ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ
NOVI SAD FACULTY OF LAW
SERBIA

ЗБОРНИК РАДОВА
COLLECTED PAPERS

XL 3/2006

УДК 3

НОВИ САД, 2006.

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

ЗБОРНИК РАДОВА
COLLECTED PAPERS

XL 3 (2006)

НОВИ САД, 2006
Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 3, (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), проф. др Родољуб Етински (2004–2007).

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

Управник Центра за издавачку делатност
Проф. др Ранко Кеча

Главни и одговорни уредник
Доц. др Драгиша Дракић

Чланови Уредништва:
Проф. др Љубомир Стајић, доц. др Бранислав Ристивојевић,
мр Радмила Дабановић, Марко Кнежевић

Секретар Уредништва
Марко Кнежевић

Компјутерска обрада текста
Анка Срећковић, дипл. инж.

Штампа: „Кримел“ Будисава
Тираж: 300 примерака

Садржај

Др Александар Ђурђев, редовни професор
Клице српског парламентаризма 7

Др Срђан Шаркић, редовни професор
Савети ђакона Агапита Цару Јустинијану 23

Giovanni Lobrano
Актуелност римског јавног права и институти локалних заједница и заштитника грађана – Шема теза 35

Sebastiano Tafaro
Основне напомене о bona fides и контрактима 73

Dr. Tamás Nótári, ванредни професор
Напомене уз правну максиму "Summum ius summa iniuria" 107

Dr. Gao Lihong, Декан Департмана за економско право
Одговорност предузећа за заштиту животне средине и њена реализација у праву Кине 123

Др Милош Марјановић, редовни професор
Социо-економски аспекти ревитализације Великог бачког канала 137

Др Вилхелм Браунедер, редовни професор
Правно јединство путем еластичног уговорног права: брачно имовинско право у аустријским кодификацијама приватног права 175

Др Станко Пихлер, редовни професор
Основна питања правне заштите жене с посебним освртом на казненоправну заштиту 191

Др Миле Врањеш, редовни професор
Финансијске теме и дилеме на подручју социјалног осигурања 211

Др Даница Попов, редовни професор
Рушљивост правног посла услед заблуде 231

Др Раденка Цветић, ванредни професор
Регулисање стварноправних односа у Србији - већ виђено? 245

Др Марија Салма, ванредни професор
Захтев за утврђење у току парнице 263

Др Драго Дивљак, ванредни професор
БОТ модел пројектног финансирања инфраструктуре 275

Др Снежана Бркић, ванредни професор
Анонимни сведоци у континенталном праву 289

Др Татјана Лукић, асистент
Праље новца (превентивне мере, репресивне мере и међудржавна сарадња) 315

Мр Сања Радовановић, асистент
Ауторско право Србије у европској перспективи 343

Мр Бојан Пајтић
Брачно-имовински уговори у упоредном праву 359

Мр Јелена Видић, асистент
Утицај адоптивног сродства на законска наследна права у законодавству Србије и осталих европских земаља 371

Мр Маша Кулаузов, асистент-приправник
Писци уставних нацрта и устава Србије у којима је предвиђено дводомно представничко тело 401

Бојан Тубић, асистент-приправник
Локални правни лекови у пракси Европског суда за људска права 413

Самир Аличић, асистент-приправник
De Diversis Regulis Iuris Antiqui (D.50.17) 433

Атила Дудаш, сарадник у настави
Појам Consideration-а у англосаксонском праву 449

Марко Божић, асистент-приправник
Jacques Maritain, „L'Homme et l'Etat
Presses Universitaires de France, Paris, 1953, прво издање, 204 стране (приказ) 473

Дипломирани студенти 2006. години 479

Одбрањене магистарске тезе у 2006. години 484

Одбрањене докторске дисертације у 2006. години 484

Table of contents

Aleksandar Đurđe, Ph.D. Full professor
Serbian Road from Gatherings to Parliamentarism 7

Srđan Šarkić Ph. D., Full Professor
An Exposition of Heads of Advice and Counsel Addressed by Agapetus 'deacon of the great and most holy Church of God (St. Sophia) to our most sacred and pious Emperor Justinian 23

Giovanni Lobrano
La attualità del Diritto romano pubblico e gli Istituti dei Municipi e dei Difensori civici Uno schema di tesi 35

Sebastiano Tafaro
Brevi riflessioni su buona fede e contratti 73

Tamás Nótári, Ph.D., Associate Professor
Comments on the Legal Maxim "Summum ius summa iniuria 107

Dr. Gao Lihong
The Environmental Responsibility of the Company and its Realization in China's Law 123

Miloš Marjanović, Ph. D., Full Professor
Socio-Economic Aspects of Revitalization of the Grand Bačka Canal 137

Wilhelm Brauneder, Ph.D., Full Professor
Rechtseinheit durch elastisches vertragsrecht: das ehegüterrecht der österreichischen privatrechtskodifikationen 175

Stanko Pihler, Ph.D. Full professor
Fundamental Questions of Legal Protection of Women With Special Reference to Penal Protection 191

Mile Vranješ, Ph.D., Full Professor
Financial Themes and Questions in the Field of Social Insurance 211

Danica Popov, Ph.D., Full Professor
The Misrepresentation as a Reason of Rescission of Contract 231

Radenka Cvetić, Ph.D., Associate Professor
Regulation of Property law Relation in Serbia – Already seen before? 245

Dr. Marija Salma, ausserordentlicher Professor
Der Feststellungsanspruch Während des Zivilprozesses 263

Drago Divljak, PhD, Associate Professor
BOT Model of Project Financing of Infrastructure 275

Snežana Brkić, Ph. D., Associate Professor
Anonymos Testimony in Continental Law 289

Tatjana Lukić, Ph.D. Assistant
Money Loudering
(Preventive Measures, Represive Measures and International Cooperation) 315

Sanja Radovanović, LL.M., Assistant
Copyright Law of Serbia in European Perspective 343

Jelena Vidić, LL.M., Assistant
The Influence of Adoptive Kinship on Intestate Succession Rights in legislations of Serbia and Other European Countries 371

Maša Kulauzov, Assistant
The Authors of Constitutional Drafts and Constitution of Serbia providing Bicameral National Assembly 401

Bojan Tubić, Assistant
Local Remedies in the Practice of the European Court of Human Rights 413

Samir Alicic, assistente aspirante
De Diversis Regulis Iuris Antiqui (D.50.17) 433

Atila Dudaš, Assistant
The Notion of Consideration at Common Law 449

Марко Божић, Assistant
Jacques Maritain, ,,L'Homme et l'Etat
Presses Universitaires de France, Paris, 1953, прво издање, 204 стране 473

342.53(497.11)“18“

Др Александар Ђурђев, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

КЛИЦЕ СРПСКОГ ПАРЛАМЕНТАРИЗМА

Сажетак: *У овом раду обрађен је развитак институционалних облика представничке демократије у Србији. Обухваћено је време од Првог српског устанка до Устава из 1888. године, односно од устаничког саборовања до уобличавања парламентаризма. Евидентирано је одржавање свих српских скупштина према фазама уставног развитка и указано на њихова основа обележја.*

Кључне речи: *народна скупштина, парламентаризам, политичке странке, устав, европски утицај.*

Парламентарни живот представља императив сваке новоформиране државне заједнице. Гледано из ширег, социолошко-политиколошког, аспекта парламентаризам представља неку врсту устано-правно дефинисане и институционализоване делатности највишег носиоца државне власти преко којег политички субјекти покушавају да реализују своје програмске циљеве у датом времену и према усвојеним стандардима актуелне демократије. Настанак и развој српске државности, управо на специфичан начин, илуструје наведену друштвену тенденцију. Конституционализација државних органа одвијала се у дужем времену и сложеном процесу противуречних спољних и унутрашњих интереса и друштвених прилика. Империјални интереси Русије и Аустрије према Турској утицали су на унутрашње односе у Србији, па и на организацију државне власти. Ослобађајући се бремена прошлости држава у настајању тежила је прогресивним стандардима европског конституционализма. Успевала је у меру у

којој су друштвени субјекти и политички чиниоци били на нивоу датих историјских могућности. Успостављање и развој државности нису континуирано пратила ишчекивања и надања српског народа, која су била мешавина наслеђене прошлости и нејасних пројекција будућности. Васкрс државности од самог почетка одвијао се у условима недефинисане територијалне одређености и етничке целовитости. Тај тренд српски народ прати до данашњег дана.

Европска конституционалистичка теоријска и политичка изворишта утицала су, како на транзицију османског царства – Турске државе и повлачења са Балкана, тако и на рађајући српску државност. Чини се да је изостало проучавање интеракцијског односа између ових елемената у нашој државноправној историји. Стога и бројни аспекти политичких догађаја и уставноправних решења изгледају једноставнија, једностранија и замагљенија. У таквим условима свака минимизација и глорификација појединачних елемената (догађаја, аката, решења,личности) ствара искривљену слику стварности. О томе не треба водити рачуна само поводом јубиларних прослава, него и у сваком озбиљном проучавању протеклих догађаја. Истину увек замагљује бројна ограничења. Наша историјска грађа и одговарајућа политичка и уставноправна литература, ако није уништена, она је растурена, несистематизована и најчешће недоступна заинтересованим посленицима, истраживачима и широј јавности.

У уставном развитку Србије организација власти заузима посебно место и заслужује посебну пажњу. У периоду од 70.г. (од 1835. до 1903) „Србија је у току тих неколико деценија прешла огроман пут од заостале турске провинције... до слободне земље која се налазила у пуном развоју и у којој је с успехом могао да се остварује режим парламентарне демократије“.[1]

СКУПШТИНЕ ПРВОГ УСТАНКА

Хронолошки приказ настанка и рада српских скупштина, од времена Првог српског устанка, па до Народне скупштине на Крфу 1918, представља грађу за проучавање историје нашег парламентаризма. То је заправо заоставштина нашег политичког живота и парламентарне историје у целини. Организација власти српске државе у настајању кретала се од, недемократског јединства власти, чији су носиоци били кнез и старешине, преко јачања улоге скупштине, као народног представништва са њеном –

[1] Др Миодраг Јовичић, *Уставност Србије*, Еко Плус и Ефект, Беочин 1997, стр. 194.

претходном саветодавном улогом, до примене начела поделе власти и скупштином као носиоцем уставотворне и законодавне функције.

У Београдском пашалуку до 1804. године одржаване су кнежинске скупштине као традиционалне институције локалне аутономије. У њиховом раду учествовале су народне старешине једне кнежине. По избијању устанка кнежинске скупштине прерастају у нахијске скупштине, а од нахијских постају скупштине народа које сачињавају народне старешине целог пашалука и других побуњених подручја. Чланове тих – устаничких скупштина, чиниле су народне старешине као угледни представници војне и цивилне управе. Поред њих на скупштине су позивани и виђенији људи који касније, по правилу, постају функционери устаничке управе.

Скупштине у периоду Првог српског устанка представљале су институције обичајног права које су имале револуционарни карактер. У то време одржано је укупно 14 „скупштина народних“.[2] Устаничка скупштина у Орашцу 1804, у Оструженици 1804, у Пећанима 1805, у Борку 1805, у Смедереву 1805, у Смедереву 1806, у Београду 1807, у Београду 1808, у Хасанпашиној Паланци 1809, у Београду 1810, у Београду 1811, у Тополи 1812, у Вреѣевшници 1812, и у Крагујевцу 1813. Према карактеру те скупштине се могу поделити на обичне (редовне), ванредне и тајне скупштине (скупштина одржана у Хасанпашиној Паланци).

Скупштине су трајале по неколико дана, одржаване су на отвореном простору, у портама манастира или државних установа. Скупштина је најчешће сазивао Карађорђе, док је ређе то чинио и Савет.

Временом устаничке скупштине су развијале своје надлежности тако да су поред аката и питања уставног карактера, доносиле одлуке о успостављању судова, организовале управну власт, одлучивале о ратним питањима, о зајмовима, утврђивале порезе и доносиле друге одлуке финансијског карактер, уређивале верска питања, решавале народне жалбе, позивале на одговорност, саслушавале и кажњавале поједине старешине за извршене злоупотребе. Народне скупштине првог устанка имале су веома широке надлежности наметнуте датим друштвеним условима. Њих су зачињавале истакнуте личности иницијатори устанка и сви други појединци који су својим делима успели да избију у прве редове.

У односу на време настанка, начин рада, састав чланова, делокруг надлежности, и начин одлучивања устаничке скупштине се не могу сматрати формираним институцијама представничке демократије. Оне су више производ ратних услова, нивоа политичке свести и одсуства државничког искуства, него пројектованих тежњи усмерених према парламентаризму.

[2] Назив који је, према архивским изворима, употребљаван у мемоарској грађи и устаничкој кореспонденцији.

СКУПШТИНЕ ДРУГОГ УСТАНКА

Постоји разлика у карактеру и садржају рада скупштина првог и другог устанка. Скупштине одржане у време другог устанка губе на значају у односу на скупштине претходног периода. Овим установама, које иначе нису ни спомињане у споразуму Марашлије и Милоша, није даван посебан значај. Сазиване су, по правилу, ради реализовања пореза и прегледа годишњих рачуна. Велике (главне) народне скупштине Милош је сазивао само изузетно када су решавана важнија питања односа са Турском и друга статусна питањима његовог положаја и наследном кнеженском достојанству законитих потомака.

У периоду од 1815. до 1830. године одржане су следеће скупштине: сабор у Такову (11.04.1815), Скупштина у Црнићу (19.12.1815), Ђурђевска скупштина у Београду (11.05.1816), Велика Скупштина у Београду (6. 11.1817), Митровска скупштина (21.11.1824), Ђурђевска Скупштина у Крагујевцу (5.05.1825), Изванредна скупштина у Крагујевцу (27.05.1825), Ђурђевска скупштина у Крагујевцу (10.06.1826), Велика народна скупштина у Крагујевцу (14–18.01.1827), Тајна скупштина у Крагујевцу (14.05. 1828), Митровска скупштина у Крагујевцу (8.11.1828), Народна скупшти на у Крагујевцу (1.02.1829), Ђурђевска скупштина у Крагујевцу (10.05. 1829) и Велика народна скупштина у Крагујевцу (24–28.01.1830).

За време Милошеве владавине, од првог Хатишерифа до његове оставке, одржано је 9 скупштина: Велика народна скупштина у Београду (од 30.11. до 1.12.1830), Народна скупштина у Крагујевцу (26–28.08.1831), Народна скупштина у Крагујевцу (23–25.01.1833), Велика народна скупштина у Крагујевцу (1–5.01.1834), Сретењска Велика народна скупштина у Крагујевцу (2.02.1835), Петровска народна скупштина у Крагујевцу (1.06. 1835), Спасовданска скупштина у Крагујевцу (28.05.1837), Народна скупштина у Београду (13.02.1839) и Народна скупштина у Београду (12.06. 1839).

У посматраном периоду одржано је укупно 24 скупштине. Сваке године скупштина је имала, у просеку, по једно заседање.

УСТАВОБРАНИТЕЉСКЕ СКУПШТИНЕ (1842–1858)

За време уставобранитеља одржано је 5 скупштина: Народна скупштина у Београду 2.09.1842, Миртовска народна скупштина на Врачару

26.10.1842, Народна скупштина у Топчидеру, 4.06.1843, Национална скупштина у Крагујевцу 28.07.1843. и Светоандрејска народна скупштина у Београду 30.12.1858–31.01.1859.

Светоандрејска скупштина одржала је 46 пленарне седнице, трајала је 60 радних дана и донела је 385 одлука.

У претходном периоду, за време прве владе кнеза Михаила (1840) одржане су три скупштине у Београду: прва 5.03.1840; друга 20–28.08. 1840. и трећа 10–11.08.1840.

НАРОДНА СКУПШТИНА ЗА ВРЕМЕ ДРУГЕ ВЛАДАВИНЕ МИЛОША И МИХАИЛА (1859–1868)

Аутори закона о народној скупштини донетим 1858. године очекивали су да ће ауторитет скупштине и представнички систем бити трајно обезбеђен. То се међутим није остварило. Народна скупштина у то време састајале су се сваке треће године, нису дуго трајале и није постојао континуитет у њиховом раду. Одсуство постојања и рада политичких странака са бирачким телом, није омогућило политизацију патријархалних сељачких маса. Седнице скупштина су имале три дела: подношење извештаја појединих министара о раду у протеклом времену, претрес предлога закона који су редовно усвајани и кратко разматрање посланичких предлога који су прихватани, одобравани или преношени влади на решавање.

Скупштине тога времена биле су још увек патријархално обојене, састављене од неписмених сељака, малобројне интелигенције и нису биле реални центар политичког одлучивања.

У том времену одржане су свега 4 скупштине: Малогоспођинска народна скупштина у Крагујевцу (8–24.09.1959), Преображенска ванредна народна скупштина у Крагујевцу (6–20.08.1861), Великогоспођинска народна скупштина у Београду (15.08–6.09.1864) и Михољска народна скупштина у Крагујевцу (29.09–13.10.1867).

ПОЛОЖАЈ СКУПШТИНЕ ПРЕМА УСТАВУ ИЗ 1869. ГОДИНЕ

У сељачким, патријархалним српским скупштинама до доношења Устава из 1869. године и после, све до 1881. није било организованих политичких странака. Реални друштвени и политички услови за време Устава из 1838. одсуство школоване интелигенције, непостојање слободе штампе, зборовања и удруживања, нису погодовали, ни увођењу система представничке демократије ни развоју страначког живота. Но, и поред тога политички живот у Србији се постепено развијао. Од „русофила", „туркофила" за време Милоша, преко уставобранитеља, носилаца либералних идеја, школоване малобројне интелигенције у Француској, староконзерваташа, па до кнежевих квалификованих посланика, израстају контуре нових политичких субјеката чији се статус убрзо и правно регулише.

Намесничким уставом из 1869. године у Србији је уведен представнички систем, без парламентарне владавине. Њиме је Србија одређена као „наследна уставна монархија са народним представништвом" (чл. 1. Устава). Народно представништво сачињавали су посланици „народом изабраних, и посланика које – Кнез бира. Скупштина је обична и велика (чл. 42. Устава). Према томе народно представништво означавало је народну скупштину састављену од изабраног представничког дома и именованог сената. Представничко тело је компромисно једнодомно конципирано, састављено из обичне скупштине коју бира народ и посланика које бира кнез. „Кнез бира на свака три посланика по једног од своје стране из реда људи, који се одликују науком или искуством у народним пословима" (чл. 45. Устава).

Положај Скупштине након усвајања устава остварен је под намесничком политичком паролом „ништа о народу без народа".[3] Тиме се заправо оправдавало померање законодавне власти са Сабора на Скупштину. Намесничка влада добила је – сугестивну моћ над самом Скупштином – како каже Слободан Јовановић, успостављајући кооперативне односе са њом. На такво стање утицали су бројни разлози, а пре свега одсуство праве страначке активности, реално одсуство опозиције у Скупштини, општи страх у народу и у послачником редовима након атентата у Топчидеру и др. Скупштина је у односу на владу имала марионетски положај.

[3] Намесник Јован Ристић, поред ове, познат је као заговорник још две политичке девизе: о слободи која не негира јаку извршну власт и о узајамном поверењу народа и представничког тела.

Афирмацију уставног положаја Скупштине, као законодавног органа, требало је да паралелно прати и формална прокламација слободе штампе. Намеснички устав обликовао је Скупштину као „политички незрелу“ институцију између осталог и због стања у средствима информисања. Нови листови различите оријентације (политички, правни, економски, сатирични) брзо су ницали, али још брже гашени. Опозициони листови социјалистичке и либералне садржине притиснути полицијским надзором губили су политички утицај.

Најзначајнија промена у уставном систему организације државне власти односила се на проширење надлежности скупштине. Народна скупштина је, делећи законодавну власт са кнезом, почела да осваја законодавну функцију. То је био напредак у односу на претходно стање када су законодавну власт имали кнез и Савет. Скупштински систем постепено добија обележје парламентарне владавине (оставка Маринковићеве владе 1874. године, оснивање политичких странака 1881. године. Законом о судијама из 1881. године судска власт постаје независна од извршне власти).

Први пад једне владе пред скупштином догодио се 1874. године. Конзервативна влада Јована Маринковића приликом гласања у Скупштини, иако је добила поверење већине посланика, подноси оставку. Њен председник-министар спољних послова, европске оријентације и едукације, са пуном, политичком одговорношћу, подноси оставку сматрајући да му посланичка већина од 3 гласа не обезбеђује ауторитативан положај у представничком телу и повлачи се са положаја носиоца извршне власти.

На прагу независности Србија, још није имала институционализоване политичке субјекте али улази са изнијансираном сценом либерала, радикала и напредњака у настајању. Зачетке демократизације српског друштва поспешио је настанак политичких станака и појава школованих младих људи у иностранству. „Прва интелигенција у Србији допринела је идејном израстању сеоске и варошке буржоазије и њиховом политичком васпитању, јер је представљала предводника у борби за превазилажење страних и изградњу нових облика власти“.[4] Школована већином у Француској и Немачкој преносила је идеје Запада прилагођавајући из реалним српским условима. Основна преокупација постаје народна скупштина, која се пројектује као највиша институција народне власти у контролише све друге политичке и државне организације и функције.

Са скупштином као органом законодавне власти на политичкој сцени Србије јављају се и политичке странке. Политички субјекти настају и прате српску револуцију као последица супротстављања кнежевског ли-

[4] Др Слободанка Стојчић, *Борбе за скупштински систем у Србији XIX века*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2005, стр. 114.

дерства, од Карађорђа, преко Милоша до Михајла, на једној страни и појаве прогресивних либералних политичких идеја Европе, на другој страни. Продор елемената парламентаризма у скупштинском саборовању потиснуо је ауторитативну позицију монарха. Радикали, посебно урбаног миљеа, користили су све могућности за афирмацију парламентарних вредности. Формирање политичких партија у Србији означава почетак парламентарног али и ванпарламетарног супротстављања и сукоба различитих идеолошких, теоретских и прагматичних политичких програма и активности.

На основу Закона о удружењима и зборовима из 1881. године формиране су следеће политичке странке: Народна радикална странка 20. јануара; Српска народна странка 22. јануара и Либерална странка 13. октобра исте године. Нешто касније на политичкој сцени јављају се Социјалдемократска странка 1903; Српска велика сељачка народна слога 1903. и Српска конзервативна странка 1914. године које нису оставиле значајнији утицај у скупштинском животу Србије.

Формирање Радикалне странке, са доминирајућим и бројним сељачким чланством, дало је подстрек страначкој активности и означило политички сукоб са носиоцем извршне власти. Борба између краља Милана и радикала постала је све огорченија и безкомпромиснија. Поразни резултати на скупштинске активности били су све очигледнији.

Партијски систем посматрао се овом приликом само као однос политичких снага у парламенту, а не као реални утицај странака у бирачком телу. У жижи интересовања је, пре свега, парламентарна, а не ванпарламентарна снага и утицај актуелних политичких странака. На тај начин се огледа примена нормативног модела изборног система на политички живот.

НАРОДНЕ СКУПШТИНЕ ПО УСТАВУ ИЗ 1869, 1869–1888. ГОДИНЕ

За време важења Устава из 1869. па до 1988. године одржане су следеће скупштине:

- Велика народна скупштина у Топчидеру 20.06.1868;
- Велика уставотворна народна скупштина у Крагујевцу 10–19.06. 1869;
- Народна скупштина у Крагујевцу, 14.09–25.10.1870;
- Народна скупштина у Крагујевцу редовни сазив, 5.09–24.10.1871; редовни сазив 24.09–25.10.1872; редовни сазив 15.11–31.12.1873;

ванредни сазив 2–27.01.1874; редовни сазив у Београду 8.11.1874– 13.03.1875;

- Народна скупштина у Крагујевцу редовни сазив 15.08.1875–21. 01.1876;
- Велика народна скупштина у Београд 14–16.02.1877; редовни сазив 19.06–24.07.1877; редовни сазив 24.06–25. 07.1878;
- Народна скупштина у Нишу редовни сазив 21.11.1878–20.01. 1879; редовни сазив 1.11.1879–3.02.1880; ванредни сазив Крагујевац 11– 25.05.1880;
- Народна скупштина у Београду редовни сазив 30.12.1880–22.05. 1881; редовни сазив 30.12 1881–22.06.1882; редовни и ванредни сазив 25.11.1882–11.01.1883;
- Народна скупштина у Београду ванредни сазив 15–22.09.1883;
- Народна скупштина у Нишу редовни сазив 6.05–16.06.1884; редовни сазив 3–23.06.1885;
- Народна скупштина у Нишу редовни сазив 30.06–13.07.1886; редовни сазив 15.07–25.07.1886; редовни сазив 5.10–2.11.1886;
- Народна скупштина у Београду редовни сазив 15.11.1887–11.01. 1888;
- Народна скупштина у Београду редовни сазив 15.03–16.04.1888.

ПОЛОЖАЈ НАРОДНЕ СКУПШТИНЕ ПРЕМА УСТАВУ ИЗ 1888.

Према садржини политичких опредељења Устав из 1888. године представља компромис између радикала и краља Милана. Њиме се конституише, у основи, нови политички систем на принципима парламентарне грађанске демократије што је био очигледан пораз краљеве власти. „Борба између краља Милана и радикала, била је борба између два типа државног уређења. С једне стране, лични режим, бирократски систем, стајаћа војска, – с друге стране, парламентарни режим, локална самоуправа, народна војска... Парламентарни режим који је завађујући радикалима победио, имало је да се накалеми на једну бирократско-милитаристичку државу“.[5] Но, и поред тога либерална европска идеја о народном суверенитету, оличеним у скупштини изабраној општим правом гласа, постају императив младе српске интелигенције политички ангажоване и прогре-

[5] Слободан Јовановић, *„Друга влада Милоша и Михаила (1858-1868)“*, Београд, 1933.

сивно оријентисане. „А устави од 1888. и посебно 1903.г. могли су свима да покажу како су у Србији, у оквиру монархијског уређења, постојали основи слободног и демократског друштва. Српски устави били су у правом смислу речи пасоши ове младе државе, с којима је она могла да се креће у великом свету и да се, поредећи са другима, ничега не стиди“.[6]

Уставом је представничко тело заиста добило ингеренције законодавне власти, али та скупштина је – како каже Слободан Јовановић – била заправо сељачка и патријархална на којој се либерална интелигенција није могла ни чути, ни видети.[7] Њен легитимитет, заснован на непросвећеном сељаштву, постао је параван бирократском режиму отуђене власти. Скупштина је пре била трибина здравог сељачког разума него суверени носилац народне власти. Но, и поред свега, скупштина је у односу на законодавство изједначена са краљем.

Намесничким уставом Народна скупштина није имала право законодавне иницијативе. Уставом из 1888. године чини се корак даље у проширењу њених функција. „Скупштини је дана законодавна иницијатива и њено буџетско право потпуно развијено. Али влада није ограничена скупштином само у области законодавства, већ је и њене чисто управне радње стављене под скупштински надзор. Први пут тада скупштини су, непосредним начином, обезбеђена права питања и интерпелације, анкете и истраге“.[8]

Устави Србије 1888. године и касније познају две врсте посланика. Једне су чинили посланици који су испуњавали опште услове предвиђене за ову уставну категорију, а други су били посланици са посебним условима – тзв. квалификовани посланици.[9]

Политичка одговорност министра као битно обележје парламентарне владавине добила је адекватнију уставноправну разраду. Министри нису више краљеви чиновници, могу бити народни посланици и подлежу

[6] Др Миодраг Јовичић, Ibidem. стр. 196.

[7] С.Јовановић, *Влада Милана Обреновића*, књига прва БИГЗ и СКЗ, Београд, 1999. стр. 82.

[8] Слободан Јовановић, Ново уставно питање у XIX веку, Српски књижевни гласник, Књ. XIX, Београд 1905, стр. 589-90.

[9] Према чл. 100 Устава Србије из 1888. године услови за избор кодификационих посланика билу су алтернативно постављени:

- завршен факултет у Србији или иностранству:
- или стечена виша стручна спрема која стоји у реду факултета
- или (и без факултета) обављање функције председника или потпредседника народне скупштине
- или обављање функције министра и дипломатског агента
- или обављање функције председника, потпредседника и члана Државног савета
- или генерали и пуковници у пензији.

политичкој и кривичној одговорности. Те две новине: квалификовани посланици и министарска одговорност дају значајан подстицај развоју парламентаризма и означавају победу грађанских демократских принципа.

Српска народна скупштина по Уставу из 1888. па до 1894. године одржала је следеће седнице:

- Велика (Уставотворна) народна скупштина, Београд, 10–22.12.1888;
- Велика народна скупштина Београд, 1.10.1889–18.04.1890;
- Народна скупштина, Београд, редовни сазив 1.11.1890.–31.03.1891;
- редовни сазив 28.12.1891–31.03.1892;
- Народна скупштина, Београд, 28.03–1.04.1983;
- Народна скупштина, Београд, ванредан сазив 1.06–9.08.1983;
- редовни сазив 1.09.1893–12.01.1894.

Формирање политичких странака означава преломни моменат у српској државноправној историји. Започиње ново време оживљавања либералних западноевропских идеја и установа и тврдокорног покушаја њиховог негирања. Конфронтација различитих идеолошко-друштвених и политичких пројеката изражава се, како на парламентарном, тако и на ванпарламентарном нивоу. Настаје време стицања нових демократских искустава и уобличавања парламентарног монархизма.

Парламентаризам у Србији се уводи постепено са развојем уставности и на специфичан начин одражава друштвене прилике и политичке тенденције. Ослобађајући се бремена прошлости држава у настајању тежила је прогресивним стандардима европског конституционализма.

Преко скупштина првог устанка, које су биле специфичан облик устаничког саборовања, скупштина другог устанка, па до динамичне активности представничких тела независне државе Србија, развијајући демократске политичке процесе, стиче нова демократска искуства. Оживљавају либералне западноевропске идеје и уобличава се парламентарни монархизам.

Распламсавање политичких борби између странака, а пре свега радикала, и владара резултат је сучељавања два модела државног уређења: личне краљеве власти и бирократског система, на једној и залагања радикала за парламентаризам и локалну самоуправу, на другој страни. Сукоб два државна концепта – како каже Слободан Јовановић, разрешава се у корист скупштине и политичких страна. "Бирократски систем уступо је место демократији у повоју".[10]

[10] Радош Љушић, *Историја српске државности*, САНУ огранак у Н. Саду, Нови Сад, 2001, стр. 209.

Народна скупштина према важећем Уставу из 1869. године одржала је од 1984-1901. године следеће седнице:

- Народна скупштина у Нишу редовни сазив 13–20.04.1894; Ванредни сазив 24.06.–19.12.1895; редовни сазив 12.11.1895.–8.02. 1896; Редовни сазив 7.10.–19.12.1896;
- Народна скупштина у Београду ванредан сазив 29.06–12.07.1897;
- Народна скупштина у Нишу ванредан сазив 16.07.1898–11.01. 1899; Редовни сазив 17.06–15.07 1898; редовни сазив 20.09.1899–29.01.1900; Редовни сазив 29.11.1899–19.01.1900.

НАРОДНА СКУПШТИНА ЗА ВРЕМЕ ВАЖЕЊА АПРИЛСКОГ УСТАВА 1901–1903.

Устав из 1901. године не познаје више Велику народну скупштину већ наводи дводомно представничко тело. „Законодавну власт врши краљ са Народним представништвом и Сенат“ (чл. 43. Устава). Овим решењем остварено је заправо давнашње залагање Народне странке. Велика народна скупштина је изостављена на изричит захтев краља Александра. Са њеним укидањем омогућено је да се уставни закони мењају према редовној законодавној процедури.

Задржана је установа квалификованих посланика који постају чланови Сената.

Априлски устав је остао недоречен у развијању парламентарног модела власти због занемаривања два битна принципа: одсуства могућности спајања функције посланика и министра и немогућности изнуђивања оставке владе одобравањем предлога буџета од стране скупштине.

За време важења Априлског устава одржане су две седнице српске скупштине.

- Народно представништво (Народна скупштина и Сенат) у Београду редовни сазив 1.10.1901.– 11.05.1902.
- Редовни сазив у Београду 11–25.06. 1902.

Устав из 1903. године донет после убиства краља Александра Обреновића, „може се назвати револуционарним уставом“[11] што свакако из савременог становишта звучи као претеривање. Ипак, овим актом обезбеђене су уставне претпоставке за увођење парламентарне владе по ен-

[11] Ј.М. Продановић, *Уставни развитак и уставне борбе у Србији*, Геца Кон, Београд.

глеском моделу.[12] Утицај енглеског модела организације државне власти као „мајке парламентаризма“ у Србији постаје све очигледнији. Владавина нове династије, на челу са Петром Карађорђевићем, у нашој уставноправној историји обележена је као доба парламентаризма.[13] Његов зачетак уочавамо још од 1989. године, али без видљивих разултата.

„Деценија која је уследила често се назива златним добом политичке власти у Србији, ако не и на Балкану. Таква оцена је релативна“.[14] Србија је, поред Француске и Швајцарске постала земља са најширим гласачким правом, што је стварало слику широких демократских слобода.

НАРОДНА СКУПШТИНА ПРЕМА УСТАВУ ИЗ 1903.
1903-1918.

- Народна скупштина у Београду 2.–17.06.1903;
- Народна скупштина ванредни сазив 16–30.09.1903;
- Народна скупштина редовни сазив 1.10 1903.–23.03.1904;
- Народна скупштина редовни сазив 1.11.1904.–3.03. 1905;
- Народна скупштина ванредан сазив 8–17.05.1905;
- Народна скупштина редовни сазив 25.07–5.08.1905;
- Народна скупштина редовни сазив 1.10.1905–19.04.1906;
- Народна скупштина ванредан сазив 25.06–22.07.1906;
- Народна скупштина редовни сазив 1.10.1906.–7.07.1907;
- Народна скупштина редовни сазив 1.10.1907–25.03.1908;
- Народна скупштина – први ванредни сазив 1.06–7.08.1908;
- Народна скупштина – други ванредни сазив 27–30.09.1908;
- Народна скупштина редовни сазив 1.10.1908–4.04.1909;
- Народна скупштина редовни сазив 1.10.1909–12.06.1910;
- Народна скупштина редовни сазив 1.101910–19.06.1911;
- Народна скупштина редовни сазив 1.10.1911–12.02.1912;
- Народна скупштина– први ванредни сазив 19.04–30.06.1912;
- Народна скупштина други ванредни сазив 20–30.09.1912;

[12] Љубомирка Крклуш, *Правне историје српског народа,* Прометај, Нови Сад 2002, стр. 320-430.

[13] Драгослав Јанковић, Мирко Мирковић, *Државноправна историја Југославије*, Београд 1987, стр. 141.

[14] Стеван К. Павловић, *Историја Балкана 1804-1945*, друго издање, CLIO Београд 2004. стр. 256.

- Народна скупштина редовни сазив 1.10.1912.–16.06.1913;
- Народна скупштина редовни сазив 1.10.1913–19.06.1914;
- Народна скупштина у Нишу – ванредни сазив 14.07. 1914–10. 1915;
- Народна скупштина у Нишу – ванредни сазив 20.,01. до повлачења Народне скупштине у одступању, 10, 11. и 12. 1915;
- Народна скупштина на Крфу 28.08–9.10. 1916;
- Народна скупштина на Крфу 12.02.–14.04. 1918;
- Престанак Српске народне скупштине 14–21.12. 1918.

Устав из 1903. уз четири покушаја његове промене, примењиван је све до 1918. године. За то време организовано је пет општих избора за представничко тело. Заказани избори 1914. године нису одржани због избијања Првог светског рата.

Након извршене уставне и династичке промене на политичког сцени Србије остају Радикална, Либерална и Народна странка. Пред преврат (29.05.1903) формирана је Самостална радикална странка, крајем јула 1903. године организована је Српска социјална демократска странка, а крајем октобра Српска народна сељачка странка. Либерални се дела на Националну и на Демократску странку да би се спојили у Народну странку. На политичкој сцени Србије у овом периоду доминира Радикална странка, док је утицај осталих странака био минималан. „Са добром штампом и добрим вођством коме је на челу стајао Никола Пашић, радикали су ушли у сељачке масе и постигли један од највећих успеха у српској политичкој историји“.[15] Либерали и напредњаци на изборима се појављују као коалициони партнери. У складу са политичком снагом партија у ово време преовлађују хомогене, а мање коалиционе владе.

Демократска садржина устава из 1903, године, ауторитативно представничко тело и дефинисани политички субјекти ударили су чврсте основе парламентаризму. „Чињеница да ни у ратовима није окрњено ни ограничено иједно право Народне скупштине говори у прилог да је српско друштво било зрело за демократску владавину“.[16]

Након изгласавања Устава из 1903. године било је четири предлога за његову промену (1907, 1909 и два у 1910). Они су прочитани у Скупштини, али о њима није одлучивано, тако да је остао на снази све до стварања нове државе заједнице Срба, Хрвата и Словенаца. Успостављена демократска пракса рада Скупштине није имала амбиције за новим уставноправним креацијама.

[15] Чедомир Марковић, Милош Н. Брашић *Југословенска народна скупшта* сабори, Београд, *Скупштина Краљевине Југославије 1937*, стр. 101.

[16] Радомир Љушић, Ibidem стр. 220.

Од избијања Првог српског устанка до 1903. године, ослобађајући се од турског ропства, у Србији је вођена сурова борба између народа и олигархијског вођства. За то време доношени су и мењани устави и закони, дизане су буне, организоване завере, проглашаване и гушене грађанске слободе и права, мењане династије, претеривани и ликвидирани владаоци, сазиване и распуштене скупштине. „Србија није имала потпуну еволуцију у уставном развитку, него само нагла подизања и рушења. Устави су били као куће на песку, одувао их је први јачи политички ветар. Снага многих генерација трошила се и расипала у борби за основна уставна права и слободе без којих се није могао ни остварити национални идеал спорског народа ни постићи поуздан културни и привредни напредак“.[17]

Током читавог века развијала се идеја о државности, држави и њеним институцијама, а посебно скупштини као истинском народном представништву. „Државна независност требала је народу ради његовог ослобођења од Турака; јака државна власт требала је династији ради њене сигурности; уставно и парламентарно уређење државе требало је странкама ради њихове владе. Хранећи се састојцима национализма, династијаштва, страначарства, државна је идеја стално јачала“.[18]

[17] Јаша М. Продановић, *Уставни развитак и уставне борбе у Србији*, Геца Кон, Београд.

[18] Слободан Јовановић, *Влада А. Обреновића,* књига друга, Београд, БИГЗ, 1980, стр. 374.

Aleksandar Đurđev PhD, Ph.D. Full professor
Novi Sad School of Law

Serbian Road from Gatherings to Parliamentarism

Abstract

This work is dedicated to the genesis of the parliamentarism in Serbia. The emergence and development of Serbian statehood is closely related with the development of parliamentary life. Delivering itself from the burthen of the past, this state in creation strived for the progressive standards of the European constitutionalism. It was successful to the extent in which the social subjects and political factors were up to the level of the given historical capabilities. The resurrection of statehood from the very beginning was carried out in the atmosphere of undefined territory and ethnic integrity. Over the next few decades from a backward Turkish province, Serbia became a free country in which the regime of parliamentary democracy was gaining ruts.

The idea of statehood, state and its institutions was essentially based on the parliament as the true representative of the people.

94(495.02)“05“

Др Срђан Шаркић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

САВЕТИ ЂАКОНА АГАПИТА ЦАРУ ЈУСТИНИЈАНУ

Сажетак: *Аутор испитује византијски политички трактак из шестог века, кога је сачинио извесни Агапит, ђакон Свете Софије, и упутио га цару Јустинијану. Спис се састоји од 72 поглавља у којима Агапит саветује цара како да управља државом. Мада се Агапит угледао на великог античког беседника Исократа, његово дело је један од најстаријих примера књижевне врсте, која се популарно назива Владарска огледала, и која је практикована вековима.*

Аутор је у раду приложио и превод са грчког најзначајнијих поглавља.

Кључне речи: *Агапит, Јустинијан, „Владарска огледала“, Исократ, Света Софија, Прокопије из Газе, Свети Сава.*

Из времена владавине цара Јустинијана I (527-565) сачуван нам је спис од седамдесет два поглавља, кога је саставио извесни Агапит, ђакон Свете Софије (саборне цркве у Цариграду), а који садржи савете упућене цару Јустинијану, како треба управљати државом. Пун назив Агапитовог трактата је ***Излагање основних савета и мудрости које је упутио Агапит, ђакон Велике и Најсветије Цркве, цару Јустинијану*** **(„Εκθεσις κεφαλαίων παραινετικῶν σχεδιασθεῖσα παρά 'Αγαπητοῦ διακόνου τῆς ἁγιωτάτης τοῦ θεοῦ μεγάλης ἐκκλησίας πρός βασιλεα 'Ιουστινιανῶ).** Прва слова поглавља сачињавају на грчком акростих који гласи: ***Нашем најпо-***

***божнијем и најбожанскијем цару Јустинијану, Агапит понизни ђакон* (Τῶ θειοτατῶ καὶ ευσεβεστατῶ βασιλεῖ ήμῶν 'Ιουστινιανῶ 'Αγαπητος ό ἐλάχιστος διάκονος).** Није нам познато када је спис тачно настао[1], мада постоји неколико претпоставки.

Спорно је да ли је Агапит упутио своје савете Јустинијану приликом његовог доласка на престо 527. године, или касније, у току Јустинијанове доста дуге владавине. Једино што се са сигурношћу може рећи је да је спис настао пре 548. године, датума смрти царице Теодоре, јер се из поглавља 72 јасно види да је у време саопштавања Агапитових савета Теодора била још у животу. Могуће је да је дело настало непосредно после побуне *Ника* (532), када су пољуљаном царском ауторитету били потребни панегирици овакве врсте. На то указују речи из првог поглавља где између осталог стоји: *...да би ти учио људе да чувају правду, и да би казнио урлање оних који бесне против тога.*

Дилема када је трактат настао произилази и из чињенице што не знамо ништа о личности нашег ђакона. Неколико особа са тим именом, његових савременика (папа Агапит I, чији понтификат пада између 535-536, затим архимандрит манастира Диуса у Цариграду и палестински монах Агапит са којим се дописивао Прокопије из Газе), не би могле да дођу у обзир јер се подаци којима располажемо о њима не подударају са ђаконом Свете Софије. Ипак, италијански научник А. Беломо (Bellomo) је изнео претпоставку да би то могао бити палестински монах Агапит, који се помиње на више места у житију Светог Саве Јерусалимског (Vita S. Sabae).[2] Али, француски историчар С. Ваје (Vailhé) је доказао да је тај монах, кореспондент Прокопија из Газе, умро 519. или 520. године, а како је Јустинијан дошао на власт 527. то питање остаје још увек отворено.[3]

[1] E Barker, *Social and Political Thought in Byzantium,* Oxford 1957, reprint 1961, p. 54, сматра да је спис настао око 530, али не наводи никакву аргументацију у прилог свом мишљењу.

[2] A. Bellomo, *Agapeto diacono e la sua scheda regia,* Bari 1906, pp. 125-163. Беломова аргументација се своди на следеће: аутор списа је монах, Јустинијанов савременик. Његово дело указује на несумњиве везе са чувеном легендом о Варламу и Јоасафу. Поменута легенда потиче из VII века, према томе њен аутор је употребио Агапитов спис, који је састављен у VI веку. Пошто се легенда о Варламу и Јоасафу приписује неком монаху из манастира Светог Саве, Агапитов трактат мора да потиче исто тако из тог манастира. А како у житију Светог Саве Јерусалимског, кога је саставио Кирил из Скитопоља, налазимо монаха Агапита, блиског Сави, који је после 523 (датум смрти јерусалимског патријарха Елије) био још у животу, можемо претпоставити да је он пратио Саву 531. године у Цариград, да је тамо остао и да је саставио спис о коме је реч.

[3] S. Vailhé, *Le diacre Agapet, Echo d' Orient,* 1907, tome X, pp. 173-175. Побијајући Беломову аргументацију Ваје истиче следеће разлоге: прво, ништа не доказује да је ђакон Ага-

Агапитов спис је један од најстаријих примера књижевне врсте, која се популарно назива *Владарска огледала* (*Specula regum*). Сврха оваквих списа била је да послуже као морални савет владару како узорно да управља државом. Владар треба да буде слика Бога на земљи (*rex imago Dei*), те стога огледала прецизно дефинишу особине које монарх треба да поседује: правичност (*iustitia*), побожност (*pietas*), понизност у вери (*humilitas*), благост (*clementia*), милосрђе (*misericordia*). Познати су нам, поред многобројних византијских,[4] персијски и арапски обрасци тог типа. У XVI и XVII веку *Владарска огледала* су постала врло популарна у Западној

пит био монах. Друго, ништа не доказује да легенда о Варламу и Јоасафу зависи од Агапита; могли су обадвојица да искористе неко треће дело које је изгубљено, а које би им било заједнички извор. Треће, ако и претпоставимо да је легенда о Варламу и Јоасафу у зависности од Агапита, ништа не доказује да је овај био монах манастира Светога Саве, као што је случај са аутором легенде. Но, још су теже хронолошке тешкоће, које доводе сасвим у питање ауторство тог Агапита. Да би се оне разумеле, потребно је изнети краћи историјат. После низа борби и побуна које су настале у манастиру којим је руководио Свети Сава, углавном око тумачења Оригеновог учења, игуман манастира је био принуђен да протера 60 калуђера изгредника. Напустивши манастир, немирни монаси су основали други манастирски центар, Нову Лавру, у околини Текоа. Али, пошто су се побуњеници поправили и Сава је изменио однос према њима, доделивши им једног од својих одабраних калуђера, Јована Хеладика, за првог старешину. Последња побуна се догодила шездесетдевете године живота игумана Саве, а оснивање Нове Лавре и именовање Јована, седам месеци касније. Пошто је Сава рођен јануара 439, шездесетдевета година његовог живота пада од јануара 507, до јануара 508. Нова лавра је, највероватније, основана маја месеца 508. године. Јован Хеладик је управљао манастиром шест година, дакле до маја 514. најкасније. Сава је именовао тада као игумана Агапита, Беломовог кандидата, а овај је умро, пошто је функцију вршио пет година, крајем 519. или првих месеци 520, те стога није могао саставити савете цару, јер Јустинијан долази на престо 527. године. Ни датум смрти патријарха Елије није поуздан, тако да се ни он не може узети као чврст ослонац за хронологију. У вези са овим питањима консултовати и дискусију коју доноси К. Прехтер (Praechter), *Byzantiniche Zeitschrift* 17 (1908), pp. 152-164. Поред ових радова подаци о Агапиту могу се наћи и код K. Praechter, *Der Roman Barlaam und Joasaph in seinem Verhältnis zu Agapets Königsspiegel, Byzantinische Zeitschrift 2 (1893), pp. 444-460; K. Krumbacher, Geschichte der Byzantinischen Litteratur*, München 1897, pp. 456-457; S. Vailhé, *Agapet, in Dictionnaire d'Histoire et de Geographie ecclésiastique*, tome 1, Paris 1912, col. 886-887; E. Barker, op. cit., p. 54; F. Dvornik, *Early Christian and Byzantine Political Philosophy, origins and background, Dumberton Oaks Studies nine*, Washington D.C. 1966, pp. 712-715; Patrick Henry III, *A Mirror for Justinian: The Ekthesis of Agapetus Diaconus, Greek, Roman and Byzantine Studies* 8 (1967, pp. 281-308.

[4] Византијска *Владарска огледала,* међу којима и Агапита, одабрао је и превео на немачки W. Blum, *Byzantinische Fürstenspiegel, Bibliothek der Griechischen Literatur,* Stuttgart 1981, pp. 32-34 (белешка о писцу) и 59-80 (текст Агапитовог трактата). О схватању закона и правде у византијским владарским огледалима видети I. Čičurov, *Gesetz und Gerichtigkeit in den byzantinischen Fürstenspiegeln des 6.-9.Jahrhunderts,* in *Cupido legum,* herausgegeben von L. Burgmann, M. Th. Fögen und A. Schminck, Frankfurt am Main 1985, pp. 33-45.

Европи, [5] о чему сведочи и чињеница да је у XVI веку штампано чак 20 издања Агапитовог трактата.[6] Како је показао И. Шевченко, Агапитов спис је знатно утицао и на политичку идеологију московске средњовековне кнежевине.[7] У једном патеричном зборнику,[8] који се чува у рукописном одељењу Народне библиотеке у Софији (*Slav.* 1037, fols. 230v – 233r) налази се и једини текст српске прераде Агапитовог дела.[9]

Приликом састављања списа Агапит се угледао на великог античког беседника Исократа (436-338. пне) и његове говоре Никоклу, владару Кипра.[10] Савети упућени Јустинијану се, између осталог, одликују великом сервилношћу, што је вероватно један од разлога великог успеха кога је имао трактат у наредним столећима. Агапит у потпуности оправдава и слави монархијску власт, мада, следећи хеленистичку традицију, на више места подсећа Јустинијана да је достојно цара да влада у складу са законима.[11]

---

[5] Списак тих аутора навео је O. Gierke, *Natural Law and the Theory of Society from 1500-1800,* Boston 1960, pp. 229-230. Писци тих огледала су могли, врло вероватно, познавати Агапитов спис, мада су се неки угледали на Исократа, а већина на Марка Аурелија. О њиховим схватањима видети S. Bagge, *The Political Thought of the King's Mirror, Mediaeval Scandinavia Supplements,* Odense 1987, pp. 23-126.

[6] K. Krumbacher, op. cit. p. 457.

[7] I. Ševčenko, *A. Neglected Byzantine Source of Moscovite Political Ideology, Harvard Slavic Studies, Band 2,* Cambridge Massachusetts 1954, pp. 141-179. Исти аутор посветио је посебну студију рецепцији Агапитовог огледала у ромејском (византијском) и западном свету. Видети I. Ševčenko, *Agapetus East and West: the Fate of a Byzantine Mirror of Princes, Revue des études sud-est européennes* XVI – 1 (1978), pp. 25-41.

[8] Патерици или отачници су врста списа која обједињава различите саставе и изреке црквених отаца (*apophthegmata patrum*), којима је заједничка тема био монашки живот.

[9] Видети о томе детаљну студију С. Марјановић-Душанић, *Rex imago Dei: О српској преради Агапитовог владарског огледала, Трећа југословенска конференција Византолога*, Крушевац 10-13. мај 2000, Византолошки институт Српске Академије Наука и Уметности, посебна издања, књига 25, Народни Музеј Крушевац, студије и монографије, књига 2, Београд – Крушевац 2002, стр. 135 - 148.

[10] Исократ је упутио два говора Никоклу, владару Кипра. Први се зове *Никоклу* **(ΠΡΟΣ ΝΙΚΟΚΛΕΑ),** а други *Никокле или Кипрани* **(ΝΙΚΟΚΛΗΣ Η ΚΥΠΡΙΟΙ).** Текст говора, са енглеским преводом и коментарима даје G. Norlin, *Isocrates, vol. I, Loeb Classical Library,* London – Cambridge, Massachusetts 1966, pp. 38-71 and 74-113. Данас се сматра да је први опис особина владара дао грчки песник Пиндар (518-442. пне). Према њему, идеални владар треба да поседује праведност, поштовање народа, благост према поданицима, мудрост, истинољубивост, поштовање врсних и одличних, пажњу према странцима и гостољубивост, добротворност и дарежљивост, умешност у подношењу среће и несреће и љубав према уметности. Списак врлина које је Пиндар навео допуњавали су касније Хипија, Исократ, Антистен и Ксенофонт. Видети о овим питањима S. Šarkić – A. Malenica, *Pravne teorije i institucije Antike,* Novi Sad 2004, str. 39 sq.

[11] О хеленистичким схватањима природе краљевске власти видети S. Šarkić, *Pravne i političke ideje u istočnom rimskom carstvu,* Beograd 1984, str. 3-133; D. Simon, *Princeps legibus*

Превод изабраних поглавља

Поглавље 1: Имајући достојанство које стоји изнад свих осталих почасти, о царе, ти изнад свега одајеш почаст Богу; као што ти је он дао скиптар земаљске власти, према сличности са небеским Царством (**έπουρανίου βασιλείας),** са циљем да би учио људе да чувају правду, и да би казнио урлање оних који бесне против тога,[12] будући да си и ти у Царству закона и законити цар оних који су потчињени теби.

Поглавље 2: Попут човека на кормилу брода, мисао цара је увек на опрезу својим бројним очима, пазећи на чврсто држање кормила силе закона и уклањајући њиховом снагом токове незаконитости, све док брод светске државе **(παγκοσμίου πολιτείας)** може да уплови у таласе неправде.

Поглавље 3: Божанска лекција коју смо прву научили ми људи, је да човек мора да упозна самог себе. Јер, онај који упозна себе упознаће и Бога, упознавши и Бога, постаће достојан Бога; постаје се вредан Бога, када се не чини ништа недостојно Богу, већ се мисли што је њему [Богу] својствено, говори што он мисли и чини што он говори.

Поглавље 4: Нека се нико не уобрази због племенитог порекла. Свим људима подједнако, глина је први предак; и онима који се диче пурпуром и финим рубљем, и онима који су савладани сиромаштвом и болешћу; и онима који су овенчани дијадемом, и онима који су слуге у двору **(καὶ οί διά δόματα προκείμενοι).** Нека се нико не хвали нашим пореклом од глине. Будимо радије поносни због доброте наших нарави.

Поглавље 5: Знај ово, ти божански начињена слико побожности **(ὦ εύσεβείας θεότευκτον άγαλμα),** да што те више Бог сматра вредним својих великих дарова, већа је и захвалност коју дугујеш њему. Враћај, дакле, твоје дугове захвалности твоме Доброчинитељу, који прима враћене дугове као доброчинство и узвраћа захвалношћу за захвалност. Јер он сам је први творац доброчинства и узвраћа доброчинство као дуг. Он не тражи од нас као захвалност изношење лепих речи, већ вршење побожних дела.

---

solutus, Gedächtnisschrift für Wolfgang Künkel, heraugegeben von D. Nörr und D. Simon, Frankfurt am Main 1984, pp. 449-492; G. Dagron, *Lawful Society and Legitime Power:* **„Εννομος πολιτεία, έννομος άρχέ,** *Law and Society in Byzantium* (ed. D. Simon and A. Laiou), Washington 1994, pp. 29-32.

[12] Ове речи су можда алузија на тек угушену побуну *Ника* (532) и наговештај да је трактат могао настати напосредно после побуне.

Поглавље 6: Ништа не чини човека тако славним као чињеница да може да ради шта хоће, да жели и чини дела човекољубља **(φιλάνθρωπία).** Ради тога, пошто ти је Бог својом милошћу дао власт која је твојој доброти према нама била потребна ради нас, ради и жели све, да умилостивиш оног ко ти је ту власт дао.

Поглавље 9: Царева душа, пуна многих брига, мора бити чисто обрисана као огледало, да би могла увек да сија божанском светлошћу и тако достиже сазнање о стварима. Јер, нема ничег што има такву снагу да натера човека да види шта је право, као што је чување душе увек неокаљане и чисте.

Поглавље 10: При пловидби, када морнар погреши, причини малу штету путницима; али, када крманош лично начини грешку, то проузрокује пропаст целог брода; тако је и са државама **(πόλεσιν)** – када поданик погреши, он не чини неправду заједници **(τό κοινον),** колико самом себи. Али, када то учини владар **(ό άρχων)**, проузрокује штету целој држави **(πολιτείας).** Пошто ће он поднети свечани извештај ако избегне да уради оно што је морао, пусти га да увек говори и дела са тачном марљивошћу.

Поглавље 15: Круна побожности украшава цара више од свих украса Царства. Богатство ишчезава, слава нестаје; али слава Богу сличне владавине се продужава за вечна времена и ставља њене држаоце изван домашаја заборава.

Поглавње 16: Чини ми се врло чудним да богати и сиромашни људи трпе штету од различитих ствари. Једни су савладани засићеношћу, а ови [сиромашни] разорени глађу; [богати] заузимају најудаљеније крајеве земље, [сиромашни] немају где да поставе табане својих стопала. Да би и једни и други могли да поврате здравље, лек одузимања и додавања мора бити примењен и једнакост бити замењена неједнакошћу.

Поглавље 17: У наше је доба било изнето на видело да ће време сређе, које је један од старих писаца прорекао, доћи или када философи постану цареви, или када цареви науче философију. Следити учење философа ти си[13] сматрао вредним Царства и царујући ниси напустио учење философије. Ако је, дакле, љубав према мудрости плашити се Бога – који је увек присутан у твом срцу – онда је оно што ја кажем потпуно истинито.

[13] Обраћа се Јустинијану.

Поглавње 18: Ја те сматрам истинским царем, јер ти имаш снаге да будеш цар и господар својих страсти и јер ти носиш круну умерености и јер си обучен у пурпур правде. Другим врстама моћи **(έξουσία)** смрт је нас-ледник; али овакво Царство остаје заувек бесмртно. Друге [врсте моћи] се са животом завршавају, ово [Царство] је ослобођено вечних мука.

Поглавље 19: Ако желиш да убираш плодове поштовања свих, постани заједнички доброчинитељ свих; јер нема ничег што тера човека да осети наклоност према своме владаоцу као милост [његове] наклоности, која је подарена према потреби. За послушност која ниче из страха постоји само претворно ласкање, које обмањује измишљеним именом почасти, оне који плаћају такву пажњу.

Поглавље 20: Право је да ваше Царство буде дубоко поштовано, јер оно показује своју моћ непријатељима а чини човекољубље својим поданицима; побеђујући оне снагом свога оружја, савладано је од ненаоружане љубави својих поданика. Толико далеко колико је [удаљена] дивља звер од овце, тако је велика разлика између ова два.

Поглавље 21: По суштини **(ούσία)** свога тела, цар је као и сви остали људи, али по власти **(έξουσία)** његовог достојанства исти је као Бог који влада над свима; јер нема на земљи вишег од њега **(ούκ έχει γάρ έπί γῆς τόν αύτοῦ ύψηλότερον).** Он не сме због тога, као ни Бог, да се никад разбесни и као смртник да се разјари; јер ако је он почаствован да буде према божанској слици, он је и обавијен божанском сликом; ипак, говори се о његовој једнакости са другим људима.

Поглавље 27: Наметни себи принуду поштовања закона, јер нема човека на земљи који је способан да примени принуду на тебе; тако ћеш сведочити у славу закона, дубоко их поштујући изнад свега осталог: и тако ће бити јасно твојим поданицима да свако кршење закона **(παρανομεῖν)** није без опасности.

Поглавље 30: Пошто ти је од Бога поверено Царство на земљи, не поверавај управљање стварима онима који лоше делају; јер онај који је лошима поверио власт полагаће рачун Богу за оно што су они лоше урадили. Нека, дакле, наименовање чиновника **(άρχώντων)** буде обављено након строгог испитивања.

Поглавље 32: Не сматрај поверљивим пријатељима оне који хвале све оно што кажеш, већ оне који су ревносни да учине све правично расуђујући; цени оне који се са тобом радују добру, а мршти се оном што није добро. Јер то су они који стварно дају доказе истинског пријатељства.

Поглавље 33: Не дозволи да твоје племенито расуђивање буде поколебано сјајем твоје земаљске власти; радије, као особа која врши власт која је пролазна, не мењај мишљење у понашању са променљивим стварима, не буди обестан у тренуцима спокојства, нити потиштен у тренуцима несреће.

Поглавље 34: Као што уметник мења злато, сад на један, сад на други начин и претвара га у различите врсте украса, оно ништа мање не остаје што је било, и не претрпи никакву промену; тако и ти, најсветлији царе, док вршиш своју власт, сад на овај, сад на онај начин и претстављаш [овде на земљи] достојанство које борави на највишем, ипак остајеш исти; па, иако ти радиш са различитим стварима, задржаваш своју мисао непроменљиво управљеном на оно што је добро.

Поглавље 35: Сматрај да чврсто царујеш, када владаш уз пристанак својих поданика. Јер поданици, који нису дали пристанак, се буне кад нађу прилику; али народ који је привржен свом владару везама добра, задржаће у томе чврсто и истинито послушност њему.

Поглавље 36: Да би могао да чуваш власт Царства у добром угледу, мораш је вршити тако да твоји поданици осете више гнушања према теби, ако чиниш криво, него ти према њима, ако те они увреде; јер нико нема моћ да подучава особу са толиком влашћу; само одраз оног који лоше дела може то да уради.

Поглавље 37: Онај који је стекао тако велику власт, треба што више да опонаша даваоца те власти. Ако на било који начин он носи слику Бога, која је изнад свих, и ако кроз њега влада над свима, он ће имитирати Бога даље, ако мисли да ништа није драгоценије од милости.

Поглавље 40: Царство је најчасније од свега; оно је то утолико више, ако особа која располаже том влашћу не тежи сопственим жељама **(αὐθάδεια),** већ нагиње једнакости; окренувши се од нечовечности **(ἀπάνθρωπον)** као зверске особине и показујући човечност **(φιλάνθρωπον)** која је својствена Богу сличнима.

Поглавље 46: Као што очи припадају телу, тако је и цар подешен за свет и дат њему од Бога, ради предаје доброчинства. Његова је, дакле, дужност да води бригу о свим људима, као да су они његови сопствени удови, све док они могу да напредују у стварима добра, а не у стварима зла.

Поглавље 51: Посао **(έργον)** сунца је да осветљава створења својим зрацима; господарева **(άνακτος)** је врлина мудрост и милост према сиромашнима; Чак шта више, побожни цар је још светлији. Јер сунце уступа место ноћи која долази, док цар не уступа пред навалом зла, већ радије побија скривене ствари неправде светлом истине.

Поглавље 52: Ранији цареви су били украшени својом влашћу; ти си најузвишенији Господару, учинио још светлијом, прилагођавајући почасти власти твојој племенитости и савлађујући страх оних који су ти се приближили, твојом добротом. Било како, сви којима је потребна милост, бацају сидро у луку твоје смирености, и ти их ослобађаш таласа пропасти, док ти они шаљу своје химне захвалнице.

Поглавље 53: Како наткриљујеш све остале у моћи, настој такође да их натсијаш у делима; јер у сразмери је са величином твоје моћи да мораш да очекујеш од људи да захтевају испуњавање добра у твојим рукама. Ако желиш да будеш проглашен према Богу, са круном непобедивог Царства, мораш стећи венце доброчинства према сиромашнима.

Поглавље 54: Пре него што наредиш шта желиш, размисли да мудро наредиш што је право; језик је клизаво оруђе и доноси велику опасност непажљивом. Али, ако одашиљеш побожне мисли да га чувају, онда ће, попут музике, засвирати хармоничну песму врлине.

Поглавље 59: Води твоје Царство исправно овде доле, да би то могло да постану степенице **(κλίμαξ)** славе, горе; они који тим [земаљским Царством] добро управљају, сматрају се после достојним оног [небеског]. А добри управљачи [земаљског Царства] су они који показују очинско осећање према својим поданицима и добијају од њих за узврат поштовање својствено владарима; они их опоменама спречавају од посртања, а не кажњавањем и осуђивањем.

Поглавље 61: Добивши скиптар Царства од Бога, размисли како можеж да задовољиш оног који ти га је дао; и пошто те је он почаствовао

више од свих људи, пожури да га почаствујеш више него све остале људе. Он сматра највишом чашћу коју можеш да му узвратиш, да пазиш на оне које је он уобличио према себи, и као дуг узвратиш обавезу твојих доброчинстава.

Поглавље 62: Сваки човек који жели спасење, треба да има уточиште за помоћ од горе; али цар треба да то чини изнад свих осталих, јер он брине о свим људима. Јер ако њега штити Бог, он племенито побеђује своје непријатеље и предано омогућава сигурност својим поданицима.

Поглавље 66: Покварeност је за појединца, да чини ствари које су подле и достојне казне; зло је за владара да не чини ствари које су добре и које помажу спасењу. Владар се не оправдава уздржавањем од зла, већ је његова круна подручје његових добрих дела. Не дозволимо му, дакле, само да избегава зло, већ и да настоји да завлада правдом.

Поглавље 68: Цар је господар **(κύριος)** над свима, али он је, као и сви остали, и слуга Божји. Он ће још више бити називан господарем, када влада самим собом, кад није роб сопствених задовољстава, и када имајући побожну мисао за свог савезника, која је непобедиви самодржац **(αὐτοκράτορα)** неразумних страсти **(ἀλόγον παθῶν),** савлађује моћна осећања бојном опремом умерености.

Поглавље 72: Настој увек, непобедиви царе; и попут оних који почну да се пењу лествама и не заустављају се у њиховом на горе управљеном кретању, док не достигну највише положаје, тако и ти, истрај у твоме на горе управљеном кретању ка добру, да би могао да уживаш у Царству које је горе. Нека ти Христ подари то Царство, заједно са царицом твојом женом,[14] за вечна времена. Амин![15]

[14] Из ове реченице се јасно види да је у то време царица Теодора била још у животу, а то значи да је спис настао пре 548. године, када је царица умрла. Као што је већ речено у уводном делу рада, то је једини поуздани податак за датирање Агапитовог дела.

[15] Сви одломци из Агапитовог списа преведени су према издању *Agapeti diaconi Capita admonitoria, Patrologiae Cursus Completus, Series Graeca,* ed. J.P. Migne, Paris 1857-1866, vol. 86, col. 1164-1185.

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

An Exposition of Heads of Advice and Counsel Addressed by Agapetus 'deacon of the great and most holy Church of God (St. Sophia) to our most sacred and pious Emperor Justinian

Abstract

This work consists of seventy-two 'heads' (or brief chapters) of advice, based on the writings of Isocrates and the Greek fathers. It is one of the earliest examples of a type of literature (the 'Mirror for Princes') which continued to be practised for centuries, and to be written in many countries and languages. There are Persian and Arabic examples: there are many Byzantine examples during a period of nearly a thousand years: and in the sixteenth and seventeenth centuries a large number of such 'mirrors' were written and published in Western Europe.

Giovanni Lobrano
Università di Sassari

LA ATTUALITÀ DEL DIRITTO ROMANO PUBBLICO E GLI ISTITUTI DEI MUNICIPI E DEI DIFENSORI CIVICI UNO SCHEMA DI TESI

PREMESSA: *Il Diritto romano pubblico e le articolazioni della epoca cd. „contemporanea";*

I. FUNZIONE MAIEUTICA ESSENZIALE DEL DIRITTO ROMANO PUBBLICO NELLA FASE DI PREPARAZIONE DELLA EPOCA CONTEMPORANEA (SEC. XVIII)

1. LE SCELTE COMUNI DI UNA DIALETTICA GIURIDICA;
a. Tre scelte contestuali;
b. La scelta del metodo dei modelli storici e il rifiuto del metodo della utopia;
c. La scelta della scienza giuridica come scienza–guida;
d. La scelta del diritto pubblico come *positio studii*;

2. LE CONTRAPPOSIZIONI DELLA DIALETTICA GIURIDICA;
a. Dalla contrapposizione di due modelli storici (romano e inglese) alla contrapposizione di due costituzionalismi;
b. Le contrapposizioni sugli istituti essenziali del diritto pubblico;
α. Due contrapposizioni principali (ma non le sole);
β. La contrapposizione su soggetti e *iter* della formazione della volontà pubblica (*populus* della *urbs civitas* o parlamento);

γ. La contrapposizione sui mezzi di difesa della libertà dal potere (tribunato o equilibrio dei 3 poteri);

c. La contrapposizione sul rapporto tra diritto pubblico e diritto privato (distinzione o separazione) e sulla nozione di Stato (*societas* o persona giuridica);

II. RIMOZIONE DOPPIAMENTE SCIENTIFICA DEL DIRITTO ROMANO PUBBLICO NELLA FASE CENTRALE DELLA EPOCA CONTEMPORANEA (SEC. XIX E XX)

1. AFFERMAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO DI MODELLO INGLESE E RIMOZIONE DEL COSTITUZIONALISMO DI MODELLO ROMANO: FINE DELLA DIALETTICA GIURIDICA E CRISI DELLA SCIENZA GIURIDICA;

a. Conclusione della Rivoluzione francese: dal colpo di Stato del 9 termidoro 1794 contro la Costituzione
del 1793 alla negazione dell'esistenza del suo „modello", il Diritto romano pubblico;

b. Il trionfo della forma di Stato di modello inglese (lo 'statualismo') e la riduzione del diritto a „sovrastruttura";

2. AFFERMARSI DELLA SCIENZA E DELLA DIALETTICA ECONOMICA;

a. La scelta del metodo della utopia e il rifiuto del metodo dei modelli storici;

b. La contrapposizione di fantasia;

III. RISORGENZA SPONTANEA DEL DIRITTO ROMANO PUBBLICO NELLA FASE ATTUALE DELLA EPOCA CONTEMPORANEA (FINE SEC. XX E INIZI SEC. XXI)

1. FENOMENI NEGATIVI;

a. Fine dello schema dialettico proposto dalla scienza economica;

b. Crisi esterna/estrinseca ed interna/intrinseca dello Stato ovverosia della unica forma di Stato di modello inglese;

c. Manifestazioni della crisi interna/intrinseca

α. Critica distruttiva dell'istituto della rappresentanza politica;

β. Critica distruttiva dell'istituto dell'equilibrio dei 3 poteri;

γ. Svuotamento delle nozioni – quadro di 'repubblica' e di 'democrazia';

2. FENOMENI POSITIVI;

a. Nuova domanda di diritto e, in particolare, di diritto pubblico: nuova stagione costituente;

b. Risorgenza delle istituzioni essenziali del Diritto romano pubblico;
  α. Riaffermazione mondiale del ruolo 'politico' delle Città;
  β. Diffusione mondiale dell'istituto 'tribunizio' del Difensore civico;
c. Ricomposizione –nella distinzione– della separazione diritto pubblico – diritto privato e ricomparsa dello 'Stato comunità';

CONCLUSIONI: Carattere spontaneo, non riflesso dell'insieme dei 'fenomeni positivi': esigenza e metodo dello studio del Diritto romano pubblico.

PREMESSA: *Il Diritto romano pubblico e le articolazioni della epoca cd. „contemporanea"*

Il lavoro presente è la proposizione in formulazione stringatamente schematica di una tesi generale, che credo contributo utile al nostro Seminario di studi, anche in assenza di una sua esposizione e di una sua argomentazione complete e puntuali, le quali richiederebbero spazi invece incompatibili con i tempi seminariali.

Una primo giudizio circa la attualità–inattualità del Diritto romano pubblico può essere formulato semplicemente se guardiamo a tale diritto *considerando* lo stato del diritto contemporaneo e della sua scienza. Il Diritto romano, sintesi della koinè mediterranea–antica politica e religiosa (oltre che giuridica), ha natura di „sistema giuridico–religioso sovrannazionale" (Pierangelo Catalano[1]) e –in quanto tale– ripete il proprio valore dalla propria capacità di proporre una deontologia comportamentale, coerente con i propri principi (o con il proprio principio). Come è ben noto, il diritto contemporaneo ha un rapporto d'origine profondo con il Diritto romano ma (in conseguenza di un processo in cui spicca il ruolo teoretico di Thomas Hobbes) esso ha assunto una natura pressoché speculare: „statuale–positiva" di „ordinamento" (Hans Kelsen *con* Maurice Hauriou e Santi Romano) e –in quanto tale– ripete il proprio valore dalla propria ontologica „effettività"[2]. Con il lessico delle *Considerazioni*

[1] P. CATALANO, *Linee del sistema sovrannazionale romano*, Torino 1965, in particolare p. 37, ID., „Aspetti del sistema giuridico–religioso romano. *Mundus, templum, urbs, ager, Latium, Italia*" in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II.16.1, Berlin – New York 1978, 445 ss.; ID., „Direito romano atual, sistemas jurídicos e direito latino–americano" in *Revista do Direito Civil*, ano 12, n. 44, abril/junho/1988, 18 ss. Ivi la distinzione tra i concetti di 'sistema' e di 'ordinamento'.

[2] La 'effettività', cioè il nesso di causalità dal fatto al diritto costituisce più che il punto di incontro la vera e propria *reductio ad unum* delle due teorie, „statualistica–normativa" e „isti-

inattuali, deve dunque dirsi che il Diritto romano – sia pubblico sia privato – è, *per definizione*, inattuale e, *proprio pertanto*, straordinariamente attuale.

Per attualità o inattualità del Diritto romano pubblico possiamo–dobbiamo, però, intendere anche lo stato del suo uso, studio e insegnamento, in conseguenza e come applicazione del punto di vista giuridico contemporaneo. In questa accezione, il giudizio per il Diritto romano pubblico deve differenziarsi da quello per il Diritto romano privato (in quanto il primo non è stato sussunto *nel* diritto contemporaneo, al contrario di ciò che è avvenuto con il secondo) e deve articolarsi in corrispondenza delle articolazioni della epoca contemporanea.

Con l'aggettivo „contemporanea" indichiamo, convenzionalmente e formalmente, l'epoca che si apre nel 1789, con l'atto iniziale della Rivoluzione francese, la presa della Bastiglia, alzando, contro l'assolutismo dell'ancien régime, la bandiera della individuazione e della difesa dei Diritti dell'uomo e del cittadino, principalmente i Diritti di libertà: individuale e collettiva. Della epoca contemporanea è, però, parte integrante anche il secolo XVIII, cd. 'dei Lumi', il quale va dalla fine –nella crisi– del Regno di Luigi XIV (il 'Re Sole', il Monarca assoluto per eccellenza, morto nel 1715) alla Rivoluzione Francese, appunto, ed alla creazione della Repubblica (1793). Il fenomeno del rapporto di questa epoca con il Diritto romano pubblico è di grandi dimensioni e di grande intensità: il Diritto romano pubblico *divide* la epoca contemporanea per linee di pensiero contrapposte e per fasi storiche diverse.

tuzionale", del diritto, le cui formulazioni principali sono considerate quelle di H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien 1934 e, rispettivamente, di M. HARIOU, *La théorie de l'institution et de la fondation*, Parigi 1925 (ma vedi già S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa 1918). Cfr. N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino 1958, 19 ss.; ID., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino 1960, 5 ss., ID., „Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano e struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen", in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano 1977, 165 e 187, che osserva la non inconciliabilità delle due teorie; lo stesso Santi Romano parla della propria teoria in termini di „integrazione" della teoria statualistico–normativa (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*[2], Firenze 1945, 102; cfr. G. GROSSO, *Problemi generali del Diritto attraverso il Diritto romano*[2], Torino 1967, 1 ss.). In questa ottica di distinzione tra sistema e ordinamento, considero improprio parlare di 'sistema' a proposito della 'Common Law'. Per un aggiornamento bibliografico sulle nozioni di sistema e di ordinamento vedi ora P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, Torino 2002, 127 ss.

Si distinguono tre fasi, al cui interno (e *tra* di esse) si individuano le opposte linee di pensiero:

1) la fase della preparazione e dell'avvento della epoca contemporanea, durante il secolo XVIII, nella quale il Diritto romano pubblico svolge una funzione maieutica essenziale e conclamata[3];

2) la fase centrale della stessa Epoca, durante i secoli XIX e XX, nella quale il Diritto romano pubblico subisce una rimozione radicale, cosciente e programmata;

3) la fase appena iniziata, durante la fine del secolo XX e gli inizi di questo secolo XXI, di crisi dello Stato contemporaneo, nella quale il Diritto romano pubblico vive una opportunità grande ma spontanea, cioè non cosciente e non programmata, di risorgenza.

La 'inattualità' del Diritto romano pubblico, intesa come il suo 'non–uso' nel diritto e da parte della scienza giuridica contemporanei, è, dunque, caratteristica 'soltanto' della seconda fase, quella 'centrale', della epoca contemporanea. In tale fase, segnata dalla affermazione hegeliana[4] della „dialettica" come *il* motore della storia, la rimozione del Diritto romano pubblico è la operazione cardine della sostituzione di una dialettica con una dialettica altra. Anticipando brevemente il discorso che segue, diciamo che il passaggio dalla prima fase alla seconda è la transizione dalla dialettica giuridica, per la quale è determinante la 'antitesi' costituita dal Diritto romano pubblico, ad una dialettica economica *nuova*, la cui antitesi è di fantasia e cui corrisponde la conoscenza di una forma unica di Stato e di diritto (cioè *senza* la antitesi del Diritto romano pubblico). La crisi sia della forma unica di Stato e di diritto (lo statualismo) sia –insieme– della dialettica economica, che caratterizza la fase odierna, produce la risorgenza sia del Diritto romano pubblico sia, con esso, della dialettica giuridica.

[3] In Europa e in America, come provano oltre sessanta anni di studi da H.T. PARKER, The Cult of Antiquity and the French Revolutionares. A Study in the Development of the Revolutionry Spirit, Chicago 1937; (cfr. R.R. PALMER, The Age of The Democratic Revolution. A political History of Europe and America, 1780–1800, Princeton 1959 e Hanna ARENDT, On Revolution, New York 1963 [tr. ted. München 1963; tr. fr. Paris 1967]) a J. BOUINEAU, Les toges du pouvoir ou la Révolution de droit antique: 1789 - 1799,Toulouse–Le Mirail 1986, G.S. WOOD, „L'eredità di Roma nella rivoluzione americana" in ID. e altri (a cura di e „Introduzione" di M. Pacini), La virtù e la libertà: ideali e civiltà italiana nella formazione degli Stati Uniti, Torino 1995, 21 ss. e A. GIARDINA, „Dalla Rivoluzione francese alla prima guerra mondiale: miti repubblicani e miti nazionali" in A. GIARDINA – A. VAUCHEZ, Il mito di Roma. Da Carlo Magno a Mussolini, Bari 2000, 117 ss.

[4] E, prima che hegeliana, già kantiana e fichtiana, nonché di Schelling.

I. Funzione maieutica essenziale del Diritto romano pubblico nella fase di preparazione della epoca contemporanea (sec. xviii)

1. LE SCELTE COMUNI DI UNA DIALETTICA GIURIDICA

a. Tre scelte contestuali

La **dialettica** giuridica del Secolo dei Lumi è costituita –ovviamente– dalla contrapposizione tra due grandi tesi (o tesi e antitesi). Prima di vedere i termini della contrapposizione è, però, necessario esaminare le sue *caratteristiche comuni*. Ne menziono ora tre, che, ai fini della nostra questione, considero principali e che, essendo contestuali, indico secondo un ordine esclusivamente logico, come le tre grandi 'scelte' comuni di quel secolo: la scelta del metodo dei modelli storici e il rifiuto del metodo della utopia, la scelta della scienza giuridica come scienza–guida e la scelta del diritto pubblico come *positio studii*.

b. La scelta del metodo dei modelli storici e il rifiuto del metodo della utopia

Tra i due metodi (il metodo dei modelli ed il metodo della utopia) posti a fuoco dalla riflessione moderna (cioè già da Nicolò Machiavelli e da Thomas Moore, all'inizio del secolo XVI)[5] per rispondere alla questione multisecolare della „migliore forma di governo", i grandi Illuministi (anche i due massimi: Montesquieu e Rousseau) impegnati nella ricerca della „libertà" scelgono, concordemente, il metodo dei modelli e disdegnano il metodo della utopia. I modelli così individuati sono, secondo la logica della dialettica, ovviamente due;

[5] La opera dalla quale si fa, correntemente, iniziare la riflessione politica–giuridica moderna sono i *Discorsi sulla prima deca di Tito Livio*, pubblicati nel 1531 ma elaborati tra il 1513 e il 1521 da Nicolò Machiavelli, il quale assume a 'modello' la 'costituzione' repubblicana di Roma, secondo la ricostruzione liviana (cfr. Q. SKINNER, *Le origini del pensiero giuridico moderno* I *Il Rinascimento*; II *L'età della Riforma*, Cambridge 1978, ed.it. a cura di M. Viroli, tr. di G. Ceccarello, Bologna 1989; G. SILVANO, „Le origini del pensiero politico moderno" in *Il pensiero politico* 24, 1991, 225 ss.) Di Machiavelli vedi anche, *Il principe* (1513) dedica „ad Magnificum Laurentium Medicem" «Non ho trovato intra la mia suppellettile cosa quale io abbia piú cara o tanto esístimi, quanto la cognizione delle azioni degli uomini grandi imparata da me con una lunga esperienza delle cose moderne e una continua lezione delle antique».. Proprio in quegli stessi anni (1516-1518), era uscito il saggio *De optimo rei publicae statu de nova insula Utopia* di Thomas More, il quale (influenzato -sembra- dalle notizie sulla, appena scoperta, isola di Cuba) colloca in quella isola la migliore repubblica immaginabile. Così E. MARTINEZ ESTRADA, „El nuevo mundo, la isla de Utopia y la isla de Cuba" in *Casa de las Américas* 33 nov. - dic. 1965 [=*Homenaje a Ezequiel Martínez Estrada*] 86 ss.

ovverosia (nell'ordine cronologico della individuazione): il modello inglese (ma sé dicente „germanico") e medievale (ma sé dicente „moderno") e il modello romano ed antico.

Montesquieu critica il metodo di ricerca della libertà usato dall'‘utopista' James Harrington, autore di *The Commonwealth of Oceana* (1656), al quale imputa di essere andato alla ricerca della „libertà politica" trascurandone il modello costituzionale che pure aveva sotto gli occhi: quello inglese della propria epoca: «Harrington, dans son *Oceana*, a aussi examiné quel étoit le plus haut point de liberté où la constitution d'un État peut étre portée. Mais on peut dire de lui qu'il n'à cherché cette liberté qu'après l'avoir méconnue, et qu'il a batî Chalcedoine, ayant le rivage de Byzance devant les yeux» (*Esprit des lois* [1748] XI 6). Secondo Montesquieu, Harrington avrebbe dovuto semplicemente guardarsi attorno, nella sua Inghilterra: la «nation dans le monde qui a pour objet direct de sa constitution la liberté politique. Nous allons examiner les principes sur lesquels elle la fonde. S'ils sont bons, la liberté y paroîtra comme dans un miroir. Pour découvrir la liberté politique dans la constitution, il ne faut pas tant de peine. Si on peut la voir où elle est, si on l'a trouvée, pourquoi la chercher?» (*Esprit des lois* XI 5).

Anche Rousseau si protesta non utopista. Nella VI *Lettre de la montagne* (1764), egli afferma che il *Contrat social* viene attaccato proprio perché propone un modello storicamente esistente e non è, per tanto, relegabile «avec la *République* de Platon, l'*Utopie* et les *Sévarambes* dans le pays des chimères» (con allusione critica all'opera dell'‘utopista' Denis de Vairasse, *Histoire des Sévarambes* [1677]). Nel proprio *Contrat social* ([1762] III 12), Rousseau aveva già scritto: «Le peuple assemblé, dira-t-on! Quelle chimère! C'est une chimère aujourd'hui, mais ce n'en étoit pas une il y a deux mille ans [...] je ne parle pas des anciennes républiques de la Grèce, mais la République romaine étoit, ce me semble, un grand Etat ...». La forza delle proposte costituzionali di Rousseau risiede nella prova storica offerta dal loro „modello", da lui dichiarato ancora prima [1754], nel *Discours sur l'origine et les fondemens de l'inégalité parmi les hommes* ("Dedicace"): «Le peuple romain [...] ce modèle de tous les peuples libres».

c. *La scelta della scienza giuridica come scienza–guida*

La dialettica che anima il divenire storico e che fonda la epoca cd. contemporanea è –ancora e soprattutto durante il Settecento – costruita con il ricorso alla ‘scienza' giuridica. Sottolineo con tanta più forza questo ‘dato' quanto più esso mi appare trascurato.

Montesquieu si rifiuta di verificare «si les Anglois jouissent actuellement de cette liberté, ou non. Il me suffit de dire qu'elle est établie par leurs lois, et je n'en cherche pas davantage» (*Esprit des lois*, XI 6).

Neppure Rousseau si fa carico di rispondere a coloro che criticano i comportamenti 'fattuali' dei Romani «moi je cite des lois […] Les Romains sont ceux qui ont le moins souvent trasgressé leurs lois; et il sont les seuls qui en aient eu d'aussi belles» *Contrat social*, I 4 (nota della edizione del 1782)[6].

d. *La scelta del Diritto pubblico come* positio studii

Il genio scientifico del secolo dei lumi, che ha fatto la scelta del diritto, tra il diritto privato e il diritto pubblico fa, quindi, la scelta del diritto pubblico. Esso non abbandona il diritto privato ma privilegia il punto di vista del diritto pubblico. I modelli storici, assunti dagli Illuministi per risolvere il problema della 'miglior forma di governo', si caratterizzano *prioritariamente* dal punto di vista del– e per il contenuto di diritto pubblico.

L'epoca contemporanea diviene, pertanto, l'epoca delle costituzioni.

2. LE CONTRAPPOSIZIONI DELLA DIALETTICA GIURIDICA

a. *Dalla contrapposizione di due modelli storici (romano e inglese) alla contrapposizione di due costituzionalismi*

La contrapposizione viene da lontano, almeno dal secolo XIII, con la formazione del parlamento inglese e trova importanti elaborazioni teoriche all'-inizio della epoca moderna, nelle opere di François Hotman (Anti–Tribonianus, 1567; Franco–Gallia, 1573) e di Johannes Althusius (Jurisprudentiae Romanae libri duo, 1586; Politica methodice digesta, 1614).

Nel secolo XVIII, due modelli storici, il romano e l'inglese, considerati ed elaborati come e con strumenti scientifici giuridici, *generano* due 'costituzionalismi' *contrapposti*, che, attraverso la scrittura di costituzioni, si contrappongono tra di loro sulle istituzioni essenziali del diritto pubblico nonché sul rapporto tra questo e il diritto privato.

[6] Cfr. il *Discours sur l'économie politique* «les Romains se distinguerent au-dessus de tous les peuples de la terre par les égards du gouvernement pour les particuliers, et par son attention scrupuleuse à respecter les droits inviolables de l'état» e le *Lettres écrites de la montagne. Lettre VI* «j'examine, par voie de comparaison avec le meilleur gouvernement qui ait existé, savoir celui de Rome, la police la plus favorable à la bonne constitution de l'état».

Le operazioni di interpretazione del modello inglese e di elaborazione del costituzionalismo corrispondente trovano la loro sintesi nell'*Esprit des Lois* di Montesquieu; ad esso faranno quindi riferimento l'Abbé Sieyès, il primo grande teorico del „sistema rappresentativo" e della distinzione tra potere costituente e poteri costituiti, James Madison e Immanuel Kant, gli inventori della versione contemporanea del „federalismo", e Georg Wilhelm Friedrich Hegel, il filosofo dello Stato.

Dal lato 'romano', la sintesi si trova nel *Contrat Social* di Jean-Jacques Rousseau mentre approfondimenti specifici si trovano, in materia di ruolo dei municipi, nel *Projet de Constitution pour la Corse*, dello stesso Rousseau (redatto nel 1765 e pubblicato postumo soltanto nel 1861), e in materia di tribunato, nei *Grundlage des Naturrechts* (1796–97) e in *Das System der Rechtslehre* (1812) di Johann Gottlieb Fichte. Manifestazioni non sempre parallele dell'uno e/o dell'altro istituto si trovano, quindi, in documenti legati a iniziative politiche e istituzionali durante l''800 e il '900, oramai in ambiente non più favorevole, e sino ai giorni nostri.

b. *Le contrapposizioni sugli istituti essenziali del diritto pubblico*

α. *Due contrapposizioni principali (ma non le sole)*

In primissima approssimazione, possono essere considerate istituzioni essenziali del diritto pubblico quelle costituite: α) dai 'soggetti' e dall'*iter* della formazione della volontà pubblica e β) dai mezzi per la difesa dei diritti di libertà individuali e pubbliche. Non sono, peraltro, le uniche; penso, ad esempio, alle istituzioni per far fronte allo stato di eccezione (dittatura o sospensione dei limiti al potere esecutivo), nonché alle istituzioni connesse (nell'uno o nell'altro costituzionalismo) allea questione morale (contrapposizione tra „virtù" e „vizio") e alla questione federale (contrapposizione tra „federalismo societario" e intrinseco [Althusius] e 'federalismo della divisione' ed estrinseco [Madison, Kant]), le quali tutte però sono in qualche modo secondarie rispetto alle prime due oltre che –sempre *quodam modo*– implicite nelle logiche dei modelli e costituzionalismi rispettivi.

β. *La contrapposizione su soggetti e* iter *della formazione della volontà pubblica (*populus *della* urbs civitas *o parlamento)*

La contrapposizione, in materia di soggetti ed *iter* della formazione della volontà pubblica, tra i due sistemi giuridici/costituzionali consiste nella alternativa tra il binomio 'inglese': parlamento – rappresentanza politica, e il binomio 'romano': municipi – partecipazione dei cittadini.

Secondo Montesquieu, il meccanismo costituzionale inglese, da lui proposto a modello, è caratterizzato dalla titolarità e dall'esercizio della „puissance législative" da parte del Parlamento ove il „corps des nobles", ed il „corps qui sera choisi pour représenter le peuple" vi formano il „corps législatif", in relazione con il titolare della „puissance exécutrice" (cioè il „monarque").

Secondo Rousseau, che –seguendo il modello romano– pone „a fondamento [unico] del corpo politico" il „contratto sociale"[7], titolarità ed esercizio del potere di fare le leggi devono essere del popolo dei cittadini: «Le peuple, soumis aux lois, en doit être l'auteur; il n'appartient qu'à ceux qui s'associent de régler les conditions de la société»[8]. La partecipazione di tutti i cittadini alla formazione delle loro stesse leggi avviene nella „cité"[9]. Ciò comporta una visione della organizzazione statale come insieme (intrinsecamente federale) di

[7] «j'ai posé pour fondement du corps politique la convention de ses membres; j'ai réfuté les principes différens» (*Lettres de la montagne* VI; cfr. *Contrat social* I 5 s. il contratto sociale è «l'acte par lequel un peuple est un peuple» sono, quindi, gli «associés [... che] prennent collectivement le nom de *peuple* et s'appellent en particulier *Citoyens* comme participans à l'autorité souveraine». Colpisce la straordinaria analogia tra il lessico rousseauiano e il lessico ciceroniano: Rousseau, come Cicerone, contrappone la „aggrégation" non qualificata ovverossia la semplice „multitude" alla „société". Il principio del contratto sociale costitutivo del popolo come corpo politico sovrano e la connessa, fondamentale distinzione fra sovranità e governo sono le basi su cui Rousseau poggia la, per il proprio tempo, grande „invenzione", la nozione di „repubblica" (cfr. R. DERATHE, *J.-J. Rousseau et la science politique de son temps*, Paris 1950, 386; J.-J. CHEVALLIER, „Le mot et la notion de gouvernement chez Rousseau" in A.A.V.V., *Etudes sur le* Contrat social *de Jean-Jacques Rousseau*, Paris 1964, 293 nt.2.): «J'appelle donc république tout Etat régi par des lois, sous quelque forme d'administration que ce puisse être: car alors seulement l'intérêt publique gouverne, et la chose publique est quelque chose. Tout gouvernement légitime est républicain» (*Contrat social* II 6). Naturalmente, occorre ricordare che l'«acte que j'appelle une loi» è esclusivamente «quand tout le peuple statue sur tout le peuple» (*Ibidem*).

[8] *Contrat social* II 6 „De la loi"; cfr. I 7 „Du souverain".

[9] «Cette personne publique qui se forme ainsi par l'union de toutes les autres prenoit autrefois le nom de *Cité*» per contro «Le vrai sens de ce mot s'est presque entièrement effacé chez les modernes; la plupart prennent une ville pour une Cité et un bourgeois pour un Citoyen. [...] Cette même erreur coûta cher autre fois aux Carthaginois. Je n'ai pas lû que le titre de *Cives* ait jamais été donné aux sujets d'aucun Prince, pas même anciennement aux Macedoniens, ni de nos jours aux Anglois, quoique plus près de la liberté que tous les autres» (*Contrat social* VI 1 „Du pacte social"; cfr. Karl Ludwig Haller [1768-1854], *Restauration des Staatswissenschaft* 6 voll., Winterthur 1816-34; 2ª ed. 1820-34; ed. fr. Paris 1824 – 75, che cito dalla ed.it. *Ristaurazione della scienza politica* IV, Fuligno 1828, 341 «I sudditi non devono essere chiamati *cittadini* [...] L'espressione *cittadino* vale solamente nelle repubbliche, ed in queste, solo per quelli che lo sono effettivamente […] perché suppone, che i sudditi uniti insieme formino una sovrana corporazione o comunità, dunque veri cittadini»).

città[10] ed il rifiuto netto della rappresentanza e della istituzione parlamentare connesso[11].

γ. *La contrapposizione sui mezzi di difesa della libertà dal potere (tribunato o equilibrio dei 3 poteri)*

La contrapposizione, in materia di mezzi per la difesa dei diritti di libertà individuali e pubbliche, tra i due sistemi giuridici/costituzionali consiste nella alternativa tra il mezzo 'inglese' dell'equilibrio dei 3 poteri e il mezzo 'romano' del tribunato / *defensor civitatis*.

Nel costituzionalismo di modello inglese, la dottrina della rappresentanza fonda il potere del Parlamento e la dottrina della divisione o separazione e dell'equilibrio dei 3 poteri (legislativo, esecutivo e giudiziario) ne determina il funzionamento. Secondo Montesquieu, anche il potere esecutivo partecipa al potere legislativo del Parlamento, non attraverso la „faculté de statuer" ma attraverso la „faculté d'empêcher", ovverosia «le droit de rendre nulle une résolution prise par quelqu'autre»: «Voici donc la constitution fondamentale du gouvernement dont nous parlons. Le corps législatif y étant composé de deux parties, l'une enchaînera l'autre par la faculté mutuelle d'empêcher. Toutes les deux seront liés par la puissance exécutrice, qui le sera elle-même par la législative»; «Il y a, dans chaque état, trois sortes de pouvoirs [...] Tout seroit perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçoient ces trois pouvoirs: celui de faire les loix, celui d'exécuter les résolutions publiques, & celui de juger les crimes ou les differends des particuliers»[12].

Con la sua abituale chiarezza, Rousseau (in *Contrat social* III 7) distingue nettamente due „moyens" per „remédier" ou „prévenir" il „défaut de proportion du peuple au prince" in favore di questo ultimo: la „division du gouvernement" o la „magistrature intermédiaire". La sua posizione non è comunque neutra. Egli critica la divisione del governo e propone la re-istituzione di un „magistrat intermédiaire": il modello è il tribunato romano[13].

[10] Vedi il *Projet de constitution pour la Corse* di Rousseau, su cui G. LOBRANO, Res publica res populi, Torino 1996, 28–30; sul rapporto tra il pensiero di Rousseau e il pensiero di Althusius vedi P. CATALANO, *Tribunato e resistenza*, Torino 1971, 56 ss.

[11] «La volonté de tous est donc l'ordre, la règle suprême [...] Il suit de là que la souveraineté est indivisible, inaliénable et qu'elle réside essentiellement dans tous les membres du corps» *Lettres de la montagne* VI; cfr. *Contrat social* II 1 „Que la souveraineté est inaliénable" e 2 „Que la souveraineté est indivisible". …

[12] Esprit des lois XI 6.

[13] Nelle considerazioni *Sur le gouvernement de la Pologne*, Rousseau mette in guardia contro la „divisione del governo" in parti separate: «Ne comptez pourtant pas trop sur ces moyens [...] si

c. *La contrapposizione sul rapporto tra diritto pubblico e diritto privato (distinzione o separazione e sulla nozione di Stato (*societas *o persona giuridica)*

La contrapposizione, in materia di rapporto tra diritto pubblico e diritto privato, tra i due sistemi consiste nella alternativa fra la „distinzione", romana e la „separazione", di ascendenza inglese.

E' stato osservato[14] che dall'«esempio del diritto romano con la netta distinzione fra diritto pubblico e privato» si passa, per opera di Savigny, alla «separazione; e il campo del diritto propriamente detto si limitò al privato, cioè al diritto di famiglia e dei beni».

[...] manqueront d'accord [...] en se faisant réciproquement obstacle [ces parties] emploieront toutes leurs forces les unes contre les autres, jusqu'à quand une d'entre elles, en l'emportant sur les autres, les domine toutes; d'un autre côté, si elles s'accordent pour agir de concert, elles ne feront réellement qu'un même corps et n'auront qu'un même esprit comme les chambres d'un parlement». In ogni caso, esse «se réuniront toujours pour opprimer le souverain. [...] L'invention de cette division est moderne. Les anciens, qui savaient mieux que nous comment se maintient la liberté, ne connurent point cet expédient». Il giudizio di Rousseau sulla prova antica della inutilità della divisione dei poteri è condivisa da Simón Bolívar, il quale, nel *Discurso de Angostura* (15 febbraio 1819) afferma «La Constitución Romana es la que mayor poder y fortuna ha producido a ningún pueblo del mundo; allí non había una exacta distribución de los poderes. Los Consules, el Senado, el Pueblo, ya eran legisladores, ya Magistrados, ya Jueces; todos participaban de todos los poderes»

Nel libro IV del *Contrat social*, ove Rousseau espone il proprio progetto di costituzione, un capitolo, il quinto, è consacrato al „Tribunat": «Quand on ne peut établir une exacte proportion entre les parties constitutives de l'état, ou quand des causes indestructibles en altérent sans cesse les rapports, alors on institue une magistrature particulière qui ne fait point corps avec les autres, qui replace chaque terme dans son vrai rapport, et qui fait une liaison ou un moyen terme, soit entre le prince et le peuple, soit entre le prince et le souverain, soit à la fois de deux côtés s'il est nécessaire. Ce corps, que j'appellerai *tribunat* [...] n'est point une partie constitutive de la cité, et ne doit avoir aucune portion de la puissance législative ni de l'exécutive, mais c'est en cela même que la sienne est plus grande: car ne pouvant rien faire, il peut tout empêcher» (Secondo P. ANDRIVET, „J.-J. Rousseau: quelques aperçus de son discours politique sur l'antiquité romanie" in *Studies on Voltaire* 151, 1976, 137, Rousseau considera il tribunato il prototipo del garante della correttezza costituzionale; cfr. A. POSTIGLIOLA, *La città della ragione: Per una storia filosofica del Settecento francese*, Roma 1992, 241 s.. Oltre la interpretazione giuridica, anche il giudizio politico sul tribunato costituisce di per sé una vera e propria discriminante tra due ordini di pensiero storico - istituzionale. Dall'altra parte, dei critici del tribunato ricordo i nomi illustri di Montesquieu [*Esprit des lois* XI 16; cfr. ancora A. POSTIGLIOLA, *Op.cit.* 244] e di Mommsen).

[14] F. RUFFINI, „La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) e in Federico Carlo di Savigny" in Aa.Vv., *Studi Schupfer*, Torino 1898, quindi in Id., *Scritti giuridici minori* II *Scritti giuridici varii*, Milano 1936, 24 s.

In realtà, la separazione (in luogo della distinzione) viene da più lontano. Su tale concetto occorre spendere qualche parola. La separazione tra diritto pubblico e diritto privato (manifestazione particolarmente interessante del processo più generale di utilizzazione e insieme di alterazione–deformazione del Diritto romano) è strettamente connessa alla costruzione medievale (benché dichiaratasi „moderna" ed impostasi largamente in epoca contemporanea) della 'rappresentanza politica'. Più precisamente è la costruzione della „*persona ficta vel repraesentata*", sorta durante il secolo XIII (ad opera, sembra, di Sinibaldo dei Fieschi – Innocenzo IV [+1254] nel contesto e per le esigenze del Diritto canonico)[15] e sviluppata abnormemente nel contesto e per le esigenze (affatto diverse: di natura aristocratica)[16] del diritto parlamentare inglese[17], allora nascente. La „*persona ficta vel repraesentata*" costituisce la alternativa del contratto di società del Diritto romano e, nel campo del diritto pubblico, essa consente la sostituzione del *populus* degli „*omnes cives*" (Gaio; Giustiniano) „*iuris consensu et utilitatis comunione* ***sociatus***" (Cicerone) con il Parlamento[18].

[15] *Apparatus* (*Commentaria*) *in quinque libros decretalium*, su cui vedi F. RUFFINI, „La classificazione delle Persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) e in Federico Carlo di Savigny", cit.; A. ROTA, „La persona giuridica collettiva nella concezione di Sinibaldo dei Fieschi (Papa Innocenzo IV)" in *Archivio storico sardo di Sassari*, 3, 1977, 5 ss.; cfr. R. FEENSTRA, „L'histoire des fondations (à propos de quelques études récentes)", in *Tijdschrift vor Rechtsgeschiedenis*, 24.1, 1956.

[16] R.R. PALMER, *The age of the democratic revolution* cit. I 55 ss indica tra gli esponenti della aristocrazia ("Theory and Practice") „Montesquieu, Réal de Curban, Blackstone, Warburton"; cfr. J.J. CHEVALLIER, „Montesquieu ou le libéralisme aristocratique" in *Revue internationale de Philosophie* 9, 1955, 330 ss.; P. ALATRI, *Parlamenti e lotta politica nella Francia del '700*, Bari 1977, 35: «teorie aristocratiche di Montesquieu, sul cui favore senza riserve nei confronti delle corti sovrane è inutile insistere».

[17] Vedi J. P. GALVAO DE SOUSA, „Sulla rappresentanza politica. VI" in *Cristianità*, 1992, 212; W. MAGER, „*Res publica* chez les juristes, théologiens et philosophes à la fin du Moyen Age" in *Théologie et droit dans la science politique de l'Etat moderne*, Actes de la Table ronde, Ecole française de Rome, Palais Farnèse, 1991, 229 ss.

[18] Thomas Smith, scrive (1565): «Le pouvoir le plus haut et le plus absolue du royaume d'Angleterre réside dans le Parlement: car de même qu'en temps de guerre, là où sont le roi en personne, la noblesse, le reste des gentilshommes et la yeomanry, là est la force et la puissance de l'Angleterre, de même, dans la paix et la consultation, [...] Car chaque Anglais est supposé y être présent, soit en personne, soit par procuration et attorney, de quelque preminence, état, dignité ou qualité qu'il soit, depuis le prince, que ce soit un roy ou une reine, jusqu'à la personne la plus miserable d'Angleterre. Et le consentement du Parlament est tenu pour être le consentement de chacun» (Th. SMITH, *The Commonwealth of England and Manner of Government thereof*, London 1589, citato da William STUBBS (vescovo di Oxford), *Histoire constitutionnelle de l'Angleterre, son origine et son développement* (Oxford 1876) édition française, avec introduction, notes et études historiques inédites par Ch. Petit-Dutaillis, traduction du texte anglais, d'après la dernière édition, par G. Lefebvre, Paris 3 vols. 1907-1927, III 543 s.

Durante il secolo XVII, un ruolo decisivo, nello sviluppo parlamentare di questa costruzione e dei concetti connessi, è svolto da Thomas Hobbes, con la teorizzazione del „Leviatano" (lo Stato–persona), entità prodotta dagli uomini mediante un *pactum unionis*, con caratteristiche, programmaticamente magico–idolatriche, di „*homo artificialis*" e di „*deus mortalis*". Hobbes argomenta la necessarietà dello Stato–persona con il postulato della natura insuperabilmente *egoista* degli uomini ("*homo homini lupus*"), la quale, proprio perché li obbliga ad impegnarsi nel perseguimento da parte di ciascuno *contro* tutti ("*bellum omnium contra omnes*") della propria utilità individuale, impedisce loro di impegnarsi nella determinazione e nel perseguimento della utilità collettiva–pubblica: di partecipare, cioè, al processo di formazione della volontà pubblica. Dalla natura degli uomini postulata come egoista discendono la natura intrinsecamente ed esclusivamente *privata* di ciascuno e di tutti i 'cittadini' e la necessità che qualcuno *altro* pensi e provveda per il loro insieme: la necessità, cioè, d'un sovrano altro dal 'popolo dei cittadini'. Questo sovrano altro, Hobbes lo individua precisamente nella 'persona giuridica' del Leviatano: *ovverosia* (concretamente) nelle 'persone fisiche' dei *suoi* altrettanto necessari rappresentanti i quali costituiscono il Parlamento. Pertanto, secondo Hobbes, in senso proprio, non vi sono cittadini (in quanto questi, per definizione, devono essere sovrani [su se medesimi]) né –quindi– popolo (in quanto insieme di cittadini): in loro luogo, vi è la dicotomia tra sovrani (i rappresentanti [del Leviatano]) e sudditi (tutti gli altri)[19] con la *separazione* tra diritto privato e diritto pubblico, che ritroviamo in epoca contemporanea.

[19] «l'essenza dello Stato» è «una persona unica [...] dei cui atti si sono fatti individualmente sostenitori mediante patti reciproci una grande moltitudine di uomini [...] E chi sostiene questa persona è detto *sovrano* [...] Tutti gli altri sono i suoi sudditi» (Th. HOBBES, *Il Leviatano*, 1651, tr. it. a cura e con „Prefazione" di T. Magri, Roma 1976, 112; cfr. K. L. HALLER, *Restaurazione della scienza politica*, 6 voll., Foligno 1828 [tr. it. della 2ª ed. ted. Winterthur 1820 – 34] IV, 341 «I sudditi non devono essere chiamati *cittadini* [...] perché [...] i sudditi uniti insieme formano una sovrana corporazione o comunità, dunque veri cittadini»).

II. Rimozione doppiamente scientifica del Diritto romano pubblico nella fase centrale della epoca contemporanea (sec. xix e xx)

1. AFFERMAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO DI MODELLO INGLESE E RIMOZIONE DEL COSTITUZIONALISMO DI MODELLO ROMANO: FINE DELLA DIALETTICA GIURIDICA E CRISI DELLA SCIENZA GIURIDICA

a. *Conclusione della Rivoluzione francese: dal colpo di Stato del 9 termidoro 1794 contro la costituzione del 1793 alla negazione dell' esistenza del suo „modello",il Diritto romano pubblico*

La dialettica giuridica settecentesca tra modello–sistema costituzionale romano e modello–ordinamento costituzionale inglese subisce, con lo scoppio della Rivoluzione Francese, una accelerazione che sconfina rapidamente nello scontro cruento. Tra la fine del secolo XVIII e gli inizi del secolo XIX, il 'partito romano' ottiene, soprattutto con i giacobini Robespierre e Napoleone, una serie di successi politici e militari. Durante il '93, si scontrano due progetti di Costituzione, quello girondino (di modello inglese, quindi rappresentativo–parlamentare) e quello giacobino (di modello romano, quindi partecipativo–municipalista). Nella Convenzione prevale il progetto giacobino, che diviene la prima costituzione repubblicana francese. Carré de Malberg la definisce l'unica Costituzione democratica, in quanto non cade nella contraddizione tra la affermazione teorica e la negazione pratica della sovranità popolare[20]. Intorno

[20] Vedi, *infra*, nt. 45.

La Costituzione del '93 (la quale, bisogna non dimenticarsene, applica rigorosamente la distinzione sostanziale tra attività legislativa e attività di governo) sotto il titolo „De la souveraineté du Peuple", stabiliva all'articolo 10, in maniera netta e inequivocabile, „Il delibère sur les lois". Il Corpo legislativo, eletto, può soltanto „proporre leggi" (art. 53), la legge così proposta viene „inviata a tutti i Comuni della Repubblica" (art. 58) e se, in tale contesto, secondo le modalità prescritte dall'art. 59, vi ha opposizione, il „Corpo legislativo convoca le Assemblee primarie" (art. 60) per *deliberare* sulla legge proposta. La Costituzione, reazionaria, del '95, nonostante le affermazioni di principio (peraltro subito ambigue: art. 6 della Dichiarazione dei Diritti „La loi est la volonté générale, exprimée par la majorité ou des citoyens ou de leurs représentants"; art. 1 Cost. „L'universalité des citoyens français est les souverain") fa coincidere il „Pouvoir législatif" (titolo V) con il „corps législatif" (diviso in due consigli: dei cinquecento e degli anziani: artt. 44 ss.), vieta il mandato imperativo (art. 52) e stabilisce „Les résolutions du conseil des cinq cents, adoptées par le conseil des anciens, s'appellent lois" (art. 92).

ad essa, si accende la battaglia. I Giacobini difendono, con il 'Terrore', le scelte rivoluzionarie. Gli oppositori, con il Colpo di Stato del 9 Termidoro e con la repressione che segue, pongono fine all'esperimento costituzionale democratico. Anche il successivo esperimento repubblicano–imperiale di Napoleone viene, infine, battuto (Waterloo, 18 giugno 1815). Alle vicende politiche e militari del 'partito romano' corrispondono quelle del sistema giuridico–costituzionale di modello romano, contro il quale si afferma l'ordinamento giuridico–costituzionale di modello inglese.

Alla vittoria politica/militare e ordinamentale del costituzionalismo di modello inglese, si accompagna la operazione di obliterazione del modello–sistema giuridico/costituzionale romano, colpevole di avere suscitato ed alimentato il pensiero democratico. Nonostante tentativi vari di ri-proposizione (in America Latina [Miranda, Bolívar, dr. Francia, Martí], in America del Nord [Calhoun] e in Europa [ad es., la Repubblica romana del '49]) la conclusione del secolo XX è: „il Diritto romano pubblico non esiste". La maggioranza dei giuristi ottocenteschi, in particolare dei più importanti, i tedeschi –ancora tutti 'romanisti' ma „terrorizzati" dal „fantasma" del modello/sistema giuridico/costituzionale romano antico– si pone l'obiettivo di esorcizzare quel fantasma attaccandolo precisamente sul fronte del diritto pubblico. Tale 'attacco', che postula la separazione del diritto pubblico dal diritto privato, opera la scelta a favore del diritto privato e giunge alla obliterazione (doppiamente scientifica: perché effettuata scientificamente in ambito scientifico) del Diritto romano pubblico. Sempre assai schematicamente, possiamo scandire così le fasi di questo attacco, lungo un secolo e stabilizzatosi, quindi, in una ripetizione quasi meccanica: 1) 1835–1849, da Anton Freiherr von Haimberger[21] a Friedrich von Savigny[22]: dalla dichiarazione di „impurità" alla dichiarazione di „inattualità"

[21] Cinque anni dopo la pubblicazione del primo volume del *Sistema del derecho romano actual* (o *de hoy en día*) di Savigny, un altro importante giurista di lingua tedesca, Anton Freiherr von Haimberger, aveva pubblicato il proprio trattato sul *Reines römischen Privat-Recht* (A. VON HAIMBERGER, *Reines römischen Privat-Recht, nach den Quellen und den Auslegungen der vorzuglichten Rechtsgelehrten*, Wien 1835 (re-stampa anastatica Frankfurth 1970; tr. it. de C. Bosio *Il diritto romano privato e puro*[4] Bellinzona 1851)

[22] Friedrich von Savigny, il romanista tedesco padre della Scuola storica del diritto, scrive, tra il 1840 ed il 1849, *Das System des heutigen römischen Rechts*, ridotto al solo diritto privato dei beni (diritti reali e delle obbligazioni). Savigny l'evoluzionista, il „darwiniano prima di Darwin" (così: F. VON HAYECK, *Studi di filosofia, politica ed economia*, tr.it. di M.Vitale, Catanzaro 1998) insegna, nel 1849, che il diritto romano pubblico non è „attuale"; per tanto, non importa ciò che esso stabiliva, dal momento che non serve più (vedi R. ORESTANO, „Savigny 'pubblicista'" in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* Anno XXXII 1982 (riproduzione parziale in R. ORESTANO, „Edificazione e conoscenza del 'giuridico' in Savigny. Tre motivi di riflessione" in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 9 1980 [= Milano 1981].).

del Diritto romano pubblico; 2) 1871, Theodor Mommsen: dichiarazione di inesistenza della specificità del Tribunato (del suo „potere negativo") e, quindi, del sistema repubblicano romano[23], dal quale viene espunta anche la organizzazione municipale (la 'Municipalordnung')[24]; 3) 1889–1934, da Otto Lenel[25] a Fritz Schulz[26]: dalla dichiarazione di non appartenenza al Diritto civile alla dichiarazione di inesistenza del Diritto romano pubblico. Negare la presenza del 'diritto pubblico' nel sistema religioso–giuridico romano e nella sua propria ela-

[23] Nel 1871, esce la prima edizione del *Römisches Staatsrecht* (tradotto impropriamente *Droit public romain*, in realtà: *Diritto statale romano*) di Theodor Mommsen. In questa opera, che marca con forza la scienza giuridica contemporanea, Mommsen cancella la specificità del modello giuspubblicistico romano eliminando la specificità dell'istituto tribunizio (v. G. LOBRANO, „Del defensor del pueblo al tribuno de la plebe: regreso al futuro", in *Roma e America. Diritto romano comune*, 14/2002, 135–165).

[24] «Mommsen […] tiene la Municipalordnung al di fuori del diritto pubblico, propriamente inteso, comunque testimoniando un dato con il quale è necessario il confronto [Th. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III.1, Leipzig 1887, 371 s. (= *Le droit public romain*, VI.2, Paris 1889, 417 s.)] rimandando in un punto in cui, in realtà, non risultano acclarati i motivi di tale esclusione» (M. FELICI, *Studio sulla città nel sistema giuridico romano*, tesi di dottorato, Università di Roma „Tor vergata" a.a. 2000/2001, 11.).

[25] O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*. I, Lipsiae 1889, in particolare *Praefatio* § 1; cfr. F. SINI, „*Iuris interpretes* in tema di inviolabilità tribunizia" en *Ius Antiquum – Drevnee Pravo* 1, 1996, ora in ID., Sua cuique civitati religio. *Religione e diritto pubblico in Roma antica*, Torino 2001).

[26] Fritz Schulz, nei suoi *Prinzipien des römischen Rechts*, München Leipzig, 1934 (tr. it. cura di Vincenzo Arangio-Ruiz, *I principii del diritto romano*, Firenze 1946), revoca in dubbio la stessa esistenza di una scienza romana del diritto pubblico, in particolare di quello „costituzionale ed amministrativo" (ed. it. p. 24). E' notevole che Schulz, teorico della „Isolierung" come effetto della „separazione", applica tale „separazione" anche al rapporto tra diritto pubblico e diritto privato ed argomenta il proprio „dubbio" circa la esistenza di una *scientia juris* romana del diritto pubblico con la affermazione «Nelle esposizioni di diritto privato non è ricordato neppure una volta che la rappresentanza diretta e l'onere reale sono ammessi dal diritto romano pubblico [*sic*!], mentre per diritto privato sono eresie» (*ibidem* p. 25). La novità negativa di Schulz è stata così forte che gli autori, i quali ripetono dopo di lui la affermazione della inesistenza di una scienza giuspubblicistica romana, fanno invariabilmente riferimento alla sua autorità. Inoltre, gli autori successivi passano dalla negazione della esistenza della scienza romana del diritto pubblico alla negazione dello stesso diritto romano pubblico. Vedi, esemplarmente, R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*[3], Paris 1969, 68 e 78 «Le droit romain formulait la distinction du droit public et du droit privé, mais c'était pour laisser le droit public, *s'il y en avait un* [il corsivo è mio], à d'autres que les juristes. [...] Le droit toutefois, de nos jours, n'est plus seulement le droit privé; un droit public a été élaboré depuis la Révolution Française de 1789». David rinvia –p.68 nt.1– ai *Principii* di Schulz (e a H.F. JOLOWICZ, *Roman Foundations of Modern Law*, 1957). Cfr. U. VON LÜBTOW, *Das römische Volk. Sein Staat und sein Recht*, Frankfurt a.M. 1955 (dedicato a „Theodoro Mommsen immortali"), secondo il quale la prima esposizione del Diritto romano pubblico –assente presso la letteratura antica– sarebbe appunto quella di Mommsen.

borazione scientifica è una assurdità[27], la cui forza risiede –ancora oggi– nella sua funzionalità alla concezione e organizzazione 'politiche' divenute dominanti.

b. *Il trionfo della forma di Stato di modello inglese (lo 'statualismo) e la riduzione del diritto a „sovrastruttura"*

La operazione di rimozione del Diritto romano pubblico, con la obliterazione del modello romano e persino del costituzionalismo costruito sulla sua scorta, fa venire meno la dialettica giuridica, che, durante il '700, aveva consentito di concepire la 'rivoluzione costituzionale' e mosso il processo di transizione dall''ancien régime' alla epoca contemporanea.

Il costituzionalismo di modello inglese, *statualista*, perché ipostatizza (personalizza) lo Stato, sia pure *in funzione dei suoi „rappresentanti"* (il Parlamento), inizia la propria „resistibile ascesa" per divenire, infine, il 'pensiero unico statualista'.

Una conseguenza è la crisi della scienza giuridica romanistica, fondata sulla complementarità diseguale tra diritto pubblico e diritto privato. Infatti, non soltanto la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato è caratteristica essenziale del Diritto romano ma, in tale distinzione, il concetto qualificante (in quanto positivo e, quindi, di riferimento) è proprio il concetto di *publicus*, mentre il concetto –negativo– di *privus* / *privatus* indica soltanto chi e/o ciò che **non è** *publicus*[28].

Vi è però anche un'altra conseguenza: la crisi di tutta la scienza giuridica, la quale, pertanto, durante l''800, cede il ruolo di scienza guida alla neo–nata scienza economica, la quale dichiarerà il diritto „sovrastruttura" della economia.

[27] Vedi in proposito lo scritto di G. ARICO–ANSELMO, „'*Ius publicum*' - '*ius privatum*' in Ulpiano, Gaio e Cicerone" in *AUPA* 37 (1983) 445 ss. e le osservazioni di P. CERAMI, „Giurisprudenza e scienza del diritto" in Id., *Ricerche romanistiche e prospettive storico-comparativistiche* [=Estr. *AUPA* XLIII] (Palermo 1995) 229 ss., d'onde emerge -tra l'altro- la straordinaria attenzione di Cicerone per la *peritia iuris publici* come branca della *iuris prudentia*.

[28] *Cic. inv. 1.35 in fortuna quaeritur servus sit an liber, pecuniosus an tenuis, privatus an cum potestate; leg. agr. 2.32 insignia videtis potestatis […] Quirites […] ea qui habeat sine vestris suffragiis aut rex non ferundus aut privatus furiosus esse videatur.*

2. AFFERMARSI DELLA SCIENZA E DELLA DIALETTICA ECONOMICA

a. *La scelta del metodo della utopia e il rifiuto del metodo dei modelli storici*

I presupposti della nuova pseudo–dialettica economica contemporanea si rintracciano già nella dialettica giuridica settecentesca, in particolare nella contrapposizione tra virtù e vizio, cui già ho fatto cenno. Mentre il filo–romano Abbé de Mably considera „effeminata" e perdente una cultura da „mercenari" fondata su regole economiche di mercato, il filo–inglese Sieyès fonda la necessità dello stesso „sistema rappresentativo", *contro* la democrazia[29], su quella che egli individua come la caratteristica per eccellenza della *economia* moderna (di cui lo scozzese Adam Smith è il nuovo profeta): la divisione delle funzioni ("partage des fonctions") in vista dell'aumento della ricchezza[30]. Nel 1819, Benjamin Constant ripropone lo stesso discorso di Sieyès: in luogo della libertà assicurata dalla partecipazione democratica di tutti i cittadini al potere, vi è la libertà di commercio[31]. Il primo 'manuale' del nuovo diritto costituzionale è stato, in Francia, il *Cours de politique constitutionnelle ou collection des ouvrages publiés sur le gouvernement par Benjamin Constant*, raccolta da Laboulaye nel 1851.

In effetti, la scuola illuministica scozzese aveva prodotto una nuova scienza della economia, caratterizzata dalla fondazione su presunte leggi proprie o interne, non ricavate *aliunde*[32]. La nuova scienza economica postula, come

[29] Ma anche dell'esercito professionale contro l'esercito di tutti i cittadini (*Discours* cit. 282).

[30] «De la –afferma Sieyès– vient la séparation des travaux, effet & cause de l'accroissement des richesses & du perfectionnement de l'industrie humaine. Cette matière est parfaitement développée dans l'ouvrage du Docteur Smith. Cette séparation est à l'avantage commun de tous les Membres de la Société. Elle appartient au travaux politiques comme à tous les genres du travail productif. L'intérêt commun, l'amélioration de l'Etat social lui-même, nous crient de faire du Gouvernement une profession particulière. [...] Ainsi, la Constitution purement démocratique devient, non seulement impossible dans une grande société; mais dans l'Etat même le moins étendu, elle est beaucoup moins appropriée aux besoins de la société [...] que la Constitution *représentative*» (E. SIEYES, „Observations sur le rapport du comité de constitution, concernant la nouvelle organisation de la France", Versailles chez Badouin 1789, 35 in *Oeuvres de Sieyès*, Genéve – Paris 1989, III).

[31] Nel famoso *Discorso sulla libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, Constant scrive che, nel mondo „moderno", «il commercio ispira agli uomini un vivo amore per la indipendenza individuale» mentre «Il fine degli antichi era la divisione del potere sociale fra tutti i cittadini di una stessa patria: era questo che essi chiamavano libertà».

[32] Ai filosofi scozzesi David Hume (1711–1776), Adam Ferguson (1724–1816) e Adam Smith (1723–1790), la dottrina connette, sotto il comune denominatore dell''individualismo liberale', i precedenti John Locke (1632–1704) e Bernard de Mandeville (1670–1733), i

„legge del mercato", la divisione delle funzioni produttive[33]. Ora, per quanto ciò possa apparire paradossale (dal momento che questi illuministi scozzesi sono considerati i padri fondatori del pensiero e della prassi della libertà), proprio da essi i 'costituzionalisti' ricavano la esigenza della organizzazione degli uomini centralistica e gerarchica, di cui si fanno, ancillarmente, carico[34].

Nel secolo XIX, dopo i 'precursori, Saint Simon e Louis Blanc, è soprattutto Karl Marx colui il quale fornisce alle tesi 'scozzesi' la antitesi necessaria per la costruzione di una –nuova– pseudo–dialettica economica. Marx, in luogo del metodo dei modelli di cui –in sintonia con Condorcet e Constant– dichiara la chiusura[35], sceglie decisamente il metodo della utopia.

b. *La contrapposizione di fantasia*

La affermazione del pensiero unico statualista, realizzatasi, in termini negativi, con la interruzione operativa e teorica della dialettica giuridica settecentesca tra *due* „forme di Stato", si manifesta in termini positivi, da un lato, con la non–dialettica giuridica tra Stato e non–Stato (Engels, *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato*, 1884) cui corrispondono sia la crisi epocale della scienza giuridica sia la affermazione della scienza economica come scienza–guida, e, dall'altro lato, con la nuova pseudo–dialettica economica e semplicistica tra 'mercato senza società' e 'società senza mercato'.

---

contemporanei Josiah Tucker (1712–1799), Edmund Burke (1729–1797) e William Paley (1743–1805), i quali attingono alla tradizione della *common law,* i francesi Montesquieu e Alexis de Tocqueville (1805–1859).

[33] M. GEUNA, „Adam Ferguson e il problema della divisione del lavoro: l'analisi delle nazioni commerciali" in *Annali della Fondazione Luigi Einaudi*, XVIII; cfr. Anna Maria BATTISTA, „Come giudicano la politica libertini e moralisti francesi" in S. BERTELLI (a cura di), *Libertinismo in Europa*, Milano Napoli 1980; M. SALVATI, „Divisione del lavoro" in *Enciclopedia delle scienze sociali Treccani*, Roma 1999.

[34] Già nella concezione di Sieyès, la divisione delle funzioni, che costituisce la novità dei 'moderni' rispetto agli 'antichi' («Les peuples européens modernes ressemblent bien peu aux peuples anciens. Il ne s'agit parmi nous que de commerce, d'agriculture, de fabriques ...»), comporta lo stabilirsi di una gerarchia sociale drastica: «Une grande nation est nécessairement composée de *deux peuples*, les producteurs et les instruments humains de la production»; «les citoyens, les chefs de productions, seraient des blancs, les instruments de labeur *auxiliaires* seraient les nègres, et les nouvelles races de singes anthropomorphes seraient les *esclaves*». Citazioni da E. SIEYES, *Dire sur le veto royal*, riprese da R. ZAPPERI, „Introduction" a E. SIEYES, *Qu'est-ce que le Tiers état*, 1789, ed. Genève 1970, 7; 10 s.; cfr. 14.

[35] (F. ENGELS) – K. MARX, *Die heilige Familie oder Kritik der kritischen Kritik. Gegen Bruno Bauer und Consorten*, tr. it. di A. Zanardo, Roma 1967, 158 ss. definisce „colossale illusione" e „tragica" il tentativo di „modellare la testa politica di questa società [moderna] nel modo antico" da parte di „Robespierre, Saint-Just ed il loro partito" (cfr. P. CATALANO, *Tribunato e resistenza*, cit. 139.

Tra la fine del secolo XIX e la prima parte del secolo XX la pseudo-dialettica economica raggiunge il proprio apogeo. La grande industria, produttrice di forza e di ricchezza, è il regno della centralizzazione e della gerarchizzazione[36] ed è il paradigma dello Stato. Negli Stati Uniti d'America „Ciò che è buono per la Ford è buono per l'America"[37]. Nella Unione Sovietica, a riprova della inconsistenza della dialettica economica, regnano – invertendo specularmente il rapporto Stato/industria– la stessa centralizzazione e la stessa gerarchizzazione.

Ovviamente, in assenza di dialettica giuridica, la nozione di Stato è unica per tutti.

III. Risorgenza spontanea del Diritto romano pubblico nella fase attuale della epoca contemporanea (fine sec. xx e inizi sec. xxi)

1. FENOMENI NEGATIVI

a. *Fine dello schema dialettico proposto dalla scienza economica*

Dopo la implosione della Unione sovietica e la fine della pseudo-dialettica economica tra 'mercato senza società' e 'società senza mercato', il politologo statunitense Francis Fukuyama, espressione autorevole del pensiero unico statualista, ha scritto il saggio *The end of history and the last man*[38]. Ma non poteva prendere un abbaglio più grosso. La storia, anzi, ha subito una accelerazione.

Però, a parte l'abbaglio sulla fine della dialettica e della storia, i politologi–sociologi nord-americani, con la nuova antitesi tra 'comunitari' e 'liberal'[39],

[36] Ad opera, soprattutto, di due uomini–simbolo: Frederick Taylor (1856–1915) ed Henry Ford (1863–1943). L'ingegnere ed il 'padrone' della 'Ford' sono coloro che sviluppano ed applicano, sino alle conseguenze massime, nella organizzazione della 'grande' industria, i principi degli economisti „mercantilisti" scozzesi e dei costituzionalisti rappresentativi–liberali francesi (e, poi, tedeschi).

[37] A. GRAMSCI, „Americanismo e fordismo" in ID., *Quaderni dal carcere*, edizione Einaudi Torino 1977.

[38] N.Y. e London 1992; tr. it. di D. Ceni, *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Milano 1992.

[39] A. FERRARA (a cura di), Comunitarismo e liberalismo, Roma 1992; M. VENEZIANI, Comunitari o liberal? La prossima alternativa, Bari 2000.

hanno, in qualche modo, *a modo loro*, ri-scoperto i termini della dialettica giuridica settecentesca e pre-settecentesca.

Resta, ora, ai giuristi fare la loro parte.

b. *Crisi esterna/estrinseca ed interna/intrinseca dello Stato, ovverosia della forma di Stato unica di modello inglese*

Sulla „crisi dello Stato" si è addensata, negli ultimi anni, una bibliografia troppo vasta e troppo nota perché un romanista si faccia carico di ricostruirla[40]. Occorre, piuttosto, osservare, dal punto di vista del Diritto romano pubblico, l'approccio limitato ed equivoco diffuso in tale dottrina.

Approccio 'limitato' perché vede una parte sola della crisi, quella che qui chiamo „esterna/estrinseca". E' la rottura dell''involucro' degli Stati (e della forma–Stato), che si manifesta nei fenomeni –soltanto apparentemente opposti– della „globalizzazione" e della frammentazione. In realtà, vi è anche una crisi, che qui chiamo „interna/intrinseca" che colpisce gli istituti essenziali dello Stato.

Approccio, inoltre, 'equivoco' perché, in realtà, in crisi è *non lo* Stato ma *una forma di* Stato, quella di modello 'inglese'.

Ancora una volta, dovrei ricordare che tali caratteristiche negative della dottrina sono manifestazioni della menzionata unicità del pensiero statualista[41].

c. *Manifestazioni della crisi interna/intrinseca*

α. *Critica distruttiva dell'istituto della rappresentanza politica*

E', invece, precisamente mestiere del romanista (che non ignori il Diritto romano pubblico) ricostruire la faccia interna/intrinseca della cd. 'crisi dello Stato'.

[40] Faccio una eccezione per il contributo di N. IRTI – F. MARGIOTTA BROGLIO, *La crisi dello Stato moderno* Firenze 1992. Mi colpisce, infatti, nella produzione di Irti, la sensibilità per una serie di problemi che il romanista coglie come centrali nella attualità; ad esempio, oltre la crisi dello Stato „moderno", la questione del nesso diritto – luoghi e la questione del rapporto tra diritto ed economia (N. IRTI, *L' ordine giuridico del mercato,* Roma 1998; N. IRTI – E. BAFFI e al., *Diritto ed economia : problemi e orientamenti teorici*, Padova 1999).

[41] Cfr. M. LUCIANI, „L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni", in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, II, Padova, 1998, pagg. 731 ss.

Una serie straordinariamente consistente di riflessioni critiche distruttive –proposte da giuristi positivi– ha investito e continua ad investire gli istituti essenziali del diritto pubblico: i soggetti e le procedure di formazione della volontà pubblica ed i mezzi per la difesa della libertà. Le critiche riguardano – ovviamente, direi– soltanto le varianti 'inglesi' di tali istituti: la rappresentanza politica e l'equilibrio dei 3 poteri e sono giunte, così, ad intaccare i presupposti della separazione tra diritto privato e diritto pubblico e dello stesso dello Stato–persona.

La riflessione critica sulla rappresentanza politica –lunga e complessa– non è sempre uguale a sé stessa, essa, però, aggredisce sempre e comunque tale istituto nel suo nucleo essenziale: la pretesa cioè di costituire lo strumento capace di tradurre in volontà unitaria le volontà di una pluralità di persone[42].

Una prima ondata di critiche è prodotta dalla riflessione 'costituzionale' immediatamente successiva alla prima guerra mondiale. Il 'romanista', Max Weber (autore della *Storia agraria romana*), nel famoso saggio *Economia e società*, la cui prima edizione è del 1922, individua due tipi di rappresentanza e li pone nella „schärfste Gegensatz", chiamandoli rispettivamente „gebundene Repräsentation" e „freie Repräsentation", la quale ultima soltanto „dem Okzident eigentümlich" fa dei 'rappresentanti' i 'padroni' („Herr") anziché i 'servitori' („Diener") dei „deleganti"[43]. Nel 1925, Hans Kelsen[44] denunzia il «tentativo di mascherare la riduzione non lieve che la idea democratica subisce

[42] Canonisti a parte, è la tesi espressamente formulata da Edoardo I, Thomas Smith, James Madison, Immanuel Kant, Alexis de Tocqueville, per limitarci ai personaggi più noti (vedi G. LOBRANO; Res publica res populi. *La legge e la limitazione del potere*, Torino 1996, 159 ss. e 223 ss.)

[43] M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*5, hrsg v. J. Winckelmann, Tübingen 1976, lib.I cap.III §22 p.172, scrive a proposito della „gebundene Repräsentation": i «'Repräsentanten' sind in Wahrheit: Beamte der von ihnen Repräsentierten» ed essa è il «Surrogat der in Massenverbänden unmöglichen unmittelbaren Demokratie»; a proposito della „freie Repräsentation" scrive invece: «Der Repräsentant, in aller Regel gewählt [...], ist an keine Instruktion gebunden, sondern Eigenherr über sein Verhalten. Er ist pflichtmäßig nur an *sachliche* eigene Ueberzeugungen, nicht an die Wahrnehmung von Interessen seiner Deleganten gewiesen» e «der von den Wählern gekorene *Herr* derselben, nicht: ihr 'Diener' ist [...] Diesen Charakter haben insbesondere die modernen parlamentarischen Repräsentationen angenommen»; cfr p.173 «Nicht die Repräsentation *an sich*, sondern die *freie* Repräsentation und ihre Vereinigung in parlamentarischen Körperschaften ist dem Okzident eigentümlich».

[44] *Il primato del parlamento*, tr. it. (dalla ed. Wien – Leipzig del 1925, *Das Problem des Parlamentarismus*) a cura di C. Geraci, con „presentazione" di P. Petta, Milano 1982, 176; (Cfr. A. OLIET PALA, «El principio político formal de identidad en el ordenamiento español» in *Revista de derecho político* 23, verano 1986, 118, che rinvia a H.KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, Ed. Nacional México 1973, 48).

per il fatto che la volontà statuale è formata non dal popolo ma da un organo, il parlamento, assai diverso, anche se eletto dal popolo». Nel 1931, Carré de Malberg[45], scrive che «l'idée de souveraineté de la volonté générale a été exploité en vue de fonder la puissance souveraine du Parlement lui-même. Une telle contradiction paraîtra difficilement acceptable à tout homme qui n'est pas résigné à se payer de mots.» Infatti, «Comment admettre que, dans notre droit public, les décisions émanées du Parlement aient pu être présentées comme des productions de la volonté populaire, alors que la Constitution tient systématiquement les citoyens à l'écart de leur formation?». Carré de Malberg si riferisce alla costituzione francese, allora vigente, del 1875. La stessa identica critica investe però anche il costituzionalismo successivo alla seconda guerra mondiale. Nel 1975, Costantino Mortati[46] afferma durissimamente, a proposito della costituzione italiana, che nessuna delle condizioni necessarie a consentire l'esercizio popolare della sovranità (pur solennemente affermato all'art.1 della stessa costituzione) si realizza in Italia, con la conseguenza che «il regime di poliarchia effettivamente vigente viene a realizzare una forma di sovranità del Parlamento».

La ri–constatazione (duecento anni dopo Jean–Jacques Rousseau) della inesistenza stessa della rappresentazione politica è, però, di una filosofa, Hannah Arendt, che, nel secondo dopo-guerra, tra gli anni '50 e gli anni '70, conduce una riflessione sulle istituzioni dello Stato moderno e –sia pure senza la consapevolezza giuridica rousseauiana– 'scopre' la inconsistenza logica della dottrina della rappresentanza politica *e* la attualità delle istituzioni politiche antiche. Secondo la Arendt, il fenomeno della „trasmissione" dello spirito politico dei cittadini ai capi dello Stato per il tramite delle istituzioni moderne rappresentative è „altamente misterioso"[47].

[45] *La Loi, expression de la volonté générale*, ried. in *fac-simile* della ed. 1931 con „Préface" de G. Bourdeau, Paris 1984, p. 215.

[46] „Art. 1" in G. BRANCA (a cura di), Commentario della Costituzione I Principi fondamentali: Art. 1 – 12, Bologna 1975, 23 e 36

[47] *Le origini del totalitarismo* (1951) tr. it. 1989; ID., *La lingua materna* (testi del 1954 e del 1964) tr. it. a cura di A. Dal Lago, Milano 1993; ID., Vita activa. *La condizione umana* (1958) tr.it. Milano 1964; ID., *Sulla rivoluzione* (1965) tr. it. Milano 1983; ID., *La disobbedienza civile e altri saggi* (1970–1972) tr. it. Milano 1985. Cfr. Maria Pia BACCARI, „Il concetto giuridico di *civitas augescens*: origine e continuità" in *SDHI*, 61, 1995, 760. Vedi anche ID., *Cittadini popoli e comunione nella legislazione dei secoli IV-VI*, Torino 1996; David EASTON, *A systems analysis of political life*, 1965, tr.it. a cura di G. Pasquino, *L'analisi sistematica della politica*, Casale Monferrato 1984, che definisce il sistema politico odierno, in quanto produttore di decisioni, „scatola nera" e „vaso di Pandora"; Karl Wolfgang DEUTSCH, *The nerves of government*, tr.it. di F. Occhetto, *I nervi del potere*, Milano 1972). Per quanto concerne la ri-scoperta e la riproposizione delle istituzioni antiche, vedi, *infra*, prgf. III.2.b.α .

I giuristi arrivano un poco più tardi. Nel 1972, anche il costituzionalista Vanossi definisce la rappresentanza politica un „mistero"[48]. Nel 1978, un altro costituzionalista, Eulau scrive che «Se ... con qualche sforzo siamo in grado di indicare con sufficiente approssimazione ciò che la rappresentanza non è, malgrado molti secoli di impegno teoretico non possiamo dire cosa la rappresentanza è», ragione per la quale la crisi riguarderebbe «la teoria della rappresentanza e non delle istituzioni rappresentative»[49]. Nel 1982, Torres del Moral afferma invece che «La teoría de la prohibición del mandato imperativo asentada en el principio de soberanía nacional … es histórica y actualmente insostenible, desde el punto de vista rigurosamente teórico. De manera que no puede sorprender nos en absoluto que en la práctica política [el mandato imperativo] se haya mantenido vigente»[50]. Anche il giurista e parlamentare italiano, Fisichella, nel commentare Eulau, considera (1983) che la crisi teorica debba essere proiezione della crisi istituzionale sebbene la maggiore 'velocità' della crisi della teoria rispetto alla crisi dell'istituto può far sì che «la prima emerga quando la seconda è ancora poco visibile»[51]. Tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90, la crisi della rappresentanza politica diviene oggetto, in Italia, anche delle trattazioni istituzionali per eccellenza: quelle dei dizionari. Nel 1987 Nocilla e Ciaurro, scrivono sulla *Enciclopedia del Diritto* di «difficoltà di pervenire ad una definizione dogmatica della „rappresentanza politica"»[52]. Nel 1991, sulla *Enciclopedia giuridica*, Ferrari[53] si „sorprende" (anche lui, come già Torres del Moral) «che la difficoltà di definizione teoretica [della „nozione di rappresentanza politica" „centrale nella concezione stessa dello Stato di democrazia classica"] non abbia indotto significative correnti del pensiero pubblicistico a lamentare una crisi delle stesse istituzioni rappre-

[48] J.R. VANOSSI, El misterio de la representación política, Buenos Aires 1972.

[49] H. EULAU, „Changing Views of Representation" in H. EULAU - J.C. WAHLKE (Eds.), *The Politics of Representation. Continuities in Theory and Research*, Beverly Hills, 1978, 32; (citato da D. FISICHELLA, *La rappresentanza politica*, Milano 1983, 5; cfr. ID., *Elezioni e democrazia: un'analisi comparata*, Bologna 1982; Gianfranco PASQUINO [a cura di], *Rappresesentanza e democrazia*, Roma Bari 1988).

[50] A. TORRES DEL MORAL, „Crisis del mandato representativo en el Estado de partidos" in *Revista de Derecho político*, 14, verano 1982.

[51] Vedi, *supra*, la nt. 49.

[52] D. NOCILLA – L. CIAURRO, „Rappresentanza politica" in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVIII 1987, s.v.

[53] G. FERRARI, „Rappresentanza istituzionale" in Enciclopedia Giuridica, XXV, Roma 1991. Più in generale, cfr. P. ZATTI, Persona giuridica e soggettività: per una definizione del concetto di persona nel rapporto con la titolarità delle situazioni soggettive, Padova 1975, e F. D'ALESSANDRO, Persone giuridiche e analisi del linguaggio, Padova 1989.

sentative». Il tutto mi fa pensare alla riflessione (peraltro non coincidente con la mia) di Wiethölter sulle „formule magiche" della scienza giuridica[54].

In questo quadro vanno lette le iniziative, in Italia, per la abrogazione indiretta e diretta del divieto di mandato imperativo. La legge 1993 n. 81 disciplinante la elezione dei Sindaci e dei Presidenti delle Province, impone al candidato Sindaco e al candidato Presidente della Provincia di presentarsi ai comizi elettorali con un programma sulla cui base domandare ai cittadini il mandato per amministrare la comunità urbana o la comunità provinciale. Il 20 aprile 1999, è stata presentata al Parlamento italiano la «Proposta di legge costituzionale n. 5923 d'iniziativa dei deputati Armaroli ... [20 deputati] „Modifica dell'articolo 67 della Costituzione, in materia di divieto di mandato imperativo"» volta alla abrogazione del divieto[55].

Da ultimo, nel 2000, il costituzionalista statunitense Ackerman, il quale ragiona pertanto in riferimento ad una organizzazione statuale di dimensione semi–continentale, non si limita a ripetere le osservazioni critiche sulla rappresentanza politica ma, facendo (dopo la Arendt) un passo ulteriore nel senso del ritorno al costituzionalismo rousseauiano di modello romano, propone un vero e proprio ritorno al potere legislativo popolare attraverso l'istituto dei referendums, lasciando al Parlamento soltanto il potere normativo proprio dell'esecutivo[56].

---

[54] R. WIETHÖLTER, *Le formule magiche della scienza giuridica*, 1968, tr.it. di L.R.Amirante, Roma Bari 1975.

[55] Gli altri deputati sono: Selva, Pisanu, Follini, Biondi, Giovanardi, Anedda, Armani, Deodato, Frattini, Giuliano, Landi, Malgieri, Martino, Menia, Carlo Pace, Antonio Pepe, Saponara, Urbani. Nel 1996 erano state presentate al Senato della Repubblica altre due proposte, di minor portata, tendenrti a riformare l'art. 67 della Costituzione (il Disegno di legge costituzionale d'iniziativa della senatrice Mazzuca Poggiolini [12 settembre] e il Disegno di legge costituzionale d'iniziativa dei senatori Montagnino, Andreolli, Diana Lino, Follieri, Monticone, Erroi e Lo Curzio [25 settembre]).

[56] B. ACKERMAN, *La nuova separazione dei poteri. Presidenzialismo e sistemi democratici*, Roma 2003; traduzione it. del saggio apparso originariamente sulla *Harvard Law Rewiew* nel 2000 e della quale vedi la recensione di T.E. FROSINI in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2003. Ackerman è noto per due grandi saggi sul potere popolare nella costituzione degli Stati Uniti: *We the People. Foundations*, Cambridge, Mass. 1991 e *We the People: Transformations*, Cambridge, Mass. 1998, i quali costituiscono le prime due parti di una trilogia annunciata, la cui parte terza dovrà essere intitolata *We the People: Interpretations*. Il saggio del 2000 è considerato da Frosini una anteprima della parte terza. Sulle prime due parti vedi Tania GROPPI, „*We the People: Transformations*. Considerazioni sul libro di Bruce Ackerman" in *Politica del diritto*, 2, 1999. Ringrazio Edoardo Tommaso Frosini e Tania Groppi per le preziose indicazioni fornitemi su Bruce Ackerman.

Va detto, con realismo, che di tutte queste riflessioni non c'è traccia nel processo costituente europeo, il cui livello di elaborazione appare di una modestia scientifica e politica sconfortante.

β. *Crisi distruttiva dell'istituto dell'equilibrio dei 3 poteri*

I giuristi positivi ri–constatano, quindi, anche la inconsistenza se non addirittura la l'inesistenza dell'altro pilastro del costituzionalismo inglese: la garanzia costituzionale dell'equilibrio dei *tre* poteri.

Anche qui, come per la rappresentanza politica, non sono però primi i giuristi ma è un famoso economista 'liberal' a riproporre, senza –sembrerebbe– rendersene conto, tesi di J.-J. Rousseau. Si tratta, nel 1973, dell'austriaco, premio Nobel Friedrick von Hayek: «Quando Montesquieu e i padri della costituzione americana formularono esplicitamente l'idea di una costituzione come insieme di limiti all'esercizio del potere, in base ad una concezione che si era spontaneamente sviluppata in Inghilterra, fondarono un modello che, da allora in poi, il costituzionalismo liberale ha sempre seguito. Il loro scopo principale era di provvedere delle garanzie istituzionali per la libertà individuale, e lo strumento in cui riposero la loro fiducia fu quello della separazione dei poteri. Nella forma in cui noi la conosciamo, tale divisione tra il potere legislativo, giudiziario ed esecutivo, non ha raggiunto gli scopi per cui era stata progettata. Dovunque, per via di mezzi costituzionali, i governi hanno ottenuto poteri che quei pensatori non intendevano affidar loro. Il primo tentativo di assicurare la libertà individuale per mezzo di forme costituzionali è evidentemente fallito» [57].

Tra i testi giuridici che, successivamente, vanno nella stessa direzione di von Hayek, il posto d'onore spetta senz'altro alla relazione di Labriola, nel quadro dei documenti prodotti, nel 1995, dalla Commissione bicamerale del Parlamento italiano (presieduta da Nilde Jotti) per la riforma della costituzione: «... All'origine del costituzionalismo moderno si pone il problema … della limitazione del potere: ed a tale assillante esigenza si è opposto il principio della divisione dei poteri. Ma due secoli di storia politica successiva alla teorizzazione del principio ne dimostrano il completo esaurimento formale. … Non si vuole sostenere che sia decaduto il principio della divisione dei poteri in sé … Ciò che sopravvive del principio … non può però corrispondere all'esigenza rispetto alla quale il principio è stato originariamente concepito e teorizzato, ossia il fine della limitazione del potere politico, che viene realizzato con la *spartizione del potere tra sovrano e gruppi sociali economicamente forti (ele-*

[57] F. A. VON HAYEK, *Rules and Order*, 1973, ora in ID., *Legge, legislazione e libertà*, tr. di P.G. Monateri, Milano 1989.

ttori censuari) [il corsivo è mio!]. A tale fine, nelle democrazie contemporanee, come quella del regime repubblicano italiano, il principio non serve più (mentre resta indispensabile per assicurare la legalità nell'esercizio del potere, che è cosa distinta e diversa dalla limitazione del potere: il potere politico è o non è legalmente esercitato, è o non è limitato, l'una alternativa essendo assolutamente separata ed indipendente rispetto all'altra)»[58].

Si noti che il saggio di Ackerman (pubblicato nel 2000), citato a conclusione del paragrafo precedente a proposito della crisi dell'istituto della rappresentanza politica, è dedicato all'istituto della divisione e/o separazione ed equilibrio dei poteri, istituto del quale Ackerman propone la sostituzione con una divisone tra il potere legislativo del popolo e di governo del parlamento. Non è ancora perfettamente il modello romano di Rousseau ma il processo di avvicinamento è indubbio.

γ. *Svuotamento delle nozioni–quadro di 'repubblica' e di 'democrazia'*

Gli specialisti del secolo XVIII hanno osservato che la Grande Rivoluzione è essenzialmente repubblicana: «… „l'età della rivoluzione democratica". Potrebbe essere meglio definita „l'età della rivoluzione repubblicana". Infatti la forma costituzionale e i principi repubblicani, non la democrazia, fecero crollare le vecchie monarchie»[59].

E' ciò che io ho definito il prevalere del punto di vista giuridico.

[58] S. LABRIOLA, „Relazione sulla forma dello Stato" in COMMISSIONE PARLAMENTARE PER LE RIFORME ISTITUZIONALI, Documenti istitutivi – Discussioni in sede plenaria – Progetto di legge di revisione costituzionale – Indici II [= Testi parlamentari 17 lavori preparatori e dibattiti] Camera dei deputati, Roma 1995; cfr. ID., Lezioni di diritto costituzionale, Rimini 1997, e, nella stessa linea, già S.LESSONA, „La divisione dei poteri. Appunti terminologici" in ID., Scritti minori [a cura di Lucia Praga] II, Milano 1958; M.VOLPI, „Gli organi costituzionali dello Stato" in G. MORBIDELLI – L. PEGORARO – A. REPOSO – M. VOLPI, Diritto costituzionale italiano e comparato, Bologna 1997; G. BERTI, Interpretazione costituzionale. Lezioni di diritto pubblico, IV Padova 2001. La idea della crisi della divisione o separazione ed equilibrio dei tre poteri appare ulteriormente diffusa nella dottrina costituzionale italiana, menziono: Bassi, 1965; Balladore Pallieri, 1972; Mortati 1991; De Vergottini, 1991; Bognetti 1994; Amato – Barbera, 1997; Falcòn, 1998).

[59] G.S. WOOD, „L'eredità di Roma nella rivoluzione americana" cit. 21, che rinvia a R.R. Palmer, The Age of The Democratic Revolution, cit., ed a F. VENTURI, *Utopia e Riforma nell'Illuminismo*, Torino 1970, [tr. ingl. Cambridge 1971]. Circa la centralità della categoria 'repubblica' nel dibattito politico e giuridico settecentesco, vedi però anche Hanna ARENDT, *On Revolution* cit. (p.174 ss. della ed. fr.)

Il valore del repubblicanesimo è confermato nelle Carte costituzionali. L'articolo 139 della Costituzione italiana del 1° gennaio 1948 (il secondo dei due articoli della sezione II „Revisione della Costituzione. Leggi costituzionali") pone un unico, intangibile limite alle possibilità della propria revisione «La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale».

La crisi del costituzionalismo dominante ha cancellato anche questo baluardo. Già nel 1968, il *Novissimo Digesto Italiano*, alla voce „Repubblica" affermava che «è impossibile trarre un concetto unitario di „repubblica"», che «la contrapposizione fra monarchia e repubblica si rivela oggi di poco valore, sia sul piano giuridico, sia su quello politico» e che «Oggi, qualunque cosa si intenda per monarchia e per repubblica, tutto ciò appare un po' fuori dai tempi»[60].

In ogni caso, neppure la democrazia si salva. Si scopre abbastanza per tempo che anche la parola 'democrazia' non ha più senso in epoca contemporanea. Moses Finley nel suo piccolo, famoso saggio su *La democrazia degli antichi e dei moderni* (1971) ha scritto (giungendo a conclusioni perfettamente omologhe a quelle dei giuristi italiani in materia di 'repubblica') che il consenso generale sulla parola 'democrazia' equivale a una svalutazione talmente radicale del concetto da renderne inutile qualsiasi analisi[61].

E' da osservare che le affermazioni del *Novissimo Digesto Italiano* convivono con una produzione notevole di scritti su 'repubblica' ed anzi con qualche segno di una sua recente accelerazione.

[60] G. MARANINI – S. BASILE, „Repubbblica" in *NNDI*, 1968 [r. 1980] *s.v.*

[61] Finley, nella „Prefazione alla seconda edizione" (1981) rileva l'«affermarsi di una teoria elitista della democrazia [...] formulata all'inizio di questo secolo con un cospicuo contributo dei pensatori italiani, Gaetano Mosca e Vilfredo Pareto, e di un immigrato tedesco in Italia molto apprezzato da Mussolini, Roberto Michels, un tempo influente esponente della socialdemocrazia tedesca [.. . secondo la quale] la democrazia può funzionare e sopravvivere solo nelle forme di una oligarchia *de facto* di politici professionisti e di burocrati [...] la partecipazione popolare deve esserci solo in occasione delle elezioni [...e] un'apatia politica è un segno di salute» (le citazioni sono prese dalla edizione italiana M.I. FINLEY, *La democrazia degli antichi e dei moderni*, Bari 1982, 11 e vii).

2. FENOMENI POSITIVI

a. *Nuova domanda di diritto e, in particolare, di diritto pubblico: nuova stagione costituente*

Il panorama attuale che 'vedo' –ad esempio– dalla specola della mia Istituzione universitaria sassarese è caratterizzato, ai diversi gradi di orizzonte e a tutti i livelli, da un rinnovato processo costituente come obiettivo prioritario: scrittura della Costituzione Europea, riforma della Costituzione italiana, ri–scrittura dello Statuto sardo.

Possiamo aggiungere che la parola d'ordine di questo rinnovato fervore costituente è quella –affascinante e promettente ma pericolosa in quanto equivoca– di 'federalismo'[62].

b. *Risorgenza delle istituzioni essenziali del Diritto romano pubblico*

α. *Riaffermazione mondiale del ruolo 'politico' delle Città*

Ancora per ragioni di economia mi esento dall'illustrare, sia pure soltanto a livello di indicazioni bibliografiche, il fenomeno della risorgenza mondiale del ruolo politico della Città.

Da giurista di mestiere (premesso che la stessa Arendt, la quale all'inizio degli anni '50 osserva la inconsistenza della rappresentanza politica moderna [vedi, *supra*, § III 1cα], individua anche la „soluzione" di quella inconsistenza nella Città antica)[63] mi limito a menzionare la proposta (1997), che non esito a definire *rivoluzionaria*, da parte della Commissione bicamerale (presieduta da D'Alema) del Parlamento italiano per la riforma della Costituzione, di *sostituzione* del 'vecchio' Titolo primo della parte seconda della Costituzione italiana, „Il Parlamento", con un nuovo Titolo primo, così formulato: „Comuni, Province, Regioni, Stato"[64]. Sapevano, sanno i nostri riformatori di aver proposto la

[62] A. PACE (a cura di), *Quale, dei tanti federalismi?*, Padova 1997.

[63] Vedi R. SCHOONBRODT, „La ville et la philosophie" in P. ANSAY – R. SCHOONBRODT, *Penser la ville. Choix de textes philosophiques*, Bruxelles – Archives d'Architecture Moderne 1989, 61: «Hanna Arendt et la solution de la Grèce Classique» che, di Harendt, cita «*Condition de l'Homme moderne*, Ed. Calmann-Lévy, Paris, 1983, p. 41».

[64] Si tratta, a mio avviso, della *vera* novità: decisamente più significativa che l'inserimento della parola 'federale' nella stessa intitolazione della Parte seconda: vedi COMMISSIONE PARLAMENTARE PER LE RIFORME COSTITUZIONALI, *Progetto di legge costituzionale. Revisione della parte seconda della Costituzione. Testo risultante dalla pronuncia della Commissione sugli emendamenti presentati ai sensi del comma 5 dell'articolo 2 della legge costituzionale 24 gennaio 1997, n.1*, trasmesso alla Presidenza della camera dei Deputati e alla Presidenza del Senato della Repubblica il 4 novembre 1997, p.137; cfr. F. D'ONOFRIO, relatore sulla forma di Stato, circa „la

sostituzione del modello–ordinamento costituzionale inglese con il modello–sistema costituzionale *romano*?

β. *Diffusione mondiale dell'istituto 'tribunizio' del Difensore civico*

Sul fenomeno della diffusione mondiale di istituti di difesa dei cittadini contro la loro stessa pubblica amministrazione (Difensore civico in Italia, 'Defensor del Pueblo' in Spagna, 'Médiateur' in Francia) esiste una vasta letteratura mondiale[65].

Anche qui mi esento da rassegne, limitandomi ad osservare che occorre: 1) sgomberare il campo dalla prospettiva di derivazione del fenomeno dall'istituto nordico dell'Ombudsman per recuperare la prospettiva tribunizia[66] e 2) coglierne il nesso con la dimensione municipale. In effetti, soltanto nella dimensione municipale è stata prevista la possibilità della elezione diretta del Difensore da parte dei Cittadini, ciò che, secondo la dottrina, costituisce la innovazione costituzionale vera[67].

---

centralità del comune nel nuovo ordinamento" (p. 18).

Benché con una portata sistematica molto più modesta, la formula è, comunque, ripresa dal nuovo art. 114 della Costituzione riformata.

[65] Vedi, per tutti, J. LUIS MAIORANO –y otros–, *El Ombudsman. Defensor del pueblo y de las instituciones republicanas*, I–IV, Buenos Aires 1999; i tre volumi prodotti dal Servizio studi della Corte Costituzionale, Roma febbraio 2002: 1) Vittoriana CARUSI e M. PIERONI, a cura di, *Il difensore civico e istituti affini nell'ordinamento comunitario e in quello italiano*; 2) senza indicazione di curatori, *Il difensore civico e istituti affini nell'ordinamento comunitario e in quello italiano. Appendice: Normative regionali istitutive dell'ufficio del difensore civico*; 3) Dalva CARMEM TONATO, J. F. SANCHEZ BARRILAO, P. PEREON e Lizette DELGADO, a cura di, *Il difensore civico e istituti affini. Aspetti di diritto comparato. Paesi: Francia, Portogallo, Spagna, Argentina, Brasile, Bolivia, Colombia, Ecuador, Messico, Paraguay, Perú, Venezuela*.

[66] G. LOBRANO, „Dal 'Defensor del Pueblo' al Tribuno della Plebe: ritorno al futuro. Un primo tentativo di interpretazione sistematica con particolare attenzione alla impostazione di Simón Bolivar" in P. CATALANO – G. LOBRANO – S. SCHIPANI (a cura di), *Da Roma a Roma. Dal Tribuno della plebe al Difensore del popolo. Dallo* jus gentium *al Tribunale penale internazionale*, Roma 2002, pp. 67–86; ora ampliato e tradotto in lingua spagnola „Del defensor del pueblo al tribuno de la plebe: regreso al futuro", in *Roma e America. Diritto romano comune*, 14/2002, 135 ss.

[67] Cfr. G. ZAGREBELSKY, „Problemi costituzionali sulla nomina di un Commissario Parlamentare in Italia" in C. MORTATI (a cura di), *L'Ombudsman, il Difensore Civico*, Torino 1974, 159: «Si è sostenuta l'opportunità (Jemolo) di configurare il Commissario (non più „parlamentare", ma semmai „popolare") come emanazione diretta della sovranità popolare, attribuendo perciò il potere di eleggerlo direttamente al corpo elettorale. Senza bisogno di richiamare suggestivi precedenti storici, come quello del Tribunato della Plebe, l'organo si caratterizzerebbe per la sua titolarità di una specie di „droit d'empécher", di potere negativo (secondo la formula di Catalano) esercitato in nome e per conto del popolo, idonea a controbilanciare la logica delle

c. *Ricomposizione nella distinzione della separazione diritto pubblico – diritto privato e ricomparsa dello 'Stato comunità'*

Le critiche ad entrambi i pilastri del costituzionalismo di modello inglese, ovverosia dell'ordinamento e del pensiero statualisti sono caratterizzate dalla sola *pars destruens*, proprio –mi sembra evidente– a causa della unicità del pensiero statualista, che neppure ai critici delle sue istituzioni consente di vederne la alternativa. Si deve, però, rilevare la comparsa anche della critica della nozione stessa dello Stato persona e dell'ordinamento su di esso teo-reticamente fondato; critica *cui si connette* una prima, ri-costruzione di un ordi-namento fondato sulla nozione di Stato *societas*[68] (non sul 'falso amico' della nozione di „società civile").

democrazie rappresentative. Non è il caso di discutere nel merito una proposta di questo genere che tenderebbe a delineare un organo assai diverso da quello di cui si discute in questa sede. Basta osservare pregiudizialmente che la realizzazione di un simile disegno sconvolgerebbe dal profondo l'assetto istituzionale vigente e richiederebbe perciò la legge di revisione costituzionale. Ciò probabilmente non perché ne verrebbe modificata la forma di governo: a questo proposito, anzi, si potrebbe ritenere possibile la coesistenza di quell'organo con la ripartizione del potere tra gli organi costituzionali nella forma realizzata da noi. Si tratterebbe, invece, addirittura di una modificazione dei rapporti, se così ci si vuole esprimere, fra Stato-comunità e Stato-apparato, di una integrazione degli strumenti di esercizio della sovranità popolare per la quale, sicuramente, secondo l'esplicita disposizione dell'art.1 della Costituzione, sarebbe necessaria la revisione di essa». Sostanzialmente nello stesso senso G. NAPIONE, *L'Ombudsman: il controllore della pubblica amministrazione*, Milano 1969, 269: «L'elezione a suffragio universale garantirebbe in un certo senso l'indipendenza dell'Ombudsman, ma ne muterebbe la natura, da organo del Parlamento a ufficio investito direttamente della sovranità popolare. In tal caso le modifiche [costituzionali connesse] sarebbero strutturali, ancora più profonde e riguarderebbero le stesse strutture dello Stato».

[68] Ho trovato le formulazioni più mature di queste critica e ri-costruzione connesse (che fanno capo, esplicitamente, al Diritto e alla tradizione giuridica romani) nel discorso di apertura dell'anno giudiziario 2000 della Corte dei Conti della Regione Lazio, pronunziato dal Procuratore regionale (ora Giudice costituzionale) Paolo Maddalena. Cfr. la 'vecchia' sentenza della stessa 'Corte dei Conti' (15 maggio 1973) in *Foro amministrativo* 1973 e, dello stesso Maddalena: *Danno pubblico ambientale*, Rimini 1990; „Il diritto dell'uomo alla conservazione e gestione del mare: azione e giurisdizione" in CERP – CENTRE D'ETUDES, DE RECHERCHES ET DE PUBLICATIONS, *Les zones protegées en Méditerranée: Espaces, espéces et instruments d'application des conventions et protocolles de la Méditerranée* [= Actes du Colloque de Tunis – Novembre 1993], Tunis 1995; „L'evoluzione della tutela ambientale e l'azione popolare prevista dall'art. 4 della legge 3 agosto 1999, n. 265" in *Rivista Amministrativa*, 1999.

La posizione di Maddalena e la giurisprudenza della Corte dei Conti può essere accostata alla sentenza della Cassazione civile, sez. I, 26 ottobre 1995, n. 11151 di valorizzazione del carattere 'societario' contro quello 'personalistico' della società di diritto privato. Peraltro, occorre fare i conti con fenomeni di segno opposto quali l'inserimento nel nostro ordinamento della società unipersonale (v. G. OPPO, „Società, contratto, responsabilità" in *Riv. Dir. Civ*., 1993 II 184 ss; Id. „La legge 'finta'" *ibidem*, 2001 II 485 [ove si sostiene che la qualità di società sia per le società

Mi appare significativo che queste critica e ri-costruzione prendano le mosse dalla questione della tutela efficiente–efficace dell'ambiente. Tale tutela è ravvisata nell'istituto della 'azione popolare'. Ora, la azione popolare, che appartiene al sistema giuridico 'romano' e che è forma di partecipazione dei cittadini all'esercizio di diritti pubblici, è sostanzialmente incompatibile con i presupposti della logica giuridica statalista (la nozione di Stato–persona e la separazione tra diritto pubblico e diritto privato) ed ha un nesso storico–sistematico macroscopico (sebbene non approfondito scientificamente) con il ruolo 'costituzionale' dei Municipi–Comuni[69].

unipersonali una „finzione di legge"]; C. IBBA, *La società a responsabilità limitata con un solo socio. Commento al d.lg. 3.3.93 n.88*, Torino 1995) e della responsabilità penale della società (v. Sara GENNAI – A. TRAVERSI, *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato: commento al D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano 2001). Sulla riforma italiana del diritto delle società v. ora: *La riforma delle società. D.LGS. 17 gennaio 2003 n.6 – Codice civile vigente – Testi a confronto con un commento di Vincenzo Buonocore* [= *Giurisprudenza commerciale* – Suppl. al n. 4/03] Milano 2003.

[69] L'azione popolare, la cui persistenza nel diritto intermedio è, in generale, legata all'applicazione del Diritto romano come diritto comune, ricompare, in particolare, nella vita comunale dei secoli XIII e XIV. In Italia, in epoca contemporanea, dopo le leggi sarde del 26 ottobre e del 20 novembre 1859 in materia di diritto elettorale comunale e provinciale, troviamo l'azione popolare nella legge comunale e provinciale n. 5921 del 1889 (art. 114, per far valere azioni che spettano al Comune o ad una frazione di esso) ed è ripresa dalla legge n. 148 del 1915 (art. 225) per venire abrogata durante il fascismo (nel 1934) ed essere ri-proposta nella legge comunale e provinciale n. 530 del 1947 (art 23) (A. ALBANESE, *L'azione popolare da Roma a noi*, Roma 1955, 83 s. e 210). A parte gli interventi correttivi/integrativi delle leggi n. 765 del 1967 (art. 10) e n. 1034 del 1971 (art. 21) e della sentenza n. 103 del 1975 della Corte Costituzionale, la normativa significativa è costituita dalle leggi n. 142 del 1990, n. 265 del 1999 e n. 267 del 2000: sempre in materia di enti locali (P. MADDALENA, *opp. citt*.; cfr. G. SANNA, *Normativa e dottrina sulla tutela giuridica dell'Ambiente, una introduzione ad alcuni problemi di Diritto romano attuale*, tesi di Dottorato, Sassari 2003, 393 ss.)

CONCLUSIONI: *Carattere spontaneo, non riflesso dell'insieme dei 'fenomeni positivi':*

esigenza e metodo dello studio del Diritto romano pubblico

Questi fenomeni, la rinnovata domanda di diritto e, in particolare, di diritto pubblico e la risorgenza di istituzioni proprie del Diritto romano pubblico, hanno carattere 'spontaneo'. Essi non sono né prodotti né supportati dalla riflessione della scienza giuridica dominante. Questa ultima si trova, anzi, impreparata di fronte a tali fenomeni ed appare propensa a equivocarli ed a mortificarli.

A fronte di tutto ciò, oltre la esigenza e le ragioni generali –mai venute meno– dello studio anche del Diritto romano pubblico (in quanto una delle due necessarie *positiones studii* del Diritto romano) appaiono evidenti anche la esigenza e le ragioni specifiche attuali di questo studio e –con esse–il metodo con il quale esso va affrontato e condotto.

In generale, lo studio del Diritto romano pubblico, come lo studio di tutto il Diritto romano, deve obbedire innanzi tutto alla regola per la quale ogni studio giuridico è tale soltanto se è orientato a risolvere questioni giuridiche attuali: «auf dem Gegenwart orientiert»[70]. Poiché –purtroppo– molti romanisti oggi non rispettano la regola enunciata da troviamo troppo spesso lo studio antiquario, lo studio delle antichità romane, il quale –ovviamente– interessa molto meno o soltanto indirettamente i giuristi. Questa mala prassi produce danni sia nel campo romanistico, ridotto all'antiquariato, sia nel campo del diritto positivo ridotto, proprio per la mancanza dell'apporto scientifico giusromanistico, alla esegesi di „leggi".

In maniera specifica, lo studio del Diritto romano pubblico non può prescindere dalla conoscenza della riflessione scientifica che, sullo stesso Diritto, si è sviluppata nel secolo XVIII, quando, precisamente con il ricorso ad esso, si è definita la dialettica giuridica generatrice della Epoca cd. Contemporanea. Soltanto così edotti, possiamo liberarci dalla cappa del Diritto romano pubblico –anzi statale– *inventato* da Mommsen[71], il quale, nel *Römisches Staatsrecht* traduce la parola „*populus*" delle fonti romane con la parola

[70] Così P. KOSCHAKER, *Europa und das Römische Recht*[3], München–Berlin 1958, 352 «Die juristische Disziplinen haben ihre eigene Gesetze, und eines dieser Gesetze ist, daβ sie alle mehr oder weniger auf dem Gegenwart orientiert sind».

[71] Vedi, *supra*, nt. 26, la citazione di von Lübtow.

„Staat"[72] ed omette la trattazione dei Municipi[73], nella prima riga dell'*Abriss des römischen Staatsrecht* (il manuale sintetico tratto dalla opera principale «per le esigenze dei giuristi») afferma che «... il diritto pubblico romano [...] come ogni diritto suppone lo Stato», il cui potere è portato dai magistrati suoi rappresentanti, i quali non lo ricevono dal popolo ma se lo trasmettono l'un l'altro[74], e, nel „Vorwort zur ersten Auflage" della opera principale, cita, come esempio del „progresso razionale" da lui operato nella trattazione del Diritto romano pubblico, proprio la sistemazione del tribunato, il cui potere di intercessione egli ha ricondotto nell'ambito dei poteri e dei rapporti tra magistrati[75]. E l'elenco delle peculiarità del Diritto romano *statuale* del Mommsen potrebbe allungarsi.

Con questo metodo, dobbiamo leggere le fonti romane per dare risposte ai molti e assillanti problemi giuridici che la contemporaneità ci pone. E' – credo– il metodo propugnato oltre che da Koschaker anche da Giorgio La Pira, il quale definisce còmpito da «morti che seppelliscano i morti» lo studio del Diritto romano non «come un documento di giustizia degno di essere ancora meditato … come una luce che può ancora rischiarare settori spesso così oscuri della vita sociale odierna»[76].

[72] Th. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht* III 1^3 (Graz 1952; r.a. 3a ed. Leipzig 1887) 3 „*Populus* ist der Staat insofern er auf der nationalen Zusammengehörigkeit ruht". Cfr. G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, Milano 1982. 33.

[73] Vedi, *supra*, nt. 24.

[74] «La magistratura, incorporazione del concetto di Stato e titolare del potere pubblico, non può essere concepita come avente base giuridica nella volontà generale della cittadinanza, perché questa volontà per se stessa non può divenire efficace; al contrario nel concetto romano la magistratura romana è più antica del popolo e il mandato, senza il quale in ogni modo una rappresentanza non è concepibile, va dal predecessore al successore ...» (Leipzig 1893, libro II cap.1 „Il concetto della magistratura" citato nella 2a ed., a cura di V. Arangio-Ruiz, della tr.it. *Disegno del diritto pubblico romano*, curata da P. Bonfante).

[75] Vedi, supra, nt. 23.

[76] G. LA PIRA, „Problemi di sistematica e problemi di giustizia nella giurisprudenza romana" in *Atti del V Congresso nazionale di studi romani* [1938] *V*, Roma 1946, 22 ss.

Ђовани Лобрано
Универзитет у Сасарију

Актуелност римског јавног права и институти локалних заједница и заштитника грађана – Шема теза

Резиме[77]

Римском јавном праву у модерној епоси се не поклања пажња, било да је реч о примени римских јавноправних института, било о његовом изучавању и уношењу у програме универзитетских студија. До радикалног и свесног одбацивање римског јавног права дошло је током XIX и XX века, а чиниоци који су до тога довели су бројни. Основни узрок је прихватање енглеског, тј. парламентарног, уставног модела (који интерпретира Монтескје у *Духу закона*) а одбацивање римског модела непосредне демократије (чију синтезу даје Жан-Жак Русо у *Друштвеном уговору*). Та два модела суштински се разликују како по субјекту који обликује општу вољу и поступку по коме се она утврђује, тако и по средствима којима се штите права и слободе. Енглески модел подразумева парламент и политичко представљање, а када је реч о заштити права и слобода, уравнотежену поделу власти. Римски модел подразумева локалну заједницу и непосредно учешће грађана, а када је реч о заштити права и слобода подразумева трибуне и заштитнике грађана. Та два уставна модела разликују се у још једној битној ствари. Јавно и приватно право се у римском моделу *разликују*, а у енглеском се *одвајају*.

У позадини запостављања римског јавног права атоји низ ствари: настанак модерног појма „правно лице“ у који се смешта и држава (док римско право појмове „правно лице“ и „држава“ нема); ток француске револуције и догађаји који су касније довели до тога да између два понуђена уставна модела, жирондински (енглески) и јакобински (римски), победи први; превлађујуће становиште историјскоправне науке да римско

[77] Резиме написао др Антун Маленица, редовни професор Правног факултета у Новом Саду.

јавно право више није актуелно (јасно видљиво нпр. у делима Савињија и Момзена) које је у неким случајевима било доведено до апсурдног закључка „да римско јавно право не постоји“; криза романистичке науке која није истрајала на изучавању везе јавно – приватно у римском праву; криза правне науке у целини која је своју усмеравајућу улогу препустила економској науци; прихватање утопистичког метода (Карл Маркс) на рачун анализе модела који су се јављали током историје и др.

У последњим деценијама наново јача интерес за изучавање римског јавног права. Узрок је криза „државе“, спољашња (глобализација) и унутрашња (поделе). У кризи је идеја да држава увек мора бити уређена према енглеском моделу. Постоје проблеми у функционисању парламентарног ситема и заштити права и слобода (на ово друго указује увођење института Заштитника грађана у Италији, Заштитника народа у Шпанији, Медијатора у Француског, Омбудсмана у низу земаља). Спонтано окретање римском јавном праву показује да се правници и на пољу јавног права окрећу ка методу „историјског модела“. Оваква оријентација је исправна. Изучавање римског јавног права, као и римског права у целини, мора бити подређено подредити идеји да нема правог изучавања права уколико оно не служи разрешавању актуелних правних проблема. Ово неки романисти заборављају и римско право изучавају као нешто што је искључиво везано за прошлост.

347.44(37)

Sebastiano Tafaro
Università di Bari

BREVI RIFLESSIONI SU BUONA FEDE E CONTRATTI

1. Fides

La *fides* delle fonti romane ancora oggi, malgrado gli studi innumerevoli su di essa, si presta a riflessioni e spunti di grande rilievo ed attualità[1].

In questa sede credo di potere rivisitare particolari caratteristiche del modo di operare della *fides* nei contratti.

In proposito sarebbe molto utile sapere quale era il concetto di buona fede formulato dalle fonti romane; purtroppo in esse non si incontra un'esplicita definizione della *bona fides*[2]. Occorre perciò coglierlo nel suo porsi e nella sua strutturazione storica del suo divenire.

Comincerò con il richiamo delle sue origini, in buona parte legate ai rapporti internazionali dove la si incontra anche a base dei trattati (ad esempio con Cartagine)[3]. Ma questo non deve indurre a credere che la *fides* fosse rivolta solo

[1] Ultime significative riflessioni si trovano in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea – Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese* (Padova – Venezia – Treviso, 14-16 giugno 2001), voll. 1-IV, Padova, 2003.

[2] Sul punto v. M. TALAMANCA, La bona fides nei giuristi romani „*Leerformeln" e valori dell'ordinamento,* in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, cit., 30.

[3] Sul punto richiamo le osservazioni di P. FREZZA, *Fides bona*, in *Studi sulla buona fede*, Pub. fac.giur. Università di Pisa, 53, 1975, p. 1: „La prima testimonianza tecnica che noi troviamo della presenza della *fides* nelle istituzioni giuridiche romane è, se non m'inganno, contenuta nella antichissima norma «*patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*». Noi troviamo questa norma, così formulata, nelle dodici tavole (8,21: Serv. *ad Aen*. 6, 609); ma la tradizione raccolta da

alla disciplina dei rapporti tra le città (che oggi definiremmo di diritto internazionale pubblico). Essa aveva una portata più ampia e riguardava l'impegno a garantire la protezione degli interessi del cittadino dell'altra città: perciò si rivolgeva anche ai negozi di diritto privato[4].

Elemento distintivo delle *fides* romana era il fatto che si trattava di una categoria operante sia nei rapporti internazionali sia nei rapporti privati, poiché si proponeva come nucleo normativo unico sia del trattato e dei rapporti tra le città sia dei contratti di diritto privato, tanto più che spesso una delle finalità principali del trattato risiedeva nel riconoscimento della facoltà di negoziare riconosciuta ai cittadini delle due parti stipulanti reciprocamente sul territorio dell'altra parte[5]. Essa consisteva nel dovere di onestà e di rispetto degli impegni

---

Dionigi di Alicarnasso (2, 10) attribuiva questa norma allo stesso fondatore della città: ossia la norma è tanto antica quanto l'istituzione della clientela, e dunque verosimilmente più antica della stessa città, in quanto ordinamento unitario ed accentrato. Nella norma qui sopra citata non troviamo la parola *fides*, ma la parola *fraus*, che esprime il disvalore polarmente opposto al valore *fides* (il qual valore, come è noto, costituisce il nucleo normativo dell'istituzione della clientela). In questa opposizione polare *fides* - (*fraus*) *dolus* la nozione di *fides* manifesta la più notevole e duratura fra le costanti della sua evoluzione tecnico giuridica. Un altro antichissimo documento, in cui la *fides* viene richiamata come fondamento di una obbligazione nascente non da contratto di diritto privato, ma da contratto internazionale, è il primo trattato fra Roma e Cartagine, del cui contenuto ci informa Polibio (3, 22, 9) […] La presenza della *fides* come valore normativo proprio dei rapporti internazionali è ampiamente documentata nei testi dei trattati a partire dal sesto secolo a.C. Le parti contraenti solevano affermare in un solenne giuramento la volontà di osservare i patti «fedelmente e senza dolo»".

[4] Osserva il TALAMANCA, *op. cit*., 41 s.: „Quale che ne sia stata la data, *i iudicia bonae fidei* hanno origine policentrica: a mio avviso, essi non sorgono esclusivamente nell'ambito del commercio internazionale (per usare di questo termine un pò convenzionale), né trovano il loro unico punto di emersione nelle spinte in senso evolutivo all'interno della società romana: fra le *actiones empti et venditi e l'actio tutelae* (solo di poche decine d'anni più recente delle prime) v'è una profonda differenza a tale riguardo e, d'altronde, le stesse azioni correlate a quelle che sarebbero divenute le *obligationes consensu contractae* non nascono tutte, di certo, nel mondo dei traffici commerciali. Né, d'altro lato, l'aspetto della *fides* riesce a fornire una precisa risposta sotto il profilo qui discusso, dato che rapporti ispirati alla *fides* esistevano da sempre sia nell'ambito internazionale (basti pensare alla *deditio in fidem)* che in quello interno. V'è, però, un punto comune a tutte queste fattispecie, che, com'era la regola alle origini, l'intervento del pretore viene a colmare lacune esistenti nell'ordinamento, in quanto mancava, in linea di massima, la possibilità di trovare una tutela sul piano del diritto altrimenti vigente, il che comportava - oltre all'assenza di una predeterminata istanza giurisdizionale - la necessità di individuare la disciplina del rapporto".

[5] Osserva il P. FREZZA, *Bona fides*, cit., p. 3"[…] la *fides* va considerata come nucleo normativo sia del trattato fra le città, sia del contratto di diritto privato. Quest'ultimo, una volta entrato nella sfera della coercibilità statuale, non cessa di essere configurato come rapporto fondato sul dovere che ha ogni galantuomo di rispettare gli impegni liberamente consentiti; rivela cioè una struttura normativa atteggiantesi in maniera analoga al rapporto liberamente consentito fra due stati. La differenza fra il contratto di diritto privato ed il trattato internazionale non sta nella struttura delle due istituzioni, ma nel diverso meccanismo protettivo che è proprio di ciascuna di esse; a parte questa differenza, esse obbediscono al medesimo principio".

assunti. La sua principale caratteristica risiedeva nell'affidamento sulla correttezza del comportamento di un'altra parte, che accomunava, giova ripeterlo, tanto i rapporti fra le città quanto i rapporti tra i privati.

Va tuttavia precisato che i rapporti internazionali ed i relativi contratti tra privati non costituivano il solo campo di applicazione della *fides*: nell'esperienza romana infatti accanto a questi rapporti, che possiamo definire *intersoggettivi*, vi era il campo dei rapporti interni alla collettività di Roma, che possiamo indicare come *intrasoggettivi*, e che nella Roma antica concerneva soprattutto i rapporti di clientela, nei quali vi era un obbligo di assistenza e protezione continua del patrono nei confronti del cliente; sancito, in caso di violazione, dalla 'sacertà' (cioè dalla consacrazione agli dei e quindi dalla possibilità di essere ucciso in ogni momento) comminata al patrono che avesse tradito la *fides* dovuta al proprio *cliens*[6].

In questi due vasti ambiti di applicazione la *fides* presentava caratteristiche convergenti: la necessità di attendere scrupolosamente ai propri doveri, rispettando gli impegni assunti ed accordando, ove ce ne fosse bisogno, protezione a persone bisognevoli. Il contenuto dell'impegno costituiva la dinamica della *fides* sulla quale vorrei avanzare alcune osservazioni, limitate, in questa sede, ai contratti.

2. *Fides* e contratti

La materia dei contratti presta il terreno piú propizio per l'applicazione della *fides*.

In partenza il contratto valeva per quello che una determinata *forma* (*gestum* o pronuncia di *certa verba*) esprimeva, secondo il *mos maiorum*, il rituale e le visioni degli antenati radicate nella coscienza della collettività.

L'intervento della *fides* rivoluzionò la materia.

Esso si applico alle antiche fonti verbali, con l'introduzione della *stipulatio* (che evolveva e sostituiva l'antica *sponsio*) e con la creazione dei *sudicia* e quindi dei contratti *iuris gentium*.

La *stipulatio* attraverso la *fides* fu interpretata secondo il significato delle parole pronunciate: *fit quod dicitur*. Su di esso si assistette ad un impegno costante della giurisprudenza per fare in modo che il contenuto del contratto

[6] „*Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*" sancivano le *XII tabulae* (*Tab.* 8,21; SAERVIUS, *ad Aeneidem*, 6, 609. Si tratta di un precetto antichissimo che addirittura preesisteva alla costituzione della *Civitas*, se è vero, come affermava Dionigi di Alicarnasso (2,10) che esso fu sancito da Romolo.

corrispondesse ad una valutazione corretta ed esatta dell'impegno assunto dallo stipulante.

Un esempio è particolarmente significativo.

Gran parte delle stipulazioni erano espresse dalla formula *quanti res est*, con la quale lo stipulante si impegnava a dare il valore della *res*. In origine questa forma venne riferita ad una cosa materiale ed al suo valore. Così se in una contesa possessoria il promettente si impegnava con quella stipulazione era tenuto a dare il valore dell'intero fondo. In seguito, a partire però solo dalla fine della Repubblica, i giuristi dettero a *res* un diverso significato e la identificarono con la cosa dedotta in giudizio, cioè con il motivo per il quale si era in lite. Il risultato era la materializzazione del concetto di *res* per farlo coincidere con l'effettività dell'interesse leso. Perciò si ritenne che le parole della stipulazione *quanti res est* significassero „quanto vale l'interesse per il quale si ricorre alla promessa". Questo passaggio avvenne attraverso una penetrante interpretazione del significato della formula e quindi di ciò che le parti avevano effettivamente detto, in base al principio, introdotto con la *fides*, che *fit quod dicitur*[7].

L'interpretazione perseguita dalla giurisprudenza del Principato era stata così penetrante che alla fine del Principato anche l'impegno formale assunto con la stipulazione era riferito alla effettività delle volontà delle parti e, in un'ottica di correttezza e di equilibrio, si teneva conto della diversa posizione avuta dalle due parti nella formulazione delle parole contenenti l'impegno del promittente[8].

[7] Il punto è evidente in un frammento di Ulpiano, il quale, pur dopo tre secoli, polemizzava con Servio Sulpicio Rufo sul valore della formula processuale, che rispecchiava le precedenti stipulazioni intervenute tra i contendenti, nel caso di disputa intorno al possesso di un fondo, per la quale si era richiesto l'interdetto *uti possidetis*: D. 43, 17, 3, 11 Ulp. l 69 ad ed.: *in hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem. „quanti res est" sic accipimus „quanti uniuscuiusque interest possessionem retinere". Servii autem sententia est existimantis tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est: sed hoc nequaquam opinandum est: longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis*. (tr. L'ammontare della condanna di questo interdetto va riferita alla stima della cosa stessa. Le parole „quanto è la cosa" le dobbiamo intendere nel senso di „quanto è l'interesse di ciascuno a mantenere il possesso". Vi è invero una sentenza di Servio il quale riteneva che il possesso dovesse essere valuto pari al valore del fondo, ma essa non è assolutamente condivisibile: infatti è evidente che una cosa è il prezzo della cosa altro quello del possesso).

[8] Cito l'affermazione di Giuvenzio Celso secondo la quale se la clausola di una stipulazione che potesse assumere più significati si dovesse tenere presente che la domanda era formulata dallo *stipulator* e che pertanto essa, si sottintende, dovesse essere chiara per il promettente e non dovesse celare oneri non previsti, di modo che l'impegno da questi assunto doveva concernere la situazione a lui più favorevole, perché era quella che egli aveva inteso promettere: D. 34, 5, 26, Cels. 26 dig.: *Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est*. (tr. Quando le parole della stipulazione possano avere due o più significati si dovrà seguire quello meno favorevole allo stipulante).

In tal modo la stipulazione era stata intesa secondo *fides* e, per la sua duttilità, aveva potuto assumere l'effettività delle volontà dei contraenti. Questa visione era poi corroborata dalla pratica di accompagnare la stipula del contratto, in particolare della *stipulatio*, dalla promessa che non ci sarebbe stato il *dolo malo*.

Questo processo però da un lato arrivò a completamento tardi, solo nel corso del Principato, dall'altro concerneva una situazione nella quale la condizione delle parti non era paritaria: infatti era solo il promettente ad indicare il contenuto dell'obbligazione nella sua domanda e comunque concerneva obblighi unilaterali. Il complesso della negoziazione e la eventuale reciprocità di prestazioni che di solito la accompagnano non potevano entrare nella *stipulatio*.

Perciò in essa potevano verificarsi situazioni insoddisfacenti e persino paradossali.

Vi era infatti un legame troppo stretto con la *forma* che pur nel criterio *fit quod dicitur* continuava a mantenere uno stretto legame tra il negozio compiuto e la veste (forma) giuridica utilizzata per la sua realizzazione, sicché la stessa *fides* era una *fides* formale, la quale fino alla creazione dell'*actio de dolo* ed alla sua immissione nella clausola dei giudizi di buona fede, non potette tutelare i contraenti da eventuali inganni e sperequazioni: su ciò vi è la denuncia chiara ed efficace di Cicerone[9]. Invero la *fides* era il contrario della *fraus* e perciò

[9] Nel de officiis l'Arpinate racconta un episodio esilarante nel quale un cavaliere romano (Canio), recatosi in Sicilia, viene raggirato da un banchiere del posto(Pizio) che, attraverso un'abile messa in scena (con attori assoldati all'uopo), riesce a vendergli una villa mezzo diroccata ed in terreno arido ed inospitale facendo credere che fosse un vero e proprio Eden. Purtroppo prima della creazione, ad opera di Aquilio Gallo, dell'azione de dolo a questi raggiri, basati sulla reticenza e sull'ostentazione di ciò che in realtà non esisteva, non vi era rimedio Ma seguiamo il racconto dell'Autore romano: CICERO, De officiis, 3.14.58 : „Quod vituperandi, qui reticuerunt, quid de iis existimandum est, qui orationis vanitatem adhibuerunt? C. Canius, eques, Romanus, nec infacetus et satis litteratus, cum se Syracusas otiandi, ut ipse dicere solebat, non negotiandi causa contulisset, dictitabat se hortulos aliquos emere velle, quo invitare amicos et ubi se oblectare sine interpellatoribus posset. Quod cum percrebuisset, Pythius ei quidam, qui argentariam faceret Syracusis, venales quidem se hortos non habere, sed licere uti Canio, si vellet, ut suis, et simul ad cenam hominem in hortos invitavit in posterum diem. Cum ille promisisset, tum Pythius, qui esset, ut argentarius, apud omnes ordines gratiosus, piscatores ad se convocavit et ab iis petivit ut ante suos hortulos postridie piscarentur, dixitque, quid eos facere vellet. Ad cenam tempore venit Canius; opipare a Pythio adparatum ad certum convivium; cumbarum ante oculos multitudo; pro se quisque, quod ceperat, adferebat, ante pedes Pythi pisces abiciebantur. Tum Canius: «Quaeso», inquit, «quid est hoc, Pythi? tantumne piscium? tantumne cumbarum?» Et ille: «Quid mirum?» inquit, «hoc loco est, Syracusis quicquid est piscium, hic aquatio, hac villa isti carere non possunt». Incensus Canius cupiditate contendit a Pythio, ut venderet; gravate ille primo; quid multa? impetrat. Emit homo cupidus et locuples tanti, quanti Pythius voluit, ei emit

potette esplicare tutta la sua efficacia solo quando si pervenne alla punizione del dolo, che con l'ampiezza del suo concetto abbracciava ogni comportamento contrario all'affidamento richiesto dalla *fides*.

Come è noto la piena operatività della *fides* fu raggiunta con la creazione dei *iudicia bonae fidei* e la conseguente configurazione dei contratti dello *ius gentium*: i primi furono creati dal *praetor peregrinus*, creato per rendere giustizia (*ius dicere*) tra romani e stranieri; siamo perciò sempre nell'ambito dei rap-

instructos; nomina facit, negotium conficit. Invitat Canius postridie familiares suos, venit ipse mature. Scalmum nullum videt, quaerit ex proximo vicino, num feriae quaedam piscatorum essent, quod eos nullos videret. «Nullae, quod sciam», inquit; «sed hic piscari nulli solent, itaque heri mirabar, quid accidisset». Stomachari Canius; sed quid faceret? nondum enim C. Aquilius, collega ei familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas; in quibus ipsis, cum ex eo quaeretur, quid esset dolus malus, respondebat: cum esset aliud simulatum; aliud actum. Hoc quidem sane luculente, ut ab homine perito definiendi. Ergo et Pythius et omnes aliud agentes, aliud simulantes perfidi, improbi, malitiosi. Nullum igitur eorum factum potest utile esse, cum sit tot vitiis inquinatum". (tr.: Come punire i reticenti, cosa si deve pensare di coloro che si av-valgono di discorsi vani? Il cavaliere romano Caio Canio, uomo arguto ed abbastanza colto, es-sendosi recato a Siracusa, per riposarsi, come era solito dire, e non per commerciare, dichiarava di volere comprare dei giardini, dove potere invitare amici e stare in pace senza postulanti. Essendosi diffusa la notizia di ciò un banchiere di nome Pizio, gli fece sapere che egli non aveva giardini da vendere ma che metteva a disposizione di Canio, se lo avesse gradito, i suoi giardini, nei quali lo invitò a cena per il giorno successivo. Avendo avuta conferma dell'accettazione dell'invito, Pizio, che, in quanto banchiere, vantava buone amicizie in ogni ordine di persone, chi-a mò i pescatori e chiese loro di pescare davanti ai suoi giardini nel dì successivo e disse loro cosa voleva che facessero. Canio si recò per tempo a cena; vi era un sontuoso banchetto preparato da Pizio; davanti ai suoi occhi si parava una moltitudine di barche; ciascuno portava ai piedi di Pizio quello che aveva preso, sicché davanti ai piedi di Pizio giacevano numerosi pesci. Allora Canio disse „Pizio, che significa tutto ciò? Tanti pesci, tante barche?" E quello rispose „di cosa ti mera-vigli? In questo luogo di Siracusa ci sono tanti pesci quanti ne vuoi, qui vi è un rifornimento d'acqua, per cui non possono mancare a questa villa". Infiammato di cupidigia Canio supplicò Pizio di vendergli la villa; Pizio si mostra indisposto subito indisposto; Canio lo supplica dicendosi disposto a pagare qualsiasi prezzo. Alla fine Canio, uomo cupido ma ricco, comprò per quanto Pizio volle e comprò anche le annessioni; redige i documenti e perfeziona il negozio. Il giorno dopo Canio invita i suoi parenti ed egli stesso si reca (in villa) di buon'ora. Non vede nessuna imbarcazione, domanda al suo vicino se per caso vi fosse qualche festività dei pescatori, poiché non ne aveva visto nessuno. „No che io sappia", rispose; „ma qui non suole pescare nessuno, solo ieri mi meravigliavo per quello che successe". Canio è costernato; ma che poteva fare? Infatti il mio collega ed amico C. Aquilio non aveva ancora approntato le formule contro il dolo malizioso; riguardo alle quali, a chi gli avesse domandato in cosa consistesse il dolo malizioso, rispondeva: che esso ricorreva ogni volta che venisse dissimulato qualcosa e fatta un'altra. Questo invero piú dettagliatamente doveva essere definito dai periti. Pertanto com-prendeva sia Pizio sia tutti coloro che con perfidia o con scorrettezza o malizia avessero simulato una cosa e realizzatane un'altra. A loro dunque non può giovare nulla di ciò che hanno fatto, dato che è inquinato da tanti vizi".

porti *intersoggettivi* e per esigenze di diritto internazionale. I secondi furono frutto della costante riflessione della *iurisprudentia* e delle interazioni tra le sentenze dei giureconsulti e l'attività del pretore.

Furono questi eventi, sui quali non mi soffermo oltre (essendo sufficiente averli richiamati), a produrre una vera e propria 'rivoluzione' nella concezione dei contratti e quindi nella configurazione dell'*obligatio*.

Ad una *fides* formale si sostituì una *fides* non formale; dal rispetto di quello che si era dichiarato (*fit quod dicitur*) si passò all'attenzione ed al rispetto di ciò che il negozio nel suo complesso e nella sua dinamica storicosociale significava per le parti: *age quod agis*. I contraenti assumono obblighi reciproci ed incrociati, nel senso che l'uno era in funzione dell'altro ed avevano una proporzionalità reciproca (synallagma). Ciascuno era chiamato ad uniformare il proprio comportamento al disegno sul quale aveva consentito con la controparte e che non veniva specificato nel dettaglio perché si operava un rinvio recettivo alla normazione propria della tipologia contrattuale; la quale era quella formata nel contesto della *koiné mercantile* del Mediterraneo ed era indicata dal *ius gentium*, perciò essi sono giuridicamente validi senza nessuna forma.

In tal modo la *fides* „costringe chi ha promesso a mantenere non secondo la lettera, ma secondo lo spirito; non guardando al testo della formula promissoria, ma allo stesso organismo contrattuale posto in essere: non scegliendo un valore normativo esterno al negozio concretamente posto in essere (il contesto verbale della promessa), ma facendo dello stesso concreto intento negoziale la misura della responsabilità di coloro che lo hanno posto in essere".

Risiede in ciò una delle principali ragioni per le quali la *fides* viene qualificata *bona*.

3. *Fides* e processo

Mi soffermo su questi aspetti noti per sottolineare un punto: il rinnovamento inizia e si consuma nell'ambito del processo. È quella la sede nella quale si prescinde da qualsiasi testo promissorio ma si prende in considerazione direttamente il contenuto del negozio per individuare le responsabilità che ne derivano „*quidquid ob eam rem N.um N.um A.o A.o dare facere oportet ex fide bona*" (*quello che secondo buona fede è opportuno che Numerio Negidio dia ad Aulo Agerio*) era lo scopo dell'azione di buona fede, nella quale al *iudicium* subentra l'*arbitium*, cioè si attua la sostituzione del procedimento formale e tassativo, legato alla solennità ed alla insostituibilità delle parole, con un procedimento nel quale conta l'essenza delle posizioni delle parti e delle loro ragioni.

Ne consegue che i *iudicia bonae fidei* sono nati per realizzare una penetrante valutazione della responsabilità delle parti attraverso la semplificazione delle procedure processuali.

Ce lo dice esplicitamente un testimone autorevole ed attento dell'esperienza romana: Cicerone:

> CICERO, *Pro Roscio comoedo*, § 10 sq.: «*Iudicium est pecuniae certae, arbitrium incertae. Ad iudicium hoc modo venimus, ut aut totam litem obtineamus, aut amittamus: ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil, neque tantum, quantum postulamus, consequamur*.»
> *«Eius rei ipsa verba formulae testimonio sunt. Quid est in iudicio? directum, asperum, simplex. Si paret HS ... dari oportere. Hic, nisi planum facit, HS .... ad libellam deberi, causam perdit. Quid est in arbitrio? m i t e, m o d e r a t u m, quantum aequius et melius, id dari.»*
>
> (tr.: Il *iudicium* è rivolto ad ottenere una somma certa, l'*arbitrium* si rivolge ad un valore incerto. Al giudizio addiveniamo in modo che o otteniamo tutta la lite, o perdiamo la causa: all'arbitrio andiamo con la consapevolezza che non potremo conseguire nulla o esattamente quello che chiediamo"; […] „Come è strutturato un giudizio? È diretto, aspro, non duttile. Esso dice: *Se risulta che bisogna dare tot assi*. In modo che se non spettano esattamente gli assi indicati, si perde la causa. Cosa avviene, invece, nell'arbitrio? Vi è mitezza e moderazione, verrà dato quanto sembrerà più equo e meglio).

Vorrei qui sottolineare il ruolo, colto dai Romani, della buona fede come esigenza di predisporre procedure processuali semplificate ed elastiche e mi permetto di metterne in evidenza l'attualità, perché ancora oggi un aspetto dolente dell'amministrazione della Giustizia risiede nella complessità e pesantezza delle procedure: sicché viene da domandarsi se non si debba invocare la buona fede anche per superare questa grave difficoltà e rendere più ragionevole l'espletamento di procedure giudiziali efficaci e semplici.

Uno dei punti critici era costituito dai vincoli cui era sottoposto il giudicante di una causa, sia nella procedura per azioni di legge che in quella formulare.

La creazione dei *iudicia bonae fidei* supera questa restrizione. Con l'ampliamento del potere del giudicante e l'affidamento al suo potere di corretta valutazione della posizione delle parti si introduce elasticità ed equità nei rapporti contrattuali.

Molti esempi lo dimostrano. Per ragioni di economia espositiva, non li posso esaminare in questa sede; mi limito a rinviare alla già copiosa letteratura esistente sui relativi brani della giurisprudenza romana[10], osservando che essi dimostrano il progressivo ampliamento operato dai giuristi romani, i quali dettero al giudicante la facoltà di tener conto delle situazioni e dei comportamenti sia contrattuali che precontrattuali; avverte il Frezza „*La giurisprudenza aveva cioè avvertito la spontanea forza espansiva del criterio della valutazione ex fide bona e da metro di valutazione della responsabilità stricto sensu contrattuale ne aveva fatto il metro di valutazione dell'intero comportamento (precontrattuale e contrattuale) che si concludeva nel perfezionamento del contratto*"[11].

[10] Di questa letteratura è arduo dar conto; mi limito a richiamare quella, peraltro più recente, citata più avanti alla nota 17.

[11] P. FREZZA, *Fides bona*, cit., p. 16. Ricordo alcuni esempi di responsabilità precontrattuale e contrattuale che indicano fin dove si spinse la *interpretatio prudentium*, soprattutto nel fecondo periodo del Principato di Adriano. *D. 19.1.13. 4, Ulp. l. 32 ad edictum: Si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, puta de artificio mentitus est aut de peculio, empti eum iudicio tenetur ut praestaret emptori, quanto pluris servum emisset, si ita peculiatus esset vel eo artificio instructus.* (Tr.: Se un venditore con dolo, per vendere ad un prezzo piú alto, abbia mentito sull'addestramento in un'arte o riguardo al peculio di uno schiavo, sarà tenuto in base all'azione di 'acquisto' a prestare al compratore la differenza tra quanto vale effettivamente lo schiavo e quanto varrebbe se realmente avesse avuto il peculio nella quantità indicata oppure veramente fosse stato esperto nell'arte dichiarata). § 5: *Per contrarium quoque idem Iulianus scribit, cum Terentius Victor decessisset relicto herede fratre suo et res quasdam ex hereditate et instrumenta et mancipia Bellicus quidam subtraxisset, quibus subtractis facile, quasi minimo valeret hereditas, ut sibi ea venderetur persuasit: an venditi iudicio teneri possit? et ait Iulianus competere actionem ex vendito in tantum, quanto pluris hereditas valeret, si hae res subtractae non fuissent*. (Tr.: All'inverso, Giuliano scrive del caso di Terenzio Vittorio morto lasciando erede suo fratello. Un certo Bellico sottrasse dall'eredità alcune cose e le pertinenze e gli schiavi, in modo che una volta tolti quei beni l'eredità venisse stimata pochissimo, e persuase l'erede a vendergliela per un valore basso: potrà essere chiamato a rispondere di ciò in base al giudizio 'di vendita'? Invero Giuliano afferma che spetta l'azione 'di vendita' per il valore maggiore che l'eredità avrebbe avuto se quelle cose non fossero state sottratte). L'utilizzo dell'*azione di compravendita* per riequilibrare le posizioni delle parti in modo che l'una (il venditore) non ottenesse piú di quanto effettivamente prestava è chiaro. Invero lo schiavo è stato presentato come se avesse avuto abilità che in realtà non aveva o un ammontare del peculio che invece non c'era o non era quello dichiarato, dal prezzo versato per l'acquisto doveva essere restituita la parte pagata in piú per le qualità vantate ma inesistenti: la restituzione poteva essere richiesta con l'azione derivante dalla compravendita, che quindi diventava lo strumento per la valutazione della responsabilità contrattuale, riferita alla fase precontrattuale (quella nella quale si erano dichiarate qualità inesistenti per convincere il compratore all'acquisto ad un determinato prezzo). Lo stesso giurista, nel successivo paragrafo del brano, ricordava un parere di Giuliano nel quale si perseguiva la perequazione a favore del venditore. Il caso mi sembra anch'esso una chiara testimonianza della possibilità di perseguire la perequazione tra gli interessi della parti attraverso l'azione di compravendita. Invero in esso ci troviamo di fronte ad un comportamento (la sottrazione di cose e pertinenze o accessioni) da parte del futuro compratore che poteva essere perseguito autono-

Con ciò si andava ben al di là di ciò che si era convenuto e del consenso prestato e si faceva corrispondere il contenuto del contratto con ciò che appariva equo e 'giusto'. Nella materia dei contratti, attraverso la *fides bona*, veniva introdotta l'etica[12] e veniva salvaguardata la *persona* e le aspettative di correttezza che ne accompagnavano la sua negoziaizione[13]. In conseguenza della *fides bona* il negozio non veniva piú considerato in modo statico, riferendo gli obblighi ed i diritti fissati al momento della conclusione del contratto, bensì in modo dinamico, riconoscendo che vi potessero essere adeguamenti (cioè sia incrementi che diminuzioni) anche in considerazione di eventi che si verificavano durante la vita di esso[14].

---

mamente per dolo. L'avanzamento compiuto da Giuliano consistette nell'inglobare quel comportamento all'interno della responsabilità contrattuale consentendo il riequilibrio delle posizioni, indipendentemente da un'azione esterna al contratto (quale poteva essere l'azione di dolo). Esso prevalse e diventò regola generale per la giurisprudenza successiva, tanto che Ulpiano, in altra sede la ricordava come principio generale: D. 4.3.9, Ulp. L. 11 ad ed.*: Si quis adfirmavit minimam esse hereditatem et ita eam ab herede emit, non est de dolo actio, cum ex vendito sufficiat.* (Tr.: Se uno dichiarò che un'eredità era di pochissimo valore e in conseguenza di ciò l'acquistò dall'erede per poco, non c'è necessità di ricorrere all'azione di dolo, poiché basta l'azione di compravendita). In questi casi la situazione appare chiara. Vi è stata una contrattazione e sulla base di essa è stato raggiunto un accordo e concluso il contratto di acquisto. Tuttavia, sebbene vi fosse stato un consenso validamente prestato, l'azione di compravendita (per l'acquisto in un caso, per la vendita nell'altro) consentiva di mettere in discussione il contenuto assegnato alla vendita al momento della perfezione del contratto e di ottenere la perequazione, volta al riequilibrio degli interessi dei contraenti, in un momento successivo.

[12] Sul punto v. P. FREZZA, *Fides bona*, cit., p. 15.

[13] Di ciò è traccia evidente in una decisione di Pomponio, contemporaneo di Giuliano ma alui sopravvissuto a lungo: D. 19. 1. 6. 8, Pomp. l. 9 ad Sab.: *Si dolo malo aliquid fecit venditor in re vendita, ex empto eo nomine actio emptori competit: nam et dolum malum eo iudicio aestimari oportet, ut id quod praestaturum se esse pollicitus sit venditor emptori, praestari oporteat.* (Se il venditore ha commesso dolo nella compravendita, per esso spetta al compratore l'azione 'di acquisto': infatti è opportuno che in quella azione si tenga conto del dolo malizioso, in modo che sia necessario che il venditore presti al compratore quello che ha promesso di prestare). La massima formulata da Pomponio è chiama in causa direttamente l'attenzione per il comportamento dell'agente e può essere considerata „come il risultato di un costante processo di espansione dell'area della responsabilità contrattuale; e la forza di espansione della responsabilità contrattuale va attribuita al criterio della buona fede, che informa i giudizi cui dànno luogo le azioni del contratto di compravendita": v. FREZZA, *Fides bona*, cit., p. 23. Inoltre è Ulpiano ad enunciare il principio: *omnia enim quae contra bonam fidem fiunt veniunt in empti actionem* (tutto ciò che è fatto contro la buona fede rientra nel giudizio di acquisto), a conferma della definitiva acquisizione delle posizioni espresse da Giuliano e Pomponio.

[14] Ne è esempio significativo un caso prospettato da Paolo: D. 18. 4. 25, Labeo l 2 *pithanon: Si excepto fundo hereditario veniit hereditas, deinde eius fundi nomine venditor aliquid adquisiit, debet id praestare emptori hereditatis. PAULUS: immo semper quaeritur in ea re, quid actum fuerit: si autem. id non apparebit, praestare eam rem debebit emptori venditor, nam id ipsum ex ea hereditate ad eum pervenisse videbitur, non secus ac si eum fundum in hereditate vendenda*

4. La considerazione di *quod sit cogitatum*

Quanto questo avanzamento sia andato avanti, a mio avviso, è mostrato da una interessante decisione di Giuliano[15] nella quale il giurista mostra un'attenta considerazione del nesso che deve esistere costantemente tra le prestazioni e della loro adeguatezza rispetto ad un'ipotesi di prevedibilità e di normalità[16].

La decisione del giurista adrianeo ci è pervenuta attraverso un frammento delle *quaestiones* del giurista severiano Paolo inserito nel Digesto di Giustiniano frammezzato da un brano delle omonime (*quaestiones*) di Africano, discepolo, lettore e commentatore di Paolo:

> D. 19, 1, 43 Paul. *5 quaest*.:
> *Titius cum decederet, Seiae Stichum Pamphilum Arescusam per fideicommissum reliquit eiusque fidei commisit, ut omnes ad libertatem post annum perduceret. Cum legataria fideicommissum ad se pertinere noluisset nec tamen heredem a sua petitione liberasset, heres eadem mancipia Sempronio vendidit nulla commemoratione fideicommissae libertatis facta: emptor cum pluribus annis mancipia supra scripta sibi servissent, Arescusam manumisit, et cum ceteri quoque servi cognita voluntate defuncti fideicommissam libertatem petissent et heredem ad praetorem perduxissent, iussu praetoris ab herede sunt manumissi. Arescusa quoque nolle se emptorem patronum habere responderat. Cum emptor pretium a venditore empti iudicio Arescusae quoque nomine repeteret, lectum est responsum Domitii Ulpiani, quo continebatur Arescusam pertinere ad rescriptum sacrarum constitutionum, si nollet emptorem patronum habere: emptorem tamen nihil posse post manumissionem a venditore consequi. Ego cum meminissem et Iulianum in ea sententia esse, ut exis-*

non excepisset. (Tr.:Se un'eredità è venduta senza il fondo ereditario e successivamente il venditore abbia acquistato alcunché a nome del fondo ereditario ciò che si è acquistato va dato al compratore del fondo ereditario. Paolo: invero sempre in questi casi ci si interroga su ciò che si è fatto: se questo non appare, il venditore dovrà prestare quella cosa (l'acquisto) al compratore, infatti essa sembrerà devoluta a lui da quella eredità, non diversamente dall'ipotesi in cui nel vendere l'eredità non eccettuò quel fondo).

[15] Di esso mi sono occupato in articoli in corso di stampa, in particolare in una relazione al Convegno internazionale di studi su „Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea" – Padova, giugno 2001. perciò qui mi limiterò a richiamarne gli aspetti più innovativi.

[16] Nella dottrina e nella giurisprudenza italiana questa esigenza è stata affermata più volte e si è, in proposito, parlato di *criterio di proporzionalità* (enunciato in Italia dal Perlingieri) e di *principio di ragionevolezza*, che si trova enunciato ed applicato in diverse sentenze della Corte Costituzionale italiana.

timaret post manumissionem quoque empti actionem durare, quaero, quae sententia vera est. Illud etiam in eadem cognitione nomine emptoris desiderabatur, ut sumptus, quos in unum ex his quem erudierat fecerat, ei restituerentur. Idem quaero, Arescusa, quae recusavit emptorem patronum habere, cuius sit liberta constituta? An possit vel legatariam quae non liberavit vel heredem patronum habere? Nam ceteri duo ab herede manumissi sunt. Respondi: semper probavi Iuliani sententiam putantis manumissione non amittitur eo modo. De sumptibus vero, quos in erudiendum hominem emptor fecit, videndum est: nam empti iudicium ad eam quoque speciem sufficere existimo: non enim pretium continet tantum, sed omne quo interest emptoris servum non evinci. Plane si in tantum pretium excedisse proponas, ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa, veluti si ponas agitatorem postea factum vel pantomimum evictum esse eum, qui minimo veniit pretio, iniquum videtur in magnam quantitatem obligari venditorem,

(Tr.: Tizio morendo, lasciò a Seia per fedecommesso Stico, Panfilo ed Arescusa e rimise alla sua fides (buona fede) di portare tutti alla libertà dopo un anno. Dal momento che la legataria non aveva voluto accettare il fedecommesso senza comunque liberare l'erede dalla sua domanda, l'erede vendette gli stessi schiavi a Sempronio omettendo di menzionare la libertà fedecommissaria: il compratore dato che gli schiavi soprascritti lo avevano servito per molti anni, manomise Arescusa, e poiché anche gli altri schiavi, conosciuta la volontà del defunto chiesero la libertà data per fedecommesso e portarono l'erede davanti al pretore, furono manomessi dall'erede per ordine del pretore. Arescusa inoltre aveva risposto di non volere per patrono il compratore. Poiché il compratore con l'azione di acquisto aveva richiesto indietro dal venditore il prezzo anche a nome di Arescusa fu letto un responso di Domizio Ulpiano, nel quale si diceva che Arescusa sarebbe rientrata nel rescritto delle sacre costituzioni, se non volesse avere per patrono il compratore: tuttavia il compratore dopo la manomissione non poteva conseguire nulla dal venditore. Io poiché mi ero ricordato che anche Giuliano era dell'avviso di ritenere che l'azione di acquisto durasse anche dopo la manomissione, mi domando quale decisione sia vera. Nello stesso giudizio cognitorio a nome del compratore si chiedeva anche che gli venissero restituite le spese sostenute per l'erudizione di uno di essi. Parimenti chiedo, Arescusa, che ricuso' di avere per patrono il compratore, a chi è stata assegnata per liberta? Può forse avere per patrono la legataria che non la liberò o l'erede? Infatti gli altri due furono manomessi dall'erede. Risposi: approvai sempre la deci-

sione di Giuliano che ritiene che (l'azione di acquisto) non si perde con la manomissione. Si deve invece discutere delle spese, che il compratore fece per l'erudizione dello schiavo: infatti ritengo che anche per quel caso basti l'azione di acquisto: infatti non contiene solo il prezzo, ma tutto quanto interessa al compratore perché lo schiavo non sia evitto. Per altro se affermi che abbia superato il prezzo a tal punto, che una somma tanto alta non fu pensata dal venditore, come se fai l'ipotesi che fosse stato evitto uno, divenuto poi auriga o pantomimo, che era stato venduto a prezzo bassissimo, sembra iniquo che il venditore sia obbligato a dare una così grande quantità,)

D. 19, 1, 44, Afr. *8 quaest.*:
cum et forte idem mediocrium facultatium sit: et non ultra duplum periculum subire eum oportet

(Tr.: specialmente se per caso abbia modeste possibilità finanziarie: ed occorre che non risponda oltre il doppio)

D. 19, 1, 45 Paul. 5 *quaest.*:
Idque et Iulianum agitasse Africanus refert: quod iustum est: sicut minuitur praestatio, si servus deterior apud emptorem effectus sit, cum evincitur.

(Tr.: Africano riferisce che anche di ciò si occupo' Giuliano: il che è giusto; così come diminuisce la prestazione al momento dell'evizione, se lo schiavo sia deteriorato presso il venditore).

I brani sono stati variamente commentati da una copiosa letteratura che li ha esaminato da diversi punti di vista, non di rado sostenendo che essi furono oggetto di interpolazioni effettuate dai redattori del Digesto[17]. Tuttavia non mi

[17] Mi limito a citare la dottrina piú recente vicina al profilo che tratto in questa sede: W. M. GORDON, Rc. KARL-HEINZ BELOW, *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, T., VOL. 34, 1966, P. 114; A. WATSON, *Iusiurandum in litem in the bonae fidei iudicia,* T., vol. 34, 1966, P. 178; D.LIEBS, *Gemischte Begriffe im römischen Recht*, INDEX, VOL. 1, 1970, P. 168; R. RÖHLE, Digestorum Editio Maior und Theodor Mommsen, BIDR, VOL. 73, 1970, PP. 19-34; D. MEDICUS, RC. H. HONSELL, *Quod interest im bonae-fidei-iudicium. Studien zum römischen Schadensersatzrecht*, ZSS, vol. 101, 1971, p. 449, 450; G. PROVERA, Rc. Heinrich Honsell, *Quod interest im bonae fidei iudicium,* SDHI, vol. 37, 1971, p. 455, 456; S. TAFARO, „*Id Quod Interest*", Rc. HEINRICH HONSELL, *Quod interest im bonae-fidei-iudicium. Studien zum römischen Schadenersatzrecht,* INDEX, vol. 2, 1971, p. 375; „*Emptio uno pretio" e „id quod interest*", LABEO, vol. 19, 1973, p. 32, 38; A. WACKE, *Zur Lehre vom pactum tacitum und zur Aushilfsfunktion der*

pare che sia stata colta la portata profondamente innovatrice della decisione di Giuliano, riproposta da Paolo e pertanto è interessante riesaminarla da un punto di vista nuovo.

La questione esposta da Paolo, autore del brano, era complessa e intrecciava temi di materia ereditaria con profili concernenti la compravendita. Il punto che qui mi preme evidenziare è quello riguardante il risarcimento dovuto al compratore per l'evizione della cosa comprata. La quale tuttavia era strettamente intrecciata con la problematica ereditaria, poiché era stata venduta, tra l'altro, una schiava alla quale era stata concessa l'affrancazione, assieme ad altri schiavi dell'eredità, attraverso un fedecommesso di libertà[18]. Il compratore, in

exceptio doli, ZSS, vol. 104, 1974, p. 257; F. PETERS, *Die Verschaffung des Eigentums durch den Verkaeufer*, ZSS, vol. 109, 1979, p. 199, 201; P. PESCANI; *Ancora sui manoscritti del Digesto*, BIDR, vol. 82, 1979, p. 179; R. SYME, *Fiction about roman jurists*, ZSS, vol. 110, 1980, p. 100; R. BACKHAUS; Rc. A. BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen-und Obligationenrecht*, ZSS, vol. 111, 1981, p. 508; P. PESCANI, *Studi sul Digestum vetus*, BIDR, vol. 84, 1981, 170; *Origine delle lezioni della litera bononiensis superiori a quelle della litera florentina*, BIDR, vol. 85, 1982, p. 270; T. HONORÉ, Rc. T. MASIELLO, *I libri excusationum di Erennio Modestino*, IURA, vol. 34, 1983, p. 167; F. P. W. SÖTERMEER, *Recherches sur Franciscus Accursii*,, vol. 51, 1983, p. 23, 30, 45; R. RÖHLE, *Modestins lateinisches Pauluszitat in D. 27. 1. 6. 5 u. 6*, LABEO, vol. 32, 1986, p. 203; T. GIARO, *Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit in der römischen Jurisprudenz*; BIDR, vol. 90, 1987, p. 37; M. AMAYA CALERO, *La compraventa de los esclavos manumitidos en un fideicomiso de libertad* (*Paul*. 5 quaest. d. 19, 1, 43; 45, 2), BIDR, vol. 90, 1987, p. 191, 192, 197, 201, 217, 219, 220; F. CANCELLI; *Il presunto „ius respondendi" istituito da Augusto*, BIDR, vol. 90, 1987, p. 563; J. PLESCIA, *The development of the doctrine of boni mores in roman law*, RIDA, vol. 34, 1987, p. 290; M. AMAYA CALERO, *Un famoso pleito sucesorio que decide Marco Aurelio*, LABEO, vol. 34, 1988, p. 27, 38; J. RESZCZYNSKI, *Impendere, impensa, impendium* (*sulla terminologia* delle *spese in diritto romano*), SDHI, vol. 55, 1989, p. 218, 225; T. A. J. MC GINN, *Ne serva prostituatur*, ZSS, vol. 120, 1990, p. 325; C. PENNACCHIO; *Sopravvenienza della libertà e acquisizione „mortis causa" in una „quaestio" di Paolo*: *D. 31. 83*, INDEX, vol. 18, 1990, p. 218; VAN DE WOUW HANS, *Brocardica dunelmensia*, ZSS, vol. 108, 1991, p. 268; H. ANKUM, *Pomponio, Juliano y la responsabilidad del vendedor por eviccion con la actio empti*, RIDA, vol. 39, 1992, p. 61, 64, 65, p. 67, 80; ANKUM HANS MICHEL - JACQUES-HENRI, *La 45 session de la societe' internationale Fernand de Visscher pour l'histoire des droits de l'antiquite'*, RIDA, vol. 39, 1992, p. 429.

[18] La questione, complessa, più articolatamente concerneva il caso di Tizio, il quale aveva stabilito, per fedecommesso, che alla sua morte gli schiavi Stico, Panfilo ed Arescusa dovessero andare a Seia, la quale tuttavia doveva liberarli dopo un anno. Seia aveva rifiutato il fedecommesso, ma senza liberare l'erede (gravato dal fedecommesso); l'erede, da parte sua, aveva venduto gli schiavi, senza far cenno dell'esistenza del fedecommesso di libertà. Colui che aveva acquistato dall'erede, dopo molti anni, per sua iniziativa aveva liberato uno degli schiavi: Arescusa. Gli altri schiavi intanto avevano saputo del fedecommesso di libertà ed avevano chiamato in giudizio l'erede, ottenendo, per ordine del pretore, l'affrancazione dalla schiavitù ad opera dell'erede (il quale, quindi, ne era diventato loro patrono). A questo punto Arescusa si rifiutò di avere per patrono il compratore, che già era divenuto suo patrono, al momento dell'affrancazione, concessale in precedenza, proprio dal compratore. Nasceva così una delicata questione giuridica sulla legittimita' della richiesta di Arescusa e sulle conseguenze che dovevano scaturire da tutta la

conseguenza di ciò, chiamò in giudizio l'erede e, con l'*actio empti*, chiese la restituzione del prezzo pagato per lo schiavo Arescusa e gli altri schiavi chiedendo anche il risarcimento delle spese sostenute per l'educazione di uno degli schiavi. La risposta, interessante perché contrappone all'autorità di Ulpiano, motivata addirittura con il richiamo di rescritti imperiali, il parere di Giuliano fatto proprio da Paolo, ritiene che con certezza si possa utilizzare l'*actio empti* per la restituzione del prezzo degli schiavi, mentre ritiene più complessa e problematica la questione relativa al risarcimento delle spese sostenute per la formazione di uno degli schiavi. Questa appare una questione nuova affrontata e risolta direttamente da Paolo. Il giurista partiva da una considerazione di carattere generale ricordando che nel *iudicium empti* non si teneva conto solo del prezzo, ma di tutto l'interesse che il compratore aveva a non subire l'evizione dello schiavo. Da ciò conseguiva che le spese sostenute per la formazione dello schiavo, le quali rientravano in siffatto interesse, andavano risarcite. Però, specificava Paolo, ciò a condizione che le spese sostenute rientrassero in un ambito di prevedibilità, perché, se fossero state effettuate spese non previste dal venditore (come nel caso che fosse stato addestrato per fare l'auriga o il pantomimo uno schiavo venduto a prezzo molto basso), sarebbe stato davvero iniquo obbligare il venditore al pagamento di una somma spropositata rispetto al prezzo di vendita.

A questo punto il discorso di Paolo è stato interrotto dai redattori del Digesto, i quali, prima di concluderlo, inframmezzarono un breve squarcio delle *Quaestiones* di Africano (opera nella quale il giurista commentava i *Digesta* di Salvio Giuliano, suo maestro) dove si sosteneva che comunque bisognava tenere conto delle condizioni economiche del venditore ed in ogni caso non esporlo al rischio di un pagamento superiore al doppio del valore della cosa venduta.

La trattazione prosegue con il brano di Paolo che dopo il punto nel quale

vicenda. Intanto il compratore chiamò a sua volta in giudizio l'erede, con l'*actio empti*, chiedendo la restituzione del prezzo pagato per l'acquisto degli schiavi, compreso quello di Arescusa. Nel corso della causa fu esibito un responso di Domizio Ulpiano nel quale, richiamando precedenti costituzioni degli Imperatori, il giurista asseriva che Arescusa poteva rifiutarsi di avere per patrono il compratore, ma che questi, malgrado ciò, non poteva ottenere nulla dal venditore, in conseguenza del fatto che era già intervenuta la manomissione. Paolo contrastava quest'orientamento. Egli, ricordando[18] un precedente parere di Salvio Giuliano, il quale aveva sostenuto che l'azione di compravendita non si perdeva con la manomissione, si era chiesto, retoricamente, quale decisione fosse quella 'vera'. Naturalmente egli dava per scontata (perché ovvia, in considerazione dell'autorevolezza del giurista adrianeo) la prevalenza di quella di Giuliano, che veniva contrapposto ad Ulpiano, proprio perché supposto di gran lunga piú attendibile ed autorevole. E Paolo concludeva proclamando (quasi enfaticamente) che per parte sua si era sempre attenuto al parere di Giuliano, nel ritenere che la manomissione non segnava la perdita del diritto ad agire nei confronti del venditore. A questo punto Paolo però si chiedeva di chi dovesse diventare liberta Arescusa: del legatario che non la liberò o dell'erede?

era stato interrotto a sua volta ricordava che Africano aveva discusso della questione pervenendo alla stessa conclusione da lui sostenuta di una limitazione del risarcimento dovuto dal venditore. Limitazione che gli appariva giusta, perché doveva derivare dalla natura proporzionale delle obbligazioni sinallagmatiche, per le quali era ad esempio pacifico che il compratore dovesse dare di meno se lo schiavo fosse stato danneggiato mentre era presso il compratore.

Orbene è proprio questa parte del discorso di Paolo a fornirci indicazioni preziose sul modo di operare della *fides*.

Ci troviamo di fronte ad una decisione di Paolo, annodata su una precedente sentenza di Giuliano, che a me sembra di grande respiro e tale da innovare profondamente le nostre conoscenze sui concetti dei giuristi romani, *rectius* di alcuni autorevoli giuristi romani, riguardo al contenuto del contratto.

Secondo Giuliano-Paolo le spese andavano sì rimborsate, ma non oltre ciò che al momento del contratto si sarebbe potuto ipotizzare.

5. *Conventio* e *cogitatio*: attenzione all'uomo

La decisione mi pare poggiante su un principio, affermato con acume e forse travaglio[19] da Giuliano e condivisa senza perplessità da Paolo, che proverei a riassumere in questi termini: ogni contratto va regolato non solo in base al consenso espresso, ma anche alle implicazioni di esso, però solo riguardo a quanto il contraente, se ne fosse consapevole, accetterebbe ugualmente di includere nel contratto. Sicché appare conseguente intervenire sul contenuto del contratto per tenerlo nei limiti dell'accettabile in considerazione di un bilanciamento ponderato degli interessi da esso coinvolti.

Tra *consensus* e bilanciamento dell'assetto degli interessi, ispirato dal sinallagma, sui quali la dottrina contemporanea fonda la concezione romana del *contractus*, mi sembra che Giuliano ipotizzasse la considerazione di un ulteriore riferimento: quello dell'aggancio del complesso della negoziazione (*conventio*) che disciplinava il *contractus*. Esso abbracciava anche ciò che se immaginato si sarebbe ugualmente accolto in essa, ma che non era presente ai contraenti al momento della conclusione del contratto. Tale aggancio non incideva sulla validità del contratto, ma solo ne determinava la proporzionale riduzione delle conseguenze che, a rigori, sarebbero dovute scaturire dal *consensus* prestato. Questa riduzione, che poteva operare a favore tanto dell'una quanto dell'altra parte, mi sembra un ulteriore piú ultraneo sviluppo di una linea di pensiero, espressa

[19] Di ciò mi appare indice il verbo *agitasse* adoperato da Paolo-Africano, quasi a sottolineatura della tensione posta dal giurista adrianeo nella formulazione della soluzione riferita.

da Aristone[20] ed iniziata da Labeone[21]; con la differenza che le dottrine espresse da quei giuristi concernevano la conclusione del *contractus*, mentre la costruzione di Giuliano era diretta a regolare le conseguenze di esso: le prime guardavano al momento genetico del vincolo obbligatorio, la disciplina giulianea mirava a fissare criteri per l'esecuzione del *contractus*, ivi compreso il momento dell'eventuale dissoluzione di esso, per responsabilità di una delle parti.

[20] Di essa ci parla Ulpiano in D. 2. 14. 7. 2, Ulp. 4 ad ed.: *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem, ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc sunallagma esse et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio.* – (Tr.: Ma se la situazione (il negozio?) non assume la veste già prevista per un contratto e tuttavia vi è una causa, elegantemente Aristone rispose a Celso che vi è obbligazione, come nel caso che ti diedi una cosa affinche' tu me ne restituisse un'altra oppure ti diedi una cosa in cambio di qualcosa che tu debba fare: questo è sinallagma e di qui nasce un'obbligazione di diritto civile. E di conseguenza ritengo corretto il pensiero di Giuliano, ripreso da Mauriciano, riguardo a questa fattispecie: ti diedi Stico, affinche' manometta Panfilo: tu lo manomettesti; Stico (però) è stato evitto. Giuliano dice che il pretore deve dare un'azione in factum: egli dice che è sufficiente l'azione civile in fatto, cioè praescriptis verbis; infatti vi è un contratto, che *Aristone denomina sinallagma, dal quale nasce questa azione*).

[21] Il pensiero di Labeone ci è riferito da Ulpiano, in un brano che può essere annoverato tra i piú commentati e, anche, piú controversi frammenti della letteratura giuridica romana: D. 50, 16, 19, Ulp. *l. 11 ad ed.*: *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam „agantur' quaedam „gerantur": quaedam „contrahantur". et actum guidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci sunallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam*. – (Tr. - come è fornita dal GALLO F., *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., p. 83[24] -: "Labeone, nel libro primo sul pretore urbano, definisce il fatto che in alcuni casi 'si agisce' (si compiono atti), in altri 'si fa' (si pongono in essere 'azioni materiali'), in altri ancora 'si contrae' (si stringono contratti): e 'atto' è un segno di portata generale, alludente a ciò che si fa, sia mediante le parole sia con il comportamento, come avviene rispettivamente nella stipulatio e nella consegna di denaro [a scopo, ad esempio, di pagamento]; 'contratto' invece è l'atto produttivo di obbligazioni reciproche, quello che i Greci chiamano synallagma, come la compravendita, la locazioneconduzione, la società; 'azione materiale' significa una cosa fatta senza l'uso di parole). È arduo ricordare le variegate, cospicue e talora contrapposte, opinioni della dottrina contemporanea a proposito di questo squarcio ulpianeo; il quale, non a torto viene posto a fondamento della ricostruzione del concetto romano di 'contratto' e di 'obbligazione' e, in tale ottica, accostato e confrontato con le posizioni di Gaio, di cui in *GAI* 3. 88 e D. 44. 7. 52 pr. (per le *Res cottidianae*): in tal senso, per tutti, v. da ultimo GUZMAN BRITO A., *Derecho privado romano*, tomo I. *Sintesis historica del derecho romano*, 1996, pp. 708 ss.; così come non mi resta che rinviare, per un approccio d'assieme alla problematica, ai manuali, dei quali, da ultimo, v., TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, 1990, 508 ss. ; MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano*[2], 1994, 450 ss.

In qualche misura Giuliano perfezionava ed andava oltre la posizione espressa in precedenza da Pedio[22]. Questi aveva già affermata l'essenzialità della *conventio* per qualsiasi contratto od obbligazione, ma poi sembra avere riferire la *conventio* stessa al *consensus*; infatti egli dopo avere affermato che non vi poteva essere vincolo senza la *conventio* precisava che anche nella stipulazione, la quale pareva nascere solo dalla pronuncia di determinate parole, era necessario il consenso, operando, a mio avviso, una identificazione della *conventio* con il *consensus*: *nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est* (Tr.: infatti anche la stipulazione, che si crea con le parole, è nulla se non contenga il consenso).

Giuliano, almeno per i contratti sinallagmatici che confluivano in un *iudicium bonae fidei*, invece parrebbe far rientrare nella *conventio* non solo il *consensus*, ma anche i termini nei quali si sarebbe potuto concludere l'accordo se si fossero ipotizzate circostanze o situazioni che in realtà non furono ipotizzate dai contraenti; sempre che esse avessero comportato uno squilibrio apprezzabile negli obblighi assunti dalle parti. Con il riferimento a *quod sit cogitatum* Giuliano, facendo leva sulla *fides*, aveva inteso richiamare proprio le circostanze non previste e, direi, impensabili; che, però, se note, avrebbero portato ad un diverso accordo.

In conclusione sembra di potere affermare che (come il riferimento a *quod non sit cogitatum*) i giuristi romani siano pervenuti a considerare le intenzioni dei contraenti in un ambito di prevedibilità, conseguente alla natura ed alle modalità della negoziazione; escludendo ogni rilievo per ciò che fosse imprevedibile o, comunque, non pensabile ed accettabile (se noto) al momento del negozio.

Il tutto avvenne attraverso una penetrante interpretazione del concetto di buona fede e della volontà dei contraenti identificata in quello che in base alle circostanze dell'atto poteva ragionevolmente ritenersi realizzato.

[22] D. 2. 14. 1. 3, Ulp. 4 *ad ed.: Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.* – (Tr.: La parola convenzione è termine di portata generale concernendo tutti i negozi per i quali gli agenti prestano il loro consenso, si per contrarre sia per transigere: infatti così come si dice che convengono coloro che da luoghi diversi si raccolgono e vengono in uno stesso luogo, parimenti anche coloro che mossi da differenti sentimenti consentono sulla stessa cosa, cioè giungono alla stessa decisione. Il nome convenzione è generale fino al punto che, come elegantemente dice Pedio, non vi è nessun contratto, nessuna obbligazione, che non abbia in sé la convenzione, sia che si contragga con la consegna della cosa sia che si contragga con le parole: infatti anche la stipulazione, che si crea con le parole, è nulla se non contenga il consenso).

Un cardine restò l'ancoraggio alla volontà dei contraenti, in relazione a quello che realmente avevano inteso stabilire fra di loro.

Ma la buona fede consentiva di andare oltre e di interpretare i rapporti in *modo dinamico*, cioè non solo in relazione ciò che si era voluto, ma anche addirittura in prospezione di quanto si sarebbe voluto se si fossero conosciute tutte le circostanze ed in particolare quelle verificatesi in un tempo successivo alla contrazione del vincolo obbligatorio. Si arrivò così ad una rivoluzionaria soluzione di equità e giustezza per i casi di sperequazione sopravvenuta, che ancora oggi sono particolarmente acuti e sono la fonte di ingiustizie legalizzate.

In altre parole abbiamo qui un esempio dell'attenzione per l'uomo, vale a dire per il singolo agente, che ha diritto ad essere tutelato nelle sue aspettative in base ad un criterio di 'normalità' di previsioni ed aspettative: diversamente sarebbe non tutelato, bensì '**schiacciato**' dal diritto.

6. Il limite del *duplum*

L'attenzione all'uomo così manifestata e perseguita attraverso l'interpretazione del *iudicium bonae fidei* implicò un'altra importantissima affermazione: quella che comunque il debitore non dovesse pagare più del doppio.

Spettava alla valutazione del giudicante modellare la condanna sulle effettive circostanze del contratto, tenendo conto anche della loro proiezione nella vita del rapporto, ma in ogni caso egli non doveva superare il *duplum*.
In tal modo l'*arbitrium* del giudicante riceveva una significativa limitazione ('esterna', perché non proveniva del processo di formazione della sua convinzione) che limitava l'ampiezza della sua discrezionalità.

È significativo che siffatto limite del *duplum* venne avvertito come naturale per i giudizi di buona fede, tanto che venne ritenuto implicito nella *sententia* di Giuliano, come mostra la nota dell'allievo Africano; il quale spiegava il pensiero del suo maestro chiosando: *et non ultra duplum periculum subire eum oportet*.

La *fides* del *iudicium bonae fidei* imponeva di tener conto del laborioso cammino che aveva portato alla fissazione del tetto del doppio del valore della *res* oggetto della lite.

Su tale cammino, che segna un punto di estremo avanzamento del diritto romano, appare opportuno gettare uno sguardo.

Alcuni studiosi contemporanei ritengono che il punto di partenza e di riferimento del limite del *duplum* risedette nella *stipulatio duplae* creata proprio

per l'evizione[23]. Come ho già osservato in altra sede[24] vi sono molti casi nei quali i giuristi della tarda Repubblica e dell'Impero applicarono il limite del doppio; al riguardo un riferimento certo appare il limite introdotto per gli interessi sia legali che convenzionali[25]. Esso risulta applicato già sul finire dell'età Repubblicana (tra il 72 e il 70 a. C.[26]) da un editto di Lucullo, mentre non è databile la sua introduzione in Roma[27], dove tuttavia era operante durante il Principato, poiché la giurisprudenza di quel periodo lo menzionava piú volte, dandone per scontata la sua applicazione[28]; la quale fu anche confermata e, talo-

[23] MEDICUS, *Id quod interest*, 1962, p. 63 ss.; SCHINDLER, *Justinians Haltung zur klassik, , - Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, 1966, pp. 260 ss.; KNÜTEL, *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragstrafe*, 1976, pp. 338 ss.

[24] Debito e responsabilità, cap.1.

[25] Sul divieto di *usurae* legali *ultra duplum* v. G. CERVENCA, *Sul divieto delle cd. <<usurae supra duplum>>*, Index 2 (1971), pp. 291 ss.; sul divieto per le *usurae* convenzionali v. L. SOLIDORO, *<<Ultra sortis summam usurae non exiguntur>>*, Labeo 28 (1982), pp. 164 ss.; *Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale*, in *L'usura ieri ed oggi*, 1997, pp. 177 ss.

[26] V. CERVENCA, *Sul divieto delle cd. <<usurae supra duplum>>*, cit., p. 300 alla nt. 3, il quale ricorda che del provvedimento di Lucullo parla Plutarco (*Luc*. 20.3) come di un intervento per alleviare la condizione degli abitanti dell'Asia minore „oppressi dalle pretese degli usurai", che doveva trovare una solida radice nel diritto delle Provincie, per il quale Diodoro Siculo menzionava un precedente dell'antico diritto egiziano, risalente sino all'VIII secolo a. C.

[27] Al riguardo il MOMMSEN, *Römische Geschichte* III[8], 1856, 537, aveva ipotizzato l'introduzione in Roma attraverso un provvedimento di Cesare, del quale però mancano le prove: v. le riflessioni svolte in questa sede dalla SOLIDORO, *Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale*, loc. cit.; l'a. richiama le considerazioni del PIAZZA, *<<Tabulae novae>>. Osservazioni sul problema dei debiti negli ultimi decenni della Repubblica*, Atti del II Sem. rom. Gardesano, 1980, 39 ss., spec. 91 ss. Cautela circa i tempi di accoglimento in Roma suggerisce la natura straordinaria e transitoria del provvedimento di Lucullo, anche se non è affatto scontato che il divieto del doppio sia entrato in Roma come conseguenza della prassi diffusasi nelle province e non sia avvenuto piuttosto il contrario e cioè „che sia stato invece il governatore Lucullo ad ispirarsi ad una norma romana": sul punto v. SOLIDORO, *<<Ultra sortis summam usurae non exiguntur>>*, cit., 169[29].

[28] Sul punto fondamentale è il frammento di Ulpiano di D. 12. 6. 26. 1, *Ulp. 26 ad ed.: Supra duplum autem usurae et usurarum usurae nec in stipulatum deduci nec exigi possunt et solutae repetuntur, quemadmodum futurarum usurarum usurae*. (Tr.: Né gli interessi né gli interessi maturati sugli stessi interessi possono essere previsti in una stipulazione o essere riscossi se superano il doppio; se sono stati pagati se ne può chiedere la restituzione, così come per gli interessi che matureranno sugli interessi futuri). Ulpiano doveva far riferimento ad un divieto preesistente, il quale (secondo la SOLIDORO, *<<Ultra sortis summam usurae non exiguntur>>*, Labeo 28 (1982), pp. 172 e 179) poteva provenire da una lex imperfecta o da un senatoconsulto o, piú verosimilmente, da una costituzione imperiale. Esso era comunque radicato nella pratica giuridica dell'età dei Severi: lo dimostra il riscontro fornito da un frammento di Papiniano: D. 22. 1. 9. pr., Pap. 2 quaest.: Pecuniae faenebris, intra diem certum debito non soluto, dupli stipulatum in altero tanto supra modum legitimae usurae respondi non tenere: quare pro modo cuiuscumque

ra meglio precisata, da alcune costituzioni imperiali ispirate dai giuristi della Cancelleria[29].

Di modo che appare legittimo concludere che in tutta l'esperienza romana si tentò di non consentire che un debitore potesse essere gravato oltre il doppio del debito contratto.

Tale limite fu infine oggetto di una costituzione di Giustiniano del 531, espressione della sua politica legislativa aveva per obiettivi il contenimento delle pretese dei creditori ed il temperamento delle situazioni che rendessero eccessivamente onerosa e insopportabile la condizione dei debitori. Riguardo a questi obiettivi la costituzione del 531 pare costituire il punto terminale diretto a riassumere in via generale le direttive di contenimento dell'ammontare dei debiti, attraverso la determinazione di un tetto per le condanne giudiziali. Essa era stata preceduta da altri provvedimenti, tra i quali risalta una costituzione del 529:

> CI. 4. 32. 27. 1, *Iust: Cursus insuper usurarum ultra duplum minime procedere concedimus, nec si pignora quaedam pro debito creditori data sint, quorum occasione quaedam veteres leges et ultra duplum usuras exigi permittebant. § 2: Quod et in bonae fidei iudiciis ceterisque omnibus in quibus usurae exiguntur servari censemus*.
>
> (Tr.: CI 4.32.27.1Giust.: Non concediamo che il tasso degli interessi vada al di là del doppio, neppure se per il debito siano stati dati alcuni pegni al

temporis superfluo detracto stipulatio vires habebit (Tr.: Se alla scadenza non si è pagato il debito non sarà tenuto a pagare le usure previste in una stipulazione al di là del limite legittimo del doppio: di conseguenza la stipulazione avrà valore solo per la parte che in relazione al tempo del pagamento corrisponde al legittimo, dovendosi togliere la parte in eccedenza). Le fonti contengono numerosi riferimenti al modus usurarum: sui quali v. TALAMANCA, Istituzioni di diritto romano, 1990, 545 s.; MARRONE, Istituzioni di diritto romano, 194, 459; e soprattutto L. SOLIDORO, locc. citt. Secondo il CERVENCA, Sul divieto delle cd. <<usurae supra duplum>>, cit., p. 297, tuttavia, il divieto delle usurae ultra duplum avrebbe riguardato esclusivamente le usurae convenzionali per tutta l'età classica e del tardo-antico sino a Giustiniano, il quale, per primo, lo avrebbe esteso anche alle usurae legali.

[29] L'intervento degli Imperatori a partire datare da una costituzione di Antonino Caracalla (C. 4, 32, 10) è frequente sino al Codice Teodosiano, che raccolse una importantissima costituzione del 380 d.C. (degli imperatori Imperatori Graziano, Valentiniano II e Teodosio I, forse emanata a Tessalonica dal solo Teodosio: CTh. 4. 19. 1) e rivela una costante preoccupazione di tenere a freno l'ammontare degli interessi e, comunque, a limitare il debito a non piú del doppio. La tendenza espressa era di estremo rigore e venne riflessa dalla *interpretatio visigotica: Int.* CTH. 4. 19. 1. In proposito voglio osservare che il contenuto delle costituzioni del tardoantico doveva riprodurre punti già affermati almeno nell'età dei Severi, poiché la turbolenza degli avvenimenti militari e politici degli anni ai quali appartengono gli interventi imperiali citati difficilmente avrebbe potuto dar luogo a disposizioni innovative, il cui contenuto non fosse già nella consapevolezza dei contemporanei, rielaborata dalla scienza giuridica del tempo, in massima parte espressa dalla Cancelleria imperiale.

creditore, in occasione dei quali talune vecchie leggi permettevano di esigere interessi anche al di là del doppio. § 2: E ciò vogliamo si mantenga e nei giudizi di buona fede e in tutti gli altri casi in cui si esigono gli interessi).

La costituzione è esplicita e categorica: in nessun caso il debito, a causa degli interessi, avrebbe potuto crescere di là dal doppio; senza eccezioni di sorta, nemmeno quelle previste da *veteres leges*[30] e conteneva un riferimento esplicito ai giudizi di buona fede. Essa è l'indice di un disegno che andava maturando nella mente dell'Imperatore il quale già l'anno prima aveva esposto il convincimento che occorresse un più energico e decisivo intervento per limitare le *usurae*:

> CI. 4. 32. 26. 1: *Super usurarum vero quantitate etiam generalem sanctionem facere necessarium esse duximus, veterem duram et gravissimam earum molem ad mediocritatem deducentes.*
>
> (Tr.: CI. 4.32.26.1: Sulla quantità degli interessi, poi, abbiamo, anche, stimato essere necessario fare una disposizione generale, riducendo alla moderazione la loro antica dura e gravissima mole).

Da questi presupposti nacque la menzionata costituzione del 531, che era generale e tassativa:

> CI. 7, 47, 1, pr. Iust.: *Cum pro eo quod interest dubitationes antiquae in infinitum productae sunt, melius nobis visum est huiusmodi prolixitatem prout possibile est in angustum coartare. § 1: Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, quod hoc interest dupli quantitatem minime excedere: in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut, quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat, cum scimus esse naturae congruum eas tantummodo poenas exigi, quae cum competenti moderatione proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur. § 2: Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres quod interest statuerunt: et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae prolixitatis huius constitutionis recitatio.*

[30] Le quali dovevano concernere il prestito marittimo ed il prestito agrario.

(Tr.: CI. 7.4.7.1 pr. Giust.: Essendosi protratti all'infinito gli antichi dubbi su quello che è interesse, a noi sembrò cosa migliore restringere, per quanto sia possibile, un prolissità di tal genere. § 1: Ordiniamo dunque che, in tutti i casi che hanno una quantità o natura determinata, come nelle vendite, nelle locazioni ed in tutti i contratti, l'interesse non ecceda minimamente la quantità del doppio. Negli altri casi, poi, che sembrano essere incerti, i Giudici, che sono chiamati a decidere le cause, dovranno ricercare in che cosa realmente consiste il danno e non badare ai raggiri, e ciò affinché, l'ammontare dilatato all'infinito, non venga meno a causa della sua stessa impossibilità, poiché noi sappiamo essere per natura congruo esigere soltanto quelle pene che vengono fissate con appropriata moderazione o determinate dalla legge con un limite certo. § 2: E ciò la nostra costituzione stabilì non soltanto per il danno ma anche per il lucro, poiché gli antichi anche da ciò stabilirono gli interessi. E per tutti, secondo quello che è stato detto, la lettura di questa costituzione ponga fine all'antica prolissità).

Vi fu dunque un processo parallelo che portò il diritto romano a limitare la condanna del debitore facendo leva su interventi specifici ma anche sulla natura della *fides.*

7. Il giudicante

Ma l'intervento dell'Imperatore è anche rivelatore di un altro aspetto.

Il *iudicium bonae fidei* aveva introdotto, con l'*arbitrium*, un grande potere per i giudici: essi non erano più legati alla richiesta dell'attore e poteva procedere liberamente all'apprezzamento della lite. Nella procedura nella quale quel tipo di *iudicium* era sorto la correttezza di esercizio di tale potere era in qualche modo garantito dal fatto che il giudicante veniva scelta da ambedue le parti, sicché era ragionevole la scelta di persona onesta e che avrebbe giudicato secondo obiettività.

Le cose cambiarono profondamente con il passaggio alla procedura della *cognitio extra ordinem*. In essa il giudice era un funzionario e non era più scelto dalle parti. Perciò assistiamo all'emersione di una crescente preoccupazione per l'operato dei giudici che potevano emettere sentenze senza tener conto del bilanciamento tra gli interessi dei litiganti e sempre più spesso si rendevano responsabili di arbitrii e collusioni con i creditori: tanto più che questi dovevano

essere persone abbienti ed influenti, in grado di influenzare il convincimento e non di rado la carriera dei giudici[31].

Nello stesso *iudicium bonae fidei* si assiste ad una deviazione dell'*officium iudicis*, che, abusando della discrezionalità della quale godeva, aveva dilatato oltre misura la previsione di somme elevate, a titolo di interesse[32].

È questo nuovo ma preoccupante aspetto alla base dell'intervento degli Imperatori e da ultimo di Giustiniano: il richiamo al rispetto rigoroso del limite del doppio costituiva una remora a questa situazione degenerata ormai anche nei giudizi di buona fede.

8. Fides bona ed arbitrium boni viri

La buona fede esigeva che ogni discrezionalità, da quella riservata al giudicante, il cui operato era censurabile se non corrispondente a correttezza, a quello di chiunque fosse chiamato ad esprimere una valutazione riguardo al rapporto negoziale, dovesse avvenire secondo un modello di onestà e congruità.

È il caso dell'*arbitrium* inteso sempre riferito all'*arbitrium boni viri* nei rapporti di buona fede.

Ove previsto esso imponeva che l'esattezza della prestazione (quindi il giudizio sul se e sul quanto fosse dovuto) dovesse essere valutata secondo un criterio di conformità ai canoni di legittima aspettativa e non di mero arbitrio.

Diverse sono le testimonianze al riguardo, che derivano quanto meno sin dagli inizi del Principato.

Ulpiano ci dice che nella compravendita già i *veteres* (gli antichi giuristi)[33] avevano inteso il rinvio al giudizio del padrone di uno schiavo, liberato a condizione che a suo arbitrio avesse reso i conti (evidentemente della gestione a lui affidata), come se avesse fatto riferimento all'*arbitrium boni viri*. Ciò era parso loro necessario per salvare la validità della vendita condizionata al fatto

[31] È crescente la preoccupazione degli Imperatori che tentano di ostacolare gli abusi dei giudici, moltiplicando i propri interventi contro la collusione e la vendita delle liti: basta scorrere i codici, sia Teodosiano che Giustiniano, per averne un quadro indicatore.

[32] Sul punto rinvio al CERVENCA, *Sul divieto delle cd. <<usurae supra duplum>>*, cit., 296 s. ed ivi le ntt. 29 e 30, dove viene richiamata la precedente bibliografia, con particolare riguardo al Fadda e al Carcaterra.

[33] È difficile stabilire chi fossero i *veteres* nel linguaggio del giurista severiano; in particolare forse poteva trattarsi di giuristi precedenti a Sabino e da questi richiamato, dato che Ulpiano commentava l'opera di Sabino citandolo direttamente o non citandolo, perché dava per scontata la conoscenza dell'originale (i *tre libri iuris civilis*) da parte dei suoi lettori. Ma non è escluso che *veteres* fossero chiamati i giuristi del primo Principato: sul punto cfr. F. SCHULZ, *History of roman legal science*, Oxford, 1967, pp. 222 ss.

che 'lo schiavo a giudizio del padrone avesse reso i conti'. Infatti vi era una profonda differenza, in quanto se si fosse trattato di rinvio al mero arbitrio del padrone la vendita sarebbe stata nulla, mentre se si fosse operato un rinvio all'*arbitrium boni viri* la vendita sarebbe stata valida ed il padrone avrebbe potuto essere chiamato in giudizio con l'azione di acquisto se il padrone dello schiavo non accettò i rendiconti, oppure li ricevette ma finse di non averli ricevuti[34].

Se non conosciamo chi fossero i predecessori 'vecchi' ricordati da Ulpiano sappiamo che proprio agli inizi della giurisprudenza classica Proculo affermò che nei giudizi di buona fede l'*arbitrium* andava riferito all'*arbitrium boni viri*. Ce lo dice lui stesso, dopo avere delineata la differenza tra il mero arbitrio e quello *boni viri*[35], parlando del *iudicium bonae fidei* di *societas*:

> D. 17, 2, 78, Proc. 5 epist.: *in proposita autem quaestione arbitrium boni viri existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est.*

[34] D. 18, 1, 7, pr., Ulp. 28 Ad Sab.: *Haec venditio servi „ si rationes domini computasset arbitrio" condicionalis est: condicionales autem venditiones tunc perficiuntur, cum impleta fuerit condicio. sed utrum haec est venditionis condicio, si ipse dominus putasset suo arbitrio, an vero si arbitrio viri boni? nam si arbitrium domini accipiamus, venditio nulla est, quemadmodum si quis ita vendiderit, si voluerit, vel stipulanti sic spondeat „ si voluero, decem dabo": neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus. placuit itaque veteribus magis in viri boni arbitrium id collatum videri quam in domini. si igitur rationes potuit accipere nec accepit, vel accepit, fingit autem se non accepisse, impleta condicio emptionis est et ex empto venditor conveniri potest.*

(Tr.: Questa vendita dello schiavo '*se abbia reso i conti secondo la valutazione del padrone*' è una vendita condizionata. Bisogna precisare che le vendite condizionate si perfezionano solo con l'avveramento della condizione. Ma come va intesa la condizione in questo caso, cioè bisogna far riferimento al mero arbitrio del padrone o alla valutazione di un uomo corretto? Invero se la riferiamo al mero arbitrio del padrone la vendita è nulla, così come quando uno venda in questo modo '*se vorrà*', oppure uno stipulante prometta con tali parole '*se vorrò darò dieci*': infatti non dovrà dare e non potrà essere costretto a dare. Perciò ai *veteres* piacque ritenere che quella clausola andasse riferita all'arbitrato della persona corretta piuttosto che al mero arbitrio del padrone. Se pertanto potendo non accettò i rendiconti, oppure se li ricevette ma finse di non averli ricevuti, la condizione della vendita si riterrà adempiuta ed il venditore potrà essere convenuto in base all'azione di vendita).

[35] D. 17, 2, 76, Proc. 5. epist.: [...] *Arbitrorum enim genera sunt duo, unum esiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus, quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est, alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat.*

(Tr.: Vi sono due generi di 'arbitri'; uno concepito in modo che dobbiamo attenerci a lui sia che abbia agito con equità sia che si sia comportato in modo iniquo, come avviene quando si nomina un arbitro nel compromesso, l'altro concepito in modo che si comporti come una persona corretta, anche se si sia indicato il nome della persona che deve emettere l'arbitrato).

(Tr.: nella questione sottopostami ritengo che si debba procedere attraverso la valutazione della persona corretta).

Il punto si trova precisato in altri brani, i quali, ribadiscono la necessità che l'*arbitrium* sia riferito all'*arbitrium boni viri* là dove si debba avere riferimento alla *fides*[36].

[36] Il punto è più volte specificato in brani di Pomponio, di Paolo ed ancora di Ulpiano: D. 40, 7, 21, pr., Pomp. 7 ex Plaut.: *Labeo libro posteriorum ita refert: „Calenus dispensator meus, si rationes diligenter tractasse videbitur, liber esto suaque omnia et centum habeto". diligentiam desiderare eam debemus, quae domino, non quae servo fuerit utilis. erit autem ei diligentiae coniuncta fides bona non solum in rationibus ordinandis, sed etiam in reliquo reddendo. et quod ita scriptum est „videbitur", pro hoc accipi debet „videri poterit": sic et verba legis duodecim tabularum veteres interpretati sunt „si aqua pluvia nocet", id est „si nocere poterit". et si quaereretur, cui eam diligentiam probari oporteat, heredum arbitratum boni viri more agentium sequi debebimus, veluti si is, qui certam pecuniam dedisset, liber esse iussus est, non adscripto eo, cui si dedisset, eo modo poterit liber esse, quo posset, si ita fuisset scriptum „si heredi dedisset".*

(Tr.: Labeone nei posteriori esamina questo disposizione: „il mio dispensiere Caleno sia libero ed ottenga le cose sue più cento, se risulterà che avrà gestito con diligenza i miei conti". Dobbiamo richiedere la diligenza che si rivolga all'utilità del padrone e non dello schiavo. A quella diligenza dovrà essere congiunta la buona fede non solo nel mantenimento dei conti, ma anche nel resto. E l'espressione: „risulterà" va intesa come se avesse detto „si potrà verificare"; gli antichi interpretarono in tal modo le parole delle XII tavole „se l'acqua piovana nuoce" intese come se avessero detto „se potrà nuocere"; se poi si chiedesse chi debba approvare quella diligenza, dobbiamo seguire la valutazione di persona corretta fatta dall'erede, come quando sia previsto che se dia una determinata somma sarà libero senza l'indicazione della persona alla quale dovrebbe dare per essere libero, la disposizione va intesa come se fosse stato scritto „se dette la somma all'erede".

D. 19, 2, 24, pr., Paul. 34 *ad ed.*: Si *in lege locationis comprehensum sit, ut arbitratu domini opus adprobetur, perinde habetur, ac si boni viri arbitrium comprehensum fuisset, idemque servatur, si alterius cuiuslibet arbitrium comprehensum sit: nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit. idque arbitrium ad qualitatem operis, non ad prorogandum tempus, quod lege finitum sit, pertinet, nisi id ipsum lege comprehensum sit. quibus consequens est, ut irrita sit adprobatio dolo conductoris facta, ut ex locato agi possit.*

(Tr.:Se nell'accordo di una locazione sia stato previsto che il manufatto venga approvato secondo il giudizio del padrone, ci si dovrà regolare come se fosse stato prevista la valutazione della persona corretta; lo stesso si dovrà ritenere se sia stato previsto la valutazione di una qualsiasi altra persona: infatti la buona fede esige che si effettui una valutazione congrua a quella dell'uomo corretto. La valutazione poi si riferisce solo alla valutazione della qualità dell'opera, non anche al termine concordato, a meno che espressamente sia stata estesa anche ad esso. Da ciò consegue che non è valida l'approvazione fatta con dolo del conduttore, nel qual caso si potrà agire con l'azione di locazione).

D. 50, 8, 3, 2 Ulp. 3 opin.: *Sed si in locatione fundorum pro sterilitate temporis boni viri arbitratu in solvenda pensione cuiusque anni pacto comprehensum est, explorata lege conductionis fides bona sequenda est.*

(Tr.: Ma se con un patto sia stato previsto che nella locazione dei fondi il pagamento del canone in caso di periodo di sterilità sarebbe stato affidato alla valutazione di una persona corretta, bisognerà attenersi ad un criterio di buona fede per via della disciplina della conduzione).

Mi sembra poi oltremodo significativa una conclusione di Ulpiano il quale generalizzava l'assimilazione tra del mero arbitrio all'arbitrato della persona corretta in tutti i giudizi di buona fede:

> D. 50, 17, 22, 1 Ulp. 28 ad Sab.: *Generaliter probandum est, ubicumque in bonae fidei iudiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris eius condicio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse.*
>
> (Tr.: In via generale va confermato che nei giudizi di buona fede ogni volta sia previsto la valutazione del proprietario o del suo procuratore essa va riferita alla valutazione della persona corretta).

La conclusione di Ulpiano partiva dal caso dell'arbitrio rimesso alla mera discrezionalità del padrone[37] per pervenire ad una generalizzazione e forse ad una regola.

Come regola venne utilizzato dai redattori del Digesto, attraverso l'inserimento nel titolo 17 del libro 50 che con la rubrica *de diversis regulis iuris antiqui* (le diverse regole del diritto antico), proponeva le regole generali destinate a fornire la chiave di lettura di tutto il Digesto[38].

9. Considerazioni finali

Abbiamo così avuto l'occasione di soffermarci su una ulteriore forma della fecondità della *bona fides* dal quale risulta come la sua presenza avvicinava il diritto al concetto di 'giustezza' che è nell'aspirazione dei fruitori.

Avviandomi alla conclusione vorrei provare a ricapitolare, per sommi capi, alcuni punti che la mia analisi spero possa avere evidenziato.

La *fides* interveniva sia nei rapporti internazionali sia nei rapporti privati.

La *fides* servì a contrastare le durezze e le difficoltà del processo.

La *fides*, specie quando divenne *bona*, introduceva un rinvio 'recettizio' a normative del *ius gentium*. Essa perciò poteva assicurare la tutela di valore che andavano oltre la piattaforma negoziale avuta presente al momento della for-mazione di un contratto.

[37] Il brano, si trova nello stesso libro 28 del commentario a Sabino al quale apparteneva D. 18, 1, 7, pr. (riportato sopra alla nt. 34), del quale doveva costituire la chiusura.

[38] Sul punto v. le mie riflessioni, con esame del tit. 17 del 50° libro, svolte in *Regula e ius antiquum in D. 50.17.23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale.* I, 1984,, cap. II.

La *fides bona* diventò il criterio normativante delle relazioni intersoggettive regolandole nella fase di preparazione e nella fase di esecuzione, esigendo che si rispettasse costantemente la proporzionalità e la congruità delle reciproche prestazioni.

La *fides bona* consentiva di limitare gli obblighi contrattuali a quello che appariva sopportabile per il debitore, anche con riferimento alle *usurae*, per le quali, anche per altra via, venne affermato il limite del *duplum*.

La *fides bona* conferiva discrezionalità ampia al giudicante e perciò presupponeva che questi fosse una persona fededegna: all'uopo nel processo formulare veniva incontro la scelta del giudice da ambo le parti.

Era assente al diritto romano una distinzione tra buona fede soggettiva e buona fede oggettiva poiché si faceva capo ad un concetto unitario che concerneva ogni situazione, creata o meno dalle parti, di possibile sperequazione o iniquità: essa contemplava l'onestà di agire della persona, ma anche la congruità rispetto a certe esigenze che le circostanze del caso potevano rivelare.

Nei *iudicia bonae fidei* e nei conseguenti rapporti contrattuali non era concepibile una stima del dovuto diversa da quello scaturente dalla valutazione della persona onesta e corretta.

Il centro di riferimento della funzione normativante della *bona fides* era l'uomo concreto con le sue esigenze le sue potenzialità.

Questi punti spingono ad alcune osservazioni sul presente.

Mi pare che le implicazioni dei concetti derivanti dal diritto romano possano suggerire, pur con le cautele dell'accostamento di realtà tanto distanti nel tempo e nella loro articolazione, alcune considerazioni.

La poliedricità di implicazioni della *fides* romana spinge ad un'attenta revisione della concezione dei contratti e delle obbligazioni. Essa è in gran parte iniziata e spesso parte delle fonti e dai concetti del diritto romano.

I punti che mi sembrano passibili di riconsiderazione concernono la immotivata distinzione tra rapporti di diritto internazionale e rapporti privati, che incide pesantemente sul debito estero. Credo che, invece, proprio la normatività della *fides* romana indichi la strada di una disciplina unitaria delle obbligazioni, secondo una concezione dinamica capace di adeguarne gli obblighi, in considerazione della proporzionalità di essi e della prevedibilità, in modo che non si assista alla trasmigrazione del rapporto obbligatorio in una situazione di altra natura.

In proposito giova richiamare l'intuizione, segno di alta politica legislativa, di Giustiniano che un'obbligazione non eseguibile per la sopraggiunta eccessiva onerosità scompare (*ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro*

sua impossibilitate cadat, cum scimus esse naturae congruum eas tantummodo poenas exigi, quae cum competenti moderatione proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur – tr.: e ciò affinché, l'ammontare dilatato all'infinito, non venga meno a causa della sua stessa impossibilità, poiché noi sappiamo essere per natura congruo esigere soltanto quelle pene che vengono fissate con appropriata moderazione o determinate dalla legge con un limite certo); al suo posto però prende corpo un rapporto che può essere di assoggettamento personale, incidendo direttamente sulla condizione della persona.

È singolare che in materia di obbligazione si faccia riferimento in modo rigido agli impegni assunti nel momento iniziale e pur equiparando spesso il contratto alla legge[39], non se ne traggano le dovute conseguenze ammettendo anche per il contratto l'interpretazione evolutiva riconosciuta per la legge.

Questa consentirebbe l'adeguamento delle prestazioni in base a diversi fattori che tengano conto delle mutate condizioni, anche se indipendenti dal comportamento delle parti, e che ben conoscevano i giuristi romani, come mostra il riferimento a *quod sit cogitatum* introdotto dalle sentenze di Giuliano, Africano e Paolo. Il quale è altra cosa e va ben di là dalla clausola *rebus sic stantibus*, alla quale si è in gran parte ispirata la disciplina della imprevisione[40], perché a differenza di questa non costringe il debitore a scegliere tra l'esecuzione iniqua o la risoluzione, per lui spesso altrettanto gravosa ed impossibile in quanto gli è gravoso restituire quello che ha preso in prestito perché aveva necessità di mezzi per sopravvivere o per un suo disegno produttivo; mezzi che non sono più nella sua immediata disponibilità[41]. Inoltre la soluzione delle fonti romane non era legata alle restrizioni imposte per l'imprevisione che non può

[39] Così, ad esempio, l'art. 1372 Cc. Italiano dichiara „*Il contratto ha forza di legge tra le parti*". L'enunciato, poi, si trova anche in altri codici: ad es. negli artt. 1091 e 1256 Cc. Spagnolo, che parlano appunto di „fuerza de ley entre las partes". Piú incisiva e parzialmente differente è la dizione dell'art. Art. 1545 C. C. de Chile: „Todo contrado legalmente celebrado es una ley para los contrahentes, y no puede ser invalidado sino por su consentimento mutuo o per causas legales".

[40] Al riguardo viene in considerazione l'art. 1467 del Codice Civile italiano, che è stato in qualche misura il prototipo di protezione contro l'imprevisione: „*Nei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto*".

[41] Va tenuto presente che la conseguenza prevista dalla disciplina dell'imprevisione è quella della risoluzione secondo le modalità dell'art 1458, le quali prevedono che „*La risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti*".

concernere tutti i contratti e richiede il verificarsi di eventi non solo imprevedibili ma anche straordinari[42].

Si deve affermare che è nella normalità del rapporto obbligatorio l'aggancio a situazioni ipotizzabili ed accettabili e che quando uno sbilanciamento non prevedibile e non consueto allo specifico rapporto si verifichi si debba procedere al riequilibrio, senza costringere il debitore a scegliere tra l'esecuzione ingiusta o l'annullamento del contratto.

Ciò tanto se si tratti di debito tra privati quanto se si tratti di debito pubblico ed in particolare di debito estero.

Questo mi sembra un principio che dovrà essere riconosciuto come principio generale del diritto, preesistente ai singoli ordinamenti, e come tale dichiarato dalla Corte Internazionale di Giustizia.

Ma qui vorrei anche osservare che rispetto a questo importante e vitale Organismo la situazione dei possibili ricorrenti non è paritaria, come la realtà degli ultimi tempi ha dimostrato, impedendo che esso venga adito a causa della pressione dei Membri più forti delle nazioni Unite, che spesso sono o direttamente o indirettamente i creditori o i loro rappresentanti.

Mi pare che, accanto alla faticosa e paziente via intrapresa per arrivare ad una decisione della Corte, sia giunto il momento di ridiscutere le modalità di attivazione del procedimento davanti ad essa. Così come si chiede una riforma del Consiglio di Sicurezza, perché non più rispondente alla realtà odierna, credo che andrebbe ipotizzata la riforma della Corte Internazionale, prevedendo meccanismi di attivazione che non penalizzino i meno forti e la sua riproposizione come organo di interpretazione del diritto e degli atti giuridici in via generale[43].

Un'ultima considerazione la *fides* romana mi suggerisce in via più generale riguardo ai 'giudicanti'.

Ogni sistema ha invero bisogno di *buoni giudici* perché possa dare buona prova di sé. Perciò va individuata la strada migliore per ottenerli.

L'esperienza romana suggerisce che essi offrono maggiori garanzie di obiettività ed equità quando siano espressione della scelta operata da ambedue le parti di una causa. La situazione attuale contrassegnata dalla riserva di giurisdizione a favore di Organi dei Paesi creditori è contro l'operatività della buona

[42] Infatti la protezione offerta al contraente svantaggiato nel corso dell'esecuzione di un contratto ha due limiti: a. che si tratti di contratto „a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita"; b. che si verifichino eventi „straordinari ed imprevedibili".

[43] Mi rendo conto che il punto ha bisogno di una riflessione molto profonda la quale deve riguardare il modo stesso di essere e di operare del diritto internazionale. Personalmente mi propongo di ritornare su di esso, limitandomi qui a proporlo come individuazione di un punto critico del modo in cui il diritto si pone oggi e, se possibile, come provocazione per un*a differente organizzazione e quindi operatività del diritto nel futuro*.

fede. Inoltre occorre prevedere la possibilità di censurare le decisioni dei giudicanti non solo secondo il principio di legalità, ma anche secondo criteri di equità e congruità, che consentano di verificare se vi sia stata una valutazione corretta conforme al '*diritto'* ed alle sue proiezioni di Giustizia, cardini e salvaguardia della *persona umana*:

Ciò era l'essenza della *bona fides* nel diritto romano e deve esserlo anche nel nostro diritto.

Себастиано Тафаро
Универзитет у Барију

Основне напомене о *bona fides* и контрактима

Резиме[44]

Термином *bona fides* римска правна наука је означавала оно што је сматрала часним, поштеним и учињеним у доброј вери. Настанак појма *fides* везан је за уређивање односа Рима са другим градовима и римских грађана са странцима. Временом је изграђен правни стандард *bona fide* путем кога је правна наука мењала постојећа правна правила и уводила нова. Аутор у чланку осветљава историју *bona fide* у контрактној материји, њен утицај и значај.

Односи међу уговорним странама били су у Риму на почетку одређени формом (*gestum, certa verba*). *Fides* у том времену подразумева да треба учинити оно што је речено. Крајем републике она подразумева да треба да се оствари оно што је био интерес странака у уговореном послу. Током принципата подразумева такво тумачење контракта које обезбеђује коректност и еквилибријум. Увођењем судског постука утемељеног на *bona fides* (*iudicia bonae fidei*) правни послови почињу да се тумаче у свој комплксности. Води се рачуна о низу ствари: о узајамности обавеза, о томе да се обезбеди коректан положај странака, као и о томе да се контракт мора посматрати у његовој динамици.

У овако широком тумачењу стандарда *bona fides* правна наука испољава велику креативност. Када даје одговоре на постављена питања, права и обавезе странка увек смешта у оквире онога што се у поступку споразумевања могло претпоставити и што је за странке могло бити прихватљиво. Такође води рачуна о ономе што се по правилу догађа у одређеним контрактима након закључења па пажљиво процењује све околности које од тога одступају. Оваквим тумачењем стандарда *bona fides* судија је добио могучност да узме у обзир како оно што је

[44] Резиме написао др Антун Маленица, редовни професор Правног факултета у Новом Саду.

претходило консензусу тако и околности које су настале након његовог закључења. Римско право је тако дошло до модела решавања спорова који гарантује једнакост и правичност.

Након осветљавања низа аспеката примене *bona fides* аутор, на крају, закључује да би прихватање римског поимања *bona fides*, које у центар ставља човека, његов положај у правном односу, а не сам уговор као такав, могло отклонити многе проблеме који оптерећују данашње јавно и приватно право, како оно унутрашње тако и међународно.

347.441.6(37)

Dr. Tamás Nótári, ванредни професор
Универзитета „Károli Gáspár“ у Будимпешти

COMMENTS ON THE LEGAL MAXIM "SUMMUM IUS SUMMA INIURIA"

Interpretation based on maxims of legal logic occupies an honourable place among the possible methods of legal interpretation; this is done most frequently by using basic concepts originating from the classical period of Roman law, which faciliate orientation among contradictory decrees and help to clarify the meaning of legal rules. Here belong the following principles, widely known in Modestinus's formulation but dating from the period of the *leges XII tabularum*: *„lex posterior derogat legi priori"*,[1] the Papinian *„lex specialis derogat legi generali"*,[2] and the *„lex primaria derogat legi subsidiariae"*. It is a basic interpretive principle, that the legal rule should be interpreted in its integrity, not by extracting certain parts of it;[3] following the letter of the law often leads to its evasion;[4] during interpretation the legislator's intention should be taken into account,[5] if this is doubtful, the more lenient solution should be preferred.[6] All these can be traced back into a highly philosophical, Celsian principle – also widely accepted in contemporary legal thinking – which declares that the vocation of the Law is to implement Justice, asserting that *„ius est ars boni et aequi"*,[7] the Law is an art of the Good and the Just. Out of these, the procedure called *in fraudem legis* is related to the statement that enforcing the letter of the

[1] XII tab. 12, 5; Mod. D. 1, 4, 4.
[2] Pap. D. 48, 19, 41; 50, 17, 80.
[3] Cels. D. 1, 3, 24.
[4] Paul. D. 1, 3, 29.
[5] Cels. D. 1, 3, 19.
[6] Marc. D. 28, 4, 3 pr.
[7] Ulp. D. 1, 1, 1.

law often leads to inequity contradictory with the spirit of the law; i.e., to injustice. Cicero also quotes this *proverbium*, widely spread as early as in the age of the Republic, which remained in use in his formulation until today: *„summum ius summa iniuria"*;[8] i.e., the utmost enforcement of the law leads to the greatest injustice.

The present paper has a modest aim, it does not offer a general survey, much rather an introspection into the problem. First, it enumerates the occurrences of this proverb in the sources of Roman literature (**I.**); then, it outlines the development and semantic changes of the concept of *interpretatio* (**II.**); finally, it will consider the further-reaching consequences of this *proverbium* in *Adagia* by Erasmus of Rotterdam, one of the most important humanists (**III.**).

I. This idea first occurs in Terence's comedy, *Heautontimoroumenos: „Neque tu scilicet / illuc confugies: 'Quid mea? Num mihi datumst? Num iussi? Num illa oppignerare filiam meam me invito potuit?' Verum illuc, Cherme, / dicunt: Ius summum saepe summast malitia."*[9] The situation is the following: Syrus asks Chermes for money, so that he could help his young master, but in order to get the sum he claims that he needs it for Chermes's daughter. The law is indubitably on Chermes's side, but unconditioned clinging to the law cannot be reconciliated with the *pietas* and *clementia* expected from a Roman *pater familias*. In order to analyse the *summa malitia* turning point it is useful to peruse some meanings and the most typical occurrences of the *summus–summa–summum* adjective and the different connotations of the word *malitia*. In its original meaning *summus* is the Latin equivalent of the Greek *hypathos*.[10] Varro[11] and Isidorus Hispalensis[12] use it as a grammatical technical term for the explanation of the *superlativus*, Quintilian applies it for the description of rhetorical amplification.[13] Used figuratively, it can be encountered in many places, both with temporal meaning[14] and in relation to social status;[15] e.g., applied to the *optimates* and the *nobiles*[16] as the contradiction of the *humiles*, the *infima plebs*[17] and the *infimus ordo*.[18] Isidorus describes the word *malitia*, deriving

[8] Cic. *off.* 1, 33.

[9] Ter. *Heaut.* 792sqq.

[10] WALDE, A.–HOFMANN, J. B. *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch I–II.* Heidelberg, 1954. II 630.

[11] Varro *ling.* 8, 75.

[12] Isid. *etym.* 1, 7, 27.

[13] Quint. *inst.* 7, 10.

[14] Plaut. *Asin.* 534; *Persa* 33; *Pseud.* 374; Cic. *Cato* 78; Suet. *Tib.* 64, 4.

[15] Plaut. *Cist.* 516; *Amph.* 77; *Capt.* 279; *Merc.* 694; *Stich.* 409; *Persa* 418; Cic. *Tusc.* 2, 144.

[16] Plaut. *Stich.* 492sq.; *Cist.* 23sq.; *Pseud.* 70; *Merc.* 604; Ter. *Heaut.* 227. 609; *Ad.* 502.

[17] Plaut. *Cist.* 24sq.; Ter. *Eun.* 489; *Hec.* 380; Cic. *Att.* 4, 1, 5; *Phil.* 2, 3.

from the word *malus*, as the evil thought of mind;[19] it is used by many authors as the synonym of astutia and *calliditas*.[20] In the prologue of *Heautontimorumenos* Terence mentions *expressis verbis* the Greek type of his comedy,[21] which, with regard to the above cited *proverbium*, can most probably be identified with two lines by Menander,[22] though the two ideas do not correspond word for word.[23] Terence speaks about *ius*, whereas Menander mentions *nomoi*; i.e., the laws and not *dikaion*. The *synkhophantēs* carries a slightly wider semantic load than *malitia*, which could be translated into Latin as *damnum*, *calumnia* or *malum*, in any way designating a content in contradiction with the spirit and destination of *ius*;[24] *lian akribōs* can be equally translated by the phrase *summo iure* or *nimis exacto quodam studio*.[25] Hence it becomes obvious that Terence heavily altered the Menandrian thought and adapted it to the circumstances of Roman legal life but preserved its basic message.[26]

Hieronymus takes his version from this Terentian *locus*: *„O vere ius summum summa malitia."*[27] A statement with similar content (*summum ius summa crux*) is formulated by Columella, when he speaks about the responsibilities of the *pater familias* and the *dominus*: *„comiter agat cum colonis facilemque se prebeat, ...sed nec dominus in unaquaque re, cui colonum obligaverit, tenax esse sui iuris debet, sicut in diebus pecuniarum vel lignis et ceteris paucibus accessionibus exigendis, quarum cura maiorem molestiam quam impensam rusticis adfert. Nec sane vindicandum nobis quidquid licet, nam summum ius antiqui summam putabant crucem."*[28] So it is forbidden to deal too harshly with the *colonii*, the master should exercise the virtues of meekness and consideration.[29]

The *proverbium* passed into legal common knowledge in Cicero's formulation in *De officiis: „Existunt saepe iniuriae calumnia quadam et nimis callida, sed malitiosa iuris interpretatione. Ex quo illud 'summum ius summa iniuria'*

[18] CARCATERRA, A. 'Ius summum saepe summast malitia'. in *Studi in onore di E. Volterra*. Milano, 1971. IV. 631sqq.

[19] Isid. *diff.* 1, 358.

[20] Isid. *etym.* 10, 6. Cf. CARCARETTA 638.

[21] Ter. *Heaut.* 4–5.

[22] Menandr. Nr. 545.

[23] About the question of *contaminatio* in Terence's comedies see RIETH *Die Kunst des Menanders in den Adelphen des Terenz*. Hildesheim, 1964.

[24] Don. *Comm. in Ter. Heaut.* 792sqq.

[25] CARCATERRA 1971. 641.

[26] CARCATERRA 1971. 644.

[27] Hier. *epist.* 1, 44.

[28] Colum. *rust.* 1, 7, 1sq.

[29] FUHRMANN, M. Philologische Bemerkungen zur Sentenz 'Summum ius, summa iniuria'. in *Studi in onore di E. Volterra*. Milano, 1971. II. 74.

factum est iam tritum sermone proverbium."[30] Consequently, it is not ius itself that results in iniuria, but the malevolent enforcement of a seemingly lawful claim is the case when injustice is committed under the mask of law enforcement.[31] Examining the bequeathing of the *proverbium*, one can safely assert that the versions of Terentius and Columella are more closely connected with each other than with the Ciceronian *antithesis*, and that they represent an earlier stage in the formulation of this thought.[32] In these two authors' work the clash of the legal and moral norms becomes foregrounded; i.e., the action permitted and approved by *ius* becomes contestable from the side of *mos*.[33] The Ciceronian formulation goes even further: it is not only the legal and ethical norm that conflict here, the collision takes place within the legal system.[34] The claim is made not only for a morally correct decision but also for the right and just application of the law. The proverb objects to the abuse of the law, to its literal and not sensible interpretation.[35] (The phrase *factum etiam tritum sermone proverbium* could refer to the fact that Cicero himself took over the idea of *summum ius summa iniuria* from an earlier *auctor* or the practice on the *forum*, or it can be assumed that he is referring to his own rhetorical practice when he emphasises the great familiarity of the proverb, as he frequently used the phrases *summo iure agere* and *summo iure contendere* too.[36])

However, he greatly exceeds the requirement of equitable legal interpretation in *De legibus*, where, among other things, he analyses the connection between natural law and positive law.[37] In this work Cicero appears as legislator – as his model Plato[38] does in *Nomoi*[39] – a thing which must have seemed extremely new, almost provoking indignation, because doing this he intended to reform and replace the venerated *leges XII tabularum,*[40] thus occupying the pla-

[30] Cic. *off.* 1, 33.

[31] BÜRGE, A. *Die Juristenkomik in Ciceros Rede Pro Murena*. Zürich, 1974. 53; FÖLDI, A.–HAMZA, G. *A római jog története és institúciói.* (History an Institutes of Roman Law) Budapest, 2006[11]. 73.

[32] STROUX, J.*'Summum ius, summa iniuria' Ein Kapitel der Geschichte der interpretatio iuris*. Berlin–Leipzig, 1926. 21; FUHRMANN 1971. 74.

[33] STROUX 1926. 49.

[34] FUHRMANN 1971. 75.

[35] BÜCHNER, K. Summum ius summa iniuria. in *Humanitas Romana.* Heidelberg, 1957. 102; TOMULESCU, C. S. Der juristische Wert des Werkes Ciceros. in *Gesellschaft und Recht im griechisch-römischen Altertum I–II.* Berlin, 1968. I. 230.

[36] Cic. *Verr.* 6, 4; *Att.* 16, 15, 1.

[37] TOMULESCU 1968. 230.

[38] Cic. *leg.* 1, 15.

[39] Cf. GÖRGEMANNS, H. *Beiträge zur Interpretation von Platons Nomoi*. München, 1960; MORROW, G. R. *Plato's Cretan City*. Princeton, 1960.

[40] Cic. *leg.* 2, 23. 59.

ce of the nation who made these laws.[41] The first book contains considerations of legal theory, which was practically unknown in Rome in the 1st century BC. It aims at harmonizing *ius civile* with *ius naturale* because this was the only way Roman law could lay claim to universality.[42] From the demand of *ius naturale* neither the *comitia*, nor the *senatus* can give exemption, this being eternal and unchanging. The fundamental task of the legislator and the judge is to proceed in accordance with it,[43] and the task of the law is to separate the lawful from the unlawful.[44] *Ius* and *ratio* are inseparably connected; moreover, they are each other's synonyms in a certain respect; so law must originate directly from philosophy and not from the pretorial edict or the *leges XII tabularum*, therefore, it can never lose its validity.[45] He formulates in a strictly imperative mood the demand never written down before in Rome: *„Lex iusta esto!"*[46] Law must be based on Justice, which might seem trivial in itself, but Cicero himself had felt the lack of this condition; so law depends solely on Justice, and social cohabitation depends only on the law – this conclusion must have seemed considerably bold in ancient Rome.[47] Appearing as a great system originator in philosophy, Cicero wanted to encompass law in a system as well as in his work – unfortunately lost since then – entiteled *De iure civili in artem redigendo*, which does not seem to have exerted much influence on legal scholars in Rome.[48]

Returning to *summum ius summa iniuria*: it was quite common that certain maxims formulated in everyday life and transmitted through literary sources were appropriated by Law as rules of universal validity. For example, here are a couple of *proverbia* that became *regulae iuris*.[49] Aquila Romanus quotes the sentence *„cui quod libet, hoc licet"*,[50] which can be found in the fragment of Ulpianus as *„non omne quod licet honestum est"*.[51] Publius Syrus's thought, *„lucrum absque damno alieno fieri non potest"*[52] resonates with

[41] KNOCHE, U. Ciceros Verbindung der Lehre vom Naturrecht mit dem römischen Recht und Gesetz. in *Cicero ein Mensch seiner Zeit*. Hrsg. v. RADKE, G. Berlin, 1968. 41.

[42] HAMZA, G. A ius naturale a Corpus Ciceronianumban. (The ius naturale in the Corpus Ciceronianum) in *Hereditas Ciceroniana*. Debrecen, 1995. 75sqq.

[43] Cic. *rep.* 3, 22.

[44] Cic. *leg.* 2, 13.

[45] Cic. *leg.* 1, 18; 2, 14.

[46] Cic. *leg.* 1, 18.

[47] KNOCHE 1968. 46sqq.

[48] LÜBTOW, U. v. Cicero und die Methode der römischen Jurisprudenz. in *Festschrift für L. Wenger*. München, 1944. I. 232.

[49] CARCATERRA 1971. 663.

[50] Aquila Rom. *fig.* 27.

[51] Ulp. D. 50, 17, 144.

[52] Publ. Syr. *Sent.* L, 6.

Pomponius's rule: *„iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem"*.[53] Seneca maior's sentence *„tacite loquitur; silentium videtur confessio"*[54] corresponds with Paulus's *„qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare"*.[55]

II. In order to highlight the origin and the meaning of the word *interpretatio*, let us examine the loci to see in what context the concepts *interpres* and *interpretari* are used by Plautus, and other authors of archaic Roman literature bequeathed to us mainly in fragments. In *Poennulus* the slave says that the speech of his master could only be made intellegible by Oedipus, who solved the enigma of the Sphinx too.[56] In *Pseudolus* the content of an undecipherable letter could be solved only by the Sybilla.[57] Both cases are concerned with deciphering the meaning of extremely intricate texts, which can be done exclusively by *oracula*, the solvers of great predictions, of mythical secrets, so the author draws the activity of *interpretari* into the circle of religious mysteries and endows it with the meaning of decoding, of solving an enigma.[58] In *Bacchides*, the importunate messenger is made to leave in a comic fashion but quite resolutely, with palpable means,[59] so the messenger, who interpreted the highly paraphrased threat for himself, thought it better to proceed more cautiously.[60] In *Cistellaria* a father gathers from the words of the *hetaira* speaking with him that she seduced her son.[61] In this case it is not the enigmatic words and composition of the interlocutor where one should draw conclusions from, it is much rather the conclusion drawn from the situation, the subjective opinion that is denominated by the word *interpretor*.[62] Refreshing the interlocutor's memory, recalling a certain event can also be signified by the verb *interpretari*;[63] elsewhere the revealer, the solver of a doubtful situation, or the implementor of a plan is called the *interpres*; in the last case it is the synonym of *internuntius*.[64] So Plautus uses the expressions *interpres* and *inter-*

[53] Pomp. D. 50, 17, 206.
[54] Sen. *contr.* 10, 2, 6.
[55] Paul. D. 50, 17, 142.
[56] Plaut. *Poen.* 443sq.
[57] Plaut. *Pseud.* 25sq.
[58] FUHRMANN, M. Interpretatio – Notizen zur Wortgeschichte. in *Sympotica F. Wieacker*. Göttingen, 1970. 82.
[59] Plaut. *Bacch.* 595sq.
[60] Plaut. *Bacch.* 597.
[61] Plaut. *Cist.* 316sqq.
[62] FUHRMANN 1970. 84.
[63] Plaut. *Epid.* 552.
[64] Plaut. *Mil.* 798. 951sq. 962.

pretari with two connotations: on the one hand, in their original sense, meaning mediation, on the other hand, in the sense of understanding, making to understand, a more abstract and indirect meaning; this latter meaning implies a kind of irrational activity related to the realm of *religio*.[65] This seems to be corroborated by the fragments after Plautus and before Cicero.

A Pacuvian fragment connects the task of the *interpres* with the interpretive activity of the *augures* and *haruspices* and it mentions a sinister *prodigium,*[66] placing the interpretive activity within the context of Roman religious institutions.[67] A fragment from a Latin translation of the *Ilias* contains a line from Agamemnon's reply to Calchas's premonition; comparing it to the Homeric text it becomes evident that *interpres* here stands for the Greek *mantis*.[68] It is also a fragment by Pacuvius according to which the activity of the *interpretari* in the course of interpreting obscure texts is at times doomed to highly uncertain guesses.[69] Based on this, we can assume that in the beginning the *interpres* mediated not only between humans but also between the human and the divine sphere, so in the course of fulfilling his task, besides everyday logic he had to employ certain means that belonged to the realm of the irrational as well.[70]

For the religious usage of these expressions one can find ample evidence in the *Corpus Ciceronianum* and other authors from contemporary Roman literature. *Augures*, *haruspices*, *decemviri* and Persian *magi* are mentioned as *interpretes*;[71] premonitions, miraculous and sinister signs, thunderstrucks, dreams, religious phenomena, and generally the will of the gods, all pertaining to the sphere of *religio*, constitute the object of *interpretari*.[72] In many cases the expressions *interpres* and *coniector* serve as each other's explanation, highlighting each other.[73] According to Cicero, this interpretive activity is needed because of the obscure and doubtful nature of certain religious phenomena, so it is not surprising that the concept of *interpretatio* was eagerly associated with obscure

[65] FUHRMANN 1970. 84.

[66] Pacuv. *v.* 80sqq. (Ed. RIBBECK, O. TRF Leipzig 1871.)

[67] About the *aurures* and *haruspices* see LATTE, K. *Römische Religionsgeschichte*. München, 1967. 141. 158.

[68] Mat. *frg*. 2. (Ed. MOREL, W. FPL Leipzig, 1927.) *Obsceni interpres funestique ominis auctor.* Cf. *Il*. 1, 106sq.

[69] Pacuv. *v*. 151sq. (Ed. RIBBECK, O. TRF Leipzig 1871.)

[70] FUHRMANN 1970. 85.

[71] Cic. *leg.* 2, 20; *Phil.* 13, 12; *nat.* 2, 12; 3, 5; *div.* 1, 3. 4. 46; 2, 110; Liv. 10, 8, 2; Gell. 4, 1, 1.

[72] Cic. *leg.* 2, 20. 30; *div.* 1, 3. 45. 92. 93. 116; *Scaur.* 30; *dom.* 107; Quint. 3, 6, 30; Plin. *nat.* 2, 141; 7, 203; Gell. 4, 1, 1; Val. Max. 1, 5. 6.

[73] Cic. *nat.* 2, 12; *div.* 1, 118; 2, 62. 66. 144; Quint. 3, 6, 30.

and polisemic contents outside the circle of *religio* too; e.g., in philosophical polemic.[74]

In addition to its sacred connotations, the most common, practical usage of *interpres* can also be found; it occurs in diplomatic, administrative, military and commercial fields too. In these cases *interpres* is none other than interpreter or translator. In the sources the interpreter translates word for word, *verbum pro verbo*, and in this respect he can be regarded the contrary of the *orator*, who possibly takes over a thought from somebody else, but enriches and embellishes it with elements of style when delivering it to the audience.[75] Cicero himself used these possibilities of individualisation when he translated the speeches of Greek rhetors into Latin, an in his philosophical works on the employment of Greek models.[76] Giving advice to poets in his *Ars poetica*, Horace is against translation word for word performed in the manner of the *interpres*.[77] Quintilian challenges a poet's originality precisely because of his being an *interpres*.[78] *Interpretatio* as a technical term first occurs in rhetorics, namely in *Auctor ad Herennium*'s discourse concerning rhetoric figures, which claims that a kind of *geminatio,* the *conduplicatio* differs from *interpretatio* only to the extent that the *verbum pro verbo* translation is a form-and-content true transfer of a train of thought from a different language whereas *conduplicatio* is the same activity within a single language.[79] Quintilian does not consider *interpretatio* to be a rhetoric figure as it was previously by Cornificius, but sees in it only an exercise to be used in the course of rhetoric training.[80] In certain cases *interpretatio* means the etymological analysis of words and the most precise rendering of Greek technical terms in Latin, in course of which, as Cicero warns, one should avoid excessive hair splitting.[81]

It can be concluded that in the Ciceronian age the expression *interpres* was used in two clearly separable meanings. On the one hand, it was used as *interpres deorum*, as the definition of the person who enlightens phenomena from the sphere of *religio*, transmits the divine will towards the human realm. On the other hand (as the religious semantic content did not entirely occupy this

[74] Cic. *div.* 1, 1166; *nat.* 1, 39; Quint. 3, 4, 3.
[75] Cic. *fin.* 3, 15; Hier. *epist.* 57, 5.
[76] Cic. *opt. gen.* 14; *leg.* 2, 17; *off.* 1, 6; 2, 60; *De orat.* 1, 23; *Ac* 2, 1, 6; *fin.* 1, 6.
[77] Hor. *Ars* 133sq. *Nec verbum pro verbo curabis reddere fidus interpres.*
[78] Quint. 10, 1, 87.
[79] *Auct. ad Her.* 4, 38. Cf. FUHRMANN 1970. 88.
[80] Quint. 9, 3, 98; 10, 5, 5.
[81] Cic. *div.* 1, 1; *top.* 35; *off.* 2, 5; *fin.* 3, 15; Liv. 1, 44, 4; Sen. *ben.* 1, 3, 6; Gell. 4, 9, 9; Quint. 5, 10, 8. Cf. FUHRMANN 1970. 89; FLASHAR, H. Formen der Aneingnung griechischer Literatur durch die Übersetzung. *Arcadia* 3, 1968.

concept), it was used for denoting the interpreter and translator who mediate in human communication by bridging linguistic impediments.[82]

As a scientific technical term, the word *interpres* became widely used first in the fields of philology and legal science. Cicero does not call the philologists *interpretes.*[83] According to Suetonius's account, however, Cornelius Nepos already refers to them as *poetarum interpretes*.[84] In the field of legal science Livius remembers Tullus Hostilius as *„clemens legis interpres"*,[85] though this wording is slightly anachronistic as the king did not interpret or translate the law, concerning *provocatio*, he only faciliated its implementation.[86] In Pliny's *Naturalis Historia* the Ephesian Hermodoros appears as the *interpres* of the *leges XII tabularum* but it means only translator,[87] just as in Pomponius's text the reference to Hermodoros as *auctor* means the same.[88] However, in connection with *lex Valeria*, dating from 449 BC., Livius already speaks about the *interpretes* as a genuine legal technical term, as they tried to establish the correct interpretation of this law in long legal debates.[89] Both the explanators of the *leges XII tabularum*, driven by an archeological interest, usually searching for the meaning of a forgotten word, and the *iuris prudentes* of the near past are mentioned as *interpretes* in the sources form the 1st century BC.[90] Cicero does not simply call the lawyers of his time *interpretes iuris* – as it was later used by Quintilian as the equivalent of *iuris consultus*[91] – instead, he defines the task of *interpretari* as a basic component of the *iuris consultus*'s activity, sometimes narrowing its scope by using synonyms.[92] In *De oratore*, in the parts concerned with establishing the place and importance of the auxiliary sciences of rhetorics from the point of view of the theory of science and dialectics, Cicero does not mention *interpretatio*.[93] In his work entitled *Brutus*, which deals with the history of Roman rhetorics, in the loci dedicated to his friend, one of the most outstanding lawyers of the age, Servius Suplicius,[94] Cicero makes some remarks

[82] FUHRMANN 1970. 91.
[83] Cic. *div.* 1, 34.
[84] Suet. *Gramm.* 4.
[85] Liv. 1, 26, 8.
[86] FUHRMANN 1970. 92.
[87] Plin. *nat.* 43, 21.
[88] Pomp. D. 1, 2, 2, 4.
[89] Liv. 3, 55, 8.
[90] Cic. *De orat.* 1, 193; *leg.* 2, 59; *Brut.* 144; *Phil.* 9, 10. Cf. FUHRMANN 1970. 92sq.
[91] Quint. 3, 6, 59; Cf. C. 1, 14, 12, 5; 7, 4, 17 pr.; 6, 29, 4 pr.; 6, 23, 30.
[92] Cic. *Balb.* 20; *Caec.* 70; *De orat.* 1, 199; *leg.* 1, 14; *off.* 2, 65.
[93] Cic. *De orat.* 1, 185–192; cf. BARWICK, K. *Das rednerische Bildungsideal Ciceros*. Berlin. 1963. 7sqq.
[94] About Servius Sulpicius Rufus see SCHULZ, F. *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*. Weimar, 1961. 65; STEIN, P. The place of Servius Sulpicius Rufus in the development of Roman legal science. in *Festschrift für F. Wieacker*. Göttingen, 1978. 176sqq.

concerning certain cases of *interpretatio* (primary highlighting its task to clarify and order obscure and doubtful states of affairs), but neglects to make its methodology and inner construction an object of scrunity. In the course of this he fails to mention the instances of *interpretatio iuris* when the *iuris consultus* is dealing with the applicability and modes of application of perfectly clearly formulated legal texts that contain decrees of general validity.[95]

In legal texts, the expression *interpres* can seldom be encountered, and not as a technical term. It usually means translator or interpreter here[96] and only in specific cases does it signify the person doing the interpretation, the one searching for the meaning of texts.[97] The derivations *interpretari* and *interpretatio* beyond doubt mean the interpretive activity performed by lawyers and forums administrating justice. Following Fuhrmann's thematisation, this interpretive activity could refer to different legal transactions (e.g., *testamenta*, *stipulationes*, *contractus*), to the laws in general, to criminal laws, to verdicts in criminal cases, imperial privileges, and certain concrete decrees resulting from the *leges XII tabularum*, other laws, the pretorial edict, *senatus consulta* and *constitutiones*. In certain cases the meaning of *interpretari* ranges from interpretation to assumption and establishing.[98] Based on this, the formational and developmental process of the meaning of *interpretari* become visible. In the preclassical age, *interpretatio* often occurs in the spheres of religion and mantics; i.e., indicating the mediation between the divine and human spheres. However, from Cicero's time the latest, it became to mean the translator's and interpreter's activity; i.e., a secularised activity, mediating between humans only; from this time both grammar and rhetorics, and on their analogy jurisprudence, began to use it as their own technical term.[99]

III. Investigating the use and explanation of the *proverbium „summum ius summa iniuria"* in the works of Erasmus of Rotterdam seems to be substantiated not so much by the historical and dogmatic depth of the Erasmian interpretation – as this idea was made the object of much more intensive and exhaustive legal theory scrutiny by numerous humanists; e.g., Claudius Cantiuncula, Bonifacius Amerbach or Symon Grynaeus (if only due to Erasmus's slighter interest in historical studies) – but because of the immense influence

[95] Cic. *Brut.* 152. Cf. FUHRMANN 1970. 96sq.

[96] Ulp. D. 45, 1, 1, 6; Pomp. D. 49, 15, 5, 3; Gai. *inst*. 3, 93.

[97] Paul. D. 1, 3, 37.

[98] Cels. D. 48, 19, 21; Nerva D. 25, 1, 15; Iul. D. 50, 16, 201; Afr. D. 47, 2, 62, 6; Pomp. D. 50, 16, 246, 1; Pap. D. 22, 1, 1, 3; Herm. D. 5, 3, 52; Gai. *inst*. 4, 72a; Pap. D. 50, 17, 79; Ulp. D. 13, 5, 5, 6.

[99] FUHRMANN 1970. 99sq.

produced by this excellent humanist over the centuries enhanced by his enormous authority, which is hard to underestimate.[100] Without any need to enter a more meticulous study of the genesis and influence of Erasmus's *Adagia*, it can be stated that from its first edition in the 16th century until the end of the 18th century, it was used as a widely appreciated scholary text book, so it can be safely assumed that the *„summum ius summa iniuria" paroemia* gained considerable popularity among humanists, theologians, philosophers, as it is proved by it being frequently quoted in the most various contexts.[101]

As Erasmus had been making an effort to perfect the *Adagia* until the end of his life, several versions and explanations of this idea can be encountered in the Erasmian corpus. The first edition dating from 1500 refers to the proverb in two places;[102] first in connection with the Terentian quotation *„summum ius summa malitia"*; later with regard to Plato and Cicero under the title of *„ad vivum summo iure"*. The text appearing in Basel in 1540[103] but dating from 1536 synthetises all the known occurrences of this idea in Latin authors. Before enumerating and analysing the loci, trying to avoid the charge that he includes *sententiae* instead of *adagia*; i.e., proverbs, Erasmus gives a long explanation, and eventually finds his acquittal in quoting the Terentian *nominatim*.[104]

Not being a jurist, Erasmus dedicated less attention to the legal *paroemia*, except for a few explanations referring to Iustitia. Only four years before his death, in 1532 did Erasmus become interested in juridic regulations, and asked his friend, Bonifacius Amerbach in a letter to send him some material, suitable for the completion of the *Adagia*. Then, after receiving the two-page-long collection, he urged his friend to send him some more. It is highly probable that this was how the quotations from the Roman sources found their way into the 1540 edition of the *Adagia*.[105]

In Erasmus's interpretation *aequitas* often mentioned to highlight the *paroemia "summum ius summa iniuria"* probably did not actually mean equity

[100] Cf. APPELT, T. C. Studies in the Contents and Sources of Erasmus' Adagia, with Particular Reference to the First Edition, 1500, and the Edition of 1526. Chicago 1942.

[101] KISCH, G. Summum ius summa iniuria. in Aequitas und bona fides. Festgabe Simonius. Basel, 1955. 211.

[102] Desyderii Herasmi Roterdami veterum maximeque insignium paroemiarum id est adagiorum collectanea. Parrhisiis M. Iohanne Philippo Alamanno diligentissimo impressore Anno MVc.

[103] Des. Erasmi Rot. Operum Secundus Tomus Adagiorum Chiliades Quatuor cum Sesquicenturia Complectens, ex postrema ipsius auctoris recognitione accuratissima, quibus non est quod quicquam imposterum vereare accessurum. Basileae ex Officina Frobeniana AN. M.D.XL.

[104] KISCH 1955. 207.

[105] KISCH 1955. 208.

as a legal interpretive principle, much rather justice that should be enforced even against the letter of the law.[106] For the explanations Erasmus usually refers to antique authors generally with the exact documentation of the sources but at times without summarizing their content. Most often the concept *aequitas* is simply used in the sense of *aequum et bonum*, as the opposite of *iniquitas*, placing the spirit of the law above its letter. One can find the type of the Ciceronian pair of concepts in the Aristotelian *Ethica Nicomachea*, which asserts that a man can be regarded equitable, if he is satisfied with less, even if the law is on his side, and does not stick to his own justice in the detriment of others, so equity is none other than a kind of justice.[107] It is interesting though, that Erasmus does not make any reference to Aristotle in the early editions of the *Adagia*, only the 1536 and 1540 editions allow us to assume that probably he had the specific locus from *Ethica Nicomachea* in mind. In these latter editions reference is made to Cicero's *Pro Murena*, instead of *Pro Caecina*; naturally, together with the classic formulation of the *proverbium*, which can be read in *De officiis*. We can suspect Aristotelian influence – on an ideological level rather than in the concrete wording – in the reference to the intention of the legislator opposed to the letter of the law.[108] The image *„voces ...quasi legum cutis est"*; i.e., the words constitute the skin, the outward layer, is presumably Erasmus's own. Erasmus's attention to the two legal fragments by Celsus and Paulus respectively from the *Digesta* by Iustinian was probably called by Bonifacius Amerbach, but he used them merely as a kind of illustration without examining either their historical or dogmatic background.[109]

Reaching the end of our introspection, we can draw the following conclusions. From the maxims of legal logic as means of legal interpretation, in the present work we made the proverb *„summum ius summa iniuria"* the object of our scrutiny, enumerating its occurrences in antique literary sources, namely in Terence, Columella and then in Cicero. In this last formulation the meaning of the proverb became the most clearly crystallized. It signifies the excessive, malevolent legal practice in the course of *interpretatio iuris*, which plays off the letter of the law against its spirit. Following this we tried to trace the different meanings, formation and the stages of development of the expression *interpretatio* itself, in the course of which *interpretatio* combined *mutatis mutandis* the nuances of the religious sphere, on the one hand, and those of the grammatical

[106] BÜCHNER 1957. 13sq.
[107] Aristot. *NE* 1138a
[108] Aristot. *rhet.* 1374b
[109] KISCH 1955. 210.

field, on the other, until it reached the semantic content of interpretive activity, and became a determining factor by the classical age. The Celsian *sententia „ius est ars boni et aequi"* formulates one of the most general, all-encompassing basic principles of *interpretatio* meant to offer protection against the too strictly interpreted and applied *summum ius*. By presenting the relevant loci from Erasmus of Rotterdam's *Adagia* as a typical example of the persistence of the *paroemia „summum ius summa iniuria"*, we wanted to show the way a proverb turning into *regula iuris* – apart from its direct legal application – became an integral part of today's legal common knowledge.

Dr. Tamás Nótári, Associate Professor
University „Károli Gáspár" in Budapest

Напомене уз правну максиму "Summum ius summa iniuria"

Резиме[110]

Аутор у овом чланку од правних максима које се јављају као средства тумачења, своје истраживање усмерио је на proverbium «summum ius summa iniuria».

Прати његово коришћење у античким литералним изворима посебно код Теренција, Колумеле и најзад у списима Цицерона.

Сматра, да је значење ове изреке јавља на најјаснији начин у текстовима Цицерона. Према Цицерону, означава злонамерну примену и остваривање права у процесу interpretatio iuris путем претераног придржавања слову закона изигравајући на тај начин његов смисао.

Аутор после утврђивања значења ове изреке прати различита значења израза interpretatio, њихов настанак и развојне етапе. Сматра, да је термин interpretatio спајајући mutatis mutandis с једне стране, нијансе термина које се јављају у области религије и с друге стране, значења у граматици, стигло до обележавња значења интерпретативне делатности правника класичног периода.

Целзова sententia «ius est ars boni et aequi» формулише један од најуопштених, најобухватнијих основних начела тумачења у функцији заштите од претераног дословног тумачења и примене summum ius. На основу анализе ове Целзове дефиниције аутор констатује да, – мада римски учени правници никад нису дефинисали појам aequitas-a – aequitas је постао, захваљујући сарадњи јуриспруденције и реторике, веома значајно средство развоја права путем правне праксе.

[110] Резиме написала др Магдолна Сич, ванредни професор, Правног факултета у Новом Саду.

Као еклатантан пример даље примене изреке summum ius summa iniuria указује на одговарајуће текстове дела Еразмуса Ротердамског под називом «Adagia». Цитирајући текстове овог извора жели да укаже на то – како је једна изрека постала правно правило (regula iuris) – без непосредне примене у праву – на који начин је посредним путем ушла у савремену правну мисао.

502/504(510)

Dr. Gao Lihong, Dean of Economic Law Department
Law School Zhongnan University of Finance and Law
Wuhan City, P. R. China

THE ENVIRONMENTAL RESPONSIBILITY OF THE COMPANY AND ITS REALIZATION IN CHINA'S LAW

Key words: *company, social responsibility, environmental responsibility, legislation model*

In the voice of the decompose to the significant pollution accident by Jilin Subsidiary company of China National Petroleum Corporation,[1] the company's social environment responsibility has not become the focal point question. In fact, in front of detonation pollution accident, China National Petroleum Corporation was already adopting the HSE management standard,[2]

[1] November, 2005, Jilin Subsidiary Company of China National Petroleum Corporation double benzene plant had an explosion, in course of explosion and fire fighting, more than 100 ton benzene pollutants in flowed into Songhua River, an 80-kilometers pollutants agglomerate drifts down the river, Songyuan City in Jilin Province and Haerbin City in Heilongjiang Province have a serious impact. Songyuan City has cut off the water supply for one week; Haerbin City has done for 4days. The environment of Songhua drainage area got great damage, and moreover, the pollutants agglomerate's incidence touch the downriver country Russia, making a bad International impact.

[2] HSE is the shortened form of Health, Safety and Environment Management System. HSE Management System is the whole of all kinds of the Health, Safety and Environment Management elements, such as structural organization, function, modus operandi, procedure and resource. These elements synthesize into an organic whole with an advanced, scientific and systemic mode, come into being a dynamical management System. HSE Management System is

which formulated by its own. One of this standard cores is enterprise's management must consider the factor of the environmental protection. Speaking of the China National Petroleum Corporation, it already noted the production exist environment risks. What a pity is, malignant accident still unceasingly.[3] All these as if indicated that, perhaps enterprise's environmental pollution accident is not the pure management standard and the legal regime can cease. Regarding this, I think, we need introduce the concept of company's society responsibility; expand the company personality ethics connotation. In this foundation, stimulates the company's sense of social responsibility, thus undertakes the more environment responsibility. This endeavor has been carried through since the 20th century 70's, Modern business is viewed as an aggregation of contracts between shareholders, creditors, management, employees, supplies, governments and the public rather than a kind of organizations seeking solely profits. According to such idea, the responsibility of business shall include its social responsibility. Environment responsibility is one of the main categories of that social responsibility. After the severity opposability by Friedman[4] 'contrarily companies' social responsibilities theory gains the consensus all over the world. Quite a few countries have formulated a couple of rules or standards; either of

put forward first by the international well-known petroleum industry business at the beginning. ISO/TC67's SC6 Subsidiary Committee issue *ISO/CD14690, Petroleum and Natural Gas Industry Health, Safety and Environment Management System,* in January of 1996. According to the ISO/CD14690, China National Petroleum Corporation constituted enterprise criterion *SY/T 6276 - 1997 Petroleum and Natural Gas Industry HSE Management System, SY/T 6280 - 1997* P*etroleum Earthquake Team HSE Management Criterion,* SY/T6283 - 1997 P*etroleum oil well HSE Management manual.* In February of 2001, China National Petroleum Corporation constituted *China National Petroleum Corporation HSE Management System, Oil Field Corporation HSE Management Criterion, Oil refining Corporation HSE Management Criterion, Construct Corporation HSE Management Criterion, Vendition Corporation HSE Management Criterion, Oil Field Corporation Infrastructure HSE operation to program manual, Oil refining Corporation manufacture plant HSE operation to program manual, Vendition Corporation Oil storeroom, gas station HSE operation to program manual, Construct Corporation Project Item HSE operation to program manual, Management Department Function HSE operation to program manual.* All the criterions above make up of a systemic HSE Management System.

[3] China National Petroleum Corporation's blowout accident in Kaixian of Chongqing City made a serious aftermath. 243 persons died because of sulfured hydrogen poisoning, 2142 persons were in hospitalization, 65000 persons were evacuated peremptorily.

[4] Milton Friedman. The Social Responsibility of Business is to increase its profits [N].The New York Times Magazine, 1970-9-13. Milton Friedman makes a point that "the corporation has only one social responsibility that it should take advantage of the resources by the rules of the game to engage in the profitable business operations''. If the corporation takes the social responsibility, it will lose its way of management, cost more and it will not beneficial for stockholders to gain most benefits and keep their competitive position. Milton Friedman denounces that the theory of social responsibility is the destruction in the free society and the credendum of the worst society.

law or morality that business shall comply with to satisfy its social responsibility. China has accepted with few or no colliding course, maybe it relates to China's history of company taking the social work. However, most Chinese companies are still developing in their early days and, in view of China's distinct history and its current economic reform, there are inevitably barriers of both law and fact to have them satisfy their social responsibility, especially the environmental responsibility. The depressing fact notwithstanding, it has been generally accepted that business should be responsible for environmental protection. This idea has been written into the recently amended China's *Company Act* and *Solid Waste Prevention and Disposition Act*. Which legislative model is practicably and effectively? It's a problem needing for more reflection. In the following main part of this article, I will analyze China's Legislation on Environmental Responsibility of companies in brief, and then point out flexible legislative model is more advisable than the rigorous legislative model.

Part I. Relevant rules in China's *Company Act*

The environmental responsibility of business under China's Company Act takes the form of the social responsibility. The Company Act was enacted in 1993 when market economy system had been just established in China. At that time many companies sprang out and on the other hand, the state-owned enterprises had begun to be reformed in a big scale. Thus, it was how companies should be initiated and how state-owned enterprises' reform could be promoted that the lawmakers then were most concerned about, rather than how the social responsibility of business should be satisfied. It is Article 14 of the act that governs the environmental responsibility of business. It provides that: "The Company shall be subjected to the supervision of the government and the public abide by law and professional morality and improve spiritual civilization." "To improve spiritual civilization" can be interpreted as the social responsibility including the environmental protection. Article 14 is mandatory. In other words, under the Company Act 1993, companies can no longer increase profits without limitation but in a due way. Despite Article 14, the concept of the social responsibility of business was then obscure in that act. In the last 12 years of development, China has got a better understanding of the nature of business. In particular, as environmental crisis is getting heavier and heavier, the public has become more conscious of how important it is to protect environment. Additionally, upon China's entry into the WTO, due to the green barriers in trade, it has been believed that business shall take its social responsibility by both the public and business itself. In such that circumstance, on October 27,

2005, the amended Company Act was passed by the Standing Committee of China's National People's Congress. The amended act not only summarizes experiences in the last 12 years but also borrows advanced practices of other countries, including their legal rules concerning the social responsibility of business. Article 5 of the amended act provides that: "Companies shall, in good faith and credit, be subjected to the supervision by the government and the public, comply with law, administrative regulations and social morality, and take the social responsibility." It appears in the Chapter of General Rules of that recently amended act. The rule described in Article 5, viewed as a fundamental rule, is generally considered as the primary source of law that burdens companies with the social responsibility.

Generally speaking, this amendment is popular with the academics, advanced and contributive. The rules, which uses the phrase, shall, shows that companies must take the social responsibilities including the environment protection responsibilities and haven't no compromise ways. Companies must do as the constitution rules, or they break the basic doctrine of the constitution. Companies are organizations that aim to charge the profit. If there's no charging profit, companies have no legislative authority to existence. Profit is also most objective to the stockholders of the company. The managers must try their best to get the maximize profit of the company, according to the duties to stockholders. As someone promised, if bearing environment responsibilities can get much more benefits in the end, the managers could easily accept the responsibilities, for it is only the profit choice between the short-term benefits and the long-term one, the smaller and the bigger one. Now the important thing is, if the promise couldn't or usually couldn't cash in, what could the managers of companies to comply with for bearing environment responsibilities by sacrificing the stockholders' benefits? Which factor could they think about in the decision-making proceeding? What kind of procedure and organization could they use to finish the decision? If the stockholders aren't satisfied, how could they vindicate the rationality of their behaviors? After all, the potential beneficiary from that companies bear the environment responsibilities are much more uncertainly, however, the benefit-injured party, which is the same mean as stockholders in this situation, is certainly.

On account of these reasons, some of the Chinese scholars propose to introduce Stakeholder statutes in America's legislation of company. Stakeholder statutes appeared in the *Pennsylvania State Company Act 1983* firstly. The Act authorize directory of enterprise considering the benefit of persons except for the stockholders, when they are making a decision or doing their

management business. The persons except for the stockholders, it is the same meaning as other constituency, including employees, creditors, customers, even the common community. This kind of articles is generally called Other constituency statutes in America academia. So far from then on, 29 states in America has revised their company act and established the Other constituency statutes. This statute suffers many criticisms since it appeared. Its blemishes could be reduced to that, it's had not considered how to solve the interest conflicts between the non-shareholder interior member; enlarged the cost of board of directors to make a management decision; to a certain extent, will dampen investor's investment enthusiasm; the fuzzy standards has increased the difficulty of supervising and managing the trustee; this provision lacks the right of suit the safeguard and so on. Some scholars even believe that, lets the senior decision-makers responded to all benefit counterparts equals to lets them be irresponsible.[5]

There are no reasons that these difficulties are easier to come over on the social background in China than in America.

Actually, except the general rule described in Article 5, the amended act does not provide any specific rule to make companies satisfy that social responsibilities, let alone the liability for failure in doing so. As the matter of fact, it is still in the sense of morality that we say business shall take the social responsibilities. For the decision-makers of companies, however, such that ambiguous rule as Article 5 is much confusing, leading more difficulties in making a decision.

Well, without Article 5, is there anything else could be done to enforce the responsibility of business? In fact, there are lots of rules on environmental protection in China that can be applied to do so. Where Article 5 is enforced, the environmental responsibility it means should be, in theory, the one more desirable than that enacted in the environmental law. In other words, Article 5 provides a more demanding responsibility instead of a legally minimum one. Such responsibility, an expectation rather than a duty, thus looks like more a moral responsibility. Looking into the future, we find that it will be a lasting mission to make effective systematic arrangement within the framework of Company Act that compels companies to fulfill their environmental responsibility.

[5] Ma Li, Zhang Qian, Liu Xingguo, Comment on Occident Company Social Responsibilities Theory, Jianghuai forum, 5,2005.

Part II. Relevant rules in China's environmental law

In China, law of environment and resource protection is a category of law, like economic law, civil law and criminal law. In recent years, legislations on environmental protection have kept emerging and a large body of environmental legislations has come into being. The Environmental Protection Act 1989 creates a couple of legal systems concerning the environmental responsibility of business including those of target responsibility of environmental protection, waste emission registration, environmental effects assessment, emission fee and so on.[6] Nowadays, rules consisting in these systems have become fundamental legal rules that companies shall comply with to fulfill their environmental responsibility. The floods in parts where Yangtze River runs in 1998, warned us how important it is to protect environment. Since then, China's government has had an unprecedented grim determination to protect environment. Quite a few bills and acts of environmental protection have been enacted or amended. These acts show more concern about the legal responsibility of business to protect environment.

[6] *Environmental Protection Act 1989,* Article 13 Units constructing projects that cause pollution to the environment must observe the state provisions concerning environmental protection for such construction projects. The environmental impact statement on a construction project must assess the pollution the projects is likely to produce and its impact on the environment and stipulate the preventive and curative measures; the statement shall, after initial examination by the authorities in charge of the construction project, be submitted by specified procedure to the competent department of environmental protection administration for approval. The department of planning shall not ratify the design plan descriptions of the construction project until after the environmental impact statement on the construction project is approved. Article 24 Units that cause environmental pollution and other public hazards shall incorporate the work of environmental protection into their plans and establish a responsibility system for environmental protection, and must adopt effective measures to prevent and control the pollution and harms caused to the environment by waste gas, waste water, waste residues, dust, malodorous gases, radioactive substances, noise, vibration and electromagnetic radiation generated in the course of production, construction or other activities.

Article 27 Enterprises and institutions discharging pollutants must report to and register with the relevant authorities in accordance with the provisions of the competent department of environmental protection administration under the State Council.

Article 28 Enterprises and institutions discharging pollutants in excess of the prescribed national or local discharge standards shall pay a fee for excessive discharge according to state provisions and shall assume responsibility for eliminating and controlling the pollution. The provisions of the Law on Prevention and Control of Water Pollution shall be complied with where they are applicable.

Clean Production Promoting Act 2001 distinctly requires that companies be responsible for environmental protection. Under this act, companies shall keep innovating design, using clean power and raw materials, adopting advanced techniques and equipment, improving management and synthetic utilization measures so as to cut down pollution from its root, to reduce or avoid producing or letting out pollutants during manufacturing, supplying service and using products, and to ultimately lessen or eliminate pollution against people's health and environment.

Where an engineering project is started without permission by the competent environmental protection administration, Article 31 of the *Environmental Effects Assessment Act 2002* authorizes that administration command that the construction unit stop the project at once and submit the relevant documents for check and approval within the given days; in case of failure in doing so, that unit will be fined at least 50,000 but no more than 200,000 RMB; the chief officer in charge of that project and other responsible officers shall be punished under administrative law. But regretfully, Article 31 neglects the potential pollution that project may produce. It should have been required that in case of pollution, something shall be done to make the polluted surroundings as clear as it was before. The lawmakers were only concerned about economic punishment but ignorant of ecological benefits from environmental protection.

Solid Waste pollution Prevention and Disposition Act 2004 (amended in 2004 but coming into force on April 1, 2005) further provides that goods not be packed luxuriously and wrap page be compulsorily called back.

Besides the acts promulgated by the Standing Committee of China's National People's Congress, there are lots of regulations about the environmental responsibility of business made by China's Central People's Government and its agencies, especially China's State Environmental Protection Administration.

It should be said that, China has generally had a fine legislation on the environmental responsibility of business. The remaining problem is how to enforce it. The academics have uttered an urgent call for strict enforcement of law and the government also shows a fierce determination for it but up till now, difficulty in enforcing law has still been troubling China.

Part III. The hierarchy analysis of the company's environmental responsibilities

The company's environmental responsibility can be classified into three levels at least: juristic, moral, and strategic. The lowest level is legal responsibility. Any companies should discharge the environmental responsibility in this level; otherwise it will take the adverse legal consequence. The environmental responsibility in this level is mandatory. Managers of the Companies have no alternative but undertaking the obligation, for example, the obligation of discharging pollutants under the prescribed discharge standards. If the company discharges pollutants in excess of the prescribed discharge standards, not only must it undertake the civil liability, also undertake the administrative liability, though there is no harmful consequences.[7] China's law has prescribed extremely expressly concerning this behavior. Furthermore, there are still Environmental Protection Law and other rules and regulations of environmental protection, violate the legal system such as the system of three concurrencies,[8]

[7] *Environmental Protection Act 1989*, Article 37: A unit which dismantles or leaves idle the installations for the prevention and control of pollution without prior approval by the competent department of environmental protection administration, thereby discharging pollutants in excess of the prescribed discharge standards, shall be ordered by the competent department of environmental protection administration to set up the installations or put them to use again, and shall concurrently be fined.

Law of the people's Republic of China on the Prevention and Control of Atmospheric Pollution1995, Article 48:Whoever, in violation of the provisions of this Law discharges pollutants to the atmosphere in excess of the national or local discharge standards shall make treatment thereof within a time limit, and shall also be imposed upon a fine or not less than 10,000 yuan but not more than 100,000 yuan by the administrative department of environmental protection under the local people's government at or above the country level.

Law of the People's Republic of China on the Prevention and Control Environmental Noise Pollution1996, Article 50, If anyone, in violation of the provisions of Article 15 of this Law, dismantles or leaves idle the facility for the prevention and control environmental noise *pollution without prior approval by the environmental protection department and thereby discharges environmental noise in excess of the prescribed standards,* the environmental protection of the local people's government at or above the country level shall order him to make corrections and concurrently impose a fine.

[8] *Environmental Protection Act 1989*, Article 50 If anyone, in violation of the provisions of Article 15 of this Law, dismantles or leaves idle facilities for the prevention and control of environmental noise pollution without prior approval by the environmental protection department and thereby discharges environmental noise in excess of the prescribed standards, the environmental protection department of local people's government at or above the country level shall order him to make corrections and concurrently impose a fine.

and the system of pollution accident crisis management,[9] legal liability that enterprises should bear.[10]

Moral respectability is a result of people's moral prospect of protecting the environment. The breach of such respectability may not cause unfavorable consequences – opportunism on being moral or not always exists. In contrast, the commitment of such respectability also may not have any chance of being praised by public or any practical benefit. The root is that the public need time to judge the necessity of fulfilling the moral respectability. Because of the existence of pluralism on morality, the decision maker's judgment on what is morality may not be coincident with certain public's. It may also because the company hasn't demonstrated the moral implication of her activities to the pubic properly or in time. Furthermore, there is even the possibility that the misunderstanding is caused by the company managers' lacking of certain abilities – the ability of making moral inference and demonstration. This kind of phenomenon has amplified the decision makers' psychological pressure on fulfilling the moral respectability. In regard to the high-tech background and complexity of environmental problem, to avoid such a risk is not an easy job for the decision makers in the company.

From strategic angle, environment responsibility refers to the responsibility the company considers the influences of the decision to the environment when they make strategic decisions, and makes macroscopic and the long-term

[9] *Environmental Protection Act 1989*, Article 31:Any unit that, as a result of an accident or any other exigency, has caused or threatens to cause an accident of pollution, must promptly take measures to prevent and control the pollution hazards, make the situation known to such units and inhabitants as are likely to be endangered by such hazards, report the case to the competent department of environmental protection administration of the locality and the departments concerned and accept their investigation and decision. Enterprises and institutions that are likely to cause severe pollution accidents shall adopt measures for effective prevention.

[10] *Environmental Protection Act 1989*, Article 35 Any violator of this Law shall, according to the circumstances of the case, be warned or fined by the competent department of environmental protection administration or another department invested by law with power to conduct environmental supervision and management for any of the following acts: (1) refusing an on-site inspection by the competent department of environmental protection administration or another department invested by law with power to conduct environmental supervision and management, or resorting to trickery and fraud while undergoing inspection; (2) refusing to report or submitting a false report on items for which declaration is required by the competent department of environmental protection administration under the State Council; (3) failing to pay, as provided for by the state, the fee for the excessive discharge of pollutants; (4) importing technology or a facility that fails to meet the requirements specified in the state provisions concerning environmental protection; or (5) transferring a production facility that causes severe pollution for use by a unit that is unable to prevent and control pollution.

strategic arrangement. In contrast to moral responsibility, strategy responsibility has more uncertainty and more fuzziness. Green manufacture is one kind of business decisions. For the company, deciding the degree of "Greenness" of its products and crafts is very important. It can affect the status of strategy and cost. Therefore, any decision-making must consider the prospect of cost/benefit rate. In other words, all costs and benefits considered with environment responsibility must be appraisal and evaluated; its goal is making the marginal cost and benefit of the investment in the manufactures to be approximately equal. Coalition of Environmentally Responsible Economies is a famous agency, which is devoted to impetus enterprises, undertakes their strategic responsibilities. It is a nonprofit alliance of the biggest investor in North America, environment organization and other public interest agencies, which devotes to environmental protection and sustainable development, including impetus alleviating global warming and so on.

The legal responsibility and the moral responsibility are what the companies shall do, and then, the strategy responsibility is what the companies can do. As far as it goes, the lowest level as the legal responsibility level still has many barriers in implementation, the expectation that company should undertake the higher level as the moral responsibility and strategic responsibility nearly have no way. The reasons, that include not only the company growth level factor, but also factors about system and consciousness, are extremely complex. Considering the legislative situation, the most important problem is fitting implementation measures' absence. Actually, the notion that companies should undertake social responsibilities had infiltrated into the legislation before the *Company Act* revised. January 7th 2002, China's Securities Regulatory Commission and State Economic and Trade Commission issued *Code of Corporate Governance for Listed Companies in China.* Chapter 6 has the criterion of Stakeholder statutes.[11] This kind of stipulation in the *Code of Corporate Governance for Listed Companies in China* manifested the idea that the company has to undertake social responsibility, but it stipulated as norm in principle, lacking in the feasibility. And as well it is only limited to listed company. As a demonstrative criterion, *Code of Corporate Governance for Listed Companies in China* should be regarded as an earlier preparation for the company act legislating or revising. But this stipulation implementation effect is not extremely ideal.

[11] *Code of Corporate Governance for Listed Companies in China,* Article 81. A listed company shall respect the legal rights of banks and other creditors, employees, consumers, suppliers, the community and other stakeholders.

Part IV. Conclusion

Without the drive within business but only under pressure without, business would fail to fulfill its environmental responsibility. Evidence shows that there is correlation between the social responsibility of business and its economic interests.[12] But that is not necessarily true all the time. Business has its own considerations. For the purpose of drawing business to fulfill its environmental responsibility, with a view to analyzing the different levels of the company's environmental responsibility, more flexible measures should be adopted and more options should be offered before business. A rigid rule appears more enforceable but actually, in case of its failure to be enforced, dignity of law may be impaired more severely, which has been recognized by many academics. Academics are trying to have more flexible rules adopted and we have good reasons to believe that such effort will achieve something.

[12] [U.S.] Originally written by Stephen·R·Robins, translated into Chinese by Huang Wei, Management, Press of Renmin University of China, the fourth edition, 1997.

Dr. Gao Lihong, Dean of Economic Law Department
Law School Zhongnan University of Finance and Law
Wuhan City, P. R. China

The Environmental Responsibility of the Company and its Realization in China's Law

Abstract

China's Company Act 2005 borrows advanced practices of other countries, including their legal rules concerning the social responsibility of business. Article 5 of the amended act provides that: "Companies shall, in good faith and credit, be subjected to the supervision by the government and the public, comply with law, administrative regulations and social morality, and take the social responsibility." It appears in the Chapter of General Rules of that recently amended act. The rule described in Article 5, viewed as a fundamental rule, is generally considered as the primary source of law that burdens companies with the social responsibility. In China, law of environment and resource protection is a category of law, like economic law, civil law and criminal law. There are lots of rules on environmental protection in China that can be applied to enforce the environmental responsibility of business. Where Article 5 is enforced, the environmental responsibility it means should be, in theory, the one more desirable than that enacted in the environmental law. In other words, Article 5 provides a more demanding responsibility instead of a legally minimum one. Such responsibility, an expectation rather than a duty, thus looks like more a moral responsibility. Without the drive within business but only under pressure without, business would fail to fulfill its environmental responsibility. For the purpose of drawing business to fulfill its environmental responsibility, with a view to analyzing the different levels of the company's environmental responsibility, more flexible measures should be adopted and more options should be offered before business. A rigid rule appears more enforceable but actually, in case of its failure to be enforced, dignity of law may be impaired more severely, which has been recognized by many academics. Academics are trying to have more flexible rules adopted and we have good reasons to believe that such effort will achieve something.

Др Гао Лихонг
Декан Департмана за економско право
Правни факултет Zhongnan Универзитета за финансије и право
Вухан, Кина

Одговорност предузећа за заштиту животне средине и њена реализација у праву Кине

Резиме[13]

Кинески Закон о трговачким друштвима из 2005. године преузима напредну праксу других земаља, укључујући и њихова правна правила која се тичу друштвене одговорности бизниса. Члан 5 измењеног закона прописује: «Трговачка друштва ће, у доброј вери и поверењу, бити подвргнута надзору од стране владе и јавности, поступати у складу са правом, административним прописима и друштвеним моралом и водити рачуна о друштвеној одговорности.» Ово се налази у Одељку о општим правилима овог недавно измењеног закона. Правило описано у члану 5, посматрано као опште правило, се уопштено сматра примарним извором права који обавезује трговачка друштва друштвеном одговорношћу. У Кини, право заштите животне средине и природних ресурса представља грану права, као економско, грађанско или кривично право. Постоје бројна правила о заштити животне средине у Кини, која могу да буду примењена, да би се обезбедила еколошка одговорност бизниса. Када се члан 5 буде спроводио, еколошка одговорност би требало да буде, у теорији, значајнија од оне која је прописана у еколошком праву. Другим речима, члан 5 обезбеђује виши степен одговорности, у односу на законски минимум. Таква одговорност, која је пре очекивање него дужност, личи више на моралну одговорност. Без улажења у сам бизнис, већ само под притиском, бизнис не би испунио еколошку одговорност. У сврху омогућавања да он испуни ову врсту одговорности, са анализирањем различитих нивоа компанијске

[13] Резиме превео Бојан Тубић, асистент-приправник Правног факултета у Новом Саду.

еколошке одговорности, треба да буду усвојене флексибилније мере, као и да буде понуђено више опција. Чини се да је ригидно правило лакше спровести, али, заправо, у случају немогућности да буде спроведено, углед права може више ослабити, што су потврдили многи теоретичари. Они се труде да се усвоје флексибилнија правила и постоје добри разлози да верујемо да ће такав напор постићи неки резултат.

502/504(497.113)

Др Милош Марјановић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

СОЦИО-ЕКОНОМСКИ АСПЕКТИ РЕВИТАЛИЗАЦИЈЕ ВЕЛИКОГ БАЧКОГ КАНАЛА

Сажетак: *Укратко се анализира географски положај а детаљно демографски, индустријски и урбани развој општина Врбас и Кула и градова Врбас, Кула и Црвенка и њихов кумулативни утицај на загађивање канала. У време «прљавих технологија» овде је изграђен један од највећих комплекса прехрамбене индустрије, не само у Војводини него и у тадашњој Југославији. Од овог канала је направљен најзагађенији водоток Европе. Загађен је муљ, уништен каналски екосистем, угрожено здравље људи али и њихов социо-економски развој, што је мање видљиво. Детаљно су описани: развој 10 највећих предузећа-загађивача, ефекти загађивања, интервјуи са надлежнима, садржај медијске запажености проблема. Предложене су синхронизоване краткорочне и дугорочне мере и прецизиране улоге актера ревитализације.*

Кључне речи: *географски положај конурбације Црвенка-Кула-Врбас; демографски, индустријски и урбани развој; најзагађенији водоток Европе; десет највећих загађивача; интервјуи са надлежнима; медијска запаженост, мере и актери ревитализације.*

Увод

Водопривредни стручњаци сматрају да је Велики бачки канал (ВБК), на деоници Црвенка-Кула-Врбас, најзагађенији водоток у Европи. Загађеност воде и муља је достигла такав ниво да представља велику опасност по здравље људи, а још више су угрожене биљне и животињске врсте у каналу и око њега. Од многих пројектованих функција канала остала је само једна – одвод веома загађених и готово непречишћених отпадних вода поменутих градова и њихове индустрије. То је резултат вишедеценијске неконтролисане индустријализације и урбанизације, које су својим загађујућим ефектима угрозиле даљи економски и друштвени развој овог подручја и учиниле га еколошки неодрживим. У том периоду је више пута покушавано да се спречи или смањи даље загађивање али без виднијег успеха, па се оно убрзано повећавало и погоршавало. Постоје озбиљни изгледи да ће у следећих неколико година доћи до санације и ревитализације овог каналског система и да ће увођење савременог постројења за обраду отпадних вода спречити његово поновно загађивање, пре свега због значајне међународне подршке, у сарадњи са републичком, покрајинском и локалном влашћу, као и привредом и становништвом Црвенке, Куле и Врбаса.[1] У раду се пошло од претпоставке да су социо-економски аспекти веома важни, како за објашњење садашњег неодрживог стања, тако и за његову ревитализацију.

Географски положај

Градови Црвенка, Кула и Врбас налазе се у централном делу Бачке. Општина Кула је у њеном геометријском средишту и припада Западнобачком региону а општина Врбас је југоисточније и припада Јужнобачком региону. Ови се градови налазе близу средокраће путева Нови Сад – Суботица (део европске трансферзале или коридора), Нови Сад – Сомбор и Суботица – Бачка Паланка. Сва три насеља и значајан део обе општине налазе се на додиру две морфолошке зоне: лесне терасе као нижег дела и

[1] Овај рад је настао на пројекту «Ревитализација Великог Канала – ДТД – и припрема и увођење савременог постројења за обраду отпадних вода за градове и индустрије у подручју Бачке». Донатор је Министарство иностраних послова Норвешке, координатор Министарство природних ресурса и екологије републике Србије, носиоц пројекта је Норвешки институт за истраживање вода (НИВА) из Осла, са канцеларијом у Новом Саду, а примењује се у општинама Врбас и Кула.

лесне заравни (платоа) као вишег дела, на југоистоку Телечке висоравни. Уздуж овог додира, а кроз сва три поменута града, пролазе железничка пруга, трансферзални пут за Сомбор и ВБК. Ове саобраћајнице добро повезују сва три насеља, која су не само суседна, него су и мало удаљена, а налазе се и у једној линији, уздуж канала. Од Црвенке до Врбаса канал је дуг 18 км (Црвенка-Кула 13 км и Кула-Врбас 5 км) а кроз Врбас 6 км. Стога ова три града чине језгро једне будуће конурбације рурског типа (праволинијски распоређених градова у континуитету).

Каналски систем

Велики бачки канал је сада водопријемник отпадних вода а на његовим обалама налазе се насеља Црвенка, Кула и Врбас. Када је сграђен (од 1795 до 1802. године, назван је Францов канал а његови идејни творци били су браћа Киш) простирао се од Бачког Моноштора до Бачког Градишта. Његова првобитна основна намена била је транспорт житарица из Баната за потребе Аустроугарске а уз то је требало да прикупља и одводи вишкове воде са Телечке висоравни и забарених терена у њеном подножју на деоници Кула – Врбас.

Међутим, водозахват из Дунава код Бачког Моноштора је несретно изабран, пошто је стално долазило до засипања улаза у канал. У пролеће 1820. дошло је до просецања меандра код Бачког Моноштора и улаз у канал је био потпуно засут. Због тога се још око 1839. године појавила идеја да се водозахват премести код Бездана али је то учињено тек око 1850. године. Значајно је напоменути да је на овом водозахвату, код Бездана, изграђена прва бетонска преводница у Европи и да ју је пројектовао Ајфелов биро.

У периоду 1871-1879. године, обављена је, фактички, трећа реконструкција канала када је, осим чишћења, изграђен канал Баја – Бездан, чиме је обезбеђено снабдевање Великог бачког канала водом и при нижим водостајима Дунава, са уставом Шебешфок на споју ова два канала. Нешто касније, 1896. године, ушће ВБК премештено је од Бачког Градишта код Новог Бечеја, са изграђеном преводницом, и оно се и сада налази тамо. Други део садашњег троугла каналске мреже, под називом Франц Јозефов канал, дужине око 68 км, прокопан је од Малог Стапара до Новог Сада. Изграђен је око 1875. године, са идејом да се из Великог бачког канала обезбеди вода за наводњавање око 400 000 јутара земљишта. Најзад, до садашњег троугла канала дошло је 1960-их година, када је формиран водопривредни систем Дунав-Тиса-Дунав, а у његовом склопу и канал Бо-

гојево – Бечеј. Ова траса (Богојево – Бечеј) постала је, у новим реконструкцијама, главна траса система ДТД у Бачкој тако да је ВБК, фактички, скраћен за око 39 км и иде само до стационаже троугла а не више до Бечеја. Овај део ВБК, од Бездана до троугла, је дужине око 80,8 км и у хидротехничкој пракси зове се канал Бездан – Врбас. На жалост, садашње стање хидросистема ДТД у Бачкој је такво да је ВБК на деоници од Бездана до Врбаса, фактички ван употребе (*Елаборат* ... 2000:2-3).

Развитак становништва, индустријализација и урбанизација

Табела 1

Основни подаци о општинама

Параметри	*Општина Кула*	*Општина Врбас*
површина	421 км^2	376 км^2
пољопривредне површине	94,2%	90,7%
број насеља	7	7
просечна величина насеља	68,7 км^2	53,7 км^2
становника по попису		
становника на 1 км^2	101	122

Обе општине имају сличне, готово исте основне параметре (чак и исти број насеља) с тим што општина Кула има нешто већу укупну и пољопривредну површину као и укупан број становника, али је општина Врбас нешто гушће насељена, што индицира да је индустријализованија и урбанизованија.

У обе наведене општине, у дужем временском периоду, становништво се увећавало умереним темпом (удвостручење броја становника за око 150 година), сем у последње две деценије у општини Кула, и у последњој деценији у општини Врбас, када је дошло до пада укупног броја становника. Нешто бржим темпом увећавало се становништво у општини Врбас, у којој је за 1/3 становништво порасло у последњих 100 година, док је тај исти пораст у општини Кула остварен за 130 година, што исто тако упућује на бржи темпо индустријализације и урбанизације општине Врбас. Најбржим темпом становништво је расло између 1953. и 1961. године, ка-

да су се истовремено одвијали процес колонизације и убрзане индустријализације, и у деценији од 1880 – 1890. у општини Врбас а у истој деценији и од 1900-1910. у општини Кула, када је у обе општине дошло до прве демографске транзиције[2]

Становништво поменута три града расло је нешто другачијим темпом него становништво општина којима припадају. У читавом посматраном периоду од 133 године, Црвенка је расла чак и нешто спорије – она је увећала становништво за 32,3% а општина Кула за 35,7%. Међутим, становништво Црвенке се увећавало много брже од општинског просека у периодима од 1948-1961. и од 1910-1921. године, када је дошло до смене становништва после оба светска рата и колонизација, а у првопоменутом периоду и до убрзане индустријализације. Колонизацијом и убрзаном индустријализацијом се може објаснити и далеко већи раст града Куле у периоду 1953 -1971. и Врбаса у периоду 1953-1981. године. Максимално повећање становништва (преко 120 индексних поена) забележено је у Врбасу и Црвенки 1961. а у Кули 1971. године. Црвенка није удвостручила своје становништво ни за 133 године, град Кула га је удвостручио за око 90 година а град Врбас се за последње 54 године значајно приближио удвостручењу (42,7%). У сва три града дошло је до стагнације становништва у последње две деценије. Прецизније, у Врбасу и Кули је у овом периоду забележено тек благо повећање а у Црвенки чак и благо опадање броја становника.

Смањење просечног броја чланова домаћинства у општини Врбас са скоро 4 на нешто више од 3 члана (тачније са 3,96 на 3,22) у периоду 1948-1991. године, такође је један од показатеља урбанизације становништва.

Већ анализирани пораст становништва састоји се из две компоненте – природног и механичког прираштаја.

У општини Врбас природни прираштај константно опада после 1954. године. У овој, а нарочито у кулској општини, као и у целој Војводини, овај пад је добио не само забрињавајуће него и алармантне размере на крају прошлог века: 1998. године општина Кула је имала негативан прираштај од -5,3, што је нешто више него у целој Војводини (-4,7), док је у општини Врбас овај прираштај приметније испод војвођанског просека али још увек негативан (-2,8).

[2] У рукопису су анализа раста и развитка становништва, а касније и показатеља економске развијености, документовани табеларним прегледом у прилогу (25 табела) али су оне, због обимности рада, морале бити изостављене. Као извори су коришћени званични статистички подаци (углавном пописни) а за раније пописе и историјски преглед публикације: *Општине у Србији 2003,* Републички завод за статистику, Београд, март, 2004; Ј.Ромељић (ур.), *Општина Врбас,* Нови Сад – Врбас, 1998. и Ј.Плеше, *Општина Кула,* Кула - Нови Сад, 1982.

У периоду 1971-1991. град Врбас је имао већу стопу наталитета а мању стопу морталитета у односу на Војводину као целину, што је резултирало скоро три пута већом стопом природног прираштаја (8,0 према 2,7). Ипак, и у овом граду се бележи нагли пад наталитета после 1980. године, који је у 1991. години још увек био позитиван (2,7).

У погледу миграционог салда и других миграционих обележја аутохтоног и алохтоног (досељеног) становништва, нисмо располагали подацима из последњег пописа од 2002. године, па се у ову анализу нећемо упуштати. Једино ћемо истаћи да је у периоду 01.05.1991-31.12.1995. године у општини Врбас регистровано 2.207 избеглих лица а у општини Кула чак 4 964 лица, што је за преко два пута више. Међутим, ни у једној ни у другој општини чак ни овај миграциони талас, који бисмо могли назвати трећом колонизацијом, није зауставило негативну тенденцију смањења становништва у обе општине.

Ми сматрамо да анализа раста или пораста становништва мора бити праћена анализом његовог развитка зато што раст изражава само квантитативне промене у броју становника а развитак обухвата и различите квалитативне структуре, према појединим обележјима становништва. Ово исто тако и због тога што је негативан тренд у порасту становништва, односно његово опадање, праћен и тенденцијом негативних промена у неким структурама становништва, од којих су неке непосредно а неке посредно повезане са катастрофалним трендом пораста загађења Великог бачког канала.

То се лепо види већ у анализи промена у старосној структури становништва општине Врбас). Сви индикатори промена у старосној структури, у периоду 1948 -1991. године, указују на негативне трендове, који као да временом добијају убрзање. Средња старост се нагло повећава после 1971. године тако да се са 27,2 године у 1948. повећала на 35,6 година у 1991. години. Сличан тренд показује и индекс старења који се у истом периоду повећао за три пута (са 0,18 на 0,55). За исто време контингент старог становништва се скоро удвостручио – са 8,1% на 15,9%, док се контингент младог становништва свео са нешто мање од половине (44,8%) на мање од трећине (29,1%) укупног становништва. То се за сада, као што смо видели, најдрастичније одразило на негативне тенденције у кретању наталитета и природног прираштаја, а значајно мање у кретању стопа фертилног и радног контингента. Фертилни контингент се смањио са 27,3% на 24,3% али, изгледа, да је и то минимнало смањење од само 3% било довољно да доведе до значајног опадања природног прираштаја. С друге стране, радни контингент је показивао тренд пораста до 1971., па и 1981. године, после чега стагнира или тек благо опада. Овакав тренд ства-

ра допунски притисак на запошљавање које је, као што ћемо видети, доживело велики пад у последњих десетак па и више година. Исто тако ваља имати на уму да старије становништво има мање развијену еколошку свест него млађе становништво. Негативни трендови у променама старосне структуре становништва су, дакле, један од демографских чинилаца који су, у сплету са другим чиниоцима, деловали негативно у правцу све већег загађења околине.

У складу са претходним закључком о повећаном демографском притиску на контингент запосленог становништва је и закључак да се у општини Врбас, у периоду 1953-1991. године, активно становништво благо повећало (са 39,2% на 43,7%), док се издржавано становништво нагло смањило (са 57,2% на 38,8%), уз јак пораст броја пензионера за скоро пет пута – са 3,6% на 17,5%.

Структура становништва по делатности је непосредни израз економске структуре датог друштва (глобалног или локалног) и она показује степен њене развијености али и начин њеног разгранавања. У периоду од 1953-1991. општина Врбас је за 3,8 пута смањила удео свог становништва у пољопривреди (са 64,3% на 16,9%), за скоро 2,5 пута у занатству (са 4,7% на 2,0%) док је у индустрији учешће повећано за 3,1 пут (са 12,4% на 38,6%). То показује да је ова општина за мање од четири деценије извела снажну, убрзану индустријализацију своје привреде и свог становништва. Међутим, и све остале гране привреде, па и економије уопште, сем пољопривреде и занатства, биле су у експанзији, судећи по уделу становништва у њима. Релативно највећа експанзија је била у грађевинарству, за 9,5 пута (са 0,4% на 3,8%), али са извесним осцилацијама, што такође указује на експанзивни развој али и на повремене рецесије. Одмах иза тога је саобраћај, за 7 пута (са 1,2% на 7,1%) па трговина, за 3,5 пута (са 2,9% на 10,2%) тако да је по уделу становништва трговина на трећем, а саобраћај на четвртом месту, одмах иза индустрије и пољопривреде. Међутим просвета и здравство су, у односу на 1961. годину, повећале свој удео за око 2 пута и 1991. њихов удео, појединачно узев, је испод 5%. Угоститељство, финансије и управа показују тенденцију стагнације. Дакле, најдинамичнији развој је остварен у грађевинарству, саобраћају и индустрији, нешто спорији развој је био у осталим терцијалним делатностима, где је било и стагнације, а опадао је само примарни сектор (пољопривреда), коме се прикључује и занатство. Разуме се, опадање броја становника у пољопривреди или деаграризација свакако је повезано и са интензивирањем пољопривредне производње. У комуналним делатностима остварен је забрињавајуће мали пораст (за 0,7 пута, са 1,3% на 1,8% – што показује да је готово реч о стагнацији). То, пак, указује да развој комуналних делатности

у дужем периоду није пратио развој индустријализације и урбанизације и да је реч о њиховом «прљавом» карактеру.

Делимична анализа података за општину Кула, за поједине делатности у два узастопна пописа, указује да и ова општина показује у основи исти тренд али, бар у тим годинама (1961-1971), и на нешто мање динамичан развој. У њој су, наиме, и деаграризација и индустријализација биле нешто слабије изражене а исто тако и развој саобраћаја, трговине и управе, док су занатство и комуналне делатности, у тим годинама, били процентуално нешто заступљенији него у општини Врбас.

Када је реч о етничкој структури становништва указаћемо само на главни тренд промена у општини и граду Врбасу, неке компаративне податке о обе општине и сва три града у 2002. години и на степен урбанизованости (проценат градског становништва) најбројнијих националности. У општини Врбас, у целокупном посматраном периоду (1910-2002.), једино Срби показују стални тренд пораста али и 2002. године они чине само релативну а не и апсолутну већину (47,8%). Остале националности бележе стагнацију или пад учешћа, са повременим осцилацијама: учешће Русина се повећавало све до 1948. године, Мађара је сразмерно било највише 1948. године (15%) а Немаца 1910. и 1921. године, када су са преко 61% чинили апсолутну већину становништва.

У граду Врбасу проценат Срба је спорије растао него у целој општини тако да их 2002. године у њему има само 41,2%. Црногорци, пак, показују супротан тренд – сразмерно их је више у граду него у општини Врбас. Од 1948 -1971. године они у граду бележе благи пад а у 1981. и 1991. години благи пораст, тако да их је 1981. било готово колико и Срба а 1991. чак и више и тада су, са 34,9% били најбројнија нација у граду Врбасу. Дакле, Црногорци у општини Врбас показују урбаније тенденције него Срби а исто се то може рећи и за Мађаре и Украјинце у односу на Русине, али у општини Кула. У општини Кула у 2002. години има сразмерно више Срба (52%) него у граду Кула (49,9%) а највише их има у Црвенки (71,5%). Слично је и са Црногорцима (али их има сразмерно мање у Црвенки), док Мађара и Украјинаца има сразмерно више у граду него у општини Кула.

У конфесионалној структури становништва општине Врбас у 1991. години преовлађују православци – око 3/5 или 59,7% а знатно мање је католика – око 1/6 или 16,6%. Готово исто толико је и становника са непознатим конфесионалним пореклом – 15,8%, а тек 6,5% је оних који су се изјаснили да нису верници. Само 1% је протестаната а осталих и мање од тога. Међутим, имајући у виду наведени талас избеглица може се претпоставити да је удео православних већ око 2/3.

Образовна структура становништва је један од главних квалитета демографског развитка и главних ресурса економског, политичког и културног развитка, па и квалитетније (будуће) заштите животне средине. Премда нисмо располагали подацима после 1981. године, можемо уочити врло позитиван тренд побољаања образовне структуре у обе општине. Неписменост је у општини Врбас смањена од 1948. до 1981. године за 2,3 пута (са 14,6% на 6,4%) али, на жалост, ни тада још није била искорењена. Учешће становништва (старог 10 и више година) без школске спреме се скоро преполовило а оних са 4 разреда основне школе више него преполовило. Истовремено, они који су завршили потпуну основну школу, као и школу за КВ И ВКВ раднике повећали су свој удео за око 3,3 пута. Тренд побољшања на вишим ступњевима образовања изражен је у готово истој мери. У свим образовним категоријама постоји, у основи, исти тренд и у општини Кула, али на нешто нижем нивоу, осим код лица са потпуном основном школом, где их је 1971. године било за нијансу више. У сваком случају, из развојне перспективе, промене у образовној структури становништва општине Врбас и Кула се могу оценити као врло повољне и позитивне.

Развој индустрије и градова и утицај на загађивање

На подручју насеља Црвенка-Кула-Врбас налази се један од најразвијенијих индустријских региона Војводине. На овом подручју индустрија је не само развијена него је и структурално веома хетерогена јер су заступљене: прехрамбена, металопрерађивачка, хемијска, текстилна, кожарска, дрвна, грађевинска и графичка индустрија. Сва три насеља се налазе непосредно уз ВБК. С једне стране, овај канал је условио развој значајних индустријских постројења и омогућио лоцирање многих погона на његовим обалама због коришћења великих количина воде у производном процесу. С друге стране, управо је развој индустрије и њених «прљавих технологија» створио проблем диспозиције отпадних вода и она је постала главни загађивач канала. У структури како количине тако и квалитета отпадних вода овог подручја преовлађују отпадне воде индустрије. Ово загађење је већ толико интензивно и «темељно» да угрожава даље коришћење воде не само на подручју ова три насеља него и у читавом каналском систему ДТД, тако да је његово даље коришћење доведено у питање. Постоје мишљења да је то један од најзагађенијих, можда, чак и најзагађенији

водоток Европе у овом тренутку. Међутим, ово загађење угрозило је сва три медија животне средине – воду, ваздух и земљиште. Чак и нешто удаљенији становници ова три насеља, нарочито лети, осећају несносан смрад од канала а неадекватно третиран муљ или овако загађена вода умногоме угрожавају и отежавају развој модерне, еколошки одрживе пољопривреде. Тај утицај је постао веома ограничавајући како на економију уопште тако и на даљи, одрживи урбани развој овог подручја. Угрожене су флора, фауна и људско здравље. Ова угроженост и потреба да се она спречи, предупреди и санира већ је широко распрострањена не само у ставовима стручњака него и у свести грађана и локалних органа власти. Изгледа да су се, коначно, стекли неопходни услови за темељне интервенције, како хитне тако и дугорочне, да би се спречило и на минимум свело даље загађење канала и приступило неопходној санацији како каналског муља и седимената, тако и непосредне околине канала.

Почетак развоја индустрије на овом подручју датира из друге половине 19. века. Тада је преовладавао моноцентичан развој индустрије а у новије време све је више изражен њен полицентрични развој у облику својеврсног дисперзивног просторног ширења. Када је реч о факторима размештаја индустрије, деловали су не само локацијски фактор близине сировина и ВБК, него и урбани агломерацијски фактор ова три насеља и њихова веома добра саобраћајна повезаност. На неке индустрије је више деловало локално или ближе тржиште а на неке, због производње у великим серијама, али и квалитета производа, не само национално него и међународно тржиште.

Врбас је почео интензивније да се развија већ почетком 18. века када су се у њега, у више таласа, досељавали колонисти различитог националног састава – Русини, Срби, Мађари и Немци. Најмасовније насељавање Немаца обављено је крајем 18. века (од 1784-1876. године). Међу њима је било око 45% занатлија што је снажно утицало на развој занатства, трговине и робно-новчане привреде. Стога је Врбас већ 1821. добио дозволу да организује цеховсако удружење а 1888. године, после укидања цехова, у њему је формирано удружење занатлија са 110 мајстора. Врбас се током 19. века све више урбанизовао, развио је саобраћајну функцију и почео да се индустријализује. Оснивају се основне школе – на немачком (1798), мађарском (1800-1830), српском и русинском (1810-1840), средња латинска школа (1801), гимназија (1871). ВБК је прокопан од 1785 -1801. године, железничка пруга Пешта – Суботица – Нови Сад изграђена је од 1881 - 1883. године а пруга Сомбор – Бечеј у периоду од 1900-1905. године. Врбас је постао саобраћајна раскрсница, што је поспешило економски развој целог региона, односно убрзало развој занатства и трговине, као и прве за-

четке индустрије. Почетак развоја индустрије се, обично, у овом граду везује за изградњу прве кудељаре 1865. године. Прва пилана са стругаром отворена је 1870. године, а запошљавала је чак 130 радника. Мала фабрика ликера изграђена је 1872. а 1873. године Јакоб Лењи, јеврејски трговац, откупио је неколико мањих мануфактурних радионица уља и изградио фабрику у непосредној близини данашње индустријске зоне. Крајем 19. века у Врбасу и околини развила се грађевинска индустрија, када су изграђене три циглане (1882, 1890 и 1891.) које су производиле циглу и цреп. Тих година се развила и млинска индустрија, са парним млиновима. Почетком 20. века врбаска индустрија добија нови замах. Тада је било пет парних млинова, 1902. отворена је нова кудељара, у којој је било запослено преко 260 радника а изграђене су и фабрике за прераду дрвета, производњу шибица, свиле и друго. Посебно треба истаћи подизање фабрике шећера 1913. године, капиталом чешких и аустријских банака. Стручну радну снагу претежно су чинили чешки и неквалификовани домаћи радници.

У исто време (1912-1913.) и у Црвенки је изграђена фабрика шећера, англо-мађарским а касније и чешким капиталом (Прашка кредитна банка је 1919. откупила акције од мађарског капитала). Крајем 19. века развија се индустрија и у Кули – 1880. отворена је мала ливница а 1885. или 1897. једна мала занатска радионица за влачање и прераду вуне. Међутим, још средином 18. века, 1753. године, у Кули је основана кожарска радионица, једна од најстаријих на просторима некадашње Југославије.

Као што се види, главнина индустрије у региону Врбас-Кула-Црвенка има прилично дугу занатску традицију, која почетком 20. века и између два светска рата поприма обележје индустријске производње.

У периоду 1918-1941. године, Врбас је постао јак и истакнут аграрно-индустријски и занатско-трговачки центар, што се добро види из податка да је у том периоду у њему било чак 523 занатске радње. Настављена је изградња индустрије, премда са нешто мање инвестиција, па су сграђене још једна уљара (1925), свилара, платнара, трикотажа и друго. У Кули је мала ливница, која је производила одливке обојених метала, 1925. године почела да употребљава машинерију а радионица је сасвим добила индустријски карактер 1935. године, када су набављена нова индустријска постројења. Пред Други светски рат радионица је имала око 120 радника а осим водоводних производила је и ватрогасне, санитарне, парне и друге арматуре. Кулска текстилна радионица прераста 1905. у фабрику вунених тканина и предива, са 55 запослених, претежно радница. Међутим, набављена технологија је била застарела и некомплетна. Између осталог, недостајали су уређаји за прање и сушење вуне, која је прана у каналу а суши-

ла се на сунцу. Недостајали су квалификовани кадрови и финансијска средства па је фабрика престала са радом 1911. године. Нови власник је 1916. набавио уређаје за прање и испирање вуне а од 1926. је почела да производи тканине од увозног чешљаног – камгран предива. И кулска кожара је више од век и по имала занатски карактер да би 1920. попримила обележје индустријске производње.

После другог светског рата, постојеће фабрике су постале друштвено власништво а добиле су и нова имена. Фабрика арматура «Истра» у Кули је 1948/49. године постала једина специјализована фабрика те врсте у земљи. У периоду од 1956-1961. фабрика је дислоцирана из центра на периферију, добила је нове производне хале, потпуно је замењена опрема а отворени су и неки нови погони. У фабрици вунених тканина «Слобода» у Кули, између 1956. и 1960. године, извршена је обнова, реконструкција и изградња нових погона после чега је производња повећана за пет пута у односу на предратну, а број радника се попео на 1 200, тако да се сврстала међу водеће фабрике те врсте у земљи. Фабрика коже «Етерна» у Кули је 1959. почела са реконструкцијом и инсталирањем нове опреме, тако да је увођењем нових модерних машина заокружен технолошки процес па су капацитети фабрике увећани за 80% а обезбеђен је и бољи квалитет коже. Још 1927. године, уз шећерану у Црвенки је саграђена шпиритана а 1953. и ликерана за производњу жестоких алкохолних и безалкохолних пића. Почетком 1963. године од ових и неких других капацитета формиран је Индустријско-пољопривредни комбинат «Црвенка».

У Врбасу је током 1950-их година изграђено неколико нових фабрика: кланична индустрија «Carnex» (1958), метална индустрија «Металоградња» (1958), индустрија грађевинског материјала «Напредак» (1955), хемијска индустрија «Мепол» (1957) и друго. Тих година формирају се велики системи – 1959. године основан је Индустријско-прехрамбени комбинат «Врбас», кога су сачињавали фабрика шећера «Бачка», фабрика уља «Домаћа» (касније «Витал») и индустрија меса «Carnex». Током 1969. и 1980. године Комбинат се реорганизовао а и проширио је своју делатност. Овај гигант је у тренутку формирања имао 1 761 радник, а те године произведено је преко 35 тона шећера, преко 8 хиљада тона уља, око 5,5 тона кланичних производа и преко 3. 700 тона разних масноћа. У тадашњој југословенској производњи Комбинат је учествовао са 3,5% кобасичарских производа, 4,1% месних конзерви, 14,2% шећера, 17,8% јестивог уља и, чак, 41,2% маргарина и биљних масти. Средином седамдесетих година (1975) производња је повећана у свим секторима: 43 350 тона шећера, 29 154 тона јестивог уља, 15 470 тона биљних масноћа и 36 312 тона кланичних производа. ПИК «Врбас» расформиран је 1989. године.

Распад Југославије озбиљно је уздрмао индустрију општине Врбас али се највиталнијом показала прехрамбена индустрија, која учествује у бруто индустријској производњи са скоро 90%. Стога се индустријска производња релативно брзо ревитализовала, па је у народном дохотку општине индустрија учествовала 1990. године са 61,1% (пољопривреда 17,4%, трговина 10,4%) а 1995. учешће индустрије је повећано на 70,8% (пољопривреда 17,4%, трговина 5,5%). Међутим, економске санкције, бомбардовање и транзиционе трансформације довеле су до стагнације и опадања индустријске производње што се, као што ћемо видети, изражава у читавом низу економских показатеља, а нарочито у опадању броја запослених.

Погледајмо, према подацима којима располажемо, стање у десет индустријских предузећа, који су највећи загађивачи у погледу сировинске базе, производних капацитета, производних програма, асортимана и физичког обима производње, пласмана, броја и квалификационе структуре запослених, количине и квалитета испуштене воде и постројења за њено пречишћавање и њихове функционалности.

1. Фабрика шећера «Црвенка» – Инсталациони капацитет фабрике био је 400 вагона репе дневно (1979), односно 650 вагона (2000. године). У 1977. прерађено је 52 263 вагона шећерне репе, уз просечну дневну прераду од 432 вагона. Те године било је 629 стално запослених, међу којима 30,2% КВ и 25,6% ВКВ радника (укупно 55, 8%), уз још 659 лица која су чинила сезонску радну снагу. У зависности од рада и откупа шећерне репе, кампања траје од 50 до 120 дана. У производњи се користи велика количина воде (приближно 15 $м^3$ за прераду једне тоне репе) а скоро целокупна количина потрошње воде је загађена отпадна вода. Томе треба додати још 1 $м^3$ дневно, који се ослобађа из репе, током прераде, у виду кондензата. У *Информацији* ... из 1979. године се констатује да фабрика располаже декантером за рециркулацију воде са истовара и прања, који је у функционалном стању. У току производње настаје око 15 000 $м^3$ отпадне воде дневно која се депонује на 30 хектара таложних поља која су била у функционалном стању. У *Елаборату* ... из 2000. године се каже да је површина 12 таложних поља око 18 хектара са запремином од 486 000 $м^3$. Пре почетка сваке нове кампање, сва та поља (тзв. касете) чисте се систематски од муља, када се из лагуна извади око 100 000 тона осушеног муља. Избистрена вода са таложних поља улива се у латерални канал I – 64. Збирни проток отпадних вода је 1 755 $м^3$/ч. Према наведеном извору, ова индустрија стално ради на усавршавању своје производње, укључујући газдовање водама унутар ње (ротационо сито у кругоку отпадних вода, компостирање насталих органских отпадака). Нису предвиђали даље повећање инсталационог капацитета воде. Међутим, у овој фабрици «не

спроводи се континуално мерење количина испуштених отпадних вода, нити се одвија систематско испитивање њиховог квалитета» (с. 38).

2. Фабрика алкохола, Црвенка. Алкохол се производи из меласе и житарица. У 1977. години произведено је 10 827 хектолитара шпирита али је годишња производња већ тих година била јако осцилирајућа. Инсталисани капацитет је 50 $м^3$ алкохола на дан, али последњих година ради са смањеним капацитетом (између 20 и 60 процената), у просеку се тај капацитет користи са 50% (податак из 2000. године). Џибра се и даље одлаже у земљане базене на површини од око 30 хектара, са запремином од око 600 $м^3$ (погони за њену прераду не раде због недостатка енергената). У току производње настаје око 30 $м^3$/ч, односно до 720 $м^3$/дан отпадних вода (податак из 1979. године). Ова фабрика испушта у водопријемник једино расхладне воде (пошто њихова рециркулација још није решена). Количина испуштених вода се не мери. Зато је на бази литературе израчунато (2000. године) да је потребно 50 $м^3$ расхладне воде по 1 $м^3$ алкохола, што при раду фабрике са 50% капацитета износи 1 250 $м^3$ /д. Квалитет ових вода, изузев температуре, је задовољавајући јер одговара квалитету воде из ВБК, одакле се узима а то су потврдила и мерења у 2000. години. Расхладне воде се испуштају у латерални канал I-64. У 1977. години међу 118 запослених било је 22,9% КВ и 33% ВКВ радника, што заједно чини око 56%. Постоје планови да се у следећим годинама потпуније искористе инсталисани капацитети.

3. Фабрика бисквита Jaffa, Црвенка. Ова модерно опремљена фабрика пуштена је у рад 1976. године. Асортиман чине два кондиторска производа – jaffa, са инсталисаним капацитетом од 750 кг/ч, и munch mallow, са 1000 кг/ч. На обе производне линије производња је аутоматизована. Успостављени су контакти са пословним партнерима из Чехословачке и Мађарске (1977. године, када је произведено 1 560 000 кг бисквита). У овој фабрици појављују се расхладне, технолошке и отпадне воде. Расхладне воде се не мешају са загађеним водама и директно се одводе у латерални канал I-68. Проток није познат, али је реч о малој дневној количини. Дневна количина технолошке и санитарне воде, према испитивањима из 1995. године, при раду фабрике у две смене износи између 158 и 205 $м^3$. Загађене отпадне воде доводе се на сопствено постројење за пречишћавање, путем ротационог биолошког контактора а после тога се испуштају у канал. Међутим, изграђено постројење је у нефункционалном стању а хидромашинска опрема је, због корозије, у неупотребљивом стању (2000. година). Последњих година фабрика ради са 60% капацитета.

4. Фабрика кожа «Етерна», Кула. Производни програм обухвата производњу горње, ђонске и техничке коже као и производњу протеина од

кожних отпадака. Инсталисани капацитет фабрике је око 5 т протеина на дан. Током седамдесетих година број запослених био је у сталном порасту – од 259 у 1970. до 363 у 1977. години, међу којима је било 30,3% КВ и 12,4% ВКВ радника, око 11% жена и 75 путујућих радника (20,7%). У 1977. прерађено је 6 000 т (93%) домаће и 422 т (7%) увозне сирове коже, од чега је произведено 513,6 т ђон и техничке коже 1 044 000 $м^2$ горње коже. Фабрика има трајне проблеме у набавци довољне количине сирове коже одговарајућег квалитета на домаћем тржишту. Прерађена кожа је високог квалитета, целокупан асортиман има сигуран пласман а има и много поруџбина унапред. У 1977. у Западну Немачку извезено је 1 658 т производа. Према подацима из 2000. године, искоришћавање инсталисаног капацитета фабрике последњих година за оба производа је само око 30%, иако се рад одвија у три смене. «Фабрика коже је најзначајнији загађивач у региону Куле» (*Информација* ... 1979, с. 8). Просечна количина воде у процесу прераде коже била је 700 $м^3$ на дан а загађење је и неорганског и органског порекла. Збирне отпадне воде се преко главног колектора испуштају у латерални канал I-64. До 1979. није било значајнијих интервенција на примарном пречишћавању отпадних вода. Према подацима из 2000. године, у фабрици је започета изградња постројења за претходно пречишћавање отпадних вода. Делимично су изграђени објекти постројења а од опреме набављени су само црпни агрегати, Међутим, последњих година радови су у застоју.

5. Фабрика вунених тканина «Слобода», Кула. Ова фабрика се бави прерадом вуне и израдом вунених тканина. Сировине се увозе из Аустралије, Новог Зеланда и Аргентине. Дуга производна традиција, модерна опрема, квалификовани и специјализовани кадрови, омогућавају производњу тканина светског квалитета (твид, шетланд и друго) тако да готово и нема врсте вунених тканина коју ова фабрика не би могла имати у свом производном програму. За непуне две деценије (1959 -1977) квалификациона структура је побољшана у складу са модернизацијом производних погона. У овом периоду број КВ радника се скоро учетворостручио, ВКВ радника се повећао за 15 пута а лица са средњом стручном спремом за преко 12 пута. На презасићеном домаћем тржишту фабрика је успевала да пласира целокупну производњу а извозило се у З.Немачку, Шведску, Белгију, СССР, Сирију, Јордан, Ирак и друге земље. Она је сарађивала са модним центрима у земљама са традиционално јаком текстилном индустријом (Француска, Енглеска, Италија) а за асортиман и квалитет тканина добијена су многобројна признања на текстилним сајмовима (Лесковац, Београд, Љубљана). Током седамдесетих година, годишња производња била је око милион дужних метара тканине (1,19 милиона 1977. године) а

2000. фабрика је могла, при интензивном раду, да произведе око 700 т сирове вуне и око 2 милиона метара тканине. Међутим, према информацијама представника фабрике из те године, последњих година искоришћеност инсталисаног капацитета је свега око 10%, перспективни план је неизвестан а главни непосредни циљ у будућности је максимално искоришћавање капацитета.

У процесу прераде вуне и производње штофова важну улогу игра вода, која се добија из артерских бунара са дубине од око 120 м. Све фазе у технолошком процесу, осим предења, пропраћене су великом потрошњом воде и испуштањем отпадних вода. Технолошке отпадне воде одводе се системом интерне канализације и испуштају у латерални канал I-64. Крајем седамдесетих година, годишња количина отпадних вода била је око 250 000 $м^{3.}$ Тада су у току биле анализе количине и врсте отпадних вода, као и израда идејног пројекта примарног пречишћавања, а 2000. године фабрика је поседовала техничку документацију постројења за претходно пречишћавање, разрађену на нивоу главног пројекта.

6. Фабрика арматура «Истра», Кула. У производном програму фабрике основна делатност је производња водоводне, парне, топловодне, санитарне и бродске арматуре, која се изграђује од месинга, бронзе и сивог ливеног гвожђа. Обојени метали – бакар, калај и олово – су главне сировине за производњу арматура. Интересантно је да се у литератури налази податак (Ј. Плеше, 1982:83) да је физички обим производње пао са 2 400 т у 1966. на 1 884 т арматура у 1977. години а запосленост је у истим годинама опала са 1 900 на 1 322 радника, али је чудно да се тај податак не коментарише и не објашњава. У 1977. години «Истра» је била један од пет произвођача арматура у земљи али је домаће тржиште снабдевала са око 50%. Успоставила је пословне односе са реномираним произвођачима арматура у З. Немачкој а 8% производње арматура извозила је у В. Британију, Француску, САД, Канаду, Либију, Нигерију и друге земље. Међутим, последњих година фабрика ради далеко испод инсталисаног капацитета, што се најбоље види по томе што ради само једна од две линије галванизације и то у једној смени, док друга ради само по потреби.

А управо у погону за галванизацију врши се финална обрада једног дела арматура, које се тако заштићују и декоративно хромирају. Отпадне воде највећим делом потичу из овог погона, које се одводе селективно по врстама воде до постројења за пречишћавање, а одатле преко атмосферски канализације у латерални канал I-68. У поступку галванизације користе се хром, бакар и никал уз испуштање око 350 $м^3$ отпадних вода дневно (крајем седамдесетих).Тада постројење за примарно пречишћавање није функционисало са одговарајућим ефектом. За 2000. годину наилазимо на

податак да је пројектно решење претходног пречишћавања отпадних вода у свему изведено и да је постројење раније било а сада више није у функционалном стању, због дотрајалости мерно-регулационе опреме и појединих делова.

7. Фабрика шећера «Бачка», Врбас. Основна делатност је производња кристалног шећера али производни програм обухвата и производњу меласе и репиних резанаца, док се сатурациони муљ може користити као ђубриво у пољопривреди. Микролокацијски, фабрика је смештена уз ВБК, у коме се ниво воде налази за 5-6 м изнад околне топографске површине, па се вода гравитационо креће ка индустријском објекту. У кругу фабрике уређене су парковске површине а у њеној непосредној близини саграђен је део станова за запослене.

У периоду 1969-1974. уведена су значајна техничка побољшања, тако да је инсталациони капацитет повећан на 6 000 т дневне прераде. Тај капацитет је у низу година производно премашен на близу 7 000 т а постоје планови и већ урађени идејни пројекат да се капацитет повећа најпре на 8 000 т а касније на читавих 12 000 т сировина дневно. У даљем току реконструкције (до 1980.) опрема је у потпуности замењена. Међутим, због економске кризе, од почетка 1990-их није било значајнијих улагања у опрему која је сада застарела, па су неопходне инвестиције у нову технологију. Осим тога, са распадом СФРЈ, тржиште шећера за 12 војвођанских шећерана је готово преполовљено. Појавили су се проблеми снабдевања сировином и енергијом. У физичком обиму производње постоје велике осцилације а које су у тесној вези са економским трендовима у друштву. Са 48 059 т у 1983. производња шећера је скочила на 65. 200 т у 1985. години, да би 1992. пала на 34 684 т, а 1993. на само 18 800 т, после чега је уследио благи пораст у 1994. и 1995. (на нешто преко 24 000 т) а у 1996. и значајан пораст (38 700 т), што је једва нешто више од половине производње из 1983. године. Међутим, и осамдесетих година, иако су капацитети коришћени са 92% (што је знатно изнад просека осталих грана агроиндустрије) а постигнути рандман од 13,5 кг на 100 кг шећерне репе био један од најбољих у европској индустрији шећера, фабрика је морала да узима велике кредите за редовно пословање и држање залиха шећера.

Док је у 1971. у фабрици било 509 стално запослених, уз 494 радника запослених у време кампање, у 1985. години било је стално запослено 694 радника а сезонски још 500 НКВ радника, 1997. број стално запослених пао је на 519 а сезонских на 200 радника. Док је кампања раније увек трајала дуже од 80 дана (чак и до 120 а у просеку по 100 дана), последњих година се, због неповољних услова пословања, она кретала између 50 и 70 дана, што није обезбеђивало позитиван пословни успех фабрици.

Док су захтеви за процесном водом сразмерно мали (6 – 9 м^3 на 1 000 кг шећера), па се она добија из локалног артерског бунара, захтеви за технолошком водом су изузетно високи и она се, чак и у време најнижег протицаја, захвата из канала, узводно од уставе. На 1 т репе потроши се око 15 м^3 воде. Код капацитета од 400 вагона, дневна количина отпадних вода износила је око 40 000 м^3 на дан а оне се испуштају у таложна поља. У циљу рационализације, у производњи се примењује рециркулација и поновно коришћење отпадних вода. Из старих базена за сатурациони муљ нема изливања отпадних вода у водопријемник, док се из нове лагуне вода испушта у латерални канал I-64. У овај канал се, за сада, у целости испуштају барокондензатори, а ове воде повремено садрже и извесну количину загађених вода, нарочито органским материјама. Главни пројект пречишћавања отпадних вода у овој шећерани у 1977. је у потпуности реализован па је постројење од тада у погону.

8. Индустрија меса «Carnex», Vrbas. Основна делатност фабрике је клање стоке и производња конзумног меса и месних прерађевина, а споредна прерада кланичних отпадака као секундарних сировина. Наспрам ситних «комуналних» кланица, Carnex је требало да постане један од полова развојаиндустрије за прераду меса, не само у Војводини него и у читавој земљи. За време коњуктуре, годишња производња у кланици била је 350 000 свиња, 10 000 јунади и 5 000 говеда а у преради 40 000 т меса. Међутим, око 2000. године, физички обим производње је опао на око 20-30%, и то како код клања тако и код прераде. За разлику од претходних, индустрија меса је у овом региону релативно млада индустрија, пуштена у рад, не без отпора, 1958. уместо 1954. године. У првој деценији рада Carnex је запошљавао 536 а почетком треће деценије рада 2 600 радника. И у 1980. НКВ радници су чинили преко 50% запослених, док их је 1997. било 46%. У односу на 1959. капацитет клања и прераде свиња повећан је за 2,6 пута а говеда за 3,8 пута. У 1979. години физички обим производње износи чак 44 663 т да би 1989. опао на 27 380 т а 1996. на свега 17 570 т. И поред тога, ова индустрија је тада била најуспешнија у Војводини. У оквиру Carnexa постоји и фабрика сточне хране, која је 1996. произвела 16 803 т смеше за исхрану стоке, а од 1997. у склопу фабрике је и фарма за производњу и тов свиња. Ова фарма је фабрици испоручила 1989. преко 52 000 свиња а 1992. и 1996. по преко 41 000. Као ни друге кланице, Carnex није довољно користио своје капацитете што је, поред општих негативних трендова, условљено цикличним кризама у сточарству, односно проблемима набавке сировина и енергије. Највећи део производње испоручује се домаћем тржишту, а почетком седамдесетих чак 35% финалних производа се извозило и то у: САД, СССР, СР Немачку, Италију, Шведску, Грчку а

јунеће месо и у Ирак, Египат и Нигерију. Carnexovi производи су награђивани на домаћим и међународним сајмовима.

Могућности потрошње воде у овој врсти индустрије су у врло великом распону и крећу се од 2-11 $м^3$ на једну тону живе мере. Carnex годишње утроши од 378 000-450 000 $м^3$. Снабдевање водом се врши индустријским водоводом у кругу фабрике дужине од 7 км. Међутим, вода не одговара својим квалитетом процесним захтевима јер садржи веће количине нитрита и гвожђа као и укупне тврдоће веће од дозвољених, док је употреба деферизатора несигурна и нередовна (*Општина Врбас,* 1998:185). У *Информацији* ... из 1979, с. 9 о Carnexu се каже: «Капацитет клања износи 1 000 свиња и 200 говеда на дан. При овоме настаје око 2 000 $м^3$ отпадних вода дневно високо органски оптерећено. Фабрика располаже постројењем за пречишћавање отпадних вода који ни по технологији ни по капацитету не одговара датим условима. Ово постројење је ван употребе. И фабрика «Carnex» је предузела почетне кораке на разрешавању отпадних вода». У једном «*Резимеу*» (без ознаке године, с. 2) о стању отпадних вода и проблематици пречишћавања, за Carnex се констатује: «Постројење за обраду вода има врло мали ефекат пречишћавања (око 15%) јер је органско и хидрауличко оптерећење четири пута веће. Фабрика поседује Елаборат о карактеризацији отпадних вода, затим Идејни пројекат за предтретман вода». А у *Елаборату* ... 2000:49-50 се каже да нема поузданих података о количини и квалитету отпадних вода ове фабрике јер нема систематског испитивања отпадних вода, нити постоји уграђени мерач. Пре неколико година у главне токове отпадних вода уграђена су два гравитациона хватача масноћа а у «оквиру рационалног газдовања водама и смањења степена загађености у фабрици су спроведене мере задржавања крви код клања, рециркулације саламуре, примена штедних типова аутоклава код стерилизације конзерви».

9. Предузеће за производњу и тов свиња «Farmacoop», Врбас. Ова свињогојска фарма је прилично стара јер је грађена пре око 50 година. Приликом градње је имала суво (механичко) а касније се прешло на мокро изђубривање. У *Информацији* ... 1979, с. 9 се каже:»Свињогојство спада у групу највећих погона ове врсте у Југославији. Капацитет товилишта (једновремено) износи 17.000 свиња, 45.000 прасади, 1.250 крмача и 1.000 назимица. У процесу това настаје 570 $м^3$ /дан отпадне воде са органским оптерећењем од 2.860 кг БПК5/д, односно 71.000 ЕС. Ови резултати су добијени Студијом (ЈГВ –Суботица) која је реализована у складу са «Програмом». Након Студије предстоји израда идејног пројекта примарног пречишћавања». У поменутом «*Резимеу»* (без ознаке датума, с. 1) о стању отпадних вода и проблематици пречишћавања за ову свињогојске фарму

се констатује да «има капацитет од 40.000 товљеника. Због мокрог изђубривања поседује велике количине отпадних вода. Постојећи уређај је неупотребљив. Фарма поседује Елаборат о карактеризацији течног стајњака, затим Главни пројекат уређаја за пречишћавање течног стајњака». У *Елаборату* ... из 2000 године се наводи податак да је годишњи капацитет ове фарме око 50 000 товљеника. Течни стајњак се испушта у мелиорациони канал КЦ-3, који га одводи у латерални канал I-64. Разрађена су још два пројекта за решавање диспозиције течног стајњака. Први пројект се односи на претходно пречишћавање течног стања пре него што се испусти у регионални систем канализације, а други предвиђа његову диспозицију и пречишћавање у лагунама , да би се после тога обавила валоризација путем фертиригације. За пројектно решење се каже да је «реализовано у потпуности» али се не каже да ли ради. Пошто не постоји систематско испитивање отпадних вода, па ни уграђени мерач тих вода, нема поузданих података о њиховој количини и квалитету.

10. Фабрика уља и биљних масти «Витал», Врбас. Основни производни програм је производња и прерада јестивог уља и биљних масти, са широким асортиманом производа од сунцокретовог семена као главне сировине али и од других уљарица. Према подацима из 2000. године, годишња производња износи око 100 000 т разних производа а фабрика непрестано ради са 90% капацитета, осим линије за сирово уље. Интензитет производње није исти током године, а најинтензивнији је када ради и сировинска линија, док је последњих година ограничен на неколико месеци, и то од септембра па док траје сировина. Осцилације постоје и у преради сунцокрета по годинама. Од 1960. године, када је прерађено 22 000 т, производња је стално расла, достигавши 73 000 т 1966. и рекордних 141 286 т у 1979. години, да би уследио пад у периоду 1982-1986. године, са минимумом у 1984. када је прерађено само 20 142 т.

Када је 1950. настао јединствени објекат, ова индустрија уља запошљавала је 458 радника, њихов број је 1970. порастао на 906, да би 1979. достигао максимум од 1 277 радника. Потом је уследио благи пад уз осцилације, са континуираним падом од 1990. јер је 1994 било 1 030 запослених, да би се 1997. тај број поново попео на 1 168 радника. У тој години, готово трећина (31,5%) запослених имала је средњу школску спрему, сваки четврти (21,8%) био је КВ радник, док је НКВ радника било 17,2%. Због смањеног обима домаћег тржишта и тешке економске кризе, и скромнија производња премашује потребе домаћег тржишта, па се планира увођење виших облика финализације, својствене развијенијим земљама.

Индустрија уља је велики потрошач воде, али количина воде зависи од природе технолошког процеса, па је за 1 дм^3 уља могућна потрошња

воде у распону од 30 до 80 дм^3 . У производњи уља користи се процесна и технолошка вода према уобичајеним бактериолошким и хигијенским стандардима, док у производњи маргарина свежа вода мора бити беспрекорно чиста. Ова фабрика користи воду из два извора – индустријског и комуналног водовода. У *Информацији* ... из 1979. се каже да у уљари у току дана настане око 15 000 м^3 отпадних вода и да су највећим делом ово незагађене технолошке воде. Фабрика је отпочела решавање проблема отпадних вода израдом програма за њихово претходно пречишћавање и то примарно као физичко-хемијски а секундарно као биолошки поступак. У току је била израда главног пројекта. У «*Резимеу*» (без ознаке датума, с. 3) о стању отпадних вода и проблематици пречишћавања се каже: «Изграђен је уређај за предтретман јако зауљених вода (флокулација, фиотација, неутрализација). Уређај је у функционалном стању и има ефекат око 75%.». У *Елаборату* ... из 1980. се указује да се процесне и технолошке отпадне воде одвојено каналишу, али да раздвајање наведених токова није потпуно јер су и процесне воде прилично загађене, између осталог и уљем и другим органским материјама. Главни пројекат претходног пречишћавања отпадних вода из 1988. реализован је у потпуности а постројење од тада ради уз мање прекиде. Међутим, претходно пречишћене отпадне воде мешају се са осталим отпадним водама и тако испуштају у водопријемник, канал Бездан – Врбас. Ни у овом случају не одвија се систематско испитивање отпадних вода, а не постоји ни њихов мерач, па нема ни поузданих података о њиховој количини и квалитету.

Неки показатељи економске развијености

У готово свим предузећима и секторима делатности општине Врбас, у 1997. или 1998. години, преовлађују запослени са средњом стручном спремом (здравство 50,1%, Тривит млин 43,7%, Витал 31,5%, Житар 30,2%) или КВ радници (грађевинско предузеће Напредак 33,5%, фабрика шећера Бачка 30,4%, ПК Сава Ковачевић 28,8%) осим у Carnexu, где преовлађују НКВ радници (46%). То је, несумњиво изузетан кадровски потенцијал за модеран економски али и еколошки одрживи развој.

У односу на републички просек у 2002. години, народни доходак у обе општине је значајно изнад овог просека, нарочито у општини Врбас која је на 11. а општина Кула на 21. месту у Републици Србији, што показује да је реч о врло развијеним општинама.

Међутим, кретање броја запослених у општинама Кула и Врбас, у периоду 1985-2001. године показује драстичан пад у првој од 1987. а у

другој од 1989. године, када је у њима био максималан број запослених, док је минималан број био у последње посматраној – 2001. години. У општини Кула се од 1987-2001. број запослених више него преполовио и износи свега 47,5%, док је у општини Врбас пад био нешто блажи јер је 2001. у односу на 1989. годину у њој било 62,8% (пад за нешто више од трећине). Овај пад се сигурно драстично одразио на животни стандард становника а, засигурно, био је и врло неповољан фактор, који је проблеме загађења потиснуо у други план, у односу на егзистенцијална питања опстанка.

У односу на војвођански просек, број запослених на 1 000 становника у 2002. години је у општини Врбас значајно изнад (284) а у општини Кула значајно испод (212) тог просека (242). У погледу учешћа жена у укупном броју запослених, између ове две општине међусобно и према војвођанском просеку, скоро да и нема разлике (Војводина 42,9%, Врбас 42,1%, Кула 41,9%). До сада наведени индикатори показују да је општина Врбас нешто успешније или, бар, нешто лакше подносила драстичан и драматичан пад запослености.

У погледу структуре запослених у 2002. години, у обе општине у односу на Војводину као целину, примећује се да готово и нема разлике ако се упореди број запослених са бројем лица која самостално обављају делатност. Најизразитије су разлике у уделу запослених у прерађивачкој индустрији, у којој је у општини Врбас запослена скоро половина делатног становништва (47,2%), у општини Кула је то тачно трећина (33,3%) док је тај удео у Војводини нешто нижи (28,5%). Учешће запослених у пољопривреди је у општини Кула нешто изнад (13,1%) а у општини Врбас нешто испод (4,6%) војвођанског просека (8,9%).

Најзад, учешће производних у односу на укупне инвестиције 2002. године, у општинама Врбас (96,8%) и Кула (91,8%) је изнад војвођанског просека (84,1%) а то се исто тако односи и на учешће индустријских у односу на производне инвестиције, с тим што је то учешће у општини Кула било далеко израженије (79,6%) него у општини Врбас (60,4%) док је војвођански просек био само 46%.

Урбанизација и комунална делатност

Погледајмо како се урбанизација Црвенке, Куле и Врбаса огледа кроз распрострањеност уличне, водоводне и канализационе мреже, какво је било стање и функционалност постројења за пречишћавање у временској перспективи, какви су планови, програми и пројекти постојали, као и то шта кажу најновији подаци којима смо располагали о количини и квалитету отпадних вода ових насеља, не рачунајући индустрију.

Према *Информацији* ... из 1979, с. 2, укупна дужина улица у Црвенки била је 36 км, број корисника водовода 100%, годишња потрошња воде 300 000 м^3, сепаратни канализациони систем био је у изградњи а пречишћавања отпадних вода није било. За ово насеље је током 1978. године израђена инвестиционо-техничка документација канализационе мреже а исто тако и постројења за пречишћавање отпадних вода. Овом документацијом је било предвиђено заједничко решавање проблема насеља и индустрије, осим шећеране и шпиритане. У *«Резимеу»* (без датума, с. 1) о стању отпадних вода и проблематици пречишћавања, помиње се опредељење да због удаљености насеља и типа индустријских постројења (врсте отпадних вода), Црвенка треба да реши питање својих отпадних вода независно од насеља Кула и Врбас.

Према истом извору (с. 1-3), у Кули је укупна дужина улица 80 км, број корисника водовода 80%, потрошња воде 600 0000 м^3 годишње, канализациони систем је сепарациони, са изграђеном мрежом од 5 км, број корисника канализације је 2 500 становника (14,5%) а капацитет уређаја за пречишћавање 5 000 ЕС. Оцена је била да Кула као насеље располаже јасном концепцијом за решавање проблема отпадних вода, да је делимично изграђена канализациона мрежа али да постројење за пречишћавање отпадних вода није у функционалном стању. У 1978. израђен је идејни пројекат јединствене фекалне канализације која би обухватала како становништво, тако и установе и индустрију. Очекивало се да ће 1985. у граду бити око 11 000 м^3 отпадне воде дневно (5 000 м^3 од домаћинстава и 6 000 м^3 од индустрије). Израђен је главни пројекат за санацију и реконструкцију постојећег постројења за пречишћавање, како би се, уз максимална улагања, оно функционално оспособило, а његов капацитет повећао на 8 000 ЕС. Израђен је и Програм за израду Студије о отпадним водама и идејног решења за пречишћавање отпадних вода насеља Кула и Црвенка, али он није реализован. У другом по реду извору из претходног пасуса (с. 2) се каже да је пре 30 година у Кули постојао систем за примарну и секундарну обраду отпадних вода али да је тај уређај постао нефункционалан и неупотребљив.

Град Врбас, према прво наведеном извору (с. 4-5) има површину од 1 100 ха, укупну дужину улица од 65 км, број корисника водовода 75%, годишњу потрошњу воде од 500 000 м^3 , канализациони систем је сепарациони, а канализациону мрежу од 10 км користи 8 000 становника (35,6%), док је капацитет уређаја за пречишћавање 15 000 ЕС. Састављачи *Информације* и за насеље Врбас сматрају да има јасну концепцију решавања проблема отпадних вода домаћинстава, установа и мањих индустрија унутар градског подручја које треба да се одводе сепаратним системом канализа-

ције до уређаја за пречишћавање. Међутим, иако је уређај савремен, његов се рад одвија са променљивим ефектом, «углавном из субјективних разлога». А у току 1978. и 1979. године, активност на решавању проблема отпадних вода односила се, углавном, само на индустрију. У другом по реду извору (с. 3) се каже да је уређај за примарну и секундарну обраду отпадних вода, због више кварова, нефункционалан. Пошто је удаљеност Куле и Врбаса само 5 км, приступило се изради решења о заједничком третману свих отпадних вода, како домаћинстава тако и индустрије оба насеља.

У *Елаборату* ... из 2000. године, с. 32-34, констатује се да је у Црвенки, за потребе пречишћавања отпадних вода становништва изграђено типско постројење («Putox – 1 500»), да је у Кули пројекат из шездесетих година о постројењу за пречишћавање отпадних вода реализован у потпуности а то се исто односи и на пројекат из 1966. у Врбасу. Међутим, за сва три постројења се каже да тренутно нису у функционалном стању, да су грађевински објекти у релативно добром стању али да су хидромашинска и електро-опрема у неупотребљивом стању. Главним пројектом из 1991. предвиђена је изградња магистралног колектора Врбас-Кула. У 2000. години колектор је изграђен у дужини од око 3 600 м, који у потпуности омогућавају упуштање отпадних вода града Врбаса. Према истом извору, проток и оптерећење отпадних вода од становништва, по насељима у 2000. години био је овакав:

насеље	Q дан $м^3$/дан	Органско оптерећење кг $БПК_5$/дан	ЕС
Црвенка	220	50	750
Кула	1 080	220	3 700
Врбас	2 400	480	8 000

Утицај загађења на животну срдину и економију

Анализа наноса у каналу Бездан-Врбас, који је узорковао Институт за хемију ПМФ-а у Новом Саду 24. 10. 2000. на локацији код Врбаса, показује да су у наносу преостале тешко микробиолошки разградљиве органске материје али да нису детектована токсична органска једињења. У свим узорцима детектовани су метали – гвожђе, манган, никал, олово, цинк, бакар и хром. Анализиран је и могући утицај наноса на околину, па су упоређивани садржаји токсичних компоненти у муљу и земљишту са одго-

варајућим вредностима у неким европским земљама. Утврђено је да садржај свих испитиваних метала у наносу прелази максимално дозвољене концентрације по нашим важећим законским прописима из 1994. године, док је у односу на вредност тих концентрација према европском стандарду (Директива ЕУ 86/278) то случај само са хромом (Б. Далмација, 2000:1, 4,8).

И резултати сапромикробиолошких испитивања муља овог канала у зони Врбаса, у 2000. години, указују на изузетно високу бројност (чак и за отпадне воде) органотрофних и потенцијално патогених бактерија које могу имати штетне последице по здравље људи који долазе у контакт са њима, а као оцедне воде могу негативно утицати на квалитет подземних вода (Д. Стевановић, 2000).

Поред магистралних канала Основне каналске мреже Хидросистема ДТД, у Војводини постоји и релативно густа мрежа мелиорационих канала дужине од око 20 000 км. Према постојећим нормативима, да би се ови мелиорациони канали редовно одржавали потребно је да се годишње избагерује око два милиона $м^3$ муља. Због својих физичких, хемијских и биолошких својстава, такве муљевите наслаге могу повољно да утичу на карактеристике и плодност пољопривредног земљишта. Наравно, под условом да такви муљеви нису загађени а уколико садрже опасне и штетне материје (особито тешке метале) они могу да изазову изузетно неповољне токсичне, патогене, канцерогене, мутагене и друге утицаје у каналима али и на околном земљишту где се након багеровања депонују. Уклањање муља је неопходно за нормално функционисање хидросистема, као што су проточност и пловност канала, али и за несметан рад уређаја за пречишћавање комуналних и индустријских отпадних вода. Пре тога је, међутим, неопходно прописати и усагласити критеријуме по којима се муљ може багеровати, одлагати или користити у пољопривреди. Уколико желе да се остваре планови о извозу пољопривредних производа из Војводине на светско тржиште, наши прописи морају што пре да се хармонизују са Директивом ЕУ о коришћењу муља у пољопривреди и другим најновијим прописима у овој области а исто тако и да се успостави сталан мониторинг седимената у акваторијима (Р. Савић, 2003:166,170).

Војводина је изузетно плодно аграрно подручје али са прилично развијеном индустријом, особито прехрамбеном. А међу регистрованим великим или концентрисаним индустријским загађивачима у њој су баш најзаступљенији они из прехрамбене индустрије – чак 36%. У те концентрисане загађиваче спадају и насеља већа од 5 000 становника. Занимљиво је да мање од 10% од укупно 525 војвођанских насеља има изграђену канализациону мрежу. А осим концентрисаног постоји и расуто или диспер-

зивно загађење (сеоска насеља, одгој стоке, обрада земље и друго) а исто тако и епизодни, случајни загађивачи – нпр. изливање већих количина мазута у канал Бездан-Бечеј (Упоредити: Ј. Јосимов-Дунђерски, 1999: 231-235). А испитивање на локалитету Црвенка у периоду мај-септембар 1998. указује на несумњив и не тако мали утицај неких нерегистрованих малих загађивача на квалитет воде канала Бездан – Врбас (В. Пујин, 1999:207-212).

Равничарски водни ресурси имају своје аграрне, енергетске и еколошке аспекте коришћења (Ж. Бјељац, 2003:129-134; Д. Чубрило, 2003:95-100). Загађене отпадне каналске воде као и оцедне воде од депонованог муља могу да угрозе квалитет подземних издана питке воде. Стручњаци су констатовали да у сва четири посматрана водовода Западно-бачког округа (Сомбор, Апатин, Оџаци и Кула) треба предузети мере за побољшање микробиолошке и хемијске исправности воде за пиће. Да би се побољшао квалитет воде за пиће у кулском водоводу и свео у прописане границе, неопходно је на самом изворишту инсталирати систем за пречишћавање воде како би се уклонили сувишно гвожђе, мутноћа, амонијак и хуминске материје (Д:Чубрило, 2003).

Војводина има 3,3 пута мању густину речне мреже од републичког просека, али је овај дефицит надокнађен богатством транзитних вода и густом каналском мрежом система ДТД. Ови канали омогућавају наводњавање чак 510 000 ха али је степен искоришћености минималан јер износи свега око 10%. Иако не једини, па чак ни најважнији разлог, сигурно је да и висока загађеност водотока смањује степен искоришћености водотокова који заједно са људима и земљиштем чини три главна ресурса Војводине. Дунав у Србију улази као река друге класе а испод Панчева прелази у трећу класу, у којој се налазе и Сава и Тиса, као и канали система ДТД (мада су неки канали у њему чак и у четвртој класи квалитета вода). Међутим, резултати испитивања каналске воде код Врбаса 11.05.2000. показују да је она умерено оптерећена органским и јако оптерећена неорганским раствореним материјама, да не садржи растворени кисеоник па је, као последица анаеробних процеса, изражен садржај сулфида. На основу тога каналска воду је сврстана у IV класу, са тенденцијом да се сврста у воде ван категорије (Е. Мештер Франгел, 2000). Хидромелиорациони систем ДТД «има вишеструку улогу: у влажном периоду одводњавање сувишне воде, у сушном се користи за наводњавање терена под пољопривредним културама, снабдева водом индустрију и насеља око основне каналске мреже, служи за пловидбу, рибарство, рекреацију. Његов значај у преображавању природе и привреде Војводине је изузетно велики» (Ж. Бјељац, 2003:133). Неконтролисано и несанкционисано загађење и испуш-

тање отпадних вода у мањој или већој мери, угрожава све ове функције каналске мреже.

Каналска мрежа ДТД чини, заправо, својеврстан еколошки систем који има снажне физичке, биолошке, социјалне и економске ефекте на своју околину. Ти утицаји, како позитивни тако и негативни, могу да имају тренутне или краткотрајне али и дуготрајне последице. Те потенцијалне и вероватне ефекте (трошкове и добит) пропуштених или предузетих активности на целокупну околину, укључујући утицаје на еколошке системе, коришћење земљишта, начине развоја, социјалну организацију, здравље људи и друге релевантне показатеље квалитета живота, изузетно је тешко формулисати и квантификовати (З. Радмиловић, 2003:153-158). Али, сасвим је сигурно, загађивање се неће смањити све док су казне које плаћају загађивачи и по 30 пута мање од трошкова пречишћавања отпадних вода. Засигурно не и док се не промене ставови према неопходности превенције и контроле загађења, у складу са одговарајућим директивама ЕУ.

Ставови према загађењу

Ова анализа би била далеко потпунија и диференцираније да је прихваћен наш предлог да се обави анкета на узорку од 300 испитаника (по 50 запослених и по 50 грађана у Црвенки, Кули и Врбасу) и изврши анализа инспекцијске и судске праксе (интервјуи и анализа докумената). Овде ће бити анализирани само интервјуи са надлежним лицима у предузећима и установама и медијска запаженост и видљивост проблема загађених отпадних вода. Вера Цвејић, сарадник на пројекту, доставила је основу за разговор у општине и месне заједнице, десет индустријских предузећа (највећих загађивача), комунална предузећа за водовод и канализацију, водопривредно предузеће и еколошке организације. Одазив је био изненађујуће мали, нарочито у индустријским предузећима загађивачима и еколошким друштвима. Додуше, међу респондентима је био и један еколошки инспектор у општини и један члан огранка еколошког покрета. Пристигло је укупно осам упитника: по два из Црвенке (шећерана и месна заједница) и Куле (комунално предузеће и општина) и четири из Врбаса (водопривредно предузеће, водовод, Витал и општина). Дакле, три од органа власти, по два из индустријских и комуналних предузећа и један из водопривредне организације. Иако је број упитника за поузданије закључивање мали, одговори су били инструнктивни и указују на неке тенденције у формирању ставова и стручних мишљења надлежних лица.

Прво питање је било уводно, опште и по мало пројективно, односило се на значај и «постављање» проблема а гласило је – «Како гледате на проблем загађености канала ДТД уопште, а посебно у вашој општини и вашем месту?». Испитаници су «маркирали» локални али и општији значај овог проблема, његове конкретније али и општије узроке и неке видљиве последице као и потребу за хитним решавањем и начином тог решавања. Наглашава се да је то «највећи» или «еколошки проблем број 1» или «сам врх» еколошких проблема у општини али и да има шири републички значај. Због неодговарајућег третмана индустријских и комуналних отпадних вода, деоница од 6 км код Врбаса је постала «најзагађенији водоток у Европи». То загађење је настало као резултат «интензивног развоја привреде у другој половини 20. века», или као «акумулирани проблем од почетка развоја индустрије», као «најдрастичнија слика» «пропасти привреде» и «ерозије моралних вредности» али и као «одраз катастрофалног односа државе, то јест надлежних државних органа према проблемима загађивања животне средине у протеклих неколико деценија». Указује се и на две видљиве последице – изузетно тежак проток воде у каналу и несношљиве услове за живот грађана. Грађани мисле да је то проблем кога треба ургентно и «приоритетно» решавати, уместо да се самоубилачки посматра како је «река која освежава» постала смрдљива бара. Али проблем се мора решавати «адекватно» и на «ширем нивоу (од републике до месне заједнице)».

На питање колико се та загађеност «дугује» индустријским а колико комуналним отпадним водама, код респондената готово да у потпуности преовлађује став да је индустријско загађење отпадних вода много веће него комунално, иако о томе не располажу подацима. За индустријско загађење се каже да је: «више», «знатно веће», «у највећој мери», «превасходно», «највећим процентом», «основни загађивач», «изразито доминантан загађивач» док се за комунално загађење вели да је»мање», «на другом месту», «у нешто мањој мери» или да само»додатно погоршавају» проблем. Очигледно, иако је реч о особама које би требало да су прилично обавештене, више је реч о ставу на основу сопственог искуства него о знању на основу прецизних и поузданих података. Наталија Тривковић, дипл. биолог, контролор захтева стандарда у фабрици уља и биљних масти Витал и председник Одбора за заштиту животне средине у општини Врбас је на ово питање одговорила овако: «Загађеност канала је последица и индустријских и комуналних отпадних вода, које не подлежу адекватном предтретману; колики је процентуални удео једних а колико других, не располажемо са таквим подацима». Ово настојање да се релативизира, минимизира, или бар прецизира, удео индустријског у односу на комунално

загађење отпадних вода, видљиво је и код другог представника индустријске групације. Др Милан Петровић, заменик генералног директора фабрике шећера Црвенка каже: «На нивоу града Црвенке постоје индустријски загађивачи: фабрика шећера, фабрика алкохола, фабрика кекса, фабрика сточне хране ... као и комунални. Посматрано у последњих петнаестак година могло би се тврдити да је удео комуналних отпадних вода већи него индустријских из простог разлога што привреда није радила или је мало радила. (Фабрика шећера је просечно радила 60 дана годишње). У другим местима, нарочито у Врбасу, привреда је изразито доминантан загађивач». Супротан став, а са становишта интереса локалне заједнице коју заступа износи Херцен Радоњић, секретар месне заједнице у Црвенки: «Основни загађивачи су индустријске отпадне воде, што показују анализе које смо урадили пре 15 дана. Комуналне отпадне воде су такође загађивачи али у много мањој мери јер покривеност канализационе мреже у Црвенки је 20%. Пречистач на излазу градске канализације Црвенке не може сама да исфинансира јер иначе од месног самодоприноса гради мрежу».

Треће питање односило се на најзначајније и најдрастичније последице загађења отпадних вода, а наше саговорнике смо замолили да их групишу по деловању на грађане, екосистеме, привреду и социо-економску сферу. Последице деловања на грађане и еко-системе се много лакше препознају и чешће наводе него привредне и соцо-економске последице. Сви испитаници су наводили и описивали оне прве а тачно половина је прећутала или, чак, негирала оне друге. Зато се усуђујемо да оне прве назовемо видљивим а оне друге невидљивим. Оне су невидљиве, нејасне, непрепознатљиве чак и за стручну а камоли за ширу јавност. Зато сматрамо да је један од најважнијих циљева овог пројекта да их јасно идентификује и у некој драматичнијој форми презентује јавности јер оне могу постати моћан мотив за промену ставова и понашања у проеколошком правцу.

Једна испитаница није описивала последице него је само навела њихов ранг: 1. екосистеми, 2. грађани, 3. привреда и 4. социо-економска сфера. Биолог по струци, она је имала, изгледа, у виду други део питања (драстичност) јер људски свет (још) није тако деградиран и уништен као биљни и животињски. Наводе се угроженост, деградација, уништавање или готово потпуно ишчезавање али, што је интересантно, искључиво каналске биоценозе. Наш саговорник из МЗ Црвенка указује и на «развој амброзије на таложним пољима (70 ха) и током канала ‘Делте' који се улива у Велики бачки канал». Најречитији, а то значи и најсадржајнији, били су одговори који се односе на последице по грађане. У односу на претходну последицу ови одговори су разрађенији, нијансиранији и дати у

више варијанти. Али, сви се односе на једну последицу – здравље људи. Она је, очигледно, за њих највидљивија и најзначајнија, иако не тако драстична и катастрофична као последице по каналски екосистем. О њој се, вероватно, највише прича, пише, разговара, о њој имају највише информација али и личног искуства, најзаинтересованији су, придају јој највећу важност! Ево и неколико «верзија» или «разрада» става о угрожености здравља људи као последице загађености отпадних вода у ВБК. Ти неповољни утицаји на здравствено стање одвијају се посредством другог медија – преко ваздуха и непријатних мириса што доводи до кумулативног погоршања општег здравственог стања, канцерогених и болести дисајних органа, депресивности, незадовољства грађана, па зато «највише трпе становници». То доводи до исељавања становништва у средине које су здравије за живот. Други саговорник то тумачи као одлазак стручног кадра због утицаја загађења на квалитет становања и животне средине. У првом случају се наглашава здравствени и демографски а у другом привредни и социо-економски, односно социјално-еколошки аспект једне исте појаве или последице.

Један испитаник је изричито казао да загађење каналске воде «не утиче» на привреду а други да «наизглед», она трпи последице таквог стања али да ако се узме у обзир вишегодишње плаћање за узимање чисте и испуштање прљаве воде, ствари изгледају сасвим другачије. У те привредне «губитке» убраја се и већ поменуто исељавање стручног кадра а у социо-економске последице можемо сврстати одговор да се тиме угрожава кућни буџет и буџет месне заједнице (у случају сиромашних) због трошкова лечења оболелих. (Овде је видљив и здравствени аспект). Наводимо у целини одговоре Имре Свенга, члана Извршног одбора СО Врбас, због тога што сажима утицај на људе и екосистеме а шири лепезу приврдних и социо-економских последица, што је супротно од онога што је учинила већина других испитаника, и што је баш то од централног значаја за нашу тему. По њему, најзначајније и најдрастичније последице те загађености по грађане је «неповољан утицај на здравствено стање становништва», на екосистеме – «деградација и уништавање биљног и животињског света у каналу на деоници која протиче кроз Врбас». Негативне последице по привреду су: «ограничавање, спутавање функционисања и развоја индустрије, пољопривреде, рекреативног и спортског туризма, водног саобраћаја (блокада пловности канала због наталоженог муља)» док за социо-економске последице каже да «висок степен загађености доводи у питање позиције прехрамбене индустрије и доприноси негативном утиску о граду, који и поред изванредног положаја у односу на саобраћајну инфраструктуру, постаје мање атрактиван за становање и за нове инвестиције».

На питање «Које су мере до сада предузете да се спречи даље загађење и да се изврши санација?» одговори су садржавали две димензије – оцену и податке о томе шта је урађено. И једно и друго има велику специфичну тежину јер су ти одговори добијени од компетентних, надлежних лица. Подаци који ће се навести представљају, с једне стране, когнитивну (сазнајну) подлогу евалуације, односно ставова а, с друге стране, комплементарне допуне података из докумената (извештаја) и литературе. Оцене су негативне али су формулисане у једном дијапазону од оштрих и сажетих до ублаженијих и нијансиранијих. Један испитаник каже да «није познато да су предузете конкретне мере» а други да је реч о изградњи «непотпуног постројења за примарну обраду отпадних индустријских вода». За трећег, на нивоу привреде је врло мало предузето док код комуналних вода није ништа позитивно урађено јер су «решења» само увећавала проблем. Значајнијих мера није било а по нешто што је урађено не може да доминира «због тога што се пређутно занемарује удео отпадних комуналних вода». Исту, али другачије образложену евалуацију даје четврти саговорник: «До сада нису предузете неке значајније мере на спречавању загађења а ни на санацији последица тог загађења. Постоје појединачни покушаји појединих фабрика («Витал», «Етерна», шећеране у Врбасу и Црвенки) али само у циљу стицања међународних сертификата и изговора пред надлежним институцијама да су учиниле више од других». За петог је свака до сада предузета акција покретања из «разлога политичког маркетинга». Најзад, за шестог: «Овлашћење за контролу и спречавање загађења имају надлежне инспекције које у претходним деценијама нису предузимале ефикасне мере на сузбијању загађења. Ове инспекције нису под ингеренцијом локалне самоуправе».

Јавно водопривредно предузеће «Воде Војводине» је надлежно за одржавање делти из чијих се најугроженијих деоница повремено чисти муљ. Републичка водопривредна инспекција контролише изградњу и одржавање пречистача отпадних вода из индустрије за које је задужена свака фабрика. Ова инспекција је фабрици коже Етерна наложила преузимање мера за побољшање рада пречистача. Месна заједница Црвенка је финансирала израду урбанистичких планова за измештање канала «Делте» и реконструкцију пречистача за комуналне отпадне воде. Овакав пречистач је у Кули изграђен још 1975. године, који већ више од 20 година није у функцији. У фабрици Етерна у Кули изграђени су грађевински објекти пречистача а у уљари Витал у Врбасу су потпуно изграђени уређаји за пречишћавање. Међутим, «ни један од загађивача није у потпуности решио питање третмана отпадних вода . Сачињена је пројектна документација која даје идејно решење прикупљања и транспорта отпадних вода и

централног постројења за пречишћавање отпадних вода у Врбасу. Комплетно сагледавање проблематике отпадних вода с циљем израде нових пројеката на нивоу потребног за расписивање међународног тендера, предмет је норвешке донације која је у току».

На питање «Зашто те мере до сада нису дале резултате?» добијени су следећи одговори: нису предузете значајне мере (2 одговора), непоштовање закона (1), недостатак воље да се ради «озбиљно, стручно и дугорочно(1), а највећи број одговора се може груписати као разлози економске, пре свега финансијске природе (7) – недостатак финансијских средстава (4), ишчекивање приватизације (1), неспремност власти да се из општинских и покрајинских фондова део средстава убраних од приватизације поврате на локални ниво(1) и «катастрофална привредна ситуација у последњих 15 година» (1).

Као компетентни и надлежни, наши саговорници су предложили следеће краткорочне (хитне) и дугорочне мере. I Хитне мере: 1) Драстично смањење количине отпадних вода рационализацијом код емитира; дорада и ремонт постојеће опреме; довршити започете системе пречишћавања; изградити пречистаче отпадних вода у предузећима и на градској канализацији (примарно пречишћавање). 2) Адекватна законска регулатива и инспекцијски надзор са ороченим обавезама и ригорозном контролом спровођења наложених мера, у крајњем случају и с обустављањем производње. II Дугорочне мере: 1) Израда централног постројења за секундарно пречишћавање (у року од пет година); свести све воде у латерални канал Црвенка – Врбас и изместити га изван насеља; обезбедити допунске површине за додатне лагуне са аеробним разлагањем и повременим чишћењем седиементованог и новоствореног муља – односно ширење каналске мреже; чишћење поменуте деонице канала. 2) Стриктно спровођење позитивних законских прописа и превентивно деловање. 3) Стално праћење и евидентирање загађивача и предузимање неопходних мера. 4) Едукација младих у школама.

Ево и једног посебног и једног детаљног и конкретизованог предлога. «Једино право решење је да Црвенка постане општина, како су се грађани изјаснили». «За решавање проблема отпадних вода су потребна велика финансијска средства због чега би требало кроз конкурисање за средства од међународне заједнице прво завршити започету изградњу пречистача у Етерни, израдити ревизију пројекта за пречистач Фабрике вунених тканина у Кули, извршити реконструкцију пречистача у фабрици Истра у Кули и Јафа у Црвенки, извршити реконструкцију и повећање капацитета пречистача комуналних отпадних вода у Црвенки и Кули. Дугорочна мера је изградња цевовода и пречистача отпадних вода за оп-

штине Кула и Врбас и чишћење муља из канала» (Дана Ачански, еколошки инспектор – еколошки фонд у општини Кула).

На питање ко би требало да буде носилац акција на пречишћавању отпадних вода као инвеститор и као извођач, одговори наших саговорника показују да су потпуно свесни да је реч о великим финансијским средствима и великом обиму посла. Као инвеститори се помињу: предузећа-загађивачи, јавно комунално предузеће, јавно водопривредно предузеће, па месна заједница, општина, покрајина, република (држава Србија) и међународне организације или фондови. За ове последње се очекује да буду донатори али и даваоци кредита са греис периодом и ниским каматама предузећима загађивачима. Сви инвеститори би требало да су обједињени кроз неки конзорцијум. Као извођачи се помињу: загађивачи, грађани, месне зајднице, еколошке организације и удружења грађана али, пре свега, «одговарајућа предузећа», пожељно домаће фирме, али да извођача треба изабрати преко конкурса, у складу са важећом прописима, да то треба да буде најповољнија овлашћена организација и то на међународном тендеру.

Претпоследње питање односило се на ставове испитаника према улози појединих (осам) актера у поменутим акцијама, са листе коју смо им понудили.

1. Ангажман се очекује са свих нивоа органа власти – републичке, покрајинске, општинске, локалне. Осим улоге инвеститора у њиховој је надлежности и доношење прописа (који морају бити усклађени са европским стандардима), праћење, контрола, надзор (инспекције), мониторинг загађивача, стручна помоћ у формулацији захтева за финансирање, иницирање, планирање и организација (координација) акција. На републичком нивоу највише се очекује од министарства пољопривреде, шумарства и водопривреде док се од општинске и локалне власти очекује учешће у планирању примарног пречишћавања, да буду носиоци уређења околине и да подстичу загађиваче и грађане да се укључе у акцију.
2. Од приватних предузећа се очекује, пре свега, «спровођење прописа», односно «производња без загађења» и да «испоштују преузете обавезе из програма заштите животне средине у процесу приватизације». Од њих се, такође, очекује да буду инвеститори а нека и извођачи радова.
3. И од комуналних служби се очекује да буду и инвеститори и извођачи радова, као и да имају ригорознији однос према загађивачима, али се нарочито наглашава њихова улога у одржавању постројења у исправном и функционалном стању.

4. За једног саговорника грађани су «велики загађивачи». Од њих се очекује строжије придржавање прописа, прикључивање на фекалну канализацију, да учествују у доношењу одлука и да измене понашање тако да даље не загађују.
5. Од научника и стручњака се очекује да прате и анализирају загађење, да предлажу пројекте и решења, да буду стручна помоћ и контрола, али и да буду актери еколошке едукације још од малих ногу.
6. Масовни медији поседују моћно оружје (слике и речи) за сталну контролу над загађивачима али и за истицање позитивних примера. Они треба да анимирају јавност, да подижу еколошку свест и едукативно делују на грађане.
7. Од еколошких организација се очекује контрола загађивача, информисање и организовање јавности (да, чак, постану и политички фактор), да утичу на загађиваче, власнике канала и локалну управу и да буду едукатори.
8. Од међународних организација се очекује не само финансијско-материјална помоћ (донације, кредити, опрема), већ и стручна помоћ у начину решавања проблема (најповољнија техничко-технолошка и финансијска решења) па, чак, и улога контроле предузетих мера.

Замолили смо наше саговорнике да нам кажу још нешто што је важно за овај проблем, а да их нисмо питали, али половина њих није ништа одговорила. Они који су одговорили наглашавају:

- Да је стање ургентно и да се погоршава из дана у дан.
- Да мора доћи до промене досадашњег начина размишљања о загађивању и санацији и да у томе морају учествовати сви јер они који не буду део решења, остаће део проблема.
- Да је веома важан притисак међународне јавности, њена организаторска функција као и финансијска подршка и контрола радова.
- Да грађани буду више информисани о досадашњим резултатима на пројекту ревитализације канала.

Масмедијска запаженост проблема

За 1990. и 2002-2004. годину извршена је делимична али не и систематска квантитативна анализа масмедијских (новинских) порука, па су ови налази илустративни и прелиминарни а не и репрезентативни. Анализи-

рани су само наслови, наднаслови, поднаслови, међунаслови (између пасуса) и написи испод фотографија.

У 1990. анализирано је пет написа у «Дневнику» а најчешће помињане речи су оне које се односе на драматично и катастрофично стање загађености: «мутне воде», «вода до грла», «воде опасно загађене», «отров тече Војводином равном», «канал носи отрове», «трује приобаље», «најзагађенији крајеви», «најзагађенија вода у Врбасу», да неке воде «не могу да се сврстају ни у четврту категорију» и да «Велики бачки канал прети еколошком катастрофом». Затим се истиче улога и значај хидроистема ДТД, да више није «жила куцавица заливних система», да му је «улога ве-ћа него само за пољопривреду». Тражи се начин да се «заштити квалитет вода», да је канал «благо које треба сачувати», да су «пречистачи скупљи од живота», да је «за санацију касно, па је санација први задатак» и да га треба «вратити у живот» уз помоћ «стручњака» и «савремене технологије».

За период 2002-2004. анализирали смо 15 написа (10 у Дневнику, 2 у Блицу, 1 у Националу а за 2 написа које смо добили нисмо располагали податком где су објављени). Упозорења да је канал јако загађен су ређа али добијају драстичнију форму – «вода отров носи», «еколошка бомба», «највећа септичка јама у Европи», «једна од највећих еколошких црних рупа у Европи». Поводом «два века Великог бачког канала» истиче се да је «муљ прекрио славну прошлост». Има «350 000 тона наталоженог муља», «смрад из канала неподношљив», «угрожено здравље», «Врбас најугроженији» а «доводи се у питање и извоз хране». У два написа се говори о томе како предузећа «загађују а не плаћају воду», помињу се «највећи дужници» (међу њима и Карнекс) и да је у «Војводина воде» «празна каса». Као загађивачи више пута се помињу «опасне шећеране», а по једном Етерна, Истра, Витал, Карнекс и Јафа. Уочи кампање прераде шећерне репе, при ниском водостају, упозорава се на могућност да дође до нестанка воде у каналу. «Заслужне» за загађење су привредне организације али «загађивачи одбацују сарадњу». Апелује се на «кредите за санацију». По два пута се помиње да су Врбашани «потписали петицију којом захтевају хитно чишћење канала», помиње се и «Форум жена» које су посетиле Београд – оптужују се загађивачи али и влада Србије јер је ВБК «очишћен» у «Министарству» иако је то»проблем целе државе». Влада Србије се чешће помиње него општински органи власти. Помиње се и «еколошки хепенинг» еколошких организација са «симболичким прањем канала чистом водом» и пуштањем рибе у канал. Уз «стоп за загађиваче», залаже се за «ефикасније законодавство» и «казнама на загађиваче» уместо садашњих «ситних казни» и за «чистију и зеленију Војводину». Говори се и о «еколошком акционом плану за чистији Врбас». Ипак, преовлађују речи који-

ма се најављује «подухват који ће почети за две године», «капитални еколошки пројект», да ће »канал бити санирана» и да ће «ускоро почети свеобухватно решење». Више пута је поменута Норвешка (а посебно норвешка влада, Норвешки институт за истраживање вода) а једном и чешка влада.

Закључци и препоруке

Пораст становништва, непотпуна урбанизација, индустријализација на бази «прљавих технологија», дуготрајна економска криза и политичка нестабилност транзиционог периода, економске санкције, слабо спровођење мера контроле и недовољно освешћена и ангажована јавност довели су до кумулативне и катастрофалне загађености Великог бачког канала индустријским и комуналним отпадним водама, која угрожава здравље и живот људи и уништава каналски екосистем а даљи економски развој чини еколошки неодрживим. Свест о размерама и последицама те загађености је све раширенија али је и даље непотпуна (видљиве и невидљиве последице). Стручњаци и надлежна лица које смо интервјуисали предложили су читав низ хитних али и дугорочних мера. Те мере морају бити синхронизоване а актери у координацији. У овај пројекат полажу се велике наде. Међутим, ни на завршном workshop-у (25.11.2004. у Врбасу) није довољно схваћено да Норвежани и Чеси не долазе да нам очисте канал него да нам помогну да сами то учинимо.

Епилог

Бранислав Радановић, директор ЈВП «Воде Војводине» је изјавио «да је потребно од муља очистити и цео канал Дунав-Тиса-Дунав, јер то није урађено од изградње тог хидросистема». Он је на конференцији за новинаре «поновио да чим загађивачи граде пречистаче то јавно водопривредно предузеће почеће чишћење Великог бачког канала и оценио да би то могло бити за две године».

Дневник, 2. децембар 2006. с. 10.

Извори података и литература

1. *Општине у Србији 2003*, Републички завод за статистику, Београд, март 2004.
2. Ј. Плеше, *Општина Кула*, Кула –Нови Сад, 1982.
3. Ј.Ромелић (ур.), *Општина Врбас*, Нови Сад – Врбас, 1998.
4. *Програм за израду студије о отпадним водама и идејног решења уређаја за пречишћавање отпадних вода насеља Куле и Црвенке*, Институт за грађевинарство, Суботица, новембар 1977.
5. *Информација о проблематици отпадних вода региона Црвенка-Кула-Врбас*, Институт за грађевинарство, Суботица, 1979.
6. *Резиме – индустријски басен «Црвенка-Кула-Врбас» – стање отпадних вода и проблематика пречишћавања*, без ознаке места и године.
7. *Елаборат привремене заштите канала ДТД у зони Врбас-Кула-Црвенка од загађења отпадним водама – радни материјал*, Грађевински факултет, Суботица, новембар 2000.
8. Б. Далмација (руководилац). Извештај – анализа наноса у каналу Врбас-Бездан, Институт за хемију ПМФ, Нови Сад, 2000.
9. Д. Стевановић (руков.), Резултати сапромикробиолошких испитивања муља канала Врбас-Бездан, у зони Врбаса, Институт за биологију ПМФ, Нови Сад, 2000.
10. Е. Мештер Франгел, *Извештај о физичко-хемијској и биолошкој анализи каналске воде*, ЈКП «Водовод и канализација» – Служба заштите и контроле квалитета воде, Суботица, 22.05.2000.
11. Р. Савић и други, „Проблем седимената у мелиорационим каналима – еколошки аспекти“, *Еко-конференција*, Еколошки покрет града Новог Сада, Нови Сад, 2003, књ. 1.
12. Ј. Јосимов-Дунђерски и В. Путарић, „Загађивачи вода у Војводини“, *Еко-конференција* ... 1999, књ. 1.
13. В. Пујин и други, „Утицај малих нерегистрованих загађивача на квалитет воде канала Врбас-Бездан“, *Еко-конференција* ... 1999, књ. 1.
14. Д. Чубрило и М. Долга, „Квалитет воде за пиће Западно-бачког округа од 1997-2001“, *Еко-конференција* ... 2003, књ. 1.
15. Ж. Бјељац и други, „Аспекти коришћења равничарских водних ресурса“, *Еко-конференција* ... 2003, књ. 1.
16. З. Радмиловић и Р. Зобница, „Каналска мрежа Дунав-Тиса-Дунав као еколошки систем“, *Еко-конференција* ... 2003, књ. 1.

Miloš Marjanović, Ph. D., Full Professor
Novi Sad School of Law

Socio-Economic Aspects of Revitalization of the Grand Bačka Canal

Abstract

This article was written in the framework of the project that was donated by Norwegian government. Geographical position, demographic, industrial and urban development, the biggest ten polluters, cumulative effects of the pollution to the canal ecosystem, human health and socio/economic development are discussed. Near the canal, into Vrbas-Kula-Crvenka urban area (the nucleus of a coming conurbation) one of the most important food industry in former Yugoslavia was building, but on the basis of "dirty technology". Now this canal is the most polluted water flow in all Europe. Relevant sources and literature are consulted, competent officials are interviewed, a content of mass media noticeness is analyzed, synchronized short and long time measures are proposed, and the roles of revitalization actors are précised.

347.626:340.134(436)

Wilhelm Brauneder, Wien

RECHTSEINHEIT DURCH ELASTISCHES VERTRAGSRECHT: DAS EHEGÜTERRECHT DER ÖSTERREICHISCHEN PRIVATRECHTSKODIFIKATIONEN

I. Privatrechtskodifikation und Rechtseinheit

Der Erlaß von Kodifikationen[1] in der Habsburgermonarchie des 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts stellt einen Teil der Staatsreformen dar, welche aus der Monarchischen Union von Ständestaaten einen absolutistisch-zentralistischen Staat schaffen. Eine allen Ländern einheitliche Rechtsordnung soll das Regieren erleichtern, etwa die Beamten und Richter in jedem Land verwendungsfähig machen und einem obersten Gerichtshof eine einheitliche Rechtsprechung ermöglichen. Im Bereich des Privatrechts spielen wirtschaftlich-merkantilistische Überlegungen insofern eine Rolle, als beispielsweise ein gleiches Kaufrecht den Warenverkehr fördert.

[1] Vgl mit weiteren Nachweisen W. Brauneder, Österr Verfassungsgeschichte, 10. Aufl 2005, 83 ff; H. Schlosser, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 10. Aufl 2005, 135 ff; G. Wesenberg – G. Wesener, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl 1985, 163 ff; Ph. Harras v. Harrasowsky, Geschichte der Codification des österr Civilrechtes, 1868; W. Brauneder, Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811, in: Gutenberg-Jahrbuch, 1987, 205 ff; ders., Europas erste Privatrechtskodifikation: Das Galizische Bürgerliche Gesetzbuch, in: H. Barta – R. Palme – W. Ingenhaeff (Hrsg.), Naturrecht und Privatrechtskodifikation, Wien 1999, 303 ff.; ders., Vom Nutzen des Naturrechts für die Habsburgermonarchie, in: D. Klippel (Hrsg.), Naturrecht und Staat (=Schriften des Historischen Kollegs, Kolloquien 57), 2006, 145 ff.

Die Vereinheitlichung des Privatrechts war seit langem ein Desiderat der Rechtswissenschaft, um verschiedenartige Landes- und Lokalrechte, aber auch das Römisch-gemeine Recht mit all seinen Auslegungsschattierungen zu überwinden. Im 18. Jahrhundert galt zunehmend als Mittel hiezu die Verdrängung dieser traditionellen Rechtsmassen durch ein vernunftrechtliches, dh logisch abgesichertes System von Rechtssätzen. Dieses wissenschaftliche Anliegen entsprach der zuvor erwähnten absolutistischen Staatsraison; im Bündnis zwischen Naturrechtswissenschaft und Absolutismus kam schließlich die Rechtsvereinheitlichung zustande und damit die nahezu historische Stunde der Beendigung der Geltung des Römisch-gemeinen Rechts im Privatrecht.

Die Arbeiten zu einem Privatrechtsgesetzbuch setzten in der Habsburgermonarchie 1753 ein; 1766 lag der erste Gesetzentwurf unter der Bezeichnung „Codex Theresianus“ vor. Nach vorwiegend redaktionellen Umarbeitungen (Entwurf Horten) erhielt 1786 der erste von drei Teilen die Sanktion und trat zu Jahresbeginn 1787 als „Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch/1. Teil“ in Kraft. Da Kaiser Josef II. vor der Sanktionierung der beiden restlichen Teile starb, blieb dieses Teil-ABGB 1786 ein Torso. Neuerliche Arbeiten (Entwurf Martini) brachten als erstes Ergebnis das „Bürgerliche Gesetzbuch für Galizien“ (BGBG), nach der Erstausgabe meist „Westgalizisches Gesetzbuch“ genannt, von 1796; weitere Arbeiten mündeten schließlich im „Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch“ von 1811, welches zu Jahresbeginn 1812 in Kraft trat. Damit war erstmals im Kaisertum Österreich, allerdings nicht in seinen ungarischen Gebieten, das Privatrecht vereinheitlicht.

Zu Beginn der Kodifikationsarbeiten stand man einer ganzen Fülle überlieferten Rechts gegenüber: dem Römisch-gemeinen Recht, Landes- und Provinzialgesetzen, Gewohnheitsrecht, Gerichtsgebräuchen und auch kanonischem Recht. Der Tradition der Rechtswissenschaft zufolge lag es nahe, sich am Römisch-gemeinen Recht zu orientieren. Dies hatte jedoch gemäß den „Compilationsgrundsätzen“ von 1753 ausdrücklich zu unterbleiben. Im wesentlichen sollte aus den verschiedenartigen Rechten ein „Hauptprinzip“ festgestellt und sodann daraus „das Natürlichste und Billigste“ gefolgert werden, wobei „ein ungebundener, von allen Vorurteilen entfernter Vernunftsschluß“ anempfohlen wurde. So konnte es geschehen, daß traditionelle Rechtsinstitute vor diesem Vernunftsmaßstab bestanden und in das Gesetzbuch eingingen, andere aber erst konstruiert werden mußten. Dies insbesondere dann, wenn Unterschiedliches auf einen Nenner zu bringen war. Der weitere Kodifikationsverlauf, der sich immerhin von 1753 bis 1811 über zwei Generationen hinzog, zeigt von Entwurf zu Entwurf bzw Gesetzbuch, daß der vorliegende Stoff zunehmend kompri-

mierter, weniger kasuistisch und klarer wurde, daß man die Traditionsmassen im wesentlichen mehr und mehr zugunsten eines kompakten Systems von Rechtssätzen hinter sich ließ.

Mit ihrem nüchternen Konstruktionscharakter lassen die „Compilationsgrundsätze" einen wesentlichen Umstand der Rechtsvereinheitlichung unausgesprochen: Diese sollte sich über verschiedene Nationen mit sehr unterschiedlichen Sprachen erstrecken, nämlich im 18. Jahrhundert vom Rhein Vorderösterreichs im Westen bis zu Bug und Pruth im galizischen Osten sowie von Sachsens Grenze im Norden bis zum italienischen Triest im Süden[2]). Nach den Regeln der „Compilationsgrundsätze" hätten damit beispielsweise unterschiedlichste deutsche, italienische sowie slawische, und hier wieder slowenische, tschechische, polnische und ruthenische, Gewohnheitsrechte verarbeitet werden sollen. Dies allerdings geschah nicht[3]): Selbst Länderrechte wurden in keinem nennenswerten Umfang verarbeitet, der Einfluß regionalen und lokalen Rechts blieb ganz minimal. Die Rechtsvereinheitlichung wurde vielmehr durch logische Konstruktionen weitestgehend auf der Basis des „ius romano-germanicum", dh des „usus modernus pandectarum", und späterhin jeweils aufgrund der vorliegenden Entwürfe erzielt. So entstand schließlich ein staatlich, länder- und nationalitätenmäßig ungebundenes, prinzipiell universal verwendbares Gesetzbuch gleich dem Code Civil. Daher konnte diesen das ABGB nach 1815 im neu erworbenen Lombardo-Venetien praktisch ohne Übergangsregeln ablösen, 1853 bis 1861 ohne nennenswerte Modifikationen auch in den ungarischen Ländern gelten und als Gesetzbuch für den Deutschen Bund vorgeschlagen werden – obwohl aus diesen Gebieten nichts in das ABGB hatte einfließen können.

Am schwierigsten gestaltete sich die Kodifikationsarbeit in jenen Bereichen, welche dem sozialen Leben stark verbunden waren und daher auch von Landschaft zu Landschaft differierten. Dies trifft insbesondere auf das Erbrecht und das eheliche Güterrecht zu: Jedermann stirbt, fast jedermann heiratet, und damit gehen Vermögensverschiebungen, welche das Interesse mehrerer Personen berühren, einher. Auch die fast genau hundert Jahre später stattfindenden

[2] Zu Übersetzungen: *W. Brauneder*, Gesetzeskenntnis und Gesetzessprache in Deutschland von 1750 bis 1850 am Beispiel der Habsburgermonarchie, in: *J. Eckert –H. Hattenhauer* (Hrsg), Sprache–Recht–Geschichte Motive–Texte–Materialien 58), Heidelberg 1991, 124 ff; *ders*, Gesetzbuch wie FN 1, 230 ff.

[3] Dazu *W. Brauneder*, Vernünftiges Recht als überregionales Recht: Die Rechtsvereinheitlichung der österreichischen Zivilrechtskodifikationen 1786-1797-1811, in: *R. Schulze* (Hrsg), Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte 3), Berlin 1991, 121 ff.

Rechtsvereinheitlichungen durch das schweizerische Zivilgesetzbuch bzw das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch standen hier vor den größten Problemen[4]).

Im Bereich des Erbrechts ersetzte man die bisherigen Erbgewohnheiten und erbrechtlichen Ländergesetze schlichtweg durch eine neue Konstruktion, die auf allein logischen Beziehungen aufbaute, nämlich durch das Parentelensystem. In Osterreich findet es sich erstmals im Erbfolgepatent 1786[5]). Einen mühevolleren Weg schlug man im Ehegüterrecht ein; hier ging es allerdings auch um anderes: Während das Parentelensystem nur subsidiär für den Fall des Fehlens einer letztwilligen Verfügung bereitgestellt werden mußte, schuf man im Ehegüterrecht ein Regelungsgeflecht, das ergänzend und auslegend zum bestehenden Vertragsrecht hinzutreten sollte. Auf dieses war also Bedacht zu nehmen, das Parentelensystem hingegen brauchte diese Rücksichtnahme nicht zu beachten. Eine Negierung des Vertragsrechts hätte naturrechtlichem Denken widersprochen, da gerade der Vertrag als freie Willensentscheidung eine zentrale Rolle im Naturrecht spielt. Doch handelte es sich nicht um Vertragsrecht schlechthin, sondern um eine Beachtung der überkommenen Heiratsverträge. Dies zeigt sich übrigens deutlich an einer Überarbeitung des „Urentwurfs“ zum ABGB für das Fürstentum Liechtenstein: Hier fehlen, da offenbar in diesem Land nicht gebräuchlich, die Bestimmungen über Morgengabe und Witwengehalt[6]).

Eine Rolle spielten somit Zwänge des tatsächlichen Rechtslebens, eine weitere wohl auch die wissenschaftliche Tradition, der es schwerfiel, sich von den überlieferten Ehegüterrechtsformen gerade des Römisch-gemeinen Rechts zu lösen. Wie sehr man aber den Vertragscharakter hochhielt, zeigt der Umstand, daß ab dem Entwurf Martini 1793 das gesamte Ehegüterrecht vom Personenrecht in das Vertragsrecht verschoben ist. In gleiche Richtung deutet auch das Fehlen eines gestaltenden gesetzlichen Güterstandes, wie ihn moderne Privatrechtskodifikationen enthalten: Lag kein Heiratsvertrag (Ehepakt) vor,

[4] Vgl *W. Brauneder*, Freiheit des Vertragsinhalts und Typenbindung im Ehegüterrecht, in: Zeitschr. f. Rechtsvergleichung 1974, 1 ff.

[5] *H.-G. Mertens*, Überlegungen zur Herkunft des Parentelensystems, in: Zeitschr. f. Rechtsgeschichte/Germ. Abt. 90, 1973, 149ff; *A. Ehrenzweig*, Die österreichische Erbfolgeordnung, in: Zeitschr. f. Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit in Österreich, 1903, 17ff.

[6] *W Brauneder*, 175 Jahre „Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch“ in Liechtenstein, in: Liechtensteinische Juristenzeitung 3/1988, 94 ff.; „Entwurf Schuppler“: *E. Berger*, Eine Zivilrechtsordnung für Liechtenstein (=Rechts- und Sozialwissenschaftl. Reihe 22), 1999, 178 ff.; grundsätzlich: dies., 190 Jahre ABGB in Liechtenstein, in: Liechtensteinische Juristen-Zeitung 2/2002, 1 ff.

geschah sozusagen nichts; die Ehegatten standen sich in Gütertrennung gegenüber[7]).

So stellt das Ehegüterrecht eine Materie dar, welche die planenden naturrechtlichen Kodifikatoren nicht schlechthin am Reißbrett fern der Vertragswirklichkeit entwerfen konnten, die sie aber doch nach vernunftrechtlichen Kategorien zu gestalten hatten, und zwar für einen Staat, der von den Zentralalpen bis in die Ebenen Polens reichte.

II. Das Ehegüterrecht in der Praxis

Die vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen den Ehegatten[8] bestimmten zum Zeitpunkt der Kodifikationsarbeiten im wesentlichen drei Systeme, die sich seit etwa 1300 zu fest typisierten Güterständen entwickelt hatten[9]. Hiezu trugen formelhafte Verträge und Grundbuchseintragungen wesentlich bei.

Das *Heiratsgabensystem* beruhte auf dem Austausch bestimmter Leistungen zwischen den Ehegatten bei grundsätzlicher Gütertrennung; zwischen den einzelnen Leistungen bestand Gegenseitigkeit. Den Kern bildete das Heiratsgut (dos) der Frau sowie die Widerlage (donatio propter nuptias) des Mannes; dem überlebenden Ehegatten standen diese Leistungen ursprünglich zur Nutzung, nun aber in der Regel schon zu Eigentum zu. Etwa um 1500 war zu diesen Leistungen die „Morgengabe“ seitens des Mannes gekommen, sie vermittelte der Frau jedenfalls Eigentum. Typisch für das 18. Jahrhundert sind dann weiters eine meist „Witwensitz“ oder „Witwengehalt“ benannte Leistung seitens des Mannes als Nießbrauch der Witwe sowie gleichfalls eine Nutzungsgabe der Frau an den Mann zur Bestreitung des ehelichen Aufwands. Dieses System setzte Bargeld und Ertrag abwerfende Güter voraus; es war typisch für den Adel sowie in einfacherer Form ohne die beiden letztgenannten Leistungen für das gehobene Bürgertum.

[7] Vgl unten V.

[8] Zum folgenden grundsätzlich *W. Brauneder*, Die Entwicklung des Ehegüterrechts in Österreich, 1973, zu den einzelnen Güterständen entsprechende Beispiele, meist Heiratsverträge, im Anhang; *H. Demelius*, Eheliches Güterrecht im spätmittelalterlichen Wien, 1970.

[9] Zum mittelalterlichen Österreich im Überblick: *W. Brauneder*, Frau und Vermögen im spätmittelalterlichen Österreich, in: Frau und spätmittelalterlicher Alltag (= SB der Österr. Akad. d. Wiss./Phil.-Hist. Klasse 473), Wien 1986, 573 ff.

Ein weiteres Gütersystem bildete die *partielle Vermögensgemeinschaft*. Bei grundsätzlicher Gütertrennung stand kraft ausdrücklicher Vereinbarung, meist aber bloß aufgrund entsprechender Rechtsgeschäfte, die sich oft nur in Grundbuchseinträgen niederschlugen, ein Teil des Ehegattenvermögens in deren Rechtsgemeinschaft, meist in Miteigentum. Dieses System war typisch für die Masse des städtischen Bürgertums, aber auch im bäuerlichen Bereich anzutreffen. Zum Teil trat es im gehobenen Bürgertum zum Heiratsgabensystem hinzu. Es setzte jedenfalls Grundbesitz voraus. Maßgeblich für die partielle Vermögensgemeinschaft war einerseits wie beim Heiratsgabensystem der Gedanke, daß jeder Ehegatte Eigentümer seines Vermögens bleiben, weiters aber, daß gemeinsames Tätigsein zu gemeinsamem Vermögen führen sollte.

Die *allgemeine Vermögensgemeinschaft* schließlich vereinigte alles Vermögen der Ehegatten zu deren Rechtsgemeinschaft. Hier dominierte der Gedanke des umfassenden gemeinsamen Wirtschaftens. Es war dies daher auch der typische Güterstand im bäuerlichen Bereich, wozu auch beitrug, daß der Hof als wirtschaftliche Einheit kein differenziertes Vermögen darstellte, an dem unterschiedliche Eigentumsverhältnisse hätten Platz greifen können.

Im 16. und beginnenden 17. Jahrhundert war in Österreich unter und ob der Enns vor allem mehrfach in den sogenannten Landrechts-(Landesordnungs) Entwürfen versucht worden, diese Gütersysteme gemeinsam mit anderen Privatrechtsinstitutionen gesetzlich zu fixieren. Im wesentlichen folgten diese Entwürfe dem Vertragsrecht und wurden daher auch, ohne Gesetzeskraft zu haben, in der Praxis verwendet. Vorrang genoß allerdings das Heiratsgabensystem, da es mit den Begriffen des Römisch-gemeinen Rechts – dos, donatio propter nuptias, Paraphernum für die Nutzungsgabe seitens der Frau – leicht erklärt werden konnte. Die Vermögensgemeinschaften, welchen das Römisch-gemeine Recht sogar ablehnend gegenüberstand, erfaßte man mit den im heimisch-deutschen Recht, vor allem in der Grundbuchspraxis, entwickelten Miteigentumsformen. Im sogenannten Tractatus de iuribus incorporalibus von 1679 wurden diese Miteigentumsformen gesetzlich geregelt, und zwar in erster Linie für „Mann und Frau“[10]).

[10] *W. Brauneder*, Grundbuch und Miteigentum im Tractatus de iuribus incorporalibus, in: Zeitschr. f. Rechtsgesch./Germ. Abt. 94, 1977, 218 ff.

III. Die zeit- und ortsunabhängigen Güterstände der Kodifikationen

Ein anderes Bild als die eben erwähnten Landrechtsentwürfe zeigt das Ehegüterrecht in den Kodifikationen und ihren jeweiligen Vorentwürfen. Zwar begegnen auch hier weitestgehend die von der Praxis her vertrauten Bezeichnungen wie Heiratsgut, Widerlage, Gütergemeinschaft. Die dahinterstehenden Rechtsinstitute sind jedoch nach logischen Merkmalen neu durchleuchtet und sodann in entsprechende Beziehungen zueinander gesetzt. Logische Konstruktion, nicht Praxisbedürfnis bestimmt vorerst die Regelungen. Dazu trägt weiters bei, daß den eingangs kurz erwähnten Kodifikationsprinzipien zufolge ähnliche Rechtsfolgen in identischen Rechtsinstituten zusammengefaßt werden sollten, was dazu führte, manche ehegüterrechtliche Folgen durch nicht-ehegüterrechtliche Rechtsfiguren abzudecken.

a) Das Heiratsgabensystem

Zufolge der gemeinrechtlichen Tradition standen die Kodifikatoren hier auf relativ sicherem theoretischen Boden. Dies schloß aber Definitionsmißverständnisse nicht aus. Auch operierte man fern der Vertragspraxis[11]. Letzteres zeigt sich vor allem in der gravierenden Neuerung, daß vom Codex Theresianus bis hin zum Teil-ABGB 1786 die Gegenseitigkeit sämtlicher Leistungen aufgehoben ist: So konnte gemäß Codex Theresianus, in sprachlich widersinniger Weise, eine Widerlage, also eine Gegengabe, auch ohne Vorleistung bestellt werden. Hinsichtlich der Widerlage hatte man die gemeinrechtliche Definition der donatio propter nuptias mißverstanden und in ihr keine Gegenleistung, sondern eine Sicherstellung des Heiratsgutes gesehen. Das BGBG machte dann aus der Widerlage wieder eine Gegenleistung zum Heiratsgut, im ABGB ist es spezifisch als eine Vermehrung des Heiratsgutes gestaltet. Damit war nach mehrfachem Theoretisieren ein neuer Widerlage-Begriff gefunden.

Wenig anzufangen wußten die Redaktoren auch mit der Morgengabe. Tatsächlich war sie nur solange sinnvoll, als sie sich als Eigentumsgabe von der Widerlage als Nutzungsgabe abhob. Dies war im 18. Jahrhundert alsbald nicht mehr der Fall, so daß die Morgengabe, anders als die Widerlage, von der Vorleistung des Heiratsguts unabhängig und überdies der Frau schon während der Ehe fällig wurde, während die Widerlage ihr erst als Witwe zustand. Die Kodi-

[11] Zum folgenden *Brauneder*, wie FN 8, 98ff, 108, 118, 130.

fikatoren betrachteten daher die Morgengabe bis zum BGBG als Schenkung, die keiner eigenen Regelung bedürfe. Da aber eine Morgengabe fast in allen Heiratsabreden zu finden war, fand sie doch eine Regelung im ABGB. Dies ist, vom naturrechtlichen Konstruktionsgedanken her, inkonsequent, zumal es eine eigene Regelung über Ehegattenschenkungen gibt. Es versteht sich dies aber aus der gesetzgeberischen Absicht, Auslegungsregeln für einen Ehepakt zur Verfügung stellen zu wollen, was bedeutet, sich auch über die Morgengabe äußern zu müssen: Praxiserwägungen gingen somit Konstruktionsüberlegungen vor.

Diese Haltung bestimmt im übrigen das Ehegüterrecht-Hauptstück des ABGB[12] insgesamt. In seinem Aufbau entspricht es einem zeitgenössischen Ehepakt mit allen Leistungen des Heiratsgabensystems unter Einschluß einer Gütergemeinschaft. Hiefür stellt es vertragsergänzendes und auslegendes Recht zur Verfügung. Dabei gibt es keine Hinweise auf bestimmte Bevölkerungsklassen wie z. B. den Adel, so daß auch der adelige „Witwengehalt" standesneutral geregelt ist. Abgesehen von dem notwendigen Verhältnis der Widerlage zum vorgeleisteten Heiratsgut setzt das ABGB, wie schon seine Vorläufer, sämtliche Heiratsgaben in keinerlei Beziehung zueinander. Zufolge des Plurals der Überschrift des Hauptstücks „Ehepakte" wie auch mit deren Definition (§ 1217) wird der Anschein erweckt, jede einzelne Leistung vom Heiratsgut bis zum Witwengehalt stelle, mit Ausnahme der Widerlage, einen selbständigen „Ehepakt" dar[13].

b) Die Gütergemeinschaften

In den Regeln über die eheliche Gütergemeinschaft der Kodifikationen und ihrer Entwürfe vermag man die zeitgenössische Vertragspraxis nicht mehr zu erkennen. Konstruktionsbedürfnis und später legistische Vereinfachung haben nahezu merkwürdige Blüten getrieben[14].

Vom Codex Theresianus an steht die eheliche Gütergemeinschaft in einem schwankenden Verhältnis zur Gesellschaft (societas) und/oder zur Rechtsgemeinschaft (communio). Im Ehegüterrecht erweckt der Codex Theresianus

[12] 28. Hauptstück „Von den Ehepakten" §§ 1217ff; dazu *W Brauneder* in *M. Schwimann* (Hrsg), Praxis-Kommentar zum ABGB V, 3. Aufl. 2006, zu §§ 1217ff.

[13] *W. Brauneder*, Zur Auslegung und Reform des 28. Hauptstückes ..., in: Österr. Notariats-Zeitung 1973, 67ff.

[14] Zum folgenden *W. Brauneder*, Gesellschaft–Gemeinschaft–Gütergemeinschaft, in: *W. Selb–H. Hofmeister* (Hrsg), Forschungsband Franz v. Zeiller, 1980, 14 ff; *ders*, wie FN 8, 258 ff.

durch Verweisungen den Eindruck, als wären Gütergemeinschaft, Gesellschaft und Gemeinschaft Arten einer Gemeinschaft schlechthin; Verweisungen im Gesellschaftsrecht jedoch erwecken wieder den Anschein, als handle es sich bei der Gütergemeinschaft um Sonderformen der Gesellschaft. Tatsächlich hatte man aber zu einer eigenwilligen Neukonstruktion gegriffen. Sie stellte den Gütergemeinschaftsvertrag in engste Nähe zum Erbvertrag. Dies bedeutete, daß bei Vortod eines Ehegatten nicht das Gütergemeinschaftsvermögen geteilt wird, sondern nur der Vermögensanteil des Vorverstorbenen. Insgesamt scheint der Gütergemeinschaftsvertrag Ersatz für den dem Codex Theresianus unbekannten Erbvertrag zu sein. Die Gütergemeinschaft ist überdies Vermögensgemeinschaft, denn sie schafft primär keine gemeinsamen (Sachen-) Rechte, sondern obligatorische Rechtsbeziehungen zwischen den Ehegatten. Es handelt sich somit um den Fall einer Gemeinschaft ohne gemeinsame Rechte. Dies rechtfertigte es, die Ehegatten-Vermögensgemeinschaft durch Verweisungen der Gesellschaft anzugliedern. Ein einheitlicher Plan lag dieser Verwandtschaft jedoch nicht zugrunde. Und so bestanden zahlreiche Widersprüche. Der Entwurf Horten hat sie dann beseitigt, vor allem nunmehr bei Vortod eines Ehegatten die Teilung des gesamten Gemeinschafts-, eigentlich: Gesellschaftsvermögens angeordnet. Damit ist die sonderbare Form einer Gütergemeinschaft gefunden, die während der Ehe weder eine Rechtsgemeinschaft bewirkt, noch zu einer solchen zwingt, sich daher in einer bestimmten Teilungsregel bei Vortod des einen Ehegatten erschöpft: Mit dem Teil-ABGB 1786 iht die „Gemeinschaft der Güter“ unter Ehegatten als eine derartige besondere Form der Gesellschaft in Kraft.

Der Entwurf Martini und das BGBG gehen dann einen einfacheren, aber recht sybillinischen Weg. Zur Gütergemeinschaft stellen sie lakonisch fest, daß hiefür „ein besonderer Vertrag erfordert“ werde – sie setzen aber dessen Inhalt oder Kategorie nicht fest. So könnte man beispielsweise annehmen, die Gütergemeinschaft würde durch einen Schenkungsvertrag hergestellt werden, in dem der eine Ehegatte die Hälfte seines Vermögens oder die einer oder mehrerer Liegenschaften dem andern überträgt. Doch wird man in erster Linie an den Gesellschaftsvertrag denken müssen, zumal dieser als Gemeinschaftsvertrag angesehen wird: Daher führt dieser „besondere Vertrag“ zur (dinglichen) Rechtsgemeinschaft; doch kann sich die Gütergemeinschaft auch in der (obligatorischen) Gesellschaft erschöpfen. Letzteres ist aber nach dem Entwurf Martini und dem BGBG eher die Ausnahme, der Gütergemeinschaftsvertrag als Gesellschaftsvertrag umschließt nunmehr im Regelfall die Wirkung einer Rechtsgemeinschaft. Diese Legistik entsprach voll der vernunftrechtlichen Haltung einer gemeinsamen Regelung identischer Rechtsinstitute im Sinne einer Vereinheitlichung und Vereinfachung.

Im ABGB vollends wird die Gütergemeinschaft zu einem Opfer legistischer Verweisungstechniken. Ihr Wesen ist ohne die Entwicklung der Gesellschafts- und Rechtsgemeinschaftsbestimmungen gar nicht faßbar. Diese zeichnen sich dadurch aus, daß erst Gemeinschaft und Gesellschaft von *Zeiller* in einem Hauptstück vereinigt wurden. Dann allerdings kommt es zur Trennung, doch bleibt der Gesellschaftsvertrag spezifisch Gemeinschaftsvertrag[15]. Der Gesellschaftsvertrag ist gemeinschaftsorientiert, er gibt ausdrücklich einen „Titel" (iusta causa) hiezu ab (§ 1181). Dies sollte ursprünglich auch für den Gütergemeinschaftsvertrag gelten; eine Verweisung im noch gemeinsamen Gesellschafts- /Gemeinschafts-Hauptstück deutet dies an. Darauf aber nahm *Zeiller* im Ehegüterrecht keine Rücksicht mehr. Inkonsequent greift er nun auf Formulierungen des Teil-ABGB 1786 zurück. Diese Formulierungen wirkten sich nun so aus, daß das Wesen der Gütergemeinschaft sich verbal mit dem obligatorischen Vertrag zu decken schien, also nicht mehr zur Begründung von Rechtsgemeinschaften drängte. Im wesentlichen blieb es auch dabei. *Zeiller* allerdings verstand die Regeln über den Gütergemeinschaftsvertrag als solche, die auf eine Rechtsgemeinschaft abzielten, was aber nur dann verständlich wird, wenn man die Regeln des Gesellschafts- als Gemeinschaftsvertrag in die Betrachtung miteinbezieht. In diesem Lichte besehen, auch in Erinnerung an das ursprüngliche Naheverhältnis von Gesellschaft und Gemeinschaft in einem Hauptstück, konnte den Kodifikatoren eine „dingliche Gütergemeinschaft" als kompaktes Rechtsinstitut, mit auf nunmehr drei Hauptstücke verteilten Regelungen, erscheinen. Daneben aber sollte es sozusagen eine auch „obligatorische Gütergemeinschaft" geben, dh Regeln für den Fall, daß der Gütergemeinschaftsvertrag nicht zur Herstellung einer Rechtsgemeinschaft führen würde. Für diesen Fall stellt das ABGB Teilungsvorschriften für den Vortod eines Ehegatten auf. Die legistische Behandlung der ehelichen Gütergemeinschaft und vor allem die gewählte Sprache lassen jedoch die „obligatorische Gütergemeinschaft" als eheliche Gütergemeinschaft schlechthin erscheinen. Dabei hatte das von Zeiller verfaßte amtliche ABGB-Register unter „Gütergemeinschaft" noch primär auf die Rechtsgemeinschaft (das Miteigentum) und erst sodann auf das Ehegüterrecht verwiesen! Die nur vier Paragrafen der ehelichen Gütergemeinschaft im Ehegüterrecht (28. Hauptstück) waren als Ergänzung der Bestimmungen im voraufgehenden 27. Hauptstück über den allgemeinen Gütergemeinschafts-Vertrag gedacht gewesen. Herrschende Lehre ist es aber geworden, daß das ABGB primär eine „Gütergemeinschaft auf den Todesfall" regle[16].

[15] 27. Hauptstück „Von einem Vertrage über eine Gemeinschaft der Güter" §§ 1175ff.

[16] Dazu auch *W Brauneder*, Rechtsfortbildung durch Juristenrecht in Exegetik und Pandektistik, in: Zeitschr. f. Neuere Rechtsgeschichte, 1983, 34 ff.

c) Die Orts- und Zeitlosigkeit

Mit den Regeln über die einzelnen Leistungen des Heiratsgabensystems und über die Gütergemeinschaft schufen die Kodifikationen in ihrem Geltungsbereich ein einheitliches Ehegüterrecht, ohne örtliche Differenzierungen vorzunehmen oder auf solche einzugehen. Es wurden vielmehr Regeln konstruiert, die, in verschiedenartigen Kombinationen, ohne örtlichen oder zeitlichen Unterschied anwendbar sein sollten. Anderes geschah rund einhundert Jahre später in den Vorarbeiten von BGB und ZGB[17]): Hiefür analysierte man die vorhandenen Gütersysteme, stellte sie beispielsweise für das Deutsche Reich auch anhand einer Landkarte dar, ordnete sie vier Grundtypen zu, nahm diese als Güterstände in die Kodifikationen auf, erhob einen hievon zum gesetzlichen Güterstand und gab den übrigen den Charakter vertraglichen Güterrechts. Dies geschah vor allem in der Annahme, besonders mit den vertraglichen Güterstandstypen die lokalen Rechte berücksichtigt und auch bewahrt zu haben; Derartiges geschah in den österreichischen Zivilrechtskodifikationen nicht.

IV. Das Advitalitätsrecht des ABGB: Lokales als allgemeines Recht

Von dem eben Gesagten entfernten sich die Kodifikatoren knapp vor dem Ende ihrer Arbeiten in den Jahren 1807 und 1808: Man entschied sich zur Aufnahme eines lokalen Güterstandes in das ABGB, nämlich des „Advitalitätsrechts“. Hiebei handelt es sich um einen im polnischen Galizien üblichen Güterstand. Das Wesen des Advitalitätsrechts bestand in der gegenseitigen Nutzungsverschreibung der Ehegatten zugunsten des Überlebenden am Vermögen des Vorverstorbenen[18]. Nach Erwerb von West- und sodann Ostgalizien fand der österreichische Gesetzgeber, er müsse dieses Gütersystem auch in die Privatrechtskodifikation aufnehmen. Noch 1797 war einfach erklärt worden, es könne das Advitalitätsrecht „nicht anders als in Uebereinstimmung mit dem bürgerlichen Gesetzbuch (für Galizien) pactirt werden“. Man mußte also versuchen, es in Einklang mit entsprechenden, schon geregelten Rechtsinstitutionen zu bringen. Dies entsprach naturrechtlichem Konstruktions- und Vereinheitlichungsdenken. Zu Beginn der ABGB-Revision 1807 entschied man sich für den Erbvertrag als derartiges Rechtsinstitut. Schließlich fand das Advitalitätsrecht aber eine eigene Regelung im ABGB. Hiemit hat die Vertragspraxis

[17] *Brauneder*, wie FN 4.
[18] *Brauneder*, wie FN 8, 335 ff.

einen doppelten Sieg errungen: Einmal war, ganz im Gegensatz zur Kodifikationslinie, eine Provinzialgewohnheit in das Gesetzbuch aufgenommen worden, zum zweiten hatte man sich doch nicht ernsthaft bemüht, sie mit einem verwandten Rechtsinstitut konstruktiv zu verbinden. Hiezu hätte sich eine gemeinsame Regelung mit dem Nutzungsrecht des „Witwengehaltes" angeboten.

Die Folgen der sozusagen regelwidrigen Aufnahme des lokalen Advitalitätsrechts als allgemeines Recht bestätigten nachträglich die Richtigkeit der Haltung der Kodifikatoren, nämlich, sowohl die Beachtung lokalen Rechts in der Kodifikation wie auch dessen Fortgeltung neben ihr abgelehnt zu haben: Das Advitalitätsrecht blieb außerhalb Galiziens totes Recht[19].

V. Kein gestaltender „gesetzlicher Güterstand"

Analog zum gesetzlichen Erbrecht, das bei Fehlen einer letztwilligen Verfügung Platz greift, regeln moderne Privatrechtskodifikationen einen „gesetzlichen Güterstand", welcher einen fehlenden Heiratsvertrag (Ehepakt) ersetzt. Im Zuge der Familienrechtsreform in den achtziger Jahren unseres Jahrhunderts fanden über die Ausgestaltung des gesetzlichen Ehegüterrechts lebhafte Auseinandersetzungen statt. Ein anderes Bild bieten Teil-ABGB 1786 und ABGB 1811. Ein derartiger ehelicher Güterstand ist ihnen fremd. Haben die Ehegatten nämlich keinen entsprechenden Vertrag abgeschlossen, stehen sie sich wie Unverheiratete gegenüber[20]. Im Unterschied zum Erbrecht gestattet das Ehegüterrecht diese Lösung, da eben durch die Eheschließung keine Änderungen in den bisherigen Vermögensverhältnissen eintreten müssen, während im Erbrecht Bestimmungen notwendig sind, um den oder die Erben zu ermitteln und den Nachlaß zu verteilen.

Dennoch waren einige Überlegungen anzustellen. Sie betrafen allerdings nicht Fragen hinsichtlich des Vermögens der Ehegatten bei aufrechter Ehe, sondern Rechtsverhältnisse nach deren Auflösung[21]). Als Vorbild dienten hier zwei gemeinrechtliche Institute, nämlich die Bestimmung, daß die „vidua inops et indotata", also die bedürftige und nicht ehegüterrechtlich bedachte Witwe, einen Kindeskopfteil (oder ein Viertel, eine „Quart") erbt, sowie die Erbenklasse „unde vir et uxor", wonach der überlebende Ehegatte Alleinerbe bei

[19] *Brauneder*, wie FN 4, 132 ff.
[20] *Brauneder*, wie FN 16, 36 ff.
[21] *Brauneder*, wie FN 8, 369 ff, 376 f.

Fehlen von Blutsverwandten des Erblassers wird. Allerdings werden diese beiden Wurzeln ab dem Codex Theresianus in vielerlei Gestalt abgewandelt. Schon im Codex Theresianus tritt neben die „Quart" ein Anspruch auf Nutzung, und zwar als mangelnder standesgemäßer Unterhalt. Das ABGB schließlich hat sich von dieser Ausgangsposition ziemlich entfernt: Der überlebende Ehegatte erhält ein gesetzliches Erbrecht neben Kindern nur als Fruchtgenuß, neben sonstigen Erben als Eigentum; statt einem Pflichtteilsrecht gebührt ein Anspruch auf mangelnden standesgemäßen Unterhalt. Eine andere Überlegung geht auf das heimisch-deutsche Recht zurück, das der Witwe nur vorübergehend, nämlich bis dreißig Tage nach dem Tod des Ehegatten, den vollen bisherigen Vermögensgenuß belassen hatte. In nur minimaler Abwandlung geht dieses Rechtsinstitut in die naturrechtlichen Kodifikationen ein und wird rationell damit begründet, daß auf diese Weise der Witwe der Übergang zu „Einschränkungen in ihrem Hauswesen" erleichtert werden solle. Es erscheint nun inkonsequent, daß die Ausgestaltung besonderer Vermögensbeziehungen der Ehegatten bei aufrechter Ehe allein dem Vertragsrecht überantwortet blieb, Gleiches aber nicht für die Zeit nach Auflösung der Ehe galt. Dies läßt sich einmal aus der auch sonst immer wieder beobachteten Auseinandersetzung mit dem Römisch-gemeinen Recht erklären: Die vorerwähnten Erbenklassen beherbergten offenbar aus naturrechtlicher Sicht vernünftige Grundgedanken. Sie waren nun entsprechend zu adaptieren, und zwar im Zusammenhang eben mit dem Erbrecht, um dessen Gestaltung man sich ja annehmen mußte. Vor der Vernunft des Naturrechts bestand auch der „Dreißigste" und ging so schließlich in das ABGB ein (§ 1243).

VI. Ursachen und Folgen der Ehegüterrechts-Legistik

Die planmäßige Erfassung des Privatrechts legte es nahe, die Fülle des vorhandenen Materials weitestgehend zu vereinfachen. Dieser Prozeß zieht sich durch die zwei Generationen hin, die an der Entstehung des ABGB beteiligt waren. Der Umfang der Zivilrechtskodifikation ist bis hin zum Jahre 1811 tatsächlich ungeheuerlich zusammengeschmolzen. Das vorhandene Material war aber nicht überall verständlich und reduzierbar. Dies gerade im Ehegüterrecht, wo es zahlreiche Institutionen gab, die nicht institutionell von der Wissenschaft erfaßt waren. Mangelnde theoretische Vorarbeiten verursachten schwankenden Boden und eigene, nicht immer glückliche, Erfindungen. Dazu kam ein weiteres: Die eigene ehegüterrechtliche Erfahrung der Kodifikatoren beschränkte sich ihrer adelig-patrizischen Herkunft nach eindeutig auf das Heiratsgaben-

system[22]; mit Gütergemeinschaftsformen wußten sie wenig anzufangen. Überdies war ihr redliches Bemühen gerade in der Schlußphase nachweislich nicht immer von der Stärke sprachlicher Ausdruckskraft begleitet. Was ihnen selbst noch aufgrund ihrer Arbeiten als klar erscheinen mußte, war für die Nachwelt viel- oder schon andersdeutig. Daß man so manche Regelung des Heiratsgabensystems nicht mehr richtig verstehen konnte, liegt auch in der wirtschaftlichen Entwicklung. Just zum Zeitpunkt des ABGB vernichtete eine Inflation den Geldeswert und somit eine tragende Säule des Heiratsgabensystems.

Am Ehegüterrechts-Hauptstück des ABGB verblüfft die große äußere Parallele zu den in der damaligen Praxis üblichen Heiratsbriefen. Dies betrifft jedoch den Inhalt der einzelnen Regelungen nur zum Teil; sie wurden abgewandelt, abgesehen von der Widerlage als Gegenleistung zum Heiratsgut in keine Beziehung zueinander gesetzt, so daß künftiger Entwicklung weiter Spielraum offenstand. Anders als die Wissenschaft und die Kodifikationsarbeiten der Pandektistik war das ABGB in seinem Ehegüterrechtsteil nicht so stark von System und Begriffen geleitet, sondern von einer naturrechtlichen Theorie und von vernünftigen Modifikation der Vertragspraxis.

Damit, nämlich mit der Regelung des Ehegüterrechts als Vertragsrecht, mit seinem sohin weitestgehend dispositiven Charakter, mit den mangels Verschränkungen in Güterständen überwiegend elastischen Bestimmungen sowie mit der grundsätzlichen Vertragsfreiheit, erfüllten sich die Kodifikatoren den Wunsch nach orts- und zeitungebundener Geltung der von ihnen vernunftrechtlich geschaffenen Regelungen: Die Bestimmungen über, wie man es erst später verstand, eine „Gütergemeinschaft auf den Todesfall“ hindern nicht das Eingehen einer Gütergemeinschaft unter Lebenden; in die Regeln des Heiratsgabensystems schlüpften alsbald andere als die ursprünglichen wirtschaftlichen Erfordernisse; manche Regeln wurden totes Recht wie insbesondere über die Morgengabe. Durch elastisches Vertragsrecht haben somit im großräumigen Geltungsbereich des ABGB vor 1918 einschließlich Liechtensteins die Privatrechtskodifikationen auch im Ehegüterrecht trotz dessen örtlicher und sozialer Differenzierung in der Praxis ihr Ziel der Rechtseinheit ohne Mühe zu erreichen vermocht.

[22] *Brauneder*, wie FN 13.

Проф. др. Вилхелм Браунедер,
Правни факултет у Бечу

Правно јединство путем еластичног уговорног права: брачно имовинско право у аустријским кодификацијама приватног права[23]

Резиме

(Рад је текст предавања аутора одржаног на Правном факултету у Новом Саду јесени 2001. године).

Аутор истиче да су кодификационе тенденције цивилног права које су започете у 18. веку (Терезијански кодекс 1766, Општи грађански законик, 1787, западно Галицијски грађански законик, 1796), настављене у 19 веку (Аустријски општи грађански законик, 1811), у Хабсбуршкој Монархији биле део државноправних реформи. У области имовинског права, из меркантилних разлога, потребно је било јединствено уговорно право. Међутим, у области породичног права такво јединство није било потребно, нити целисходно. У тој области је било неопходно уважити локално право које је имало предност у односу на опште право (АОГЗ). Опште право се примењивало ако није било уговора или посебних правила локалног права. Оно је садржавало неколико система брачно имовинских односа. Брачно имовинско право је препуштено уговорном праву, јер је оно омогућило да се брачно имовински односи уреде према сагласној вољи брачних партнера.

[23] Резиме на српском језику: Др Јожеф Салма, редовни професор Правног факултета у Новом Саду.

343-055.2

Др Станко Пихлер, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ОСНОВНА ПИТАЊА ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ ЖЕНЕ С ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА КАЗНЕНОПРАВНУ ЗАШТИТУ

Сажетак: *Савремени правни системи морају успоставити заштиту сагласно стандардима утврђеним међународним актима. То усаглашавање се односи и на казнено (кривично и прекршајно) право. Наше кривично право формално садржи неопходне инструменте ове заштите, али је отворено питање његове примене. Прекршајно-правна заштита биваће све шира, с обзиром на природу прописа који морају бити донети, јер ће се њима интензивније уводити мере тзв. афирмативне акције.*

Кључне речи: *равноправност, жена, казнено право.*

1. Пред савремене правне системе, посебно у земљама *транзиција* поставља се задатак да се успоставе механизми заштите жена на основи једног новог схватања положаја жене у друштву. То је нарочито важно за она друштва која су још увек оптерећена традиционалним представама и праксом статуса жене. У том смислу на међународном плану, пре свега у оквиру европске регије, успостављен је низ политичких и правних обавеза државама да прилагоде своје законодавство овим захтевима, без чега није могућа успешна интеграција друштава. У овом контексту се поставља и питање које место припада области казненог права и како га адаптирати за поменуте сврхе, да ли постојећи, углавном традиционални оквир и инсти-

тути казненог права одговарају захтевима времена, а ако не у ком правцу га треба мењати.

Задњих деценију-две (зависно од конкретне земље) примећује се стварање читавог *покрета* (тзв. женског покрета), који инсистира не само на принципу *равноправности* људи према полу, већ и на изграђивању посебног корпуса правних норми чији смисао треба да буде у томе, да се *права жена* или *женска права*, као људска права, *прошире* (гарантују и обезбеде) пре свега у смислу тзв. *позитивних* права, тј. права која се заснивају на идеји *позитивне дискриминације* или боље рећи *афирмативне акције*, као (позитивних) *обавеза* јавне власти (државе), али све чешће и других субјеката на предузимању посебних *мера* у циљу унапређивања овог дела људских права.

Није случајно што се проблем женских права и њихове заштите доводи у везу са заштитом деце и омладине, јер се показало да су у питању категорије људи које су, поготово у неким друштвима и у временима криза друштва, најугроженија, а њихов статус маргинализован.

Требало је да се друштво довољно еманципује па да се о овим питањима уопште јавно говори и да се, пре свега у оквиру модерног цивилног друштва, почну отварати ове теме, које су биле такорећи табуизиране. Оне су укључене у шира питања развоја идеја модерне демократије, обнављања концепта правне државе и, с тим у вези, питања људских права. Проблем се интернационализовао. Стварају се мреже ефикасних организација које лобирају за интервенције у политички и правни систем друштва. Овај покрет је нагло отворио многа питања, као што су, на пример, питања економског и социјалног, па и политичког статуса жене, насиља о коме се раније мало говорило (породичног, над децом и женама, над немоћним, проблеми инцеста итд.), као и активирање у смислу збрињавања виктимизираних група или појединки (појединаца). Тиме су многа питања која су традиционално била потиснута из јавног живота постала јавна, актуелна, друштвено политички па и морални проблем друштва. Обелодањен је и низ истраживања. Скупљају се информације које недвојбено указују на суштину и величину проблема. Наглашава се да је проблем положаја жене у друштву не само питање равноправности људи, већ и питање *развојног* концепта друштва, тј. да је питање родне равноправности непосредно везано за сам *опстанак друштва*.

Напори за постизање родне равноправности и решавања низа других питања положаја жене у друштву не могу бити препуштени само женама, већ то мора бити посао јавне власти и цивилног сектора у целини.

2. Само укратко указујемо на резултате *упоредне анализе у земљама у региону*. Те анализе показују следеће: жене су ређе запослене, а чешће

незапослене од мушкараца; ређе су послодавци од мушкараца; ређе су самозапослене у односу на мушкарце; много су чешће тзв. помажући чланови домаћинства него мушкарци; сектори у којима су жене чешће запослене обично су ниже плаћени; жене показују већу спремност да прихвате изразито неповољне услове рада, нарочито у сивој економији; жене појачано улазе у предузетништво и показују заинтересованост за предузетништво; постоји висок степен феминизације беде у свим земљама региона (сеоске жене, самохране мајке, етничке мањине); у свим земљама су најугроженије сиромаштвом Ромкиње; жене су суочене са отвореном и прикривеном дискриминацијом на послу, као и са старим и новим облицима дискриминације (захтеви везани за лепоту, старост, породично стање, лично биолошко стање и сл.); жене су дискриминисане у напредовању и знатно ређе заузимају важне положаје и истакнута места у професијама; жене су дискриминисане у синдикатима, на свим нивоима, утолико више уколико је виши ниво одлучивања; жене много више од мушкараца обављају неплаћени домаћи рад; жене су много ређе власнице непокретности; структурално прилагођавање и приватизација имају неповољније последице по жене него по мушкарце; не постоји одговарајућа статистика или друга евиденција о неједнакости која би била родно сензитивна; у свим земљама региона не постоји адекватна мрежа предшколских установа што има посебан значај за положај жене у друштву (па и у породици, на радном месту и сл.); у свим земљама у региони постоји „gender up“ који расте у неформалној економији у односу на формалну економију.

Ови подаци говоре о томе да је ограничена улога жена у виталним сегментима друштвеног живота *структурална* и да урушавањем женских људских ресурса у области политике, економије и културе, пре свега, друштво губи у развојним потенцијалима и процесима.

Посебан аспект статуса жене у овим друштвима (то је повезано са напред наведеним констатацијама) је *проблем виктимизације жене*. Жена лако постаје *жртва* у психолошком, културолошком и криминолошком смислу. Облици виктимизације су разноврсни, не само они који су обухваћени широком и актуелном синтагмом *насиља над женама*, које се посебно изражавају у различитим облицима *породичног насиља*, сексуалног узнемиравања, насиља у рату и трговини људским бићима (посебно децом и женама). Практично, разни облици насиља се јављају у свим областима живота жене, приватног и јавног. Општа ситуација у региону је таква, да *саме жене* често одбијају учешће у јавном животу, па чак и поводом расправљања проблематике њихове виктимизације (затвореност, осећај стида, ризик од додатне виктимизације и сл.), због целокупног мизогеног контекста друштва (традиција, васпитање, јавно мњење, предрасуде о положа-

ју жене). У овим друштвима степен виктимизације жене је толико наглашен, да се све већи број жена *плаши* (у неким друштвима данас чак више него раније) *јавног простора*. *Ратна ситуација* је снажно допринела порасту насиља и додатном потискивању жене из јавног живота, као и стварању *атмосфере страха* због пораста информација о специфичним облицима и великом обиму насиља над женама. Невоља не долази због информација већ због чињенице да су оне углавном истините. Ратна и поратна насиља су се добрим делом свалила на жену (директно или индиректно) као жртву. Томе треба додати и чињеницу да објективно *институције* друштва не функционишу или неадекватно функционишу, поготово правосуђе, као и *свест о томе* да институције не функционишу а да параинституције функционишу и да се стога не може рачунати на извесну и ефикасну заштиту.

Општи вал конзервативизма, национализма и клерикализма ствара повољан амбијент за мизогенију и одржавање традиционалних културних образаца о положају жене. Негативна политизација проблема наталитета директно угрожава жену као биће и субјекта заједнице.

3. Због оваквог стања, у региону је *веома интезиван* процес доношења нових закона (или израда пројеката закона) и подзаконских аката и њиховог усаглашавања са европским правним актима и политичким документима мултилатералног карактера, у смислу мењања положаја жене у друштву и посебно њене *правне заштите*. Ово се примећује у широком пољу правног нормирања, а пре свега у областима: рада, предузетништва, социјалне и здравствене заштите, породичних односа, јавног информисања, државне управе и локалне самоуправе, спорта, удруживања грађана и др. Разуме се да читав тај процес правног интервенционизма има и своју *казненоправну* (кривичноправну и прекршајноправну) компоненту. Њен смисао је *у заштитној функцији казненог права*, а у овом случају је реч о адаптирању целокупног казненог права новим потребама заштите социјалних и личних вредности које одређују положај жене у модерном друштву.

Треба, међутим, напоменути да се у овим процесима јавља један такорећи „системски“ ограничавајући чинилац и то у *европском* контексту. Наиме, тзв. женска права у савременом значењу су *скупа*, она коштају друштво. У европском концепту предузетништва, пак, успостављена је логика велике *буџетске дисциплине*, која је у контрадикцији нарочито са социјалним, економским и сл. правима, која су за жену врло битна. У модерном поимању правног положаја жене треба рећи не само да су та права скупа и да коштају заједницу, већ и да, управо стога, подразумевају висок степен толеранције и *солидарности*, а „чиста“ економска логика нити је одређена толеранцијом нити гарантује неки простор солидарности. Оваква

цена „женских права“ произилази, пре свега, из чињенице да се ова права шире (и нужно је да се шире), у смислу *тзв. позитивних права*. Због тога је читав процес тегобан и, поред оног општег разлога, због финансијског аспекта, јер се поставља питање до које мере, зарад успостављања позитивних људских права, путем права могу да се уводе одговарајуће *мере* које се морају по природи ствари финансирати примарно из јавних, а не приватних прихода, дакле пре свега буџетски или парабуџетски. Управо (и) због тога жену треба *економски* еманциповати до те мере, да *приватни основ* финансирања са своје стране буде довољно снажан да јој даје личну и социјалну сигурност у комуникацији у јавном и приватном смислу. Према томе, читав процес очигледно мора ићи у два комплементарна смера: у смислу јавне потпоре и „јавног трошка“ женских права и у смислу економског, а тиме политичког, културног, моралног еманциповања жене.

4. И међународни и унутрашњи политички и правни документи (чешће у форми декларација) који се тичу женских права су двојаки: једни су општи – у којима се налазе одредбе о људским правима уопште па и у односу на посебна женска права (на пример Универзална декларација о људским правима), а други су посебни – специјално се односе на женска права (на пример Декларација о елиминисању насиља над женама).

Две су *кључне и основне области* којима се баве ови документи: област родне *равноправности* и области *заштите жена од насиља*.

Универзална декларација о људским правима од 1948. године је успоставила *принципе* и у овој материји регулисања, који су постали опште смернице изградње и заштите људских права, што се огледа и у око 50 устава донетих задњих десет година. Доношењем Међународне конвенције (пакта) о економским, социјалним и културним правима (1966. г.), који има универзално значење, државе потписнице су се договориле да ће женама и мушкарцима *осигурати једнаку могућност* економских, социјалних и културних права. Након Светског скупа о друштвеном развоју УН (Копенхаген, 1995. г.) постигнут је напредак у одређивању концепта *права на развитак*. То право је одређено као опште и неотуђиво људско право које за основ и циљ има – *људско биће,* а подстиче жене и мушкарце на уживање *свих* људских права на *интегралан начин* у оквиру економских, политичких, социјалних и културних *равноправних* односа у пољу демократије и социјалне правде уз живот без страха од насиља, у здравој средини, с политиком која смешта људско биће у центар развоја и с економијом усмереном на задовољавање људских потреба. Најзначајнији међународни документ који дефинише женска права је Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена (усвојена од Генералне скупштине УН 1979. г., ступила на снагу 1981.г., ратификована од Југославије

1981.г.), као и Факултативни протокол уз ову Конвенцију (ступио на снагу 2000.г.). Оцена је да су још увек потребни велики напори да се Конвенција ефикасно примени. У јуну 1983. године на Светској конференцији о људским правима у Бечу, права жена и девојчица су инкорпорирана у Акциони план. Женска права су проглашена *неотуђивим*, целовитим и недељивим од општих људских права. Насиље над женама и експлоатација жена проглашени су неспојивим с достојанством људског бића и изражен је захтев за њиховим уклањањем. Тако је превладан став дотадашње теорије да држава тобож не може реаговати на повреде људских права које су учињене у сфери приватности (интимности). На IV светској конференцији УН о женама (Пекинг, 1995.г.) донета је Пекиншка декларација и Акциони план. Њима се поново подржава „међународна преданост циљевима једнакости, напретка и мира за све жене света“ и дефинише дванаест битних проблема „који су главна препрека напретку жена“ и посебно наглашава обавеза влада „да елиминишу дискриминацију према женама и отклоне све препреке ка једнакости“. Владе се обавезују да „у својим политикама и програмима осигурају препознавање проблема рода/пола“. Са аспекта положаја жене, посебно се наглашавају проблеми: сиромаштва, школовања и стручног усавршавања, здравља, насиља, оружаних сукоба, предузетништва, алоцирања социјалне моћи, одлучивања о јавним пословима (положај жене у политици).

Посебно значење за питање заштите жене на међународном плану има Декларација о елиминисању насиља над женама, усвојена од Генералне скупштине УН 23. децембра 1993.г., којом се наглашава „хитна потреба за универзалном применом права и принципа на жене у погледу једнакости, безбедности, слободе, интегритета и достојанства свих људских бића“. Констатује се да је „насиље над женама једно од кључних друштвених механизама помоћу којих се жене приморавају на подређен положај у поређењу са мушкарцима“, те да је „насиље над женама у породици и друштву раширено и распрострањено у свим правцима прихода, класе и културе и да му се треба супротставити хитним и ефикасним мерама“. Декларација говори чак о „ендемском насиљу“ над женама, одређује његов појам и утврђује његове облике (у породици, у општој заједници, од државе).

Од регионалних међународних докумената посебно је важна Декларација о једнакости жена и мушкараца као основном критеријуму демократије, која је донета на IV европској конференцији министара о једнакости жена и мушкараца, новембра 1997. године у Истамбулу. У прилогу Декларације утврђена је *мултидисциплинарна стратегија* промовисања једнакости жена и мушкараца као основном критеријуму демократије и

Акциони план на основу којих су многе европске земље већ дубоко ушле у процесе мењања, односно адаптирања и иновација својих политичких и правних система сагласно са идејама Декларације. Ове активности су већ увелико део савременог европског начина мишљења и комуницирања. Тиме се уједно отвара и широк простор цивилном покрету за афирмацију женских права у Европи.

Полазна основа Декларације је Конвенција о људским правима и основним слободама (Европска конвенција) од 1950.г., са додатним протоколима, и Декларација о једнакости жена и мушкараца од 1988.г. Стварна демократија је могућа тек под условом равноправности полова и зато „учешће свих чланова друштва, жена и мушкараца, у свим сферама живота, мора да буде у потпуности обезбеђено. Демократија мора да постане свесна питања пола и осетљива на питање пола". То налаже и „принцип правде". „Једнакост захтева позитивно, динамично суочавање са установљеним структурама моћи и стереотипним улогама полова како би се постигла *структурална примена* на свим нивоима, и, коначно, *нови социјални поредак*". Ово није само задатак влада, „*већ и друштва као целине*", што подразумева „потребу укључивања питања пола *на свим нивоима*". Посебно се наглашава да се „у оквиру рада на *сузбијању насиља над женама*, размотри припремање *европског правног инструмента* на ову тему".

5. Само укратко напомињемо у којим правцима европске земље интервенишу у свом законодавству, да би обезбедиле потребне правне механизме у заштити женских права, пре свега у смислу остваривања равноправности полова и заштите жене од насиља. То је важно напоменути из два разлога: прво, због тога што то може бити упут за наше законодавство, и, друго, може бити основа за оцену могућности важећег казненог права и потреба његове иновације у овом смислу.

У европским националним законодавствима се нарочито обраћа пажња на спречавање дискриминације жена и обезбеђење њихове равноправности са мушкарцима, као и на увођењу посебних мера које су битне за жену као правног субјекта. У том смислу се користе различити начини правне заштите жена: доносе се посебни закони о равноправности полова или закони о једнаким шансама (на пример: Немачка, Данска, Велика Британија); проширују надлежности министарстава или формирају посебна министарства (на пример: Белгија, Норвешка, Шведска); успостављају посебне дирекције за једнаке шансе или комисије (на пример: Француска, Португалија, Словенија); саветодавни владини или парламентарни одбори (у разним земљама); групе жена парламентарки у циљу заштите, мониторинга и промовисања женских права (на пример: Албанија, Литванија);

специјални омбудсман за женска права (на пример: Шведска, Норвешка). У неким земљама се не користи само један већ више облика институционалне заштите, контроле и промовисања женских права (на пример: Француска, Белгија, Шпанија, Словенија, Норвешка, Шведска, Немачка, Данска).

Поред поменутих начина заштите путем посебних закона о заштити равноправности (једнаких шанси) полова, који имају (зависно од земље) шире или уже важење, користи се и новелирање низа посебних, већ постојећих закона, било у смислу спречавања дискриминације људи по полу, односно обезбеђења равноправности полова, било у смислу увођења посебних казнених мера (пре свега у форми прекршајних санкција) или омогућавања накнаде материјалне и нематеријалне штете због повреде женских права. Казнене одредбе су, природно, присутније у материји заштите жене од разних облика насилних или узнемиравајућих радњи (посебно на јавном и радном месту). Круг *субјеката одговорности* по овим прописима је различит, зависно од материје која се регулише и природе правног односа. Примећује се тренд проширивања круга тих субјеката и појачавање одговорности одговорних лица у правним лицима и органима јавне управе, односно у организацијама са јавним овлашћењима. Посебно се инсистира на увођењу и примени посебних *мера* за *унапређење* женских права (планирање акција, вођење специјалних евиденција, начин оглашавања слободних радних места, услови рада, кодекси професионалног понашања, наименовања, унапређења, квалификације, прилагођавање радном времену, хонорарни рад, одсуства због породичних и других обавеза, едукација, трудноћа и материнство, усвојење, накнада за рад, пријем у образовне установе, установе друштвеног стандарда, чланство у репрезентативним телима, чланство у телима у којима се доносе одлуке од јавног пре свега политичког значаја, итд.).

6. Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама Државне заједнице Србија и Црна Гора, поред генералне одредбе, да је „људско достојанство неприкосновено“ и да *свако* има *обавезу* да га *штити*, као и да „свако има право на слободан развој своје личности“, познавала је и неке одредбе које су важне посебно са становишта жене. Пре свега, чланом 3. Повеље *забрањивала се дискриминација*, непосредна и посредна, по било ком основу, а посебно по основу пола. Та забрана произилази *из принципа једнакости* људи пред законом. Важне су биле одредбе става 4. и става 5., којима се дозвољавало *привремено* увођење „*посебних мера* које су неопходне за остваривање равноправности потребне ради заштите и напретка за лица или групе лица које се налазе у неједнаком положају, да би им се омогућило пуно уживање људских и мањин-

ских права под једнаким условима". Чланом 39. гарантовала се посебна заштита породице, мајке и детета. Низ осталих права су општа и *једнако* су била *гарантована* сваком по принципу равноправности, односно једнаких шанси.

Устав Републике Србије из 2006. године углавном прихвата ова начела.

С обзиром на овакав начелан однос у гарантовању и коришћењу права, занимљиви су закључци разних анализа домаћег законодавства у погледу његовог прихватања принципа равноправности, односно забране дискриминације. У тим анализама се констатује да је *формално* домаће законодавство *усаглашено* са уставним одредбама о равноправности полова. Друго је, међутим, питање њихове *фактичке* равноправности, тј. питање појединачних правних аката путем којих се примењују општи правни акти, пре свега закони. Проблем је заправо на тој страни и у тој равни, која је неистражена, а о којој постоје углавном само индиције и апроксимације.

Поставља се, међутим, и једно много озбиљније питање. То је питање, колико је домаћи правни поредак одговорио на захтеве који се успостављају као уставна могућност, али и као обавеза пред међународном заједницом, у погледу *унапређивања* женских права, тј. у погледу *активног односа* према њима путем увођења *посебних институција и мера* у циљу њиховог што пунијег остваривања. У том погледу, може се слободно рећи, за разлику од других европских правних поредака, да је наш правни систем *на самом почетку* овог сложеног процеса. Тек се у новије време примећују неки пројекти закона и других општих аката у томе правцу, односно увођење одговарајућих специјалних институционалних механизама за позитивну акцију. Не само што је у питању озбиљно закашњење у погледу адаптирања правног система, већ постоји утисак да, у вези са тим процесима, не постоји ни довољан капацитет политичке воље и опште правне свести да се у том сегменту изведе ваљана правна транзиција.

Са овим у вези, отвара се широк проблем *обима и квалитета кршења женских права*, формалне *адекватности* правног система да на повреде и угрожавања ових права методично и систематично *реагује*, као и проблем самог реаговања тј. правне праксе у овој правној материји. Никако није уверљиво тврдити да обим тог реаговања *изражава* обим кршења ових права, што би било логично у систему права у којем се оно доследно и коректно примењује. Сва ова питања су везана за комплекс правних *деликата* (деликтно право), чији је најбитнији сегмент – *казнено право*, кривично и прекршајно.

7. Да би се схватила *природа* и *опсег* казненоправне *заштите жене*, женских права у савременом смислу, потребно је упозорити на природу

самих женских права. Већ је наглашено да је корпус правних норми обухваћен појмом *право женских права* (међународно и унутрашње) данас *проширен* („гарантивним“ и „обезбеђујућим“ нормама) *пре свега* у смислу тзв. *позитивних права*, тј. права која произилазе из потребе „позитивне дискриминације“ или, боље речено, *афирмативне акције*, као (позитивних) *обавеза* јавне власти, али све чешће и других субјеката да предузимају посебне *мере* у циљу заштите жене као субјекта права.

У правнологичком и правнотехничком смислу, овакав приступ у заштити жене, истовремено као субјекта права и као објекта његове заштите (пасивног субјекта) значи, да се у правном поретку могу идентификовати две врсте одредаба:

- одредбе са *забрањујућим* (прохибиторним) диспозицијама, којима се забрањују одређени поступци (радње) према жени – то је класичан, у извесном смислу традиционалан начин заштите који свакако мора постојати и даље (на пример, налагање уздржавања од атака на полну слободу жене), али је сам по себи недовољан;
- одредбе са *наређујућим* (императивним) диспозицијама, којима се налажу одређене обавезе као *активне радње* у смислу *унапређивања* права жене и њеног положаја у друштву, тј. путем којих се успостављају позитивне (афирмативне) *мере* према жени као *обавезе* у разним областима друштвеног и привредног живота.

Прве се углавном односе на заштиту „класичних“ и општих вредности, као што су слобода, достојанство, телесни интегритет, породични статус и сл., а друге примарно на јавно-политички, социјални и радни статус.

Прохибиторне и императивне норме и у овој правној материји су основ за „криминализацију“ понашања према жени, односно за утврђивање простора противправних (деликтних) радњи у *казненоправном смислу*. Процес ове правне заштите иде све више у том правцу да се шири императивност, али задржавају и сви облици класичних забрана. Ова два приступа су комплементарна, с тим што императивне норме на неки начин делују *превентивно* у односу на деликте активним радњама (превенција је иначе примарна оријентација у заштити жене и у казненоправном смислу).

Субјекти ових деликата могу бити разноврсни, али се примећује да се, када су у питању кршења норми којима се успостављају „негативна“ женска права, као субјекти њиховог могућег кршења у правилу појединци (физичка лица), а када су у питању „позитивна“, афирмативна права (права на афирмативну акцију) субјекти могу бити (или су чак углавном) лица са посебном одговорношћу и обавезама, пре свега *одговорна лица* па и *правна лица*.

Тзв. негативна права, тј. она која се заснивају на забранама одређених понашања су углавном присутна у данашњем *кривичном праву*, као деликти чињењем, као кривична дела с активном радњом, којом се крше неке забране (правни „табуи“), било да је у питању нека општа вредност било вредност специјално везана за жену, која нас овде примарно занимају.

Тзв. позитивна права (право на афирмативну акцију) у овој области данас су углавном, у казненоправном смислу, заштићена *прекршајним правом*, за које је иначе карактеристичан већи степен императивности (отуд у прекршајном праву има више него у кривичном деликата нечињењем). Ова заштита се остварује прописивањем разних прекршаја, пре свега законима али и подзаконским општим актима (на пример уредбама, одлукама) којима се уређује правни положај жене у одговарајућој области (на пример, у области просвете, здравства, запошљавања, социјалне заштите, политичког организовања).

Треба поново нагласити да се и „негативна“ и „позитивна“ права жене *преплићу* и *допуњавају* и да је све мање оних којима су у том смислу „чиста“ (једна или друга), да се све интензивнијим проширивањем и обезбеђењем женских права инсистира и на (афирмативном) унапређењу „негативних“ права, па она тако на неки начин постају (и) „позитивна“. Ово се посебно тиче права на равноправан третман, права на једнаке шансе. То уједно указује и на потребу да казненоправна заштита *мора бити мешовита,* и зато *синхронизована*, и кривичноправна и прекршајноправна. Прекршајно право у овој материји регулисања и заштите је значајно и због своје наглашене превентивне функције у односу на теже повреде женских права које су кривична дела, као и због тога што се прекршајном одговорношћу може „покрити“ шири круг субјеката казнених деликата (субјеката кршења женских права) – одговорна лица у правном лицу или државном органу, правна лица, предузетници, послодавци и сл. С друге стране, прекршајни прогон је бржи и често погоднији када су у питању деликти који су лакше природе, али могу бити (у правилу и јесу) *масовнији*. Савремено прекршајно право располаже великим могућностима адекватног санкционисања баш за такве деликте.

Због тога, у овој анализи треба обухватити и кривичноправни и прекршајноправни аспект казненоправне заштите жене и то не само са аспекта материјалног већ и процесног и извршног казненог права. Ширењем прописа о афирмативним мерама у заштити жене све се више јавља потреба да се уводе прекршајне санкције у овај систем заштите. То показују компаративноправне анализе. У нашем правном систему то се недовољно примећује због тога што смо, како је напред наглашено, на самом почетку

адаптирања правног система за модеран приступ у правној заштити женских права. Ширењем те заштите све ће се више јављати потреба за уређивањем специфичних прекршаја у овој области нормирања. Овде ће се представити кривична дела која су битна за заштиту жене у нашем праву, а када су у питању прекршаји биће представљени области прекршајног понашања која се срећу у страним правима, односно у домаћим пројектима општих прописа о заштити жене.

8. Када је у питању *кривичноправна* заштита жене, пажњу првенствено треба усмерити на одредбе о кривичним делима у домаћем законодавству чија је функција у непосредној заштити жене од понашања која се сматрају друштвено опасним. Како је наглашено, основни проблем у казненоправној и уопште правној заштити жене у савременом европском праву огледа се у два правца:

- у заштити жене *од дискриминације* у односу на мушкарца, односно у заштити права жене на равноправан третман са мушкарцем, и у
- заштити жене од разних облика *насиља* (реч је о специфичним облицима насиља над женом који су инкриминисани као кривична дела).

Одредбе о овим кривичним делима налазе се у различитим групама кривичних дела у кривичном закону, с обзиром на специфичности појединих групних заштитних објекта. То су, пре свега, нека кривична дела из следећих група кривичних дела: против слобода и права човека и грађанина, против полне слободе и морала, против брака и породице и против човечности и међународног права. Постоји, међутим, и читав низ *општих* кривичних дела која су битна и за заштиту жена, а пре свега низ кривичних дела против живота и тела, против здравља људи, против части и угледа, против јавног реда и правног саобраћаја и др. Занимају нас како кривична дела у којима се жена или неко женско право појављује као предмет заштите, тако и општа кривична дела која се односе и на жену.

а) *Полна и родна равноправност жена* су угрожени *дискриминацијом* према полу односно роду, која се у свим релевантним актима међународног права о људским правим и у свим демократским уставима не само *забрањује*, већ и оштро осуђује (Универзална декларација о људским правима, Европска конвенција Савета Европе, пактови о људским правима). Зато је, са становишта казненоправне заштите жене важно одредити појам „*дискриминација жена*“. Према члану 1. Конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена овај појам означава „сваку разлику, искључење или ограничење у погледу пола, што има *за последицу или циљ да* угрози или онемогући признање или остварење или вршење од

стране жена, људских права и основних слобода на политичком, културном, грађанском или другом пољу, без обзира на њихово брачно стање, на основу равноправности мушкарца и жена". Конвенција обавезује државе да „уведу правну заштиту права жена на равноправној основи с мушкарцима" и да „обезбеде да јавни органи и институције" поступају у складу с овом обавезом", као и да предузму потребне и подесне мере, укључујући и законодавне, „ради измене или укидања постојећих закона, прописа, обичаја и праксе који представљају дискриминацију жена, те да „ставе ван снаге све унутрашње *казнене одредбе* којима се врши дискриминација жена".

У нашем кривичном праву постоји *кривично дело повреда равноправности грађана*. Одредбама о овом кривичном делу се на широк начин криминализују све форме дискриминације грађана, у погледу у закону наведених њихових својстава, па и у погледу *пола*. Дискриминаторну радњу може учинити *свако ко на основу разлике* (и) према полу „*ускрати или ограничи* права грађана утврђена уставом, законом или другим прописом или општим актом или ратификованим међународним уговором, или ко на основу ове разлике даје грађанима *повластице или погодности"*. Ова одредба се критикује у том смислу, да се односи *само на грађане*, а не све људе, тј. да је сама по себи због тога – дискриминаторна.

б) Проблем *насиља над женом* је данас изузетно актуелна криминолошка, правна, виктимолошка, пенолошка и криминалнополитичка тема. Постоје многа истраживања овог феномена, често у вези са породичним насиљем и другим врстама поготово ситуационих кривичних дела насиља.

Због значаја овог проблема и његовог правног уређивања, поставља се питање *дефинисања насиља над женом* и регистровања *облика* тог насиља. Занимљиво је да је ово предмет многих међународних докумената (конвенција, декларација, акционих програма). Нас би примарно требало да занимају дефиниције које срећемо у конвенцијама, тј. уговорима као актима с правном обавезношћу. Посебан значај ипак има Декларација о елиминисању насиља над женама од 1993.г. У члану 1. Декларације се дефинише појам „*насиље над женама*", а у члану 2. се утврђује нека врста феноменологије ове категорије насиља. Осталим члановима Декларације се успостављају *обавезе* државама у циљу елиминисања насиља над женама, поред осталог и обавеза „*кажњавања* аката насиља над женама", односно увођење у правни систем казнених, имовинских, радних и административних (тј. прекршајних) санкција (вид. члан 4.). Наглашава се потреба широких превентивних активности у циљу сузбијања насиља над женама, без могућности позивања „ни на каква обичајна, традиционална или религиозна схватања да би се на тај начин избегле обавезе у погледу његовог одстрањивања".

Декларација дефинише насиље над женама као „*сваку радњу* насиља засновану на полној припадности која има за последицу или може да има за последицу *физичку, сексуалну* или *психолошку* повреду или патњу жена, укључујући и *претњу* оваквим радњама, *принуду*, или *самовољно лишавање слободе*, било да се дешава у јавном или приватном животу".

У члану 2. Конвенције ближе се одређују *облици* насиља над женама у *породици*, у *јавном животу (заједници)* и *од државе*. Овде су заправо идентификовани различити облици насиља као радње које треба *инкриминисати* домаћим правом, пре свега као *кривична дела*:

- телесне повреде,
- сексуалне злоупотребе женске деце,
- насиље везано за мираз,
- силовање (у браку и ван брака),
- осакаћење женских гениталних органа и сличну традиционалну
- праксу, која је штетна за жене,
- насиље ван брака,
- насиље у вези експлоатације жене,
- сексуалне злоупотребе ван породице,
- сексуално узнемиравање и понижавање, пре свега на раду и у образовним институцијама,
- трговина женама,
- присилна проституција,
- насиље „које чини или које прашта држава", без обзира где се дешава.

Данас се сматра да и насиље у браку и насиље у породици треба да буде шири предмет кривичноправне заштите. Што се тиче формулације која се односи на насиље *од државе*, овде се мисли на различите форме злоупотреба или прекорачења службених овлашћења са елементом насиља над женом.

Ако ове форме насиља упоредимо са понашањима која су инкриминисана као кривична дела у домаћем законодавству тада можемо закључити да се готово сви (сем неких који нису у традицији нашег друштва) овде идентификовани облици насиља могу *правно уверљиво* подвести под неку од одредаба нашег кривичног закона. То су следећа кривична дела у нашем кривичном законодавству:

- убиство,
- навођење на самоубиство и помагање у самоубиству,
- тешка и лака телесна повреда,
- насилно узимање људских органа или делова тела,
- угрожавање опасним оруђем при тучи или свађи,

- излагање опасности,
- напуштање немоћног лица,
- принуда,
- противправно лишење слободе,
- отмица,
- изнуђивање исказа,
- злостављање и мучење,
- угрожавање сигурности,
- противправно претресање,
- силовање,
- принуда на обљубу или противприродни блуд,
    - обљуба,
    - обљуба са дететом,
    - обљуба злоупотребом положаја,
- недозвољене полне радње,
- подвођење и омогућавање вршења полног односа,
- посредовање у вршењу проституције,
- трговина људима,
- принуда на закључење брака,
- запуштање и злостављање малолетног лица,
- насиље у породици,
- родоскрвњење,
- разбојничка крађа и разбојништво и тешки случајеви разбојничке
- крађе и разбојништва,
- изнуда,
- уцена,
- насилничко понашање,
- ратни злочин против цивилног становништва,
- заснивање ропског односа и превоз лица у ропском односу, али и низ других кривичних дела (на пр. у области рада).

Као што се види, у питању су углавном кривична дела која се односе на *свако* лице или одређена лица, а не само на жене, али ове одредбе могу да се користе и у односу на поменуте облике насиља и над *женом*. То, уосталом, важи и за друге опште вредности и општа кривична дела, па у том смислу могу да се користе и у заштити жене као субјекта права (на пример кривична дела против части и угледа, напред ненаведена кривична дела против полне слободе, дела против здравља људи и др.).

Закључак је, дакле, да је са формалноправне тачке гледишта, *обезбеђен* механизам заштите од насиља над женама на начин како је овај по-

јам одређен у Декларацији. То што се у дефинисању овог облика насиља помиње и околност да насиље над женом треба да буде извршено поводом припадности полу *не спречава* примену поменутих одредаба кривичног законодавства у односу на лица *оба пола*. То уосталом произилази и из *принципа једнаке заштите* ових добара без обзира на субјекта заштите.

Проблем је, међутим, очигледно на другој страни: *ваљаној примени важећег права*, а не толико на његовим формалним недостацима у предњем смислу.

Сви облици насиља над женом који су одређени Декларацијом, као и готово свим одредбама о одговарајућим кривичним делима, одређени су као *активне радње*, тј. као кршења забрањујућих (прохибиторних) норми. У правном смислу речи, проблем је у *непостојању* одговарајућих механизама казненоправне заштите женских *позитивних* права. Ово произилази из већ поменуте чињенице, да у наш правни систем *још увек нису инкорпорирана* ова женска права. Та права су везана, *пре свега, за афирмацију начела равноправности полова,* односно *родне равноправности*. У процесу доношења тих за нас нових прописа, створиће се *широк простор за инкриминисање*, тј. казненоправну заштиту, *прекршаја* у овој правној материји. То показују и страна европска права, која су одговорила на ове захтеве времена у којем живимо. Зато указујемо на потребу инкриминисања низа радњи као прекршаја у новим прописима који ће морати да заштите жену од дискриминације пре свега путем успостављања *мера* за унапређење њеног равноправног третмана са мушкарцем у областима које су идентификоване, пре свега, Конвенцијом о елиминисању свих облика дискриминације жена: јавног живота, образовања, запошљавања, здравствене и социјалне заштите, привредног пословања, брака и породице, социјалних и других услуга, вере, спорта, медија. То су *правни стандарди* једнако важни и обавезујући као и сви остали у европском регионалном окружењу, без чијег усвајања неће бити могућа савремена комуникација међу људима.

9. Казненоправна заштита жене поставља се и у одговарајућим *процедурама*, у кривичном и у прекршајном поступку, као и у казненим извршним поступцима, пре свега у вези са извршењем казнених санкција институционалног карактера: казне затвора, неких мера безбедности и васпитних мера (посебно васпитних мера заводског карактера).

а) У погледу казнених поступака пажњу треба обратити на два питања:

- могућност да жена као жртва кажњивог дела буде у процедури додатно виктимизирана (посебно као жртва сексуалних кривичних дела), и

- да у неким правним ситуацијама (на пример, у својству сведокиње, или осумњичене, или окривљене, или притворене) буде шиканирана као жена.

То се може правно отклонити, и тиме жену правно заштитити, одговарајућим одредбама материјалног кривичног права (кривичном одговорношћу учинилаца таквих дела у поменутим случајевима положаја жене), као и неким процесним могућностима (на пример, искључењем јавности, посебним правилима у предузимању неких процесних радњи, обзирношћу у поступању итд.), које постоје и нашем праву.

б) Посебно је деликатно питање положаја жене, као уосталом и мушкарца, у поступцима *извршења казнених институционалних санкција*. Поред општих гарантивних одредаба о правима лица према којима се извршавају кривичне санкције ове врсте, садржаних у закону о извршењу кривичних санкција и у низу подзаконских аката (пре свега правилника), постоје и специјалне гаранције у односу на лица женског пола. Ове гаранције су на општи начин утврђене и одговарајућим међународним актима, којима се утврђују стандарди и у овој области. Ти стандарди су прихваћени у Закону о извршењу кривичних санкција, а тренутно је у изради нова верзија тог закона у чијем пројектовању се посебна пажња обраћа на ова питања (уз одговарајуће рецензије и домаћих и страних стручњака и посматрача). Дакако, овде постоји један ограничавајући фактор – могућност друштва да одговори позитивним захтевима који су установљени у овим стандардима. Битно је да је питање извршења кривичних санкција код нас одскора престала да буде табу тема и да се све више говори и потреби мониторинговања, ширења контроле и надзора у овој процедури.

Међу важећим одредбама Закона о извршењу кривичних санкција РС, које се односе на положај жене у поступку извршења кривичних санкција заснованим, пре свега, на стандардима утврђеним Европским затворским правилима, која је донео Комитет министара чланица Савета Европе 1987. године, скрећемо пажњу на одредбе којима се:

- уводи посебан казнено-поправни завод за жене, како би се обезбедило да жене издржавају казну затвора одвојено од мушкараца;
- казнено-поправни завод за жене успоставља искључиво као завод полуотвореног типа (тј. завод за жене затвореног типа није могућ);
- уводе посебни правни основи (разлози)и рокови одлагања и прекида извршења казне затвора који важе за жене (на пример трудноћа од навршеног шестог месеца, дете млађе од једне године и сл.);

- гарантује одвојен смештај трудницама, породиљама и мајкама које негују децу;
- установљава право на одсуство с рада због трудноће, порођаја и материнства (сходно општим прописима);
- установљава право жене која има дете да задржи дете до навршене прве године живота, као и њено право да након тога даје сагласност на смештај овог детета ван завода;
- успоставља обавеза, да само жене могу да се запосле и руководе у казнено-поправном заводу за жене и одељењима осталих завода у којима се смештају жене;
- забрањује лицу мушког пола да без пратње управнице завода, друге руководиље или жене коју оне овласте уђу у казнено-поправни завод за жене и одељења осталих завода у којима су смештене жене, и др.

Резиме

Савремени правни системи морају успоставити заштиту сагласно стандардима утврђеним међународним актима. То усаглашавање се односи и на казнено (кривично и прекршајно) право. Наше кривично право формално садржи неопходне инструменте ове заштите, али је отворено питање његове примене. Прекршајно правна заштита биваће све шира, с обзиром на природу прописа који морају бити донети, јер ће се њима интензивније уводити мере тзв. афирмативне акције.

Stanko Pihler, Ph.D. Full professor
Novi Sad School of Law

Fundamental Questions of Legal Protection of Women With Special Reference to Penal Protection

Abstract

Modern legal systems must establish a protection in accordance with the standards determined by international instruments. Such a harmonization is applicable even in the case of penal (criminal and misdemeanor) law. Our criminal law formally contains necessary instruments for such protection, however the question of its implementation remains open. Legal protection provided by the law of misdemeanors has the tendency to become wider due to the nature of the legislation that has to be enacted because such legislation will more intensively introduce the measures of so called affirmative action.

Др Миле Врањеш, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ФИНАНСИЈСКЕ ТЕМЕ И ДИЛЕМЕ НА ПОДРУЧЈУ СОЦИЈАЛНОГ ОСИГУРАЊА

Сажетак: *У домену социјалног осигурања присутне су бројне финансијске теме које привлаче пажњу финансијских стручњака, привредника и грађана. Реч је о разлозима постојања социјалног осигурања у тржишној привреди (негативна селекција, патернализам, економија трошкова одлучивања и др.); о карактеристикама савременог социјалног осигурања: обавезно учествовање, примање делимично зависи од доприноса, користи настају постојањем неког догађаја, програми најчешће зависе о имовинском цензусу; о економским ефектима социјалног осигурања: (а) ефекат на штедњу, ефекат супституције, ефекат богатства, ефекат поклањања и (б) ефекат на подручју рада; о методама минимизирања моралног хазарда и негативним учинцима социјалног осигурања; о изворима и методама финансирања социјалног осигурања: наменски (доприноси или порези), економске и социјалне консеквенце, глобални аспекти (биланси и основни проблеми) финансирања социјалног осигурања у одабраним земљама чланицама ОЕЦД-а, Европске уније, земљама у транзицији и у Републици Србији, пракса, проблеми функционисања и основни концепт финансијске реформе социјалног осигурања у одабраним земљама – чланицама ОЕЦД-а, Европске уније, земљама у транзицији и у Републици Србији.*

Кључне речи: *Социјално осигурање, финансирање социјалног осигурања, доприноси за социјално осигурање, права из социјалног осигурања и финансијске реформе социјалног осигурања.*

Финансијске теме и дилеме на подручју социјалног осигурања имају све значајније место и све више привлаче пажњу најшире јавности. Финансијски стручњаци, привредници и грађани показују повећан интерес за финансијске теме и дилеме из домена социјалног осигурања. То је разумљиво јер је криза социјалног осигурања данас у целом свету, па и у најразвијенијим земљама данашњег света. Наиме, нигде није лако изаћи на крај са великим трошковима социјалног осигурања. У структури јавних расхода Европске уније у 2003. години на првом су месту издаци за социјалну помоћ и заштиту који обухватају 40 % укупних јавних расхода Европске уније, односно 18,8 % бруто друштвеног производа (БДП-а) Европске уније. Издаци за здравство, пак, имају учешће у БДП-у Европске уније од 6,3 %. Просечно учешће расхода у БДП-у Европске уније је 45,3 %.[1] Дабоме, трошкови социјалног осигурања варирају од земље до земље. Но, о томе ће бити касније више речи приликом анализе права из социјалног осигурања, односно расходне стране социјалног осигурања. Истина за вољу, слични проблеми карактеришу и Републику Србију.

На првом су месту у структури јавних расхода Републике Србије издаци за социјално осигурање, то јест права из социјалног осигурања, који обухватају 31,4 % укупних јавних расхода Републике Србије, односно 13,9 % БДП-а Републике Србије. Издаци за социјалну заштиту обухватају 9,0 % укупних јавних расхода Републике Србије, односно 4,0 % БДП-а Републике Србије. Просечно учешће расхода Републике Србије у БДП-у Републике Србије је 44,3 %.[2]

ИЗВОРИ ФИНАНСИРАЊА СОЦИЈАЛНОГ ОСИГУРАЊА

Кад год се озбиљније третира проблем извора и метода финансирања социјалног осигурања, готово да није могуће мимоићи једно од најсложенијих питања: Како финансирати социјално осигурање? Да ли кроз наменске доприносе или порезе, или њиховом комбинацијом? Да ли и од имовине? Да ли су, дакле, потребни наменски или ненаменски извори финансирања социјалног осигурања? Другим речима, каква треба да буде приходна страна социјалног осигурања?

[1] Видети: www.europa.eu.int/:EUROSTAT, No. 4. и 41/2004.

[2] Видети: Министарство финансија Републике Србије, Меморандум о буџету и економској и фискалној политици за 2007. годину са пројекцијом за 2008. и 2009. годину. Обрачун аутора.

Посматрајући групацију земаља ОЕЦД-а и Републику Србију, уочавамо да се већина земаља определила да иде на наменске доприносе као инструменте обезбеђења средстава за финансирање накнада из социјалног осигурања. У оквиру те групације земаља, могуће је разликовати две подгрупе земаља са различитим моделима финансирања социјалног осигурања. Прву подгрупу чине оне земље у којима постоји „класичан" модел обавезног социјалног осигурања. Карактеристике „класичног„ модела обавезног социјалног осигурања су: постојање посебних доприноса за све сегменте социјалног осигурања (пензијско и инвалидско осигурање, здравствено осигурање и осигурање за случај незапослености); основицу доприноса чине бруто зараде; стопе доприноса су пропорционалне; нема олакшица и ослобађања од плаћања од доприноса; доприноси се плаћају и на најниже износе зарада и постоје лимити за горњи износ зарада. Аустрија, Белгија, Канада, Финска, Француска, Немачка, Грчка, Италија, Јапан, Луксембург, Швајцарска, Турска, САД, Шведска, у делу који се односи на доприносе које плаћају послодавци као и Република Србија, имају „класичан" модел обавезног социјалног осигурања.

Постоје и одступања од „класичног" модела обавезног социјалног осигурања. Она се огледају у комбинацији доприноса за социјално осигурање са порезима како би се обезбедила довољна средства за финансирање социјалног осигурања у дефинисању основице доприноса за социјално осигурање, тако да се она приближи основици пореза на доходак физичких лица; у увођењу неопорезивог минимума; у уклањању горњег лимита зарада код плаћања доприноса и давању неких олакшица о ослобођења од плаћања од доприноса за социјално осигурање.

Другу подгрупу земаља чине оне у којима постоји модел обавезног социјалног осигурања, али са већим одступањима. У овом моделу постоји само један допринос за социјално осигурање, који по различитој стопи плаћају запослени и послодавци. Ово одступање у поређењу са претходним одступањима чини овај модел финансирања социјалног осигурања различитим од „класичног" модела финансирања социјалног осигурања. Ирска, Норвешка, Португалија, Шпанија и Велика Британија примењују тзв. „некласичан" модел обавезног финансирања социјалног осигурања.

Да ли применити „класичан" или тзв. „некласичан" модел обавезног финансирања социјалног осигурања? Предност треба дати „класичном" моделу обавезног финансирања социјалног осигурања. Као главни разлози за то наводе се чињенице да социјално осигурање покрива пензијско и инвалидско осигурање, здравствено осигурање и осигурање за случај незапослености; да сваки од тих сегмената социјалног осигурања има своју концепцију; да се обезбеђује већа финансијска аутономија и демократско одлучивање.

Мањи је број земаља – чланица ОЕЦД-а које социјално осигурање финансирају из наменских пореза. Овај модел финансирања социјалног осигурања данас је у примени у Данској и Финској. Примера ради, у Данској нема директних социјалних котизација и социјално осигурање је фискализирано. Због тога ова земља мора да има значајне фискалне приходе. Отуда у Данској постоји велики број индиректних пореза.

На крају су оне земље које немају наменске изворе финансирања социјалног осигурања, дакле, ни наменске доприносе, ни наменске порезе. Оне социјално осигурање финансирају искључиво из фискалних прихода, односно из буџетских средстава. У ову групу земаља спадају Аустралија и Нови Зеланд.

Да ли на подручју финансирања социјалног осигурања треба применити модел обавезног социјалног осигурања или буџетске трансфере? Предност треба дати моделу обавезног финансирања социјалног осигурања са наменским изворима финансирања. Као главни разлози за то наводе се природа и карактер савременог социјалног осигурања; „обавезност (обавезно учествовање); висина накнада (користи) и права на те накнаде, зависно од претходног доприноса корисника; право на накнаду остварује се настанком неког догађаја: незапослености, болести или пензионисања; трансфери, односно накнаде по основу социјалног осигурања нису условљени имовинским цензусом, него се остварују аутоматски по настанку неког догађаја“)[3]; сигурност да ће средства прикупљена путем доприноса за социјално осигурање бити заиста употребљена за те сврхе. Међутим, наводе се и разлози за употребу буџетских трансфера, посебно ако постоје економски и друштвени проблеми (велика незапосленост и сл.).

Пошто се социјално осигурање данас у највећем броју земаља ослања на наменске изворе финансирања (доприноси за социјално осигурање), та издвајања (доприноси за социјално осигурање) утврђују се зависно од очекиваних накнада из социјалног осигурања, па ваља нешто рећи о наменском финансирању и о инструменту доприноса за социјално осигурање.

Наменско финансирање је шире повезано са начелом корисности, чије изучавање почиње појавом модерне теорије јавних добара током 50-тих година века. Представници теорије јавних добара су E. Lindahal и K. Wiksell, шведски економисти. Суштина њиховог модела је у укључивању јавних добара у нормативну теорију ефикасног коришћења оних извора који су до тада били резервисани за приватна добра, као и у томе да прибављање јавних добара захтева политички или буџетски поступак. Другим речима, постоје јавна добра и јавни избор, као и економика јавних

[3] H. S. Rosen, Public Finance, Irwirin, 1988, стр. 194.

добара. Наиме, показало се да се услови Паретове ефикасности могу применити како на јавна добра, тако и на приватна добра, иако са нешто другачијом формулацијом. Дефинишући јавна добра као добра чија употреба од стране једних не искључује употребу од стране других, Lindahal је доказао да ефикасно прибављање, посматрано у аналогији с тржишним процесом, захтева да потрошачи понуде да ће учествовати у сношењу цене, тако да делови терета износе 100 %. Дакле, прибављање јавних добара треба да буде у односу са коришћу оних који та јавна добра користе. Дакле, трошкови и корист постају значајно оружје у примени финансијске анализе. Услов за то је изједначавање маргиналних стопа супституције у производњи са збиром маргиналних стопа супституције у потрошњи. На тај начин је у строгом облику дефинисана природа јавних добара и њихово ефикасно прибављање. Тржиште које искључује оне који не плаћају, није могло успешно обезбедити прибављање јавних добара. Такво искључење потрошње која није приватна не би била ефикасна. Проблем је у „недељивошћу" јавних добара која су интегрално и у подједнакој мери доступна свим корисницима. Због тога појединачни удео у коришћењу и трошак тог коришћења код јавних добара није могуће утврдити. Другим речима, коришћење јавних услуга не може се ограничити само на „чиста" јавна добра због присуства „мешовитих" јавних добара која производе тзв. „екстерне ефекте", као што је и сасвим извесно постојање неконкурентности потрошње јавних добара и скривање преференција корисника за јавним добрима. По Lindahalu, номинални доходак појединца, а не његов укус, одређују маргиналну корисност јавних услуга. У том смислу, пропорционално опорезивање апроксимира цену јавних услуга које користе сви грађани.

Међутим, ако је доходовна еластичност таквих услуга већа од један, оправдано је прогресивно опорезивање. Wiksell је опортунитентну цену јавних услуга потражио у адекватном механизму политичког одлучивања. По њему сваки програм јавних расхода мора да буде дат заједно с предлогом како финансирати тај програм. Тако су обе стране буџета повезане, с тим што се имало у виду опорезивање према користи. Он је још упозорио да би: опорезивање у складу с интересом потрошача било праведно, мора претпоставити праведну расподелу дохотка пре опорезивања. Уз ту претпоставку порески систем може се организовати у смислу опорезивања према користи коју порески обвезник има од јавних власти. На основу ове анализе произилази закључак да природа јавних добара захтева јавни сектор који ће обезбедити ефикасно коришћење средстава.[4]

[4] Richard A. Musgrave, Fifty years of Public Finance, Detroit, 1987.

Везивање јавних прихода за специфичне јавне расходе изведено је из примене начела корисности у опорезивању. Наменски јавни приходи нису цена јавних услуга, али јесу нешто између те цене и општег наменског опорезивања, претендујући да барем донекле обухвате оно прво. Код наменског опорезивања имамо елемент против чинидбе, због чега га аутори у потпуности не одбацују. Поред тога, корисност наменског опорезивања значајна је и са становишта једнакости и ефикасности у опорезивању. На крају, пошто постоје разлике у перференцијама корисника за јавним добрима, рационално регулисање потрошње јавних добара подразумева наменско опорезивање.

ИНСТРУМЕНТ ДОПРИНОСА ЗА СОЦИЈАЛНО ОСИГУРАЊЕ

Широк развој свеобухватног социјалног осигурања пратили су нови извори финансирања, углавном порез на фонд плата. Он се делио на доприносе за социјално осигурање који су плаћали послодавци и допринос за социјално осигурање који су плаћали запослени, мада је та разлика била више симболична него стварна, и доприноси за социјално осигурање (eng. Social Security Contribution), (nem. Sozialversichereungs Beitrag), (franc. Cotisation de sécurite sosial), постали су састави део система јавних прихода. „Систем социјалног осигурања изграђен је доприносима који плаћају осигураници њихових разноврсних услуга“.[5] Наиме, у области социјалног осигурања који обезбеђују корисници („заједничко финансирање потреба круга уплатилаца – корисника, али на нижем нивоу него ли што је цела друштвена заједница“),[6] не само узајамно и солидарно, непосредни интерес („непосредне користи које појединци имају од рада државних и других органа а чије деловање није покренуто захтевом обвезника плаћања доприноса“[7] још је опипљивији. За функционисање социјалног осигурања непосредни интерес корисника је толико значајан због тога што утиче на њихову спремност у погледу плаћања доприноса за ове потребе. Сам непосредни интерес корисника и давалаца услуга социјалног осигурања не

[5] Видети.: др Јован Ловчевић, *Доприноси*, „Анали Правног факултета у Београду“, бр. 4, 1961, стр. 567.

[6] Видети: др Фрањо Здравец и др Маријан Ханжековић, *Неки проблеми везани уз појам доприноса*, „Економски преглед“Загреб, бр. 11-12, 1961, стр. 1055.

[7] Видети: Божидар Јелчић, *О доприносима*, Зборник Правног факултета у Загребу, Загреб, бр. 3-4, 1964, стр. 182.

би могао у свим случајевима обезбедити оптималну одлуку због шире друштвене користи од услуга социјалног осигурања, па је нужно обавезно социјално осигурање.

Из овога до сада изнетог произилази констатација да су доприноси за социјално осигурање јавни приходи који служе за финансирање унапред утврђених расхода из домена социјалног осигурања, а који се на основу уведене обавезе у убиру од физичких и правних лица и код којих је присутно везивање висине доприноса са непосредном користи коју обвезник доприноса за социјално осигурање има од трошења средстава. Обавеза плаћања доприноса за социјално осигурање објашњава се и оправдава начелом еквиваленције, односно do ut des.[8]

Посебно је значајно указати на овом месту да обавезу плаћања доприноса за социјално осигурање његови обвезници, посебно послодавац, осећају као пореску обавезу јер испуњење те обавезе за њих производи исте ефекте који су својствени порезима. Наиме, као и код пореза том обавезом умањује се економска снага физичких и правних лица од којих се убира допринос за социјално осигурање. По правилу се доприноси за социјално осигурање наплаћују на исти начин и најчешће једновремено с персоналним порезом на доходак при исплати зарада и обвезници доприноса за социјално осигурање не могу га, као ни обвезници порез да каже, да неће плаћати допринос за социјално осигурање, јер су то обавезна давања. Но, међутим, запослени као обвезници доприноса за социјално осигурање радије плаћају допринос за социјално осигурање него порез, јер имају непосредну корист од трошења средстава доприноса за социјално осигурање.

Издвајање средстава за финансирање одређених расхода који су предмет осигурања разних социјалних ризика кроз допринос за социјално осигурање једна је од мера социјалне политике. Но како се о неким елементима социјално осигурање може говорити већ у 14 веку и посебно у 16 веку, тако су 50-тих година 19 века створене претпоставке за стално дефинисање и организоване мерама социјалне политике. А међу тим претпоставкама ваља истаћи индустријски развој и с тим у вези повећање друштвеног производа, бољу организованост државе, развој друштвених наука и нову функцију државе с социјалном привредом која треба да обезбеди сигурност и благостање свим својим грађанима. Развој социјалног осигурања настављен је у другој половини 19 века прво кроз законску регулативу осигурања неких ризика а касније између два светска рата све више ка проширењу обавезног социјалног осигурања за све ризике и сва лица. Све-

[8] Видети: Миле Врањеш, *Однос пореза и доприноса*, Правни вјесник, Осијек, бр. 2, 1987, стр. 227.

обухватно регулисање друштвеног и посебно привредног живота у фази тзв. државног капитализма и усмеравања свих привредних и новчаних токова, које је из тога произилазило, олакшали су пут проширењу обухвата ризика обавезним социјалним осигурањем. Када је реч о развоју обавезног социјалног осигурања у појединим државама, он је био различит. Енглеска, Немачка и Француска најчешће се наводе као пример држава са дугом и богатом праксом обавезног социјалног осигурања. То није био случај са САД које су обавезно социјално осигурање увела релативно касно. Уз систем централизованог обавезног социјалног осигурања који је у примени у највећем броју земаља, као што су Велика Британија, Француска, Белгија, скандинавске државе, Јужна Америка, Африка и све (бивше) социјалистичке државе, имамо и систем децентрализованог обавезног социјалног осигурања, било регионално, било према лицима осигураника који је у примени у мањем броју земаља, као на пример у Швајцарској, Шпанији и другим. У многим државама, посебно у савременим државама са социјално-тржишном привредом, сусрећемо се с распрострањеним типом допунског осигурања разних осигураника (приватно; добровољно осигурање).[9]

Једно од централних питања сваког система доприноса за социјално осигурање јесте питање оправдање за збирање доприноса за социјално осигурање. Увођење обавезног социјалног осигурања објашњава се и оправдава потребом за осигурањем социјалне сигурности запослених и издржавање чланова породице онда када изостане делимично или у целости, притицање дохотка од рада због старости, инвалидности, болести, незапослености, трудноће. Изостали део дохотка из наведених разлога подмирује се социјалним давањима, а њега није лако ни једноставно утврдити, посебно ако се ради о ризицима који се тешко могу предвидети и ако осигурање тих разлика терети (само) послодавца, због чега он све чини како би умањио пореске наплате доприноса за социјално осигурање. Потреба за трансферним давањима, који се обезбеђују увођењем обавезног осигурања и с тим повезано плаћањем доприноса, јавља се не само код ризика везаног за лица осигураника, него и код болести и неких других ризика чланова његове породице и сл.

При утврђивању висине доприноса за социјално осигурање, односно социјалних трансферних јавних расхода, поставља се проблем:

- утврђивања врсте и броја осигураних ризика;
- утврђивање обухвата права на основу осигурања;
- утврђивање корисника осигурања.

[9] Видети.: Hedtkamp, G.: Lehrbuch der Finazwissenschaft, Lucterhand, Neuwied, 1977, стр. 443.

Висина трансферних давања утврђена је најчешће износом из осталог дохотка, било да је једнак или мањи од њега. Поред запослених који имају непосредно права на трансферна давања и то у вези с лицем које је осигурано. Пошто смо утврдили ризике осигурања и лица на које се односи обавезно социјално осигурање, следи проблем утврђивања износа трансферног давања: висина пензије и инвалиднине, висина накнаде за време незапослености и сл. Висина трансферног давања може зависити од висине дохотка и/или расположиве имовине осигураника и оно мора обезбедити неку висину економске снаге осигураника – издржаваних чланова породице и не сме дестимулативно утицати на обвезника да ради нити пак да се због смањења дохотка плаши изостанка са рада. Тако, висина пензија зависи по правилу од осигураниковог стажа, старости и издвајања средстава у фондове социјалног осигурања. Оно што, међутим, треба посебно истаћи јесте то да се обавезно социјално осигурање умногоме заснива на начину чинидбе за просту чинидбу (do ut des), разумљиво је да је висина пензија детерминисана наведеним разлозима. Додајмо томе да се у условима инфлације обезбеђује реална вредност социјалног давања као и то да се води рачуна о усклађивању социјалних давања с порастом животног стандарда грађана.

Када је реч о неким отвореним питањима система доприноса за социјално осигурање, прво отворено питање јесте то да доприносе за социјално осигурање делимично плаћају запослени, а делимично послодавци на зараде. У земљама Европске уније приликом наплате доприноса за социјално осигурање они падају понајпре на терет запослених а мањим делом сносе их послодавци. Произилази да фактор рада сноси терет финансирања социјалног осигурања. Но, шта ако су незапослени? Зашто је као извор финансирања социјалног осигурања баш изабран допринос за социјално осигурање на зараде. Одговор је једноставан, јер је реч о најбржем, најлакшем и најстабилнијем извору финансирања. А пошто су зараде основица не само за обрачун доприноса за социјално осигурање већ и за утврђивање висина накнада из социјалног осигурања, инструмент доприноса за социјално осигурање више него било који други финансијски инструмент апроксимира цену социјалног осигурања по осигуранику, што је посебно значајно са становишта његове алокацијске ефикасности. Међутим, велики је недостатак инструмента доприноса за социјално осигурање што вештачки поскупљује живи рад, дисторизвно делује на цене рада и капитала на штету радно интензивних грана привреде. Све то чини и целу привреду мање конкурентном у светским димензијама, а и узрок је појаве сиве економије.

Поред тога, стопе доприноса за социјално осигурање, о којима ће бити касније више речи, високе су. Без обзира што допринос за социјално осигурање који се ослања на зараде представља више деценија „камен спотицања“ и суштински нерешено питање опорезивања, може се тврдити да му нема замене. То је систем који је дугорочан и који се тешко може мењати. Уосталом, у досадашњој финансијској теорији и пракси нико није понудио решење које би у начину убирања средстава за финансирање социјалног осигурања обезбеђивало већи степен солидарности, или би у неком другом погледу означавало стваран напредак у односу према доприносима за социјално осигурање.

У земљама ОЕЦД-а, Европске уније и у земљама у транзицији обвезници доприноса за социјално осигурање су како осигураници – у првом реду запослена лица, тако исто и послодавци. И једни и други су заинтересовани за осигурање разних социјалних ризика посебно лица која су корисници фондова социјалног осигурања. Када је реч о основици плаћања доприноса за социјално осигурање, она је различита, како онда када се као обвезници јављају послодавци, тако и онда када су то запослена лица, или пак кад су обвезници доприноса предузетници који обављају слободна занимања или земљорадници. Запослени тај или допринос плаћају углавном по одбитку, тај допринос за лица која су код њега запослени, послодавац уплаћује у одговарајуће фондове приликом исплата зарада. Дакле, основица доприноса за социјално осигурање за запослене и за послодавце је зарада, односно плата и накнада зарада, односно плата у складу са законом који уређује радне односе, општим актом и уговором о раду, односно решењем надлежног органа. У наведеним земљама доприноси за социјално осигурање делимично падају на терет запослених, а делимично њих сноси послодавац – као трошак фирме. Кључно је питање какав је однос између ова два дела фискалних обавеза. Према подацима[10] послодавци у правилу издвајају већи износ на име плаћања доприноса за социјално осигурање. Они су у 1999. години у земљама ОЕЦД-а издвојили готово 2/3 доприноса за социјално осигурање. То учешће у земљама ЕУ те године износило отприлике исто. Али, у САД, Јапану, Немачкој и Турској мање су разлике у учествовању доприноса за социјално осигурање послодаваца наплатом овог доприноса, док су у Финској, Француској, Исланду и Италији велике разлике у учествовању доприноса за социјално осигурање послодаваца и запослених у укупним приходима убраним наплатом овог доприноса, јер послодавци највећи део овог доприноса издвајају.

Друго отворено питање система доприноса за социјално осигурање односи се на стопе доприноса за социјално осигурање. Оне су „болна тач-

[10] Извор: Revenue Statistic 1965-2000, OECD, Paris, 2001.

ка“ и превисоке су, јер се потребе већине корисника права задовољавају у преуским ризичним заједницама и фондовима. Високе стопе доприноса за социјално осигурање високо оптерећују живи рад и са високим стопама доприноса за социјално осигурање не може се ићи у правцу тржишне економије у реформи социјалног осигурања, јер оне ограничавају привредну активност и подстичу на сиву економију. Проблем је у томе што иза тако високих стопа доприноса за социјално осигурање не стоји одговарајућа противнакнада. Заправо, унутар стопе доприноса за социјално осигурање крије се стопа пореза на доходак. Но, да ли је у једној земљи заиста висока стопа доприноса за социјално осигурање, показују подаци о стопама доприноса за социјално осигурање у земљама чланицама ОЕЦД-а и Европске уније.

Према неким калкулацијама и поређењима са другим системима у другим земљама, стопа доприноса за пензијско и инвалидско осигурање не би требала прелазити 15 %. Она би била једнака без обзира да ли се у једној земљи примењује само први стуб обавезног пензијског и инвалидског осигурања или први и други стуб обавезног пензијског и инвалидског осигурања. Код земаља које имају оба стуба обавезног пензијског и инвалидског осигурања, могуће је касније вршити постепено повећање стопе другог стуба обавезног пензијског и инвалидског осигурања на штету стопе доприноса за обавезно пензијско и инвалидско осигурање првог стуба. Најбоље решење било би да се обавезно пензијско и инвалидско осигурање пропише само до просечне зараде, а све друго би требало или у трећи стуб добровољног пензијског и инвалидског осигурања, ако то обвезник жели.

Када је реч о стопама доприноса за здравствено осигурање, према неким калкулацијама и поређењем са другим системима у другим земљама, оне не би требало да прелазе 10 %. Ако су оне веће од 10 %, тада надмашују ниво услуга коју пружа здравствено осигурање. Но, пензионери не би требали плаћати допринос за здравствено осигурање, јер су га плаћали истовремено кад и допринос за обавезно пензијско оси-гурање и инвалидско осигурање. Код обавезног здравственог осигурања немамо још систем сличан другом стубу пензијског и инвалидског оси-гурања. Систем солидарности требало би ограничити до нивоа просечне плате, све до нивоа просечне зараде, а све остало могло би ићи у добро-вољно здравствено осигурање, који омогућава виши квалитет здравстве-них услуга.

Када је реч о стопама доприноса за осигурање за случај незапослености, и ту би требало извршити смањења стопе.

У том контексту земље које имају више стопе доприноса за обавезно пензијско и инвалидско осигурање и стопе доприноса за обавезно здравст-

вено осигурање, као што је Република Србија, у односу на предложене стопе према калкулацијама и поређењем са другим системима и у другим земљама, требало би да смање те стопе. Тиме ће се укупно фискално оптерећење плата смањити до основице бруто зараде, а што би било значајно за веће запошљавање и веће улагања у земљу. Познато је да је због високих фискалних давања у једној земљи она све мање интересантна за улагања у оне гране где се тражи високообразована или квалификована радна снага. Једноставније је да такви радници потраже посао у иностранству. Дабоме, иако има и своје дугорочне последице. Неке стопе доприноса за социјално осигурање значе већу конкурентност привреде једне земље.

Треће отворено питање система доприноса за социјално осигурање односи се на ослобађање и олакшице при плаћању доприноса за социјално осигурање. Доприноси за социјално осигурање нису само превасходно фискалног циља – средства за убирање новца већ и за остваривање економских и социјалних циљева. Тако доприноси за социјално осигурање као инструмент економске политике могу бити у функцији стимулисања инвестиција и повећања запослености. Но, свако ослобођење и олакшица при плаћању доприноса за социјално осигурање повећава административне трошкове и компликује систем социјалног осигурања односно систем доприноса. Без обзира на поверење свако ослобађање и олакшице при плаћању доприноса за социјално осигурање ствара арбитражну процену, јер влада, понекад, процењује испуњење услова за такве подстицаје .

Доприноси за социјално осигурање уводе се с циљем да се обезбеде средства за финансирање разних облика социјалне сигурности. На обвезнике то има учинак као пропорционални порез, дакле у мањој је мери примерен економској снази обвезника од прогресивног пореза, а у фази алиментирања све се мање користи за остваривање економских, социјалних или других циљева путем доприноса.

Дуго је времена било укорењено схватање да се код доприноса за социјално осигурање не могу давати олакшице, а поготово ослобођења, јер се по основу плаћања тих доприноса остварују конкурентна материјална права. Међутим, тај аргумент је споран, јер само код неких доприноса постоји непосредна веза између њихове висине и конкурентних материјалних права (пензијско и инвалидско осигурање, накнада за боловање). Имамо доприносе за социјално осигурање по основу којих сви осигураници под истим условима потенцијално могу остваривати одређена материјална права, а обим коришћења тих права није у непосредној вези с висином плаћеног доприноса. Ако се одређена материјална права по основу доприноса за социјално осигурање могу остаривати без обзира што не постоји

непосредна веза између висине доприноса за социјално осигурање и конкурентних материјалних права – зашто од обавезе плаћања тих доприноса не би могли бити ослобођени неки обвезници, посебно послодавац, или зашто та обавеза не би могла бити смањена неким обвезницима, посебно послодавац, због економских, социјалних или неких других разлога? Тешко би било наћи стварне разлоге због којих се не би могло прописивати ослобођење и олакшице од плаћања доприноса за социјално осигурање. Било би логично да радник пре свега, ако дође, односно да не би дошао у ситуацију да прима новчану накнаду за случај незапослености, буде привремено ослобођен доприноса за обавезно осигурање за случај незапослености, затим доприноса за обавезно здравствено осигурање, па и за обавезно пензијско и инвалидско осигурање. Још је логичније да се ослобађање и олакшице од плаћања доприноса за социјално осигурање дају послодавцима који запосле лица старија од 50 година или млађа од 30 година, затим лица са инвалидитетом. За релативно мали број послодаваца који су у губитку и када би после исказивања губитка или стварна санација или ликвидација, олакшице, па и ослобађања од плаћања доприноса за социјално осигурање у одређеном периоду била би значајна помоћ у ситуацији ако за то постоје и други услови. Таква ослобађања и олакшице од плаћања доприноса за социјално осигурање била би не само прихватљива, већ и нужна.

Подразумева се да за ефекат олакшица и ослобађања од плаћања доприноса за социјално осигурање у правилу не би требало да буду смањена средства одговарајућих фондова и завода. Прописивање олакшица и ослобађања од плаћања доприноса за социјално осигурање значи преваљивање тих ефеката на друге обвезнике.

Проблем олакшица и ослобађања од плаћања доприноса за социјално осигурање изузетно је важан јер наша земља више не може само пореским олакшицама и ослобађањем постићи исте ефекте као друге земље код којих порези имају неупоредиво већа учешћа у структури укупних давања. Република Србија поред раније прописаних ослобађања од обавезе плаћања доприноса за обавезно социјално осигурање који се плаћају на основицу, односно на терет средстава послодаваца прописала је да послодавац који запосли лице које на дан закључивања уговора о раду старије од 50 година и које код Националне службе за запошљавање има статус корисника новчане накнаде за време незапослености, или је код те службе пријављено као незапослено лице најмање шест месеци без прекида, односно ако запосли лице које је на дан закључења уговора о раду старије од 45 година под напред наведеним условима, има право да доприносе за обавезно социјално осигурање који се плаћају на основицу, односно на терет средстава послодавца, обрачунава и плаћа по стопама (11 %) овог за-

кона умањеним за 80 %, а прописана су и нова ослобађања од обавезе плаћања доприноса за обавезно социјално осигурање и то: (1) послодавац који запосли лице које се у смислу закона којим се уређује рад сматра приправником, које је на дан закључења уговора о раду млађе од 30 година и које је код Националне службе за запошљавање пријављено као незапослено лице, ослобађа се обавезе плаћања доприноса за обавезно социјално осигурање који се плаћају на основицу, односно на терет средстава послодавца, за период од три године од дана заснивања радног односа тог лица; (2) послодавац који запосли на неодређено време лице које је на дан закључивања уговора о раду млађе од 30 година уз претходне описане услове, ослобађа се обавезе плаћања доприноса за обавезно социјално осигурање које се плаћа на основицу, односно на терет средстава послодавца, за период од две године од дана заснивања радног односа тог лица; с тим да оба наведена ослобађања од плаћања доприноса не могу остваривати државни органи и организације, јавна предузећа, јавне службе и други директни и индиректни буџетски корисници као и то да Национална служба запошљавања плаћа доприносе за новозапослена лица за које је послодавац остварио поменуту олакшицу; (3) послодавац који на неодређено време запосли лице са инвалидитетом у складу са законом који уређује спречавање дискриминације лица са инвалидитетом, за које одговарајућом правно-медицинском валидном документацијом докаже инвалидност, ослобађа се обавезе плаћања доприноса за обавезно социјално осигурање који се плаћају на основицу, односно на терет послодавца, за период од три године од дана заснивања радног односа тог лица, с тим да наведено ослобађање не могу остваривати државни органи и организације, јавна предузећа, јавне службе и други директни и индиректни буџетски корисници. Међутим, потребно је и неке мере економских подстицаја у систему и политици доприноса за социјално осигурање проширити, односно увести неке нове економске подстицаје у систему и политици доприноса за социјално осигурање.

Четврто, не и последње и не и најмање важно, отворено питање система доприноса за социјално осигурање односи се на финансијски аспект доприноса за социјално осигурање. Потребно је, најпре, указати да се расходи обавезног социјалног осигурања третирају као јавни расходи, а доприноси којима се ти расходи финансирају имају све карактеристике јавноправних прихода.

Када је реч о учешћу доприноса за социјално осигурање у укупним порезима земаља ОЕЦД-а, треба истаћи да он заузима треће место, одмах иза пореза на доходак и пореза на промет, што се најбоље види из следећих података:

Учествовање доприноса за социјално осигурање у укупним порезима земаља ОЕЦД[11]

	1965.	**1975.**	**1980.**	**1985.**	**1990.**	**1995.**	**1999.**
Канада	5,6	10,0	10,5	13,5	14,3	16,8	13,6
Мексико			14,3	11,3	13,6	16,7	17,8
САД	13,3	20,5	21,9	25,2	25,8	25,1	23,9
Аустралија	-	-	-	-	-	-	-
Јапан	21,8	29,0	29,1	30,3	29,0	36,3	37,2
Кореја		0,9	1,1	1,5	5,3	8,0	17,2
Нови Зеланд	-	-	-	-	-	-	-
Аустрија	24,9	27,6	30,9	31,8	32,9	36,2	34,3
Белгија	31,4	31,9	30,4	32,4	33,8	33,1	31,7
Чешка	31,4	31,9	30,4	32,4	33,8	33,1	31,7
Данска	5,4	1,3	1,8	3,8	3,1	3,1	4,2
Финска	6,8	15,1	19,4	17,4	21,7	27,6	25,5
Француска	34,2	40,6	42,7	43,3	44,1	43,3	36,1
Немачка	26,8	34,0	34,3	36,5	37,5	39,4	39,3
Грчка	31,6	29,5	32,9	35,6	31,1	33,6	30,9
Мађарска						30,5	33,7
Исланд	8,1	2,7	2,2	2,4	3,2	8,1	7,9
Ирска	6,5	13,8	14,3	14,8	14,8	14,4	12,9
Италија	34,2	45,9	38,0	34,7	32,9	31,7	28,5
Луксембург	32,3	29,5	29,1	26,3	37,3	26,8	26,0
Холандија	30,8	38,4	38,1	44,3	37,4	41,8	40,0
Норвешка	11,9	24,8	21,1	20,8	26,3	23,5	24,5
Пољска						30,4	28,1
Португал	21,9	34,6	29,5	25,9	27,2	27,0	25,4
Шпанија	28,3	47,6	40,0	41,3	35,4	36,2	34,8
Шведска	12,1	19,5	28,8	25,0	27,2	29,1	25,3
Швајцарска	22,5	29,2	30,9	32,0	32,9	37,3	35,6
Турска	5,9	9,5	14,0	14,3	19,7	12,0	18,5
Велика Британија	15,4	17,4	16,6	17,9	17,1	17,7	17,1

Посматрајући финансијски аспект доприноса за социјално осигурање по појединим државама, изнети подаци показују да он има значајно место у фискалном систему Француске, Холандије, Чешке, Немачке, Јапана, Шпаније и Грчке.

[11] Извор: Revenue Statistic 1965-2000, OECD, Paris 2001, стр. 70.

У периоду од 1965. до 1999. године значајно се повећала финансијска улога доприноса за социјално осигурање у укупним пореским приходима, и то са 18 % у 1965. години у државама – чланицама ОЕЦД, односно 22,8 % у државама – чланицама ЕЕЗ (ЕУ), на 25,1 % у 1999. години у државама - чланицама ОЕЦД односно 27,5 % у државама – чланицама ЕУ.

Но, најављена и учињена промена (реформа) у сфери социјалног осигурања у готово свим државама довешће до смањења обавезног издвајања средстава за финансирање социјалног осигурања, а самим тим и до смањења учешћа овог прихода у укупним јавним приходима, а што се види из приказаних података.

Изнети подаци показују и да је у многим земљама - чланицама ОЕЦД-а дошло до значајног смањења учешћа прихода убраним наплатом доприноса за социјално осигурање у укупним пореским приходима. То је нпр. био случај у Шведској, Италији и Француској. На другој страни су оне државе у којима није дошло до тих промена или ако је дошло до промена оне су мале, међу којима треба споменути Шпанију, Португал и Аустрију. Но, спровођењем пензијске и здравствене реформе очекује се да ће се удео обавезних доприноса у укупним пореским приходима и у БДП, и у овим земљама почети смањивати.

Када се пак, само посматрају подаци о структури пореских прихода земаља чланица ЕУ, а где су и доприноси за социјално осигурање исказани у тим подацима,[12] они јасно и уверљиво показују да су доприноси за социјално осигурање на првом месту са учешћем од 32,1 % у укупним пореским приходима, односно 13 % у БДП, и налазе се испред пореза на доходак и пореза на добит који учествују са 30,1 % у укупним пореским приходима, односно са 12,1 % у БДП, као и испред пореза на промет који учествује са 23,8 % у укупним пореским приходима, односно са 9,6 % у БДП.

Ако је учешће доприноса за социјално осигурање у укупним пореским приходима у просеку за земље чланице ЕУ 25 у 2002. години 32,1 %; односно 31,9 % за ЕУ 15, посматрајући то учешће у појединим земљама чланицама ЕУ, може се констатовати да су разлике између земаља доста велике. Наиме, висина прихода убрана на основу доприноса за социјално осигурање варира од 3,4 % код Данске до 42,4 % код Чешке. У половини земаља је разлика прихода када се убира на основи доприноса за социјално осигурање знатно виша од просека: највећи удео доприноса за социјално осигурање у укупним пореским приходима има Чешка 42,4 % и Немачка 42,3 %, док је у другим земљама удео доприноса за социјално осигурање испод просека, па тако у Ирској износи 15,5 %. Најмањи удео

[12] Видети :www.europa.cu.int/: EUROSTAT, Stzructures of texes in EU.

прихода од доприноса за социјално осигурање у укупним пореским приходима има Данска са 3,4 %. И у земљама ЕУ пензијска и здравствена реформа довешће да се удео обавезних доприноса за социјално осигурање у укупним пореским приходима односно у БДП смањи.

ПРАВА ИЗ СОЦИЈАЛНОГ ОСИГУРАЊА

Расходна страна социјалног осигурања

Не можемо дефинисати приходну страну социјалног осигурања, о којој је напред било говора, ако не знамо права из социјалног осигурања, расходну страну социјалног то јест осигурања. Шеме обима права из социјалног осигурања по природи се веома разликују од једне земље до друге земље, јер оне одражавају историју, традицију и социјалну и културну праксу сваке поједине земље, што се не може доводити у питање. Права на социјално осигурање зависи од обележја самог система социјалног осигурања сваке земље. У том смислу у неким земљама имамо прешироко утврђена права из социјалног осигурања, док у другим имамо преуско утврђена права из социјалног осигурања.

У Републици Србији шема права социјалног осигурања изгледа овако: (1) права из пензијског и инвалидског осигурања су: за случај старости – право на старосну пензију; за случај инвалидности – право на инвалидску пензију, за случај смрти – право на породичну пензију и право на накнаду трошкова; за случај телесног оштећења проузроковано повредом на раду или професионалном болешћу – право на новчану накнаду за телесно оштећење; (2) права из обавезног здравственог осигурања су: право на здравствену заштиту, право на накнаду зараде за време привремене спречености за рад осигураника; право на накнаду трошкова превоза у вези с коришћењем здравствене заштите; (3) права из осигурања за случај незапослености су: обавештавање о могућностима и условима за запошљавање, посредовање у запошљавању, професионална оријентација и саветовање о избору занимања, додатно образовање и обука, у складу са законом, мере актуелне политике запошљавања, новчана накнада за време незапослености у складу са законом и друга права утврђена законом о запошљавању и осигурању за случај незапослености и општим актом Националне службе.

Свеобухватно социјално осигурање може да буде штетно за стопу привредне штедње, а финансирањем на темељу издвајања из текућих плаћања може доћи до одговарајућег опадања укупне штедње и привредног

раста. Отуда социјално осигурање против незапослености може деловати против привремене незапослености, али не даје решења за структурне проблеме, као што је недовољан приступ на тржишту рада. Заштита социјалним осигурањем показала се способном да олакша невоље, али не даје одговор на структурне проблеме који захтевају директнија решавања. У том смислу, проблем незапослености треба решавати кроз „друго тржиште рада“, па се незапослени упућују на рад у терцијални сектор где остварују накнаде за услуге које обављају. Наравно, то ће резултирати порастом расхода за њихово образовање, дошколовавање и преквалификацију. Таква политика оријентисана ка понуди је у функцији побољшања услова и квалитета рада. Уместо потребе за социјалном помоћи имамо „самопомоћ“ незапослених. У том смислу је пре неколико година Влада Велике Британије увела порез на ванредни профит комуналним службама да би скупила новац за преквалификацију људи и њихов одлазак са бироа рада.

У земљама – чланицама ЕУ последњих година обавља се редукција права из социјалног осигурања до неког минималног нивоа који задовољава животне потребе појединца. Тако се нпр. пензије крећу у висини од 20 до 50 % од просечних зарада. На тај начин држава се ослобађа од терета превелике јавне потрошње, а привреда од високих доприноса за социјално осигурање. Терет финансирања социјалног осигурања преноси се на капиталне фондове социјалног осигурања, који су у државној и приватној својини, уз „званични“ систем обавезног државног финансирања социјалног осигурања допуштено је паралелно – допунско (аутономно) финансирање социјалног осигурања. Тражи се да се и запослени и њихови послодавци стимулишу да преко ових фондова издвајају средства за други део пензија који ће омогућити удобнију старост. Но, о пензијском и инвалидском осигурању на темељу индивидуалне капитализиране штедње, као и о добровољном пензијском и инвалидском осигурању и добровољном здравственом осигурању и о њиховом односу према обавезном пензијском и инвалидском осигурању, обавезном здравственом осигурању, биће говора у једном од наредних бројева Зборника радова Правног факултета у Новом Саду.

Међутим, да је заиста нужна реформа у домену права социјалног осигурања у смислу заоштравања услова за стицање тих права, указује учешће расхода социјалног осигурања у укупној структури јавних расхода у земљама ОЕЦД-а и ЕУ. Наиме, на првом месту у структури јавних расхода ЕУ су издаци за социјалну помоћ и заштиту који обухватају 40 % укупних јавних расхода у ЕУ, односно 18,8 % БДП-а према подацима за 2003. годину.[13] Просечан удео јавних расхода у БДП-у у 2003. години

[13] Видети.: EUROSTAT, No.4. и 41, 2004.

износи 48,5 %. Трошкови социјалне помоћи варирају по земљама од 9,7 % БДП-а у Ирској до 24 % БДП-а у Данској и 26 % у Малти. Највећи удео социјалних трошкова у БДП-у имају Данска са 24,2 % и Шведска са 23,9 %. Најнижи удео социјалних трошкова у БДП-у имају Ирска са 9,7 %, Португал са 13,4 % и Шпанија са 13,5 %. БДП. Социјални трошкови у Немачкој износе 45,3 % у укупним јавним расходима, и свега 28,9 % укупних расхода у Ирској. Ако се томе додају и издвајања за здравство који учествују са 6,3 % у БДП-у ЕУ, онда су трошкови социјалног осигурања још већи.

Изнети подаци довољно јасно и уверљиво показују велико учешће расхода за социјално осигурање у укупним јавним расходима. Због тога је потребно извршити сужавања појединих права којима су се до сада користили осигураници и радикалну реформу социјалног осигурања. При томе се мора водити рачуна о Социјалној повељи ЕЕЗ из 1989. године у којој се истиче да је постојање довољних извора средстава за социјално осигурање у складу с посебном ситуацијом грађана сваке земље, укључујући старија лица, а што је гаранција и основна компонента у борби против социјалног искључивања.

* * *

Наведени ставови и оцене о финансијским темама и дилемама на подручју социјалног осигурања не претендују да су једино могући и апсолутно прихватљиви. Треба их схватити као покушај појашњења доминирајућих тема и дилема у овом домену и као прилог бољем разумевању проблема са којима се сређемо и које би свакако требало решавати.

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

Financial Themes and Questions in the Field of Social Insurance

Abstract

The facts and estimation of the financial issues presented above as well as the questions posed in the field of social security do not pretend to be the only and absolutely acceptable ones. One should interpret them as an attempt how the dominant topics in this field could be explained. Also, they colud be used for better understanding of the problems we face every day, the problems that are to be posed and to be solved as weell.

347.441.8

Др Даница Попов, редовни професор
Правног факултет у Новом Саду

РУШЉИВОСТ ПРАВНОГ ПОСЛА УСЛЕД ЗАБЛУДЕ

Сажетак: *Заблуда је мана воље која има за последицу релативну ништавост уговора. Заблуда је погрешна представа (несвесни несклад између унутрашње воље и њене изјаве) о неком елементу уговора или о другој правној чињеници која утиче не његову пуноважност. Према Закону о облигационим односима није свака заблуда разлог за поништење уговора, него само она која је битна. Битна заблуда је она која се односи на битна својства предмета, на лице са којим се уговор закључује, ако се закључује с обзиром на то лице, као и на околности које се према обичајима у промету или према намери странака сматрају одлучним, а страна која је у заблуди, да је за заблуду знала не би закључила уговор такве садржине. Појам битне заблуде одређен Законом о облигационим односима, у погледу „предмета“ треба тумачити не као чинидбу него као ствар која је предмет чинидбе, док би израз „обичај у промету“ требало као у швајцарском Законику о облигацијама тумачити у смислу правила пословног морала. У раду се посебно обрађује и неспоразум као мана воље и наводе правне последице које он изазива.*

Кључне речи: *појам рушљивог правног посла, појам заблуде, врсте заблуде, битна заблуда, неспоразум.*

Појам рушљивог правног посла

Рушљиви или релативно ништави правни послови су они који производе правно дејство, али могу бити поништени на захтев законом одређеног лица, због недостатка којим се вређа приватни интерес. За разлику од апсолутно ништавог правног посла којим се врши повреда јавног интереса изражена установом јавног поретка и где је санкција ништавости строжа, рушљивим правним пословима се повређују појединачни интереси, и санкција је мање строга. На релативну ништавост се могу позвати само лица чији је интерес повређен. Тужбу за поништај може захтевати само лице у чијем је интересу рушљивост установљена, за разлику од апсолутно ништавих које могу поништавати саме странке, остала правно заинтересована лица и судови по службеној дужности. Тужба за поништење рушљивог, релативно ништавог правног посла може се подићи у законом утврђеном року, који је преклузиван. Ако се поступак за његово поништење не покрене у законом утврђеном року, рушљив посао се оснажује, конвалидира по сили закона и сматра се да је био пуноважан *ab initio,* тј. од закључења. Уколико суд донесе одлуку о поништењу рушљивог правног посла, правне последице поништења су исте као у случају ништавог правног посла. Поништење има ретроактивно дејство и састоји се у повраћају у пређашње стање и накнади штете.

Разлози за рушљивост правног посла су мане воље, као што су: правни послови закључени у заблуди, под преваром претњом или принудом . У ову групу спадају и правни послови ограничено пословно способних лица у случају да није прибављена сагласност законских заступника, а у питању су послови већег значаја. Правни послови код којих постоји прекомерно оштећење (лезиони уговори), такође се сврставају у групу рушљивих правних послова[1].

Мане воље представљају такав недостатак који има за последицу да правни посао не производи жељено правно дејство. Да би воља као најзначајнија правна чињеница за настанак правног посла, произвела правно дејство мора бити изјављена слободно и одговорно (мора постојати свест о правним последицама изјаве). Воља није изјављена слободно, ако је изјавилац имао погрешну представу о некој правно релевантној околности због заблуде или преваре, или је воља изнуђена под претњом или употребом силе. Предмет овог рада ће бити само заблуда као мана воље.

[1] Има мишљења да се лезиони правни послови сматрају ништавим правним пословима, а фиктивни и симуловани рушљивим правним пословима, Д. Стојановић, Увод у грађанско право, Београд, 1988. стр. 329.

Појам заблуде

Заблуда представља погрешну представу о стварности. Она се у свести одређеног лица огледа у веровању да је тачно оно што у ствари није тачно или обрнуто, у веровању да је нешто нетачно што је у ствари тачно. Ако се овај општи појам заблуде примени на материју правних послова уопште може се рећи да је заблуда погрешна представа о правним чињеницама релевантним за пуноважност правног посла.[2]

Уговорна заблуда (*error*), је погрешна представа о неком елементу уговора или о другој правној чињеници релевантној за његову пуноважност. Заблуда може да се односи на било који елемент уговора, али у нашем праву, правно релевантна је само битна заблуда. Заблуда је битна ако се односи на битна својства предмета, на лице са којим се закључује уговор ако се закључује с обзиром на то лице, као и на околности које се по обичајима у промету или по намери странака сматрају одлучним, а страна које је у заблуди не би иначе закључила уговор такве садржине.[3]

Заблуда представља несагласност између представе која се има о једној чињеници и стварног стања. То је једно психичко стање које показује нетачно поимање објекта од стране субјекта.[4] Заблуда је погрешна представа о сопственој изјави воље, која може да се односи на сам уговор или на његове елементе тако да ту постоји несвесна несагласност између воље и изјаве.[5] У зависности од схватања воље као правне чињенице, заблуда се одређује као несвестан несклад између (стварне, унутрашње) воље и стварности (теорија воље), као несклад између воље и њене изјаве (теорија изјаве) или као несклад између значења које је изјави дао прималац и оног које је имао или би имао у виду, да није био у заблуди, изјавилац воље.[6] Изгледа да у случају заблуде нема несклада између унутрашње воље и оне које је изјављена, као у случају принуде, него лице које је у заблуди изјављује и верно преноси своју унутрашњу вољу која је формирана на нетачној представи стварног стања. „Одлука једног лица може бити погрешна зато што оно придаје једној ствари особине које она нема или једном лицу квалитете које оно не поседује, што значи да је лице

[2] С. Перовић, *Облигационо право*, Београд, 199. стр. 286.; Ghestin, *La notion d erreur dans le drioit positif actuel*, Paris 1963.

[3] Закон о облигационим односима, члан 61. став 1. "Сл. лист СФРЈ", бр. 29 /1978, измене и допуне у бр. 38/ 85, 57/89, 31/ 93,

[4] Л. Марковић, *Грађанско право*, Београд, 1912. стр. 215.

[5] В. Спаић, *Грађанско право*, Сарајево, 1971, стр. 273.

[6] Заблуда, *Лексикон грађанског права*, Београд, 1996, стр. 165.

хтело оно што је изјавило, али је то хтело, само услед своје заблуде, тј. заблуде у самој вољи".[7]

Заблуда представља недостатак праве представе о некој постојећој околности или чињеници која није изазвана никаквим свесним ангажовањем сауговарача. Ако би једна уговорна страна својим поступцима намерно изазвала погрешну представу о релевантним чињеницама код свог сауговарача, онда није реч и заблуди, него о превари. Разликовање између заблуде и преваре, за разлику од неких страних законодавстава,[8] децидно је учињено у Закону о облигационим односима, према коме превара постоји у случају када једна страна изазове заблуду код друге стране, или је одржава у заблуди, у намери да је тиме наведе на закључење уговора.[9]

Погрешна представа, сама по себи нема никакво правно дејство. Она постаје правно релевантна тек када страна на основу такве погрешне представе изјави своју вољу. Тако изјављена воља није права воља, јер би права воља била другачија да заблуде није било. Заблуда представља несвесну несагласност између праве (унутрашње) воље и њене изјаве.

Са правног аспекта релевантна је заблуда која је утицала на закључени уговор. У том смислу заблуда се дефинише као погрешна представа о неком елементу уговора или другој правној чињеници која утиче на његову пуноважност.

Врсте заблуде

У зависности од тога на коју се чињеницу односи постоје различите врсте заблуда. Почев још од римског права, преко пандектне па до савремене доктрине у правној теорији су се издиференцирале различите врсте заблуда. Повећању броја постојећих врста из тог времена допринела су законодавна решења из кодификација грађанског права почев од деветнаестог века до данас као и решења која је креирала судска пракса. Подела заблуда се традиционално односи на следеће врсте.

1. Заблуда о природи уговора (*error in negotio*) постоји када једна страна верује да је закључила један уговор, а заправо је закључен неки други уговор.

2. Заблуда о личности (*error in personae*) постоји када једна страна има погрешну представу о идентитету друге (верује да закључује уговор

[7] R. Demogue, *Traite des obligagations en general*, t. I, Paris, 1923, стр. 361.

[8] На пример, *Аустријски грађански законик*, пар. 871, *Италијански грађански законик*, члан 1429, не праве јасну разлику између заблуде и преваре.

[9] Закон о облигационим односима, члан 65. став 1.

са тачно одређеним лицем, а оно то није), или је у заблуди у погледу његових својстава.

3. Заблуда о предмету уговора (*error in corpore*) односи се на ствар која је објект поводом којег се уговор закључује.

4. Заблуда која се односи на својства или супстанцију предмета (*error in supstantia)*.

5. Заблуда о мотиву (*error in motivo*) постоји када једна страна погрешно верује да постоји чињеница која га је подстакла да закључи уговор, иако она не постоји.

6. Заблуда о каузи или циљу уговора (*causa finalis*) постоји када се погрешна представа односи на циљ, сврху који страна у уговору жели да постигне његовим закључењем.

7. Према томе да ли се погрешна представа односи на непознавање правних прописа или на неко фактичко стање, разликују се правна заблуда *(error iuris)* и стварна заблуда (*error facti*).

8. Заблуда због погрешног преношења воље (*falsa demonstratio*) постоји када је једна страна у уговору изјавила вољу, али је треће лице, ту вољу пренело другој страни погрешно; заблуда о рачунском податку постоји када се приликом писмене редакције уговора у писању или преписивању погрешно унесе нека цифра. Такве грешке могуће су не само у преписивању бројева него и речи, што може утицати на промену промену смисла одредбе уговора.[10]

Имајући у виду све врсте заблуда које смо поменули, евидентно је да њихов утицај на пуноважност уговора није од истог значаја. Док једне имају за последицу неважност уговора, друге су без значаја на пуноважност уговора. Зато свака заблуда није разлог рушљивости уговора него само она која битно утиче на пуноважност уговора. Која се заблуда сматра битном, различито се решава у законодавству и теорији.

У начину регулисања овог питања разликују се три система. Према једном (казуистичком), набрајају се случајеви у којима постоји битна заблуда.[11] Други систем користи општу формулацију битне заблуде, без икаквих набрајања.[12] Трећи систем представља комбинацију два претходна система, тако што се набрајају неки случајеви битне заблуде и даје општа

[10] Према Швајцарском законику о облигацијама: "Обичне рачунске грешке не утичу на пуноважност уговора; оне треба да се исправе."(члан 24).

[11] Француски грађански законик (члан 1110), Швајцарски законик о облигацијама, члан 24. Италијански грађански законик, члан 1429.

[12] Немачки грађански законик, у § 119. садржи општу формулацију, према којој, лице које је приликом изјаве воље било у заблуди о њеној садржини, или уопште није хтело да дâ изјаву ове садржине, може такву изјаву оспоравати, ако се претпостави да је оно при стварном познавању ствари и разумној оцени случаја не би дало.

формулација која за основ има друштвена правила понашања, правила правног промета и вољу странака. Овај систем прихваћен је у нашем праву.[13]

Битна заблуда

Која се заблуда сматра битном и какво правно дејство производи различито се третира у правној теорији и законодавству. Закон о облигационим односима не дефинише појам битне заблуде, него се само наводе случајеви код којих се заблуда *ex леге* сматра битном.

Према Закону о облигационим односима, заблуда је битна ако се односи на битна својства предмета, на лице са којим се закључује уговор ако се закључује с обзиром на то лице, као и на околности које се по обичајима у промету или по намери странака сматрају одлучним, а страна која је у заблуди не би иначе закључила уговор такве садржине.[14]

Сличну формулацију битне заблуде садржи и Швајцарски законик о облигацијама, према коме се битном сматра нарочито заблуда: 1. када је страна која се позива на заблуду намеравала да закључи други уговор, а не онај за који је дала своју сагласност; 2. када је имала у виду другу ствар, а не ону која је предмет уговора, или друго лице, а ако се обавезала баш с обзиром на то лице; 3. када је чинидба коју је обећала страна која се позива на заблуду знатно већег обима него што је то та страна стварно хтела; 4. када се заблуда односи на чињенице које је према пословном моралу страна која се позива на заблуду могла сматрати за битне елементе уговора. [15]

Слично швајцарском и Италијански грађански законик, наводи која се заблуда сматра битном: 1. она која се односи на природу или предмет уговора; 2. када се односи на идентитет предмета чинидбе или на неко његово својство, и сходно општој оцени или у вези са околностима има се сматрати одлучујућом на сагласност; 3. када се односи на идентитет или својство личности другог уговарача, под условом да су једно или друго били одлучујући за сагласност и 4. када је ако се ради о заблуди у праву, била једини или главни разлог уговора.[16]

[13] Поред нашег права, овај систем прихваћен је у Швајцарском грађанском законику (Законику о облигацијама) члан 24.

[14] Закон о облигационим односима, члан 61. став 1.

[15] Швајцарски Законик о облигацијама, члан 24.

[16] Италијански грађански законик, члан 1429.

Према Француском грађанском законику, битном заблудом сматрају се заблуда о супстанци ствари и заблуда о лицу, ако је уговор закључен с обзиром на личност које се сматрају узроком за поништење уговора.[17] Француска правна теорија је све врсте заблуда груписала у три групе: а) заблуде које спречавају настанак правног посла и повлаче апсолутну ништавост (на пример: заблуда о природи, предмету и каузи правног посла); б) заблуде које доводе до рушљивости правног посла (на пример: заблуде о супстанци ствари, заблуда о лицу уколико је закључен уговор *intuitu personae*); в) заблуде које немају утицаја на пуноважност уговора, тзв. небитне заблуде (на пример: заблуда о небитним својствима ствари, заблуда о личности уколико уговор није *intuitu personae*, заблуда о мотиву, заблуда о солвентности дужника итд.)

При разликовању битне заблуде од оне која није битна у правној теорији се поставља питање који је то критеријум за разграничење одлучујући.

Према *Savinjiu* и *Zitelmanu* критеријум разликовања је чисто субјективан. Битна заблуда је она без које посао уопште не би био закључен. Да је страна знала за заблуду, уговор на би уопште закључила. Небитна заблуда била би она која уопште није утицала на вољну одлуку онога ко је био у заблуди, или је на вољу имала незнатан утицај.[18]

Објективан критеријум разликовања прихваћен је у Немачком грађанском законику према коме се „изјава воље може побијати ако се може сматрати да је изјавилац не би дао при познавању стварног стања и разумног расуђивања“.[19]

У швајцарском праву се Законником о облигацијама утврђује шта се сматра битном заблудом, али критеријум за процену у сваком конкретном случају, шта се сматра битном, а шта небитном заблудом, судија утврђује након испитивања свих околности случаја. Сматра се да битна заблуда постоји онда када би се на основу објективне процене ситуације и уважавања правила и принципа која постоје у промету могло закључити да је околност о којој је странка у заблуди таква да уговор са таквом околношћу не може да опстане. Ово није довољно јер је потребно да и сама странка управо ту околност сматра битном. [20]

[17] Француски грађански законик, члан 1110.

[18] F. Savigny, *System des heutigen Römishes Recht*, св. III, Berlin, 1840, стр. 111, исто E. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, eine psyhologisch-juristische Untersuchung, Leipzig, 1879.

[19] Немачки грађански законик, параграф 119 (1).

[20] T.Guhl, *Das Scweizeriche Obligacionenrecht*, Zürich, 6 изд. 1972, стр. 135.

1. *Заблуда о битним својствима предмета* доводи до рушљивости уговора, када је једна од страна имала погрешну представу о особинама (супстанци) ствари поводом које је уговор закључен.

Ова одредба Закона о облигационим односима није довољно јасна, јер се на први поглед не види да ли се овде ради о „предмету" у значењу чинидбе или се ради о „објекту чинидбе". Ако прихватимо тезу да се овде ради о објекту чинидбе, тада се још увек не зна на коју се чинидбу мисли: да ли се ради о предмету чинидбе давања или о предмету чинидбе пропуштања.[21] Члан 61. став 1. треба тако тумачити да се не ради о чинидби него о *ствари*, која је предмет чинидбе давања. Формулација у Швајцарском законику о облигацијама је јаснија јер се изричито наводи да је у питању ствар као објект уговора.

У погледу квалификације, шта се сматра битним својствима предмета у правној теорији су се развиле две групе схватања.

Према објективном схватању под заблудом о битним својствима предмета подразумева се погрешна представа о материји (физичке и хемијске особине) од које је ствар направљена. Битне су само компоненте и унутрашњи састав од којих је ствар урађена, услед чега она нема својства која поседују ствари те врсте.Субјективно схватање полази од намере страна у уговору. Заблуда о својствима предмета постоји када ствар нема оне особине које је страна имала у виду када је закључивала уговор, а да је то иначе знала не би га закључила. То су она својства ствари којима се страна руководила приликом закључења уговора.

Субјективни критеријум више одговара природи уговорних односа, јер он обухвата и погрешну представу о самој материји од које је ствар начињена као и својство ствари које се у конкретном случају јавља као битно за опредељење да се уговор закључи. Приликом процене квалификације заблуде о супстанцији ствари треба водити рачуна о намери странке која је изјавила вољу у сваком случају појединачно, а не а приори узети да је неки елемент битан за квалификацију заблуде о супстанцији.[22]

2. *Заблуда о личности* је битна и утиче на пуноважност уговора када је уговор закључен с обзиром на тачно одређено лице или његова лична својства (*intuitu perssonae)*. Овај вид заблуде је разлог рушљивости ако су лична својства била одлучујућа чињеница за закључење уговора. Лична својства могу се испољити на различите начине: стручност, нарочита способност (таленат), наклоност, вештина, поверење, итд. За правне послове *intuitu personae* је битно да су лична својства мотивисала страну да га закључи са тачно одређеним лицем. Лична својства су од посебне важ-

[21] М. Ведриш, *Обвезно право*, Загреб, 1978, стр. 235-236.
[22] С. Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1990, стр. 295.

ности за доброчине уговоре (поклон, послуга итд.), а од теретних уговора за: уговор о делу, налогу, ортаклуку итд, под условом да обавезу из уговора мора извршити управо то лице. Приликом одлучивања о захтеву за поништење уговора услед заблуде о личности, суд ће у сваком конкретном случају ценити, је ли у питању уговор *intuitu personae* или није.

Уколико је уговор закључен без обзира на лична својства заблуда у погледу личности није битна и без утицаја је на његову пуноважност.

3. *Заблуда о осталим елементима уговора* је Законом о облигационим односима, установљена генералном формулацијом, према којој се поништење уговора услед рушљивости може захтевати и у случајевима када се заблуда односи на остале „околности које се по обичајима у промету или по намери странака сматрају одлучним, а страна која је у заблуди га иначе не би закључила да је за заблуду знала“ (члан 61. став 1). На овај начин се проширује појам заблуде изван два горе наведена случаја под 1 и 2.

Предност оваквог начина формулисања има и један недостатак у тумачењу појма „обичај у промету“. Овде би се можда уместо обичаја као правила понашања пре могло говорити о схватањима која су се развила у прометној пракси.[23] Швајцарски законик о облигацијама је и овом случају можда нешто одређенији, јер уместо „обичај у промету“ користи израз „пословни морал“ чија се садржина може лакше утврдити.

Док се према Закону о облигационим односима, заблуда о битним својствима предмета и заблуда о личности, код *intuitu personae* уговора увек сматрају битним, за остале облике заблуде који утичу на пуноважност уговора потребно је да се кумулативно испуне два услова: објективни и субјективни.

Према објективном критеријуму потребно је да се заблуда односи на неке околности које се по обичајима у промету сматрају пресудним на закључење уговора. Небитна је заблуда о неком елемент уговора који није битан, осим ако га стране својим договором нису учиниле битним. Субјективни критеријум се односи на незнање стране за заблуду, јер да је за њу знала не би закључила уговор такве садржине.

4. Битном се сматра и *заблуда о побуди (мотиву) код уговора без накнаде* (доброчиних уговора). „Код уговора без накнаде битном заблудом се сматра и заблуда о побуди која је била одлучна за преузимање обавезе“.[24] Ова врста заблуде није битна код теретних уговора, одн. уговора са накнадом, јер код њих заблуда о побуди не чини садржај уговора, и побуда није позната другој уговорној страни. У овом случају је очигледно да је једна страна изјавила вољу, а зашто је изјавила, која је њена побуда је

[23] М. Ведриш, op. cit, стр. 239.

[24] Закон о облигационим односима, члан, 62.

за пуноважност уговора ирелевантна. Стога је заблуда о побуди код теретних уговора, правно ирелевантна, тј. нема одлучујући утицај на његову правну ваљаност. Заблуда о побуди код оваквих уговора пада на терет оне стране код које је заблуда настала.

Напротив код уговора без накнаде (доброчиних уговора), побуда чини садржај уговора која је другој страни позната, због чега је заблуда о побуди битна и оправдана, а такав уговор релативно ништав.

5. *Заблуд због нетачног преношења* (*falsa demonstratio),* може такође у извесним случајевима бити битна. Ова врсте заблуде постоји када је једна уговорна страна изјавила своју праву вољу ради закључења уговора, али је треће лице које, је ту вољу преносило, неком лицу са којим је закључило уговор, ову погрешно пренело (на пример, воља је изјављена предајом телеграма пошти, али је поштански службеник погрешно пренео текст телеграма. „Заблуда лица преко кога је страна изјавила своју вољу сматра се исто као и заблуда у властитом изјављивању воље.[25]

Поставља се питање ко је овде у заблуди. Сигурност правног промета захтева да се изјава воље узме у облику у коме је она доспела понуђеном лицу. Према томе пошиљалац је овде и заблуди о садржају своје изјаве упућене телеграмом и може да тражи поништење уговора због заблуде.[26]

У оваквим случајевима потребно је утврдити да ли је због тога настала заблуда битна или није. Заблуда би се сматрала небитном, ако би се утврдило да би уговорна страна, која је изјаву своје воље упутила преко трећег лица, такав уговор закључила упркос настале грешке при преношењу њене изјаве воље. Заблуда би у овом случају била битна ако би се утврдило да уговорна страна да је знала за грешку не би закључила уговор такве садржине. Ако би битна заблуда настала због непажње преносиоца изјаве, тако настали уговор био би рушљив, а ако би до нетачног преноса дошло намерно, онда би такав уговор био апсолутно ништав.[27]

[25] Закон о облигационим односима, члан 64.

[26] Д. Стојановић, *Увод у грађанско право*, Београд, 1988. стр. 339.

[27] Б. Визнер, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, op cit, књига I стр. 287.

Неспоразум (*dissens*)

Закон о облигационим односима каоману воље предвиђа неспоразум. Неспоразум постоји када код обеју уговорних страна постоји погрешна представа о садржају изјављене воље друге уговорне стране, због чега између садржаја предлога за закључење уговора и његовог прихватања постоји несагласност, а уговорне стране верују да је сагласност постигнута. Овде се ради о несагласности између садржаја учињене понуде за закључење уговора и њеног прихвата (на пример, понудилац у понуди наводи да продаје земљишну парцелу бр. 1203/1 по једној цени, а понуђени пристаје верујући да купује парцелу 1204/1 по другој цени, након чега се уговор закључује са различитим битним елементима уговора, а обе стране су уверене да је до сагласности воља дошло).

Према Закону о облигационим односима, „када стране верују да су сагласне, а у ствари међу њима постоји неспоразум о природи уговора или о основу или о предмету обавезе, уговор на настаје“.[28]

За неспоразум о природи уговора (*dissens in negotio*), о основу (*dissens in causa finalis*) и о предмету обавезе (*dissens in corpore)*, Закон одступа од правила о релативној ништавости, рушљивости, него предвиђа санкцију, апсолутне ништавости (уговор не настаје). Поставља се питање због чега је у Закону усвојено овакво решење? Под утицајем француске правне теорије и судске праксе Закон неспоразуме третира као тзв. заблуде-препреке (*l'erreur obstacle*), тј. такве заблуде које својом суштином, својим садржајем указују да при закључењу уговора између понудиоца и понуђеног, уопште није дошло до оне нужно потребне, правно релевантне, сагласности њихових воља, јер је при томе један од њих имао у виду и желео једно, а други нешто сасвим друго.[29] С обзиром да се уговор сматра закљученим када су се уговорне стране сагласиле о битним елементима уговора, у овом случају уговор није настао (непостојећи, апсолутно ништав уговор). У немачкој правној теорији има мишљења да се у случају неспоразума ради о непостојећем уговору (*Nicht-Rechtsgeslschäft*) чиме се прави разлика у односу на ништав уговор (*nichtiges Rechtsgeseschäft*)[30].

Иако су случајеви неспоразума ограничени на горе наведена три случаја у правној теорији[31] има мишљења да је појам неспоразума непотребно сужен јер се он може јавити у сваком случају у којем је могућа и

[28] Закон о облигационим односима, члан, 63.

[29] Б. Визнер, op cit. стр. 294.

[30] H. Pawlowski, *Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen,* Göttingen, 1966, стр.2.

[31] М. Ведриш, op. cit стр. 244.

појава битне заблуде. Чини нам се да је овако широко тумачење неспоразума неадекватно јер су правне последице различите у случају заблуде и неспоразума. Уговор закључен у заблуди није по себи ништав, *ex lege*, него се ништи на захтев странке која је била у заблуди. Овакав уговор је релативно ништав тј. рушљив. У случају неспоразума (заблуда о правној природи, о предмету и каузи уговора) не постоји сагласност о битним елементима уговора па уговор уопште не настаје, што има за последицу апсолутну ништавост уговора.

Danica Popov, Ph.D., Full Professor
Novi Sad School of Law

The Misrepresentation as a Reason of Rescission of Contract

Abstract

Sometimes a person may enter into a contract as a result of a statement made to him which is false. If the statement is a term of the contract he will have a remedy for breach of contract. If the statement is not a term of the contract it is called a mere misrepresentation, and the consequence is rescission of contract. A misrepresentation is an untrue statement of fact which is one of the causes which induces the contract. A misrepresentation is statement, or conduct, which conveys a false or wrong impression. A contract may be rescined on the ground of misrepresentation even if innocent. An innocent misrepresentation is one made with reasonable ground for beliving it to be true, as where an honest mistake is made. The types of mirrepresentation are various. Acording to the Obligation Act it is not any misrepresentation cause the rescind of contract, but only the importance one. The importance misrepresentations are: the *error in supstantia* and *error in personae* if the contract is made bearing in mind *intuitu personae* contract. Thais paper explanes diferent kinds of misrepresentation giving some proposl for legal interpretation of the provisions of the Obligation Act.

347.2(497.11)

Др Раденка Цветић, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду

РЕГУЛИСАЊЕ СТВАРНОПРАВНИХ ОДНОСА У СРБИЈИ – ВЕЋ ВИЂЕНО?

Сажетак: *Свеобухватно регулисање стварноправних односа новим законом било би од великог значаја за прекид дугог периода правне несигурности у овој области која постоји због нерегулисаности или недовољне или неадекватне регулисаности значајног броја стварноправних института. Покушај превазилажења постојеће ситуације нуди се у виду коначне радне верзије Законика о својини и другим стварним правима. Систем као и многе одредбе овог текста, због своје потпуности, рационалности и оригиналности, предмет су интересовања у овом чланку. У виду опомене, учињено је подсећање на не тако давно искуство безуспешног покушаја употпуњавања стварноправне регулативе у Србији, будући да се постојећа ситуација у том погледу може означити као већ виђена. Наиме, уместо отварања расправе стручне јавности о утврђеном тексту, имамо тишину. Док та тишина траје, коначна верзија кружи у врло ограниченом кругу, а велика већина, на жалост, не зна ни да она постоји. Указујући на правила утврђена коначном радном верзијом Законика, без претензије да се упуштамо у њихову свеобухватну анализу, желимо да, општим прегледом и истицањем само појединих значајних решења и новина, пробудимо интересовање правне струке за оно што је урађено.*

Кључне речи: *стварноправна регулатива: постојећа и могућа*

I

Недостаци постојеће стварноправне регулативе – Свеобухватно регулисање стварноправних односа било би од великог значаја за прекид дугог периода правне несигурности у овој области, проузроковане низом околности.[1] У неким ранијим радовима[2] указано је на најозбиљније проблеме уочене у стварноправној регулативи. Пре свега, листа извора у којима се налазе правила релевантна за стварноправне односе предуга је: Закон о основама својинскоправних односа (право својине, сусвојина, стварне службености, државина, права страних лица), Закон о облигационим односима (ручна залога, право ретенције, уговорно право прече куповине), Закон о промету непокретности (пуноважност уговора о преносу права на непокретностима, законско право прече куповине непокретности), Породични закон (заједничка својина на покретним и непокретним стварима у заједничкој имовини супружника, ванбрачних партнера и чланова породичне заједнице), Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, Закон о хипотеци, Закон о ванпарничном поступку (уређење управљања и коришћења заједничке ствари, деоба заједничке ствари, уређење међа). Поред тога, у погледу бројних значајних института (личне службености, право грађења, суседска права, реални терети, етажна својина) постоји законска празнина, а неки су подрегулисани или, чак, и неадекватно регулисани (државина, стварне службености, начини стицања права својине).

Отклањање недостатака – Наведени проблеми у погледу стварноправне регулативе у Србији могли би бити адекватно решени у врло кратком року. Наиме, Радна група[3] формирана у јесен 2003. године, при Министарству финансија и економије Републике Србије, израдила је, средином ове године, коначну радну верзију Законика о својини и другим стварним

[1] О томе видети више у радовима: Раденка Цветић, *Стварно право Србије у европским оквирима,* Зборник радова, Правни факултет у Новом Саду, XXXIX, 3/2005, стр. 145-167, *Стварно право Србије – како даље?,* прихваћен за објављивање у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду, излази из штампе почетком 2007. године.

[2] Видети претходну напомену (Стварно право Србије – како даље?).

[3] Радна група Министарства финансија и економије у саставу: проф.др Владимир Водинелић, проф.др Зоран Ивошевић, проф.др Златко Стефановић, проф.др Радмила Ковачевић Куштримовић, проф.др Душан Николић, проф.др Драгор Хибер, проф.др Весна Ракић Водинелић, Будимир Лончар, Снежана Андрејевић, Љубица Милутиновић, мр Душко Челић, мр Милош Живковић, Драгољуб Милошевић, Ненад Џелебџић, Миодраг Петровић, Снежана Дамјановић и секретар радне групе Јелена Симић. У раду су учествовали и проф. др Мирко Живковић и проф. др Раденка Цветић, а први секретар радне групе била је Јелена Лончар.

правима, која по свим својим особинама представља закон-модел који би као нацрт могао ући у скупштинску процедуру.

Већ виђено – Многе одредбе овог текста, због своје потпуности, рационалности и оригиналности заслужују посебну пажњу. Али, пре тога, као својеврсна опомена, нужно се намеће једно подсећање на не тако давно искуство безуспешног покушаја употпуњавања стварноправне регулативе у Србији. Наиме, уставни основ за доношење јединственог грађанског законика у тадашњој држави, Социјалистичкој Федеративној Републици Југославији, нестао је као последица измена Устава СФРЈ из 1963. године.[4] Након што је уставним амандманима 1971. године извршена прерасподела законодавне надлежности између тадашње Савезне скупштине и скупштина социјалистичких република, материја грађанског права налазила се или у њиховој паралелној надлежности или у искључивој надлежности република. У надлежности Федерације било је, што се тиче стварноправних односа, уређење *основних својинскоправних односа,* што значи да су *остали* својинскоправни односи требали бити регулисани законима рапублика. У реализацији своје надлежности Савезна скупштина је донела *Закон о основним својинско-правним односима,* 1980, а републике, међу њима и Србија, нису реализовале своју законодавну надлежност из ове области ни до краја постојања СФРЈ. У Србији је, истина, још пре доношења наведеног Савезног закона урађен значајан посао у правцу кодификације стварног права. Наиме, још 1978. године израђена је радна верзија *Нацрта Закона о праву својине и другим стварним правима на непокретностима*,[5] који је врло брзо допуњен и правилима о стварним правима на покретним стварима. Последња верзија *Нацрта Закона о праву својине и другим стварним правима на стварима* утврђена је 1989. године и достављена Скупштини Социјалистичке Републике Србије. Нацрт је садржао правила која би заједно са правилима Закона о основним својинскоправним односима представљала скоро свеобухватну регулативу стварноправних односа. Међутим, утврђени Нацрт није прошао прописану законодавну процедуру, односно није никада постао закон.

[4] О разлозима који су спречавали доношење грађанског законика у трима државама које су носиле име Југославија (тзв. Прва Југославија, настала 1918. године - Краљевина Срба, Хрвата и Словенаца, односно Краљевина Југославија од 1929. године; тзв. Друга Југославија, настала 1943. године – Демократска Федеративна Југославија, од 1945. године Федеративна Народна Република Југославија, од 1963. године Социјалистичка Федеративна Република Југославија; и тзв. Трећа Југославија, настала 1992. године – Савезна Република Југославија, од 2003 до 2006. године државна заједница Србија и Црна Гора) видети у: Драган Павић, *Југословенски грађански законик,* Правни живот, бр. 10/1998 (II том).

[5] Видети: Владимир Водинелић, Осврт на Нацрт Закона о праву својине и другим стварним правима на непокретностима у СР Србији, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1-2/1978.

Време када је утврђена последња верзија закона јесте било време значајних промена и у економском и у политичком систему у Савезној држави чији се скори распад већ тада са сигурношћу могао предвидети. Због тога, разумљиво, у том периоду није било потребне заинтересованости политичких чинилаца да се започети посао у области стварног права заврши. Оно што у овом моменту много више брине од пропалог покушаја у прошлости је чињеница да се постојећа ситуација у области стварноправне регулативе може препознати као већ виђена. Наиме, Србија је опет у сличној ситуацији и сличан је однос законодавне власти према коначној верзији текста Законика о својини и другим стварним правима који је израдила Радна група средином ове године. Најмање што би се у овом тренутку морало и могло учинити је отварање расправе стручне јавности о утврђеном тексту, као неопходне фазе на путу добијања законског текста подједнако прихватљивог и правној науци и правној пракси. Уместо тога, тишина, за коју се не зна колико ће трајати и да ли ће њен евентуални прекид значити спремност да се изврши кодификовање стварног права усвајањем предложеног текста или да се приступи употпуњавању постојеће стварноправне регулативе. Док та тишина траје, коначна верзија кружи у врло ограниченом кругу стручне јавности, а велика већина, на жалост, не зна ни да она постоји. Указујући на правила утврђена коначном верзијом Законика о својини и другим стварним правима, без претензије да се упуштамо у његову свеобухватну анализу, желимо да, општим прегледом и истицањем само појединих значајних решења и новина, пробудимо интересовање стручне јавности за оно што је урађено.

II

Садржај коначне верзије – Дуготрајна подрегулисаност неке области, по правилу, производи реакцију детаљне и (пре)опширне регулативе.[6] То се управо и десило у случају коначне верзија текста Законика о својини и другим стварним правима, која садржи 682 члана (без прелазних и завршних одредби), а већина чланова садржи више ставова који су, у многим случајевима, издељени на бројне алинеје. Текст је подељен на дванаест делова: Основне одредбе (чл. 1-37), Државина и притежање (чл. 38-83), Својина (чл. 84-287), Коришћење утрине и пашњака (чл. 288-289), Суседско право (чл. 290-306), Службеност (чл. 307-405), Закуп (чл. 406-

[6] Да се, у случају оскудне нове регулативе, не би десило да правна пракса, а пре свега судови, по инерцији наставе истим путем.

435), Реални терети (чл. 436-452), Залога (чл. 453-596), Реални дуг (чл. 597-645), Друга права обезбеђења (чл. 646-682) и Прелазне и завршне одредбе.

Основне одредбе – Својом оригиналношћу и дужином пажњу привлачи, пре свега, утврђена листа стварних права. У члану 2 као стварна права одређена су следећа: 1. својина (право својине, право сусвојине, право заједничке својине, право етажне својине), 2. коришћење утрине и пашњака, 3. суседско право – међашко право, право приступа, право употребе суседне непокретности и друга, 4. службеност – стварна службеност, стварно-лична службеност, службеност грађења, лична службеност, 5. закуп, 6. реални терет, 7. залога – ручна залога, регистрована залога, уговорно-судска залога, судска залога, задржање, залога права, хипотека, 8. реални дуг, 9. поверена и очекивана својина, 10. задржана и очекивана својина, 11. право пречег стицања – право прече куповине, право пречег стицања службености грађења, право пречег присвајања, право пречег закупа, 12. право на државину односно притежање и право на заштиту државине и притежања.[7] Практично, међу стварна права сврстана су сва субјективна права (и правне моћи) на и поводом ствари која се могу остварити према свакоме, чиме се као примарни критеријум при утврђивању стварних права узима њихова супростављивост свим другим лицима. Поред одређења стварних права, Основним одредбама регулисано је шта може бити предмет стварног права, шта је ствар и врсте ствари, одрицање, ограничење стварних права, забрана злоупотребе стварних права, као и права страних лица. Забрана злоупотребе предвиђена је тако што се егземпларно наводе карактеристични случајеви у којима се сматра да ималац стварног права не врши право већ злоупотребу,[8] те да онај ко чини злоупотребу не ужива заштиту и да одговара за последице таквог поступања.

Државина и притежање – Поглавље о државини доноси многе новине у односу на врло оскудну постојећу регулативу у Закону о основама

[7] Упоредити са одредбом чл. 1 Закона о власништву и другим стварним правима Хрватске из 1996. године – Свако физичко и правно лице може бити носилац права својине, а и других стварних права: права службености, права из стварног терета, права грађења и заложног права на свему што може бити објект тих права, ако законом није друкчије одређено.

[8] Злоупотребу врши ималац стварног права, „ако шкоди другоме: 1. само или пренствено да би му нашкодио, 2. без оправданог интереса, ради безначајног интереса или бескорисно, 3. несразмерно више него што себи користи, 4. или му шкоди више него што би да поступа на други начин којим такође остварује интерес, 5. изигравши његово оправдано поверење, које је створио, да неће вршити своје стварно право, 6. поступајући противно циљу тог стварног права, 7. поступајући противно друштвеном моралу, 8. поступајући противно правичности.“ (чл. 14)

својинскоправних односа. Пре свега, ту је низ нових законских појмова везаних за државину (физичка државина, државина стања, државина у мировању, заповедна државина, зависна државина, државина неспособног за расуђивање, државина заступаног). Затим, непосредна и посредна државина регулисане су на начин да се међусобно претпостављају. Поред судржавине предвиђена је још и подељена и делимична државина, а као посебни случајеви државине наводе се и наследничка, стечајна и ликвидациона државина. Поред тога, детаљно су регулисана својства државине (законита и незаконита, исправна и неисправна, савесна и несавесна државина), као и стицање и престанак државине, претпоставке на основу државине, те заштита државине (од одузимања и узнемиравања путем самопомоћи и судском заштитом). При утврђивању предмета расправљања у парници која се води по тужби због сметања државине, пошло се од правила које постоји у нашем позитивном законодавству: да суд пружа заштиту према последњем стању државине и насталом сметању (утврђује се само фактичко стање), не узимајући у обзир право на државину, законитост, исправност и савесност државине (суд не утврђује да ли је фактичко стање у складу са правом). Међутим, број преложених изузетака од овог правила[9] знатно је већи од оног који сада постоји (приговор мањиве државине и приговор да је о предмету државинског спора већ пресуђено у петиторној парници). Новина је и то да се појам притежања, односно притежаоца знатно проширује у односу на постојећи појам притежаоца као помоћника у државини.

Својина – Део о својини почиње одређењем права својине у чл. 84 на следећи начин: „Право својине је најшире право лица (власника), у границама закона и правног поретка, по свом нахођењу поступати са својом ствари, а нарочито држати је, употребљавати, присвајати користи од ње, мењати јој својства, отуђити је или на други начин њоме располагати, све остале искључити од утицаја на ствар, захтевати је од свакога ко је држи без правног основа, као и не вршити своја овлашћења у погледу ње.“ Из таквог одређења проистиче свеобухватност правне власти, уз егземпларно навођење овлашћења која из ње проистичу. У појам права својине укључено је његово дејство *erga omnes,* право следовања

[9] Предвиђено је да тужени може истаћи следеће приговоре: „1. да је вршио право на самопомоћ, 2. да радњу врши на основу закона, одлуке органа или организације која врши јавна овлашћења или пристанка тужиоца, 3. да као непосредни односно посредни држалац, судржалац или подељени држалац није прекорачио своје право, када постојање сметања зависи од прекорачења тог права, 4. да има јаче право на државину, односно на вршење радње због које је тужен, под условом да то право може да докаже до закључења првог рочишта за главну расправу, 5. да тужилац нема наследничку државину.“ (чл. 82)

(као последица таквог дејства) и незастаривост овог права (односно немогућност његовог престанка због простог невршења).

Након потпуног појмовног одређења права својине следе одредбе (у наредних 200 чланова) којима се регулишу ограничења овог права,[10] стицање права својине,[11] напуштање ствари, заштита права својине, право сусвојине, право заједничке својине и право етажне својине.

Својом оригиналном систематиком и прецизношћу у односу на постојећу правну регулативу, нарочито се издвајају одредбе којима се уређује заштита својине. Наиме, традиционално се као својинске тужбе наводе тужба власник за повраћај индивидуално одређене ствари (реивиндикациона тужба), тужба претпостављеног власника за повраћај индивидуално одређене ствари (публицијанска тужба, тужба претпостављеног власника) и тужба којом власник односно претпостављени власник захтева престанак узнемиравања (негаторна тужба). Означавање публицијанске тужбе као тужбе коју подноси претпостављени власник погрешно је будући да он свој захтев за повраћај индивидуално одређене ствари не заснива на претпоставци свог права својине, већ на основу доказа о јачем праву на државину ствари. Стога у Нацрту извршена систематизација захтева за заштиту својине представља означавање које одражава суштину, природу и основ захтева. У том смислу, прави се разлика између својинских захтева (за предају ствари и због узнемиравања) и захтева по јачем основу (за предају ствари и због узнемиравања).[12]

У погледу овог дела коначне верзије, скрећемо пажњу и на одредбе о праву етажне својине (чл. 251-289), како због јасног концепта[13] и пре-

[10] Предвиђена су општа ограничења, ограничења на основу посебних прописа, остала ограничења у јавном интересу, ограничења на основу правног посла, право на накнаду у случају одузимања или ограничења, претпоставка неограничености својине другим стварним правима, те могућност заснивања својинских стварних права (чл. 85-91).

[11] Стицање на основу правног посла и с тим у вези право прече куповине, стицање од неовлашћеног, одржај, израда нове ствари (акумулација), прерада туђе ствари (спецификација), спајање и смеша ствари различитих власника, различити случајеви стицања који су последица ерозије тла (одрон, клизиште, спирање, бујица, нанос), стицање новонасталог речног острва, стицање на увећаном земљишту померањем речног тока, присвајање напуштеног речног корита, присвајање плодова, приплода и производа ствари, разрешење ситуација насталих ројењем пчела, сађењем, сејањем и грађењем на туђем земљишту, обавезе и права у случају налаза туђе ствари и услови за њено стицање, налаз блага, присвајање ничије ствари (окупација), присвајање на основу дозволе надлежног органа (чл. 92-190).

[12] Чланови 193-200.

[13] Једноставност и разумљивост предложеног концепта још више долази до изражаја када се упореди са концептом етажне својине који је предвиђен Законом о власништву и другим стварним правима Хрватске (чл. 66-99). Својина на одређеном посебном делу непокретности (етажна својина) произилази и неодвојиво је повезана са одговарајућим сувласничким делом (идеалним делом) непокретности (зграде) на којем је успостављена. О том концепту видети више у: Никола Гавела и др., *Стварно право,* Загреб, 1998, део: *Власни-*

цизних правила за регулисање ове изузетно сложене области друштвених односа, тако и због чињенице да у погледу етажне својине постоји законска празнина.[14] Као посебни делови зграде који могу бити предмет етажне својине предвиђени су стан, пословна просторија, гаража, гаражно место и подрум. Поред посебних и заједничких делова зграде уводи се и појам самосталног дела зграде, чији власник не мора бити етажни власник у тој згради (инсталација кабловске телевизије, рекламни панои, део фасаде са посебним својствима). Стицањем посебног дела зграде стиче се и право употребе заједничких делова зграде, земљишта под зградом и земљишта које служи за редовну употребу зграде, а право својине на зеједничким деловима зграде и на земљишту има заједница етажних власника, док на згради у етажној својини као целини нико нема право својине. Етажна заједница, коју чине сви етажни власници једне зграде, је правно лице. Етажна заједница и скупштина етажних власника настаје претварањем зграде у зграду у етажној својини, а заступа је управник (којег бира скупштина или именује суд у случају да не буде изабрана у законом предвиђеном року). Стицање, права и обавезе етажних власника, као и права, обавезе и одговорности етажне заједнице детаљно су утврђена.

Суседско право – Суседска права су овлашћења која се ради узајамног обзирног извршења права својине на суседним непокретностима, законом признају власницима односно овлашћеним корисницима тих непокретности. На основу суседског права од власника суседне непокретности може се захтевати одређено трпљење, пропуштање или чињење. Традиционално, суседска права настају на основу самог закона, а у коначној верзији је предложено да суседска права могу настати и на основу одлуке надлежног органа по захтеву власника непокретности (када се ради о нужном пролазу и другим нужним правима). Након садржински прецизно утврђеног појма суседског права, одређења када су непокретне ствари у суседском односу,[15] те истицања њиховог вршења у духу добросуседских односа (уз узајамну обзирност и што мање шкођење власнику суседне

ништво посебног дела некретнине (етажно власништво), стр. 532-591. О неким питањима која се у овој области уочавају као спорна, видети: Златко Стефановић, *Етажна својина de lege ferenda,* Правни живот, бр. 10/1996 (II том)

[14] Закон о својини на деловима зграда којим је ова материја била регулисана (донет је као савезни закон 1959. године, „Сл. лист ФНРЈ“, бр. 16/1959, да би, након прерасподеле законодавне надлежности између Федерације, република и покрајина, настављена његова примена као републичког, односно покрајинског закона), престао је да важи на основу Одлуке Савезног уставног суда („Сл. лист СРЈ“, бр. 33/1996) због несагласности са Уставом СРЈ и Законом о основама својинскоправних односа.

[15] Непокретности су у суседском односу (суседне непокретности) ако се граниче, ако је за коришћење једне неопходно коришћење друге и ако се коришћењем једне утиче на другу (чл. 290).

непокретности), регулисано је: уређење међа и права (заједничка својина) суседа на стварима које се налазе на међи (ограда, зграда, зид, бунар, дрво); права и поступање у погледу грана и жила дрвета које припада суседу, те суседових шума и засада; могућност приступа суседној непокретности и њене употребе ради коришћења своје непокретности; радње које власник суседне непокретности не сме предузимати (поткопавање, мењање природног тока воде) или мора предузети у циљу спречавања оштећења суседне непокретности (отклањање опасности од одрона или рушења, одвођење кишнице); заштита власника непокретне ствари од шкодљивих утицаја који потичу од суседне непокретности.[16] Интересантна је одредба којом је предвиђено да у случају опште несташице воде, надлежни орган може донети одлуку да бунар на међи могу користити за своје потребе и друга лица, а не смо власници непокретности на чијој се међи налази бунар (чл. 294/6), чиме се превазилази оквир суседских права и задире у приватну својину у општем интересу.

Службености – У делу који носи овај назив, а који садржи стотинак чланова (чл. 307-405), уређени су сви могући случајеви коришћења туђе ствари са стварноправним дејством, било у корист одређене непокретности (односно, њеног свагдашњег власника) или у корист одређеног лица. Тако је одређено у чл. 307 „(1) Службености су стварне службености, стварно-личне службености, службеност грађења и личне службености. (2) Плодоуживање, уживање и становање могу се засновати само у корист одређеног лица (личне службености). (3) Службеност грађења може се засновати у корист свагдашњег власника непокретне ствари (повласног добра) или одређеног лица. (4) Све друге службености могу се засновати у корист свагдашњег власника повласног добра (стварне службености) или одређеног лица (стварно-личне службености).“

У погледу стварних службености одређен је њихов појам, потпуно и детаљно, као позитивних (ако је свагдашњи власник повласног добра овлашћен да за потребе тог добра користи послужно добро) и негативних (ако је свагдашњи власник повласног добра овлашћен да од свагдашњег власника послужног добра захтева одређено трпљење или нечињење). Предвиђено је да стварна службеност може да се заснује и на добрима у општој употреби (ако се томе не противи њихова природа), те да исто лице може бити власник повласног и послужног добра (својинске службености). Регулисан је обим овлашћења имаоца службености, вршење, промена начина вршења и премештање стварне службености, ситуација постојања више службености на истом послужном добру, трајање, промена

[16] Видети: Душан Николић, *Од одговорности за имисије до одговорности за емисије,* Зборник радова, Правни факултет у Новом Саду, XL, 1/2006, стр. 405-407.

имаоца и пренос стварне службености, давање накнаде власнику послужног добра, сношење трошкова ради омогућавања вршења стварне службености, стицање и престанак стварних службености, последице деобе повласног и послужног добра и предвиђена сходна примена одредаба о заштити својине на заштиту стварних службености.

Стварно-лична службеност, као посебан вид службености, представља право одређеног лица да за своје личне потребе користи туђу непокретну ствар (послужно добро) или да од њеног власника захтева одређено трпљење или нечињење. Дакле, и оне могу бити позитивне и негативне, али се од стварних службености разликују по томе што се не претпоставља постојање повласног добра, те што се службеност везује за личност – траје најдуже до смрти имаоца, што значи да није наследива, али се уз сагласност власника послужног добра може преносити. Ако у конкретном случају постоји сумња у погледу тога да ли се ради о стварној или стварно-личној службености, сматра се да је службеност установљена у корист непокретности, а не за личне потребе, што значи да се у сумњи претпоставља да се ради о стварној службености.

Службеност грађења предвиђена је као стварна службеност грађења (као право свагдашњег власника непокретне ствари – повласног добра – да за потребе тог добра на туђој непокретној ствари – послужном добру – има у својини зграду или њен део и да користи делове послужног добра у сврху вршења својине на тој згради односно њеном делу) или као стварно-лична службеност грађења (ако исто право има одређено лице ради задовољења својих потреба). Најдужи рок трајања службености грађења је 50 година (може се обнављати уз сагласност власника послужног добра) и у том року је преносива, наследива и може се заложити. Протеком тог рока зграда постаје својина власника послужног добра. Ако у конкретном случају постоји сумња у погледу тога да ли се ради о стварној или стварно-личној службености грађења, сматра се да је службеност грађења заснована у корист одређеног лица, а не у корист свагдашњег власника, што значи да се у сумњи претпоставља да се ради о стварно-личној службености грађења.

Личне службености – право плодоуживања, уживања и становања – регулисане су на начин да је плодоуживање детаљно уређено, док се у погледу уживања и становања одређује њихов појам и сходна примена одредаба о плодоуживању. Плодоуживалац има право да, као добар домаћин, односно привредник, потпуно искоришћава туђу непотрошну ствар или њен део, односно преносиво право (послужно добро), не мењајући само добро нити његову намену. Припадање свих користи од послужног добра плодоуживаоцу, искључује власника из његовог искоришћавања, односно

њему остаје гола својина те ствари.[17] У коначној верзији не одступа се од традиционалног правила да плодоуживање траје најдуже до смрти плодоуживаоца (није наследиво), а када је плодоуживалац правно лице, онда до његовог престанка, али најдуже 30 година (може се обновити уз сагласност власника послужног добра). Плодоуживалац може пренети право пло-доуживања или његово вршење, без сагласности власника послужног до-бра, под условима под којима га и сам има. Да би се заштитила гола својина власника послужног добра, предвиђена су правила о попису послужног добра, обавештавању власника о стању његове ствари, те његовом праву да је прегледа, као и да је покаже трећем лицу ради располагања њоме. Исти смисао имају и одредбе којима се прописује могућност ускраћивања предаје послужног добра плодоуживаоцу у државину пре давања предвиђеног обезбеђења. Утврђено је које трошкове, терете и давања у погледу послужног добра сноси плодоуживалац, а које власник. У погледу стицања права плодоуживања на покретној и непокретној ствари предвиђена је сходна примена одредаба о стицању права својине, што је разумљиво будући да је плодоуживање по својој садржини много сличније праву својине него праву стварне службености. Право уживања и право становања дефинишу се на традиционално усвојен начин: уживање као по обиму ограничено плодоуживање (у мери сопствених потреба и потреба уже породице), а становање као по предмету ограничено уживање (за потребу становања, и то сопствену, своје породице, односно чланова породичног домаћинства). Ова права не могу се пренети, али може се уговорити пренос овлашћења, што није сасвим јасно, будући да из појмовног одређења ових права произилази да све користи од послужног добра које превазилазе личне и породичне потребе имаоца уживања односно становања, припадају власнику тог добра.

Закуп – Право закупа, као стварно право у погледу покретних ствари настаје након што је закупцу на основу уговора о закупу предата ствар у државину, док у погледу непокретности и регистрованих покретних ствари *modus acquirendi* представља и предаја ствари у државину и забележба права закупа у јавном регистру. Закупац је овлашћен да ствар држи и употребљава, као и да, ако није друкчије уговорено, присваја користи од ње, пренесе право закупа на њој другоме, установи подзакуп, да другоме на на употребу или коришћење. У погледу овог права коначна верзија, такође, садржи, детаљну регулативу у погледу вршења, присвајања плодова, утицаја промене личности закупца и закуподавца на постојање права, за-

[17] Право плодоуживаоца на поједине користи може се искључити или ограничити, у целости или делимично, односно ималац послужног добра може задржати право на поједине користи, у целости или делимично. (чл. 358/2).

тим у погледу преноса права, давања ствари у подзакуп, пописа закупљене ствари, законског заложног права закуподавца на унетим стварима,[18] расподеле обавеза у погледу одржавања ствари (сношење трошкова и терета), права прече куповине[19] и права пречег закупа, стицања и престанка закупа.

Реални терет – Иако су реални терети настали као израз потребе подељене својине у феудалном друштвеном уређењу (када постоји више лица која имају различита власничка овлашћења у погледу исте непокретне ствари), овај институт може бити актуелан и при сада достигнутом степену развоја друштвених односа. Суштина овог права је да његов ималац може захтевати одређено чињење (давање) од свагдашњег власника непокретне ствари која је оптерећено добро и зато се оно често означава као реална облигација. Предложеном регулативом у погледу реалних терета предвиђа се да они могу бити лични (ако је право засновано у корист одређеног лица) и стварни (ако је засновано у корист свагдашњег власника непокретне ствари, која у том случају има карактер повласног добра). Право реалног терета ојачано је предвиђањем да ималац овог права (теретопримац) вредност неизвршеног давања, односно радње може наплатити из вредности оптерећеног добра и, ако је тако уговорено, из остале имовине теретодавца.

Залога – Право залоге као реално средство обезбеђења које овлашћује заложног повериоца да доспело обезбеђено потраживање намири из вредности заложене ствари односно права, пре осталих поверилаца и доцнијих залогопримаца те ствари, односно права, без обзира на промену власника те ствари, односно имаоца тог права, уређено је одредбама чл. 453-596 и по обимности регулативе (око 150 чланова) конкурише основном институту стварног права, својини, која је регулисана са око 200 чланова. Предвиђено је да залога може постојати на покретним стварима (залога покретне ствари), на непокретним стварима (хипотека) и на правима (залога права), те да може настати на основу једностраног правног посла или уговора (једнострана, односно уговорна залога), уговора пред судом (уговорно-судска залога), судске одлуке (судска залога) или на основу самог закона (законска залога). Уређене су следеће врсте залоге: ручна залога, регистрована залога, право задржања, залога права и хипотека, и изричито предвиђено да се право залоге не стиче на кућном љубимцу.

[18] „Ради намирења потраживања у вези са закупом, закуподавац има право да спречи изношење унетих ствари, као и да захтева враћање изнетих, осим ако преостале ствари представљају довољно обезбеђење, или ако је закуподавчево потраживање обезбеђено другом залогом.“ (чл. 417/2).

[19] „Право прече куповине има закупац непокретне ствари који право закупа већ врши најмање седам година.“ (чл. 421) „Право пречег закупа има ималац законског права прече куповине, сувласник моторног возила и покретне ствари знатне вредности.“ (чл. 422).

Одредбе о ручној залози (као залоге на покретним стварима) и залоге права (пре свега, потраживања), представљају преузимање и прецизирање регулативе садржане у Закону о облигационим односима,[20] уз неке допуне и новине. На пример, проширена је листа забрањених одредби уговора о ручној залози (чл. 482), омогућено је стицање залоге од невласника односно другог лица неовлашћеног да заснује залогу,[21] као и одржај ручне залоге (чл. 484). Изричито је предвиђено овлашћење залогопримца да захтева предају заложене ствари од сваког лица код кога се она неовлашћено налази, а то овлашћење престаје истеком три месеца од сазнања за лице код кога је ствар, а најкасније по истеку једне године од дана престанка државине. (чл. 499).

Регистрована залога уређена је слично као и у важећем Закону о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар из 2003. године,[22] с тим што су изостале одредбе о самом Регистру залоге.[23] Изостављање ових одредаба је последица чињенице да по коначној верзији Законика о својини и другим стварним правима, јавни регистри у које се врше одговарајући уписи значајни за стицање, пренос и престанак стварних права нису предмет регулисања овог Законика.

Право задржавања третира се као врста залоге будући да оно не представља само повериочево, законом установљено, средство притиска на дужника да испуни своју доспелу обавезу, већ га овлашћује и да се намири из вредности задржане ствари (након што дужника благовремено обавести о намери намирења). Поред дужникових ствари, задржати се могу и његове хартије од вредности,[24] а изричито се прописује да није могуће намирење из задржане непокретности. Нова су правила која предвиђају стицање права задржавања од неовлашћеног и одржајем, као и могућност уговорног искључења права задржавања одређене ствари односно ради намирења одређеног потраживања.

[20] Залога је регулисана чл. 966-996 Закона о облигационим односима.

[21] „Поверилац који, по пуноважном правном послу подесном за заснивање ручне залоге прибави државину покретне ствари од лица неовлашћеног да заснује залогу, стиче залогу ако није знао ни могао знати за непостојање овлашћења располагања. (2) На стицање ручне залоге од неовлашћеног сходно се примењују одредбе о стицању својине од неовлашћеног." (чл. 483).

[22] „Сл. гласник РС", бр. 57/2003.

[23] Одредбе чл. 56-65 Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар.

[24] „Поверилац не стиче право задржања ако је дужникова ствар односно хартија од вредности код њега против воље дужника, ако му је предата на чување, послугу или из просте услужности, као и ако ју је прибавио као дужников пуномоћник. Поверилац не стиче право задржања пуномоћја добијеног од дужника, друге дужникове приватне или јавне исправе, личних записа, као ни ствари које се не могу односно не смеју продати." (чл. 535).

Хипотека је, слично као што је то учињено у Закону о хипотеци из 2005. године,[25] потпуно уређена, уз увођење сличних нових решења у погледу предмета хипотеке, својинске хипотеке, фиксног ранга хипотеке, вансудског поступка намирења повериоца из вредности хипотековане непокретности.[26] Сматрамо да регулатива садржана у Закону о хипотеци пружа могућност врло доброг функционисања овог сложеног и веома значајног реалног средства обезбеђења потраживања. Правни адресати и судови њиме су добили правила која због своје прецизности и потпуности остављају мало простора за различита тумачења, што би требало да резултира уједначеном праксом и високим степеном правне сигурности. Због тога, ова правила, која смо дуго чекали, у евентуалној кодификацији стварног права свакако треба интегрисати.

Реални дуг – Право реалног дуга није регулисано нашим позитивним правом, а у коначној верзији Законика предвиђено је као право лица, које се означава као дугопримац, да наплати одређени новчани износ из вредности оптерећене непокретности (износ реалног дуга), без обзира на промену њеног власника (дугодавца), и без обзира на то код кога је та непокретност. Право реалног дуга заснива се у корист лица уписаног у јавном регистру на основу правног посла о реалном дугу (регистровани реални дуг), односно законитог имаоца писма реалног дуга (право писма реалног дуга). Ово право није, попут заложног права, акцесорног карактера, јер не претпоставља постојање потраживања чије се намирење обезбеђује, мада може настати и као обезбеђујући реални дуг (чл. 602)

Писмо реалног дуга је хартија од вредности по наредби у којој је инкорпорисано право реалног дуга, а њен издавалац и први ималац је дугодавац.[27] Наплативо писмо реалног дуга је извршна исправа, тако да се у релативно кратком року може реализовати право уписано у њему.[28] Регистровани реални дуг може се претворити у писмо реалног дуга.[29]

[25] Објављен је у „Сл. гласник РС“, бр. 115/2005 од 27. децембра 2005. године.

[26] Видети више о тим решењима у: Раденка Цветић, *Стварно право Србије – како даље?,* прихваћен за објављивање у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду, излази из штампе почетком 2007. године.

[27] Писмо реалног дуга саставља и оверава орган који води јавни регистар, надлежан по месту оптерећене непокретности. (чл. 621)

[28] Судска продаја оптерећене непокретности спроводи се по одредбама извршног поступка, али ако је реални дуг наплатив а дугодавац није физичко лице које је закључило уговор о реалном дугу изван оквира привредне делатности, и ако је тако уговорено, дугопримац може вансудски продати оптерећену непокретност, по истеку петнаест дана од дана упућивања дугодавцу, препорученом пошиљком, писаног обавештења о намераваној продаји, на адресу уписану у јавном регистру. (чл. 633)

[29] Орган који води јавни регистар прописује образац писма реалног дуга.

Право регистрованог реалног дуга стиче се на основу правног посла уписом у јавном регистру,[30] а право писма реалног дуга стиче се кад, на основу једностране изјаве власника непокретности и уписа реалног дуга у јавном регистру, орган надлежан да води јавни регистар преда дугодавцу писмо реалног дуга.

Смисао реалног дуга је осамостаљивање заложног права у односу на потраживање. Наиме, основна сврха заложног права је обезбеђење потраживања и у том смислу је разумљив његов акцесорни карактер, који традиционално постоји још од римског права. Међутим, ако се пође од чињенице да путем заложног права треба омогућити активирање постојеће имовине, односно њено коришћење да би се дошло до поверилаца, веома је битан концепт који омогућава постојање самосталног заложног права. Та сврха се постиже реалним дугом.[31]

Друга права обезбеђења: 1) Право поверене обезбеђујуће својине и право очекиване обезбеђујуће својине[32] – Право поверене обезбеђујуће својине има поверилац коме је својина поверена ради обезбеђења потраживања, док дужник (или треће лице) до намирења обезбеђеног потраживања има право очекиване обезбеђујуће својине. Повереник је овлашћен да врши поверену му својину на предатој му покретној ствари и своја овлашћења може пренети трећем лицу. Ова права могу бити и регистрована (поводом покретне или непокретне ствари) и у том случају поверавач има право да врши својину и да та овлашћења пренесе трћем лицу. У оба случаја може се уговорити и пренос поверене односно очекиване обезбеђујуће својине. „Повереников право поверене обезбеђујуће својине прераста у својину ако поверавач о доспелости не испуни обавезу, а, ако је тако уговорено, повереник поверавачу дугује онолико колико вредност ствари надилази вредност ненамиреног дела његовог обезбеђеног потраживања.“ (чл. 650) Поверена обезбеђујућа својина престаје престанком обезбеђеног потраживања, односно одрицањем од права поверене обезбеђујуће својине, а повереник поверену ствар враћа поверавачу, а ако је била регистрована треба извршити упис брисања у јавном регистру (може захтевати повереник, дужник или поверавач, када то није исто лице). **2) Право задржане и право очекиване својине** – „Право задржане својине

[30] Уговором о реалном дугу дугодавац се обавезује дугопримцу да у јавном регистру у његову корист упише реални дуг, да би овај могао да наплати износ реалног дуга из вредности непокретности пре осталих поверилаца. (чл.625/1)

[31] Земљишни дуг или својинска хипотека су термини који се користе у стручној литератури. Видети: Никола Гавела и др., *op. cit.,* стр. 732

[32] Ради се у суштини о фидуцијарном преносу права својине у сврху обезбеђења испуњења обавезе. Видети више о томе у: Зоран Рашовић, *Стварно право,* Подгорица, 2002, стр. 477-514

има продавац који је уговором овлашћен да својину покретне ствари, предате купцу, задржи док купац у целости не исплати цену и да, у противном, тражи враћање ствари, а право очекиване својине има купац који је уговором овлашћен да предату му ствар, и пре него што исплати цену и стекне својину, држи, употребљава и присваја користи од ње, као и да та овлашћења односно право очекиване својине пренесе другоме.“ (чл. 668/1) Очекивана својина претвара се у својину купца када он испуни обавезу или она престане на други начин, када продавац падне у доцњу, када купчева обавеза застари или се продавац одрекне од права задржане својине. Право очекиване својине престаје, на пример, ако је уговор о продаји споразумно раскинут или га је продавац раскинуо јер је купац пао у доцњу или је уговор престао да важи из других разлога, затим, ако се продавац или купац одрекне свог задржаног односно очекиваног права. (чл. 678) Право задржане својине, према Закону о облигационим односима[33] настаје закључењем уговора о продаји са задржавањем права својине.

III

Закључна напомена – Читање регулативе оставља утисак обухваћености свих замисливих случајева и постојање правила за њихово адекватно решавање. Машта правника нема ту богзна шта да дода, али живот би се вероватно постарао за то. У сваком случају, овај текст заслужује пуну пажњу стручне јавности. Претпоставка је да би га правна пракса радо видела у форми закона баш због свеобухватности, детаљног уређења и прецизности, упркос сложености неких формулација које га на појединим местима оптерећују.

[33] Чл. 540-541. Ова врста продаје предвиђена је међу осталим случајевима продаје са нарочитим погодбама.

Radenka Cvetić, Ph.D., Associate Professor
Novi Sad School of Law

Regulation of Property law Relation in Serbia – Already seen before

Abstract

An all-encompassing regulation of property law relations, with the introduction of the new Law, would be of great importance in bringing to an end a long period of legal insecurity in this field that has persisted due to the lack of or inadequate regulation of a significant number of property law institutes. The final working version of the Law on Property and Other Property Rights represents an attempt at overcoming this situation. The system, as well as many of the provisions of the given text, because of its completeness, rationality and originality is the object of interest in this article. An a cautionary note, the author reminds the reader of the not so distant experience of fruitless attempts at completing property law regulation in Serbia; whereby in this sense, the current situation could be described as something that already been seen before. Moreover, insetead of opening a discussion on the established text among the professional public, there is nothing but silence. While that silence ensues, the final version of the text is circulated within a rather limited circle of people, while the vast majority, unfortunately, do not even know of its existence. In pointing out the rules established pursuant to the final working version of the Law, without any pretention, the author enters into a thorough analysis aiming to, with a general overview and emphasis on only some individual significant solutions and innovations, awaken the interest of the legal profession as to what has been done.

347.922.6

Др Марија Салма, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду

ЗАХТЕВ ЗА УТВРЂЕЊЕ У ТОКУ ПАРНИЦЕ

(ИНЦИДЕНТНИ ЗАХТЕВ)

Сажетак. *У овом раду аутор анализира однос (разлике) између тужбе за утврђење и инцидентног захтева за утврђење поднетог током раније иницране парнице, путем тужбе за осуду на чинидбу (кондемнаторне тужбе). Предмет инцидентног захтева чини постојање или непостојање грађанскоправног односа од чијег решења зависи решење главног захтева. У том погледу је инцидентни захтев идентичан са претходним питањем. Основна разлика се међутим, показује у томе, што предмет претходног питања може бити кривичне или управноправне природе, а предмет инцидентног захтева пак, искључиво грађанскоправне природе, тј. мора да се односи на утврђивање постојања или непостојања условљавајућег грађанскоправног односа. Даље су разлике у томе, што одлука поводом инцидентног захтева улази у диспозитив пресуде. Међутим, став суда о претходном питању улази у образложење пресуде. Затим, суд одлучује о инцидентном захтеву и када тужилац повуче главни – кондемнаторни захтев. Поводом инцидентних захтева се претпоставља да тужилац, подносилац инцидентног захтева има правни интерес, а код тужбе за утврђење, постојање правног интереса тужилац мора да докаже. Декларатoрном тужбом се може тражити утврђивање истинитости или неистинитости неке исправе – дакле чињеничног питања, – док се инцидентни захтев односи само на утврђивање правног питања.*

Кључне речи: *захтев за утврђење у току парнице (инцидентни захтев), претходно питање, тужба за утврђење*

1. Процесна координација код инцидентних захтева

1. Претходно питање, одн. условљавајући правни однос у основи се може решавати на два начина: а) или тако што ће поступајући суд по *сопственој иницијативи,* или поводом иницијативе другог надлежног органа сам тражити одговор на условљавајуће питање, или б) тако што ће суд претходно питање решавати по *процесној иницијативи* саме *странке.* Други начин решавања условљавајућег правног односа је везан управо за инцидентални захтев за утврђење, који није ништа друго него процесни пут странке ради тражења правноснажног одговора на претходно питање.[1] Овај захтев се међутим, може истаћи у парничном поступку само у погледу претходног питања грађанскоправне природе.

Инцидентални захтев за утврђивање постојања или непостојања условљавајућег грађанскоправног односа може да поднесе тужилац током парничног поступка (до закључења главне расправе) уз првобитни-главни захтев, у форми засебног захтева (инцидентални или прејудицијелни захтев за утврђење или међупредлог за утврђење).

Значај инциденталног решавања претходног питања је у томе, што се тим путем постиже обавезан прејудицијум, тј. правноснажни јудикат истог парничног суда који решава поводом првобитно постављеног тужбеног захтева, уз услов да је суд пред којим парница тече надлежан. У случају да условљавајуће питање спада у надлежност другог парничног суда, парнична странка његово правноснажно разрешење може да постигне деклараторном тужбом пред надлежним парничним судом. То је могуће у случајевима када је првостепена парнична надлежност у грађанским стварима подељена између нижестепених и вишестепених судова.

Материја о инцидентном захтеву је у већини законодавстава саставни део тужбе за утврђење.[2] Таква је ситуација била и код нас до доношења

[1] В. чл. 189. Закона о парничном поступку (ЗПП-а) Србије, Службени гласник РС. бр.125. од 22. новембра 2004. год. В. и пар. 236, 259/3 и 411 ZPO – Zivilprozessordnung-a (ЗПП) Аустрије /Gesetz vom 1.8.1895, RGBl (Reichgesetzblatt) 113, последње измене, које нису дирале у текст наведених чланова, су од 28.6.1990/, в. Zivilverfahren, Stand 1.9.1990, Manz, Wien, str. 189, Zwischenantrag auf Feststellung,str.234; чл. 34 ЗПП Италије (наведено према Menestrini); Kralik, Die Vorfrage im Verfahrensrecht, Wien, Manz, стр. 124; S. Costa, op. cit., стр. 359 (citat prema Menestrini); Menestrina, F. La pregiudiciale nel processo civile, Wien, 1904, ibid, Milano, Dott. A Giuffre editore, 1963 (коришћено доцније издање), стр. 153. Др. Марија Салма, Претходно питање u грађанском судском поступку, Право ДОО, Нови Сад, 1995.г., стр. 107. и др.

[2] В. чл.54. ст 3 . ЗПП-а Републике Српске, службени гласник Републике Српске бр.58/ 2003. чл.187. ст.3. Закона о парничном поступку Хрватске, Народне новине, бр.53/1991., 91/1992., 112/1999., 88/2001., и 117/2003.

новог Закона о парничном поступку.[3] Посвећујући посебан члан захтеву за утврђење у току парнице законодавац је овај институт разграничио од тужбе за утврђење. Разграничење је извршено и у односу на преиначење тужбе, што се види из навода законодавца да се истицање захтева за утврђење у току парнице неће сматрати преиначењем тужбе. Новим законским решењем инцидентни захтев за утврђење стављен у току парнице добија стварни процесни значај.

2. Услови и дејство инцидиталних захтева

2. Услови за расправљање претходног питања путем инцидиталног захтева за утврђење су следећи:

а) условљавајући однос мора бити *грађанскоправне* природе. Тиме се и по садржају инцидентални захтев разликује од шире схваћеног претходног питања, које може бити и негрђанскоправне природе. Међутим, према ставу упоредне литературе, предмет инцидиталног утврђења не могу бити ни сви грађанско-правни односи. Наиме, инцидиталним путем се према овом становишту не могу расправити условљавајући брачни, и патернитетски односи (нпр., постојање брака или брачност детета), као и условљавајући правни односи који се састоје у спору о истинитости или неистинитости исправе, односно, менични односи и најзад, спорови поводом отказа пуномоћи.[4] Иако литература посебно не образлаже ове изузетке, чини нам се да су могући разлози у томе што су неки од ових поступака посебни. Наиме, на пр. брачни и патернитетски спорови спадају у посебне поступке због своје правне природе и значаја. Њихова посебност намеће и потребу одступања од правила општег поступка. Даље, у спору ради утврђивања истинитости или неистинитости исправе предмет утврђења су чињенице, што представља одступање од правила да се утврђивање односи на право или правни однос.

б) Потребно је да се ради о *спорном* условљавајућем граданскоправном односу.[5] То значи да о условљавајућем односу не постоји сагласност

[3] В. чл.187. ст.3. ЗПП СФРЈ од 24. децембра 1976.

[4] В., Dr. Leo Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, C. H. Beck, München - Berlin, 1961. г. стр. 454/IH/l.

[5] В. Dr. H. Tomas - Dr. H. Putzo, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetzen und den Einführungsgesetzen, Beck.München,1986, стр. 508; Dr. L. Rosenberg, op. cit., sr. 454; Lent-Jauernig, Zivilprozessrecht, dreizehnte Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1966., стр. 104, и др.

странака. Спор о правном односу мора настати *у току парнице*[6]. Има међутим и таквих законских решења која предвиђају могућност подношења инцидентног захтева и ако је до спора дошло *пре* парнице.[7] У таквој ситуацији би тужилац инцидентни захтев могао поднети истовремено са подношењем тужбе о главном захтеву. Суд би пак могао о кумулираним захтевима одлучити једном пресудом под условом да је исти суд стварно надлежан за сваки од захтева и да је за сваки од њих предвиђена иста врста поступка.

в) Да би био допуштен петит инциденталног захтева, условљавајући однос би требало да чини *самосталну* целину. Самосталност се огледа у томе, што повлачење првобитног(главног) захтева, не утиче на расправљање поводом инцидентног захтева.

г) Предмет инциденталног захтева може бити само утврђивање постојања или непостојања *правног* односа, те стога инциденталном тужбом се не може тражити оно што се не може тражити тужбом за утврђење.[8]

д) Код инциденталних захтева за утврђење потребно је да су испуњене *опште процесне претпоставке.*[9] Постојање опште процесне претпоставке о правном интересу, код инциденталног захтева је презумирано, те се не мора доказивати као што је то случај код декларативних тужби. То се образлаже тиме што би суд о условљавајућем односу морао да заузме став као о претходном питању.[10] да странка својим захтевом није иницирана расправу о условљавајућем односу.

Да би суд могао да приступи решавању захтева за утврђење који је стављен у току парнице потребно је да је суд пред којим парница тече *надлежан* за такав захтев.

У случају да нису испуњене опште процесне претпоставке инцидентални захтев за утврђење се одбацује без расправе. Испуњење специјалних процесних претпоставки код инциденталних захтева за утврђење се не тражи[11].

---

[6] В.чл.189. ЗПП-а Србије.,чл. 54. ст. 3 . ЗПП-а Републике Српске, службени гласник Републике Српске бр.58/2003. чл.187. ст.3.

[7] Закона о парничном поступку Хрватске, Narodne novine, бр. 53/1991.,91/1992., 112/1999.,88/2001. и 117/2003. Спор не мора настати само у току парнице, већ и пре ње.

[8].В. нпр., Bundesgerichtshof (SRN); LM; par.280. br.2., nav. Prema H. Tomas, i H. Putzo, op. cit., стр. 509. тач .3.

[9] Tako, Lent-Jauernig, op. cit., стр. 104., Rosenberg, op. cit., стр .454.

[10] У том смислу, Lent-Jauernig, op. cit., стр. 104.

11 В., Lent-Jauernig, op. cit., стр. 104.

3. У упоредној литератури се допушта да се инцидентални захтев за утврђење условљавајућег правног односа поднесе путем *преиначења* тужбеног захтева, додавањем постојећем захтеву још један, инциденталани захтев.[12]

У нашем законодавству[13] и теорији[14] међутим, изричито је прописано, односно прихваћено становиште, да се инцидентални захтев не може уложити у форми преиначења тужбеног захтева. Ово становиште се образлаже тиме што се тужени преиначењу може противити и на тај начин осујетити утврђивање условљавајућег односа. Суд може дозволити преиначење и када се тужени томе противи само ако сматра да би то било целисходно за коначно решење односа међу странкама и ако оцени да поступак по преиначеној тужби не би знатно продужио трајање парнице.[15] Осим тога, у науци се указује на то да би улагање инциденталног захтева путем преиначења тужбеног захтева довело до неравноправног третмана странака, тј. до фаворизације туженог коме стоји на располагање прејудицијелна противтужба ради утврђивања постојања или непостојања условљавајућег правног односа и до истовременог занемаривања интереса тужиоца који би тиме био лишен могућности инциденталног утврђивања[16].

Поводом питања да ли се инцидентални захтев може уложити у форми преиначења наш је став (de lege lata i de lege ferena) следећи: Петит инциденталног захтева је усмерен на утврђење постојања или непостојања условљавајућег правног односа у односу на предмет који тече пред судом. Овде је процесна иницијатива странке усмерена на постизавање правноснажног јудиката о условљавајућем односу. Међутим, код преиначења тужбеног захтева путем проширења тако да се уз постојећи додаје нови захтев, петит не мора бити усмерен на декларацију о неком правном односу, већ може да се односи на кондемнацију. Тако нпр., у току поступка поводом тужбе ради накнаде материјалне штете тужилац може захтевати додавањем новог захтева, и осуду штетника, тј. туженог на накнаду и неимовинске штете.

Затим, код инциденталног захтева за утврђење се ради о другом чињеничном супстрату који чини подлогу условљавајућег односа *из* кога се изводи захтев за утврђење, у односу на чињеничну подлогу и право који чине основ главног захтева. Међутим, код преиначења путем проширења

[12] Tako, Rosenberg, op. cit., str. 454; Lent-Jauernig, op. cit., стр. 105.

[13] В. чл. 189. ЗПП Србије.

[14] В.проф. др Б. Познић, Грађанско процесно право, Савремена администрација, 12. изд., Београд, 1991, стр. 165; проф. др. С. Трива, Грађанско парнично процесно право, Народне новине, Загреб, 1980, стр. 307-308 и др.

[15] В.чл.193. ЗПП-а Србије.

[16] У том смислу, Б. Познић, Грађанско процесно право, 12. изд., op. cit., стр.165.

тужбеног захтева чињенични основ из кога се изводи нови захтев може бити идентичан. (У наведеном примеру, проузроковање штете).

Из тих разлога се чини основаним закључак да се преиначење тужбеног захтева додавањем уз постојећег још једног захтева, разликује од инцидeнталног захтева, по процесном циљу, садржају и карактеру.

4. Инцидентални захтеви се могу поставити само *уз кондемнатоме* захтеве, тј. захтеве за осуду на чинидбу.[17] Тако нпр. уз захтев за исплату закупнине може се поставити инцидентални захтев за утврђивање постојања или непостојања закупног односа, или код тужбе ради накнаде штете због оштећења ствари инцидeнталним захтевом, односно противтужбом се може захтевати утврђивање својине на спорној ствари. Али уз тужбу за издвајање предмета заоставштине, инцидентални захтев се тиче постојања наследног права тужиоца.[18]

5. Поводом инцидeналног захтева за утврђење постојања условљавајућег грађанскоправног односа суд одлучује пресудом. Одлука о инцидeналном захтеву самим тим је обухваћена дејством правноснажности. Тада је одлука о инцидeналном захтеву препрека за поновно расправљање о истом захтеву (ne bis in idem).

Закон о судском поступку у грађанским парницама (из 1929.г.) је познавао међупредлог за утврђење. Њега је тужилац могао уложити и без пристанка туженог до закључења усмене расправе. Предмет међупредлога је било утврђивање постојања или непостојања у току парнице оспореног правног односа или права.[19] Међупредлог за утврђење је могао поднети и тужени и такође без тужиочевог пристанка.[20]

6. Све оно што важи за инцидентални захтев за утврђење, вице верса, вреди и за *прејудицијелну противтужбу,* са том разликом што је код потоње иницијатива на страни туженог.

Обзиром на чињеницу да је захтев за утврђење у току парнице у нашем праву јасно разграничен од тужбе за утврђење, анализираћемо и ту

[17] B. Lent-Jauering, op. cit., стр. 104, Menestrina, op cit., стр. 153., и др. У истом смислу и домаћа литература.

[18] Тако, Lent-Jauernig, op. cit., стр. 104.

[19] V. пар. 331. Закона о судском поступку у грађанским парницама, изд. Геце Кона, Београд, 1934.г., стр.165.

[20] В. пар. 354 ст. 2 Закона о судском поступку у грађанским парницама за Краљевину Југославију. Ближе поређење са решењем из ЗПП-а (према решењу из 1957. г.,) в. др Фрањо Горшић, О прејудицијалном утврђивању у парничном поступку, Правни живот, бр. 8-9/1957, стр. 1-9.

врсту тужби у мери у којој је потребно, да би потврдили потребу издвајања инцидентног захтева као посебне парничне радње.

3. Деклараторни тужбени захтев

а) Појам и процесне претпоставке за подношење тужбе за утврђење

7. Деклараторном тужбом тужилац тражи од суда да он утврди постојање или непостојање неког правног односа или права одн. истинитост или неистинитост неке исправе.[21] Овај захтев је допуштен само када је то посебним прописима предвиђено или када тужилац докаже постојање правног интереса за утврђење спорног права или правног односа, пре доспелости захтева за чинидбу из истог односа. Деклараторни захтев се поставља независно од тога да ли је предмет утврђења, правни однос у питању условљавајући за решење неког спора који је у току пред парничним судом. Но, то не значи да правноснажно утврђење правног односа поводом деклараторног захтева не може за неки други спор бити прејудицијелан, напротив.[22] Овде се ради само о томе да деклараторни захтеви у принципу не служе неком другом спору, ради њиховог решавања, већ су то спорови по себи и за себе.

Циљ је деклараторних захтева постизање извесности међу странкама око тога да ли између њих постоји или не постоји неки правни однос. Те тужбе имају превентивни карактер у том смислу што се њиховим правно-

[21] В. чл. 189 ЗПП Србије; пар. 253 Zivilprozessordnung-a (ЗПП) Немачке од 30. јан. 1877. год. према важећем стању на дан од 1. априла 1986. г., нав. према Heinzu Tomasu i Hansu Putzou, op. cit., стр. 501; par. 228 ZPP (ZPO) Аустрије од 1. ауг. 1895, према стању од 29- 6. 1989. г., BGBl. 343, нав.према: Dr. Walter List, Zivilverfahren, Manz, Wien, 1990. г.; за лит. в., Б. Познић, Грађанско процесно право, 12. изд., op. cit. 163-164; Жељка Велић, Деклараторни тужбени захтев, Odvjetnik, бр. 1-2/1979,стр. 17-24; Војислав Вуличевић, О тужби за утврђење, Југословенска адвокатура, бр. 3-4-1966., стр.61-66.,H.Tomas и H. Putzo, Zivilprozessordnung, op. cit., стр.501-507.; Lent-Jauernig, Zivilprozessrecht, op.cit., стр. 98-II-99., Wach, Der Feststellungsanspruch, Leipziger Festgabe für Windscheid, 1888., стр. 73.; Zeuner, Gedanken zur Unterlassungs- und negativen Festellungsklage, Fenstschrift für Dölle, 1963., tom 1.стр. 295.; A. Nikisch, Zivilprozessrecht, op. cit., стр. 150-154. 159, и др.

[22] Вуличевић, (О тужби за утврђење, op. cit., стр. 61) истиче да тужба за утврђење има превентиван карактер, јер може да отклони вођење спора по досуђујућим тужбама, а и особину претходности, прејудицијелности, „јер се у парници по овој тужби решава важно претходно питање“.

снажним јудикатима може отклонити евентуално даље вођење спора нпр. око неизвршења обавеза из облигационог уговора, пошто су се странке уверile да је уговор пуноважан, да између њих постоји уговорни однос.

Предмет декларaторних захтева такође, увек чини утврђивање грађанскоправног односа. Он може да се односи на утврђивање личних, имовинских права као и тзв. преображајних права. Тако дакле предмет утврђења могу бити право на име или фирму, својина или друга стварна права, посед, права на бестелесним добрима као што су ауторска и проналазачка права, право на отказ, на повраћај ствари, итд.[23]

Декларaторна тужба, за разлику од тужбе за осуду на чинидбу, после тражења утврђења правног односа, не садржи и тражење од суда да он изда и наређење дужнику да изврши неку обавезу.[24]

Предмет тужбе за утврђење може бити само целина правног односа, тј. једним захтевом се мора обухватити целина датог правног односа, чак и ако се из ње може извести већи број појединачних права, као што је нпр. постојање брака, родитељског односа, својство наследника, радноправни или облигациони однос, и др.[25]

Правноснажни декларaторни јудикати нису подложни принудном извршењу.[26] Поводом доспелог потраживања из облигационог односа закон тужиоцу не допушта декларацију,[27] другим речима, поводом већ доспелог дуга тужилац свој захтев више не може ограничити само на утврђивање постојања или непостојања правног односа већ се његов захтев има оријентисати само на осуду на чинидбу. Тада евентуални спор о постојању облигације има карактер претходног питања у кондемнаторној парници.

Странке у парници код тужбе за утврђивање не морају бити субјекти правног односа који чини предмет утврђења.[28] Пример за такав случај

[23] B.,A. Nikisch, Zivilprozessrecht, op. cit., стр. 152., тач. б)

[24] B. A. Nikisch, Zivilprozessrecht, op. cit. стр. 150., par. 39 tač. I/T.

[25] V. A. Nikisch, Zivilprozessrecht, op. cit. стр. 151, тач. II-1-a)

[26] Због тога, ако након декларaторне тужбе не дође до испуњења престације из правног односа, поверилац мора да покрене нову парницу, овом приликом са тужбом ради осуде на чинидбу, да би имао правноснажни јудикат осуде на чинидбу на основу које тек тужилац може да тражи принудно извршење. В., у том смислу, В. Вуличевић, О тужби за утврђење, op. cit., стр. 61.

[27] То проистиче из чл. 189. ЗПП Србије. У том смислу и наша литература, в. Б. Познић, Грађанско процесно право, 12. изд., op. cit., стр., 164.

[28] B., A. Nikisch, Zivilprozessrecht, zweite ergänzte Auflage, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, стр. 152. тач.2. Nikisch истиче да између тужиоца и туженог у парници која је заснована декларaторном тужбом, често нема материјалноправног односа, напр. Ако се они споре око тога ко је између два претендента на ствари поверилац.

представља позитивна тужба за утврђивање једног повериоца коме је други поверилац у стечајном поступку оспорио постојање потраживања.[29]

Како декларaторна тужба може бити *позитивна* (са тражењем да се утврди постојање неког правног односа) и *негативна* (са тражењем да се утврди непостојање правног односа), резултат негативне тужбе може бити усвајање тужбеног захтева и утврђење суда да неки однос (између тужиоца и туженог) не постоји, или пак, резултат позитивне тужбе може бити одбијање захтева и утврђење суда да не постоји правни однос између странака.[30]

Потребно је да постојање или непостојање правног односа буде у стању неподмирености, у смислу, да о постојању или непостојању права или правног односа постоје *супротне тврдње* потенцијалног тужиоца и туженог.[31] Другим речима, потребно је да се ради у стању *угрожености* субјективног права, да би се тужба сматрала допуштеном.

б) Правни интерес код тужбе за утврђење

8. – Сама чињеница да неки правни однос постоји или не постоји по себи још не овлашћује на ангажовање суда ради пружања правне заштите. Зато процесни закони као посебан услов допуштености тужбе за утврђење предвиђају постојање тужиочевог правног интереса за утврђењем и то путем судске декларације о датом правном односу. Тај интерес би постојао онда када би правни положај тужиоца био угрожен[32], без обавезујућег утврђења односа, који чини предмет декларaторног захтева.

Сматра се, да не постоји правни интерес, ако се заштита може обезбедити неким другим путем. Нпр. ако неко жели да се разведе он не мора пре подношења тужбе за развод брака поднети декларaторну тужбу за утврђивање права на развод.[33]

Уколико тужилац не докаже постојање правног интереса за утврђењем у петиту означеног односа, тужба се без даљег (мериторног) расправљања одбацује као недопуштена, решењем суда.

Пошто је ЗПП (Србије) предвидео да се декларaторна тужба може подићи и када је посебним прописима предвиђено[34] сматра се да тужилац

[29] В. Б. Познић, Грађанско процесно право, 12. изд., стр. 163, тач. 340.

[30] В. о томе, Lent-Jauernig, Zivilprozessrecht, op. cit. стр. 99.,тач.3.

[31] У том смислу, нпр. A. Nikisch, Zivilprozessrecht, op. cit., стр. 152 тач. 3. То се може испољити на пр. у тврдњи о непуноважности услова правног посла.

[32] Тако, A. Nikisch, Zivilprozessrecht, op. cit., стр. 153, тач. IH/1.

[33] A. Nikisch, ibid, op. cit., стр. 153- тач. III/2. Наиме, како каже овај аутор, пресуда којом се разводи брак тиче се и овог утврђења и истовремено изриче развод брака.

[34] В. чл. 188. ст . 2. ЗПП-а Србије.

тада не мора доказивати постојање правног интереса. Тако, у нашем праву правни интерес се не би морао доказивати код тужбе ради утврђивања материнства, тужбе ради утврђивања очинства[35]

4. Захтев за утврђење у току парнице и тужба за утврђење

Давање посебног процесног значаја инцидентном захтеву, његовим издвајањем из члана који уређује тужбу за утврђење и заснивање новог члана има оправдања јер се разликују услови под којима се они подносе, као и њихове функције.

Инцидентни захтев се по правилу подноси у току парнице. Декларатoрном тужбом се иницира парнични поступак. Инцидентни захтев има изражен прејудицијелни карактер јер се без његовог решења не може донети правилна одлука о главном захтеву. Код захтева за утврђење постављеног у току парнице није потребно доказати постојање правног интереса, он се пресумира. Функција декларатoрне тужбе је превенција других спорова, а функција инцидентног захтева је решавање условљавајућег правног односа. Декларатoрном тужбом се може тражити утврђење истинитости или неистинитости неке исправе. Инцидентни захтев се односи само на утврђивање права или правног односа. О инцидентном захтеву решава суд пред којим тече поступак о главном-првобитном, захтеву само ако је он надлежан и за решавање о инцидентном захтеву. У супротном, тужилац би могао да поднесе декларатoрну тужбу.

[35] В. чл. 249 и чл. 251. Породичног закона Србије, Службени гласник РС, бр.18. од 24. фебруара 2005. год.

Dr. Marija Salma, ausserordentlicher Professor,
Fakultät der Rechtswissenschaften
der Universität in Novi Sad

Der Feststellungsanspruch Während des Zivilprozesses

Zusammenfassung

In diesem Beitrag analysiert die Autorin das Verhältnis (Unterschiede) zwischen der Feststellungsklage und dem inzidentellen Feststellungsanspruch, welcher während des vorher initiierten Verurteilungs– (kondemnatorischen) Zivilprozesses eingelegt wird. Der Gegenstand des Zwischenanspruches ist das Bestehen oder Nichtbestehen eines solchen zivilrechtlichen Verhältnisses, von dessen Lösung die Lösung des Haupstreites abhängt. In dieser Hinsicht ist der Zwischenfeststellungsanspruch identisch mit der Vorfrage. Der Grundunterschied liegt nach der Auffassung der Autorin jedoch darin, dass der Gegenstand der Vorfrage auch eine nicht gelöste Rechtsfrage strafrechtlicher oder verwaltungsrechtlicher Art sein kann. Im Gegensatz dazu ist der Zwischenanspruch ausschließlich von zivirechtlicher Natur, bzw. er soll sich auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines bedingenden zivilrechtlichen Verhältnisses beziehen. Die weiteren wichtigen Unterschiede sind die folgenden: die Entscheidung (Auffassung) des Gerichtes über den Zwischenfeststellungsanspruch geht in den dispositiven, aber die Entscheidung über die Feststellungsklage in den Begründungsteil des Urteils ein. Über den Zwischenfeststellungsanspruch soll das Gericht auch in dem Falle entscheiden, wenn der Kläger seinen Hauptanspruch zurücknimmt. Beim Zwischenfeststellungsanspruch wird die Prozessvoraussetzung über das Bestehen des rechtlichen Interesses des Klägers präsumiert, aber bei der Festellungsklage sollte der Kläger dieses rechtliche Interesse beweisen. Mit der Feststellungsklage kann man die Feststellung der Wahrheitsgemäßheit oder Unwahrheitsgemäßheit einer Urkunde verlangen – d. h. des Tatsachenstandes –, während sich der Zwischenfeststellunganspruch nur auf die Feststellung der rechtlichen Frage bezieht.

341.223.3

Др Драго Дивљак, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду

БОТ МОДЕЛ ПРОЈЕКТНОГ ФИНАНСИРАЊА ИНФРАСТРУКТУРЕ

Сажетак: *У раду се разматрају неки правни аспекти новог правног инструмента финансирања и изградње инфраструктурних објеката у форми БОТ послова. То у првом реду подразумева анализу правних импликација коришћења овог вида финансирања. Осим односа нашег права према овом правном инструменту и компаративних искустава, у раду се посебна пажња поклања покушајима стандардизације правила у овој области на међународном палану.*

Финансирања и изградња инфраструктурних објеката у форми БОТ послова је сложена правна и пословна конструкција, јавног и приватног права. , у којој учествују субјекти различитог својства и природе. Он садржи елементе већег број уговара и не може се третирати само као подваријанта концесивног посла, што се не ретко чини. Стога питања везана за обезбеђење правне сигурности учесника овог посла и умањење и трансфер њиховог ризика избијају у први план.

*И у нашем позитивном праву је БОТ посао, односно приватно пројектно финансирање изградње инфраструктурних објеката се поједностављено третира као један облик концесије. Такав приступ је правно системски заокружен у Закону о концесијама **из**, мада Закон о страним улагањима није таквог усмерења. Таква приступ логично не обезбеђује потребну јасност и прецизност. Стога наше позитивно право захтева одговарајућа побољшања, превасходно у наведеном правцу. Ипак и постојеће законско решење омогућава реализацију страних улагања за изградњу инфраструктурних објеката форми БОТ посла. Свакако је добро да и наша држава, предвиди и омогући у свету прихваћене облике оства-*

рења пословних подухвата страних улагања, па и оне новијег карактера, као што је предметни посао и тиме ојача њена позиција у све заоштренијој конкуренцији.

Кључне речи: *Бот модел, инфраструктурни објекти, финасирање, правни аспекти, пројектно финансирање, јавни сектор, приватни сектор, концесије*

Императив за сваку државу, као и територијалне заједнице у оквиру ње је оптимална изградња мреже инфраструктура и њена обнова. То је битно не само са аспекта убрзања привредног развоја, већ наравно и са аспекта животног стандарда становништва. Она то чини директним финансирањем из државних и парадржавних извора, по основу сопствених средстава или узетих кредита. Међутим, проблем настаје када држава није у могућности да финансијски пропрати овакве пројекте и тиме на адекватна начин изађе у сусрет наведеној потреби, што није ретко, нарочито у мање развијеним земљама. С друге стране, приватни сектор, односно корпорације, које су у сталној су потрази за пројектима за улагање који им може донети додатни профит, директно или посредно могу концентрисати значајна средства за те сврхе. У том контексту, изградња инфраструктурних објеката би могла за њих бити пожељни облик финансирања и зараде по основу њиховог коришћења. У таквим околностима, недовољност јавних извора финансирања за инфраструктурне пројекте постепено је довео до креирања нових пословних и правних механизама који су подразумевали коришћење приватних извора финансирања по пројектној основи.

Модели својеврсне кооперације приватног и јавног сектора у изградњи инфраструктурних објеката могу бити различити. У том склопу, све већи значај добија БОТ (build-operete-tansfer – изгради-користи-предај)[1] модел пројектног финансирања инфраструктуре, где су под одређеним условима, свој интерес су нашли сви учесници.

У раду који следи управо се разматрају неки правни аспекти новог правног инструмента финансирања и изградње инфраструктурних објеката у форми БОТ послова. То у првом реду подразумева анализу правних импликација коришћења овог вида финансирања. Осим односа нашег права према овом правном инструменту и компаративних искустава, у раду се посебна пажња поклања покушајима стандардизације правила у овој области на међународном плану.

[1] Термомолгиоја која секористи није увек дентична. Тако се користи build-own-operate-transfer , build-own-operate, build-rent-transfer, build-own-subsidize-tansfer.

1. Појам и природа

БОТ модел је најчешће коришћени модел пројектног финансирања инфраструктуре. Међутим, осим њега у пословној пракси су се обликовали и други подоблици пројектног финансирања као што су: БООТ посао[2], БТО посао (изгради-пренеси-управљај), БОО посао (изгради-имај у својини-управљај), МОТ посао[3] (модернизуј-управљај-пренеси), БОР посао[4] (изгради-управљај-одстрани), РОТ посао[5] (реновирај-управљај-пренеси) и др. Учесници у оваквим пословним подухватима могу креирати и његове друге подваријанте, сагласно њиховим интересима. То је продуковало повољну ситуацију за неуједначеност у њиховом појмовном дефинисању, утврђивању правне природе, али и терминолошкој сфери.

Терминолошки, под утицајем УНЦИТРАЛА ова област се све више покрива генеричним појмом приватно финансирање инфраструктурних пројеката. (Privately Financed Infrastructure Projekts – PFIP). У основи, под њим се подразумевају сви облици улагања у јавне инфраструктурне објекте, при чему финансирање и ризик пословног неуспеха преузима приватна компанија. Она то остварује по основу добијене концесије од стране државне или локалне власти за изградњу и управљања инфраструктурним објектом.

С друге стране, БОТ модел приватног финансирања инфраструктурног пројекта подразумева укупност свих организационих, техничких, економских и правних активности које у потребне за његову реализацију. Он се у правном смислу изражава уговором о финансирању инфраструктурног пројекта.

Иако настао раније, крај XX века је било његове пуне афирмације, посебно у земљама у развоју. Међутим, није ни безначајна његова примена и у развијеним земљама. БОТ модел приватног финансирања инфраструктурног пројекта се користи у различитим областима за разноврсне инфраструктурне пројекте као што су електране, путеви, мостови, тунели, објекти водоснабдевања и сл. По правилу се ради о пројектима великог значаја и вредности, не само у националним оквирима. С друге стране, овај правни инстуемнт је могуће користити и за инфраструктурне објекте мањег, локалног значаја. То је посебно карактеристично за неке земље као што је Словенија.[6]

[2] Изгради-имај у својиним-управљај-пренеси (Build-Own-Operate-Transfer).
[3] Moderate-Operate-Transfer
[4] Bild-Operate-Transfer
[5] Refurbish-Operate -Transfer
[6] То се реалузује по основу Закона о јавним службама из 1993. године и Одлуке о локалним јавним службама. Такав је случај мање општине Преболд.

Као уговорне стране с једне стране се јавља држава или локална самоуправа.[7] С друге стране као инвеститори се јављају корпорације, које по основу сопственог или позајмљеног капитала финансирају инфраструктурни пројекат. У првом реду то су страни улагачи. Непрецизно и нејасно одређење правне природе имплицира и нејасност у тимолошкој сфери.[8] Она је мања за означавање приватног инвеститора који реализује пројекат, за кога се по угледу на концесију, користи термин концесионар (concessionaire). Унисионост је мања у погледу означавања државе или локалане самоуправе, као наручилаца посла. У међународним документима се за ова лица неодређено користи термин уговорни орган (contracting authoriy).[9]

Основ ширења његово значаја је управо његова корисност за све учеснике, односно и за јавни и приватни сектор. Држави се омогућава да се растерети својих обавеза у погледу финансирања и одржавања инфраструктурног објекта, а да истовремено, после одређеног периода, опет стекне својину над датим објектом, иако га није градила. Приватном сектору је пројектно финансирање такође корисно. Финансирањем и изградњом инфраструкутре приватни сектор је добио нову могућност за инвестиције и остварење добити. Тиме се постепено превазилази ситуација да су објекти инфраструктуре под пуном јурисдикцијом државе и да она једино располаже својинским и другим овлашћењима над њима.[10] Управо, обрнуто, по основу овог посла, расте значај приватних инвеститора, како у функционалном, финансијском, тако и области стварноправних овлашћења.

Финансирања и изградња инфраструктурних објеката у форми БОТ послова је сложена правна и пословна конструкција, са елементима јавног и приватног права. Ради се о мешовитом правном послу који садржи елементе различитих послова, посебно уговора о концесији, грађењу, испоруци опреме, преносу технологије, одржавању и сл.[11] Наведена сложеност се огледа и у субјективној сфери. У овако конципираним мешовитим уговорима учествују субјекти различитог својства и природе.

---

[7] Наравно, к ада се не ради о инфраструктурним објектима. већ о објектима друге врсте, као наручилац посла се могу јавити друга лица. Наравно, сви други услови посла остају. без обрира на промне у субјективној сфери посла.

[8] Вилус, J, уговори о изградњи инфраструктурних објеката, Правни живот, 11/2002, стр. 395.

[9] Законодавни водич УНЦИТРАЛ-а о приватном финасирању инфраструктурних објеката.

[10] Значај државне својине и њен монопол у области инфраструктуре није исти у свим земљама То зависи од историјских околности , и што нарочито важи за земље Европске Уније. Concept Paper on Concessions Law. The maerican Bar Assciation, 1997. стр. 3.

[11] Вилус, J, op, cit. , стр . 394

Природу наведеног посла није једноставно утврдити[12] генерално, она се ипак не може свести на уговор о концесији, каш што се то не ретко чини, Они се пре свега разликују у погледу њиховог предмета.[13] Док се код концесије ради о уступању на коришћење природног богатства и добра у општој употреби, односно вршењу јавне службе, дотле је предмет БОТ модела пројектног финансирања инфраструктуре уже постављен и поклапа се са концесијом само у делу који се односи на коришћење објекта инфраструкутре

Иако се дакле, ова два посла не могу поистоветити, никако се не може негирати ни повезаност. Блискост са концесијом није спорна, посебно код концесије вршења јавне службе, посебно у наведеном сегменту. Она се огледа у више сфера.

Прво, она је произлази из елемента порекла. Класични модел БОТ послова се развио из концесија и пројектног финансирања из ограничених извор, уз касније модификације. Пројектно финансирање из ограничених извора подразумева да се капитални трошкови реализације пројекта надокнађују из прихода који продукује сам пројеката.

Друго, БОТ модел пројектног финансирања се реализује коришћењем већег броја других уговорних инструмената. Без њих се но не може замислити, ни остварити. У оквиру њих, нарочито је значајан уговор о концесији, по основу кога објекат који је предмет уговора и истовремено и објект за стицање прихода, пренесе након одређеног уговореног рока са приватног инвеститора на државу. На тај начин концесија се јавља као последица финансирања. На основу ње приватнти инвеститор је дужан изградити одређени инфраструктурни објекат, управљати њиме уговорени временски период и црпети економске користи од наплате његовог коришћења. После наведеног рока држави се преносе сва права у вези инфраструкурног објекта која су потребне за даље вршење предметне јавне службе.

Док се са аспекта државе БОТ модел финансирања инфраструктуре, превасходно изражава као концесија, дотле је за приватне инвеститоре његов најбитнији елеменат финансирања Он се развио из пројектног финансирања из ограничених извора, које је само њима само једна нова могућност за стицање профита.

За БОТ посао је посебно карактеристично да изградњу инфра-структурног објекта самостално или претежно финансира приватни сектор,

[12] Исти је случај и са концесијима. О правној природи концесија:

[13] О разликама између основног облика БОТпосла посла и концесије види: Дабић, Љ, Уговор о финасирању финансирању пројеката и уговор о подлеи производње, 11/1996, стр. 293.

организован у форми трговачких друштава или компанија. Његов удео је увек претежни, али удео у њему може имати и држава, јер природа овог посла искључује могућност да она преузме значајнији удео у финансирању Концентрација потребних средстава за реализацију пројекта не ретко захтева учешће или кредитирање трећих лица или финансијских организација. И поред свега, финансирање инфраструктуре у БОТ моделу се ипак разликује од других облика улагања. То се превасходно манифестује у погледу вредности улагања и рокова реализације и трајања.

Осим напред наведених основних елемента концесије и финансирања, БОТ модел пројектног финансирања укључује коришћење и других правних инструмената. То значи и инструменте преноса права из потраживања или обезбеђења потраживања, што читаву правну конструкцију овог посла додатно усложњава.

2. Правно регулисање

Сложени правни односи, изражено присуство елемента иностраности, као и ангажман значајних новчаних средстава условили су потребу да се и на националном и међународном плану креирају одређена правила која би требала омогућити даљу експанзију БОТ модел пројектног финансирања инфраструктуре, уз заштиту од интереса обе стране. На међународном ниво такође постоје напори да се ова област покрије одређеним правилима различитог усмерености, специјалности, домета и правне снаге. Њихова прихватање је један од услова за равноправно конкуренцију у привлачењу страних улагања. , односно за обезбеђење фер и правичних услова за улагаче.[14]

Прво, на општи начин она су предмет пажње и регулисања међународних организација и докумената превасхдоно усмереним ка страним улагањима уопште. У том контексту треба споменути напоре ОЕЦД и Центра за мултинационалне компаније усмерене ка креирању стандарда у регулисању ове области.[15] О оквирима Светске трговинске организације, као саставни део њених стандардизованих правила је 1994. године креиран Споразум о условима за страна улагања који утичу на трговину.[16] Као нов правни посао, БОТ модел пројектног финансирања инфраструктуре на

[14] Report to the Developmenet Committee on the Legal for the Treatment on the Legal Framevork for the Treatment of Foreign Investment, 1992, The International for Reconstructions and Devolopment , 1992, стр . 15 i 20.

[15] Тако је оквиру ОЕЦД 1961. године настао Кодекс либерлиауције кретања капита.

[16] Trade related investment measures -TRIMS.

међународном плану није покривен документима са јачом правном снгом, као што су конвенције. Ипак, захваљујући напорима УНЦИТРАЛ-а, 2002. године је настао посебан документ специјалног усмерења под називом Законодавни водич УНЦИТРАЛ-а о приватном финансирању инфраструктурних објеката. У складу са својим именом, он је треба да послужи државама, али приликом регулисања ове материје, тако и потенцијалним уговорним страним приликом конципирања конкретног уговора.

У нашем праву БОТ посао је релативно брзо постао предмет правне регулације, додуше у рудиментарном облику. Први пут је учињено Законом о страним улагањима из 1988. године, где се он концпетуално опредељује као један од облика страних улагања, односно концесије. Такав приступ, је у основи задржан и у каснијим законским текстовима о страним улагањима. [17]

И у нашем позитивном праву постоји могућност пројектног финансирања уопште по БОТ моделу, па тако и инфраструктуре, у погледу правног концесије, а самим тим и његовог третирања, не постоји потпуна унисионост у нашем релевантном законодавству.

Наиме, важећим Законом о страним улагањима из 2002. године је дата могућност страним улагачима да код нас улазе и сложеније пословне подухвата као што је БОТ посао.[18] Међутим, њиме се унеколико другачије одступа од дотада прихваћеног концепта. У њему у се БОТ посао не третира као једна подваријанта концесија, већ као један од посебних облика страних улагања, који се правно системски третира у истој равни као концесија, као други равноправни посебни облик страних улагања.[19]

Међутим у разради овог регулисања у Закону о концесијама из 2003. године, пошло се другачијим, рационалнијим, чини се једноставнијим путем. Наиме, БОТ посао се у њему изједначава са међународним концесијама. Таква концепција се овим законом системски заокружава, јер се законска правила и регулатива о концесијама у потпуности примењују и на БОТ послове, као једном од облика концесија. У складу са напред наведеним концептом у концесионом законодавству изостала је подробнија регулација ове области и њених посебности, а самим тим и не постоје посебне одредбе о БОТ моделу пројектног финансирања инфраструктуре.

[17] То је учињено и Закону о страним улагањима из 1994. и 1996 године**.**

[18] Овакав приступ није баш уобичјено присутан у упореедом праву. Види: Закон о концесијама Румуније. из 1998. године. Киргистана и1з 1997. године, Грузије из 1998. године.

[19] Према чл. 5. ст. 2 Закона о страним улагањима из 2002. године, страном улагачу може се одобрити да изгради, искоришћава и трансформише (В. О. Т. – Build, operate and transfer) одређени објекат, постројење или погон, као и објекте инфраструктуре и комуникација.

Концесија, у смислу овог закона, јесте и концесија по Б.О.Т. систему (build-operate-transfer – изгради-користи-предај), укључујући и све облике овог система, а који се заснива на изградњи или реконструкцији и финансирању комплетног објекта, уређаја или постројења, његовом коришћењу и предаји у својину Републике Србије у уговореном року.[20] Такво одређење предмета овог посла није суштински другачије од одређења присутног у претходним законским текстовима.[21]

Већ је речено да је финансирања и изградња инфраструктурних објеката у форми БОТ послова је сложена правна и пословна конструкција, јавног и приватног права, у којој учествују субјекти различитог својства и природе. Материја БОТ модела изградње инфраструктурног објекта са аспекта правног регулисања, у први план ставља питање комплекснијег карактера које се односи на оспособљеност и комплетност правног система за реализацију оваквих послова.

Независно до питања адекватности правне регулације о овом послу, може се рећи да и постојеће законско решење омогућава реализацију страних улагања за изградњу инфраструктурних објеката у форми БОТ посла. Међутим, његова афективност није само зависна од закона о концесијама, већ и од других законских правила која стварају укупност правних претпоставки за његову реализацију. Генерално речено, наш правни систем је у довољној мери компатибилан потребним захтевима у адекватним правним инструментаријем. То су пре законска правила о привредним друштвима којима треба да се омогући страним лицима да буду део персоналног супстрата наших привредних друштава, али и правила о праву страних лица на стицање својине, посебно на непокретним стварима. Важну улогу у овом смислу имају у правила којима се регулише пренос потраживања, односно глобалне цесије будућих потраживања, која се у тим пословима често користе као погодно средство обезбеђења између пројектног привредног друштва и кредитора тог друштва. Наиме, кредитори најчешће као средство обезбеђења захтевају будуће приходе пројектног друштва.[22]

[20] Чл 3. ст. 3 Закона о о концесијама из из 2003. године

[21] Предмет БОТ посла према Закону из 1996 године је објект постројење или погон, или објекте инфраструктуре и комуникацаија.

[22] Коришћење иовог средства озбе]ења је кредиторе концесионара, из разлога једноставности и стпена јавности.

3. Правна заштита интереса угворних страна

Основна карактеристике БОТ модел пројектног финансирања инфраструктуре је да је предмет уговора велике вредност. Стога се сви елементи присутни код обичних страних улагања овде мултипликују. Специфичности уговора захтевају пажљиво позиционирање уговорних страна у уговорним клаузулама. У том погледу, питања везана за заштиту интереса и обезбеђење правне сигурности учесника овог посла и умањење и трансфер њиховог ризика, избијају у први план. Наравно, због значаја питања, неопходно је интервенција законодавца у овој области.

У овој области области важна је заштита оба субјекта због значаја инфраструктурних објката, нихове вредности, али изразите дугорочности посла. Стога се путем и на међународном плану, путем Законодавног водич УНЦИТРАЛ-а о приватном финансирању инфраструктурних објеката покушава успоставити систем правила којим би се на адекватан начин разрешио систем расподеле ризика између уговорних страна.[23]

Ипак, у оваким правним односима је осетљивији положај концесионара, јер је с друге стране уговора држава, која у односу на концесионаре може да иступа као *iure imperii*, тј као државна власт која може предузимати различите мере које могу штетити концесионарима. Те мере могу бити мере дирекнте[24] или индиректне национализације,[25] које нису

[23] Више о расподлеи ризика :Вилус. J. op. cit. стр. 397 и даље.

[24] У међународним конвенцијским правилима, под експропријацијом се подразумева сваки законодавни или административни поступак или пропуст који се може приписати влади домаћину, а који лишава носиоца гаранције власништава или контроле над његовом инвестицијом, или стицање значајне користи, са изузетком недискриминаторних редовних мера које се у принципу примењују и које Владе обично предузимају ради регулисања привредне активности на својој територији. То укључује мере као што су национализација, конфискација, заплена, присвајање забрана и змрзавање ефективне имовине. Нису предвиђене мере судских органа Под недискриминаторним мерама се не подразмевају мере опорезивања, или оне о радним односима или заштитити животне средине, осим ако нису дискириманторне.

[25] Под новим мерама у овом контексту , првенствено се подразумевају мере везане за увођење нових или додатних пореза, нових увозних царина, уводјење потпуне или делимичне забране увоза , измене инвестиционог законодавства, неиздавање увозних дозвола, девизне рестрикције и друга спољнотрговинска ограничења. Наведене државне мере које нису постојале у време доношења пословне одлуке о страном инвестирању, могу у толиком обиму негатгивно утицати на пословање самог привредног субјекта да се не може избећи пословање са негативним резултатом, које у крајњем исходу доводи до стечаја или ликвидације самог субјекта пословања.

непознато у пракси,[26] али и мере једностране модификације предметног уговора.[27]

Законом о страним улагањима из 2002. године, страним улагачима се пружа уобичајена, међународним стандардима утврђена заштита од експропријације и других мера државе са једнаким дејством.[28] И у складу са Законом о експропријацији, Непокретност је могуће експроприсати или ограничити право својине на њима, само уз правичну накнаду која не може бити нижа од тржишне цене непокретности, ако то захтева општи интерес, одређен на основу закона.[29] Уско дефинисање могућности за експропријацију[30] и обезбеђење накнаде на одговарајући начин,[31] у довољној мери обезбеђују интересе инвеститора.

Држава, једном заснован уговорни однос овој области у може модификовати како у погледу садрижне, тако у погледу његове правне снаге.

Однос према наведеном проблему и његово решавање се у упоредном праву врши системски. За такве ситуације у развијеним националним правима су успостављени одређени стандарди.[32] зависно од системског оквира, у упоредном праву постоји сагласност да се концесија свакако разликује од других приватно-правних уговора, јер код ње не важи принцип равноправности.

У нашем праву не постоје посебно систематизована правила која би посебно третирала ово питањем. У недостатку кохерентно развијеног система, за уговоре између државе и другог физичког и правног лица, концептуални приступ овом питању је могуће утврдити анализом законских одредби које се односе на поједине облике модиифкација. Она су у складу са изнетим ставовима у упоредном И међународном праву.

Медикација концесионог односа се нарочито испољава у погледу садржине и правне снаге. У том контексту разматраћемо питања везана за раскид уговора о концесији, откуп или одузимање концесије. У неким правним системима услови и разлози за раскид уговра се утврђују самим

[26] Тако можемо споменути случај Liberation Timber Corporation) LETCO) V. The Government of the Republic of Liberia, а по основу концесионог уговора из 1970. године.

[27] Прица, Р. Уговор о концесији, Нови уговори од значаја за привредни развој, Београд, 1995, стр. 170.

[28] Члан 9. Закона о страним улагањима из 2001. године.

[29] ЧЛ. 1 Закона о експропријацији , Сл. гласник РС, бр. 53/95.

[30] Влада РС може утврдити општи интерес само у областиима за које није спорно да садрже у себи јавни интерес. Члан 20. 1 Закона о експропријацији.

[31] Чл. 41. Закона о експропријацији из 1995. године.

[32] Они су у француском праву засновани на теорији административног односно government contracta у англосаксонско праву, и као такви се аналогно примењују и на концесионе уговоре са елементом иностраности.

уговором[33] С друге стране, у неким земљама се таксативно предвиђају самим законом. У нашем праву је присутан мешовити систем, јер се осим из законом предвиђених разлога, дозвољава уговорним странама да самим уговором о концесији утврде услове за измену или раскид уговора.[34]

Откуп концесије може бити добровољан и принудан. Само у овом другом случају се поставља питање једностраног поступање државе, ер се он тада по својим последицама изједначава са експропријацијом своје далекосежности унапред се утврђују рестрикције за предузимање принудног откупа. Најчешће се он условљава претходним утврђењем у концесијском акту.

У нашем праву до откупа концесије од стране концедента може доћи ако је то предвиђено уговором о концесији, којим се уређују и услови и начин откупа. И у томе не видимо проблем за интересе концесионара јер је ствар концесионара да пронађе најбољи начин да заштити своје интересе. Прави проблем може произаћи из могућности да се концесија може откупити и ако то налаже општи интерес,[35] без обзира на то што концесионар у сваком случају има право на накнаду штете.

Стара дилема о адекватности примене аналогних правила о експропријацији када се ради о откупу концесије, у нашем праву је позитвино решена.[36] У складу са њима, откуп концесије се може се вршити под условима и на начин утврђен прописима о експропријацији у ком случају ће Влада без одлагања концесионару исплатити пуну накнаду штете према тржишној вредности.[37]

Одузимање концесије се упоредном праву, неспорно утврђује као суверено право државе. Оно се примењује када концесионар није извршио преузете обавезе или нема изгледа да их испуни благовремено и на очекивани начин.

У упоредном праву се ова ситуација на различите начине регулише. Најчешће до одузимања долази ако се не започне са вршењем концесионе привредне јавне службе или ако је у јавном интересу да се она престане вршити као привредна јавна служба.[38] Посебно овај други случај садржи

[33] Такав је случај са словеначким правом.

[34] Чл. 41. ст. 1. Закона о концесијама из 2003. године.

[35] Чл. 41. ст. 2. Закона о концесијама из 2003. године.

[36] Ранија правна теорија је то птиање управо проблематизирала на тај начин да принудан откуп правно није истоветан са експрпроијацијом. При том се потенцирала чињеница да да се самим концесионим актом понекад утврђује начин одмеравања штете. Дабиц, Љ, Концесијски однос и концесијски уговор, Нови уговори од занчаја за привредни развој, Београд, 1995 стр. 163.

[37] ЧЛ. 41. ст. 2. Закона о концесијама из 2003. године.

[38] Дабиц, Љ, Концесионирана привредна слузба у Словенији, Институт за упоредно право, Бг, 1994.

велике могућности злоупотребе, због великих арбитрарних могућности државе, коју дозвољава ова одредба.

Срећом ова одредба као општа формулација, није присутна у нашем позитивном праву. У нашем праву, концесиони однос може престати одузимањем концесије, актом који доноси концедент, а у случају да концесионар не обавља концесиону делатност дуже од годину дана, не извршава уговором преузете обавезе, из разлога јавне безбедности, као и у случају да се обављањем концесионе делатности угрожава животна средина и здравље људи, а мере предвиђене посебним прописима нису довољне да се то спречи, на начин и под условима утврђеним уговором.[39] У зависности од разлога за одузимање и понашања и кривице концесионара, утврђује се његово право и висина накнаде штете.

Једнострана модификација концесионог односа од стране државе, без обзира из ког разлога се спроводи, није и не може бити у интересу концесионара. Његов је интерес да се ово право одузме држави, или бар да се ограничи. То се може учинити уговарањем међународног права као меродавног, чиме се избегава да држава по својој вољи мења уговор о концесији. Тиме се концесиони однос додатно подвргава међународном правном режиму, осим оног који је путем конвенција инкорпориран у националне правне системе. У принципу, он иде за тим да се државе требају уздржати од једностраних мера национализације и других мера са сличним ефектом, при чему се, ако се оне и предузму, морају бити учињене у доброј вери, уз поштовање утврђених формалности, без присуства дискриминације страних улагача.[40] У том смислу делују и Законодавни водич УНЦИТРАЛ-а о приватном финансирању инфраструктурних објеката.

Закључак

У данашње време, конкуренција у погледу привлачења страних инвестиција је све заоштренија. Повољнија позиција у том погледу захтева отворен, јасан и повољан правни режим за стране улагаче, хармонизован са међународном правилима и праксом. Напред наведено важи и за страна улагања по БОТ моделу пројектног финансирања и изградње инфраструктуре. Она су неопходна претпоставка привредног развоја државе, али и битан елеменат животног стандарда њених грађана.

[39] ЧЛ. 41. ст. 3. Закона о концесијама из 2003. године.

[40] Legal Framevork for the Treatment of Foerign Investmen, volume II Repost to the Development Comitte and Guideines on the Treatment of Foreign Direct Investment, 1992, The International for Reconstructions and Devolopment , 1992, стр. 41.

И у нашем позитивном праву је БОТ посао, односно приватно пројектно финансирање изградње инфраструктурних објеката се поједностављено третира као један облик концесије. Такав приступ је правно системски заокружен у Закону о концесијама **из** 2003. године, иако се у Закону о страним улагањима из 2002. године не може наћи децидирано правно упориште за такво постуапне. Разлози рационалности, појендостављења и наставка традиције, су изгледа условили овакво поступање.

С друге стране, такав приступ без специланих правила о односном послу логично не обезбеђује потребну јасност и прецизност. Стога наше позитивно право захтева одговарајућа побољшања, превасходно у наведеном правцу. Ипак и постојеће законско решење омогућава реализацију страних улагања за изградњу инфраструктурних објеката форми БОТ посла. Свакако је добро да и наша држава, предвиди и омогући у свету прихваћене облике остварења пословних подухвата страних улагања, па и оне новијег карактера, као што је предметни посао и тиме ојача њена позиција у све заоштренијој конкуренцији.

Drago Divljak, PhD, Associate Professor
Novi Sad School of Law

BOT Model of Project Financing of Infrastructure

Abstract

The paper analyses some legal aspects of a new legal instrument of financing and construction of infrastructure facilities in the form of BOT arrangements. This implies primarily the analysis of legal implications of use of such a form of financing. Apart from the attitude of our law towards such a legal instruments and comparative experiences, the paper pays a special attention to the attempts of standardisation of rules in this field at the international level.

Financing and construction of infrastructure facilities in the form of BOT arrangements is a complex legal and business construction, of both public and private law, where the participating stakeholders are of different properties and nature. It contains the elements of a larger number of contracts and it cannot be treated only as a sub-variation of concession deals, which is done quite often. Thus, the issues related to provision of legal safety of participants in such deals and reduction and transfer of their risk emerge into the forefront.

In our positive law, BOT arrangements, namely private project financing of construction of infrastructure facilities in such a form, has been treated in a simplified way as a form of concession. It is logical that such an approach does not provide for necessary clarity and precision. That is why our positive law requires the appropriate improvements, primarily in the above-mentioned direction. However, the existing legal solution enables the realisation of foreign investments for construction of infrastructure facilities in the form of BOT arrangements. Naturally, it is good for our state to anticipate and enable the forms of fulfilment of business undertakings reflected in foreign investments that have been accepted in the world, including those of a newer date, such as the subject deal and strengthen its positions in the environment of all the stronger competition.

343.143

Др Снежана Бркић, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду

АНОНИМНИ СВЕДОЦИ У КОНТИНЕНТАЛНОМ ПРАВУ

Сажетак: *Историја нам показује да застрашивање сведока ни у ком случају није скорашњи феномен. Данас поново оживљавају захтеви за анонимним сведоцима. Рад се састоји из четири дела: у првом делу размотрена су уводна питања (појам идентитета и анонимности), а у другом делу порекло анонимних сведока. Централни је трећи део у коме су приказана и класификована најчешћа садашња решења заштите путем анонимног сведочења. Најзад, у четвртом делу, указано је на неопходна ограничења у примени анонимних сведока.*

Кључне речи: *заштита сведока, анонимност, идентитет*

I. УВОД

Мере за процесну заштиту сведока своде се на различита правила кривичне процедуре са циљем прикривања идентитета сведока или спречавања физичког сусрета окривљеног и сведока.

Мере прикривања идентитета сведока могу бити усмерене према општој јавности (публици и медијима), а изузетно и према одбрани (анонимни сведоци). Прикривање идентитета сведока од опште јавности има смисла ако угрожавање личне сигурности сведока долази одатле. Треба, међутим, имати у виду да сведоку најчешће највећа опасност прети од самог окривљеног и његове уже околине. Због тога је умесно размотрити

могућност прикривања идентитета и од самог окривљеног и његовог браниоца. У принципу, скривање идентитета сведока од окривљеног и његовог браниоца може бити мера привременог карактера. Потпуна и трајна анонимност сведока према окривљеном коси се са окривљениковим правом на одбрану, па је допустиво само у изузетним случајевима и под веома рестриктивним условима.

1. Појам идентитета

Реч идентитет потиче од новолатинске речи *identitas*, што значи истоветност.[1] Према формалнологичком принципу идентитета или истоветности, сваки појам је идентичан самом себи односно јесте оно што јесте и симболички се изражава као А=А. По најчешћој дефиницији, идентитет је квалитативно обележје једне ствари, тј. јединство оних битних особина по којима је нека ствар оно што јесте, а не нешто друго. Појмом идентификација означавамо утврђивање идентитета неког лица или предмета, подвођење две ствари под исти појам.[2] Идентитет лица и предмета је у кривичном поступку један од битних елемената предмета доказивања, а криминалистичка идентификација научни процес и методика његовог откривања и утврђивања. Идентитет у кривичном поступку је однос идентифицирајућег објекта са самим собом у разним стањима и времену.[3] Идентификација лика означава сваку појединост која је одвојено или заједно у стању да индивидуализује неко лице, тако да се разликује од других лица.[4]

У овом раду се нећемо бавити свеобухватним приступом феномену људског идентитета који прожимају културни, антрополошки, социјални, психолошки и етички садржаји.[5] Нећемо се бавити обележјима индивидуалности неког лица, по којима се оно разликује од других лица.[6] Са стано-

[1] М. Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Београд, 1980, с. 320.

[2] Тако се процес криминалистичке идентификације у основи састоји од откривања обележја објеката идентификације (предмета идентификације и предмета са којим се врши идентификација), њихове појединачне анализе и анализе њихових међусобних веза (И. Фејеш, *Савремени криминалитет и доказно право*, Нови Сад, 2002, с. 47).

[3] В. Водинелић, *Идентитет особа и ствари као елемент предмета доказивања у кривичном поступку*, Законитост 6/91, с. 661.

[4] Тако чл. 2. Act no. 93/99 governing the enforcement of measures on the protection of witnesses in criminal proceedings, Португалија, 14.07.1999, стање на дан 12.11.2002.

[5] Више о томе вид. код З. Гудовић, Социјални и психолошки садржај људског идентитета као основ афирмације човекових права, необј. докторска дисертација, Београд, 2003.

[6] Обележја индивидуалности су недељивост, јединственост и самосталност. У филогенетском, као и у онтогенетском смислу важи закон напредујућег индивидуализирања,

вишта заштите сведока, битне су нам две компоненте идентитета: лични подаци и лик и глас сведока.

По некима, податак је као елементарни појам језика са одређеним значењем, само могући елемент информације. Тек његовом обрадом настаје обавештење. Наиме, обрада података се може третирати као процес који податке помоћу програма обраде претвара у информације. То може бити њихова трансмисија, селекција, организација или анализа. Битно је да је податак адресован на другога и да прималац разуме поруку. Информација се дакле, разликује од знакова, података и обавештења по крајњем ефекту који је само њој својствен – увећању знања на страни примаоца поруке у комуникационом процесу.[7]

Тешко да би се могло унапред рећи шта све спада у личне податке. Дефиниција личних података која фигурира у Закону о заштити података о личности, не може се просто пренети у област заштите сведока. Наиме, према том закону, лични подаци су информације садржане у збиркама тих података, а који се односе на приватност, интегритет личности, лични и породични живот и друга лична права која су у вези са идентификованим лицем или лицем које се може идентификовати.[8] Неупотребљивост те дефиниције произилази из различитог *ratio legisa* ових двају прописа. У једном случају се ради о заштити сведока путем прикривања њиховог идентитета неоткривањем њихових личних података, а у другом случају се ради о заштити личних података у односу на идентификовано лице, односно о поступцима и мерама којима се спречава незаконито прикупљање, обрада, чување, коришћење и размена личних података, као и њихово изношење из земље. У првом случају, ми штитимо живот и друга основна добра која могу бити повређена или угрожена застрашивањем сведока, док у другом случају штитимо приватност, интегритет личности и њен лични и породични живот који би могли бити повређени или угрожени манипулисањем личним подацима садржаним у разним збиркама података.[9]

Свакако да је основни лични податак за утврђивање идентитета лично име, али се идентитет личности не исцрпљује у њему. У теорији се помињу седам облика знања идентитета: (1) лично име; (2) локација; (3) псеудоним који се може повезати са личним именом и/или локацијом; (4) псеудоним који се не може повезати са другим облицима знања иденти-

пораст недељивости, јединствености и самосталности (Х. Ремплеин, *Психологија личности*, интерни превод, Минхен, 1956, с. 29).

[7] Д. Николић, Право информација, Нови Сад, 1990, с. 15-16.

[8] Вид. чл. 3. ст. 2. Закона о заштити података о личности (Сл. лист СРЈ 24/98, 26/98).

[9] Заштићено добро је овде веома тешко одредити. Више о проблемима с тим у вези вид. код В. В.Водинелића, *Обрада података и заштита личности*, Анали Правног факултета у Београду 2-3/1989, с. 185.

тета – еквивалент „праве“ анонимности, осим ако изабрано име може наговестити неке аспекте знања „правог“ идентитета; (5) знање очинства; (6) социјална категоризација; (7) симболи (не)квалификованости.[10] Личном картом као јавном исправом којом се доказује идентитет личности,[11] могу се утврдити само неки од поменутих облика знања идентитета. Идентитет се може утврђивати и другим исправама и на друге начине. [12] Да у личне податке не спадају само подаци садржани у личној карти, види се и по томе што већина права предвиђа забрану постављања питања заштићеном сведоку, чији одговори би садржавали било које идентификујуће податке.

Обрнуто, лична карта служи и као доказ о другим чињеницама које су у њој садржане.[13] Дакле, не односе се сви подаци садржани у личној карти на идентитет личности. Ту свакако спадају основни подаци имаоца личне карте: име и презиме; дан, месец и година рођења; место, општина и република рођења; пребивалиште и адреса стана.[14] Поред тога у личној карти се наводи име једног од родитеља, ознака крвне групе и лични број.[15] Лични или јединствени матични број је индивидуална и непоновљива ознака идентификационих података о грађанима.[16]

2. Појам и обележја анонимности

Историја нас учи да анонимност подстиче слободу изражавања јер омогућава да идеје буду јавно изражене и истовремено штити говорника од реакције оних који су угрожени том идејом. Ако је неко изложен ризику да буде повређен због онога што говори, вероватно је да ће се пре одлучити да ћути. Дакле, тамо где је опасно или непопуларно изражавање појединих гледишта, анонимност охрабрује такво изражавање. Она, међутим, снижава квалитет изражавања, јер елиминише одговорност.[17]

[10] G. Marx, What's in a name? Some reflections on the Sociology of Anonimity (1999) 15:2 The Information Society 99, навед. према P. Carmichael Keen, Anonimity and the Supreme Court's Model of Expression: How Should Anonimity be Analysed Under Section 2(b) of the Charter?, http://cjlt.dal.ca/vol 2_no3/index.html, доступно 17.04.2005.

[11] Чл. 1. Закона о основним подацима за личну карту (Сл. лист СФРЈ 6/1973) и чл. 1. ст. 1. Закона о личној карти (Сл. гласник РС 15/74, 54/77, 57/80, 45/85, 40/88, 53/93, 67/93 и 48/94).

[12] Вид. чл. 3. Правилника о кућном реду за примену мере притвора (Сл. гласник РС 35/99), у вези са идентификацијом притвореника приликом њиховог пријема.

[13] Чл. 1. ст. 2. Закона о личној карти.

[14] Вид. чл. 3. Закона о основним подацима за личну карту.

[15] Чл. 2. ст. 1. Закона о личној карти.

[16] Чл. 1. Закона о јединственом матичном броју грађана (Сл. гласник РС 53/78, 5/83, 24/85, 6/89, 53/93, 67/93 и 48/94).

[17] Свака тајанственост је знак слабости и извесног полутанства у закључцима. По-

Анонимност у најопштијем смислу односи се на знање идентитета. Неко лице је анонимно ако није именовано или идентификовано, када његов идентитет није познат. Идентитет није синоним за лично име. Раније је поменуто седам облика знања идентитета. Само онда када не постоји ниједан облик знања идентитета у односу према појединцу, за појединца се може рећи да је потпуно анониман. Вредност анонимности не лежи у способности да се буде безимен, већ у могућности делања или учествовања у друштву остајући изван домашаја, остајући недостижан.[18]

Анонимност постоји у различитим степенима. Анонимност неког лица опада како расте број облика знања идентитета. Одређени облици анонимности су савршени у том смислу да идентитет анонимног појединца тешко може бити откривен од других. Међутим, многи облици анонимности су несавршени.[19] Последица постојања анонимности у степенима је могућност регулисања анонимности у степенима.

Анонимност не постоји апстрактно, већ као аспект основне интеракције.[20] Пошто је степен анонимности функција знања идентитета, анонимност између два бића може постојати само ако постоји нека директна или индиректна интеракција између та два бића. Анонимност захтева у најмању руку да је једно биће свесно анонимности егзистенције другог бића, што захтева интеракцију. Најопштија интеракција која обухвата анонимност је комуникација, која захтева изражавање.

Анонимним сведоцима сматраћемо лица чији идентитет остаје потпуно непознат окривљеном.[21] Анонимност подразумева све случајеве у којима не може бити утврђена ниједна релација између идентитета и карактеристика неког лица. Према томе, та дефиниција не обухвата само случајеве у којима су и лик и лични подаци сведока држани у тајности од окривљеног, већ и оне где је изглед сведока познат, али је спречено откривање личних података о њему.[22] Уместо термина „анонимност“, нека

верљиве информације су у извесној мери увек сумњиве, те их треба користити с посебном предострожношћу (R. Grasberger, *Психологија кривичног поступка*, Сарајево 1958, с. 207-208).

[18] H. Nissenbaum, The Meaning of Anonimity in an Information Age (1999) 15:2 The Information Society 141, навед. према P. Carmichael Keen, op. cit., с. 168.

[19] Вид. пример комуникације преко Интернета наведен код P. Carmichael Keen, op. cit., с. 169.

[20] P. Carmichael Keen, op. cit., с. 169.

[21] Такву дефиницију анонимности даје и Препорука о застрашивању и правима одбране. Према чл. 168. привременог ЗКП Косова, израз „анонимност“ означава одсуство обелодањених информација које се односе на идентитет или боравиште оштећеног или сведока или идентитет или боравиште члана породице оштећеног или сведока или идентитет било ког лица повезаног са оштећеним или сведоком.

[22] Message concernant la modification de la procédure pénale militaire (protection des té-

законодавства употребљавају термин „гаранције анонимности“.[23] Тиме се указује на то да анонимност не може увек бити апсолутно обезбеђена. Ако угрожени сведок није довољно заштитио свој идентитет према трећим лицима пре увођења заштите, апсолутна анонимност не може бити обезбеђена. Једино се може обезбедити да идентитет сведока буде чуван у тајности за време кривичног поступка. Та формулација значи да држава не одговара за нехатно откривање његовог идентитета од стране неког лица, пре него што гаранција буде дата.[24]

Идентитет сведока се крије од оних који представљају извор опасности за сведока, а то су општа јавност или окривљени и његов бранилац. Сведок није анониман за суд, који мора утврдити његов идентитет. Али, идентитет сведока не мора да буде познат ни целом судском већу. Што је мањи број лица којима је он откривен, то је већа вероватноћа да се сачува његова тајност.[25]

Анонимност сведока према оптуженом не подразумева и анонимност судија према оптуженом, мада таква пракса није непозната у неким земљама. Комитет за људска права и Интер-америчка комисија су заузели становиште да су тајна суђења у Перуу и Колумбији[26] за кривична дела у вези са тероризмом и са трговином опојним дрогама представљала кршење права на правично суђење. Јавност је ту била искључена у свим фазама поступка у процесима вођеним у полицијској станици пред судијама који су седели иза паравана да би сакрили свој идентитет од оптужених. Судије које су користиле бројеве, а не своја имена на судским документима, познате су као „судије без лица“ *(faceless judges)*. Комитет за људска права се заузео код влада ових земаља да укину систем судија без лица и поново успостави јавна суђења. Иако је систем судија без лица укинут октобра 1997, суђења у Перуу за дела тероризма се и даље одвијају иза затворених врата, у затвореним војним судовима или у цивилним затворима.[27]

---

moins), http://www.admin.ch/ch/f/ff/2003/693.pdf, доступно 07.04.2005.

[23] Чл. 98б. Војног ЗКП Швајцарске; чл. 162. Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung , 2001 (у даљем тексту: Vorent. Швајцарске).

[24] Message concernant la modification de la procédure pénale militaire (protection des témoins), http://www.admin.ch/ch/f/ff/2003/693.pdf, доступно 07.04.2005.

[25] Тако је у Швајцарској случају суђења Ф. Н. за ратне злочине, идентитет заштићеног сведока знао само један судија (Message concernant la modification de la procédure pénale militaire (protection des témoins), http://www.admin.ch/ch/f/ff/2003/693.pdf, доступно 07.04. 2005).

[26] О раширености криминала у Колумбији сведочи податак да је за само две године, од 1988. до 1990, било преко 14.000 убистава из политичких разлога (L. E. Nagle, Columbia's Faceless Justice: A necessary Evil, Blind Impartiality or Modern Inquisition? 61 University Pittsburg Law Review, 911 (2000).

[27] Правично суђење. *Приручник*, Београд, 2001, с. 112-113.

II. ПОРЕКЛО АНОНИМНИХ СВЕДОКА

Римски кривични поступак у периоду Републике и Раног Царства је био адверзарни. Сведоке у доказном поступку су испитивале саме странке: најпре она странка која се на сведока позвала, а потом је противна странка приступала унакрсном испитивању.[28] Рану илустрацију права оптуженог на унакрсно испитивање сведока налазимо у Библији. Када је Павле био оптужен као коловођа јереси Назаретске, доведоше га пред Феста, римског гувернера Јудеје да му на лицу места суди. Он им одговори „да није обичај у Римљана да се прије поклони какав човјек на смрт док се оптужени не суочи с онима који га туже, и не прими мјесто да одговара за своју кривицу.“[29] Дакле, анонимне оптужбе у старом римском праву нису имале дејства због права оптуженог да се суочи са онима који га терете.[30] Цар Константин је то лепо изразио речима: „Не бисмо смели да сумњамо на онога коме је недостајао тужилац када му није мањкао непријатељ.“[31] У трећем веку још увек стоји забрана анонимних оптужби, што се види из правила да тужиоци потписују тужбу излажући себе строгој казни у случају свесне лажне оптужбе.[32]

Крајем XII века пробија се нов метод испитивања сведока: испитивање је тајно и врши се само у присуству судије и записничара. Оптужени је могао постављати питања судији да би их поставио сведоцима, могао је знати шта је било речено кад су сви били испитани а препис њиховог сведочења је читан у суду. Иако је право оптуженог на суочење било строже ограничено новим поступком тајног испитивања, оно није потпуно укинуто. Остало је право да види сведока који се заклиње, што се сматрало круцијалним за одбрану, с обзиром на могућност утврђивања његовог идентитета и истицања приговора његове неспособности за сведочење. Наиме, широка листа разлога за неспособност сведока укључивала је и непријатељство сведока према окривљеном. Знање идентитета сведока који сведоче против њега пружало је окривљеном прилику да спречи своју осуду на бази сведочења пристрасних сведока.

У XIII веку пробија се инквизиторски поступак који се могао повести против било ког лица које је било само неодређено предмет јавног поговарања. Инквизити су изгубили право да се суоче са својим тужиоци-

[28] Вид. В. Бауер, *Казнено поступовно право*. Повиестни развој, Загреб, 1943, с. 31.

[29] Нови завјет, *Дјела свештијех апостола*, 25:16, Лондон, 1958, с. 131.

[30] То се види и из једног писма Плинија Млађег императору Трајану.

[31] Leg. 6., Teodosijev kodeks, de famos libellis, naved. prema Monteskije, *O duhu zakona*, tom I, Beograd, 1989, c. 229.

[32] B. Bayer, op. cit., c. 34.

ма, али је остало право да им се предоче имена сведока, као и њихови искази.[33] Постојао је, међутим, крупан изузетак од овог правила у инквизиторским поступцима за кажњавање јеретика, које је увео папа Гргур IX 1231. Врховна злогласност ове инквизиције огледала се у непостојању права окривљеног да сазна имена пријавилаца и сведока који га терете, што је онемогућавало његову успешну одбрану. При томе се правила разлика између способности за сведочење, зависно од тога да ли се радило о сведоцима оптужбе или одбране. У својству ових првих могли су сведочити и они који су иначе били неспособни, нпр. инфамни, осуђени због кривоклетства, саокривљеници, брачни друг и деца, али не и у својству сведока одбране.[34] Сви искази против окривљеног били су слободно примани, без обзира да ли су засновани на знању или предрасудама, на чувењу, неодређеном гласу или општој импресији. Опозивање сведочког исказа је било валидно само ако је првобитни исказ био у корист окривљеног. У осталим случајевима опозивање је било ништаво. Окривљени је ретко могао наћи сведоке у његову корист, јер би сама чињеница да су подржали окривљеног била довољна да и сами буду осумњичени као јеретици и као такви буду стављени под тортуру. Правило о анонимним сведоцима је било постављено од стране Папе Иноћентија IV 1254. Његово оправдање су налазили у опасности од јереси и могућим репресалијама против оних који су сведочили на штету јеретика. У неким папиним декретима је навођено да је скривање имена сведока од оптуженог изузетна мера којој има места само тамо где се показала опасност за сведока у датом случају. Међутим, шта год да је била првобитна интенција, када је једном уведена могућност анонимних сведока, она је почела да се примењује као непроменљиво правило. Инквизиција се, дакле, јавља као први и најважнији историјски преседан за анонимне сведоке у континенталном праву.

[33] Тако изричито Constitutio IV Lateranskog sabora iz 1215.
[34] B. Bayer, op. cit., c. 56.

III. САДАШЊА РЕШЕЊА

и) Мере прикривања личних података о сведоку

1. Привремено ускраћивање окривљеном личних података о сведоку

Препорука о застрашивању сведока и правима одбране предвиђа као могућу меру заштите сведока откривање његовог идентитета окривљеном у што је могуће каснијој фази поступка, не везујући је за посебне услове. Та је мера прихваћена у неким правима са наглашеним рестриктивним карактером. Тако, према чл. 119. ст. 5. ЗКП Србије из 2006,[35] изузетно, у нарочито оправданим случајевима, ако орган који води поступак оцени да су озбиљно угрожени живот, здравље или слобода сведока, а да је сведок уверљив, може се окривљеном и браниоцу привремено, а најкасније до заказивања главног претреса, ускратити сви или неки подаци о идентитету заштићеног сведока. Ову меру познају и чл. 12. ЗОЗСПУС БиХ и чл. 12. ЗОЗС РС под називом „Ограничење права оптуженика и његова бранитеља на преглед списа и исправа". У односу на напред поменуту меру у нашем праву, примећујемо следеће разлике: а) овде долази у обзир било која озбиљна опасност, а не само по живот, здравље и слободу; б) мера се одређује на предлог тужиоца; в) по могућности, пре наређивања мере испитују се окривљени и бранилац, а у сваком случају одмах по пријему оптужнице; г) прописан је рок од 72 сата за доношење решења; д) искључење жалбе против решења; ђ) укидање мере по предлогу тужиоца, и могућност укидања по предлогу окривљеног, браниоца или по службеној дужности; е) откривање података најкасније у време давања исказа сведока на главном претресу. Ово последње решење је лошије у поређењу са нашим, јер обелодањивање података о сведоку тек у моменту давања његовог исказа на главном претресу може да буде касно за припремање одбране. Такође се критикује искључење жалбе против решења и сматра бољим решењем несуспензивна жалба у кратком року од 48 часова.[36]

Ову меру изузетно познаје и правило 69. Правилника о поступку и доказима МКТЈ. Тужилац може од претресног већа затражити да нареди

[35] Сл. гл. РС бр. 46/06. Иако је почетак примене овог закона одложен до 1. јуна 2007, одредбе о процесној заштити сведока се примењују одмах по ступању на снагу закона.

[36] М. Шкулић, *Организовани криминалитет. Појам и кривичнопроцесни аспекти*, Београд, 2003, с. 328.

да се не обелодањује идентитет жртве или сведока који може бити у опасности или изложен ризику све док се та особа не стави под заштиту Трибунала. Идентитет жртве или сведока мора се обелоданити довољно рано пре почетка суђења, да би се оставило довољно времена за припрему одбране. Ограничење права на разматрање списа познаје и швајцарско право.[37]

2. Прикривање адресе становања сведока

У неким земљама право на ускраћивање адресе становања имају само полицијски службеници као сведоци, који уместо тога могу навести адресу полицијске станице којој припадају. Негде се истиче дужност суда да их обавести о том праву. [38] У другим правима, то није овлашћење које полицајац може али не мора користити, већ императивна норма.[39] Негде ово право има сваки сведок који се саслушава у службеном својству,[40] а негде су та службена својства таксативно наведена.[41]

Поред тога, у неким правима овлашћење на ускраћивање адресе становања имају и остали сведоци, ако постоји оправдана бојазан да би давање тог податка могло угрозити сведока или њему блиска лица.[42] У том случају, уместо адресе становања наводи се радно место или нека друга адреса за достављање позива означена од стране сведока. У неким земљама ово право сведока није везано за посебан услов у погледу опасности, али је задржана могућност председника већа да нареди сведоку, ако је то неопходно, да суду наведе своју адресу становања.[43] Насупрот томе, у неким правима навођење неке друге адресе уместо адресе становања спада у посебне споредне мере безбедности, којима има места само ако их оправдавају важни разлози безбедности и ако је поступак у надлежности трочланог судског већа или поротног суда.[44]

---

[37] Вид. чл. 161. ст.1. тачка ф) Vorent. Швајцарске; чл. 98д. ст. 1. Војног ЗКП Швајцарске.

[38] Чл. 164. ст. 5. ЗКП Косова.

[39] Према чл. 240. ст. 3. ЗКП Словеније, полицајац који наступа као сведок, уместо за пребивалиште пита се за адресу и назив јединице којој припада.

[40] Чл. 68. ст. 1. ЗКП Немачке.

[41] Према чл. 62-1 француског ЗКП, то право имају лица наведена у чл. 16. до 29. ЗКП (des officiers de police judiciaire, des agents de police judiciaire, des ingénieurs chefs de district et agents techniques des eaux et foréts et des gardes champetres, des fonctionnaires et afents des administrastions et services pubvlics, des gardes particuliers assermentés).

[42] Чл. 68. ст. 2. ЗКП Немачке; чл. 130a. RiStBV Немачке; чл. 191. ст. 3. ЗКП Пољске.

[43] Чл. 130. ЗКП Норвешке.

[44] Чл. 20. ст. 1. тачка а) Act no. 93/99 Португалије.

3. Одређивање псеудонима

Један од честих начина заштите идентитета сведока је прикривање његовог личног имена, уместо кога се употребљава псеудоним или шифра.[45] Ова мера може бити самостална или се комбиновати са другим заштитним мерама као што је саслушање путем техничких уређаја за промену слике и звука или саслушање у одсуству странака. Као самостална мера, она подразумева да јавност јасно види и чује заштићеног сведока док сведочи, али не зна његов прави идентитет односно о ком лицу се ради. Другим речима, не може се успоставити логична веза између лика и гласа сведока са његовим личним карактеристикама, што би била претпоставка његовог препознавања. При томе се крије не само његово лично име, већ и сви други могући идентификујући подаци. Због тога већина права предвиђа обавезу суда да забрани сва питања која би навела на откривање идентитета сведока.[46] Ту би долазили у обзир сви они облици знања идентитета који су горе наведени. Мањи степен заштите постоји у оним правима која не забрањују таква питања, већ предвиђају да сведок није дужан да одговори на њих.[47] Дакле, уместо да о томе брине суд по службеној дужности, одговорност се пребацује на сведока. Немајући дужност ускраћивања одговора, већ само одговарајуће право, сведок га може просто не вршити или превидети да одговор на питање носи ризик од откривања идентитета. Негде се истиче да одговарање на таква питања није скопчано само са ризиком откривања идентитета самог сведока, већ и његових блиских сродника.[48] Према немачком и аустријском праву, ако постоји оправдана бојазан да би објављивањем идентитета или адресе становања или места боравишта сведока били угрожени живот, тело или слобода сведока или неког другог лица, може му се дозволити да не даје личне податке или да даје податке само о ранијем идентитету.[49] Он ипак треба на главном претресу да одговори на питање у ком својству су му познате чињенице које потврђује. У случају потребе, сведоку треба поставити питања о таквим околностима које се односе на његову веродостој-

[45] Вид. нпр. чл. 240а. ст. 1. тачка 4. ЗКП Словеније; чл. 170. ст. 1. тачка 4. ЗКП Косова; чл. 18. ст.5. Act no. 93/99 Португалије; чл. 109. ст. 2. ЗКП ЦГ; чл. 166. ст. 9. руског ЗКП. У мађарском праву, ова мера је позната као нејавно руковање личним подацима сведока, које могу знати само суд, тужилаштво и истражни органи (чл. 96. ст. 1. ЗКП Мађарске).

[46] Вид. чл. 240а. ст. 6. ЗКП Словеније; чл. 174. ЗКП Косова; чл. 13. Act no. 93/99 Португалије.

[47] Чл. 5. ст. 2. ЗОЗИС ФбиХ (Закон о посебној заштити идентитета свједока у кривичном поступку у Федерацији Босне и Херцеговине).

[48] Ibidem.

[49] Чл. 68. ст. 3. ЗКП Немачке; чл. 166а. ЗКП Аустрије.

ност у датој ствари, нарочито о његовим односима са окривљеним и оштећеним.[50] Подаци о идентитету сведока се не уносе у записник.[51] Заштићени сведок потписује записник о свом саслушању псеудонимом, често само у присуству судије и записничара.[52] По неким правима, сведок уопште не потписује записник, већ то чине само чланови већа и записничар.[53] Нека права познају посебну меру утврђивање идентитета лица које треба саслушати у одсуству странака.[54]

Нека права познају и „додатне мере осигурања непознатости сведока". У изузетним околностима, када постоји оправдана бојазан да ће се озбиљно угрозити лична сигурност сведока или његове породице ако се неки или сви лични подаци сведока открију, и да ће та опасност постојати и након давања исказа сведока, суд може по службеној дужности или на предлог странака или браниоца одлучити да лични подаци сведока остану тајнима током времена за које се одреди да је потребно, а најдуже 30 година по правноснажности одлуке.[55]

Саслушање под псеудонимом редовно представља облик анонимног сведочења. Међутим, у неким правима прави идентитет таквог сведока је познат члановима судског већа и одбрани, али не и општој јавности. То произилази из Правила о поступку и доказима пред МКТЈ, као и из чл. 119. ст. 1. ЗКП Србије.[56] Дакле, ту ће окривљени увек знати ко сведочи, иако јавност то не зна. Иако се овом мером настоји прикрити идентитет сведока само од опште јавности, а не и од окривљеног, она није без утицаја на право на одбрану. Наиме, пошто је праћена забраном постављања одређених питања, одбрана се тиме лишава могућности да проверава кредибилитет сведока.

[50] Чл. 68. ст. 3. и 4. ЗКП Немачке.

[51] Чл. 6. ст. 1. ЗОЗИС ФБИХ; чл. 20. ст. 1. ЗОЗСПУС БиХ (Закон о заштити свједока под пријетњом и угрожених свједока Босне и Херцеговине)

[52] Чл. 252. ст. 3. ЗКП Хрватске; чл. 109. ст. 4. ЗКП ЦГ.

[53] Чл. 6. ст. 2. ЗОЗИС ФБИХ; чл. 20. ст. 3. ЗОЗСПУС БиХ; чл. 97а. ст. 5. ЗКП Бугарске.

[54] Чл. 98д. ст. 1. тачка б) Војног ЗКП Швајцарске; чл. 161. ст. 2. тачка б) Vorent. Швајцарске.

[55] Чл. 13. ст. 1. ЗОЗСПУС БиХ; чл. 13. ст. 1. ЗОЗС РС (Закон о заштити свједока у кривичном поступку Републике Српске).

[56] O. Rajdberg, u: Улога сведока и жртава у процесуирању ратних злочина, Београд, 2003, с. 89.

4. Изостављање, брисање или измена свих или неких идентификујућих података у спису

Додељивање псеудонима је редовно повезано са овом допунском мером.[57] Она је неопходна због тога што би без ње одређивање псеудонима остало неефективно. Ословљавање псеудонимом у току поступка ништа не вреди, ако у списима и даље фигурирају прави идентификациони подаци. Три су модуса ове мере: изостављање, брисање или измена тих података. Прве две алтернативе зависе од момента у коме је псеудоним додељен, као и од чињенице да ли су прави подаци наведени у судским или несудским актима. Ако је до тога дошло тек касније у току поступка, нпр. на главном претресу, онда је у свим ранијим списима потребно извршити брисање правих података. Наравно да ће додељивање псеудонима имати пуно дејство само ако се тој мери прибегне од самог почетка поступка. Ако би се то десило касније, ефекат мере ће изостати, јер идентитет сведока већ може да буде разглашен. Но, могућа је и следећа ситуација: да суд најпре иде на искључење јавности, а потом ту меру укине и замени је додељивањем псеудонима. Ту се такође јавља потреба за накнадним брисањем правих података. Осим тога, брисању података ће подлегати и све исправе прибављене као доказ, чији је издавалац неко други а не сам суд. У самим судским списима, записницима, одлукама, дописима итд. који се састављају од момента додељивања псеудонима, ова мера се извршава простим изостављањем података или њиховом заменом са псеудонимом. Дакле, изостављање или замена података зависи од тога да ли се ради о личном имену или неким другим подацима који би могли навести на откривање идентитета сведока. Начин извршења ове мере мора бити прецизно регулисан подзаконским актима. Према холандском праву, приликом изостављања личних података сведока из докумената, истражни судија или записничар их потписују или запечаћују.[58]

[57] Вид. нпр. чл. 240а. ст.1. тачка 4. ЗКП Словеније; чл. 170. ст. 1. тачка 1. ЗКП Косова; чл. 98. ст. 1. ЗКП Бугарске; чл. 184. ЗКП Пољске.

[58] Чл. 226Ф. ст. 2 и 3. холандског ЗКП.

ии) Мере прикривања лика и /или гласа сведока

1. Саслушање сведока путем техничких средстава за промену слике и звука

Технички прогрес је омогућио да се идентитет сведока прикрије без искључења јавности главног претреса. Већина законодавстава предвиђа да се у циљу очувања тајности идентитета сведока приступи његовом саслушању путем техничких средстава за промену слике и звука.[59] Ова мера ће техничким путем учинити непрепознатљивим појаву и/или глас сведока. Председник већа на предлог учесника у поступку може наредити да се снимак репродукује на главном претресу. Приступ неизмењеном снимку је допуштен само председавајућем судији. Остала лица нису овлашћена да врше увид у њега, нити да га преснимавају, мењају или уништавају. Мера је редовно праћена одређивањем псеудонима, тако да се од опште јавности прикрива не само изглед и глас, већ и лично име и други идентификујући подаци сведока.

Ова мера у већини права спада у групу мера прикривања идентитета сведока од самог окривљеног. То је изричито речено[60] или произилази из одредбе по којој ће се сведок током саслушања налазити у просторији која је одвојена од просторије у којој се налази истражни судија и друга лица која су присутна саслушању.[61] У другим правима то није експлицитно наведено, али се може закључити из одредаба о саслушању сведока под псеудонимом. У трећим правима, међутим, то је мера прикривању идентитета сведока само од медија и јавности.[62] Ако је наређено изобличење слике, сведок ће седети иза паравана тако да ће само лица која се налазе унутар суда моћи да га виде. То је важно због тога што ће судије и странке моћи да виде како сведок реагује приликом испитивања. Лица на јавној галерији суднице, као и гледаоци судске телевизије с друге стране, сигур-

[59] Чл. 13. ст. 2. ЗОЗСПУС БиХ; чл. 240а. ст. 1. ЗКП Словеније; чл. 170. ст. 1. ЗКП Косова; чл. 5. ст. 2. Act no. 93/99 Португалије; чл. 278. ст. 5. ЗКП Русије; чл. 244д. ЗКП Мађарске; чл. 124. ЗКП кантона Берн; чл. 131а. ЗКП кантона Zürich; чл. 98д. Војног ЗКП Швајцарске; чл. 161. ст. 2. Vorent. Швајцарске; чл. 109. ст. 1. ЗКП ЦГ; чл. 252. ст. 2. ЗКП Хрватске, итд.

[60] Вид. тачку 12. Препоруке о застрашивању сведока и правима одбране.

[61] Вид. нпр. чл. 109. ст. 2. ЗКП ЦГ; чл. 252. ст. 2. ЗКП Хрватске.

[62] Вид. правило 75. Правилника о поступку и доказима Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију.

но ће моћи да чују оно што сведок буде говорио, али неће моћи да виде како он изгледа.[63]

2. Прикривање лика и гласа сведока на друге начине

За прикривање лика и гласа сведока не морају нужно бити на располагању средства високе технологије. Исти циљ се може постићи и на једноставније начине. У многим земљама, законодавац није поближе описао те начине, тако да су они препуштени судској пракси.[64] Најчешћа таква алтернатива је сведочење иза паравана или заштитног зида или преношењем сведочења из посебне просторије.[65] У судској пракси су забележени и случајеви погрешно схваћеног сведочења иза паравана, при чему је лик сведока био скривен не само од опште и страначке јавности, већ и од самог судећег већа. Тако је у процесу против Лапске групе троје заштићених сведока сведочило из удаљене кабине, тако да их ни судећи суд није могао видети.[66] Свакако да због таквог начина извршења ове мере суд није био у могућности да прати физичко реаговање тих сведока и правилно изврши оцену њихове веродостојности.

Други могући начин чињења сведока непрепознатљивим је шминкање, стављање перике, црних наочара итд.[67] Занимљиво је да је Савезни Врховни суд у Немачкој 1983. стао на пут до тада практикованом начину прикривања идентитета путем шминкања, сматрајући да је у питању фарса, која није за судницу него за позориште. По оцени тог суда, заштита сведока се може ефикасније обезбедити применом чл. 223. немачког ЗКП, по коме угроженог сведока може саслушавати ван главног претреса судија који се делегира. Том саслушању може да присуствује бранилац окривљеног, који може сазнати име сведока, али не и његову адресу.[68]

---

[63] О. Рајдберг, *Улога сведока и жртава у процесуирању ратних злочина*, Београд, 2003, с. 87.

[64] То произилази из одредбе чл. 4. ст. 1. Act no. 93/99 Португалије, чл. 161. ст. 2. Vorent. Швајцарске; чл. 98д. ст. 1. Војног ЗКП Швајцарске.

[65] Тако чл. 170. ст. 1. тачка 3. ЗКП Косова; чл. 240а. ст. 1. тачка 5. ЗКП Словеније.

[66] Извештај о суђењу Лапској групи, www.osce.org/documents/mik/2003/12/1724_sr.pdf, доступно 17.03.2005.

[67] Message concernant la modification de la procédure pénale militaire (protection des témoins), http://www.admin.ch/ch/f/ff/2003/693.pdf, доступно 07.04.2005. На могућност коришћења шминке или маскирања упућује и Образложење Предлога ЗКП Холандије, који је усвојен 11.11.1993.

[68] Навед. према М. Шкулић, *Основне кривичнопроцесне могућности за сузбијање организованог криминала*, Билтен Окружног суда у Београду, 53/2003, с.18.

Глас сведока може бити учињен непрепознатљивим не само путем техничких уређаја за изобличење гласа, већ и на друге, примитивније начине: нпр. стављањем комада тканине испред уста сведока за време сведочења.[69]

3. Читање на главном претресу исказа датих у истрази

Нека права изузетке од непосредног извођења доказа на главном претресу доводе у везу и са потребом заштите сведока. Тако се предвиђа да се у случају изложености сведока или његове породице великој личној опасности, уместо непосредног извођења доказа на главном претресу може приступити читању њихових исказа датих у истрази.[70] Други разлог за прављење таквих изузетака је потреба заштите посебно осетљивих сведока, чије присуство на главном претресу би могло узроковати озбиљну душевну бол.[71] Ова мера представља значајно одступање од начела непосредности и важно ограничење права одбране, која је спречена да цени лични кредибилитет сведока са становишта његовог исказа.

4. Саслушање сведока пред истражним судијом или посебним већем у одсуству странака

У неким правима заштићени сведок се не може саслушавати на главном претресу. У изузетним околностима постоји посебан начин саслушања сведока под псеудонимом у одсуству странака пред истражним судијом[72] или посебним трочланим већем.[73] После правноснажности одлуке о посебном начину испитивања заштићеног сведока заказује се рочиште за саслушање. У неким правима је прописан и рок у коме се то рочиште има одржати.[74] Негде је предвиђена могућност да се то саслушање може обавити и ван судске зграде.[75]

---

[69] Message concernant la modification de la procédure pénale militaire (protection des témoins), http://www.admin.ch/ch/f/ff/2003/693.pdf, доступно 07.04.2005.

[70] Чл. 98д. ст. 1. тачка е) Војног ЗКП Швајцарске; чл. 161. ст. 2. тачка е) Vorent. Швајцарске.

[71] Вид. чл. 11. ЗОЗСПУС БиХ; чл. 11. ЗОЗС РС.

[72] Чл. 207. ст. 3. ЗКП Мађарске; чл. 17. Act no. 93/99 Португалије.

[73] Вид. чл. 14. до 23. ЗОЗСПУС БиХ; чл. 14. до 23. ЗОЗС РС; чл. 2. до 8. ЗОЗИС ФБиХ.

[74] Према чл. 3. ст. 2. ЗОЗИС ФБиХ то је рок од 15 дана.

[75] Према чл. 4. ст. 5. ЗОЗИС ФБиХ, за то је потребна сагласност председника Врховног суда.

Нека права изричито предвиђају могућност анонимног саслушања како сведока оптужбе, тако и сведока одбране. Начелна равноправност међу њима је ипак нарушена у корист јавног тужиоца, који није искључен са саслушања анонимног сведока одбране, док је окривљени искључен са саслушања анонимног сведока оптужбе. Наиме, са саслушања анонимног сведока одбране искључени су општа јавност, оштећени, супсидијарни тужилац и приватни тужилац.[76] Нека права дозвољавају да саслушању анонимног сведока оптужбе ипак присуствује и бранилац окривљеног.[77] С тим у вези јавља се дилема да ли браниоцу открити идентитет сведока или не. Ако бранилац не би био информисан о томе ко је сведок, био би хендикепиран при оцени кредибилитета сведока. Открити идентитет сведока браниоцу али му забранити да то саопшти оптуженом изложило би га конфликту између његове дужности према клијенту и његове дужности према држави, што није у складу са улогом браниоца у поступку. Пракса, међутим, показује да чак и када идентитет сведока није откривен браниоцу, детаљи добијени током испитивања сведока често могу бити довољни да би сведока идентификовали окривљеном. Случајеви сарадње окривљеног и браниоца на том плану нису непознати.

Сведок се пре саслушања поучава да се испитује као заштићени сведок, да се његова истоветност неће открити никоме осим члановима већа и записничару, да неће бити лично присутан пред већем на било ком испитивању осим на испитивању заштићеног сведока и да није обавезан одговарати на питања која могу указати на његову истоветност или истоветност чланова његове породице. Поред судског и тужилачког особља саслушању заштићеног сведока може да присуствује само још неопходно особље обезбеђења.

Веће потанко испитује сведока о околностима које је навео подносилац предлога и о свим другим околностима које веће сматра преко потребним. Записник са испитивања заштићеног сведока не садржи податке о истоветности заштићеног сведока. У записнику се користи псеудоним који одређује веће и који ће се користити током поступка и у судским одлукама. Записник потписују чланови већа и записничар. Ради обезбеђења тајности записника суд предузима следеће мере: а) чува записник на сигурном месту и одвојено од осталих списа; б) враћа записник на сигурно место након његове употребе на одговарајућем испитивању у кривичном поступку и након доношења правноснажне одлуке; в) обезбеђује дуго-

[76] Чл. 171. ст. 1. и чл. 171. ст. 1. ЗКП Косова. Према чл. 97a. ст. 7 ЗКП Бугарске, бранилац и тужилац имају приступ заштићеном сведоку сампо ако је позван на њихов захтев; вид. и чл. 226d. ст. 1. ЗКП Холандије.

[77] Чл. 172. ст. 2. ЗКП Косова.

трајно чување записника на начин који дозвољава приступ тој исправи само председнику кривичног одељења током времена за које се одреди да је потребно, а најдуже тридесет година од правноснажности одлуке.[78] На главном претресу, суд ће наложити да се исказ заштићеног сведока наглас прочита из записника са испитивања заштићеног сведока.[79] Суду није потребна сагласност странака за читање исказа заштићеног сведока. Судија односно веће може одустати од читања исказа наглас уз сагласност тужиоца, оптуженог и браниоца. Сведок не може бити позван да да исказ на било ком испитивању осим на испитивању заштићеног сведока.

Суд може по службеној дужности или на предлог тужиоца, оптуженог или браниоца одлучити да се заштићеном сведоку поставе додатна питања ради разјашњења раније датог исказа или у вези података који нису били обухваћени раније датим исказом, а који су значајни за предмет. Питања не могу бити управљена на утврђивање идентитета и места боравка сведока.[80] Веће ће одржати додатно испитивање заштићеног сведока на којем ће сведоку бити постављена додатна питања, а одговори ће се забележити и прочитати наглас на главном претресу. Нека права предвиђају рок од петнаест дана за одржавање додатног саслушања сведока.[81] Суд не може засновати своју пресуду искључиво на овим доказима.

5. Писмено испитивање сведока уместо усменог саслушања на главном претресу

Нека законодавства предвиђају и могућност да се испитивање сведока врши писмено уместо усменог саслушања на главном претресу.[82] Овој мери се прибегава ако лице које се саслушава има неку особеност тако да мане у изговору које би га могле идентификовати, не могу на други начин бити отклоњене или ако садржина питања омогућава да се то лице идентификује.[83] Према холандском праву, писани документ који садржи исказ лица чији идентитет није откривен, може служити као доказ да је окривљени учинио кривично дело за које је оптужен, само ако су испуњена

[78] Према чл. 9. ст. 3. ЗОЗИС ФбиХ, председник Врховног суда Федерације доноси посебан пропис о архивирању записника о саслушању сведока у судским регистрима, као и о чувању предмета у вези с којима су се вршила саслушања сведока у архиви Врховног суда.

[79] Вид. нпр. чл. 219. ст. 4. и 5. ЗКП Мађарске.

[80] Чл. 263. ст. 3. ЗКП Мађарске.

[81] Чл. 7. ЗОЗИС ФбиХ.

[82] Чл. 98д. ст. 1. тачка г) ВЗКП Швајцарске.

[83] Message concernant la modification de la procédure pénale militaire (protection des témoins), http://www.admin.ch/ch/f/ff/2003/693.pdf, доступно 07.04.2005.

два услова: а) одлука је у значајном степену подржана другим врстама доказа; б) оптужени није никада у току поступка изразио жељу да постави питања датом лицу.[84]

IV. ОГРАНИЧЕЊА У ПРИМЕНИ АНОНИМНИХ СВЕДОКА

Употреба анонимних сведока значајно ограничава права одбране и с тога и сама мора бити ограничена. У том погледу можемо формулисати неколико правила.

(1) Пре свега, употреба анонимних сведока треба да буде **изузетна мера**.[85]

(а) Заштита сведока се по правилу обезбеђује другим мерама, којима се мање задире у права одбране. То произилази и из општег начела сразмерности при наређивању заштитних мера. Само ако су остале мере заштите недовољне да гарантују сигурност сведока, може се размишљати о најтежој мери. Предузете мере треба да буду строго неопходне тако да оптужени не трпи последице које се могу избећи.[86] У поступцима пред МКТЈ узима се у обзир и неефикасност или непостојање програма за заштиту сведока.

(б) Општи услов „опасности" по одређена правна добра, у случају анонимних сведока треба уже поставити. Тако се у Препоруци о застрашивању сведока и правима одбране као легитимни основи наводе озбиљна угроженост живота или слободе неког лица односно озбиљна угроженост будућег потенцијалног рада прикривеног агента. Дакле, угроженост других правних добара као што су здравље, телесни и психички интегритет и имовина нису меродавни за одређивање анонимних сведока.[87] Нека права

[84] Чл. 344. холандског ЗКП.

[85] То наглашава тачка 10. Препоруке о застрашивању сведока и правима одбране; чл. 14. ЗОЗСПУС БиХ; чл. 14. ЗОЗС РС; чл. 171. ст. 1. и чл. 172. ст. 1. ЗКП Косова.

[86] Decision on the Prosecutors Motion for Protective Measures for Victims and Witnesses, 10 August 1995, IT. Doc. IT-94-I-T, http://www.un.org/icty/100895pm.htm, доступно 11.04.2005.

[87] Мађарско право је у овом погледу унеколико проширило појам „нарочито заштићеног сведока" на све случајеве у којима би објављивањем њиховог идентитета био тешко угрожен живот, телесни интегритет или лична слобода сведока или његовог блиског сродника. Према холандском праву, треба да су изложени опасности живот, здравље, безбедност или стабилност породичног живота или социо-економске околности (чл. 226а. тачка а) ЗКП Холандије). Према већ поменутом новом чл. 13Ц новозеландског Evidence Act-а из 1908, долази у обзир и вероватноћа наступања озбиљне штете по имовину.

иду још уже и од тога, уважавајући само опасност по живот сведока или њему блиских лица.[88] С друге стране, анонимно саслушање прикривених агената није условљено озбиљном угроженошћу њиховог живота или слободе, већ је довољно да постоји опасност у погледу њиховог будућег рада у том својству, што је свакако нижи стандард угрожености у поређењу са осталим сведоцима. Осим тога, код анонимних сведока се инсистира на синтагми „озбиљна опасност“[89], иако је она у многим правима присутна и код обичних мера заштите сведока. У швајцарском праву се тражи да би сведок могао због давања свог исказа изложити себе или блиске сроднике озбиљној опасности тешке повреде неког од њихових правно заштићених добара.[90]

Рестриктивни карактер „опасности“ као услова за анонимно сведочење се у неким правима изражава као „очигледна опасност за личну сигурност сведока или његове породице, при чему је опасност толико озбиљна да постоје оправдани разлози за веровање да није могуће ту опасност умањити након што сведок да исказ, или је вероватно да ће се опасност због давања исказа повећати.“[91] У другим правима се истиче да је потпуна анонимност неопходна ради отклањања такве озбиљне опасности.[92] У многим правима се не тражи да је озбиљна опасност већ наступила, већ да је вероватна или да се разумно може претпоставити.[93]

(в) Изузетан карактер ове мере треба да дође до изражаја и при опредељивању круга кривичних дела код којих се може применити. Ванредне мере су оправдане само када је ситуација ванредна. Одобравање анонимности се заснива на интересу кривичног гоњења. Тај интерес претеже над неограниченим вршењем права одбране, по правилу само у случајевима нарочито тешких кривичних дела. У том смислу ову меру могу оправдати значај и тежина кривичног дела. При томе је нормално да се значај и тежина дела подударају, односно да значајније дело буде истовремено и теже. Истовремена употреба оба појма ипак не представља плеоназам. Иако имају приближно исти смисао, разлика је у начину формулисања основа: значај кривичног дела се најчешће изражава његовом тежином, али може и на друге начине. Осим тога, они су пројицирани из различитих углова: значај дела се посматра са становишта друштва које је њиме

[88] Чл. 240а. ст. 4. тачка 1. ЗКП Словеније.

[89] Тако и чл. 171. ст. 3. тачка 1. и чл. 172. ст. 3. тачка 1. ЗКП Косова; чл. 16. тачка б) 9 Act no. 93/99 Португалије. У чл. 240а. ст. 4. ЗКП Словеније помиње се основана опасност.

[90] Чл. 98б. Војног ЗКП Швајцарске.

[91] Тако чл. 14. ЗОЗСПУС БиХ; чл. 14. ЗОЗС РС.

[92] Чл. 171. ст. 3. тачка 1. и чл. 172. ст. 3. тачка 1. ЗКП Косова.

[93] Чл. 98б. ВЗКП Швајцарске; чл. 226а. тачка а) ЗКП Холандије.

угрожено,[94] а тежина дела, са становишта окривљеног коме се ставља у изглед одређени казнени распон. Тежина дела мерена кроз прописану казну, представља израз одређеног степена посебне друштвене опасности (с обзиром на последицу која наступа на заштитном објекту), материјалне тежине дела (с обзиром на последицу која наступа на нападном објекту) и моралне тежине дела (с обзиром на прекор који једно дело носи са собом по етичким мерилима друштва).[95]

Тако се у Препоруци о застрашивању сведока и правима одбране ова мера помиње у контексту сузбијања организованог криминала и других тешких кривичних дела. У швајцарском војном процесном законодавству, ова мера је ограничена на кривична дела кажњива са преко пет година казне затвора.[96] У француском праву ова мера је могућа код злочина и преступа са прописаном казном затвора од најмање пет година.[97] У холандском праву треба да се ради о тзв. оптуживом кривичном делу *(indictable offence),* које с обзиром на његову природу, организациони оквир у коме је учињено, на његову везу са другим оптуживим кривичним делима учињеним од стране оптуженог, представља озбиљну повреду правног поретка.[98] Тзв. нарочито заштићен сведок у мађарском праву је могућ само у случају нарочито тешких кривичних дела. Таквима се на основу чл. 1. тачка 7. Закона о програму заштите учесника кривичног поступка и помагача правосуђа (LXXXV Закон из 2001) сматрају она која су у вези са међународним или организованим криминалитетом, као и дела тероризма, уцене, прања новца, педофилије, порнографије, злоупотребе дрога или дела против живота и тела у вези са наведеним кривичним делима.[99] Негде се метод енумерације комбинује са тежином кривичног дела.[100]

(г) Изузетан карактер ове мере понекад се изражава и у ограниченом кругу лица којима може бити одобрена анонимност. Тако је швајцарско

[94] Важност почива на величини (крупноћи) или мноштвености последице. Уколико су вишеструкије или крупније последице које неко сазнање има, утолико се оно више да употребити, утолико је оно важније (И. Кант, Логика, Београд, 1985, с. 62).

[95] Д. Атанацковић, *Критеријуми одмеравања казне*, Београд, 1975, с. 43.

[96] Чл. 98б. ВЗКП Швајцарске, за разлику од општег поступка, где нема таквих ограничења (чл. 160. ст. 1. Vorent. Швајцарске).

[97] Чл. 706-58. француског ЗКП.

[98] Чл. 342. ст. 2. тачка б) ЗКП Холандије.

[99] Навед. према И. Фејеш, Посебна овлашћења државних органа у сузбијању организованог криминала у Мађарској, Зборник радова ПФ у Новом Саду 3/2004, с. 232.

[100] Према португалском праву, сведочење треба да се односи на таксативно набројана кривична дела (чл. 169, 299, 300 и 301 КЗ, чл. 28 Cabinet Order no. 15/93 од 22.01.1993) или на кривична дела припадника криминалне организације у вези са њеним циљем или делатношћу и којима одговара казна затвора од осам година или тежа (чл. 16. тачка а) Act no. 93/99 Португалије).

војно процесно законодавство пошло од принципа да гаранција анонимности може бити дата само незаменљивим лицима, а то су сведоци и трећа лица позвана да дају обавештења. Заменљива лица, као што су вештаци и тумачи, не могу користити ову меру.[101] Такође, није предвиђена анонимност за сведоке који учествују у својству цивилне странке. Сматра се да је процесна позиција странака непомирљива са гаранцијом анонимности. Не могу се вршити права странака а да оне не буду идентификоване.

(2) Пре доношења одлуке о одобравању анонимности треба спровести **верификациону процедуру** ради постизања праведног баланса између потреба кривичног поступка и права на одбрану. Сврха те процедуре је да омогући одбрани да преиспита потребу за анонимношћу сведока, његов кредибилитет и извор његовог сазнања. Саставни део поменуте верификационе процедуре је посебно рочиште на коме, поред државног тужиоца и сведока, може присуствовати још само нужно судско особље и особље за осигурање безбедности.[102] Често се предвиђа обавеза претходног саслушања странака,[103] као и учешће браниоца окривљеног[104] или посебног постављеног адвоката од стране адвокатске коморе ради представљања интереса одбране.[105] У току те процедуре поверљивог и хитног карактера суд треба да утврди:

(а) Доказ анонимним сведоцима треба да буде важан за пресуђење неког дела.[106] Другим речима, од њега треба одустати ако се не очекује значајан допринос утврђивању чињеница у поступку.[107] У неким правима се тражи да је сведочење од материјалне важности за случај и да би било неправедно присиљавати оптужбу односно одбрану да поступа без њега.[108]

---

[101] Вид. чл. 98. тачка б. ВЗКП Швајцарске. Такво ограничење, међутим, не постоји у швајцарском општем кривичном поступку (Вид. чл. 160. ст. 1. Vorent. Швајцарске).

[102] Тако чл. 240а. ст. 4. ЗКП Словеније; чл. 171. ст. 2. и чл. 172. ст. 2. ЗКП Косова.

[103] Тако тачка 11. Препоруке о застрашивању сведока и правима одбране; чл. 226а. ст. 2. ЗКП Холандије.

[104] Чл. 226а. ст. 2. ЗКП Холандије; чл. 171. ст. 2. и чл. 172. ст. 2. ЗКП Косова.

[105] Чл. 18. ст. 1 Act no. 93/99 Португалије. Према измењеном новозеландском Евиденце Act-у из 1908, суд може пре доношења наредбе о анонимности поставити независног саветника. Од првобитног предлога о обавезности тог саветника се касније одустало из финансијских разлога.

[106] Вид. тачку 11. Препоруке о застрашивању сведока и правима одбране.

[107] У неким правима се тражи да сведочење представља битан допринос доказивању (чл. 16. тачка д) Act no. 93/99 Португалије) односно да је исказ сведока значајан за кривични поступак (чл. 240а. ст. 4. тачка 2. ЗКП Словеније).

[108] Чл. 171. ст. 3. тачка 2. и чл. 172. ст. 3. тачка 2. ЗКП Косова. Тако и британски случај R. v. Taylor (1994) ТЛР 484, и хашки случај Тадић.

У мађарском праву се тражи да се исказ анонимног сведока односи на битне околности дела и да се не може заменити другим доказима.[109]

(б) Доказивање анонимним сведоцима има смисла само ако његов идентитет и место боравишта није познато окривљеном и браниоцу, као ни чињеница да треба да буде саслушан као сведок. Овај посебни услов се обично подразумева а само изузетно и прописује законом.[110] Доследно томе, ако окривљени или бранилац у току поступка идентификује анонимног сведока, суд му укида тај статус и даље примењује опште одредбе о саслушању и позивању, уз могућност примене других заштитних мера и укључивања сведока у програм заштите.

(в) Потреба за анонимношћу сведока у циљу обезбеђења правде треба да је важнија од интереса јавности и окривљеног да сазнају идентитет сведока.[111]

(г) Суд треба да изврши провизорну оцену веродостојности анонимног сведока.[112] Нека права изражавају овај услов захтевом да је кредибилитет сведока потпуно испитан и откривен судији на затвореној седници.[113] Сведок треба да показује довољан степен веродостојности,[114] његов кредибилитет треба да је изван разумне сумње[115] односно суд мора бити уверен да нема *prima facie* доказа да је сведок непоуздан или пристрасан.[116] То претпоставља најмање две ствари: да судије имају приступ сведоцима, да би посматрале њихово понашање и цениле поузданост њиховог сведочења, и да судије морају знати идентитет сведока, тако да могу тестирати њихову поузданост.[117]

(3) У циљу успостављања процесне равнотеже, окривљеном морају бити стављена на располагање **компензаторна средства.** Она ће омогу-

[109] Чл. 97. мађарског ЗКП.

[110] Ibidem.

[111] Чл. 171. ст. 3. тачка 4. и чл. 172. ст. 3. тачка 4. ЗКП Косова; чл. 240а. ст. 4. тачка 4. ЗКП Словеније. У британском случају Р. в. Таулор (1994) ТЛР 484, наводи се да суд може вагати потребу за заштитом сведока наспрам неправедности поступка за окривљеног. ОЕБС-ова Секција за праћење правног система на Косову је нашла да је у суђењу Лапској групи суд исправно извршио ово балансирање (Извештај о суђењу Лапској групи, с. 8).

[112] Ibidem. у британском случају R. v. Taylor (1994) TLR 484, каже се да Круна мора уверити суд да је кредибилитет сведока потпуно истражен и откривен.

[113] Чл. 171. ст. 3. тачка 3. и чл. 172. ст. 3. тачка 3. ЗКП Косова.

[114] Чл. 240а. ст. 4. тачка 3. ЗКП Словеније.

[115] Чл. 16. тачка ц) Act no. 93/99 Португалије.

[116] Decision on the Prosecutors Motion for Protective Measures for Victims and Witnesses, 10 August 1995, IT. Doc. IT-94-I-T, http://www.un.org/icty/100895pm.htm, ДОСТУПНО 11.04.2005.

[117] Смернице дате у случају Kostovski v. Netherlands.

ћити окривљеном да се упозна са садржином исказа, да поставља допунска питања анонимним сведоцима[118] и да оспорава њихов кредибилитет. Ако окривљени упркос компензаторним мерама не може адекватно вршити права одбране, од коришћења анонимних сведока се мора одустати а окривљени у недостатку других доказа може бити ослобођен на основу принципа *in dubio pro reo.*[119]

Међународни документи гарантују оптуженом право да испитује сведоке против себе или да постигне да се они испитају[120] и да се обезбеди присуство и саслушање сведока у његову корист под истим условима који важе за оне који сведоче против њега.[121] То је саставни део права на правично суђење. Стога се о заштити сведока може говорити само уз истовремено поштовање права одбране.[122] Европски суд за права човека се у више наврата изјашњавао о допуштености анонимних сведока, под условом да то није главни и одлучујући доказ за утврђивање кривице оптуженог и да одбрана има могућност да оспори исказ сведока на одговарајући начин.[123] У случајевима Unterpertinger, Kostovski, Asch и Windisch утврдио је да се могу употребити ранији искази када су власти безуспешно покушале да обезбеде присуство сведока. Наиме, чл. 6. Европске конвенције не гарантује неограничено право оптуженог на директно испитивање сведока и *hearsay* доказ може бити прихваћен под посебним околностима. У случају Windisch разматран је случај сведочења два анонимна сведока пред припадником полиције, који је потом сведочио на суду. Европски суд је сматрао да је дошло до кршења права оптуженог, иако је бранилац имао право да сведоке испита помоћу написаних питања. Пошто му је идентитет сведока био непознат, бранилац је био суочен са готово несавладивом препреком: био је лишен неопходних информација које би му омогу-

[118] Доказивање писменим документом који садржи исказ лица чији идентитет није откривен, у холандском праву је условљено чињеницом да оптужени није никада у току поступка изразио жељу да постави питања датом лицу (чл. 344. холандског ЗКП).

[119] У британском случају R. v. Teylor (1994) TLR 484, наводи се да суд мора бити уверен да неће бити неприкладне штете за оптуженог.

[120] Оваква двојна терминологија води рачуна о различитим правним системима, уважавајући како оне засноване на акузаторским начелима, тако и оне засноване на начелу судске одговорности за утврђивање истине.

[121] Вид. чл. 6. ст. 3. тачка д) ЕК; чл. 14. ст. 3. тачка е МПГПП; чл. 8. ст. 2. тачка ф) Америчке конвенције.

[122] Вид. чл. 24. Конвенције УН против транснационалног организованог криминала; тачка 6. Препоруке о застрашивању сведока и правима одбране. Слично и у процесном законодавству кантона Берн, Fribourg, Saint-Gall, Bale-Ville.

[123] CEDH, 19.12.1990, Delta v. France, App. no. 11444/85; Van Mechelen и други против Холандије од 23.04.1997, у: Извод из судске праксе Европског суда за људска права, Сарајево, 2001, с. 645.

ћиле да провери поузданост сведока или да изрази сумњу у веродостојност њихових исказа.[124] Европски суд је нашао да је у случају Unterpertinger, Windisch и Kostovski повређено право на правично суђење и чл. 6. ст. 3. тачка д) Европске конвенције.[125] У случају Asch није констатована повреда чл. 6. Европске конвенције, јер су приликом одлучивања коришћени и други докази. Када је реч о саслушању убачених агената, Европски суд је на становишту да је повређено право на правично суђење чим је одбијено свако суочење, а одбрана није имала никакву могућност да саслуша сведока оптужбе и доведе у сумњу његову веродостојност.[126] У случају Vam Michelen и други против Холандије, оптужени је био осуђен претежно на основу изјава анонимних припадника полиције. Не само да је браниоцу њихов идентитет био непознат, већ му није било дозвољено ни да провери њихову поузданост, тако што би посматрао њихово понашање током испитивања. Припадници полиције су дали изјаве истражном судији, док су оптужени, бранилац и тужилац били у другој просторији, где су преко звучника могли да чују постављена питања и одговоре. Суд је сматрао да се те мере не могу сматрати правом заменом за могућност испитивања сведока лицем у лице, на основу кога би лично могао да просуди о њиховом понашању и поузданости и због тога одлучио да поступак у целини није био правичан.[127]

(4) С обзиром на значајна ограничења права одбране, већина права предвиђа да се осуда[128], а негде и оптужница[129] и оцена о незаконитости доказа[130] не могу заснивати искључиво или претежно на доказу само једног[131] или више анонимних сведока. У холандском праву иста идеја је изражена условом да је одлука у значајном степену подржана другим врстама доказа.[132]

[124] Windisch v. Austria од 27.09.1990.

[125] Unterpertinger v. Austria (App. no. 9120/80), Eur. Ct. H. R. (1991) 13 EHRR 175, 1986 ECHR 9120/80, 24 November 1986, http://hudoc.echr.coe.int/hudoc.asp, доступно 12.03.2005.

[126] Вид. сл. Lüdi protiv Švajcarske од 15.06.1992.

[127] Упор. Kostovski против Холадије, од 20.11.1989, Series A, No 166 (App. No. 11454/85) (1990) 12 EHRR 434.

[128] Тако тачка 13. Препоруке о застрашивању сведока и правима одбране; новопредложени ст. 6. чл. 504њ по рад. верз. ЗИД ЗКП; чл. 19. тачка 2. Act no. 93/99 Португалије; чл. 111. ст. 2. ЗКП ЦГ; чл. 23. ЗОЗСПУС БиХ; чл. 23. ЗОЗС РС; чл. 8. ЗОЗИС ФбиХ.

[129] Чл. 99а. ЗКП Бугарске.

[130] Чл. 253. ЗКП Хрватске.

[131] Чл. 157. ст. 3. ЗКП Косова.

[132] Чл. 344. холандског ЗКП.

Snežana Brkić, Ph. D., Associate Professor
Novi Sad School of Law

Anonymos Testimony in Continental Law

Abstract

The paper analyzes the measures of witness protection through anonymos testimony in continental law.

At first, there are introductory considerations about identity and anonimity.

The second part pays attention to origin of anonimos testimony in continental law.

The third part is the main. There are described and classified different measures of anonymos testimony.

Finaly, author point to certain necessary limitation on the occasion of anonymos testimony.

Key words: witness protection, identity, anonimity

343.359.2

Др Татјана Лукић, асистент
Правног факултета у Новом Саду

ПРАЊЕ НОВЦА
(превентивне мере, репресивне мере и међудржавна сарадња)

Сажетак: *Опасност организованог криминала за правни поредак не произлази само из криминалних радњи, већ из могућности да се посредством прања новца и корупције утиче на одлуке у привреди и политици. Због тога се борба против прања новца сматра изузетно важним аспектом борбе против организованог криминала и та борба има првенствено превентивни карактер. Међутим, борба против прања новца подреазумева и репресивну делатност надлежних органа, а с обзиром на транснационалну карактеристику организованог криминала, па самим тим и прања новца, изузетно значајну улогу у борби против прања новца има и међудржавна сарадња о чему се посебно говори у раду.*

Кључне речи: *организовани криминал, прање новца, превентивне мере, репресивне мере, финансијска истрага, међудржавна сарадња.*

Огромне своте новца које проистичу из организовне криминалне делатности су за саме криминалце недовољно корисне јер се ради о тзв. *прљавом новцу* чије коришћење може полицију и органе кривичног гоњења да доведе на прави траг криминалцима и због тога, они који желе да профитирају морају илегални профит да конвертују у легалан без компромитовања, а тај поступак је опште познат као прање новца. С обзиром да се прање новца често изједначава са појмом финансирања тероризма, у

смислу да се прање новца и финансирање тероризма сматрају истим активностима, превентивна борба против истих је од пресудног значаја.

Прањем новца, тј. нелегалним финансијским трансакцијама се стечени новац претавара у легална средства. Прање новца[1] обухвата читав низ различитих мера и активности које имају за циљ да незаконито стечене приходе, са наизглед легитимним или законским пореклом претворе у легитимна средства. Оно би се најопштије могло дефинисати као поступак прикривања постојања, илегалности извора и употребе прихода који су резултат криминалне делатности, и њихове легализације. У средишту поступка прања новца је обмана, односно приказивање надлежним органима начина стицања имовине, као законито, и њено коришћење као законито стечених прихода. Прање новца је тип пословне трансакције, нелегалног финансијског инструмента и веома софистицираног финансијског механизма који по форми, структури и комплексности није унифициран, већ изузетно флексибилан, иновативан и адаптилан.[2]

Међународни акти: Конвенција УН-а против недозвољене трговине опојним дрогама и психотропним супстанцама из 1988. године[3], Конвенција о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених крими-

[1] Израз прање новца први пут се појавио 50-их година у Америци. Clake и Tugue, амерички познаваоци ове проблематике су већ средином 70-тих година у својој књизи ***Прљави новац*** описали како мафија, криминалци унутар великих привредних система и сасвим обична лица која су утајила порез, перу прљави новац преко Швајцарске и осталих земаља. Већ тада су постојала два поступка прања новца. Прљави новац се најпре уплаћивао на рачуне дискретних банака у Швајцарској, Панами, на Бахамима и Кајманским острвима. Искључена је била свака случајност да се новац пронађе или да буде откривен. Он је доносио камате, ако га се није успело вратити и инвестирати у неки легалан посао, нпр. у САД-у. Први корак у процесу прања новца је било његово неуочљиво преношење у Швајцарску или неку другу земљу у којој се банкарска тајна поштовала готово као и устав. После тајног трансфера на број рачуна следила је друга фаза. При повратку новца се уместо стварног, фингирао легални финансијски извор. Новац који се из иностранства враћао назад, маскирао се углавном у кредит неке стране банке. Ако је нпр. један картел „паковао“ 500.000 долара у некој Швајцарској банци, и одлучио да у САД-у купи некретнине за милион долара, тада се то финансирало на следећи начин: финансијски стручњак картела је уплаћивао 50.000 долара чистог новца и на легалан начин подизао за 450.000 долара хипотеку код неке америчке банке. Остатак од 500.000 долара је посуђивао од своје Швајцарске банке, тако што је подигао „спаковани“ новац са картеловог рачуна. Чињеница да наводни кредит треба код перфективног маскирања отплатити, и исто тако платити камате, картеловом човеку није стварала проблем. Напротив, камате које је требало платити умањивале су службени приход, па се тиме снижавало и пореско оптерећење. И још нешто, када је кредит отплаћен игра је почињала из почетка.

[2] Б.Љутић, Супротстављање прању новца у Европској Унији, Правни информатор бр.5/ 2003, 34.

[3] Службени лист СРЈ – Међународни уговори бр. 14/1990.

налом из 1990. године[4] и Конвенција УН-а против транснационалног организованог криминала из 2000. године[5], представљају правну основу за прописивање инкриминисаних понашања у вези са прањем новца у националним кривичним законодавствима и прописивања кривичних санкција. Веома важно је питање на који начин поједина национална законодавства уређују кривичноправни аспект прања новца, тим пре што многа решења предвиђена наведеним међународним актима налазе своју примену у решењима националних кривичних законодавстава.

Компаративном анализом[6] се долази до закључка да посматрани закони у посебном делу познају кривично дело прање новца или друге незаконите користи. Ово дело има више облика испољавања. Њихову основу чине одредбе међународних правних аката. При томе треба рећи да се као радња извршења овог дела сматрају различите делатности стављања у легалне токове незаконито стеченог новца, али и различити облици саучесништва (подстрекавање, помагање или организовање злочиначке групе), као и предузимање припремних радњи за ове активности. Скоро сви закони познају два или више квалификованих облика дела. За ова дела је прописана казна затвора, а скоро по правилу и кумулативно изрицање новчане казне. Поред овога, законима је прописано и обавезно изрицање мере безбедности одузимања предмета извршења кривичног дела.

Неопходно је напоменути да постоје разлике у погледу основног прекршаја у кривичном законодавству држава чланица Европске уније. Неке земље (Енглеска, Немачка, Италија, Аустрија) у основни прекршај укључују све врсте кривичних дела, сходно одредбама Конвенције из Стразбура 1990. године и Четрдесет препорука FATF-а[7], док друге (Данска и Грчка) имају списак конкретних категорија кривичних дела, а трећа група земаља (Луксембург, Шпанија и Португалија), кривичним делом сматрају само прање новца који потиче од трговине дрогом.[8] Ове разике међу државама у распону основних прекршаја за које је везано законодавство о прању новца, стварају диспратитете о забрањивању прања новца, и једини правни пут у будућности би био да сва законодавства крену у правцу проширивања кривичних дела који су основа за прекршај из области прања новца, укључујући све категорије тешких кривичних дела као што је препоручено Конвенцијом из Стразбура 1990. године (чл.6

[4] Службени лист СРЈ – Међународни уговори бр. 7/2002.

[5] Службени лист СРЈ – Међународни уговори бр. 6/2001.

[6] О овоме више видети: Љ.Стајић - Д.Јовашевић, Безбедносни и правни аспекти прања новца, Наука - безбедност - полиција бр.1/2003, 93-117.

[7] Financial Action Task Ferce on Money Laundering, http:/www1.oecd.org/fatf

[8] Е.Савона, Учење од корумпираних како би их сузбили (победили): међузависност преваре, прање новца и корупције у Европи, ЈРКК бр.2-3/97, 291.

ст.1), која обавезује државе потписнице да сматрају кривичним делом прања новца приход од било које криминалне радње. Ипак треба споменути и чл.6 ст.4 ове Конвенције који садржи клаузулу о делимичном изузећу од ове одредбе, према којој је свакој држави потписници дозвољено да ограничи основне прекршаје на конкретан списак тешких кривичних дела (нпр. организовани криминал, тероризам и др.). Захтев за изузеће би требао да буде елиминисан и то би подстакло финансијске и кредитне секторе европских земаља да прошире наведене одредбе на све радње за које се сумња да представљају прање новца независно од врсте кривичних дела. Овакав развој законодавства допринеће побољшању сарадње између финансијских институција и правосудних органа.

а) Превентивни аспект прања новца

Опасност од прања новца је тим већа што се посредством њега утиче на одлуке у привреди и политици. Због тога је борба против прања новца изузетно важан аспект борбе против организованог криминала, тероризма и корупције. С обзиром да борба против прања новца има ***првенствено превентивни карактер,*** на овом месту у раду бити речи о посебним органима и њиховим надлежностима регулисаним Законом о спречавању прања новца[9] у Србији. Пре него што пређемо на органе и њихове надлежности, неопходно је на овом месту нешто више рећи о самом кривичном делу прања новца у нашем законодавству. У Кривичном законику Србије[10] први пут је посебно инкриминисано кривично дело прања новца (чл.231) према коме извршилац може бити свако лице (и одговорно лице у правном лицу ако је знало, односно могло и било дужно да зна да новац или имовина представљају приход стечен кривичним делом) које изврши конверзију или пренос имовине са знањем да она потиче од кривичног дела, или стекне, држи или користи имовину са знањем, у тренутку пријема да та имовина потиче од кривичног дела. Као квалификовани облик је предвиђен случај да новац или имовина прелази износ од милион и петсто хиљада динара.

Према Закону о спречавању прања новца субјекти откривања и спречавања прања новца су ***обвезници*** и ***Управа за спречавање прања новца***. Обвезници су: правна лица, као и одговорна лица у правним лицима (банке и друге финансијске организације, мењачи, предузећа ПТТ саобраћаја, друга предузећа и задруге, осигуравајуће организације, инвестициони фондови, берзе, брокерско-дилерска друштва, овлашћене банке за тргови-

[9] Закон о спречавању прања новца, Службени гласник РС 107/2005.
[10] Службени гласник РС бр. 85/2005.

ну хартијама од вредности, други субјекти који се баве трансакцијама у вези са хартијама од вредности, племенитим металима и драгим камењем, приређивачи класичних и посебних игара на срећу као и других игара на срећу, залагаоноце, друга правна лица, предузетници и физичка лица која обављају послове који се односе на управљање имовином за друга лица, факторинг и форфетинг, лизинг, издавање и пословање платним картицама, промет непокретности, уметничких предмета, антиквитета, аутомобила, организацију путовања, посредовање и заступање у осигурању, организовање аукција). Обвезници су дужни да предузимају мере и радње за откривање и спречавање прања новца пре, у току и након пријема, замене, чувања и коришћења имовине, полагања и подизања готовог новца и ефективног страног новца са рачуна, преноса имовине преко државне границе, склапања послова којима се стиче имовина или другог поступања са том имовином. Сваки обвезник је дужан да одреди једно или више лица која ће бити одговорна за откривање, спречавање и пријављивање Управи оних трансакција за које се сумња да су у вези са прањем новца. Ова овлашћена лица морају проћи обуку са стандардима и по методологији која је утврђена посебним прописом, да обављају унутрашњу контролу послова које извршава према овом закону и да састави листу индикатора за препознавање сумњивих трансакција. Радње и мере које предузимају обвезници су: 1) утврђивање идентитета странке, прикупљање података о странци и трансакцији, ако и друге податке који су значајни за откривање и спречавање прања новца; 2) достављање података Управи о свакој готовинској трансакцији, односно о више међусобно повезаних готовинских трансакција у укупном износу од 15 000 евра или више у динарској противвредности.

Управа за спречавање прања новца је орган управе у саставу Министарства надлежног за послове финансија и њом руководи директор кога поставља и разрешава Влада РС на предлог министра надлежног за послове финансија. Послови из делокруга Управе који имају превентивни карактер у вези са прањем новца су: 1) прикупљање, обрада, анализирање и чување података и информација добијених од обвезника и државних органа; 2) примање и тражење од надлежних државних органа података и информација потребних за оцену да ли у вези са одређеном трансакцијом или одређеним лицем постоји сумња да се ради о прању новца, података и информација о поступцима у вези са прекршајима, привредним преступима и кривичним делима која се односе на прање новца, као и њиховим извршиоцима, а од министарства надлежног за унутрашње послове и тражење података из кривичне евиденције и података о поднетим кривичним пријавама; 3) сарадња са надлежним државним органима ради размене

података и информација од значаја з аоткривање и спречавање прања новца; 4) достављање надлежним државним органима података и информација о трансакцијама и лицима за које постоји сумња да се ради о прању новца; 5) процена података и информација које се односе на организовани криминал и финансирање тероризма и оцену да ли у вези са конкретном трансакцијом постоји сумња да се ради о прању новца; 6) обављање билатералне и мултилатералне сарадње, размена података на бази реципроцитета у области откривања и спречавања прања новца, иницирање закључивања споразума о сарадњи са међународним органима и организацијама и учествовање у раду међународних органа и организација у области откривања и спречавања прања новца.

Неопходно је истаћи да је са овом Управом сарађивао тим USAID-а и Trezora САД-а и то на оперативном оспособљавању за рад по међународним стандардима, што је резултирало чланством у EGMONT групи – светској мрежи финансијских обавештајних јединица, и то само годину дана након оснивања Управе, што представља најбрже придруживање једне такве јединице овој групи у његовој историји. Чланство у овој институцији значи ефикасну међународну сарадњу, што омогућава да се органима гоњења правовремено обезбеде информације које су потребне за успешно вођење истраге и замрзавање финансијских средстава извршиоцима кривичних дела. До сада је поднето око 60 000 финансијских извештаја, а надлежним органима гоњења су предата 162 случаја у којима постоји основана сумња да се ради о кривичном делу прања новца.

Уколико Управа оцени да у вези са одређеним трансакцијама или лицима постоји сумња да се ради о прању новца, може да захтева од обвезника податке о имовном стању и банкарским улозима, податке о инструментима платног промета у земљи и иностранству, као и друге податке и информације потребне за откривање и спречавање прања новца. Такође, Управа може да изда налог којим се привремено обуставља извршење трансакција у случају постојања сумње да се ради о прању новца, о чему је дужна да обавесто надлежне правосудне и инспекцијске органе, као и органе унутрашњих послова ради предузимања мера из њихове надлежности. У хитним случајевима, директор Управе или лице које он овласти може усмено издати налог којим се привремено обуставља извршење трансакције које мора у писменој форми потврдити најкасније следећег дана, о чему саставља службену белешку. Привремено обустављање трансакција може трајати најдуже 72 сата од момента привременог обустављања извршења трансакције. Ово овлашћење је неопходно и у потпуности оправдано, с обзиром да је у циљу превенције, и да не могу наступити никакве штетне последице по лице за које се сумња да има везе

са прањем новца. Такође, Управа може издати налог за праћење свих трансакција које се врше преко рачуна одређених у том налогу ако оцени да постоји сумња да се ради о прању новца у вези са одређеним трансакцијама или лицима. Ова мера може трајати најдуже три месеца од момента издавања налога. Уколико оцени да у конкретном случају постоји сумња да се ради о прању новца, Управа може од адвоката, ортачког адвокатског друштва, предузећа за ревизију, овлашћеног ревизора и правног или физичког лица које пружа књиговодствене услуге или се бави пореским саветовањем да захтева податке, информације и документацију која је потребна за откривање и спречавање прања новца. Наведена правна и физичка лица тражене податке морају да доставе у року од осам дана од дана пријема захтева. Такође је предвиђена обевеза наведених правних и физичких лица да када учествују у планирању или обављању трансакција за свог клијента у вези са купопродајом непокретности или правних лица, управљањем новцем или имовином, отварањем или управљањем банкарским рачунима или рачунима за хартије до вредности и оснивањем, вођењем или управљањем правним лицима, као и када иступају за рачун свог клијента у финансијској трансакцији или трансакцији у вези са прометом непокретности, оцени да постоји сумња да се ради о прању новца са одређеном трансакцијом или лицем, или када клијент тражи савет у вези са прањем новца, дужан је да у писменој форми о томе обавести Управу и то у року од три дана од дана откривања разлога за сумњу. Ова правна или физичка лица су дужна да при успостављању пословне сарадње са клијентом, као и у случају да постоји сумња да се ради о прању новца изврше идентификацију клијента, да о томе воде евиденцију и да исту чувају најмање пет година од дана окончања пословне сарадње или извршене трансакције. Поменута правна или физичка лица нису дужна да Управи доставе информације које добију од клијента или о клијенту при утврђивању правног положаја или при заступању клијента у судском поступку или у вези са судским поступком, што укључује саветовање о покретању или избегавању судског поступка, без обзира да ли су те информације прибављене пре, у току или након судског поступка. Ово правило је од изузетног значаја за поштовање права одбране окривљеног у кривичном поступку.

Оваква законска могућност је од пресудног значаја у борби против прања новца јер криминалци који желе максимално да искористе могућности улагања у законит посао, ретко се тим пословим улагањем баве сами. Уместо тога користе стручњаке, правнике, рачновође, брокере (тзв. white-color професионалце). Сви они су постали незаобилазни елеменат у сложеним шемама за прање новца. Овај тренд је примећен у скоро свим

земљама. Све већи напори влада појединих земаља, у борби против прања новца су знатно отежали посао оних који то покушавају, али они смишљају све сложеније шеме како би заобишли законске мере. Ова повећана сложеност значи да појединци који желе да оперу незаконито стечени новац, осим ако већ нису и сами професионалци, морају да се окрену експертизи легалних професионалаца, рачуновођа, финансијских саветника који ће им помоћи у преносу новца. Уколико се боље погледа које врсте услуге нуде ови професионалци, постаје очигледно да неки од њих представљају „капије кроз које перач новца мора да прође" како би постигао свој циљ, па тако правни експерти и рачуновође служе као врста *чувара капије*, пошто имају сособност да обезбеде приступ (намерно или несвесно) разним функцијама које помажу криминалцу да пренесе или прикрије новац[11]. Правни савети, заступање, имовинске трансакције, услуге инвестирања, формирање и управљање компанијама, започињање рада са банком, финансијски савети, порески савети, обрачуни пореза, вођење књига и сл. су професионалне услуге које поменута лица нуде и пружају својим клијентима. Све наведене функције немају једнак значај у операцијама прања новца. Као најважније функције треба споменути: стварање корпорацијских механизама или других сложених законских споразума; куповина или продаја имовине; извршавње финансијских трансакција; финансијски и порески савети. Код неких функција перач новца се не ослања само на експертизу ових професионалаца, већ користи њих и њихов професионални статус како би умањио сумњу која окружује његове криминалне активности.

Борба против прања новца омогућава и борбу против других деликата који се јављају паралелно попут кршења банкарских прописа, затим прописа о плаћању пореза, састављању пословних извештаја и томе слично. Напретку у борби против прања новца у Србији допринео је и нови Закон о банкама[12] и то одредбе које се односе на банкарску тајну (чл.46), обавезу чувања банкарске тајне (чл.47) и изузетке од обавезе чувања банкарске тајне (чл.48). Банкарска тајна у смислу овог закона представља пословну тајну и под њом се подразумевају подаци који су познати банци а односе се на личне податке, финансијко стање, трансакције, као и на власништво или пословне везе клијената те или друге банке; подаци о стању и промету на индивидуалним депозитним рачунима; други подаци до којих банка дође у пословању са клијентима. Банка и чланови њених

[11] Б.Бановић, Обезбеђење доказа у криминалистичкој обради кривичних дела привредног криминалитета, Београд 2002, 169.

[12] Закон о банкама, Службени гласник РС 107/2005.

органа, акционари и запослени у банци, као и спољни ревизор банке и друга лица која због природе посла који обављају имају приступ подацима који се сматрају банкарском тајном, не могу те податке сопштавати трећим лицима ни користити их противно интересу банке и њених клијената, нити могу трећим лицима да омогуће приступ тим подацима. Наведене податке ова лица могу саопштити трећим лицима само уз писмено одобрење клијента и у случају изузетака од обавезе чувања банкарске тајне. Наиме, према овом закону обавеза чувања банкарске тајне не постоји ако се подаци саопштавају на основу одлуке или захтева надлежног суда; за потребе органа надлежног за спречавање прања новца, у складу са прописима којима се регулише спречавање прања новца, као и другим случајевима предвиђеним овим законом. Изузетно од наведеног правила, банка има право да податке који представљају банкарску тајну саопшти истражном судији, јавном тужиоцу и судовима, односно другим органима који врше јавноправна овлашћења искључиво ради заштите својих права, у складу са законом.

У многим земљама борба против прања новца повлачи за собом и замрзавање и конфискацију имовине стечене овим кривичним делом, а у неким земљама се одређује финансијским организацијама доношење мера којима се могу водити сложеније финансијске истраге о сумњивим трансакцијама. Повећање броја земаља које су донеле законе против прања новца је довело до тога да су „перачи“ своје деловање усмерили према земљама које још немају такве законе.

У САД-у је формирана служба за борбу против финансијских преступа (FINCEN) која се бави откривањем предмета, анализом података из различитих извора, полицијским истрагама, конфискацијама и спречавањем свих врста прекршаја који су укључени или су повезани са прањем новца.

У Канади све банке су обавезне да забележе сваку новчану трансакцију када је у питању велика свота новца. Оне су такође обавезне да обуче своје службенике за откривање прања новца и праћење трансакција са великим количинама новца.

Словенија је у саставу Министарства финансија основала Управу за спречавање прања новца, а Закон примењује од 1995. године.

Мађарска је 1994. године донела Закон о прању новца којим су обвезници, на које се овај закон односи, дужни да се пријаве и открију изворе готовинских трансакција преко тачно утврђеног износа.

У Хрватској је формиран Уред за спречавање прања новца у саставу Министарства финансија који прикупља, обрађује, рашчлањава и похра-

њује податке добијене од обвезника и обавештава надлежне и државне органе и заједно са њима предузима мере за спречавање прања новца. Закон о спрчавању прања новца у Хрватској ступио је на снагу 1997. године.

б) Репресивне мере – финансијска истрага

Код борбе против прања новца важно је истаћи значај ***финансијске истраге***. Финансијске истраге су привредно – криминалистичка испитивања уз укључивање претходних околности и средине. Овај инструмент не треба схватити као алтернативу познатим, али само делимично успешним методама, него као допуњавање мера сузбијања организованог криминала. Тиме се отвара ново подручје истраживања. Слаба тачка криминалне организације је употреба претварања илегалног новца у чист новац. У сврху прикривања порекла новца користи се глобализација економије, све савршенија и разноврснија организација привредног деловања и друштвене структуре које су се последњих година значајно промениле. Основа финансијске истраге треба да буде пребацивање добити из кривичних дела у легални финансијски ток. У циљу успешног спровођења финансијске истраге, требало би формирати посебан орган који би водио ове финансијске истраге (у његов састав би поред криминалистичке полиције требали бити укључени и царински органи) и који би развијао истражне концепте у вези са прањем новца. Њихов циљ при томе не би било одузимање новца из конкретно утврђене трансакције. Он би, шта више, настојао утврдити односе лица и радњи, везе и структуре, да би коначно организованом криминалитету одузели целокупни основни капитал и погодили њихов витални орган. Ови поступци могу бити веома дуготрајни, и по неколико година и изискују изразито велике кадровске и новчане улоге. Овај државни орган би требало да има два стратешка приступа:

- финансијске провере интегрисане у поступак: у оквиру истрага због неког кривичног дела («претходно дело») истражују се и финансијске повезаности;
- финансијске провере независне од поступка: са «претходним делом», него само обавештење о потенцијалном перачу новца, примљено путем пријаве о постојању сумње од стране неке финансијске институције.

Органи откривања и гоњења имају велику, првенствено стручну помоћ у откривању, доказивању, али и у спречавању прања новца од непо-

лицијских органа и то нарочито у раној фази поступка када је неопходно обезбедити адекватне материјалне доказе. Сложеније финансијске истраге о сумњивим трансакцијама су у појединим земљама поверене одређеним финансијским организацијама.[13] Може се са сигурношћу тврдити да се без ових и сличних субјеката, савремени облици организованог криминала који су инфилтрирани у легалне финансијске токове, не би били ни откривени, а камоли процесуирани и њихови извршиоци кажњени.

Идентификација незаконитих парафинансијских система је тешка али могућа коришћењем финансијских и полицијских истражних техника. Не постоји суштинска разлика између финансијске истраге и обичне криминалистичке истраге, осим што се у финансијској истрази акценат ставља на проналажење извесних информација финансијске природе. У многим случајевима, извори ових информација су исти они који обезбеђују информације о незаконитим активностима које представљају основ трансакција прања новца. Информатори, оптужена лица која сарађују са надлежним органима, прикривени истражитељи и све врсте надзора су суштински, кључни елементи криминалистичке истраге финансијског криминала.

1. Информатори

Информатори су један од најзначајнијих извора информација у истрази. Информатор је лице које активно сарађује са надлежним органима у истрази. У извесним случајевима прања новца «добро смештен» информатор може бити једини начин да се продре у шему прања новца. Уколико се сам перач новца окрене против оног који га је ангажовао, и постане информатор, резултати финансијске истраге могу бити изузетно позитивни.

Због тога што је значај унутрашњих информација изузетно велик, истражитељи увек покушавају да *идентификују* и да *врбују* потенцијалне информаторе.

Сви информатори се могу поделити у две групе. У прву групу спадају они информатори који имају одређено учешће у криминалним актив-

[13] У САД-у изузетно значајну улогу у борби против финансијског криминала имају: ***Financial Crime Enforcment Network -FinCEN*** (ова агенција има приступ најразноврснијим базама података као што су: финансијске базе података, комерцијалне базе података и базе података криминалистичке службе)***; Office of Controller of the Currency - OCC*** (Уред ревизора за платни промет); ***Federal Deposit Insurance Corporation – FDIC*** (Савезна корпорација за осигурање депозита). У Енглеској то је ***Serious Fraud Office – SFO*** (Уред за велике преваре).

ностима али такође располажу и одређеним финансијским информацијама. У другу групу спадају тзв. чисти финансијски информатори, који поседују информације о финансијским трансакцијама али не врше никакву криминалну активност (та лица могу бити дилери аутомобила, брокери у фирмама и др.), и они обично располажу информацијама које се односе на велике трансакције у кешу или сумњиве финансијске активности.[14]

Добар информатор је један од најбољих могућих извора којим се продире у шему прања новца.

2. Прикривени истражитељ

Прекривени истражитељи се много користе у истрагама које се односе на прање новца и дају запањујуће резултате. Неки од највећих случајева прања новца у Америци и одузимања тог новца су били решени управо активнишћу прикривеног истражитеља. Прикривени истражитељ је најчешће и најбољи сведок у случајевима прања новца који може да пружи директно сведочење, не само о криминалним активностима него и о начину пласирања новца који потиче из криминалних активности као и о основним принципима прања новца.[15]

3. Прикупљање обавештења (информативни разговор)

Прикупљање обавештења од грађана је изузетно важно у свакој криминалистичкој истрази и исто тако важно и у случају прања новца. Многи грађани су вољни да пруже одређене податке који се односе на случај прања новца, и то од оних који су интимно повезани са осумњиченим до пословних људи који спроводе финансијске трансакције. Подаци до којих се долази информативним разговором се крећу од оних који се односе на специфичне незаконите активности до оних који се односе на елементе финансијске трансакције прања новца. У појединим случајевима лица са којима се обавља информативни разговор могу имати сазнања и о једним и о дугим активностима.

[14] О овоме више видети: J.Madinger – S.A.Zalopany, *Money Laundering – A Guide for Criminal Investigators*, New York 1999, 126.

[15] J.Madinger – S.A.Zalopany, op.cit., 378.

4. Оптужена лица која сарађују са надлежним органима (кооперативни сведоци)

Кооперативни сведоци су више него вољни да пруже релевантне информације. Ови сведоци не пружају само чињенице, него дају и своја мишљења и тим чињеницама. Понекад, ои сведоци траже нешто у *замену* за пружање одређених информација из било ког разлога. Кооперативни сведоци треба да буду добро процењени од стране надлежних органа Ови сведоци нису увек подобни за сведочење не главном претресу због својих предрасуда и недостатка објективности.[16]

5. Информације које се прикупљају из иностранства

За истражитеља је веома важно да зна где може пронаћи финансијске информације. То је нарочито важно у самој почетној фази откривања и доказивања кривичног дела прања новца, и у тој фази је неопходно прикупити што више информација је могуће. Многе информације могу се прикупити из различитих јавних извора којима се може утврдити могуће лице или случај. Неке информације је веома лако прикупити тако што их службено лице само тражи, док друге информације захтевају судску наредбу. У финансијским истрагама што више информација се сакупи то боље. Што се тиче прикупљања информација из друге државе веома је важно да постоји неформално лице за везу (контакт). Неопходна је опрезност приликом откривања информација страним лицима за контакт, али се овакве неформалне везе користе широм света и развијају се нарочито кроз активности Интерпола. Министарство правде и Министарство унутрашњих послова су такође извори информација, нарочито у вези са оним информацијама које могу бити доступне уговором или договором са вастима друге земље. Легалан захтев за овакве информације обично иде преко Министарства унутрашњих послова.

Посао истражитеља није да зна све него да буде способан да пронађе информације онда када су оне неопходне. Међутим, знати све изворе информација данас је све теже због тога што се број извора информација рапидно повећава. Многи извори информација су отворени за јавност и садрже личне податке, адресе, бројеве телефона, па чак и финансијске податке које већина људи жели да задржи као тајну. Комерцијалне базе података поседују информације које се могу такође пронаћи на Интернету.

[16] G.A.Manning, C.F.E., E.A., *Financial Investigation and Forensic Accounting*, New York 2000, 321.

Пословни компјутерски системи такође садрже финансијске, кредитне па чак и здравствене информације о појединим лицима. Иако бројни законски прописи омогућавају строго рестриктиван приступ одређеним базама података (као што су: закони о банкарским тајнама) то не значи да надлежни органи не могу до њих доћи.

Као основни извори информација које могу пружити релевантне податке о различитим случајевима прања новца су: ***банкарске базе података*** (банкарски подаци нису јавни подаци ни у једној земљи, а у појединим земљама давање банкарских информација је забрањено законом и то било ком државном органу); ***базе података безбедносних служби***, ***пословни подаци***, ***државне базе података*** и ***информациони системи***, ***владине агенције***, ***комерцијалне базе података*** (у појединим земљама комерцијални регистри обухватају податке који се односе само на име и адресу компаније, а у другим земљама ове базе података обухватају и податке о имовини корпорација, кретању њихових власника и акционара у њиховом пословању, лиценцама за обављање професионалних делатности и регистрацији моторних возила); ***базе података о кредитима***, ***компанијске базе података*** (компанијске базе података имају различито значење у појединим земљама, у појединим земљама у ове базе података су унети сви могући подаци о компанијама, док у другим земљама то није случај већ се тамо уносе само селектоване финансијске информације као што су нпр. инвентар, продаја, профит итд.); ***пореске базе података*** (обично нису доступне осим ако међународним уговором није другачије утврђено).

Сви извори информација могу се класификовати у четири групе. У *прву групу* спадају оне базе података где је дозвољен увид јавности (ту спадају нпр. матичне књиге и земљишне књиге, базе података о пореским обвезницима). У *другу групу* спадају оне базе података у које је увид дозвољен само надлежним органима. У *трећу групу* спадају базе података из којих се информације могу добити само на основу судске наредбе и у *четврту групу* базе података спадају оне базе података у које постоји ограничен приступ јавности (ту на пример спадају базе података финансијских институција у које само одређена лица имају право увида).

В) Улога неполицијских органа у обезбеђењу доказа

У упоредном праву полицијским и тужилачким органима у обезбеђењу доказа у случајевима организованог криминала значајно помажу посебне службе и то нарочито на подручју финансијске истраге.

Један од праваца трансформације класичних истражних метода је да у откривању кривичних дела организованог криминала, и обезбеђењу до-

каза, осим полиције, морају учествовати и други, неполицијски субјекти. У складу са тим, неке од најразвијених држава попут САД-а и Велике Британије, развиле су читаву мрежу различитих неполицијских институција, државних, приватних, невладиних, са специфичним називима, улогом, надлежношћу и овлашћењима у области сузбијања и превенције организованог криминала. Неке од њих имају само саветодавни карактер, неке служе као места евидентирања и анализе разноврсних података и информација, које могу имати криминалистички или процесни значај, док поједине располажу и класичним полицијским овлашћењима.

Органи откривања и гоњења имају велику, првенствено стручну помоћ у сузбијању, али и спречавању организованог криминала од стране неполицијских органа, и то посебно у фази откривања кривичних дела, проналажења и анализе сумњиве пословне документације и њене селекције, дакле обезбеђења материјалних доказа. Можемо са сигурношћу тврдити да без ових и сличних субјеката, савремени облици организованог криминала, који су инфилтрирани у легалне финансијске токове, не би били ни откривани, а камоли процесуирани и доведени до кажњавања њихових извршилаца.

У овом дели рада ће бити приказани најзначајнији неполицијски органи који играју значајну улогу у обезбеђењу доказа у појединим земљама.

1. Сједињене Америчке Државе

1) Financial Crime Enforcment Network – FinCEN[17] (Мрежа са сузбијање финансијског криминала)

Мрежа за сузбијање финансијског криминала је специјализована агенција која је део Министарства финансија САД-а и бави се прикупљањем информација и других форми откривања кривичних дела као помоћ у истрагама. Користећи савремену технологију, специјалне облике анализа као и веома разноврсне изворе података, ова агенција помаже истражним органима да повежу различите елементе криминалне делатности, како би разјаснили и доказали конкретно кривично дело. Ова агенција има најшири приступ разноврсним базама података као што су:[18]

[17] http://www.fincen.gov
[18] www.treas.gov/fincen/follow1.html

– *Финансијске базе података*

Сарађујући са финансијским институцијама и регулаторним агенцијама, Мрежа за сузбијање финансијског криминала, користећи важеће законске прописе из области прања новца, има овлашћење да захтева од свих финансијских институција да подносе и чувају извштаје о свим значајним трансакцијама. Финансијске базе података се састоје од оваквих извештаја који се обавезно евидентирају по одредбама Закона о банкарској тајни (Bank Secrecy Act). У овим евиденцијама су садржани подаци о већим новчаним трансакцијама, сумњивим финансијским активностима, међународним кретањима готовог новца и страним банкарским рачунима. Ове информације су од непроцењиве важности у финансијским истрагама, јер се налазе на једном месту и моментално су доступне. Укрштањем таквих података, отвара се могућност праћења таквог новца од његовог извора до крајњег корисника.

– *Комерцијалне базе података*

У овим базама података су похрањене информације о државним и локалним корпорацијама, њиховој имовини, кретању њихових власника и акционара у пословању, лиценцама за обављање професионалних делатности и регистрацији моторних возила.

– *Базе података криминалистичке службе*

Мрежа за сузбијање финансијског криминала има омогућен приступ базама података криминалистичких служби, на основу писменог споразума са сваком од њих, из Бироа Министарства финансија, Министарства одбране, Поштанске инспекцијске службе и Администрације за сузбијање злоупотребе дрога. Ове базе података садрже информације о истрагама у току и истрагама које су окончане, а нарочито су значајне оне које су прикупљене оперативним методама, од информатора, предизимањем мера специјалног електронског и другог надзора и сл.

Мрежа за сузбијање финансијског криминала користи услуге аналитичара и агената приближно око 20 најзначајнијих агенција које се баве различитим аспектима финансијских истрага. Ова лица имају директан приступ поменутим базама података, што представља изузетан значај у поступку истраге и обезбеђења доказа. Они су тачка контакта између агенција које воде истрагу и релевантних података који могу послужити као доказ у таквим истрагама.

Ова институција, користећи своје изворе информација, развија специфичне видове помоћи у финансијским истрагама на федералном, нивоу савезних држава и локалном нивоу, са циљем да обезбеди што погоднија средства криминалистичким службама у праћењу трагова новчаних трансакција. Подршка у конкретним истрагама се врши преко специфичног програма (Platform Access Program).[19]

Сваке године се сарађује са преко 150 различитих агенција, и одговори, у просеку на 6800 захтева за релевантним информацијама за финансијске истраге. У одговору на те захтеве, обавештајни аналитичари Мреже за сузбијање финансијског криминала користе савремену технологију и бројне изворе информација и база података, да би довели у везу различите аспекте неког случаја и тиме учинили вреднијим чињенице које су већ познате органима гоњења, тј. да би им фактички дали снагу доказа.

Ова институција, иако нема ни једно од класичних полицијских, принудних овлашћења, има изузетно значајну улогу у откривању и доказивању разноврсних облика привредног криминалитета као најзначајнијег облика организованог криминалитета. Она то чини евидентирањем, анализом, разврставањем и чињењем доступним свим заинтересованим истражним агенцијама, најразноврснијих података о привредном пословању, али и пружањем техничке и административне помоћи у конкретним случајевима.

2) Office of Controller of the Currency – OCC (Уред контролора (ревизора) за новчани оптицај)[20]

Канцеларија ревизора за новчани оптицај је део Министарства финансија САД-а и располаже разноврсним регулаторним и контролним овлашћењима.

[19] Platform Acess Program (www.treas.gov/fincen/regulations.html) је установљен 1994. године. Суштина овог програма је у омогућавању другима да непосредно користе ресурсе Мреже за сузбијање финансијског криминала у вршењу своје делатности. Овим програмом Мрежа за сузбијање финансијског криминала нуди обуку, просторије, приступ базама података за особље других федералних агенција ради проучавања случајева који су под надлежношћу тих агенција. Ово особље је на платном списку својих агенција, а у Мрежу за сузбијање организованог криминала долазе да раде ван радног времена и то на случајевима који су у њиховој надлежности. Ова лица познају потребе агенција у којима су запослени и могу их остварити директним приступом одговарајућим базама података. Око 20% случајева на којима је радила ова институција, реализовано је посредством поменутог програма. Сличну помоћ ова агенција пружа криминалистичким службама на нивоу савезних држава и на локалном нивоу преко програма ***Gataway***.

[20] www.occ.treas.gov

Надлежности и овлашћења у области контроле она може спроводити у односу на домаће банке, федералне огранке и представништва иностраних банака, као и филијале банака и њихове директоре, остале руководиоце, запослене, акционаре и агенте у погледу кршења закона, регулаторних правила, несигурних и непоузданих пласмана, писмених наредби и фидуцијарних (повереничких) дужности.[21]

У оквиру надзорне функције, Канцеларија има овлашћења да изврши увид у документацију банака и испитивање директора, осталих руководилаца и запослених о начину реализације конкретних банкарских операција. Документација, која може послужити као доказ у поступку, а прати трансакције, чија је контрола у надлежности Канцеларије, може се одузети и доставити органу надлежном за кривично гоњење. После сваке контроле се саставља писмени извештај у коме се наводе сви елементи предузетих радњи и утврђеног чињеничног стања, који такође може бити од значаја у доказивању конкретног криминалног догађаја.

Послови контроле се по правилу обављају самоиницијативно, али по истом поступку који ће се обавити и на захтев полиције или тужилаштва.

Канцеларија има систематизоване податке о страним банкама и њиховим представништвима, као и о представништвима америчких банака у свету о хартијама од вредности за све регистроване банке.

Ова агенција, у оквиру своје редовне надлежности, располаже овлашћењима за предузимање одређених мера и радњи којима се могу утврдити чињенице које имају криминалистичку вредност, јер нису предузете у процесној форми, али суштински представљају материјалне доказе.

3) Federal Deposit Insurance Corporation – FDIC (Савезна корпорација за осигурање депозита)[22]

Савезна корпорација за осигурање депозита гарантује за штедне улоге депонената, текуће и друге рачуне у свакој комерцијалној или другој банци која је чланица Одбора гувернера за систем савезних резерви и које по закону, морају имати осигурање депозита у висини од 100000 америчких долара. Филијале иностраних банака нису у овој области. Надзорне функције ове корпорације се тичу контроле солвентности и ликвидности банака, при чему се врши увид у основне аспекте пословања као што су: стање капитала, имовине, прихода, поштовање законских и регулаторних прописа, пословна политика и сл.

[21] www.occ.treas.gov/enforce/enf_search.htm
[22] www.fdic.gov

Овлашћено лице Корпорације може на лицу места вршити контролу која се тиче сигурности банкарских операција, њихове сагласности са прописима Министарства финансија у погледу извештавања о новчаним трансакцијама, заштите клијената и њихових права сходно цивилном законодавству, банкарских захтева за остваривање права из осигурања депозита, захтева за припајање или раздвајање банака.

О извршеној котроли се саставља писмени извештај. Осим редовне контроле, на иницијативу федералне полиције, врши се и ванредна контрола или се индиције о криминалној делатности проверавају приликом прве редовне контроле. Пракса је да, током криминалистичке обраде одговарајућих кривичних дела из ове области, полиција ангажује овлашћена лица Корпорације, ради пружања стручне помоћи у разјашњавању одређених чињеница.

2. Велика Британија

1) Serious Fraud Office-SFO (Уред за велике преваре)

Уред за велике преваре[23] је независна владина агенција која се бави откривањем и гоњењем комплексних превара и самим тим представља део кривичног правног система Велике Британије. Основан је 1987. године, на основу извештаја лорда Roskilla о суђењима за велике преваре у Великој Британији у току 1986. године, и његове иницијативе да се током истрага у оваквим случајевима ангажују посебни, специјализовани, мултидисциплинарни тимови.

На челу Уреда се налази директор који је постављен од стране државног тужиоца и коме је одговоран. Државни тужилац је постављен од стране Премијера и одговоран је пред Парламентом за рад Уреда за велике преваре.

У свом саставу Уред има четири оперативна одељења, на чијем челу су помоћници директора, а у чији састав улазе мултидисциплинарни тимови правника, књиговођа, стручњака за финансијске истраге и помоћно особље. Надлежност појединих одељења одређена је територијално, што значи да свако од одељења покрива преваре на одређеној територији, под јурисдикцијом Уреда. Међутим, пошто је велики број случајева везан за Лондон, они се деле између одељења.[24]

[23] www.sfo.gov.uk/about/about.asp
[24] www.sfo.gov.uk/about/structure.asp

Шеф рачуноводства је један од помоћника директора, и он је главни рачуновођа у појединим случајевима. У случају потребе, за рачуноводствене експертизе се ангажују и стручњаци ван Уреда. Одсек за рачунарску експертизу је одговоран за заплену, обраду и анализу свих електронских података који представљају доказ. Овај одсек је укључен у UK Internet Crime Forum,[25] G8 High-Tech Working Group[26] и UK Forensic Computing Group.[27]

Уред у свом саставу има одсек за пружање међународне правне помоћи у случајевима када се превара догодила ван, а докази се налазе у Енглеској, Велсу или Северној Ирској.

Највећи број случајева које је Уред обрадио, резултат су претходне анализе од стране разноврних полицијских јединица којима су они прво пријављени,[28] а пријава је затим прослеђена Уреду. Пријаве су такође подношене од стране Министарства за индустрију и трговину (Department of Trade and Industry), Централне банке Енглеске, Лондонске берзе, Службе за царине и порезе и других државних органа и регулаторних агенција. У случају постојања основане сумње да је извршена озбиљна и комплексна превара, истрага може отпочети и без претходне пријаве.

Свака пријава подлеже детаљној процени и анализи, пре него што буде евентуално прихваћена од стране Уреда. За то се формира посебан тим који доноси одлуку, а случајеви прихваћени од стране стручног тима, захтевају коначно добрење Директора уреда.[29] Случајеви који нису прихваћени се враћају у надлежност полицијским јединицама, органима и агенцијама. Сваке године Уред прихвати 20-30 случајева на којима ради.

Основни критеријум за прихватање истраге од стране Уреда је да се ради о превари која је озбиљна или комплексна, а под тим се подразумевају случајеви када:

- вредност преваре прелази милион фунти;
- превара има значајну међународну димензију;
- постоји вероватноћа да може доћи до узнемирења јавности;
- постоји потреба да се у истрази примене високо специјализована знања и струке;
- постоји потреба да се примене овлашћења која овај Уред има по Глави II Criminal Justice Act-a.[30]

[25] http://wwwinternetcrimeforumorg.uk

[26] http://www.privacyinternational.org/article.shtml?cmd%05b347%5d=x-347-61861

[27] http://www.e-evidence.info/forums.html

[28] www.sfo.gov.uk/cases/case_referrals.asp

[29] www.sfo.gov.uk/cases/assessing.asp

[30] Section 2. Criminal Justice Act-a овлашћује Директора Уреда за велике преваре да захтева од лица да одговоре на питања, дају информације и учине доступним докумен-

Када се случај прихвати, формира се стручни тим на чијем челу се налази искусни правник који је контролор случаја и одговоран је за све аспекте истраге, гоњења и оптужења, као и за нове случајеве који из тога проистекну.[31]

С обзиром да је превара кривично дело и да полиција има специјалисте који се баве сузбијањем ове врсте криминала, они постају чланови стручног тима, и заједно са осталима равноправно учествују у истрази. На тај начин се постиже комбиновање полицијског искуства и познавања локалних прилика са правничким и финансијским квалификацијама осталих чланова тима. Оваквом сарадњом се нс дира у независност полиције, њену одговорност и командну структуру. Овлашћења која Уреду припадају по Глави II Criminal Justice Act-a, не могу бити употребљена од стране полицијских службеника.

Разјашњење комплексних и великих превара подразумева увид у изузетно велики број докумената који се налазе на различитим местима, који на први поглед, међусобно немају везе и често су доступни само у фрагментима. Тим документима су потребне различите врсте експертиза, односно преглед од стране полицијских службеника, правника, књиговођа,

тацију која је потребна за истрагу. У тим случајевима се саставља писмени позив, а у хитним случајевима, као и у случајевима одбијања позива, може се издати и наредба (www.sfo.gov.uk/cases/section2.asp). Из праксе Уреда се види да се већина оваквих позива и наредби упућује банкама и другим финансијским институцијама, књиговођама, адвокатима и другим професионалцима, који у оквиру својих редовних послова, долазе у посед релевантних информација и документације. У највећем броју случајева ове институције и лица имају дужност да чувају поверљиве информације о својим клијентима па, иако су спремни на сарадњу, позивајући се на поменуту обавезу, покушавају да одбију позив Уреда. Међутим, потребно је разликовати поверљиве од других релевантних информација и докумената, што омогућава Уреду да ове друге, на основу законског овлашћења, тражи и добије. Адвокат не мора да саопшти поверљиву информацију или садржину приватног документа о свом клијенту, али мора да достави пословну документацију коју поседује. Такође, увек мора да саопшти име и адресу свог клијента. Уколико постоји оправдана бојазан да ће, после позива или наредбе, лице уништити, сакрити или изнети ван земље тражену документацију, Уред може затражити судску наредбу за претресање стана или пословних просторија тог лица. При томе, суд мора бити уверен да су размотрена сва друга средства којима би се ова документација могла прибавити, а нарочито позив и наредба од стране Уреда. Наредба о претресању се не односи на одузимање оних докумената, који се на основу прописа сматрају привилегованим, односно оних који су поверљиве и интимне природе. Одбијање давања одговора и обезбеђења давања информација и документације је могуће уколико постоје разумна оправдања за то. У осталим случајевима, то представља кривично дело за које се може изрећи казна затвора до две године. Уред не може замрзнути банковни рачун или рачун који се води код друге финансијске организације. За то је овлашћено Министарство унутрашњих послова.

[31] www.sfo.gov.uk/cases/case_team.asp

банкарских стручњака, берзанских брокера, компјутерских стручњака и других, са циљем да се утврди да ли постоји кривично дело и, ако постоји, да се та сложена документација систематизује у једну кохерентну целину ради презентације суду, у виду материјалних доказа.

Током истраге, састанци стручног тима се одржавају у једнаким временским интервалима и на њима се обезбеђује постизање сагласности око основних праваца деловања, и већ у раној фази, поред свих специјалиста, у њима учествује независни саветник за подизање оптужбе.[32]

Разјашњавање и доказивање, па самим тим и судски поступци поводом случајева превара су знатно дуготрајнији и то из више разлога:

- трансакције које су предмет испитивања су веома комплексне, трају дуже време и генеришу знатну количину документације;
- обично је обухваћен већи број лица, а самим ти и већи број бранилаца;
- постоји већи број сведока (од којих велики број њих морају да дођу из иностранства);
- потребно је обезбедити судију који је квалификован и има искуства у сличним процесима, што није увек једноставно.

Уред практикује да унапред обавести суд о постојећем поступку, али и о потреби да се у судници обезбеди одговарајућа опрема.[33]

Уред посебну бригу води о сведоцима и обезбеђује високе стандарде за њихово учешће у истрази и током даљег поступка. На почетку сваки сведок добија могућност да са секретаром стручног тима, који је задужен за конкретни случај, контактира и изнесе своје захтеве и потребе. Тако се сведоцима који су давно сведочили, омогућава да „освеже своју меморију" стављањем на увид копије записника. У случају да се сведок осећа несигурним због сусрета са осумњиченим или оптуженим, односно њиховим саучесницима и сродницима, о томе може обавестити секретара стручног тима.

Уред је израдио Водич за сведоке[34] који садржи обавештења и инструкције о судској процедури, начине на које треба да се понаша у судници и ван ње, начине на који ће бити испитивани од стране судије и бранилаца, као и остале детаље поступка.

[32] www.sfo.gov.uk/cases/investigations.asp

[33] Забележени су случајеви да сведок ван Велике Британије достави доказе путем сателитске везе на екран у судници (www.sfo.gov.uk/cases/trials.asp).

[34] www.sfo.gov.uk/cases/witness_guide.asp

Око 65% случајева које је Уред обрадио има међународни елемент. Због тога је Уред развио међународну сарадњу са органима откривања и гоњења других држава у оним случајевима када је потребно обезбедити доказе, и то првенствено материјалне који се налазе на територији под његовом надлежношћу. У том смислу је израђено детаљно упутство по коме Уред поступа када поставља захтев за међународно-правну помоћ.[35]

Поред информација и доказа које Уред може прибавити на основу овлашћења из Главе II Criminal Justice Act-a, инистраним органима ће се доставити на њихов захтев и јавно доступне информације (нпр. о банкама, компанијама и сл.), као и изјаве лица која су испитана без примене принудних овлашћења уз своју сагласност.

Делатност уреда има мултидисциплинарни карактер. Окупљањем стручњака различитих профила, покушавају се анализирати сви аспекти компликованих пословних трансакција, које обухватају најопснији облици пословних превара. Међутим, Уред поред уско специјализованое делатности, располаже и значајним принудним овлашћењима која му дају обележја органа откривања и гоњења. Осим полиције, класична полицијска овлашћења су дата и другом субјекту, што је једно од могућих решења у сузбијању привредног криминалитета, који прераста у одговарајуће форме организованог криминалитета. Овакво решење се показало у пракси као веома успешно.

3. Немачка

У ситуацији када се у предкривичном поступку против истог лица предузимају мере и радње које су у надлежности неколико служби, задатак тужиоца је да што пре обезбеди координацију, а да би спречио дуплирање и понављање предузетих радњи и мера. Уколико је извршилац кривичног дела у привреди радио противно прописима Кривичног законика Немачке и истовремено извршио порески прекршај, онда поступак спада у надлежност полиције и службе за испитивање постојања услова за кривично гоњење због пореског прекршаја. Исто важи и у случајевима бесправног запошљавања радника, где у акцију прво ступају контролне службе главних царинарница, а у даљој истрази углавном учествују следеће службе и институције: општински и окружни органи управе, завод за странце, заводи за пензионо осигурање, касе здравственог осигурања, уд-

[35] www.sfo.gov.uk/international/international.asp

ружења послодаваца, службе за инспекцију рада, а нарочито заводи за запошљавање, финансијска управа и полиција.[36]

У оваквим случајевима у Немачкој пракси појединачни органи одмах размењују расположиве информације, и договарају се о расподели задатака у даљој истрази. Међутим, у овакве разговоре у обимнијој мери треба укључити само оне службе и институције, за које се предпоставља да ће стечена сазнања у прво време задржати за себе и да их неће искористити у сопствену корист.

Према Немачком Закону о трговини, у трговачком регистру се евидентирају одређени обавезни подаци.[37] Регистарски лист садржи следеће податке: назив фирме, сврху пословања, седиште фирме, име директора, чланова управе или лично одговорног ортака и права заступања. Акта надлежне окружне управе о пријави, промени седишта или одјави лица које обавља самосталну професионалну (индустријску или трговачку) делатност, такође могу пружити информације о историјату фирме и лицима одговорним за ту фирму.

Централни регистар самосталних професионалних (индустријских и трговачких) делатности се води код Генералног савезног државног тужиоца при Врховном савезном суду за грађанско-правне спорове у Берлину. Ту се евидентирају извршиве и неоспорне одлуке неког управног органа, а које се односе на неприхватање или неподобност лица за обављање самосталне професионалне делатности. Од посебног су значаја забрана обављања самосталне професионалне делатности, као и одбијање давања одобрења.У регистар су исто тако уписана сва економски релевантна решења о новчаним казнама због кршења прописа, под условом да казна достиже одређен новчани износ. Овде се могу добити информације о дотадашњем опхођењу окривљеног у односу на пословно законодавство, а које можда нису садржане у полицијској документацији.

Приликом доказивања чињеница платежне неспособности одређеног предузетника или фирме, незамењива је анализа аката надлежног судског извршитеља. У случају промене седишта фирме треба прибавити и акта претходног надлежног судског извршитеља. И промена седишта унутар истог места може проузроковати промену надлежног судског извршитеља за конкретну фирму. Анализа, тј. обрада аката се врши на основу имена повериоца, датума, износа и резултата извршења. Оваква анализа се врши путем електронске обраде података. На основу утврђених података о повериоцима, као и података о обавезама добављача, може се стећи прави увид у обим обавеза.

[36] T. Janovsky, Ermittlungen in Wirtschaftsstrafsachen-Teil 1, Kriminalistik 4/98, 270.
[37] T. Janovsky, наведено дело, 271.

Овај кратак осврт на извесна Немачка искуства указује на чињеницу да се у процесу утврђивања релевантних чињеница, а посебно обезбеђења доказа, фактички разјашњавају разноврсни аспекти пословања одређеног привредног субјекта, од његовог оснивања до стечајног поступка у појединим случајевима. Такође, очигледно је да је надлежност за поједине аспекте привредног пословања подељена између бројних административних и судских органа, као и појединих привредних институција.

Дакле, релевантне информације се не могу утврдити на једном месту. У Немачкој је полиција основни носилац откривања и доказивања кривичних дела привредног криминалитета, па се други субјекти у тај процес укључују спорадично, и само на иницијативу полиције или тужилаштва.

Г) Међудржавна сарадња у борби против прања новца

Међународна покретљивост и повезаност припадника криминалних организација разних земаља и њихова прекогранична криминална активност указује на неопходност успостављања оперативне и ефикасне сарадње полиције и органа кривичног гоњења разних земаља, као и смањење формалности на најмању могућу меру. Надлежни органи за борбу против прања новца у свакој држави у циљу оптималног обављања својих задатака финансијско – обавештајног рада, морају сарађивати са таквим органима из иностртанства по принципу реципроцитета, и то спонтано и на захтев. И размена података са иностранством треба да буде законом омогућена. Такође је неопходно развити добру билатералну сарадњу са бројним управама протзив праља новца у другим зермљама и таква сарадња треба да резултира и подношењем кривичних пријава за кривично дело прања новца како код нас, тако и у другим земљама. У вези са међународном сарадњом неопходно је истаћи значај 40 препорука које би земље требало следити а које је донела Група финансијске акције.[38]

Најефикасније операционалне мере могу бити оне које су усвојене и које дозвољавају размену информација и могућих акција које прелазе националне границе. Међународни уговори нуде механизме за успешне договоре на том пољу сарадње.

[38] Најснажније индустријске земље су се договориле да треба предузети драстичне мере ради спречавања прања новца стеченог криминалним радњама и то не само на националном, него и на међународном нивоу. У том циљу Група седморице је формирала Групу финансиске акције са претдставницима земаља чланица која има задатак да прати, проучава и доноси пепоруке како се борити против прања новца.

У овом контексту једна од притужби појединих земаља је та да они своје задатке извршавају са великом ревношћу и брзином, али да не добијају исти одговор од осталих земља када траже њихову помоћ. Због тога је неопходно истаћи да је примерено понашање у испуњењу међународних обавеза најбољи начин за развој међудржавне сарадње.

Осим међународних уговора други приступ у сарадњи између држава било је формирање FATF-a (Financial Action Task Force on Money Laundering) и регионалних група које се боре против прања новца. Карактеристика која се може уочити у раду ових група је формирање стандарда који се примењују у борби против прања новца и механизама установљених у циљу контроле (надзора) над имплементацијом ових стандарда. Овај механизам је потврдио да има велики број предности, његов пример је праћен и у другим областима као што је GROUP of States against Corruption (GRECO) Савета Европе.

У вези са овим механизмом оформљеним од стране FATF-a и регионалних група против прања новца, неопходо је нагласити важност добровољног чланства. Ове група такође имају својство асоцијације и израђује пројекте који би требало да буду део глобалне или интегралне визије система борбе против прања новца.

На оперативном нивоу могућност Интерпола и повећања размена информација кроз Financial Information Units (FIU) представљају охрабрујућу перспективу. У прекограничној сарадњи од изузетног значаја је интензивна сарадња на пољу информација где је неопходо поверење и узајамна правна помоћ.

Неопходност сарадње земаљу југоисточне Европе на пољу супротстављања прању новца се првенствено огледа кроз аспекте: ране детекције, сузбијања и превенције прања новца у банкама и у систему платног промета. Први значајан корак у заједничкој сарадњи земаља југоисточне Европе био је састанак министара финансија одржан у Београду 26. марта 2002. године. Том приликом је постигнут договор о формирању три заједничка тела: за сузбијање шверца, прања новца и финансијског криминала. Један од примера сарадње је свакако и састанак одржан 9. априла 2003. године у Београду: Шести самит шефова држава и влада процеса сарадње у југоисточној Европи. На крају овог самита усвојена је заједничка Декларација у којој је наведено да је циљ свих земаља региона да постану чланице Европске Уније. Лидери региона су се заложочо за континуирану сарадњу, нарочито на пољу борбе против тероризма и организованог криминала.

Неопходно је истаћи да на међународном плану котирање земаља југоисточне Европе у вези сарадње са другим међународним факторима на

плану сузбијања прања новца се очитава у показатељу да се нико од чланица региона не налази на листи Финансијске акционе групе за сузбијање прања новца некооперативних држава и територија.

Резиме

Опасност организованог криминала за правни поредак не произлази само из криминалних радњи, већ из могућности да се посредством прања новца и корупције утиче на одлуке у привреди и политици. Због тога је борба против прања новца изузетно важан аспект борбе против организованог криминала и у Србији је ова борба почела доношењем Закона о спречавању прања новца из 2001. године. У раду је дат приказ позитивноправног решења у Србији који се односи на борбу против прања новца. С обзиром да борба против прања новца има првенствено превентивни карактер у раду су детаљно обрађени посебни органи и њихова надлежност на пољу превенције. Такође, аутор се у раду бави и репресивним мерама, улогом информатора, прикривених иследника и кооперативних сведока у прибављању релевантних информација. Посебна пажња посвећена је финансијској истрази и улози неполицијских органа у прибављању доказа у случајевима кривичног дела прања новца (примери оваквих посебних служби постоје у САД-у, Енглеској и Немачкој). Такође, аутор је обрадио и питање међудржавне сарадње, нарочито у области размене информација.

Tatjana Lukić, Ph.D. Assistant
Novi Sad School of Law

Money Loudering (Preventive Measures, Represive Measures and International Cooperation)

Abstract

The organized crime is dangerous for legal system not only because of its criminal activity, but also because of its influence on making decisions in economy and political field due to money loundering and cooruption. Because of that, combat against money loundering is very important aspect in combat against organized crime and in Serbia it begun in 2001 with new Code against money loundering.

In this article the author deals with preventive measures in combat against money loundering – special services and its jurisdiction. Also, the author deals with represive measures, with special accent on financial investigation and the role of informants, undercover investigators and cooperative witnesses in collecting evidence, as well as the role of special services in collecting relevant financial informations.

International cooperation is considered to be one of the main factors in effective combat against money loundering. The need of international cooperation in many different ways is evident so, police cooperation, the role of Interpol and Europol in this cooperation is extra elaborated, as well as exchanging relevant informations.

347.78(497.11)

Мр Сања Радовановић, асистент
Правног факултета у Новом Саду

АУТОРСКО ПРАВО СРБИЈЕ У ЕВРОПСКОЈ ПЕРСПЕКТИВИ

Сажетак: *Један од приоритетних политичких циљева Србије је придруживање Европској Унији. Како се, у том погледу, пред нашег законодавца поставља услов да важећи прописи буду усклађени са комунитарним правом, нормативна активност је значајно појачана. С тим у вези донети су нови закони у области интелектуалне својине којима се у великој мери удовољило захтевима из релевантних аката Европске Уније, али и других међународних конвенција. Најзначајнији међу њима је свакако Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине, чије потврђивање представља обавезу за све чланице, или државе које претендују да то постану, Светске трговинске организације. Имајући у виду приоритетни значај ове области у хармонизацији, у раду су анализиране одредбе новог Закона о ауторском праву и сродним правима у компарацији са релевантним наднационалним прописима.*

Кључне речи: *ауторско дело, аутор, рачунарски програм, ограничења ауторског права, сродна права, ауторски уговор, трајање права, заштита ауторског права, заштита сродних права*

УВОД

С обзиром на природу објекта заштите, већ од самог настанка ауторског права наглашена је потреба уједначавања прописа у погледу права аутора. С тим циљем донесена је још 1886. године Бернска Конвенција за заштиту књижевних и уметничких дела. Иако је прва Југославија Конвенцију ратификовала тек 1930, први закон у овој области донет је 1929. године[1] и у великој мери је био усаглашен са њеним одредбама. Штавише, у своје време је сматран једним од најмодернијих закона о заштити интелектуалног стваралаштва.[2]

Међутим, окончањем Другог светског рата и социјалистичке револуције, прекинут је континуитет са предратном државом, а тиме и чланство у Бернској унији. Правни поредак нове Југославије успостављен је на револуционарним принципима, чиме се и у погледу заштите права аутора значајно одступило од Бернске конвенције. Процес поновног усаглашавања започео је обнављањем чланства 1951. године, али је он, с обзиром на социјалистичко опредељење друштва и радничко самоуправљање, био селективан[3].

Распадом СФРЈ деведесетих година прошлог века, Србија настоји да оживи тржишни концепт привређивања, што се рефлектује и на интелектуалноправно законодавство. При том, позиција законодавца је значајно отежана услед промена глобалног карактера. Наиме, овај период обележен је изузетном експанзијом интелектуалног стваралаштва и почетком једне нове, дигиталне, ере у еволуцији људског друштва. С једне стране, традиционални продукти људског духа добијају нове форме материјализације у виду дигиталних носача звука и слике, а с друге стране, јављају се нова ауторска дела попут све савршенијих рачунарских програма и мултимедијалних дела. Уз то, комуникациона технологија је избрисала националне границе и учинила доступним ауторска дела широј јавности.

У таквом окружењу проблем заштите аутора добија приоритетни значај, не само за појединачне друштвене заједнице већ и за глобални светски поредак. Стога је нормативна активност на међународном нивоу резултирала бројним актима којима је превасходни циљ ефикаснија заш-

[1] Закон о заштити ауторског права из 1929. године

[2] Нацрт овог закона био је једна од главних тачака на Конгресу Међународног књижевног и уметничког удружења одржаном у Београду 1928. године. В: В. Спаић; *Теорија ауторског права и ауторско право у СФРЈ*; Академија наука и умјетности БиХ; Дјела; књига XXXV; Одељење друштвених наука; Сарајево, 1969; стр. 28

[3] В: В. Спаић; *op.cit*. стр. 29-37

тита аутора, али и сузбијање све распрострањенијих и разноврснијих облика пиратерије и других видова повреде ауторског права.

Имајући у виду тежњу Србије ка чланству у Европској Унији, пред нашег законодавца постављен је захтев за уједначавањем прописа са комунитарним и међународним правом[4]. С тим у вези, 2004. донет је нови Закон о ауторском праву и сродним правима, којем су као основ послужиле релевантне директиве Европске Уније, а нарочито међународне конвенције ратификоване 2002. године[5] и Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине.

С обзиром на значај извршених измена, у раду ће бити речи о актуелном Закону о ауторском праву и сродним правима у компарацији са одредбама европских и међународних конвенција које су послужиле као узор, док се редакцијске промене занемарују.

Ауторска дела и права аутора

Доношењем Директиве Савета Европске заједнице о правној заштити рачунарских програма из 1991. године рачунарски програми су уврштени у ауторска дела у смислу Бернске Конвенције за заштиту књижевних и уметничких дела.[6] Иако је и Закон о ауторском праву и сродним правима из 1998. године третирао рачунарске програме као објекте ауторскоправне заштите, највише измена у новом Закону односе се управо на питања заштите рачунарских програма. Поједине од тих новина су редакцијске природе, а поједине суштинске. У чл. 2. ст. 2. рачунарски програми су, у складу са Директивом, Споразумом о трговинским аспектима права интелектуалне својине и Уговором о ауторском праву, уврштени у писана дела. Одредба којом се они третирају као засебна врста, брисана је.

За разлику од Закона из 1998. године, који је предвиђао да лица која остварују ауторско право на анонимним делима односно делима објављеним под псеудонимом односно издавач за издато дело или лице које је

[4] В: Д. Николић; *Хармонизација и унификација грађанског права – елементи за стратегију развоја правне регулативе*; Универзитет у Новом Саду; Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2004. године; стр. 77-137

[5] Конвенција о заштити произвођача фонограма од неовлашћеног умножавања њихових фонограма, Конвенција о заштити извођача, произвођача фонограма и установа за радиодифузију, WIPO Уговор о ауторском праву, WIPO Уговор о интерпретацијама и фонограмима. Сви у: Службени лист СРЈ – Међународни уговори, бр. 13/2002.

[6] Текст Конвенције види у: В. Тодоровић; *Међународни уговори – интелектуална и друга добра*; књига 7, том I; Службени гласник, Београд, 2000. године; стр. 53-85

дело објавило за објављено, али неиздато дело, у случају сумње морају да докажу да су своје право на издавање односно објављивање дела прибавили од аутора или ауторовог наследника, нови Закон терет доказивања, у складу са Бернском конвенцијом, пребацује на лице које тврди да издавач односно лице које је дело објавило није овлашћен.

У погледу права на умножавање дела Бернска конвенција, која је поставила темеље правне заштите ауторских дела, предвиђа да аутор има искључиво право да дозволи репродуковање дела, без обзира на који начин и у ком облику се оно врши.[7] Имајући у виду савремено дигитално технолошко окружење, Дипломатска конференција за закључење Уговора о ауторском праву[8] донела је усаглашену изјаву у вези са чл. 1. ст. 4. тог Уговора према којој се појам права умножавања (односно репродукције према Бернској конвенцији) тумачи тако да оно обухвата умножавање дела у телесном и бестелесном, тј. електронском облику. Идентичну одредбу садржи и Директива ЕУ 2001/29 о уједначавању појединих аспеката ауторског и сродних права у информатичком друштву[9] која је преузета у наш нови Закон о ауторском и сродним правима.[10] Увођењем ове одредбе постала је излишна подела на телесно и бестелесно искоришћавање дела.[11]

Надаље, у циљу усклађивања са међународним актима, а првенствено са актима Европске Уније, у новом Закону о ауторском и сродним правима установљена су и нека нова овлашћења, а стара су преформулисана.

Тако, према Директиви Савета Европе о закупу и послузи[12] аутор има искључиво право да дозволи или забрани давање на послугу примерака свог дела, али је националним законодавствима остављена могућност да уместо искључивог права пропишу само обавезу плаћања накнаде.[13] Наш Закон усваја средње решење, па право давања дела на послугу предвиђа као искључиво право када су у питању рачунарски програми[14], а за сва остала дела право на накнаду (изузев библиотечког материјала у јавним библиотекама, грађевина и примерака дела примењених уметности односно индустријског дизајна) које се остварује преко организација за

[7] Чл. 9. ст. 1. Бернске конвенције.

[8] Закон о потврђивању WIPO Уговора о ауторском праву; Сл. лист СРЈ – Међународни уговори; бр. 13/2002

[9] Official Journal of the European Communities; L 167; 22.06.2001.

[10] Чл. 20. ст.1 Закона о ауторском праву и сродним правима

[11] В: Нацрт Закона о ауторском праву и сродним правима, www.plac-yu.org, јун 2004.

[12] Чл. 2. Директиве 92/100 у Official Journal, L 346, од 27. 11. 1992.

[13] Чл. 5. Директиве 92/100

[14] Чл. 24. Закона о ауторском и сродним правима

колективно остваривање ауторског и сродних права.[15] Посебна регулатива овог овлашћења у погледу рачунарских програма није усамљен пример у упоредном праву. Наиме, полазећи од тога да се примерци рачунарског програма врло лако могу умножавати, и давање у закуп и давање на послугу могу представљати масовни извор неовлашћеног копирања и искоришћавања програма. Стога у европским државама преовлађује схватање да ауторима рачунарских програма треба признати искључиво право на давање у закуп односно послугу, како би на овај начин остварили што бољу контролу над искоришћавањем свог дела.[16]

У циљу потпуног усаглашавања нашег законодавства са релевантним међународним актима, актуелни Закон нормира два нова искључива овлашћења: право на јавно саопштавање, укључујући интерактивно чињење дела доступним јавности и право на прилагођавање, аранжирање и другу измену дела. У потоњем случају законодавац преузима текст Бернске конвенције[17], али суштински не установљава ново овлашћење будући да је оно обухваћено овлашћењем аутора на заштиту интегритета дела[18] које је постојало и у раније важећем Закону о ауторском праву и сродним правима.[19] Слично је и са правом аутора на јавно саопштавање, укључујући интерактивно чињење дела доступним јавности. Наиме, нова одредба садржински одговара већ постојећој у раније важећем Закону[20], али с обзиром на то да се она односи на комуникациони процес у оквиру глобалне рачунарске мреже, било је потребно, у складу са Уговором о ауторском праву[21] и Директивом о уједначавању појединих аспеката ауторског и сродних права у информатичком друштву[22], одвојити је од права на емитовање како се друге одредбе у вези са емитовањем не би протезале и на ову, тзв. Интернет одредбу.[23] Уз то, Интернет одредбом, за разлику од раније постојеће у вези са правом на емитовање, обухваћене су две врсте јавног саопштавања путем Интернета: електронском поштом и смештањем дела на сервер (web странице) одакле је оно доступно свима, у било које време и са било ког места.

У вези са правима аутора према власнику дела, нови Закон на другачији начин регулише право слеђења. Наиме, ако власник оригиналног при-

[15] Чл. 39. Закона о ауторском и сродним правима
[16] В: Нацрт Закона о ауторском праву и сродним правима и коментар уз чл. 23а
[17] Чл. 12. Бернске конвенције
[18] Чл. 17. Закона о ауторском праву и сродним правима
[19] Чл. 17. Закона о ауторском праву и сродним правима, Сл. лист СРЈ, бр. 24/98
[20] Чл. 27. ст. 6. Закона о ауторском праву и сродним правима из 1998. године
[21] Чл. 8. Уговора о ауторском праву
[22] Чл. 3. ст. 1. Директиве
[23] В: Нацрт Закона о ауторском праву и сродним правима и коментар уз чл. 27.

мерка дела ликовне уметности, или оригиналног рукописа књижевног, научног или музичког дела прода тај примерак односно рукопис другоме, аутор дела има право да о томе буде обавештен и да потражује накнаду у износу од 3% од продајне цене[24]. За разлику од Закона из 1998. године[25], нови законски текст је у потпуности усклађен са Директивом о праву слеђења према којој се ово право аутора реализује само уколико је продаја извршена посредством галерије, аукцијске куће и слично.[26] Купопродаје између физичких лица која иступају у личном својству изузете су из примене ове одредбе. Уз то, као новину законодавац предвиђа солидарну одговорност продавца односно бившег власника оригиналног примерка односно рукописа и галеристе односно организатора јавне продаје за обавезе из права слеђења.[27]

Ограничења ауторског права

У ауторском праву савременог друштва, с обзиром на значај који интелектуална добра имају, изражена је тенденција проширења права аутора. У том смислу, и одредбе о ограничењима ауторских и сродних права у појединим ситуацијама када се интересу аутора претпоставља интерес других друштвених група односно општи интерес трпе извесне рестрикције.

Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине садржи одредбу којом се државе чланице усмеравају на то да се приликом формулисања ограничења морају кретати у границама којима се не вређају легитимни интереси носилаца права.[28] На овом принципу засноване су и друге међународне конвенције и акти Европске Уније[29], а слична одредба нашла је место и у нашем новом Закону. Наиме, законодавац прописује да обим ограничења искључивих права, у сваком конкретном случају, не сме бити у супротности са нормалним искоришћавањем дела нити сме неразумно вређати легитимне интересе аутора.[30] Будући да је заједничка за

[24] Чл. 34. ст. 1. Закона о ауторском праву и сродним правима

[25] Чл. 31.-32. Закона о ауторском и сродним правима из 1998. године

[26] Чл. 2. Директиве 2001/84; у Official Journal of the European Communities, L 272 од 13.10.2001.

[27] Чл. 35. ст. 1. Закона о ауторском праву и сродним правима

[28] Чл. 13. Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине. Текст Споразума види у: В. Тодоровић; *Међународни уговори – интелектуална и друга добра*; књига 7, том I; Службени гласник, Београд, 2000. године; стр. 155-187

[29] Тако, нпр. чл. 9. ст. 2. Бернске конвенције, чл. 5. ст. 5. Директиве о појединим аспектима ауторских и сродних права у информатичком друштву, чл. 6. ст. 3. Директиве о правној заштити рачунарских програма

[30] Чл. 40. ст. 2. Закона о ауторском праву и сродним правима

сва ограничења, ова одредба има двоструки смисао: с једне стране, садржи принцип у прописивању ограничења, а с друге стране, представља упутство за тумачење одредби о ограничењима ауторских и сродних права.

У складу са тим, поједина ограничења која су постојала у раније важећем Закону су брисана, нека су, пак, рестриктивније формулисана, а уведена су и нова.

Тако, одредба према којој је било дозвољено, без дозволе аутора и без плаћања ауторске накнаде, извођење, представљање, преношење извођења или представљања, као и јавно саопштавање дела са носача звука или слике, за потребе наставе, као и на приредбама у образовним установама, установама верских заједница, установама за здравствену и социјалну заштиту, казнено-поправним установама, ако је дело објављено, ако се не користи ради добити организатора или трећег лица и ако публика има бесплатан приступ[31], није нашла место у новом Закону јер је са становишта међународног права прешироко постављена. Из истих разлога брисана је и одредба према којој је било дозвољено, без сагласности аутора, а уз обавезу плаћања ауторске накнаде, умножавање и стављање у промет објављених примерака дела или одломака из дела у виду збирке која садржи прилоге више аутора и која је, по својој садржини, систематизацији и назнаци на корицама, односно омоту, намењена настави.[32]

У погледу суспензије ауторских овлашћења у случају умножавања примерака ауторског дела за личне некомерцијалне потребе, законодавац прописује да се те радње не могу предузимати заобилажењем техничких мера заштите[33]. Када је, пак, реч о рачунарским програмима, обим ограничења је сужен у том смислу да лице које је на законит начин прибавило примерак рачунарског програма може, између осталог, да отклања грешке у програму и да врши друге неопходне измене у њему *које су у складу са његовом сврхом* и да изврши декомпилацију програма само *у оном обиму који је неопходан за постизање интероперабилности*[34].

Надаље, репрографско умножавање одломака из публикација, за потребе наставе или научног истраживања, дозвољено је, уз обавезу плаћања ауторске накнаде, једино у државним органима, образовним институцијама и јавним библиотекама.[35]

---

[31] Чл. 39. Закона о ауторском праву и сродним правима из 1998. године

[32] Чл. 48. Закона о ауторском праву и сродним правима из 1998. године

[33] Чл. 45. ст. 1. Закона о ауторском праву и сродним правима

[34] Чл. 46. Закона о ауторском праву и сродним правима. Измене у овој одредби извршене су ради усклађивања са Директивом о правној заштити рачунарских програма.

[35] Чл. 53. Закона о ауторском праву и сродним правима. Ова одредба је усклађивање са чл. 5. ст. 2. Директиве о појединим аспектима ауторског и сродних права у информатичком друштву

На крају, нови Закон прописује две нове ситуације у којима се суспендује ауторско право. Прва се односи на умножавање дела од стране јавних библиотека, образовних установа, музеја и архива, за сопствене архивске и некомерцијалне сврхе.[36]Друго се, пак, тиче привременог умножавања ауторског дела уколико је умножавање пролазно и случајно, ако чини саставни и битни део технолошког процеса, а има за сврху да омогући пренос података у рачунарској мрежи између два или више лица преко посредника, или да омогући законито коришћење ауторског дела, и нема засебан економски значај.[37] Потоња одредба је реципирана из Директиве о појединим аспектима ауторског и сродних права у информатичком друштву[38], а њен значај произлази из природе технолошког процеса у оквиру глобалне рачунарске мреже. Наиме, искључиво право аутора на умножавање не односи се на „оне акте умножавања који се нужно дешавају на серверима техничких посредника у комуникацији путем интернета.“[39]

Ауторски уговори

С обзиром на то да су питања ауторских уговора, сем у појединим аспектима, остала изван међународних конвенција и аката Европске Уније, интервенције законодавца у том погледу су најмањег обима, али изузетно значајне.

Наиме, према досадашњим законима, битни елемент ауторског уговора била је накнада која се аутору плаћала на име пренетог или уступљеног овлашћења. Одрицањем од накнаде аутор је себе стављао у позицију да се закључени уговор не сматра ауторским, чиме се искључивала примена посебних, по правилу, повољнијих одредаба о овој врсти уговора. Разлог томе била је тежња законодавца да аутору омогући остваривање права ојачавањем његове уговорне позиције. Међутим, разлози тржишта и слободне конкуренције довели су до закључивања бројних уговора без ауторске накнаде. Стога је у новом Закону правна конструкција дефиниције ауторског уговора усклађена са фактичким стањем, те је остављена

[36] Чл. 44. Закона о ауторском праву и сродним правима. Ова одредба је у складу са чл. 9. ст. 2. Бернске Конвенције и чл. 5. ст. 2. тач. ц. Директиве о појединим аспектима ауторског и сродних права у информатичком друштву.

[37] Чл. 47. Закона о ауторском праву и сродним правима

[38] Чл. 5. ст. 1. Директиве

[39] В: Нацрт Закона о ауторском праву и сродним правима и коментар у вези са чл. 42а

могућност аутору да слободно одлучује о томе да ли ће уговорити накнаду или не.[40]

Сродна права

Поред неопходних терминолошких усклађивања са измењеним одредбама, о чему је претходно било речи, Закон о ауторским и сродним правима из 2004. у погледу сродних права установљава и одређене новине које су у складу са директивама Европске Уније.

Тако, у складу са Римском конвенцијом о заштити уметника извођача, произвођача фонограма и радио-дифузних организација, из појма интерпретатора односно интерпретације, а у вези са тим и свих права која поводом ње настају, изузет је стваралачки допринос[41]. Другим речима, интерпретација постаје објект заштите без обзира на степен креативности који је у њој изражен[42]. Уз то, у погледу уступања права интерпретатора произвођачу филмског дела, законодавац установљава претпоставку да је интерпретатор таквим уговором уступио и право на давање у закуп снимка своје интерпретације.[43]

Одредбе о праву произвођача базе података, које су постојале и у ранијем Закону, потпуно су усаглашене са Директивом о правној заштити базе података, како у погледу појмовних одређења, тако и у погледу садржине права.[44] У том смислу, под базом података се подразумева збирка засебних података, ауторских дела или других материјала, уређених на систематичан или методичан начин, који су појединачно *доступни електронским или другим путем*.[45] Произвођач базе података је, пак, лице које је сачинило базу података, тако што је у квалитативном односно квантитативном смислу учинило значајно улагање у прибављање, проверу или презентацију њеног садржаја.[46] Тиме се као услов заштите поставља економски моменат, инвестиција, у базу података, а не оригиналност.

---

[40] Чл. 67; чл. 71. ст.1; чл. 90. ст.1; чл. 93. ст. 1. Закона о ауторском праву и сродним правима. В: Нацрт Закона о ауторском праву и сродним правима и коментар уз чл. 63.

[41] Текст Конвенције види у: В. Тодоровић; *Међународни уговори – интелектуална и друга добра*; књига 7, том I; Службени гласник, Београд, 2000. године; стр. 117-131

[42] Чл. 110-120 Закона о ауторском праву и сродним правима

[43] Чл. 114. ст. 4. Закона о ауторском праву и сродним правима. Ова одредба је усклађена са чл. 5. ст. 2. Директиве о закупу и послузи

[44] Чл. 135.-138. Закона о ауторском праву и сродним правима

[45] Чл. 136. Закона о ауторском праву и сродним правима и чл. 1. ст. 2. Директиве

[46] Чл. 137. Закона о ауторском праву и сродним правима и чл. 7. ст. 1. Директиве

На крају, законодавац установљава потпуно ново сродно право – право првог издавача слободног дела, које је предвиђено Директивом 93/98 о хармонизацији рока трајања ауторског и појединих сродних права.[47] Наиме, лицу које је, по истеку имовинских права аутора, први пут законито издало или на други начин саопштило јавности дело које пре тога није било издато, признају се права која одговарају *имовинским* правима аутора.[48] Другим речима, први издавач слободног дела се овлашћује на економско искоришћавање дела у истом обиму у ком би то чинио аутор односно његови наследници да је дело објављено односно издато у роковима заштите.

Трајање заштите

Иако је Директива о хармонизацији рока трајања ауторског и појединих сродних права донета још 1993. године, одредбе Закона из 1998. у вези са трајањем права нису биле усаглашене са њом. Новим Законом се тај пропуст отклања, те се рокови заштите са 50 продужавају на 70 година после смрти аутора.[49] Поред тога, у појединим случајевима су правила рачунања рокова другачије или прецизније уређена. Тако, уколико се почетак рока трајања ауторског права рачуна од објављивања дела, а дело је објављено у наставцима, за разлику од претходно важећег Закона, према којем се сматрало да је дело објављено објављивањем последњег наставка, нови Закон предвиђа да за сваки наставак тече посебан рок заштите.[50] Уз то, законодавац уводи и нову одредбу којом се решава питање рачунања рокова за дела за која се рок заштите рачуна од објављивања, а она нису законито објављена. Наиме, за анонимна дела или дела под псеудонимом која нису објављена на законит начин током 70 година од њиховог настанка, заштита престаје истеком тог рока.[51]

У погледу сродних права, рокови заштите остају непромењени[52], изузев рока трајања права произвођача емисије који је са 20 продужен на 50 година.[53]

[47] Чл. 4. Директиве; Official Journal, L 290, од 24. новембра 1993. године

[48] Чл. 139. Закона о ауторском праву и сродним правима

[49] Чл. 100. ст. 1. Закона о ауторском праву и сродним правима и чл. 1. ст. 1. Директиве

[50] Чл. 102. ст. 1. Закона о ауторском праву и сродним правима и чл. 1. ст. 5. Директиве

[51] Чл. 103. Закона о ауторском праву и сродним правима и чл. 1. ст. 6. Директиве

[52] Измене су извршене у делу који се односи на рачунање рокова заштите, али с обзиром на то да се ради о усаглашавању са формулацијама садржаним у Директиви (чл.3. и чл. 4), на овом месту нису истакнуте.

[53] Чл. 144. ст. 3. Закона о ауторском праву и сродним правима

Остваривање права

Новине које Закон у поглављу о остваривању права доноси нису засноване на актима Европске Уније нити на међународним конвенцијама, колико на решењима усвојеним у упоредном праву и практичним потребама.

У том смилу, поједине одредбе досадашњег Закона у пракси су доводиле до погрешних тумачења, те је овај недостатак прецизнијим формулацијама отклоњен. Тако, одредбом о функционисању организације за колективно остваривање права изричито је наведено да носиоци ауторског односно сродних права преко организације колективно остварују искључива имовинска ауторска односно сродна права, као и право на потраживање накнаде[54] за сва своја дела односно предмете сроднoправне заштите.[55]

Суштинске промене које установљава Закон условљене су практичним захтевима. Наиме, у вези са одређивањем накнада које организација наплаћује корисницима за поједине облике искоришћавања предмета заштите поред тарифе која се везује за приход или трошак корисника, за разлику од раније важећег Закона остављена је могућност да се накнада одреди и паушално ако се приходи односно трошкови корисника не могу поуздано утврдити или је утврђивање неразумно тешко.[56]

Надаље, план расподеле који садржи критеријуме на основу којих организација расподељује носиоцима ауторског односно сродних права приход који је у виду накнаде за искоришћавање предмета заштите прикупила од корисника, као и тарифу накнада уместо скупштине утврђује управни одбор.[57]

На крају, новом одредбом о обавезама корисника законодавац установљава солидарну одговорност лица које користи предмет заштите, власника односно држаоца или закупца простора у којем се предмет заштите користи као и организатора активности у којој је дошло до коришћења предмета заштите.[58] Тиме се настојало да се превазиђу у судској пракси учестале тешкоће у вези са остваривањем обавеза корисника. Наиме, како корисник, организатор манифестације, власник односно закупац често

[54] При том се мисли на право аутора на посебну накнаду из чл. 38-39 Закона о ауторском праву и сродним правима

[55] Чл. 150. ст. 1. Закона о ауторском праву и сродним правима

[56] Чл. 163. ст. 4. Закона о ауторском праву и сродним правима

[57] Чл. 163. ст. 6. Закона о ауторском праву и сродним правима

[58] Чл. 172. ст. 5. Закона о ауторском праву и сродним правима

нису иста лица, установљавањем солидарне одговорности свих њих искључена је могућност да своје обавезе преваљују на другог.[59]

Заштита ауторских и сродних права

Одредбе о заштити ауторског и сродних права у новом Закону у највећој мери су инспирисане Споразумом о трговинским аспектима права интелектуалне својине (ТРИПС)[60] који је донет ради отклањања препрека и поремећаја у међународној трговини проузрокованим неодговарајућом и неефикасном заштитом у националним законодавствима, као и отежаном применом међународних конвенција.[61] Уз то, будући да ниједна држава која није потписница овог Споразума не може бити ни чланица Светске трговинске организације, политички и економски посматрано, тежња нашег законодавца да удовољи захтевима израженим у његовим одредбама, потпуно је оправдана.[62] С тим у вези, новине у одредбама о заштити ауторског и сродних права усмерене су на једноставнију примену у поступцима поводом повреде права[63], али и јачу заштиту посвећивањем нарочите пажње технолошким мерама заштите и прописивањем строжијих грађанскоправних и казнених санкција.

Тако, Закон изричито прописује да повреду права представља заобилажење било које технолошке мере или пружање или рекламирање услуге којом се то омогућава или олакшава.[64] Под технолошким мерама се, пак, подразумева свака технологија, уређај или део који је конструисан да током своје наменске употребе онемогући или ограничи радње у вези са ауторским делом или другим предметом заштите, за које носилац ауторског или сродног права није дао сагласност.[65]

У погледу грађанскоправне заштите законодавац установљава казнену накнаду штете која је у наш правни систем уведена још 1995. законима

[59] В: Нацрт Закона о ауторском праву и сродним правима и коментар уз чл. 167.

[60] Текст Споразума види у: В. Тодоровић; *Међународни уговори – интелектуална и друга добра*; књига 7, том I; Службени гласник, Београд, 2000. године; стр. 155-187

[61] В: С. Марковић; *Ауторско право и сродна права*; Службени гласник, Београд, 1999, стр. 86

[62] Везивање за Споразум о трговинским аспектима интелектуалне својине изричито је истакнута у поглављу о прелазним и завршним одредбама, чл. 194. Закона

[63] У том смислу су одредбе чл. 180, 183-185. Закона о ауторском праву и сродним правима

[64] Чл. 180. ст. 1. тачка 4. Закона о ауторском праву и сродним правима

[65] Чл. 180. ст. 2. Закона о ауторском праву и сродним правима

из области индустријске својине.[66] Наиме, ако је повреда имовинског права учињена намерно или крајњом непажњом, тужилац може од туженог уместо накнаде имовинске штете, захтевати до троструког износа уобичајене накнаде коју би примио за конкретни облик коришћења предмета заштите, да је то коришћење било законито.[67]

Што се казнених одредаба тиче, нови Закон прописује само новчане казне за привредне преступе, а одредбе о кривичним делима су у целости обухваћене Кривичним закоником Србије[68] према ком су за кривична дела која су постојала и у ранијем Закону прописане казне затвора повећане, а за поједина дела су уведене новчане казне.[69] Уз то, гоњење за кривична дела против интелектуалне својине, уместо по приватној тужби, предузимају се по службеној дужности, чиме је наглашен већи степен друштвене опасности[70].

ЗАКЉУЧАК

Будући да су проблеми у вези са повредама ауторског права у Србији озбиљно нарасли у периоду транзиције, постављање правног оквира за заштиту права аутора представљало је приоритетну обавезу законодавца. Стога је 2004. донет нови Закон којим се постојеће одредбе усаглашавају са релевантним актима Европске Уније и међународним конвенцијама. Ипак, спровођење законских решења у пракси је и даље неадекватно и неефикасно. Разлог томе донекле лежи у чињеници да нормативна активност није била свеобухватна. Наиме, изван правне регулативе остала су бројна питања која се тичу надлежности државних органа у контроли производње, промета и вршења услуга, те коришћења производа који у себи садрже предмет ауторског права, као и питања обавеза привредних субјеката која се баве делатностима у вези са ауторским делима или предметима заштите сродног права. С друге стране, примену отежава укорењено схватање друштва да интелектуалне творевине нису добра у тржишном смислу речи и да припадају свима. Томе у прилог говори изненађујуће

[66] Опширније о казненој накнади види: С. Радовановић; *Трострука накнада у нашем праву интелектуалне својине*; Правни живот, бр. 11/2003; стр. 829-843.

[67] Чл. 178. Закона о ауторском праву и сродним правима.

[68] Службени гласник РС, бр. 85/2005, 88/2005 и 107/2005, чл. 198-200.

[69] Чл. 187-190. Кривичног законика.

[70] Изузев кривичног дела повреде моралних права аутора и интерпретатора из чл. 198. Кривичног законика.

мали број ауторскоправних спорова и кривичних поступака који се воде поводом кривичних дела против интелектуалне својине.[71]

Стога, пуна заштита ауторских права, без обзира на квалитет актуелног Закона, остаје и даље кључни изазов, пре свега, за правосуђе, али и за грађане Србије који своју будућност виде у Европској Унији.

[71] Према подацима из Општинског суда у Новом Саду, од 201 покренутог кривичног поступка само је у 91 изречена казна затвора, а од тога само у 5 је она између 6 и 12 месеци. У ауторскоправним споровима (пред Окружним судом у Новом Саду) доминира извршење уговора као предмет спора.

Sanja Radovanović, LL.M., Assistant
Novi Sad School of Law

Copyright Law of Serbia in European Perspective

Abstract

In order to become the member state of European Union, Serbia, as well as other Eastern-European states have to harmonize its legislative with communitarian law. On that way, one of the priorities is intellectual property laws which include copyright and related rights. Hence, new Act on copyright and related rights was brought in 2004. This act is mainly based on the most important international conventions and European directives.

Following the issues settled in international acts, actual Act introduces some innovations: new rights and new definitions of some already existed; formulations of articles make their enforcement much easier; term of protection is generally expanded; limits of copyright are much narrower; protection is much stronger, etc.

Even though new law responses to strict international standards, practical enforcement of legal solutions is still ineffective. On the one side, the reason is the fact that some important issues regarding the Intellectual Property remain outside from legal acts. Those are authoritative control of production and trade of intellectual goods and services, use of goods which include author's work, etc. On the other side, governing attitude of our society does not concern intellectual works as goods on the market.

According to above mentioned, protection of copyright and related rights depends, not only on legislature, but on practical enforcement which is the main demand and challenge for courts as well as for citizens who are looking towards European Union.

347.626:340.5

Мр Бојан Пајтић

БРАЧНО-ИМОВИНСКИ УГОВОРИ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Све до доношења новог Породичног закона из 2005. године[1] разлика између позитивног права Републике Србије и већине упоредних законодавстава у погледу постојања могућности измене законског брачно-имовинског режима састоји се у томе, што је Закон о браку и породици Републике Србије императивном одредбом забрањивао измену режима заједничке имовине брачних другова. После ступања на снагу новог закона и Република Србија је одступила од имеративности одредаба о заједничкој имовини. На тај начин је законодавац попут других реформских земаља посебним одредбама уредила брачно-имоински уговор.[2] Овим уговором брачни другови могу своје имовинске односе уредити сагласно њиховим интересима уз резерву узајамног издржавања као и издржавања малодобне деце, односно трошкова вођења заједничког домаћинства.[3]

[1] В. „Службени гласник Републике Србије“ бр. 18 од 24. фебруара 2005. године, ступио на снагу 1. јуна 2005. године.

[2] По члану 188. новог Породичног закона Републике Србије (1) „Будући супружници могу своје имовинске односе на постојећој или будућој имовини уредити уговором. (2) Брачни уговор мора бити закључен у писменом облику и мора бити оверен од стране судије, који је дужан да пре овере супружницима прочита уговор и упозори их *да се њиме искључује законски режим заједничке имовине*“ (курзив Б.П). (3) „Брачни уговор који се односи на непокретности уписује се у јавни регистар права на непокретностима“.

[3] В. О реформи породичног права Србије, посебно о брачно-имовинском уговору, в. проф. др Олга Цвејић-Јанчић, „Реформа породичног права Србије“, Гласник Адвокатске коморе Војводине, Нови Сад, 1-2/2006, стр. 24 до 26.

Доминантна тенденција у упоредним законодавствима, поред тога што је у неким земљама законом предвиђена могућност (некад чак и обавеза) избора између више понуђених имовинских режима, јесте да се одредбе правних прописа из области брачно-имовинских односа дефинишу као диспозитивне, односно оставља се могућност супружницима да уговором (уз извесна ограничења) другачије дефинишу узајамна права и обавезе у овој области. Слобода уговарања ограничава се најчешће у погледу одгајања заједничке деце, заштите слабијег брачног друга, њиховог издржавања, или обезбеђења доприноса за заједничко домаћинство. У Француској, примера ради, странке су ограничене чињеницом да немају право да искључе «основни имовински режим» (који се односи на покривање трошкова домаћинства, одгајање заједничке деце и породични дом) а морају поштовати и правила морала и добре обичаје.

Цивилисти су покушавали да систематизују системе имовинских односа између брачних другова који постоје у упоредном праву, а теза да постоје три, односно четири основна приступа, чини се као најадекватнија. „Први систем је систем спајања имовине, други је систем одвојене имовине и трећи је систем заједничке имовине или заједничке тековине.“[4] У доктрини сусрећемо опредељење да постоји и четврти, „режим одложене заједничке имовине (односно режим заједнице приноса или имовинске заједнице).“[5]

Систем спајања имовине значи да имовина коју брачни другови уносе у брак, чином закључења брака постаје заједничка имовина. Систем одвојене имовине брачних другова постоји у оним законодавствима (Аустрија, Велика Британија, Грчка) у којима закључење брака практично не повлачи за собом никакве имовинске последице, осим оних које се односе на заједничку децу, односно заједничко домаћинство. Дакле, брачни другови суверено располажу свом својом имовином, стичу имовину (зараду) у току трајања брака као одвојену, а не заједничку, а за обавезе према трећим лицима, својом имовином одговара искључиво онај брачни друг који је ту обавезу уговорио. Систем заједничке имовине заступљен је, између осталих, и у нашем праву. Код нас су одредбе закона о стицању заједничке имовине брачних другова императивне, а у већини других законодавстава (Француска, Мађарска, Хрватска) диспозитивне. Све што брачни другови стекну радом у току трајања брака, сматра се заједничком имовином. Изузетке најчешће чине добра стечена наслеђем, поклоном (уколико је покло-

[4] Др Салма Јожеф, „О брачно-имовинском уговору“, Гласник адвокатске коморе Војводине, књига 62, Нови Сад, 2002. стр. 344.

[5] Др Ковачек Станић Гордана, „Упоредно породично право“, Универзитет у Новом Саду, Нови Сад, 2002. стр. 43.

нодавац стриктно назначио да давање чини у корист једног од брачних другова), средства која је један од супружника стекао пре брака, имовина стечена искључиво захваљујући посебној имовини, и слично. Што се тиче режима одложене заједничке имовине (Немачка, Швајцарска, Шведска), он „не подразумева постојање заједничке својине, супружници су, сваки појединачно, власници ствари, а карактер заједништва јавља се тек када се имовина дели. Заједништво постоји, такође, у режиму управљања и располагања добрима посебне намене као што је заједнички дом.“[6]

Улога брачно-имовинских уговора различита је у земљама у транзицији и другим земљама. У реформским земљама углавном је задржан режим заједнице стицања, односно заједничке имовине, па у тим правним системима ови уговори служе за опредељивање режима одвојене имовине, како за период од склапања брака до закључења уговора, тако и за будућност. У развијеним земљама брачно-имовинске односе најчешће карактерише систем одвојене имовине, а уговором између супружника уговара се заједница стицања. Већа је учесталост брачно-имовинских уговора у системима у којима постоји законски режим заједничке имовине, што се у литератури објашњава „великим бројем бракова у којима су и један и други брачни друг привредници, па су привредна друштва самостална и брачни другови не-чланови не могу утицати на рад привредног друштва. Уколико брачни друг не-члан стиче имовину у друштву брачног друга члана (привредног) друштва, рађају се непотребни спорови са потраживањима не-члана, што утиче на сигурност пословања.“[7] Са друге стране, „у случају стечаја друштва са неограниченом одговорношћу (код кога се одговара за обавезе и личном имовином, а не само имовином уложеном у друштво), брачни друг не-члан одговара не само својим уделом у заједничкој тековини, већ и својом посебном имовином. Јер, ако стиче заједничку имовину, корист, права, део добити друштва, по сили породичног закона, зашто не би одговарао и за обавезе. Но, проблем је у томе што ће тада одговарати за намирење поверилаца онај брачни друг (не члан друштва) који није могао допринети лошем пословању. Што је, наравно, неправично.“[8]

У неким системима (Немачка, Швајцарска, Мексико, Гватемала), закон нуди више модела имовинског режима, од којих брачни другови бирају онај који им највише одговара. Најчешће је могуће одступити делимично, или у потпуности од тих модела у складу са начелом слободе уговарања, уз ограничења којим се, пре свега, штите заједничка деца супружника.

[6] Op. cit. Ковачек Станић, стр. 43. і 44.
[7] Op. cit. Салма, стр. 346.
[8] Ibidem.

Немачки правни систем је један од система у коме закон установљава овакве моделе, од којих супружници могу одступити у брачно-имовинском уговору. Параграфи 1408.-1413. Немачког грађанског законика регулишу слободу избора једног од имовинских режима. Инструмент остваривања слободе уговарања је брачни уговор (у идентичном значењу као и брачно-имовински уговор), али је та слобода ограничена обавезом брачних другова да сразмерно допринесу заједничком домаћинству и чувању, васпитању и школовању заједничке деце. Ограничење слободе уговарања огледа се и у томе, што се имовински односи не могу уредити путем упућивања на правила која више нису важећа, или на правила иностраног права. Страно право је Уводним законом за Грађански законик, као и параграфом 1409. искључено, дакле искључена је колизионо-правна аутономија странака. Слобода уговарања лимитирана је у и погледу оних клаузула, којима би брачни другови у брачни уговор инкорпорисали обавезе трећих лица.[9]

У брачном уговору супружници могу путем изричитог споразума изабрати један од два законска облика брачног уговора. Први садржи режим одвојене имовине, дакле имовину брачног друга чине како она добра која је поседовао пре закључења брака, тако и она која су стечена за време брака. У другом режиму – заједничке имовине, ту имовину чине претежни део добара брачних другова која су унела у брак и претежни део добара стечених у браку. Из ње закон изузима посебну и задржану (резервисану) имовину. Посебну имовину чине предмети, односно права која се не могу правним послом пренети, а задржану имовину она добра која су резервисана брачно-имовинским уговором, добра стечена наслеђем, као и имовина коју је брачни друг стекао захваљујући резервисаној имовини. Брачни другови закључени брачно-имовински уговор могу мењати.[10]

Швајцарско право на готово идентичан начин као немачко предвиђа да су уговорне стране у брачно-имовинском уговору, при уговарању имовинског режима различитог од законског режима имовинске заједнице, односно одложене заједничке имовине, ограничене системима предвиђеним у члану 179. ставу 2. Швајцарског грађанског законика. Уколико желе да избегну законски режим, брачни другови могу споразумно прихватити или систем заједничке или систем одвојене имовине. Основне карактеристике три режима између којих супружници могу да изаберу онај који им највише одговара, не могу се мењати уговором.[11]

[9] Jauernig, Schlechtriem, Sturner, Teichmann, Vollkommer, Burgerliches Gesetzbuch 8. Auflage, C.H.Beck, Munchen, 1997. стр. 1246.

[10] Немачки грађански законик, пар. 1408. ст. 1.

[11] Опширније: Rheinstein Max, Glendon Mary Ann, "Persons and family", Chapter 4.

Француско право предвиђа режим заједничке својине брачних другова као законски режим. Одредбе Грађанског законика које дефинишу овај режим су диспозитивног карактера, дакле, странке уговором могу дефинисати другачије узајамне имовинске односе. При томе, како сам већ нагласио, морају испоштовати такозвани „основни режим“, односно оне одредбе закона које дефинишу учешће супружника у трошковима заједничког домаћинства, издржавању заједничке деце и породичном дому. Приликом закључивања брачно-имовинског уговора, супружници морају ускладити његове клаузуле са правилима морала и добрим обичајима. Брачни другови могу се определити за неки од типова уговорних режима, које закон предвиђа. Споразумом супружници могу дефинисати потпуну одвојеност имовина, али и режим опште заједнице, која садржи не само она добра која су унета у брак, већ и сва она добра која ће настати у будућности. Могу бити уговорени и различито димензионирани удели брачних другова у заједничкој имовини. Овако широку слободу уговарања Грађански законик ипак, у правнотехничком смислу устројава, прецизно дефинишући значење читавог низа стандардних правних термина и клаузула, карактеристичних за брачно-имовинске односе.[12]

Могућност споразумног укидања или измене предбрачног уговора у француском праву установљена је тек изменама Грађанског законика из 13. VII 1965. До тада је за брачне уговоре који су овај уговор закључили и тако искључили законски имовински режим, уговорени режим био обавезан за имовинске односе у браку. Након измена закона из 1965., укидање или измена предбрачног и, касније, брачног уговора (уколико супружници у више наврата мењају уговорени режим) могућа је тек по истеку две године од склапања брака, при чему она мора бити учињена пред бележником и одобрена од стране надлежног суда. Суд притом води рачуна да измена мора бити учињена „у интересу породице“. Након установљавања принципа да ови уговори могу бити модификовани, пракса је показала да је ова могућност веома често коришћена. Примера ради, у првој години (1966.) примене овог принципа, дозволу за склапање новог уговора тражили су 2376 брачних парова (2341 захтев прихваћен, 35 одбијено), да би број захтева већ за две године (1968.) износио 4021 (4000 прихваћено, 21 одбијен).[13]

Аустријски Грађански законик у параграфу 1233. јасно назначава да „брачна веза сама по себи још не заснива заједницу добара између супру-

J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), Tubingen, 1980. стр. 156.

[12] Rheinstein Max, Glendon Mary Ann, “Persons and family”, Chapter 4., J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tubingen, 1980. стр. 149.

[13] Ibidem. стр. 160. и 161.

га. За то се тражи нарочити уговор.“ Дакле, законски имовински режим је режим одвојене имовине, и „ако супрузи нису ништа нарочито уговорили о употребљавању своје имовине, онда сваки супруг задржава своје пређашње право својине, и на оно што једна страна стекне за време брака, или на ма који начин добије, нема друга никаква права.“[14] У параграфу 1217. законик поменуте правне послове назива брачним уговорима, и изричито наводи да се они закључују најчешће ради уговарања мираза, узмиразја, јутарњег дара, заједнице добара, управе и уживања сопственог имања, реда наслеђивања, или на случај смрти одређеног доживотног уживања имања и удовичког издржавања. Уколико законски режим није мењан вољом супружника, заједница добара међу супрузима важи као правило само за случај смрти.[15] На брачно-имовинске уговоре примењују се општи прописи Аустријског грађанског законика о уговорима, као на-пример правило о општој пословној способности, манама воље, преговорима, услову, изменама и престанку уговора. Врсте и форма уговора (којим се уговара заједница имовине) прописане су у делу законика који регулише ортаклук, односно који се односи на уговарање заједнице добара у привредне сврхе. Уколико су у привредне сврхе ортаци уговором обухватили целокупну имовину, под њом се подразумева само постојећа имовина. Обухватање будуће имовине подразумева само стечена, не и наслеђена добра.[16] Пошто су одредбе АГЗ које се односе на имовинске односе брачних другова диспозитивног карактера, странке се опредељују за неки од различитих типова уговора, а неки теоретичари сматрају да оне не могу да одступе од законом предвиђених модела, јер закон изричито не предвиђа могућност одступања од њих.[17] Допуштено је да се брачно-имовински уговори доцније измене. Изменама уговора не смеју се повредити интереси поверилаца.[18] За режим брачне имовине важи правило да је довољна и воља једне стране да би се дотадашњи режим прекинуо.

У мађарско право институт брачно-имовинског уговора ушао је на основу прецедентног права, односно ставова Курије (Врховног суда). Законодавац га је прихватио и инкорпорисао у Закон о браку из 1894. године. И предлог МГЗ-а из 1928. садржи детаљне одредбе о овој врсти правног посла, предвидевши да се законски режим одвојене имовине може

[14] Општи аустријски грађански законик, пар. 1237.

[15] Општи аустријски грађански законик, пар. 1234.

[16] Опширније: Schwimann, „Praxiskommentar zum ABGB samt Nebengesetzen“, Tom 6., ORAC, Wien, 1997.

[17] Види: Klang, Gschnitzer, „Kommentar zum ABGB“, V tom, Staatsdruckerei, Wien, 1954. стр. 679.

[18] Шире: Klang, Gschnitzer, „Kommentar zum ABGB“, V tom, Staatsdruckerei, Wien, 1954. стр. 707.

избећи уговарањем јединства имовине. Закон, наравно, штити заједничку децу (чак и децу из претходног брака), и дефинише обавезу брачних другова да дају допринос заједничком домаћинству. Законом о браку, породици и старатељству из 1952. успоставља се систем заједничке имовине брачних другова који почиње да важи ех леге, тренутком закључења брака. Његово важење имало је карактер ретроактивности, те се овај режим односио и на оне бракове који су закључени пре доношења овог закона, чиме су поништени они имовински односи супружника, који су почивали на законским или уговорним одредбама које су установиле систем посебне имовине брачних другова. Овај закон забранио је измену законског режима путем брачно-имовинских уговора.

Изменама и допунама Закона о браку из 1986. године поново се уводи брачно-имовински уговор, којим се може избећи законски режим заједничке имовине. Овај уговор могу закључити како лица која имају намеру да закључе брак, тако и брачни другови. Ове измене дефинисале су да се закључењем брака ствара ствара имовинска заједница између брачних другова, тако да све што супружници у току трајања брачне заједнице стекну представља неподељену заједничку имовину, независно од тога да ли је она стечена њиховим заједничким или одвојеним доприносом. Заједничку имовину чине и накнаде на основу ауторских и проналазачких права, као и плодови посебне имовине. У посебну имовину спадају, како имовина која ја постојала пре закључења брака, тако и добра стечена наслеђем, предмети који служе искључиво за личну употребу и имовина стечена на бази вредности посебне имовине. Потенцијални будући брачни другови, као и брачни другови могу међусобне имовинско-правне односе за време трајања брачне заједнице уредити уговором и на тај начин одступити од одредаба закона и сагласити се која имовина ће бити предмет посебне, а која заједничке имовине.[19]У принципу, путем брачно-имовинских уговора може се остварити потпуно раздвајање имовине између брачних другова, али могуће је и то, да овим споразумом буде предвидјено потпуно спајање имовине супружника за време трајања заједнице живота, па у том случају и она добра која су имала карактер посебне имовине, постају заједничка имовина.[20] Најчешће се брачно-имовински уговор закључује ради делимичног раздвајања имовине. Унутар делимичног раздвајања

[19] Види: „Csaladjog“ (Kiegeszitve a vonatkozo kollegiumi allasfoglalasokkal es jogegysegi hatarozatokkal), Novissima Kiado, Budapest, 2001., par. 27., kao i Koros Andras, „Hazassagi vagyonjogi szerzodes“, K.K.Orac, 1997., стр.

[20] Опширније: Csiky Otto, Filo Erika, „Magyar csalad jog“, HVG ORAC, Budapest, 2001. стр. 129. I 130., kao i Csiky Otto, Filo Erika, „Csaladjog I“, iz 1998. i “Csaladjog II”, iz 1999., Janos Panonius Tudomany Egyetem AJK, Pecs,

имовине може да се деси да странке уврсте у режим посебне имовине приходе неких њихових делатности, а да определе приходе из осталих делатности у корист заједничке имовине, за покривање трошкова заједничког живота. Например, може се уговорити да плодови из посебне имовине, која је по вредности значајна, буду искључиво посебна имовина, или да предмет брачно-имовинског уговора обухвати привредне делатности за време трајања заједнице живота, поједине предмете имовине, или например, коришћење стана. Добит из пословања трговачког друштва у коме је један од брачних другова члан, као корист из посебне имовине, представља по одредбама Закона о браку и породици заједничку имовину брачних другова. То практично може брачног друга који није члан друштва учинити сувласником, сразмерно повећању вредности удела члана. Будући да такав принцип може водити у спорове са другим члановима, брачним уговором може се унапред рашчистити питање да ли је имовина уложена у друштво заједничка или посебна, али и одредити судбина добити од те имовине.[21]

Важно је нагласити да Закон не ограничава број уговора који се могу закључити пре, односно у току брака.[22] У току заједнице живота, уговор се може не само модификовати, него и раскинути. Раскид брачно-имовинског уговора значи да брачни другови желе да уговорени режим укину са повратним дејством, од почетка. У овом случају се сматра да уговор није ни закључен. А прекид уговора значи да су супружници сагласни да за будућност више не важе одредбе уговора, него да се од тренутка прекида поново установљава законски режим.

Руско право, као и велика већина транзиционих права, средином деведесетих година прошлог века добија институт брачно-имовинских уговора. Члан 256. Грађанског кодекса Руске Федерације назначује да систем заједничке имовине представља законски брачно - имовински режим, али да супружници уговором могу да успоставе другачији режим. Након тога, породично законодавство преузима шире регулисање ових правних послова.[23]Брачно-имовински уговор, као и у другим правима, закључују заручници, или брачни другови, пре или за време трајања брака. Строго је формалан, за пуноважност је неопходна нотаријална форма. Странке се приликом споразумног опредељивања узајамних имовинских односа морају придржавати основних начела породичног законодавства, и не могу

[21] Детаљније: Heinerne Barzo Timea, „Magyar polgari jog – Csaladjog", Novotni Kiado, Miskolc 2002. стр. 105.

[22] Види: Csiky, Filo, „Magyar csalad jog", стр. 96.

[23] Породични законик Руске Федерације из 1995. у глави 8., члановима од 40-44. подробније дефинише садржај, форму и правно дејство брачних уговора.

уговарати клаузуле које једног од брачних другова доводе у крајње неповољан положај у односу на другог супружника (нарочито је заштићено право на издржавање радно неспособног брачног друга), нити клаузуле које их ослобађају законских обавеза према издржавању заједничке деце. Забрањено је инкорпорисање клаузула којима се ограничава правна или пословна способност супружника, као и оних које се односе на личне неимовинске односе брачних другова.

Брачно-имовинске уговоре странке могу склапати у више наврата. Њиме брачни другови могу одредити неки други имовински режим, уместо законског, који подразумева да је имовина коју супружници стекну у току брака – заједничка имовина. Слично нашем праву, посебну имовину чине ствари унете у брак, имовина стечена у току брака бестеретним правним послом (најчешће поклоном и наслеђем) као и ствари за личну употребу. Будући да су начела слободе уговарања и равноправности странака она начела којима се странке руководе приликом закључивања брачно-имовинских уговора, супружници имају право да широки спектар узајамних односа који имају имовинске ефекте, регулишу у складу са узајамном сагласношћу воља. Тако се ови уговори могу склапати за њихову постојећу, али и будућу имовину, на целокупну имовину или на један њен део, чак и за имовину само једног од супружника. Могу се односити на димензионирање обавеза у погледу покривања трошкова заједничког домаћинства, права и обавезе брачних другова везане за учешће у дохотку другог супружника, као и на обавезу међусобног издржавања.

Руско право, дакле, као и мађарско, широко дефинише могућности странака сауговорница у брачно-имовинским уговорима, и афирмише њихову примену.[24] Слична је ситуација и са правима других реформских држава.

У чешком праву режим заједничке имовине је законски имовински режим. Ову имовину чини имовина стечена током брака, осим ствари стечених бестеретним правним послом, односно поклоном и наслеђем, као и ствари намењених за личну употребу. Режим заједничке имовине може се модификовати уговором између брачних другова, уз пуну слободу уговорних страна у опредељивању обима имовине која ће бити обухваћена тим правним послом. Обавезна је нотаријална форма, а ако се уговор односи и на неке непокретности, мора бити регистрован у одговарајућем јавном регистру.[25]

[24]Опширније: Ковачек Станић Гордана, „Упоредно породично право“, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Нови Сад, стр. 68. и 69.

[25] О овоме: Ковачек Станић, стр. 69.

Пољски Закон о породици и старатељству „такође дозвољава широку аутономију, странке могу овереним уговором, који се може закључити и пре брака, проширити, лимитирати или искључити заједничку имовину.“[26]

Обитељски закон Хрватске из 1998. године у члану 253. дефинисао је право брачних другова да брачним уговором уреде своје односе у погледу брачне течевине, другачије него што је законом дефинисано. Према члану 259. ови су уговори формални, закључују се у писменој форми, уз оверу потписа уговорних страна. Односе се на постојећу или будућу имовину. Располагања имовином имају правно дејство према трећим лицима једино уколико су уписана у одговарајуће регистре.

За грчко право карактеристично је да брачним споразумом, односно брачно-имовинским уговором супружници могу уговорити одступање од законског система одвојености имовине, односно предвидети режим заједничке имовине као основу њихових узајамних имовинских односа. Уколико не прибегну измени законом предвиђеног система, сваки брачни друг остаје власник своје имовине, независно од тога да ли се ради о имовини стеченој пре или за време брака (ваља напоменути да је 1983. године престао да постоји миразни режим, уз обавезу повраћаја свих до тада датих мираза супругама, што је омогућило функционисања режима одвојености имовине). Супружници самостално управљају и располажу својом имовином. Нотаријална форма обавезна је за закључивање брачно-имовинских уговора. Ови споразуми не могу упућивати на обичаје, ни на важеће страно право. Оно што је за институцију брачно-имовинских уговора карактеристично, јесте да Грчки грађански законик дозвољава само измену већ постојећег уговора, при чему брачни другови и приликом измене морају испоштовати законом предвиђену форму, дакле, уговори се мењају пред нотаром, уз обавезну претходну дозволу суда.[27]

У земљама англосаксонског права, пре свега Енглеској и Сједињеним америчким државама, брачно-имовински уговори су дозвољени, али нису уобичајени. Седамдесетих година прошлог века почела је нешто шира примена ове врсте правног посла, али се практично само једна врста уговора уобичајила. То су такозвани „споразуми о раздвајању,“ којима брачни другови један другог ослобађају обавезе заједнице становања, а којим се често уговарају и друге клаузуле, које се најчешће односе на обавезу издржавања, узајамног или појединачног. Пре доношења такозваних

[26] Ibidem. стр. 70.

[27] Ширe: Sakoulas, Code civil Hellénique II edition, traduit par Mamopoulos Pierre, Athénes, 1981.

„Закона о имовини удатих жена“[28] (који су у америчким државама доношени у првој половини деветнаестог века, обезбеђујући удатим женама право да буду власнице имовине и да ту имовину преносе, да туже и буду тужене, да имају уговорну способност и да привређују) брачни уговори били су уобичајени међу имућним грађанима, служећи за обезбеђивање имовинских права удатих жена. Данас за овим уговорима посежу, пре свих, супружници који на овај начин желе да се побрину за децу из претходног брака и имућни грађани у жељи да елиминишу имовинска права другог брачног друга. Слободу уговарања коју енглеско и право САД обезбеђују, користе многи имућни грађани и ради опредељивања онаквих модела имовинских односа између брачних другова, који су по пореским законима подложни мањим пореским стопама. Примећен је и известан тренд (како у Енглеској, тако у САД) закључивања „брачних уговора“, чији је смисао потенцирање права и обавеза супружника за време брака, пре свега у погледу бриге о заједничком домаћинству и заједничкој деци. Дакле, овакви „уговори“ пре свега су декларативни акти којима брачни другови потврђују један другом заједничко опредељење за брачну једнакост, а не споразуми чије би спровођење било могуће принудно извршити у судском поступку.[29]

Брачно-имовински уговори могу се након првог закључивања слободно мењати или раскидати и у Данској[30], Финској[31], Норвешкој[32], Шпанији[33], Шведској[34], Хондурасу[35], Мексику[36], Никарагви[37], Парагвају[38], Тајвану[39], а у неким системима, за измену или раскид оваквих уговора потребна је дозвола суда или неког другог државног органа. У ову групу

[28] Опширније: Pyle C. Ransford, “Family Law”, Lawyers Cooperative Publishing, Albany, New York, 1994. стр. 56.

[29] Шире: Price, “The Transmission of Wealth at Death in a Community Property Jurisdiction, Washington Law Revue бр. 50., Washington D.C., 1975. стр. 277-340.; King, “Cohabitation Handbook”, Berkeley, Los Angeles, 1975., стр. 31-40.; Weitzman, “Legal Regulation of Marriage – Tradition and Change”, Californian Law Revue бр. 62., 1974., стр. 1169-1277.; Martin A. Elizabeth, “A Dictionary of Law”, Oxford University Press, Oxford, 2002.

[30] Данска: Закон о правним последицама брака, члан 28.

[31] Финска: Закон о браку, параграфи 41-45.

[32] Норвешка: Закон о својинским односима између брачних другова, параграф 21.

[33] Шпанија: Грађански законик, параграфи 1315, 1318, 1321, 1322.

[34] Шведска: Закон о браку, поглавље 8.

[35] Хондурас: Грађански законик, члан 169.

[36] Мексико: Грађански законик, члан 187.

[37] Никарагва: Грађански законик, члан 153.

[38] Парагвај: Закон о грађанским правима жена, од 26. VIII 1954.

[39] Тајван: Грађански законик, параграпх 1004.

спадају, например: Белгија[40], Италија[41], Монако[42], Холандија[43], Филипини[44], Швајцарска[45]. У мањем броју система није могуће изменити једном уговорени брачно-имовински уговор. У ту групу спада мањи број земаља Латинске Америке, као што су: Бразил[46], Колумбија[47], Доминиканска Република[48], Венецуела[49], Салвадор[50], као и Јапан[51]и Португал[52].

На основу горе наведеног, можемо закључити да у великој већини модерних правних система не постоји забрана измене законског имовинског режима за време брака, односно дозвољено је закључивање брачно-имовинских уговора, а они уговори који су закључени након склапања брака имају исти правни третман као и уговори о имовинском режиму закључени пре брака.

[40] Белгија: Грађански законик, нови чланови 1394. и 1395.
[41] Италија: Грађански законик, члан 517.
[42] Монако: Грађански законик, члан 1243. став 1.
[43] Холандија: Нови Грађански законик, члан 118. и 119.
[44] Филипини: Грађански законик, члан 191. став 4.
[45] Швајцарска: Грађански законик, члан 181. став 2.
[46] Бразил: Грађански законик, члан 256.
[47] Колумбија: Грађански законик, чланови 1771, 1778. и 1779.
[48] Доминиканска Република: Грађански законик
[49] Венецуела: Грађански законик, члан 143. и 144.
[50] Салвадор: Грађански законик, параграфи 182.-192.
[51] Јапан: Грађански законик, члан 758. став 1.
[52] Португал: Грађански законик, параграф 1714.

347.633:347.65(4)

Мр Јелена Видић, асистент
Правног факултета у Новом Саду

УТИЦАЈ АДОПТИВНОГ СРОДСТВА НА ЗАКОНСКА НАСЛЕДНА ПРАВА У ЗАКОНОДАВСТВУ СРБИЈЕ И ОСТАЛИХ ЕВРОПСКИХ ЗЕМАЉА

***Сажетак**: Током историје права, позитивно-правно и упоредно-правно посматрано, сродство засновано усвојењем, односно адоптивно сродство као врста сродства, без обзира на облик у којем је егзистирало само усвојење, као и без обзира на своја битна обележја, одувек је имало, као што и данас има непосредан утицај на законска наследна права, који утицај међутим није увек био исти. У правима која су представљала предмет анализе (Србија, Словенија, Македонија и Хрватска) формулисање законског наследног реда, које се иначе врши под претпоставком постојања крвног сродства, у почетку је трпело знатна одступања, када се радило о наследним правима адоптивних сродника. С обзиром на чињеницу да у данашње време у модерним правним системима најважнији принцип од кога се полази при заснивању установе усвојења представља интерес детета, који се на најбољи начин може постићи потпуном интеграцијом детета у породицу својих адоптивних сродника, и у потпуном прекиду веза усвојеног детета са својим биолошким сродницима, односно заснивањем потпуног усвојења, те да се еволуција установе усвојења и у анализираним правима кретала од непотпуног ка потпуном усвојењу, то су у данашње време претходно споменута одступања у погледу наследних права адоптивних сродника све ређа и постоје само у случају непотпуног усвојења, које се као вид усвојења све ређе предвиђа у законодавствима*

држава. Како дакле, потпуно усвојење данас представља правило, то се може рећи да по правилу утицај адоптивног сродства на законска наследна права адоптивних сродника има велики значај, с обзиром да адоптивни сродници наслеђују по оним правилима и оним редом, односно са истим наследноправним последицама по којима наслеђују и крвни сродници.

Кључне речи: *усвојење, адоптивно сродство, потпуно усвојење, непотпуно усвојење, законска наследна права.*

Историјски приказ утицаја адоптивног сродства на законска наследна права у нашем праву

Наследноправни утицај адоптивног сродства у краљевини Југославији

Према одредбама Српског грађанског законика из 1844. године, који се након уједињења 1918. године примењивао на територији Србије и данашње Македоније, егзистирало је више врста усвојења. Поред потпуног усвојења, постојало је још и непотпуно или ограничено усвојење, а поред њега и хранитељство као врста усвојења, с тим што је до законом предвиђених наследноправних дејстава доводило по правилу само потпуно усвојење као врста усвојења, док су остале две врсте усвојења имале по правилу другачију сврху и ограничен домашај. Тако је непотпуно или ограничено усвојење представљало врсту усвојења које је имало за сврху ограничавање правних дејстава потпуног усвојења, с обзиром да се оно уговарало под одређеним условима, од којих услова су у крајњим консеквенцама и зависила права усвојеног детета, па самим тим и законска наследна права усвојеника.[1] За разлику од ограниченог усвојења, хранитељство је према СГЗ-у представљало такву врсту усвојења које ни у каквом случају није могло довести до стицања законских наследних права, с

[1] У погледу ове врсте усвојења у пар. 143. СГЗ-а се наводи: „Усвојити се може 2) са погодбом и на неке услове, који се или с родитељима малолетника, или с тутором и заступником и судом или са самим млодолетником учинити могу. И права овог усвојења тумаче се од части по изложеним основима горњим од части пак по природи посла и погодбе. У случају сумњивости прече је тумачење на корист усвојенога него усвојитеља.“

обзиром да ово усвојење није стварало никакве сродничке односе између усвојеника (који се према СГЗ-у у овом случају усвојења звало храњеник) и усвојиоца (хранитеља), при чему је имало за циљ омогућавање овако усвојеном детету права на издржавање и припремање за будући грађански живот.[2] Напослетку, потпуно усвојеним дететом се сматрало туђе, мушко или женско дете, које су, уместо сина или кћери, без сваког услова и изузетка усвојили муж и жена, или само једно од њих, при чему се овако усвојено дете потпуно изједначавало са рођеним дететом и звало се посинак или пођерка, а родитељи поочим и помајка.[3] Наведено изједначавање подразумевало је ступање усвојеника у породицу усвојиоца, те сходно томе добијање породичног имена (презимена), као и личних, уговорних, али и наследних права, која права је усвојеник притом задржавао и у породици својих рођених родитеља.[4] Међутим, друге одговарајуће одредбе СГЗ-а у којима је било предвиђено да усвојено дете има наследно право у односу на свог поочима и поматеру (усвојиоце),[5] дакле без предвиђања било ког другог сродника усвојиоца у односу на које би усвојеник имао потенцијална законска наследна права, заправо су ограничавале домен споменутог прокламованог изједначења усвојеника са рођеним дететом усвојиоца, изазивајући притом недоумице и различите ставове у теорији у погледу питања постојања потенцијалних законских наследних права усвојеника према потомцима усвојиоца, с обзиром да непостојање законских наследних права усвојеника према даљим прецима и побочним сродницима усвојиоца није ни било спорно. Тако је у делу теорије изнето мишљење које је било образложено позивањем на принцип узајамности (реципроцитета) у наслеђивању, а према којем мишљењу је усвојеник имао наследна права и према потомцима усвојиоца, с обзиром на постојање истих таквих права потомака усвојиоца према усвојенику према СГЗ-у.[6] Мишљења смо да је у другом делу терије изнет правилнији став, према којем се споменути пропис СГЗ-а о постојању наследних права усвојеника само према

[2] У пар. 144. СГЗ-а се наводи: „Или се 3) усвојити може без изјашњења првога ни другога, и онда се такви усвојитељи сматрају као ранитељи и усвојени као рањеници, имајући само право на пристојно издржавање и упућивање, а не на име и остала права родбинска."

[3] Опширније о правном положају усвојеног детета према СГЗ-у в. Олга Цвејић-Јанчић: *Родитељско право у Србији према Српском грађанском законику из 1844. г.,* Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2004., бр. 2., стр. 373-379.

[4] В. пар. 137-138. СГЗ-а.

[5] В. пар. 410. СГЗ-а.

[6] В. Андра Ђорђевић: *Наследно право по нашем грађанском законику*, Бранич, 1904., стр. 194. В. и Драгољуб Аранђеловић, Мехмед Беговић: Наследно право по грађанском законику Краљевине Србије са кратким прегледом шеријатског наследног права, Београд, 1940., стр. 41-42.

усвојиоцима, не може тумачити на другачији начин него у смислу непостојања никаквих законских наследних права усвојеника, не само према даљим прецима и побочним сродницима усвојиоца, већ ни према потомцима усвојиоца.[7]

Ставови теорије нису били јединствени ни у погледу питања постојања законског наследног права усвојиоца према усвојенику, с обзиром на то да СГЗ није предвиђао решење ситуације смрти усвојеника осталог без свог потомства, пре усвојиоца. На основу споменутог законског непредвиђања овакве ситуације, део теорије је закључивао да законодавац овакво право усвојиоцу није ни хтео дати, из разлога спречавања усвајања туђег детета из користољубља.[8] Но, постојало је и супротно мишљење према којем је и усвојилац имао право наслеђа, те да се на наслеђе најпре позивао усвојилац, а након њега и потомци усвојиоца.[9] У случају када је усвојеник остао без свог потомства, онда је потомцима усвојиоца припадало право законског наслеђа на имовини коју је усвојеник наследио од усвојиоца, али и на оној имовини коју је сам стекао на било који начин (под овим се подразумева и имовина коју је усвојеник евентуално наследио од својих крвних сродника, као и евентуални приходи од имовине наслеђене иза усвојиоца). Уколико потомци усвојиоца нису могли или нису хтели да наследе, заоставштина се делила на имовину коју је усвојеник бестеретно стекао од усвојиоца, која је припадала сродницима усвојиоца, док је остала имовина припадала крвним сродницима усвојеника.[10]

Осим законског наследног дела, према СГЗ-у одређеним крвним, али и адоптивним сродницима, припадало је и право на нужни део, као императивни законски део, који им је у случају када је оставилац за живота прекомерно располагао заоставштином морао припасти независно од воље оставиоца, па и противно његовој вољи. Тако су право на нужни део од адоптивних сродника могли остварити само усвојеници из потпуног усвојења, с обзиром да је право на нужни део иначе, када је реч о крвним сродницима могао припасти само брачној деци (првенствено мушкој,

[7] В. Лазар Марковић: *Наследно право, Трећа књига грађанског права*, Београд, 1930., стр. 149.

[8] В. Андра Ђорђевић: op. cit., стр. 195.

[9] Наведено мишљење према којем је и усвојитељ имао право наслеђа, иако то законодавац није нигде изричито прописивао, базирало се на тумачењу друге реченице пар. 410. СГЗ-а, која предвиђа случај да је усвојитељ умро и да га је усвојеник наследио, па је након тога умро и усвојеник не оставивши потомке, у ком случају право наслеђа заоставштине усвојеника припада потомцима усвојитеља, те да се стога пре може обратно тврдити - да и усвојитељ има право наслеђа, кад то право има његово потомство. В. Лазар Марковић: op. cit., 149.

[10] В. пар. 410. СГЗ-а

па тек ако њих није било женској деци) као првостепеним потомцима,[11] које правило је произилазило из принципијелног изједначења њиховог положаја са рођеним дететом.[12]

Битно дејство усвојења према правилима Аустријског грађанског законика из 1811. године, који се након уједињења примењивао у Словенији и Далмацији, Хрватској и Славонији представљало је стицање породичног имена усвојиоца (поочима, односно помајке). Увојенику и његовом потомству припадало је законско право наследства према усвојиоцу (али не и према сродницима усвојиоца) и то истих оних наследних права каква су припадала усвојиочевој брачној деци, осим уколико законом није било предвиђено нешто друго, при чему су се права између усвојиоца – поочима (помајке) и усвојеника – посинка (пођерке) могла уредити и на другачији начин под одређеним претпоставкама. Осим тога, усвојеник и његови потомци задржавали су законска наследна права и према својим природним родитељима и осталим крвним сродницима.[13] Међутим, када је реч о адоптивном сродству реципроцитет, односно узајамност у наслеђивању није постојала, с обзиром на то да је законско право наслеђа у односу на заоставштину усвојеника припадало само крвним сродницима усвојеника, док усвојиоцу (а ни његовим сродницима) такво право није припадало.[14] Овакав начин регулисања законских наследних права имао је утицаја и на

[11] В. пар. 477. СГЗ-а

[12] „Ако завештaлац има усвојено мушко дете и рођено женско дете, онда усвојено мушко дете има право на закони (нужни) део, као што то дете при интестатском наслеђивању искључује из наслеђивања рођену женску децу de cujus-a, а рођена женска деца тада немају. Ако има усвојено мушко дете и усвојено женско дете, онда само мушко дете има право на закони део...Усвојено мушко дете искључује при законском наслеђивању (ab intestato) рођену женску децу. Све је то последица прописа пар. 137. да неко може усвојити туђе дете, и ако има рођене деце, чега нема у другим законодавствима, која само ономе допуштају да усвоји туђе дете, који нема рођене деце.“ В. Драгољуб Аранђеловић, Мехмед Беговић: op. cit., стр. 157.

[13] В. пар. 182-184. АГЗ-а. У пар. 183. АГЗ-а се наводи да међу посинитељима и посинком или пођерком и потомцима посинка или пођерке опстоје, у колико закон не чини изнимке, иста права, као међу законитим родитељима и децом. Поочим прима очинску власт. Одношење међу посинитељима и посинком или пођерком нема никакова уплива на остале чланове породице посинитеља; али с друге стране и посинак или пођерка не губи права своје породице, док из пар. 184. произилази да се права између посинитељима и посинцима или пођеркама могу погодбом друкчије установити, само ако се тиме не преиначује битна крјепост посињења наведена у пар. 182. и ако се не дира у права трећега. Поред споменутих општих одредаба о правима усвојитеља и усвојеника, у пар. 755. АГЗ-а се и посебно нормирају наследна права усвојеника и његових потомака према усвојитељу, али и природним родитељима и осталим крвним сродницима, уз нормирање непостојања наследних права према сродницима усвојитеља.

[14] В. пар. 756. АГЗ-а

нужна наследна права адоптивних сродника, па усвојиоцу није припадало право на нужни део, које право је од адоптивних сродника према АГЗ-у могао остваривати усвојеник на основу Дворског декрета од 10. маја 1833. године.

Наследноправни утицај адоптивног сродства после Другог светског рата

Адоптивни сродници као законски наследници према Закону о наслеђивању ФНРЈ

Основни разлози који су захтевали доношење Закона о наслеђивању ФНРЈ из 1955. године (СЗОН)[15] прозлазили су из наслеђених различитости режима наслеђивања из времена старе Југославије и из неуједначености судске праксе у промењеним друштвено-политичким и друштвено-економским условима нове Југославије. С обзиром да у старој Југославији није постојао јединствен режим наслеђивања, већ је за ову област друштвених односа постојало шест различитих правних подручја,[16] судови нове Југославије, а нарочито Савезни врховни суд одиграли су значајну улогу у процесу уједначавања правног режима наслеђивања, па је десетогодишња судска пракса дала огроман прилог решењима садржаним у савезном Закону о наслеђивању.

У складу са новим принципима на којима је након Другог светског рата засновано породично право, дошло је и до промене концепције усвојења, чији циљ у односу на прописе Краљевине Југославије постаје другачији и подразумева пре свега заштиту деце без родитељског старања. Та заштита се према савезном Основном закону о усвојењу из 1947. године[17] постизала непотпуним усвојењем, као јединим видом усвојења који је овај

[15] „Службени лист ФНРЈ“, бр. 20/55; „Службени лист СФРЈ“, бр. 42/65, 47/65.

[16] Након уједињења 1918. године, на подручју Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца правни партикуларизам је постојао готово у свим областима права, а поред већ споменута два правна подручја постојала су још четири подручја, па су на подручју Међумурја, Прекомурја и Војводине важили угарско обичајно и прецедентно право, у БиХ у области породичног и наследног права за хришћане су важили црквени канони и обичајна правила понашања, за муслимане шеријатско право, док је у Црној Гори важио Општи имовински законик, који међутим није регулисао наследноправну материју.

[17] „Службени лист ФНРЈ“, бр. 30/1947.

закон предвиђао. У складу са основним карактеристикама овог вида усвојења, према којима усвојеник не раскида везе са својим крвним сродницима, те да се овим усвојењем заснива само однос сродства између усвојеника и његових потомака с једне стране, и усвојиоца са друге стране, то је и Савезни закон о наслеђивању нормирао наследноправне последице оваквог усвојења, у смислу правила према којем су усвојеник и његови потомци законски наследници усвојиоца, али не и његових сродника, при чему су се у самом акту о усвојењу ова права могла ограничити или сасвим искључити, под условом да је усвојилац имао рођену децу.[18] Између усвојеника и његових крвних сродника законски наследни ред остајао је непромењен. Исти члан СЗОН-а уређивао је и наследна права усвојиоца и његових сродника, према којем се они нису могли појавити као законски наследници усвојеника и његових потомака.[19] Притом, независно од тога да ли су усвојенику наследна права била потпуно призната, или су била делимично ограничена, усвојеник је ова права могао изгубити у ситуацији када је усвојилац био поднео захтев за престанак усвојења, а после његове смрти се утврди оправданост оваквог захтева.[20]

Наведена правила важила су и у погледу нужног наслеђивања, па су сходно томе само усвојеник и његови потомци могли остваривати право на нужни део у односу на заоставштину усвојиоца, али не и његових сродника, уколико у акту у усвојењу нису постојала искључења наследних права, а уколико су постојала ограничења наследних права, онда је основицу нужног дела представљао умањени законски део, при чему усвојиоцу и његовим сродницима није припадало право на нужни део у односу на заоставштину усвојеника.[21]

Претходно изнет начин регулисања законских наследних права адоптивних сродника представљало је последицу схватања да је усвојење установа која се у претежној мери заснива у корист усвојеника, те да је стога само усвојеник могао да има користи од усвојења у виду једностраног наследног права. Хипотеза према којој би усвојилац имао законско право наслеђа према усвојенику није била позната нашем првом закону о наслеђивању. Ту је безусловност због његове неоправданости и неправичности, напустио касније донети Закон о наслеђивању СР Србије из 1974. године.

[18] В. чл. 19. Основног закона о усвојењу
[19] В. чл. 25. СЗОН-а
[20] В. чл. 26. СЗОН-а
[21] В. чл. 30. СЗОН-а у вези са чл. 25. СЗОН

Адоптивни сродници као законски наследници према Закону о наслеђивању СР Србије

Нови закони о наслеђивању република и покрајина су у основи у највећој мери прихватили решења из ранијег савезног закона о наслеђивању из 1955. године.[22] Тако је и ЗОН СР Србије из 1974. године[23] такође регулисао само наследноправне последице непотпуног усвојења, с обзиром на то да је увођење потпуног усвојења уследило две године након доношења Закона о наслеђивању, Законом о усвојењу из 1976. године.[24] Закон о наслеђивању СР Србије је наследна права усвојеника и њихових потомака из непотпуног усвојења према усвојиоцу регулисао на исти начин као и ранији закон о наслеђивању. Осим тога, и према новом закону, као што је то био случај и према савезном закону о наслеђивању, усвојење не дира у наследна права између усвојеника и његових крвних сродника, с обзиром на то да се они и даље могу наслеђивати без обзира на извршено усвојење, али ипак трпи извесно ограничење. Правило које је савезним законом о наслеђивању било постављено без изузетка, а по којем непотпуно усвојење не дира у наследна права између усвојеника и његових крвних сродника, по Закону о наслеђивању СР Србије постављено је са ограничењем, с обзиром да је према овом закону постојала могућност да родитељи оставиоца, иако његови крвни сродници, некад нису могли наследити имовину усвојеника, јер ју је у одређеним ситуацијама наслеђивао усвојилац.[25] Наиме, ЗОН СР Србије је укинуо безусловност постављену од стране претходно донетог закона, предвиђајући да усвојилац, али само он, не и његови сродници, може имати законско наследно право према усвојенику и његовој деци, уколико су испуњени услови који подразумевају немање нужних средстава за живот на страни усвојиоца и постојање важних разлога за то. Наведене разлоге оцењивао је суд узимајући у обзир нарочито способност за привређивање и имовинске прилике усвојиоца, па уколико би усвојилац испуњавао ове услове, њему би припадало исто наследно право које он има и према својој деци и унуцима, односно, усвојилац би добијао део који би иначе добио родитељ, односно деда или баба усвојеника. Ово законско наследно право у корист усвојиоца, под претпоставком испуњења наведених услова, зависило је у

[22] Уставни амандмани из 1971. године изменили су и нормативну надлежност у области наследног права, тако да су материјалноправна питања наслеђивања прешла у законодавни делокруг република и покрајина.

[23] „Службени гласник СР Србије“, бр. 52/74, 1/80.

[24] „Службени гласник СР Србије“, бр. 17/76.

[25] В. Борислав Благојевић: *Наследно право у Југославији - права република и покрајина*, Београд, 1988., стр. 140-141.

конкретном случају и од постојања законског наследног права у корист усвојеника на имовину усвојиоца, односно да наследна права усвојеника нису уговором о усвојењу искључена или ограничена.[26] Дакле, битан услов постојања наследних права по основу адоптивног сродства представљао је пуноважан уговор о усвојењу, којим није у потпуности искључено или ограничено право наслеђа усвојеника, односно његових потомака, а сходно томе и право наслеђа усвојиоца према усвојенику, при чему је потребно да је овакав уговор био пуноважан у моменту смрти усвојиоца, односно усвојеника, па ако би захтев за раскид овог уговора био поднет од стране усвојиоца или усвојеника, дакле од стране било ког уговарача, па се након његове смрти утврди оправданост захтева, онда у том случају није могло доћи до наслеђивања по основу чињенице адоптивног сродства.[27] Под условом непостојања искључења наследних права, усвојенику и његовим потомцима припадало је не само право на законски део, већ и право на нужни део у односу на заоставштину усвојиоца. Усвојиоцу је поред испуњења претходног услова који се односио на непостојање искључења наследних права усвојеника, право на нужни део у односу на заоставштину усвојеника и његове деце припадало под претпоставком испуњења још једног услова, под којима је усвојиоцу иначе припадало и законско наследно право, а који услови су се односили на немање нужних средстава за живот и постојање важних разлога за остваривање ових права.[28] Уколико су наследна права била ограничена, основицу нужног дела било усвојеника, односно његових потомака, било усвојиоца представљао је умањени законски део.

[26] В. чл. 20. ЗОН-а СР Србије из 1974. године

[27] У чл. 21. ЗОН-а СР Србије из 1974. године била је нормирана само ситуација у којој је усвојилац поднео захтев за престанак усвојења, а после његове смрти се утврди да је захтев био основан. Међутим, у теорији се наводило да иако је законски текст говорио само о случају када је усвојилац за живота поднео захтев за раскид усвојења, да се под тим ипак мора подразумевати и право усвојеника да за живота поднесе захтев за раскид усвојења, узимајући у обзир систем нових закона о наслеђивању република и покрајина које дају право наслеђа и усвојиоцу према усвојенику. В. Борислав Благојевић: *op. cit.*, Београд, 1988., стр. 142.

[28] В. чл. 25. ЗОН-а СР Србије у вези са чл. 20. ЗОН-а СР Србије. Сматрамо да је усвојилац када се јављао као нужни наследник деце свог усвојеника морао испунити још и услов који подразумева његову **трајну** неспособност за рад (суд је иначе морао при одлучивању о законским наследним правима усвојеника процењивати способност за привређивање усвојиоца, али се код права на нужни део морало инсистирати на трајној неспособности за рад), с обзиром да је он деци свог усвојеника деда, те с обзиром на то да су према ЗОН-у СР Србије из 1974. године деде и бабе били условни нужни наследници, који су право на нужни део могли остварити тек и уз испуњење субјективних услова, који су се односили на трајну неспособност за рад и немање нужних средстава за живот.

Утицај адоптивног сродства на законска наследна права према Закону о наслеђивању Србије из 1995. године

С обзиром да је кодификовани Закон о браку и породичним односима Србије,[29] нормирао непотпуно и потпуно усвојење као видове усвојења, Законом о наслеђивању Србије из 1995. године[30] су наследноправне последице усвојења регулисане на различит начин, у зависности од тога о ком виду усвојења се ради. Овакво стање је трајало све до доношења Породичног закона Србије из 2005. године, којим је предвиђена само једна врста усвојења – потпуно усвојење, што значи да ће постојећи наследноправни прописи у погледу непотпуног усвојења, имати значај само када се ради о непотпуним усвојењима заснованим да почетка примене новог Породичног закона Србије.[31]

С обзиром да потпуно усвојење у целини имитира родитељски однос, то је Законом о наслеђивању Србије наследноправни положај усвојеника и усвојиоца усклађен са одговарајућим положајем родитеља и деце, односно, усвојеник и његови потомци наслеђују на исти начин и са истим наследноправним последицама као и крвни сродници усвојиоца, па сходно томе наслеђују и усвојиоца и његове сроднике.[32] Напред наведено значи да усвојеник из потпуног усвојења и његови потомци наслеђују усвојиоца и његове претке као наследници првог законског наследног реда, док потомке усвојиоца или пак његове побочне сроднике наслеђују као законски наследници другог или трећег наследног реда. С друге стране, потпуно усвојење истовремено подразумева престанак узајамних наследних права између усвојеника и његових потомака и усвојеникових природних сродника,[33] осим када се, у складу са прописима Породичног закона Србије као усвојилац јавља супружник или ванбрачни партнер родитеља детета,[34] у ком случају, усвојеник може наслеђивати како по основу чињенице крвног сродства, тако и по основу чињенице адоптивног сродства. Исто тако, усвојилац и његови сродници су законски наследници усвојеника и његових

[29] „Службени гласник СР Србије“ бр. 22/80 и 11/88. „Службени гласник РС“, бр. 22/93, 25/93, 35/94, 46/95 и 29/01.

[30] „Службени гласник РС“, бр. 46/95.

[31] У прелазним и завршним одредбама Породичног закона Србије из 2005. године („Службени гласник РС“, бр. 18/2005), у чл. 358. ст. 1. предвиђено је да се на усвојење засновано пре почетка примене овог закона примењују прописи који су важили до дана почетка примене овог закона.

[32] В. чл. 34. ст. 1. ЗОН Србије

[33] В. чл. 34. ст. 2. ЗОН Србије

[34] В. чл. 101. ст. 2. Породичног закона Србије

потомака, на исти начин као што родитељи и њихови сродници наслеђују своју децу и њихове потомке,[35] што значи да су у односу на усвојеника као оставиоца усвојилац и његови потомци законски наследници другог наследног реда, док су родитељи усвојиоца и њихови потомци законски наследници трећег наследног реда, деде и бабе усвојиоца законски наследници четвртог наследног реда, прадеде и прабабе усвојиоца наследници петог наследног реда, а као могући потенцијални законски наследници могли би се појавити и сви даљи директни преци усвојиоца.[36]

С обзиром да непотпуним усвојењем, који нови Породични закон више не предвиђа као вид усвојења који би се могао засновати, настаје однос сродства само између усвојиоца и усвојеника и његових потомака, то је наследноправним прописима предвиђено да су усвојеник из оваквог усвојења и његови потомци законски наследници усвојиоца, не и његових сродника (усвојеник и његови потомци истовремено задржавају и наследна права према својим крвним сродницима), при чему је ова претпоставка оборива, у смислу могућности искључења или ограничења законских наследних права усвојеника.[37] Наиме, ранијим важећим породичноправним прописима, односно Законом о браку и породичним односима Србије било је предвиђено да је до оваквог искључења, односно ограничења наследних права усвојеника из непотпуног усвојења могло доћи, али само уколико је усвојилац имао рођену децу у моменту заснивања усвојења,[38] при чему је искључење или ограничење наследних права могло бити различито одређено у односу на једног или другог усвојиоца, уколико су брачни другови заједно усвојили дете.[39] Тако је један од брачних другова могао потпуно признати наследна права усвојенику, док други пак уопште није морао признати наследна права, при чему је свако од њих могао наследна права усвојеника у различитој мери ограничити. У случају искључења наследних права, положај усвојеника је такав као да није доживео делацију, док у случају ограничења наследних права, усвојенику припада онолики део за-

[35] В. чл. 37. ЗОН Србије

[36] В. чл. 37. у вези са чл. 12-20.ЗОН-а Србије

[37] В. чл. 35. ЗОН-а Србије

[38] У теорији је изнет став по којем усвојилац може искључити или ограничити усвојеникова наследна права и онда када нема природне деце, али има других потомака (нпр. унуке), с обзиром да се ratio legis ограничења или искључења усвојеникових наследних права у оба случаја састоји у заштити наследних права природних потомака усвојиоца, а доследно томе могуће је и искључење или ограничење наследних права усвојеника из непотпуног усвојења и у ситуацији када усвојилац има и усвојеника из потпуног усвојења, с обзиром да ово усвојење у потпуности имитира крвно сродство. В. Оливер Б. Антић, Зоран М. Балиновац: *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд, 1996., стр. 201-202.

[39] В. чл. 176. ЗБПО Србије

оставштине који одговара његовим наследним правима, у сваком случају део који је мањи од наследног дела природног детета усвојиоца, при чему се умањени део додељује равномерно природној деци оставиоца, односно евентуално њиховим потомцима по праву репрезентације. У последњем могућем случају, када нема ограничења нити искључења наследних права усвојеника, усвојеник (и његови потомци по праву репрезентације иза усвојеника) улази у први законски наследни ред, па сходно томе дели заоставштину са осталом децом оставиоца на једнаке делове.

У погледу питања могућности усвојиоца да и након заснивања усвојења искључи или ограничи наследна права усвојеника из непотпуног усвојења у теорији су изнети различити ставови. У делу теорије изнет је став према којем усвојилац и након заснованог усвојења може ограничити или искључити наследна права усвојеника, образложено тиме да би гледиште према којем би овакво ограничење или искључење наследних права било могуће само у тренутку заснивања усвојења ставило усвојиоца који у тренутку заснивања усвојења није имао природне деце у незгодан положај, ако касније по заснованом усвојењу добије природно дете, с тим што је исто тако могуће, у случају када су приликом заснивања усвојења искључена или ограничена усвојеникова наследна права, а усвојилац након тога изгуби природну децу или потомке, касније проширити или у потпуности признати усвојеникова наследна права.[40] Међутим, у другом делу теорије, изнето је мишљење које полази од заштите интереса усвојеника и чињенице да је усвојење установа чији је првенствени циљ заштита интереса детета које се усваја, те да уколико питање наследних права усвојеника из непотпуног усвојења није било регулисано приликом заснивања, то се ни касније није могло учинити, односно наследна права усвојеника није могуће накнадно нити ограничити, нити искључити, при чему се наглашава да разлог за накнадно регулисање наследних права усвојеника посебно не може бити чињеница да се усвојиоцима после заснивања усвојења родило дете.[41] С обзиром да непотпуно усвојење више није предвиђено позитивним законодавством Србије, то се може рећи да и споменута проблематика у данашње време губи на значају.

[40] Наведено мишљење полази од скривене условности уговора о усвојењу, условности која произилази из тога да су права усвојеника и после заснивања усвојења условљена постојањем усвојиочеве природне деце. Према овом мишљењу форма доцније, после заснованог усвојења, дате изјаве о искључењу или ограничењу наследних права усвојеника из непотпуног усвојења и њених евентуалних измена, требала би да буде дата у облику завештања, како она којом се усвојеник лишава или ограничава у наследним правима према усвојиоцу, тако и свака доцнија којом се првобитно дата изјава мења. В. Оливер Б. Антић, Зоран М. Балиновац: *op. cit.,* стр. 202-203.

[41] В. Олга Цвејић-Јанчић: *Породично право II – Родитељско право и старатељско право*, Нови Сад, 2004., стр. 109.

Када је реч о наследноправном положају усвојиоца из непотпуног усвојења, ЗОН Србије у односу на претходни закон, на знатно јаснији и прецизнији начин регулише његова наследна права, постављајући пре свега правило да усвојилац и његови сродници не могу наследити усвојеника, с обзиром да усвојеника наслеђују његови крвни сродници. Од наведеног правила је ипак могуће одступити када се ради о усвојиоцу, и то само уколико усвојилац нема нужних средстава за живот, а усвојеник нема наследника из првог наследног реда, у ком случају усвојилац може захтевати доживотно уживање на делу заоставштине који су наследили остали наследници усвојеника из другог законског наследног реда, и то у року од једне године од усвојеникове смрти. Наведено право је могуће остваривати само под условом да при усвојењу нису била искључена усвојеникова наследна права, при чему ће суд приликом одлучивању о оваквом захтеву узети у обзир дужину трајања усвојења, обим наследних права усвојеника, вредност заоставштине, као и имовно стање наследника позваних на наслеђе. Ово право, с обзиром да је засновано на личним својствима, те условљено немањем нужних средстава за живот на страни усвојиоца, не може се наслеђивати у ситуацији када усвојилац умре остварења овог наследног права,[42] као што не прелази на наследнике усвојиоца ни онда када га је усвојилац већ остварио, с обзиром да се тада право доживотног уживања гаси и престаје да оптерећује добра на којима постоји.

На основу претходно изнетих карактеристика положаја адоптивних сродника као законских наследника, а узимајући у обзир и круг нужних наследника у праву Србије, може се закључити да када се ради о адоптивним сродницима из потпуног усвојења, право на нужни део могу потенцијално остварити и то само на основу чињенице адоптивног сродства усвојеник из оваквог усвојења, сви његови потомци по праву представљања, као и усвојиоци(лац). Поред њих, потенцијални нужни наследници су још и првостепено потомство усвојиоца (браћа и сестре по основу адоптивног сродства), родитељи усвојилаца, а евентуално и даљи преци усвојилаца, али уз испуњење додатног услова који се односи на трајну неспособност за привређивање и немање нужних средстава за живот на страни ових лица. Међутим, када је реч о остваривању права на нужни део код већ заснованих непотпуних усвојења, круг адоптивних сродника као нужних наследника је ужи, па поред усвојеника, односно потомака усвојеника из непотпуног усвојења (и то под условом да им наследна права нису била искључена, а ако су ограничена – основицу нужног дела представља умањени законски део), право на нужни део може остварити још само усвојилац из непотпуног усвојења, под условима под којим може остварити и

[42] В. чл. 38. ЗОН Србије

право на законски део, те уколико је уз то и трајно неспособан за привређивање.[43]

До губитка, односно престанка законских и нужних наследних права, која произилазе из чињенице сродства заснованог потпуним усвојењем може доћи само у случају евентуалног престанка потпуног усвојења услед његове ништавости.[44] С обзиром да у случају престанка потпуног усвојења поништајем, орган старатељства може одлучити да природни родитељи поново преузму старање о детету, у случају када су они познати и ако не постоји правна сметња за то (пресуда о поништају усвојења нема ретроактивно дејство, па се ни родитељско право природних родитеља не успоставља аутоматски, уколико су они живи и познати), то смо мишљења да у овом случају постоји поновна могућност остваривања законских наследних права оваквог детета према својим родитељима и осталим крвним сродницима, као и обрнуто, родитеља и осталих крвних сродника детета према детету као оставиоцу, с обзиром на чињеницу да више не постоји однос сродства заснованог потпуним усвојењем који је повлачио губитак законских наследних права између усвојеника и његових крвних сродника, те да је истовремено успостављено родитељско право природних родитеља.

Споменућемо да је непотпуно усвојење према Закону о браку и породичним односим Србије могло престати[45] те да су у том случају престајала и законска наследна права адоптивних сродника из непотпуног усвојења, при чему је у ЗОН-у Србије нормиран престанак наследних права усвојеника и његових потомака према усвојиоцу и у случају када је усвојилац био поднео захтев за престанак усвојења, па се након његове смрти утврди да је захтев био основан.[46]

[43] В. чл. 39. ст. 1. ЗОН-а Србије у вези са чл. 34. ст.1., чл. 35. ст. 1., чл. 37. и чл. 38. ЗОН-а Србије

[44]Према Породичном закону Србије до поништаја потпуног усвојења може доћи у случају када приликом заснивања усвојења нису били испуњени услови за његову пуноважност предвиђени у чл. 89-103. овог закона, у ком случају је усвојење ништаво, као и у случају када је сагласност за усвојење дата под принудом или у заблуди, у ком случају је усвојење рушљиво. В. чл. 106-108. и чл. 275. Породичног закона Србије.

[45] Непотпуно усвојење је могло престати: решењем органа старатељства по службеној дужности када утврди да то захтевају оправдани интереси малолетног усвојеника, раскидом (споразумним или на предлог усвојиоца или усвојеника ако за то постоје оправдани разлози), као и поништајем. В. чл. 177-178. и чл. 181-182. и 184. ЗБПО Србије.

[46] В. чл. 36. ЗОН-а Србије

Утицај адоптивног сродства на законска наследна права у упоредном праву (законодавства бивших југословенских република)

У законодавствима земаља нашег окружења може се уочити присуство тенденције која долази до изражаја у породичноправним прописима ових земаља, као и уопште у савременим правним системима, према којој је потпуно усвојење једини могући вид усвојења. Међутим, с обзиром да је у свим овим правима, могућност заснивања непотпуног усвојења постојала у дужем временском периоду, те с обзиром да је могуће да тако заснована усвојења и данас постоје, то је прописима ових земаља регулисан и положај адоптивних сродника из непотпуног усвојења, па сходно томе и њихов наследноправни положај.

Наследноправне последице адоптивног сродства у Републици Словенији

Закон о браку и породичним односима Републике Словеније предвиђа само једну врсту усвојења – потпуно усвојење, код ког вида усвојења престају сва права и дужности усвојеника према својим родитељима и осталим крвним сродницима, као и што престају права и дужности родитеља и крвних сродника према усвојенику, при чему у породици усвојиоца добија положај детета усвојеника, чиме настају и одговарајућа узајамна права и дужности између усвојеника и његових потомака и усвојиоца и његових крвних сродника,[47] која подразумевају и одговарајућа наследна права. Тако је Законом о наслеђивању Републике Словеније предвиђено да усвојеник и његови потомци имају према усвојиоцу и његовим сродницима иста законска наследна права као и усвојиочева природна деца и остали потомци, наслеђујући истовремено и остале усвојиочеве усвојенике и њихове потомке, као што и усвојилац и његови сродници имају законска наследна права према усвојенику, а сходно начелу узајамности у наслеђивању, као и узимајући у обзир и претходно споменуте породичноправне прописе, исто тако би требали имати и наследна

[47] Закон о браку и породичним односима Републике Словеније донет је 1976. године („Уредни лист СР Словеније“, бр. 15/76). Након тога уследило је више измена и допуна. В. чл. 142-143. пречишћеног текста ЗБПО-а Републике Словеније. („Уредни лист РС“, бр. 69/04).

права према усвојениковим потомцима, иако према Закону о наслеђивању Републике Словеније ово није изричито предвиђено.[48] С друге стране, усвојеник и његови потомци немају законска наследна права према својим родитељима, њиховим потомцима, другим сродницима, нити према родитељевим усвојеницима и њиховим потомцима.[49] Од овог правила постоји изузетак једино у случају када једно лице потпуно усвоји дете свог супружника, у ком случају дете, поред наследних права према адоптивним сродницима, истовремено задржава и наследна права према свом родитељу, као и према његовим сродницима.[50]

На основу претходно наведеног, а узимајући у обзир и правила законског наслеђивања у Републици Словенији, може се закључити да су усвојеник из потпуног усвојења и његови потомци законски наследници првог наследног реда иза усвојилаца као оставилаца, те иза родитеља усвојилаца, који су усвојенику деде и бабе, као и иза осталих предака усвојилаца; законски наследници другог наследног реда иза осталих првостепених потомака усвојиоца (браће и сестара по адоптивном сродству), као и првостепених потомака родитеља усвојиоца (стричева, ујака и тетака по основу адоптивног сродства); законски наследници трећег наследног реда иза деце своје браће и сестара по основу адоптивног сродства (сестрића, братанаца, синоваца по основу адоптивног сродства), као и иза другостепених потомака родитеља усвојиоца (браће и сестара од стричева, ујака и тетака по основу адоптивног сродства). С друге стране, усвојеника који нема потомке као законске наследнике првог наследног реда могу наследити усвојиоци и сви њихови потомци, као законски наследници другог наследног реда, те родитељи усвојилаца, односно деде и бабе усвојеника из потпуног усвојења, али и њихово потомство по праву репрезентације, као законски наследници трећег наследног реда.[51]

С обзиром да је Законом о браку и породичним односима Републике Словеније предвиђено само потпуно усвојење као вид усвојења, у прелазним и завршним одредбама ЗОН-а Републике Словеније предвиђено је да ће се погледу наследних права адоптивних сродника из непотпуних усвојења заснованих по ранијим прописима (по прописима ранијег Закона

[48] У теорији се такође наводи да усвојилац и његови сродници имају законска наследна права према усвојенику, као и према његовим потомцима. В. Карол Зупанчић: *Дедовање з уводними појаснили проф. др Карла Зупанчића*, Љубљана, 2005., стр. 49.

[49] Закон о наслеђивању Републике Словеније донет је 1976. године („Уредни лист СР Словеније“, бр. 15/76, 23/78). Закон о изменама и допунама Закона о наслеђивању СР Словеније из 1976. године донет је 2001. годие. („Уредни лист РС“, бр. 67/2001). В. чл. 21. ЗОН-а Републике Словеније.

[50] В. чл. 138. Закона о браку и породичним односима Словеније

[51] В. чл. 21. ст. 1-3. ЗОН-а Републике Словеније у вези са чл. 11-20. ЗОН-а Републике Словеније.

о усвојењу из 1947. године) примењивати одредбе Закона о наслеђивању СФРЈ, који је важио у овој земљи пре доношења ЗОН-а из 1976. године (измењеног и допуњеног 2001. године).[52] Напред наведено значи да у погледу свих раније заснованих непотпуних усвојења важи правило, према којем усвојеници из непотпуног усвојења и њихови потомци, осим што задржавају наследна права према својим крвним сродницима, имају и наследна права према усвојиоцу, уколико им иста уговором о усвојењу нису искључена или ограничена (дакле, ако се ради о непотпуном усвојењу они се могу појавити само као законски наследници првог законског наследног реда), али немају наследна права према сродницима усвојиоца, његовом брачном другу, нити другим његовим усвојеницима, док с друге стране усвојилац и његови сродници немају законска наследна права према усвојенику, нити према његовим потомцима.[53]

Као и у осталим правима, положај адоптивних сродника у праву Републике Словеније, када је реч о могућности остваривања права на нужни део, у основи прозилази из положаја који они имају као законски наследници, уз одређене додатне услове, чије је испуњење неопходно у погледу одређених адоптивних сродника. Тако су усвојеник из потпуног усвојења, као и његови потомци нужни наследници без постављања било ког додатног услова, док су усвојеник из непотпуног усвојења, односно његови потомци нужни наследници усвојиоца онда када наследна права усвојеника нису била искључена, или ако су ограничена, онда основ за израчунавање нужног дела представља умањени законски део. Усвојиоцу из потпуног усвојења такође припада право на нужни део без икаквих условљавања, док усвојиоцу из непотпуног усвојења не припада право на нужни део, с обзиром да исти није законски наследник. Право на нужни део може припасти још и првостепеним потомцима усвојиоца из потпуног усвојења (не и из непотпуног усвојења), односно браћи и сестрама по основу адоптивног сродства, као и родитељима усвојиоца из потпуног усвојења (дедама и бабама усвојеника из потпуног усвојења) и то под условом који се односи на њихову трајну неспособност за рад и немање нужних средстава за живот.[54]

[52] В. чл. 228. ст. 2. ЗОН-а Републике Словеније. У чл. 227. Закона о браку и породичним односима Републике Словеније предвиђено је да се на усвојења заснована по досадашњим прописима ове земље, примењују ти прописи, што значи да се када је реч о наследним правима примењује Закон о наслеђивању СФРЈ из 1955. године. Ово не важи у случају када је усвојење, које је засновано по ранијим прописима промењено у усвојење које предвиђа постојећи ЗБПО Републике Словеније (у потпуно усвојење), које је могуће уколико су за то испуњени услови предвиђени у ЗБПО.

[53] В. чл. 25. ЗОН-а СФРЈ

[54] В. чл. 25. у вези са чл. 21. ст. 1-3. Закона о наслеђивању Републике Словеније. В. и чл. 30. у вези са чл. 25. ст. 1-3. ЗОН-а СФРЈ из 1955. године.

Потпуно усвојење не може престати, али у случају поништаја потпуног усвојења, до којег може доћи услед неиспуњења услова предвиђених правом Републике Словеније за његову пуноважност, споменута законска и нужна наследна права адоптивних сродника из потпуног усвојења узајамно престају.[55] С друге стране, у погледу постојећих непотпуних усвојења заснованих по старим прописима, те законских и нужних наследних права усвојеника из непотпуног усвојења и његових потомака према усвојиоцу из непотпуног усвојења, важи правило предвиђено у ЗОН-у СФРЈ, према којем она престају уколико је усвојилац био поднео захтев за престанак усвојења, а по његовој смрти се утврди да је захтев био основан,[56] као и уопште уколико је непотпуно усвојење за живота усвојиоца престало.

Наследноправне последице адоптивног сродства у БЈР Македонији

Од права која представљају предмет анализе, само позитивноправним прописима БЈР Македоније, односно Законом о породици ове земље, поред потпуног усвојења постоји и даље могућност заснивања непотпуног усвојења, при чему потпуним усвојењем настају односи који настају природним рођењем, док непотпуним усвојењем настају односи који постоје између родитеља и деце.[57]

Сродство које настаје потпуним усвојењем је у погледу наслеђивања изједначено са крвним сродством, што значи да доводи до настанка међусобних наследних права усвојеника и његових потомака и усвојиоца и његових сродника, али и истовременог престанка међусобних наследних права усвојеника и његових потомака са својим крвним сродницима.[58] Изузетак од овог, као и у осталим анализираним правима представља ситуација када се као усвојилац јавља брачни друг родитеља усвојеника,[59] у ком случају усвојење не дира у наследна права усвојеника према свом природном родитељу и његовим сродницима, па овакав усвојеник може остваривати законска наследна права и по основу крвног и по основу

[55] В. чл. 144. и 152-153. Закона о браку и породичним односима Словеније

[56] В. чл. 26. ЗОН-а СФРЈ

[57] Закон о породици БЈР Македоније донет је 1992. године. „Службени весник на РМ“, бр. 80/92. В. чл. 95. ст. 1. Закона о породици БЈР Македоније.

[58] Закон о наслеђивању бивше југословенске Републике Македоније донет је 1996. године. „Службени весник на РМ“, бр. 47/96. В. чл. 4. ЗОН-а БЈР Македоније

[59] В. чл. 113. ст. 3. Закона о породици Македоније и 24. ЗОН-а БЈР Македоније

адоптивног сродства. На основу претходно наведеног, те на основу круга законских наследника у праву БЈР Македоније, може се закључити да су усвојеник из потпуног усвојења (а његови потомци по праву представљања) законски наследници првог наследног реда иза усвојиоца као оставиоца, те иза родитеља усвојиоца, који су усвојенику деде и бабе, као и иза даљих предака усвојиоца; законски наследници другог наследног реда иза остале деце усвојиоца (браће и сестара по основу адоптивног сродства), као и првостепених потомака родитеља усвојиоца (стричева, ујака и тетака по основу адоптивног сродства), законски наследници трећег наследног реда иза деце своје браће и сестара по основу адоптивног сродства (сестрића, братанаца, синоваца по основу адоптивног сродства), као и иза другостепених потомака родитеља усвојиоца (браће и сестара од стричева, ујака и тетака по основу адоптивног сродства). У ситуацији када иза усвојеника из потпуног усвојења нису остали потомци као законски наследници првог наследног реда, њега могу по основу закона наследити следећи адоптивни сродници: усвојиоци и потомци усвојилаца по праву репрезентације, као потенцијални наследници другог наследног реда, као и родитељи усвојиоца, односно деде и бабе усвојеника из потпуног усвојења, те и сво њихово потомство по праву репрезентације, као законски наследници трећег наследног реда.[60]

Непотпуним усвојењем усвојеник и његови потомци могу постати само законски наследници првог наследног реда, с обзиром да они заснивањем непотпуног усвојења стичу наследна права само према усвојиоцу из оваквог усвојења, не и према његовим крвним сродницима, нити његовом брачном другу нити другим усвојеницима, под условом да наследна права усвојеника из непотпуног усвојења нису ограничена или искључена, до којег ограничења или искључења може доћи под условом да у моменту заснивања усвојења усвојилац има своју рођену децу.[61] Када је у складу са одредбама Закона о породици дошло до заснивања непотпуног усвојења од стране брачних другова, наследна права усвојеника сваки од брачних другова може одредити на различит начин.[62] У теорији је изнет став да у БЈР Македонији (као што је у делу теорије такав став изнет и за наше право) разлог искључења или ограничења наследних права усвојеника не може бити рођење детета усвојиоца након већ заснованог усвојења. Такође се сматра да уколико је до оваквог искључења или ограничења дошло у

[60] В. чл. 4. ст. 1. у вези са чл. 13-22. Закона о наслеђивању БЈР Македоније.

[61] В. чл. 23. ст. 2-3. ЗОН-а БЈР Македоније и чл. 115. ст. 3. Закона о породици БЈР Македоније

[62] В. чл. 115. ст. 4. Закона о породици Македоније

моменту заснивања усвојења због постојања рођене деце, али у моменту смрти усвојиоца тај услов није више испуњен, да је у том случају оправдано признати наследна права усвојенику, односно његовим потомцима.[63] Под условом да нису постојала искључења или ограничења наследних права усвојеника из непотпуног усвојења и усвојилац из непотпуног усвојења, дакле само он, не и његови сродници, може се појавити као законски наследник усвојеника из непотпуног усвојења и његових потомака,[64] а то значи да се овакав усвојилац може појавити као законски наследник другог наследног реда иза усвојеника као оставиоца или евентуално трећег наследног реда иза првостепених потомака усвојеника (својих унука). Остале потомке усвојеника усвојилац не може наследити, с обзиром да се у праву БЈР Македоније законско наслеђивање завршава са трећим законским наследним редом. Међутим, код непотпуног усвојења, без обзира на извршено усвојење и даље се могу наслеђивати усвојеник и његови крвни сродници, с тим што ЗОН БЈР Македоније на јасан начин регулише постојећу конкуренцију родитеља, односно усвојиоца у остваривању законских наследних права, нормом из које произилази да уколико нису постојала ограничења или искључења наследних права усвојеника, а усвојилац је у моменту смрти усвојеника жив, а може и хоће да наследи усвојеника, онда ће он као законски наследник другог наследног реда имати првенство на наслеђе у односу на родитеље усвојеника.[65] Тек када усвојилац није надживео усвојеника, или се одрекао права да наследи, или је недостојан за наслеђивање, законска наследна права ће моћи остваривати крвни сродници усвојеника, с обзиром да сродници усвојиоца из непотпуног усвојења немају законска наследна права према усвојенику. Осим тога, с обзиром да је усвајање детета од стране брачног друга родитеља детета могуће не само у виду потпуног, већ и непотпуног усвојења, то онда и у овом случају неће доћи до престанка могућности остваривања наследних права природног родитеља, као и његових предака и потомака према усвојенику, која дакле могу постојати и паралелно са наследним правом усвојиоца.[66]

У праву БЈР Македоније положај адоптивних сродника као нужних наследника је такав да усвојеник из потпуног усвојења улази у круг нужних наследника по основу саме чињенице адоптивног сродства, односно

[63] В. Кирил Чавдар: *Коментар на Законот за наследувањето со обрасци за практична примена,* Скопље, 1996., стр. 51.

[64] В. чл. 23. ст. 2. ЗОН-а БЈР Македоније

[65] В. чл. 23. ст. 1- 2. ЗОН БЈР Македоније

[66] В. чл. 24. ЗОН-а БЈР Македоније

без постављања било каквих додатних услова, док је усвојеник из непотпуног усвојења нужни наследник усвојиоца онда када његова наследна права нису била искључена, а уколико су била ограничена – онда основицу његовог нужног дела представља умањени законски део. Уз испуњење одређених услова који се односе на постојање заједнице живота са оставиоцем, издржавање од стране оставиоца, или пак трајну неспособност за рад и немање нужних средстава за живот и потомци усвојеника из потпуног и непотпуног усвојења могу остварити право на нужни део (последње наведени и уз услов да није постојало искључење наследних права усвојеника из непотпуног усвојења). Независно од тога да ли се ради о потпуном или непотпуном увојењу, усвојиоцу припада право на нужни део, само уз испуњење услова који се односи на трајну неспособност за рад и немање нужних средстава за живот, а усвојиоцу из непотпуног усвојења уз испуњење још једног претходног услова, који подразумева да исти није ограничио или искључио наследна права усвојеника у моменту заснивања усвојења. Узимајући у обзир круг нужних наследника у праву БЈР Македоније, од адоптивних сродника право на нужни део може припасти још и првостепеним потомцима усвојиоца из потпуног усвојења (али не и из непотпуног усвојења), односно браћи и сестрама по основу адоптивног сродства и то под условом који се односи на њихову трајну неспособност за рад и немање нужних средстава за живот.[67]

За разлику од потпуног усвојења, у погледу којег је Законом о породици БЈР Македоније предвиђено да не може престати раскидом, непотпуно усвојење може престати,[68] у ком случају ће престати и могућност остваривања свих претходно споменутих наследних права између усвојиоца, усвојеника и његовог потомства, како права на законски наследни део, тако и права на императивни законски део (нужни део). До престанка узајамних наследних права доћи ће и онда када усвојилац или усвојеник поднесу захтев за престанак усвојења, па се по смрти једног од њих (с обзиром да законски наследници онога ко је започео поступак могу продужити поступак за престанак усвојења) утврди да је захтев за престанак био основан.[69]

[67] В. чл. 30. ЗОН-а БЈР Македоније у вези са чл. 4. ст. 1. и чл. 23. ст. 2-4. ЗОН-а БЈР Македоније

[68] Непотпуно усвојење може престати по споразуму усвојиоца и усвојеника након што центар за социјални рад утврди да ли је престанак усвојења користан за малолетног усвојеника, на захтев усвојиоца или усвојеника ако за то постоје оправдани разлози, као и по службеној дужности центра за социјални рад ако то захтевају интереси малолетног усвојеника. В. чл. 116-119. Закона о породици БЈР Македоније.

[69] В. чл. 25. ЗОН-а БЈР Македоније и чл. 120. Закона о породици Македоније

Наследноправне последице адоптивног сродства у Републици Хрватској

У позитивном праву Републике Хрватске, односно Обитељским законом из 2003. године[70] предвиђена је само једна врста усвојења – усвојење које по својим дејствима одговара потпуном усвојењу. Закон о наслеђивању из 2003 године[71] донет је два месеца раније, те су стога њиме регулисана наследноправна дејства како сродничког (потпуног) усвојења, тако и родитељског (непотпуног) усвојења, које врсте усвојења су биле познате ранијем Обитељском закону Хрватске из 1998. године.[72] Тако је према Закону о наслеђивању из 2003. године предвиђено да сродничким усвојењем (потпуним) усвојењем настају међусобна наследна права између усвојиоца и његових сродника, с једне стране, и усвојеника и његових потомака, с друге стране, при чему престаје међусобно право законског наслеђивања између усвојеника и његових крвних сродника, осим уколико дете усвоји маћеха или очух, у ком случају не престаје наследно право између усвојеника и родитеља који је у браку са усвојиоцем, као и крвних сродника тог родитеља.[73] С друге стране, заснивањем родитељског усвојења (непотпуног усвојења) између усвојиоца и усвојеника настаје узајамно право наслеђивања крвних сродника у правој линији, тако да усвојеник и његови потомци имају према усвојиоцу законско наследно право као да су усвојиочева деца, односно даљи усвојиочеви потомци, док усвојилац и његови преци имају према усвојенику и његовим потомцима законско право наслеђа као да је усвојилац родитељ усвојеника, а усвојиочеви преци као да су усвојеникови преци. Дакле, код овог вида усвојења усвојеник и његови потомци не могу наслеђивати усвојиочеве побочне сроднике, његовог брачног друга, те његове усвојенике из непотпуног усвојења, нити потомке оваквих усвојеника. Притом, код непотпуног усвојења престају и узајамна законска наследна права између усвојеника, односно његових потомака и њихових крвних сродника, од чега постоји изузетак, исто као и код потпуног усвојења, у ситуацији када је усвојилац супружник родитеља детета, у ком случају ће дете моћи да наслеђује и по основу адоптивног и по основу крвног сродства.[74] Међутим, с обзиром да према Обитељском

[70] Обитељски закон Републике Хрватске донет је 14. јула 2003. године. „Народне новине“, бр. 116/2003.

[71] Закон о наслеђивању Републике Хрватске донет је 11. маја 2003. године.“Народне новине“, бр. 48/2003.

[72] „Народне новине“, бр. 162/98

[73] В. чл. 22. ЗОН-а Републике Хрватске

[74] В. чл. 23. ЗОН-а Републике Хрватске

закону из 1998. године, којим је предвиђено родитељско усвојење, постоји и могућност престанка овог вида усвојења, то ће престанком усвојења престати и могућност остваривања претходно споменутих наследних права.[75] ЗОН Републике Хрватске предвиђа да и подношење захтева за престанак усвојења од стране усвојиоца, који је у међувремену умро, а на захтев заинтересоване особе дође до настављања поступка и утврди се оправданост захтева, доводи до губитка законског права наслеђа усвојеника и његових потомака.[76]

Како је наведено, у Републици Хрватској нови Обитељски закон предвиђа само једну врсту усвојења – потпуно усвојење (у даљем тексту усвојење), уз одређивање наследноправних дејстава оваквог усвојења. Обитељски закон је право наслеђивања између усвојиоца и усвојеника уредио у складу са начелом узајамности, с тим што је у односу на Закон о наслеђивању проширио круг потенцијалних наследника још и на сроднике по усвојењу. Тако, према Обитељском закону из 2003. године, усвојеник и његови потомци заснивањем усвојења стичу наследна права према усвојиоцу, његовим крвним сродницима и сродницима по усвојењу, док с друге стране усвојилац и његови крвни сродници, као и сродници по усвојењу стичу наследна права према усвојенику и његовим потомцима. Овим усвојењем престају наследна права усвојеника према његовим родитељима и крвним сродницима, осим према родитељу који је у браку са усвојиоцем, те према крвним сродницима и сродницима по усвојењу тог родитеља.[77] У теорији се наводи да споменуте одредбе новог Обитељског закона у погледу уређења међусобних законских наследних права, насталих заснивањем усвојења по новом Обитељском закону, имају предност у односу на претходно споменуте одредбе ЗОН-а, које регулишу наследна права адоптивних сродника из сродничког усвојења, образложено тиме да је Обитељски закон *lex specialis,* а уз то је и касније донет и раније се почео примењивати од ЗОН-а Републике Хрватске.[78]

[75] Обитељским законом из 1998. предвиђено је да родитељско усвојење може престати одлуком Центра за социјално старање по службеној дужности или на предлог усвојиоца уколико се утврди да то захтевају оправдани интереси малолетног усвојеника, те на појединачни или заједнички захтев усвојиоца и пунолетног усвојеника, ако се утврди да за то постоје оправдани разлози. В. чл. 149. Обитељског закона из 1998. године

[76] В. чл. 24. ЗОН-а Републике Хрватске

[77] В. чл. 148. Обитељског закона Хрватске из 2003. године

[78] В. Јадранко Црнић, Михајло Дика, Бранко Хрватин, Олга Јелчић, Татјана Јосиповић, Зденка Кохарић, Јожица Матко Руждјак: *Ново насљедноправно уређење,* Загреб, 2003., стр. 8. и 38-40. У теорији се наводи да би и на међусобно наслеђивање адоптивних сродника из сродничких (потпуних) усвојења заснованих по старом Обитељском закону, а где је до отварања наслеђа дошло након ступања на снагу новог Обитељског закона, требало приме-

Законска наследна права адоптивних сродника из родитељских усвојења заснованих по старом Обитељском закону (која се према новом Обитељском закону више не могу заснивати), када је до отварања наслеђа дошло након ступања на снагу новог Обитељског закона, уређују се одредбама ЗОН-а из 2003. године, с обзиром на то да је у новом Обитељском закону Хрватске предвиђено да се даном примене овог закона не мењају права и дужности стечена по претходним прописима.[79]

Узимањем у обзир наведених ставова теорије о примени одредаба новог Обитељског закона у погледу наследних права адоптивних сродника из (потпуног) усвојења, те узимањем у обзир и редослед позивања крвних сродника као законских наследника у хрватском праву, могло би се закључити да то у погледу законских наследних права адоптивних сродника има следеће консеквенце: усвојеник и његови потомци су законски наследници првог наследног реда иза усвојиоца, родитеља усвојиоца, деда и баба усвојиоца, прадеда и прабаба, као и свих даљих предака усвојиоца; законски наследници другог наследног реда иза осталих првостепених потомака усвојиоца (своје браће и сестара по основу адоптивног сродства), као и првостепених потомака родитеља усвојиоца (стричева, ујака и тетака по основу адоптивног сродства); законски наследници трећег наследног реда иза деце своје браће и сестара (сестрића, братанаца, синоваца по основу адоптивног сродства), као и иза другостепених потомака родитеља усвојиоца (браће и сестара од стричева, ујака и тетака по основу адоптивног сродства) итд. Према изнетим правилима, усвојенику и његовим потомцима припадају и законска наследна права на заоставштини усвојиочевих сродника по усвојењу. С друге стране, усвојеника који нема потомке као законске наследнике првог наследног реда могу наследити следећи адоптивни сродници: усвојиоци и сви њихови потомци по праву репрезентације, као законски наследници другог наследног реда, као и родитељи усвојилаца и њихово потомство по праву репрезентације, као законски наследници трећег наследног реда, те деде и бабе усвојиоца као законски наследници четвртог наследног реда, а евентуално и даљи преци усвојио-

њивати одредбе новог Обитељског закона. Наведени став се образлаже тиме да је усвојење са сродничким учинком засновано по старом Обитељском закону, по својим учинцима исто као и усвојење по новом Обитељском закону, те да се применом новог Обитељског закона на сродничка усвојења заснована по старом Обитељском закону не би променила права и дужности стечена сродничким усвојењем по пређашњим прописима (ово с обзиром на чл. 361. ст. 2. новог Обитељског закона који прописује да се даном при-мене новог Обитељског закона не мењају права и дужности стечене по пређашњим про-писима).

[79] В. чл. 361. ст. 2. Обитељског закона Хрватске из 2003. године. В. Јадранко Црнић, Михајло Дика, Бранко Хрватин, Олга Јелчић, Татјана Јосиповић, Зденка Кохарић, Јожица Матко Руждјак: *op. cit.,* стр. 8. и 40-41.

ца, с обзиром да у праву Хрватске постоји неограниченост законских наследних редова, уз искључење примене права репрезентације почев од четвртог законског наследног реда. Законско наследно право на заоставштини усвојеника и његових потомака, по изнетим правилима имају поред усвојиоца и усвојиочевих крвних сродника, још и усвојиочеви сродници по усвојењу.[80]

Када је реч о већ заснованим родитељским усвојењима, усвојеник и његови потомци су законски наследници првог наследног реда иза усвојиоца, родитеља усвојиоца, деда и баба усвојиоца, прадеда и прабаба и свих даљих предака усвојиоца.[81] Законски наследници усвојеника из родитељског усвојења који нема потомке као наследнике првог наследног реда су усвојиоци, као законски наследници другог наследног реда, родитељи усвојиоца, као законски наследници трећег наследног реда, деде и бабе усвојиоца као законски наследници четвртог наследног реда, а евентуално и сви даљи преци усвојиоца.[82]

У праву Републике Хрватске у круг потенцијалних нужних наследника улазе следећи адоптивни сродници (овај круг је исти и када се ради о већ заснованим сродничким усвојењима): усвојеници и његови потомци као безусловни нужни наследници, односно нужни наследници који право на нужни део као императивни законски део остварују само на основу чињенице адоптивног сродства, а уз њих још и усвојиоци, као и даљи преци по основу адоптивног сродства, с тим што су усвојиоци и даљи преци по основу адоптивног сродства нужни наследници само уз испуњење додатних услова који се односе на њихову трајну неспособност за рад и немање нужних средстава за живот.[83]

---

[80] В. чл. 148. ст. 1-2. Обитељског закона Хрватске из 2003. године у вези са чл. 9-19. ЗОН-а Републике Хрватске

[81] Споменућемо да је ЗОН Републике Хрватске у нормирању наследних права усвојеника и његових потомака према усвојиоцу из родитељског усвојења у одређеној мери непрецизан, с обзиром да је у првом делу ст. 1. чл. 23. предвиђено да заснивањем овог усвојења између усвојиоца и усвојеника настаје узајамно право наслеђивања крвних сродника у правој линији, а да у наставку истог става није предвиђено да усвојеник и његови потомци имају наследна права и према усвојиоцу и према његовим прецима, већ само према усвојиоцу. Сматрамо да узајамност у наслеђивању ипак постоји, узимајући у обзир други став наведеног члана у којем је предвиђено да усвојеник из родитељског усвојења и његови потомци, не могу када је реч о крвним сродницима наследити само побочне сроднике усвојиоца (дакле, није предвиђено да исти немају наследна права према усвојиочевим прецима).

[82] В. чл. 23. ст. 1-2. ЗОН-а Републике Хрватске у вези са чл. 9-19. ЗОН-а Републике Хрватске.

[83] В. чл. 69. ЗОН-а Републике Хрватске у вези са чл. 148. ст. 1-2. Обитељског закона Републике Хрватске и чл. 23. ст. 1. ЗОН-а Републике Хрватске.

У закључку

На основу анализе позитивног стања законодавства наше земље, као и законодавстава земаља нашег окружења, може се закључити да потпуно усвојење представља једини вид усвојења који се у овим правима може заснивати, или пак ређе, вид усвојења уз који још увек паралелно може егзистирати и могућност заснивања непотпуног усвојења, при чему се може уочити чињеница да се еволуција установе усвојења кретала од непотпуног ка потпуном усвојењу. Наведена чињеница је у складу са тенденцијом која долази до изражаја у свим модерним правним системима, према којој најважнији принцип при заснивању установе усвојења представља интерес детета, који се на најбољи начин може постићи потпуном интеграцијом детета у породицу својих адоптивних сродника, те у потпуном прекиду веза усвојеног детета са својим биолошким сродницима.

Позитивноправна анализа законодавстава земаља бивших чланица СФРЈ указује да је напред споменути најважнији принцип при заснивању установе усвојења остварен и када је реч о законским наследним правима адоптивних сродника. Међутим, историјски посматрано, утицај адоптивног сродства на законска наследна права није увек био овакав. Тако, када је реч о нашем праву, Српски грађански законик је поред непотпуног усвојења и хранитељства као видова усвојења, који по правилу нису имали утицај на законско наслеђивање, познавао још и потпуно усвојење. Међутим, СГЗ дејства потпуног усвојења није нормирао у оном виду у којем се данас дејства овог усвојења нормирају у модерним правима, што је нарочито видљиво из чињенице да се између усвојеника и сродника усвојиоца није заснивао однос сродства, а то је у погледу наследноправних дејстава долазило до изражаја у чињеници да је усвојеник могао наследити само усвојиоца, без права на наслеђе даљих предака усвојиоца, нити његових побочних сродника, при чему је било спорно и право усвојиоца да наследи свог усвојеника. Према правилима Аустријског грађанског законика усвојенику и његовом потомству припадало је законско право наследства према усвојиоцу, али не и према сродницима усвојиоца, без постојања узајамности у наслеђивању, с обзиром на то да законско право наслеђа у односу на заоставштину усвојеника и његових потомака није припадало ни усвојиоцу, а ни његовим сродницима. У даљем развоју права, први послератни закон о наслеђивању (ЗОН СФРЈ који као такав представља део историје права свих анализираних земаља) је нормирао само наследноправна дејства непотпуног усвојења, с обзиром да су тадашњи породичноправни прописи познавали једино овај вид усвојења, које је рађало права и обавезе само између усвојеника и његових потомака, с једне стране и усвоји-

оца, с друге стране, а које уз то није доводило ни до прекида веза усвојеника са својим биолошким сродницима. Од законског наследног реда, онаквог какав је он постојао када се радило о крвним сродницима, када је реч о наследним правима адоптивних сродника се у много чему одступало, јер су усвојеник и његови потомци имали законска наследна права само према усвојиоцу, а не и према његовим сродницима, при чему у случају искључења наследних права нису чак имали ни ова права, док усвојилац и његови сродници нису уопште имали наследна права према усвојенику и његовом потомству. За разлику од наслеђивања по основу крвног сродства до којег је долазило у оквиру неограниченог круга законских наследних редова, уз постојање узајамности у законским наследним правима потомака, предака и побочних сродника, наслеђивање адоптивних сродника је било могуће само у оквиру првог законског наследног реда, без постојања реципроцитета, односно узајамности у наслеђивању, или пак у случају искључења наследних права усвојеника није ни постојало.

Преношењем законодавне надлежности на републике, односно покрајине оне приступају доношењу сопствених закона, при чему је даља еволуција установе усвојења и њених наследноправних дејстава у њима текла на сличан начин.

а) У Србији се доношењем ЗОН-а СР Србије из 1974. године, који поред нормирања наследних права усвојеника и његових потомака према усвојиоцу, омогућава и остваривање законских наследних права усвојиоца из непотпуног усвојења према усвојенику и његовој деци, и то само уз испуњење услова који се односе на његово имовно стање, ситуација у односу на претходно законско решење донекле промењена успостављањем узајамности у законским наследним правима, при чему је та узајамност била условљена имовним стањем усвојиоца. Поред тога, иако је у односу на претходни закон постојала могућност наслеђивања већег броја адоптивних сродника, ни према овом закону није постојала могућност остваривања наследних права усвојиочевих побочних сродника и предака према усвојенику и његовом потомству, као ни обрнуто, усвојеника и његовог потомства према побочним сродницима и прецима усвојиоца. У законодавству Србије могућност заснивања потпуног усвојења по први пут је била предвиђена Законом о усвојењу из 1976. године, а након њега и Законом о браку и породичним односима из 1980. године, при чему су оба споменута закона задржала и даље могућност заснивања непотпуног усвојења. Овакво стање је трајало до доношења Породичног закона из 2005. године, који у складу са схватањима о улози и значају института усвојења нормира могућност заснивања само потпуног усвојења.

б) У праву Словеније до изостављања непотпуног усвојења, те увођења потпуног усвојења као јединог вида усвојења дошло је већ 1976. године доношењем Закона о браку и породичним односима, који и данас важи као позитивно право у овој земљи.

ц) У праву Хрватске је доношењем Закона о браку и породичним односима 1978. године, поред непотпуног усвојења, по први пут нормирано и потпуно усвојење, а ова два вида усвојења наставила су да егзистирају у законодавству ове земље и према Обитељском закону из 1998. године, све до доношења Обитељског закона из 2003. године којим је предвиђена могућност заснивања само потпуног усвојења, уз изостављање непотпуног усвојења.

д) У праву Македоније је најпре донет Закон о усвојењу 1973. године, који је увео поред непотпуног и потпуно усвојење, при чему је могућност заснивања оба вида усвојења предвиђена и позитивним правом ове земље, односно Законом о породици из 1992. године.

У складу са наведеним, то су и позитивним наследноправним прописи свих наведених земаља, наследна права адоптивних сродника из потпуног усвојења нормирана и то на исти начин као и када је реч о крвном сродству, дакле без изузетака у погледу наследних права адоптивних сродника у односу на наслеђивање које постоји међу крвним сродницима, па дакле и уз примену начела узајамности у наслеђивању. Споменућемо да у овим правима и даље постоји могућност примене наследноправних норми које на другачији начин регулишу законска наследна права адоптивних сродника, које норме међутим имају ограничен домашај, с обзиром да се односе само на наследноправни положај адоптивних сродника из раније заснованих непотпуних усвојења, која усвојења се међутим, у свим правима која су предмет анализе више не могу заснивати, од чега изузетак представља једино право БЈР Македоније.

Из свега наведеног може се закључити, да с обзиром да могућност заснивања само потпуног усвојења у данашње време представља правило, то се онда може рећи и да по правилу утицај адоптивног сродства на законска наследна права адоптивних сродника има велики значај, с обзиром да адоптивни сродници наслеђују по оним правилима и оним редом, односно са истим наследноправним последицама по којима наслеђују и крвни сродници. Уколико се раније могло говорити о постојању правила да се формулисање законског наследног реда врши под претпоставком постојања крвног сродства, уз одговарајућа мања или већа одступања, уколико се ради о адоптивном сродству, то се у данашње време о постојању оваквих одступања може говорити само као о ретком изузетку.

Jelena Vidić, LL.M., Assistant
Novi Sad School of Law

The Influence of Adoptive Kinship on Intestate Succession Rights in legislations of Serbia and Other European Countries

Abstract

During the history of law, in terms of positive and comparative law, kinship established by adoption, that is, adoptive kinship as a kind of kinship regardless both of the form in which the adoption itself existed and its significant characteristics, has always had a direct influence when defining facts and presumptions for determining the circle of kins who can be potential legal heirs. However, the influence of adoptive kinship on intestate succession rights has not always been the same. At first, in laws which were the subject of analysis,the formulation of norms of intestate succession, which was usually performed with the presumption of consanguinity, suffered significant deviations when hereditary rights of adoptive kins are concerned. Nowadays, the most important principle governing establishing of the institution of adoption in these laws is child's interest. The best way to achieve this interest is by full integration of a child in the family of their adoptive kins, as well as, by eliminating any connections between the child and their blood relatives, which can be exclusively realised by closed adoption. Moreover, since in these laws the evolution of the institution of adoption has shifted from open to closed adoption, earlier mentioned deviations regarding hereditary rights of adoptive kins are becoming less frequent. These deviations are usually present in cases of open adoption which itself is becoming less present in contemporary legislations.

Therefore, it may be said that contrary to the past, the fact of adoptive kinship is very significant and of great influence on intestate succession rights. This influence is normally equal to that of the fact of consanguinity.

342.53(497.11)“19“

Маша Кулаузов, асистент-приправник
Правног факултета у Новом Саду

ПИСЦИ УСТАВНИХ НАЦРТА И УСТАВА СРБИЈЕ У КОЈИМА ЈЕ ПРЕДВИЂЕНО ДВОДОМНО ПРЕДСТАВНИЧКО ТЕЛО

Сажетак: *Аутор у раду наводи биографске податке о писцима уставних нацрта и устава Србије у којима је предвиђено дводомно представничко тело. У раду су наведени мотиви којима су се они руководили приликом увођења дводомног народног представништва, као и околности под којима су ови аутори пристали да учествују у изради уставних аката. Мишљење је аутора да писци ових уставних докумената заслужују посебну пажњу и стога јер су показали извесну дозу храбрости када су покушали да уведу горњи дом у Србији у којој је сенат сматран антидемократском установом.*

Кључне речи: *Устав Краљевине Србије од 1901. године, уставни нацрт, Сенат, писци уставних докумената, дводомно представничко тело.*

Добро је познато да је уставни развитак Србије у периоду од 1804. до 1903. био врло динамичан што се одразило на честа доношења нових устава, или пак замењивања устава на снази претходнима.[1] Сви ти до-

[1] 1894. године суспендован је *Устав за Краљевину Србију* од 1888. године и замењен *Уставом за Књажество Србију* од 1869. године, да би 1903. године *Устав* од 1888. био поново враћен на снагу са незнатним изменама. Детаљније о овим уставним променама видети код Љ. Кркљуш, *Правна историја српског народа*, Нови Сад 2002, стр. 310-314 и стр. 318-320.

гађаји подробно су описани у нашој историјскоправној литератури. Зачуђујуће је, међутим, да се о писцима устава и уставних нацрта мало писало, иако су на њима радили најистакнутији интелектуалци и државници Србије XIX века. И мада се име Димитрија Давидовића, аутора првог српског устава (такозваног „Сретењског устава") помиње у свим уџбеницима правне историје, мало ко зна ко су били аутори устава и уставних нацрта у којима је било предвиђено дводомно народно представништво.

I

Уставни нацрт од 1868. године израдио је Радивоје Милојковић, истакнути члан Либералне странке и особа од поверења Јована Ристића, неприкосновеног вође странке. Милојковић је рођен 1832. године у Глоговцу и након завршене гимназије у Београду студирао је право као државни стипендиста у Хајделбергу и Паризу. По повратку у Србију ступио је у државну службу 1859. године као секретар министарства правде. У тренутку када му је кнез Михаило Обреновић поверио израду уставног нацрта, Радивоје Милојковић је вршио функцију председника Апелационог суда. Нацрт је Милојковић сачинио вероватно у фебруару или марту 1868. године, али је због убиства кнеза Михаила питање уставне промене одложено док се не стабилизује ситуација у земљи.[2] Иако овај уставни нацрт никада није ступио на снагу, значајан је по томе што је у њему по први пут у Србији предвиђено дводомно законодавно тело. Нацрт заслужује пажњу и стога што су његове одредбе о законодавној власти скупштине и њеном буџетском праву преузете у *Уставу за Кнежество Србију* од 1869. године.[3]

Као школован правник Радивоје Милојковић је имао великог удела и у изради *Устава* од 1869. године. Један од најспособнијих администратора у Либералној странци и изузетно способан политичар, Милојковић је након убиства кнеза Михаила ступио на чело министарства унутрашњих дела. Завођењем крутог полицијског режима настојао је да спречи наступање анархије у земљи након топчидерске катастрофе. У току своје богате државничке каријере Милојковић је вршио читав низ важних државних функција почев од секретара министарства правде па све до председника

[2] Љ. Кркљуш, нав. дело, стр. 267.

[3] О уставном нацрту од 1868. године видети *Два уставна пројекта за друге владе кнеза Михаила*, приредио Илија А. Пржић, *Архив за правне и друштвене науке*, књига XI, број 3 од 25. X 1925, стр. 207-219 и број 4 од 25. XI 1925, стр. 295-303.

Министарског савета 1869-1872. Обављао је функције секретара а касније и члана Државног савета, начелника министарства правде, али се ипак најдуже задржао на положају министра унутрашњих дела. Овај ресор држао је у разним владама 1868, 1876, 1878, 1880. и 1887. године и прочуо се по строгости своје полиције.

Милојковић је уживао велико поверење Јована Ристића и стога што је са њим био повезан родбинским везама, будући да су обојица били зетови великог београдског трговца Хаџи-Томе. Наиме, са доласком Намесништва на власт 1869. године у Србији расте углед и богатство две породице, тзв. Хаџитомића и Бабадудића. Њихови чланови налазили су се на највишим положајима у свим гранама државне управе. Хаџи-Томини зетови били су: Јован Ристић – намесник, Радивоје Милојковић – министар унутрашњих дела, Филип Христић – капућехаја у Цариграду и Антоније Богићевић – кнежев ађутант. Због тако великог броја зетова на тако угледним положајима стари Хаџи-Тома је добио надимак „правитељствени таст".[4] Радивоје Милојковић умро је 1888. године у Београду.

II

Напредњачки уставни нацрт од јула 1883. године у коме је предвиђено дводомно народно представништво израдио је шеф напредњачке владе Милан Пироћанац заједно са министрима напредњацима Милутином Гарашанином, Чедомиљом Мијатовићем и Стојаном Новаковићем.[5] Овај уставни нацрт никада није ступио на снагу у првом реду јер је влада Милана Пироћанца након пораза који је претрпела на изборима за Народну скупштину поднела оставку у септембру 1883. године[6], као и због противљења краља Милана Обреновића увођењу сената. Сенат је краља подсећао на великашки олигархијски савет састављен од непокретних саветника предвиђен *Турским уставом* од 1838. године[7] који је и довео до силаска са власти династије Обреновића.

Милан Пироћанац рођен је 1837. године у Јагодини и након завршених студија права у Паризу 1860. године вратио се у земљу. Као образован

[4] С. Јовановић, *Влада Милана Обреновића*, књига I, *Сабрана дела Слободана Јовановића*, приредили Радован Самарџић и Живорад Стојковић, том 4, Београд 1990, стр. 98.

[5] С. Новаковић, *Двадесет година уставне политике у Србији 1883-1903*, Београд 1912, стр. 20-21.

[6] М. Пироћанац, *Белешке*, приредила Сузана Рајић, Београд 2004, стр. 92-93.

[7] Уобичајен назив за *Устав Кнежества Србије* од 1838. године јер је донет у форми султановог хатишерифа.

правник имао је највећег удела у писању уставног нацрта од 1883. године.[8] Пироћанац је вршио функције министра иностраних дела у Чумићевом министарству 1874-1875 године као и у првој напредњачкој влади у периоду када је учествовао у писању уставног нацрта. У истој влади налазио се једно време и на челу министарства правде. Био је један од оснивача Напредне странке и шеф прве напредњачке владе 1880-1883 године. Пироћанчева влада позната је по доношењу слободоумних *Закона о штампи* и *Закона о удружењима и зборовима*, али и по закључењу Тајне конвенције са Аустро-Угарском 28. јуна 1881. године. Тајна конвенција је представљала врхунац аустрофилске политике кнеза Милана Обреновића и њено закључење је изазвало негативне реакције у српској јавности. Окретање Аустрији није било добро примљено у српским политичким круговима и широј јавности јер је било очигледно настојање Аустрије да прошири свој утицај на Балкану и угрози државну самосталност Србије. Милан Пироћанац био је и шеф Напредне странке од 1881. до 1886. године, након чега се повукао са власти и посветио адвокатској каријери. Заступао је краљицу Наталију у бракоразводној парници са краљем Миланом Обреновићем.

Након повлачења из политике Пироћанац се посветио и књижевном раду објавивши неколико политичких расправа: *Међународни положај Србије* (1892), *Кнез Михаило и заједничка радња балканских народа* (1895), *Белешке поводом једне дипломатске историје* (1896) и *Наша завршна реч* (1896). Све су ове расправе важни прилози за дипломатску историју Србије друге половине XIX века. Милан Пироћанац је умро 1897. године у Београду.

У писању уставног нацрта учествовао је и Милутин Гарашанин, син Илије Гарашанина. Рођен је 1843. године у Београду а завршио је артиљеријску школу у Мецу. Изабран је за народног посланика 1874. године и одмах је скренуо пажњу на себе својом речитошћу као и залагањем за промену *Устава за Књажество Србију* од 1869. године. У ратовима вођеним против Турске 1876-1878. године за стицање независности Гарашанин се истакао великом личном храброшћу. У периоду када је учествовао у изради уставног нацрта од 1883. године налазио се на челу министарства унутрашњих дела у Пироћанчевој влади. Гарашанин је вршио и функције министра иностраних дела и министра унутрашњих дела у влади на чијем се челу налазио од 1884. до 1887. године. Његова влада завела је крут полицијски режим и водила рат са Бугарском 1885. године. Пала је са власти 1887. године јер се Гарашанин оштро противио разводу брака краља Ми-

[8] О уставном нацрту од 1883. године видети *Уставни пројект напредне странке (1880 и 1883)* објављен у књизи Ј. Продановића *Уставни развитак и уставне борбе у Србији*, Београд 1936, стр. 254-265.

лана од краљице Наталије Обреновић. Милутин Гарашанин постао је шеф Напредне странке 1886. године, а остварио је и значајну дипломатску каријеру као посланик Србије у Бечу и Паризу.

Своје политичке ставове Гарашанин је објављивао у напредњачким часописима *Видело* и *Поглед* који је основао 1889. године. Од његових књижевних радова најпознатије су *Доколице* од 1892. године. Цењен као публицист и беседник, Гарашанин је 1893. године изабран за редовног члана Српске краљевске академије. Након пада владе Стојана Новаковића у децембру 1896. године распустио је Напредну странку и остатак живота провео у Паризу као дипломатски представник Србије. Милутин Гарашанин умро је 1898. године.

Међу писцима уставног нацрта од 1883. године налази се и Чедомиљ Мијатовић. Рођен је 1842. године у Београду, као државни стипендиста студирао је политичке и економске науке у Минхену, Лајпцигу и Цириху а након повратка у Србију 1866. године постао је професор Велике школе. Убрзо је напустио професорску каријеру и посветио се активном бављењу политиком. Мијатовић се најдуже задржао на положају министра финансија у разним владама од 1873. до 1875. године, потом од 1881. до 1883. године и на крају 1886. године. Као министар иностраних дела и политичар који је уживао велико поверење и наклоност кнеза Милана Обреновића, Мијатовић је потписао Тајну конвенцију са Аустро-Угарском 28. јуна 1881. године. Он је 1881. закључио и Уговор о зајму, грађењу и експлоатацији железница са финансијским друштвом Генерална унија чији је председник био Бонту. За време учешћа у изради уставног нацрта од 1883. године Мијатовић се налазио на челу министарства финансија. Он није био државник великог формата, већ често просто оруђе у рукама краља Милана. У српској јавности највише је критикован због потписивања Тајне конвенције и лошег финансијског стања у којем се земља нашла након банкротства Генералне уније 1882. године и Српско-Бугарског рата 1885. године. После абдикације краља Милана, Мијатовић је био посланик Србије у Лондону и Цариграду, да би након убиства краља Александра Обреновића био пензионисан.

Чедомиљ Мијатовић иза себе је оставио богат књижевни опус који чине дела разноврсне садржине и вредности. Писао је приповетке пуне романтичарског и родољубивог набоја које су у ширим читалачким круговима добро прихваћене, али им је књижевна критика оспорила већу уметничку вредност. Најпознатије су: *Зека буљубаша* (1862), *Иконија везирова мајка*, *Рајко од Расине*, *Кнез Грдоје* и *Сиромах Марко* (написане између 1890. и 1901. године). Шездесетих година XIX века Мијатовић је написао низ расправа и књига из области финансија, између осталих и:

Извод из политичке економије, *Науку о државним финансијама*, *О условима успеха*, *Финансије српског краљевства*, *Трговачку политику српских краљева и царева*. Аутор је и низа студија о личностима које су обележиле српску историју између XIV и XVII века, као што су студије о породици Балшића, краљу Вукашину Мрњавчевићу и деспоту Ђурађу Бранковићу. Ове студије немају већу научну вредност јер нису довољно утемељене на историјским изворима. Чедомиљ Мијатовић умро је у Лондону 1932. године.

* *

*

Писац уставног нацрта од 1896. године био је Стојан Новаковић, један од оснивача Напредне странке и покретача часописа *Видело*. Рођен је 1842. године у Шапцу где је и завршио основну школу и гимназију. Новаковић је у почетку као професор Велике школе предавао право и филозофију, али се врло брзо посветио политичкој каријери. Најдуже се задржао на положају министра просвете, најпре од 1873. до 1875, а затим и од 1880. до 1883. године у влади Милана Пироћанца. На том положају налазио се и у време учешћа у изради уставног нацрта Напредне странке од 1883. године. У Пироћанчевој влади Новаковић је спровео многобројне реформе. Најважније реформе су биле завођење обавезне основне наставе и прописивање новог наставног програма за гимназије. У влади Милутина Гарашанина Новаковић је вршио функцију министра унутрашњих дела да би се већ 1885. године посветио дипломатској каријери као посланик Србије у Цариграду.

Краљ Александар је Новаковићу 23. јуна 1895. године понудио мандат за састав владе. Новаковић је од краља као услов за прихватање мандата тражио претходни пристанак на писани програм који му је том приликом предао. У програму је, у погледу питања уставне промене било предвиђено да се уставној реформи мора приступити до истека мандата тадашње Скупштине, односно до 31. децембра 1896. године. У духу раније конзервативне политичке идеологије Напредне странке био је и захтев да „нови устав треба да буде израђен на основици дводомној, с ограничењем самоуправних претераности, са што јачом тенденцијом државнога јединства.” Како је краљ Александар Обреновић овај Новаковићев програм рада будуће владе формално прихватио, Новаковић је приступио образовању владе и изради уставног нацрта.[9] Иако због одлагања уставне реформе и промене унутрашњег политичког курса краља Александра Новаковићев

[9] С. Новаковић, нав. дело, стр. 139-144.

уставни нацрт никад није ступио на снагу, он је значајан јер је послужио као основ за доношење *Устава Краљевине Србије* од 1901. године.[10]

Новаковић је образовао напредњачку владу у јуну 1895. која је већ у децембру 1896. поднела оставку. Након тога је Напредна странка распуштена, а Новаковић се као искусни државник нашао на челу српске дипломатије као посланик у Цариграду, Паризу и Петрограду. За време анексионе кризе образовао је владу свих странака 1909. године и обновио Напредну странку. Као шеф српске делегације после Првог балканског рата закључио је мир са Турском у Лондону 1912. године. Стојан Новаковић је у стручним круговима изузетно цењен због своје свестраности и доброг познавања српских културних и националних питања, али је, и поред корисних реформи које је спровео као министар просвете оставио више трага у спољној него у унутрашњој политици.

Стојан Новаковић и поред успешне политичке и дипломатске каријере никад није запоставио научни рад. Као ученик Ђуре Даничића Новаковић је на првом месту био филолог, те је тако написао низ расправа и студија о језику као и граматику српског језика 1902. године. Бавио се и књижевношћу и историјом, а приредио је и три издања најзначајнијих српских средњовековних правних споменика (извора): *Законик Стефана Душана, цара српског 1349. и 1354* (1898), *Матије Властара Синтагмат, азбучни зборник византијских црквених и државних закона и правила, словенски превод времена Душанова* (1907) и *Законске споменике српских држава средњега века* (1912). Као одличан стилиста и савестан сакупљач извора, написао је и низ дела велике књижевне вредности међу којима се, између осталих, издвајају и: *Историја српске књижевности* (1871), *Срби и Турци XIV и XV века* (1893), *Васкрс државе српске* (1904) и *Византијски чинови и титуле у српским земљама VI-XV века* (1908). Стојан Новаковић је умро 1915. године у Нишу.

III

Израду *Устава Краљевине Србије* од 1901. године[11] краљ Александар Обреновић поверио је радикалу Миловану Ђ. Миловановићу и напредњаку Павлу Маринковићу. Иако је према тада важећем *Намесничком*

[10] О уставном нацрту од 1896. године видети *Предлог устава израђен 1896. године* објављен у књизи С. Новаковића *Двадесет година уставне политике у Србији 1883-1903*, Београд 1912, стр. 249-298.

[11] *Устав Краљевине Србије* штампан је у Државној штампарији Краљевине Србије, Београд 1901.

уставу од 1869. године[12] уставотворна власт припадала Великој народној скупштини, краљ је сам октроисао (подарио) устав 6. априла 1901. године. На овај начин уставна промена је извршена државним ударом који су, поред дворских скандала представљали главно обележје владавине краља Александра.[13]

Милован Ђ. Миловановић, истакнути члан Радикалне странке и способан државник рођен је 1863. године у Београду. Након повратка из Париза где је докторирао право, Миловановић се посветио академској каријери као професор државног и међународног права на Великој школи. Узео је великог учешћа у изради *Устава Краљевине Србије* од 1888. године. Био је истакнути државник и вршио је функције министра правде 1896-1897, министра привреде 1901. и министра финансија 1902. године. У време учешћа у изради *Устава Краљевине Србије* од 1901. године Миловановић се налазио на челу министарства привреде у владама Алексе Јовановића и Михаила Вујића. Иако је једнодомни систем одувек био важна тачка свих програмских захтева и уопште целокупне политичке идеологије Радикалне странке, Милован Ђ. Миловановић је, иако радикал, пристао да учествује у изради *Устава* од 1901. године. Сматрао је, као и већина његових политичких истомишљеника, да је најважније заменити лични режим краља Александра уставном владавином, па чак и уколико то подразумева одређене компромисе на какве Радикална странка до тада није пристајала.[14]

Миловановић је остварио и завидну дипломатску каријеру као посланик Србије у Букурешту 1900. и Риму од 1902. до 1907. године. Нашавши се на челу српске дипломатије у време анексионе кризе, Миловановић

[12] Уобичајен назив за *Устав за Кнежество Србију* од 1869. године јер га је донело Намесништво за време малолетства кнеза и касније краља Милана Обреновића.

[13] С. Јовановић, *Влада Александра Обреновића*, књига III, *Сабрана дела Слободана Јовановића*, приредили Радован Самарџић и Живорад Стојковић, том 7, Београд 1990, стр. 209-210.

[14] Краљ Александар Обреновић је 1901. године пристајао на уставну промену само под условом да у новом уставу буде предвиђено дводомно народно представништво. Путем Сената који би представљао противтежу радикалској Народној скупштини краљ је намеравао да за себе задржи улогу значајног законодавног фактора. За разлику од Скупштине у којој би радикали имали убедљиву већину, у Сенат би, због вишег старосног, образовног и имовинског цензуса за остваривање пасивног бирачког права улазили највећим делом напредњаци, одувек одани династији и престолу. Уз то, краљ би постављао три петине сенатора који су били замишљени као просто оруђе у његовим рукама. Како је *Уставом* од 1901. године предвиђено овакво уређење законодавног тела, састав Сената и сукоби међу домовима омогућили су краљу да оствари значајан утицај на креирање законодавне политике представничког тела. Шире о околностима под којима је донет *Устав* од 1901. године као и о разлозима његовог доношења видети код С. Јовановића, нав. дело, стр. 206-214.

је успео да скрене пажњу Европе на српско национално питање и избегне рат са Аустријом. У страху од новог надирања Аустро-Угарске на Балкан начинио је 1912. године споразум са Бугарима који је представљао увод у Балканске ратове који су уследили убрзо након његове смрти. Залагао се за што тешњи савез са Русијом и чланицама Антанте, као и за споразум са балканским народима. Миловановић је, као врстан дипломата био цењен и у земљи и у иностранству. Оставио је великог трага у спољној политици Србије. Аутор је бројних уставноправних студија и дела из дипломатске историје Србије међу којима се по свом значају издвајају: *Срби и Хрвати* (1895) и *Срби и Бугари* (1898). Милован Ђ. Миловановић умро је 1912. године у Београду.

Павле Маринковић, истакнути члан Напредне странке, политичар, државник и дипломата рођен је 1866. године у Београду. Након завршених студија права у Паризу враћа се у Србију где ускоро ступа на политичку сцену као члан Напредне странке. У време учешћа у изради *Устава* од 1901. Маринковић се налазио на челу министарства просвете у владама Алексе Јовановића и Михаила Вујића. Будући да је увођење дводомног народног представништва било важна тачка свих политичких програма Напредне странке, Павле Маринковић је са задовољством прихватио позив краља Александра Обреновића да учествује у изради *Устава Краљевине Србије* од 1901. године.[15] Као политичар који је имао велики утицај на Двору, одиграо је значајну улогу у склапању напредњачко-радикалске фузије. У питању је била влада састављена од чланова Напредне и Радикалне странке која је формирана након доношења *Устава* од 1901. године. У току своје богате државничке каријере Маринковић се налазио на челу министарства просвете 1900-1901. и 1919, министарства шума и руда 1919. и министарства вера 1920. године. Као министар просвете 1900-1901. године основао је Етнографски музеј, женску учитељску школу и Богословију Светог Саве. Нашавши се поново на челу истог министарства 1919. године основао је позориште „Мањеж" у Београду и уметничко одељење министарства просвете.

У дипломатску службу Маринковић је ступио 1901. године као посланик Србије у Софији, а од 1915. до 1919. године био је дипломатски

[15] Оснивачи Напредне странке сматрали су да је европеизација Србије немогућа са једном сељачком скупштином која не препознаје културне потребе свог народа. Ради напретка Србије, према мишљењу страначких првака, било је неопходно установити сенат састављен од образованих људи, који би скупштину умеравао и ограничавао. У исто време, путем установљавања сената проширио би се и страначки утицај јер би у њега ушла чиновничка интелигенција, већином чланови Напредне странке. Шире о карактеру, програму и идеологији Напредне странке видети код Д. Јанковића, *Рађање парламентарне демократије*, *Политичке странке у Србији XIX века*, Београд 1997, стр. 256-317.

представник Србије у Букурешту. Маринковић је у ранијим годинама доста писао у политичким и књижевним листовима, а био је познат и по својим хроникама и позоришним критикама. Заслужан је и за покретање два политичка часописа. Издавао је политички лист *Ред* 1894. године као орган младих конзервативаца, а након убиства краља Александра Обреновића покренуо је и часопис *Правда* у коме се борио против новог режима. Павле Маринковић је умро 1925. године у Врњачкој Бањи.[16]

[16] Детаљније о биографијама писаца уставних нацрта и устава Србије у којима је предвиђено дводомно представничко тело видети код С. Станојевића, *Народна енциклопедија српско – хрватско – словеначка*, књиге I-III, Београд 2000. и код С. Јовановића, *Влада Милана Обреновића*, књиге I-III и *Влада Александра Обреновића*, књиге I-III, *Сабрана дела Слободана Јовановића*, приредили Радован Самарџић и Живорад Стојковић, том 4-7, Београд 1990. О Радивоју Милојковићу видети *Народна енциклопедија српско – хрватско – словеначка*, књига II, стр. 776; *Влада Милана Обреновића*, књига I, стр. 65-66, 83, 94-98 и 151-153. О Милану Пирочанцу видети *Народна енциклопедија српско – хрватско – словеначка*, књига III, стр. 395; *Влада Милана Обреновића*, књига I, стр. 208-209; књига II, стр. 44-77; књига III, стр. 130-133, 170-171, 180, 289-290, 342; *Влада Александра Обреновића*, књига III, стр. 366-367. О Милутину Гарашанину видети *Народна енциклопедија српско – хрватско – словеначка*, књига I, стр. 456-457; *Влада Милана Обреновића*, књига I, стр. 221-222; књига II стр. 44-46; књига III, стр. 132-133, 175-176, 203-231, 281-290, 297-298, 309-315, 345, 354, 404-406; *Влада Александра Обреновића*, књига II, стр. 328 – 329. О Чедомиљу Мијатовићу видети *Народна енциклопедија српско – хрватско – словеначка*, књига II, стр. 753-754; *Влада Милана Обреновића*, књига I, стр. 162-163, 175, 214; књига II, стр. 44-46, 52-62, 82-83 90-92, 114-119; књига III, стр. 131-133, 139-143, 292, 301. О Стојану Новаковићу видети *Народна енциклопедија српско – хрватско – словеначка*, књига III, стр. 101-104; *Влада Милана Обреновића*, књига I, стр. 162-163, 209, 214; књига II, стр. 44-46, 74-77; књига III, стр. 131-133, 203-204; *Влада Александра Обреновића*, књига II, стр. 286-293, 303-329. О Миловану Ђ. Миловановићу видети *Народна енциклопедија српско – хрватско – словеначка*, књига II, стр. 773-774; *Влада Александра Обреновића*, књига I, стр. 161-163, 179; књига II, стр. 331; књига III, стр. 207, 214, 264-265. О Павлу Маринковићу видети *Народна енциклопедија српско – хрватско – словеначка*, књига II, стр. 677; *Влада Александра Обреновића*, књига III, стр. 208-209, 214-215, 253.

Maša Kulauzov, Assistant
Novi Sad School of Law

The Authors of Constitutional Drafts and Constitution of Serbia providing Bicameral National Assembly

Abstract

In this paper the biographies of writers of the constitutional drafts and Constitution of Serbia of 1901 itself, which provides bicameral National representative body, were presented. Although those authors were among the most prominent intellectuals and statesmen in the 19th century Serbia, it has not been written about them much. The paper contains the biographies of the following constitutional writers: Radivoje Milojković, Milan Pirićanac, Milutin Garašanin, Čedomilj Mijatović, Stojan Novaković, Milovan Đ. Milovanović and Pavle Marinković.

341.6:342.7(4)

Бојан Тубић, асистент-приправник
Правног факултета у Новом Саду

ЛОКАЛНИ ПРАВНИ ЛЕКОВИ У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Сажетак: *Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода помиње локалне правне лекове у два контекста. Прво, у члану 35, прописује се обавеза коришћења свих локалних правних средстава, пре него што се покрене поступак пред Европским судом за људска права. Морају се искористи сви правни лекови, под условом да су доступни и ефикасни. Ово је потврђено у богатој пракси Европског суда, а пре и Европске комисије. Друга ситуација у којој се помињу локални правни лекови јесте члан 13 Конвенције, који гарантује право на ефикасан правни лек. Пракса Суда установљава критеријуме који морају да се испуне да би се неки правни лек сматрао ефикасним у смислу овог члана. Савет Европе је издао и Препоруку за побољшавање домаћих правних лекова, државама чланицама. Република Србија има развијен систем правних лекова и у грађанском и у кривичном поступку. Остаје да се види колико они удовољавају стандардима Суда. У овом раду дат је преглед праксе Суда о овом питању, као и преглед правних лекова у Србији, уз анализу случаја Матијашевић, који је пресуђен 2006. године.*

Кључне речи: *правни лекови, Европски суд за људска права, ефикасан правни лек*

УВОД

Питање локалних правних лекова је релевантно за решавање одређених међународних спорова који укључују појединца и државу. Обавеза да се сва правна средства унутар једне државе морају искористити пре изношења спора на међународни ниво има своје корене у дипломатској заштити странаца. Ово правило је данас прихваћено као обичајно правило међународног права и данас је неспорно, како у области општег међународног права и правила о одговорности држава, тако и у области људских права.

Након 1950 године, правило о искоришћености локалних правних лекова је проширило своје дејство на област заштите људских права. Ово је урађено закључивањем међународних уговора између држава: Међународног пакта о грађанским и политичким правима,[1] Конвенције о елиминисању свих облика расне дискриминације,[2] Европске конвенције о људским правима,[3] Америчкој конвенцији о људским правима.[4] Међународна тела, као што је била Европска комисија за људска права и сада Европски суд за људска права, морају да примењују ово правило. У Европској конвенцији се локални правни лекови помињу као један од услова допуштености, у члану 35. Поред тога, у члану 13 се појединцима гарантује право на ефикасан правни лек у њиховим државама. У овом раду биће анализиране обе примене локалних правних лекова пред Европским судом као и кратак преглед правних лекова у Србији.

ПОЈАМ ПРАВНОГ ЛЕКА

Под појмом правног лека се подразумева сваки онај начин на који се одређено лице може обратити домаћем суду или органу управе и тражити заштиту поводом повреде неког свог права.

Правни лекови чине посебну врсту правних средстава која су карактеристична по томе што се подносе против судских одлука. Поједине суд-

[1] Члан 41(ц) Међународни пакта о грађанским и политичким правима, 1966. године, «Службени лист СФРЈ – Међународни уговори», бр. 7/71

[2] Члан 11(3), Конвенција о елиминисању свих облика расне дискриминације, 1965. године, Malcolm D. Evans, International Law Documents, Oxford, 2003, стр. 122.

[3] Члан 35 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, Рим, 1950. године, «Службени лист СЦГ-Међународни уговори», бр. 9/2003

[4] Члан 46 Америчке конвенције о људским правима, 1981. године, Malcolm D. Evans, International Law Documents, Oxford, 2003, str. 154.

ске одлуке о основаности захтева за пружање правне заштите могу да буду неисправне и да имају одређене недостатке и због тога су установљени правни лекови, како би се њима ти недостатци отклонили. Могућност изјављивања правних лекова доприноси техничкој исправности и правичности одлука, па самим тим и њиховој законитости.[5]

У кривичном поступку, они су установљени у интересу странака, али и других кривично-процесних субјеката којима законодавац признаје интерес за побијање судских одлука. Њихово постојање се оправдава потребом за отклањањем грешака у судској одлуци, или у поступку који је претходио њеном доношењу.

Постоје различите дефиниције правних лекова. На пример, једна од њих је да у парничном поступку, «под правним лековима, у најширем смилу, подразумевамо парничне радње овлашћених субјеката којима они пред надлежним судовима побијају судске одлуке, захтевајући њихово укидање или преиначење».[6]

Најзначајнија је њихова подела на редовне и ванредне. Редовни правни лекови се подносе против неправоснажних одлука како би се спречило да оне постану правоснажне и извршне, пре него што о њиховој правилности и законитости одлучи виши суд. Ванредни правни лекови се улажу против правоснажних судских одлука у изузетним, законом предвиђеним случајевима, када се редовни правни лекови више не могу подносити, са циљем да правоснажно пресуђена ствар буде поново размотрена од стране надлежног суда. Неки аутори сматрају да је суштина редовних правних лекова у томе да су они средство за стицање формалне правоснажности судских одлука, а ванредни правни лекови су средство за измену његове материјалне правоснажности.[7] Ова подела правних лекова је у пракси најзначајнија, јер се у поступцима пред међународним телима за заштиту људских права врло често постављало питање да ли и ванредни правни лекови морају да буду искоришћени пре обраћања некој међународној инстанци.

Немогуће је дати упоредан преглед правних лекова које поједини правни системи предвиђају у случају кршења људских права. Они, углавном, зависе од тога који је орган, наводно, прекршио неко људско право. Ако је то учинио орган управе, најчешће се захтева обраћање истом ор-

[5] Љубица Мандић, Неблаговремена жалба у ванпарничном поступку, Београд, 2001, стр. 23

[6] Ранко Кеча, Редовни правни лекови у парничном поступку – докторска дисертација, Нови Сад, 1984, стр. 7

[7] Горан Илић, Границе испитивања првостепене кривичне пресуде, Београд, 2004, стр 18.

гану, жалба вишем управном органу, до покретања управног спора. Важно је да је орган независан и да није подређен органу коме се у жалби приписује повреда права. Уколико је повреду учинио судски орган, подноси се жалба вишем суду, а ако је у питању спорни законодавни акт, онда ће се тражити испитивање његове сагласности с уставом пред уставним судом или другим судом који је за то надлежан.

Врсте и број правних лекова варирају од земље до земље. Пре свега, ту су у питању она правна средства која појединац може користити у судским поступцима у својој држави. Поред тога постоје и они правни лекови који нису судски по својој природи.

У неким правним системима постоје посебне тужбе ради остваривања људских права где жртва кршења не мора да сачека формални акт државног органа да би предузела мере ради остварења свог права. У англосаксонским системима таква је нпр. тужба *habeas corpus* којом се одмах пред судом може оспорити законитост сваког фактичког лишења слободе. Неке познају институт уставне жалбе (Шпанија, Немачка, Хрватска), којом се може реаговати на повреду сваког права предвиђеног уставом. Нови Устав Републике Србије у члану 170 предвиђа уставну жалбу, као правно средство доступно грађанима.[8]

Државе морају обезбедити правне лекове, али оне саме одлучују какви ће они бити. Међународни уговори дозвољавају да они буду у надлежности судских, управних, или законодавних органа. Битно је само да они буду ефикасни, тј. да постоји могућност да се објективно утврди да је право прекршено и да се донесе обавезна и примењива одлука, којом се оно успоставља, или се на неки други начин отклања штета. Уколико су они изузетни и непознати сматра се као да ни не постоје. Да би се знало да је правни лек стварно ефикасан мора да постојати сигурност да ће извршни органи стварно поступити према одлуци суда или неког другог надлежног државног органа. Због тога, поред прописа мора да постоји и задовољавајућа пракса.[9]

[8] Устав Републике Србије, «Службени гласник РС», бр. 1//2006.

[9] Војин Димитријевић, Милан Пауновић, Људска права –уџбеник, Београд, 1997, стр. 98

ЛОКАЛНИ ПРАВНИ ЛЕКОВИ КАО УСЛОВ ДОПУШТЕНОСТИ ТУЖБЕ ПРЕД ЕВРОПСКИМ СУДОМ ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Европски суд за људска права се појављује само у случајевима када заштита пред домаћим судовима не успе. У случају *Akdivar* против Турске, Суд је нагласио овај свој став тврдећи да је «систем заштите установљен Конвенцијом супсидијаран у односу на националне системе заштите људских права».[10] Циљ овог правила пред Судом јесте, делом да се државама пружи прилика да реше одређено питање на унутрашњем плану, делом да се националним судовима пружи практична прилика да проверавају чињеничне доказе на нормалан начин, а делом и да се смањи број случајева пред Европским судом.[11]

У пракси Европске комисије за људска права, правило о искоришћености локалних правних лекова је потврђено у многим случајевима. На пример, у случају *Nielsen* против Данске, Комисија је стала на становиште да правила о искоришћености локалних правних лекова захтевају коришћење свих правних средстава које обезбеђује правни поредак једне земље,а који су у могућности да пруже ефикасна и одговарајућа средства заштите за кршења људских права за која је одговорна тужена држава.[12] Ово је потврђено и у случају X против Ирске.[13]

Правни лекови које треба користити у домаћем праву, зависиће од природе наводног кршења. Тако, на пример, уколико се тужилац жали на незаконито притварање, он мора показати да је покренуо поступке за *habeas corpus* или за накнаду штете због незаконитог затварања. Од тужиоца се захтева да користи само оне правне лекове који могу да обезбеде ефикасно и довољно средство за заштиту његовог права. Стога, тужбе којима се тражи нека «милост», као што је на пример: молба за помиловање Краљици у Уједињеном Краљевству или ванредни правни лек - захтев за поновно покретање поступка, не морају да буду искоришћени. Такође, у случајевима екстрадиције, захтеви за доношењем нове одлуке се не сматрају ефикасним и довољним правним лековима.[14] Међутим, ово се не

[10] Akdivar v. Turkey, Application No. 21893/93 Judgment 16 September 1996

[11] L.J.Clements, Nuala Mole, Alan Simmons, European Human Rights: Taking a case under the Convention, Sweet & Maxwell, London, 1999, p. 25.

[12] European Commission of Human Rights, The Nielsen Case – Report of the Commission, одлука од 2. септембра 1957

[13] X v. Ireland case, Appl. N. 493/59, одлука је донета 1961. године

[14] Altun v. FRG, Appl. N. 10308/83, 36 DR 209, 1983

односи на поступке којима се тражи заштита неког права.[15] Обично су то судски поступци, али не и искључиво. У одређеним ситуацијама, то могу да буду и управни поступци.

У принципу, тужилац се мора жалити највишем апелационом суду против неповољне одлуке донете у првој или другој инстанци. Проста сумња у изглед на успех неког домаћег поступка, не ослобађа тужиоца обавезе да удовољи овом услову допуштености.[16] Међутим, тужиоци нису обавезани да користе оне правне лекове који, у складу са «устаљеним правним мишљењем» које постоји одређено време, не могу да обезбеде одговарајући резултат по њиховом захтеву.[17]

Постојање правног лека мора бити довољно сигурно, не само у теорији, него и у пракси. Уколико се установи, на пример, на основу судске праксе, да би коришћење одређеног правног лека било бескорисно, он не мора да се користи. На пример, у случају *Johnston* против Ирске, влада је тврдила да су тужиоци могли да поднесу жалбу поводом дискриминаторног правног положаја ванбрачног детета пред ирским судовима.[18] Ирска влада је истакла сличне приговоре и у неким каснијим случајевима.[19] Суд је одбацио ове приговоре, позивањем на установљену судску праксу ирских судова по овом питању и донео закључак да ти домаћи правни лекови нису имали изгледа на успех.[20]

Ситуација може бити другачија када анализа домаће судске праксе открива спор пред домаћим судовима, која су то релевантна правна правила. Тада се од тужиоца може тражити да покрене поступак да би потврдио која су правила у том конкретном случају одговарајућа. У случају *Van Oosterwijck* против Белгије, тужилац, који је транссексуалац, одлучио је да се не жали Касационом суду на одлуку Апелационог суда у Бриселу, без обзира на чињеницу да је Европска конвенција, па самим тим и члан 8 те конвенције, директно применљив према белгијском праву. Он је сматрао да жалба нема реалног изгледа на успех према националном праву. Суд је одбацио његову тужбу због неискоришћености локалних правних лекова, на основу тога, што је он могао да се позове на члан 8 пред белгијским

[15] Greece v. UK Appl. N. 299/57, 1957, De Becker v. Belgium, 1962

[16] Donnelly v. UK, Appl. N. 5577-5583/72, 1975, McDonnell v. Ireland, Appl. N. 15141/89, 1990.

[17] De Wilde. Ooms and Versyp v. Belgium, Application No. 2832/66; 2835/66; 2899/66 Judgment of 18 June 1971. (the Vagrancy cases)

[18] Johnston v. Ireland A 112 para 44, Judgment of 18 December 1986

[19] Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland, A 246 para 47, 1992, Keegan v. Ireland, Application No. 16969/90 Judgment of 26 May 1994.

[20] «Влада није успоставила ни минималну дозу сигурности у постојање ефикасног правног лека», Johnston v. Ireland, A 112 para 46, Judgment of 18 December 1986

судовима, на исти начин на који се позвао на тај члан пред институцијама предвиђеним Конвенцијом. Суд је нашао да он чак није покренуо иста питања пред домаћим судовима, која је касније покренуо пред судом у Стразбуру. Тужилац је тиме ускратио судовима своје државе управо ону прилику коју државама пружа правило о искоришћености локалних правних лекова, а то је могућност да поправи ситуацију насталу кршењем људских права које им се ставља на терет.[21] При доношењу одлуке да нису постојале околности које су ослобађале тужиоца обавезе да искористи правне лекове, Суд је приметио да чињенице случаја не откривају по ком правном основу су његови адвокати прогласили жалбу бескорисном и чињеница да су, према Конвенцији, судови могли по службеној дужности да испитају случај, није ослобађала тужиоца обавезе да се позове на Конвенцију пред њима.

Сама Конвенција не мора да буде поменута директно пред домаћим судовима, под условом да је тужилац изнео суштину свог захтева, у складу са формалним условима и временским ограничењима, прописаним домаћим правом.

Суд је приметио да, без обзира на важност овог правила, члан 35 се мора применити са «одређеном дозом флексибилности и без претераног формализма».[22] У случају *Castells* против Шпаније, на пример, појавило се питање да ли је тужилац заправо формулисао своју жалбу пред Уставним судом у смислу кршења слободе изражавања. Влада је тврдила да се тужилац у својој жалби позвао на релевантне одредбе шпанског Устава само индиректно и да није поменуо члан 10 Европске конвенције. Суд је, међутим, након пажљивог проучавања поступака пред домаћим судовима, био задовољан чињеницом да је тужилац пред Врховним и Уставним судом истакао суштину жалбе поводом кршења Конвенције.[23] Чак и у државама где је Конвенција директно применљива, тужилац може да истакне идентичне аргументе пред домаћим органима, уместо да се позива на конкретну одредбу Конвенције.[24] Са друге стране, у одлуци која није пратила став Комисије, Суд је стао на становиште да је тужилац у, већ помињаном, случају *Cardot* против Француске пропустио да поднесе суштински идентичну тужбу пред француским судовима. Тужилац је тврдио да му је повређено право на одбрану (члан 6, став 3, тачка д) пошто је био оптужен за кривична дела везана за дрогу, на основу доказа датих од стране бивших саоптуженика у поступцима у којима он није био странка у поступку

[21] Van Oosterwijck v. Belgium, Application No. 7654/76 Judgment of 6 November 1980.
[22] Cardot v. France, Application No 11069/84 Judgment of 19 March 1991
[23] Castells v. Spain, Application No. 11798/85 Judgment of 23 April 1992
[24] Endagoz v. Turkey, Appl. N. 17128/90, 71 DR 275, 1991

и да није имао прилику да оспорава њихово сведочење, ни за време суђења, ни за време жалбеног поступка. Суд је одбацио овај случај, на основу члана 35, јер тужилац пре главног претреса није изразио жељу да чује доказе од саоптужених или да се жали Апелационом суду да такви докази буду испитани. Његов поднесак Касационом суду је био сувише нејасан да би привукао пажњу суда на његову праву жалбу, на основу члана 6 (3, д). Суд је нагласио да се мора прибећи сваком процесном средству, које може да спречи кршење Конвенције.[25]

Врсте локалних правних лекова

Врсте правних лекова који морају бити коришћени варирају од државе до државе, али тамо где постоје, морају бити коришћени.[26]. Државе нису обавезне, по Конвенцији, да установе апелационе судове који би расправљали о пресудама судова ниже инстанце, али ако они буду установљени, тужиоци пред Судом у Стразбуру морају да их искористе, пре него што поднесу тужбу. То могу да буду: жалба поводом непотпуног и неправилног чињеничног стања, жалба на правна питања или захтев за покретање поступка (ревизија). На пример, у случају X против Шведске, тужилац је могао да уложи жалбу на пресуду Суда за експропријацију, Апелационом суду, а након тога и Врховном суду Шведске. Он то није учинио и због тога је његова тужба проглашена недопуштеном.[27] Слична је ситуација била и у случајевима *Hopfinger* против Аустрије, где се тужилац није обратио Врховном суду и у случају X против Белгије, где је пропуштено обраћање Апелационом суду.[28]

Ако је и постојала сумња, на које правне лекове се ово правило односи, она је нестала после потврде Комисије у случају *Lawless* против Ирске из 1958. године, када је речено да тужилац мора да искористи не само правне лекове пред редовним судовима, већ цео систем правних лекова који је доступан у односној држави.[29] Ово је потврђено у многим наредним пресудама, како Комисије, тако и Суда.[30] Комисија је захтевала искоришћеност локалних правних лекова пред домаћим судским и управним (административним) органима. Када се има у виду циљ због којег је овај

[25] Cardot v. France, Application No 11069/84 Judgment of 19 March 1991
[26] L.J.Clements, Nuala Mole, Alan Simmons, op.cit. стр. 26.
[27] X v. Sweden, Appl. N. 2358/64, 1967
[28] Hopfinger v. Austria, Appl. N. 617/59, 1960
[29] Lawless v. Ireland case, Appl. N. 332/57, 1958
[30] Syndicat National de la Police Belge v. Belgium, Appl. N. 4464/70, 1971

услов допуштености и уведен, односно да се држави пружи могућност да обезбеди заштиту својим средствима, увођење органа управе је сасвим логично. Већина жалби пред Комисијом су и биле управо усмерене против неких аката управе, за које и не постоје неки други правни лекови, осим управних. Овде се подразумевају управни судови или посебни управни трибунали, па чак и сами органи управе.

Примере за ово срећемо нарочито у Немачкој, где је управно судство веома развијено. На пример, 1972. године, Комисија је прогласила захтев недопуштеним због неискоришћености свих локалних правних лекова које обезбеђује немачко право, јер подносилац захтева није покренуо поступак пред управним судовима те земље. Годину дана касније, из истог разлога је тужба проглашена недопуштеном, јер тужилац није поднео жалбу Апелационом суду Немачке.[31] У већ помињаном случају X против Ирске, из 1961. године, захтев је проглашен недопуштеним због тога што је тужилац пропустио да се обрати Комисији за притвор.[32]

Ипак, не мора се у сваком случају посезати за заштитом пред сваким управним телом. Ова обавеза важи само за оне органе управе који имају нека судска или квази-судска овлашћења. На пример, у случају Грчка против Уједињеног Краљевства, тужена држава је тврдила да је захтев недопуштен, јер је тужилац могао да се обрати захтевом за компензацију или гувернеру Кипра или британској краљици. Комисија је стала на становиште да такви правни лекови који зависе од нечије милости не спадају у категорију оних који су предвиђени овим условом допуштености.[33]

Из овога можемо закључити да је потребно искористити само оне правне лекове који имају правну природу, односно они који могу обезбедити непристрасност и једнакост у испитивању конкретног случаја пред одређеним органом, па био он судски или управни. Они који подразумевају чисту и арбитрерну дискрецију не спадају у суштину овог правила и не морају бити искоришћени. У случају *De Becker* закључено је да тужба која би, уколико успе, омогућила тужиоцу да поново добије свој посао није била правни лек који се морао искористити, јер, по мишљењу Комисије, његова сврха није била заштита права, него добијање «милости».[34]

У својој одлуци у случају *Monica Berberich* против Немачке из 1974. године, Комисија је изјавила: «Термин -сви лекови- у тексту одредбе члана 26 Конвенције (сада члан 35. -Б.Т.-) односи се на случај када домаће право обезбеђује против неке мере или одлуке једну серију правних

[31] X v. F.R.Germany, Appl. N. 4802/71, 1972.
[32] X v. Ireland, Appl. N. 493/59, 1961.
[33] Greece v. UK, Appl. N. 299/57, 1957.
[34] De Becker v. Belgium, Application 214/56, Judgment 1958.

лекова на различитим нивоима, као што је жалба Апелационом суду, нова жалба Врховном суду и, евентуално, уставна жалба. У таквом случају, где постоји један правни лек, њега треба користити до највишег нивоа. Ситуација није толико јасна када домаће право обезбеђује више различитих правних средстава. У таквим случајевима, Комисија стоји на становишту да је услов из члана 26 (сада 35) испоштован, ако је тужилац искористио један правни лек или више њих за које је разумно очекивати да ће се показати ефикасним».[35]

У случају *Gussenbauer* против Аустрије из 1972. године, Комисија је изричито изјавила да лекови који морају да се искористе подразумевају читав систем правне заштите који је установљен унутрашњим правом. Овога пута, међутим, Комисија је закључила да су правна средства у овом случају (захтев за ослобађање од обавезе узимања правног заступника) у стварности не пружа било какву шансу за надокнаду наводне штете и, због тога, не морају бити искоришћени. Аустријска влада је навела да би аустријски судови могли можда да промене своју праксу по овом питању, да је тужилац конципирао своју тужбу ослањајући се на друге одредбе Конвенције. Комисија је, међутим, остала при својој одлуци да је удовољено правилу о локалним правним лековима и прогласио тужбу у целини допуштеном.[36]

Међутим, у раду Комисије су позната и другачија решења. У већ поменутом случају *Delcourt* из 1967. године, Комисија је указала на то да је тужилац требало да искористи одређена процесна средства пред судом прве инстанце у Брижу, као и да их касније употреби пред Апелационим судом у Генту и пред Касационим судом. Пошто он то није урадио, није исцрпео правне лекове који су му били доступни по белгијском праву. Шта више, пошто се тужилац жалио на повреду начела непристрасности суда, што се нарочито испољавало у расправама пред Апелационим судом, он је требало да тражи да се забележе наводне пристрасне изјаве судија, што би му омогућило да се жали на то пред Касационим судом. Пошто он није искористио таква правна средства, комисија је прогласила да није искористио све њему доступне правне лекове.[37] У случају Х против Ирске из 1961. године, тужилац се жалио пред Комисијом на своје, наводно неправедно притварање, на основу Закона 1940. Он, међутим, није покренуо никакав поступак у којем би се оспоравало решење о његовом притварању, нити пред Комисијом за претварање (што је иначе и предвиђено Законом 1940), нити пред редовним судовима и није предузео никакву другу

[35] Monika Berberich v. F.R.Germany, Appl. N. 5874/72, 1974.
[36] Gussenbauer v. Austria, 1972, Appl. N. 4897/71.
[37] Delcourt v. Belgium, 1967, Appl. N. 2689/65.

активност да испита то решење. Иако је Комисија за притварање пре управно него судско тело и обраћање њој представља посебно средство (по Закону 1940), Комисија је нашла да је, за разлику од случаја *Lawless,* тужба Комисији за притварање правни лек који пружа тужиоцу у конкретном случају ефикасно средство да се установи, убрзо по његовом хапшењу, одсуство било каквог разумног основа за његово задржавање без суђења по Закону 1940 и да се обезбеди његово пуштање из притвора. Иако је ово правни лек који се примењује само у изузетним околностима, то је, ипак, правни лек који је ирски парламент посебно обезбедио за случајеве особа задржаних по Закону 1940 и као такав он улази у оквир правила о правним лековима.Пропуштање тужиоца да га искористи, довело је до одбацивања његове тужбе.[38]

У случају који се тицао Швајцарске, Комисија је стала на становиште да када домаћи суд има право избора између јавног саслушања и оног које је затворено за јавност, тужилац који није изричито тражио јавно саслушање није искористио правне лекове.[39] У случају везаном за Немачку, Комисија је тврдила да оптужени у тој држави, који се жали да адвокат који му је додељен занемарује његову одбрану (јер не прима аванс за своје трошкове), мора да захтева да му се додели други бранилац по основу правне помоћи. Пошто он то у овом случају није урадио, Комисија је одбацила тужбу као недопуштену.[40]

У овој својој пракси, Комисија је попримила утицаје из случаја *Ambatielos*. Ово, нажалост, доста ригидно поставља правило о локалним правним лековима. Тужиоци, који су у већини случајева обични грађани, лаици, могу тако бити стављени у ситуацију да морају да искористе различите облике правне заштите, што за њих може представљати велику, готово непремостиву, препреку. Ово није у складу са системом који настоји да штити и чува људска права. Коришћење процедуралних правних лекова требало би да се интерпретира у духу саме Конвенције и у складу са другим постојећим околностима. Тада би тужилац био у обавези да искористи само она процедурална средства која су неопходна за исправљање незаконитог стања на које се тужилац жали и радећи тако, он би био у обавези да та средства заштите својих права употребљава на уобичајен, редован начин.

[38] X v. Ireland, 1961, Appl. N. 493/59
[39] X,Y and Z v. Switzerland, 1976, 6916/75
[40] X and Y v. F.R.G, 1976, Appl. N. 7641/76

Ванредни правни лекови

Комисија је разматрала питање природе правних лекова који треба да се искористе, иако је њен општи став био да се као критеријум за обавезу коришћења правних лекова мора да се утврди да ли је правни лек био ефикасан.[41] У пракси Комисије, поставило се питање посебних (ванредних) правних лекова. У већ помињаном случају *Nielsen* против Данске, Врховни суд ове земље је потврдио пресуду Вишег суда источне Данске, у којој је тужилац осуђен за кривично дело. Тужилац је тада одлучио да покрене поступак пред Специјалним судом за ревизију, који би поново отворио случај. Данска влада је пред Комисијом изјавила да је «Специјални суд за ревизију посебан суд изван редовног судског система Данске и да, сходно томе, тужба овом суду није домаћи правни лек у складу са опште прихваћеним принципима међународног права, нарочито, тужба Специјалном суду не може бити сматрана жалбом и, везано за подношење тужбе том суду, право не намеће неко временско ограничење».[42] Тужилац је оспоравао ове наводе владе, тврдећи да обраћање Специјалном суду за ревизију представља домаћи правни лек. Комисија је тада морала да одлучи да ли овај правни лек, који је по мишљењу данске владе посебан, потпада под примену правила о локалним правним лековима. Прво је испитивала да ли обраћање овом специјалном тужиоцу пружа ефикасно и одговарајуће правно средство да заштити своја права везано за нека питања на која се жалио у својој тужби Комисији. Тада се Комисија пребацила на позицију општег међународног права, где су неки правници покушали да направе разлику између редовних и ванредних правних лекова и покушали да докажу да правни лекови не морају да буду искоришћени, ако спадају у категорију ових других. На пример, у случају *Salem*, речено је да правни лек (*recours en requette civile*) у Египту, не мора да буде коришћен јер то није редован правни лек, већ више има функцију да поново отвори поступак који је већ завршен пресудом суда последње инстанце.[43] Ипак, Комисија није прихватила ово становиште, иако је признала да у случају *Nielsen* који је пред њом, тужба Суду за ревизије има, такође, за циљ поновно отварање поступка који је постао *res judicata* одлуком данског Врховног суда. Уместо тога, Комисија се позвала на *ratio* овог правила о искоришћености локалних правних лекова који је исказан у случају *Interhandel*[44] и

[41] C.F. Amerasinghe, Local Remedies in International Law, Cambridge University Press, 2004, p. 313.

[42] Nielsen v. Denmark, 1959, Appl. N. 343/57.

[43] Salem Case (United States v. Egypt), UNRIAA vol. II, at p. 1180.

[44] *Interhandel case, ICJ Reports (1959).*

такође се позвала на одлуке у случајевима *Finnish Vessels*[45] и *Ambatielos*,[46] да поткрепи своје становиште да је тужена држава била у обавези да инсистира на претходној употреби свих оних домаћих правних лекова правне природе, који би могли да омогуће ефикасно и одговарајуће средство заштите, без разликовања између редовних и ванредних правних лекова. Комисија се, даље, позвала на случај *Electricity Company of Sofia*,[47] где је, по њеном мишљењу, Стални суд међународне правде такође показао неспремност да тужиоца ослободи од обавезе искоришћавања било ког правног лека који је подобан да обезбеди адекватну и довољну заштиту. Комисија је у овом случају јасно рекла да је одлучујући критеријум за утврђивање који правни лекови треба да буду искоришћени јесте њихова ефикасност и довољност, а у конкретном случају право на тужбу Специјалном суду за ревизију, за поновно отварање поступка, задовољава оба ова критеријума.[48]

Ово схаватање, да правни лекови морају да буду искоришћени иако су по својој природи ванредни, Комисија је потврдила у својој каснијој пракси. У случају X против Савезне Републике Немачке из 1960. године, она је изјавила да су поступци за поновно испитивање случаја, у принципу, правни лекови који морају да буду узети у обзир код примене правила о искоришћености локалних правних лекова.[49] У случају *Ringeisen* против Аустрије, на пример, Комисија је изјавила да је правни лек (у овом случају се радило о уставној жалби) неефикасан, а не због тога што је то ванредан правни лек, како је тврдио тужилац.[50]

Ови случајеви показују да питање да ли је неки правни лек ванредан по свом карактеру, није од значаја за примену правила о искоришћености локалних правних лекова. Неки ванредни правни лекови по мишљењу Комисије не морају бити искоришћени, не због тога што су посебни по свом карактеру, већ због тога што су недоступни и неефикасни.[51] У случају *Bruckmann* против Савезне Републике Немачке, донета је одлука да жалба поднета Апелационом суду, након одлуке немачког Савезног уставног суда, како би се поново покренуо поступак, није била ефикасан и адекватан правни лек и стога, није морала да буде искоришћена.[52]

[45] Finnish Ships Arbitration (Finland v. Great Britain), 3 UNRIAA, 1934

[46] Ambatielos Claim (Greece v. UK), 12 UNRIAA, 1956

[47] Electricity Co. of Sofia Case, PCIJ Series A/B No. 77 (1939)

[48] ibidem

[49] X v. F.R.G, 1960, Appl. N. 654/59

[50] Ringeisen v. Austria, Application No. 2614/65, Judgment of 16 July 1971.

[51] A. A, Cancado Trindade, The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law, Cambridge University Press, 1983, p. 92.

[52] Bruckmann v. Federal Republic of Germany, Application 6242/73

Такође, догађало се и супротно, тј. неки од правних лекова су морали да буду коришћени, али опет не из разлога што су специјалног карактера, већ што су у конкретном случају били ефикасни и могли да пруже одговарајућу правну заштиту. Као пример за ово, може се навести већ помињани случај X против Ирске из 1961. године, где је Комисија нашла да је обраћање Комисији за притвор, иако је тај правни лек применљив само у посебним околностима, у конкретном случају подобно да тужиоцу обезбеди ефикасну заштиту његових права. Из овог разлога, он је морао бити искоришћен пре обраћања Комисији.[53]

Ефикасност правних лекова

Да би правни лекови морали да се искористе, они морају да буду доступни, адекватни и ефикасни. Питање њихове ефикасности се највише расправљало, како у пракси Европског суда и, раније, Европске комисије, тако и у делима правника. Примена овог правила одређена је околностима сваког конкретног случаја, датом социјално-политичком ситуацијом, као и праксом Европског суда.

Иако члан 13 Конвенције, који гарантује право на ефикасан правни лек, не захтева да правни лек мора бити судски да би био ефикасан, неки несудски правни лекови су, у пракси Суда, сматрани неефикасним у смислу правила о искоришћености локалних правних лекова. У ову групу, на пример, спада и Захтев за краљевско помиловање у Уједињеном Краљевству (*Application for a Royal Pardon*). Међутим, чињеница да је неки правни лек у одређеним аспектима дискрециони, не чини га, обавезно, неприменљивим.

Као критеријум ефикасности узима се и дужина поступка пред домаћим судовима. Ово је расправљано у случају Танли против Турске, који се тицао убиства сина подносиоца представке, док се налазио у полицијском притвору. Кривични поступак је почео, али још увек није ушао у меритум годину дана и осам месеци од убиства тужиочевог сина. Комисија је, имајући у виду тежину злочина, утврдила да се тај кривични поступак не може сматрати ефикасним правним леком и да може расправљати о овоме случају и пре него се заврши домаћи поступак.[54]

Такође, могу постојати и посебне околности које ослобађају подносиоца захтева од обавезе да искористи домаће правне лекове, али оне не

[53] X v. Ireland, 1961, Appl. N. 493/59.
[54] Tanli v. Turkey No. 26129/94.

подразумевају непознавање Конвенције, злонамерне савете адвоката или депресивно стање подносиоца представке.[55] На пример, у случају Акдивар против Турске, који се тицао паљења кућа које су изводиле турске оружане снаге на југоистоку ове земље, Суд је пресудио да се под те специјалне околности може подвести и пропуштање државних власти да те случајеве истраже.[56]

Да би неки правни лек био ефикасан, он мора бити у стању да исправи кршење директно, а не само индиректно. Пример за ово могу бити случајеви када држава протерује стране држављане са своје територије. У више случајева је одлучено да, када нека особа наводи да би је протеривање изложило озбиљној опасности, подношење жалбе која нема суспензивно дејство, не може се сматрати ефикасним правним леком. У случају *Vijaynathan and Pushparajah* против Француске, Суд је приметио да је тужилац добио упутство да напусти територију, које није било могуће спровести без доношења накнадне одлуке о протеривању. Није било могуће жалити се на дато упутство, али је, међутим, постојала теоретска могућност жалбе на одлуку о протеривању (која може да буде донета у било које време и то без неког упозорења), али то мора да буде урађено у року од 24 часа од тренутка уручења одлуке. Француска влада је тврдила да тужиоци нису били жртве, пошто им није била уручена одлука о протеривању и да нису искористили унутрашње правне лекове, јер су се могли жалити тек када им та одлука буде уручена. Суд је подржао овај приговор владе, занемарујући практичну ефикасност постојећих поступака, у корист подржавања теоретске доступности даљих жалбених инстанци.[57]

ЛОКАЛНИ ПРАВНИ ЛЕКОВИ У СВЕТЛУ ПРАВА НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ (ЧЛАН 13 ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ)

Члан 13 Европске конвенције гарантује право на делотворан (ефикасан) правни лек:

«Свако коме су повређена права и слободе предвиђене у овој Конвенцији има право на делотворан правни лек пред националним властима, без обзира јесу ли повреду извршила лица која су поступала у службеном својству».[58]

[55] A.A. Cancado Trindade, op.cit. p. 118.

[56] Akdivar v. Turkey, Application No. 21893/93 Judgment 16 September 1996.

[57] Vijaynathan and Pushparajah v. France, 14 E.H.R.R. 248.

[58] Члан 13. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, «Службени лист СЦГ-Међународни уговори», бр. 9/2003.

Европска конвенција и Европски суд за људска права не прописују које правне лекове држава уговорница треба да установи у свом правном систему. Суд је у својој пракси сматрао да члан 13 гарантује ефикасан правни лек пред домаћим телима, свакоме ко тврди да су повређена његова права и слободе предвиђене Конвенцијом. Његово дејство је у томе да захтева постојање домаћег правног лека који омогућава надлежном домаћем органу да решава о суштини тужбе и досуди одговарајућу компензацију. Тај правни лек мора бити ефикасан у пракси, као и у теорији и његово коришћење државни органи тужене државе не смеју неоправдано да ометају својим актима, или пропуштањима.

Правни лек не мора да обезбеди суд, већ то може да уради и неко друго државно тело, али оно мора бити у стању да обезбеди ефикасну компензацију и мора да буде довољно независно од тела чије се активности оспоравају. Правни лекови који су дискрециони или неспроводљиви у пракси, у већини случајева не удовољавају стандарду из члана 13 Конвенције.[59]

Право на делотворан правни лек представља једно материјално право и налази се у тесној вези са обавезом искоришћавања локалних правних лекова, као условом допуштености тужбе. Наиме, поступци пред Европским судом су супсидијарни у односу на национално право. На држави је најпре обавеза да унутар свог правног система реши одређено питање које се касније може изнети пред Суд. Као што је речено у претходном делу рада постоје услови за коришћење тих домаћих правних лекова, као што су њихово постојање, доступност и делотворност. Управо ова њихова својства држава мора да обезбеди на основу члана 13 Конвенције.

У случају Хартман против Чешке, који се тицао наводне повреде члана 6(1) Конвенције, Суд је разматрао однос између члана 13 и члана 35(1), у вези са обавезом искоришћавања локалних правних лекова. Наиме, влада је приговорила да су тужиоци пропустили да искористе средства која су им стајала на располагању ради убрзања судских поступака. Европски суд је приметио да питање постојања таквих средстава спада у меритум њихове тужбе Суду. Због тога је Суд у овом случају спојио решавање питања допуштености тужбе са решавањем меритума.[60]

Такође, постојали су случајеви у којима је Суд разматрао обавезу појединца да искористи националне правне лекове у светлу права на делотворан правни лек. На пример, у случају Егмез против Кипра, Суд је стао на становиште да је Егмез обраћањем омбудсману удовољио обавези из члана 35(1) Конвенције, иако није покренуо грађанску парницу за нак-

[59] Philip Leach, Taking a Case, op. cit. p. 176.

[60] Hartman v. The Chech republic, Judgment of 10 July 2003.

наду штете. По њему, ово обраћање омбудсману је везано и за члан 13 Конвенције.[61]

Као што је већ речено, члан 13 дефинише обавезу за државу да омогући постојање и коришћење ефикасних правних лекова. Пошто ова обавеза није у сваком конкретном случају и поштована, Комитет министара Савета Европе усвојио је 12. маја 2004. године Препоруку за побољшавање домаћих правних лекова.[62] У њој се позивају државе чланице да побољшају своје правне лекове доводећи их у склад са захтевима Европског суда за људска права и да на тај начин повећају националну ефикасност примене Европске конвенције и растерете Европски суд за људска права.[63]

ПРАВНИ ЛЕКОВИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Правни лекови у Републици Србији уређени су Законом о парничном поступку и Закоником о кривичном поступку. Ово су нови закони донети, између осталог у циљу обезбеђивања ефикасности домаћих поступака. У Закону о парничном поступку наводи се један редован правни лек – жалба против пресуде и решења и следећи ванредни правни лекови: жалба са алтернативним предлогом за ревизијско одлучивање (директна ревизија), ревизија, захтев за заштиту законитости и предлог за понављање поступка.[64]

У Закону о кривичном поступку наводе се редовни правни лекови: жалба на пресуду првостепеног суда, жалба на пресуду другостепеног суда, жалба на решење. Ванредни правни лекови су: понављање кривичног поступка , ванредно ублажавање казне, захтев за заштиту законитости и захтев за испитивање законитости правоснажне пресуде.[65] У новом Законику о кривичном поступку, који ће почети да се примењује од 1. јуна 2007. године смањује се број правних лекова, јер се више не предвиђа захтев за испитивање законитости правоснажне пресуде.[66]

[61] Egmez v. Cyprus, Judgment of 21 December 2000.

[62] Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies (adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004, at its 114th Session) http://www.coe.int/Viewdoc.jsp?id=67075&LANG=en.

[63] Родољуб Етински, Право на делотворан правни лек у светлу праксе Европског суда за људска права, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XXXVIII, 2 (2004), Том II, стр. 435.

[64] Закон о парничном поступку, «Службени гласник РС», број 125/2004.

[65] Закон о кривичном поступку, «Службени гласник РС», број 58/2004.

[66] Законик о кривичном поступку, «Службени гласник РС», број 46/2006.

У случају Матијашевић против Србије,[67] првом случају који је Суд пресудио у споровима против наше земље, влада је ставила приговор да нису искоришћени сви доступни и ефикасни правни лекови. Она је истакла да је тужилац пропустио да поднесе грађанску тужбу на основу чланова 199 и 200 Закона о облигационим односима, као и грађанску тужбу (жалбу) Суду Србије и Црне Горе. Тужилац је, пак тврдио да овај правни лек није био доступан у овом случају, нити је он уопште ефикасан. Он је истакао да је поднео жалбу Европском суду 20. маја 2004. године, а влада је признала да Суд Србије и Црне Горе није почео са радом пре 7. јула те исте године. Пошто овај Суд није донео ни једну пресуду у погледу тужби грађана, а и влада је већ почела да расправља о амандманима на постојећу легислацију, тужилац је сматрао да она на тај начин имплицитно потврђује његову неефикасност. Даље, тужилац је изјавио да је нејасно да ли грађанска тужба може бити поднета када сви други правни лекови буду искоришћени или само у ситуацијама када такви правни лекови не постоје. Не постоји јуриспруденција која би обезбедила неке смернице у погледу овог питања.

Суд је приметио да влада није могла да се позове на домаћу праксу где је захтев, заснован на члановима 199 и 200 Закона о облигационим односима био успешно покренут у случајевима који су слични овоме. У односу на околности овог случаја, Суд је сматрао да овај правни лек није морао да буде искоришћен.

У погледу грађанске тужбе, Европски суд је приметио да је 15 јула 2005. године тужена држава повукла резерву, садржану у инструментима о ратификацији Европске конвенције, а која се односила на то да се одредбе из члана 13 неће примењивати у погледу правних лекова у оквиру надлежности суда Србије и Црне Горе, све док тај суд не почне да функционише у складу са члановима 46 до 50 Уставне повеље Државне заједнице Србија и Црна Гора. На тај начин је влада, по мишљењу Суда, имплицитно прихватила да се, пре тог датума, дати суд није могао сматрати ефикасним и доступним. Такође, пошто је 3. јула 2006. године Црна Гора прогласила своју независност, Државна заједница и сви њени органи су престали да постоје, па и сам Суд Србије и Црне и није било могуће даље вођење поступака пред њим. На основу свих ових разлога, Суд је прогласио да су сви доступни и ефикасни правни лекови искоришћени и да је тужба допуштена.[68]

[67] Matijašević v. Serbia Application no. 23037/04, Judgment, 19 September 2006.
[68] Ibid.

ЗАКЉУЧАК

Европски суд за људска права представља институцију која има веома богату праксу тумачења и примене правила о локалним правним лековима. Он установљава стандарде који се морају поштовати како би тужба Суду била допушптена. Сви правни лекови у једној држави морају се прво искористити и то како редовни, тако и ванредни. Ова обавеза важи под условом да су ти правни лекови доступни и ефикасни.

Такође, Суд предвиђа критеријуме које правни лекови морају да испуне како би се сматрали ефикасним у смислу члана 13 Конвенције. Комитет министара Савета Европе издаје препоруке државама, како би оне побољшале своје правне лекове, који би удовољили стандардима Суда.

До сада је пресуђен само један случај против Србије пред Судом у Стразбуру, када је расправљано и о искоришћености локалних правних лекова. Ово питање ће се, сигурно, на овакав или сличан начин, разматрати и у будућности. Република Србија је, такође, у обавези да удовољи захтевима из већ поменуте Препоруке за побољшавање домаћих правних лекова, а нарочито због тога што систем правних лекова у њој није у потпуности у сагласности са стандардима Европског суда. То се пре свега односи на дужину трајања појединих поступака. У предстојећим поступцима пред Судом вероватно ће највише проблема за државу Србију бити управо у случајевима када поступци неоправдано трају предуго и не представљају ефикасан правни лек, у смислу чланова 13 и 35(1) Конвенције.

Bojan Tubić, Assistant
Novi Sad School of Law

Local Remedies in the Practice of the European Court of Human Rights

Abstract

Local remedies appear in two forms before the European Court of Human Rights. Firstly, according to Article 35 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, all local remedies must be exhausted before the case can be brought before the Court. European Court is the subsidiary instance in protecting human rights. Only if state organs fail to provide protection of their citizens' rights this Court is empowered to hear the case. This has been confirmed in numerous cases before it. Obligation to use local remedies for the citizens exists only if those remedies are available and effective.

Secondly, Article 13 of the European Convention guarantees the right to an effective remedy. This Article does not envisage what remedies states must have in their legal systems, but it requests the existence of such remedies that can provide questioning of complaints and awarding compensations. In order to develop this internal protection of human rights, the Council of Europe adopted Recommendation Rec (2004) of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies.

Judgment in Matijašević case, in September 2006, was the first judgment delivered before the Court against Serbia. The question of local remedies has been raised by the respondent state, but unsuccessfully. In the future cases this question will also be very significant. Serbia has developed system of legal remedies in civil and criminal proceedings, but problem can be a long duration of proceedings before the Serbian courts.

Самир Аличић, асистент-приправник
Правног факултета у Новом Саду

DE DIVERSIS REGULIS IURIS ANTIQUI (D.50.17)

Сажетак: *Титулус Дигеста De diversis regulis iuris antiqui (D.50.17) имао је специфичан пут настанка. Он није резултат рада целе Трибонијанове комисије, већ једне подкомисије која је као помоћно средство вероватно користила посткласичне збирке регула класичних правника. Јустинијанови компилатори су појам regula схватали веома широко, па су у титулусу место нашле како регуле у ужем смислу, тако и многобројне максиме и понеке дефиниције класичних правника.*

Кључне речи: *регуле, правна правила, Дигеста, Јустинијан, римско право.*

Увод

Последњи титулус Јустинијанових Дигеста *De diversis regulis iuris antiqui (D.50.17)* представља вероватно најзначајније поглавље огромне Јустинијанове Кодификације.

Упркос томе што се ради о тексту добро познатом истраживачима и упркос томе што је ово поглавље Дигеста имало огроман значај за даљи развој европског права, у погледу његовог настанка остало је још доста нејасноћа. Основно питање је: *на који начин су Јустинијанови компилатори извршили одабир материјала који је уврштен у ово поглавље?*

Да би се на њега одговорило треба утврдити:

Прво, који текстови су коришћени, односно из којих дела класичних правника је узет материјал и зашто и друго, шта су Јустинијанови ком-

пилатори подразумевали под појмом *regula* и који типови регула постоје у титулусу *De diversis regulis iuris antiqui*?

Материјал коришћен у изради титулуса *De diversis regulis iuris antiqui*

Из којих дела класичних правника су преузете регуле? Питање одабира материјала који је уврштен у последњи титулус Дигеста представља до сада нерешену мистерију. Нејасно је због чега су регуле у овој глави преузете само из неких књига класичних правника, а из неких не. Посебно је индикативно да у овој глави скоро да и нема фрагмената из *књига регула (libri regularum)* класичних правника, са изузетком фрагмената 100, 196 и 210 који су преузети из књига регула Гаја, Модестина и Лициниј Руфина. Како су у Дигестама чак 264 фрагмента преузета из књига регула класичних правника, нејасно је зашто се њима компилатори нису више послужили и приликом израде овог титулуса. Ово тим више када се узме у обзир да су *libri regularum* садржали већ издвојена општа правна правила, која су се без много труда могла преузети. То би свакако било много једноставније него претраживати обимну казуистичку заоставштину класичара у потрази за регулама.

У титулус је уврштен материјал од великог броја класичних правника: Паула, Улпијана, Помпонија, Гаја, Јаволена, Квинта Муција Сцеволе, Папинијана, Хермогенијана, Целза, Марцела, Модестина и Лициниј Руфина. Уочљиво је да је од Улпијана и Паула преузет веома велики број фрагмената, пропорционално знатно више него што је то случај у другим деловима Дигеста. На пример, Паул је цитиран 69 пута, а Јулијан само 6 пута, дакле скоро дванаест пута мање. У Дигестама као целини, Паул је цитиран 2011 пута, а Јулијан око 460 пута (ради се о фрагментима који се сматрају оригиналним), дакле једва око пет пута мање. Затим, у D.50.17 Улпијан је цитиран 60 пута, 10 пута више од Јулијана. У Дигестама Улпијан има 2817 фрагмената, нешто преко 6 пута више од Јулијана.[1]

Затим, занимљиво је да су регуле преузете само из ограниченог броја књига појединих аутора. Нпр. од Гаја су преузети само фрагменти из Коментара градског едикта (55-56), Коментара провинцијског едикта (42, 46,51,57,107,111,113,122,125,132,147,158) и Књиге регула (100). Ни једно једино правило није преузето из неког од бројних других Гајевих дела ци-

[1] P. Pescani: *Il piano del Digesto e la sua attuazione*, Bullettino dell' Istituto di Diritto romano „Vittorio Scialoia", terza serie, vol. XVI, Milano 1974., стр. 263-264.

тираних у Дигестама (Институције, Коментар Закона XII таблица, Коментар Јулијевог и Папијевог закона, *Res cottidianae*, књиге о вербалним облигацијама, манумисијама, фидеикомисима, Коментар Едикта курулског едила итд.). Већ овај пример показује да су састављачи последњег титулуса Дигеста користили мали број књига.

Најзад, уочљив је велики број *двојника (leges geminatae)*, текстова који се срећу и у другим деловима кодификације. У последњем титулусу су многи текстови измењени, на тај начин да су извучени из контекста тако да је одбачено оно *enim, nam* или *quia* којим су обично овакве изреке увођене у казуистичка разматрања класичара.[2]

Све наведено говори да је овај титулус имао посебан пут настанка. По свему судећи, он није сачињен од читаве Трибонијанове комисије. Њега је сачинила једна подкомисија, а можда чак само један правник. Састављачи (или састављач) титулуса *De diversis regulis iuris antiqui* нису се служили свим књигама које су коришћене приликом израде Дигеста, већ су прегледали само један део богате литературе класичних правника.[3]

Да ли су Јустинијанови компилатори користили постклаcичне збирке изрека класичних правника? Употреба ограниченог материјала за израду последњег поглавља Дигеста може се делимично објаснити тиме да у његовој изради нису учествовали сви чланови Трибонијанове комисије. Ипак, то не објашњава зашто нису у већој мери коришћене књиге регула класичних правника у којима су се правна правила могла пронаћи без труда. Можда је разлог тај што су приликом израде титулуса *De diversis regulis iuris antiqui* коришћене постклаcичне збирке изрека класичних правника. Познато је наиме да су у поскласично доба прављене збирке сентенци које су биле извучене из казуистичких текстова римских правника. Можда се неке од нелогичности које запажамо у последњем титулусу Дигеста могу објаснити управо тиме што су Јустинијанови компилатори једноставно прегледали такве зборнике и искористили материјал који су они садржали.

Обратимо пажњу најпре на распоред материје у D.50.17.

Титулус почиње једним Пауловим фрагментом у коме се налази дефиниција појма *regula* (D.50.17.1). Затим следе фрагменти из *Libri ad Sabinum* (D.17.2-40), потом фрагменти из *Libri ad edictum* (D.50.17.41-57), и на крају фрагменти из тзв. Папинијанске масе, односно из књига које су

[2] По Стејну, ради се о чак 35 двојника. P. Stein: *Lo svolgimento storico della nozione di „regula iuris" in diritto romano,* Antologia giuridica romanistica ed antiquaria, Milano 7/1968., стр.106-107.

[3] Упореди: Pescani*, ibid.*

имале научни карактер и нису представљале у стриктном смислу обраде само цивилног или само преторског права. То су нпр. *libri questionum, epistularum, regularum, definitionum, responsorum, digestorum* итд. (D.50.17.58-211). Међу ове последње уврштени су и неки томови *Libri ad edictum*. Овакав редослед био је правило и у другим титулусима Дигеста.[4]

Поставља се питање да ли се међу регулама унутар поделе по масама може уочити нека правилност?

Унутар сабинијанске масе се запажају следеће целине. На почетку, одмах након дефиниције појма *регула,* дата су правила из области права које се односи на лица (2-5). Затим следи неколико правила која би се могла сврстати у стварно и наследно право (6-13). Потом следи низ правила која махом припадају контрактном праву и квазиконтрактима (14-35). Унутар овог дела су и општа правила која се односе на тумачење изјаве воље, елементе правних послова, укључујући и оне који немају облигациони карактер, као што је на пример брак. У ствари, ради се о правилима која се односе на оно што би смо ми данас назвали „правним пословима". Последњих пет правила међу онима која су преузета из *Libri ad Sabinum* односе се углавном на деликте и процесно право (36-40).

Мали број правила, свега 17, преузет је из едикталне масе. Регуле су преузете из коментара Улпијана, Паула и Гаја. Будући да се ради о тако малом броју правила, и с обзиром на то да преторски едикт није ни имао праву систематику будући да је материја у њему била распоређена по редоследу судског поступка, тешко је рећи да ли је у овом делу (41-57) поштована систематика Вечитог Едикта, те у ово питање нећемо улазити. У сваком случају, као и у делу у коме се налазе фрагменти из сабинијанске масе, поштован је редослед из дела класичних правника из којих су коментари преузети.

Убедљиво највећи број правила (155, дакле скоро три четвртине) преузет је из Папинијанске масе. Ово не треба да чуди. Логично је да је у делима која су имала научни карактер било највише регула. Преузети су фрагменти великог броја класичних правника, и то из разних дела. И овде се водило рачуна о редоследу томова књига из којих су регуле преузете. Осим овога, не може се запазити никаква логика у распореду фрагмената. Скоро без икаквог реда, ређају се фрагменти из разних области права.

Дакле, једино у првих четрдесет фрагмената, у којима се налазе правила преузета из сабинијанске масе, може се уочити извесна правилност. Летимичним прегледом, стиче се утисак да су фрагменти поређани по редоследу који приближно одговара институционалној систематици. То се

[4] Више о распореду материје унутар титулуса Дигеста види у: F. Bluhme: *Die Ordnung der Fragmente in den Pandectentiteln;* Labeo 6/1960., стр. 50-96, 235-277, 368-404.

ипак не може назвати правом систематиком. Поједине целине нису јасно издвојене. Постоје неки делови текста где преовлађују правила из одређене правне области, али има и одступања. Ова одступања су таква да не можемо говорити о систематици у правом смислу те речи.

На пример, након првог правила из области облигационог права (50. 17. 14) следи једно правило из стварног права (50. 17. 15), а затим опет једно правило облигационог права (50. 17. 16) итд.

Ипак, постоји једна ствар која указује да је састављач овог дела титулуса настојао да постигне извесну правилност. Наиме, цитати који потичу од једног правника нису обрађени на једном месту. Тако, титулус почиње једним Пауловим фрагментом (1), затим следе три Улпијанова (2-4), па опет један Паулов фрагмент (5), па још један Улпијанов (6), па два Помпонијева (7-8), па опет један Улпијанов фрагмент (9) итд. Насупрот томе, у делу титулуса у коме су обрађени фрагменти из папинијанске масе приметна је тенденција да се на једном месту обради већи број фрагмената једног истог правника. Нпр. од 74 до 91 фрагмента се налазе Папинијанови фрагменти , који су скоро сви (са изузетком три) преузети из његовог дела *Libri questionum*. Од 184 до 191 ређа се осам фрагмената преузетих из Целзових Дигеста, и сл.

Дакле, очито да је распоређивању фрагмената у делу титулуса у коме се налазе правила преузета из коментара *ius civile*-а посвећено више пажње него у осталим. Сва је прилика да је постојала интенција да се фрагменти распореде по институционалној систематици. Што се тиче одступања, она могу бити последица тежње да се очува редослед правила из књига класичних правника из којих су правила преузета, тако што се у тексту који следи регули преузетој из одређене књиге никад не наводи регула из неког од томова који су јој претходили. Нпр. из Помпонијевих *Libri ad Sabinum* су преузети следећи фрагменти: *7.-libro III, 8.-libro IV, 11.-libro V, 14-libro V, 18.-libro VI, 20-libro VII, 25- libro XI, 27- libro XVI, 36-libro XXVII, 38-libro XXIX*.

Постоји још једна ствар која на неки начин издваја део титулуса у коме се налазе регуле цивилног права од остатка поглавља. Фрагменти из сабинијанске масе преузети из дела само три правника: Паула, Улпијана и Помпонија.

Мало је вероватно да ове специфичности потичу од Јустинијанових компилатора. Готово да је немогуће претпоставити да је Трибонијан толико уситнио посао да би поверио израду делова једног истог титулуса различитим правницима. Пре ће бити да првих 40 фрагмената Титулуса представљају у ствари скраћену верзију неког од постклasичних зборника регула, који је био сачињен по институционалној систематици, и који су

Јустинијанови компилатори једноставно преузели у скраћеној верзији. За део у коме се налазе фрагменти из едикталне масе није могуће прецизно утврдити да ли има порекло у некој ранијој збирци правила. Што се тиче правила преузетих из папинијанске масе, њихов редослед указује да су највероватније на брзину извучене из дела класичних правника и поређане по редоследу књига у којима су пронађене, без праве систематике. С обзиром на то да последњи део седамнаестог поглавља педесете књиге Дигеста указује да је рађен у журби, највероватније је тај део оригинално дело Јустинијанових компилатора. Ипак, и овде остаје нерешено питање због чега су скоро изостали цитати из збирки регула класичних правника.

Схватање појма *regula* у Дигестама и типови регула

Пре него што се позабавимо схватањем појма *regula* од стране Јустинијанових компилатора, погледајмо најпре које је лингвистичко значење овог појма у латинском језику, а затим како се развијала правна мисао о овом појму у римском праву пре Јустинијана и који типови регула постоје у титулусу *De diversis regulis iuris antiqui.*

Лингвистичко значење израза *regula* у латинском језику. Реч *regula* у најстаријем латинском језику означава *„средство за повлачење праве линије, лењир“*. Ова реч има исти праиндоевропски корен *(reg-)* као речи *rex, regio, rectus, regere* и по свему судећи, већ у најстаријем латинском означавала је један колико материјални, толико и интелектуални појам. Овим изразом се означава свако средство којим се успоставља правилност. Треба напоменути да се у индоевропским језицима по правилу оно што је *право* у физичком смислу поистовећује са оним што је *исправно* у моралном смислу. У многим модерним језицима се за право као друштвени феномен користи исти израз којим се означава и нешто што је право у физичком смислу, и те речи углавном потичу од истог праиндоевропског корена као и латинско *reg-*, келтско *ri-* или староиндијско *raj(an)* . Нпр. немачко *recht,* француско *droit*, италијанско *diritto* имају исти корен као готско *raihts* или персијско *rasta*. Исто тако, оно што је криво у физичком смислу поистовећује се са оним што је неисправно у друштвеном смислу, нпр. у француском *tordu, courbe=perfide, menteur*. И у српском језику очита је веза између именице *право* и прилога и придева *право*, којим се може означити правилност у физичком смислу (нпр. *права* линија) али и правилност у пренесеном значењу (имаш *право*, у *праву* си). На исти начин, криво се постовећује са неисправним: за некога ко је учинио деликт кажемо

да је *крив*, али се исто може рећи и за линију која није *права*. И у латинском, израз *regere* може да значи владати али и повлачити праву линију. Нпр. израз *regere fines* се користи за означавање граница будућег храма или градског насеља, које обавља свештеник.[5]

Дакле, нема ништа необично у томе што се у латинском језику именицом *regula* означава како *правило,* тако и *лењир*. У оба случаја, у питању је средство којим се установљава одређена правилност.

Израз *regula* среће се често у латинским неправним изворима, у значењу мере, стандарда. У етици, *regula* је критеријум за разликовање доброг и лошег. У дијалектици, критеријум за разликовање тачног и нетачног. У реторици, модел доброг говора.

Израз *regula* по први пут се јавља у значењу детаљног правила, које се примењује на више случајева исте врсте, код граматичара у другој половини првог века пре Христа. Он подразумева граматичко правило које се примењује на велики број речи, по утврђеном моделу (нпр. промена глагола исте деклинације). Као такве, регуле се разликују од аналогија, које подразумевају сличности које се јављају код мањег броја речи.[6]

Постанак правних правила римског права. О понтификалној јуриспруденцији у најстаријем римском праву немамо много података, али нема никакве сумње да је она имала казуистички карактер. О првим правницима лаицима из претклasичног доба смо боље информисани, и знамо да су они наставили ову казуистичку традицију. Радови првих правника лаика нису научна дела у данашњем смислу. У њима се само набрајају правни случајеви, по правилу уз навођење имена странака у спору. Тек у следећој генерацији правника, на челу са знаменитим Квинтом Муцијем Сцеволом, долази до првих покушаја систематизације права и стварања општих правних принципа.[7] У овом периоду јављају се општа правна правила која се примењују на већи број случајева исте врсте. Ипак, за њих се још не користи израз *regula*.[8]

Реч *regula* се у правнотехничком смислу, у значењу правног правила, први пут појављује у делима великог правника из Августовог доба, Лабеа.[9] *Antistius Labeo* био је оснивач школе Прокулеанаца и велики иноватор. Помпоније каже да се Лабео бавио и другим наукама, и да је у

[5] О овоме види више у: Е. Бенвенист: *Речник индоевропских установа,* Нови Сад 2002., стр. 256-259., посебно стр. 258.

[6] Stein: стр. 101-102.

[7] Stein, *op. cit*., стр. 96-98.

[8] Stein, *op. cit*., стр. 100-101.

[9] Stein, *op. cit*., стр. 101-103.

изучавање права унео многе новине. По Помпонију, баш ово је био основ за настанак различитих школа, јер се оснивач Сабинијанске школе, Атеј Капито, за разлику од Лабеа „држао оног што му је пренето“.[10]

Међу новинама које је Лабео увео у изучавање права било је и разликовање *дефиниција* и *регула*. Лабео, који се бавио поред права и лингвистиком, полазећи од аналогистичких становишта, разликовао је регуле као правила нормативног карактера од дефиниција као дескриптивних одређења правних појмова. Прво правило за које је Лабео употребио израз *regula* била је позната изрека Катона Млађег, која каже да ће легат који је био неважећи у моменту састављања тестамента остати неважећи, ма у којем моменту да је тестатор умро.[11] Ово правило се најпре звало *Sententia Catoniana* (нпр. Мецијан у D.35.1.86.1), а касније је понекад била квалификована и као *definitio* (D.34.7.1.pr.). *Regula Catoniana* била је за класичне правнике регула-модел на коју се угледало приликом прављења нових правних правила.[12]

Регула се у класичном праву схвата пре свега као апстракција настала из казуистике. Суштину класичног схватања појма *regula* лепо саопштава чувена Паулова дефиниција, која се налази на самом почетку титулуса Дигеста *De diversis regulis iuris antiqui* .

Правно правило (регула) је оно што одређену ствар укратко излаже; не зато да би се из регуле изводило право, него из права које постоји настаје регула. Регула излаже ствар укратко и, како каже Сабин, она је тако рећи сажимање њене суштине, али ако се тиме поквари (смисао односне ствари), (регула) губи своје оправдање.[13]

По овој дефиницији регула није оно што би смо ми данас назвали општом правном нормом. Она није норма, већ стандард. Њен значај је искључиво дидактички. Паулов израз да *ex iure quod est regula fiat* треба схватити тако да се регула изводи из казуистике. Она није норма донета са намером да важи за будућност, већ правило које казује на који се начин одређени проблеми у праву уобичајено решавају.

[10] D. 1.2.2.47

[11] *Catoniana regula sic definit, quod, si testamenti facit tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quendocum que decesserit, non valere. quae definitio in quibusquam falsa est. (D.34.7.1.pr.)*

[12] Stein, *op. cit*., стр. 102-103.

[13] *D.50.17.1* Paulus libro XVI ad Plautium*: Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.*

Овакве регуле се по правилу јављају у оквиру казуистичких текстова, и наводе се углавном да би се поткрепило мишљење правника како треба решити одређени случај. Најчешће се уводе са једним *enim* или *quia*.[14] Регуле се јављају и у уџбеницима права као дигресије ради појашњавања правних решења.[15]

У титулусу D. 50.17 имамо много примера за регуле-стандарде из класичног доба. Ево неких:

У свим облигацијама, у којима није утврђен рок, дуг настаје одмах.[16]

Сматра се да је учињен поклон, онда када се нешто уступа а да на то нисмо обавезни ни по једном праву.[17]

Овакве регуле, каквих у наведеном титулусу, али и у другим деловима Дигеста има доста, представљају леп пример регула као правничких стандарда класичног доба.

Регула као норма - *libri regularum* класичног права. Иако се регула схвата пре свега као стандард а не као норма у модерном смислу, правила старог права уживала су током класичног периода велики углед и често су сматрана за обавезујућа. У другој половини класичног доба јавља се и једно другачије схватање регула. У бројним књигама односно зборницима регула из овог периода налазимо регуле које нису употребљене да би се поједноставило градиво за потребе студената или да би се појачала аргументација мишљења правника приликом решавања појединих правних случајева, већ да би се дала основа за доношење пресуде. Ове збирке су вероватно биле намењене нижим службеницима у римској администрацији а писали су их правници запослени у царској канцеларији. Правна правила која су садржана у њима имају императивни тон и одсликавају положај њихових аутора, људи који су имали одлучујућу улогу у правном животу империје. Ове регуле више нису само слика постојећег стања у праву, већ су и средство промене права.[18]

[14] Stein, *op. cit.,* стр. 106-107.

[15] Нпр. Гај, након што је објаснио да у његово време безразложна суровост господара према робовима није допуштена, додаје: *Male enim nostro iure uti non debemus...(G.1.53).* Или, након што је објаснио да лица која се позивају на наслеђе по преторском праву не добијају наслов наследника, Гај каже: *nam praetor heredes facere non potest... (G.3.32).*

[16] *D.50.17.14* – Pomponius libro quinto ad Sabinum*: In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur.*

[17] *D.50.17.82* - Papinianus libro nono responsorum: *Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur*.

[18] Stein, *op. cit*., стр. 104.

Овакве регуле су биле значајан инструмент напретка правне науке и права у Риму. О томе колики су значај имале, најбоље казује број збирки регула, чији су нам наслови познати углавном на основу инскрипција у фрагментима Јустинијанових Дигеста. Чак 364 фрагмента у Дигестама потичу из *libri regularum*, при чему треба додати да су и дела друге врсте садржала овакве регуле. У Дигестама су преузети фрагменти из књига регула Улпијана, Модестина, Гаја, Паула, Марцијана, Лициниј, Сцеволе, Лициниј Руфина, Помпониј, Нерацијa и Марцела. Већина од њих су били угледни класични правници. Осим што су била бројна, ова дела нису била занемарљивог обима. Из инскрипција у Дигестама види се да су скоро сва та дела вишетомна. Нека су имала и десет или више књига.[19]

Ево једног примера регуле из последњег титулуса Дигеста која се не би могла назвати правним стандардом, већ пре детаљном нормом:

Код неких контраката долази у обзир само долус, код неких и долус и кулпа. Долус код ових: остава и прекаријум. Долус и кулпа код мандата, послуге, купопродаје, уговарања залоге, locatio conductio, затим код давања мираза, туторства и незваног вршења туђих послова: код ових се одговара и за diligentia. Код ортаклука и заједнице имовине значај имају и долус и кулпа. Али овако се поступа ако у конкретним уговорима није нешто изричито уговорено (било више, било мање); ту се наиме треба придржавати онога што је на почетку уговорено (уговор је наиме закон за странке), изузев онога, за шта је Целз сматрао да не важи, ако би се уговорило да се неће одговарати ни за долус. То је наиме супротно начелу bona fides, па тако и поступамо. За повреде пак и смрти животиња, које се догађају без кривице, бежања робова на које није требало пазити, разбојништва, немире, пожаре, поплаве, нападе разбојника нико не одговара.[20]

[19] Међу инскрипцијама у Дигестама проналазимо, на пример, ове: *Licinnius Rufinus libro tertio decimo regularum (D.42.1.34), Neratius libro decimo regularum (D.30.118), Modestinus libro nono regularum (D.4.6.32).*

[20] *D.50.17.23* - Ulpianus libro 29 ad Sabinum: *Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum: depositum et precarium. Dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. Societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. Animalium vero casus mortesque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.*

Види се да у овом случају није реч о регули у изворном смислу речи. Као прво, ово није само правни стандард који би се користио у правничкој аргументацији, већ представља веома обимно и детаљно правило, које је конципирано као обавезујућа норма. И не само то. Поред императивног тона и обимности, ово није регула типа Катонијане из још једног разлога. Паул у овом тексту није дао опште правило у правом смислу, него је таксативно набројао облигације за које важе одређени основи одговорности, као што је набројао и случајеве више силе, а да при томе није ни на једном месту навео опште правило о искључењу одговорности за вишу силу.

Дефиниције и регуле. Лабеово становиште о потреби разликовања регуле и дефиниције није било општеприхваћено. Реч је пре свега о правницима сабинијанске оријентације. Они су наведена два појма користили као синониме за било какву генерализацију изведену из казуистике, без обзира да ли она има дескриптивни или нормативни карактер.[21] Ово је навело романисте да помисле како у мисли Римљана регуле и дефиниције нису никад ни разликоване. У старијој романистици преовладавало је управо овакво мишљење, које изворно потиче од Савињија. У новијој литератури преовладава мишљење, које је било изражено још у делима глосатора, да је већина римских правника класичног доба, ако не и сви, разликовала *regulae* и *definitiones*. Треба напоменути да у сачуваним изворима ова подела никад није изричито поменута, нити се о њој расправља. Ипак, на основу употребе поменутих израза је утврђено да је већина правника класичног раздобља сматрала *regulae* за различите категорије, од *definitiones* како терминолошки тако и структурално. *Definitio* је објашњење значења неког појма; *regula* је норма које је изведена на основу претходних случајева, и за разлику од дефиниције, резултат је синтезе, а не анализе. Дефиниција не може бити регула. Нпр. за Целзову дефиницију права (*Ius est ars boni et aequi.* – D.1.1.1. pr.) ни један правник не би никад рекао да је то регула. Насупрот томе регула може понекад да буде и дефиниција. Већ смо видели да је *Catoniana* у Целзовом тексту D.34.7.1. pr. квалификована и као *regula* и као *definitio*.[22]

Јустинијанови компилатори изгледа да не прихватају разликовање дефиниција и регула. У титулусу Дигеста *De diversis regulis iuris antiqui* налазе се и неке праве дефиниције, попут ове:

[21] Stein, *op. cit.,* стр. 103.

[22] О разлици између регула и дефиниција у класичном праву види више у A. Carcaterra: *Le definizioni dei giuristi romani (metodo, mezzi e fini),* Napoli 1966., стр. 23-27.; S. Riccobono: *Voce „Regulae iuris",* Novissimo Digesto Italiano, Torino XV/1968., стр. 360-361.

Наслеђе није ништа друго, него ступање у сва права која је имао оставилац.[23]

Противници регула. Упркос огромном значају регула за развој римске правне науке, оне су имале и значајан број противника међу римским класичним правницима. Већ крајем класичног доба био је не мали број правила старог *ius civile*-а које су биле застареле и превазиђене и које су представљале сметњу даљем развоју права. Чак и за чувену Катонијану Целз каже да *in quibusquam falsa est.* (D.34.7.1.pr.). Овакав став јуриспруденције није остао ограничен на теоријски план. Регуле нису никад сматране за недодирљива правна правила нити за необориве научне истине. У класично доба делатност правника је била усмерена и на изналажење конкретних решења којима су стара правила дерогирана. Ова активност је била толико изражена да неки аутори говоре о „покрету против регула" у класичној правној науци.[24] Ипак, многа стара правила нису никада формално дерогирана, премда су изгубила своју вредност због веома великог броја изузетака. Осим тога, превазилажење постојећих правила обављано је постепено, у дугом временском периоду. Најзад, многе застареле регуле су заиста биле важеће на плану цивилног права, јер су биле дерогиране правилима других правних система, пре свега преторским правом, али и *ius novus*-ом принципата.[25]

Правне максиме. Већ крајем класичног периода се примећује једна тенденција, која ће у постклasично доба постати доминантна, да се под појмом *regula* подразумевају и правне максиме. Терминолошка подела на регуле и максиме користи се у модерној науци, али је сами Римљани нису познавали. Задњих деценија класичног доба израз регула почиње да се користи и за кратке правне изреке, да би се у постклasично доба под појмом регула подразумевале без разлике како овакве кратке изреке, тако и детаљна правна правила. У класично доба су регуле представљале детаљна и добро елаборирана правна правила, која су служила пре свега да пруже ваљану аргументацију за правничко мишљење. У поскласичном периоду, међутим, под регулом се углавном подразумевају кратке изреке које су пре свега користили адвокати. Док су се у класично доба под регулама подразумевала само правила која су била плод финих научних елаборација, постклasичне регуле су било какви цитати из дела класичних правника који по мишљењу постклasичара садрже неко опште правило,

[23] *D. 50.17.62 Iulianus libro sexto digestorum: Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habuerit.*

[24] B. Biondi: *Obietto e metodi della scienza giuridica romana*, Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini, Milano 1946., стр. 221.

[25] Biondi, *op. cit*., стр. 219-223.; Riccobono, *op. cit.,* стр. 360-361.

премда често у контексту у коме су употребљене нису имале такво значење. Научна вредност ових максима углавном није велика. Осим што су лаконски формулисане, оне често имају велики број изузетака. Њихова основна сврха није била да се пружи аргуметација или образложење. Оне су у ствари више доскочице него правила, и њихова сврха није аргументација него убеђивање судије, збуњивање противничке стране на суду, а можда и уверавање странке коју адвокат заступа у његову стручност. У најбољем случају, могле су бити путоказ како пронаћи детаљнију норму. Оваква деградација регула један је од најочитијих примера вулгаризације права. У складу са наведеним, у постклаcично доба је видљив својеврсни „лов на регуле", који је подразумевао претраживање класичних казуистичких текстова са циљем проналажења правних изрека. У овом периоду се за регуле проглашавају било какве изреке класичних правника, које сами њихови аутори не би никад сврстали међу правна правила.[26] Оваквих максима има веома много у последњем поглављу Јустинијанових Дигеста. Пример за то могу бити ове Гајеве изреке:

У целини је садржан и део.[27]

Слобода је оно што треба фаворизовати више од сих других ствари.[28]

Иако несумњиво лепо формулисане, оне представљају више изреке него правила.

Однос Јустинијанових компилатора према правним правилима римског права

Титулус *De diversis regulis iuris antiqui*, као и титулус *De verborum significatione* који му претходи, представљају последња два титулуса у Дигестама. Сама чињеница да се њима завршава овај огромни зборник говори да им се придавао огроман значај. Њихова улога сигурно није била само декоративна, на шта указује обимност ових поглавља. Она су била намењени пракси, као својеврстан приручник који је могао да се користи као „прва помоћ" у решавању правних случајева. Нудила су логичка пра-

[26] О овим постклаcичним регулама види: Stein, *op. cit*., стр. 105-106.

[27] *50.17.113* Gaius libro tertio ad edictum provinciale: *In toto et pars continetur.*

[28] *50.17.122 Gaius libro quinto ad edictum provinciale: Libertas omnibus rebus favorabilior est.*

вила закључивања, максиме које су се могле користити као аргументација, објашњења појединих појмова и института, али и детаљна правна правила која су се могла користити при решавању случајева. Поред декоративне функције, као леп крај једног величанственог правног зборника, и поред практичне функције, тј. примене на суду, титулус *De diversis regulis iuris antiqui* имао је још једну, не мање значајну улогу. Као што су Дигеста у целини била сачињена пре свега зато да би спасила класично право од заборава, тако је овај титулус имао улогу да спречи да класична правна правила буду заборављена. Ова намера у потпуности је остварена. Регуле права које су још Јустинијанови компилатори сматрали старим (што се види из наслова титулуса) углавном нису ни данас изгубиле своју употребну вредност. Многе од њих нашле су место и у модерним грађанским законицима, у образложењима судских одлука, у научним делима и уџбеницима. За то што је ова древна мудрост стигла до нас, имамо да захвалимо Јустинијановим компилаторима.

Ипак, у односу Јустинијанових правника према општим правним правилима видљива је извесна доза опреза. На то указује већ стављање на почетак титулуса Пауловог одређења појма регуле у коме је изражена скепса у погледу значаја оваквих правила. Јустинијанови компилатори су преузели и Јаволенов фрагмент који доводи у сумњу вредност дефиниција:

Свака дефиниција у грађанском праву је опасна, јер се лако може изиграти (употребити у супротном смислу).[29]

Овакав став није значио прихватање идеје о праву као вештини да се у конкретном случају изнађе добро и правично решење које је било владајуће у класичном праву. Скептицизам према оваквим правилима долазио је као последица чињенице да су у постклασично доба под регулама подразумеване и сентенце и изреке класичних правника које су имале велики број изузетака и чија нормативна вредност није била велика.

Закључак

Титулус Дигеста *De diversis regulis iuris antiqui (D.50.17)* имао је специфичан пут настанка. Он није резултат рада целе Трибонијанове ко-

[29] *D.50.17.202* – Iavolenus libro XI epistularum*: Omnis definitio in iure civili periculosa est, parum est enim, ut non subverti potest. (D.50.17.202 - Iavolenus libro XI epistularum).*

мисије, већ једне подкомисије која је користила ограничену литературу. Врло је вероватно да је ова подкомисија користиле неке постклаасичне збирке регула извучених из казуистичких дела касичних правника, а могуће је и да фрагменти од 2 до 40 из *Libri ad Sabinum* представљају скраћену верзију једног таквог зборника.

Схватање појма регула од стране Јустинијанових компилатора било је веома широко. Под овим појмом се подразумевало било какво опште правно правило, стандард или принцип. Зато су у Титулусу место нашле не само регуле као правни стандарди у смислу у којем су их схватали правници класичног периода, него и детаљнија правна правила, многе максиме, и понеке дефиниције.

Јустинијанови правници су регулама придавали одређени значај. Ипак, присутна је и одређена доза скепсе у погледу њихове употребне вредности. Ова скепса била је последица чињенице да се под регулама у Јустинијаново доба сматрају и обичне, често недовољно прецизне, изреке правника из класичног периода.

Samir Alicic, assistente aspirante
Facoltà di Giurisprudenza di Novi Sad

De Diversis Regulis Iuris Antiqui (D.50.17)

Sommario: Il titolo del Digesto *De diversis regulis iuris antiqui (D.50. 17)* ha avuto una stesura particolare. Probabilmente è stato redatto da una sottocommissione, e non dalla intera commissione Triboniana. Sembra che la sottocommissione abbia usato delle compilazioni postclassiche delle regole dei giureconsulti classici. La nozione di *regula* nel pensiero dei compilatori è molto ampia. Per questo, nel Titolo hanno trovato posto non solamente le regole in senso stretto, ma anche molte massime, ed alcune definizioni.

347.440.14

Атила Дудаш, сарадник у настави
Правног факултета у Новом Саду

ПОЈАМ *CONSIDERATION*-А У АНГЛОСАКСОНСКОМ ПРАВУ

Сажетак: *Основни услов принудне извршивости уговорних обавеза у англосаксонском праву је да узајамне престације уговорних страна испуњавају услов consideration-а, тј. да обећање (обавеза, престација) једне стране буде праћено противобећањем (контрапрестација) друге стране.*

Појам consideration-а у овој функцији се појављује у пракси енглеских судова крајем XVI века. Све до тог времена, common law није познавало начин на који би се обавезе из још неизвршеног уговора могле бити принудне извршене.

У развоју појма consideration-а могу се уочити две фазе. Прва је трајала до краја XIX века и могла би се означити као detriment/benefit схватање, док је друга започела свој развојни пут крајем XIX века и могла би се означити као bargained-for exchange схватање појма consideration-а

Кључне речи: *consideration, двострано обавезујући уговори, принудна извршност уговорних обавеза*

1. Уводне напомене

Свако истраживање неког института англосаксонског права представља изазов, како из лингвистичког, тако и из садржајног аспекта. С једне стране, постоје одређене језичке баријере које треба савладати. Дати адекватан српски превод неког термина на енглеском језику понекад није

ни мало лак задатак, из разлога што често дослован превод није довољан, већ је потребно дати и опширнији опис појма који се преводи. Није то другачије ни са правним терминима у вези са предметом нашег истраживања као што су, на пример, термини *consideration*, *promise*, *bargain*, и сл. Сваки од ових термина ће бити појашњен у одговарајућем делу рада. С друге стране, у понеким случајевима чак и иоле адекватан превод одређеног термина није у стању да одслика суштину института, јер је такав институт готово непознат у европском праву. Такав је, на пример, институт *promissory estopela*-а.

Имајући у виду пројектоване баријере предметног истраживања, прво треба напоменути да окосницу уговорног права *common law* правних система не чини концепт уговора и уговорне обавезе, као у континенталном систему права, већ појам **обећања** и **принудне извршивости обећања**. Појам уговора у *common law*-у је инцидентална појава; уговор није ништа друго до споразум странака који садржи једно или више обећања. Акценат је на обећању и на принудној извршивости датог обећања. Из овог разлога, без обзира на језичке мањкавости и недореченост, које ове речи могу да проузрокују, у нашем раду термине „обећање“ и „противобећање“ ћемо користити у смислу чинидбе и противчинидбе (престације и контрапрестације) не би ли нагласили важност тих појмова у уговорном праву *common law*-у. Из истог разлога, покушаћемо да избегавамо термине поверилац и дужник, а уместо њих користити речи обећавалац, или давалац обећања, односно прималац обећања.

2. Појам consideration-а

Слично правним системима континенталне Европе, и у државама англосаксонског права важи правило да уговор настаје сагласношћу воља уговорних страна о битним елементима правног посла[1], односно неопход-

[1] У англосаксонском праву постоје две основне групе дефиниција уговора.

С једне стране, постоје мишљења да је основ уговора правно обавезујуће обећање. Тако, „уговор је правно извршиви споразум странака који садржи једно или више обећања.” (*A contract is a legally enforceable agreement containing two or more promises.*) Grilliot, Harold J., *Introduction to the Law and Legal System*, 3rd edition, Penguin books, Boston, 1983, str. 3. Или „уговор није ништа друго до обећање или скуп обећања за чију повреду право предвиђа санкцију, или чије испуњење право на неки начин сматра обавезом” (*A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty.*) Restatement 2nd, Contracts, §1.

С друге стране, постоје гледишта, у многом слична континенталним схватањима, по којима је полазна основа за одређивање појма уговора споразум странака. Тако, Једно-

но је да постоји понуда, као предлог за закључење уговора који правно обавезује понудиоца, и прихват понуде, као правно обавезујући одговор на дату понуду, којом се у потпуности прихватају услови понуде.

Међутим, да би такав споразум странака био и правно обавезив, односно да постоји могућност принудног извршења уговорних престација, неопходно је да поред понуде и прихвата понуде уговор испуњава и један додатни услов, тј. да буде теретан. Као што Трејтел, један од најеминентнијих енглеских аутора из области уговорног права, каже: „у енглеском праву обећање (престација – напомена А. Д) није обавезујуће (санкционисао претњом принудног извршења – напомена А. Д.) као уговорна обавеза, осим ако је обећање сачињено у форми исправе[2] или је праћено неком противчинидбом".[3] Према томе, у земљама англосаксонског права престације се могу извршити принудним путем само ако са састављене у форми исправе или, пак, ако је за њих обећана или дата одговарајућа противчинидба, односно да је испуњен услов *consideration-a*.[4]

Ррема томе, *consideration* би се, у светлу института континенталног права, могао дефинисати као двострано обавезност уговора, као услов могућности принудног извршења уговорних обавеза. Ако нису испуњени услови *consideration-a,* обећање (обавеза) једне (или обеју странака) није принудно извршиво.

Из овога произилази, да *consideration* у англосаксонском праву није пандан европској, тачније француско-романској теорији о каузи уговора. Не залазећи у домен питања основа и циља уговора, сврха института

образни трговачки законик САД одређује уговор као „скуп правних обавеза проистеклих из споразума странака" (*…total legal obligation which results from the parties' agreement.*) Uniform Commercial Code, s. 1-201-11. Сличан је став и енглеске доктрине уговорног права: „уговор је споразум странака који ствара обавезе, извршиве и признате у складу са правом." (*...agreement giving rise to obligations which are enforced and recognized by laws.*) Treitel G.H., *The Law of Contract*, 8th edition, Sweet & Maxwell/ Stevens and Sons, London, 1991, стр. 1.

[2] *deed* – врста исправе у англосаксонском праву, која се сачињава у писменој форми, мора бити потписана од стране странака, оверена печатом, предата другој странци и треба да има за циљ пренос неког имовинског права (*At common law, deed is any written instrument that is signed, sealed and delivered and that conveys some interest in property*) Black`s Law Dictionary (edited by Garner A. Bryan, 7th edition, West Group, St. Paul, Minnesota, USA, 1999) str. 423.

[3] *„In English law, a promise is not, as a general rule, binding as a contract unless it is either made in a deed or supported by some consideration."* Treitel *op. cit*. стр. 63.

[4] Реч *consideration* се на различите начине преводи на српски језик: као *обзир*, *разматрање*, али и као *накнада*, *противуслуга*, *еквивалент*. Види Morton Benson енглеско-српски речник у CD издању, Процон, 1997. Употреби речи *consideration* у правној терминологији више одговара ово друго значење, у смислу накнаде, противчинидбе, односно теретности.

consideration је изузетно једноставна и прагматична: утврђивање критерија за разликовање природних, несанкционисаних облигација од оних облигација које уживају државно-правно заштиту, у виду могућности принудног извршења у грађанском извршном поступку. За разлику од тога, кауза у француском праву[5] не служи само разграничењу санкционисаних од несанкционисаних облигација, већ је од тога много шири појам. По *Code Civil*-u кауза је „тоталитет циљева уговорних страна и мотива којима се оне руководе приликом закључења уговора".[6]

3. Историјски значај доктрине *consideration-a*

Доктрина *consideration-a* се историјски први пут појављује у XVI веку у Енглеској, као скуп услова који треба да се испуне да би суд удовољио захтеву из тужбе одређене врсте (*action of assumpsit)*.[7] Да би се схватила улога и значај доктрине о *consideration-y*, неопходно је указивати на развојне фазе кроз које је рано енглеско уговорно право пролазило. Енглеско уговорно право је на почетку свог развоја, у XII и XIII веку, имало две основне карактеристике. С једне стране, рано *common law* је било изразито формалистичко, тј. слично начелу *actio fit obligatio* из римског права, права су се могла остварити принудним путем само ако су задовољила услове за подношење одређених тужби. С друге стране, уговори су били утуживи једино ако је једна страна већ испунила своју обавезу, а друга још није, или је био испуњен захтев постојања одређене форме.[8] У

[5] Када говоримо о каузи у виду имамо само француски Code Civile, јер је он служио као узор законодавстима других земаља (примера ради Италије и Шпаније) које су прихватиле теорију о каузи. Будући да наш Закон о облигационим односима захтева да сваки уговор има допуштен основ и ми припадамо групи држава које су прихватиле теорију каузе. Закон о облигационим односима, Сл. лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, Сл. лист СРЈ, бр. 31/93 (у даљем тексту: ЗОО), чл. 51-52.

[6] Kötz, Hein & Flessner, Axel: *European Contract Law* (Clarendon Press, Oxford, 1997) стр. 55. Детаљније о каузи види Салма, др Јожеф, *Кауза облигационих уговора*, Право, теорија и пракса, бр. 7/1986, стр. 29–34; Салма, др Јожеф*, О каузи облигационих уговора*, Правни живот, бр. 4/1985, стр. 421–437; Салма, др Јожеф, *A jogcím* (Kauza) Jogtudományi Közlöny, Будимпешта, бр. 3/1984, стр. 161–165; Антић, др Оливер*, Кауза*, Правни живот, бр. 10/2005, стр. 821–856, Салма, др Јожеф, *Облигационо право*, 6. издање, Правни факултет у Новом Саду – Центар за издавачку делатност, 2005 стр. 288–303 (види и страну литературу наведену у овом делу).

[7] Farnsworth, Allan, *Contracts*, 4th edition, Aspen publishers, New York,2004. стр. 20.

[8] Обим предметног истраживања нам не допушта детаљнију анализу историјског развоја приватних тужби у *common law.* Рано *common law* је познавало две врсте тужби, значајне из аспекта уговорног права: *action of covenant* и *action of debt*. *Covenant*, слично уста-

том почетном периоду, једноставно није постојала могућност принудног извршења уговора, ако још ниједна страна није испунила своју обавезу (тзв. *executory contract*[9]), те обавезе из таквих уговора су сматране природним, неутуживим облигацијама[10].

Изворно, *action of assumpsit*, се могао поднети у случају непотпуног или неправилног извршења[11], али не и у случају неизвршења[12] уговорне обавезе.[13] Прво значајно проширење домена примене *action of assumpsit* је дошло средином XIV века, када се ова тужба могла поднети и у случају неизвршења обавезе, под условом да се поверилац поуздао у обећање дужника.[14] Друго значајно проширење домена примене ове тужбе је уследило средином XVI века, када су судови дозволили тужиоцу подношење ове тужбе, без обзира на то да ли се он поуздао на обећање дужника, ако је дужник нову обавезу предузео у моменту када је већ био презадужен обавезама према другим повериоцима.[15]

До епохалне промене у могућности принудног извршења уговора код којих још није страна није извршила своју обавезу (*executory contract)*

нови ступилације у римском праву, омогућио је принудно извршење датог обећања, али је он био изузетно формалан. *Covenant* је био утужив, само ако је обећање дато у форми јавне исправе, и да сама исправа није имала ни најмању формалну мањкавост. *Action of debt* је, додуше, био мање формалан од *covenant*-а и могла се поднети према дужнику, који још није извршио своју обавезу, али под условом да је поверилац извршио своју обавезу. Према томе, ниједна од наведених врста тужби није одговарала потреби омогућавања принудног извршења неформалног обећања, обавезе која се односи на будуће понашање дужника. *Covenant* је био изузетно формалан, а *debt* је више служио спречавању неоснованог обогаћења него принудном извршењу *executory contract*-а. Више о развоју англосаксонског уговорног права види у: Farnsworth *op. cit*. стр.3-20. као и у Atiyah, P.S., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford Universisty Press, Oxford, 1985; Horwitz M.J., *The Historical Foundation of Modern Contract Law*, 87 Harvard Law Review 917 (1974); Horwitz M.J., *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Harvard University Press, Cambridge, 1977; Simpson, A.W.B., *A history of the common law of contract : the rise of the action of assumpsit*, Clarendon Press, Oxford, 1987; Simpson, A.W.B., *The Horwitz Thesis and the History of Contracts*, 46 University of Chicago Law Review 533 (1979).

[9] Уговор који је још у потпуности неизвршен или на основу којег обе уговорне стране имају неку обавезу. (*A contract that remains wholly unperformed or for which there remains something still to be done on both sides,...*) Blacks Law Dictionary, *op. cit*. стр. 321.

[10] Farnsworth *op. cit*. стр.11.

[11] `*misfeasance*`.

[12] `*nonfeasance*`.

[13] Farnsworth *op. cit*. стр.14.

[14] Ibid. стр.15.

[15] Ова врста *assumpsit*-а се зове `*indebitatus assumpsit*`, који се називао још и `*special assumpsit*`, да би се разликовао од изворног *general assumpsit* која тужба се, као што смо то већ раније истакли, могла поднети суду само у случају *misfeasance*, а не и *nonfeasance.* Види: Farnsworth *op. cit*. стр.17.

долази на самом почетку XVII, када је *action of assumpsit* постао **општи метод** утуживања уговорних обавеза, без обзира на то да ли је повреда уговорне обавезе учињена неправилним или непотпуним извршењем, или, пак, неизвршењем. У једном од најпознатијих прецедената уговорног права *common law*-а тог времена, у случају *Slade*[16], суд је констатовао да свака „погодба, у којој је обећање једне стране праћено противобећањем друге, носи у себи *assumpsit*". Тиме је *assumpsit* постао општа тужба за принудно извршење свих врста уговорних обавеза, а основаност тужбеног захтева је зависила од тога да ли је у конкретном случају испуњен услов *consideration*-а.

4. Изворно схватање consideration-а (*detriment-benefit* тест)

Као што смо раније на то указали, доктрина consideration-а започиње свој развојни пут у XVI и XVII веку, као претпоставка могућности принудног извршења уговора код којих једна или обе странке још нису извршиле своју престацију. Ова функција доктрине *consideration-а* се није мењала током историјског развоја ове доктрине. Међутим, садржина самог појма *consideration-а* показује одређени развојни пут.

Тако, на почетку свог развоја овог института, противчинидба, да би задовољила услов *consideration-а,* требала је да представља неку штету, губитак (*detriment)* на страни лица коме је упућено обећање (друга уговорна страна) или неку корист (*benefit)* на страни обећаваоца.[17] Једноставно, лице у чију је корист извршено обећање, да би дато обећање могао и принудним путем извршити против обећаваоца, морало је да претрпи неки губитак на својој страни или да пружи неку корист обећаваоцу. По правилу, штета на страни лица коме је упућено обећање, и корист на обећаваоца су једно те исто. Примера ради, плаћање закупнине од стране закупца код уговора о закупу се може сматрати као противчинидба (*consideration)* за закуподавчеву обавезу да предмет уговора уступи на коришћење закупцу. При томе, обавеза плаћања закупнине у исто време представља губитак, односно штету на страни закупца, али и корист на страни закуподавца.

[16] *Slade's Case*, 76 Eng. Rep. 1074, 1077 (K.B. 1602). О значају ове одлуке говори и чињеница да је она донета на заједничкој седници свих судија централних судова Енглеске, и да су супротстављене стране заступали најпознатији правници тог времена, Sir Edward Coke и Sir Francis Bacon. Farnsworth *op. cit*. стр.18.

[17] Treitel *op. cit*. стр. 64.

Према томе, као што Трејтел каже, „основна одлика доктрине *consideration-a* је захтев реципроцитета".[18] Као противчинидба „нешто од вредности" треба да буде обећано обећаваоцу, али не било шта већ „нешто што представља вредност у очима права".[19] Најзначајнији преседан у раној пракси Енглеских судова у погледу одређивања које квалификације противчинидба треба да поседује да би испунила захтеве теста *detriment-benefit* теорије *consideration-a,* је свакако случај *Thomas v. Thomas*.[20] Суштина овог случаја је следећа. Тестатор, Џон Томас, је непосредно пред своју смрт изјавио жељу да својој супрузи, Елеанор, на име наслеђа оставља своју кућу или £100. Након што је уследила смрт тестатора извршиоци његовог тестамента су, као *consideration* тој жељи тестатора, обећали Елеанор да ће на њу пренети право плодоуживања на некретнини за време трајања њеног живота или док остане у својству удовице (тј. док поново не закључи брак), под условом да плаћа закупнину у годишњем износу од £1 и да одржава некретнину у добром стању и да извршава неопходне поправке на истој. Један од извршилаца тестамента је у међувремену умро, а други је оспорио важност уговора, тврдећи да Елеанор није дала никакву противчинидбу за обећање извршилаца тестамента да ће на њу пренети право плодоуживања на предметној некретнини, односно да њена противчинидба представља знатно мању вредност од вредности права плодоуживања које је она добила. Извршилац тестамента је изгубио спор.

Суд је у образложењу одлуке изрекао да је противчинидба датом обећању адекватна (тј. испуњава услове теста *detriment-benefit)* ако

а) „она представља неку вредност у очима права" и

б) „да потиче од лица у чију корист је обећање дато."[21]

Према томе, још је уговорно право *common law*-а XIX. веку стало на становиште да је питање еквиваленције узајамних потраживања (обећања) ствар уговорних страна. Обавезу Елеанор да плаћа закупнину у годишњем износу од свега £1 и одржава некретнину у добром стању, суд је оценио као адекватну противчинидбу да би уговор сматрао извршивим, без обзира на евентуалну несразмеру вредности престације и контрапрестације.

[18] Ibid. стр. 63.

[19] Ibid.

[20] *Thomas v. Thomas* (1842) 114 ER 330, QB 851 парафразирано из Kötz *op. cit*. стр. 63 и Treitel, *op. cit*. стр. 68

[21] Treitel, *op. cit*. стр. 859.

5. Савремено схватање consideration-а (*bargained-for exchange* тест)

Крајем XIX. века изворно поимање *consideration-а,* схваћеног у смислу губитка на страни даваоца обећања, односно користи на страни примаоца обећања, постаје предмет критике правне теорије и праксе. Наиме, полазећи од основне премисе да судови опште надлежности (*courts of common law*) не треба уопште да залазе у питање да ли постоји губитак на страни даваоца обећања или корист на страни примаоцу обећања, јер је питање еквивалентности престација, правичности уговорних обавеза, у сувереној надлежности уговорних страна.[22]

Под утицајем овог схватања настаје нови концепт *consideration-а,* према којем уговор је теретан, ако између уговорних страна постоји **размена вредности** (*exchange*), и ако је до те размене вредности **дошло преговорима, погодбом** (*bargain*). То су два услова савременог *bargained-for exchange* теста постојања *consideration-а.* Према томе, у уговорном односу постоји *consideration,* ако су странке постигле погодбу о узајамним престацијама на основу чега долази до размене вредности између њих.[23]

Један од првих и најзначајнијих протагониста *bargained-for exchange* схватања *consideration-а* је био Оливер Вендел Холмс, судија Врховног суда САД и познати правни теоретичар, ко је сматрао да *consideration* треба да представља „однос реципрочног обавезивања“, при чему није стављао нагласак на вредност узајамних обећања.[24] Сличан став заузима и енглеска теорија уговорног права са почетка XX века, истичући да је „радња или уздржавање од радње једне уговорне стране, односно обећање

[22] Eisenberg, M.A., *The Principles of Consideration* 67 Cornell Law Review 640 (1982).

[23] Да би се схватила суштина синтагме *bargained-for exchange,* неопходно је дати адекватан превод речи из чега се она састоји. Основно значење речи *exchange* је `размена`, али у овом контексту се под разменом не подразумева само размена ствари, већ размена вредности. Међутим, дати адекватан превод речи *bargain* у овом контексту је већ тежи задатак. Изворно значење речи *bargain* је `погодба` или `добра погодба`. У контексту уговорног права, енглески језик реч *bargain* користи у смислу `споразума`, али не обичног споразума, већ споразума који је резултат преговарачког процеса. Према томе, синтагма *bargained-for exchange* би се могла превести као склапање споразума, као резултат преговарања, где на почетку постоје, ако не и потпуно супротстављени, барем различити интереси уговорних страна, који споразум има за предмет размену вредности између уговорних страна.

[24] Holmes, Oliver, Wendell, *The Common Law*, Dover Publications, New York, 1991 (прво издање Little Brown, Boston, 1881.), стр. 293-294. Детаљније о Холмсовом схватању види у Gilmore, Grant, *The Death of Contract*, Ohio State University Press, Ohio, 1974., стр. 19-21.

истих, је цена за коју је обећање другог купљено, и зато, обећање дато за неку вредност је извршиво".[25]

Холмсова схватања су имала велики утицај на развој појма *consideration-a.* Као резултат тог развоја, други *Restatement of contracts*[26], најзначајнији секундарни извор уговорног права у САД, у потпуности прихвата *bargained-for exchange* теорију *consideration-a.* Тако, други *Restatement of contracts* каже следеће[27]:

1. Да би постојао *consideration,* извршење престације друге уговорне стране или обећање извршења мора бити предмет погодбе.
2. Извршење престације или обећање извршења је предмет погодбе, ако је оно од даваоца обећања тражено као противчинидба обећању, а дато је од стране примаоца обећања даваоцу обећања заузврат обећању даваоца обећања.
3. Извршење престације може да се састоји из:
   а) радње која се не сматра обећањем,

[25] *„An act or forbearance of the one party, or the promise thereof, is the price for which the promise of the other is bought, and promise thus given for value is enforceable."* Pollock, Frederick, Sir, Principles of Contract, 13th ed., Stevens, London, 1950., edited by Sir Percy H. Winfield, str. 133.

[26] *Restatement* није ништа друго до уједначена збирка правних начела и института који регулишу одређену област права, издате од стране Америчког института за право (*American Law Institute*), која описује начела и институте у датој области права и прати њихов даљи развој. *Restatement*-и правно нису обавезујући, тако да судије нису обавезне поступати по њима, али је њихов практичан значај и утицај врло велики. Правна пракса прихвата ставове из *Restatement*-а. *Restatement*-и су донети у следећим областима права: заступништво, сукоб закона (међународно приватно право), уговорно право, право међународних односа САД, пресуде, право које регулише рад правника, стварно право, право реституције, хартије од вредности, јемства и гаранције, проузроковање и накнада штете, право *trust*-ова, право конкуренције. Blacks Law Dictionary, p. 1314-1315.

Први *Restatement* уговора је донет 1932. године, који је у неколико наврата био предмет новелирања почев од 1962. године, да би 1981. године био објављен други *Restatement* уговора. H.G. Beale, W.D. Bishop and M.P.Furmston, *Contract – cases and materials*, Butterworths, London, 1985, стр. 59-60.

[27] Restatement 2nd, Contracts, §71.

1) *To constitute consideration, a performance or a return promise must be bargained for.*
2) *A performance or return promise is bargained for if it is sought by the promisor in exchange for his promise and is given by the promisee in exchange for that promise.*
3) *The performance may consist of*
   (a) *an act other than a promise, or*
   (b) *a forbearance, or*
   (c) *the creation, modification, or destruction of a legal relation.*
4) *The performance or return promise may be given to the promisor or to some other person. It may be given by the promisee or by some other person.*

б) уздржавања, или из
в) стварања, модификације или укидања правног односа.

4. Извршење престације или обећање извршења може бити дато даваоцу обећања или трећем лицу. Оно може бити дато од стране примаоца обећања или трећег лица.

6. Основне разлике између bargained-for exchange теста и detriment-benefit теста

Већ из саме формулације члана 71. другог *Restatement*-а произилази да концепт *consideration-a*, схваћеног у смислу *bargained-for exchange* теста, показује озбиљне разлике о односу на првобитно *detriment-benefit* схватање.

Прво, да би представљао адекватан *consideration*, извршење престације или обећање извршења престације треба да буде резултат погодбе између уговорних страна.[28] Док је првобитно схватање *consideration-a,* као што смо претходно показали, инсистирало на престацији која представља одређену „вредност у очима права“[29], питање вредности престације више не представља предмет судске анализе. Суд може да врши контролу над процесом којим уговорне стране долазе до погодбе, али нема овлашћење да преиспитује правичност садржаја уговора, тј. еквивалентност престација. Као што Фарнсворт каже, „успон теста погодбе је навео судове да са садржаја размене преусмере пажњу на процес којим странке долазе до погодбе“.[30] Чак и када је дата противчинидба или противобећање номиналне или симболичне вредности, постоји *consideration.*[31] Исто је потврдила и судска пракса речима да „адекватност *consideration*-а није подесан предмет за судску испитивање“.[32] А када се сматра да је извршење престације или обећање престације резултат погодбе између странака, исто је регулисано *Restatement*-ом. Тако, сматра са да постоји погодба, ако је извршење одређене престације или давање обећања у том погледу дава-

[28] *Restatement 2nd, Contracts, §71 (1)*.

[29] *Thomas v. Thomas* (1842) 114 ER 330, QB 854.

[30] „*…the rise of bargain test of consideration tended to shift the concern of judges from the substance of the exchange to the bargaining process.“ Farnsworth*, *op. cit*. p. 70.

[31] Међутим, види ниже изузетак од овог правила – илузорна обећања.

[32] *„The adequacy of consideration is not a proper subject for judicial scrutiny.“ Apfel v. Prudential-Bache Sec*., 616 N.E.2d 1095 (N.Y. 1993).

лац обећања тражио заузврат свом обећању (размена вредности, односно обећања) и да је прималац обећања то у том циљу и дао.[33]

Друго, по савременом схватању *consideration*-а, обећање може бити упућено и трећем лицу, не само примаоцу обећања, односно противчинидбу или противобећање може да да и треће лице уместо примаоца обећања.[34] По првобитном концепту *consideration*-а, обећање је требало да буде упућено другој уговорној страни, односно противчинидба или противобећање је требало да потиче од друге уговорне стране.[35]

7. Случајеви у којима не постоји *consideration* у складу са *bargained-for exchange* тестом

Из горе наведених јасно произилази да је савремени концепт *consideration*-а у светлу *bargained-for exchange* теста, с једне стране **објективизиран** (однос вредности узајамних потраживања није предмет судијске анализе, ако се процес преговора савесно и неометано одвијао), а са друге стране, донекле је **проширено његово дејство** (обухвата и случајеве када је обећање дато трећем лицу, односно када је противчинидба или противобећање дато од стране трећег лица).

Ипак, постоји неколико типских случајева који не задовољавају услове *bargained-for exchange* теста, тако да у тим случајевима не постоји *consideration*, тј. обећање даваоца обећања се не може принудно извршити, или због тога што **нема размене вредности**, или због тога што **размена вредности није резултат погодбе**. Ти случајеви су следећи: доброчино обећање, противчинидва извршена у прошлости, природне обавезе, извршење незахтеване престације, извршење престације независно од обећања, поравнање по неоснованом тужбеном захтеву, илузорно обећање и клаузуле о раскиду уговора.

7.1. Доброчино обећање (gratuitous promise)

Најједноставнији случај непостојања *consideration*-а, су доброчини правни послови, код којих само једна страна преузима обавезу, какав је случај са поклоном. У овом случају није испуњен основни елеменат *bar-*

[33] Restatement 2nd, Contracts, §71 (2).
[34] Ibid. (4)
[35] *Thomas v. Thomas* (1842) 114 ER 330, QB 854.

gained-for exchange теста, не постоји размена вредности (*exchange*). Према томе, обећање поклона није принудно извршиво, осим „ако је присутан неки други алтернативни основ извршивости“[36], односно ако је обећање дато у захтеваној писменој форми.

Врло је битно нагласити да се ово односи само на обећање поклона. Ако се доброчино обећање добровољно изврши, тј. предмет поклона преда поклопримцу, нема места реституцији. Не може се тражити повраћај предатог поклона с позивом на одсуство *consideration*-а.[37]

7.2. Противчинидба извршена у прошлости (past consideration)

Из *bargained-for exchange* концепта *consideration*-а произилази да давалац обећавања даје обећање у циљу подстицања[38] примаоца обећања да он заузврат изврши одређене престацију или да да противобећање. Ако је одређена радња извршена у прошлости, логички је немогуће да се прималац обећања подстакне на извршење те радње, јер је она већ извршена. Тако, у светлу *bargained-for exchange* теста, престација извршена у прошлости је неспојива са доктирном *consideration*-а. Фарнсворт даје леп пример за овај случај: ако послодавац обећа да ће предати запосленом један златан часовник, у знак захвалности за квалитетан рад који је запослени показао током минуле године на свом радном месту, такво обећање не испуњава *consideration*-а, јер се не односи на будуће понашање запосленог, те се такво обећање послодавца не може принудо извршити.[39]

7.3. Природна обавеза (moral obligation)

Извршење или обећање извршења једне природне обавезе је интересантно питање са аспекта *consideration*-а. Строго узев, обећање извршења једне природне обавезе не испуњава услове *bargained-for exchange* теста. Савремен концепт *consideration*-а подразумева преузимање једне нове обавезе (обећања) од стране сауговорника, а не реафирмацију једне постојеће обавезе која се из неког разлога не може принудно извршити. Без обзира што се природна обавеза не може принудно извршити, она је ипак обавеза, ако и не правна, у сваком случају морална (што подразумева моралну дужност да се обавеза испуни, без обзира на то што се она принудним путем не може извршити), те постоји дужност да се она изврши.

[36] Farnsworth *op. cit*. стр.53.
[37] Ibid.
[38] ‘*inducement’*.
[39] Farnsworth *op. cit*. стр.56.

Међутим, англосаксонска теорија уговорног права стоји на становишту да обећање извршења једне природне обавезе чини обавезу друге стране извршивом (зато што једно обећање које је неизвршиво постаје извршиво) али, будући да нису испуњени услови *consideration*-а, сматра се да су то случајеви принудне извршивости обавеза „без *consideration*-а[40]

Тако, ако се као противчинидба датом обећању изврши или обећа извршење једне **застареле обавезе**, обећања уговорних страна су принудно извршиве.[41] Слична је ситуација и са моралним обавезама, обавезама које уопште нису настале на пољу права већ на пољу морала. **Моралне обавезе** не намеће право, већ морални систем вредности (обавеза да се помогне лицима у несрећи, издржавање између лица која на то нису по закону обавезна, и сл.). До средине XIX века, сматрало се да извршење или обећање извршења једне такве моралне обавезе не представља *consideration* за обавезу друге стране, те она (обавеза друге стране) није принудно извршива.[42] Међутим, каснији развој права се одвијао у правцу признавања моралних обавеза као адекватан *consideration.*[43] Ипак, још увек није искристалисан став у судској пракси о томе да ли природне обавезе могу представљати адекватан *consideration.* У сваком случају, на овај начин „реанимирана“ природна обавеза обавезује дужника, и представља *consideration*, само у делу и у оквирима новог обећања датог од стране дужника.[44]

[40] У том смислу се изјашњава и Restatement 2nd, Contracts, §82.

[41] Farnsworth *op. cit*. стр. 57.

Као пример види *Little v. Blunt*, 26. Mass. (9 Pick.) 488. (1830). „Дуг који је застарео у складу за законом о застарелости потраживања је добар *consideration* ако је извршење застарелог дуга изричито обећано“.

[42] Један од најпознатијих случајева из праксе америчких судова из прве половине XIX века у том погледу је свакако *Mills v.Wyman*, 20 Mass. (3. Pick.) 207 (1825). Милс се једно време старао о болесном сину Вајмена и тако му спасио живот. У знак захвалности, Вајмен је обећао да ће Милсу исплатити награду за негу његовог сина. Међутим, Вајмен обећану награду никад није исплатио Милсу, тако да је Милс поднео тужбу суду да се принудно изврши Вајменово обећање награде. Суд је одбио тужбени захтев са образложењем да морална обавеза не може бити ваљан *consideration* новчаној обавези.

[43] Види. случајеве *Webb v. McGowin*, 168 So. 196, 197, 198 (Ala. App. 1935) и *Estate of Hatten*, 288 N.W. 278, 287 (Wis. 1940).

[44] Farnsworth *op. cit*. стр. 58. Важећи преседан у том погледу је *Jones v. Jones*. 242. F. Supp. 979 (S.D.N.Y. 1965).

На пример, ако застарела обавеза гласи на 1000 $, а дужник се обавезује да ће испунити ту обавезу, али само до износ од 500 $, сматра се да је он обавезан на исплату у вредности од 500 $, а не на 1000 $, како је првобитна, застарела обавеза гласила.

7.4. Извршење незахтеване престације (unsolicited action)

Доктрина *consideration*-а захтева извршење одређене престације у будућности, након момента давања обећања, да би се избегао проблем престације извршене у прошлости, о чему је мало пре било речи. Међутим, ни будућа престација неће представљати адекватну противчинидбу за дато обећање, ако она није захтевана од стране даваоца обећања, односно такву противчинидбу он није имао у виду у моменту давања обећања.[45] Битно је да ли је давалац обећања водио преговоре у том циљу да од сауговарача захтева испуњење тачно те обавезе или неке друге. Ако друга уговорна страна изврши противчинидбу која није предмет погодбе између уговорних страна, не постоји *consideration*.[46]

7.5. Извршење престације независно од обећања (action not taken in response)

Док се у претходном случају ради о противчинидби која може да представља вредност за даваоца обећања, само што извршење те престације давалац обећања није имао у виду приликом закључивања погодбе, у овом случају се ради о извршењу тачно оне престације коју је давалац обећања имао у виду када је дао обећање, али је прималац обећања радњу, која је предмет те очекиване престације, извршио независно од обећања, односно не знајући да радња коју предузима је противчинидба за неко обећање.[47] Размена вредности која се постиже погодбом између странака,

[45] Farnsworth *op. cit*. стр. 63.

[46] Овај принцип је изузетно лепо и сажето формулисао један од најпознатијих аутора из области економске анализе права у САД, Ј. Познер, судија Врховног суда, у пресуди у случају *Patel v. American Bd. of Psychiatry & Neurology*, 975 F.2d 1312 (7th Cir. 1992) речима „Штета, губитак, која није била предмет погодбе није релевантан за уговор већ за *estoppel* (*Unbargained detriments are relevant not to contract but to estoppel*)." Обим овог истраживања не дозвољава да се детаљније упуштамо у анализу института *estoppel*-а. Ипак, у кратким цртама, може да се каже да је *estoppel* институт *equity*-а. Једна од посебних врста *estoppel*-а је *promissory estoppel* који је настао у судској пракси са циљем да се ублажи крутост доктрине *consideration*-а. Наиме, чак и обећање које није праћено противобећањем друге уговорне стране (те услов *consideration*-а није испуњен) може бити принудно извршиво, ако су испуњени следећи услови: да се прималац обећања стварно поуздао у дато обећање (предузео неку обавезу на свој терет, рачунајући на извршење њему датог обећања), да је обећавалац разумно могао имати у виду да ће се прималац обећања поуздати у дато обећање, и да је проглашење принудно неизвршивог обећања у принудно извршиво неопходно ради спречавања неправде. Black's Law Dictionary, str. 571.

[47] Farnsworth *op. cit*. стр. 67.

треба да представља неку корист и за примаоца обећања. Међутим, да би постојао *consideration* неопходно је да прималац обећања извршава одређену радњу са "свешћу да то чини у циљу давања противчинидбе датом обећању".[48]

7.6. Поравнање по неоснованом тужбеном захтеву (settlement of invalid claim)

Поравнање је у сваком друштву, посебно у америчком, пожељан начин решавања спорова, јер се њиме постиже већа ефикасност парничног поступка.

Из аспекта овог истраживања је посебно интересантно питање да ли обећање једног лица, повериоца у једном правном односу, да ће пристати на поравнање у поступку покренутом за заштиту својих права из тог правног односа, адекватан *consideration* за обећање које му је дато у једном другом правном односу.

Генерално је заузет став да је такво обећање добар *consideration*, јер се тиме поверилац уздржава од слободе коришћења правних средстава за наплату свог потраживања (пристаје на поравнање).[49] Међутим, поставља се питање да ли је испуњен услов *consideration*-а, ако се накнадно установи да је потраживање повериоца (од чије наплате је поверилац одустао или у вези чега је закључено поравнање) било неосновано. Сматра се да то не утиче на постојање *consideration*-а, ако поверилац није био несавестан (није знао нити је могао знати за ништавост свог потраживања или за неоснованост тужбеног захтева).[50]

---

[48] Ibid. стр. 68.

Ретки су примери у судској пракси за овај случај. Ипак, случај *Broadnax v. Ledbetter*, 99 S.W. 1111 (Tex. 1907) је такав. Случај се тицао лица које је ухватило одбеглог затвореника, вратио га надлежним властима, а да при том није био свестан тога да је расписана јавна потерница за тим одбеглим затвореником, према којој ће се лице које да информације властима о њему или га, пак, сам ухапси, новчано наградити. Власти су успеле доказати да хапшење одбеглог затвореника није било мотивисано наградом, тако да јавно обећање награде овом случају није принудно извршиво.

Јасно је да су овакви примери из судске праксе ретки, јер је неопходно доказати да је извршење радње учињено не знајући за дато обећање. Субјективни чињенични елементи се у пракси тешко доказују.

[49] Farnsworth *op. cit*. стр. 73.

[50] *Denburg v. Parker Chapin Flattau & Kimpl*, 624 N.E. 2d 995 (N.Y. 1993).

7.7. Илузорно обећање (illusory promise)

Већ смо раније истакли да судови у *common law* правном систему, у начелу, не надзиру однос вредности узајамних престација уговорних страна. Еквивалентност размене вредности, правичан однос вредности престација, је у домену страначке аутономије. *Consideration* постоји ако је обећање даваоца обећања издејствовало противобећање примаоца обећања, при чему обећање и противобећање могу бити потпуно различитог квалитета и квантитета.

Битно је једино да противобећање буде ипак **суштинско**, макар какве незнатне вредности оно било. Противобећања која нису суштинска су илузорна и нису добар *consideration*, односно толико су „несуштинска" да не представљају никакву обавезу за примаоца обећања .

Најчешћи примери илузорних обећања су случајеви када је противобећање везано за услов, чије наступање или ненаступање је искључивој контроли примаоца обећања.[51] Као што је у једном случају формулисано, илузорно обећање је обећање да се нешто купи „када се жели, колико се жели, купити ако купац сматра да би то било корисно за њега, купити толико много, толико мало, или ништа не купити, по вољи купца".[52]

Судови су имали различити одговор на илузорна обећања .

Доста дуго је постојао тренд да се илузорна обећање не квалификује као *consideration*, те уговор није двострано обавезујући, и консеквентно томе, није ни принудно извршив.[53]

Други је могући став према илузорним обећањима, да се она тумаче као да нису илузорна.[54] Према Фарнсворту, за то постоје два начина.[55] Један начин је да се узме у обзир **савесност** даваоца илузорног обећања **приликом извршења обећања**. Ако је илузорно обећање давалац обећања извршио у складу са начелом савесности и поштења[56], тј. није злоупотребио илузорност обећања, његово обећање је суштинско и обећање друге стране је принудно извршиво.[57] Други начин је да суд **тумачењем** спо-

[51] Таква обавеза би била, на пример, обећање да ће купац купити ту количину ствари које буде желео да купи !?!

[52] *Wickham & Burthon Coal Co. v. Farmers' Lumber Co*. 1979. N.W. 417.419 (Iowa 1920).

[53] На пример *Wickham & Burthon Coal Co. v. Farmers' Lumber Co.* 1979. N.W. 417.419 (Iowa 1920), *Strong v. Sheffield* 39 N.E. 330 (N.Y. 1895), Paul v. Rosen, 122 N.E.2d 603 (Ill. App. 1954).

[54] Farnsworth *op. cit*. стр. 77.

[55] Ibid.

[56] `good faith`.

[57] На пример *Wood county Grocer Co. v. Frazer*, 284 F. 691 (8th Cir. 1922). Случај се тицао обећања продавца да прода шећер по цени не мањој од утврђене минималне цене, а ни не

разума странака утврди да се прималац обећања заправо суштински обавезао, без обзира на то ако *prima facie* обећање делује илузорним, а да ли се у стварности ради о суштинском обећању или илузорном процењује се зависно од околности конкретног случаја.[58]

7.8. Клаузуле о раскиду уговора (termination clauses)

Уговорне клаузуле, које дају могућност једној уговорној страни да у сваком моменту (без давања отказног рока) раскине уговор, без навођења посебних разлога за то (немотивисани раскид уговора) чини обећање те стране илузорним, те не постоји *consideration* у том уговору.[59] Према томе, да би обећање друге уговорне стране било суштинско, а не илузорно, неопходно је да се могућност раскида уговора сведе у разумне и прихватљиве оквире. Тако, сматра се да клаузула о раскиду уговора не чини обећање илузорним, ако је, с једне стране, могућност раскида уговора везана за обавезу обавештавања даваоца обећања и остављања **разумног от-**

већој од утврђене максималне цене. Утврђена минимална цена је била изузетно ниска, али је купац био спреман да плати максималну утврђену цену, тако да његово обећање суд није оценио илузорним.

[58] Farnsworth *op. cit*. стр. 78.

На пример *Wood v. Lucy, Lady Duff-Gordon*, 118 N.E. 214,218 (N.Y. 1917). Случај се тицао уговора у којем је позната дизајнерка пренела на сауговарача искључиво право пуштања у промет моделе одеће коју она изради, за шта се сауговарач обавезао да јој исплати износ једнак половини укупних годишњих прихода остварених продајом њених модела, ако до продаје уопште дође. После извесног времена, дизајнерка је исте моделе понудила и другим трговцима, на шта је њен сауговарач одговорио тужбом за накнаду штете због кршења одредбе уговора о искључивом снабдевању. На ову тужбу дизајнерка је приговорила да је њена обвеза из уговора неутужива, јер се друга страна није обавезала на куповну тачно одређене или одредиве количине модела, сауговарачева стварна обавеза је зависила само од његове воље, што значи да је она илузорна, због чега њена обавеза није праћена *consideration*-ом. Суд је заузео становиште да обавезу сауговарача дизајнерке треба тумачити на тај начин да се под њом подразумева обавеза да се модели пусте у промет и да се учини разуман напор (*reasonable effort*) да се постигне суштинска продаја, те за обећање дизајнерке постоји *consideration*, и њено обећање да трећим лицима неће уступити моделе на продају принудно извршиво.

[59] Farnsworth *op. cit*. стр. 79.

На пример *Miami Coca-Cola Bottling Co. v Orange Crush Co*., 296 F 693 (5th Cir. 1924.). У овом случају давалац лиценце је пренео примаоцу лиценце искључиво право производње и продаје (познатог) освежавајућег пића *Orange Crush* на тачно одређеној територији, али је уговор оставио право примаоцу лиценце да уговор о лиценци раскине у било које време. У парници која је уследила на основу уговора, суд је заузео становиште да је обавеза (обећање) примаоца лиценце илузорна, јер је могао раскинути уговор у било које време, без негативних последица за њега, те никакву суштинску обавезу није ни преузео.

казног рока[60], или ако је могућност раскида уговора везана за **околност која је независна од воље примаоца обећања**[61] (ван сфере његове контроле), с друге.

8. Уместо закључка – случај *Hamer v. Sidway*

Један од најинтересантнијих случајева у јуриспруденцији САД, у погледу постојања *consideration*-а, је свакако случај *Hamer v. Sidway.*[62] Правноснажна ресуда у предмету је донета 1891. године, међутим чињенични случај који је дао повода спору је настао много раније, седамдесетих година XIX века. Један од главних актера случаја, Вилијем Е. Стори, старији, је на једном породичном весељу јавно обећао свом младом нећаку да ће му на дан, када наврши своју 21. годину живота поклонити износ од $5.000 (ни сада не малу суму, али у тим временима изричито велику), ако се нећак буде уздржавао од пијанства, пушења цигарета, псовања и играња карата и билијара у новац, односно да раскине са начином живљења како је до тада живео. Упркос великим изазовима и искушењима, нећак је у свему успео да се повинује захтеву Вилијема Е. Сторија, старијег, те му је на дан када је навршио свој 21. рођендан послао једно писмо, обавештавајући га да је споразум са своје стране у потпуности испоштовао и да сматра себе овлашћеним да захтева исплату обећаног износа од $5.000.

Да је Стори, старији, исплатио свом нећаку тај износ, случај би остао у породичним оквирима и полако заборављен. Међутим, Стори, старији, је на нећаково писмо, не исплативши предметни износ, одговорио својим писмом од 6. фебруара 1875. године. У свом одговору, Стори је пр-

[60] На пример *Lindner v. Mid-Continent Petroleum Corp*., 252 S.W.2d 631, 632 (Ark. 1952.). Случај се тицао уговора о лизингу бензинске пумпе, при чему је прималац лизинга имао право да раскине уговор у било које време, али са отказним роком од 10 дана. Суд је утврдио да обавеза примаоца лизинга није илузорна, тј. постоји *consideration*, јер би чак и у хипотетички најгорем случају прималац лизинга био дужан да плаћа лизинг накнаду најмање у периоду од 10 дана.

[61] На пример *Resource Mgt. Co. v. Weston Ranch & Livestock* Co., 706 P.2d 1028, 1037 (Utah. 1985.). Случај се тицао уговора о експлоатацији рудног блага, при чему је стицалац концесије за експлоатацију задржао право да раскине уговор о експлоатацији, ако се утврди да се у земљишту не налази та количина рудног блага која би оправдавала даље улагање новца и времена у тај пројекат. Суд је заузео становиште да обавеза стицаоца концесије није илузорна, јер је клаузула о раскиду везана за околност која је ван његове контроле (количина рудног блага у датом земљишту се објективно може утврдити), тј. позивање на раскид није могло бити учињено на несавестан начин.

[62] *Hamer v. Sidway*, Court of Appeals of New York, 1891, 124 N.Y.53S, 27 N.E. 256.

во похвалио свог нећака за све што је учинио у протеклом периоду, тј. да је стекао добре манире, и потврдио му да је стекао право на предметну суму. Но, Стори, старији, је у писму нећаку напоменуо да му обећани износ неће исплатити, већ га држати у банци у његовом интересу, да се не би протеком времена обезвредио. Као основни разлог због којег ујак није свом нећаку у том моменту исплатио обећани износ навео је да је он сву своју имовину стекао тешким радом и муком и да би нећак на сувише лак начин дошао у посед тако великог новца, те би га брзо проћердао. Из тих разлога, Стори, старији, се обавезао да ће тај износ заједно са припадајућом каматом исплатити нећаку после одређеног времена, када буде стекао неопходну зрелост у погледу коришћења новца. Нећак је пристао на услове из писма свог ујака, тако да је новац остао у поседу Сторија, старијег, на његовом рачуну у банци.

Почетком 1887. године умро је Вилијем Е. Стори, старији, а да свом нећаку за ћивота ни центу није исплатио од обећаног износа од $5.000 и припадајуће камате. У парничном поступку покренутим због спора поводом поделе заоставштине Вилијема Е. Сторија, поставило се питање ваљаности споразума закљученог између њега и свог нећака, односно да ли је снагом уговора (споразума) Стори, старији постао, дужник свом нећаку за исплату износа од $5.000 и припадајуће камате, и да ли нећак може пред судом захтевати принудну исплату тог потраживања на терет заоставштине. Важно је истаћи, да је Стори, старији за живота тестаментом расподелио своју имовину и нећак није био међу тестаменталним наследницима. По логици ствари, извршилац тестамента, као заступник тестаменталних наследника, имао је правни и економски интерес да докаже да споразум између Вилијема Е. Сторија, старијег, ујака, и Вилијема Е Сторија, другог, његовог нећака не задовољава услов *consideration*-а, тј. да нећак нема право да тражи принудну наплату на терет заоставштине. Као основни аргумент, извршилац тестамента је навео да је обећање тестатора, да свом нећаку исплати износ од $5.000 са припадајућом каматом, без адекватне противчинидбе, те не испуњава услов *consideration*-а, и треба да се сматра уговором о поклону, који у предметном случају није принудно извршив, јер није учињен у форми исправе. Нећакова противчинидба, која се састојала од уздржавања од очигледно штетних и лоших навика, не може се сматрати као *consideration* за обећање тестатора, сматрао је извршилац тестамента, јер из појма *consideration*-а произилази да он мора представљати или корист обећаваоцу или штету, губитак (умањење имовине) на страни примаоца обећања. Тиме што се нећак уздржавао од лоших навика, пре свега, себи самом је учинио корист и да би то пре или касније учинио

и без тога да му је ујак обећао износ од $5.000. Тако, према логици извршиоца тестамента, није дат никакав *consideration* за обећање Сторија, старијег, јер није дошло до повећања имовине на његовој страни, нити је дошло до умањења имовине на страни нећака, односно да се уздржавање од упражњавања лоших навика не може сматрати умањењем имовине, нити ограничавањем слободе личности, јер је стицање добрих навика и промена начина понашања било пре свега у корист нећака. Следствено томе, уговор није теретан, јер не испуњава услов *consideration*-а, а не може се принудно извршити ни као доброчин уговор из разлога што није закључен у форми исправе – тврдио је извршилац тестамента.

Међутим, суд је имао супротно мишљење. Наиме, прималац обећања је до момента закључења споразума са својим ујаком, редовно упражњавао навике које се могу окарактерисати као лоше (пијанство, пушење цигарета, коцкање, и сл), али, према речима суда, имао је пуно право да то слободно чини. Он се годинама уздржавао од упражњавања тог свог права, добровољно ограничавајући своју слободу личности, под утицајем могућности стицања позамашне суме новце, ако се успешно повинује захтевима које му је обећавалац поставио. При том, сматра суд, потпуно је ирелевантно да ли је прималац обећања уложио било какав напор да би се уздржао од упражњавања одређених навика и да ли је одвикавање од тих навика било у његову корист или не. Довољно је да се он, под утицајем обећања обећаваоца, ограничавао у упражњавању своје „законите слободе делања".[63] На основу свега тога, суд је закључио да је прималац обећања својим понашањем пружио адекватну противчинидбу обећаваоцу. Према томе, споразум у питању је квалификован као теретан, а не као доброчин уговор. Будући да је био испуњен услов *consideration*-а, суд је дозволио извршење потраживања примаоца обећања на терет заоставштине.

Деликатно је питање каква би била правна квалификација једног таквог уговора у нашем праву. Амерички суд је овај проблем решио на једноставан и елегантан начин, карактеришући уговор као теретан (што на први поглед сигурно запањује сваког правника са континенталним правничким образовањем).

Истраживање у погледу правне природе таквог уговора у нашем праву би свакако требало да потекне са становишта да је то нека врста уговора о поклону, и то уговора о поклону са налогом (да се подсетимо, основни мотив Сторија, старијег, у обећању исплате износа од $5.000 је

[63] *lawful freedom of action* – ауторов превод.

давање поменутог износа у поклон свом нећаку, по задовољењу унапред одређених услова). Уговор о поклону са налогом (*donatio sub modo*) је уговорна конструкција која није страна нашој правној теорији.[64]

Ипак, идентификовати позитивно-правну регулативу уговора о поклону са налогом није лак задатак. Основни извор у којем прво треба потражити одговор на питање позитивно-правне квалификације таквог типа уговора је, по природи ствари, Закон о облигационим односима. Међутим, Закон о облигационим односима не регулише институт поклона. Поставља се питање да ли у оним случајевима, када не постоји позитивно-правна регулатива правног института суд може применом основних начела Закона о облигационим односима конструисати ново правило које ће се применити на конкретан случај или, пак, претходно треба да се провери да ли постоји неки предратни пропис (пропис који је био на снази пре II светског рата) који регулише конкретно питање. Примена прописа донетих пре 1941. године је још увек могућа на основу Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације.[65] Наиме, поједина решења из предратних прописа (не и прописи у потпуности) се могу примењивати на конкретан случај, ако тај правни однос није регулисан важећим прописима и да правило из предратних прописа није у супротности са важећим прописима и начелима уставног поретка.[66] Заправо, судови су дужни да примењују предратна правила, ако дотичан правни однос није регулисан новим послератним законодавством, без обзира на то што су у међувремену донети системски закони из области грађанског права.[67]

---

[64] Види: Салма, др Јожеф, *Ajándékozási szerződés - különös tekintettel az európai polgári jogi kodifikációkra, valamint a magyar Ptk Új Koncepciójára*, (Уговор о поклону, упоредно правни студиј, са посебним освртом на европске кодификације грађанског права и на рекодификацију МГЗ) Нови Сад/Újvidék-Miskolc, март 2003., објављен у Jogtudományi Közlöny, Будимпешта, бр. 5/2004, стр. 169-180., Радишић, др Јаков, *Ревокација поклона*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 4/1954, стр. 486–489. Радојчић, др Весна, *Гранични и спорни случајеви даровања*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву", V/1981, str. 145–153. Станковић, др Обрен и Водинелић, др В. Владимир, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд, 1996. стр. 192., Попов, др Даница, *Грађанско право – општи део*, СЦИ, Нови Сад, 1997. стр. 115-116. Перовић, др Слободан, *Облигационо право, II*. Службени лист, Београд, 6. издање 1986.

[65] Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, Сл. лист ФНРЈ, бр. 86/46 (у даљем тексту: Закон о неважности).

[66] Закон о неважности, члан 4.

[67] „Неоспорно је да овај закон (Закон о неважности – напомена А. Д.) и данас на снази и да ће се у пракси примењивати све до потпуне изградње правног система, с тим што се његов домашај стално сужава доношењем нових закона којима се уређују поједине области друштвених односа". (из образложења начелног става XXIII заједничке седнице Савезног

Према томе, у начелу се на институт поклона још увек примењује Српски грађански законик из 1844, односно неновелиран Аустријски грађански законик из 1811, зависно на којем делу територије наше државе би уговор о поклону настао.[68] Оба законика регулишу институт поклона[69], међутим, ниједан у њих не регулише уговор о поклону са налогом или условом.

Тако, будући да не постоји правило из предратних прописа које би се непосредно могло применити на овај тип уговор, примењивале би се одредбе Закона о облигационим односима. Закон о облигационим односима пружа адекватан правни оквир за тип уговора о поклону о којем је реч. С једне стране, уговорне стране не морају да се ограниче само на дијапазон уговора именованих у Закону или другом партикуларном закону, већ могу да створе било какву уговорну конструкцију, која не мора бити налик ни на један од именованих уговор, поштујући опште границе слободе уговарања[70]. Такав неименовани уговор би имао исто дејство као и било који именовани уговор, стварање права и обавеза за уговорне стране[71] и њега би се на исти начин примењивале одредбе Закона.[72] Чим стране постигну споразум о битним елементима уговора, уговор је настао.[73] Битни елементи уговора о поклону из случаја *Hamer v. Sidway* су предмет поклона и услови које поклонопримац треба да испуни да био имао право на поклон. Услов, или налог, по правилу није битан елемент правног посла, него случајни елемент (*accidentalia negotii*). Случајни елементи правног посла нису обавезни по закону, али их странке могу уговорити, чиме они добијају обавезујући карактер.[74]

Према томе, уговор о поклону са налогом у светлу Закона о облигационим односима би се у основи могао квалификовати као доброчин

суда, републичких и покрајинских врховних судова и Врховног војног суда од 14. и 15. децембра 1983. године). Важно је истаћи да је ово становиште заузето неколико година после доношења системских закона из области грађанског права, као што су Закон о облигационим односима 1978. године и Закон о основним својинско-правним односима из 1980. године. Парафразирано из Николић, др Душан: *Увод у систем грађанског права*, пето измењено и допуњено издање, Нови Сад, Правни факултет – Центар за издавачку делатност, 2004., стр. 177. фн. 267.

[68] Аустријски грађански Законик се примењивао на мањем делу територије Војводине, и то на територији окружног суда у Панчеву, и среских судова у Банатском Карловцу, Белој Цркви, Ковину, Тителу и Жабљу. Види: Николић *op. cit*. стр. 156.

[69] СГЗ §561-568. и АГЗ §938-956.

[70] ЗОО чл. 10.

[71] ЗОО чл. 148. ст. 1.

[72] ЗОО чл. 25.

[73] ЗОО чл. 26.

[74] Попов *op. cit*. стр. 88.

уговор, али са одређеним елементима теретности, онерозности (налог). Интересантно је како различити правни системи долазе до истог, или врло сличног резултата поводом одређеног правног проблема. У случају *Hamer v. Sidway* основни проблем лежи у проналажењу начина да се обећање поклона учини утуживим, ако поклонопримац испуни све услове предвиђене налогом. Америчко право, као што смо видели, проблем решава на једноставан начин тиме што уговор у питању квалификује као двострано обавезан, услед чега у трансакцији постоји *consideration*, те обећање поклона у конкретном случају постаје утуживо. За разлику од тога, у нашем праву такав уговор се никако не би могао квалификовати као двострано обавезујући, већ као доброчин уговор са одређеним елементима онерозности. Но, постиже се иста практична последица у оба правна система, а то је утуживост обећања поклона, ако поклонопримац испуни све услове предвиђене налогом.

Atila Dudas, Assistant
Novi Sad School of Law

The Notion of Consideration at Common Law

Abstract

One of the fundamental notions of law of contract at common law is certainly the institution of consideration. In order to have a legally binding and enforceable promise, it must be supported by consideration. If the promise lacks consideration, it will be held unenforceable, unless another ground of enforceability is present (formality, for instance).

The notion of consideration emerged and began its evolution in the late XVI and early XVII century, when the *action of assumpsit* tended to replace the old *action of debt*. Since the moment when verdict had been delivered in the famous *Slade's Case* at the very beginning of XVII century, the *action of assumpsit* became the most usual form of action by which all contractual claims could have been enforced, regardless of the nature of breach of promise (*action of assumpsit* could have been brought both in case of misfeasance and nonfeasance). The most important criterion whether an *action of assumpsit* would fail or succeed was whether the promise upon which an action had been filed was supported by consideration or not.

Consideration, at the time when it emerged, meant either a detriment for promisee or a benefit to the promisor. However, in the late XIX century the detriment/benefit test of consideration came under scrutiny and consideration got a new dimension. Namely, the issue whether the promisor gained a benefit or the promisee suffered a detriment is not crucial anymore. A promise is supported by consideration if there is an exchange between the parties, which exchange is a result of fair and undisturbed bargaining process. This is called the bargained-for exchange notion of consideration.

The present paper tends to define what the term bargained-for exchange means and when is a promise supported/or not supported by consideration under the bargained-for exchange test.

340.12:342.2

Марко Божић, асистент-приправник
Правног факултета у Новом Саду

JACQUES MARITAIN, „L'HOMME ET L'ETAT" PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE, PARIS, 1953, ПРВО ИЗДАЊЕ, 204 СТРАНЕ

Идеолошки монопол марксизма је дуго ограничавао видике домаће политичке теорије. Истраживања, научне обраде и прикази тзв. „буржоаске" теорије нису били политички коректни, те су до данас остали слабо познати српској стручној јавности. Неоправдано, у сенци нашег интересовања остају како класици, тако и савремени аутори десне и конзервативне правне и политичке мисли. Неоправдано, јер се без познавања ових теорија не може у потпуности разумети интелектуални *background*, појмовни апарат, аргументација па ни вокабулар модерних десних политичких идеја на западу.

Из истих разлога код нас је релативно слабо познат остао и опус класика неотомистичке теорије, Жака Маритена (*Jacques Maritain*, 1882-1973). Ради се о плодном ствараоцу чија политичка филозофија и данас инспирише идеологију демохришћанске идеје и одлично илуструје политичку аргументацију Католичке цркве. Професор на Католичком институту у Паризу, предавач на Принстону и Колумбија универзитету, овај аутор, непосредно инспирисан томистичком филозофијом, нуди интерпретацију демократије засновану на „универзалним" хришћанским вредностима.

Човек и држава, први пут објављено у Сједињеним Државама на енглеском језику, главно је дело Маритенове политичке филозофије, настало кроз разраду шест предавања које је током 1949. године Маритен држао на Чикашком универзитету. Ова књига, мада писана далеко од ауторове домовине и на страном језику, у ствари је одговор на политичку

климу у послератној Француској, обележену уставним променама из 1946. године и нарастајућом лаицизацијом друштва.

Основна идеја дела је и његова полазна претпоставка: демократија се не може одвојити од националног постојања, тј. од националне традиције, духовног фундамента и културног наслеђа једног друштва.

Управо стога аутор у првом, од седам, поглавља, *Народ и држава* (стр.1-25), себи ставља у задатак да дефинише нацију, политичко друштво и државу као три основна појма своје политичке теорије. У том смислу, дистинкција између нације и политичког друштва је кључна. Према Маритену, нација је природна заједница, етничка група свесна своје посебности. Нација „има страсти и снове али никако и општег добра" (стр. 6) што значи да је лишена рационалног, циљно усмереног деловања. За разлику од нације, политичко друштво, чији је супстрат народ (не нација), увек стреми општем добру, тј. у свим својим сферама, нпр. економији, образовању или култури, обилује рационалним облицима – формалним установама утемељеним на закону. Држава је само део политичког друштва чија је „посебна сврха спровођење закона, брига о заједничком добру, јавном реду и обављању јавних радова" (стр.11). Држава је скуп јавних установа чији је циљ остваривање општег добра. Она је увек у служби политичког друштва, у целини, као и у служби сваког његовог припадника.

Из погрешног тумачења тријаде: нација – политичко друштво – држава, упозорава Маритен, настају три погубне заблуде нововековне политичке теорије. Погрешно поистовећивање нације и политичког друштва ствара мит о националној држави, а лажно свођење политичког друштва на државу, идеал тоталитарне државе која, уместо да буде контролисана, сама контролише, организује и усмерава политичко друштво којем би требало да служи. Трећој заблуди, вештачки створеном појму сувренитета, Маритен посвећује посебно поглавље.

Појам суверености (стр. 26-47), предмет је и наслов другог поглавља. За Маритена, реч је о појму који је залутао у политичку теорију. Сувереност, онако како је схвата нововековна политичка теорија, подразумева атрибуте врховне и независне, тј. неотуђиве и неодговорне власти. У питању је власт која је, како Маритен сматра, апсолутна и трансцеденталне јер је увек независна, јасно одвојена и изнад оних којима влада. Као таква она се ни у којем случају, сматра аутор, не може приписати ни држави ни народу. Народ не може бити суверен јер „апсурдно је замишљати да он сам собом влада, *а да је истовремено одвојен и изнад самог себе*" (стр. 40). Ни држава не може бити суверена, осим као недемократска и тоталитарна творевина. Па ипак, суверена власт заиста постоји, али само у Бога. Следећи томистичко учење, Маритен закључује да ако и говоримо о

власти народа, говоримо пре о његовом праву на самостално управљање које произлази из божанског права, али које никако није апсолутно и трансцедентално, а још мање лишено одговорности: „Народ, наиме, увек плаћа рачун. Он је сигуран да ће за своје грешке плаћати сопственим болом и крвљу“(стр. 47).

Пошто је државу подредио друштву а суверенитет приписао Богу, Маритен је у трећем поглављу, Проблем средстава (стр. 48-68), дефинисао демократију. До одређења демократије Маритен стиже одговором на питање: која то средства стоје на располагању држави у остваривању општег добра као моралног циља њеног деловања. Полазећи од начела да средства морају бити саображена циљу, Маритен стиже до закључка да се уместо макијавелистичке техничке рационализације, мора прихватити морална рационализација политичког деловања. Другим речима, опште добро, схваћено као тоталитет правде, слободе и људског достојанства, држава може остварити само политиком заснованом на „зрелој спознаји о најинтимнијим потребама човечанства, о стварним захтевима за миром и љубављу и о људској моралној и духовној снази“ (стр. 53). Политички режим чије је политичко деловање засновано на моралу Маритен назива демократијом. Ово је кључно место Маритеновог дела. Наиме, спутан својом грешном природом и заведен страстима, човек се не може поуздати у сопствени осећај за морал. Стога, није способан да сам оствари демократски идеал. Потребан му је сигуран и универзалан образац моралног деловања. Према Маритену човек тај образац, далеко изнад своје друштвене и историјске релативности, налази у трансцеденталном извору, у Богу. Истинска демократска политика мора потражити своје надахнуће у божанској милости и њеној јеванђеоској поруци. Само тако демократија може превазићи сва искушења и испунити своју сврху.

Ако су темељи демократије у јеванђељу, и права човека морају имати божанско порекло. То је основна порука коју нам Маритен саопштава у четвртом поглављу, *Људска права* (стр. 69-99). Према његовом мишљењу, права човека су саставни део природног закона схваћеног, у маниру хришћанске теологије, у смислу моралног закона. Заправо, према аутору, овај закон не садржи само моралне обавезе, већ и природна права која припадају сваком човеку. Будући да је природни закон, и њиме обухваћена природна људска права, део вечног закона, дакле божанске промисли о створеном свету, и људска права морају бити део универзалног поретка космоса. Управо зато, сасвим супротно идеји друштвеног уговора, Маритен сматра да је „реч о правима око којих се грађанско друштво не *усаглашава*, већ која треба да *препозна* и штити као универзалне вредности“ (стр. 89).

Као таква, људска права, заједно са осталим вредностима савременог демократског друштва, представљају прескрипције божанског природног закона, односно саставни су део универзалног хришћанског морала. У петом поглављу, *Демократска повеља* (стр. 100-136), аутор управо инсистира на моралном и апсолутном карактеру демократске политичке културе. Садржина демократске повеље је увек иста, а оно што се евентуално може разликовати јесу другачији религиозни или филозофски начини њеног разумевања и оправдања. Управо зато Маритен, бранећи слободу савести, као један од основних постулата демократског друштва, указује да савремена држава „нема права да својим грађанима намеће или да од њих захтева какво правило вере или рационалистички конформизам, неки филозофски или религиозни *credo* које би се сматрао јединим могућим оправдањем повеље..." (стр. 104).Тиме он допушта плурализам мишљења и веровања, али не и могућност различитог интерпретирања вредности и принципа демократског друштва.

Устав из 1946. године дефинисао је Француску као лаичку републику. Оштра сепарација цркве и државе, прокламована уставом, постала је тема живе дискусије у којој и Маритен учествује. Шесто поглавље, *Црква и држава* (стр. 137-175), окренуто је овим разматрањима и представља најобимнији део књиге. Већ на самом почетку Маритен наглашава да ће се, будући католик, у свом осврту на ово осетљиво питање ослонити на учење католичке цркве. Стога, полази од теолошког разликовања човекове природне и натприродне сврхе. Човекова природна сврха – живот у политичкој заједници увек је подређена и у функцији коначне, апсолутне и натприродне сврхе – Бога. Управо зато, црква, као тело које се стара о натприродној људској сврси, мора бити надређена држави која брине о овоземаљском општем добру. Но, одмах наглашава аутор,„Из речи „надређеност" уклонимо сваки акцидентални призвук доминације или хегемоније; прихватимо ову реч у њеном чистом значењу: она подразумева вишу позицију на вредносној лествици и више достојанство"(стр. 143). Тиме он цркви пориче политичку, али додељује моралну супремацију – улогу врховног арбитра моралне исправности политичког деловања државне власти. Оваква интерпретација савршено се уклапа у целину Маритенове политичке филозофије у којој темељи демократије почивају у Јеванђељу а сувереност припада Богу. Из истих разлога, како сматра аутор, раздвајање цркве и државе је погубно за демократију. Оно доприноси њеном отуђењу од свог вредносног, хришћанског фундамента. Зато, Маритен уместо строге лаичке сепарације цркве и државе предлаже модел сарадње ова два ентитета. Ова сарадња би подразумевала свесно и планско укључивање цркве у пројекте остваривања општег добра у земљи: „Уклањајући пре-

преке и отварајући врата, политичко тело би... олакшало напоре јеванђеоских апостола да пођу међу масе узимајући удела у њиховом животу радећи на друштвеном и моралном уздизању нације...“ (стр. 168). Предуслов ове сарадње било би званично државно признање традиционално доминантне верске заједнице као и јасно прихватање верског идентитета и признавање божјег постојања од стране државе и политичког друштва у целини.

Последње, седмо поглавље, *Проблем политичког уједињења света* (стр. 176-198), пребацује акценат расправе на поље међународне политике. На овом месту Маритен се посвећује питањима светске власти, политичког организовања међународне заједнице и очувању светског мира. Сматрајући да и у томе следи учење Аквинског, Маритен држи да будућност политичког организовања света лежи у формирању наднационалне супердржаве. У трајном миру, који ће са њом настати, уживаће нека будућа поколења, а до тада, као гарант светске сигурности, Маритен предлаже конституисање *Саветодавног наднационалног већа*, чијим устројством, персоналним саставом и начином рада завршава своје дело.

Делом *Човек и држава* Жак Маритен се отворено и јасно супротставио тенденцијама лаицизације француског, и шире, европског послератног друштва. Књига представља апологију теза о позицији католичке цркве и вере унутар модерног демократског друштва. У Маритеновом делу демократија је само политичка рефлексија јеванђеља, облик политичког режима инспирисан хришћанским моралом – Божје царство на земљи. Стога, ако држави и припада примат у власти, црква задржава првенство у части, духовно вођство и улогу последњег суда у вези са моралним дилемама световне политике. Као чувар вредносног фундамента демократског друштва – јеванђеоске поруке, црква мора бити редовни учесник демократског дијалога, активни партнер у процесима доношења правних и политичких одлука.

Остајући веран основној претпоставци своје филозофије – идеји да се вредносни темељи европске цивилизације налазе у завештању средњовековне културе, дубоко надахнут томизмом, Маритен својим делом на најбољи начин указује на актуелност мисли Томе Аквинског у савременој политичкој теорији. За разлику од неких других савремених неотомистичких писаца, попут англоамеричког аутора Џона Финиса (*John Finnis*), који полазећи од томистичке филозофије покушавају да изграде сопствену, Маритен овом средњовековном учењу не надодаје ништа. Томистичку мисао он само саображава новом времену искрено је доживљавајући као једну *Philosophia perennis*.

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ
ДИПЛОМИРАНИ СТУДЕНТИ
У 2006. ГОДИНИ

Општи смер:

Павков Петар
Мезеи Даниел
Шабан Ивана
Гагић Зоран
Броћета Сања
Рајић Марко
Грујић Мирјана
Ступар Љиљана
Игић Исидора
Чутурилов Сања
Џиков Јелена
Чубра Јелена
Кнежевић Слађана
Штрбоја Сандра
Мајер Андреа
Хуђик Елеонора
Гаврић Славенка
Пантелић Јелена
Грабнер Андреј
Босанац Нада
Трбојевић Драгана
Кирицић Ивана
Јеличић Марија
Максимовић Снежана
Тинтор Снежана
Милићев Александра
Грљевић Аленка
Микетић Милена
Радаковић Драган
Корица Марина
Ујић Горан
Момчиловић Емилија
Симић Иван
Павловић Владимир
Рвовић Рада
Ајдуковић Ана
Козомора Срђан
Матић Гордана
Тошић Надежда
Рашета Наташа
Тијанић Ивана
Медић Данијела
Трбовић Мирјана
Крстић Драгана
Нонковић Бранислав
Табачки Срђан
Опалић Игор
Петричевић Татјана
Цвјетићанин Никола
Грбић Наташа
Кукић Сандра
Лукић Јелена
Мостарски Душан
Соро Милица
Савановић Тања
Визова Јасна
Берчек Илдико
Јокић Александар
Чвокић Бранко
Сералтић Љубомирка

Ивошевић Страхиња
Радић Александар
Јурошевић Рада
Вујин Младен
Кнежевић Сања
Илић Милорад
Грилец Олгица
Предојевић Милан
Бајић Љиљана
Филеки Габриела
Костић Румица
Симић Маријана
Радошевић Јелена
Видовић Слађана
Максимовић Дејан
Пинтер Даниел
Стојаков Јелена
Јанић Страхиња
Матић Драгана
Нинковић Анита
Џонлез Дана
Гмизић Слађана
Клашња Љиљана
Николић Наташа
Радишић Светлана
Милатовић Ана
Јовановић Драгана
Грујић Санела
Шево Нада
Дивљак Недељко
Јаконић Мирјана
Јосиповић Стојанка
Ускоковић Марко
Бобан Петар
Ђукановић Драгана
Брандт Аида
Грбовић Јелена
Лепотић Бранислав
Лошонц Давид
Сударски Душан
Галић Бранислава
Периз Славица
Гуцул Ивана
Петровић Никола
Ђурђевић Весна
Кековић Бојана
Еркић Бошко
Ковачевић Иван
Несторовић Слађана
Тешановић Маријана
Распоповић Владимир
Гавански Оливера
Кокаи Драган
Гајин Драган
Живановић Бранко
Дробац Јелена
Бодочи Светлана
Прелевић Снежана
Вукелић Јасмина
Дакић Станислава
Кордић Давор
Данојлић Мирослав
Рикић Ристо
Станојев Смиљана
Рутовић Марина
Јовић Никола
Чолић Јелена
Михајлов Тијана
Косанић Мирослав
Павловић Мирјана
Корпонаић Ева
Кнежевић Марко
Човић Андријана
Лескур Дејан
Јововић Никола
Гашевић Кристина
Шкрбић Бранислава
Десанчић Ђорђије
Јововић Вукашин
Стеванов Ивана

Ковач Александра
Гавански Александра
Јањић Василија
Пајић Душица
Рончевић Александра
Латковић Наташа
Мишић Бранислав
Томаш Драган
Филиповић Миодраг
Томић Ана
Крунић Ана
Антонијевић Маја
Сомборац Драгица
Новковић Синиша
Павловић Јелена
Станчевић Весна
Поповић Александар
Ђурић Јелена
Бербер Сања
Каравидић Јасна
Ђушић Јована
Аћимовић Милијана
Сремчев Сања
Јерковић Јадранка
Вујовић Биљана
Протић Ђорђе
Дугоњић Тања
Бачићанин Аднан
Ћирић Ненад
Ћирић Милана
Живковић Невена
Тарајић Ивана
Ћулибрк Љубица
Илин Горана
Мандић Бранкица
Бојић Предраг
Стојков Јасмина
Микалачки Мирјана
Ђурковић Јелена
Петковић Ксенија
Латиновић Миланка
Милчић Саша
Гужвица Ана
Ћурчић Тања
Љубојевић Љиљана
Кнежевић Зоран
Петрић Драган
Аничић Душан
Симовић Даница
Ђеровић Лидија
Ружић Зорица
Велицки Ненад
Дробњак Тања
Смољић Данијела
Савић Данијела
Стојановић Снежана
Игњић Рајна
Пувача Драгана
Софић Цвијетин
Камбер Светлана
Крвавац Јелена
Стошић Данијела
Лазаревић Радован
Тодић Наташа
Вакареско Ненад
Вуцеља Татјана
Долмагић Дамир
Ивков Александар
Попов Ксенија
Карлаш Милена
Пешут Јелена
Радун Ивана
Ненадић Сања
Мићић Даца
Малбашић Зоран
Капетанић Ведран
Печурица Нина
Ћук Зоран
Кекић Нинослав
Божић Пантелија

Марјановић Данијела
Станковић Адријана
Стојић Милена
Шару Немања
Туро Лидија
Ивковић Ивана
Катона Дијана
Петровић Татјана
Узелац Милана
Пап Моника
Јанковић Никола
Паравиња Јелена
Радаковић Божана
Грубић Бранка
Малешевић Небојша
Сараволац Срђан
Гаћеша Ана
Шимуновић Јелена
Мунтеан Кристиан
Димитријевић Дејан
Вукша Јелена
Спасојевић Дејан
Антонић Марина
Вуковић Љубица
Бејатовић Драгиња
Шишљагић Бранка
Томић Владислав
Рајић Драган
Бебић Александар
Савић Јелена
Алексић Милена
Радовановић Ђорђе
Јелић Славица
Ковачевић Станка
Крнета Николета
Ђаконовић Марина
Трифуновић Ивана
Басарић Сенка
Бечић Јелена
Премовић Јелена
Булат Ивана
Ђурић Слободан
Шебешћан Тамара
Табачки Јелена
Перкучин Александра
Стојшин Оливера
Вукмирица Светлана
Срдић Зоран
Бекрић Слободан
Ђулинац Љубомир
Иванчић Милица
Радош Маријана
Живковић Слободанка
Ступар Марко
Крајновић Ненад
Маринковић Рајко
Петровић Слободанка
Бумбић Владан
Милојчић Данијела
Нађ Наташа
Алановић Милан
Вуца Биљана
Враголић Биљана
Штрбац Иван
Вережан Милена
Грбић Срђан
Ботић Дејан
Ћеран Милица
Милосавић Горан
Круљ Татјана

Смер унутрашњих послова:

Илић Верица
Булатовић Стојанка
Ђурић Оливера
Остојић Сања
Радић Младен
Котур Бојан
Вишекруна Биљана
Матић Душанка
Милојевић Јелена
Гајић Миленко
Дондур Адријана
Рашета Владимир
Матијашевић Јелена
Шаровић Милица
Бербаков Борислава
Дукић Јелена
Каран Славица
Вулевић Олгица
Салаи Едита
Драгичевић Драгана
Савић Драган
Богдановић Јелена
Булатовић Данијела
Биберџић Александар
Илић Катарина
Вујков Александар
Сокић Милорад
Поповић Младен
Савковић Велибор
Дељанин Александар
Новаковић Никола
Радић Предраг
Ружичић Дејан
Мишков Томислав
Трајковић Дарко
Глигорић Мирослав
Броћета Бојан
Девић Милица

ОДБРАЊЕНЕ МАГИСТАРСКЕ ТЕЗЕ У 2006. ГОДИНИ

1. Митровић Гордана, *Норберто Бобио и правни позитивизам*
2. Лајић Оливер, *Овлашћења полиције у преткривичном и претходном кривичном поступку*
3. Китановић Тања, *Усвојење*
4. Кулаузов Маша, *Страни утицаји на развитак идеје о дводомном народном представништву у уставном систему Србије*
5. Фишер Сандра, *Правна природа патента као субјективног права*
6. Марјански Владимир, *Правна природа уговора о осигурању*

ОДБРАЊЕНЕ ДОКТОРСКЕ ДИСЕРТАЦИЈЕ У 2006. ГОДИНИ

1. Татјана Лукић, *Посебности кривичног поступка за организовани криминал, тероризам и корупцију*
2. Драгиша Дракић, *Неурачунљивост*
3. Владимир Медовић, *Међународни уговори као извор права Европске уније*