] су специјализоване

[36] 1986. године је у оквиру Интерполовог Генералног секретаријата (Interpol`s General Secretariat - IPSG) формиран Европски секртаријат (European Secretariat) који је требао да омогући полицијску сарадњу у Европи. 1988. године Европски Секретаријат је добио додатно овлашћење поступајући од тада као европски Биро за везу (European Liasion Bureau), које се састојало у задатку да на подручју Европског региона створи јединствену везу. Са реорганизацијом IPSG-а септембра 2001. године, европски Биро за везу је постао Под-директорат (Sub - Directorate) за Европу и накнадно му је придодат Директорат за регионалне и националне службе (Directorate for Regional and National Police Services). У његов састав тренутно улази осам полицијских службеника из Немачке, Француске, Белгије, Словеније, Швајцарске и Русије. Овај Под-директорат за Европу организује службе и помоћ свим европским државама чланицама Интерпола. Његов задатак је да допринесе јачању полицијске сарадње између европских држава чланица Интерпола. Он ради на основу Европског пословног плана (European Business Plan). и његови главни задаци су:

- организовање активности као што су European Regional Conference, Interpol European Committee, European Contact Officers meeting, и ad hoc радне групе;
- реализовање повезаних активности за државе чланице и Генерални секретаријат. Свака европска држава чланица је именовала службеника за контакт. За ове службенике се сваке године организује састанак у Генералном секретаријату;
- кооперација и координација поступака и активности у оквиру европске Регионалне Иницијативе (European Regional Initiatives);

групе у оквиру Интерпола у чију надлежност спада: тероризам; ватрено оружје и експлозиви; напади и претње цивилним ваздухопловима; пиратство; оружје за масовно уништење.

Најшира могућа сарадња и размена информација подстакнута је од стране две горе наведене специјализоване групе и оне максимално користе Интерполову комуникацијску мрежу и централну базу података у циљу да обезбеде да све информације које приме, прођу детаљне анализе, и да одговоре на захтеве држава чланица. Ове две специјализоване групе такође одржавају чврсте везе са великим бројем међународних организација, органима и радним групама које се такође на различите начине боре против тероризма.

Неопходност и важност регионалних организација као што су Европол, ASEANAPOL (Јужна Азија), SARPPCO (Јужна Африка) је евидентна и посебно корисна у борби против тероризма. Али, ове организације такође требају приступ осталим деловима света и информацијама које поседује Интерпол. Стратегијски план такође предвиђа да Интерпол треба да обезбеди бољу координацију са овим регионалним организацијама.

а.2. Европол и његова улога у полицијској сарадњи

Европол је формиран октобра 1998. године. То је међународна организација са седиштем у Хагу. Основни задатак Европола је да обезбеди ефикасну сарадњу између надлежних органа у државама чланицама у превенцији и борби против тероризма, незаконите трговине дрогом и других опасних форми међународног криминала тамо где постоје фактичке индиције да су организоване криминалне структуре умешане, и две или више држава чланица су „заражене“ овим криминалитетом на такав начин који захтева заједнички приступ држава чланица у борби против ових кривичних дела. После формирања Европола подручје његовог деловања је било успешно проширивано у правцу укључивања терористичких активности и прања новца. Основни задаци Европола су: олакшавање размене информација између држава чланица; прикупљање, обрада и анализа информација

- саветодавна улога у вези са законским и техничким могућностима за истраживање и објављивање брошура о Европској полицији и судским системима;
- пружање помоћи у размени релевантних полицијских информација и координација у текућим истрагама када за тим постоји потреба;
- организовање пројеката на специфичним пољима и пружање помоћи ad hoc радним групама,
- посећивање држава чланица у циљу идентификације проблема и пружања помоћи у тешкоћама приликом сарадње.

и обавештајних података; означавање надлежних органа у државама чланицама; пружање помоћи у спровођењу истрага државама чланицама прикупљањем релевантних информација; формирање компјутеризованог система прикупљених информација.

Европол је такође задужен за пружање помоћи у вођењу истрага надлежних органа у државама чланицама, за обезбеђење савета за истраге, и обавештајних података у циљу пружања помоћи у ефикасном коришћењу извора података доступних на националном нивоу за оперативне активности. У овом циљу, Европол може помоћи државама чланицама кроз организовање тренинг-обуке и техничко опремање надлежних органа, као и подучавање у примени превентивних метода, техничких и форензичких полицијских метода и полицијских поступака.

Што се тиче борбе против тероризма, у оквиру Европола постоји посебна јединица - **Europol`s Counter Terrorism Unit** која игра у овој борби кључну улогу и она је фокусирана на Европску перспективу у вези са тероризмом. Европол оријентише рад својих служби у складу са потребама држава чланица и Европске уније, вршећи оперативне и стратегијске анализе. Ова јединица покрива следеће програме:

1. Counter Terrorism Program - CTP

У оквиру овог програма Европол прати развој тероризма на одређеним подручјима и анализира прикупљене информације са стратегијског и оперативног аспекта. Овај програм се односи и на неке форме екстремизма уколико он има насилне тенденције које погађају европске политичке или економске интересе.

2. Counter Proliferation Program - CPP

Овај програм укључује све форме незаконите трговине нуклеарним материјалом, радиоактивним отпадом, оружјем, миницијом и експлозивима као и оружјем за масивно уништење. Европол на овом подручју спроводи исте активности као и у претходно споменутом програму и фокусира се на европску перспективу.

3. Networking Program - NP

Основи за довољну сарадњу у борби против тероризма и друга подручја државне безбедности су поверење и међусобни ослонац између партне-

ра који сарађују. Циљеви овог програма су успостављање редовних контаката и чврстих односа јединица које се у државама чланицама боре против тероризма, као и односа ових јединица са међународним организацијама.

4. Preparedness Program - PP

Формирање противтерористичких снага као реакција на 11. септембар и напад на САД је показао како је тешко адекватно одговорити користећи мултилатералне приступе и многе субјекте. Европол је из овога научио да треба да развије методологију рада заједничких тимова и да припреми инфраструктуру за будуће противтерористичке снаге.

5. Training and Education Program - TEP

Да би се обезбедио ефективан одговор није довољно развити само методологију. Неопходни су тренинзи - обуке свим субјектима који се боре против тероризма у циљу њиховог оспособљавања за заједнички рад у мултикултурном окружењу.

Октобра 1999. године у Тампереу (Финска) одржан је самит Европске Уније на коме се између осталог дискутовало о даљим начинима сарадње. Закључци са овог самита су, између осталог, да је неопходно формирати заједничке истражне тимове као први корак у борби против незаконите трговине дрогом, трговине људима и тероризма. Представницима Европола треба дозволити да учествују у таквим тимовима као подршка. Улога Европола треба да буде учвршћена на тај начин што ће му се дозволити да прикупља оперативне базе података од држава чланица и тако што ће се Европол овластити да захтева од држава чланица да иницирају, воде или координишу истрагу, или да формирају заједничке истражне тимове који ће спроводити истраге само за поједина кривична дела уз постојање судске контроле у држави чланици.

б) Сарадња правосудних органа

б.1. Међународна асоцијација органа кривичног гоњења (International Association of Prosecutors)

Међународни контакти између тужилачких органа се заснивају на билатералним и неколико мултилатералних уговора о међународној прав-

ној помоћи. Неформални контакти су олакшани формирањем Међународне асоцијације органа кривичног гоњења (International Association of Prosecutors[37]) и других сличних невладиних организација.

Међународна асоцијација органа кривичног гоњења је формирана јуна 1995. године у оквиру канцеларије Уједињених Нација у Бечу, а формално инаугурисана септембра 1996. године у Будимпешти. Један од главних задатака ове асоцијације је подупирање, «поспешивање» и повећање оних стандарда и принципа који су генерално препознати као неопходни за одговарајуће и независно кривично гоњење извршилаца кривичних дела.У том циљу ова асоцијација је усвојила читав низ стандарда 23. априла 1999.године. Осим тога, Међународна асоцијација органа кривичног гоњења је издала ***Серијал најбоље праксе*** (бр.4) у коме се истиче да је ова асоцијација задужена да пружи помоћ тужиоцима на међународном плану у борби против оганизовног криминала, да обезбеди међународну сарадњу у прикупљању и обезбеђењу доказа. Такође њен задатак је да олакша размену информација између тужилачких органа широм света промовишући на тај начин сарадњу и професионалне односе генерално у глобалној борби против криминала. На деветој редовној конференцији у Сеулу која је одржана од 5-10. септембра 2004. године расправљана је тема: ***Различити системи – заједнички циљеви***. На тој конференцији постигнута је сагласност да је неопходно да ова асоцијација изда брошуру ***Основни водич*** за тужиоце у остваривању међународне правне помоћи у кривичним стварима. Ова брошура треба да олакша сарадњу међу тужиоцима, односно да они у њој могу наћи шта је од правне помоћи доступно и како је тражити од друге државе, да се повећа сарадња током истраге и кривичног гоњења, и да укаже где информације и докази постоје ван националних граница. Ова брошура треба да буде једноставан путоказ за тужиоце за даље учење али је исто тако и веома добар почетак у повећању сарадње у борби против криминала. Ово је изузетно значајно нарочито на подручју сарадње у вези са тероризмом где се све више јавља потреба за међународном првном помоћи. Најчешће постоји и потреба за прибављањем банкарских информација, заједничким истрагама, тајним операцијама надзора, контролисаном испоруком и одузимањем незаконито стечене довити. Наравно, нису сви видови међународне правне помоћи увек доступни, они зависе како од права државе молиље, тако и од права државе којој се упућује захтев.

[37] http://www.iap.nl.com

б.2. Европска правосудна мрежа (European Judicial Network)

У оквиру Европске уније формирана је Европска правосудна мрежа (European Judicial Network[38]) која има задатак да обезбеди директне контакте између правосудних органа у земљама чланицама. Овај систем укључује и компјутеризоване везе између земаља чланица, и током одређеног времена ће вероватно бити обезбеђен аутоматски превод и трансфер захтева. Неколико земаља чланица Европске уније су поставиле магистрате за везу у другим државама са специфичним задатком који се састоји у олакшавању давања одговора на захтеве за екстрадицију и међународну правну помоћ и са генералним задатком да обезбеде међународну сарадњу.

Савет Европе је 1997. године усвојио Акциони план за борбу против организованог криминала који је припремила Група експерата из различитих земаља чланица Европске Уније. Неколико препорука из овог акционог плана има за циљ стварање стандарда за сарадњу између правосудних органа у кривичним стварима. На основу овог акционог плана (препорука бр. 21) између осталих мера, Савет Европе је 29. јуна 1998. године усвојио Заједничку акцију стварања Европске правосудне мреже. Ова мрежа је званично инаугурисана 25. септембра 1998. године од стране аустријског Министра правде и Председника Савета Европе. Ипак, европска судска мрежа представља први практично структуисани механизам судске сарадње у Европској унији који је заиста постао оперативан.

Основни задатак ове мреже јесте да идентификује и повеже она лица из сваке државе чланице која играју фундаменталну улогу у пракси на подручју судске сарадње у кривичним стварима. Осим тога, циљ је и формирање стручне мреже у циљу да се обезбеди адекватно извршење захтева за међународну правну помоћ. Европска правосудна мрежа није концентрисане, динамичке структуре и она има минималну организациону структуру неопходну за њено функционисање, а то је Секретаријат. Због тога је главна карактеристика ове мреже флексибилност. Састављена је од «контактних тачака» држава чланица и Европске Комисије.

Велику тешкоћу у екстрадицији и међународној правној помоћи представља недостатак информација о томе како захтев треба да буде формулисан, када се упућује у другу земљу, и недостатак информација о томе како се развија случај у држави којој је тај захтев послат.

У оним ретким случајевима где тужилац лично познаје свог колегу у другој земљи, неформални канали се могу користити. У оквиру Европске

[38] http://www.eju-crimjust.eu.int

Уније је одлучено да се формира бољи основ за неформални контакт и то је учињено на тај начин што је формирана Европска правосудна мрежа. Ова мрежа се састоји примарно од централних власти који су надлежни за међународну судску сарадњу у кривичним стварима и од судских или других надлежних власти са специфичним овлашћењима у вези са међународном сарадњом. Европска правосудна мрежа има за циљ да обезбеди сарадњу у вези са тешким кривичним делима где је на првом месту тероризам.

Европска правосудна мрежа обезбеђује сарадњу на неколико различитих начина. Као прво, она организује регуларне састанке представника органа за контакт (најмање три пута годишње). На овим скуповима се расправља о основним питањима сарадње и практичним проблемима. Организовање ових састанака у различитим земљама чланицама Европске Уније обезбеђује и друге погодности. Држава-домаћин оваквог састанка може да презентује свој систем за међународну сарадњу, а учесници се међусобно могу упознавати са системима за међународну сарадњу у њиховим земљама. Ово доприноси и стварању поверења у међусобне системе кривичног правосуђа.

Као друго, Европска правосудна мрежа припрема различите материјале за практичаре. Један од таквих веома корисних материјала је CD-rom који садржи информације које врсте помоћи се могу тражити у различитим државама чланицама (нпр.електронски надзор комуникација и сл.) и за која кривична дела, како поставити захтев и ко је лице за контакт. CD-rom такође садржи текстове међународних инструмената и националне легислативе. Такође значајан материјал је и тзв. ***Компјутеризован атлас*** у коме су означени надлежни органи у различитим земљама чланицама, као и њихов делокруг рада у вези са међународном сарадњом. Очекује се да ће у скорије време лица за контакт из свих држава чланица бити повезани међусобно обезбеђеном компјутерском мрежом.

Трећи значајан материјал који обезбеђује Европска правосудна мрежа је ***униформни модел за захтев за међународну кривичноправну помоћ.*** Тренутно се ради на развоју система за аутоматски превод ових захтева и то на главне европске језике.

б.3. Магистрат за везу

Концеп магистрата за везу је заснован на позитивном искуству растуће мреже официра за везу који се користе ради обезбеђења сарадње између надлежних органа у појединим земљама. Официри за везу користе директне контакте да би олакшали и убрзали међународно прикупљање и размену података и то нарочито података стратегијске природе. Амстер-

дамски уговор ЕУ (чл. 30 ст. 2 тачка d) позива Савет Европе да обезбеди споразуме о сарадњи између тужилачких и истражних органа специјализованих у борби против организованог криминала, па самим тим и тероризма у тесној сарадњи са Еуруполом. Као одговор на ово, Савет Европе 22. априла 1996. године усваја Заједничку акцију као оквир за размену магистрата за везу ради обезбеђења судске сарадње.

Магистрат за везу је званични представник власти који поседује адекватно знање у вези са судском сарадњом. Он је стациониран у другој држави на основу билатерланих или мултилатералних споразума и његов задатак је да убрза судску сарадњу и олакша боље међусобно разумевање судских власти држава које су у питању.

Магистрат за везу нема никаква екстратериторијална овлашћења и такође мора у потпуности да поштује суверенитет и територијални интегритет државе домаћина.[39] Магистрат за везу се обично шаље у ону земљу са којом држава има ***„интензиван саобраћај"*** у вези са захтевима за међународну правну помоћ и тамо где разлике у законским системима узрокују одлагања. Француска је земља која је најактивнија у слању у друге државе магистрата за везу, тако да она има магистрате у Немачкој, Италији, Холандији, Шпанији и Великој Британији, али и у земљама које нису чланице Европске уније, а то су: Чешка и САД. Неколико других земаља Европске уније су послале једног или два магистрата за везу: Велика Британија у Француску и Италију; Италија у Француску (тренутно се разматра слање официра за везу у Шпанију и Велику Британију); Холандија у Француску (разматра се слање официра за везу у САД); Финска у Естонију (разматра се слање магистрата за везу у Руску Федерацију); Немачка у Француску, и Шпанија у Португалију. Ван Европске уније према расположивим подацима на Интернету само је Естонија послала магистрата за везу у Финску.

Магистрат за везу има задатак да обезбеди размену информација и статистичких података, да проналази и идентификује проблеме и нађе могућа решења. Он такође има и задатак да указује на законска решења и пружа практичне савете надлежним властима у својој земљи, као и земљи домаћину о томе како захтев за међународну кривичну правну помоћ треба најбоље формулисати у циљу да се осигура правовремен и тачан одговор. Магистат за везу такође треба да идентификује, односно означи лица за контакт која могу да помогну у хитним случајевима. Предности са тачке гледишта државе која шаље магистрата за везу у државу домаћина су бројне. Језички проблеми су редуковани, захтеви за судску сарадњу могу

[39] О овоме више видет: P.B. Heymann, *Two Models of National Attitudes Towards International Cooperation in Law Enforcement*, Harvard International Law Journal vol.31/ 99.

бити разматрани пре него што се магистрат за везу пошаље у другу државу у циљу да се идентификују могући проблеми и постоје основи за обезбеђење поверења у међусобне правне системе.

б.4. Eurojust

Чак и директни контакти који су обезбеђени од стране Европске правосудне мреже и магистрата за везу не могу увек да обезбеде врсту сарадње која је потребна у борби против тероризма. Током протеклих неколико година створена је идеја да се формира независно тело (орган) нешто слично Еуроболу, али на подручју тужилачких и судских органа, у циљу координације, односно обезбеђења сарадње између националних органа кривичног гоњења и ради пружања помоћи истрагама у вези са организованим криминалом, па самом тим и тероризмом. Ова идеја је прихваћена на самиту Еворпске уније у Тампереу (Финска) 1999. године и на овом самиту су се сви сложили да постоји потреба за формирањем оваквог органа. Ипак, појавила су се различита мишљења у вези са конкретним задатком, односно надлежношћу Eurojust-a. Истом приликом је закључено да овај проблем треба да буде решен до краја 2001. године. У међувремену је формирана привремена јединица тзв. Pro Eurojust (Provisional Eurojust) која је почела са радом у Бриселу 2001. године, а која је престала да постоји Одлуком Савета Европске уније о оснивању Eurojust-a.

Одлуком Савета Европске уније од 28. фебруара 2002. године[40] основан је Eurojust у циљу унапређења сарадње између држава чланица, и то нарочито у борби против тешких кривичних дела чији су извршиоци често транснационалне криминалне (терористичке) организације. Правила поступка Eurojust-a су ступила на снагу 14. јуна 2002. године[41], након што их је Савет потврдио на свом састанку од 13. јуна исте године.

Eurojust је тело Европске уније са правним субјективитетом. Ово тело се финансира из општег буџета ЕУ, изузев плата националних чланова које сноси држава чланица из које они потичу. Привремено седиште Eurojust-a налази се у Хагу.

Ради што ефикаснијег постизања својих циљева Eurojust извршава своје задатке путем једног или више националних чланова или делује као Комисија у следећим случајевима:

- када то захтева један или више националних чланова заинтересованих за случај којим се бави Eurojust;

[40] Council Decision of 28 February 2002 setting up Eurojust with a view of reinforcing the fight against serious crime, „Official Journal of the European Communities" (OJ), L 063, 06/03/2002.

[41] Rules of procedure of Eurojust, OJ, C 286, 22/11/2002.

- када случај укључује истраге или кривично гоњење који се тичу целе Европске уније или који могу да утичу и на друге државе чланице, а не само на оне на које тај случај непосредно односи;
- када је доведено у питање постизање циљева Eurojust-a;
- када је то на други начин обезбеђено одлуком о оснивању Eurojust-a.

Када се ради о истрази и кривичном гоњењу која се тиче две или више држава чланица подовом тешких кривичних дела, циљ Eurojust-a јесте да стимулише и унапређује координацију између надлежних власти држава чланица, узимајући у обзир сваки захтев који потиче од надлежне власти државе чланице и сваку информацију коју обезубеди било које надлежно тело. Eurojust такође има за циљ унапређење сарадње између надлежних власти држава чланица, нарочито поспешивање извршења међународне правне помоћи и примене захтева за екстрадицију. На захтев надлежне власти државе чланице, Eurojust такође помаже истраге и кривично гоњење који се тичу само те државе чланице и државе нечланице када је споразум о успостављању сарадње, сходно одредбама одлуке о оснивању Eurojust-a закључен са наведеном државом или ако постоји суштински интерес за пружање такве помоћи. У складу са правилима постављеним овом одлуком и на захтев надлежне власти државе чланице или Комисије, Eurojust може да помаже истраге и кривична гоњења која се тичу само те државе чланице и Европске уније.

У надлежност Eurojust-a спадају следећа кривична дела:
- кривична дела у погледу којих Еуропол у свако доба има надлежност да поступа сходно члану 2. Еуропол конвенције од 26. јула 1995. године[42] (кривично дело тероризма, трговина дрогом, прање новца, трговина људима, фалсификовање новца и слично);
- кривична дела извршена употребом рачунара;
- кривично дело преваре или корупције и било какав преступ који се тиче финансијских интереса Европске уније;
- кривична дела против животне средине;
- кривично дело учешћа у криминалној организацији у оквиру значења заједничке акције Савета од 21. децембра 1998. године.[43]

Осим тога што је првенствено замишљен као документациони и ин-

[42] Convention on the Establishment of the European Police Office (Europol), OJ, C 316, 27/11/1995.

[43] 98/733/JHA, Joint action of 21 December 1998 adopted by the Council on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, on making it a criminal offence to participate in a criminal organisation in the Member States of the European Union.

формациони центар, Eurojust има задатак да, уколико делује преко својих националних чланова, координише и промовише сарадњу између држава чланица у конкретним случајевима. Он такође може преко својих националних чланова затражити од надлежних власти држава чланица да размотре покретање истраге и кривичног гоњења за поједина кривична дела или ако је то неопходно, затражити формирање заједничког истражног тима придржавајући се одговарајућих средстава сарадње. Уколико држава чланица прихвати предлог, Eurojust ће пружуити помоћ и омогућити коришћење своје базе података. Ради унапређења сарадње и координације између надлежних власти Eurojust може да упути позиве за судску помоћ када су они потекли од надлежне власти државе чланице и тичу се истраге или кривичног гоњења које та власт спроводи у конкретном случају. У појединим ситуацијама ово тело се може консултовати и када је потребно сарађивати са осталим релевантним европским институцијама (као што су нпр. Европска правосудна мрежа, Еуропол). Eurojust може да подстиче сарадњу са државама нечланицама и закључење одговарајућих уговора и то на првом месту са земљама кандидатима за пријем у Европску унију, као и са другим земљама са којима су закључени споразуми.

Када поступа као Комисија, Eurojust ће се побринути да надлежне власти држава чланица обавесте једна другу о истрагама и кривичном гоњењу о којима је овај орган био обавештен, а који се тичу целе Европске уније или који могу и да утичу и на друге државе чланице поред оних којих се то директно тиче. Уколико је у питању истрага или кривично гоњење поводом тешког кривичног дела, Комисија ће, ако постоји потеба, помоћи Еурополу давање мишљења. Комисија може одобрити давање логистичке подршке која укључује преводилачку помоћ, тумачење и организовање координационих састанака.

Свака држава чланица може да постави, или именује једног или више националних дописника и то приоритетно за питања тероризма. Односи између националних дописника и надлежних власти држава чланица биће регулисани националним правом. Национални дописник има своје редовно место у држави чланици која га је именовала. Национални дописник може бити лице за контакт са Европском правосудном мрежом.

Ради постизања својих циљева Eurojust, у оквиру своје надлежности, сакупља и компјутерски обрађује личне податке. Поступање са личним подацима мора бити у складу са одредбама Конвенције Савета Европе од 28. јануара 1981. године о заштити лица приликом компјутерске обраде личних података[44] и амандманима на ову конвенцију. Eurojust формира и одр-

[44] Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, (ETS 108).

жава базу података која представља индекс података о истрагама заједно са одговарајућим личним и другим подацима. Ови подаци који се обрађују се чувају колико је неопходно за постизање његових циљева. Сврха ове базе података јесте да поспеши координисање истрага и кривичног гоњења које овај орган потпомаже и то нарочито путем укрштања информација, да омогући приступ информацијама о истрагама у току и кривичним гоњењима, као и да помаже надзор над законитошћу личних и других података, а у складу са одлуком о оснивању Eurojust-a.

Постоји право увида у личне податке и сваки појединац има право увида у своје личне податке који су похрањени у бази података. Да би искористио ово своје право лице мора претходно упутити захтев надлежном органу државе чланице по избору, који га затим прослеђује Eurojust-u. Ово право увида се врши у складу са законима и поступком државе чланице у којој је тај појединац поднео захтев. Ипак, право увида може бити ускраћено у следећим случајевима: а) ако такав приступ може да угрози делатност Eurojust-a; б) ако такав приступ може да угрози било коју истрагу коју потпомаже ово тело; в) ако такав приступ може да угрози права и слободе трећих лица.

По захтеву лица за увид у личне податке одлучују национални чланови којима је овај захтев упућен и они доносе о том захтеву одлуку у име Eurojust-a. Рок за разматрање захтева је три месеца од дана пријема. Уколико постоји несагласност чланова о овом захтеву, исти се упућује Комисији на доношење одлуке.

Лице које има право увида може да тражи исправку или брисање личних података уколико су они нетачни или непотпуни, или њихово уношење или похрањивање није у складу са одредбама одлуке о исправљеним или избрисаним подацима лице се обавештава, а уколико није задовољно може предмет да упути Заједничком надзорном телу у року од 30 дана које врши надзор над законитошћу обраде података. Ово тело чине три стална члана и ad hoc судије који делују у својству члана овог тела само током разматрања жалбе у погледу личних података из држава чланице која их је именовала. Судија кога именује држава чланица постаје стални члан годину дана пре него што његова држава чланица постане председавајућа држава Савета Европске уније и задржава функцију сталног члана 18 месеци. Овај судија председава Заједничким надзорним телом. Ово тело разматра жалбе на захтев лица за брисање и исправку личних података и на тај начин врши контролу обраде података.

Одлуком о оснивању Eurojust-a прописана је и одговорност за неовлашћену или нетачну обраду података. Eurojust је одговоран, сходно националном праву државе чланице где се налази његово седиште, за штету

коју нанесе појединцу а која је проистекла из неовлашћене или неправилне обраде података.

За Србију и Црну Гору је од изузетног значаја сарадња са Eurojust-ом. Имајући у виду потписивање уговора о чланству у Европској унији у Атини са 10 земаља из Централне и Источне Европе, сасвим је извесно ангажовање Eurojust-а у истрагама против криминалних група из југоисточног региона и закључивања у складу са одредбама одлуке о оснивању овог тела, одговарајућих уговора о сарадњи са будућим кандидатима за пријем у Европску унију међу којима се налази наша земља. Познавање одлуке о оснивању Eurojust-а треба значајно да олакша евентуалну сарадњу са овим телом и да допринесе бољем разумевању сарадње у области правосуђа и органа унутрашњих послова.

б.5. Међународна кривичноправна помоћ

Државе чланице Европске уније су потписнице Конвенције о међународној помоћи у кривичним стварима Савета Европе из 1959. године.[45] Међутим, ова Конвенција је донета скоро пре 50 година, а од тада идеје о томе како треба да изгледа међународна кривична помоћ су се значајно промениле, нарочито у Европи у којој постоји велико искуство у овој области. Постоји јасан тренд упрошћавања и убрзавања међународне помоћи елиминисањем услова и основа за одбијање захтева за ову помоћ. Европска Унија је 1998. године одлучила да усвоји једну групу ***стандарда добре праксе у међународној помоћи***.[46] Свака држава чланица је требала да припреми у року од годину дана *изјаву о доброј пракси*. Ове изјаве су потом циркулисале између свих држава чланица. Идеја овога је била да државе чланице јавно повере међусобно да ће подржавати ове стандарде и да ће се они узимати у обзир.

Ови стандарди подразумевају следеће:

1. узимање у обзир свих хитних захтева, осим ако је одговор дат брзо;
2. када се прими захтев неопходо је обезбедити име лица за контакт који је задужен да поступи по захтеву;
3. давање приоритета захтевима који су означени као «хитно»;
4. када се захтевана помоћ не може обезбедити у потпуности или делимично, треба пружити образложење и где је мо-

[45] Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters 1959 (Additional protocol 1978, Second Additional protocol 2001)

[46] Joint Action of 29 Jun 1998 on good practice in mutual legal assistance in criminal matters

гуће, понудити могућност да се дискутује о томе како ове тешкоће могу да се превазиђу;

5. уколико се помоћ не може у потпуности обезбедити у предвиђеном крајњем року и уколико ће то оштетити поступак у држави молиљи, треба посаветовати државу молиљу о том проблему;
6. када се подноси захтев означен као «хитно» неопходно је објаснити разлоге за хитно поступање или одредити крајњи рок за добијање одговора;
7. у складу са релевантним уговором или споразумом треба потврдити пријем захтева;
8. када је поднет захтев, треба државу којој је захтев упућен упознати са лицем за контакт које је издало овај захтев.

Иако неке од ових тачака делују тривијално, све оне имају значајан утицај на свакодневни рад судских власти које су укључене у међународне случајеве.

Петнаест земаља Европске уније је припремило своју Конвенцију о међународној помоћи која је усвојена 29. маја 2000. године.[47] Ова конвенција није никакав независан уговор већ је она требала да замени Конвенцију из 1959. године са протоколима. Осим споменутих стандарда „добре праксе", ова конвенција развија и истражне технике и споразуме. С обзиром да је о овој Конвенцији расправљано у исто време када и о Конвенцији УН против транснационалног организованог криминала, не треба да чуди то што једна и друга конвенција имају велики број истих решења. Тако на пример Конвенција Европске уније предвиђа следеће одредбе: слање процедуралних докумената директно примаоцу у другој држави (чл. 5); слање захтева телефаксом и e-mail-ом (чл. 6); спонтана размена информација (чл. 7); а повраћај имовине њеном законитом власнику (чл. 8); привремен трансфер лица која су у притвору у циљу спровођења истраге (чл. 9); саслушање путем видео конференцијске везе (чл. 10); саслушање сведока и вештака телефоном (чл. 11); коришћење контролисаних испорука (чл. 12); коришћење заједничких истражних тимова (чл. 13); коришћење тајних истрага (чл. 14); надор и снимање телефонских разговора (чл. 17-22); заштита личних података предвиђена у давању одговора на захтев за правну помоћ (чл. 23).

[47] Convention on Mutual Legar Assistance between Member States of the European Union 2000 (Protocol 2001).

Одредбе које се односе на надзор и снимање телефонског разговора су прилично опширне и биле су предмет исцрпних дебата. Различите државе чланице имају различита законска решења која се односе на услове под којима је надзор и снимање телефонских разговора дозвољен. Ипак, с обзиром на тренд слободног промета људи у оквиру земаља Европске уније, и исто тако олакшавање праћења комуникација између њих и прислушкивња разговора ће постати веома значајно питање. Најбоље решење је да се дозволи надзор и снимање комуникација, али да то учине надлежне власти у земљи у којој меру треба спровести према постојећој законској регулативи у тој земљи.

Конвенција је донела и друге новине. Можда је једна од најинтересантнијих новина и та да је обрнуто постављен фундаментални принцип у међународној правној помоћи. Данас, скоро универзално правило јесте да закон који се примењује на извршење захтева јесте закон оне државе којој је захтев упућен. Међутим, нова конвенција стоји на становишту да држава којој је поднет захтев мора да удовољи формалностима и поступцима на које је нарочито указала држава молиља. Држава којој је упућен захтев може одбити да овај захтев испуни, само уколико би удовољавање овом захтеву било супротно фундаменталним принципима закона којој је захтев упућен.

Међународна кривичноправна помоћ се у Србији врши према правилима о међународној кривичноправној помоћи која су садржана у чл. 530 и 538 ЗКП-а[48], уколико не постоји међународни уговор, или уколико одређена питања нису регулисана уговором. Законом о изменама и допунама Законика о кривичном поступку од маја 2004. године унете су одређене измене које се односе на међународну кривичноправну помоћ, а у циљу веће ефикасности. Тако је предвиђено да међународна кривично правна помоћ посебно обухвата извршење појединих процесних радњи, као што су саслушање окривљеног, сведока и вештака, увиђај, претрес просторија и лица, заплену предмета, као и достављање аката, писаних материјала и других предмета који су у вези са преткривичним и кривичним поступком у држави молиљи (чл. 531).

Осим тога, молбе домаћих судова и јавних тужилаца за правну помоћ у преткривичним и кривичним предметима достављају се иностраним органима преко Министарства правде. На овај начин, укључивањем јавног тужиоца у међународну кривичноправну помоћ у преткривичним и кривичним поступцима за кривична дела организованог криминала је обезбеђена сарадња и у преткривичном поступку што је изузетно важно.

[48] Службени лист СРЈ 70/2001,68/2002 и Службени гласник РС 58/2004.

Било би неопходно предвидети да у замолницама других државних органа, осим страних судова, о давању обавештења у вези са одузимањем средстава, прихода или имовине остварене кривичним делом одлучује специјални тужилац.

Неопходно је обезбедити могућност непосредне размене информација специјалног тужилаштва са сличним органима других држава без сувишних формалности чиме би се олакшало прикупљање нових сазнања и самим тим отворила могућност да се после у току кривичног поступка путем међународне правне помоћи прибаве квалитетни докази. У овом циљу би било неопходно да наша земља ратификује Европску конвенцију о прекограничној сарадњи између територијалних јединица или власти коју је донео Савет Европе 1981. године.[49]

Мала међународна кривичноправна помоћ се састоји у предузимању појединих радњи кривичног поступка од стране органа судског кривичног поступка замољене државе на молбу и у корист страних процесних органа. Те радње нису део кривичног поступка замољене државе, већ представљају поступак sui generis чији је циљ помагање страног поступка. Може се водити без обзира на услове и стварне околности под којима се води кривични поступак, а те радње се састоје нпр. у достављању писмена, саслушању сведока, прибављању предмета, привременој предаји лица лишеног слободе.

Као методе међународне сарадње у сузбијању организованог криминала и тероризма могу се навести, осим екстрацицје и тзв. мале међународне кривичноправне помоћи (о којима ће бити више речи): протеривање, размена информација о осуђеним лицима, надзор над условно осуђеним лицима, правна помоћ од стране конзула и лишавање слободе и предаја лица која су на недозвољен начин прешла државну границу.

б.6. Екстрадиција

У оквиру међународне сарадње посебно место заузима институт ***екстрадиције*** као један од облика међународне правне помоћи. Међутим, управо овај институт се показао недовољно ефикасним када је реч о кривичним делима тероризма, због тога што су та кривична дела у односима међу државама дуго сматрана политичким деликтима која не могу бити предмет захтева за екстадицију.[50] Помаци у екстрадицијском праву везаном за те-

[49] European outline convention on transfrontier co - operation between territorial communities or authorities, 1981. Текст Конвенције се налази на званичном сајту Савета Европе.

[50] О овоме више видети: Wyngaert C, *The political offence exception to extradition*, International criminal law and procedure, London 1996, 193-300.

рористичка кривична дела били су везани за јачање деполитизацијских трендова антитероризма, односно постепеног напуштања схватања да је тероризам политичко кривично дело. То није у толикој мери последица развоја појма политичког кривичног дела колико све присутнијег схватања да се најтеже повреде људских права и слобода, без обзира на политички предзнак, не смеју толерисати ни привилеговати. Дефинисање појма политичког деликта на нивоу националног кривичног права и међународног кривичног права било је и остало веома важан задатак у теорији кривичног права законодавним органима, органима кривичног правосуђа и дипломатским телима. У домаћим националним кривичним правима употребљава се појам кривичног дела као и у изворима и пракси међународног кривичног права као опште прихваћен. Међутим, када је реч о неком конкретном случају, веома често настају проблеми због различитих и спорних критеријума за одређивање да ли је заиста реч о политичком кривичном делу или не. Нису у питању само проблеми интерпретативне природе јер разлози који отежавају одређивање тог појма имају и политичко порекло. Најчешће се сматра да се деликти против државе или политички деликти у ширем смислу могу поделити у две основне групе: на тзв. чисте или апсолутне политичке деликте и релативне политичке деликте. У прву групу би спадала она кривична дела чији је објекат кривичноправне заштите и непосредни објекат напада искључиво држава, њена власт, уређење и највиши органи власти. Релативни политички деликт је по том схватању кривично дело које је у некој релацији према објекту кривичноправне заштите кривичних дела из прве групе. Релативна политичка кривична дела се обично деле на комлексна и конексна. Комплексни политички деликт је онај који истовремено испуњава законска обележја обичног и политичког деликта. Исто тако, основно кривично дело је по својој суштини два пута инкримисано, при чему је посебно законско обележје политичког дела побуда извршиоца (нпр. убиство председника државе). Конексни политички деликти су обични деликти који су извршени као самостално инкриминисани, али у односу према неком политичком кривичном делу, ипак ако припремно дело или претходна фаза, или као посебно кривично дело извршено за време самог извршења политичког кривичног дела, или као самостално инкриминисано накнадно дело. Да би се таква, у суштини обична кривична дела, могла уврстити у политичка, није према теорији довољно само случајно и спољно подударање једног и другог деликта, већ мора бити уочена њихова тесна објективна узрочна повезаност као и субјективна повезаност (извршилац мора бити свестан извршења неког кривичног дела ради постизања неког другог, политичког циља).

Политичко кривично дело у ужем смислу је привилеговани деликт. Реч је о инкриминацијама ненасилних облика идеолошког и политичког

деловања помоћу којих кривично законодавство омогућава залажење, а судска пракса заиста и залази у подручје политичких и грађанских слобода и права човека. Међутим, прогресивни појам привилегованог политичког дела у ужем смислу је често управо на подручју међународноправног супротстављања тероризму, кориштен као аргумент којим је оспоравана екстрадиција лица осумњичених за тероризам или је на други начин онемогућавана међународна сарадња. Релативистички приступ дефинисању тероризма условио је бројне проблеме у разграничењу појма кривичног дела и тероризма занемарујући при томе суштину појма политичког кривичног дела у ужем смислу - ненасилне облике деловања у којима не страдају трећа лица. Због тога се и историја стварања нормативних претпоставки за сузбијање међународног тероризма углавном своди на тзв. негативну енумерацију, тј. поступак прописивања кривичних дела која се за потребе екстрадиције не могу сматрати политичким кривичним делима.[51] Тренд негативне енумерације је започео увођењем тзв. атентатске клаузуле и швајцарске формуле.[52] Правни стандарди садржани у тим изворима су уграђени у бројне међународне уговоре (нпр. швајцарска формула је нашла место и у Конвенцији о сузбијању тероризма Савета Европе из 1977. године). Први глобални покушај да се методом негативне енумерације створе критеријуми за разграничење терористичких дела од политичких деликата, и изручење за та дела замољеној држави учини обавезним, била је Конвенција о спречавању и кажњавању тероризма Лиге народа из 1837. године, а која никада није ступила на снагу. С обзиром на то да после тог покушаја УН нису успеле у доношењу интегралне антитерористичке конвенције, ограничавање појма политичког кривичног дела је настављено у парцијалним, односно тематским антитерористичким конвенцијама, али са ограниченим успехом.

Парламентарна скупштина Савета Европе је 1973. године донела Препоруку бр. 703 о међународном тероризму којом је одређено да међународни терористички акти, без обзира на узроке, треба да буду кажњени

[51] Тако је нпр. у чл. 4 Уговора о екстрадицији између САД-а и Белгије из 1880. године било прописано да се одредбе уговора не односе на политичка кривична дела или кривична дела повезана са политичким кривичним делима. Због тога лица екстрадирана по основу обичног кривичног дела одређеног овим угогором не могу у држави у коју су екстрадирана бити суђена за политичко кривично дело или за кривично дело повезано са политичким кривичним делом. Покушај убиства шефа стране државе или чланова његове породице, без обзира на то да ли је извршен тровањем или атентатом, не сматра се политичким кривичним делом као ни кривичним делом повезаним са политичким кривичним делом. (The Avalon Project: Belgian - American Diplomacy, Extradition Convention, June 13, 1882, http://www.yale.edu/lawweb/avalon/diplomacy/belgium/be1013.html)

[52] Давор Деренчиновић, наведено дело, 564.

као тешка кривична дела ако укључују убијање или угрожавање живота недужних људи, и позива се Одбор министара да позове владе држава чланица да усвоје заједничку дефиницију појма политичког кривичног дела како би се избегла политичка оправдања када акти тероризма угрожавају животе недужних лица.[53] Нешто касније, 1977. године, донета је Европска конвенција о сузбијању тероризма којом је учињен први значајнији корак на плану деполитизације тероризма у оквиру Савета Европе.У образложењу ове конвенције, која се због свог садржаја назива још и малом конвенцијом о екстрадицији (као допуна Европске конвенције о екстрадицији из 1957. године) наведено је да су нека кривична дела толико «мрска» по својим методама или последицама у односу на мотиве да више нема оправдања да се називају нити сматрају политичким кривичним делима и да се на тај начин онемогућавају поступци екстрадиције. Због тога би државе које приме захтеве за екстрадицију која се односи на кривична дела у вези са тероризмом требале узети у обзир нарочиту природу и тежину тих кривичних дела. Даље, ако би захтев за екстрадицију замољена држава одбила, она је дужна да предмет проследи националном правосуђу у складу са начелом aut dedere aut judicare. Конвенција из 1977. године у погледу претпоставки за ограничење појма политичког кривичног дела предвиђа двоструки режим. У чл. 1 прописане су претпоставке под којима замољена држава одређена кривична дела, у погледу разматрања захтева за екстрадицију, не може сматрати политичким кривичним делима, кривичним делима повезаним са политичким кривичним делима (конексна дела) или кривичним делима извршеним из политичких побуда, и искључиво на тој основи одбити захтев за екстрадицију. То су (укључујући и покушај и саучесништво у покушаном и довршеном кривичном делу):

- кривична дела прописана Конвенцијом о сузбијању незаконите отмице ваздухоплова (1970);
- кривична дела прописана Конвенцијом о сузбијању незаконитих поступака против сигурности цивилне ваздушне пловидбе (1971);
- тешка кривична дела напада на живот, физички интегритет односно личну слободу лица која уживају право на међународну заштиту, укључујући и дипломатске представнике;
- кривична дела отмице,узимања талаца и противзаконитог одузимања слободе;

[53] European Convention on the Suppression of Terrorism, ETS 090,Eksplandatory Report (introduction). Конвенција је отворена за потписивање државама чланицама 27.01.1977. године, а ступила је на снагу 04.08.1978. године.

- кривична дела извршена употребом бомби, граната, ракета, аутоматског оружја или поштанских пошиљака ако то угрожава сигурност људи.[54]

У чл. 2 прописана је тзв. факултативна клаузула према којом државе у погледу одређених кривичних дела, при разматрању захтева за екстрадицију, могу одлучити да није реч о политичким кривичним делима.[55] Државе странке ништа не обавезује на екстрадицију, што значи да оне имају широко дискреционо право у тумачењу шта се сматра политичким кривичним делом, а шта не. У том смислу је нарочито инструктивне природе одредба чл. 13 ст. 1 која прописује да држава приликом разматрања захтева за екстрадицију и питања да ли је реч о политичком кривичном делу, узме у обзир и околности дела које упућују на његову природу, и то нарочито: да је делом створена колективна опасност за живот, физички интегритет и слободу лица, да су погођена лица у погледу мотива или да су при његовом извршењу коришћена окрутна средства. Већина држава потписница ове конвенције је у складу са чл. 13 искористила могућност стављања резерве уз чл. 1, чиме је деполитизацијски карактер конвенције de facto ограничен, а екстрадиција и даље остављена као зависна од субјективних интерпретација и процена појма политичког кривичног дела.[56] Вероватно је то један од разлога што се та конвенција, иако по правној снази изнад двостраних уговора о екстрадицији, веома ретко примењује као основ за екстрадицију у поступцима према државама. С обзиром на то да су се околности у последњих 30-ак година значајно измениле, размишљања у Савету Европе и већини држава чланица све су више усмерена према измени, па и потпуном напуштању режима резерви.[57] Деполити-

[54] Бројни приговори упућени Европској конвенцији о сузбијању тероризма, од којих се посебно истичу они приговори да је предвиђен преширок круг кривичних дела за која не важи забрана екстрадиције, да уводи аутоматизам екстрадиције који ограничава суверено право државе на признавање права азила итд, показују да је ова конвенција у време доношења заиста представљала радикалан помак у ограничењу појма политичког кривичног дела и деполитизације и тероризма .

[55] О овоме видети: C. H. Pyle, *Extradition, Politics and Human Rights*, Philadelphia 2001, 79-96.

[56] Неке државе су при изјављивању резерве задржале могућност властите интерпретације појма политичког кривичног дела, док су неке одређена кривична дела изузеле од могућности да их у конкретним поступцима екстрадиције сматрају политичким кривичним делима. Тако су нпр, као изузетке који се не сматрају политичким кривичним делима истакнута кривична дела узимања талаца (Белгија), убиство (Бугарска, Мађарска) итд.

[57] Нпр. Финска је 1990. године код приступања Конвенцији ставила резерву у складу са чл.13 Међутим, на право коришћења резерве при разматрању захтева за екстрадицију, није се никада позвала, тако да је посебан Предлог закона за повлачење резерве финска влада поднела парламенту крајем 2001. године.

зацијски трендови антитероризма се могу видети из неких одредаба глобалних антитерористичких конвенција новијег датума. Тако је нпр. из Међународне конвенције о сузбијању терористичких бомбашких напада из 1997. године брисан првобитно предложен изузетак политичког кривичног дела. Та конвенција је отишла корак даље у односу на Европску конвенцију у сузбијању тероризма, не само због тога што не предвиђа могућност стављања резерве уз инкриминацијску одредбу чл. 2 , него и због топга што онемогућава државама да се позову на изузетак политичког кривичног дела не само у вези са екстрадицијом, него и када је реч о пружању узајамне правне помоћи. То несумњиво радикално решење представља значајан деполитизацијски помак новог антитероризма. Изузетак политичког кривичног дела, као искључив разлог за одбијање захтева за екстрадицију или захтева за пружањем правне помоћи, није предвиђен ни у Конвенцији о спрчавању финансирања тероризма из 1999. године (чл. 14). С обзиром на природу кривичних дела прописаних чланом 2. те конвенције, у чл. 13. је прописано да се та кривична дела, за потребе екстрадиције или узајамне правне помоћи, не могу сматрати фискалним кривичним делима и да замољена држава не може одбити захтев за екстрадицију или пружање правне помоћи искључиво на основу тога да је конкретно дело фискално кривично дело.

Свакако да релевантне одредбе наведених конвенција које су у деполитизацији тероризма постигле значајан напредак, не треба схватити као ограничавање суверенитета и наметање обавезе замољеној држави да, када је реч о кривичним делима која су инкриминисана тим конвенцијама, увек удовоље захтеву за екстрадицију, односно пружању правне помоћи, већ једноставно као инструмент објективизације антитерористичких настојања којим се тежи онемогућити опструкција међународне сарадње у супротстављању тероризму. Државе увек могу одбити захтев за екстрадицију или на основу тзв. дискриминацијске клаузуле[58] или по неком другом основу различитом од изузетка политичког или фискалног кривичног дела.

[58] Дискриминацијска клаузула даје право замољеној држави да одбије захтев за екстрадицију и/или пружање правне помоћи, ако постоји основана сумња да је такав захтев поднет ради кривичног гоњења или кажњавања неког лица с обзиром на његову расу, националност, религију, етничко порекло или политичко мишљење, односно да би удовољавање таквом захтеву могло довести до пристрасности поступка према том лицу по било којем од ових основа. Због трендова проширења ове клаузуле с обзиром на праксу Европског суда за људска права (видети пресуду у предмету Soering од 07. јула 1989. године) она се све чешће назива изузетком људских права (human rights exception).

6.7. Европски налог за хапшење

Због бројних слабости механизама екстрадиције, све се више размишља о евентуалним њеним субститутима. Тако је Европска комисија донела Оквирну одлуку о европском налогу за хапшење и предаји окривљеног лица између држава чланица.[59] У разматрању начелних аргумената у прилог прихватања модела европског налога за хапшење, Савет Европе је у предлогу одлуке навео да традиционални поступци екстрадиције, зависни од политичких и дипломатских односа између држава, представљају споре и сложене препреке у остваривању начела владавине права у систему без граница у којем се стварна коалиција држава темељи на поштовању истих цивилизацијских правних стандарда и у којем је степен поверења и сарадње међу државама на изузетно високом нивоу.

Основна идеја Европског налога за хапшење је стварање јединственог европског правног простора. На основу уговора из Амстердама којим су створене претпоставке за међусобно признавање судских одлука у кривичним и грађанским стварима, што када се ради о екстрадицији значи спровођење начела да судска власт замољене државе ipso facto признаје одлуку судске власти друге државе која тражи предају окривљеног и спремна је да је изврши уз минимум формалности.[60] Европски налог за хапшење предвиђа хоризонтални сиситем који, за разлику од неких бикатералних споразума, није ограничен само на одређена кривична дела. Исто тако, налог се може односити не само на предају лица против кога се води поступак у држави која тражи издавање налога (без обзира на то у којој је фази кривични поступак) већ и на предају осуђеног лица.

Оквирна одлука о Европском налогу за хапшење има за циљ замену традиционалног поступка екстрадиције између држава чланица са поступком изручења лица (осумњичених или оптужених лица) искључиво сарадњом судских власти, а у којем би се улога администрације ограничила само на практичну и административну помоћ.[61] Дакле, циљ Европског налога за хапшење јесте успостављање брже и једноставније процедуре и пребацивање доношења одлука о изручењу из делокруга политике и адми-

[59] Proposal for a Council framework Decision on the European arrest warrant and the surrender procedures between the Member States, Official Journal C 332 E, 27/11/2001 P. 0305-0319.

[60] Појам судска власт обухвата судску власт у ужем смислу и јавно тужилаштво, али не и полицију.

[61] Оквирна одлука о Европском налогу за хапшење и процедури извршења држава чланица од 13-06-2002. године (Council Framework decision on the European arrest warrant and the surrender procedures between the Member States -2002/475/JHA, Official Journal of the European Communities L.164/3, 3-7)

нистрације искључиво у делокруг правосуђа. Усвајање Европског налога за хапшење се заснива на високом степену поверења које постоји између држава чланица ЕУ, и представља прву конкретну меру на подручју Европског кривичног законодавства која је усмерена на међусобно признавање судских одлука у кривичним стварима.

Закључна разматрања

Тероризам данас представља међународни проблем број један који угрожава и мале и моћне државе. Адекватно кривичноправно реаговање државе на тероризам има суштински значај за ефикасно супротстављање овом виду криминалитета на националном и међународном плану. Због тога је у многим земљама новелирано материјално и процесно кривично законодавство, а предузима се и читав низ других криминално-политичких мера које дају извесне позитивне резултате. Поједине земље су донеле и посебне законске прописе којима се терористичка делатност целовито инкриминише. Борба против тероризма је и један од примарних задатака Европске Уније, а успешност ове борбе је директно условљена међународном сарадњом надлежних органа у земљама чланицама. Велики значај у тој сарадњи имају и међународне и регионалне организације као што су: Интерпол, Еуропол, Међународна асоцијација органа кривичног гоњења – International Association of Prosecutors, Европска правосудна мрежа – European Judicial Network, Магистрат за везу и Eurojust које су, између осталог, биле и предмет овог рада. Међутим, чак и уколико државе чланице Европске Уније ефективно развију своје законе и системе за превенцију и контролу тероризма у оквиру својих граница, то неће бити довољно, јер спречавање и контрола тероризма захтева глобалну сарадњу. Због тога је изузетно значајна сарадња Европске Уније са тзв. земљама кандидатима са којима ЕУ перманентно преговара. Европска Унија је већ усвојила велики број мера које се односе на acquis communautaire,[62] и државе чланице су их имплементирале у своја домаћа законодавства и праксу.

[62] Ово се може описати као легислатива Европске уније и оно се састоји не само од уговора и легислативе ЕУ, већ и од пресуда Суда за људска права заједничких акција.

Tatjana Lukić, LL.M., Assistant
Faculty of Law, Novi Sad

Combat Against Terrorism Inside European Union and International Cooperation

Summary

Today, terrorism is equally threatfull to small countries as well as mighty countries. Adequate criminal procedure reacting of states against terrorism has the essential meaning in combat against this type of criminality on national and international level.

European Union has pointed out as primary task combat of escalating terrorism. After terrorist attack on New York and Washington 11th of September 2001, it was evident that terrorism become global problem, and as a response leading countries of the West, as well as a lot of countries in transition, have intensified legislations for adequate combat against terrorism inside their countries and on international level.

If we want to combat against terrorism, at first we have to have its precise definition and specificness. Therefore, in this article the author deals with various phases in the development of terrorism – ***liberal*** and so called ***new terrorism*** and the problem of making a universal definition of terrorism. The main question to which the author dedicated her strongest attention is combat against terrorism inside European Union and the jurisdiction of all three columns of EU in it.

International cooperation is considered to be one of the main factors in effective combat against terrorism, but it doesn`t mean that it contains only of common mutual legal assistance because it`s effects are too week. The need of international cooperation in many different ways is evident so, police cooperation, the role of Interpol (the role of special groups like Public safety and Terrorism Sub-Directorate – PST and the consistence of cooperation – exchange of informations, technical experiences, the protection of citizens etc.) and Europol (and it`s special unit Europol`s Counter Terrorism Unit who deals with extra programs like: Counter Terrorism Program – CTP, Counter Proliferation Program – CPP, Networking Program – NP, Preparedness Program PP, Trai-

ning and education Program – TEP) in this cooperation is extra elaborated, as well as Judicial cooperation and the role of the International Associations of Prosecutors, The European Juducial Network, Line magistrates and Eurojust.

The Mutual Legal Assistance is also one of the topics with wich the author deals with in this article with special accent on extradition (and the meaning of political offence) and European arrest warrant.

342.5(091)

Мр Александар Мартиновић, асистент
Правног факултета у Новом Саду

НАЧЕЛО ПОДЕЛЕ ВЛАСТИ У ТРОУГЛУ ПОЛИТИЧКЕ ФИЛОЗОФИЈЕ, ПРАВНЕ ТЕОРИЈЕ И ПОЗИТИВНОГ ЗАКОНОДАВСТВА

– СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ОДНОС ВЛАДЕ И УПРАВЕ У СИСТЕМУ ПОДЕЛЕ ВЛАСТИ –

Сажетак: *Начело поделе власти једно је од темељних правно-политичких начела модерних држава. Оно представља угаони камен тзв. „правне државе“ – државе у којој сви њени органи делују искључиво на основу устава и закона, а не на основу арбитрерно схваћеног „државног интереса“. Начелу поделе власти поједини писци придају још једну димензију – политичко-еманципаторску. Ипак, подела власти, узета сама за себе и независно од осталих фактора који појединца чине истински политички слободним, није апсолутни гарант поштовања људских права и слобода, као што показује пример контраверзне Француске револуције. Иако се начело поделе власти обично везује уз име Шарла Монтескјеа, и пре овога славног Француза било је писаца који су истицали значај овог начела. Подела власти се, по правилу, схвата трипартитно: као подела државних функција на законодавну, извршну (управну) и судску. Данас се такво схватање може означити као анахроно, јер оно не уважава стварност модерне државе у којој постоји већи број државних функција од тог митског броја три. Анализом уставних и законских прописа Републике Србије долази се до јасног закључка да извршна и управна функција др-*

жавне власти нису садржински истоветне, већ да су то две блиске али суштински различите државне функције.

Кључне речи: *подела власти; апсолутна монархија; Француска револуција; извршна функција; управна функција.*

Појам и смисао начела поделе власти

Почевши од енглеске *Славне револуције* (1688) и списа Хона Лока (*Две расправе о влади*, 1690), који су послужили као филозофско-политичко оправдање тог преврата „без крви“, начело поделе власти унело је потпуно нови дух у европско и англоамеричко јавно право и организацију власти „постапсолутистичких“ држава. Модерни уставни системи проглашавају поделу власти, уз владавину права и тржишну привреду, темељем слободног и отвореног друштва и својеврсним доказом да је једна држава ушла у круг цивилизованих нација. Иако као такво није изричито формулисано, јасно је да је начело поделе власти један од угаоних каменова и Устава Републике Србије из 1990. Устав СРЈ из 1992. (престао да важи почетком фебруара 2003, доношењем Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора), пак, усвајао је ово начело expressis verbis.[1] У чему се састоји начело поделе власти и какав је његов значај?

У правно-техничком смислу, подела власти није ништа друго до „начело поделе рада примењено на организацију државе.“[2] Поделити власт значи за основне функције државне власти употребити различите органе. „Свака функција мора имати своје особене органе; не смеју се све сјединити у рукама истог човека или истог тела.“[3] Тиме се постиже специјализација у раду државних органа, која омогућава да се разнолики државни послови обављају на квалитетан, ефикасан и економичан начин, пошто свака функција захтева особене способности и одговарајуће образовање. Осим тога, без поделе власти није могуће успоставити правну државу. Суштина правне државе је, наиме, у подређености органа управе, извршно-политичких и судских органа законодавцу, односно у томе да за сваки свој правни акт шеф државе, влада, органи управе и судови морају имати изричит основ у уставу и закону. Како у праву „нико не може бити ограни-

[1] „Власт у Савезној Републици Југославији организована је на начелу поделе на законодавну, извршну и судску власт.“ (Устав СРЈ, чл. 12)

[2] М. Илић: „Начело поделе власти и нова државна уређења“, Политички и правни чланци, Београд, 1938, стр. 44.

[3] С. Јовановић: Држава, Београд, 1990, стр. 249.

чен својом вољом него туђом“[4], подела власти се показује као идеалан механизам да се обезбеди да воља законодавца буде правно јача од воље других државних органа. Ипак, подела власти не значи њену деобу. Државна власт је увек једна и недељива; њена политичка суштина је увек иста. Оно што се дели није власт као таква, него њене функције.[5] У правном смислу, државну функцију чине сви послови државне власти „за које вреде иста начела“[6], при чему се термин „функција“ и у стручној литератури и у свакодневном говору врло често поистовећује са термином „власт“, па се говори нпр. о законодавној, извршној и судској власти. Такво изражавање није прецизно и може да наведе на помисао да у држави заиста постоји више власти. Истина је, међутим, другачија: држава има само једну власт, а та власт врши различите функције. На то које функције државна власт врши осврнућемо се нешто касније.

Политичко-филозофска димензија начела поделе власти

Либерална политичка филозофија стоји на становишту да је начелу поделе власти иманентна једна битна социјална вредност: политичко-еманципаторска. Готово је опште место у либертетским трактатима то да је концепција о подели власти настала као интелектуална реакција на монархијски апсолутизам, а да уставна и законска разрада начела поделе власти представља важан инструмент дисперзије политичке моћи у друштву.[7] Без поделе власти, кажу политички либерали, људска права и слободе су у опасности да буду прогутана од државног *Левијатана* и додају да ни демократија, као режим политичке слободе, не би могла функционисати у одсуству овог принципа као свог спиритус мовенс-а. На овом месту желимо да о политичком значају начела поделе власти проговоримо нешто другачијим језиком. Пре свега, у историографији још увек није дефинитивно утврђено до које мере је тај толико проскрибовани „монархијски апсолутизам“ заиста био апсолутан. Чини нам се да се суштина апсолутне монархије сувише поједностављено одређује као потпуна концентрација свеколике власти и политичке моћи у рукама једног неограниченог и арбитрерног монарха. Још 1519. познати француски правник

[4] С. Јовановић: Држава, стр. 250.

[5] С. Јовановић: Држава, стр. 251.

[6] Р. Марковић: Извршна власт, Београд, 1980, стр. 10.

[7] В. Становчић: „Подела власти и дистрибуција политичке моћи“, *Зборник радова* Правног факултета у Новом Саду, бр. 1-3/1998-1999, Нови Сад, 2002, стр. 165-192.

тога доба, Клод де Сејсел, објавио је своје чувено дело о француској монархији: *Велика француска монархија*. По мишљењу Сејсела, ондашња француска монархија није била апсолутна у смислу да власт краља није познавала било какве границе. Напротив, Сејсел истиче да је историја наметнула француском краљу одређене „узде" његовој власти и то у виду (хришћанске) религије, „јустиције" и „полиције". Хришћанство је ограничавало краљевску власт утолико што је монарх био дужан да чува закон Божји, који га је спречавао да на тирански начин злоупотреби своју власт. Ако би краљ то ипак учинио, наишао би на прекор и осуду црквене јерархије, и то не само црквених великодостојника него и ма ког свештеника, који је имао право да краља „јавно и у лице" разобличи. „Узда" „јустиције" састојала се у забрани краљу да се меша у рад судова и да својим појединачним наредбама дерогира одредбе закона. Судови су, дакле, били дужни да суде искључиво на основу закона, а не, како се каже у члану 172. Душановог законика, „по страху царства ми". Да је та пракса заиста поштована и више од две стотине година након објављивања Сејселовог дела, потврђују два случаја из XVIII века, када је париски парламент (судска власт за Париз и провинцију ил де Франце) два пута донео пресуде противно жељама двора: поништио је тестамент Луја XIV у погледу регентства и ослободио је кардинала и грофа Роана за дело увреде величанства у познатој афери о краљичином ђердану.[8] Најзад, под „полицијом" Сејсел подразумева основне законе које су, додуше, издавали француски краљеви, али које њихови наследници нису смели да погазе. У случају да их ипак погазе и донесу наредбе њима насупрот, таквим наредбама нико није био дужан да се покорава. Сејсел помиње два таква основна закона: закон о неотуђивости крунског домена, тј. државне територије и закон о чувању права и повластица племства. Овај други је пред краља стављао двојак задатак: да штити привилеговани положај племства у друштву, али и да пази да племство самовласно не прошири своја сениорална права, што би било опасно не само за краљевску власт, него би знатно погоршало и положај нижих сталежа, пре свега сељака. Наш чувени правни историчар Теодор Тарановски сматра да су Сејселове идеје на веран начин осликавале политичку стварност не само Француске, него и сваке друге „државе аналогичног типа."[9]

Сејсел није био једини који је на овакав начин размишљао. О томе да тзв. апсолутна монархија није била „кондензовано политичко зло" говорио је и сам Монтескје – кога многи сматрају „оцем" начела поделе

[8] Д. Суботић: Затомљена мисао – о политичким идејама Димитрија Љотића, Београд, 1994, стр. 73.

[9] Т. Тарановски: Историја српског права у Немањићкој држави, И део: Историја државног права, Београд, 1931, стр. 144-145.

власти – подсећајући своје читаоце на то да је кардинал Ришеље – о коме поједини либерални екстремисти говоре као о „претечи Хитлера“ – од краља Луја XIII и његових министара захтевао такве врлине које је могао имати „само анђео.“[10] Чак је и такав убеђени либерал, какав је био Владимир Јовановић, у свом *Политичком речнику* (из 1872) записао: „Живи обичаји и нарави не дају ни најсилнијем монарху, да неограничено шири вољу и ћуд своју. Ни духовни и свештени поглавари, ни војници, ни великаши нису сви вољни, да носе све што би им монарх на леђа упртити хтео, тако да овоме, ако хоће да се одржи, не остаје ништа друго, него да се поклони извесним верозаконским правилима, извесним обичајима земље, извесним интересима народа.“[11]

Да подела власти, као уосталом ни било која друга политичка идеја, не може сама по себи да обезбеди политичка права грађана, законитост и правну сигурност, можда на најбољи начин потврђује застрашујући пример Француске револуције. Револуционарна Декларација права човека и грађанина из 1789. у свом члану 16. децидирано је тврдила да „нема устав она држава у којој нису загарантована права грађана и у којој није извршена подела власти“, а начело поделе власти уграђено је и у први француски Устав из 1791. Па ипак, насупрот звучним фразама – које и данас спречавају многе да трезвено и својом главом промисле о „величини“ Француске револуције[12] – стајала је горка и крвава стварност: „закони окренути на главу, судови срушени, замируђа трговина, неплаћени порези, а становништво осиромашено, црква опљачкана, а тиме држава није помогнута; цивилна и војна анархија чине уређење краљевства; све људско и божанско жртвовано је идолу јавног кредита и посљедица је банкротство земље.“[13] Револуција је однела неколико десетина хиљада људских живота и проузроковала такву множину злодела да је њен савременик, хришћански филозоф Жозеф де Местр, морао са запрепашћењем да констатује да у „Француској револуцији постоји једна *сатанска* особина која је разликује од свега што је до сада виђено и можда од свега што ће се још видети.“[14] О законитости и правној сигурности, као очекиваним плодовима начела поделе власти, није могло бити ни говора. Русо („бесмртни Жан Жак“, како су га називали јакобинци) као да је гледао у будућност када је у својим *Писмима с планине* упозоравао на опасност од тога да органи власти де-

[10] Монтескје: О духу закона, том I, Београд, 1989, стр. 70.

[11] Нав. према: В. Јовановић: „Влада“, *Нова српска политичка мисао*, бр. 1-2/1999, стр. 209-231.

[12] Сасвим је „свеједно које крилатице трепте на све стране док се разбијају врата и мозгови.“ (Освалд Шпенглер: Пропаст запада II, Београд, 1936, стр. 512).

[13] Е. Берк: Размишљања о француској револуцији, Подгорица, 2001, стр. 31.

[14] Списи о Револуцији, са студијом Емила Сиорана, Чачак-Београд, 2001, стр. 104.

лују самовољно и од законских норми независно. Тада „закон не би био до ријеч, а та ријеч не би значила ништа.“[15] А стварност Француске револуције је била управо таква; у њој је закон заиста био само реч.

Начело поделе власти у правној теорији или: Шта је Монтескје стварно рекао?

Учење о подели власти се обично везује уз име чувеног француског политичког мислиоца Шарла Монтескјеа. Слободан Јовановић чак изреком тврди да је Монтескје творац теорије о подели власти.[16] Мисао овог славног Француза се, надаље, тумачи најчешће тако као да је Монтескје сматрао да у држави постоје само „три власти“, те да су термини *извршна власт* и *управна власт* синоними и да између ове две „власти“ (тачније речено: државне функције) никаквих разлика и нема. Нама се, пак, чини да се не могу прихватити ни прва ни друга теза. Пре свега, идеја о подели функција државне власти није изворно Монтескјеова. Још је Марсилије Падовански, један од најпознатијих политичких филозофа XIV века, правио разлику између законодавства и извршења закона. Законодавну власт, по њему, треба да врши сам народ, било непосредно било преко својих представника, док би извршење закона ваљало поверити „неколицини најјачих“, тј. онима „који располажу монополом физичког насиља“, на челу са изборним монархом.[17] И Хон Лок је, више од пола века пре Монтескјеа, у својим *Расправама о влади* формулисао доктрину по којој у држави постоје три власти: законодавна власт, која ствара „правила на основу којих се одлучује о природним правима човека“; извршна власт, која извршава законе и примењује санкције и тзв. федеративна власт, која је постојала и у природном стању, а стара се о одржавању „интереса заједнице као целине и њених припадника према другим заједницама и припадницима тих заједница.“[18] Осим тога, сви они који Монтескјеа проглашавају родоначелником *теорије* о подели власти заборављају то да он није био, попут Платона, спекулативни филозоф који се заноси идејама о идеалном политичком уређењу, него научник који истражује факта и саопштава их читаоцима таква каква јесу, без било каквих примеса

[15] Нав. према: В. Мратовић, Н. Филиповић, С. Сокол: Уставно право и политичке институције, Загреб, 1981, стр. 393.

[16] С. Јовановић: Држава, стр. 250.

[17] Радомир Д. Лукић: Историја политичких и правних теорија, I књига, Од антике до почетка XVII века, Београд, 1964, стр. 217-218.

[18] Р. Марковић: Извршна власт, стр. 13.

политичке метафизике. Ево и доказа за то: Глава шеста једанаесте књиге његовог *Духа закона* носи наслов: *О енглеском уређењу*. Монтескје, дакле, није створио било какву апстрактну теорију о подели власти, већ је, напросто, изнео основне црте енглеског политичког система какав се уобличио у периоду после *Славне револуције*. „У свакој држави", каже он, „има три власти: законодавна власт, извршна власт у стварима које спадају у међународно право и извршна власт у стварима које спадају у грађанско право."[19] Шта је суштина ове друге власти, коју Монтескје још назива „извршном влашћу државе", за разлику од последње коју назива и „судском"? Помоћу ње „владар или магистрат ... склапа мир или води рат, одашиље или прима посланства, успоставља безбедност, предупређује нападе."[20] О управи, као функцији државне власти која се састоји у ауторитативном иступању у појединачним ситуацијама, Монтескје, дакле, бар на овом месту, није ни говорио.[21] Додуше, он је у каснијим излагањима у одређеној мери проширио појам извршне власти и извесним чисто управним елементима (говорећи нпр. о праву извршне власти да убире порез), али далеко од тога да је у *Духу закона* изнета концизна и целовита доктрина о управној функцији. Према томе, под знаком питања је толико раширена теза, да не кажемо догма, да се Монтескјеове мисли могу тумачити као довољна теоријска подлога за став да у држави постоје само „три власти".

Тројство државних функција – чињеница или фикција?

Мишљења смо да је схоластичка формула о тројној подели власти на законодавну, извршну (или управну) и судску сувише уска и да представља Прокрустову постељу у коју се не може сместити стварност модерне државе. Правни прописи Републике Србије, али и већине других држава, пружају довољно основа за једно шире схватање државних функција. Наш је став да се нпр. може говорити о посебној функцији кривичног гоњења, сасвим различитој од функције пресуђивања или о функцији војске (одбране земље), као самосталној функцији државне власти која се не може напросто свести на вршење управе. Најзад, јасна демаркациона линија може се повући и између извршне (извршно-политичке) и управне функције.

[19] Монтескје: нав. дело, стр. 175.

[20] Монтескје: нав. дело, стр. 176.

[21] Истоветног је мишљења и Невенка М. Бачанин: Појам управе – теоријски и позитивно-правни елементи, докторска дисертација, Крагујевац, 1987, стр. 30.

Извршна функција (коју врше шеф државе и влада) превасходно је политичка и стога њена природа „измиче правном одређивању.“[22] Садржину извршне функције чини пет група послова: а) извршавање закона доношењем подзаконских општих правних аката; б) координирање и усмеравање управе; в) вођење спољне политике; г) планирање опште политике и; д) доношење политичких аката, односно аката владе.[23] Степен правне везаности владе знатно је мањи у односу на органе управе и судове. Поред чисто правних аката (општих и појединачних), влада доноси и акте који се налазе на граници права и политике. Реч је о малочас помињаним актима владе.[24] Они нису потпуно слободни, будући да је у правној држави незамисливо да један државни орган дела сасвим независно од правних прописа, али нису ни класични правни акти нити могу да се сведу на управне акте који се доносе на основу дискреционе оцене. Њихова садржина је „изразито политичка“[25], а правним актима могу да се сматрају „утолико што их право познаје и признаје, али их уопште не одређује, или то чини само оквирно.“[26] Акти владе су нпр.: закључивање међународних уговора, објава рата, именовање амбасадора, постављање у органима управе функционера који се налазе на хијерархијској лествици испод министара, избор шефа државе од стране парламента, али и изгласавање неповерења влади и др.

Док је у извршној функцији, поред правне, приметна и политичка димензија, функција управе (коју врше, у првом реду, органи управе, али и други државни органи, па и одређени недржавни субјекти када им је то законом поверено) искључиво је правна функција. Садржина управне функције је прецизно одређена уставним и законским нормама, а састоји се у ауторитативном иступању у појединачним ситуацијама, односно у примени општих правних норми на појединачне случајеве у којима не постоји спор о праву. У систему владавине права управа не ужива слободу одлучивања у истом обиму у којем влада. Управни акти не могу бити апсолутно дискрециони, него у њима може бити само правно слободних делова, поред оних делова који су правно везани и који у сваком управном акту, па и тзв. дискреционом управном акту, доминирају.

[22] Р. Марковић: Извршна власт, стр. 4.

[23] Р. Марковић: Извршна власт, стр. 82-111.

[24] Иако се ови акти називају актима владе, неке од њих могу доносити и шеф државе и парламент.

[25] Р. Марковић: Управно право – општи део, Београд, 1995, стр. 401.

[26] Зоран Р. Томић: Управно право – систем, Београд, 1998, стр. 70, прим. 88.

Однос владе и управе у светлости позитивног законодавства Републике Србије

Устав Републике Србије из 1990. прави јасну разлику између владе и управе, како у организационом тако и у функционалном смислу. Владу Републике Србије сачињавају председник, потпредседници и министри[27], а њене послове Устав нормира у 10 тачака. Између осталог, Влада:

- води политику Републике Србије и извршава законе, друге прописе и опште акте Народне скупштине;
- доноси уредбе, одлуке и друге акте за извршење закона;
- предлаже план развоја, просторни план, буџет и завршни рачун, као и законе, друге прописе и опште акте;
- утврђује начела за унутрашњу организацију министарстава и посебних организација, поставља и разрешава њихове функционере;
- усмерава и усклађује рад министарстава и посебних организација, врши надзор над њиховим радом и поништава или укида њихове прописе који су у супротности са законом или прописом Владе и;
- обавља друге послове у складу с Уставом и законом.[28]

На другој страни, послове државне управе обављају министарства.[29] Радом министарства руководи министар[30], а пословима државне управе Устав сматра: примењивање закона, других прописа и општих аката Народне скупштине и Владе, као и општих аката председника Републике, решавање у управним стварима, вршење управног надзора и обављање других управних послова утврђених законом.[31] Устав је, дакле, сасвим јасан: функција владе није идентична са управном функцијом. Влада, то је скуп министара, а министри су, у правном смислу, „подељене" личности. Они не обављају исте послове као чланови Владе и као шефови одговарајућих управних ресора. Као чланови Владе, министри су политичке личности или, како каже М. Илић, „политички органи", а као старешине ресора они су први чиновници у држави. То су, по речима Оријуа, „политичари који су именовани за чиновнике."[32] Само по себи се намеће јед-

[27] Устав Републике Србије, члан 91. став 1.

[28] Устав Републике Србије, члан 90.

[29] Устав Републике Србије, члан 94. став 1.

[30] Закон о државној управи, „Службени гласник РС", бр. 20/92, 6/93, 48/93, 53/93, 67/93, 48/94, 49/99, члан 43. став 1.

[31] Устав Републике Србије, члан 94. став 2.

[32] В. Михаило Илић: Административно право и други радови, „Службени лист СРЈ", едиција *Класици југословенског права*, Београд, 1998, стр. 32.

но логично питање: зашто онда неки писци, насупрот цитираним уставним и законским одредбама, поистовећују две функције државне власти – извршну и управну – које јесу блиске, али и суштински различите једна од друге? Шта је заједничко нпр. издавању грађевинске дозволе и „вођењу политике Републике Србије“? Почивају ли разрезивање пореза и постављање функционера у министарствима на истим правним начелима? Ако је одговор на ова питања негативан, а ми мислимо да јесте, онда никакве апстракције о „три власти“ не могу да замагле стварност нити догматско робовање анахроним теоријским конструкцијама сме бити довољан разлог за игнорисање важећег права.

Assistant Aleksandar Martinović, LL.M.
Novi Sad Faculty of Law

The Principle of Division of Powers in a Triangle of Political Philosophy, Legal Theory and Postitive Legislation – With a Special Overview on Relation Between Government and Administration in the Frame of Division of Powers Itself

Abstract

The principle of divison of powers is considered to be as one of the most important – legal and political principles of the modern states. It is also considered as the key-stone of the so-called „rule of law", a state in which all of its bodies are acting exclusively on the basis of the constitution and other legal acts, not on the basis of arbitrery meant „interest of the state". Some authors are thinking about another dimension of the principle of division of powers: politicaly – emancipating dimension. Nonetheless, the principle of division of powers, taken by itself and independently from other factors which can make an individual to feel politically free, couldn't be taken as absolute garancy for respecting human rights and freedoms, as shown in the example of rather controversial French revolution.

Although the principle of division of powers is usually binded to the name of Charles Montesquie , even before this famous French author, there were some other authors who claimed the importance of this principle. Division of powers is, by rule, understood as triple: as division of state functions on legislative, executive (administrative) and judicial. Today, this kind of partition is understood as rather anachrone, because it isn't able to respect the reality of modern state in which exists a number of state functions larger than that mythical number three. Analysis of constitutional and legislative acts of the Republic of Serbia shows undoubtelly that executive and administrative functions, in the frame of the same state, aren't the same by their content, but they are at the same time, rather close attached and esentially different state functions.

347.72:339.13.025.88

Др Драго Дивљак, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду

ПОСТПРИВАТИЗАЦИЈА И СТРАНА ЛИЦА

Сажетак: *Питање постпрватизације је врло актуелно питање у свим земљама,које нису у потпуности завршиле процес приватизације, али су у том процесу значајно искорачиле, па самим тим и за нашу земљу. Њега карактерише недостатак детаљне регулације појединих питања, нарочито у погледу критеријумима и условима продаје акција у портфељу државе, што битно јача могућност аутономног поступања надлежних органа, а самим тим умањује степен правне сигурности страних лица, као инвеститора у процесу постприватизације. Овакав приступ се стога не може оценити адекватним, иако је номинално утврђена доста широка палета заштитних механизама у овој области. У таквим условима, проблем ефективне практичне примене законских правила у нашем праву, добија још више на значају.*

Кључне речи: *постприватизација, преузимање акционарских друштава, акције, Акцијски фонд, држава*

Све источноевропске транзицијске земље су скоро у потпуности окончале процесе приватизације а неке земље у региону, попут Хрватске, су им се придружиле.[1] Већина других земаља југоисточне Европе, осим неких изузетака као што је Босна и Херцеговина, су у далеко одмакле у том процесу,[2] уз значајне противречности и разлике у оценама тог про-

[1] У Хрватској је преостало занемарљиво мало предузећа за приватизацију.

[2] Након више од деценије спровођења приватизације, у Македонији је приватизовано скоро 95% привреде. При томе се приватизација мањих предузећа сматра завршеном, док се код великих предузећа она финализира. На основу тога, према званичним подацима,

цеса.[3] И у нашој земљи се тај процес незаустављиво одвија и приватизовани су најважнији, најефикаснији и стога најтраженији сегменти домаће привреде. У оквиру изучавања положаја страних лица у приватизацији, искуства у региону указују да по завршетку непосредне приватизације предузећа, посебну пажњу треба посветити приватизацији акција које су у процесу приватизације, по било ком основу, прешле у руке државе, било директно или индиректно.

Како се ради о процесу који непосредно следи иза завршетка формалне приватизације, можемо га обухватити под заједнички називником - постприватизација. Под њим подразумевамо приватизицију преосталог дела друштвеног или државног капитала који се налази, по било ком основу у портфељу државе, јавноправних фондова или евентуално јединица локалне самоуправе. Дакле ради се о приватизацији дела капитала који је само номинално добио титулара, али није променио својински облик, што је и био дугорочни циљ читавог процеса.

Стварни значај овог питања је у принципу већи и не изражава се само вредношћу акција које се продају том процесу, већ и са стварним значајем конкретних акција које су предмет продаје. Како се често ради о врло траженим компанијама, чија приватизација побуђује већи интерес шире јавности,[4] овај процес добија на осетљивости.

Како страна лица примарно теже да стекну контролни или бар значајан пакет акција, што је по основу постприватизције скоро увек остваривo, овај процес може бити посебно значајан са аспекта страних улагања. Стога нам се чини не само корисним, већ и посебно актуелним да и проблем положаја ових лица размотримо у том контексту. У раду који следи, размотриће се имовинске основе и могућности процеса постприватизације, правни облици и механизми у којима се он одвија, а посебно проблем заштите страних лица, потенцијалних инвеститора. У раду ће нагласак бити дат на наше право, али у потребној мери и искуства других релевантних земаља а нарочито права земаља у региону, која могу бити инструктивна и за нас, уз неопходну компарацију са развијеним правним системом.

скоро 86% од укупних прихода у македонској привреди се остварује у приватном сектору, од. тога преко 43% се остварује у приватизованим предузећима, а остатак у оригинерно приватном сектору.

[3] Често се истиче да је читав процес приватизације праћен кршењем закона, не само од стране других учесника, већ и саме државе и њених органа. Такав став се изражава и у Русији. Лаптев, В., *Современние проблеми предпринимателског права*, Москва, 2002, стр. 8.

[4] Можемо напоменути да су код нас на овај начин актуализована питање продаје акција и приватизације фабрике минералних вода Књаз Милоша, фабрике уља Дијамант из Зрењанина, као и трговинског предузећа Ц маркет предузећа Карнекс из Врбаса.

1. Имовинска основа постприватиазције

Као што је већ речено, имовинску основу постприватизације чине акције које се налазе у портфељу државе, непосредно или у државним фондовима различитог карактера. Вредносни израз тог капитал није мали. Тако се у Македонији процењује да су страна улагања преко пост-приватизационих трансакција, односно као резултат продаје акција купљених у процесу приватизације, значајно допринела да укупна страна улагања до краја 2000. године износе преко 235 мил $. То посебно важи ако се оне третирају у истом контексту као акције које су запослени, односно радници стекли бесплатно или уз одређене попусте. Иако су неспорно оне формално резултат приватизације, начин њиховог стицања утицао је да су оне у погледу ефективности вршења њихових права и фактичког односа према њима, имале више несвојински него стварни власнички карактер. Стога продаја ових акција, означава, слично као и код акција у портфељу државе, успостављање класичне и валидне власничке структуре, са екстерним власницима, очишћење од примеса самоуправног синдрома понашања и свести. И реална могућност њихове заједничке продаје на организованим тржиштима капитала, додатно аргументује наступања на организованом тржиштима капитела. С друге, стране, увек је могуће заједничко наступање државног и овог капитала, те и то може бити аргумент у корист заједничког разматрања.

Земље у региону при регулисању процеса приватизације, заснивале су га на различитим принципима и моделима, у складу са специфичностима друштва и националне економије, али и искуствима у спровођењу приватизационаих процеса који је у бившој Југославији започет још 1989. године по основу тадашњег Закона о друштвеном капиталу, преко коришћења метода интерних акција. Генерално гледано, може се рећи да се у земаља југоисточне Европе успостављају различити, најчешће поливалентни методи, с тим да у Републици Српској и Црној Гори, преовлађује ваучерски систем приватизације, а у Хрватској и Македонији у основи је прихваћен комерцијални моде приватизације, али модел у Македонији има израженију комерцијалну ноту. Међутим, без обзира на коришћени метод, они су скоро сви омогућили стварање озбиљне имовинске основе за процес који смо назвали постприватизација. Њен обим варира и у већој мери зависи од правне регулативе и фактичког стања и праксе у појединим земљама, али укупно гледано, њихова вредност потенцијално није мала. У Македонији вредност портфолио акција у портфељу Агенције за приватизацију износио је око пола милијарде еура, у око 600 предузећа.

У македонском праву, предузеће се сматра приватизованим ако се прода више од 51% капитала. Непродате акције се преносе Агенцији за приватизацију.ради касније продаје. На тај начин се формира портфолио рездиенцијалних акција Агенције. Међутим, у портфељ Агенције, долазе и друге акције и по другим основама. Тако се напред наведеним акцијама прикључују и акције које су биле купљене на рате али због неуредности у плаћању су пренете на Агенцију на даљну продају путем берзе. Такав модел приватизације се после извршених измена закона 1999. године задржава код предузећа који уопште нису започела поступак за приватизацију по новом закону а пропустале су рокове за аутономни избор модела приватизације.

У праву Републике Српске основ за постприватизацију се налази у акцијама које се налазе у портфељу Фонда пензијско-инвалидског осигурања. Он је утврђен у висини од десет процената акција државног капитала у поступку приватизације предузећа. Од те обавезе ослобођена су предузећа у којима је вредност државног капитала исказаног у почетном билансу мања од 300,000 конвертибилних марака.[5] Наведена обавеза не постоји и код приватизације предузећа који се приватизацују по посебном програму.[6]

У хрватском праву, по основу Закона о претворби друштвених подузећа из 1991. године са каснијим изменама,[7] приватизација се између осталог остварује преносом свих акција односно удела фондовима и Хрватском фонду за развој, без накнаде. Међутим, номинални носиоци акција и удела у државном власништву постају и други субјекти, те се као предмет постприватизације јављају акције и удели више номиналних носилаца као што су: Хрватски фонд за приватизацију, Државна агенција за осигурање штедних улога и санацију банака Хрватски завод за мировинско осигурање Хрватски завод за здравствено осигурање, јавна предузећа те установе и трговачка друштва којих је власник односно оснивач Република Хрватска. Имовинска основа постприватизације је и она имовина која је на законом допуштен начин, постала власништво државе, жупаније, градова и општина.

И у нашем праву, значајан део приватизације друштвеног и државног капитала у предузећима се одвија путем преноса акција на Акцијски фонд, као специфичне државне институције и њиховог даљег промета и

[5] Чл. 26 .Закона о приватизацији државног капитала у предузећима Републике Српске из 1998.године.

[6] Чл. 27. Закона о приватизацији државног капитала у предузећима Републике Српске из 1998.године.

[7] Измене су извршене 1992, 1993, 1994, 1995, 1996. и 1999 године.

продаје домаћим и страним лицима. Правни основ њиховог настанка је разноврстан. Прво, ради се о акцијама по основу преосталог друштвеног и државног капитала емитованих у складу са Законом о својинској трансформацији из 1997.године[8], а за које није објављен јавни позив за упис и продају акција до дана ступања на снагу важећег Закона о приватизацији.[9] Тиме се коначно идентификују власници свих акција и омогућава завршавање поступка приватизације у предузећима који су тај поступак реализовала по правилима наведеног закона.

Акцијском фонду се преносе и акције акционара који су одустали од отплата рата уписаних акција по основу ранијих закона[10] и акције које Фонд за развој Републике Србије преноси Акцијском фонду ради продаје.[11] Имовински основ постприватизације чине акције и удели преостали после продаје капитала у поступку приватизације у складу са законом којим се уређује приватизација, као и акције после раскида уговора о продаји капитала, односно имовине између Агенције за приватизацију и купца капитала. Наиме, раскидом уговора запослени у субјекту приватизације задржавају власничка права на капиталу стечена по повлашћеним условима, а капитал који је био предмет продаје преноси се Акцијском фонду.[12]

Значајан сегмент имовинске основе постприватиазције чине и акције пренете фонду надлежном за пензијско и инвалидско осигурање.[13]

---

8 Закон о својинској трансформацији („Службени гласник РС“, бр. 32/97 и 10/2001)

[9] Чл. 67. Закона о приватизацији из 2001. године („Службени гласник РС“, бр. 38/01 и 18/03 ,45/05)

[10] Закон о друштвеном капиталу („Службени лист СФРЈ“, бр. 84/89 и 46/90), Закон о условима и поступку претварања друштвене својине у друге облике својине („Службени гласник РС“, бр. 48/91, 75/91, 48/94 и 51/94) и Закона о својинској трансформацији („Службени гласник РС“, бр. 32/97 и 10/2001);

[11] Члан 8. Закона о Акцијском фонду из 2001. године.

[12] Уговор о продаји капитала, односно имовине сматра се раскинутим због неиспуњења ако, ни у накнадно остављеном року за испуњење, купац: 1) не плати уговорену цену, односно било коју од доспелих рата; 2) не инвестира у субјект приватизације на начин, у облику и року утврђен уговором; 3) располаже имовином субјекта приватизације супротно одредбама уговора; 4) не обезбеди континуитет у обављању регистроване делатности ради чијег је обављања субјект приватизације основан; 5) не достави гаранцију за инвестиционо улагање на начин утврђен уговором; 6) не извршава одредбе о начину решавања питања запослених; 7) у другим случајевима предвиђеним уговором. Члан 19. Закона о изменама Закона о приватизацији („Службени гласник РС“, бр. број 45/05.

[13] Чл. 10. Закона о Акцијском фонду из 2001. године

2. Општи правни оквир учешћа страних лица у постприватизацији

Страно лице слободно и без ограничења се може јавити као субјект у поступку постприватиазације, на исти начин као и у основном току приватизационог процеса. У основи, и овде важи принцип националног третмана. Учешће у том процесу је широко отворено, јер су им на располагању све акције у државном портфељу. Наиме Акцијски фонд има обавезу да изврши продају свих акција које су му пренете, [14] осим оних за које министарство надлежно за послове приватизације одлучи да их евидентира у Приватизационом регистру. Није предвиђена могућност прибављања ових акција по повлашћеним условима, као што је то могуће у хрватском праву. За разлику од других упоредно-правних решења у региону, у овом праву постоји и могућност некомерцијалног располагања акцијама у портфељу Хрватског фонда за приватизацију. Наиме, у зависности од постигнутих резултата акционарског друштва насталог приватизацијом предузећа, Хрватски фонд за приватизацију може акције којима располаже продати запосленима у друштву по повлашћеној цени или уз повлаштене услове. Они чак могу стећи акције без накнаде, када Хрватски фонд за развој уз сагласност Владе Републике Хрватске оцени да због стања у којем се налази акционарско друштво, а узимајући у обзир узроке таквог стања, да је у интересу побољшања његовог пословања да се део акција портфељу фонда пренесе запосленима без накнаде.[15]

Учешће страних лица у процесу постприватизације у нашем праву је једино лимитирано у временском погледу, јер по садашњим законским правилима, Акцијски фонд је дужан да акције које су му пренете прода најкасније у року од шест година од дана ступања на снагу закона којим се уређује приватизација.[16]

Правни положај страних лица у процесу постприватизације је утврђен важећом правном регулативом. И овде важи да оптимални прилив страног капитала у процесу приватизације у битноме зависи и од правноинституционалних услова, односно укупног правног амбијента релевантног за ову област. Иако су мотиви инвеститора економске природе, њихово остваривање оцењује се правним режимом којим се ствара оквир за учешће у приватизацији и реализацију страних улагања.

[14] Члан 67-69. Закона о приватизацији из 2001. године.
[15] Чл. 33 и 34. Закона о приватизацији.
[16] Чл. 9. Закона о Акцијском фонду из 2001. године.

Иако примарно меродаван, Закон о приватизацији не обухвата све сегменте положаја ових лица као страних улагача у процесу приватизације предузећа у нашој земљи, па самим тим и у процесу постприватизације. Стога је он одговарајуће правно надограђен путем других релевантних закона као што су Закона о Акцијком фонду из 2001. године и Закон од тржишту хартија од вредности других финансијских инструмената из 2002. године, којим се целокупан правни оквир комплетира, нарочито у погледу правила о реализацији куповине и остваривању и заштити њихових права као страних улагача.

Начини стицања акција или удела у постприватизацији су уређени Законом о Акцијском фонду.[17] У македонском праву правна регулатива се заснива на приватизационом закондавству, а сам поступак продаје је уређен посебном Уредбом о начину и поступку продаје акција и удела који се налазе у портфељу македонске Агенције за приватизације. Тиме је заокружена регулатива која се односи на продају капитала у оквиру приватизације.

И у Хрватској, након што је приватизација друштвеног власништва углавном завршена по основу Закона о претворби друштвених подузећа,[18] посебно је било актуелно правно уредити поступак приватизације оне имовине која је пренесена Хрватском фонду за приватизацију у поступку приватизације друштвеног власништва, односно оне имовине која је на основу посебних прописа на законом допуштен начин, постала власништво државе и локалних самоуправа. Тај законодавни посао учињен је доношењем Закона о приватизацији, којим су прописани критерији и поступак приватизације оне имовине која није приватизована током процеса приватизације и то у форми неколико подзаконских аката.[19]

Адекватно правно регулисање подразумева одговарајуће утврђивање институционалног механизама у овој области. Тако, најзначнију улогу у процесима постприватизације у хрватском праву има Хрватски фонд за приватизацију који има овлашћење да управља акцијама и уделима што

[17] Чл 9. Закона о Акцијском фонду из 2001. године.

[18] Остало је само да се тај процес оконча на једном делу територије Хрватске.

[19] То су следћи подзаконски акти: Правилник о висини накнаде за издавање рјешења којим се утврђују некретнине (Народне новине Републике Хрватске бр. 29/96), Правилник о врсти докумената које је купац дионица, удјела ствари и права дужан доставити Хрватском фонду за приватизацију приликом склапања уговора о купњи (Народне новине Републике Хрватске бр. 36/96), Правилник о продаји дионица, удјела, ствари и права јавним прикупљањем понуда (Народне новине Републике Хрватске бр.44/96), Правилник о додјели дионица без наплате (Народне новине Републике Хрватске бр. 44/96, 1/97, 137/97 и 6/98) Правилник о увјетима и начину замјене дионица или удјела (Народне новине Републике Хрватске бр. 44/96).

подразумева и управљање, продају и свако друго располагање. Његова овлашћења су врло широка, што укључује и могућност продаје по повлашћеним условима или чак њихову погледу, без накнаде, о чему је већ делом било речи.

У складу са нашим законским прописима, основни субјекти у области пострпиватизације су Агенција за приватизацију и Акцијски фонд. Акцијски фонд се јавља у улози главног организатора поступка постприватизације.[20] Њихову ефективну продају он врши на основу налога Агенције. У том погледу постоји широк степен аутономности ових институција, јер не постоје детаљнија правна правила о критеријумима и условима када и под којим условима ће се кренути у продају наведених акција а нарочито који формални облик продаје ће се у конкретном случају сматрати адекватним. Овако широка диспозиција у поступању наведених органа у тако осетљивој области се не може оценити као адекватно решење. Једини формални оријентир у њиховом раду, у погледу динамике и обима постприватизације је програм Акцијског фонда. У том погледу начелно постоји доста неодређена обавеза усклађивања дате динамике са планираним буџетским приходима.[21]

Истовремено са понудом за продају акција из Акцијског фонда, могу нудити на продају и акције појединачних акционара правног лица чије се акције нуде на продају, ради продаје већинског пакета акција. Могућност заједничког наступања постоји и у другим правима с тим што је она нешто уже постављена. Наиме, у македонском праву обично у портфељу државе се налазе мањински пакети акција, иако постоје и предузећа у којима такве акције у поседу акција носе управљачки пакет. Каснијим законским решењима Агенција је овлашћена да прода и државни капитал у предузећима, што је омогућило да се комбинује слободан капитал за формирање већинског пакета,што може бити посебно атрактивно за инвеститоре. Све то опет додатно олакшава продају и јача њен финансијски ефекат.

3. Облици куповине акција у постприватизацији

Страно лице може до акција у портфељу државе,односно државних фондова у нашој земљи доћи по више основа. Наведени приступ у овој

[20] Чл. 9. Закона о Агенцији за приватизацију из 2001.године.
[21] Чл. 13. Закона о Акцијском фонду из 2001. године

области првенствено подразумева продају тих акција на финансијској берзи, методом јавне аукције, али је могуће да се то учини и ван берзе прихватањем понуде за преузимање, у складу са законом којим се уређује тржиште хартија од вредности. С друге стране, удели се могу купити по основу јавне аукције. Изузетно, ако Агенција за приватизацију донесе одлуку, акције, односно удели могу се продавати и путем јавне понуде и јавног тендера.

Овакав шири приступ у погледу облика постприватизације није универзално прихваћен. Македонско право је у овом погледу илустративно. Оно је специфично јер и концептуално другачије прилази самом проблему постпирватизације. Наиме, у овом праву се модел продаје капитала које држи Агенција за приватизацију у свом поседу, формално третира као самостални модел приватизације, чија је примена условљена некоршћењем других модела или пропустима у роковима за подношење документације Агенцији. Међутим, без обзира на који начин и по ком основу су дошле у портфељ Агенције за приватизацију, њихова продаја је једино могућа преко Македонске берзе дугорочних хартија од вредности. За продају удела једини валидни облик продаје је метод јавне понуде.

Продаја акција у поступку постприватизације путем финансијске берзе је најчешће примењени метод продаје односних акција. У погледу њене реализације у нашем праву важи начело јавности и недискриминације.[22] Она подразумева активно учешће самог акционарског друштва.чије се акције продају на овај начин. Привредна друштва чије су акције пренете Акцијском фонду дужна су да на захтев Акцијског фонда у року од осам дана од дана пријема захтева доставе проспект финансијској берзи и закључе уговор са финансијском берзом о листингу и котацији, односно обезбеде услове за трговање акцијама на финансијској берзи. Ако привредно друштво не поступи по захтеву Акцијског фонда или по писменој иницијативи акционара који имају најмање једну десетину основног капитала издаваоца, трговина акцијама се одвија на финансијској берзи без проспекта.[23]

Један од два основна метода приватизације у нашем праву је метод путем преузимања акционарских друштва. Страна лица могу борбу за остваривање контроле над појединим акционарским друштвима остварити и овим путем, посредством тржишта капитала. У том контексту врло значајну улогу могу имати и акције у непосредној или посредној контроли државе. Овај институт компанијског права је релевантан са аспекта постприватизације јер је у нашем праву правно могуће да и држава одговори понуди продајом акција у порфељу Акцијског фонда. У том погледу не постоје

[22] Чл. 9. Закона о Акцијском фонду из 2001. године.
[23] Чл. 11.а Закона о Акцијском фонду из 2001. године

посебна ограничења, као у неким другим правима.[24] Таква ситуација, не само са аспекта постприватизације, је изузетно значајна и захтева адекватну, врло разрађену правну регулативу. Она, поред осталог има за циљ да обезбеди правну сигурност свих учесника, па и страних лица као потенцијалних купаца. Увиђајући значај наведеног питања, у земљама бивше Југославије доносе се нови закони о овој материји. Тако је Македонији то учињено посебним законом из 2002. године.[25]

У нашем праву не постоји посебан закон о преузимању, али је он предмет регулисања путем Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената из 2002. године. У том смислу, за сваку куповину страног лица од најмање 25% акција[26] с правом гласа тог друштва, стриктно се примењују релевантне одредбе овог закона[27].

За разлику од постприватизације путем берзе капитала, њено одвијање по основу поступка преузимања акционарских друштава., захтева активну иницијалну улогу страног лица које се овом контексту наше правне терминологије означава као инвеститор.[28] Стога он самостално започиње поступак преузимања давањем јавне понуде свим акционарима тог акционарског друштва, па и држави, за куповину, односно за преузимање акција. Рок утврђен у понуди за преузимање акција не може бити краћи од 21 дан.

Понуда се не може се вршити без претходно донетог решења о њеном одобрењу а које доноси Комисија за хартије од вредности. Садржину захтева за одобрење понуде и другу документацију која се подноси уз тај захтев прописује Комисија за хартије од вредности.[29] Понудилац је дужан да понуду упути свим законитим имаоцима акција - на посебном обрас-

[24] У македонском праву је изменама законских правила из 2002.године. онемућена куповина акција у државном прортфељу по основу преузимања. Коевски, Г-Ћупев,М., Преузимање акционарских друштава у Републици Македонији, Правни живот, 11/2003, стр. 77.

[25] Ради се о Закону о преузимању акционарских друштава из 2002.године. Закон је већ исте године претрпео измене.

[26] Јавна понуда у шавајцарском праву је обавезна за сваког који директно или индиректно сам,или заједно са трећим лицем стекне најмање једну трећину акција циљног друштва.

[27] Непоступање по законским правилима може бити санкционисано губљењем права на преузимање. Члан 67. Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената (`Сл. лист СРЈ`, бр. 65/2002 и `Сл. гласник РС`, бр. 57/2003 и 55/2004)

[28] Под инвеститором се подразумева лице које купује хартије од вредности и друге финансијске инструменте, изузев покровитеља емисије који хартије од вредности купује од издаваоца ради њихове даље дистрибуције јавном понудом, чл. 5. Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената из 2002. године.

[29] Чл. 69. Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената из 2002. године.

цу.[30] Ако у периоду док понуда траје или након затварања понуде али пре истека периода у коме је акционарима дозвољено да одустану од понуде коју су већ прихватили, наступе околности које би битно утицале на одлуку акционара у вези с прихватањем или одбијањем понуде - понудилац је дужан да о тим околностима обавести све акционаре, Комисију за хартије од вредности и акционарско друштво чије акције купује.[31] Управни одбор акционарског друштва чије се акције купују може својим акционарима упутити посебно обавештење у коме износи своје мишљење о понуди за преузимање акција - најкасније десет дана пошто је учињена понуда за преузимање акција. У обавештењу управни одбор може изнети своју препоруку акционарима о прихватању или неприхватању понуде за преузимање акција.[32]

Посебно значајне су обавезе страног лица-инвеститора у вези услова преузимања и начина његовог поступања у том периоду. Тако он за време трајања понуде не може стицати акције које су предмет понуде на било који други начин, нити под било којим другим условима, осим под условима датим у понуди о преузимању акција.[33] Он је исто тако дужан да под истим условима понуди преузимање акција свим акционарима на које се понуда односи. Уколико у периоду краћем од 30 дана од дана отварања понуде за преузимање акција, стекне акције које су предмет понуде под условима који су за акционаре повољнији од услова датих у понуди - дужан је да подједнако повољне услове понуди свим акционарима.[34] Страно лице-понудилац не може за време трајања понуде продавати акције истог акционарског друштва на које се односи понуда за преузимање.[35] Такође не може најмање 20 дана од дана затварања понуде стицати акције под друкчијим условима од оних који су били дати у понуди за преузимање акција, без обзира на исход понуде.[36]

---

[30] Чл. 70. Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената из 2002. године.

[31] Чл. 71. Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената из 2002. године.

[32] Чл. 72. Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената из 2002. године.

[33] Чл. 73. Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената из 2002. године.

[34] Чл. 74. Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената из 2002. године.

[35] Чл. 75. Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената из 2002. године.

[36] Чл. 76. Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената из 2002. године.

Међутим, за време док траје понуда за преузимање акција, понудилац може да повећа цену акција које су предмет понуде.[37] У циљу обезбеђења интереса акционара, страно лице као понудилац је дужно да, пре почетка понуде за преузимање акција, новчана средства депонује код банке, односно овлашћене банке - члана Централног регистра хартија од вредности - у износу који је довољан да се купе све акције које су предмет понуде или да обезбеди банкарску гаранцију издату на исти износ.[38] Ако је број акција депонованих на посебном рачуну хартија од вредности код Централног регистра хартија од вредности по основу понуде за преузимање акција већи од оног који је дат у понуди или од оног који је понудилац спреман да прихвати, страно лице мора поступити по принципу сразмерног смањења броја свих депонованих акција које преузима.[39]

На дан отварања понуде за преузимање акција, акционарима мора бити омогућено да своје акције депонују на рачун депонованих хартија од вредности - на начин предвиђен у понуди за преузимање акција. Сматра се да су акционари прихватили понуду за преузимање акција када депонују своје акције.[40] Међутим, акције депоноване на рачуну депонованих хартија од вредности,акционари могу повући сваког радног дана док траје понуда - давањем писменог налога.[41]

Поступак се завршава преузимањем и исплатом акција. Страно лице као понудилац је дужан да све акције преузме и исплати што је могуће пре, али најкасније трећег дана од дана њиховог преузимања.[42] Исто тако је обавезан да у року од 20 дана од дана затварања понуде, Комисији за хартије од вредности достави обавештење о резултату понуде за преузимање акција, а ако је понуда за преузимање успешно завршена - и податке о укупном броју преузетих акција.

[37] Чл. 77. Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената из 2002. године.

[38] Чл. 78. Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената из 2002. године.

[39] Чл. 79. Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената из 2002. године.

[40] Чл. 80. Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената из 2002. године.

[41] Чл. 81. Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената из 2002. године.

[42] Чл. 82. Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената из 2002. године.

4. Правна заштита страних лица

У оквиру разматрања правног положаја страних лица у постприватиазцији, посебну пажњу завређује питање осигурања потребног нивоа њихове сигурности и обезбеђења правне заштите њихових интереса. Правна сигурност страних лица –учесника у процесу приватизације, односно могућност заштите директних страних улагања је важан фактор који утиче на учешће страног капитала у процесима приватизације у нашој земљи. У том контексту, структуирање одговарајућег заштитног интрументарија за страна лица и постизање њихове ефективности захтева и адекватан приступ и нашег права.

Заштита ових лица се обезбеђује на више начина. Осим индивидуалне акције страног лица, правна сигурност се постиже и службеном активношћу рада меродавних органа. Адекватна правна основа у овом погледу подразумева мноштво прописа који уређују приватазацију, фунционисање државних фондова који у свом пртфељу имају акције које су предмет постприватизације, али пре свега тржиште капитала.

У првом реду од значаја су законске обавезе учесника у овом послу, посебно Акцијског фонда. Тако се он обавезује да послује са пажњом доброг стручњака водећи рачуна о приходима који се остварују продајом акција и приливу нових инвестиција у правна лица чије акције се продају.[43] Осим ових општих правила,заштита се обезбеђује и специјалним обавезивањем у погледу принципа јавности и обезбеђења права на информације. У том оквиру,он је дужан да благовремено обавештава јавност о продаји акција, обезбеђујући потпуну информисаност потенцијалних купаца, односно обезбеди потенцијалним купцима потребне податке о правним лицима чије акције продаје.[44] Посебан вид заштита се покушава постићи и путем већ класичних института у области конфликта интереса, недозвољене конкуренције, али и прописивањем понашања у погледу располагања повлашћеним информацијама. У оквиру тога, и у овој области се сходно примењује клаузула конфликтности интереса и клаузула недозвољене конкуренције.[45] Из истог разлога, лица у Акцијском фонду која располажу повлашћеним информацијама И не смеју да их употребе ради стицања имовинских користи или других погодности за себе и трећа лица. Под њом се подразумева о тачно одређеним чињеницама које нису познате у јавности, у вези с једним или више субјеката приватизације, односно са његовим акцијама које се јавно нуде на тржишту, која би, да је позната

[43] Чл. 14. Закона о Акцијском фонду из 2001. године.
[44] Чл. 16. Закона о Акцијском фонду из 2001. године.
[45] Чл. 20. Закона о Акцијском фонду из 200. године.

јавности, утицала на њихову цену. Такву обавезу имају сва лица која су у обављању својих радних дужности или функција сазнала за повлашћене информације.[46]

И у материји преузимања учињен је озбиљан напор у структуирању система заштите страних лица.као инвеститора. Питање заштите инвеститора и обезбеђење њихове једнакости је и један од битних циљева законодавне регулативе у овој области, и то од њиховог настанка.[47] Она се предвиђају не само због заштите инвеститора, већ и као облик заштите тржишта капитала, као битног стуба националне економије. И правна правила утврђена у Предлогу Директиве о преузимању акционарских друштава ЕУ[48] битан акценат дају на обезбеђивање њихове транспарентности.

Обезбеђење заштите инвеститора је могуће путем обезбеђења транспарентности целог процеса преузимања, равноправним третманом свих учесника у процесу преузимања а нарочито понудилаца, као и безбедним и благовременим преносом и регистрацијом својине. Они су мање више прихваћени у свим правима која покушавају регулисати ово питање. И прокламовани циљ Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената између осталог и обезбеђење отвореног, јавног, равноправног, ефикасног и економичног тржишта хартија од вредности и нарочито заштита инвеститора, других корисника финансијских услуга и осталих учесника на тржишту хартија од вредности.[49]

И у оквиру својих надлежности, Комисија за хартије од вредности је посебно обавезана да води рачуна између осталог о заштити инвеститора.[50]

У том циљу Комисија за хартије од вредности може покренути и водити пред судом поступак ради заштите интереса инвеститора и других лица за које утврди да им је повређено одређено право или на праву заснован интерес, у области послова са хартијама од вредности и другим финансијским инструментима. У том оквиру, битна је и контролна и надзорна функција Министарства надлежног за послове приватизације.[51]

---

[46] Чл. 21. Закона о Акцијском фонду из 200. године.

[47] Тако се већ посебном закону, тзв Вилијамсовог закону (Wilimas At) ,осим заштите акционата, посебан акценат да је овом питању. . И саморегулативни Кодекс за преузимање и спајање (Cit Ode on Takeovers and Mergers) тежи посебно обезбеђењу једнаког приступа тржишту капитала.

[48] Предлог из 1989, године је мењан и допуњаван 1990,1996,1997. и 1999,.године.

[49] Чл. 1. Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената из 2002. године.

[50] Чл. 218. Закона о приватизацији из 2001. године.

[51] Члан 18. Закона о Агенцији за приватизацију из 2002.године.

Закључак

У оквиру разматрања правног положаја страних лица у приватизацији, незаобилазно је анализирати и њихов статус у поступку постприватизације, и то не само због вредности његове имовинске основе, већ и стога што он имплицира разноврсне правне проблеме. Питање постпрватизације је врло актуелно питање у свим земљама,које нису у потпуности завршиле процес приватизације,али су у том процесу значајно искорачиле, па самим тим и за нашу земљу.

Поставља се питање колико је у нашем праву изграђена одговарајућа правна инфраструктура за реализацију ових послова, а нарочито у коме степену су обезбеђени и заштићени интереси страних лица-инвеститора.

Иако примарно меродаван, Закон о приватизацији из 2001.године не обухвата све сегменте положаја ових лица као страних улагача у процесу приватизације предузећа у нашој земљи, па самим тим и у процесу постприватизације. Стога је он правно надограђен Законом о Акцијском фонду из 2001.године и Законом о тржишту хартија од вредности других финансијких инструмената из 2002.године, али у том погледу није постигнут потребан ниво комлетности. То посебно важи за систем правне заштите страних лица, који у овој области примаран. Наиме, недостатак детаљне регулације појединих питања,нарочито у погледу критеријумима и условима продаје акција у портфељу државе, битно јача могућност аутономног поступања надлежних органа, а самим тим умањује степен правне сигурности страних лица, као инвеститора у процесу постприватизације. Овакав приступ се стога не може оценити адекватним, иако је номинално утврђена доста широка палета заштитних механизама у овој области. У таквим условима, проблем ефективне практичне примене законских правила у нашем праву, добија још више на значају.

Drago Divljak, Ph.D. Associate Professor
Novi Sad Faculty of Law

Post-privatisation and foreign entities

Abstract

The paper considers the property foundations and possibilities of post-privatisation process, legal forms and mechanisms that it is carried out within and in particular the problem of protection of foreign entities, potential investors. Post-privatisation implies the privatisation of the remaining part of socially or state owned capital that can be found, based on any reasons, in the portfolio of the state, public-legal funds or possibly the local self-government units. Foreign entities are entitled to obtain the shares belonging to the state, namely the portfolio of the state funds in our country, on several grounds. The above-mentioned approach in this field implies primarily the sale of such shares at the financial stock exchange in accordance with the public auction method, but it is also possible to carry out that process outside the stock exchange by accepting the offers for take over in compliance with the law regulating the market of securities.

Although having the first instance jurisdiction, the Law on Privatisation does not include all the segments of the status of such entities as foreign investors in the process of privatisation of companies in our country, which means in the post-privatisation process as well. That was why it was amended in a legal sense by the Law on the Shares' Fund and the Law on Market of Securities and Other Financial Instruments from 2003, but it did not provide for the sufficient level of complexity, in particular in the segment of legal protection of foreign entities as investors in post-privatisation.

351.79(497.1)

Christian Heitsch
Trier University
Federal Republic of Germany

IMPLEMENTING EC WATER LAW: THE CASE OF THE STATE UNION OF SERBIA AND MONTENEGRO

The State Union of Serbia and Montenegro intends to adapt its water law, in particular that applicable to the Danube river, to existing European Community water legislation. This would be an important step in preparation for the State Union's eventual accession to the European Union, an event which I sincerely hope will happen in the reasonably near future. In order to help identify the legislative efforts necessary, this paper will first explain the existing EC water law with particular emphasis on the Water Framework Directive (WFD). Second, it will discuss the meaning and scope of the duty to implement directives and assess which provisions of the WFD have to be transposed into national law. By way of conclusion, it will make recommendations on steps considered necessary for the intended adaptation of domestic to EC water law.

I. European Water Protection Directives in Force

1. Directives Enacted before the Entry into Force of the Single European Act

European water legislation dates back to a period when the EC Treaty provisions about environmental policy did not yet exist. For enacting what fre-

quently is called the "first wave" of European water legislation, the Community institutions had to take recourse to Articles 94, 95 and 308 (formerly 100, 100a and 235) E.C.[1] This first group of directives[2] primarily focused on quality standards for specific types of water bodies – bathing waters,[3] fish[4] and shellfish waters[5] and waters used for drinking water abstraction. [6] A total of eight water directives was adopted between 1975 and 1980.[7] Generally speaking, most of these directives set compulsory environmental quality standards for water bodies intended for particular types of use, and require Member States to designate such water bodies, to establish plans of action and implementation as well as pollution reduction programmes, and to analyse, monitor and inspect the quality of such water bodies. By contrast, directives 76/464 and 80/68 on the protection of, respectively, surface water and groundwater against pollution caused by dangerous substances, follow an emission-based approach in seeking to limit discharges of substances designated as dangerous by inclusion in the directives' Annexes. In addition, directive 80/778 fixes maximum permissible concentrations and non-mandatory guide values for certain undesirable substances in drinking water and required Member States to take the necessary measures to ensure compliance.[8]

[1] *Kraemer, L.*, E.C Environmental Law, Fourth Edition, 2000, p. 184.

[2] For an outline of the "first wave" water legislation, see *Bloech, H.*, European Water Policy and the Water Framework Directive: an Overview, [2004] JEEPL, pp. 170/171; *Grimeaud, D.*, Reforming EU Water Law: Towards Sustainability? [2001] EEnvLR, p. 41.

[3] Council Directive 75/160/EEC, [1976] O.J. L 31, p. 1.

[4] Council Directive 78/659/EEC, O.J. 1978 L 222, p. 1.

[5] Council Directive 79/923/EEC, [1979] O.J. L 281, p. 47.

[6] Council Directive 75/440/EC, [1975] O.J. L 194, p. 26; see also Council Directive 79/869/EEC of 9 October 1979, [1979] O.J. L 271, p. 44.

[7] In addition to the measures listed in footnotes 3 to 6, the following directives constitute the first wave of water legislation: Council Directive 76/464/EEC on control of surface water pollution by dangerous substances, [1976] O.J. L 129, p. 23, as amended by Directive 91/692/EEC, [1991] O.J. L 377, p. 48; Council Directive 80/778/EEC relating to the quality of water intended for human consumption, [1980] O.J. L 229, p. 11, as last amended by Directive 98/83/EC, [1998] O.J. L 330, p. 32; Council Directive 80/68/EEC on the protection of groundwater against pollution caused by certain dangerous substances, [1980] O.J. L 20, p. 43.

[8] For details, see *Jans, J. H.*, European Environmental Law, Second Edition, 2000, pp. 341 – 358; *Kraemer* (footnote 1), pp. 183 – 198.

2. Directives Addressing Principal Causes of Water Pollution

In the 1990s, a further group of Directives was enacted to address principal causes of water pollution, that is urban waste water, agriculture and industry. The 1991 Urban Waste Water Treatment Directive[9] was based on Article 175 (formerly 130s) E.C. The Directive aims at reducing the pollution of surface waters with nutrients, in particular nitrates and phosphates from urban waste water, including domestic waste water and the mixture of domestic waste water and industrial waste water and/or run-off rainwater. Member States are required to provide, by the end of 2005, a sewerage system for all agglomerations of more than 2,000 people. The deadline for equipping agglomerations of more than 15,000 people with such a system expired at the end of 2000. The Directive also provides that Member States arrange for secondary treatment of waste water before it enters the sewerage systems. This requirement is subject to the same deadlines as apply to establishing the sewerage system. The discharge of sludge from treatment installations into waters had to be phased out by the end of 1998. Furthermore, Member States have to designate sensitive areas according to certain criteria. Discharges of urban waste water into these areas are required to undergo more stringent treatment than discharges into areas not so designated. Areas amenable to such designations include, in particular, waters which are found to be eutrophic, and waters which are intended for the production of drinking water. The Directive also authorizes Member States to define less sensitive areas which may be made subject to more lenient provisions for waste water treatment.

The Nitrates Directive aims to reduce water pollution caused or induced by nitrates from agricultural sources.[10] It requires Member States to identify, according to criteria specified in Annex I, the waters which are affected or can be affected by nitrate pollution. All known areas of land in Member States' territories which drain into the waters so identified must then be designated as vulnerable areas. This requirement applies to areas where waters contain a concentration of nitrates in excess of 50 mg/l and the Member State concerned considers that the discharge of nitrogen compounds from agricultural sources makes a "significant contribution" to the overall concentration of nitrates.[11] On-

[9] Directive 91/271/EEC, [1991] O.J. L 135, p. 40, amended by Commission Directive 98/15/EC, [1998] O.J. L 67, p. 29; for a summary, see *Kraemer* (footnote 1), pp. 197/198, and *Jans* (footnote 8), pp. 354/355..

[10] Directive 91/676/EEC, [1991] O.J. L 375, p. 1; for a summary see *Jans* (footnote 8), pp. 355/356.

[11] Case C-293/97 *Standley* [1999] E.C.R. I-2603.

ce these zones have been designated, Member States must set up action programmes consisting of certain mandatory measures. For instance, the limit for the application of livestock manure is set at the amount of manure containing 170 kg of nitrates per hectare and year. Outside the vulnerable zones, farmers are to be encouraged voluntarily to implement a "code of good agricultural practice."

The Directive on Integrated Pollution Prevention and Control ("IPPCD")[12] takes an integrated approach to controlling pollution of important environmental media by industrial installations listed in its Annex I. As stated in the Directive's preamble, attempts to control emissions into air, water and soil separately may encourage the shifting of pollution among the various environmental media rather than protect the environment as a whole. The general obligations specified in Article 3 IPPCD clearly reflect the integrated approach. More particularly, Article 3 requires Member States to ensure that installations are operated in such a way that all appropriate preventive measures are taken against pollution, in particular through application of the best available techniques; no significant pollution is caused; the Community legislation on waste avoidance, recovery and disposal is complied with; energy is used efficiently; the necessary measures are taken to prevent accidents and limit their consequences; and the necessary measures are taken upon definitive cessation of activities to avoid all pollution risk and return the site of operation to a satisfactory state. The Directive includes detailed provisions on the granting of permits with a view to implementing the integrated approach. First, Article 7 requires Member States to take the measures necessary to ensure that the conditions of, and procedure for the grant of the permits are fully coordinated where more than one competent authority is involved. The competent authority shall grant a permit containing conditions guaranteeing that the installation complies with the requirements of the directive or, if it does not, shall refuse to grant the permit. All permits granted must include details of the arrangements made for air, water and land protection (Article 8 IPPCD). As specified in Article 9(3) IPPCD, permits have to include emission limit values for pollutants which are likely to be emitted from the installation concerned into water, air or land. Article 9(4) IPPCD stipulates that the emission limit values "shall be based on the best available techniques" ("BAT"). The phrase "best available techniques" is further broken down in Article 2(11) IPPCD.[13] "Best" is defined as "most effective in achieving a high general level of protection of the envi-

[12] Directive 96/61/EC, [1996] O.J. L 257, p. 26, last amended by Regulation (EC) No. 1882/2003, [2003] O.J. L 284, p. 1; for an outline, see *Kraemer* (footnote 1), pp. 115 – 118, and *Jans* footnote 8), pp. 330 – 332.

[13] For an explanation of the BAT standard, see *Bell, St. & McGillivray, D.*, Environmental Law, fifth edition, 2000, pp. 396/397.

ronment as a whole." This is not an absolute term and there may be a number of different techniques which would fall within this definition. "Techniques" include both the technology used and the way in which the installation is designed, built, maintained, operated and decommissioned. "Available" techniques are those developed on a scale which allows implementation in the relevant industrial sector, under economically and technically viable conditions, taking into consideration the costs and advantages, whether or not the techniques are used or produced inside the Member State in question, as long as they are reasonably accessible to the operator. This should exclude experimental techniques or techniques which are disproportionately costly. The language of the definition is vague which grants some degree of discretion to regulatory agencies in determining applications for permits on a case-by-case basis. There is, however, some supplementary guidance to be found in the BAT reference documents. As required by Article 16(2) IPPCD, the Commission established an exchange of information between Member States and the industries which fall under the Directive in order to establish BAT, associated monitoring and development in these areas. There is now an IPPC Information Exchange Forum ("IPPCIEF") on which all Member States are represented. Trade associations and NGOs also attend the meetings. The Commission must publish the results of the information exchange every three years. The main purpose of the IPPCIEF is to prepare BAT reference documents ("BREF") which describe the best available techniques for each specific industrial process. These documents will have to be taken into account when determining BAT either for a sector or for an installation.

3. The Water Framework Directive ("WFD")

a) The Integrated Approach and its Limitations

The water framework directive 2000/60/EC[14] creates an innovative water management regime that seeks better to address, in an integrated fashion, deficiencies of water quality as well as water supply shortages. Abandoning previous legislative approaches which only protected a limited number of water bodies intended for specific uses, the WFD makes protection of all of Europe's waters – rivers and lakes, groundwater, transitional and coastal waters – subject to one single, though highly complex, legal regime. Consequently, the WFD repeals most "first wave" Community water legislation.[15] In particular, the 1975 direc-

[14] [2000] O.J. L 327, p. 1, amended by Decision No. 2455/2001/EC, [2001] O.J. L 331, p. 1.

[15] For the wide-ranging change of legislative approach embodied in the WFD, see *Bloech* [2004] JEEPL, p. 172; *Grimeaud* [2001] EELRev, pp. 41-43.

tive on the quality of surface water intended for the abstraction of drinking water, the 1978 directive on the quality of freshwater to support fish life, and the 1979 directive on the quality required of shellfish water will be repealed at the latest in 2013. The WFD also provides for abrogation of several directives aimed at protecting surface water and groundwater against pollution caused by dangerous substances. The 1980 groundwater directive in its entirety will expire in 2013. Article 22(2) WFD provides that the 1976 directive on dangerous substances will be repealed in 2013, with the exception of its Article 6. As further stipulated by the WFD, Article 6 which authorized the EC Council to set environmental quality standards and emission limit values ceased to have effect upon the entry into force of the WFD. The "first wave" legislation will be replaced by a single regulatory instrument, the WFD, which seeks to achieve "good status" for all waters by 2015 and introduces the "river basin district" as the key unit for integrated water management. This new approach aims at simplifying implementation of EC water policy, at addressing hydrological incoherence and overlaps in standards, and at ensuring that relevant issues of public health and environmental protection are dealt with in an integrated manner. However, Annex IX WFD results in the continuation in force of existing standards for hazardous substances until their eventual replacement by new standards set under the WFD.[16] Furthermore, the 1976 bathing water and the 1980 drinking water directive as well as all "second wave" legislation aiming at water protection will remain in force even after 2013. This includes the 1991 Nitrates Directive, the 1991 Urban Waste Water Directive, and the 1996 IPPC Directive. Thus, integration as envisaged by the WFD will not be complete.[17] Consequently, several provisions of the WFD call for Member States to coordinate implementation of the new water regime with measures required by the "second wave" directives.[18]

[16] There appears to be some misunderstanding in *Grimeaud* [2001] EELRev, p. 42, in whose opinion the "daughter directives" on limit values for dangerous substances will also be repealed, whereas Article 6 of the 1976 directive will continue to be in force even after 2013. However, Annex IX WFD provides that the 'limit values' and 'quality objectives' set under the daughter directives shall be considered 'emission limit values' and 'environmental quality standards' for WFD purposes. And the third indent of Article 22(2) reads as follows: "The following shall be repealed with effect from 13 years after the date of entry into force of this Directive [...] Directive 76/464/EC, with the exception of Article 6, *which shall be repealed from the entry into force of this Directive*" (emphasis added). Still, *Grimeaud*, *loc. cit.*, correctly, though with disputable reasoning, points out that existing standards for hazardous substances will remain in force until replaced by new standards set under the WFD.

[17] To this effect, see also *Grimeaud* [2001] EELRev, pp. 42 - 43.

[18] See, e. g., Annex VI Part A, Articles 22(4), 22(5), 7(2), 10(2) WFD.

Member States are required to implement the new regime in a step-by-step process which will run until 2019, as illustrated by the following table:[19]

Transposition into national legislation (Article 24) Assignment of river basins to river basin districts (Article 3) Designation of competent authorities (Article 3)	December 2003
First analysis of pressures and impacts; economic analysis of water use (Article 5, Annexes II and III); Register of sites for the intercalibration exercise (Annex V)	December 2004
Monitoring programmes operational (Article 8, Annex V) Latest date for starting public participation (Article 14)	December 2006
Draft river basin management plans (Article 13)	December 2008
Binding river basin management plans (Article 13) Programmes of measures (Article 11) Water pricing reflecting cost-recovery (Article 9)	December 2009 by 2010
Review and update of river basin management plans and programmes of measures (Articles 11, 13)	December 2015
Review of the Directive by the Commission	December 2019

Most of the river basins in Europe cover the territory of more than one state. Thus, a joint understanding of the Directive and a joint approach to implementation are of utmost importance. Therefore Member States and the Commission agreed on a Common Implementation Strategy for the WFD which has resulted in publication of a wide range of nonbinding guidance documents covering major WFD implementation issues.[20]

b) Environmental Objectives

Article 4(1) WFD sets different environmental quality objectives for Member States' management of surface water, groundwater and protected areas. As specified in the introductory clause of Article 4(1), these objectives are to govern Member States' conduct "in making operational the programmes of measures specified in the river basin management plans."

aa) Surface water

With regard to surface water management, the WFD requires Member States to "protect, enhance and restore all bodies of surface water with the aim

[19] See *Bloech* [2004] JEEPL, p. 175.

[20] *Bloech* [2004] JEEPL, p. 176; the guidance documents are available on the Commission's information exchange platform: http://europa.eu.int/comm/environment/water/water-framework/implementation.html.

of achieving good surface water status" by December 21, 2015.[21] The expression "with the aim of" presumably indicates that Member States are subject only to an obligation to use all reasonable means to achieve the specified objectives, rather than a clear-cut obligation to realise them. Thus, Member States have to take all reasonable or possible measures to achieve good surface water status, but they cannot be taken to court for failure to bring about "good status."[22]

Article 2(18) WFD explains that a body of surface water enjoys "good status" when both its ecological and its chemical status are at least "good". Criteria to determine the ecological status of a surface water body are established by Article 2(22) in conjunction with Annex V WFD. Generally, the WFD stipulates that a surface water body has good ecological status where levels of distortion resulting from human interference are such as to deviate only "slightly" from those which would prevail under undisturbed conditions. Nature and degree of ecological distortions are to be determined on the basis of the examination of several ecological quality elements, including biological elements and hydro-morphological as well as physico-chemical constituents supporting the biological components. For different types of surface water bodies – rivers, lakes, transitional and coastal waters – to enjoy good ecological status, all quality elements have to achieve at least "good status" as opposed to "moderate status." Perhaps inevitably, the criteria spelled out in the WFD to distinguish "moderate" from "good" or "high" ecological status are rather vague. In this context, Article 5 and Annex II WFD require Member States to analyse the characteristics of each River Basin District to identify the ecological, hydro-morphological and chemical features of water bodies, and Article 8 WFD stipulates that water status has to be monitored continuously. Using the information gathered by means of initial analysis and continuous monitoring, Member States first have to establish for each category of water bodies type-specific hydro-morphological, physicochemical and biological reference conditions for "high" ecological status. Next, they are called upon to attach numerical "ecological quality ratio" values to the biological elements that characterize their remaining surface water bodies and to determine whether each water body enjoys "high", "good" or "moderate" ecological status. As provided by Section 1.4.1. of Annex V WFD, the numerical values designating the class boundaries will be set by means of what is called an "intercalibration exercise" administered jointly by Member States and the Commission. As part of this exercise, reference surface water sites corresponding to the class bou-

[21] Article 4(1)(a)(ii) WFD.

[22] To this effect, see also *Grimeaud* [2001] EELRev, p. 50.

ndaries will be selected for each Community eco-region[23] by means of expert judgment; each Member State monitoring system will be applied to those reference sites which are both in the eco-region and of a water body type to which the system will be applied pursuant to Article 8 WFD. The results of this application shall be used to set the numerical values for the relevant class boundaries in each Member State monitoring system. Theoretically, uniform numerical values developed under the intercalibration exercise will limit Member States' discretion in determining the status of water bodies. However, the process of setting numerical values starts with selection of the reference water bodies based on expert judgment concerning correspondence to the vaguely-worded normative definitions of water body classes. Thus, the determination whether a water body enjoys good ecological status will to a large extent still depend on how Member States and the Commission interpret these normative definitions of the permissible degree of ecological distortion.[24]

In addition to "good ecological status", a surface water body also has to achieve "good chemical status." Article 2 § 24 defines "good chemical status" as one in which pollutant concentration do not exceed existing Environmental Quality Standards for hazardous substances,[25] Environmental Quality Standards to be established for "priority substances" under Article 16(7) WFD, and any other Environmental Quality Standards laid down in current EC legislation, such as the 1991 Urban Waste Water and Nitrates Directives. In comparison with the definition of good ecological status, the characterization of good chemical status appears to be based on more precise criteria.[26]

bb) Artificial and Heavily Modified Water Bodies

"Artificial and heavily modified water bodies" are subject to different environmental objectives from those applicable to other surface water bodies.[27] Member States are required to "protect and enhance" such water areas "with the aim of achieving good ecological *potential*" and good chemical surface water status at the latest in 2015. Thus, artificial or heavily modified water bodies are to achieve good chemical status under the same terms as apply to other surface water bodies. By contrast, a different ecological objective applies to artificial or

[23] Annex XI Part A WFD indicates that the Danube river basin passes through three eco-regions: central highlands (9); dinaric western Balkan (5), eastern Balkan (7).

[24] To this effect, see *Grimeaud* [2001] EELRev, p. 46, and *Hasche, F.*, Das neue Bewirtschaftungsermessen im Wasserrecht, 2005, pp. 139 – 141.

[25] See Section 1.4.3 of Annex V in conjunction with Annex IX WFD.

[26] *Grimeaud* [2001] EELRev, p. 47; *Hasche* (footnote 24), pp. 131/132.

[27] Article 4(1)(a)(ii), (iii) WFD.

heavily modified water bodies. In essence, good ecological potential varies from good ecological status in that it takes account of deteriorated ecological conditions resulting from the artificial or heavily modified characteristics of the water body concerned.[28] Aside from this considerable difference in stringency of objectives, the process of determining the ecological characteristics of artificial or heavily modified water bodies runs along similar lines as that applicable to natural and unmodified water bodies.

The WFD defines an "artificial water body" as a body of surface water which has been created by human activity. A "heavily modified" water body for purposes of the WFD is a surface water body which as a result of physical alterations by human activity is substantially changed in character, and which has been designated as such by Member States in accordance with Annexes II and V WFD.[29] For designation purposes, Annex V specifies that the ecological quality elements which will apply to heavily modified water bodies will be those applicable to the type of surface water area that most resembles the prospective heavily modified water body concerned. For example,[30] where a water body amenable to designation as being heavily modified resembles a river type, the biological, hydro-morphological or physicochemical quality criteria which relate to the closest comparable river type will apply as baseline criteria for determining whether there has been a "substantial" change in character due to physical alterations. Presumably, all reaches of the Danube river dammed for power generation, or dredged or fitted with groynes for navigation purposes qualify for designation as heavily modified. Article 4(3) WFD authorizes Member States to designate water bodies as heavily modified based on a cost proportionality test of environmental goals and economic development objectives. More particularly, such designation is permitted if changes to be made to the hydro-morphological features of the water body concerned – in the case of a river, factors such as flow characteristics, river continuity, channel patterns, width and depth variations – to achieve "good ecological status" (as opposed to "good ecological potential") would have significant adverse effects on beneficial objectives served by the existing modified characteristics of the water body concerned. These beneficial objectives include protection of the general environment, navigation, drinking water supply, power generation, irrigation, flood protection, land drainage and "other equally important sustainable human development activities." Designation of existing water bodies as heavily modified for purposes of lowering applicable ecological objectives furthermore requires a finding that the beneficial objectives served by the modified characteristics of the water bodies cannot, for reasons of technical feasibility or

[28] See Annex V part 1.2.5 WFD.

[29] Article 2(8), (9) WFD.

[30] For this example, see *Grimeaud* [2001] EELRev, p. 48.

disproportionate costs, be reasonably achieved by other means which are a significantly better environmental option. The directive does not set limits on the detrimental economic effects of restoring a heavily modified water body to be considered in the proportionality test. Member States thus are not required to exclude indirect economic effects from the cost-benefit analysis. Therefore Member States have considerable latitude in opting for a designation under Article 4(3) WFD rather than for ecological restoration of the water body concerned.[31] Off course, Member States' discretion is subject to some degree of qualification in that only activities aiming at "sustainable human development" are capable of justifying such a designation. However, because of the sustainability principle's inherent vagueness, this is not an effective check on Member States' discretionary powers. The definition of "sustainable development" used most often refers to "development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs."[32] The Court of Justice has not yet addressed the meaning of sustainable development in the EC law context. However, several opinions of Advocates General have in passing referred to this concept. As explained by Advocate General *Léger*, the sustainable development principle does not imply that the interests of the environment must necessarily and systematically prevail over economic and social interests. Rather, it emphasises the necessary balance between various interests which sometimes clash, but which must be reconciled.[33] Therefore the term "*sustainable* human development activities" in Article 4(3)(a)(v) WFD presumably does not accord overriding importance to environmental aspects. On the contrary, it once again somewhat redundantly stresses the need to support designations under Article 4(3) by a proper balance of environmental considerations against societal and economic development interests. For the sake of transparency, the second clause of Article 4(3)(b) WFD provides that such designations and the reasons for them have to be specifically mentioned in the river basin management plan required under Article 13 WFD.

The baseline duty under Article 4(8) WFD also limits Member States' discretion in that designations under Article 4(3) WFD must not permanently exclude or compromise the achievement of the directive's more ambitious ecological objectives for other water bodies in the same river basin district. Thus, Member States are not permitted to restrict themselves to achieving, for instance, good ecological potential for a river used for navigation, where this

[31] See to this effect *Grimeaud* [2001] EELRev, p. 49, and *Hasche* (footnote 24), pp. 157 - 162.

[32] This is the definition contained in the 1987 *Brundtland* Report "Our Common Future", as quoted in *Bell & McGillivray* (footnote 13), p. 39.

[33] Opinion of Advocate General Léger, case C-371/98 R. v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions ex parte First Corporate Shipping Ltd., http://curia.eu.int.

would result in permanently missing the objective of good ecological status for associated surface water bodies. Furthermore, designations under Article 4(3) must be consistent with the implementation of other EC environmental legislation, including, e. g., the 1992 Habitats Directive.[34] Generally, Member States are required by Article 4(9) WFD to ensure that the application of the WFD, including that of Article 4(3), provides at least the same level of protection as existing Community legislation. To give an example, where a river to which the 1979 fish water directive applies is designated a heavily modified water body, the level of protection has to be at least as good as that required under the fish water directive. Designation as a heavily modified water body must on no account result in failure to achieve quality requirements set by current EC legislation.[35]

cc) Groundwater

Article 4(1)(b)(ii) WFD, setting environmental objectives four groundwater management, requires Member States to "protect, enhance and restore all bodies of groundwater" and to "ensure a balance between abstraction and recharge of groundwater, with the aim of achieving good groundwater status" at the latest in 2015. As in the case of the environmental objectives for surface water, the expression "with the aim of achieving" only requires Member States to take reasonably feasible measures to meet the objective.[36] Criteria for determining whether a groundwater[37] body enjoys good status are both its quantitative and its chemical status.[38]

aaa) Good Chemical and Quantitative Status

"Good groundwater chemical status" means a status which meets the conditions on pollutant concentration and conductivity which are set out in Annex V, table 2.3.2 WFD. With regard to conductivity, table 2.3.2 makes a finding of good status dependent on the absence of changes in conductivity indicative of saline or other intrusions into the groundwater body. The test as to whether pollutant concentrations amount to good status is threefold. First. such

[34] Article 4(8) WFD.

[35] See to this effect *Grimeaud* [2001] EELRev p. 50; for a more extensive discussion of the baseline obligations created by Article 4(9) WFD, see *infra* at footnote 46.

[36] See to this effect *Grimeaud* [2001] EELRev p. 90.

[37] Article 2(2) WFD defines "groundwater" as all water which is below the surface of the ground in the saturation zone, and in direct contact with the ground and the subsoil.

[38] Article 2(19), (20), (25) – (28) WFD.

concentrations must not exhibit the effects of saline or other intrusions; second, they must not exceed the quality standards to be set pursuant to Article 17 WFD; third, they must not be such as would result in failure to achieve environmental objectives for associated surface water bodies or in any significant diminution of the ecological or chemical quality of such bodies or in any significant damage to terrestrial ecosystems which depend directly on the groundwater body. Thus, a finding of good groundwater chemical status depends not only on compliance with environmental quality standards but also on the interpretation of vague terms such as "significant damage" and "significant diminution" of quality.[39]

Annex V table 2.1.2 WFD specifies criteria for determining whether a groundwater body has achieved "good quantitative status". First, the level of groundwater must be such that the available groundwater resource is not exceeded by the annual average rate of abstraction; second, the level of ground water must not be subject to such anthropogenic alterations as would result in failure to achieve environmental objectives for associated surface water bodies, in any significant diminution in the status of such waters, or in any significant damage to terrestrial ecosystems which depend directly on the groundwater body. Like the test for good chemical status, these criteria present considerable problems of interpretation, given their rather vague terminology.

bbb) Quality Standards for Assessing Good Chemical Status

As just noted, Article 4(1)(b) WFD in setting conditions for good chemical status uses rather vague language which might cause a good deal of legal uncertainty as to whether good groundwater chemical status has been achieved. Article 17 WFD provides for adopting groundwater pollution control measures which shall include additional criteria for assessing groundwater chemical status. These new measures will replace the existing 1980 Directive on the protection of groundwater against pollution by certain dangerous substances which in turn will expire in 2013. There is some doubt as to the existence of a legal requirement that the new groundwater pollution control strategy has to result in better protection than the current regime.[40] More specifically, Article 17(1) WFD stipulates that the European Parliament and the Council shall enact measures to prevent and control groundwater pollution with a view to achieving good groundwater chemical status. The Commission was supposed to present proposals for such measures by December 2002. Missing this deadline by 9 months, the Commission finally submitted a proposal for a new directive on the

[39] *Grimeaud* [2001] EELRev p. 89.
[40] *Grimeaud* [2001] EELRev pp. 132/1333.

protection of groundwater against pollution in September 2003.[41] As expressly required in Article 17(2) WFD, this proposal includes more specific criteria for assessing good groundwater chemical status and criteria for identifying sustained and significant upward trends in pollutant concentrations and starting points for reversal of such trends. It also provides for continuation of the groundwater protection regime established in the 1980 groundwater directive. In case of the Community institutions failing to adopt groundwater pollution control measures in time, Article 17(4) WFD authorizes as well as requires Member States to adopt appropriate chemical status and trend reversal criteria as stopgap measures at the latest in 2005. Obviously, this authority would become relevant if the Council and the European Parliament fail to reach agreement on the current Commission proposal. In addition, the WFD sets a baseline criterion for identifying reversals of upward trends in pollutant concentration which will apply in the absence of criteria adopted at national level: Pursuant to Article 17(5), in this case trend reversal shall take as its starting point a maximum of 75% of the level of the quality standards set out in existing Community legislation applicable to groundwater.

cc) Protected Areas

Apart from surface water bodies and groundwater, the WFD for purposes of environmental objectives specifically addresses protected areas. Article 6 in conjunction with Annex IV WFD provides that Member States have to establish registers of all areas designated as requiring special protection under specific EC legislation aimed at protecting surface water or ground water or at conserving habitats and species directly depending on water. These areas include water bodies designated for the abstraction of drinking water, areas designated for the protection of economically significant aquatic species, designated bathing and recreational waters, nutrient-sensitive areas such as areas designated under the 1991 Nitrates and Urban Waste Water Directives,[42] and areas designated for the protection of habitats or species where the maintenance or improvement of the status of water is an important factor in their protection. The latter category includes relevant sites designated under the 1979 Wild Birds Directive or the 1992 Habitats Directive.[43]

---

[41] COM(2003)550 final.

[42] For an outline of these Directives, see supra at footnotes 9 *et seq.*

[43] Directive 79/409/EEC, [1979] O.J. L 103 p. 1, as last amended by Directive 97/49/EC, [1997] O.J. L 223 p. 9; Directive 92/43/EEC, [1992] O.J. L 206 p. 7, as last amended by Directive 97/62/EC, [1997] O.J. L 305 p. 42.

With regard to environmental objectives, Article 4(c) WFD expressly requires that in protected areas any WFD-related standards and objectives "shall" be achieved at the latest in 2015. This language contrasts with the expression "with the aim of achieving" used in relation to good groundwater and surface water status. Thus, for protected areas, Member States have a clear-cut obligation to achieve good status and to comply with relevant quality standards.[44] For instance, where a protected area qualifies as a river, "good surface water status" will have to be achieved by 2015. More importantly, Article 4(c) makes this obligation dependent on the absence of specific provisions in the EC legislation under which protected areas have been designated. Thus, more stringent quality standards and time frames set under the specific EC legislation will prevail over the duty to achieve good status by 2015.

There are special environmental objectives for waters designated for drinking water abstraction. Article 7 WFD requires Member States to identify all water bodies used for the abstraction of drinking water which provide or will provide a minimum of 10 cubic meters per day or which serve at least 50 persons. In respect of such water areas, two sets of environmental objectives must be achieved. Like all other protected areas, water bodies intended for drinking water abstraction firstly have to comply with the good status objective. Second, Member States will have to ensure that under the water treatment regime applied the resulting water meets the requirements of the drinking water directive. More specifically, Member States are required to aim at avoiding deterioration in water quality so as to reduce the level of purification treatment necessary to produce drinking water. For this purpose, Article 7(3) invites Member States to establish water safeguard zones. The purpose of this clause is to ensure adequate protection within the period between expiry of the 1975 surface water directive and realisation of good water status.[45]

dd) The Continuing Relevance of the First Wave Legislation

The vague language of the "good status" objectives supports the conclusion that Member States will not be found liable for Treaty infringement if they miss these objectives. The only thing they have to do is to take all reasonable measures to achieve them. Still, Member States will have to comply, as a minimum, with Article 4(9) WFD which provides that the application of the WFD, including the application of paragraphs 3 through 7 of Article 4 guarantees at least the same level of protection as the existing Community legi-

[44] For a discussion of environmental objectives for protected areas, see *Grimeaud* [2001] EELRev p. 91.

[45] *Grimeaud* [2001] EELRev p. 92.

slation. Further, subparagraphs (a) and (b) of Article 4(1) WFD establish a principle of non-deterioration for management of surface water bodies and groundwater. In addition, Art. 11(3)(a) defines measures necessary for implementing specified existing Community legislation[46] as "basic measures" which have to be included in programmes of measures for river basin district management. This provision strongly indicates that the change to the WFD regime will on no account justify non-compliance with such Community legislation.[47] The WFD, however, is ambiguous as to whether directives slated for expiry qualify as "existing" Community legislation within the meaning of Article 4(9) WFD. This primarily concerns the shellfish water and fish water directives which will be repealed in 2013. Having regard to the environmental objectives of the WFD, it may be argued that these measures would remain "baseline" quality criteria even after their repeal. This would allow minimum water quality standards to be maintained, which would complement the non-deterioration requirement established in Article 4(1), and the importance of existing legislation emphasized by Article 11(3)(a), Article 10 and Annex IX WFD. Thus, with a view to the context of Article 4(9) WFD, it is submitted that the term "existing" should be read as including those EC measures that were on the books at the time of the adoption of the WFD rather than those which will be in force at the time the WFD has been implemented and applied. Such an interpretation is supported by the fact that otherwise there would be a two-year gap between the time the fish water and shellfish water directives are repealed (2013) and the time when good water status has to be achieved (2015).[48] Therefore, countries wishing to adapt their water law to existing Community legislation appear to be well advised to transpose the fish water and shellfish water directives as well.

c) Exemptions from the Requirement to Achieve the Environmental Objectives

Article 4(4) through (7) WFD authorize Member States to postpone realisation of the environmental objectives, to allow temporary deterioration in particular cases, to set less stringent objectives for specific water bodies, or permanently to derogate from both the good status and the non-deteriorations objectives. For each of these derogations, the WFD sets specific conditions with what one commentator has claimed is a built-in hierarchy.[49]

[46] Namely, the directives listed in Article 10 and Annex VI Part A WFD.
[47] *Grimeaud* [2001] EELRev p. 50.
[48] For a similar line of reasoning, see *Grimeaud* [2001] EELRev, p. 50.
[49] *Bloech* [2004] JEEPL, p. 172.

aa) Extension of Deadlines

Pursuant to Article 4(4), the deadlines for achieving "good water status" may be extended. Any such extension shall be limited to a maximum of six years,[50] except in cases where natural conditions prevent the environmental objectives concerned from being realised even during this extended period. When taking recourse to a deadline extension, Member States are still under the "bottom line" obligation of preventing any further deterioration of the water body concerned. Furthermore, they have to demonstrate that their inability to execute the necessary improvements in water status within the deadline results from lack of technical feasibility, from disproportionately high costs or from natural conditions. Unfortunately, the WFD does not provide any meaningful criteria for determining whether a water status improvement is technically feasible or whether its costs meet the proportionality test. Thus, it will be up to each Member State to decide on a case-by-case basis whether a delay is justified.[51] The reasons for any deadline extensions must be set out in the river basin management plan which has to be prepared pursuant to Article 13 WFD.

bb) Less Stringent Objectives

As provided by Article 4(5) WFD, Member States may, for specific bodies of water, aim to achieve less stringent environmental objectives than those required under Article 4(1) WFD. This authority to derogate from any environmental objective listed on Article 4(1) WFD is subject to the non-deterioration principle and conditional on a finding in the initial analysis under Article 5(1) WFD that the water body concerned is so affected by human activity or natural conditions that the achievement of good status would be infeasible or disproportionately expensive. Member States wishing to rely on Article 4(5) WFD furthermore are required to demonstrate that the environmental or socioeconomic needs served by the human activity impacting on the water body concerned cannot be achieved by other means which are a significantly better environmental option not entailing disproportionate costs. Any permissible derogation from the good status objective is limited by the further requirement to achieve

[50] Article 4(4)(c) WFD provides that extensions shall be limited to a maximum of two further updates of the river basin management plan. Pursuant to Article 13 WFD, paragraphs (6) and (7), the fist river basin management plan has to be published nine years after the entry into force of the WFD, and has to be updated at the latest 15 years after the entry into force of the WFD and every six years thereafter. Thus, a Member may justify under Article 4(5) that good water status will not be realised until 21 years after the entry into force of the WFD.

[51] *Grimeaud* [2001] EELRev, pp. 92/93; *Hasche* (footnote 24), p. 165.

the highest possible status, taking into account the impacts on water quality which could not reasonably have been avoided due to the nature of the human activity or pollution. Unlike Article 4(3) which for purposes of lowering applicable environmental objectives authorises designation of heavily modified water bodies serving "*important* sustainable human development activities", Article 4(5) appears to encompass any kind of human activity serving social and economic needs. Thus, setting less stringent environmental objectives seems to be easier to justify under Article 4(5) than under Article 4(3) WFD. Vague terms such as "infeasible", "disproportionately expensive" or "significantly better environmental option not entailing disproportionate costs" likely result in wide discretionary powers for Member States deciding whether less stringent environmental objectives are appropriate.[52] Article 4(5) requires the reasons for setting less stringent environmental objectives to be included in relevant river basin management plans.

cc) Temporary Deterioration in Water Status

In circumstances of force majeure or of natural causes which are exceptional or which could not reasonably have been foreseen, temporary deterioration in water status may be permissible pursuant to Article 4(6) WFD. Cases justifying such deterioration include extreme floods, prolonged droughts and accidents which could not reasonably have been foreseen. Article 4(6) requires Member States to identify in the river basin management plan conditions under which exceptional circumstances may be declared. Furthermore, the measures to be taken in such circumstances have to be included in the programme of measures required under Article 11 WFD; those measures must not jeopardize the recovery of the water body concerned once the exceptional circumstances are over. Once an exceptional deterioration in water quality has occurred, Member states are under a duty to prevent further deterioration in status and to ensure the achievement of the Directive's objectives in other water bodies not affected by the exceptional circumstances. In addition, all practicable measures have to be taken with the aim of restoring the body of water to its status prior to the effect of those circumstances as soon as reasonably practicable. Obviously, Member States have plenty of discretion in deciding which restoration measures are "practicable" within the meaning of Article 4(6) WFD.[53] For reasons of transparency, a summary of the effects of the circumstances and of measures taken or to be taken to mitigate those effects, must be included in the next up-

[52] See to this effect *Grimeaud* [2001] EELRev, p. 95, and *Hasche* (footnote 24), p. 170.
[53] *Hasche* (footnote 24), p. 174.

date of the river basin management plan. In conjunction with the duty to identify in advance conditions under which exceptional circumstances may be declared, this is a procedural device aimed at preventing potential abuse of Article 4(6).

dd) Permanent Derogation from the Environmental Objectives

Article 4(7) WFD provides that Member States will under certain conditions not be in breach of the Directive when they permanently fail to reach applicable environmental objectives or to prevent deterioration in the status of a water body. More particularly, such failure may be permissible when it is the result of new modifications to the physical characteristics of a surface water body or alterations to the level of bodies of groundwater.[54] For instance, activities such as construction of new dams for power generation purposes or of groynes for maintaining a navigation channel within a river may be legal even though these activities result in failure to achieve applicable environmental objectives or to prevent deterioration in water status. In addition, failure to prevent deterioration from high status to good status of a body of surface water which is the result of new sustainable human development activities also may be permissible.[55] Thus, the requirement to achieve good status does not impose a standstill obligation on Member States with regard to economic or societal development involving modification of water bodies. Rather, Article 4(7) WFD expressly authorizes Member States to carry out such new development provided that provisions on balancing costs and benefits and on documentation in the river basin management plan are complied with. Specifically, the reasons for new modifications of water bodies or new sustainable human development activities have to be set out in the river basin management plan and reviewed every six years, that is on occasion of the management plan being updated. As a matter of substantive law, a Member State wishing to rely on Article 4(7) WFD has to balance the conflicting environmental aspects and societal or economic development interests in order to justify the modifications and alterations concerned. Presumably, only very important societal or economic development interests are capable of justifying alterations and modifications resulting in permanent failure to achieve the environmental objectives. The Directive uses somewhat redundant language to emphasize this balancing requirement, without, however, providing any significant checks on Member States' discretion.[56] More specifically, it requires a showing that the reasons for such modifications

[54] See the first indent of Article 4(7) WFD.
[55] See the second indent of Article 4(7) WFD.
[56] *Hasche* (footnote 24), pp. 176/177.

or alterations "are of overriding public interest and/or the benefits to the environment and to society of achieving the [applicable environmental] objectives are outweighed by the benefits of the new modifications or alterations to human health, to the maintenance of human safety or to sustainable development." It is quite unclear to what extent the "overriding public interest" criterion varies from the one which considers "benefits to human health, the maintenance of human safety, or to sustainable development." Because of the term "and/or", it is also quite unclear whether for an alteration or modification to be permissible both criteria need to be complied with jointly. The reference, on the one hand, to human health and safety and, on the other hand, to sustainable development supports the conclusion that only those societal and economic development interests whose importance resembles that of human health and safety are capable of justifying alterations or modifications under Article 4(7) WFD. However, determining the importance of such development interests as well as the process of balancing them against environmental considerations are rather difficult tasks, given the lack of any operational criteria.[57] The Directive also requires a showing that the beneficial objectives served by the modifications or alterations cannot for reasons of technical feasibility or disproportionate costs be achieved by other means which are a significantly better environmental alternative. To summarize, new alterations, modifications or sustainable human development activities within the meaning of Article 4(7) WFD are permissible if the Member State concerned demonstrates that they serve either reasons of human health and safety protection or equally important societal and economic development interests, and that there are no reasonably feasible better environmental alternatives.

c) Measures to Achieve the Environmental Objectives

As briefly mentioned above,[58] the WFD calls for a step-by-step process of implementation whose starting points are the identification of River Basin Districts (RBDs) as principal water management units and the designation of competent authorities (Article 3 WFD). Next, the characteristics of each river basin district will have to be analysed and monitoring schemes will have to be set up, with a view to determining which measures are to apply and the extent to which use is to be made of exemptions from the environmental objectives (Articles 5 and 8 WFD). The measures aimed at achieving the environmental objectives will be included in a programme of measures, as required by Article 11

[57] See to this effect *Grimeaud* [2001} EELRev, pp. 96-97.
[58] See supra at footnote 19.

WFD. Article 13 in conjunction with Annex VII WFD provides that Member States will also establish a river basin management plan (RBMP) which will be a comprehensive body of information on water management pursuant to the Directive. Further specific measures required include a combined approach to pollution control with particular emphasis on progressively reducing discharges of so-called "priority substances" (Articles 10 and 16 WFD), control of groundwater pollution (Article 17 WFD), and the recovery of costs for water services (Article 9 WFD). It is worth remembering that the 1976 bathing water and the 1980 drinking water directive as well as all "second wave" legislation aiming at water protection will remain in force indefinitely. This includes the 1991 Nitrates Directive, the 1991 Urban Waste Water Directive, and the 1996 IPPC Directive. Therefore, specific measures required under this earlier legislation will continue to be relevant under the WFD regime. Furthermore, the WFD regime evidently operates in the context of other EC environmental legislation compliance with whose provisions likely will also contribute to achieving the environmental objectives set by the WFD. Consequently, Member States have to include measures required under this other EC environmental legislation in the programmes of measures to be established under Article 11 WFD.[59]

aa) Identification of RBDs and Designation of Competent Authorities

Member States' first task under the WFD involves identifying river basins lying within their territory and assigning them to river basin districts (RBDs) which in turn will be the principal water management units (Article 3(1) WFD). The management system established by the WFD is not based on political or administrative boundaries. Rather, it uses specific aquifer management units consisting of all surface water, groundwater and coastal water bodies which are geographically or hydrologically connected.[60] Article 3(4) expressly stipulates that the requirements of the Directive including the programmes of measures to be established with a view to achieving the environmental objectives set by Article 4 WFD are to be coordinated within each RBD. A river basin which covers the territory of more than one Member State is to fall within an international RBD.[61] Evidently, the Danube River basin qualifies for designation as an in-

[59] Article 11(3)(a) in conjunction with Annex VI, part A WFD.

[60] *Grimeaud* [2991] EELRev, p. 125; *Bloech* [2004] JEEPL, p. 173. Article 2(13) defines a river basin as "the area of land from which all surface run-off flows through a sequence of streams, rivers, and, possibly, lakes into the sea at a single river mouth, estuary or delta". As defined in Article 2(15) WFD, a river basin district is "the area of land and sea, made up of one or more neighbouring river basins together with their associated groundwaters and coastal waters, which is identified under Article 3(1) as the main unit for management of river basins."

[61] See Article 3(3) WFD.

ternational RBD. With regard to international RBDs, Article 3(4) provides that the relevant Member states have to ensure trans-boundary coordination, and are authorized to utilize existing international structures or regimes. Here, the International Commission set up under Article 18 of the Danube River Protection Convention likely comes into play. Indeed, the International Commission already has taken up its role as a forum for coordinating river management activities in the Danube international RBD. In particular, it prepared the WFD Roof Report 2004 as part of the analysis required under Article 5, Annex II and Annex III WFD which includes an inventory of protected areas, as required under Article 6, Annex IV WFD.[62]

Each Member State has to make appropriate administrative arrangements for applying the WFD rules within the portion of any international river basin district lying within its territory. This obligation includes the identification of the appropriate competent authority.[63] The period granted for establishing river basin districts and for designating competent authorities ended in December of 2003.

bb) Analysis of RBD Characteristics and Economic Analysis

Pursuant to Article 5(5) in conjunction with Annexes II and III WFD, Member States have to carry out an analysis of the characteristics of each RBD, a review of the impact of human activities on the status of surface waters and groundwater, and an economic analysis of water uses. The period allowed for completing this task ended in December of 2004.[64] As provided by Article 15(2) WFD, summary reports of the analyses required under Article 5 undertaken for the purposes of the first RBMP had to be submitted to the Commission within three months of their completion.

Annex II sets out extensive technical specifications according to which the analysis of water body characteristics and human activities impact has to be undertaken. As mentioned above,[65] the information gathered in this manner will be used for determining what is to be considered as "high", "good" and "moderate" ecological water status for each category of water body in a particular RBD. With regard to reviewing human activity impacts, Annex II provides, among other things, that Member States have to identify "significant" point and

[62] See ICPDR, The Danube River Basin District, Part A – Basin-wide overview, 18 March 2005, available at www.icpdr.org.

[63] Article 3(3) WFD. In addition, Member States are required by Article 3(8) WFD to provide the Commission with a list of their competent authorities.

[64] Article 5(2) provides that the analysis has to be reviewed at the latest in 2013 and every six years thereafter.

[65] See supra, after footnote 22.

diffuse source pollution, "significant" water abstractions" and "significant" morphological alterations and anthropogenic impacts on water bodies and on the status of surface water. It goes without saying that the term "significant" leaves scope for interpretation. Ultimately, Member States have to decide on a case-by-case basis what impacts are to be regarded as significant.[66]

Annex III addresses the content of the economic analysis of water uses under Article 5(1) WFD. This analysis has to provide "enough information in sufficient detail" in order to make the relevant calculations for taking into account the principle of recovery of the costs of water services, and to make judgements about the most cost-effective combination of measures in respect of water uses to be included in the programme of measures. For cost-recovery purposes, the analysis has to consider long-term forecasts of supply and demand for water in the RBD and, where necessary, estimates of the volume, prices and costs associated with water services as well as estimates of relevant investment. With regard to determining the most cost-effective combination of measures, estimates of the potential costs of such measures have to be included in the analysis. Obviously, determining which measures are cost-effective largely depends on a wide range of factors which include the relevant types of anthropogenic impacts such as water abstraction, flow control or point and diffuse source pollution, as well as local conditions and the technical, societal and financial framework in a particular river basin. Developing a reasonable methodological structure which is capable of combining procedural stages with the information available is a useful first step towards a meaningful selection of cost-effective measures. In a research project funded by the German Federal Environment Agency such a methodology was proposed. It takes into account relevant guidance documents and the pressure categories identified in the initial characterisation of the water body concerned and consists of seven distinct steps: With regard to terminology, it distinguishes technological "measures" and "instruments" which include administrative, economic and information-based approaches to facilitate and support the implementation of measures.[67]

Stage 1	Selection of potentially effective measures based on pressures identified pursuant to Annex II WFD
Stage 2	Selection of effective measures based on a cause-effect matrix
Stage 3a	Combining measures with a view to achieving the best possible improvements given different pressure categories
Stage 3b	Determining supporting instruments and assessing their effectiveness

[66] *Grimeaud* [2001] EELRev, p. 126.

[67] For details, see *Kranz, N. / Goerlach, B. / Interwies, E.*, Making the Right Choice – a Methodology for Selecting Cost-Effective Measures for the Water Framework Directive [2004] JEEPL, p. 228, in particular pp. 230 – 233.

Stage 4	Describing interactions of instruments and combinations of measures ranked on their effectiveness
Stage 5	Determining costs
Stage 6	Identifying the most cost-effective sets of measures and instruments
Stage 7	Coordinating programmes of measures across different RBDs

It is worth noting that this methodology is considered a first step towards selecting the most cost-effective measures for inclusion in the programme of measures under Article 11 WFD. In the process of implementation, however, further specification and modification of the methodology will be necessary, taking account of, among other things, the results of the ongoing Common Implementation Strategy working process as well as an evaluation of the need for coordination of WFD implementation among different jurisdictions and of the appropriate institutional framework in which this coordination should take place.[68]

cc) Monitoring Schemes

Article 8 and Annex V WFD provides that Member States have to set up programmes for monitoring water status with a view to establishing a coherent and comprehensive overview of water status within each RBD. These monitoring programmes have to be operational by 2009 and will be a further source of information for determining what amounts to "high", "good" or "moderate" water status. More particularly, monitoring is required to aim at supplementing and validating the initial RBD analyses under Article 5, at determining the status of water bodies considered to be at risk of failing to meet applicable environmental objectives, and at identifying any changes in the status of water bodies resulting from implementation of the programmes of measures set up under Article 11 WFD.[69] Article 15(2) requires Member States to submit summary reports on the monitoring programmes undertaken for the purposes of the first RBMP to the Commission within three months of their completion.

dd) Programmes of Measures

Article 11 WFD requires each Member State to establish a programme of measures for each RBD, or for the part of an international RBD within its territory. The programme will aim at achieving the applicable environmental

[68] *Kranz et al.* [2004] JEEPL, p. 233.

[69] For a more extensive discussion of the monitoring programmes, see *Grimeaud* [2001] EELRev, pp. 126 – 127.

objectives and will take into account the results of the analyses carried out pursuant to Article 5 WFD (characteristics of RBDs, review of the environmental impact of human activity and economic analysis of water use). As stated in Article 11(2) WFD, each programme of measures will include the mandatory "basic" measures. By contrast, "supplementary" measures have to be included only when it is shown that the basic measures will not be sufficient to achieve the environmental objectives. Importantly, clause 2 of Article 11(1) WFD provides that the programme of measures may make reference to measures following from legislation adopted at national level and covering the whole of the territory of a Member State. This implies that the programme of measures itself is not intended to have legally binding effect. Rather, its function is to compile for administrative planning purposes all measures necessary in order to achieve the environmental objectives set out in Article 4 WFD.[70]

In particular, the mandatory basic measures comprise those measures required to implement existing Community environmental legislation, in particular the directives specified in Article 10 and in part A of Annex VI WFD.[71] Furthermore, measures dealing with cost-recovery under Article 9 WFD and with protection of water bodies used for drinking water abstraction pursuant to Article 7 WFD are defined as "basic" measures. There follows a long catalogue of additional "basic" measures aimed at limiting a wide range of impacts of human activity on the status of surface waters and groundwater bodies.[72] For reasons of limited space, it is considered necessary to refrain from going into further details. Suffice it to mention that most basic measures are of the command-and control type of regulation. In particular, there has to be a system of permits or prior authorization covering all major human impacts on water. By contrast, supplementary measures, as listed in part B of Annex VI WFD, include activities aimed at encouraging individuals to contribute voluntarily to the achievement of the environmental objectives. For instance, economic and fiscal measures, negotiated environmental agreements and codes of good practice belong to this category of measures. There is also a catch-all clause in that supplementary measures expressly include "other relevant measures" Member States may choose to adopt in order to achieve the environmental objectives. By

[70] See to this effect *Fassbender, K.*, Gemeinschaftsrechtliche Anforderungen an die normative Umsetzung der neuen EG-Wasserrahmenrichtlinie [2001] Neue Zeitschrift fuer Verwaltungsrecht, p. 247.

[71] In addition to the "first wave" and "second wave" water legislation remaining in force, this includes among other measures the forthcoming directives on the discharge of hazardous substances to be adopted pursuant to Article 16 WFD, the Birds Directive 79/409 EEC, the Habitats Directive 92/43/EEC, the Major Accidents Directive 96/82/EC, the Sewage Sludge Directive 86/278/EEC and the Environmental Impact Assessment Directive 85/337/EC.

[72] See Article 11(3)(e) through (l) WFD.

making command-and control measures mandatory, the WFD accords them primary importance in relation to economic tools or self-regulation. This implied policy choice probably is a wise one for the following reasons. The advantages of the command-and-control approach to environmental protection include the ability to provide uniformity, rationality and fairness between those who are regulated. Some form of accountability is also produced by having a public body responsible for regulation. In addition, as long as there is a sufficient degree of effective enforcement, command-and-control regulation will achieve its environmental protection goals with reasonable certainty. Economic tools, by contrast, are designed to use prices or economic incentives or deterrents to encourage consumers and industry to make environmentally beneficial choices about their actions. Self-regulatory mechanisms, in turn, are based on voluntary action. The triggers for such action may be diverse, including the threat of compulsory action, commercial benefit (for instance, through cost savings or green marketing initiatives), or even a shift in values which attaches greater importance to environmental protection. The advantages of both economic and self-regulatory mechanisms lie in that they are flexible, less or even non-interventionist and therefore politically more acceptable to individuals and companies who are regulated. The drawbacks are that the price-based or voluntary nature means that there are no explicit enforcement mechanisms. Furthermore, there is a lack of transparency and accountability. And there often is the problem that these mechanisms result in a level of environmental protection which either cannot be assessed with any degree of certainty or which is at the lower end of what is achievable.[73] Thus it would appear that the appropriate role for both economic tools and self-regulatory mechanisms is to provide further measures which are complementary to command-and-control regulation.

ee) River Basin Management Plans

Article 13 WFD provides for the production of a river basin management plan (RBMP) for each river basin district by 2009 at the latest. There are special provisions dealing with production of the RBMP for an international river basin district such as the Danube RBD:[74] In principle, Member States are required to ensure coordination with the aim of producing a single international river basin management plan. Where such an international RBMP is not produced, Member States have to produce RBMPs covering at least those parts of the international

[73] For a brief discussion in English of the advantages and drawbacks, respectively, of command-and-control regulation, economic tools and self-regulatory mechanisms, see *Bell & McGillivray* (footnote 13), pp. 178, 200, 206, 212.

[74] Article 13(2) WFD.

RBD falling within their territory to achieve the objectives of the WFD. Thus, the duty to produce a coordinated international RBMP has prevalence over the duty to produce RBMPs for an international RBD in a piecemeal fashion. Pursuant to Article 13(7) WFD, RBMPs have to be reviewed and updated at the latest in 2015 and every six years thereafter.

As to contents of the RBMP, Article 13(4) WFD provides that each RBMP shall include the information detailed in Annex VII WFD. Annex VII in turn is a rather expansive list. For reasons of limited space it is considered necessary to restrict its further explanation to the following outline. The mandatory contents of each RBMP include a general description of the characteristics of the RBD and a summary of significant pressures and impacts of human activity on water status. The term "summary" in this context is further explained to mean that it is sufficient to provide in the RBMP only an estimate of, for instance, point or diffuse source pollution, rather than the more specific information on pollution sources required under Article 5 and Annex II WFD. Furthermore, RBMPs are to comprise a list of the environmental objectives established under Article 4 WFD, including in particular identification of instances and associated explanation of reasons where use has been made of the derogations from the generally applicable environmental objectives.[75] In addition, Member States have to provide in the RBMPs a summary of the economic analysis of water use, a summary of the programme of measures and a list of the competent authorities. There are special provisions specifying the contents of RBMP updates. In particular, updates have to include an assessment of the progress made towards achieving the environmental objectives, an explanation for any failure to meet applicable environmental objectives and a summary of the required reviews as to whether the reasons presented for derogations from environmental objectives are still valid.

Article 14(1) WFD calls upon Member States to encourage the active involvement of all "interested parties" in the implementation of the Directive, in particular in the production, review and updating of the RBMPs. For this purpose, Member states are expressly required to publish and make available for comments to the public the documents specified in clause 2 of Article 14(1) WFD. More particularly, a timetable and work programme for the production of the plan must be made available to the public at least three years before the beginning of the period to which the plan refers. At least two years before the start of the operative period of the plan, the public must be granted access to an interim overview of the significant water management issues identified in the river basin. Finally, one year before the start of the plan's operative period, draft copies of the RBMP must be made available for public comment. On request,

[75] For a discussion of the permissible derogations, see *supra* at footnotes 49 *et seq.*

access has to be given to background documents and information used for the development of the draft RBMP. As specified in Article 14(2) WFD, the minimum comment period shall be six months. The final RBMP has to be published and has to include a summary of the public information and consultation measures taken, of their results and of the changes made in the plan as a consequence.[76]

The WFD also imposes duties on Member States to inform the Commission of the RBMPs. Within three months of their publication, copies of the final RBMP and of all subsequent updates have to be sent to the Commission and to any other Member State concerned.[77] Within three years after publication of an RBMP or update, Member States must send an interim report describing progress in the implementation of the planned programme of measures to the Commission.[78]

ff) Programme of Measures and Management Plan Compared

Having outlined the contents and the procedural requirements for the production of, respectively, the programme of measures and the RBMPs it is now possible to point out the intended function of each document. Member States are not required to publish the entire programme of measures. Only a summary of the programme will be made public as part of the RBMP. Furthermore, in the context of establishing the programme of measures, the WFD only encourages rather than expressly requires participation of the public. This indicates that the programme of measures is intended to be an internal planning document addressed to the public authorities charged with implementing the measures necessary to achieve the environmental objectives. By contrast, the process of preparing the RBMP includes detailed requirements for public participation and comment. In addition, the final RBMP as well as all subsequent updates have to be published in their entirety. The first RBMP will in conjunction with its updates provide summary information on the progress made towards achieving applicable environmental objectives and on the extent to which permissible derogations from the general objectives have been made use of. The purpose of the RBMP therefore is to assemble in a single comprehensive document and under conditions which aim at ensuring transparency all relevant information on applicable environmental objectives, on current water status, on measures taken or to be taken and on difficulties encountered in endeavouring to achieve the

[76] Article 13(6), Annex VII A.9 WFD.
[77] Article 15(1) WFD.
[78] Article 15(3) WFD.

environmental objectives. Neither device is required to have a binding legal effect.[79]

gg) Pollution Control

There are three sets of provisions in the WFD which address water pollution control. Article 17 WFD dealing with groundwater pollution control has already been discussed briefly.[80] What is left to do therefore is to present a summary explanation of Articles 10 and 16 WFD which provide for protection of surface water against pollution.

Article 10 WFD introduces a "combined approach" to controlling discharges from point and diffuse sources into surface waters.[81] This approach consists, firstly, of emission controls in order to limit pollution at the source and, secondly, of quality objectives established for bodies of water in order to ensure that those reduced emissions fit into the local or regional environment and are compatible with achieving good water status. In the absence of emission limit values or controls established at Community level, Member States are required to establish emission controls based on best available techniques[82] or, in the case of diffuse impacts, on best environmental practices.[83] Where a quality objective or quality standard requires stricter conditions than those which would result from applicable Community emission controls or from those established at national level, more stringent emission controls shall be set accordingly.[84] For purposes of this clause, relevant quality standards are those established pursuant to the WFD, in the daughter Directives enacted under the 1976 dangerous substances directive, as listed in Annex IX WFD, or pursuant to any other Community legislation.

Article 16 WFD establishes a new EC strategy against pollutant contamination of surface water which ultimately will replace the one incorporated in the 1976 dangerous substances directive and its daughter directives. As to the relevant pollutants, a list of such substances was enacted in late 2001 and became Annex X of the WFD.[85] As provided in Article 16(2) and 16(3) WFD, the list distinguishes "priority substances" and "priority hazardous substances". As defined in Article 2(29) WFD, the latter category includes substances that are toxic, persistent and liable to bio-accumulate, or give rise to an equivalent level

[79] *Fassbender* (footnote 70), pp. 247/248.
[80] See supra at footnotes 40 *et seq.*
[81] For a brief discussion of the combined approach, see *Bloech* [2004] JEEPL, pp. 173/174.
[82] For an explanation of the BAT standard, see *supra* at footnote 13.
[83] Article 10(2) WFD.
[84] Article 10(3) WFD.
[85] Decision 2455/2001/EC, O.J. 2001 L 331, p. 1.

of concern. These substances have to be made subject to controls for the cessation or phasing out of discharges and losses. The timetable for phase-out shall not exceed 20 years after the adoption of pertinent controls at Community level. Less stringent provisions apply to pollutants which only fall in the category of "priority substances." With regard to this group of pollutants, the WFD only requires controls for the "progressive reduction of discharges, emissions and losses" as well as quality standards, without specifying a timetable.[86] The Commission failed to meet the September 2003 deadline for submitting proposals for emission controls and/or quality standards for the pollutants included in the current list of priority substances. In the absence of agreement at Community level by 2006, Member States are required to establish emission controls for major sources of discharges as well as environmental quality standards. In doing so, Member States will have to consider all technical reduction options.[87] According to one commentator, this implies the use of best available techniques.[88] Similarly, if subsequent lists of priority substances add new pollutants and there is no agreement at Community level, Member States will have to adopt emission controls and environmental quality standards within five years of the inclusion of the new substances in the list.

hh) Recovery of Costs for Water Services

Article 9 WFD on the recovery of costs for water services is considered one of the key innovative elements of the Directive.[89] Pricing the use of water may provide an incentive for sustainable water use and thus contribute to achieving the environmental objectives of the WFD. As reflected in the first sentence of Article 9(1) WFD, there is an obvious link of water pricing and the polluter pays principle enshrined in Article 174(2) EC. This principle basically means that the producer of goods or other items should be responsible for the costs of preventing or dealing with any pollution or environmental deterioration which the production process causes.[90]

The first sentence of Article 9(1) somewhat vaguely[91] provides that Member States shall "take account of" the principle of recovery of the costs of water services, including environmental and resource costs, having regard to the

[86] Article 16(6) WFD.

[87] Article 16(8) WFD.

[88] *Grimeaud* [2001] EELRev, p. 132.

[89] *Grimeaud* [2001] EELRev, p. 133.

[90] For an explanation of the polluter pays principle in the EC law context, see *Bell & McGillivray* (footnote 13), pp. 128, 207.

[91] For a criticism of the vague language of Article 9 on grounds of ineffective environmental protection, see *Grimeaud* [2001] EELRev, p. 133/134.

economic analysis conducted according to Annex III.[92] It is to be welcomed that the cost recovery principle will apply not only to water industry costs, but also to environmental and resource costs, even though there are serious methodological problems in assessing the latter cost categories. The term "take account of" implies some degree of discretion on the part of the Member States in deciding to what extent cost recovery is to be implemented. Somewhat more specifically, Article 9(1) WFD further requires Member States to ensure by 2010 that their water-pricing policies provide adequate incentives for users to use water resources efficiently, and thereby contribute to achieving the environmental objectives set out in the WFD. In addition, Member States have an obligation to ensure by 2010 an adequate contribution of the different water users, disaggregated into at least industry, households and agriculture, to the recovery of the costs of water services. The basis for determining what is to be considered an "adequate contribution" will be the economic analysis conducted under Annex III WFD. In addition, the polluter pays principle is to be taken into account, a requirement which given the inherent vagueness of this principle does not provide any meaningful guidance. In implementing the cost-recovery principle, Member States may have regard to the social, environmental and economic effects of the recovery as well as the geographic and climatic conditions of the region or regions affected. To summarize, in deciding what amounts to an adequate incentive or an adequate contribution, Member States may take into account a considerable range of conflicting factors. Thus their discretion with regard to giving effect to cost-recovery probably is rather wide.[93] For reasons of transparency, Article 9(2) WFD directs Member States to report in the RBMP on the planned steps towards implementing cost-recovery. Article 9(4) grants Member States the authority to exempt a water use activity from the application of cost recovery provided this does not compromise the purposes and the achievement of the objectives of the WFD. Member States wishing to make use of this authority have to report the reasons for such exemptions in the RBMP. Presumably, such exemptions also have to be compatible with the E.C Treaty provisions on state aid.[94] Having dealt with the

[92] Article 2(38) WFD defines water services as "all services which provide, for households, public institutions or any economic activity: (a) abstraction, impoundment, storage, treatment and distribution of surface water or groundwater; (b) waste-water collection and treatment facilities which subsequently discharge into surface water." As specified in Article 2(39) WFD, the term "water use" includes "water services together with any other activity identified under Article 5 and Annex II having a significant impact on water."

[93] To this effect, see also *Grimeaud* [2001] EELRev, p. 134.

[94] For a general discussion of the law on state aid, see *Wyatt & Dashwood's* European Union Law, Fourth Edition, 2000, pp. 679 et seq. In 2001, the Commission published new Community guidelines on State aid for environmental protection. See [2001] O.J. C 37, p. 3.

existing EC water law, we will now turn to the scope and meaning of the duty to implement directives.

II. The Duty to Implement Directives by Binding National Rules

The third paragraph of Article 249 E.C. provides that a directive shall be binding, as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods. However, decisions of the Court of Justice[95] indicate that the Member States' power to choose form and methods for the implementation of directives is limited by their duty under Article 10(1) E.C. to take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure fulfilment of the Community obligations. Thus the freedom left to the Member States by Article 249 E.C. does not affect their obligation to choose the most appropriate forms and methods.[96] In essence, the case law of the Court requires that a directive has to be transposed into binding rules of national law. Before discussing what requirements apply to national transposing legislation, we will first answer the question whether every provision of a directive has to be transposed into national law.

1. Scope of the Implementation Duty

a) Provisions Exclusively Addressed to Community Institutions or Member States

The Court has made it clear that the duty to transpose directives is applicable to all provisions "intended to create rights and obligations for individuals."[97] The case law also shows that the Court interprets the concept of "rights and obligations" in a rather broad and flexible manner. However, there are limits to the Member States' duty of transposition, namely in relation to provisions of a directive which are practically incapable of affecting the conduct of individuals. This is true for provisions which are not directed at the Member States but at the Council or Commission. For example, Article 18 WFD provi-

[95] For a discussion in English of the relevant ECJ decisions, see generally *Wyatt & Dashwood* (footnote 94), pp. 89 – 92; for the scope of the duty to transpose directives in the environmental law context, see *Jans* (footnote 8), pp. 135 – 159; and *Kraemer* (footnote 1), pp. 278 – 281.

[96] Case 48/75 *Royer* [1976] E.C.R. 497.

[97] Case 361/88 *Commission v. Germany* [1991] E.C.R. I-2567.

des that the Commission shall report to the Council and the European Parliament on the implementation of the Directive. Similarly, Article 19 WFD requires the Commission to present to the regulatory committee an indicative plan of measures having an impact on water policy which it intends to propose in the near future. By their very nature, provisions like these, which are not addressed to the Member States and thus do not impinge on individuals at all, do not require transposition into national law by the Member States.[98] With regard to provisions exclusively concerning the Member States' relations to the Community institutions, the case law appears to support the conclusion that as a rule their transposition into national law is not required.[99] This category includes obligations for Member States to provide information to the Commission, such as the obligation to notify the Commission of the texts of implementing legislation,[100] or to send reports to the Commission.[101]

However, the fact that in a particular Member State regional authorities rather than the central government have legislative powers in the field of law regulated by a directive arguably expands the scope of that Member State's duty of implementation. The leading case in this regard involves Germany's alleged failure to transpose Article 10(1) of directive 80/778 relating to the quality of water intended for human consumption.[102] This provision required Member States to inform the Commission immediately when they would use their authority under the directive to derogate from pollutant limit values in cases of emergency. In Germany, regional authorities of the constituent regions (*Länder*) were responsible for granting such derogations. The Court noted that Germany had failed to ensure that its national laws contained provisions requiring the *Länder* to notify the central government of any derogation granted so that the central government could in turn carry out its duty to inform the Commission. For this reason, Germany was found not to have fulfilled its obligations under Article 10(1) of directive 80/778. Apparently, Member States whose constituent regions are in charge of applying the law affected by a directive have a duty expressly to implement the directive's provisions requiring national authorities to submit information to the Commission. Thus, the Union of Serbia and Montenegro where the constituent republics are responsible for environmental protection[103] and the central government is in charge of external affairs[104] has to

[98] *Jans* (footnote 8), p. 138; *Kraemer* (footnote 1), p. 279.

[99] See Case C-58/89 *Commission v. Germany* [1991] E.C.R. I-4983, and *Jans* (footnote 8), p. 139.

[100] See, e. g., Article 24(2) WFD.

[101] See, e. g., Article 15 WFD.

[102] Case C-237/90 *Commission v. Germany* [1992] E.C.R. I-5973.

[103] See Article 72(5) of the Constitution of the Republic of Serbia.

[104] See Article 15 of the Constitutional Charter of the State Union of Serbia and Montenegro.

ensure that its national laws contain provisions requiring the republics to provide the central government with all types of information Member States have to send to the Commission under the WFD. Article 15 WFD, Article 3 WFD, paragraphs 8 and 9, and Article 24(2) WFD are the principal sources of reporting requirements which are relevant in this context.

b) Substantive and Procedural Provisions

Off course, the categories just mentioned do not contain the most important provisions of a directive. The core of an environmental directive usually is formed by the substantive and procedural provisions aimed at achieving specific environmental objectives. These provisions frequently regulate or, at least, influence relations between individuals or between individuals and the state. In other words, they will generally be intended to create or to modify rights and obligations of individuals. Such provisions must be implemented not only in fact, but also in law. This implies that they must be transposed into national law. The case law of the Court of Justice indicates that the concept of "rights or obligations for individuals" is to be interpreted very broadly.[105] For instance, procedural rules such as Articles 7 to 11 and 13 of Directive 80/68 on the protection of groundwater against pollution caused by certain dangerous substances[106] may contain rights and obligations for individuals.[107] Article 7 requires prior investigation of the hydro-geological conditions of the area concerned before authorizations are issued, and Articles 8 to 11 and 13 impose further conditions on the issuance of authorizations. The Court held that these procedural provisions were intended to create rights and obligations for individuals. In case 361/88[108] the Court indicated that the obligation imposed on Member States by Article 2 of Directive 80/779 on air quality limit values and guide values for sulphur dioxide and suspended particulates[109] was created "in order to protect human health in particular", and that it therefore implied rights for individuals. Similar considerations can be found in a decision which dealt with Germany's alleged failure to implement directive 75/440/EEC concerning the quality required of surface water intended for the abstraction of drinking water.[110] In deciding that Germany had been required by Article 3(1) of the di-

[105] *Pernice, I.,* Kriterien der normativen Umsetzung von Umweltrichtlinien der EG im Lichte der Rechtsprechung des EuGH [1994] Europarecht, p. 339.

[106] [1980] O. J. L 20 p. 43.

[107] Case 131/88 *Commission v. Germany* [1991 E.C.R. I-825.

[108] Case 361/88 *Commission v. Germany* [1991] E.C.R. I-2567.

[109] [1980] O.J. L 229, p. 10.

[110] Case C-58/89 Commission v. Germany [1991] E.C.R. I-4983; directive 75/440/EEC, [1975] O.J. L 194 p. 26.

rective to promulgate the limit values applicable to each abstraction facility in binding national rules, the Court explained that whenever a failure to apply the measures mandated by the directive might endanger human health, the individuals concerned needed to be able to rely on binding rules in order to safeguard their rights. Furthermore, the fixing of limit values in a provision whose binding nature was undeniable was also considered necessary in order that the operators of surface water abstraction facilities might ascertain precisely the obligations to which they would be subject. Provisions of the WFD falling within this category arguably include Article 4 and Annex V on environmental objectives; Article 7, paragraphs 2 and 3, on protection standards applicable to waters used for drinking water abstraction; Article 9 on cost recovery; Article 10(2) on emission limits set by existing and forthcoming directives; Article 10(3) on the necessity of more stringent emission controls in order to meet environmental quality objectives; Article 14 on public participation; and requirements for permits or prior authorization concerning human activities affecting water quality, as specified in Article 11(3).[111] In addition, Article 16(8) and Article 17(4), (5) WFD which specify Member States' obligations with regard to surface water and groundwater protection against pollution also influence the conduct of individuals and are therefore subject to the implementation requirement.

In view of the broad approach adopted by the Court as to whether an environmental directive is intended to create rights and obligations for individuals, it would seem reasonable to conclude that obligations for national administrations to establish cleanup programmes or waste management plans also require a binding legal basis in national law.[112] Indeed, such programmes or plans contain information for individuals about future objectives, about measures to be taken etc., and thus are capable of affecting the conduct of individuals. This is also true for the programmes of measures or the river basin management plans specified by Articles 11 and 13 WFD. Thus the WFD not only requires that programmes of measures and river basin management plans are prepared. It also requires that the national law contains compulsory rules obliging the authorities to prepare the programmes and plans in accordance with the provisions of the directive. Implementation of the WFD thus includes creating such a legal duty for the authorities.[113]

The case law indicates that there are substantive provisions whose transposition into domestic law is not required. In 1991, the Court of Justice rejected the Commission's claim that Germany had failed to implement Article 2 of Di-

[111] See to this effect *Fassbender* (footnote 70), pp. 245 – 247.
[112] *Jans* (footnote 8), p. 140; *Kraemer* (footnote 1), p. 279.
[113] See to this effect *Fassbender* (footnote 70), p. 248.

rective 75/440/EEC.[114] Article 2 provides that "surface water will be classified according to three groups of limit values [...] which correspond to the appropriate standard treatment processes specified in Annex I. These groups indicate three different water quality levels with the physical, chemical and microbiological characteristics specified in the table contained in Annex II." This classification of surface water is vital to implementing the directive, in particular to the fixing of limit values applicable to each drinking water abstraction facility. However, the Court believed that Article 2 of the directive did not create an independent obligation for Member States. Therefore the Commission's complaint of failure to implement Article 2 was dismissed. One commentator has argued that the provisions in Article 3 WFD concerning identification of river basins, assigning them to river basin districts and identification of competent authorities also do not create independent obligations for Member States and, therefore do not have to be implemented by means of an act of legislation. According to this commentator, similar arguments can be submitted regarding Article 5 WFD on water bodies analysis, Article 6 WFD on compiling a register of protected areas, Article 7(1) WFD on identification of water bodies intended for drinking water abstraction, and Article 8 WFD on water status monitoring.[115] Whatever the merits of this reasoning in general, in the case of the Danube river the duty to assign river basins to river basin districts as well as the duty to identify competent authorities is inextricably intertwined with issues of trans-boundary water management. In addition, the effort to be made with regard to a specific water body in order to achieve applicable environmental objectives presumably is dependent on which river basin district the water body is assigned to. Therefore the assignment of water bodies to river basin districts is capable of affecting the conduct of individuals. For these reasons, it is submitted that the duties specified in Article 3 WFD have to be transposed by means of a formal act of legislation. The provisions on water status analysis and monitoring are intended to provide the information necessary to set more specific criteria for assessing compliance with applicable environmental objectives. Consequently, they are capable of affecting the conduct of individuals, as defined by the Court of Justice. Therefore, it is submitted that Articles 5 and 8 WFD also have to be transposed by formal legislation. For similar reasons, the duty to implement by means of binding national rules also is applicable to Articles 6 and 7(1) WFD.

[114] Case C-58/89 *Commission v. Germany* [1991] E.C.R. I-4983; Directive 75/440/EEC, [1975] O.J. L 295, p. 34.

[115] See *Fassbender* (footnote 70), p. 244/245, with additional references.

c) Definitions

The Court of Justice has not yet had to decide whether definitions contained in a directive have to be transposed into national law. The necessity of transposing definitions probably depends on the legal context of the definition: the more directly individual rights and obligations might be affected by a definition, the greater the need to transpose a directive's definitions into national law.[116] Good examples are the definitions of "pollutant", "hazardous substances" and "priority substances" in paragraphs 29 to 31 of Article 2 WFD. If a specific substance meets the criteria set by one of these definitions, it will be subject to the applicable emission limitation, phase-out or monitoring requirements of the WFD which in turn affect the conduct of individuals, industry or administrations. For this reason, paragraphs 29 to 31 of Article 2 WFD probably have to be transposed literally into binding national law.

d) Provisions Relating to Trans-boundary Issues

A final category which can reasonably be distinguished includes provisions which relate to trans-boundary environmental issues. The Court of Justice has consistently held that a faithful transposition becomes particularly important in cases in which the management of the common heritage is entrusted to the Member States in their respective territories.[117] Thus provisions on conducting trans-boundary consultations or exchanging environmental information among Member States arguably require precise transposition into domestic law. WFD provisions falling within this category include Article 12 on water management issues which cannot be dealt with at Member State level, and Article 3(3), (4) on international river basin districts.

2. Requirements Applicable to Measures Implementing a Directive

a) Need for Binding Provisions of National Law

In essence, the case law of the Court means that a directive has to be transposed into binding provisions of national law, in a manner which fully satisfies the requirements of clarity and legal certainty, and which affords interested

[116] *Kraemer* (footnote 1), p. 279.

[117] Case 252/85 *Commission v. France* [1988] E.C.R. 2243; see also case 262/85 *Commission v. Italy* [1987] E.C.R. 3073; for a discussion, see *Jans* (footnote 8), pp. 136, 141.

parties recourse to the courts. It is important that the result intended by the directive is achieved not only in fact, but also in law.[118] Thus directives cannot in principle be transposed by means of rules which are not legally binding. Rather, implementation of a directive requires the transposition of the provisions of the directive by binding measures of national law, that is by acts of the national legislature or by binding administrative regulations. By contrast, plans which contain nothing more than nonbinding guidelines for administrative authorities cannot be considered sufficient for the purpose of implementing a directive.[119] Similarly, circulars, policy rules and other legal instruments alone which are binding only on the administration and have no binding effect in respect of third parties will not be enough to satisfy the requirements of Article 249(3) EC.[120] For lack of legal certainty, they will neither be sufficient in conjunction with binding administrative decisions issued in individual cases.[121]

b) Implementation by "Compliance in Fact"?

A defence frequently used by national governments in actions for Treaty infringement is that of "implementation by compliance in fact":[122] Member States will argue that national administrative practice fully meets the requirements of the directive at issue. This defence is likely to be invoked in two situations. The first is where implementing legislation exists but the administrative powers granted under this legislation are too wide compared to the underlying directive. The second is where the specific practice which is prohibited by the directive does not occur within a particular Member State, and there would thus seem to be no reason to adopt national legislation.

If the national implementing legislation grants too much discretion to the administrative body concerned, the directive may well turn out not to have been correctly implemented. For example, case 291/84 addressed the manner in which the Netherlands had implemented Directive 80/68 on the protection of groundwater.[123] Article 6 makes artificial recharges of groundwater subject to a special authorization to be issued by the Member States on a case-by-case basis under the condition that there is no risk of groundwater pollution. The

[118] Case C-83/97 *Commission v. Germany* [1997] E.C.R. I-7191; case 361/88 *Commission v. Germany* [1991] E.C.R. I-2567.

[119] Case 96/81 *Commission v. Netherlands* [1982] E.C.R. 1791.

[120] Case 361/88 *Commission v. Germany* [1991 E.C.R. I-2567; case C-59/89 *Commission v. Germany* [1991] E.C.R. I-2607; case C-13/90 *Commission v. France* [1991] E.C.R. I-4327.

[121] Case 58/89 *Commission v. Germany* [1991] E.C.R. I-4983.

[122] For a more extensive discussion, see *Jans* (footnote 8), pp. 149-152.

[123] Case 291/84 *Commission v. Netherlands* [1987] E.C.R. 3483; Directive 80/68/EEC, [1980] O.J. L 20, p. 43, later amended.

Commission took the view that this condition had not been included in Dutch implementing legislation. Article 14 of the Dutch Law on Groundwater merely had provided that the authorization would be issued on terms such as to ensure the proper management of groundwater. Thus, the national legislation had granted greater latitude than had been permitted by the Directive to the national authorities in charge of issuing authorizations. The Netherlands Government averred that as a matter of policy authorization was granted only when there was no danger of pollution. The Court of Justice accepted the Commission's argument that Article 6 of Directive 80/68 had not been transposed into national law with sufficient precision. If a provision of national law grants the administrative bodies too much latitude in exercising their discretion, it cannot be successfully argued that the obligations included in a directive have been implemented by the national legislation.

Case 339/87 illustrates the second type of situation where the compliance in fact defence is frequently employed. Under Article 5(c) of the Wild Birds Directive, Member States are required to enact legislation prohibiting taking birds' eggs in the wild and keeping them, even if empty.[124] Under the provisions of Dutch hunting law it was permitted to seek, collect or possess the eggs of five specific bird species. The Dutch Government contended that in fact eggs of these species were not sought or collected in the Netherlands, and that legislation was therefore unnecessary. Rejecting this defence, the Court pointed out that the fact that a number of activities incompatible with the prohibitions contained in the directive were unknown in a particular Member State could not justify the absence of appropriate legal provisions. By contrast, in case C-290/89 Belgium argued that no transposition of directives 75/440 and 79/869 concerning surface water intended for drinking water abstraction was required for the Brussels region, since surface water intended for the abstraction of drinking water did not exist in this region. Somewhat surprisingly, the Court accepted this position. The underlying principle appears to be that a Member State can only be relieved of its duty to implement the provisions of a directive if the situation envisaged by the directive cannot in fact occur on that Member State's territory. Some legal scholars have severely reprimanded the Court for taking an unduly formalist approach.[125] On closer inspection, however, there appear to be good reasons for the Court's way of dealing with deficient imple-

[124] Case 339/87 *Commission v. Netherlands* [1990] E.C.R. I-851; Directive 79/409/EEC, [1979] O.J. L 103, p. 1, last amended by Directive 97/49/EC, [1997] O.J. L 223, p. 9.

[125] Indeed, this view appears to be the prevailing opinion in Germany. See, for example, *Salzwedel, J. / Reinhardt, M.*, Neue Tendenzen im Wasserrecht [1991] Neue Zeitschrift fuer Verwaltungsrecht, p. 946; *Breuer, R.*, Entwicklungen des Europäischen Umweltrechts, 1993, pp. 74 *et seq.*; *v. Danwitz, T.*, Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften und Gemeinschaftsrecht [1993] Verwaltungsarchiv, pp. 81 *et seq.*

mentation of directives.[126] If the Court took a more lenient approach to the formal side of implementation, it would become impossible for the Commission to exercise any meaningful control on Member States' compliance with directives. The Commission would then be unable to rely on national legislation; rather, it would have to look at the actual extent of compliance in practice. In view of the limited size of the Commissions and its extremely narrow powers to conduct investigations within the Member States, such control of actual practice can hardly be regarded as a realistic proposition. For the effectiveness of the European legal order it is therefore of great importance that the obligations enshrined in directives are properly transposed into national law. In this light the Court's decisions should be regarded not as unduly formalistic, but as providing legal certainty in European environmental law.[127]

c) Use of Different Wording in National Legislation

The law as to the circumstances in which transposition of a directive requires word-for-word incorporation of its rules in domestic law is rather uncertain. The Court of Justice has indicated that literal repetition of the directive's provisions in an express, specific act of national legislation is not always necessary. Depending on the directive's content, a general legal context may be satisfactory provided that it effectively ensures full application of the directive in a way which is sufficiently clear and precise so that, if the directive aims to create rights for individuals, they will be able to ascertain the full extent of their rights and to rely on them before the national courts.[128] Where a directive sets numerical values such as emission limit values, environmental quality standards or targets, national legislation will for reasons of legal certainty have to adopt these numerical values verbatim. The same principle applies to implementation of bans of substances or products contained in a directive.[129] In other cases, if a Member State chooses not to adopt provisions of a directive literally, it will still run the risk of being found in breach of its duties under Article 249(3) EC. There are several examples which illustrate the ambiguity of the Court's relevant case-law. For instance, in case 412/85 Germany attempted to rely on a provision of its Nature Protection Act in order to rebut the Commission's assertion that Article 5 of the Wild Birds Directive had not been properly im-

[126] *Jans* (footnote 8), pp. 151-152..

[127] For a similar line of reasoning see also *Ruffert, M.* in: *Calliess, C. & Ruffert, M. (editors)*, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Second Edition, 2002, Article 249 E.C., annotation 58.

[128] Case C-190/90 *Commission v. Netherlands* [1992] E.C.R. I-3265.

[129] See case C-361/88 *Commission v. Germany* [1991] E.C.R. I-2567; *Kraemer* (footnote 1), p. 281.

plemented.[130] Article 5 provides that Member States shall prohibit deliberate killing or capture of wild birds and deliberate destruction of their nests and eggs. Unintentional acts are not prohibited by the directive. Paragraph 22(3) of the Nature Protection Act allowed a departure from the prohibitions in respect of species protection where the acts take place in the course of "the normal use of the land for agricultural, forestry or fishing purposes." The German Government argued that the derogations provided for in Paragraph 22(3) presuppose the absence of any intentional acts to the detriment of protected bird species. The activities defined by Paragraph 22(3), such as the normal use of land could never be regarded as constituting a deliberate failure to protect bird species, because actions performed with the intent to kill, capture, or disturb wild birds could not properly be described as forming part of normal agricultural, forestry or fishing activities. However, the Court refused to accept this reasoning. It found that Paragraph 22(3) of the German Nature Protection Act failed to define precisely the extent to which damage to the environment was permitted. The concept of "normal use of the land" and the concept of an unintentional infringement of the provisions protecting wild birds did not coincide. Since the German legislation did not define the concept of "normal use of the land", intentional damage to life and habitat of birds was not precluded by Paragraph 22(3) in so far as such damage inevitably occurred in the course of the normal use of the land. Thus the German Government's attempt to translate the concept of unintentional infringement by means of the national concept of "normal use of the land" failed.

Other examples illustrating the ambiguity of the Court's approach to the necessity of literal incorporation are the cases dealing with the implementation of Article 9 of the Wild Birds Directive into Belgian and Dutch law. Article 9 authorizes Member States to derogate from the provisions on bird protection contained in Article 5 for a variety of reasons which includes the need "to prevent serious damage to crops, livestock, fisheries and water." In case 247/85[131] the Commission argued that it was essential that the expression "serious damage" rather than just "damage" should be used in the Belgian legislation. The Court, however, noted that the Commission had failed to prove that the concept of "damage" in the Belgian rules was not interpreted and applied in the same way as the concept of "serious damage" in Article 9 of the directive. In case 236/85, the Court accepted the Netherlands Government's claim that the exceptions from the rules on bird protection contained in Dutch law related only to certain bird species which were indeed capable of causing serious damage, so

[130] Case 412/85 *Commission v. Germany* [1987] E.C.R. 3503; Directive 79/409/EEC, [1979] O.J. L 103, p. 1, last amended by Directive 97/49/EC, [1997] O.J. L 223, p. 9.

[131] Case 247/85 *Commission v. Belgium* [1987] E.C.R. 3029.

that the requirements of Article 9 were satisfied.[132] Apparently literal transposition is not necessary as long as the Member State demonstrates that the national law is interpreted and applied as intended by the directive. By contrast, in case 236/85 the Court rejected the Dutch Government's argument that the clause in Article 9 of Wild Birds Directive which makes derogations from the provisions on bird protection conditional on there being no other satisfactory solution had been properly implemented by compliance in practice.

The Post-Seveso case,[133] on the other hand, took a much more global approach as to whether obligations created by a directive had been properly transposed. The Commission claimed that the Netherlands had not completely implemented Article 3 of the Post-Seveso Directive.[134] This Article provided that Member States had to ensure that, in the case of the industrial activities specified in the directive, the manufacturers take all the measures necessary to prevent major accidents and limit their consequences for man and the environment. The Court observed that, like the directive, all the national legislation to which the Dutch Government had pointed as serving to implement Article 3 aimed at taking specific, effective measures to prevent major accidents and any consequences they might have outside the industrial facilities concerned. In this case the Court apparently attached great importance to the objectives of both the directive and the national legislation coinciding. The judgment expressly made reference to all the national legislation which served to implement Article 3. This would indeed seem to indicate a more global approach to the issue of correct implementation, because the Court refrained from examining the extent to which each specific provision of national law contributed to implementation.

To summarize, if a Member State chooses not to adopt provisions and concepts of a directive literally, it is in principle free to do so as long as it succeeds in fully achieving all the results envisaged by the directive. It should bear in mind that the Court will be the final arbiter as to whether a directive has been correctly implemented, and that the Court's decisions in this respect have been somewhat inconsistent. Thus a national legislature wishing to apply its own national concepts when implementing a directive would be well advised to proceed with extreme care.

d) Implementation by Regional and Local Authorities

Under Community law, each Member State is free to attribute or delegate powers to its public authorities as it considers fit and to implement directives by

[132] Case 236/85 *Commission v. Netherlands* [1987] E.C.R. 3989.

[133] Case C-190/90 *Commission v. Netherlands* [1992] E.C.R. I-3265; for a discussion, see *Jans* (footnote 8), p. 155.

[134] Directive 82/501/EEC, [1982] O.J. L 230, p. 1, later amended.

means of measures adopted by regional or local authorities. This right to maintain its own system of attribution of powers and its federalist system of government, however, does not release a Member State from its duty to ensure that the provisions of a directive are properly implemented in national law.[135] It is therefore irrelevant whether a directive is implemented by the national legislature adopting rules which are universally applicable within the Member State's territory, or by regional or local authorities, provided that the Member State ensures adoption and application of Community environmental law throughout the national territory in accordance with the provisions of the directive. For instance, upon a showing that only 11 of Italy's 20 regions had made the required designation of shellfish waters, the Court held that Italy had failed to implement directive 79/923 properly.[136] Similarly, in the Court's view the fact that Italy had failed to fulfil its obligations under the Waste Framework Directive only in the San Rocco valley could not have a bearing on a finding of Treaty infringement.[137] This duty to ensure universal applicability of EC directives throughout the national territory presumably has special importance for the State Union of Serbia and Montenegro where the constituent republics are in charge of environmental protection.

III. Recommendations

In order to adapt their domestic law to existing EC water legislation, it is recommended that the State Union of Serbia and Montenegro and/or its constituent republics transpose the following provisions of the WFD into national law:

- Article 3 on assignment of water bodies to river basin districts and identification of competent authorities;
- Article 4 and Annex V on environmental objectives and permissible derogations with regard to surface water, ground water, artificial and heavily modified water bodies and protected areas;
- Article 5 on analyses of water status, human impact and economic aspects of water use;
- Article 8 on monitoring of water status;
- Article 6 on a register of protected areas;

[135] Joint cases 227-230/83 *Commission v. Belgium* [1988] E.C.R. 1; case C-225/96 *Commission v. Italy* [1997] E.C.R. I- 6887; case C-236/99 *Commission v. Belgium* [2000] E.C.R. 5657.

[136] Case C-225/96 *Commission v. Italy* [1997] E.C.R. I-687.

[137] Case C-365/97 *Commission v. Italy* [1999] E.C.R. 7773; see also case C-339/03 Commission v. Germany, judgment of 14 October 2004, http://curia.eu.int, where the Court held that Germany had failed to transpose Directive 1999/22/EC correctly because several of the constituent regions had not adopted the necessary legislation in time.

- Article 7(1) on identification of water bodies intended for drinking water abstraction;
- Article 7(2), (3) on protection of water bodies intended for drinking water abstraction;
- Article 10(2) on compliance with emission limits set by existing and forthcoming directives;
- Article 10(3) on the necessity of more stringent emission controls in order to meet applicable quality standards;
- Article 16(8) on Member States' obligations concerning control of surface water pollution;
- Article 17, paragraphs 4 and 5, on Member States' obligations concerning control of groundwater pollution;
- Article 9 on cost recovery;
- requirements for permits or prior authorization of human activities affecting water bodies, as specified in Article 11(3);
- Article 14 on public participation.

For purposes of implementing the WFD, it is also recommended to enact legislation which creates

- a duty to establish programme of measures according to Article 13,
- a duty to prepare river basin district management plans according to Article 13 and Annex VII;
- duties of constituent republics to send information to the central government with a view to fulfilling the central government's obligations under Article 15, Article 24(2) and Article 3 WFD, paragraphs 8 and 9, in relation to the Commission.

In addition, it is recommended to implement the following EC measures:

- Directives on emission limits for hazardous substances, as specified in Annex IX WFD;
- 1991 Nitrates Directive; 1991 Urban Waste Water Directive, 1996 IPPC Directive;
- Directives specifying "basic measures" to be included in the programmes of measures, as specified in Annex VI Part A WFD.

Furthermore, it is considered advisable to transpose the 1978 fish water directive and the 1979 shellfish water directive into national law, because by virtue of Article 4(9) WFD these directives will continue to be relevant as baseline criteria even after their repeal in 2013.

349.6(282.243.7)

Laura M. STĂNILĂ, Univ. lecturer Phd status
Sergiu I. STĂNILĂ, Univ. lecturer Phd status
Faculty of Law
The West University, Timişoara

THE LEGAL REGULATION OF THE PROTECTION OF THE DANUBE RIVER IN ROMANIA

In order to present the way in which the Romanian legislator has understood to regulate the field of environmental protection in Romania, and implicitly the protection of the Danube River, we shall have to analyse first of all in a concise manner the meaning of certain terms that we shall use in our approach.

At its origins, the Romanian term "mediu" comes from the English noun "environment" which used to designate the space surrounding the human being. Together with the evolution of society, the notion of environment has been endowed with new meanings. In the 19th century, the most used meaning was that of natural environment or "milieu" for living beings. In a geographical sense, the word "environment" meant the space inhabited and influenced by the human being[1].

Once the public opinion's interest on the environment has grown, more and more new definitions, and meanings of the notion have emerged. According to one point of view, the environment represents the complex of physical, chemical, biological and social aspects, existent at a certain point, susceptible to create a direct or indirect effect, immediate or subsequent, on living beings, man and human activities.

In another meaning, education, leisure, sports, transports, communications, arts, medicine, criminology, as well as many other fields, all of them used to make up the concept of environment.

[1] DUȚU, Mircea, *Dreptul mediului. Tratat.*, vol. I, Editura Economică, Bucureşti, 1998, pp. 48-49.

There were also the definitions given to the term "environment" by various dictionaries, all of these definitions sharing the same feature, namely the tackling of the notion of environment from a double perspective: life *milieu* of the individual and, respectively, the sum of the conditions meant to act on living bodies and human activities.

International legislations are somehow unitary when coming to define the notion of environment. Thus, *the Benelux Convention on Nature Conservation and Landscape Protection* from 1982 defines the natural environment as *"the physical surroundings of man, including a-biotic elements such as rocks, water and the atmosphere and biotic elements embracing natural and semi-natural biocenoses including plants and animals in the wild states".*

The Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment from 1993, defines the environment as *"the totality of natural resources both abiotic and biotic, such as air, water, soil, fauna and flora and the interaction between the same factors, property which forms part of the cultural heritage and the characteristic aspects of the landscape."*

In agreement with the international regulations in the matter, the national legislations converge towards a tripartite approach, from a juridical point of view, of the notion of environment, namely:

- renewable resources (those that have to be protected against pollution, such as air, water, soil);
- all the environment's resources;
- resources for man (considered according to man's needs).

Through "environmental protection" we understand the activity through which obligations are being set up, special conditions are being established and interdictions are being stipulated, interdictions regarding the rational use of natural resources, the prevention and fight against environmental pollution and the damaging effects of natural phenomena against its consisting elements. The environmental protection also presupposes the development and improvement of environmental quality, as well as the development of the surrounding environment[2].

Related to what has been mentioned so far, the environment comprises the atmosphere, the water, the soil and the subsoil, the forms of vegetation, the ground and aquatic fauna, the natural reservations and monuments, the population and the human settlements. The environmental protection, *lato sensu*, presupposes the activity of protection of all these components, activity which gets accomplished through the promulgation of juridical norms and legal institutions which, all together, form the *environmental law*.

[2] DUȚU, Mircea, *op.cit.,* p.51.

Taking into consideration the fact that the problem of environmental protection is equally important all over the world, there are numerous similarities in what concerns the juridical approach of the environmental protection, which is achieved according to the following fundamental principles: the principle of preventive action, the precautionary principle, the principle of environmental protection, the conservation principle, the principle of the environmental quality improvement, the "polluter pays" principle.

The principle of preventive action against ecological risks and damages presupposes the evaluation of the risks determined by the use of the environmental factors, starting from the premise that such activity is less expensive than the recovery of the environmental factors that have been destroyed.

The precautionary principle presupposes that the means of environmental protection be adopted even if no immediate or mediate damage is foreshadowed.

The principle of environmental protection presupposes in fact the synthesis of the two hereabove presented principles.

The conservation principle supposes the maintenance of a lasting level of ecological resources, which imposes an adequate use of the renewable resources and a careful and at the same time rational use of the non-renewable resources.

The principle of the environmental quality improvement presupposes the undertaking of positive actions for the improvement of the environmental quality.

The "polluter pays" principle is in fact the most important principle governing the activity of environmental protection. Having in mind the recognition of the individual's right to a healthy and ecologically equilibrated environment, the one who, by using environmental resources, pollutes, has to be charged with all the costs and expenses regarding the measures of prevention and of fight against pollution, made by the public authorities.

The legal protection of the Danube River presupposes a complex activity, bearing in mind the multitude of environmental factors which are to be found here. Thus, the legal regulations regard the proper protection of the River, the legal protection of the Danube flora and fauna, of the Danube Delta or of the human settlements built nearby the River.

In Romania, the activity of protection of the Danube River is regulated through a series of normative acts. Their majority is based on the international and European legislation, as Romania has ratified numerous conventions and international treaties.

Thus, the revised Romanian Constitution[3]itself sanctions man's right to a healthy environment. Art.15 from the Constitution stipulates that *„all citizens enjoy the rights and freedoms granted to them by the Constitution and other*

[3] Republished in the Romanian Official Journal no.767/31.10.2003.

laws (...)". Starting from this general regulation, we identify in the Constitution a series of rights which are in close connection with the right to a healthy environment, such as: the right to life, physical and mental integrity (art.22), the right to information (art.31), the right to protection of health (art.34), the right to a healthy environment (art.35), the right to a living standard (art.47), the right of a person aggrieved by a public authority to obtain the recognition of his/her right (art.52).

The Romanian Constitution stipulates certain obligations of the state in what concerns the environmental protection. Thus, according to art.135 from the fundamental law, the State must secure the exploitation of natural resources, in conformity with national interests (paragraph 2, letter d), environmental protection and recovery, as well as preservation of the ecological balance (paragraph 2, letter e), creation of all necessary conditions so as to increase the quality of life (paragraph 2, letter f). It should be noted that these obligations, even though the Constitution enumerates them as belonging to the Romanian State, are also in the charge of all those who benefit from the right to a healthy environment.

Besides the indicated legal norms which institute the State's obligation to recognize certain rights to the individuals in order to ensure the co-inhabiting in a healthy environment, there are also some restrictive constitutional dispositions, stipulated for the same finality (art.53 from the Constitution: *"The exercise of certain rights or freedoms may only be restricted by law, and only if necessary, as the case may be, for: (...) preventing the consequences of a natural calamity, disaster, or an extremely severe catastrophe"*).

The framework law regarding the environmental protection in Romania[4] regulates in Chapter III Section 1 *The protection of waters and of the aquatic eco-systems.* Thus, the protection of surface as well as ground waters and of the aquatic eco-systems has as object the maintenance and improvement of their quality and natural productivity, with the purpose of avoiding negative effects towards the environment, human health and material goods.

The control of the observance of the regulations concerning the protection of waters and of aquatic eco-systems is organized and exercised by the environmental, water, health authorities, as well as by other authorities, according to their legal competences.

The authorities for environmental protection, for water management, together with the navigation authorities supervise and control the observance of the provisions and apply the legal measures regarding the protection of waters

[4] Law no.137/1995, regarding environmental protection, has been published in the Romanian Official Journal, Part I, no.304/30.12.1995 and was modified and republished in the Romanian Official Journal no.70/17.02.2000.

as a result of navigation activities, by keeping up with the international conventions in the field, to which Romania is a party.

With a view to fulfilling the declared scopes of the law, a series of obligations are stipulated in the charge of both natural and corporate bodies:

a) to execute restoration work for natural resources, to ensure aquatic fauna migration and water quality improvement, stipulated on time limit in the environmental agreement and license in order to monitor the impact zone;
b) to endow them, in the case of ships, floating platforms or marine drilling ownership, with waste storage and treatment installations, used waters purifying devices and unloading systems through floating or bank devices;
c) to equip harbors with collecting, processing, recycling or neutralizing installations for oil, domestic wastes or wastes of other nature, stored on river and sea ships, and to organize intervention teams in case of water or coastal zone accidental pollution;
d) to avoid evacuation of used waters from ships or floating platforms directly into the natural waters or wastes evacuation;
e) to avoid washing various objects, products, materials which may produce surface water impurification;
f) to avoid discharging into surface or ground waters of used waters, oil or dangerous substances, waters with a toxic content which contain dangerous substances;
g) to avoid throwing away and storing on river banks or waterbeds, on wet zones of wastes of all types and to avoid introducing in them explosives, electric tension, narcotics or other dangerous substances.

After 1989, with a view to develop the environmental protection in general and especially that of the Danube River, numerous normative acts have been adopted, of which we shall illustrate with the following examples: Law no.82/1993[5] regarding the establishment of the "Danube Delta" Biosphere Reservation, Law no.14/1995[6] regarding the ratification of the *Convention from 29 June 1994 concerning the cooperation for the protection and sustainable use of the Danube River (The Danube River Protection Convention)*, Law no. 107/1996[7] of waters, Law no.192/2001[8] regarding fish stocks, fishery and aquacul-

[5] Published in the Romanian Official Journal no.283/07.12.1993.
[6] Published in the Romanian Official Journal no.41/27.02.1995.
[7] Published in the Romanian Official Journal no.244/08.10.1996.
[8] Published in the Romanian Official Journal no.200/20.04.2001.

ture, Government Ordinance no.79/2000[9] regarding the navigation system on the Danube - Black Sea Channel and on the Poarta-Albă-Midia-Năvodari Channel, Government Ordinance no.42/1997[10] regarding the naval transport, Emergency Ordinance no.107/2002[11] regarding the establishment of the "Romanian Waters" National Administration. Also, the authorities of the public central administration have adopted a series of resolutions and orders which regulate aspects linked to the administration and the protection of the Danube River.

The Romanian authorities' preoccupation for the protection of the natural factor of the environment – the water—is suggestively expressed in art.1 of Law no.107/1996, the Water Law, modified, where the following fact is proclaimed as principle: *"water represents a natural legacy which has to be protected, treated and defended as such"*. With a view to the centralization of the activity of water protection, as well as for an easy coordination of the activity of its protection, Romanian legislation stipulates that waters are an integral part of the State's public property. The Romanian legislator has also stated, as a principle, the fact that all the activities of protection and utilization of this inestimable resource which is the water, are activities of general interest. The water resources, both surface and ground water, represent a natural monopole of strategic interest. The establishing of water resource utilization regime, irrespective of the form of property, is the exclusive attribute of the Government, being exercised by the central public authority in the domain of waters.

The conservation, protection and improvement of the aquatic environment, in the conditions of a lasting use of water resources, are based upon the principles of precaution, prevention, avoidance of damages at the source and the "pollueur payeur" (polluter pays) principle and, at the same time, they must keep in mind the vulnerability of the aquatic eco-systems located in the Danube Delta and in the Black Sea, as their balance is highly influenced by the quality of the interior waters that flow into them.

Having as a goal the harmonization of Romanian legislation with international and, respectively, European provisions in the field, the activity of water protection is oriented around the following objectives:

a) to prevent deterioration in the status of all bodies of surface water;
b) to protect, enhance and restore all bodies of surface water with the aim of achieving a good surface water status, by December 22nd 2015;
c) to protect and enhance all artificial and heavily modified bodies of water, with the aim of achieving good ecologic potential or surface water chemical status, by December 22nd 2015;

[9] Published in the Romanian Official Journal no.413/30.08.2000.

[10] Published in the Romanian Official Journal no.221/29.08.1997, republished in the Romanian Official Journal no.210/10.03.2004.

[11] Published in the Romanian Official Journal no.691/20.09.2002.

d) to take the necessary measures with the aim of progressively reducing pollution due to priority substances and ceasing or phasing out emissions, discharges and losses of priority hazardous substances;
e) to prevent or limit the input of pollutants into groundwater and to prevent the deterioration of the status of all bodies of groundwater;
f) to protect, enhance and restore all bodies of groundwater, ensure a balance between abstraction and recharge of groundwater, with the aim of achieving good groundwater status by December 22nd 2015;
g) to reverse any significant and sustained upward trend in the concentration of any pollutant resulting from the impact of human activity in order progressively to reduce pollution of groundwater.

With a view to the protection and conservation of the surface water resources, the discharges into these waters are regulated by the use of a mixed approach through the establishment and implementation of the control of the emissions based on the best techniques available or on the important limit values of the emissions, or, in the case of the diffuse impact, on the control and on the best practices from an environmental point of view established in specific regulations regarding the integrated pollution prevention, reduction and control, the purification of used urban waters, the protection of waters against the pollution caused by nitrates from agricultural sources, the evaluation of the risks and the discharging of dangerous substances into the water, by December 22nd 2012.

For the protection of water resources, the legislator has set up a series of prohibitions for both natural and corporate bodies, namely:

a) it is forbidden to set into function new economic objectives or the development of the existing ones; to set up new piles of buildings, to introduce to the existing economical objectives modified production technologies, which might increase the degree of loading of used waters, without concurrently setting into function networks of sewerage and purifying installations or without the achievement of other works and measures that might ensure, for the discharged used waters, the observance of the provisions imposed by the authorization of water management;
b) it is forbidden to achieve new endeavors for the supply with drinking or industrial water or the extension of the already existing ones, without the accomplishment or the corresponding and concurrent extension of the necessary networks of sewerage or purifying installations;
c) it is forbidden to throw or to introduce in any way, in the riverbeds of streams of water, in the basins of lakes or swamps, in the Black Sea

and in the wet zones, as well as to deposit on their shores, waste of any type;

d) it is forbidden to discharge used waters in ground waters, natural or accumulation lakes, in swamps, ponds or fishponds, with the exception of decantation ponds;
e) it is forbidden to use open sewers of any type for the discharges or the leaking of domestic waters or having a dangerous content;
f) it is forbidden to wash in streams of water, or in lakes and on their shores, vehicles, other equipments and mechanic units, as well as of materials and objects that contain hazardous substances;
g) it is forbidden to wash disinfested domestic animals outside specially arranged places for such purposes;
h) it is forbidden to throw or to discharge in sanitary installations or in networks of sewerage of dangerous waste and/or dangerous substances;
i) it is forbidden to wash in streams of water or in lakes, on their shores, on dykes or dams, objects of domestic use, by employing chemical substances of any type.

Also, with a view to a rational use of and to the protection of the quality of water resources, the water users, both natural and corporate bodies, have the following obligations:

a) to adopt production technologies with reduced and the less polluting possible water needs, to save water by recirculation or repeated use, to eliminate water waste and to diminish water losses, to reduce the pollutants discharged together with the used waters and to recover the useful substances contained in used waters and in mud;
b) to progressively reduce discharges, emissions and losses of priority substances and to cease or phase out discharges, emissions and losses of priority hazardous substances. The program of phasing out of emissions, discharges and losses of priority hazardous substances gets approved by Government decision, on the proposal of the public central authority in the water field;
c) to adopt techniques of treatment of the water drawn from the source capable of ensuring the qualitative and quantitative needs of water needs;
d) to ensure the accomplishment, maintenance and exploitation of the stations and processing installations of water quality at the authorized capacity, to control their efficiency by laboratory analyses and to operatively intervene for the framing of the emission indicators in the li-

mits admitted for the discharge of used waters, limits that are stipulated in the authorization of water management;

e) to strictly respect the discipline and the technological norms in the production activities that are using water and discharging used waters, as well as in the stations and installations for processing water quality;
f) to supervise, through drillings of observation and control, the quality status of ground waters in the zone of influence of purifying stations, industrial platforms, dangerous substances' deposits, oil products and waste of any type.

Although these prohibitions and obligations are meant for the protection of interior running and still waters in general, they are also applicable to the activities of protection of the Danube River, Romania being obligated, on the basis of the ratified international conventions and of the bi- and multilateral treaties, to spare no effort in the organization with maximum efficiency of the management and protection of the Danube's catchment area.

The first document referring to the proper protection and conservation of the Danube waters was one without a juridical character, named the *Declaration on the cooperation of the Danubian Countries on problems of the Danubian water management, in particular for the protection of the Danube River against pollution*, signed on December 13th 1985, during the Conference on the Danubian water management – 10-13 December 1985. According to this *Declaration*, the following are proclaimed as objectives of the politics of the Danubian Countries on problems concerning the management and protection of the Danube River:

a) the rational use and conservation of Danube's water resources;
b) the prevention of the pollution of the Danube's waters, the control of their quality.

The Danubian Countries committed themselves to take measures according to their legislations in vigor and in the limits of the technical and economical means, with the aim of preventing the pollution of the Danube's waters, especially the pollution through harmful and radioactive substances.

Later on, along with the diversification of the bi- and multi-lateral contracts between the Danubian States, as well as on the background of an effervescence of the international community in the domain of the prevention and control over crossborder pollution, the *Convention on the cooperation for protection and sustainable use of Danube River* was signed in Sofia, on June 29th 1994 (*The Convention for the protection of Danube River*), ratified by Romania trough Law no.14/1995.

According to the Convention, the contracting parties shall strive at achieving the goals of a sustainable and equitable water management, including the conservation, improvement and the rational use of surface waters and ground water in the catchment area as far as possible. Moreover, the contracting parties shall make all efforts to control the hazards originating from accidents involving substances hazardous to water, floods and ice-hazards of the Danube River. Moreover they shall endeavor to contribute to reducing the pollution loads of the Black Sea from sources in the catchment area.

The contracting parties pursuant to the provisions of this Convention shall cooperate on fundamental water management issues and take all appropriate legal, administrative and technical measures to at least maintain and improve the current environmental and water quality conditions of the Danube River and of the waters in its catchment area and to prevent and reduce, as far as possible, adverse impacts and changes occurring or likely to be caused.

One essential element of the Danube's basin is represented by the Biospheric Reservation of the Danube Delta, which has a complex juridical statute, with the aim of a proper management and sustainable development of its natural resources. Through the Decree no.187/1990[12], Romania has adhered to the UNESCO Convention from November 16th 1972, the Danube Delta being thus enlisted as part of the world patrimony starting with December 1991, being declared a reservation of the Biosphere. Moreover, in order to consolidate the new status of protection and conservation of the Danube Delta, Romania has adhered, by means of Law no.5/1991[13] to the *International convention on wet zones (Wetlands)* signed at Ramsar on February 2nd 1971. As a result of that, the Danube Delta was placed on the Convention's list in May, 1991. Also, Romania has ratified by Law no.58/1994[14] the *Convention on Biodiversity* from Rio de Janeiro, from June 5th 1992, and through Law no.13/1993[15] it ratified the *Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats*, adopted in Bern, in 1979.

By means of these regulations, an ensemble of international rules in the field of the protection of the Danube Delta took shape, and they also constitute the basis for the adoption of domestic legislative provisions. Without the adoption of such domestic normative provisions, the principles and objectives established by the above-mentioned international conventions would have remained at the level of simple desideratum. Thus has been adopted Law no. 82/ 1993 regarding the constitution of the Biospheric Reservation of the Danube

[12] Published in the Romanian Official Journal no.46/31.03.1990.
[13] Published in the Romanian Official Journal no.18/26.01.1991.
[14] Published in the Romanian Official Journal no.199/02.08.1994.
[15] Published in the Romanian Official Journal no.62/25.03.1993.

Delta, according to which the Biospheric Reservation is declared an area of national and international ecological importance.

In the acceptation of the Romanian legislator, by reservation of the biosphere one understands the geographical zone with surfaces of water and land, including terrains that are permanently under water, in which there are both physical and geographical elements and formations, species of plants and animals which confer bio-geographical, ecological and esthetical importance to it, having the value of national and universal natural patrimony, being submitted to a special regime of administration with the aim of its protection and conservation, through the development of human settlements and the organization of economic activities correlated with the capacity to support the Delta environment and its natural resources.

The terrestrial as well as aquatic surfaces, together with those which are permanently under water, that belong to the Biospheric Reservation of the Danube Delta, along with the natural resources that it generates, constitute a natural patrimony, a public domain of national interest, under the direct administration of the unique ruling body of the reservation – the Administration of the Reservation, a body having juridical personality constituted in the sub-order of the central public authority for environmental protection.

The Romanian legislator has adopted, in this normative act, provisions from the Ramsar and, respectively, UNESCO Conventions.

Although the regulation of the juridical regime of protection and conservation of the Biospheric Reservation of the Danube Delta is complex, the Danubian Countries, both in their common efforts and individually, will have to preoccupy themselves with a continuous perfection of the legislation, on the background of the emergence of new challenges and of the diversification of commercial activities with a high risk of pollution.

Despite the abundance of normative acts from the field of the protection of the Danube against pollution, in domestic law there isn't, at the present time, a normative act exclusively dedicated to the regulation of the activity of protection of the Danube Delta, a lack that we find as being totally regrettable. In this respect, we welcome the efforts that are being made by the Danubian Countries to elaborate a Convention or a multilateral treaty having as aim the protection and management of the resources from the Danubian basin, treaty that will stand at the basis of the future improvement of the domestic regulation in this field.

349.6(282.243.7)
342.7:349.6

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

THE RIGHT TO A BEAUTIFUL DANUBE AS A HUMAN RIGHT

The Right to a Healthy Environment, as a Human Right

Emphasizing legal respect for human rights and the environment had been a remarkable feature of constitutional development in countries of Central and Eastern Europe during the last decade of the previous century. Some of these countries proclaimed the right to a healthy environment, as a human right.[1] Recently, the constitutional law of Serbia and Montenegro has acknowledged the right to a healthy environment. Serbian internal law has elaborated on this right. The international context of the right to a healthy environment is composed of two frameworks: environmental regional international treaties and the relevant practice of the European Court of Human Rights. Some regional international treaties, related to the environment, have offered an opportunity for the public's engagement in environmental issues. One of them has recognized a few

[1] Article 55 of the 1991 Bulgarian Constitution guarantees that citizens have the right to a healthy and favourable environment, corresponding to the established standards and norms. In Part III, para. 69 of the 1991 Croatian Constitution, the Republic of Croatia ensures citizens the right to a healthy environment. Article 18 of the 1949 Hungarian Constitution says that the Republic of Hungary shall recognize and implement the individual's right to a healthy environment. Article 44 of the 1992 Constitution of the Slovak Republic recognized that everyone has the right to an auspicious environment. Article 72 of the 1991 Constitution of Slovenia declares that everyone has the right to a healthy living environment in accordance with the law.

individual rights. The European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, adopted in Rome on 4 November 1950, does not protect the right to an appropriate environment, but the European Court of Human Rights has confirmed that a State may be responsible for breaches of human rights, caused by environmental pollution.

This paper serves to explore the legal content of the right to a healthy environment in Serbia. As the right is extending to two legal fields i.e. environmental law and human rights, the research has to focus on both.

Constitutional Determination of the Right to a Healthy Environment in the State Union of Serbia and Montenegro

Paragraph 2 of Article 46 of the Charter on Human and Minority Rights and Civil Liberties declares that everyone has the right to a healthy environment.[2] The 2003 Charter on Human and Minority Rights and Civil Liberties (further Charter) is part of the Constitutional Charter of the State Union Serbia and Montenegro[3]. It is a constitutional codex of human rights in the State Union.

Human rights enjoy a privileged status in any legal system. The fact that the right to a healthy environment is established in a family of human rights produces significant legal consequences. According to Article 2 of the Charter, human and minority rights, guaranteed by the Charter are directly applicable. It means that an individual may invoke paragraph 2 of Article 46 of the Charter before the court or a competent authority to enforce or protect his/her right to a healthy environment. Two other constitutional provisions contribute to the affirmation of the high legal position of human rights. Article 10 of the Charter provides that human and minority rights, guaranteed by the Charter, shall be constructed in accordance with the valid international guarantees for these rights and practice of international bodies supervising their implementation. According to this Article, the practice of the European Court of Human Rights

[2] Article 46 of the Charter on Human and Minority Rights and Civil Liberties is as follows:

„Everyone and the State Union and Member States in particular, shall be responsible for environmental protection.

Everyone shall have the right to a healthy environment and to receive timely and full information about its status.

Everyone shall be bound to protect and improve the environment.“ http://www.mfa.gov.yu /Facts/ charter_min.pdf.

[3] http://www.mfa.gov.yu/Facts/const_scg.pdf.

may be relevant to understanding the European human rights context of the right to a healthy environment. Article 8 of the Charter says that it is not permissible to restrict human and minority rights, guaranteed by generally accepted rules of international law or international treaties in force in the State Union and valid laws and regulations, on the pretext of their not being guaranteed by the Charter or being guaranteed to a smaller extent. The first part of this Article is an expression of general rules laid down in Articles 16 and 10 of the Constitutional Charter of the State Union Serbia and Montenegro. According to Article 16, the ratified international treaties have precedence over the law of Serbia and Montenegro, including the laws of the member states. And, according to Article 10, the provisions of international treaties on human and minority rights and civil freedoms, in force in the territory of Serbia and Montenegro, are directly applicable. The second part of the Article, according to which laws and regulations will prevail over the Charter if they guarantee human rights which are not guaranteed by the Charter or they are guaranteed to a lesser extent, is an expression of the special rule that a legal norm providing the highest standard of human rights will prevail no matter what its position is in the normative hierarchy. It is also significant that the Charter provides the right to judicial protection and elimination of the consequences of violation of human and minority rights. According to Paragraph 1 of Article 9 of the Charter, everyone has the right to effective judicial protection in the case of violation or denial of any human right guaranteed by the Charter, as well as the right to elimination of the consequences of such a violation. Paragraph 2 of the same Article is even more important and states as follows: „*Anyone who is of the opinion that any of his/her rights guaranteed under this Charter has been violated or denied by an individual deed or action of a State Union institution, or a Member State agency or organisation exercising public powers, shall have the right to lodge a complaint with the Court of Serbia and Montenegro, unless other legal protection is provided in the Member State concerned, in accordance with the Constitutional Charter.*" If no other remedy is provided for a violation of the right to a healthy environment, a constitutional complaint is at disposal.

Individual Rights Recognized by Regional International Treaties

International treaties, concluded within the framework of the UN Economic Commission for Europe in the last decade of the 20th century, have opened the door to the public in environmental issues.[4]

The Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, adopted in Aarhus on 25 June 1998[5], has gone a step further in opening the way for individual environmental rights. In the Preamble of the Convention, Contracting Parties have recognized that adequate protection of the environment is essential to the enjoyment of basic human rights, including the right to life. They have con-firmed also that every person has the right to live in an environment adequate to his or her health or well-being. By this Convention, the Contracting Parties have guaranteed three rights in environmental matters: the right of access to information, the right to public participation in decision-making and the right to access to justice.

As Serbia and Montenegro is not a party to the mentioned treaties, research of these treaties cannot be of key importance for finding substance of the right to a healthy environment within the framework of law of Serbia and Montenegro. Still, they are not quite irrelevant. They have produced an environmental spirit that must be taken into account in the whole of Europe when one considers environmental issues in the context of human rights. Besides this, many of their provisions have been incorporated into the internal law of Serbia.

The State Union is a State Party to the Convention on Cooperation for the Protection and Sustainable Use of the Danube River, adopted in Sofia in 1994.[6]

[4] The Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, adopted in Espoo on 25 February 1991, has provided the public with an opportunity to participate in environmental impact assessment procedure. State Parties to the Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourse and International Lakes, done at Helsinki on 17 March 1992, accepted to ensure that information on the conditions on transboundary waters, measures taken to prevent, control and reduce of transboundary impact and on effectiveness of these measures are made available to the public. The Convention on Transboundary Effects of Industrial Accident, adopted in Helsinki on 1992, secures that adequate information is given to the public in the areas under risk of an industrial accident, as well as an opportunity to the public to participate in relevant procedures with the aim of making known its views and concerns on prevention and preparedness measures. Also, Parties to the Convention accepted to provide natural or legal persons who are being or capable of being adversely affected by the transboundary effects of an industrial accident in the territory of a party, with access to, and treatment in the relevant administrative and judicial proceedings, including the possibilities of starting a legal action and appealing a decision affecting their rights, equivalent to those available to persons within their own jurisdiction.

[5] Entered into force in 2001.

[6] Entered into force on 22 October 1998.

The Contracting Parties to the Convention have obliged themselves to *„ensure that their competent authorities are required to make available information concerning the state of the quality of riverine environment in the Danube Basin to any natural or legal person, with payment of reasonable charges, in response to any reasonable request, without that person having to prove an interest, as soon as possible*." The exhaustive list of reasons that justify refusal of the request for information is added.[7] These provisions have been incorporated into the below described internal laws of Serbia.

Pollution of Environment Prohibited by „Old Human Rights"

The European Convention on Human Rights does not protect the right to an adequate environment as a human right. However, the European Court of Human Right has accepted that pollution of the environment may be a kind of interference in guaranteed human rights. Also, it has confirmed that protection of the environment may be a legitimate aim that may excuse an intervention of the State in order to protect human rights. By its practice, the European Court of Human Rights has established European the human rights context which may be relevant for the construction of the right to a healthy environment. Prevention of environmental pollution in the human rights context includes a possible violation of the right to life, the right for respect for private and family life and home or the right to peaceful enjoyment of possession.[8]

The European Court of Human Rights has underlined that a violation of the right to life can be envisaged in relation to environmental issues. According to the settled practice of the Court, a State is in a breach of the right to life, protected by Article 2 of the European Convention on Human Rights, if *„the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and*

[7] Para. 3 of Article 14 of the Convention: The provisions of this Article shall not affect the right of Contracting Parties, in accordance with their domestic legal systems and applicable international regulations, to provide for a request for such information to be refused where it affects: (a) the confidentiality of the proceedings of public authorities, international relations and national defence; (b) public security; (c) matters which are or have been „sub judice" or under enquiry including disciplinary enquiries, or which are the subject of preliminary proceedings; (d) commercial and industrial confidentiality as well as intellectual property; (e) the confidentiality of personal data and/or files; (f) material supplied by a third party without that party being under a legal obligation to do so; (g) material, the disclosure of which would make it more likely that the environment to which such material related would be damaged.

[8] M. Geistlinger, Impacts of the European System of Human Rights Protection on the Law of Environment, Evropski sistem zaštite ljudskih prava, Niš, 2005, p.15

immediate risk to the life of an individual or individuals and that they failed to take measures within the scope of their powers which might have been expected to avoid that risk." In the Öneryıldız case, the Court explored the responsibility of the State to protect the right to life in environmental circumstances. It has considered the issue in light of recent development of European standards that confirmed an increased awareness of the duties of the national public authorities in the environmental field, particularly with regard to installations for the storage of household waste and the risks inherent in operating them.[9] On 28 April 1993, a methane explosion occurred at the waste collection site near Istanbul. Thirty-nine people died, including nine members of the Öneryıldız family. In a 1991 expert group report, established by the competent Turkish authority, it was found that the rubbish tip did not satisfy the technical requirements set forth in related Turkish Regulations and that it imposed a serious risk for inhabitants of the area, especially those living in dwellings situated near the mountain of refuse. It expressly mentioned the danger of a possible methane explosion. On 27 May 1991, the city council was made aware of that report.[10] Considering whether Turkey breached the right to life, the Court noted *inter alia* that it failed to respect the public's right to information. One of the points stressed by the Court was that informing the public in general is not enough and that it is necessary to inform people directly exposed to the risk.[11] This finding of the Court is very relevant for understanding the right of the public to be informed on environmental issues. The Court also investigated the adequacy and effectiveness of the legal remedies used. It found that criminal justice did not bring forth the required remedy. The criminal court punished two mayors with pecuniary sentences amounting to less then 10 euros. They were punished due to their negligence in performing public duty and not for the loss of lives of the applicant's relatives.[12] The administrative court awarded compensation to the applicant for non-pecuniary and pecuniary damage. However, as the award was not done in a

[9]Under the recent development of European standards, the Court thought on resolutions of the Parliamentary Assembly, especially on Resolution 587 (1975) on problems connected with the disposal of urban and industrial waste, Resolution 1087 (1996) on the consequences of the Chernobyl disaster, and Recommendation 1225 (1993) on the management, treatment, recycling and marketing of waste and, among recommendations of the Committee of Ministers, Recommendation R (96) 12 on the distribution of powers and responsibilities between central authorities and local and regional authorities with regard to the environment. Also, it referred to the Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment and the Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law.

Op. cit. paras. 63, 64.

[10] Öneryildiz v. Turkey, Judgment of 18 June 2002, paras. 9- 17

[11] *Op. cit.* para. 84

[12] *Op. cit.* paras 101 - 111

reasonable time, the Chamber found this remedy to be ineffective. Finally, the Chamber adjudged that Turkey was responsible for the breach of the right to life of Öneryıldız's relatives. It found also that the applicant's right to property was breached. [13]

In the Hatton and others case,[14] the applicants, whose sleep had been disturbed by noise caused by aircrafts using Heathrow airport in early morning hours, alleged a violation of the right to respect for private and family life, guaranteed by Article 8 of the European Convention on Human Rights. Article 8 of the Convention provides that *„everyone has the right to respect for his private and family life, his home ....*" Paragraph 2 of this Article states that *„there shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except*

[13]On 12 September 2002 the Turkish Government requested under Article 43 of the European Convention that the case be referred to the Grand Chamber. The panel of the Grand Chamber declared the request admissible. The Government argued that the Chamber's finding that „all situations of unintentional death" was covered by Article 2 of the European Convention extended the obligations inherent in that provision in an unprecedented way. Also, the Chamber's reasoning departed from settled practice of the Court. Rejecting these arguments, the Grand Chamber said that Article 2, in the first sentence of its first paragraph, laid down an obligation on State to take measures to protect the lives of those within its jurisdiction. The Grand Chamber considered that this obligation is applicable in the context of any activity, whether public or not, in which the right to life may be at stake. Further, the Government argued that the Chamber's assessment failed to test the criteria of „immediacy" and „reality" of the danger posed by the municipal rubbish tip. As there was no an immediate danger, the Government was not obliged to take preventive measures. It was obliged to deal with problems and identify solutions in the context of general policies. The Government asserted that previous cases disclose that the Court had always confined itself to ascertaining whether a regulatory framework had been in place and had been complied with. The Court had never examined whether there was a causal link between the deaths in question and any negligent conduct. The Government emphasized that swiftly removing thousands of citizens from their endangered homes at waste-disposal site and redeveloping a whole settlement was impossible. Rejecting these arguments, the Grand Chamber repeated that Article 2 imposes an obligation on a State to establish a legislative and administrative framework designed to provide effective deterrence against threats to the right to life. The obligation is valid, also, in the context of dangerous activities. In addition, the Grand Chamber underlined that *„special emphasis must be placed on regulations geared to the special features of the activity in question, particularly with regard to the level of the potential risk to human lives. They must govern the licensing, setting up, operation, security and supervision of the activity and must make it compulsory for all those concerned to take practical measures to ensure the effective protection of citizens whose lives might be endangered by the inherent risks.*" The Grand Chamber emphasised the public's right to information and it agreed with the Chamber *„that this right, which has already been recognised under Article 8 ..., may also, in principle, be relied on for the protection of the right to life, particularly as this interpretation is supported by current developments in European standards...*" The Grand Chamber confirmed the breach of Article 2 of the European Convention. Öneryildiz v. Turkey, Judgment of 30 November 2004

[14] Hatton and others v. The United Kingdom, (Application no. 36022/97), Judgment of 2 October 2001

such as in accordance with the law and necessary in a democratic society in the interests of ... the economic well-being of the country ... or for the protection of the rights and freedoms of others." „*In the particularly sensitive field of environmental protection*," as the Court stated, „*mere reference to the economic well-being of the country is not sufficient to outweigh the rights of others.*" The Court considers „*that States are required to minimise, as far as possible, the interference with these rights, by trying to find alternative solutions and by generally seeking to achieve their aims in the least onerous way as regards human rights. In order to do that, a proper and complete investigation and study with the aim of finding the best possible solution which will, in reality, strike the right balance should precede the relevant project.*" [15] The Chamber found that the Government had not carried out a proper research of its own as to the reality or extent of the economic interest for increasing early morning flights. The Chamber concluded that whilst it is likely that night flights contribute to a certain extent to the national economy as a whole, the importance of that contribution has never been assessed critically. As to the impact of the early morning flights on the applicants, the Chamber found that only limited research had been carried out. „*In particular, the 1992 sleep study, which was prepared as part of the internal Department of Transport review of the restrictions on night flights, was limited to sleep disturbance, and made no mention of the problem of sleep prevention – that is, the difficulties encountered by those who have been woken in falling asleep again.*"[16] As there is no evaluation of the economic benefits from increased early morning flights, neither a complete investigation on the impact of increased noise to applicants, the Chamber concluded that, without these quantifications, the Government was not in a position to weigh conflicting interests, neither to strike a fair balance between the United Kingdom's economic well-being and the applicants' right to privacy. The Chamber found that Article 8 was breached.

Using the possibility established under Article 43 of the European Convention on Human Rights, The United Kingdom requested that the Hatton and others case be referred to the Grand Chamber of the Court. The Grand Chamber accepted competence in the referred case. In its judgment, the Grand Chamber emphasized that „*there is no explicit right in the Convention to a clean and quiet environment, but where an individual is directly and seriously affected by noise or other pollution, an issue may arise under Article 8.*"[17] The Grand Chamber pointed to the settled practice of the Court according to which Article

[15] *Op.cit.* para. 97

[16] *Op.cit.* para. 103

[17] Hatton and others v. The United Kingdom (*Application no. 36022/97*) Judgment of the Grand Chamber of 8 July 2003, para. 96

8 could include „*a right to protection from severe environmental pollution, since such a problem might 'affect individuals' well-being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life adversely, without, however, seriously endangering their health'*."[18] The Grand Chamber has repeated also previous general position of the Court that Article 8 may be applicable in environmental cases where the pollution is directly caused by the State or where State responsibility arises from the failure to regulate private industry properly. The substance of such kind of cases is always „*the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole.*"[19] The State always enjoys a certain margin of appreciation in determining the steps to be taken to ensure compliance with the Convention.

However, the Grand Chamber reached an opposite conclusion in this case. It noted that in previous cases in which environmental misconducts violated the Convention, the violation was connected with a failure by the national authorities to comply with some aspects of the domestic regime. In the actual case there was no element of domestic irregularity.[20] Furthermore, the Grand Chamber said that whilst the State is obliged to take care of the particular interests protected by Article 8 of the European Convention, it must be free to choose between different ways of satisfying this obligation. The Court's supervisory function is of s subsidiary nature and it is limited to control whether the particular solution can be regarded as striking a fair balance.[21] It emphasized the following factors. The Government put substantial limitations on airlines' freedom to operate.[22] House prices in the areas near Heathrow had not been adversely affected by the noise. Accordingly, people, disturbed by noise, can move elsewhere without financial loss.[23] Concerning the procedural aspect of the case, the Grand Chamber has confirmed that the Government was obliged to undertake appropriate investigations and studies in order to strike a fair balance between the various conflicting interests at stake. However, it is not necessary for decisions to be taken that comprehensive and measurable data are available in relation to each and every aspect of the matter.[24] Thus, the Grand Chamber did not find that, in substance, the Government overstepped its margin of appreciation by failing to strike a fair balance between conflicting interests of people whose right to respect for their private life and home was affected by night

[18] Ibid.
[19] *Op. cit.* para. 98
[20] *Op. cit.* para. 120
[21] *Op.cit.* para. 123
[22] *Op.cit.* para. 126
[23] *Op. cit.* Para. 127
[24] *Op. cit.* para. 128

flight regulations and the community as a whole, nor did it find that there had been fundamental procedural flaws in the preparation of night flight regulations.[25]

The Jane Smith case shows that environmental concern may justify some family inconveniences. Mrs. Jane Smith and her family followed a travelling lifestyle for many years, stopping on various sites. She bought land to find a long term and secure place for their caravans. Stationing caravans was treated as development by British law for which planning permission was necessary. Planning permission was, however, refused due to environmental reasons. She and her family were required to leave.

Mrs. Smith applied to the European Court of Human Rights alleging breaches of several rights protected by the European Convention on Human Rights, including the right to respect for her private and family life, her home and the right to property. By majority of votes, the Court rejected all claims.[26] The Court explained that *„where a dwelling has been established without the planning permission which is needed under the national law, there is a conflict of interest between the right of the individual under Article 8 of the Convention to respect for his or her home and the right of others in the community to environmental protection.*" The Court found that protection of the environment is obviously a legitimate aim that may justify an interference of the State into protected rights. The Court considered whether an order that the individuals leave their home was proportionate to this legitimate aim. In this context, the Court found it was highly relevant whether the home had been established lawfully. If the home was not established lawfully, it would be very difficult for the Court to grant protection. *„For the Court to do otherwise would be to encourage illegal action to the detriment of the protection of the environmental rights of other people in the community.*"[27] The environmental problem was that occupation of her land by mobile home was harmful to the rural character of the site situated in the Green Belt and this outweighed her interests. The illegality of the occupation of her land was a prevailing element in the Court's consideration. However, there is no doubt that environmental concern may be a limitation of property rights. Some constitutions are explicit about this.[28]

---

[25] *Op. cit.* para. 129

[26] Jane Smith v. The United Kingdom, Judgment of 18 January 2001

[27] *Op. cit.* para. 109

[28] Para. 50 of the 1991 Croatian Constitution says property rights may be restricted exceptionally by law for the purpose of protecting the human environment. Para. 6 of Article 41 of the Romanian Constitution provides that the right to property compels to the observance of duties relating to environmental protection.

Set of New Environmental Laws in Serbia

In December 2004, the Assembly of the Republic of Serbia adopted four basic laws on the environment: the Law on Protection of Environment, the Law on Integral Prevention and Control of Pollution of Environment, the Law on Strategic Assessment of Impact on the Environment and the Law on Assessment of Impact on the Environment. [29] Secondary legislation should follow in 2005.

The 2004 Law on the Protection of Environment is a comprehensive legal act. It regulates the bases of sustainable development and environmental protection. The system of environmental protection is composed of two basic elements: set of provisions, conditions and legal instruments related to sustainable management, preservation of natural balance, totality, diversity and quality of natural conditions needed for survival of living beings and a set of provisions, conditions and legal instruments related to prevention, control, decrease and remedy of all forms of pollution of the environment. The subjects of the system are the Republic, the Autonomous Province, municipality, enterprise, legal persons engaged in commercial and other activities if they are using environmental components, scientific and other organizations and public services, citizens, groups of citizens, their associations, professional and other organization. Generally, all of them are obliged to preserve and improve the environment and they are responsible for their activities that change the state of the environment, as well as for failing to take appropriate measures. The Law has established basic principles in this field. These are principle of integral policy of protection, principle of prevention and precaution, principle of preservation of natural values, principle of sustainable development, principle of liability of polluters, principle that the polluter pays and that user pays, principle of subsidiary responsibility of State authority, principle of stimulatory measures, principle of information and participation of the public, as well as the principle of judicial protection of the right to a healthy environment.

The Law on Integral Prevention and Control of Pollution of Environment regulates conditions and procedure for issuing integral permissions for plants and activities which may have a negative impact on the health of people, the environment or economic goods. The competent authority provides that operating of new plants cannot begin without previously obtained permission and that operating of existing plants, which began operating before the Law has entered into force, has to adjust to the requirements of this Law. Therefore, existing plants also need new permission for operation.

[29] All four laws are published in Official Journal of the Republic of Serbia, No. 135, December 21 2004. „Службени гласник РС“, број 135 од 21. XII 2004.

The Law on Strategic Assessment of Impact on the Environment arranges a procedure of strategic assessment which includes three phases: preparation, a report on strategic assessment and decision-making process. The report on strategic assessment describes and evaluates the impact on the environment, which may be produced by implementation of the plan, and program and it determines measures for decreasing negative impact. The procedure of strategic assessment is completed with the consent of the competent authority to the report on strategic assessment.

The Law on Assessment of Impact on the Environment directs a procedure of assessment of project's impact on the environment. It prescribes content for the study on assessment of a project's impact. Furthermore, it regulates participation of competent institutions and publicity and transfrontier information.

The Right to Information

According to Article 74 of the Law on Protection of Environment, the Republic is obliged to establish an information system on the environment. The Agency for the Protection of the Environment is to conduct the information system. The Agency shall also conduct an integral register of polluters.

The fifth part of the Law on Protection of Environment arranges information and participation of the public in environmental affairs. Article 78 of the Law prescribes that State institutions, organs of the autonomous province and organs of local self-government have a duty to inform the public on the state of the environment on a regular basis, objectively and in due time. They are also obliged to inform on the development of pollution that may endanger life and people's health.

The public has the right to access to registers and records which contain such information. A competent authority is obliged to deliver information related to the protection of environment to an applicant within 30 days or, exceptionally, 60 days from the date of submission of the request. The request may be rejected for reasons exhaustively listed in Article 80 of the Law and which correspond to reasons listed in Paragraph 3 of Article 14 of the Convention on Cooperation for the Protection and Sustainable Use of the Danube River.

Other mentioned environmental laws secure the right to information. The Law on Assessment of Impact on the Environment determines the means for informing the public. According to Article 29, the competent State institution is obliged to inform the public at least by one local newspaper issued in the area that might be affected. This information may be also disseminated by electronic media.

The Right of the Public to Participate in the Decision-Making Process

By a term of the „public," the mentioned laws are referring to one or more natural or legal persons, their associations, organizations or groups. They distinguish „the concerned public", the public that may be affected by pollution. However, this also includes non-governmental organizations registered in the environmental field.

According to Article 81 of the Law on Protection of Environment, the public is authorized to take part in the decision-making process on: 1. strategic assessment of impact of plants and programs on environment; 2. assessment of impact of projects, the realization of which may cause pollution or risk to the environment and the health of people; 3. issuing permission for new or existing plants.

Article 11 of the Law on Integral Protection of Environment and Control of Pollution provides that a State institution has a duty to inform *inter alia* the concerned public on the submitted request. If the concerned public asks, the State institution will deliver a copy of the submitted request. The concerned public may send an opinion to the institution. In drafting the permission, the institution considers the opinion of the concerned public. Additionally, if the concerned public requests this, it will be consulted on the drafting of the permission.

The Law on Strategic Assessment of Impact on the Environment provides that institutions competent for the preparation of plans and programs are to ensure the participation of the public in considering the report on strategic assessment. The institution is obliged to submit a report on the public's opinion. Besides this, it has to explain why it accepted or rejected an opinion of the public. The ministry competent for environmental issues has a duty concerning transboundary environmental impact. If implementation of the plan and program may produce a significant negative impact on the environment of another State, or if the State, environment of which may be affected, requests this, the competent ministry shall deliver the relevant information to the other State. The information is to comprise data on the plan and program, nature of the decision that may be adopted and the time limit for the opinion of the informed State. The consulted State shall be informed on the adopted decision with consent given to a report on strategic assessment

The Law on Assessment of Impact on the Environment ensures the participation of the concerned public in the process of assessment of proposed projects on the environment. The competent State institution is obliged to inform

inter alia the public on the submitted request. The concerned public may send an opinion. In deciding on the content of the impact assessment study, the institution will take into account the opinion of the concerned public. It also has to inform the public on the accepted decision.

Responsibility for Pollution

The seventh part of the Law on Protection of Environment regulates responsibility for pollution. The legislator has envisaged two groups of responsible subjects: polluters and subjects that make pollution possible. The polluter is liable for pollution caused to the environment in accordance with strict liability. A legal or natural person is responsible for illegal or improper acts that render environmental pollution possible. Two articles describe the legal content of the polluter's liability. Article 104 relates to obligations of the polluter and provides that the polluter, by whose acts or failure to act pollution has been caused, is obliged to undertake measures to mitigate the damages, to remove further risks and to rehabilitate the damaged environment. If rehabilitation is not possible, the polluter is obliged to compensate for the value of the destroyed natural good. Article 105 is titled as „Liability for damage". It states that the polluter is liable for damages inflicted on the environment and space and is obliged to pay the costs for the evaluation of damages and its compensation, and in particular: 1) expenses of urgent intervention performed in the moment the damager arises, necessary for limiting and preventing the effects of damage to the environment, space and people's health; 2) direct and indirect costs of rehabilitation, establishment of new state or renewal of previous state of environment and space as well as costs of monitoring of effects of rehabilitation and effects of damage to the environment; 3) costs of preventing the same or similar damage to environment and space from arising; 4) costs of compensation to persons directly endangered by damage caused to the environment and space. The polluter is obliged to provide financial or other guarantees for payment of mentioned costs during and after performing such activities. The polluter and plants and their activities which highly endanger the health of people and the environment, has to provide insurance for compensation of damage inflicted to third persons in case of an accident. Article 107 determines who is entitled to compensation, as well as the procedure. Everyone who suffers damage has the right to compensation. A claim for compensation may be submitted directly to the polluter or the insurance company of the polluter. If there are more polluters liable for damages, and if it is not possible to determine their role in causing the damages, the costs have to be paid jointly and separately. Court procedure has to be

expeditious. If there are no special rules on liability provided by this law, general rules provided by the Law on Obligations are to be applied.

The Right to a Healthy Environment in Serbian Law

Article 1 of the Law on Protection of Environment, the framework law in the field of the environment begins as follows: „This law regulates an integral system of protection of the environment which provides realisation of the right of man on life and development in a healthy environment…" There is a difference in the wording of Article 46 of the Charter and Article 1 of the Law on Protection of Environment: the right to a healthy environment and the right to life and development in a healthy environment. On the other hand, Paragraph 11 of Article 9 of the Law on Protection of Environment addresses the right to a healthy environment. It seems that the legislator did not set out from the Charter. If this had been done, Article 8 of the Charter would ensure that the broader meaning prevails.

It is of substantial importance to underline that the integral system of protection of the environment serves the realisation of the right of man to life and development in a healthy environment. The integral system of protection is a comprehensive set of rules. It includes measures and conditions for the protection of the environment. Among other rules, it prescribes that it is necessary to obtain an integral permission for operation of new and existing plants, which may produce negative impact on the health of people and the environment. This permission serves to ensure the prevention and control of pollution. It imposes the establishment of standards on the quality of the environment and emissions. In addition, it provides for administrative control. The administrative supervisor is empowered to prohibit, *inter alia*, emission of pollutants and dangerous matter, waste waters or energy into the air, water or ground, if it is beyond the prescribed limits. Punitive measures for breaches of rules and regulations are included.

The legislator did not define what a „healthy environment" is. It can be presumed that environment polluted over the prescribed standards constitutes an unhealthy environment. Due to this fact, it is of significant relevance a definition of pollution for a construction of the right to life and development in a healthy environment. The Law on Protection of Environment defines pollution as an invasion of polluting substances or energy into the environment, caused by human activity or a natural process that produces or may produce detrimental effects to the quality of the environment and the health of people. Quality of environment is a state of environment which is expressed by physics,

chemical, biological, aesthetic and other indicators. The special Law on Integral Prevention and Control of Pollution of Environment says that pollution is direct or indirect invasion of substances, vibrations, heat or noise in air, water or land, caused by human activity that may be detrimental to the health of people or quality of environment and which may cause damage to economic goods. The difference is obvious. It is not easy to understand why the legislator used two different definitions in the same set of environmental laws. Nevertheless, both of them agree that pollution includes emissions that may be detrimental to people's health. The Law on Protection of Environment has also defined „endangered environment" to be a space where pollution or the risk of pollution surpasses the capacity of the environment. And the capacity of environment is its ability to receive a determined quantity of pollutants without its irreversible degradation.

What does the right to a healthy environment protect? People's health, 'health' of the environment, or both? The right to a healthy environment makes sense if it goes beyond limits of protection ensured by other human rights. It has to protect human health and, even more, to secure life and development in a healthy environment. Any pollution that endangers human health or the environment contravenes the right to life and development in a healthy environment.

Human rights are rights towards a State. The State is obliged itself to respect human rights and to ensure the respect for human rights for all individuals under its jurisdiction. It means that Serbia is obliged to ensure the respect for the right to a healthy environment for all individuals under its jurisdiction. The substance of the right to a healthy environment is an obligation of the State to prevent pollution that endangers people's health and/or environment. Furthermore, the State is obliged to provide effective remedies.

Paragraph 11 of Article 9 of the 2004 Law on Protection of Environment, as one of the principles of environmental protection, laid down that citizens or group of citizens, their associations, professional and other organizations realize their right for a healthy environment before a competent authority or before a court in accordance with the law. Therefore, an individual or group of individuals acquire the procedural capacity to apply with a competent authority or the court asking enforcement of his/her/their right to a healthy environment. It depends on the concrete circumstance who will be defendant. However, in the last resort it will be the Republic of Serbia.

The Right to a Beautiful Danube

The motive underlying this text was born out of two events. According to best recollection of the writer of this text, the first event happened in 2003. The Norwegian Government sent two experts to help the Serbian Government regarding plans for the rehabilitation of the Danube – Tisa – Danube Canal Network. When they saw that untreated waste water had been discharging from plants into the Great Backa Canal, two experts were so shocked that they raised an ultimatum stating that they would leave Serbia if the competent Minister did take measures to stop this kind of pollution. The Minister replied that she would do her best, i.e. meet with operators in order to find a friendly solution, but also indicating that she did not have the legal means to stop it. She added that drafts laws on the environment had been prepared and after their adoption the situation would be changed. The other event occurred in 2005. The inhabitants of Srbobran, a village not far from Novi Sad, protested against the pollution of the Great Backa Canal that runs through their village.[30] It seems that the untreated waste water had turned the Canal into an awful smelling bog. They complained about the odious smell that was spreading from the Canal and that made their life in Srbobran highly unpleasant.

Do these circumstances reveal a breach of the right of the inhabitants of Srbobran to a healthy environment? There are a few rules on water protection in the basic framework law. According to Article 23 of the Law on Protection of Environment, if waste water is properly treated, it may be discharged into the watercourse up to the level that does not endanger the natural processes or renewal quality and quantity of water or use for various purposes. Measures of water protection ensure, *inter alia*, the evaluation of the quality of waste water and its purification. Secondary legislation on water protection should be adopted in 2005. Obviously, Article 23 has been breached in this case. For the resolution of this case no further secondary legislation is necessary. Untreated waste water has destroyed the capacity of the Canal for renewal of quality of its water. As far as the writer of this text is aware, competent authorities have not taken any measure to remedy the situation. An element of illegality and responsibility of State authorities is present. On the other side, the inhabitants of Srbobran are not aware of their legal powers. If they were aware, they would invoke their right to a healthy environment before the court against the responsible operators and would not obstruct a local road while protesting against pollution.

[30] Daily newspaper „Dnevnik“, 21 May 2005

Certainly, good legislation is not enough. The legislator was aware of this fact. In Article 6 of the Law on Protection of Environment, some sort of environmental education program is provided for. It is stated that State authorities, scientific, educational, cultural and medical institutions induce and direct development of awareness on the importance of the environment. In fact, educational institutions, including law faculties carry a part of this responsibility.[31]

[31] On environmental rights linked with the right to life, a global effectiviness of environmental law and ideas on International Court of the Environment see K. F. McCallion, International Environmental Justice: Rights and Remedies, 26 Hastings Int'l&Comp.L.Rev. 427 (2002-2003)

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

The Right to a Beautiful Danube as a Human Right

Abstract

In 2004 Serbia adopted four basic environmental laws. 2005 has been reserved for a preparation of implementing legislation. It is promising that a constitutional law of Serbia and Montenegro has recognized the right to a healthy environment, as a human right. This offers a greater legal possibility to remedy environmental wrongs. But, without NGO environmental activism, it may stay just a pure legal potential, i.e. without real effects. A main problem of transitional countries, including Serbia and Montenegro, is not to create good laws. It is the enforcement of good laws. Together with NGO-s universities should take their part of responsibility for effective environmental protection.

Unfortunately, there is not an effective international control system over environmental rights. But, it does not mean that there are no any international remedies. The European Court of Human Rights might do justice in environmental issues when human rights, protected by the European Convention on Human Rights, are violated. Besides, the Convention on Cooperation for the Protection and Sustainable Use of the Danube River, adopted in Sofia in 1994 provides a compulsory jurisdiction of the International Court of Justice for disputes related to interpretation and implementation of the Convention. Further regional cooperation may put on its agenda the issue of effectiveness of regional environmental law. Before that, countries which have not ratified the existing regional international treaties should do this.

Key words: *Environmental law, human rights, the right to a healthy environment, pollution, protection, regional conventions, practice of the European Court of Human Rights*

Dr Dušan Nikolić, Full Professor
Novi Sad Faculty of Law

FROM LIABILITY FOR *IMMISSIO* TO LIABILITY FOR *EMISSIONS*

Twenty years ago, at the beginning of my university career, I was present at the very interesting discussion raised by the proposal to initiate a multi-disciplinary research project on environment protection. This discussion gathered lawyers, on one side, and biologists, chemists and technologists, on the other. The debate began by the remark of one of the law professors who said that this was not anything new for lawyers because there has been a civil liability for *immissio*[1] since the Roman times. However, scientists could not understand his point. Then the law professor explained that for nearly two thousand years the owner of the property was to be held liable if there was induction (*immissio*) of smoke, noise or polluting waters from his real estate to the neighboring estate. The scientists concluded that this was the case of liability for *emissions*[2] but not for *immissio*. This debate lasted for a while and, as you can guess, lawyers did not give up on their argument.

The first impression might be that this is nothing more than terminology misunderstanding. However, here we have two completely different legal concepts with substantially different implications for the environment. Further analysis of this problem would certainly prove that one branch of legal theory still relies on old models of thinking despite the fact that social context and legal rules have evolved long time ago.

---

[1] *Immissio* – to send or let into a place, to introduce, admit, to send or despatch against, to let loose at, discharge at, to cast or throw into

[2] *Emissio* – to give off, send forth or discharge

Classical Roman law enacted the rule on the use of waters which was quite progressive for that time. There was a specific legal action (*actio aquae pluviae arcendae*) which one could bring against the owner of the neighboring property who created a danger of imminent harm by changing the natural flow of waterway, by increasing the power and speed of the stream after having narrowed the bed, etc. Only the owner of the endangered property could ask for legal protection. The respondent was liable for „*immissio*" (bringing in) the water to the neighboring property in the way contrary to the common water regime, which eventually created the imminent danger of harm. There are two important points of law raised by this rule. First, this rule testifies that prevention as such, which has been considered as a primary tool for last few decades, is not the invention of modern legal doctrines, and that some forms of preventive legal protection were developed back in the Roman times. Secondly, this rule shows that Roman lawyers connected liability with activities which consequences affected only neighboring properties. In other words, there was liability for illegal *immissio*, but not for the *emissions*. This normative approach was fully in accordance with individually oriented Roman law.

The Roman concept stayed unchanged for centuries. Liability for *immissio* exists in almost all legal systems. However, last few decades led to certain changes which imply the gradual formation of the new liability model that is more appropriate for given social context. Our legal system followed these trends. The federal Law on Obligations came into force in 1978 which set forth that „(1) Everyone has the right to demand from another person to remove the source of danger which may cause a substantial damage to him or to indefinite number of persons, or demand from another person to abstain from any activity which may cause distress or imminence of danger provided that the cause of distress or danger cannot be removed in any other way. (2) Upon the request of the person with legal interest, the court will order measures in order to prevent damage or distress, or to remove the source of danger at the expense of the holder of danger source if he fails to do it by himself. (3) If damage was caused as the result of the activity undertaken in public interest, which was approved by competent authorities, action for damages can be brought only for the amount which exceeded tolerated value. (4) Even in this case it is legitimate to demand measures which can prevent or decrease damage." [3]

National legal theory argues that this rule introduced *actio popularis* which gives right to every person to request preventive measures.[4] This could

[3] Law on Obligations: Article 156.

[4] See: Jožef Salma, *Obligaciono pravo*, Novi Sad, 2004; Dušan Nikolić, *Građanskopravna sankcija (evolucija i savremeni pojam)*, Novi Sad, 1995; Dušan Nikolić, Uvod u sistem građanskog prava, Novi Sad, 2005.

also mean that there has been a shift in legal reasoning, so that the respondent now can be held liable not for *immissio* but for emissions. This concept provides for more effective environment protection, especially protection of water resources which are vital for the future of our planet.[5]

However, modern legal framework standing alone is not sufficient. There also need to be social awareness and commitment that particular and individual interests should not supersede common social interests. However, there is still much more to do which can be illustrated by the judgment of the Supreme Court of Montenegro: „The plaintiff was right when demanding from the respondent to remove the source of harm…During the proceeding it has been established that this harm can be removed by redirecting polluting waters, through appropriate plastic pipes, to its natural recipient, the river…“

[5] See: Dušan Nikolić, *Stvarno pravo i zaštita životne sredine,* Pravo (teorija i praksa), 7-8/1989, pp. 74-88.

349.6(282.243.7)

Dr Biljana Petrović
Institute for Legal and Social Sciences
Niš Faculty of Law

NEW SERBIAN LEGISLATION IN THE FIELD OF ENVIRONMENTAL PROTECTION AND ITS APPLICABILITY ON THE WATERWAY OF THE DANUBE

Introduction

The Danube river connects thirteen European states. In the segment flowing through the Republic of Serbia a Danube waterway has been formed, covering parts of the Danube, Tisa, Timok river basins as well as the basins of the Mlava and Pek rivers (pursuant to Art. 6 of the current Law on Waters 1996). The Danube has been designated as Coridor No. 7[1] due to its exceptional economic, as well as social importance for all countries through which it flows. However, in the current legislation of the Republic of Serbia, only certain abstract norms relating to the protection of waters as goods of a general public interest can be found.[2] Any pollution of the environment, including that of waters in general, must be avoided or at least brought down to a bearable level. Furthermore, at the same time, there is a tendency towards maintaining the qua-

[1] Susedski program Bugarska- SRbija i Crna Gora, Zajednički programski dokumenti 2004-2006

[2] Granične vrednosti emisija za vode: Projekat JUGOLEX, razvoj propisa o zaštiti životne sredine u Srbiji i Crnoj Gori, zbornik radova,urednici prof. dr Slavko Bogdanović and prof. dr Božo Dalmacija, Novi Sad, 2005.

lity of all water in the Republic of Serbia in the I, II and IIb class, or undertaking measures to bring them of to such a level.[3]

In late 2004, a new set of laws having to do with environmental protection was passed, in accordance with modern tendencies in this field, while primarily with the legislation of the European Union. It should be noted that Serbia and Montenegro are not signatories to any of the more important international acts, such as the Arhus Convention, nor are they obliged to implement standards deriving from the legal acts of the EU, such as the IPPC Directive. However, there has been a noticeable incorporation of certain segments of the mentioned acts into the new domestic legislation by which, at least in this field, there is a movement towards the EU. The new laws are as follows: Law on Environmental Protection, Law on the Assesment of Consequences on the Environment, Law on the Strategic Assessment of Consequences on the Environment, and the Law on the Integrated Prevention and Control of Pollution. The mentioned laws were published in the Official Journal of the Republic of Serbia No. 135 on 21 December 2004 and came into effect eight days later, i.e. 29 December.

In this paper the author will briefly present their content, as well as the possibility for their implementation for the protection the Danube as a separate natural resource.

Law on Environmental Protection

As the foundation of this Law, Article 1 determines the integral system for environmental protection that is to secure the realization of the rights of man to life and development in a healthy environmental and a balanced relationship between economic development and the environment. The to a healthy environment belongs to the latest generation of fundamental human rights and freedoms, guaranteed by all universal international acts. From this right we derive further and other rights, the content of which is tied to the environment on a global scale, i.e. flaura and fauna, as well as certain segments of social life (e.g. the right to work in a smokefree environment, etc.). Being that environmental law has numerous common points with the field of civil law, Article 108 of this Law establishes the fitting application of the Law on Obligations in cases where certain situations are not regulated by this Law.

An important aspect of this Law is that Article 4 establishes the opportunity for citizens as individuals to appear as subjects within the environmental system and not only through associations. Furthermore, the next article of the Law,

[3] Prostorni plan Republike Srbije za 2004. godinu

provides for the responsibility of the mentioned subjects to undertake measures for the protection of the environment. Based on this it can be concluded that the domestic legislation has recognized the institute of *actio popularis* – an action which any person may bring against a state in the case of damages, or simply if there exists the possibility of damages being incurred that may endanger the environment. The same is confirmed in Article 7, within the framework of the principle of the protection of the right to a healthy environment, wherein the right to court access is addressed explicitly (as is done in the Arhus Convention). The mentioned provisions of the Law, albeit of a general character, may be relevant to the protection of the Danube, as an irreplaceable natural resource.

In accordance with the Republic of Serbia Spatial Plan wherein the long-term goal is the maintenance of appropriate quality of river water, which either completely or just partially flows through the Republic of Serbia, is the establishment of appropriate treatment for water usage, its encumbrance[4] as well as the discharge of wastewater. None of these activities, regardless on its overall necessity, may be allowed to lessen the quality of water and the possibility for its multipurpose use (Art. 23 of the Law).

It should be mentioned that as early as 2003, thus before the initiation of the new Law on Environmental Protection, the Project for the Reduction of Pollution in the River Danube from Plants in Serbia was initiated, which was an investment by the GEF Foundation for the reduction of nutrients in the Black Sea and the Danube Basin. Initial information that was used as the foundation for this project was rather disappointing. Serbia and Montenegro is the third largest polluter of the Danube Basin of all the countries through which it flows according to the amount of spilled nitrogen (13%) and second according to the amount of phosphorus and its compounds (14%)[5]. Therefore, the goals of this Project was to establish and promote sustainable production and good agricultural practice by which the Danube Basin environment would not be endangered. In that sense, as a form of support for further efforts in that attaining of the mentioned goals, there is Art. 23(3) of the Law on Environmental Protection which states that "measures for the protection of waters secure the prevention of limiting of the introduction of dangerous, waste and other matters, tracking and assessing the quality of surface and underground waters, as well as the quality of wastewater and its filtering."

Also of importance in this Law is the possibility of participation of the public in the decision-making process and the assessment of consequences of plans and programs on the environment, particularly with projects whose realization may bring about pollution or presents a risk to the environment.

[4] In the sense of industrial complexes, hydroelectric power stations, etc.

[5] The Danube River Basin District – Danube Basin Analysis (WFD Roof Report) 2004

Furthermore, participation of the public is also possible in procedure for work approval for new or the expansion of already existing plants in the form of public presentations and discussions.

Another innovation is the Foundation for Environmental Protection which was formed in order to secure financial resources for the promotion of protection and enhancement of the environment.

Law on the Assessment of Consequences on the Environment and the Law on the Strategic Assessment of Consequences on the Environment

These are two completely new laws dealing with a subject which has been completely foreign to our legislation up until now. Moreover, the Government of the Republic of Serbia has issued a list of project for which an assessment must (mandatory) or may (facultative) be carried out, particularly due to the potential effect these projects may have on the environment. The second mentioned law governs the procedure for the assessment of consequences of projects on the environment. As a secondary goal, the enhancement of sustainable development through the integration of basic principles of environmental protection within the procedure for the implantation and adoption of plans and programs has been established.

The procedure itself shall be carried out in three phases: decision on the need for assessment of the consequences of the project on the environment, determining the scope and content of the study and deciding on giving approval to the given study. Being that no single aspect of the environment is singled out in the mentioned laws, one may conclude that these may be applied in cases having to do with projects for the exploitation of the Danube in any shape or form. On the other hand, the authority of state bodies in such procedures is rather clearly defined, whereby there is little room for incorrect interpretations.

Law on the Integrated Prevention and Control of Pollution

In this case as well, this is a law dealing with a completely new subject. Its content is in accordance with the so-called IPPC Directive of the EU enacted in 1999, which was preceded by dozens of other directives, which referred to different aspects of environmental protection. Up until now, the Directive has

been implemented into the legal systems of Sweden[6], Finland, Estonia, Slovenia and other Member States of the EU.

The very issue of development and implementation of the IPPC system in Serbia, in accordance with the norms of the European Union, entails further comprehensive research. The introduction of this system in Serbia is one of the subjects of negotiations for the signing of the stabilization and association agreement and for accession to the EU, which has been approved for Serbia and Montenegro (albeit only orally). The Law on Integrated Prevention in that sense presents merely an initial phase of this project, being that the foundations of this Directive are accepted, as well as the principles of precaution, sustainable development and publicity. Special attention within this Law is given to the principle of publicity or the availability of information. Unfortunately, there is no further mention of neither form of public participation or access to the courts[7] in cases where there exists the possibility for damager or the endangering of the environment.

In that sense, special attention is given to the so-called bordering values of emissions, in pursuance with Directive 2000/60/EC of the European Parliament and Council of 23 October by which a Community framework for action in water policy is established. Bordering emissions are defined as an instrument for the attainment of the goal of good standing of all waters, within the framework of action plans for every river basin. In this way, efficient control of the consequences of human activity may be carried out for each river basin.

Special Activities of State Bodies Regarding the State of the Danube Basin

In the last few years there has been an evident intensified activity of state bodies in the development and sustaining of awareness about environmental protection, in accordance with the latest legal tendencies in this field. Consequently, a special project entitled JUGOLEX has been initiated, the goal of which is to present the development of regulations on environmental protection in

[6] In Sweden, a similar system has been in force since 1969, see: Helena Lindemark: Implementation of the IPPC Directive in Sweden. The text is available at www.yugolex.co.yu.

[7] Access to the courts or access to justice carries the connotation of a fundamental human right, thereby representing a principle of contemporary civilization. Its value cannot be lessened based on the case for which the realization of this right is being requested, i.e. every case, whether it has to do with parental rights or environmental protection, is equally valuable and deserves an opportunity to be discussed adequately before a court. Ludwing Kramer: Protection of the Environment and the Citizen, Resource Management Journal, 1999.

Serbia and Montenegro. The Project has been receiving financial support from Finland, logistic support has been given by the relevant ministries of Finland and Serbia and Montenegro.

Furthermore, a project for the cross-border cooperation between Serbia and Montenegro and Bulgaria has been initiated and will last until 2006, as well as a Project for the Reduction of Pollution in the Danube River from Plants in Serbia. The Office for the Protection of the Environment which exists within the Ministry of Science and Environment of the Republic of Serbia has initiated the enacting of the set of laws on environmental protection. It has also participated in a number of important international projects, having particularly to do with the state of the Danube Basin, such as the Aquaterra Danube Survey[8], as well as the work of the expert group of the International Commission for the Protection of the Danube River.

This unique intensification of activity in this field, particularly regarding the preservation of the Danube River, points to the high level of awareness and need for establishing and maintaining sustainable development of the environment in Serbia and Montenegro. The Danube River, being a main waterway for a large number of European states, represents a symbol of evolution of the states through which it flows. It is in itself the single best promoter of their cooperation, whereby any intensification of activity for its physical preservation is only a way towards deepening such cooperation. The new Serbian legislation in the field of environmental protection has taken this direction.

Conclusion

It is clear, that new serbia legislation has taken a queit new direction, by implementing some very important provisins of the relevatna international conventions. The newly recognized need for establishing and maintaining sustainable development of the environment in Serbia and Montenegro has a special significance, as it is heading to make closer ties with EU and its environmental law, as far as with relevant international principles of protecting the environment.

[8] The full name of the Project is: "Understanding the River-Sediment-Land-Underground Water Interaction for the purpose of enhancing Water Management," see Report on the Working of the Office for Protection of the Environment in 2004, Belgrade, December 2004.

Dr Biljana Petrović
Institute for Legal and Social Sciences
Niš Faculty of Law

New Serbian Legislation in The Field of Environmental Protection and its Applicability on the Waterway of the Danube

Abstract

In late 2004, a new set of laws having to do with environmental protection was passed, in accordance with modern tendencies in this field, while primarily with the legislation of the European Union: Law on Environmental Protection, Law on the Assesment of Consequences on the Environment, Law on the Strategic Assessment of Consequences on the Environment, and the Law on the Integrated Prevention and Control of Pollution In this paper the author will briefly present their content, as well as the possibility for their implementation for the protection the Danube as a separate natural resource.

349.6:342.7

Dragana Ćorić
Novi Sad Faculty of Law

ACTIO POPULARIS AS AN INSTRUMENT FOR THE PROTECTION OF THE ENVIROMENT

Introduction

The right to a healthy environment is one of important rights of solidarity in modern world. It became very important right, especially in last two decades, due to the development of society in general.[1] This right requires a healthy human habitat, including clean water, air, and soil that are free from toxins or hazards that threaten human health. Water is a critical component of health and a healthy environment. The right to water includes access to adequate amounts of clean water, for both consumption and sanitation. Water is also a requirement for the most basic activities vital to sustaining human life, including agriculture, cooking, and sanitation. Yet while water sustains life, it can also bring death if contaminated. Some of the deadliest diseases, which kill millions around the world each year, are carried in unclean water. Access to adequate amounts of clean water, for both consumption and sanitation, is a prerequisite for a healthy life. That is why it requires wider protection in many ways, especially access to information about the environment and access to courts (or justice), whne there are some problems regarding the state of environment.

An important set of problem in access to justice in environmental matters surrounds the issue of who has what kind of standing in what kinds of procedures. This question is rather relevant, especially when it comes to public

[1] V. Rakić - Vodinelić, Ljudska prava treće genaracije - pregled osnovnih pravnih problema, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 56, 1989 (Supplement), str. 801.

participation, since it can take many forms.[2] In this paper, the author will examine what kind of impact, regarding enforcing enviromental law, has *actio popularis* in some Danubian States. Danubian States include 13 states: EU Member States, candidate countries; some of them have stand of the threshold of membership, and some, like Serbia and Montenegro, are starting to forge closer ties with EU. On the other hand, the river Danube has been for centuries the major transport lane for the whole Europe and its protection is very important issue.

Closer co-operation in this wider European area can provide political, economic and enviromental benefits to the whole region. That is why the Stability Pact initiated in 2001 the enhanced cooperation among those countries[3]. The other reasons were also matching the strategic aim of the Stability Pact with this Danube cooperation, as well as promoting some new mechanism for better cooperation between EU and other countries who are wanting to become the members of EU. That kind of dialogue will go even further, when, according to the opinion of the author of this paper, mechanisms for the protection of the Danube waterway get equal. It is also important to mention that there is no specific mechanism only for protecting the Danube, but all those countries use their general instruments of protection.

The meaning of actio popularis and its applicability in environmental issues

The term of *actio popularis* has a long historic pedigree. Translated from the Latin, it means literaly people's legal action. It is an action to obtain remedy by a person or a group in the name of the general public, or other abstract entities such as morale, etc. without being or directly in an authorised way repre-senting the victim. It is also known as „ class actions", but the difference is that it relates to an action filed by the representatives of a social layer affected by a certain problem. The main meaning of *actio popularis* does not know for that kinds of restrictions. It gives an opportunity to anyone to challenge any other act, wheter they are directly affected by it or not.

[2] Jeremy Wates: Access to Enviromental Information, Doors to Democracy- Current Trends and Practices in Public Participation in Environmental decisionmaking in Central and Eastern Europe, The regional Enviromental center for Central and Eastern Europe, june 1998.

[3] Erchard Busek: The openning speach on the Danube Coperation Process Ministerial Conference in Vienna, 27. September 2002.

The ground for using this instrument is that the principles of environmental law and civil law are compatible. According to the principe of subsidiarity, the basic rules of environmental law and civil law might be substituted in the event of the lack of legal regulations on a certain topic. So, a*ctio popularis* became a procedural institution that can be applied both in civil law and environmental protection. The European Union declares the principle of everyone's right to a healthy environment, so *actio popularis* is very logical implication of this principle, as it is granted to all people, without any differentiation.

Because any individual or any group or any person in behalf of that gruop is entitled to use actio popularis, it has some other implications. For example, the verdict is binding the whole group, wheter it gave its consent for that actio or not.[4]

It gives the extensive approach and often contradicts with the fundamental principles of the member states on access to courts, especially in environmental suits. Some say that there is a very reasonable fear that unrestricted access to the courts will be detrimental to the functioning of the jurisdictional system[5]even if it is regarding the environment. The whole concept meets with strong resistance in most Member States in EU, mostly because it will allow any applicant to challenge any law or act of EC[6]. That is why there are few different forms of it. For example, only Portugal has provided the broad access for Non govermental organizations(in further text NGOs) to review decisions and claim compensation on behalf of the aggrieved party in order to preserve the environment[7].In the same time in the Netherlands there is a so called indirect *actio popularis*, which can be used only in the case of procedures against permits which are regulated by an extensive public participation procedure[8]. This is rather broather approach than requiring an „interest" or even „sufficient interest".

In spite of that, the Art. 9 (3) of the Aarhus Convention states that members of the public should have access to administrative or judicial procedures, in order to challenge acts and omissions by private persons and public authorities, which contravene provisions of its national law relating environmental law. It

[4] V. Rakić-Vododelnić, *op. cit.* str. 809.

[5] Commission proposal for a Directive on access to justice, COM/2003/0624 final COD 2003/0246, http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/pdf/2003/com2003_0624en01.pdf

[6] Dominik Hanf: Talking with the " pouvoir constituant" in times of constitutional reform: The European Court of Justice on Private Applicants' Access to Justice, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2003.

[7] Nikolas de Sadeleer, Gerhard Roller: Access to Justice in Environmental Matters ENV.A. 3/ETU/2002/2003, Final report, pg.14.

[8] ibid.

means that government institutions, NGOs or other people have the right to enforce the law against private persons outside the government. It is important to emphysize that this right belongs to all members of the public who are affected or likely to be affected by environmental decision-making.[9] On the other hand, that right have also the public, or even an ombudsman, to enforce against a government act or omission.[10] The *actio popularis* is fully consistent with named article of the Aarhus Convention, although it is not explicitely named. The Convention allows any person who asked for information and did not receive it or received an inadequate response, to sue;then any person who was not allowed to participate in an environmental decision. This right means also that any person can sue another private person or public authority, for vilating national environmental laws, or even more, any person has a right to sue for denial of the right to live in an environment adequate to his or her health and well-being.[11]Generally speaking, the access to justice in environmental case is possible for anyone, who can claim sufficient interest, which can be defined as „only those with „ impairment of a right".[12]

The Aarhus convention is not still ratified in Serbia and Montenegro. But, in our law there can be recognized some elements of it.

Actio-popularis in some Danubian States

According to some laws, to gain a standing a plaintiff, one must claim that his or her rights have been affected. It is the opposite of *actio popularis* which allows anyone to challenge any law or act, and to access to the court, although their own rights were not directly affected. Most of the countries of the Danube Basin use a model of *actio popularis*, which means that any person can sue government when it breaks the law. It is a kind of direct citizen's enforcement,[13] which is not yet well developed in Europe. This doctrine allows any member of the public to bring an action for the protection of the public weal.

[9] Paul Bowden: Europe – a Regional Overview, The International Comparative Legal Guide to Environmental Law 2005,Global Legal Group, 2005, pg.11.

[10] John E. Bonine: The public's right to enforce environmental law, in Handbook on Access to Justice under the Aarhus Convention, the Regional Environmental Centre for Central and Eastern Europe, 2003

[11] What is the Aarhus convention, pamphlet, pg.7-8

[12] Ibid.It is beter , even wider approach, because it does not require any injury or specific interest.

[13] John E. Bonine: Standing to Sue: The First Step In Access to Justice, University of Oregon, 1999.

The results are different, sometimes there are order to remove a source of danger or disturbance, or to prevent damage or disturbance.

As to that, in the former Yugoslav law existed the environmental action, that was by its nature *actio popularis*. Today, two former Yugoslav republics- ***Croatia***[14] and Serbia and Montenegro kept the same provisions of the former federal Code of Obligations of 1978 which in Art. 156[15] provided the possibility that anyone, regardless of whether there is a interest or not, may bring an action with the protecting environmental rights that are of collective interest. Anyone may place a demand for another person or group to remove the source of hazard or danger threathening to cause a significant damage.The protected objects are invaluable, and their protection has a significance that surpasses an individual case. The legal lawsuit based on this provision, called „an ecological lawsuit", features as *actio popularis*, because it can be used even by persons who are not directly affected by any hazardous activity. But we can emphysize the importance of „the significant damage", which means that the damage from that activity would be greater that benefits from the same source.

But it was changed by the law on Criminal procedure, which stated in Art. 250-261 that all offences against the environment are beeing prosecuted ex officio. That means that the role of private persons or NGOs in environmentally related criminal matters lies only in intiative to submit a report to that office.[16]Also, „class actions" are not avalable for pursuing environmental claims, as well as penal or exemplary damages.[17]

In ***Hungary***, the sort of *actio popularis* is first appearing in Act LIII of 1995 on the protection of the environment[18]. Section 99 authorizes the public prosecutor, environmental associations and social organizations to forward people's actions in cases involving the endangering, harm to or pollution of the environment. Courts may establish responsibility and may compel restoration.This opportunity is given to individuals only if they were directly affected/interested in other way to enetr the administrative procedure regarding environmental issues. Nevertheless, in the event of harm caused to someone by an activity endangering the environment, sections 345-346 of the Civil Code

[14] Recommendations on implementation of the Aarhus Convention, prepared by NGO Green Action, Zagreb, material from the International ECO Conference : The Aarhus Convention and its Implementation, Dubrovnik, 2000. This Convention was adopted in Croatia in 1999.

[15] The source in Croatia : Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine br.53, Oktobar 1991.

[16] Narodne novine br. 53, oktobar 1991.The situation is still the same.

[17] Tomislav Tus, Martina Prpic: Country questions and answers Chapters- Croatia, The International Comparative Legal Guide to Environmental Law 2005,Global Legal Group, 2005, pg .88-93

[18] Máte Julesz : Interdisciplinary fields of environmental law and new branches of civil law,available on http://jesz.ajk.elte.hu/julesz15.htm

should be applied. But there is no *actio popularis*, which would ensure the right of civil litigation for some organizations when the assets of larger communities or of the society are threatened or destroyed by a pollution activity.

Also,based on the new hungarian Environmental Protection Code, NGOs in principle can also go to court if the governmental administration does not fulfill its responsibilities, according to the following provision: „In case of a hazard being posed to the environment or the environment is being damaged or polluted, organizations are entitled to intervene in the interest of the protection of the environment and to request the government organ or local government to take appropriate measures falling under its powers, or to file a lawsuit against the abuser of the environment" (Art. 99). In this case, „the party to the case may request the court to enjoin the party posing the hazard to refrain from the unlawful conduct (operation); or oblige the same to take measures necessary for the prevention of the damage.[19]

It is also possible in some countries to bring a case in civil court against government agencies using the possibility to sue an employer if an employee causes damage to somebody. This represents a special case of responsibility when the employer is an administrative body. In this case, in Hungary for example, the conditions are restricted: „For damage caused by administrative measures, compensation can be sentenced only if those who suffered damage had exhausted the regular remedies and the damage would not have been possible to avert through regular legal remedies."

Environmental Protection Laws give similar broad rights to individuals and NGOs in Romania and Bulgaria, where the rights are extended to any physical person as well. The „*actio popularis*" in Croatia and Serbia and Montenegro mentioned above also applies for actions against polluters.

In ***Slovenia***[20], everyone has standing in cases of removal of immediate and/or significant danger to anyone. This right is based on the constitutional right to a healthy and clean environment. Individual citizens, their associations, unions and organizations may file a suit with the civil court demanding the suspension of a so-called „action into the environment" (activity or project) if such an „action" presents or will present an immediate threat to the environment, a critical environmental strain or damage, or a direct danger to the life and health of the people. Such an action can be prohibited if the likelihood of the above-mentioned effects can be demonstrated with reasonable certainty. The

[19] Doors for Democracy, The regional environmental centre for Central and eastern Europe, june 1998. It is also important to add that in 2002 Hungary started Twinning Project with Germany, on the implementation of the EU water Framework Directive, which significantly changes the approach to this issue. Niko Sommerwerk: German- Hungarian Twinning Project, Danube Watch, 2/2005, available on www.icpdr.org

[20] Milada Mirkovic: Chapter 14, Doors to democracy,june 1998

court may suspend or prohibit the commencement of the action only if it is not possible to prevent such effects by other means (EPA, Article 100). In addition, individuals or NGOs cannot bring suit against a polluter merely for exceeding prescribed emission standards; one of the above-mentioned threats must be present.

In ***Austria***, the situation is even more different. If public officials fail to implement laws or they act in other way incorrectly, individuals can only appeal to the court or to the higher administrative body when their individual rights are affected. But as mentioned above, environmental standards are not defined as rights of individuals. Logical implication is that in Austria does not exist actio popularis as there is no solid groung for that. [21]

In ***Germany*** [22],the constitution provides only a common right on access to court, not a specific one confined to special or environmental issues. In the sense of the common rule all administrative acting must be executed in accordance with existing law. If the administration does not act according to law and if individual rights can be affected through this breach of the law, a court action is admissible.

On the other hand there are limitations concerning which right provides protection to the individual. According to the so-called theory of protective law of the federal constitutional court, it is not sufficient to claim that an environmental law provision has been infringed. Furthermore, the provision in doubt has not only to serve public interests, but has to aim at the protection of single individuals. In other words it has to give a public right to the subject. Only then is a violation of a personal right regarded as legally based ground for accessing the court or even to go on administrative way of handling the situation.

Only under the precondition of a breach of the law and if through this an individual right is harmed, can a court case be successful (annulment or [in most cases] modification of the administrative decision). Recognized nature protection groups have access to court review under some preconditions when Nature Protection Law has been infringed.For the citizens, enforcement of a law is only possible if they are concerned with rights of their own. The concepts of personal, legal and collective interest, as well as *actio popularis* do not exist as relevant concepts. Everything is focused on the protection of subjective rights. Also, in Germany the actions of the NGOs are restricted to raising nature conservation as grounds for bringing an action, and therefore no judgement can be made on the question whether other subject areas would be raised by the **NGOs** if the law allowed broader rights of action by environmental as-

[21] Paul Luiki, Hubert Resch: : Country questions and answers-Austria, The International Comparative Legal Guide to Environmental Law 2005,Global Legal Group, 2005, pg.58

[22] Peter-Christoph Storm: Preface to the Book on the environmental laws in Germany, 2nd Edition, Inter Nationes, Bonn, 2000.

sociations. Within these limitations, the majority of the cases concern the conflict between nature conservation and large infrastructure development projects for which a plan approval decision is required[23]

In ***Bulgaria***, when it comes to environmental issues, access to the court is granted to individuals and NGOs,when they are interested to do that. But there is no further explanation to what does it mean, wheter they are directly affected by some act or not.[24]Standing in actions against polluters is granted to everyone: NGOs, communities or any individual, and it is independent upon interst of plaintiff, or else- upon suffering damage.

Conclusion

The Danube River Protection Convention includes the involvement of the public in the framework of general protection of the environment. It is important as we all use water in our daily lives. So far, accomplishing the objective of the legislation in all Danubian States, which is the achievement of „good status of all water by 2015"[25], seems very realistic.Also, *actio popularis* is required especially in environmental issues, and also regarding the status of all waters. Current experiences show that this concept could be really successesfull, although a lot of Danubian States do not recognize it. Serbia and Montenegro, heading to the integration process into EU, have already excepted new tendencies regarding the protection of environment in new set of laws, which have passed in late 2004.

[23] Nikolas de Sadeleer, Gerhard Roller: Access to Justice in Environmental Matters…, pg.17: Wolf Spieth, Bernd Ochtendung: Country questions and answers-Germany, The International Comparative Legal Guide to Environmental Law 2005,Global Legal Group, 2005, pg.172.

[24] Although this information comes from Doors to democracy , which is published in 1998, the situation has not chnaged since then, ppg.118-120

[25] Jasmine Bachman: Putting Public Participation into Practice, Danube Watch, 2/2005, available on www.icpdr.org

Dragana Ćorić
Novi Sad Faculty of Law

Actio Popularis as an Instrument for the Protection of the Enviroment

Abstract

An important set of problems in access to justice in environmental matters surrounds the issue of who has what kind of standing in what kinds of procedures. This question is rather relevant, especially when it comes to public participation, since it can take many forms In this paper, the author will examine what kind of impact, regarding enforcing enviromental law, has *actio popularis* in some Danubian States.

Марко Божић, асистент-приправник
Правног факултета у Новом Саду

MICHEL TROPER: «LA PHILOSOPHIE DU DROIT», PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE, PARIS, 2003, 126 СТРАНА

«Филозофија права» је последњи објављени наслов Мишела Тропера. Реч је о делу великана француске правне науке, признатом ауторитету којем се престижна ревија за теорију права *Droits* недавно одужила тематским бројем посвећеном његовом стваралаштву (*Droits*, бр. 37/2003). Сама чињеница да иза дела стоји угледна *Presses Universitaires de France,*и њена позната едиција *Que sais-je?,* довољно говори о репрезентативном месту аутора и његовог опуса унутар савремене француске правне мисли.

Свој поглед на филозофију права Тропер започиње готово уџбеничком констатацијом да су размишљања посвећена овој теми толико разнолика да, једнако као што нема сагласја по питању шта је право, нема га ни поводом предмета, функције, па чак ни у погледу имена дисциплине коју зовемо филозофија права. Управо зато, Троперова књига, у првом поглављу насловљеним «Шта је то филозофија права?» (стр.9-26), не почиње одређивањем предмета, садржаја и методе ове дисциплине, већ приказом њене три основне и најкарктеристичније дилеме.

Дилема којом аутор отвара своју расправу је у ствари питање избора: филозофија или општа теорија права? И мада начелно сагласан са широко прихваћеним мишљењем о теорији права као позитивистичкој реакцији на спекулативну методу филозофије права, Тропер се држи мишљења да праве разлике између две дициплине у ствари нема. Он нас подсећа да смо

сведоци да правна књижевност обилује теоријама права насталим из пера убеђених јуснатуралиста, а да је још већи број аутора позитивистичке оријентације које заокупљају теме филозофије права. Стога «Здрав разум нам налаже да ове појмове сматрамо синонимима» (стр. 12)

Други антитетички пар је Троперу далеко занимљивији. У питању је однос између филозофије права чији су аутори правници и оне иза које стоје филозофи. У питању је занимљива, релативно нова, али никако оригинална, «троперовска» дистинкција. Разматрања на ову тему налазимо и раније у француској правној мисли (види нпр. M. Villey: Nos philosophes en face du droit, *Archives de philosophie du droit,* том 17, 1972., стр. 285). Троперов допринос овој теми лежи у сумирању резултата ранијих размишљања на ову тему и критици оба приступа. Наиме, он закључује да у решавању фундаменталних правних проблема филозофија права филозофа најчешће полази са позиција великих филозофских система, што је чини неподесним подухватом из најмање два разлога. С једне стране стога што је склона занемаривању правне емпирије, тј. живе стварности права, и с друге, зато што ју је често врло тешко разликовати од сродних дисциплина – филозофије политике, морала и науке. Филозофија права правника, сасвим супротно, полази од искуства правног живота, чиме остаје ближа правном феномену, али се у суштини претвара у један само нешто апстрактнији опис правне праксе.

Коначно, као трећу антиномију филозофије права Тропер препознаје вечити антагонизам јуснатурализма и правног позитивизма. По његовом мишљењу не ради се о превазиђеној теми већ о дилеми око које се колеба и модерна правна мисао. У свом приказу оба правца Тропер се не удаљује од уврежених и разрађених теза. Ипак он изненађује неким закључцима. Тако нпр, заобилазећи раскош миленијумске историје природног права и плејаду његових великана, он у жижу свог приказа јуснатуралистичких гледишта ставља сасвим атипично природноправно учење Мишела Вилеја (*Michel Villey*). С друге стране, бавећи се правним позитивизмом он преузима Бобијеву (*Bobbio*) идеју о три могућа приступа овом правцу – о правном позитивизму као методологији права, као општој теорији права и као идеологији. У питању су три потпуно различита концепта и у начелу «позитивистичка теорија права се не би смела бркати са идеологијом, коју понекад такође зовемо „позитивизам", и по којој дугујемо послушност праву» (стр. 21).

Тропер прво поглавље завршава скицирајући постојеће стање филозофије права, илуструјући га главним токовима унутар англо-америчке, француске, немачке и италијанске савремене правне мисли.

У другом поглављу, «Правна наука» (стр.26-66), Тропер полази од претпоставке да као и свака друга, и правна наука претендује да представља

једну дескрипцију објективне стварности. Дакле, Тропер као позитивиста сматра да правна наука има задатак да као једна емпиријска дисциплина опише објективно постојеће право, онако какво оно стварно јесте, онако како оно гласи. Такво одређење отвара фундаменталне методолошке тешкоће везане за могућност њеног заснивања. Ово поглавље Тропер у целини посвећује испитивању тих тешкоћа.

Заправо, основну дилему у даљем развоју својих разматрања Тропер препознаје као у питању да ли је правна наука заиста наука, односно да ли је она могућа као једна емпиријска дисциплина. Квалитет одговора на ово питање директно је условљен питањем да ли је право емпиријски проверљива чињеница? У ствари, оно што представља окосницу другог поглавља, као централног дела Троперовог рада, је управо питање дефиниције права као предмета правне науке. Разматрајући ово питање Тропер нам нуди избор између два, у основи позитивистичка одговора – нормативизма и реализма.

Нормативистички приступ најбоље репрезентује Келзенова (*Kelsen*) *Чиста теорија права*. За Тропера, она је компромис између јуснатурализма, од којег преузима третирање права као требања, а не као чињенице, и изворног позитивизма од којег задржава идеју да правна наука треба да остане опис важећег права, тј. да се уздржи од било каквих вредновања позитивноправних решења. Но, сама Келзенова амбиција да правну науку одреди као опис важећег права, онемогућава га у покушају да је заснује и као емпиријску дисциплину. Важење није чињеница. Важење сваке норме зависи од неке више норме услед чега чин важења остаје емпиријски непроверљив. Тако, како Тропер указује, *Чиста теорија права* осујећује саму себе.

На другој страни, реалистички приступи теже заснивању једне емпиријске правне науке по другом основу. Реалисти право не посматрају као требање, већ као чињеницу. Тропер преузима као најрепрезантативније гледиште Росово (*Ross*) схватање права као једне психосоцијалне чињенице која се индентификује са поступањем судија. Право није оно што је позитивним прописом установљено, већ оно што судови изричу и оно што се преко судске власти примењује. Реалистичкој концепцији Тропер замера, пре свега, то што је у својим емпиријским истраживањима политичких, економских, културних и других чинилаца који условљавају понашање судова онемогућила аутономност правне науке која је «изгубила сваку посебност и постала нераздвојна од социологије и психологије» (стр. 42). Осим тога, реалисти наилазе на исти проблем са којим се суочавају и нормативисти. У покушају да одреде разлог због којег би неки судија сматрао себе обавезним да пресуди по некој норми, реалисти би стигли до истог

одговора – зато што је то прописано неком вишом нормом, што их опет враћа на проблем важења.

Последњи део другог поглавља посвећен је решавању питања шта би требало да буду задаци претпостављене правне науке. У одговору на постављено питање Тропер указује на један претходни проблем: ако прихватимо да правна наука треба да описује норме, онда нам основни проблем представља чињеница да ми ту норму испрва и не видимо. Оно што ми видимо јесте текст кроз који је нормотворац норму изразио. Тако, пре било каквог описивања, правној науци се као задатак намеће откривања норме коју би требало да опише. Откривање норме је у ствари тумачење израза који је истовремено и скрива и носи. Тиме у ствари правна наука постаје техника тумачења права, чиме дефинитивно губи свој емпиријски карактер, и нужно се удаљава од позитивистичког идеала за којим тежи.

Посебан проблем на путу заснивања једне правне науке представља и то да, будући да норме нису чињенице, ни односи међу њима нису каузални. То што неко треба да плати порез, не значи да ће га и платити. Самим тим, закључује Тропер, правна наука никада не би могла имати за задатак описивање објективно постојећих узрочно-последичних веза, што јесте основна карактеристика сваке модерне науке.

Трећи део Троперове «Филозофије права» насловљен «Структура права» (стр. 66-98) окренут је неким најфундменталнијим питањима ове дисциплине. Прво међу њима је одређивање појма правне норме. Тропер у ову анализу улази користећи се познатом Фон Рајтовом (*Von Wright*) систематизацијом најчешће претпостављаних критеријума за разликовање правне од других облика друштвене регулације. Одбацујући један по један међу њима, Тропер стиже до Бобијевог схватања права као координиране целине правних норми и идеје да правна норма атрибут правности стиче само захваљујући својој припадности правном систему. Тако стижемо до Троперовог одређења права: Право је систем који се битно разликује од осталих нормативних система својом карактеристичном структуром. Анализа ове структуре чини главни део ауторових даљих разматрања. У том смислу Тропер се посебно бави питањем хијерархијске организованости правног система и теоријама извора права. Дуже се задржава само на другом проблему. Наиме, аутор нас води у преиспитивање широко заступаних волунтаристичких гледишта о вољи нормотворца као основном извору права, да би у наставку више пажње посветио разматрању два најпроблематичнија извора - обичају и судској пракси.

Последње, четврто поглавље, «Правно расуђивање» (стр.98-125), посвећено је тумачењу права и правној логици.

Као што смо већ нагласили, тумачењу права Тропер посвећује доста пажње и на претходним страницама своје књиге. Он у њему види главни

задатак правне науке а на овом месту се систематичније посвећује овој проблематици излажући своја гледишта о методама, предмету, субјектима и значају тумачења права. У оквиру ове теме, посебну пажњу плени ауторова анализа стварне моћи и граница аутентичног тумачења.

Бавећи се правном логиком, Тропер полази од начелног питања да ли је каква логика примерена праву. С друге стране, пита се, да ли, ако је таква логика и могућа, она заиста може бити модус усмеравања, разумевања и координирања позитивног права. Тако, на последњим страницама Троперовог дела, критици бивају изложени савремени погледи на правну логику: Идеја деонтоничке логике Калиновског (*Kalinowski*) и Рајта, односно њој супротстављена аргументација *Нове реторике* Хаима Перелмана (*Chaim Perelman*) и његових следбеника.

Посматрајући Троперову «Филозофију права» у целини, чини нам се да језгро овог рада смештено у, и по обиму најзначајнијем, другом поглављу. Питања која се тамо постављају, само се даље разрађују у наставку текста. По нашем мишљењу, дело би, без двојбе, у поднаслову могло да гласи «О могућности заснивања правне науке». И управо је у томе најзначајнији допринос Троперових размишљања. Наиме, то што ова «Филозофија права» данас, у времену неприкосновености правног позитивизма, озбиљно доводи у питање један од постулата позитивистичке догме – идеју о праву као науци, на најбољи могући начин показује прави значај, улогу и место неоправдано занемарене филозофије права. Ово признање нашој дисциплини тим је веће и лепше што долази из пера декларисаног позитивисте, аутора невеликог опуса али несумњивог ауторитета, такорећи живог патријарха француске правне науке - Мишела Тропера.

У сваком случају реч је о систематичној и садржајној књизи. У питању је читак текст који одликује кратка и јасна реченица, језгровита мисао и прегледност излагања. Нема ту ничег од тешког, одвећ софистицираног језичког израза, на који смо навикли да наилазимо код француских аутора. Напротив, ради се о књизи кроз коју се читалац лако и са уживањем креће.

37:004(4)

Davor Jancic, Serbia and Montenegro
Srdjan Abdijevic, Serbia and Montenegro

„EFFECTIVENESS OF E-LEARNING IN EDUCATIONAL PROCESS: PERSPECTIVES AND INNOVATIONS“*

I
Introduction to E-Learning and Necessary Prerequisites

„E-Europe is a roadmap to modernize our economy. At the same time, through its e-Learning component, it offers everyone, but particularly young people, the skills and tools they need to succeed in the new knowledge based economy“ (Prodi). According to the e-learning initiative adopted by the European Council in Lisbon in March 2000, it is estimated that, by 2010, Europe should become the most competitive and dynamic knowledge based economy in the world. The most important component in achieving this goal is e-learning. Therefore, the European Union has created a special e-learning Action Plan for the period 2002-2004 with four major action lines:

1) infrastructure and equipment
2) training at all levels
3) quality content and services
4) cooperation and dialogue („Action Plan“).

The official data state that Serbia and Montenegro is a potential candidate to join the EU in the period 2007-2013, which is quite sufficient time to draft

* Рад аутора представља реферат са Међународне студентске конференције одржане у Абу Дабију од 18-29 фебруара 2005. године.

legislative platforms for the introduction of e-learning and its implementation in the practice. In order to accomplish these aims, we must first provide the necessary conditions („Serbia and Montenegro among potential candidates for EU").

Two most essential prerequisites for the introduction of e-learning in higher education institutions are:

A) The attitude towards conventional face-to-face education.

This is a starting point in which the distinct direction line of modern educational processes should be decided. The main question is whether we should substitute conventional education fully or just partially and it has to be raised because face-to-face learning has numerous multi-level advantages. Some of the most powerful arguments in favor of conventional *ex catedra* concept of education point out difficult problems of e-education which concern the lack of social interaction with peers, lack of contact with lecturers, possible distractions in learning environment – both at home and at work, timetable flexibility in regard of low self-motivated students, copyright abuse, anonymity and many more (Rigden, 2001). It has been argued that successful e-learning programs require integrated efforts of several participants including faculty, facilitators, support staff and administrators and especially self-directed and self-disciplined students (Huch, 1999). On the other hand, there is a pluralism of indisputable advantages of online learning. Actually, technology-delivered knowledge and instruction represent a whole new era of education. Possibly the most significant advantage is fast and easy accessibility of information as well as necessary study materials and its availability regardless of geographical limitations which all enables students to choose from a wide variety of international education providers in order to satisfy their intellectual needs. Furthermore, e-learning offers vast opportunities for fast correspondence and communication between students and professors which provides students with immediate feedbacks (Neal, 1997).

B) Technology and technical equipment.

E-learning means using new multimedia technologies and the internet to improve the quality of learning and can be defined using various criteria (Keegan, 1986). The most striking component of e-education is the use of advanced technical and technological media such as computers, web cameras, audio, video and text resources which all provides remote exchange of information and permanent technology-assisted collaboration. Modern devices and technologies

enable professors and lecturers to organize their lectures in a totally new way. They can manage the curricula using multifunctional web-based applications thus making the materia available to students in very short time. Furthermore, fast flow of information based on internet provides immense opportunities for vivid communication between all the participants in the educational process using e-mail and messaging programs, thematic mailing lists, chat applications, newsgroups, forums and web logs. Virtual classrooms, working groups and workshops can easily be formed in order to transcend the shortages of traditional teaching methods. This could make professional knowledge closer to certain categories of student population such as handicapped students or those suffering from illnesses. It is also highly recommended to share international experiences in e-learning projects so as to find the most efficient ways to use technology in practical education purposes (Dempster and Deepwell, 2003). Certainly, numerous inconvenient issues arise. The first of all is the very question of availability of technique to students as target consumers of e-learning. Financial factors play the important role in purchasing computers and other related equipment which makes it more difficult to extend the range of users of e-learning to a level which can be described as satisfactory. One possible way to solve this problem is to make special sales contracts between educational institutions and computer manufacturers which would provide students with quality e-learning equipment at lower prices than regular and so create or improve the technical basis for e-learning. Another precondition which has to be fulfilled is the organization of trainings so as to teach students who are not familiar with computer technologies to main rules of its usage. Many international conferences have brought conclusions on the importance of online courses and e-trainings for establishing firm bases for functional e-learning realization (Prupis, 1998). Hardware and software incompatibilities are also a burden of e-learning ambitions since many problems can occur in case of disharmony of these components. But, even when there is no incompliance and where students are sufficiently skilled and familiar with technology, there is a specific problem caused by the greater depth of material required for remote teaching than for conventional lectures (Neumann, 1998).

In our further work, we shall focus on the effectiveness of e-learning in practice in order to find the most suitable way to introduce, perform and improve new educational methods as knowledge posts of the future.

II
Perspectives and Innovations

A) Survey on technical applications in educational process

In order to give an insight into the perspectives of e-education in Serbia and Montenegro, we present a detailed review of the results of the research done among students at the Faculty of Law in Novi Sad which is a large university centre and the capital city of the region of Vojvodina, the most developed region in our country which makes the results of the research specific as well representative.

The first step is to explore the existing technical applications in educational processes. The past two years have been crucial to the introduction of e-learning since various technical devices have been purchased and installed and are now used for lecturing purposes. Main classrooms are equipped with computer-managed overhead projectors, which has been accepted with wide approval, eagerness and excitement among students who have expressed the need for quality visual presentation of the learning materia. A new multimedia classroom has been rearranged so that large video beam projections can be used both for lectures and conference presentations. Video as a learning tool has been discussed in numerous works (Ellis and Childs, 1999). Probably the most appreciated innovation has been the adaptation of a computer classroom with access to internet which was followed by a special computer course for students and professors so as to get basic computer knowledge.

Since the effectiveness of e-learning depends on the fulfillment of its prerequisites, we have done a survey among the students which shows some indicative results. Total number of surveyed students is 264.

Computer use among students		
	Number	Percent
Students who use computer in any way	258	97.9%
Students that do not use computer at all	6	2.1%

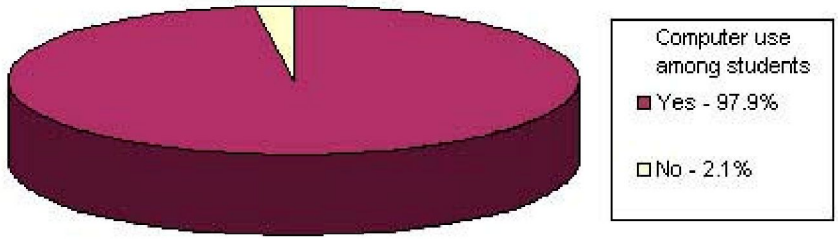
Internet use among students		
	Number	Percent
Students who use internet	237	89.6%
Students who do not use internet	27	10.4%

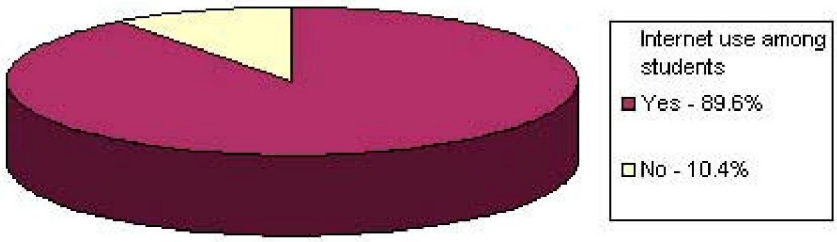
Time spent on internet monthly		
	Number	Percent
5 – 10 hours	176	66.7%
10 – 40 hours	39	14.6%
Flat rate (unlimited access)	27	10.4%
No answer	22	8.3%

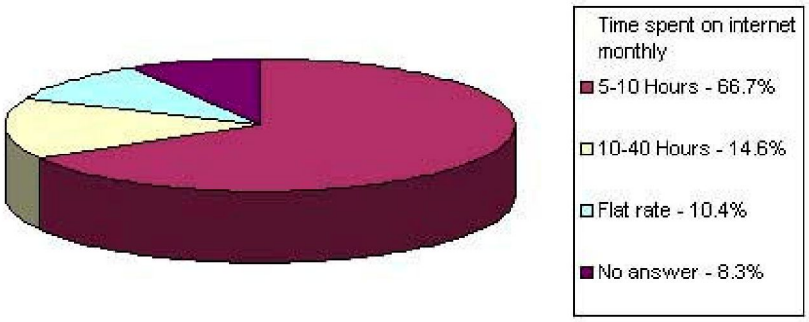
Students use internet for:		
	Number	Percent
Getting information	132	50%
Communication (e-mail, chat, ICQ)	83	31%
Fun	77	29.1%

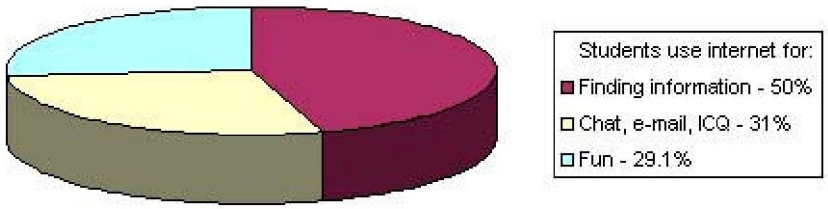
Current website rating among students		
Useful and providing information	105	39.6%
Complicated and with old information	71	27%
Have not seen it	88	33.4%

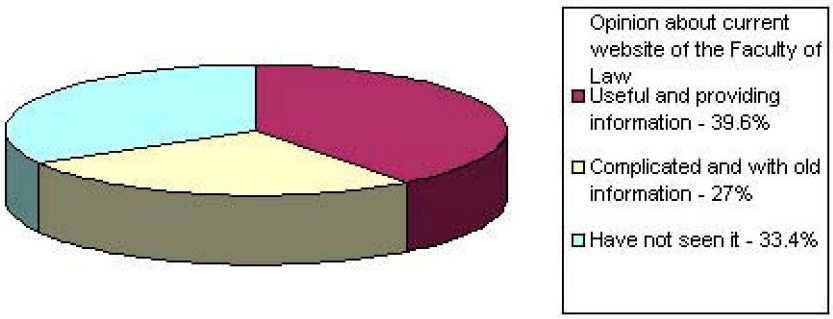
Would students use e-education if it existed		
Yes	198	75%
No	66	25%

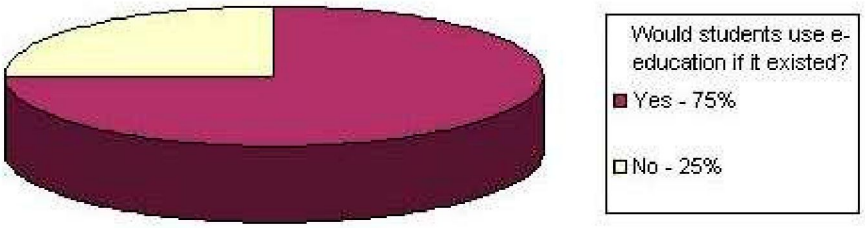



Internet use among students
Yes - 89.6%
No - 10.4%


Time spent on internet monthly
5-10 Hours - 66.7%
10-40 Hours - 14.6%
Flat rate - 10.4%
No answer - 8.3%


Students use internet for:
Finding information - 50%
Chat, e-mail, ICQ - 31%
Fun - 29.1%





As we can see from the results of the survey, vast majority of students use computers and internet (97,9% and 89,6%) in various places – at their homes, faculty, internet cafes and student hostels which is an encouraging fact. Still, technical equipment of students includes mostly modems (81%) which means that connection speeds are low and not enough for permanent online activities such as web-based lectures. The fact that 97,9% of the surveyed students think that internet could help them in education and that 75% would use online education, we are assured that the best way to make innovations at the Faculty of Law in Novi Sad is to create a special Students' Smart Website.

B) Students' Smart Website (SSW)

It is a notorious fact that at the Faculty of Law in Novi Sad it is never an easy task to apply for exams. The system is too slow and the queues are miles long, which is an unnecessary loss of time. For students who do not live in Novi Sad it is often impossible to even know the exact date of the exam without tra-

veling long distance. The official website of the faculty is not supplied with fresh information for students. We face the loss of time again.

Moreover, when students come to attend lectures professors go through long lists of students to check if everyone is present. Loss of time once more.

The reasons for radical changes are obvious and could include the following:

1. Universal Student Card (USC)

Some people say that in a country where e-banking is newborn, thinking about e-learning is foolish. Let us leave these aside and think of a small piece of plastic which could make students' life a lot easier.

At the beginning of their studies students get students' booklets called *index* in which professors write students' grades and signatures used as a proof of overall presence at lectures during the year. This also causes nerve-wrecking queues which are unpleasant for both students and professors.

The Universal Student Card would be a great addition to *index*. With a microchip embedded into it (like a credit card) USC would serve as a multi-service student's record. At the very start of the faculty year students would pay to get a certain amount of credits on their USC. These credits would be used to pay for exam and semester applications and other purposes where money is involved.

USC would be an efficient way to form a unique list of students who attend lectures in a matter of seconds by simply putting it into pre-installed terminals when students come to classrooms and confirming their presence by using it again when a lecture is over.

Besides, when a student wants to apply for exams using the Students' Smart Website – the USC and his PIN number would serve both as ID and a quick paying method.

2. One website – unlimited information

Combining the power of database and internet access, the new and improved faculty website would serve as an online starting point for students and professors. All information concerning the studies would be available at one place.

On the SSW, students would apply for exams using USC, find lectures schedules and exam timetables, download and upload literature (legal acts, scripts etc.) or find information about theaters, cinemas or concerts.

Professors would have their section on the SSW with information on seminars and lectures. The SSW would also feature a mailing list open for every professor and student and would be divided into departments.

A well-known fact is that there is no good website without a forum, so one would be a good place for latest information along with questions and answers both from professors and students. This type of communication is popular and effective so it should be implemented into the studies.

3. Online lectures – near future

Although most of the students still use modems, we have to admit that modem times are behind us. Broadband connection is not such a luxury any more. The fact that only 10,7% of surveyed students use cable internet is not satisfactory, but this is surely a firm perspective of educational methods. Some sources emphasize that synchronous communication between professors and students is very important since the opposite slows down the educational process and limits the amount and depth of interactions regarding course materials and procedures (Wang and Newlin, 2001).

A simple web cam is a powerful tool and an easy way to provide live video feed to students who stay at home from one reason or another. It is not a substitute for actual attendance at lectures, but a way to avoid overcrowded classrooms which make lectures less effective.

It would also be a good way to have guest professors more often and share lectures with people around the globe. In short, it is having a guest professor without traveling and expenses.

4. Computers to the people!

Having in mind the financial and economic factors explained earlier in the paper, we should not forget that a computer is mostly an expensive gadget, but since computers suitable for internet use and text processing are an e-learning prerequisite, providing around 500 of these from major domestic or international computer companies would be an efficient way to establish technical basis for e-learning. There should be one of these machines in every student's room and in every classroom. Laptops and tablet PCs are even more suitable but also a lot more expensive than desktop machines. The use of Linux operating systems and freeware software would reduce the price of student PCs even more.

5. Web logs

One of the hypes of the season 2003/2004 on internet was definitely a web log i.e. blog – a new form of diary which is available for all to see and

comment. This is a way to share thoughts, photos, poetry and art, but it could also be a way to have students' electronic portfolios which could stimulate deep learning (Barrett, 2004).

One of the key components of the new SSW would be a blog engine which would allow both students and professors to write their own diaries which could contain numerous learning tips, explanations and instructions. This means sharing experiences online in a way which could be compared to writing a text-book. Analyzing and reading someone's blog would be a way to crack difficult and hard problems.

III
Conclusion

The advantages of e-learning are evident, therefore it should become part of the higher education program. On the other hand, e-learning has certain important drawbacks. The main disadvantage is the fact that e-learning as a concept relies on technique and technology, which puts aside the social elements of education. There is a hidden danger of alienation of the participants in the educational processes. We should never neglect the fact that human beings live together in a society which is threatened to be substituted by virtual reality.

Lastly, all that has been said leads us to the general solution which should be acceptable for all faculties and all social environments. E-learning should be understood as an enrichment of traditional educational methods. This is a perspective which would improve the effectiveness of education and keep numerous positive sides of both methods which would then be integrated into a fully functional concept. It is up to every higher education institution to make its own program of e-learning according to the existing conditions and its policy in order to harmonize two streams of education. The battle between conventional and electronic education remains unresolved. The invisible hand of the future will mould the best way to unify two educational roads into an educational highway.

Works Cited

„Action Plan." Online posting. Discover e-Learning javascript. Accessed 22 November 2004. <http://www.elearningeuropa.info/index.php?lng=1>.

Barrett, Helen. „Electronic Portfolios as Digital Stories of Deep Learning." 2004. Acessed 2 December 2004. <http://electronicportfolios.org/digistory/epstory.html>.

Dempster, J.A. and Deepwell, F. „Experiences of National Projects in Embedding Learning Technology into Institutional Practices in UK Higher Education." 2003. Chapter 5. p. 45-62. in Seale, J. (ed.) Learning Technology in Transition: From individual enthusiasm to institutional implementation. Zwets and Zeitlinger. Lisse.

Ellis, R. and Childs, M. „The Effectiveness of Video as a Learning Tool in Online Multimedia Modules". Journal of Educational Media. 1999. 24,3. p. 217-223.

Huch, Mary. „Where does the Information superhighway go?" Nursing Science Quarterly. 1999. 12:3. p. 215-220.

Keegan, D. J. The foundations of distance education. London: Croom Helm, 1986.

Neal, L. „Virtual Classrooms and Communities". EDS Collaboration, Groupware and Messaging Services Proceedings: ACM GROUP 97 Conference. Phoenix Arizona. November 16-19. 1997. p. 81-90.

Neumann, P. G. „Risks of E-Education." Communications of the ACM. 1998.

Prodi, Romano. „eLearning." Online posting. Accessed 22 November 2004. <http://europa.eu.int/comm/education/programmes/elearning/index_en.html>.

Prupis, S. L. „Introduction to Creating Online Courses." in Proceedings: 26th SIGUCCS conference on User services. Bloomington, USA. October 25-28. 1998. p.29-32.

Rigden, Christopher. „Disadvantages of e-Education". Accessed 24 November 2004.
<http://www.scit.wlv.ac.uk/~jphb/cp3349/Hall_Of_Fame/education1/disadvantage.htm#a2>.

„Serbia and Montenegro among potential candidates for EU". Accessed 3 December 2004. <http://www.mfa.gov.yu/Pressframe.htm>.

Wang, Alvin Y. and Newlin, Michael H. „Online Lectures: Benefits for the Virtual Classroom." University of Central Florida. 2001. Accessed 26 November 2004. <http://www.thejournal.com/magazine/vault/A3562.cfm>.