



АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE
BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Дејан Поповић, Гордана Илић-Попов, Право Европске уније о директним порезима и треће државе: екстерна димензија слободе кретања капитала -----	5
Драган М. Митровић, Марко С. Трајковић, Може ли виртуелни лик да буде субјект права? -----	28
Драган Милков, Експропријација – између приватног и јавног -----	43
Зоран Мирковић, Марко Ђурђевић, Правила о поклону у српском средњовековном праву -----	63
Војислав Станимировић, Нови поглед на Хамурабијев законик (II део)-----	91
Игор Вуковић, О субјективним обележјима противправности у кривичном праву -----	122
Татјана Лукић, Утицај међународних правних стандарда на обликовање припремног стадијума кривичног поступка -----	142
Владимир Вулетић, <i>Ius commune Europaeum</i> – нови термин за старо решење -----	163
Душка Франета, Једна новија дебата о људском достојанству и проблем трагичног и апсурдног у праву -----	193
Душан Ракитић, Анализа основних елемената општег законског решења реституције у Србији из перспективе праксе Европског суда за људска права –	212

Милош Станковић, Правна природа и остваривање права и дужности родитеља на васпитање и образовање детета у Србији -----	235
Катарина Доловић, Непостојећи уговор-----	263
ПРИЛОЗИ	
Сима Аврамовић, Поимање секуларности у Србији – рефлексije са јавне расправе у Уставном суду -----	279
ЗАКОНОДАВСТВО	
Небојша Јовановић, Законодавна смушеност у претварању јавног у нејавно друштво -----	302
Мирко Кулић, Горан Милошевић, Однос кривичних дела пореске утаје и неуплаћивања пореза по одбитку у српском кривичном праву-----	321
Чедомир Глигорић, Временски оквир у Закону о парничном поступку Републике Србије из 2011. године-----	344
ПОЛЕМИКА	
Огњен Вујовић, Инјурија као деликт -----	360
ИЗ ПРОШЛОСТИ ФАКУЛТЕТА	
Јелена Ђ. Лопичић Јанчић, Проф. др Алберт Вајс и Нирнбершки процес-----	381
ПРИКАЗИ	
Timur Kuran, <i>The Long Divergence: How Islamic Law Held Back the Middle East</i> , Princeton University Press, Princeton – Oxford 2011, 405. (Борис Беговић) -----	394
Милан Шкулић, <i>Малолетничко кривично право</i> , Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011, 428. (Никола Милошевић) -----	399

Александра Мирковић, <i>Оглед о грађанској непослушности. Редифинисање савременог концепта грађанске непослушности и граница политичке облигације – случај Србије</i> , Службени гласник – Институт за политичке студије, Београд 2011, 190. (Дубравка Стајић) -----	403
ПОВОДИ	
Повратак Слободана Јовановића у Србију -----	407
НЕКРОЛОЗИ	
Данило Баста, <i>академик Михајло Ђурић (1925–2011)</i> -----	421
Миленко Крећа, <i>Радослав Стојановић (1931–2011)</i> -----	426
Милена Полојац, <i>Обрад Станојевић (1934–2011)</i> -----	430
БЕЛЕШКЕ	
Олга Цвејић Јанчић, У Паризу основан Европски правни институт -----	434
ФАКУЛТЕТСКА ХРОНИКА -----	437
Упутство за ауторе -----	442

Проф. др Дејан Поповић*

Проф. др Гордана Илић-Попов**

ПРАВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ О ДИРЕКТНИМ ПОРЕЗИМА И ТРЕЋЕ ДРЖАВЕ: ЕКСТЕРНА ДИМЕНЗИЈА СЛОБОДЕ КРЕТАЊА КАПИТАЛА

Само слобода кретања капитала из СФЕУ има и екстерну димензију. Унилатерални карактер мере из чл. 63 СФЕУ објашњава због чега су домети ове екстерне димензије ограничени. Слободи кретања капитала веома блиска слобода пословног настањивања која делује само у оквиру унутрашњег тржишта Уније постала је, кроз приступ „главног аспекта“, који примењује ЕСЈ, вентил којим се умањује притисак који би стварала једнострана, а широка примена слободе кретања капитала у односима између ЕУ и трећих држава. Ово се посебно примењује на терену директних инвестиција. Аутори подвргавају анализи и индиректне утицаје основних слобода у односима с трећим државама, и то у контекстима: (1) слободе пружања услуга, која дотиче не само пружаоце, него и кориснике услуга, који нису ограничени на држављане државе чланице ЕУ; (2) дилеме да ли држава чланица ЕУ сме да закључи споразум с трећом државом, којим држављанима те државе чланице даје одређена права која нису пружена држављанима других држава чланица; (3) заштите прихода чији је извор у трећој држави; и (4) ускраћивања третмана најповлашћеније нације држављанину, односно резиденту треће државе, који би се позвао на забрану дискриминације из уговора о избегавању двоструког опорезивања између две државе чланице ЕУ.

Кључне речи: *Слобода кретања капитала. Приступ главног аспекта. Слобода пословног настањивања. Директне инвестиције. Недискриминација.*

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, dejan.popovic@serbianembassy.org.uk

** Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, gordana@ius.bg.ac.rs

1. НЕПОСРЕДНИ УТИЦАЈ ЧЛ. 63 СПОРАЗУМА О ФУНКЦИОНИСАЊУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ НА ОДНОСЕ СА ТРЕЋИМ ДРЖАВАМА

Споразумом о Европској унији (у даљем тексту: *СЕУ*) и Споразумом о функционисању Европске уније (у даљем тексту: *СФЕУ*), писаним и, коначно, усвојеним од стране представника држава чланица Европске уније (у даљем тексту: *ЕУ*), прокламује се да су циљеви Уније усмерени ка добробити њених грађана¹ и установљава се и обезбеђује функционисање јединственог (унутрашњег) тржишта, као простора без интерних граница, базираног на слободном кретању добара, лица, услуга и капитала.² Готово би се с извесношћу могло очекивати да се у таквим споразумима конститутивног карактера³ не могу наћи одредбе којима се уводе одређена права за држављане и правна лица трећих држава. Ипак, овакво очекивање није тачно у погледу чл. 63 СФЕУ, који уређује слободу кретања капитала и плаћања.⁴ Ова норма, за разлику од осталих из СФЕУ којима се регулишу слободе кретања добара, лица или услуга, прописује да су

¹ Вид. чл. 3 СЕУ.

² Вид. чл. 26, ст. 2 СФЕУ. Четири основне слободе представљају специфичност опште забране дискриминације по основу држављанства из чл. 18 СФЕУ, чија примена, пак, не би захтевала било какав посебан економски капацитет (да је лице радник, предузетник или сл.). Међутим, општа забрана дискриминације примењује се само где би то било могуће „без утицаја на било коју посебну одредбу“ и „у оквиру поља примене ових споразума“. Управо због оваквих ограничења, чл. 18 СФЕУ се ретко примењује сам по себи: готово редовно постоји „посебна одредба“ која има приоритет такве су, пре свега, одредбе о четири слободе, које покривају готово читаво „поље примене“ конститутивних споразума – тј. готово све интракмунитарне економске активности (радник однос, самостална делатност, пословно настањивање, филијале и огранци, директне и портфолио инвестиције, испоруке и набавке добара и услуга, плаћања итд.). Вид. Ben J. M. Terra, Peter J. Wattel, *European Tax Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2008, 32.

³ На почетку беху два Римска споразума, на снази од 1958. године. Први је носио назив *Споразум о оснивању Европске економске заједнице*, а други *Споразум о оснивању Европске заједнице за атомску енергију*. Још од 1952. године на снази је био *Споразум о Европској заједници за угља и челик* (којем је истекао рок важења 2002. године). После Мастрихтског споразума из 1993. године, којим је основана Европска унија (па је његов званичан назив *Споразум о Европској унији*), с Европском економском заједницом (преименованом у Европску заједницу – у даљем тексту: *ЕЗ*) као једним од три носећа стуба (уз Заједничку спољну и безбедносну политику и Правду и унутрашње послове), Римски споразум је добио назив *Споразум о оснивању ЕЗ* (у даљем тексту: *Споразум о ЕЗ*). После ступања на снагу Лисабонског споразума 2009. године, Споразум о ЕЗ преименован је у *Споразум о функционисању Европске уније*.

⁴ Слободно кретање плаћања не представља посебну слободу – оно је „близица“ слободног кретања капитала, а повреда слободног кретања плаћања има исте правне последице као и повреда слободног кретања капитала. Вид. Mattias Dahlberg, Nina Block, „National Report Sweden“, *The EU and Third Countries: Direct Taxation*

забрањена сва ограничавања у кретањима капитала (ст. 1), односно у плаћањима (ст. 2) између држава чланица и између држава чланица и трећих земаља.⁵

Секундарно право ЕУ (уредбе, директиве и одлуке) ствара се да би се постигли циљеви који се не могу реализовати путем примарног права (тј. конститутивних споразума) и та околност редовно утиче на његово тумачење и примену. Отуда би, са становишта своје екстерне димензије, секундарно право ЕУ захтевало посебну анализу, која је из овог чланка изостављена.

1.1. Еволуција концепта слободе кретања капитала у праву ЕЗ, односно ЕУ

Да би се схватили разлози због којих је чл. 63 СФЕУ овако формулисан, потребно је имати у виду процес током којег се у ЕЗ, односно у ЕУ мењало и развијало разумевање слободе кретања капитала. У оригиналној верзији (из 1958. године), нормом посвећеном овој слободи (чл. 67 Римског споразума) само је постулирана обавеза за државе чланице да „током прелазног периода и у мери која је неопходна да би се обезбедило одговарајуће функционисање заједничког тржишта... прогресивно између себе укидају сва ограничавања кретања капитала који припада лицима која су *резиденти*⁶ држава чланица и сваку дискриминацију засновану на држављанству, на месту резидентства страна или на месту где је тај капитал уложен“. Не само да је, дакле, изостао осврт на кретање капитала ка трећим државама и из њих, него је слобода кретања капитала *en général* имала инфериоран статус у односу на остале три велике слободе (кретање капитала требало је либерализовати само „у мери која је неопходна“ да би се обезбедило одговарајуће функционисање

(eds. Michael Lang, Pasquale Pistone), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2007, 594-595.

⁵ За обухват појма „треће земље“ у овом контексту, упор. Гордана Илић Попов, Дејан Поповић, „Право директних пореза и Споразум о стабилизацији и придруживању Србије Европској унији“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2011, 6-10.

⁶ Појам „резидент“ у контексту конститутивних споразума треба схватити као „лице које борави на територији државе чланице“ а не у порескоправном значењу те речи. У првом значењу, резидент једне државе чланице је држављанин те или друге државе чланице. Истина, резидент државе чланице може бити и држављанин треће државе, у којем случају му, ако се ради о дугорочном резидентству, припадају одређена ограничена права од државе чланице у којој борави. Упор. Damian Chalmers, Gareth Davies, Giorgio Monti, *European Union Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2010, 447-479 и 511-518. За значење појма „резидент“ у порескоправном смислу, упор. Дејан Поповић, Светислав В. Костић, „(Зло)употреба страних правних лица за избегавање пореза у Србији“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2010, 38-39.

заједничког тржишта).⁷ Тек је *Single European Act* из 1987. године дао прави замах успостављању унутрашњег тржишта, акцентујући значај слободног кретања капитала, а Директива 88/361/ЕЕЦ⁸ (која је ступила на снагу 1990. године) наложила је државама чланицама да уклоне ограничавања у кретањима капитала између лица која су њихови резиденти. Штавише, у Анексу ове директиве наведена је листа трансакција које се сматрају „кретањем капитала“,⁹ на коју се у својим одлукама поводом слободе кретања капитала позива Суд правде, често називан Европски суд правде (*European Court of Justice* – у даљем тексту: *ECJ*).¹⁰ Коначно, у чл. 73б Мастрихтског споразума из 1993. године унета је формулација која забрањује сва ограничавања у кретању капитала и плаћањима између држава чланица, као и између држава чланица и трећих земаља,¹¹ а која, по ступању на снагу Лисабонског споразума из 2009. године, представља норму чл. 63 СФЕУ. Овакво, ново, постулирање слободе кретања капитала, окренуто и ка трећим земљама, догодило се, дакле, тек у првој половини последње деценије прошлог века, када је започет процес установљавања економске и монетарне уније. Отуда се може аргументовати да се разлози због којих је чл. 63 СФЕУ добио овакву садржину не налазе у беневољентности Европљана, вољних да допусте држављанима и правним лицима трећих држава да се „бесплатно“ користе једном од основних слобода јединственог тржишта ЕУ, него у настојањима

⁷ Чак је Европски суд правде у том периоду сматрао да слобода кретања капитала (у конкретном случају – изношење валуте из једне земље чланице у другу) нема директан ефекат. Вид. *ECJ, Case C 203/80 (Casati)* [1981] *ECR I 2595*, пар. 10 и 11.

⁸ Council Directive 88/361/EEC for the implementation of Article 67 of the Treaty, *OJ L 178*, 8.7.1988.

⁹ Листа није затворена, јер садржи и категорију „остала кретања капитала“, али је, ипак, врло детаљна: (1) директне инвестиције; (2) инвестиције у непокретности [које нису обухваћене под (1)]; (3) пословање хартијама од вредности на тржишту капитала [које није обухваћено под (1), (4) или (5)]; (4) пословање инвестиционим јединицама код заједничких подухвата; (5) пословање хартијама од вредности и другим инструментима на новчаном тржишту; (6) пословање на текућим и депозитним рачунима са финансијским институцијама; (7) кредити повезани са комерцијалним трансакцијама или са пружањем услуга, у којима учествује резидент; (8) финансијски зајмови и кредити [који нису обухваћени под (1), (7) или (11)]; (9) јемства, друге гаранције и заложна права; (10) трансфери код извршења уговора о осигурању; (11) кретања личног капитала (нпр. наследства и поклони); (12) физички увоз и извоз финансијских средстава; (13) остала кретања капитала.

¹⁰ Вид. нпр. *ECJ, Case C 222/97 (Trummer and Mayer)* [1999] *ECR I 1661*, пар. 21 и 22; *ECJ, Case C 452/04 (Fidium Finanz)* [2006] *ECR I 9521*, пар. 41 и др. И по престанку важења Директиве 88/361/ЕЕЦ, листа трансакција из њеног Анекса служи као важан оријентир у релевантној пракси *ECJ*.

¹¹ У прецишћеном тексту Споразума о ЕЗ, који је, после усвајања Амстердамског споразума 1997. године, био на снази до ступања на снагу СФЕУ, то је, у истој формулацији, био чл. 56.

да се на тај начин консолидују поузданост како инвестиција у Европи, тако и настајуће заједничке валуте (евра) и гарантују њена будућа међународна флексибилност и употреба.¹² Скрећемо пажњу да, за разлику од првобитног чл. 67 Римског споразума, одредба чл. 63 СФЕУ (као и идентично формулисана ранија норма чл. 73б Мастрихтског споразума, односно чл. 56 пречишћеног текста Споразума о ЕЗ) право на коришћење слободе кретања капитала пружа држављанима и правним лицима како ЕУ, тако и трећих држава, а не само резидентима држава чланица.

1.2. Да ли се екстерна димензија чл. 63 СФЕУ тумачи исто као и интерна?

Већина аутора сматра да одредба чл. 63 СФЕУ делује *erga omnes*, додајући недвосмисленом језичком тумачењу и аргументе да је настала јер се њоме у глобалним размерама жели подстаћи најефикаснија алокација капитала и послати порука страним инвеститорима да им је загарантована и улазна и излазна слобода кретања капитала, што ће ојачати сâмо европско тржиште капитала.¹³ Међутим, у литератури се среће и мишљење које полази од тога да земље изван ЕУ немају обавезу на реципрочно понашање, те да отуда циљ и сврха чл. 63 СФЕУ не могу бити исти у ситуацијама унутар ЕУ и у ситуацијама када су у питању односи између државе чланице и треће земље.¹⁴ Овакво резонување се, по нашем мишљењу, не може прихватити, јер превиђа да СФЕУ није обичан међународни уговор (који би подразумевао узајамност права и обавеза уговорних страна), него уговор који је „створио свој властити правни систем“, при чему су „државе чланице, створивши Заједницу неограниченог трајања, која има своје институције, свој властити субјективитет, своју властиту правну способност и способност представљања на међународном плану, ... ограничиле своја суверена права, иако у ограниченим доменима, и тако створиле корпус права који обавезује и њихове држављане и њих сâме“.¹⁵ Када би се инсистирало на логици да одсуство ре-

¹² Вид. Marco Gregg, „European Taxation of Dividends, Interests and Royalties: The Impact on Third Countries Investors“, *Current Issues of Business and Law* 3/2009, 124.

¹³ Вид. Luís Eduardo Schoueri, „National Report Brazil“, *The EU and Third Countries: Direct Taxation*, 646. У том смислу, упор. и Marco Gregg, 124; Pasquale Pistone, „General Report“, *The EU and Third Countries: Direct Taxation*, 21; Edoardo Traversa, „National Report Belgium“, *The EU and Third Countries: Direct Taxation*, 153.

¹⁴ Вид. M. Dahlberg, N. Block, 595.

¹⁵ ECJ, Case C 6/64 (*Costa v. ENEL*) [1964] ECR 585, пар. 3.

ципроцитета оправдава дискриминацију у ситуацијама када су инволвиране треће државе, то би могло водити закључку да су, барем код једног дела оних који су учествовали у конципирању Маастрихтског споразума, постојале унутрашње резерве према либералистичком приступу глобалној економији, те да је прокламовање слободног кретања капитала и између држава чланица ЕУ и трећих земаља за њих имало више „пропагандни“ карактер. Насупрот, обухватајући 450 милиона људи, ЕУ представља највеће заједничко тржиште на свету и заинтересована је (неке државе чланице више, неке мање) за либерализацију која води ка оптималној алокацији ресурса.¹⁶

Изгледа да ни *ECJ* у начелу не подржава различити приступ у односима између држава чланица и трећих земаља: у том контексту парадигматична је одлука у случају *Sanz de Lera*¹⁷ (који не представља пореско питање), наслоненом на случај *Bordessa*.¹⁸ *ECJ* је имао да одлучи да ли ће свој став из овог другог случаја, који се није односио на треће земље, проширити на њих кроз одлуку у случају *Sanz de Lera*. У *Bordessi* је Суд стао на становиште да правила, којима се извоз металног и папирног новца и чекова на доносиоца условљава добијањем административног одобрења, под претњом кривичних санкција, спадају у домен слободе кретања капитала и плаћања, а како се *Sanz de Lera* тиче истог питања, с тим што се односи на треће земље, од значаја за тему о којој расправљамо била је чињеница да је *ECJ* управо проширио свој став из *Bordesse* на случај *Sanz de Lera* без даљих квалификација. У прилог оваквом гледању иде и формулација чл. 64, ст. 1 СФЕУ,¹⁹ који, у тзв. „затеченим“ ситуацијама, допушта изузетак од принципа да су забрањена сва ограничавања у кретањима капитала и плаћањима између држава чланица и трећих земаља: „Одредбе чл. 63 немају утицаја на примену на треће земље свих ограничавања која су на дан 31. децембра 1993. године постојала у националном праву²⁰ или праву Уније,

¹⁶ Упор. Guilherme Luís Rodrigues Nunes, „The Concept of Discrimination of Art. 63 TFEU with Respect to Third country Relationships“, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters* (eds. Sabine Heidenbauer, Birgit Stürzlinger), Linde Verlag, Vienna 2010, 140-143.

¹⁷ ECJ, joined cases C 163/94, C 165/94 and C 250/94 (*Sanz de Lera and Others*) [1995] ECR I 4821, пар. 10.

¹⁸ ECJ, joined cases C 358/93 and C 416/93 (*Bordessa*) [1995] ECR I 00361, пар. 15.

¹⁹ Ова формулација уведена је путем чл. 73ц Маастрихтског споразума.

²⁰ Када су у питању Шведска, Аустрија и Финска, које су постале чланице ЕУ 1. јануара 1995. године, Кипар, Малта, Пољска, Чешка, Словачка, Летонија, Литванија и Словенија, које су постале чланице ЕУ 1. маја 2004. године, као и Румунија, која је постала чланица ЕУ 1. јануара 2007. године, *ECJ* је у случају *Skatteverket v. A* заузео став да 31. децембар 1993. године представља датум према којем се и за те државе одређује „затечено стање“ у смислу чл. 64, ст. 1 СФЕУ, без

усвојених у односу на кретање капитала (али не и у односу на плаћања – *Д.П. и Г.И.-П.*) у треће земље или из њих, које обухвата директне инвестиције, укључујући улагања у непокретности, пословне јединице, пружање финансијских услуга или пуштање хартија од вредности на тржишта капитала.“²¹ Овакав, широк, обухват допуштених *затечених* рестрикција за слободно кретање капитала између држава чланица и трећих земаља потврђује, по нашем мишљењу, да је норма чл. 63 СФЕУ – у свим осталим ситуацијама – постављена веома широко: да су писци СФЕУ желели да буду „рестриктивни“ *vis-à-vis* трећих држава, нпр. у погледу директних инвестиција, не би имали потребе да их уопште помињу у чл. 64 СФЕУ.

С обзиром на то да се од основних слобода једино слобода кретања капитала из чл. 63 СФЕУ гарантује и држављанима, односно правним лицима трећих држава, отвара се питање односа између ове и осталих слобода – посебно слободе пословног настањивања из чл. 49 СФЕУ, која представља један од аспеката слободе кретања лица.²² Чини се да *ЕСЈ* повлачи линију разграничења између поме-

обзира на то што су касније приступиле Унији. Вид. *ЕСЈ*, Case C 101/05 (A) [2007] ECR I 11531, пар. 52. Изричитом одредбом чл. 64, ст. 1 *in fine* СФЕУ прописано је да је релевантан датум у националном праву Бугарске, Естоније и Мађарске 31. децембар 1999. године.

²¹ Чл. 64, ст. 2 СФЕУ прописује да ће, „док настоје да остваре циљ слободног кретања капитала између држава чланица и трећих држава у највећој могућој мери и без утицаја на остала поглавља Споразума, Европски парламент и Савет, поступајући у складу с обичним законодавним поступком, усвојити мере о кретању капитала у треће државе или из њих, које обухвата директне инвестиције, укључујући улагања у непокретности, пословне јединице, пружање финансијских услуга или пуштање хартија од вредности на тржишта капитала.“ У чл. 64, ст. 3 СФЕУ се прецизира да „упркос ставу 2, само Савет, поступајући у складу са посебним законодавним поступком, може једногласно, претходно консултујући Европски парламент, усвојити мере које представљају корак уназад у праву Уније у погледу либерализације кретања капитала у треће државе или из њих.“ (У одсуству таквих мера, чл. 65, ст. 4 СФЕУ предвиђа да Комисија или Савет могу донети одлуку која констатује да ће се рестриктивне пореске мере усвојене од стране државе чланице, које се тичу једне треће државе или већег броја њих, сматрати компатибилним са конститутивним споразумима у мери у којој се могу оправдати неким од циљева Уније и у којој су у складу с одговарајућим функционисањем унутрашњег тржишта). Комисија је, са погледом на чл. 64 СФЕУ, покренула поступак против Финске пред *ЕСЈ* због пропуста те државе да у свој уговор о избегавању двоструког опорезивања унесе клаузулу која би допуштала у будућности увођење одређених ограничења у складу с одлукама Савета и Европског парламента. Комисија је сматрала, а Суд потврдио, да чл. 351, ст. 2 СФЕУ обавезује државу чланицу да елиминира неусклађености са правом ЕУ затечене у уговорима које је закључила пре 1. јануара 1958. године, односно пре него што је приступила Унији. Вид. *ЕСЈ*, Case C 118/07 (*Commission v. Finland*) [2009] ECR I 10889, пар. 22. О ефектима чл. 351. СФЕУ (ранијег чл. 307. Споразума о ЕЗ), Упор. P. Pistone, „The Impact of European Law on the Relations with Third Countries in the Field of Direct Taxation“, *Intertax* 5/2006, 234-235.

²² Слобода пословног настањивања (енг. *right of establishment*) обухвата право да се покрену и обављају самосталне делатности, као и право

нута две слободе – прецизније, опредељује се да ли ће национално право у ситуацијама с елементом треће земље оцењивати кроз призму слободе кретања капитала или кроз призму слободе пословног настањивања – на основу сврхе оспорене норме.²³

Претходно је потребно подсетити се значаја јуриспруденције *ECJ* у области непосредних пореза, који је прегнантно, по први пут, исказан у одлуци поводом случаја *Wielockx*: „мада директно опорезивање спада у њихову надлежност, државе чланице свеједно морају вршити ту надлежност у складу са правом ЕУ“.²⁴ Суд је у случају *Baars*²⁵ стао на становиште да оне одредбе закона државе чланице које се односе на учешће у капиталу које имаоцу даје ефективну контролу над компанијом, омогућујући му утицај над њеним одлукама (тзв. директне инвестиције), спадају под слободу пословног настањивања; *a contrario*, одредбе које се односе на портфолио инвестиције спадале би под слободу кретања капитала.²⁶ Међутим, иако директне инвестиције подразумевају вршење права

да се оснивају предузећа и управља њима – посебно компанијама или фирмама.

²³ ECJ, Case C 492/04 (*Lasertec*) [2007] ECR I 3775, пар. 19. Детаљније о пракси ECJ, која код разграничавања између појединих основних слобода у спорним ситуацијама није увек конзистентна, упор. Mario Perl, „The Effects of the ECJ’s „Principal Aspect“ Jurisprudence“ for the Application of the Free Movement of Capital in Third country Relationships“, *The EU’s External Dimension in Direct Tax Matters*, 95-120.

²⁴ ECJ, Case C 80/94 (*Wielockx*) [1995] ECR I 2493, пар. 16.

²⁵ ECJ, Case C 251/98 (*Baars*) [2000] ECR I 2787, пар. 22.

²⁶ Директне инвестиције су улагања извршена да би се остварило трајно учешће у предузећу, при чему је инвеститоров циљ да има ефективан (не само већински) глас у управљању предузећем. Портфолио инвестиције су пасивна улагања, чији је једини циљ да инвеститор оствари доходак (дивиденду, камату, капитални добитак или сл.). У пракси се узимају различити нивои учешћа у капиталу да би се разграничиле директне од портфолио инвестиција (често 10%, мада су могући и друкчији демаркациони лимити, при чему учешћа изнад лимита представљају директне, а испод лимита портфолио инвестиције). Појашњавајуће белешке уз Директиву 88/361/ЕЕС дефинишу, за потребе те директиве, садржај појма „директне инвестиције“. У питању су улагања свих врста од стране физичких лица или предузећа, која служе да би се установиле или одржавале трајне везе између лица које обезбеђује капитал и предузетника, односно предузећа којем се капитал чини доступним да би се обављала каква економска делатност. Директне инвестиције обухватају: 1) оснивање и проширење огранака или нових предузећа (филијала у потпуном власништву) која припадају искључиво лицу које обезбеђује капитал, као и потпуно куповање постојећих предузећа (огранака или филијала у потпуном власништву); 2) учешће у новим или постојећим предузећима (које омогућује удеоначару да ефективно учествује у управљању предузећем или у контроли над њиме) са циљем установљивања или одржавања трајних економских веза; 3) дугорочне зајмове (партиципативне природе, са трајањем дужим од пет година) са циљем установљивања или одржавања трајних економских веза; 4) реинвестирање добити са циљем установљивања или одржавања трајних економских веза.

на пословно настањивање, не може се порећи да је слобода кретања капитала суштински повезана са сваком инвестицијом,²⁷ па је свака генерализација ове врсте опасна. Ово утолико пре, што чл. 64, ст. 1 СФЕУ наводи, *inter alia*, директне инвестиције као пример код којег су, у „затеченим“ ситуацијама, дозвољене рестрикције слободе кретања капитала.

Пракса *ECJ* показује да се у граничним случајевима, у којима су заступљени и елементи слободе кретања капитала и елементи слободе пословног настањивања, заштита често пружа само по основу чл. 49 СФЕУ, тако да држављанин треће државе тада не може да се позове да му је нарушена слобода пословног настањивања, јер се она на њега не распростире. До оваквог закључка долазимо на основу увида у приступ „главног аспекта“, који *ECJ* у таквим ситуацијама примењује, а који му омогућује да национални пропис размотри само у контексту једне слободе – оне за коју процени да је „главна“, док другу проглашава „секундарном“ и подводи је под прву.²⁸ Овакав приступ (истина, усмерен на разграничење између слободе кретања капитала и слободе пружања услуга) покренут је одлуком у случају *Fidium Finanz*,²⁹ када је *ECJ* поставио правило којим се ефективно искључује примена чл. 63 СФЕУ из разматрања у многим ситуацијама с елементом треће државе: овде се радило о немачком пропису који је налагао пружаоцима финансијских услуга да добију лиценцу од надлежног органа да би могли да немачким резидентима нуде те услуге, уколико нису основани у некој држави чланици ЕУ или Европског економског простора (енг. *European Economic Area*), који, поред ЕУ, обухвата и државе чланице Европског удружења слободне трговине (енг. *European Free Trade Association* – скраћено: *EFTA*), с изузетком Швајцарске – дакле, Норвешку, Исланд и Лихтенштајн.³⁰ Швајцарски резидент *Fidium Finanz AG*, који је нудио краткорочне потрошачке кредите путем интернета резидентима Немачке, оспорио је немачки захтев за лиценцом по основу ограничавања слободног кретања капитала у односима са трећом државом (Швајцарском). *ECJ* је установио да је, иако се ова немачка мера односи и на услуге и на капитал, њен циљ (супстанца) уређивање приступа немачком тржишту финансијских услуга, те да је препрека кретању капитала (тј. давању кредита) само неизбежна и посредна последица уређивања финансијских услуга; отуда „није

²⁷ Вид. P. Pistone (2007a), 20.

²⁸ Вид. B. J. M. Terra, P. J. Wattel, 59-60.

²⁹ ECJ, Case C 452/04 (*Fidium Finanz*) [2006] ECR I 9521, пар. 49.

³⁰ Споразум о Европском економском простору закључен је 1992, а ступио је на снагу 1994. године. Њиме је омогућено проширење јединственог тржишта (али не и других компоненти које чине ЕУ) на државе чланице ЕФТА, с изузетком Швајцарске, чији су грађани на референдуму одбацили овај споразум.

неопходно“ да се разматра усклађеност немачког закона са чл. 63, ст. 1 СФЕУ.

У даљем развоју јуриспруденције *ECJ*, типичан пример резоновања по којем се за „главну“ узима слобода пословног настањивања, при чему слобода кретања капитала испада „пратећом“, садржан је у одлуци у случају *Thin Cap*, који се тиче ускраћивања права на одбитак плаћених камата повериоцима у трећим земљама по основу правила о утањеној капитализацији у држави чланици (Великој Британији). Суд је испитивао ову меру искључиво с аспекта слободе пословног настањивања (и на тај начин ускратио заштиту пореском обвезнику), јер се национални пропис примењивао само на групу компанија, тј. на односе који се тичу ефективне контроле. Могући рестриктивни учинак на слободно кретање капитала мора се, по схватању *ECJ*, посматрати као „неизбежна последица ограничавања слободе пословног настањивања“.³¹ Другим речима, слобода кретања капитала овде је потпуно подређена слободи пословног настањивања, као „главној“. Тако је поступљено и у случају *Skatteverket v. A and B*,³² где је Суд прогласио да шведске рестриктивне мере у опорезивању акционара у односу на компанију која има огранке у Русији представљају повреду слободе пословног настањивања и занемарио, као споредан, аспект повреде слободе кретања капитала.

Имајући у виду овакву праксу *ECJ*, приступ „главног аспекта“, по нашем мишљењу, нема за последицу став да директне инвестиције не потпадају под слободу кретања капитала. Применом тога приступа – и искључиво у случајевима у којима он даје предност некој другој основној слободи (као код директних инвестиција) – Суд се само зауставља на корак испред извлачења закључака о ефектима (врло могућег) ограничавања те слободе, јер је оно „неизбежна последица“ ограничавања слободе пословног настањивања или, ређе, слободе пружања услуга. У интракومنитарним ситуацијама овакво заустављање је без практичних дејстава, јер је ограничавање било које основне слободе довољно да се одређена пореска мера државе чланице ЕУ прогласи да није у складу са правом ЕУ. У ситуацији с елементом треће државе, међутим, оваква примена приступа „главног аспекта“ ефективно, у случају директних инвестиција, ускраћује заштиту за случај нарушавања (и) слободе кретања капитала – слободе која је ту једина релевантна, пошто остале слободе делују искључиво у односима између држава чланица ЕУ.

³¹ *ECJ*, Case C 524/04 (*Test Claimants in the the Thin Cap Group Litigation*) [2007] ECR I 2107, пар. 101.

³² *ECJ*, Case C 102/05 (*Skatteverket v. A and B*) [2007] ECR I 3871, пар. 27 и 28.

Уколико се, ипак, догоди да у неком случају не преовлађују ни елементи ефективне контроле, ни портфолио инвестиција, *ECJ* може оцењивати националну меру било кроз призму слободе пословног настањивања, било кроз призму слободе кретања капитала. Такав је, до сада се показујући као изузетак, био случај *Holböck*,³³ који се односи на околност да се аустријска нижа стопа пореза на доходак за дивиденде (без обзира на то да ли потичу од директних или портфолио инвестиција) не примењује на дивиденде чији је извор³⁴ у трећој држави (Швајцарској). Овде је Суд аустријску меру оцењивао са становишта слободе кретања капитала (а није и са становишта слободе пословног настањивања, која се не примењује на ситуације са трећом државом), независно од околности што је у конкретном случају *Holböck* поседовао, чак, две трећине акција у швајцарској компанији – исплатиоцу дивиденди, пошто се, понови-мо, мера састоји у ускраћивању ниже стопе дивидендама чији је извор у трећој држави *независно* од тога да ли потичу од директних или портфолио инвестиција.³⁵

Анализа праксе *ECJ* сведочи, дакле, да на терену улазних инвестиција постоји шира заштита портфолио инвеститора од инвеститора са значајнијим учешћем у капиталу: првима се редовно пружа заштита посредством чл. 63 СФЕУ,³⁶ а другима често посредством чл. 49 СФЕУ (осим уколико приступ „главног аспекта“ не да друкчији исход). Поједини аутори сматрају да је овакав исход праксе *ECJ*, настале на фону случаја *Baars*, неприхватљив, јер не само да фаворизује портфолио инвеститоре из трећих држава на рачун директних инвеститора, чиме Европа на „чудан“ начин доприноси глобалној либерализацији тржишта капитала и суштински обесхрабрује озбиљније улагаче изван ЕУ, него отвара простор за раз-

³³ *ECJ*, Case C 157/05 (*Winfred Holböck v. Finanzamt Salzburg Land*) [2007] ECR I 4051, пар. 30.

³⁴ Упор. Дејан Поповић, Гордана Илић Попов, „Утврђивање извора у пореском праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008, 114-116.

³⁵ Иако нарушава слободу кретања капитала између државе чланице и трећих земаља, ова аустријска мера је опстала по основу чл. 57, ст. 1 тада важећег Споразума о ЕЗ (који одговара чл. 64, ст. 1 СФЕУ), јер је била на снази на дан 31. децембра 1993. године.

³⁶ *ECJ* признаје да кретање капитала између државе чланице и треће земље не мора увек да буде упоредиво са кретањем капитала између држава чланица, по себно у светлу чињенице да постоји Директива о међусобној испомоћи надлежних органа држава чланица у области директних пореза (77/799/ЕЕС), чији се ефекти не могу очекивати код опорезивања економских активности између држава чланица и трећих земаља. Штавише, могуће је да ће држава чланица бити у стању да покаже да је ограничење кретања капитала у треће земље или из њих оправдано из посебног разлога, у околностима где тај разлог не би представљао ваљано оправдање за ограничавање кретања капитала између држава чланица. Вид. *ECJ*, Case C 446/04 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*) [2006] ECR I 11753, пар. 170 и 171.

личите облике пореског планирања (нпр. да се неколико компанија из трећих држава удружи у циљу да своје појединачне уделе задрже испод прага ефективне контроле из случаја *Baars*, што би им омогућило да уживају заштиту по основу чл. 63 СФЕУ и избегну, рецимо, немачке ограничавајуће одредбе о утањеној капитализацији, од којих се поверилац у *Thin Cap* случају није могао „спасти“, јер је његово учешће у групи компанија са дужником упућивало на слободу пословног настањивања, на коју се, будући да је из треће државе, није могао да позове).³⁷

Прекограничне исплате и примања дивиденди, међутим, свакако представљају кретања капитала, иако нису изричито поменути у Анексу Директиве 88/361/ЕЕС. О томе сведочи и став *ЕСЈ* из случаја *Verkooijen* да су дивиденде „неодвојиве од кретања капитала“.³⁸

Анализа судске праксе такође показује да *ЕСЈ*, по правилу, не прихвата позивање на чл. 63 СФЕУ у свим случајевима када се ограничавајућа национална пореска мера односи на компаније у трећој држави које су чланице групе компанија. Таква мера се сматра усмереном на ефективну контролу и оцењује искључиво кроз слободу пословног настањивања, која, поновимо, не дотиче ситуације с елементом треће земље.³⁹ Ово, практично, значи да *ЕСЈ* неће оспоравати националне рестриктивне мере, чији је циљ очување националне пореске основе, а код којих постоји елемент треће државе. То су: захтеви у погледу документовања и доказивања трансферних цена, правила о утањеној капитализацији, правила о пореском консолидовању (тј. о пребијању губитака једног члана групе са добицима других чланова) и *CFC* законодавство.⁴⁰

Остаје да се у будућности покаже на који ће начин *ЕСЈ* даље развијати примену теста „главног аспекта“ у пореским случајевима који дотичу више основних слобода. „На једном крају спектра могућности, Суд би могао да широко примењује приступ из случајева *Fidium Finanz* и *Thin Cap* и тако искључи примену чл. 63, ст. 1 СФЕУ

³⁷ Вид. P. Pistone, „European Direct Tax Law: Quo Vadis?“, *Accounting and Taxation & Assessment of ECJ Case Law* (eds. Michael Lang, Frans Vanistendael), EATLP Congress, Helsinki 2007, 110-111.

³⁸ ECJ, Case C 35/98 (*Verkooijen*) [2000] ECR I 4071, пар. 29.

³⁹ Вид. нпр. ECJ, Case C 524/04 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*) [2007] ECR I 2107, пар. 33.

⁴⁰ Када је ова последња мера у питању, не треба изгубити из вида да нека национална законодавства земаља чланица ЕУ, попут италијанског, предвиђају да се *CFC* законодавство односи и на портфолио инвестиције, а да се, и иначе, оно примењује на мањинске акционаре као последица карактеризовања компаније као „контролисане“ од стране других акционара: у таквим случајевима се не може избећи примена чл. 63 СФЕУ како унутар јединственог тржишта Уније, тако и у односима са трећим земљама.

(у оригиналу: чл. 56, ст. 1 Споразума о ЕЗ – *Д.П. и Г.И.-П.*) кадгод оспорене пореске мере утичу на доходак или на одбитке који су изведени у вези са трансакцијама које обухватају и финансијске услуге или пословно настањивање, или су у вези са вршењем права на слободу кретања од стране радника или држављана ЕУ. Или би, што изгледа мање вероватно, могао да да предност анализи из случаја *Holböck*, третирајући општа пореска правила као да првенствено не дотичу неку појединачну слободу, што не би аутоматски искључило позивање на чл. 63, ст. 1 СФЕУ (у оригиналу: чл. 56, ст. 1 Споразума о ЕЗ – *Д.П. и Г.И.-П.*) у околностима када би нека друга слобода такође била релевантна да је кретање капитала било између држава чланица ЕУ⁴¹

1.3. Изузеци од начела слободног кретања капитала у праву ЕУ

Чл. 65 СФЕУ садржи изузетке од начела слободног кретања капитала, јер оставља државама чланицама слободу да: (1) примењују релевантне одредбе свог пореског права које разликују пореске обвезнике који нису у истој ситуацији у погледу њиховог места резидентства или у погледу места где је њихов капитал инвестиран; (2) предузимају потребне мере како би се спречиле повреде националног закона и уредаба, посебно у области опорезивања и опрезног надзора финансијских институција, или да установљавају процедуре за пријављивање кретања капитала за сврхе административних или статистичких информација, или да предузимају мере које су оправдане на терену јавне политике или јавне безбедности. Ове мере и поступци не смеју представљати средство арбитрарне дискриминације или маскираног ограничавања слободе кретања капитала и плаћања, како је дефинисана у чл. 63 СФЕУ, јер се чл. 65 СФЕУ, као изузетак од правила о слободи кретања капитала, мора уско тумачити. У литератури се указује да су се кроз праксу *ECJ*, у складу са *rule of reason* стандардом, развила још нека, недискриминаторска, оправдања за ограничавање *erga omnes* дејства чл. 63 СФЕУ.⁴² Коначно, чл. 66 СФЕУ предвиђа да „када, у изузетним околностима, кретања капитала (али не и плаћања – *Д.П. и Г.И.-П.*) у треће државе или из њих

⁴¹ Martha O'Brien, „Taxation and the Third Country Dimension of Free Movement of Capital in EU Law: the ECJ's Rulings and Unresolved Issues“, *British Tax Review* 6/2008, 666.

⁴² Упор. Alberto Traballi, „Justifying Restrictions on the Free Movement of Capital under the Rule of Reason in Third country Relationships: Territoriality, Fiscal Coherence, Safeguarding a Balanced Allocation of Taxation Powers“, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters*, 165 183; Veronika Daurer, Karin Simader, „Justifying Restrictions on the Free Movement of Capital under the Rule of Reason in Third country Relationships: Anti abuse, Harmful Tax Competition, Effectiveness of Fiscal Supervision and Tax Collection“, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters*, 185 208.

изазову, или запрете да изазову озбиљне тешкоће у функционисању економске и монетарне уније, Савет може, на предлог Комисије и пошто консултује Европску централну банку, предузети заштитне (енг. *safeguard*) мере према трећим државама за период који није дужи од шест месеци, уколико су такве мере стриктно неопходне“.

2. ИНДИРЕКТНИ УТИЦАЈ ОСНОВНИХ СЛОБОДА У ОДНОСИМА СА ТРЕЋИМ ДРЖАВАМА

Правни оквир основних слобода у овом одељку ће бити анализиран у односу на последице које би се могле индиректно појавити због примене тих слобода у специфичним ситуацијама: (1) пасивне стране основних слобода и заштите држављана, односно резидената треће државе; (2) права трећих држава да дискриминишу држављане, односно резиденте ЕУ; (3) заштите прихода чији је извор у трећим државама; и (4) евентуалног пружања третмана најповлашћеније нације држављанину, односно резиденту треће државе у контексту билатералног уговора о избегавању двоструког опорезивања између две државе чланице ЕУ.⁴³

2.1. Пасивна страна основних слобода

За разлику од слобода кретања капитала, која штити токове капитала као такве, независно од угла из којег се посматрају, слобода пружања услуга из чл. 56 СФЕУ дотиче не само пружаоце, него и кориснике услуга. У ст. 1 тога члана прописано је да су „ограничавања слобода пружања услуга унутар Уније забрањена у погледу држављана држава чланица који су настањени у држави чланица која је различита од оне чије је лице коме су услуге намењене“.

ECJ је у случају *Bent Vestergaard* изрекао неколико оцена које се односе и на кориснике услуга, на првом месту констатујући да се слобода пружања услуга „примењује не само када су пружалац и корисник услуге настањени у различитим државама чланицама, него и када пружалац услуга нуди те услуге у држави чланица која није држава чланица у којој је настањен ..., било где да су корисници тих услуга настањени“.⁴⁴ Поред тога, Суд је истакао да је, „да би услуге потпадале под опсег чл. 56 СФЕУ, довољно да: (а) буду пружене држављанима државе чланице на територији друге државе чланице, независно од тога где је настањен пружалац или корисник услуге“; (б) корисници услуга (овога пута, без ограничавања на „држављане

⁴³ Вид. P. Pistone (2007a), 34.

⁴⁴ ECJ, Case C 55/98 (*Bent Vestergaard*) [1999] ECR I 7641, пар. 19.

државе чланице“ – Д.П. и Г.И.-П.) оду у другу државу чланицу да би у њој примили услугу.⁴⁵

Да бисмо извели закључак о реперкусијама одлуке *Bent Vestergaard* на *пружаоце* услуга, поћи ћемо од непосредног ефекта по корисника: у конкретном случају то би значило да дански држављанин и резидент *Vestergaard*, коме је компанија чији је једини власник и у којој је запослен платила трошкове професионалне обуке на курсу који је одржан на Криту (у Грчкој), има право да покриће ових трошкова не буде сматрано као његова зарада, него да се могу одбити као трошак компаније, пошто би му, по данском домаћем законодавству, то право припадало да је курс држан у Данској. Дански порески прописи, наиме, не признају одбитак трошкова учешћа на стручним курсевима ако се одржавају у иностраним туристичким локацијама, полазећи од презумпције да тада постоји тако значајан елеменат туризма да се трошкови курса не могу сматрати трошковима пословања. Поред неспорног закључка да корисник услуге – држављанин Данске не сме бити спутаван да услугу прими у другој држави чланици (Грчкој), из ове одлуке *ECJ* би се могло дедуковати да би Данска морала допустити одбитак трошкова професионалне обуке на курсу одржаном у Грчкој чак и да је услугу пружао држављанин треће државе, под условом да је настањен у ЕУ. Међутим, у каснијем случају *Scorpio* Суд је изменио овај став, тако што је прво констатовао да чл. 56, ст. 2 СФЕУ предвиђа да „Европски парламент и Савет... могу да прошире одредбе овог одељка на држављане треће државе који пружају услуге и који су настањени унутар Уније“, а затим подсетио да оваква могућност није искоришћена од стране надлежних органа. То, даље, значи да се одредбе о слободи пружања услуга примењују само ако су кумулативно испуњена два услова: (а) да је услуга пружена унутар Уније; и (б) да је пружалац услуге држављанин државе чланице и настањен у држави чланици. *ECJ* је закључио да Споразум не проширује користи од чл. 56 на пружаоце услуга који су држављани трећих држава, чак и уколико се настањени унутар Уније, а ради се о интра-комунитарном пружању услуга.⁴⁶

Што се, пак, тиче *корисника* услуге, за њега је битно да је, ако је држављанин државе чланице ЕУ, настањен у другој држави чланици од оне у којој је настањен пружалац, или да му је услуга пружена на територији друге државе чланице (независно од тога где је настањен). Одлука *ECJ* у случају *Vestergaard* прецизира, понови-мо, да слобода пружања услуга укључује слободу корисника услуга (без ограничења на „држављанина државе чланице“) да без икак-

⁴⁵ *ECJ*, Case C 55/98 (*Bent Vestergaard*) [1999] ECR I 7641, пар. 18 и 20.

⁴⁶ *ECJ*, Case C 290/04 (*Scorpio*) [2006] ECR I 9461, пар. 67 и 68.

вих рестрикција оду у другу државу чланицу да би у њој примили услугу.⁴⁷

2.2. Недопуштеност дискриминације држављана једне државе чланице ЕУ по основу споразума који друга држава чланица ЕУ закључи са трећом државом

Друга ситуација везана је за питање да ли држава чланица ЕУ сме да закључи уговор са трећом државом, који држављанима те државе чланице даје одређена права која, пак, нису пружена држављанима других држава чланица ЕУ. У том контексту парадигматични су случајеви *Open Skies*, које је Комисија водила против осам држава чланица, које су закључиле билатералне уговоре са САД на тему „отвореног неба“ (слободног пружања авио-превозничких услуга). У уговорима се налази клаузула по којој државе уговорнице могу онемогућити одређеним авио-компанијама да користе погодности које уговор пружа, уколико су у власништву или под контролом држављана друге земље. *ЕСЈ* је закључио да „принцип националног третмана захтева од државе чланице која има закључен билатерални уговор о избегавању двоструког опорезивања са државом не-чланицом да пружи сталним пословним јединицама компанија које су резиденти друге државе чланице предности које тај уговор обезбеђује под истим условима као што су они које примењује на компаније које су резиденти у држави чланица која је страна у таквом уговору“.⁴⁸ У конкретном случају, Суд је констатовао да авио-компаније Заједнице трпе дискриминацију, која им онемогућује да уживају користи од третмана који земља чланица – домаћин (тј. Аустрија) пружа својим држављанима. Са пореског аспекта посматрано, *Open Skies* случајеви отварају питање да ли и клаузула о ограничавању погодности (енг. *limitation of benefits* – скраћено: *LoB*), која се среће у већини уговора о избегавању двоструког опорезивања у којима се као једна страна појављују САД, повређује право ЕУ. Циљ *LoB* клаузуле је да погодности које пружа уговор о избегавању двоструког опорезивања ограничи искључиво на резиденте држава уговорница и тако спречи злоупотребу оваквог пореског уговора (енг. *treaty shopping*). Међу бројним тестовима чију примену налаже *LoB* клаузула, налази се и тест резидентног акционара, који захтева постојање одређеног учешћа у капиталу компаније од стране резидената државе уговорнице (више од 50%, при чему највише 50% бруто дохотка резидентне компаније сме да буде коришћено за плаћање обавеза, укључујући камате и ауторске накнаде, лицима која не уживају погодности

⁴⁷ Вид. Lars Pappers, „National Report Netherlands“, *The EU and Third Countries: Direct Taxation*, 429.

⁴⁸ ECJ, Case C 475/98 (*Commission v. Austria /Open Skies/*) [2002] ECR I 9797, пар. 137.

из пореског уговора) да би та компанија у тој држави могла да се квалификује за погодности које пружа порески уговор. Прихватајући *LoB* клаузулу, изгледа да су неке државе чланице уговориле погодности за своје држављане, а дискриминисале држављане других држава чланица који послују на њиховим одговарајућим територијама, као и компаније које имају на њиховим одговарајућим територијама седиште, али су у власништву или под контролом резидената других држава чланица. *ECJ* је назначио да се слобода пословног настањивања мора примењивати на све компаније основане у држави чланици, без обзира на то да ли оне послују унутар Заједнице или са резидентима треће државе.⁴⁹ У литератури се указује да је нејасно како би државе чланице ЕУ могле да превазиђу дискриминацију изазвану *LoB* клаузулом, јер је то немогуће учинити унилатерално, пошто се ради о одредби обавезујућег уговора међународног јавног права. Чини се да је једини начин да држава чланица ЕУ компензује пореске обвезнике због дискриминације коју примењују, рецимо, САД да им пружи пуни кредит за амерички порез.⁵⁰

Све у свему, овакав исход показује да се не могу спречити sukobi између правила међународног пореског права (по којима се нерезидент увек разликује од резидента⁵¹) и ограничења која право ЕУ поставља и у односима са трећим државама.⁵² Отуда се може појавити

⁴⁹ Вид. L. E. Schoueri, 671-672.

⁵⁰ Вид. Armando Aguirre Luna, „The Relevance of the Open Skies Decisions and Tax Treaty LoB Clauses“, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters*, 227.

⁵¹ Чл. 24, ст. 3 Модел конвенције *OECD* предвиђа да опорезивање сталне пословне јединице коју предузете државе уговорнице има у другој држави уговорници не може бити неповољније у тој другој држави од опорезивања предузета те друге државе које обавља исте делатности. Захтев да опорезивање сталне пословне јединице „не може бити неповољније“ треба разумети на тај начин да не представља дискриминацију ако се нерезидент подвргне различитом опорезивању из практичних разлога (огранак није самостално привредно друштво, него део нерезидентног друштва лоциран у другој држави уговорници), све док те разлике не доведу до већег пореског терета за сталну пословну јединицу нерезидента него за резидентног обвезника. Дакле, важан је само крајњи исход (висина пореског дуга), док порески поступак, односно обавезе из пореског управног односа, не морају бити исти. Вид. *Model Tax Convention on Income and on Capital*, OECD, Paris 2008, 291-292.

⁵² Уговори о избегавању двоструког опорезивања, закључени на основу Модел конвенције *OECD*, забрањују само директну дискриминацију, базирану на држављанству, при чему се за резиденте и нерезиденте сматра да нису у истом положају за сврхе опорезивања. Право ЕУ, међутим, сматра да, у начелу, постоји индиректна дискриминација (која настаје када третман који пружа законодавство државе чланице ЕУ, заснован на критеријуму различитом од држављанства, изазива исти дискриминаторски ефекат) уколико се у једној држави чланици ЕУ нерезидент (који је резидент друге државе чланице ЕУ) третира различито од њеног резидента, јер се, мада ситуације резидента и нерезидента начелно нису упоредиве, практично (што се утврђује од случаја до случаја) ради о ускраћивању националног третмана држављанину те друге државе чланице, пошто су нерезиденти по правилу страни

структурна асиметрија у билатералној ситуацији која обухвата једну државу чланицу ЕУ (која мора поштовати ова ограничења) и једну државу не-чланицу, коју обавезују само правила међународног пореског права.⁵³ Асиметрија ће, дакле, постојати не само у погледу „драстичнијег“ (и још увек не превише распрострањеног) настојања треће државе да кроз *LoB* клаузулу из уговора о избегавању двоструког опорезивања спречи примену уговора на лица која јесу резиденти државе уговорнице – чланице ЕУ, али су контролисана од стране резидената државе која није страна уговорница, него и у случају „простог“ настојања треће државе да на основу општеприхваћених правила међународног пореског права ограничи примену пореског уговора на лица која су резиденти једне или друге државе уговорнице.⁵⁴

2.3. Заштита прихода чији је извор у трећој држави

Трећа ситуација у којој се могу појавити индиректни утицаји основних слобода у односима држава чланица ЕУ са трећим земљама постоји у вези са заштитом прихода остварених у трећој држави.

„Отуда, основни сукоб између (међународног) пореског права и права ЕУ је у томе што међународно пореско право случајеве у којима порески обвезник или његов доходак (извор дохотка) *остају* у оквирима исте пореске јурисдикције посматра као фундаментално различите од случајева у којима порески обвезник или његов доходак (извор дохотка) *напуштају* пореску јурисдикцију, или се распростиру у две пореске јурисдикције, док право ЕУ ове позиције посматра као фундаментално упоредиве. Циљ међународног пореског права је да обезбеди правичну расподелу (или, ако је неопходно, унилатералну примену) субјективног пореског права између две пореске јурисдикције и да заштити национални удео у, на овај начин додељеној, пореској основици једној, односно другој држави. Тиме се, *per definitionem*, врши подела пореске основице и (када је реч о ЕУ *Д.П. и Г.И. П.*) унутрашњег тржишта... Циљ права ЕУ је да се учине сличним прекограничне позиције (између држава чланица ЕУ *Д.П. и Г.И. П.*) и домаће позиције, забрањујући, у начелу, сваки дупли терет настао због преласка границе.“ В. Ј. М. Terra, Р. Ј. Wattel, 718.

⁵³ Вид. Р. Pistone (2007а), 36.

⁵⁴ Уколико стална пословна јединица лоцирана у држави чланици ЕУ остварује пасивни доходак (нпр. дивиденде) из треће државе, та трећа држава није дужна да примени снижену стопу пореза по одбитку из пореског уговора са том државом чланицом (јер стална пословна јединица није резидент те државе). У том случају се примењују одредбе пореског уговора између државе резидентства компаније чија је стална пословна јединица и треће државе (државе извора), али се уколико су у том уговору одредбе мање повољне ипак не ради о „дискриминацији“, јер она не дотиче резидента државе чланице у којој је лоцирана стална пословна јединица, за разлику од ситуације коју покрива серија случајева *Open Skies*: овде не постоји резидент ка којем би „дискриминација“ била усмерена, док је код *Open Skies* то свака резидентна авио компанија која пада на *LoB* тесту (јер је контролишу држављани друге државе чланице ЕУ). Отуда се држава чланица у којој се налази стална пословна јединица не може оптужити да специфично признаје право трећој земљи да примењује више стопе пореза по одбитку, што би био непосредан извор дискриминације. Вид. Sabine Heidenbauer, Vanessa Metzler, „National Report Austria“, *The EU and Third Countries: Direct Taxation*, 113.

ви. Ту је кључна одлука *ECJ* у случају *Saint-Gobain*, који се тиче компаније – резидента Француске, која је имала сталну пословну јединицу у Немачкој, преко које је обављала делатност у Немачкој и држала уделе у иностраним филијалама, укључујући и непосредно учешће у капиталу компаније – резидента САД и посредно (преко немачке филијале) учешће у капиталу компанија – резидената Швајцарске, Аустрије и Италије. Према немачким прописима о групном опорезивању, добит и губици контролисаних компанија могу се, под одређеним условима, консолидовати на нивоу ентитета који остварује контролу. У конкретном случају, групу су чиниле стална пословна јединица и две њене немачке филијале, а опорезива добит групе је отуда укључивала дивиденде расподељене од стране аустријске, италијанске и швајцарске компаније. Пошто је утврђен износ пореза који дугује група, немачке пореске власти су одлучиле да ентитету који остварује контролу (сталној пословној јединици француске компаније *Saint-Gobain*) не признају индиректни кредит за порезе које су платиле иностране чланице групе на добит из које су расподелиле дивиденде. Да је, уместо сталне пословне јединице, консолидацију извршила компанија – резидент Немачке тој компанији би био признат индиректни порески кредит. Поред тога, иако немачко национално право предвиђа порески кредит као методу за избегавање двоструког опорезивања, у пореским уговорима Немачке са САД и Швајцарском договорена је примена методе изузимања, што значи да дивиденде које потичу из те две државе начелно не би биле подвргнуте опорезивању у Немачкој. Међутим, немачки уговори о избегавању двоструког опорезивања са САД и Швајцарском садржали су клаузулу да се изузимање примењује само уколико је прималац дивиденде компанија – резидент Немачке (уз неке додатне услове), а не и стална пословна јединица компаније – резидента треће државе, лоцирана у Немачкој. *ECJ* се, дакле, суочио са правним питањем чија је суштина да је – како по основу домаћег законодавства, тако и по основу билатералних пореских уговора са државама које нису чланице ЕУ – нерезидентној компанији (резиденту друге државе чланице ЕУ), која преко сталне пословне јединице лоциране у Немачкој држи уделе у капиталу одређених филијала и по том основу остварује дивиденде, ускраћена привилегија која припада компанијама – резидентима Немачке. Суд је у *Saint-Gobain* случају констатовао да постоји повреда слободе пословног настањивања, јер је компанија – резидент једне државе чланице, која у другој држави чланици има сталну пословну јединицу, дискриминисана у односу на компанију – резидента те друге државе чланице. Међутим, с аспекта теме о којој се овде расправља, важан је закључак *ECJ*, ослоњен на констатацију о томе каква је садржина чл. 24, ст. 3 Модел-конвенције *OECD*, да „у случају уговора о избегавању двоструког опорезивања између државе чланице и државе која није чланица, принцип нацио-

налног третмана налаже држави чланица која је страна у том уговору да пружи сталним пословним јединицама нерезидентних компанија предности које обезбеђује уговор, под истим условима као што су они који се примењују на резидентне компаније⁵⁵. Потребно је запознати да је Суд наложио да држава чланица (Немачка) мора да прошири погодности из пореског уговора на сталне пословне јединице нерезидентних компанија, при чему се тако нешто (по основу одлуке *ECJ*) не очекује од друге државе уговорнице, која није чланица ЕУ. На фону одлуке у случају *Saint-Gobain*, у државама чланицама ЕУ су предузете законодавне мере да би се обезбедио национални третман и сталним пословним јединицама компанија које су резиденти других држава чланица ЕУ.

2.4. Забрана дискриминације из пореског уговора између две државе чланице ЕУ не омогућује третман најповлашћеније нације држављанину, односно резиденту треће државе

Четврта ситуација заснована је на резонувању *ECJ* у случају *D.*⁵⁶ које значи да није допуштено позивати се на третман најповлашћеније нације у пореском уговорном праву по основу основних слобода (овде – слободе кретања капитала). Немачки резидент *D.* је, наимае, тврдио да има право на олакшицу код пореза на непокретност лоцирану у Холандији, јер би то право имао да јесте њен резидент. Суд није прихватио овај захтев, дозвољавајући да држава чланица може различито третирати резиденте и нерезиденте, пошто нису у сличној ситуацији (*D.* је имао само мањи део свог капитала у Холандији). Но, важније су импликације реаговања *ECJ* на захтев *D.* да му се допусте погодности које је Холандија – држава чланица у којој има инвестицију (непокретност) – пружила, по основу билатералног пореског уговора, резидентима друге државе чланице (Белгије – чији *D.* није резидент). У чл. 25, ст. 3 тог пореског уговора налази се клаузула о забрани дискриминације, у складу са којом би резидент Белгије, који је у ситуацији аналогној ситуацији *D.-а*, могао да захтева пореску олакшицу за своју непокретност у Холандији, коју Холандија пружа својим резидентима. *ECJ* није прихватио захтев да се одредбе пореског уговора између Белгије и Холандије примене на резидента Немачке (јер би то нарушило темељ међународног уговорног пореског права – да се одредбе пореског уговора примењују само на резиденте држава уговорница). Другим речима, Суд је одбио примену третмана најповлашћеније нације у контексту билатералног уговора о избегавању двоструког опорезивања између две државе чланице

⁵⁵ *ECJ*, Case C 307/97 (*Saint Gobain*) [1999] ECR I 6161, пар. 59.

⁵⁶ *ECJ*, Case C 376/03 (*D. v. Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/On dernemingen buitenland te Heerlen*) [2005] ECR I 5852, пар. 61.

ЕУ, што *a fortiori* значи да ни резиденти, односно држављани трећих држава не могу да захтевају такав третман, позивајући се на СФЕУ.

3. ЗАКЉУЧАК

Тумачећи основне слободе из конститутивних споразума, *ЕСЈ* је развио негативну интеграцију директних пореза у оквиру унутрашњег тржишта ЕУ. Тако су државе чланице биле принуђене да из својих националних прописа уклоне норме за које је Суд установио да представљају препреку несметаном кретању добара, лица, услуга и капитала. Само је последњој од ових слобода дата екстерна димензија – највероватније да би се подстакла либерализација кретања капитала у оквиру припрема за увођење евра. Језичка недвосмисленост норме из чл. 63 СФЕУ, с једне стране и, на првом месту, одсуство реципрочних уступака од стране трећих држава, с друге стране, ставили су *ЕСЈ* пред озбиљне изазове приликом усаглашавања интерпретације слободе кретања капитала искључиво на унутрашњем тржишту и у ситуацији када постоји екстерна димензија.

Анализи смо подвргли и индиректне утицаје основних слобода у односима с трећим државама – на пасивној страни слободе пружања услуга, у праву трећих држава да дискримишу држављане, односно резиденте ЕУ (кроз *LoB* клаузулу), у вези са заштитом прихода остварених у трећој држави (држава чланица је дужна да сталној пословној јединици компаније – резидента друге државе чланице пружи исти третман као и резидентним компанијама, а – уколико постоји уговор о избегавању двоструког опорезивања – и сталној пословној јединици компаније – резидента треће државе, с позивом на тај уговор), као и кроз ускраћивање права држављанима трећих држава да захтевају третман најповлашћеније нације с позивом на СФЕУ.

Истражујући из визуре држава чланица ЕУ непосредне и посредне ефекте основних слобода, посебно слободе кретања капитала, у односима с трећим државама у домену директних пореза, установили смо да *ЕСЈ* у начелу упоређује домаће и прекограничне ситуације с истом или сличном чињеничном и правном матрицом када се проблеми појављују у оквиру унутрашњег тржишта и у ситуацијама са трећим државама. Постоје, међутим, околности које не допуштају пуни паралелизам, упућујући на одређену рестриktivност у тумачењу слободе кретања капитала према трећим земљама и из њих. То су, између осталог, економска и монетарна унија из чл. 3, ст. 4 СЕУ, која нуди аргументе за потпуну либерализацију кретања капитала унутар ЕУ, али не и у односима с трећим држа-

вама; одређена хармонизација режима директног опорезивања, до које се дошло кроз преговоре између држава чланица ЕУ, а која се не распростире на треће државе (осим уколико не постоји посебан споразум са неком од њих); циљеви и политике економске, социјалне и територијалне кохезије из чл. 174, ст. 1 СФЕУ, који се искључиво односе на државе чланице ЕУ⁵⁷ и др. Све у свему, *ЕCJ* је до сада поступао опрезно, имајући првенствено у виду унилатерални карактер мере из чл. 63 СФЕУ – тј. одсуство реципрочних потеза од стране трећих држава. То је допринело да су домети ове екстерне димензије прилично ограничени. Слободи кретања капитала веома блиска слобода пословног настањивања – која делује само унутар унутрашњег тржишта Уније – постала је, кроз приступ „главног аспекта“, вентил којим се умањује притисак који би стварала једнострана, а широка примена слободе кретања капитала у односима са трећим државама. Ово се посебно примећује на терену директних инвестиција.

Dr. Dejan Popović

Professor
University of Belgrade Faculty of Law

Dr. Gordana Ilić-Popov

Professor
University of Belgrade Faculty of Law

EU LAW ON DIRECT TAXES AND THIRD COUNTRIES: THE EXTERNAL DIMENSION OF THE FREE MOVEMENT OF CAPITAL

Summary

It is only the free movement of capital, as stipulated by TFEU, which also has an external dimension. The unilateral character of the measure from Art. 63 TFEU may explain why the scope of this external dimension is limited. Freedom of establishment, which is very close to the free movement of capital but which does not go beyond the Internal Market, via the ECJ's „principal aspect“ approach has become a valve for diminishing the pressure which would have been created by unilateral, but wide application of the free movement of capital in relations between

⁵⁷ Вид. Ana Paula Dourado, „National Report Portugal“, *The EU and Third Countries: Direct Taxation*, 512.

the EU and third countries. This may especially be noticed in the domain of direct investments. The authors also analyse the indirect impact of fundamental freedoms in relations with third states in the following contexts: (1) freedom to provide services, which concerns the providers as well as the recipients, the latter not being confined to the nationals of the EU Member States; (2) dilemma whether a EU Member State is entitled to conclude an agreement with a third country which is granting the nationals of that Member State certain rights that are not given to the nationals of other Member States; (3) protection of income sourced in third countries; (4) denial of the MFN treatment to a third country's national/resident, who would invoke the non-discrimination clause from a tax treaty between two EU Member States.

Key words: *Free movement of capital.* – „Principal aspect“ approach. – *Freedom of establishment.* – *Direct investments.* – *Non-discrimination.*

Др Драган М. Митровић*

Др Марко С. Трајковић**

МОЖЕ ЛИ ВИРТУЕЛНИ ЛИК ДА БУДЕ СУБЈЕКТ ПРАВА?

*Постојање правне стварности подразумева постојање правних субјеката, као творевина те стварности. Право уопште не може да постоји без својих субјеката. Они су *conditio sine qua non* права. Прво су физичка лица постала субјекти права иако не сва и одједном, а тек затим и њихове творевине правна (морална) лица. У оба случаја ради се о традиционалним виртуелним правним творевинама. Али, будући да информатичко технолошки развој није могао да мимоиђе савремено право, све чешиће и све више се размишља о трећој врсти субјеката права – виртуелним ликовима као новим правним субјектима (правним аватарима). То се данас не чини из радозналости, већ из веома практичних разлога због унапређивања пословног саобраћаја који се убрзано преиспитивање традиционалних схватања и теорија о томе шта је субјект права. Она захтева и да се одреди могућа правна природа виртуелних ликова, независно од тога да ли се ради о виртуелним физичким или правним лицима. Изгледа да је за објашњење њихове суштине у овом тренутку прихватљивија теорија фикције него теорија реалности, која ће можда једном превагнути, како се својеремено у XVII веку догодило са субјективитетом правног лица.*

Кључне речи: *Субјект права. Физичко лице. Правно лице. Виртуелни лик. Аватар.*

1. ПОРЕКЛО И ЗНАЧЕЊЕ ИЗРАЗА „ВИРТУЕЛНА СТВАРНОСТ“

Израз *виртуелна стварност* у смислу у коме се он данас користи први је сковао и употребио 1984. године Вилијем Гибсон, пи-

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, draganm@ius.bg.ac.rs.

** Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Нишу, trajkovicmarko@yahoo.com.

сац романа *Neuromanser*. Ипак, пионирски огледи који су омогућили стварање технологије за конкретан развој виртуелне стварности изведени су у САД нешто пре, средином шездесетих година XX века. Од тада је у лабораторијама неколико водећих америчких универзитета почела да се развија технологија потребна за стварање и испитивање могућности те новооткривене виртуелне стварности. И већ почетком седамдесетих година схваћено је да рачунарима може да се створи један сасвим нови „свет имагинације“ који може додатно да се саморазвија у меморијама најмоћнијих рачунара.

До те нове и крајње изазовне могућности нису дошли уметници, већ математичари, који су у складу са својим научним намерама даље развили и унапредили учење о виртуелној стварности. Убрзо су због повећања поузданости рачунарске симулације развијени читави системи. Њих су подржали одговарајући „интелигентни“ софтвери, у ствари одговарајући „експертски системи“, чији је задатак био да развију својеврсну „рачунарску интелигенцију“ засновану на „алгоритму здравог разума“ (*common sense*). На тај начин су експертни системи у области рачунарства постали подлога за успостављање везе између рачунарског виртуелног света и света праве, „опредмећене“ или физичке стварности, а не само за развијање виртуелне стварности.¹ Управо те врсте веза омогућиле су да научни развој крене новим правцем захваљујући коришћењу рачунарске симулације. То кретање није могло да заобиђе право. С друге стране, *рачунарска симулација*, чије коришћење потврђује да постоји виртуелна стварност, представља нумеричку технику стварања синтетичких симболичких или реалистичких слика и ликова који обједињавају информатику, телекомуникације и аудиовизуелно. Штавише, развој нумеричких техника, ослонцем на нове нумеричке технологије, омогућава стварање читавог једног паралелног света синтетичког и све више вероватног, у коме више не мора да се запита шта може да се учини – јер у том свету све може да се учини – већ шта бисмо ми морали да учинимо. Таква могућност приказује задатак рачунарске симулације у сасвим другачијем светлу – њен задатак више није да пружа податке и процене, већ да пружа искуство! А то из основа мења уврежену представу о томе шта је стварност.

Помало неубичајан одговор на питање *шта је стварност* сусреће се у будизму код Ашвагоше, према чијим речима „Све појаве

¹ Карл Попер, *Трагање без краја. Интелектуална аутобиографија*, Београд 1991, 236-237 (*Unended Quest. An Intellectual Autobiography*, London – New York 1974). Вид. и Karl Popper, *Conjectures and Refutations*, London – New York 2002; Maurice Merleau Ponty, *The World of Perception*, London – New York 2004; Драган М. Митровић, *Пут права. Холистичка парадигма света и права у светлу теорије хаоса и правне теорије*, Београд 2000, 62-68 и 115-116; исти, *Теорија државе и права*, Београд 2010, 196-198; исти, „Може ли право да се сазна: Шта је право?“, *Анали Правног факултета у Београду* 1-2/2002, 85-108.

овог света нису ништа друго до илузорне манифестације ума и не поседују своју сопствену стварност“.² Према другој познатој школи Јогакара, то је због тога што „Из ума изничу безбројне ствари, условљене разликовањем... Те ствари људи прихватају као спољашњи свет... Оно што изгледа као спољашње у стварности не постоји; управо је ум оно што опажа као *мноштеност*; тело, својина и све оно раније поменуто – све то, кажем, није ништа друго него ум“.³ Сви облици које опажамо су или „сам ум“, или „пројекције“ и „сенке ума“. Слично размишљање и одговор на питање шта је стварност, сусреће се у модерној науци, јер она више није у стању да традиционалном апаратуром одговори на питања која је у стању да постави. А одговора на та питања зависи и одговор на питање шта је виртуелна стварност.

2. ВИРТУЕЛНА СТВАРНОСТ И ЗНАЧЕЊЕ КАО БИВСТВОВАЊЕ

Шта је, дакле, стварност, односно *да ли је значење бивствовање*, како истичу Дејвид Бом, Руперт Шелдрек и други писци сличног уверења и усмерења. И да ли је виртуелни свет стваран као и прави свет, ако је значење исто што и бивствовање?⁴

На то питање наведени писци одговарају потврдно. Према њиховом уверењу, значење или смисленост представљају основне квалитете стварности. Стварност је посредно садржана у значењима, јер све оно што се зна о стварности мора да буде у неком односу са оним што нам то значи. А то казује да је значење увек целина! Суштина је у томе да нема раздвајања, иако значење не мора увек да буде учвршћено. На пример, када се тумачи нека теорија, тада се долази до њеног значења. А теорије су по правилу увек вишезначне, што у крајњој линији показује да је састав значења такав да никада не може да се досегне врхунско, крајње значење. Па ипак, значење је неисцрпно, упркос том свом значајном ограничењу. Оно нема граница, јер је бескрајно и у сваком поједином случају зависно од контекста у коме се користи. Како се мења контекст, тако се мења значење, а са

² Ashvaghosha, *The Awakening of Faith*, Chicago 1900, 79, нав. према Фритјоф Капра, *Тао физике. Истраживање паралела између савремене физике и источњачког мистицизма*, Београд 1989, 330.

³ D. T. Suzuki, *Studies in the Lankavatara Sutra*, London 1952, 242, нав. према Ф. Капра, *ibid.*

⁴ Дејвид Бом, Руперт Шелдрек *et al.*, „Да ли је значење бивствовање“, *Културе Истока*, 27, јануар март 8/1991, 25-28. Вид. и David Bohm, *Wholeness and the Implicate Order*, London New York 2002; исти, *On Creativity*, London New York 2004; исти, *On Dialogue*, London New York 2004.

њим и бивствовање. Изгледа да та идеја представља поуздан ослонац за извођење рачунарске симулације, када се у виртуелном рачунарском свету испитују иста или различита значења како би се утврдило могуће виртуелно или стварно бивствовање појава или система. То значење може да буде виртуелни друштвени лик (персона), али и виртуелни субјект права (правни аватар).

О вези значења и бивствовања Дејвид Бом каже следеће: „Значење *постаје* бивствовање (и обрнуто). Кроз овај процес значење и бивствовање почињу да *одражавају* једно друго. Али, на крају, значење *јесте* бивствовање. Као и у случају форме и садржине, ми раликујемо значење од бивствовања како бисмо изразили своје мисли. Али, та разлика не подразумева стварну разлику – то је начин на који схватамо једну у крајњој линији недељиву целину. На ступњу на коме значење и бивствовање одражавају једно друго, можемо их сматрати раздвојеним. Али на дубљем ступњу, значење и бивствовање се морају посматрати као суштински једно“.⁵

Бом наведену тврдњу објашњава тиме што значење и смисао повезује са појмом информације. Према његовом виђењу, оперативан појам у вези с информацијом јесте појам форме. Да би информација постала форма, потребно је да располаже неким значењем. „Информисати“ значи „ставити у форму“, „уобличити“ неко значење. Због тога промена значења доводи до промене форме. Промена форме информације доводи до промене њеног садржаја, а тиме – повратно – и до промене њеног значења! Другим речима, свака форма која има неко значење може да створи могућу или актуелну информацију која је подједнако важна за стварни и виртуелни свет.

3. ВИРТУЕЛНА СТВАРНОСТ КАО „ПРИРОДНА“ СРЕДИНА ЗА ИЗВОЂЕЊЕ РАЧУНАРСКЕ СИМУЛАЦИЈЕ

Бомово повезивање значења, информације и бивствовања отвара могућност за успешно симулирање најразличитијих модела, у распону од природних до социјалних и културних, јер свако значење може да се претвори у информацију која може да се уобличи у одговарајућу форму. Због тога рачунарска симулација модела у виртуелној стварности у истој мери представља испитивање значења са формом и преко форме. Такво значење је у виртуелном свету исто што и бивствовање. Али, док су значење и бивствовање у виртуелном свету увек непосредно једно, дотле су у стварном свету они то тек посредно. Срећом, то нимало не утиче на могућност

⁵ Д. Бом, Р. Шелдрејк *et al.*, 25-26.

успешног коришћења рачунарске симулације, нити на поузданост и проверљивост добијених резултата, који итекако могу да буду вредни у правој стварности. Изгледа да је *способност рационалног ума* да разликује праву од виртуелне стварности оно суштинско мерило за разликовање ове две стварности. Због тога, разјашњење појма стварности „у једној области истраживања у којој се све јасније спознаје да обрасци материје и обрасци ума одражавају једни друге, обећава отварање фасцинантних области знања“.⁶

Наведену везу потврђују нове рачунарске технике виртуелне стварности. Оне су већ у овом тренутку огромне, нарочито када се под задатим условима изводи симулација недетерминистичких модела друштвених или правних појава и система. Поменуте технике и њихове могућности показују да је *моћ виртуелног ограничена само нашом маштом*.⁷

Рачунарска симулација и нове технике виртуелне стварности тек треба да пронађу своје место у правној науци и праву. Иако *право* одувек постоји *као виртуелна појава* (обично као лична или колективна конвенционална замисао), тек сада та његова страна може да се искористи за стварање синтетичко-реалистичког, виртуелног правног света (правних идеја, појава и система) у који такође може да се урања, да се креће у њему, дела и развија се. Једино ограничење представљају наша машта, намере и предрасуде.

Од тих могућности које пружају рачунарска симулација и виртуелна стварност, повезујући право с уметношћу имагинативног, још више плене друге сазнајне и практичне могућности за примену у праву – на пример, када би се нумерички снимиио неки конкретан истражни или судски поступак од првог до последњег тренутка његовог одвијања. На тај начин могао би да се реконструише цео ток поступка, да се верно оживи с могућношћу да се у њему учествује или да се мења према жељама и потребама. То би пружило изванредне могућности за обуку правника, који би у тродимензионалном виртуелном простору и у задатом времену такође могли да разрађују могуће токове и исходе судског или неког другог поступка у својој виртуелној правној учионици. Такво виртуелно оживљавање располаже још једном драгоценом одликом, јер цео ток поступка може према жељи да се успори или убрза, да се сасвим промене искази и аргументација странака, а на тај начин и сам ток поступка у било ком тренутку, или, пак, да се ток поступка испитује постављањем услова

⁶ Ф. Капра, 381.

⁷ Вид. Зоран Петровић, „Виртуелни човек и глобално робље. Уочи дефинитивне производње апсолутне истине“, *Дуга*, бр. 530, Београд 25. јун 8. јул 1994, 35 36, 39 и 85.

који нису постојали у нумерички снимљеном стварном истражном или судском поступку.⁸ Исти резултати могли би да се постигну и када се ради о неком другом правном поступку (законодавном, административном, арбитражном, итд.).

То би могло да важи и за испитивање резултата других правних дисциплина. На пример, у криминалистици могле би поуздано да се реконструишу карактерне црте неке личности на основу њеног рукописа, или, обратно, рукопис неке личности на основу њених карактерних црта (на пример, на темељима Ломбровових графолошких открића о везама између класификованих типова рукописа и карактерних црта типова личности). То стручњаци могу да учине и непосредно, али не на тако свеобухватан начин и не у тако кратком времену као приликом коришћењем рачунарске симулације. На исти начин могло би да се поступи у криминологији и пенеологији, на пример, приликом испитивања учинка казне на понашање осуђеника у задатим условима. То би могло да се учини чак и када нема кривца, кривице и казне, тј. када се виртуелно испитује нека замишљена ситуација. Такође, у грађанском праву, купац и продавац могли би да закључе купопродајни уговор на основу виртуелног разгледања стана или на основу испитивања каквоће неке робе, а да ниједан не буде у стану или на месту где се роба налази. У уставном праву могао би да се реконструише рад парламента, уз испитивање најразличитијих могућих токова његовог рада и предвиђање различитих исхода. Могућности виртуелног могле би да се искористе за испитивање рада било ког другог државног органа или неке међународне судске инстанце. На тај начин, правници би могли да стекну поуздана правна знања и додатне правне вештине крећући се само у виртуелној стварности.

Предности виртуелног могле би да се користе и у другим научним гранама. Такве изванредне могућности приказују виртуелну стварност и рачунарску симулацију као најновије и све важније средство за истраживање, одлучивање и управљање. Наравно, то не значи да је таква виртуелна стварност заменила или у целости истисла праву стварност, већ само да је постала ново моћно средство развијене технологије које треба да нам помогне да и право као део стварности што боље упознамо и разумемо. Ипак, то не би биле једине такве могућности за коришћење света виртуелног у праву, јер су оне непознате и готово бескрајне. Нема разлога да се такве могућности не искористе за испитивање још нечег занимљивог: да ли и виртуелни лик може да буде субјект права, а не само да ли могу да постоје

⁸ Вид. Vilem Flusser – Louis Vec, „Кашика стварања из супе хаоса“, *Vampiro teutis infernalis* (ур. Вилем Флусер), *Трећи програм*, 84, 1/1990, 266-277 и 287.

виртуелни друштвени ликови („виртуелне персоне“), који су се први појавили у виртуелној стварности.

4. ПРАВНА СТВАРНОСТ И ТРИ СВЕТА ПРАВА

А сада, укратко о истој ствари из угла права. Пре свега, *шта је правна стварност* и у чему се састоји? А затим, *шта је правна личност*, а *шта субјект права*? Очигледно, прво је настала правна стварност, а затим њени субјекти. Као најстарије виртуелне творевине, субјекти представљају *conditio sine qua non* права.

Да правна стварност постоји, више је него очигледно. На пример, за право склопљени брак постоји све док се не развргне, чак и ако никада није конзумиран, док се правно браком обично не сматра фактичка брачна заједница лица који нису закључили правно ваљан брак. На тај начин, право не само да одражава, већ и надилази прави свет, творећи читав један властити правни метасвет који наткриљује свет физичке стварности.

Тај свет права распростире се у три равни, тј. у три стварности: физичкој, актуелној и виртуелној, због чега постоје и три главна света права: „прави или природни свет“ (свет физичке стварности), „правни свет“ (свет правне стварности) и „метаправни свет“ (свет правне метастварности). Сва три света распростиру се попут кругова који се међусобно укрштају. Средишње место права налази се у правном свету (метасвету), као посреднику између физичког света и метаправног света идеја.

Први, „прави свет“ (свет физичке стварности) представља физички свет, свет физичких ствари и сила у најширем смислу речи. То је природни свет „без почетка и краја“, „као целина непроменљиво велик“, „окожуен оним ‚ништа‘ као својом границом“.⁹ У том динамичком, процесуализованом физичком свету, у одређеном тренутку његовог развоја појављује се човек као „биће обдарено духом“, а затим се појављује и право као саставни део тог света (јер у „бесконачном времену у једном тренутку могла би – у ствари мора! – да се достигне свака могућа комбинација“). Право прво израња из тог света у облику материјалних правних извора, а затим се у њега поново утапа у облику материјализованог значења као остварено, опредмећено право. У том физичком свету узрока и последица, право постоји као нешто што „јесте“.

Други, „правни свет“ (свет правне стварности) јесте метасвет мисаоних процеса и субјективних искустава који у нормативном облику наткриљују физичку стварност, производећи последице којих

⁹ Фридрих Ниче, *Воља за моћ*, Београд 1976, 432.

не би било да нема заповести. То је, дакле, актуелан свет у коме обичава „биће обдарено духом“, способно да сазнаје, ствара, испитује и примењује право. Из тог света мисаоних процеса и субјективних правних искустава, право сврсисходно делује на праву стварност. (Већ је поменуто да брак као фактичко саживљавање мушкарца и жене не производи исте последице као правно закључен брак који се не конзумира.) Због тога правни свет наткриљује и надилази физичку стварност својом посебном правном стварношћу из које делује на физичку стварност. У том правном свету право истовремено постоји и као нешто што „јесте“, и као нешто што „треба да буде“. Оно „јесте“, јер је значење једна врста постојања. Али, оно је и нешто што „треба да буде“, јер је реч о детерминисаном значењу издатом у облику сврсисходне заповести која треба да се материјализује.

Трећи, „метаправни свет“ (свет правне метастварности) јесте мета-метасвет правних исказа, теорија, проблема и (критичких) тврдњи. Он је чист производ људског ума и људске активности који наткриљује физички и правни свет. Али, тај метаправни свет у ширем смислу обухвата и све производе људског ума (правне појмове, институције, процедуре или правничка дела). Па ипак, то нимало не утиче на његову стварност, јер је он стваран као и сви људски производи уопште – од језичких кодова до таквих друштвених установа какве су „универзитет или полиција“.¹⁰ Он има своју историју (историју наших идеја) и своје вредности (које је створио човеков ум). Али, иако чисто виртуелан, ни он није самодовољан, јер ништа што постоји није лишено значења и сврхе. И његов садржај, макар сасвим посредно и само једним делом, односи се на право које се распростире у претходна два света. То је, дакле, свет правне метастварности, свет у коме је право увек нешто што „треба да буде“.

Метаправни свет је чист производ људског ума. Ми смо ти који стварамо објекте тог света. А то што ти објекти имају своје природене и аутономне законе који стварају ненамераване и непредвидљиве последице, само је један пример (мада крајње занимљив) много општијег правила да сви наши поступци имају такве последице. Због тога на метаправни свет треба гледати као на производ човекове активности чије су последице за нас исто онолико велике или веће него у физичком окружењу. Постоји једна врста повратне спреге код свих човекових активности: „делајући, ми увек, посредно, делујемо и на себе“.¹¹ Та спрега у једнакој мери важи и за правни свет који стално израња из физичког света у који се изнова утапа.

Физички свет је свет материјалних извора права и материјализованог права. Правни свет је свет формалних извора и систематизованог права. Метаправни свет је свет правних идеја (исказа,

¹⁰ К. Попер, *Трагање без краја. Интелектуална аутобиографија*, 93.

¹¹ *Ibid.*, 93-94.

теорија, проблема и критичких тврдњи). И пошто први свет сам по себи није правно делатан, а трећи делотворан, постоји правни свет као посредник између првог и трећег света, између чисте материје и чистих идеја. Тај правни свет обезбеђује неопходну повезаност, смисленост и сврховитост сва три холистички саздана света права.

Између наведених правних светова постоји непрекинуто преплитање. Оно се одвија у циклусима који право приказују као не-савршену и до краја несазнатљиву појаву коју покреће трајна нестабилност. У праву се престано стварају и укидају одговарајуће норме правним актима, настају, мењају се и престају одговарајући односи, мења се положај правних субјеката који врше различите материјалне радње и понашају се на одређен начин према правним нормама итд. И тај стални покрет тече по одређеном реду, што значи да су у самом праву садржана правила по којима се тај ток и покрет врше. То дозвољава да се закључи како унутар виртуелног правног света постоје још два подсвета: *правни свет правила* (свет самих правила) и *правни свет метаправила* (свет процедуралних правила о правилима). Првим се уређује садржај правног саобраћања, а другим утврђује поредак исправног одвијања правних правила и људског понашања по њима.

Очигледно, не само да постоји виртуелна правна стварност, већ она делотворно утиче на свет физичке стварности. Ако таква правна стварност постоји од тренутка појаве права, произлази да једину новину представља појава нове, виртуелне рачунарске правне стварности. Да она већ сада постоји показују њени виртуелни ликови којима се дозвољава да располажу својствима субјеката права.

5. ПРАВНА ЛИЧНОСТ И СУБЈЕКТ ПРАВА КАО ВИРТУЕЛНЕ ТВОРЕВИНЕ

Следеће важно питање гласи: шта је правна личност, а шта субјект права? Зар и то нису виртуелне творевине људског духа? Прво је постојало биолошки саздано људско биће, а тек затим се појавила личност, тј. лице, особа, персона (од лат. *persona* у смислу „личност“, као „особа“, или „лице“, као „маска“). Она представља надоградњу, тј. друштвени појам који се у праву претвара у правну личност, физичко или правно лице коме је признато својство субјекта права. Због тога су личност и субјект исти појмови у праву. Једино је друштвени појам личности шири од правног појма субјекта, који је посебна врста друштвене личности.¹²

¹² Вид. Драган М. Митровић, *Теорија државе и права*, 437-447; исти, *Увод у право*, Београд 2010, 282-292; исти, *Аутономно право*, Београд 2010, 63-65, 83-99, 106-113, 102 и 172-173.

Право не може да постоји без личности, јер је оно због њих створено. Данас су у цивилизованим земљама сви људи субјекти права. Ипак, постојали су пореци у којима сви људи нису били субјекти, већ су неки били објекти права. Али, и када се човек појединачно посматра као субјект права, може се приметити како неки субјекти права имају развијену свест и вољу, док други ту свест и вољу немају, због чега не могу да схвате правне норме нити могу да се по њима владају. Ипак, и таква лица се сматрају субјектима права, јер им право ставља нешто у корист или на терет без обзира на њихову свест и вољу. Такође, од римског права до данас постоје организације (установе, удружења, задужбине итд.) које се сматрају субјектима права. Иако нису физичка лица, оне су састављене од физичких лица, што показује да човек сам по себи није једини субјект права. Најзад, у једном хипотетичком и сасвим ограниченом смислу, поново се пробија идеја да и животиње могу под одређеним условима и у ограниченој мери да буду субјекти права, тј. поседници пасивне правне способности.¹³ Објекти права, очигледно, не могу да буду правни субјекти, али правни субјекти могу да постану објекти права.¹⁴

Субјекта права у ужем значењу представља само оно лице које је подвргнуто позитивном праву државе, али под условом да располаже с три важна својства: могућношћу поседовања (власништво), способношћу или надлежношћу за стварање правних аката (правотворство) и способношћу да одговара за своје противправне поступке (правна одговорност). Сва три својства заједно сачињавају јединствен појам субјекта права као поседника, ствараоца права и правно одговорног лица.¹⁵ Правни субјект је, дакле, *носилац пасивне и активне правне способности*, тј. конкретних овлашћења и обавеза. Обе способности нису његова природна, већ виртуелна правна својства, која правни поредак признаје људима и њиховим творевинама.

Пасивном правном способношћу за субјекта се везују правом утврђена овлашћења и обавезе (на пример, супружника, наследника, власника, повериоца, дужника итд.). Та врста способности се стиче рођењем физичког лица или оснивањем и регистравањем правног лица. И обратно, она се губи физичком смрћу или гашењем и исписом правног лица из регистра.

Од субјекта права, који је увек носилац пасивне правне способности, треба разликовати лице које као носилац активне правне

¹³ Милан Пауновић, *Права животиња*, Београд 2005, 131; Nikola Visković, *Teorija države i prava*, Zagreb 2006, 134.

¹⁴ Вид. Иван Мелвингер, *Увод у право*, Нови Сад 1965, 392.

¹⁵ Гордана Вукадиновић, *Теорија државе и права, II*, Нови Сад 2007, 148-149.

способности (на пример, пословне) може свесно и вољно да поступа по правним нормама. Такво активно (и пасивно) способно лице назива се *правни агент*. Поступајући по правним нормама, оно може да дела у свом или туђем интересу. У првом случају је у питању власник, а у другом заступник. У случају заступника, неопходно је да постоји правно заступање као нека врста „замене“ другим правним субјектима. Због тога се каже да је *заступник* самостална и посебна врста правног агента, који за друга физичка и правна лица врши одређене послове у њиховом интересу. Он увек дела у име заступљеног лица (заступљеника), тако да је то лице (а не правни агент као заступник) субјект правног посла.¹⁶ На пример, у праву се сматра да је пословно неспособно лице закључило уговор о купопродаји преко заступника, односно да је оно постало субјект права својине на купљеној ствари, а не његов заступник.¹⁷ Однос између заступника пословно способног лица и заступаног лица сличан је односу између заступника и пословно неспособног лица.

Нешто је сложенији случај с одређивањем природе правног (моралног) лица.¹⁸ И оно представља виртуелну друштвену творевину којој је признато својство субјекта права, јер је „довољно организована и уобличена“ целина која се јасно издваја од других сличних људских творевина. Иако правно лице нема своју посебну свест и вољу, оно је ипак признато као субјект права, као и физичко лице које ту свест и вољу има. То је учињено због тога што и правно лице представља „центар интереса и делатности људи“,¹⁹ односно располаже овлашћењима и обавезама које одговарају његовом карактеру и циљу због кога је основано. Једино што та овлашћења и обавезе не могу да буду везани за својство човека да буде родитељ, супружник или да располаже одређеним грађанским правима. За физичка лица, дакле, важи начело слободе, док за правна лица важи начело њеног ограничавања. Физичким лицима је дозвољено да нешто чине или не чине, све док њихово понашање изричито није забрањено правним нормама. То је у складу са схватањем по коме је слободно, тј. правно дозвољено, све што није правно забрањено. Правна лица смеју нешто слободно да чине или не чине само ако је то изричито дозвољено правним нормама, што је у складу са схватањем да је слободно само оно што је правно дозвољено. Наведена разлика између физичких и правних лица у погледу њихове активне и пасивне способности

¹⁶ Андрија Гамс, *Увод у грађанско право*, Београд 1988, 99 и даље; Обрен Станковић, *Увод у грађанско право*, Београд 1996, 51 и даље.

¹⁷ Драгољуб Стојановић, Оливер Антић, *Увод у грађанско право*, Београд 2004; Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд 2007.

¹⁸ Вид. Тома Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије*, III, Београд 1959, 285.

¹⁹ Радомир Лукић, *Увод у право*, Београд 1994, 284-285.

правда се карактером правних лица и њиховим специјализованим активностима, чиме се наговештава да постоји нека претходна представа о њиховој правној природи.²⁰

У правној науци и данас постоје барем три главне теорије којима се објашњава *природа правног лица*. Према првој и најстаријој *теорији фикције*, правно лице се сматра привидним, вештачким субјектом права. Према другој, *теорији негације*, пориче се субјективитет правног лица као таквог, тј. сматра се да је реч о пуком скупу физичких лица која су једини носиоци овлашћења и обавеза. Најзад, према трећој, *теорији реалности*, признаје се субјективитет правном лицу које се сматра једним центром делатности и интереса. Поред наведених, постоје и друге теорије којима се објашњава суштина правног лица, на пример, теорија концесије, теорија организма, теорија групне личности, Јерингова „теорија заграде“, теорија власништва, Келзенова теорија итд.²¹

Само захваљујући теорији реалности, правно лице може да се појави као посебна друштвена и правна творевина која располаже овлашћењима и обавезама као физичко лице или чак у већој мери од њега. Њена суштина је у томе што правно лице сматра друштвеном организацијом која је састављена од више људи који врше извесна овлашћења и дужности у име те организације. То значи да се правне последице њихових радњи не урачунавају непосредно њима, већ целој организацији. Правно лице је, дакле, *субјект права без способности да самостално и непосредно врши своја овлашћења и обавезе*. Уместо њега, то чине његови органи као заступници. Али, правно лице као целина такође има овлашћења и обавезе према члановима који га сачињавају, тј. улазе у његов састав. Иста ситуација постоји и када се ради о виртуелним ликовима као новим субјектима права. И они представљају „центар интереса и делатности људи“ и „не располажу способношћу да самостално и непосредно врше своја овлашћења и обавезе“, исто као правна лица.

6. РАЧУНАРСКИ ВИРТУЕЛНИ ЛИК КАО СУБЈЕКТ ПРАВА

Право постоји не само као реална и идеална, већ и као рачунарска виртуелна појава која у себи на неубичајен начин спаја реално с идеалним. До тога је дошло када су се реално и идеално у праву први пут испрептели у виртуелном рачунарском свету захваљујући убрзаном развоју информатичких технологија које неосетно, али

²⁰ N. Visković, 210.

²¹ Вид. више Роско Паунд, *Јуриспруденција*, II, Београд Подгорица 2000, 493-529.

убрзано мењају свет наших појмова у истој мери као и наше физичко окружење. На тај начин су поред *реалних* субјеката права, физичких и правних лица која постоје у правој стварности, настали нови *виртуелни субјекти*, тј. виртуелни ликови или *аватар*, како их још зову. Они постоје само у рачунарској виртуелној стварности, док у правој стварности не постоје. То су сасвим нови и аутономни субјекти права. Они су нови, јер до сада нису постојали, и аутономни, јер постоје само у рачунарској виртуелној стварности у којој и из које могу правно да дејствују.

Будући да виртуелни ликови (аватар) могу да производе правне последице у обе стварности, тј. могу да дејствују само у виртуелној стварности или из виртуелне стварности на реалне физичке и моралне субјекте права у правој стварности, отвара се важно питање одређивања њихове правне природе.

Природа виртуелних ликова може да се објасни на различите начине – на пример, теоријом заступништва, нарочито када се ради о виртуелним физичким лицима. Њен главни недостатак је у томе што је тешко објаснити како реални субјект права може да заступа себе у виртуелном рачунарском свету (на пример, како неко стварно лице може да буде старатељ свом аватару или, можда обрнуто, аватар стварном лицу). Одговор да је реч о истовременом двоструком правном субјективитету истог реалног субјекта не чини се тачним нити прихватљивим, јер виртуелни и реални субјективитет једног лица нису истоветни. То нису ни последице урачунавања правних радњи истом субјекту у виртуелном и стварном свету. Тиме као да је још једном додирнута суштина проблема одређивања природе виртуелних ликова.

Изгледа да је најближе суштини виртуелних ликова то што о њима може да се говори као када се објашњава суштина правног лица, које је у односу на физичко лице збиља једна фикција, али фикција која производи изванредно значајне правне и друштвене последице. Будући да у правној науци постоје барем три главне теорије којима се објашњава суштина правног лица, то би према првој, најстаријој и већ поменутој *теорији фикције*, виртуелни лик ипак био субјект права, само вештачки и због тога привидан. Према другој, *теорији негације*, виртуелни лик не би могао да буде субјект права. То могу да буду само физичка и правна лица која су једини носиоци овлашћења и обавеза. Најзад, према трећој, *теорији реалности*, могао би да се призна потпуни субјективитет виртуелном лику као још једном центру делатности и интереса, као да је реч о физичком или правном лицу, што се већ данас чини у појединим правима.

Поређењем правног лица са виртуелним ликовима може се запазити како виртуелни ликови, као и правна (морална) лица,

располажу могућношћу поседовања (власништва), способношћу или надлежношћу за стварање правних аката (правотворством) и способношћу да одговарају за своје противправне поступке (правна одговорност), као и својим идентитетом, дакле, свим оним што заједно сачињава јединствен појам субјекта права као поседника, ствараоца права и правно одговорног лица, само у виртуелној стварности. Једино, како је речено, они „не располажу способношћу да самостално и непосредно врше своја овлашћења и обавезе“, исто као и правна лица.

Изгледа да је за објашњење њихове суштине у овом тренутку прихватљивија теорија фикције него теорија реалности, која ће можда једном превагнути, како се својевремено догодило са субјективитетом правног лица.

7. ЗАКЉУЧАК

Право не може да постоји без субјеката. Они постоје одувек, као *conditio sine qua non* права. Прво су физичка лица постали субјекти права, а затим и њихове творевине – правна (морална) лица.

Информатичко-технолошки развој није могао да мимоиђе савремено право. Због тога се све чешће и све више размишља о новој, трећој врсти субјекта права – виртуелним ликовима (аватарима). То се чини због унапређивања и уређивања пословног саобраћаја, који из традиционалног актуелног света у све већој мери прелази у нови виртуелни рачунарски свет.

Таква промена захтева преиспитивање традиционалних схватања и теорија о томе шта је субјект права уопште. Она такође захтева да се у овом тренутку барем покуша с одређивањем правне природе виртуелних ликова. Изгледа да је за објашњење њихове суштине у овом тренутку прихватљивија теорија фикције него теорија реалности, која ће можда једном превагнути, како се својевремено у XVII веку догодило са субјективитетом правног лица.

Поред чисто практичних разлога, појава виртуелних ликова у сасвим другачијем светлу приказује нека стална питања на која још није дат, нити ће изгледа икада бити дат ваљан одговор: шта је стварност, шта је свет уопште, шта је човек (нарочито телематски, виртуелни човек), какво је човеково место у стварности и свету, докле свет и човек, као његов део, могу да се развијају, да ли виртуелна стварност људску вољу ослобађа или заробљава, итд. Очигледно, суштина није у коначности таквих одговора, већ у њиховој очекиваној корисности.²²

²² Драган М. Митровић, *Пут права*, 271 272.

Dr. Dragan M. Mitrović

Full Professor
University of Belgrade Faculty of Law

Dr. Marko Trajković

Assistant Professor
University of Niš Faculty of Law

CAN A VIRTUAL CHARACTER BE A SUBJECT OF LAW?

Summary

Law cannot exist without subjects. They have always existed as *conditio sine qua non* of law. Firstly, natural persons became subjects of law, and thereafter also their creations – legal (moral) persons.

Information and technological developments could not have bypassed contemporary law. As a result, more often and considerably more is being thought about a new, third type of the subjects of law – virtual characters (*avatars*). This is being done for the purpose of advancing and organising business communication, which is increasingly being translated from the traditional actual world into the new virtual computer world.

This change requires the re-examination of traditional beliefs and theories concerned with what a subject of law is at all. It also requires at this moment to at least make an attempt to determine the legal nature of virtual characters. When it has to do with the explanation of their essence, it seems that at this moment fiction theory is more acceptable than reality theory, which may sometime prevail, as it had happened with the subjectivity of the legal person at some point in time in the 17th century.

In addition to purely practical reasons, the appearance of virtual characters displays in a completely different light some of the incessant questions to which a valid answer has not yet been given, nor, it seems, will ever be: What is reality? What is the world at all? What is man (especially a telematic virtual man)? What is the place of man in reality and in the world? For how long can the world and man, as its constituent part, go on developing? Does virtual reality free or capture human will? Apparently, the essence is not in the conclusiveness of such answers, but rather in their usefulness.

Key words: *Subject of law. – Natural person. – Legal person. – Virtual character. – Avatar.*

Др Драган Милков*

ЕКСПРОПРИЈАЦИЈА ИЗМЕЂУ ПРИВАТНОГ И ЈАВНОГ

Експропријација је вид одузимања или ограничавања својине на непокретностима до кога долази ради остваривања јавног интереса. Потреба за експропријацијом настаје када до преношења својине не може да дође на основу споразума са власником. Експропријација се јавља у скоро свим земљама под различитим називима, али је за све правне системе карактеристично да је циљ због којег се експропријацији приступа увек исти или сличан, а то је изградња објеката који су у јавном интересу.

Наша правна теорија се није детаљније бавила правном природом ове институције, а однос појединих аутора према том питању је углавном обежежен припадношћу одређеној научној дисциплини. Јавно(управно)правна или приватно(грађанско)правна природа експропријације може се утврдити само према принципу претежности, а не по принципу искључивости. У овом раду се доказује да, према прописима Републике Србије, слично као и у другим правним системима који су овде анализирани, експропријација представља мешовит правни институт у којем ипак изразито претежу јавноправни елементи.

Кључне речи: *Јавни интерес. Својина. Одузимање својине. Правна природа експропријације.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Експропријација представља одузимање или ограничавање права својине на непокретностима физичких или правних лица, до чега долази у јавном интересу актом надлежног државног органа. Скоро да нема државе која не познаје институт експропријације, јер се у свакој земљи јавља потреба за изградњом одређених објеката због којих

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, dmilkov@pf.uns.ac.rs. Овај рад је резултат ауторових истраживања у оквиру пројекта Министарства просвете и науке Републике Србије на тему „Биомедицина, заштита животне средине и право“.

јавни интерес има примат у односу на приватни, интерес дотадашњих власника неке некретнине. По правилу се експропријацији увек приступа због неких објективних разлога, који су начелно формулисани и терминолошки означени код нас као јавни интерес, док се у неким правним системима говори и о општем интересу или јавној користи. Данас се више нигде не користи формулација из Декларације о правима човека и грађанина, да је реч о „законом утврђеној јавној потреби“ (чл. 17).¹

Јавни интерес за експропријацију се јавља онда када постоји потреба да се изгради одређени објекат који је неопходан за државу као целину или неку ужу политичко-територијалну јединицу. Тако долази до сукоба између јавног интереса с једне стране, и приватног интереса дотадашњег власника непокретности, с друге стране. У тим ситуацијама предност добија јавни интерес и својина се може одузети и без сагласности дотадашњег власника.

Када се јави потреба да нека непокретност која припада појединцу или организацији буде пренета у својину државе, односно уже територијалне јединице, по правилу наступају две могуће ситуације. Прва подразумева да држава с извесним власником некретнине закључи грађанскоправни посао и дође до власништва над некретнином на основу купопродајног уговора. Такав однос између појединца или правног лица с државом потпада под режим грађанског права. Међутим, то још не спада у експропријацију у ужем смислу речи, осим што у том случају долази до преношења својине. С друге стране, ако није могуће остварити договор с власником непокретности, а јавни интерес захтева изградњу одређених објеката, настају претпоставке за приступање експропријацији. „У оваквим случајевима, када постоји сукоб између јавног интереса и интереса одређених субјеката, долази до објективног мирења, али принудним путем. Интерес појединца је у таквим ситуацијама много мањег значаја од јавног интереса“.² Читава идеја експропријације базира се на принудном преношењу својине. У противном, реч је о уобичајеном купопродајном односу.

Пре него што се приступи експропријацији, неопходно је да се утврди постојање неког *јавног* интереса због којег се то чини. У том смислу и бројни међународни документи, који су донети ради заштите људских права, предвиђају могућност да се због јавног интереса експроприше имовина одређених физичких или правних лица, а у неким земљама (Француска и Италија) у имену ове институције се

¹ *Темељи модерне демократије Избор декларација и повеља о људским правима* (прир. Д. Мрђеновић), Београд 2011, 316.

² Драган Милков, *Управно право II Управна делатност*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад 2010, 304.

увек поред речи „експропријација“ истиче да је то експропријација ради јавне користи.³

Експропријација је правни институт мешовите правне природе. Експропријација обухвата истовремено елементе који потпадају под управноправни режим, с једне стране, и елементе који су регулисани нормама грађанског права, с друге стране. Правна теорија се није детаљније бавила природом ове институције, већ је однос појединих аутора према експропријацији углавном одређен кроз припадност наци којом се баве.⁴ У том смислу, експропријацијом се баве истовремено и аутори из области управног и грађанског права. Начелно посматрано, у већем броју земаља се институт експропријације смешта у оквир управног права, док се поједини аспекти обрађују и у грађанском праву (пре свега се то односи на накнаду за експроприсану имовину). Наравно, то не значи да се на овај начин може прецизно дефинисати правна природа експропријације, јер је могуће, и најчешће се тако и догађа у пракси, да аутори грађанскоправне оријентације проучавају један аспект, а аутори из области управног права други. С друге стране, за анализу правне природе експропријације битно је идентификовати и правни режим којем је ова институција подвргнута. У неким земљама је експропријација подвргнута режиму управног права, укључујући могућност да се против решења о експропријацији води управни спор. С друге стране, постоје земље у којима из позитивног законодавства произлази закључак да је правни режим експропријације сличан режиму грађанског права, иако уз значајне модификације. Оно што је извесно, то је чињеница да не постоји земља у којој је експропријација искључиво подвргнута режиму само управног или грађанског права.

Правна природа експропријације сигурно не може једнострано да се утврди, нити је могуће одредити њену искључиву припадност и правни режим. Одговор на питање да ли је експропријација институт управног или грађанског права може се дати само по принципу претежности, а не и по принципу искључивости. Наиме, експропријација је институт који истовремено обухвата две групе елемената, због којих је истовремено подвргнута режиму две гране

³ У неким земљама се под термином „експропријација“ још увек подразумева свако одузимање некретнина, па и оно што се врши без накнаде. Штавише, понекад се код англосаксонских аутора експропријација терминолошки везује првенствено за одузимање непокретности у бившим социјалистичким земљама.

⁴ То је видљиво и у овом часопису, у коме су током скоро 60 година излажења, о експропријацији до сада објављена само два рада, оба постављена из грађанскоправног угла: Борислав Благојевић, „Експропријација, право на стан и стамбена изградња“, *Анали Правног факултета у Београду* 4/1961, 381 387; Драгољуб Стојановић, „Експропријација и правична накнада“, *Анали Правног факултета у Београду* 1 2/1970, 1 14.

права: управног права и грађанског права. Једини приступ који ће омогућити да прецизније одредимо правну природу експропријације, јесте доминантност једног, односно другог правног режима.

2. О НАЗИВУ „ЕКСПРОПРИЈАЦИЈА“

Терминолошки посматрано, експропријација потиче из латинског језика. У питању је сложеница, састављена од предлога *ex* (лат. „из“) и именице *proprietas*, која означава својину, али која је настала у релативно касној фази развоја римског права (Римљани дуго нису имали технички термин којим се означавала својина, а затим су за својину, поред термина *proprietas*, сковали и назив *dominium*). У правној литератури се ређе може пронаћи и схватање да експропријација потиче од придева *proprius* (лат. „сопствени“),⁵ мада је јасно да је поменута именица изведена од поменутог придева.

Латински корен овог термина је задржан у многим језицима, и то не само у романским, него и у другим. На италијанском језику се експропријација, потпуно и званично, зове *espropriazione per pubblica utilità* (дословно: „експропријација ради јавне користи“), што би слободније могло да се преведе као експропријација у јавном интересу. На исти начин се ова институција назива и у француској језику – *l'expropriation pour cause d'utilité publique*. Оваквим начинима изражавања у италијанском и француском језику указује се одмах на чињеницу да је у питању одузимање својине које се врши због задовољења јавног интереса и подвлачи се разлика у односу на одузимање својине без накнаде. Још Наполеоновим Грађанским закоником (*Code civil*) из 1804. године, право приватне својине је било загарантовано тако што је било предвиђено да „нико не може бити принуђен да уступи своју имовину, осим ако је то у јавном интересу и уз претходну правичну накнаду“ (чл. 545).

У енглеском језику се користи више начина за означавање експропријације. У Сједињеним Америчким Државама се експропријација везује уз појам *eminent domain*, што потиче из дела Хуга Гроција (*Hugo Grotius*) *De iure belli et pacis*, који је у овом раду из 1625. године поставио принципе природног права и основе међународног јавног права. Његов термин *dominium eminens*, који је ту употребио, а који би се могао превести као „право врховне својине (на земљи)“, користио се и у другим језицима још у средњем веку, као термин који је означавао најшире својинско овлашћење у оквиру подељене феудал-

⁵ О оваквом приступу ближе код Ivo Borković, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2002, 558.

не својине.⁶ Тако се и у САД експропријација објашњава врховним правом државе на својину. Поред тога, у Сједињеним Америчким Државама се користи и израз „апропријација“ (*appropriation*). Иначе, Американци под експропријацијом подразумевају како законито, тако и незаконито одузимање својине над некретнинама. У пракси се израз *expropriation* користи чешће за нелегитимно одузимање, док се за одузимање уз правичну накнаду користи израз *eminent domain*.

У терминологији Велике Британије користи се израз „принудна куповина“ (*compulsory purchase*), а исти термин се јавља и на Новом Зеланду и у Ирској. У Аустралији, мада је земља истог језичког порекла, употребљава се термин „резумпција“ (*resumption*) или „принудна аквизиција“ (*compulsory acquisition*), а у Канади и Јужној Африци, занимљиво, користи се исти израз као и код нас и у већем делу континенталноправне традиције – експропријација.

У Немачкој је у употреби израз који би се прецизно могао само описно превести као одузимање својине (*Enteignung*), тако да се он у пракси обично преводи просто, као „експропријација“. Исти израз је у употреби и у Аустрији. Након оцепљења од некадашње Југославије, Хрватска је у многим областима променила своју терминологију, тако да се тамо, почев од 1994. године, експропријација званично зове „извлаштење“, што није ништа друго већ буквални превод немачке речи *Enteignung*.⁷ При томе се, за разлику од обичног одузимања својине над некретнинама, у немачком језику често још додаје, слично као у италијанском и француском језику, да је у питању одузимање у јавном интересу (*Enteignung im öffentlichen Interesse*). За Немачку и Аустрију је, иначе, карактеристично да се одредбе о експропријацији налазе у прописима о изградњи, који углавном потпадају под управноправни режим, а има их и у посебним прописима у појединим областима друштвеног живота.⁸

⁶ *Dominium eminens* се може пронаћи и у Душановом закону где је било предвиђено да владар има сву земљу у врховној својини. На истом земљишту властела (црквена и световна) је имала *dominium directum*, а зависни сељак *dominium utile* (право коришћења).

⁷ Познати сплитски аутор управног права Иво Борковић (нав. дело) погрешно наводи назив за институцију експропријације у немачком језику као *expropriation*, а затим каже да је увођење нове терминологије у хрватски правни систем довело до тога да се „у овој домени појам ‘експропријација’ замијени појмом ‘извлаштење’ који одговара духу хрватског језика“. Истина је, међутим, да се на немачком експропријација каже *Enteignung*, а „извлаштење“ је буквалан превод овог немачког термина, што не значи да то не одговара духу хрватског језика.

⁸ У Немачкој се основне норме о експропријацији налазе у Закону о изградњи (*Baugesetzbuch*), а има их и у прописима који уређују поједине области, као што су закони о путевима, ваздушном, железничком и воденом саобраћају, енергији. У Аустрији се одредбе које се тичу експропријације налазе у читавом низу посебних прописа и то тако у савезним прописима (као што је нпр. Закон о железници), тако и у покрајинским и локалним прописима.

3. УПРАВНОПРАВНИ И ГРАЂАНСКОПРАВНИ ОДНОС

За разматрање правне природе института експропријације важно је најпре указати на разлике које постоје између две најчешће врсте правних односа који се у друштву успостављају, а то су управноправни и грађанскоправни однос. Наиме, уочавање разлика између ова два правна односа у великој мери ће помоћи у извођењу коначног закључка о правној природи експропријације. Будући да је већ речено да експропријација није институт само једне гране права, већ да је мешовитог карактера, уочавањем елемената који у овом институту претежу, трагаћемо за одговором на постављено питање.

„Управноправни однос представља такав правни однос који се успоставља између појединца или организације са државом поводом остварења неких права или обавеза странака у некој управној ствари. Улога представника државе се састоји у томе да странкама омогући остварење права, односно наметне обавезе, тако да то буде у складу са јавним интересом. При томе се улога представника државе некада састоји само у томе да води рачуна о томе да јавни интерес не буде угрожен (то је најчешће случај приликом давања неких права странкама). С друге стране, улога представника државе је понекад активна, тј. он успостављајући неки управно-правни однос директно ради на остварењу јавног интереса (то је најчешће случај приликом наметања одређених обавеза странкама). Таква веза између управноправног односа и јавног интереса проузрокује суштински све специфичности које овај правни однос има“.⁹

С друге стране, грађанскоправни однос представља најчешће имовинскоправни однос који се увек успоставља између равноправних субјеката, који сагласношћу својих воља уређују међусобна права и обавезе. За разлику од управноправног односа, који се увек успоставља на ауторитативан начин, грађанскоправни однос настаје споразумом две равноправне стране. У управноправном односу представник државе са позиција власти даје другој страни нека права или јој намеће одређене обавезе. У грађанскоправном односу странке међусобно дају једна другој нека права, односно својом вољом преузимају неке обавезе.

Основни и најчешћи начин на који се успоставља управноправни однос јесте доношење управног акта, тј. управноправни однос се по правилу успоставља управним актом. Изузетак од овог правила тиче се оних ситуација када се управноправни однос успоставља без претходно донетог управног акта, тј. на основу општег правног акта, закона. У том смислу, за управноправни однос је карактери-

⁹ Драган Милков, *Управно право I* уводна и организациона питања, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад 2011, 57.

стично да може да се успостави непосредно на основу закона, што је ређи случај у пракси, или, у другом случају, уз испуњење једног предуслова: да надлежни орган не донесе никакав управни акт по захтеву странке у року који је одређен законом. Таква ситуација се назива ћутањем управе и у том случају је успостављен управноправни однос као да је захтев странке одбијен.¹⁰ То значи да незадовољна странка стиче иста права као да јој је издат негативан управни акт, односно да може да изјави жалбу због ћутања управе. У случају да ни другостепени орган не донесе решење по жалби странке, тада се против ћутања другостепеног органа може покренути управни спор.

Управноправни однос се увек успоставља ради заштите или непосредног остварења јавног интереса. Веза између успостављања управноправног односа и јавног интереса је непосредна и сваки управноправни однос је њиме обележен, па чак и онај који се успоставља на захтев странке. С друге стране, грађанскоправни однос се успоставља ради реализације неких појединачних или ужих интереса, а јавни интерес није непосредно ангажован, што не значи да није уопште присутан.

Управноправни однос је карактеристичан и по томе што у њему увек с једне стране учествује неки представник јавног интереса. То је неки орган управе, односно други представник државе или уже политичко-територијалне јединице, или представник неког недржавног субјекта којем су поверена јавна овлашћења. Тај субјект је обавезно присутан и без њега не може да се успостави ниједан управно правни однос. Насупрот томе, грађанскоправни однос је однос у којем не постоји обавезан субјекат. И с једне и с друге стране могу се наћи било који субјекти који имају правну способност. Оно што је још специфично за управноправни однос је чињеница да се као странке могу јавити и групе лица које немају правну способност, уз услов да у једном конкретном управном поступку могу да буду носиоци права или обавеза. У грађанскоправном односу група лица без правног субјективитета не може да буде странка, већ свако од

¹⁰ У нашој правној теорији је тезу о томе да се код ћутања управе управноправни однос заснива на основу закона први поставио Димитријевић, вид. Павле Димитријевић, Ратко Марковић, *Управно право I*, Службени лист СФРЈ, Београд 1986, 188. Томић ову тезу делимично доводи у питање, сматрајући да је у овом случају реч о имплицитном, законски претпостављеном, „управном акту“, вид. Зоран Томић, *Управно право Систем*, Службени лист СРЈ, Београд 2002, 99. Слично поступа и Невенка Бачанин, *Управно право*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац 2000, 99, која такође сматра да је у питању прећутно успостављање управноправног односа. Тачно је и једно и друго: управноправни однос се успоставља без донетог управног акта (ћутање управе) зато што тако пише у закону. Сам закон није довољан, већ је потребно још да се испуни законска претпоставка, тј. да је наступило ћутање управе, а може се рећи и да је то имплицитан акт, јер су последице исте као да је захтев одбијен.

лица може појединачно да буде странка у оквиру своје правне способности.

Између управноправног и грађанскоправног односа постоје и бројне разлике у погледу њихове садржине. Наиме, правна природа права и обавеза које чине садржину ових правних односа је потпуно другачија.

Права странке из управноправног односа су најчешће личног, неимовинског карактера, те је ограничена могућност њиховим располагањем. Лична права из управноправног односа су непреносива, а чак у неким случајевима, када је непосредно ангажован јавни интерес, може бити ограничено и одрицање од права из управноправног односа, што је иначе, у правном и логичком смислу, незамисливо за права из грађанскоправног односа. Права из грађанскоправног односа су најчешће имовинскоправне природе, тако да њихов титулар може с њима слободно да располаже, да их преноси на друга лица, па и да их се одрекне.¹¹

Што се тиче обавеза, за њих важе сличне карактеристике као и за права. Наиме, и обавезе из управноправног односа су најчешће личне, па је немогуће преносити их. Обрнуто, у грађанскоправном односу су обавезе најчешће имовинске природе, тако да странке могу с њима слободно да диспонирају.

За управноправни однос је још карактеристично да се обавезе наметнуте странци реализују уз употребу принуде, али тако да се инсистира на извршењу примарне обавезе, те нема замене за неку санкцију. Наиме, у случају да странка своју обавезу не извршава добровољно, приступа се принудном извршењу у којем се инсистира на испуњењу примарне диспозиције. И у поступку административног извршења постоје санкције (новчане казне), али оне никада не служе као замена за неизвршење основне обавезе, већ само као средство принуде у односу на извршеника да испуни своју примарну обавезу.¹² Ако, међутим, новчаним казнама не може да се постигне сврха извршења, тада се основна обавеза извршава уз употребу непосредне физичке принуде. За обавезе из грађанскоправног односа није карактеристично инсистирање на извршењу примарне обавезе. Наравно да је то основни циљ, али је могуће и да дође до замене обавезе, што је у управноправном односу, начелно, искључено.

Коначно, за извођење закључка о правној природи института експропријације битно је уочити и разлике између управноправног и грађанскоправног односа које се тичу начина решавања спорова.

¹¹ О природи субјективних права из грађанскоправних односа вид. више Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, Центар за издавачку делатност Правног факултета Универзитета у Новом Саду, 2010, 238.

¹² Више о овоме, Д. Милков, *Управно право II*, 252.

Спорови који настану из неког грађанскоправног односа решавају се пред судовима опште надлежности у парничном, евентуално ванпарничном поступку. Кад су у питању управноправни односи, за њих је карактеристично да се спорови решавају најпре пред другостепеним органом управе, у другостепеном управном поступку, а након тога се надлежност преноси на суд. Међутим, спорове из управноправног односа не решавају судови опште надлежности, већ о томе одлучује посебан суд, Управни суд. Исто тако, поступак у којем Управни суд одлучује о спору из управноправног односа није обичан судски поступак, већ је у питању посебна врста судског поступка који се назива управним спором.

Према томе, управноправни однос је правни однос који се успоставља најчешће управним актом, у којем обавезна страна другој страни ауторитативно одређује права и обавезе који су личног карактера, с којима нема могућност слободног располагања, а о споровима се одлучује пред другостепеним органом управе, односно пред Управним судом. Грађанскоправни однос је регулисан нормама грађанског права, успоставља се између две равноправне стране, сагласношћу њихових воља којом се уређују најчешће имовинска права и обавезе, с којима странке најчешће слободно диспонирају, а о споровима одлучује редован суд у парничном или ванпарничном поступку.

4. СВРХА ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ У СТРАНОМ ПРАВУ

Када се успостављају приватноправни односи и једна и друга страна имају пред собом неки њихов појединачни или групни циљ. Без обзира на то какав је тај циљ, он никада не спада у сферу која је од интереса за већи број грађана једне земље, већ увек остаје у границама појединачног или ужег. С друге стране, основни смисао експропријације јесте задовољење ширих интереса који се понекад поистовећују са интересима свих становника (општи интерес), а у савременој пракси се запажа да се као циљ експропријације означава јавни интерес. У италијанској и француској правној терминологији, као што је већ речено, користи се појам јавне користи.

Израз „јавна корист“ се у француској правној терминологији користи као синоним за термин „општи интерес“, при чему се у литератури употребљава и израз „јавни интерес“. Има аутора који сматрају да су то синоними.¹³ Но, формално посматрано, у француским прописима се званично говори само о јавној користи као циљу за приступање експропријацији.

¹³ Таково становиште заступа нпр. Луј Жером Шапуиза (*Louis Jérôme Chapuisat*), *Encyclopædia Universalis*, <http://www.universalis.fr/encyclopedie/utilite publique/>.

У Француској је експропријација „кодификована“ тако што су 1977. године сви прописи који се односе на ову материју сакупљени и повезани у једну целину под називом *Code de l'expropriation*.¹⁴ Међутим, то није прави кодекс у пуном смислу те речи, већ би се пре могло рећи да је у питању збирка одредби о експропријацији из различитих општих правних аката. „Кодекс експропријације“ садржи норме којима се овај институт уређује од почетка до краја, тј. од утврђивања јавне користи (доношења декларације о јавној користи), па све до преношења својине и правичне накнаде.

У Француској појам јавне користи није законодавно дефинисан, нити постоји било који други пропис ниже правне снаге који би га одредио. Одлуку о јавној користи, која се званично зове „декларација о јавној користи“ (*déclaration d'utilité publique*), доноси у форми решења одговарајући министар или префект. Против решења о јавној користи, које има карактер управног акта, може да се води управни спор, тако да је пракса управних судова у суштини довела до тога да се временом појам јавне користи уобличи. У том оквиру, из досадашње праксе се види да је јавна корист декларисана код изградње комуналних објеката, индустријских зона, зелених површина, образовних институција, водоснабдевања и сл.¹⁵ За Француску је такође интересантно да се доношењем решења којим се утврђује јавна корист завршава управни поступак у погледу експропријације. Након тога, све остало води експропријациони судија. У том смислу, за Француску се може рећи да је управноправном режиму подвргнута прва фаза експропријације, која се завршава са доношењем решења о јавној користи и управним спором, који, иначе, нема суспензивно дејство. Друга фаза експропријације је судска фаза.

У Италији се циљ експропријације одређује на сличан начин као у Француској. У италијанском Уставу (чл. 43) предвиђена је могућност експропријације непокретности онда када је то у „општем интересу“ (*interesse generale*) и уз правичну накнаду.¹⁶ И у овој земљи поступак започиње утврђивањем „јавне користи“ (*utilità pubblica*), а одлуку (декларацију) о томе доноси локални органи (префект) или регионални, док се на националном нивоу доноси председнички указ, на предлог министра надлежног за јавне радове, односно

¹⁴ Велики број француских аутора је писао о експропријацији и Кодексу експропријације, а један од најбољих аутора је Рене Остиу (*René Hostiou*), чије је дело *Code de l'expropriation*, присутно у француској научној јавности од 2001. године, када је објавио прво издање, па све до 12. издања које је изашло 2010. године, у издању издавачке куће *Litec* у Паризу.

¹⁵ Jean Marie Auby, *Droit administratif spécial*, Sirey, Paris 1966, 99.

¹⁶ Једно од обимнијих дела на ову тему је написао италијански аутор Никола Бентофанти, вид. Nicola Centofanti, *L'espropriazione per pubblica utilità*, Giuffrè, Milano 2009⁴.

другог одговарајућег министра. За Италију је карактеристично да се против одлуке о јавној користи, која представља претпоставку за експропријацију, не може водити управни спор. Декларација о јавној користи се сматра дискреционим актом.¹⁷ Сама јавна корист ни у Италији није законски прецизно дефинисана, али се поједини циљеви за спровођење експропријације могу пронаћи у посебним прописима. Тако се у Италији експропријација спроводи ради извођења јавних радова, како на локалном, тако и на ширем нивоу, ради изградње комуналних објеката, индустријских зона, итд.¹⁸ Према председничком декрету бр. 327 од 8. јуна 2001. године експропријација се може вршити под следећим условима:¹⁹

а) ако се одређени посао обавља у оквиру инструмената предвиђених планом општег урбанистичког развоја или је то предвиђено у акту чија природа и ефекат су исти на имовину која је предмет експропријације и да су на основу тих аката добра на којима ће се вршити експропријација изузета из промета (винкулација);

б) ако се донесе декларација о јавној користи;

ц) ако се одреди, макар као привремено, накнада за експропријацију.

Пре него што се дозволи преношење својине, потребно је да се одреди накнада за непокретност. Корисник експропријације има обавезу да истовремено с планом изградње објекта понуди и правичну накнаду власнику некретнине. Ако он ту понуду прихвати, завршава се претходна процедура. С друге стране, могуће је да странке склопе поравнање пред надлежним органом управе, што се онда у Италији сматра јавноправним уговором. Ако нема договора, онда о накнади одлучује суд, а у међувремену надлежни орган доноси декларацију о експропријацији и тиме се ствара правни основ за преношење својине.

У немачком Уставу (*Grundgesetz*) су садржане основне одредбе о могућности да се врши експропријација и предвиђена су ограничења која у том погледу важе. Тако је предвиђено да је експропријација дозвољена само онда када је то у општем интересу, да мора бити уређена законом или прописом који је заснован на закону и да се тим прописом мора истовремено уредити начин и одмеравање правичне накнаде, као и да се приликом експропријације мора водити рачуна о принципу сразмерности између заштите општег интереса и накнаде

¹⁷ Luigi Delpino, Federico Del Giudice, *Diritto Amministrativo*, Edizioni Simone, Napoli 1992¹⁰, 556.

¹⁸ Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano 1988², 1149.

¹⁹ *Gazzetta Ufficiale* n. 189 del 16 agosto 2001.

дотадашњем власнику. Истовремено је Уставом загарантовано да се у случају спора око висине накнаде може водити судски поступак.²⁰

Полазећи од уставних одредби, у Немачкој је експропријација уређена у више различитих посебних прописа у посебним областима, а често и прописима за чије доношење су надлежне поједине немачке покрајине. За све њих је заједничко да експропријација може да се врши само онда када то тражи општи интерес, када циљ експропријације не може да се оствари на други начин и да експропријацији увек мора да претходи озбиљна понуда за куповину некретнине која је била одбијена. У том смислу, према немачком Закону о изградњи (*Baugesetzbuch*) из 1960. године (параграф 87):²¹

„(1) Експропријација је дозвољена само у појединачним случајевима, ако јавни интерес то захтева и одузимање не може ни на један други разуман начин да се постигне.

(2) Претпоставка за експропријацију је да је подносилац захтева за експропријацију покушао озбиљно и под одговарајућим тржишним условима да за земљиште које је предмет експропријације, под разумним условима, у складу са одредбама § 100 ст. 1 и 3 понуди другу земљу, али да је то било узалуд. Подносилац захтева за експропријацију мора да покаже да ће имовину користити у разумном року за намењену сврху.

(3) Експропријација земљишта које се припрема за изградњу објеката (§ 85, ст. 1, тач. 1), или треба да се врати у грађевинску употребу (§ 85 ст. 1, тач. 2), може да се врши у корист општине или за потребе носилаца јавног интереса. У случајевима из § 85 ст. 1, тач. 5 експропријација земљишта може да се врши у корист имовине само оних инвеститора који су у стању да спроведу грађевинске радове у разумном року и дужни су да то учине. Када је у питању санација одређених области, експропријација може да се врши у корист општине, али и у корист одређеног носиоца санације.“

Овим немачким прописом одређени су и циљеви експропријације. Наиме, експропријација може да се врши:

1. ради коришћења земљишта у складу са одредбама урбанистичког плана или ради припреме таквог коришћења,

2. ради затварања слободних парцела или привођења намени за грађевинске сврхе неизграђеног или слабо изграђеног земљишта које се не налази у урбанистичком плану, али је повезано са изграђеним деловима места.²²

²⁰ Устав Савезне Републике Немачке из 1949. године (BGBl. S. 1), чл. 14, ст. 3.

²¹ Верзија Закона објављеног у *Bundesgesetzblatt*, од 23. септембра 2004. године.

²² Исто, параграф 85, ст. 1, тач. 1 2.

Поступак експропријације се води пред (најчешће) локалним органом и уз примену правила управног поступка. Само у случају спора око накнаде за експроприсану некретнину одлучивање се преноси на редовне судове.

У Аустрији је питање експропријације решено на сличан начин као у Немачкој. Посебним прописима у појединим областима, како на савезном, тако и на покрајинским нивоима, предвиђа се могућност експропријације. Примера ради, то су прописи о путевима (и на савезном и на покрајинским нивоима), прописи о изградњи, прописи о уређењу простора, прописи о ваздушном саобраћају, прописи о шумама, планинама, водама, електричној енергији, прописи о водоводу, преношењу енергије, прописи о заштити природе, прописи о туризму, итд. За све аустријске прописе заједничко је да се на поступак експропријације примењују правила управног поступка у погледу доношења одлуке о дозвољености експропријације, предмета експропријације, обима и начина експропријације. Одлука о експропријацији има карактер управног акта.²³ Питање правичне накнаде спада у надлежност судова.

У Сједињеним Америчким Државама је, све до петог амандмана на Устав, у оквиру права врховне својине (*eminent domain*) било могуће одузимање земљишта и без икакве накнаде. Почевши од петог амандмана из 1791. године, уведена су одређена ограничења. Овај амандман, чији је већи део везан за права грађана у кривичном поступку, у својим завршним одредбама забрањује одузимање имовине у сврху јавног коришћења (*public use*) без правичне накнаде. У овој земљи се као основна сврха експропријације наводи „јавна употреба“, а не јавни или општи интерес или јавна корист, као што је то случај у неким другим правним системима, али је смисао исти. Иначе, експропријација је уређена прописима појединих држава чланица САД, тако да у том погледу могу постојати разлике.

Одлучивање о експропријацији је и у Сједињеним Америчким Државама у надлежности управе, а не судства (одлука о експропријацији се назива „кондемнација“ – *condemnation*), али се о правичној накнади увек одлучује пред судским органима. Но, за САД је карактеристично да и управа мора да се обрати суду уколико је потребно да дође до принудне реализације, а процедура је различито уређена у појединим државама. У неким државама не постоји скоро никаква процедура за експропријацију, док има и оних држава у којима је ово питање детаљно уређено.²⁴

²³ Erich Feil, *Enteignung und Enteignungsschädigung*, Linde Verlag, Wien 2011, 15.

²⁴ Преглед процесних одредби у појединим државама САД вид. код Zachary D. Hudson, „Eminent Domain Due Process“, *The Yale Law Journal* 119, 6/2010, 1322 1327.

У Уједињеном Краљевству се експропријација назива „обавезном куповином“ (*compulsory purchase*) и одлуку о томе доноси надлежни државни орган. У пракси су то, најчешће, у складу са посебним прописима, локални органи. У овој земљи је 2004. године Парламент Уједињеног Краљевства усвојио Закон о планирању и принудној продаји.²⁵ Овим законом су уређена питања регионалног и локалног развоја, планирања, контроле и овај пропис посебно садржи одредбе о експропријацији (принудној куповини).

Експропријацији се у Уједињеном Краљевству приступа ради реализације јавног интереса онда када до некретнине не може да се дође купопродајом. Одлука о експропријацији се назива „наредба о принудној продаји“ (*Compulsory Purchase Order*). Власници могу да изјаве приговор против наредбе и о томе одлуку доносе посебни независни инспектори. Око висине правичне накнаде власници одузете некретнине могу да воде судски спор и суд може да им досуди не само тржишну вредност некретнине, него и изгубљену зараду, као и све евентуалне трошкове настале због експропријације.²⁶

5. ЕКСПРОПРИЈАЦИЈА У ВАЖЕЋЕМ СРПСКОМ ПРАВУ

Експропријација као вид преношења својине на непокретностима присутна је у нашем праву одавно. У важећем Уставу из 2006. године дати су општи оквири за експропријацију, који су разрађени Законом о експропријацији.

Према уставној норми „право својине може бити одузето или ограничено само у јавном интересу утврђеном на основу закона, уз накнаду која не може бити нижа од тржишне“.²⁷ Тако је Уставом одређено шта је циљ експропријације: јавни интерес и предвиђен минималан износ за накнаду за одузету имовину, која не може да буде нижа од тржишне вредности одређене непокретности.

Детаљне одредбе о експропријацији су садржане у Закону о експропријацији. За потребе овог рада ограничићемо се на само на оне одредбе Закона које помажу у давању одговора на постављено питање о правној природи института експропријације.

Поступак експропријације у нашем праву је састављен од одређених фаза, при чему се припремне радње понекад могу вршити још пре утврђивања јавног интереса. У том смислу, прва фаза је утврђивање јавног интереса, након чега следи доношење решења о

²⁵ *The Planning and Compulsory Purchase Act, 2004.*

²⁶ Ronald Collier, „Compulsory Purchase and Condemnation: a Comparison of Procedures“, *The Appraisal Journal*, Washington, January 1968, 121.

²⁷ Чл. 58, ст. 2 Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 37/06.

експропријацији, а последњу фазу представља утврђивање накнаде за експроприсану непокретност.

Утврђивањем јавног интереса започиње поступак експропријације у формалном смислу. Јавни интерес за експропријацију утврђује Влада Републике Србије, на предлог одређеног корисника експропријације који се подноси преко Министарства надлежног за финансије. Утврђивање јавног интереса представља доношење одлуке да је изградња неког објекта или извођење радова на одређеном месту од јавног интереса. Претпоставку за доношење такве одлуке представља постојање законског основа и да је, у складу са законом, донет одговарајући плански акт којим је на одређеном земљишту предвиђена изградња одређених објеката. У Закону је наведено да се јавни интерес може утврдити „ако је експропријација непокретности неопходна за изградњу објеката у области: образовања, здравства, социјалне заштите, културе, водопривреде, спорта, саобраћајне, енергетске и комуналне инфраструктуре, објеката за потребе државних органа и органа територијалне аутономије и локалне самоуправе, објеката за потребе одбране земље, као и за изградњу станова којима се решавају стамбене потребе социјално угрожених лица“.²⁸

Поред овог случаја, Влада може да утврди постојање јавног интереса и ако је „експропријација непокретности неопходна за експлоатацију минералних сировина, за обезбеђење заштите животне средине и заштите од елементарних непогода, укључујући и изградњу објеката и извођење радова за ове потребе, као и за прибављање неизграђеног земљишта потребног ради расељавања насеља или дела насеља, ако је на подручју тог насеља или дела насеља утврђен јавни интерес за експропријацију непокретности ради експлоатације минералних сировина, као и у другим случајевима предвиђеним законом“.²⁹

Поред изградње објеката који су већ наведени, јавни интерес за експропријацију може да се утврди и за оне „непокретности које су према уговору о заједничком улагању у привредно друштво, односно о заједничком оснивању привредног друштва, који је закључила Република Србија, неопходне за обезбеђење неновчаног улога Републике Србије у то друштво, а које су обухваћене тим уговором или одговарајућим планским актом“.³⁰

О утврђивању јавног интереса Влада одлучује у форми решења које има карактер првостепеног управног акта. У складу с

²⁸ Закон о експропријацији ЗОЕ, *Службени гласник РС*, бр. 53/95; *Службени лист СРЈ*, бр. 16/01 одлука Савезног уставног суда; *Службени гласник РС*, бр. 20/09, чл. 20, ст. 1.

²⁹ ЗОЕ, чл. 20, ст. 2.

³⁰ ЗОЕ, чл. 20, ст. 3.

општим правним режимом, предвиђеним у Закону о општем управном поступку, против првостепених решења Владе никада не може да се изјави жалба.³¹ Но, у Закону о експропријацији је изричито предвиђено да против решења Владе о утврђивању јавног интереса може да се покрене управни спор. Рок за покретање управног спора износи 30 дана од дана објављивања решења Владе у „Службеном гласнику Републике Србије“.

Након утврђивања јавног интереса започиње поступак експропријације у ужем смислу речи. Поступак за експропријацију спроводи служба општинске управе надлежна за имовинскоправне послове на чијем подручју се налази одређена непокретност. Пре доношења решења, орган је свакако дужан да саслуша власника непокретности о чињеницама од значаја за експропријацију. Ове послове општине и градови врше као поверене послове државне управе.

О предлогу за експропријацију се одлучује решењем. Општинска управа може да усвоји предлог корисника експропријације, ако су испуњени законом предвиђени услови, или да га одбије, ако нису доказане све потребне чињенице, односно поднете све неопходне исправе. Првостепено решење о експропријацији подлеже општем правном режиму управних аката, тако да против њега може да се изјави жалба. У другостепеном управном поступку решава министарство надлежно за послове финансија. У Закону о експропријацији је предвиђено да је решење о експропријацији непокретности ништаво ако се донесе, а да претходно није утврђен јавни интерес. У складу с општим правним режимом, против другостепеног решења може да се води управни спор.

Након што решење о експропријацији постане правноснажно корисник експропријације стиче право да ступи у посед експроприсане непокретности. У изузетним случајевима, Министарство финансија може и пре правноснажности, ако је то неопходно због хитности изградње одређеног објекта или извођења радова, да дозволи ступање у посед. Међутим, неопходна претпоставка за дозволу превременог ступања у посед јесте да корисник експропријације претходно утврди потребне елементе за одређивање висине накнаде.

О накнади за експроприсану непокретност се не одлучује у оквиру решења о експропријацији, него се то чини касније споразумом странака или пред надлежним судом. Све до правноснажности решења о експропријацији корисник експропријације може да одустане од предлога.³² У том случају, будући да предлагач није више за-

³¹ Закон о општем управном поступку ЗУП, *Службени гласник РС*, бр. 30/2010, чл. 214, ст. 2.

³² Опште правило формулисано у Закону о општем управном поступку (чл. 121) гласи да странка може да одустане од свог захтева у току целог управног

интересован за експропријацију, не постоји ни разлог за даље вођење поступка те се он закључком обуставља.

Правни режим решења о експропријацији је другачији у односу на друге управне акте. Наиме, ово решење може да се поништи или измени увек када то корисник експропријације и ранији власник заједнички захтевају, као и ако корисник експропријације у року од три године од правноснажности одлуке о накнади, односно од дана закључења споразума о накнади, није извршио, према природи објекта, знатније радове на објекту ради чије је изградње извршена експропријација. Овај рок је двоструко дужи, износи шест година, ако се ради о експропријацији која се врши за потребе експлоатације рудног блага на површинским коповима.

Након што решење о експропријацији постане правноснажно започиње поступак утврђивања накнаде. Накнада може да се утврди споразумно или пред судом.

Споразумно одређивање накнаде има карактер поравнања склопљеног у управном поступку. После правноснажности решења о експропријацији општинска управа има обавезу без одлагања закаже и одржи расправу за споразумно одређивање накнаде.³³ У току припреме расправе, корисник експропријације је дужан да поднесе писмену понуду о облику и висини накнаде у року који не може бити дужи од 15 дана од правноснажности решења о експропријацији. Ту понуду општинска управа мора без одлагања да достави ранијем власнику. Сама општинска управа је дужна да прибави све податке о чињеницама које би биле од значаја за одређивање накнаде. Споразум се уписује у записник и сматра се да је закључен када га странке потпишу. Споразум о накнади има снагу извршне исправе, што значи да се може и принудним путем реализовати. С обзиром на природу обавезе извршење се спроводи по општим правилима судским путем ако се странке споразумеју о новчаној накнади, а ако се споразумеју о неком другом облику накнаде, који није новчани, тада се примењују правила административног извршења и такав споразум о поравнању извршава општинска управа.

Општинска управа мора приликом склапања поравнања да води рачуна о одредбама ЗУП-а, што значи да мора да води рачуна о јавном интересу, јавном моралу, односно правним интересима трећих лица. У Закону о експропријацији је још предвиђено да ће општинска управа одбити закључење споразума о накнади ако би тај споразум био у супротности са позитивним прописима.³⁴ Против акта којим се

поступка. У ЗУП у није прецизирано шта се сматра крајем поступка, али у правној теорији и пракси преовлађује став да је то до доношења другостепеног решења.

³³ ЗОЕ, чл. 56, ст. 1.

³⁴ ЗОЕ, чл. 58, ст. 1.

одбија закључење споразума не може да се изјавити посебна жалба. Тада се поступа на исти начин као и када нема никаквог споразума, што значи да општинска управа мора без одлагања да све списе предмета достави надлежном суду који ће одлучивати о накнади. То се дешава и у случају да странке не постигну споразум у року од два месеца од правноснажности решења о експропријацији. Ранији власник и корисник експропријације могу и непосредно да се обрате суду ако надлежна општинска управа пропусти да предмет проследи надлежном суду. Тиме се у потпуности завршава улога управе у поступку експропријације и надлежност преноси на суд.

6. ЗАКЉУЧАК

Експропријација представља одузимање или ограничавање својине на непокретностима и као таква је позната у скоро свим земљама под различитим називима. Анализа је показала да је за све земље заједничко то да се експропријација спроводи ради реализације неког јавног интереса, који нигде није законски дефинисан. Поред тога, за све земље је карактеристично и то да се у поступку експропријације могу разликовати различите фазе, од којих је једна управна, а друга судска. У управној фази се остварује основни циљ експропријације – преношење својине са појединца или правног лица на одређеног корисника експропријације. Читава експропријација може и да се заврши само с управном фазом, ако учесници експропријације склопе споразум о накнади за експроприсану имовину пред надлежним органом управе, што има карактер поравнања склопљеног у управном поступку. У том случају је експропријација од почетка до краја регулисана нормама управног права. До примене норми грађанског права може да дође само уколико не постоји споразум о накнади за експроприсану имовину и тада се надлежност преноси на судске органе који у ванпарничном поступку одређују правичну накнаду. Но, одређивање правичне накнаде не одлаже саму експропријацију, нити задржава извођење радова због којих се приступило експропријацији.

Укупно излагање је показало да је, како у упоредном праву, тако и код нас, експропријација мешовит правни институт у коме изразито претежу јавноправни елементи. Предмет експропријације јесте имовина (што је основни домен регулисања материје грађанског права), с обзиром на то да у експропријацији долази до преношења или ограничавања права на непокретностима, али то није једини случај да се неке правне норме из управноправне гране односе на имовину.

У свим анализираним правним системима за суштину експропријације је битно да до преношења својине може да дође без сагласности дотадашњег власника. Штавише, може се рећи да је непостојање сагласности претходног сопственика претпоставка за приступање експропријацији. У противном, ако сагласност постоји, онда до преношења својине долази успостављањем грађанскоправног односа, тј. склапањем купопродајног уговора. Извршење решења о експропријацији у случају потребе спроводи се принудним путем и при том не може да дође до замене неком санкцијом, обештећења и сл., што је карактеристично за управноправне односе, а није типично за грађанскоправни однос.

Према прописима Републике Србије, експропријација има три фазе. Прва и друга фаза имају доминантно јавноправни карактер – утврђивање јавног интереса и доношење решења о експропријацији, док се трећа фаза, везана за правичну накнаду, као један од суштинских елемената ове установе, такође може да заврши по правилима управног поступка, ако се склопи поравнање о накнади. Једино ако то изостане, надлежност се преноси на суд. Тада се примењују правила грађанског управа. У новијем француском праву се улога управе завршава с утврђивањем јавног интереса, док о свему осталом одлучује експропријациони судија.

На основу спроведене анализе страног и српског законодавства следи закључак да је експропријација мешовит институт који садржи знатно више јавноправних него приватноправних обележја, мада они могу сачињавати важан део његове правне физиономије. У том смислу, експропријација се ипак може сматрати претежно управноправним институтом.

Dr. Dragan Milkov

Professor

University of Novi Sad Faculty of Law

COMPULSORY PURCHASE (EXPROPRIATION) BETWEEN PRIVATE AND PUBLIC

Summary

Compulsory purchase (eminent domain, expropriation) is a form of deprivation or restriction of ownership of real estate that occurs to the public interest. The need for expropriation occurs when the transfer of property can not come to agreement with the owner.

Expropriation occurs in almost all countries under different names, but it is characteristic for all legal systems that there is always the same or similar purpose for which the property is taken. It is the construction of some objects that are of public interest.

Serbian legal theory has not yet attained proper attention to dual legal nature of this institution, and attitudes of particular authors on that issue are usually strongly marked by academic discipline they belong to. Public (administrative) or private (civil) law legal nature of expropriation can be determined only on the basis of prevailing features, rather than according to their exclusiveness. This paper tends to show that, according to the regulations of the Republic of Serbia, similarly as in other legal systems analysed in the article, expropriation is a mixed legal institution with much more public than private legal elements.

Key words: *Public interest.– Property.– Property deprivation.– Legal nature of expropriation.*

Др Зоран Мирковић*

Др Марко Ђурђевић**

ПРАВИЛА О ПОКЛОНУ У СРПСКОМ СРЕДЊОВЕКОВНОМ ПРАВУ

Римско византијско право било је значајно извориште права средњовековне српске државе. Такво правно наслеђе, заједно с хришћанском вером, је нашло израз већ у првом српском законском зборнику – Законоправилу. Настао радом првог српског архиепископа Саве, овај зборник правних прописа оставио је неизбрисив траг у правном животу Срба почев од средњег века, све до првих писаних закона у Србији у трећој и четвртој деценији XIX века.

Римско византијски концепт доминантан је у прописима Законоправила о уговору о поклону, чија анализа заузима већи део простора у овом раду. Принципи на којима је овај концепт био заснован: добровољност, форма и посебни материјалноправни услови који су били потребни за настанак уговора, начелна неопозивости и изузетна опозивост – постављени су у правилима Прохирона, као главног темеља на који се ослањало Законоправило. Тек незнатно, она су трпела утицаје средине у којој су примењивана. Анализира се и регулисање поклоне у законодавству цара Душана (тачније, Скраћеној Синтагми), Закону о рудницима деспота Стефана Лазаревића, а сагледавају се и поједини сачувани примери уговора о поклону. Поред вероватног утврђивања пунолетства по одредбама обичајног права као услови за пуноважност поклоне, у једном периоду српске историје појављује се уздарје, тј. обдареникова противчињидба даро давицу, која се састојала у предаји ствари незнатне вредности у односу на дар.

Аутори закључују да су римско византијска правила о уговору о поклону, постављена још у Законоправилу под утицајем Прохирона, наставила да живе, како кроз законодавство, тако и у пракси, и током наредних векова. Обичај их је можда тек незнатно модификовао у понеком детаљу (као, на пример, одређивање узраста који се тражио за пуноважност располагања путем уговора о поклону), али је темељ, у основи постављен у XIII веку, наставио

* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, zoranm@ius.bg.ac.rs.

** Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, markodj@ius.bg.ac.rs.

да држи зграду ове правне установе све до у праскозорје прве модерне српске кодификације грађанског права у Грађанском закону од 1844. године.

Кључне речи: Римско византијско право. Средњовековно српско право. За коноправило Светога Саве. Прохирон. Душаново законодавство. Ударје.

1. УВОД

Српска државна и правна организација у средњем веку је настала на класичном римском (ромејском) земљишту и природно је примала установе и појмове из римско-византијске државне организације и правног уређења. Питање избора није се ни постављало, као у случају неких других европских народа; оно је било решено самим местом настанка средњовековне државе и њеног права.¹ Римско-византијско правно и државно уређење, стопљено с примањем хришћанства, су постепено, али сигурно и незадрживо, довели до дубоког друштеног преображаја.² Размере тог преображаја су, вероватно, потоњим генерацијама биле тешко сагледиве. Много онога што је пре њега било обично и познато, пало је у заборав, а ново и непознато крчило је пут ка подмиривању потреба новог времена и нове средине. Поглед на промене које су се одиграле у праву и правним установама могу се лепо сагледати на примеру уговора о поклону.³

Увид у најстарије слојеве словенског права о поклону, нажалост, затамњен је вековима који иза себе нису оставили писане трагове. Истраживач раног словенског права (до X века), Карло Кадлец, је записао: „Чак ни поклон није вероватно био једна честа појава, јер предмети, на којима се је створила колективна својина, нису се уопште могли даровати, па при томе у колективним заједницама је слобода индивидуалног располагања била за појединце врло ограничена. На тај начин цео се је облигациони промет сводио на размену и

¹ Вид. Стојан Новаковић, „Средњовековна Србија и римско право“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1/1906, 209-226.

² „Као год књига, писменост и уметност и друштвени ред у опште тако су и закони међу Србе дошли с вером, као прост и обичан део реда за који се мислило да вери самој припада и који се тога ради с вером и установама њеним уносио... И колико је год оним људима вера долазила као нова вера, толико им је исто, и може бити још више, долазила и као нов закон“. Ове знамените речи је написао Стојан Новаковић у тексту „Почетак писаних закона у старој српској држави“, који је био предговор за књигу *Законик Стефана Душана цара српског 1349 и 1354* (на ново издао и објаснио С. Новаковић), Београд 1898, VII-VIII.

³ Кратак поглед на уговор о поклону у римско византијском праву вид. код Zacharia von Lingenthal, *Geschichte des griechisch römischen Rechts*, Dritte verbesserte Auflage, Berlin 1892, 302-306.

куповину – продају“.⁴ По стварању словенског писма крајем IX века, када Методије (како то стоји у његовом Панонском житију⁵) преводи на словенски језик и први црквено-световни законик, тзв. Методијев номоканон (*Liber Sclavorum qui dicitur Methodius*), преузимање римско-византијских установа добило је пуни замах. Поред црквених правила и решења за верска питања, номоканони су садржали и световне законе. Ипак, стварни утицај византијског световног права на формирање локалних народних обичаја тешко је утврдити, јер недостају и елементарни подаци, а камоли збирке обичајног права из тог времена, каквих има у изобилију код других народа, поготово Германа, почев још од *Lex Salica*.

Први српско-словенски Номоканон – Законоправило, настао је 1219. године радњом архиепископа Саве (Немањића). Његовом заслугом унето је у Србију и римско-византијско световно право, нарочито Прохирон („Градски закон“ – како га назива Законоправило), чије су норме биле преко потребне да би се млада српска држава правно уредила.⁶ Цео Прохирон чинио је 55. главу Законоправила и био је подељен у 40 „грана“.⁷ Постојање неколико сачуваних преписа Законоправила, који су настајали у релативно кратком временском периоду, сведоче о томе да је потреба за њиме била врло велика у правном животу Срба (Иловички препис настаје 1262, Рашки 1305, Дечански 1340, Пчињски 1370. године, итд). У XIII веку Законоправило је прихваћено и у Бугарској, а касније и у Русији, где је и добило своје треће име – Крмчија (Кормчаја књига – крманошка књига, која води човека у животу, као што крма, кормило усмерава брод).

⁴ Карло Кадлец, *Првобитно словенско право пре X века* (превео и допунио Ф. Тарановски), Београд 1924, 88. И у германском праву се облигациони промет својој купопродаји и размену, в. Hermann Conrad, *Deutsche Rechtsgeschichte, Frühzeit und Mittelalter*, I, Zweite neubearbeitete Auflage, Karlsruhe 1962², 44.

⁵ Александар Соловјев, *Светосавски Номоканон и његови нови преписи* (од штампано из „Братства“ XXVI), Београд 1932, 22 23.

⁶ Од бројне литературе скрећемо пажњу првенствено на истакнути рад у коме се резимирају питања у вези са Законоправилом која је наука углавном решила, као и она која су остала отворена, Димитрије Богдановић, „Крмчија светога Саве“, *Зборник радова са међународног научног скупа Сава Немањић свети Сава историја и предање, I*, одржано децембра 1976, САНУ, Научни скупови, књ. VII (ур. В. Ђурић), Београд 1979, 91 99.

⁷ Прохирон је настао између 870. и 879. године и, како му сам наслов показује, представљао је зборник византијског права који је издао цар Василије I Македонски, првенствено као *приручник* за практичну употребу. Из непрегледне масе законских прописа из Јустинијановог доба он издваја најважније одредбе грађанског (и до некле јавног) права, систематски сређене у 40 титулуса, вид. Георгије Острогорски, *Историја Византије*, Београд 1996², 235 236; Z. von Lingenthal, 23 24. Због јасноће и прегледности остао је у примени у Византији још скоро пуних пет векова, све до пропасти Византије. Отуда је, како због практичности, тако и због дуготрајности, његов утицај на околне словенске народе био изузетан.

Оцењујући утицај Законоправила светога Саве на развој права у другим словенским народима Оболенски бележи да им је оно пружи-ло „јединствен приручник канонског и световног права“ и постало основни закон српске, бугарске и руске православне цркве.⁸

Законоправило је посветило поклону, односно дару, како га је назвало, две „гране“ у Прохирону: дванаесту, под насловом „О дару“, и тринаесту – „О опозиву дара“. Још два члана која су уређивала поклон била су на одвојеним местима. Један у грани 31, која је носила наслов „О накнади“ (седми члан), а други у грани 32, насловљеној „О деоби“ (четврти члан).⁹ Поред тога, у грани шестој биле су смештене одредбе о предбрачним поклонима, а у грани десетој одредбе о поклонима између мужа и жене.¹⁰ Ти поклони нису предмет овог рада, јер су подвргнути посебном режиму у оквиру брачног права.¹¹

За означавање поклона уобичајени српски средњовековни термини су били „дар“ и „поклон“. Реч „поклон“, као и глагол „поклонити (се)“, у српским средњовековним изворима употребљавала се у двојаком значењу: а) као наклон, поклоњење, *corporis inclinatio*, и б) дар, *donum* (у овом значењу Ђура Даничић наводи неке примере: „што ми кто да својом вољом поклон“, „што човек човеку за љубав да и поклони“).¹² У свом првом значењу, „поклон је представљао и посебну натуралну дажбину, коју су зависни земљорадници давали својим феудалним господарима“.¹³ Употребљаван је и глагол грчког

⁸ Димитри Оболенски, *Византијски комонвелт* (прев. К. Тодоровић), Београд 1996, 379.

⁹ *Крмчија морачка* (Опис рукописа Фотијеви предговори Градски закон), описао и издао архимандрит Нићифор Дучић, Гласник Српског ученог друштва, II одељење, књига VIII, Београд 1877, 62–64, 96–97. У тексту ће бити коришћен овај, тзв. Морачки препис из 1615. године, јер се, као најстарији објављени препис, најчешће користио у науци. Преводи назива грана су преузети из дела *Законоправило или Номоканон светога Саве* (Иловички препис, 1262. година), фототипија, приредио и прилоге написао Миодраг Петровић, Горњи Милановац 1991, 305а, 305б, VIII.

¹⁰ Вид. више драгоцен рад Срђан Шаркић, „Поклон у средњовековном српском праву“, *Истраживања* 17/2006а, 9, где овај писац детаљно сагледава еволуцију поклона од римског, преко посткласичног и Јустинијановог права, све до каснијег византијског и средњовековног српског права. Анализу нарочито концен трише на прописе садржане у Властаревој Синтагми, а потом на поједине случајеве поклона учињених цркви поменуте у Хиландарском типиксу (1198), Немањине повеље манастиру Хиландар из исте године, указујући на неопозивост оваквих врста поклона и на разлику у односу на царске поклоне властели, који нису били неопозиви. За разлику од Шаркићевог рада, главни акценат је овде стављен на прописе који су садржани у Законоправилу.

¹¹ *Крмчија морачка*, 56–57.

¹² *Рјечник из књижевних старина српских, дио други*, написао Ђуро Даничић, Биоград 1863, 346–347.

¹³ *Лексикон српског средњег века* (прир. С. Ћирковић, Р. Михаљчић), Београд 1999, 539 (Милош Благојевић).

порекла „харисати“,¹⁴ а за бесплатна давања храмовима и манастирама коришћене су речи „за душу дати“, „приложити“, „записати“, итд.¹⁵

2. ПРАВИЛА О ПОКЛОНУ У ЗАКОНОПРАВИЛЈУ СВЕТОГА САВЕ

У правилима о поклону из гране дванаесте и тринаесте Законоправила био је садржан појам поклона, прописани услови за настајак и разлози за опозив уговора о поклону. Посебна пажња била је посвећена поклонима за случај смрти.

2.1. Појам поклона

Почетно правило из гране дванаесте говори о томе да постоје две врсте поклона. Прву сачињавају они који се чине за живота и производе дејство за живота поклонодавца и поклонопримца, а другу поклони који се извршавају након смрти и тек после поклонодавца производе дејство („бивају потврђени“).¹⁶ У погледу животних поклона вреди приметити да их је Законоправило објаснило на начин који значајно одступа од метода који је много касније, у XIX и почетком XX века, коришћен у законодавној техници приликом дефинисања поклона. Док се у савременим кодификацијама

¹⁴ „Харисати (χαρίζεiv) значи без сумње поклонити приватном лицу из љубави, држимо да тај израз важи нарочито за *donatio inter vivos*. Тај грчки израз, који се јавља у повељама Душанова доба као обележје потпуног права својине, најбољи је доказ да се појам уговора о поклону развио у српском праву под јаким утицајем византијског права још пре Душанова доба“ (Александар Соловјев, *Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка*, Скопље 1928, 115; А. Соловјев, *Законик цара Стефана Душана 1349. и 1354. године*, Београд 1980, 206). У овом смислу наводи и Ђ. Даничић пример за реч „харисати, χαρίζεiv, donare“ (*Рјечник из књижевних старина српских, дио трећи*, написао Ђ. Даничић, Београд 1864, 408).

¹⁵ О терминологији која се користила за означавање поклона, вид. детаљније у једином новијем раду на српском језику који се непосредно односи на ову тему, С. Шаркић, (2006а), 11: „Сам чин поклањања имовине у српским правним споменицима означава се изразима *записати, приложити, подложити, приносити, даровати и дати*, из чега су изведене именице *записаније, приложеније, приношењеније и дар*“. Вид. и Т. Тарановски, (1935), 101.

¹⁶ „Међу даровима једни се дају за живота, подразумевају захвалност и добродетелство према живом дародавцу и изискују (узвратну) благонаклоност, а други након смрти, и тек након смрти, која је такорећи услов даривању, бивају извршени и потврђени; наиме, пре него што дародавац премине, прималац неће располагати ни чим од подареног добра, јер је придодата одредба након смрти“ (*Крмчија морачка*, 12, 1). Аутори текста дугују захвалност проф. др Александру Ломи, дописном члану САНУ, који је за потребе овога рада превео све одредбе о „дару“ из Законоправила, осим прописаних у грани 31, 7 и 32, 4).

грађанског права поклон посматра и одређује из угла поклонодавца, као његово (добровољно) давање,¹⁷ докле је у Номоканону поклон наглашено одређен са становишта поклонопримца. У његовом тексту је давање поклонодавца стављено у други план. То је разумљиво, јер је поклон конципиран тако да настаје у моменту када је ствар која је предмет поклоне предата другој страни. У први план је, стога, истакнута правна ситуација која настаје после предаје, коју по овом концепту испуњавају дужности поклонопримца на захвалност, добротинство и узвратну благонаклоност према поклонодавцу.

Дужност захвалности приспела је у српско право сасвим сигурно као део римске правне заоставштине, у којој је још од краја III и почетка IV века била присутна идеја да поклонопримац мора исказивати посебно поштовање према поклонодавцу.¹⁸ Међутим, за дужност добротинства и узвратне благонаклоности, која је уз захвалност поменута у грани 12, 1, не би се могло рећи с потребном дозом сигурности одакле потиче. Она није дело римског права. Током читавог периода његовог трајања оно је у поклону видело искључиво имовинско добротинство поклонодавца и имовинску корист за поклонопримца. Од поклонопримца је тражило само захвалност, али је и она била без икаквог значаја за правну квалификацију поклоне.¹⁹ О захвалности се водило рачуна само приликом одлучивања о захтеву поклонодавца за опозив. Узвратно имовинско добротинство поклонопримца, које би представљало корист поклонодавцу, супротстављало се природи поклоне као једностраног добротиног давања. Само у једном случају, и то тек у доба Јустинијана, посредно је био признат значај поклонопримчевом добротинству. Уколико је било исказано претходно учињеном бесплатном услугом поклонодавцу, Јустинијаново право је прихватило да карактер поклоне може имати и наградни поклон то јест, давање поклонодавца на име награ-

¹⁷ Овај метод дефинисања примењен је, на пример, у Српском грађанском законнику и Немачком грађанском законнику. Према правилу којим је уређен појам поклоне у српској кодификацији „поклон бива кад ко добровољно другоме што да, нештући, нити примајући икакве за то никакве наплате“, *Грађански законик Краљевине Србије са кратким објашњењима од др. Лазара Марковића*, Геца Кон, Београд 1921, 259 (§ 561). Дефиниција из немачког права је другачија, али је и у њој снажно наглашено да је суштина поклоне у давању: „Давање којим неко другога из своје имовине обогаћује је поклон, ако су обе стране сагласне да је ово давање бесплатно“, *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 518, <http://www.buergerliches-gesetzbuch.info>.

¹⁸ А. Маленица, позивајући се на Цицеронову расправу *О пријатељству*, примећује да је у римској филозофији владало гледиште да поклони не обавезују на захвалност јер се великодушја не чине због тога би се другога добило признање, али да је у праву, већ од краја трећег и почетка четвртог века, било дефинитивно прихваћено да поклонопримац на учињени поклон мора узврати поштовањем, вид. Антун Маленица, *Поклон у римском праву*, Институт за упоредно право, Београд, 1981, 240.

¹⁹ *Ibid.*, 234.

де за такву услугу.²⁰ Због тога, чини се да би корене поклонопримчеве дужности добротинства и узвратне благонаклоности требало тражити на другој страни. Њено прописивање у Законоправилу могло је доћи као израз специфичног схватања о уговору код словенских народа. Том схватању, наиме, било је непојмљиво да из сагласности две стране може настати обавеза само за једну.²¹ Уговора није било ако се њиме нису обавезале обе стране, односно уколико је само једна страна требало да нешто да, а за дато ништа не прими. Зато ни поклон није могао ни бити замишљен као уговор, ако би на основу њега био обавезан само поклонодавац. Да би постојао уговор (о поклону) и поклонопримац је према поклонодавцу морао бити обавезан на добротинство и благонаклоност.

2.2. Услови за настанак уговора

2.2.1. Форма

Током развоја римског права настанак поклона је био подвргнут формалним условима који су се мењали. У завршној фази развоја, у Јустинијановом праву, поклон је постао уговор²² који је могао да настане ако је сагласност уговорних страна била изражена у писаној исправи. Ако је вредност предмета поклона била нижа од 500 солида, поклон је настајао и из усменог споразума између поклонодавца и поклонопримца. Међутим, и за писмени поклон и за неформални споразум била је потребна *insinuatio*, јавна регистрација поклона.²³ Средњовековна права преузела су из Јустинијановог времена правило да је писмени облик неопходан за све поклоне веће вредности, а као граничну суму узела су управо износ који је он одредио, конвертовану у тада важећи новац.²⁴

²⁰ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, 495. О овој специфичној врсти поклона, вид. више Марко Ђурђевић, „Наградни поклон“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2011, 160 177.

²¹ Ово схватање о уговору код словенских народа изложио је А. Соловјев, који у поимању поклона као двострано обавезног уговора види корене ударја које се појављује у исправама о поклону у праву неких словенских народа у периоду од XI до XVI века, вид. Александар Соловјев, „Приватно правни уговори XVI века из Пољичке жупе“, *Архив за правне и друштвене науке* 45/1934, 415.

²² R. Zimmermann, 495; А. Маленица, 289. Према схватању Б. Благојевића, поклон ипак, ни у Јустинијановом праву, није био уговор него законски пакт (*pacitum legitimum*), вид. Борислав Благојевић, *Римско право. Грађански поступак. Облигационо право*, Одбор за уџбенике Стручног удружења студената прва, Београд 1946, 173 174.

²³ R. Zimmermann, 495.

²⁴ Vesna Radović, *Razvitak i pravna problematika darovanja* (doktorska disertacija), Zagreb 1979, 205 215.

Српско средњовековно право није кренуло овим путем. У одредбама Законоправила о поклону није споменуто ни писмена исправа, ни јавна регистрација поклона. То, ипак, не значи да за настанак поклона није било потребно да буде испуњен формални услов. Наиме, усмена сагласност поклонодавца и поклонопримаца изгледа да није била подобна да произведе правна дејства без предаје ствари која је била предмет поклона. О томе би могле да посведоче две одредбе из Прохирона, пренете у Законоправило. Прва је она која је поклоне који се дају уз различита условљавања у вези с временом и начином испуњења различивала од поклона који се „врше истога часа и тренутка“, што ће рећи у моменту постизања усмене сагласности, тако да је својина одмах прелазила од поклонодавца поклонопримцу, без икакве оградe или условљавања.²⁵ Ова одредба могла би се протумачити тако да је предаја ствари преносила својину, да је она била начин стицања, *modus acquirendi*, али да је истовремено представљала и чин закључења уговора. Друга одредба потврђује ово тумачење. Наиме, према норми из гране 12, 7 поклонопримац није могао постати власник ако ствар није примио до момената смрти поклонодавца.²⁶ Другим речима, ствар је морала бити уручена поклонопримцу, ако не у моменту сагласности, оно бар за живота другог уговорника. Није било довољно да ствар изађе из државине поклонодавца. За настанак поклона није било битно ни да ли је уручење извршио лично поклонодавац или, по његовој наредби, неко треће лице.²⁷ За његово постојање од значаја је било једино то да је за живота поклонодавца била успостављена државина поклонопримца. У супротном он није могао да буде власник. Разлог би могло бити изостајање традиције. Стога изгледа да је права, стварна предаја, *traditio vera*, имала карактер битног конститутивног, формалног услова, за настанак уговора.²⁸

²⁵ „Од дарова датих за живота једни се врше истога часа и тренутка, и тако рећи већ од тада преноси се власништво и право коришћења имања или добра, тј. покретне или непокретне ствари, а да то не бива пропраћено никаквом додатном одредбом, него ствар одмах прелази од једног лица другоме, тј. од онога који дарује онеме који дар прима, без икакве оградe или условљавања. Други се пак дају уз различита условљавања у вези са начином и временом извршења, како год то поклонодавац каже и одреди“ (*Крмчија морачка*, 13,2).

²⁶ „Ако ти чинећи дар пошаљем ствар и пре него што добијеш умрем, неће ти припасти“ (*Крмчија морачка*, 12, 5).

²⁷ „Ако (оцу) потчињени (син) по очевој наредби или жељи учини дар, сматра се да га је сам отац учинио. А ако неко твоју ствар по твојој жељи поклони не коме као своју, сматра се да си је ти сам подарио“ (*Крмчија морачка*, 12, 6).

²⁸ У савременом француском праву материјална традиција покретне ствари је услов за пуноважност ручних поклона (*les dons manuels*), који су изузетак од правила да уговор о поклону мора бити закључен у облику јавнобележничке исправе. Традиција мора бити извршена или у тренутку сагласности воља уговорних страна или бар за живота поклонодавца, вид. Nathalie Peterka, *Les dons manuels*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 2001, 140; P. Malaurie, *Les successions. Les*

У прилог томе да је она могла бити схваћена као услов за наста-
нак поклона говори и околност што је *traditio*, свечана предаја пред
сведоцима, била прописана у римском праву још у Константино-
вом периоду као један од формалитета који је, уз писану исправу и
*insinuat*io, био неопходан за важност поклона.²⁹

2.2.2. Специјална способност поклонодавца за уговарање

Законоправило је садржало посебно правило о способности која
се захтевала од једног лица да би, као поклонодавац, могло закључити
уговор о поклону. Речено речником савремене теорије грађанског
права, способност за поклањање³⁰ била је материјалноправни услов
за настаanak поклона. Она није била призната лицима која нису била
способна за расуђивање, а таквима су сматрани малолетници и
малоумници.³¹ Поклоне су могла чинити само пунолетна лица, јер
су само она претпостављено могла имати јасну свест о правним по-
следицама које може имати уговор којим увећавају искључиво туђу,
а смањују своју имовину. У погледу санкција које су погађале уговор
због одсуства способности једног лица за поклањање, може се ипак
приметити да оне нису биле ригорозне. Поклон није био погођен
неважношћу која је у савременом праву готово општеприхваћена
санкција за повреду правила о способности за поклањање.³² О томе

libéralités, Defrénois, Paris 2008³, 211; Christian Jubault, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Montchristien, Paris 2005, 472; François Terré, Yves Lequette, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Dalloz, Paris 1997³, 399. Исти правни значај предаји се придаје у српској правној доктрини (вид. Борислав Благојевић, *Грађанско право облигациони уговори*, Научна књига, Београд 1952², 69; Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд 1986, 359) и у законским решењима предложеним за поклон у Преднацрту грађанског законика. Према предлогу Комисије за израду грађанског кодекса поклон који има за предмет покретну ствар, пуноважан је када је ствар предата поклонопримцу, упор. *Преднацрт грађанског законика Републике Србије. Облигациони односи*, Београд 2009, 211 (чл. 661, ст. 2).

²⁹ R. Zimmermann, 492; А. Маленица, 194 196.

³⁰ Изразе способност за поклањање и способност за примање поклона предложио је за означавање уговорне способности поклонодавца односно поклонопримца Константиновић у Скици за законик о облигацијама и уговорима, вид. Михаило Константиновић, *Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Службени лист СРЈ, Београд 1997, 191 (чл. 511 и чл. 512).

³¹ „Малолетник и малоумник не може ништа даривати, јер нико такав не поседује способност одлучивања“ (*Крмчија морачка*, 12, 2).

³² О санкцији која погађа поклон због неспособности поклонодавца за уговарање, вид. Б. Благојевић, (1952), 83; С. Перовић, 611. За позитивно француско право, после реформе законодавства о добротним располагањима од 2006. године, вид. P. Malaurie, 162. За швајцарско право, вид. Luc Thévenoz, F. Verro, *Commentaire romand du Code des obligations*, Helbing&Lichtenthahn, Genève 2003, 1251; Pierre Engel, *Contrats de droit suisse*, Stämpfli Editions, Bern 2000², 111; Pierre Tercier, Pascal Favre, *Les contrats spéciaux*, Schulthess, Genève 2009⁴, 266.

како је санкција могла изгледати може се закључити из одредбе која је систематизована на другом месту, у грани 31, 7 Законоправила. У њој стоји да недорасли (малолетник) има право у року од четири године по пунолетству, које се стицало с навршених 25 година, захтевати да му се учињени поклон врати.³³ Малолетство, дакле, није било сметња због које је једно лице било потпуно неспособно да закључи уговор, јер би у том случају, сходно принципима који владају у савременом праву у материји неважности уговора, поклон морао бити апсолутно ништав, односно непостојећи. Оно је било сметња релативног карактера, због које је над поклоном одређено време после стицања пунолетства лебдела неизвесност. С обзиром на то да је поклонодавац, пошто стекне пунолетство, могао у одређеном року да захтева враћање поклона који је учинио док је био малолетан – значи да је све до момента доношења одлуке суда о враћању ствари дате на поклон, поклон производи своја дејства.³⁴ Најзад, треба приметити да, за разлику од способности поклонодавца за уговарање, у Законоправили нису била постављена никава ограничења у погледу способности једног лица да буде поклонопримац, из чега би се могло закључити да је свако могао да прими поклон.

2.3. Разлози за опозив

Као и друга средњовековна права која су се развила на римском правном наслеђу, правила српског права у овом периоду прихватила су оба разлога за опозив поклона која су постепено уобличена у римском праву: накнадно рођење поклонодавчевог детета и незахвалност поклонопримца.³⁵ Овим разлозима био је додат, истина помало прикривено, и још један – неизвршење налога.

Накнадно рођење поклонодавчевог детета било је разлог за опозив поклона само код поклона који је господар учинио ослобођенику.³⁶ Поклон који је учинио ослобођеном робу господар је још од кла-

³³ „Ако поклони недорасли некеме неку своју ствар, може пошто буде напунио 25 година, а пре истека четири године, покренути спор и своју ствар вратити“, (*Крмчија морачка*, 56 57).

³⁴ О граници за пунолетство постављеној на 25 година биће доцније више речи.

³⁵ Henri, Leon, Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil. Régimes matrimoniaux. Successions. Libéralités*, Montchrestien, Paris 1963, 1178 1189; Georges Ripert, Jean Boulanger, *Traité élementaire de droit civil de Planiol. Régimes matrimoniaux. Successions. Libéralités*, Librairie générale de droit, Paris 1951, 1154 1166; R. Zimmermann, 497 498.

³⁶ „Ако неко немајући сина све своје имање или део њега поклони сво ме ослобођенику, а након тога добије децу, целокупни дар се поништава и све се повраћа дародавцу, који поново има слободу да са тим располаже по својој жељи“ (*Крмчија морачка*, 13, 1).

сичног римског права могао да опозове јер је, због природе односа између поклонодаваца и поклонопримца, овај поклон сматран увек опозивим правним актом.³⁷ По Законоправилу поклон господара ослобођенику је, изгледа, имао другачији карактер, који је одражавао и сасвим различито гледиште о односу између ових лица у старој српској држави. Због тога је био конципиран као принципијелно неопозив и изузетно опозив уговор – само у случају да након извршеног поклона поклонодавац добије дете.³⁸ Током касније еволуције, накнадно рођење детета више није помињано у правилима српског права о поклону. У том погледу оно је имало различит развојни пут од неких права европско-континенталног правног круга (француског и италијанског), у којима је накнадно рођење детета постало разлог због кога поклонодавац може опозвати сваки поклон.³⁹

Незахвалност поклонопримца је, насупротив претходном, била општи разлог за опозив, јер је због ње могао бити опозван сваки поклон. Он је у потпуности преузет из Јустинановог права. Ипак, поклонодавац није могао због сваког чина незахвалности тражити враћање поклона, већ само ако је она била испољена кроз одређене таксативно набројане радње поклонопримца: 1) увреду нанету поклонодавцу; 2) неоправдано дизање руке на поклонодавца; 3) рађење о глави поклонодавцу. Ове радње су морале бити доказане у судском поступку.⁴⁰

Колико је Законоправило доследно следило римско право у формулисању незахвалности сведочи и податак да је из Јустинијановог

³⁷ А. Маленица, 181.

³⁸ Смисао преузимања овог разлога из римског права могао би бити у заштити деце од добротних располагања којима је њихов отац пре њиховог рођења умањено своју имовину. Тако његово задржавање у савременом француском праву објашњавају браћа Мазо, вид. Н., Л., J. Mazeaud, 1179.

³⁹ Вид. Француски грађански законик, чл. 953; Италијански грађански законик, чл. 803. У Аустријском грађанском законнику предвиђено је једно занимљиво решење. У § 954 прописано је да тиме што су поклонодавцу без деце након закљученог уговора о поклону рођена деца не припада ни њему, ни накнадно рођеној деци да опозиву поклон. Ипак, он или накнадно рођено дете може да у случају нужде, како од поклонопримца, тако и од његових наследника, остварује право на законске камате на поклоњени износ. За разлику од француског и италијанског, у немачком праву накнадно рођење детета није разлог за опозив поклона, као ни у српском праву.

⁴⁰ „Ако се неко примивши дар покаже незахвалан према дародавцу, тако што га грубо увреди, или неоправдано подигне руку на њега, или му свесно нанесе велику штету, или му ради о глави, или не испуни писане или неписане услове даривања, и ако било који од тих разлога у судском поступку буде непобитно доказан, има се извршити повраћај учињених дарова“ (*Крмчија морачка*, 13, 3). Повраћај поклона због неблагодарности предвиђен је тако рећи у свим правним системима, почев од римског права. О томе више у овом часопису вид. Богдан Лоза, „Опозив поклона због неблагодарности поклонопримца“, *Анали Правног факултета у Београду* 5 6/1969, 625 636; Јаков Радишић, „Ревокација поклона“, *Анали Правног факултета у Београду* 4/1957, 486 489.

кодекса, као један случај незахвалности,⁴¹ у тексту из Прохирона пренето и неиспуњење „писаних и неписаних услова даровања“. Неиспуњење писаних и неписаних услова не припада, међутим, домену незахвалности. Ради се, заправо, о разлогу за раскид уговора о поклону због неизвршења налога. До оваквог, помало вештачког, повезивања дошло је по свој прилици нехотично, може бити и због тога што је неиспуњење налога, као и незахвалност, морало бити прво судским путем утврђено, па тек потом изречен (судски) раскид уговора услед неиспуњења налога, односно (судски) опозив због незахвалности.⁴²

2.4. Поклони за случај смрти

Поред поклона међу живима, Прохирон је садржао и правила о поклону за случај смрти, па се тако и она нашле своје место у Законоправилу. Поклони за случај смрти настајали су за живота уговорних страна, њиховом сагласношћу (као несумњиво двострани правни послови), али су производили дејство *mortis causa*. Закључивани су онда када је поклонодавац хтео да за живота задржи предмет поклона у својини и да након његове смрти својина на том предмету припадне поклонопримцу, а не његовом наследнику.⁴³ Код ове врсте поклона, услов његове важности била је претходна смрт поклонодавца. Ако би поклонопримац умро пре поклонодавца, уговор није могао да произведе она правна дејства која је поклонодавац имао у виду. Ипак, међу различитим варијантама поклона за случај смрти, било је и оних код којих је дарована ствар прелазила у својину поклонопримца још за живота друге стране. То је био поклон који је поклонодавац закључио због бојазни од насилне смрти која му је претила, али не од стране поклонопримца. Ако је, пак, посмртни поклон био учињен у ишчекивању природне смрти или с обзиром

⁴¹ Нав. према А. Маленица, 258 фн. 41.

⁴² Опозивање поклона због неизвршења налога и незахвалности поклонопримца судским путем, предвиђено је у савременом француском праву. Више о сличностима и разликама између ова два разлога за опозив, вид. Н. L. J. Mazaeaud, 1183-1191; P. Malaurie, 239-244; C. Jubault, 483-489.

⁴³ „Посмртни дарови су они када неко жели да (дотично добро) поседује (за живота) он сам, а не онај који дар прима, а (након његове смрти) прималац, а не његов природни наследник“ (*Крмчија морачка*, 12, 3). И ово је један веома стари правни институт, чији се корени дотичу најдубље европске правне прошлости и простиру се чак до хомерског права (чувени пример Телемаховог поклона Пиреју у *Одисеји*, поклон Ахиловог оружја, итд.), више вид. Сима Аврамовић, „Разлике у садржини и правној природи римског тестаментa и тзв. легатског тестаментa старог грчког права“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/1987, 9-18. Детаљно вид. класично дело Eberhard Friedrich Bruck, *Die Schenkung auf dem Todesfall im griechischen und römischen Recht*, Breslau 1909, као и Reuven Yaron, *Gifts in Contemplation of Death in Jewish and Roman Law*, Oxford 1960.

на предстојеће путовање поклонодавца, због стрепње од напада разбојника, непријатеља у рату или других опасности које изненадно вребају – *imminente periculo*, својина се преносила на поклонопримца тек након смрти.⁴⁴ Утемељеност на римско-византијској традицији је скоро потпуна, а нарочито пада у очи прилично велики број норми које су биле посвећене овој установи.⁴⁵ Да ли су оне биле ту да надоместе недостатак обичајних правила о поклону или да га нешто другачије регулишу, остаје као још једно отворено питање.

Најзад, у вези с правним режимом који је важио за поклоне, ваљало би приметити да је одредбом Прохирона 32, 4, која је пренета у Законоправилу, био предвиђен институт који се не разликује много од савремених правила наследног права о урачунавању поклона и легата у наследни део. Наиме, отац који је учинио поклон веће вредности једном детету, имао је обавезу да осталој деци после смрти остави у наслеђе имовину једнаке вредности.⁴⁶

⁴⁴ „Постоје три врсте дарова у случају смрти. Једна је када се дарује без икакве непосредне бојазни, већ само у ишчекивању природне смрти. Друга је када се дарује под претњом смрти која долази споља а не од примаоца, који у том случају сместа преузима на себе власништво. Трећа је када (дародавац нешто некоме) дарује с обзиром на опасности скопчане са (својим предстојећим) путовањем; у том случају прималац не преузима власништво док давалац не умре. То чини онај који стрепи од разбојника или непријатеља у рату или од бродолома, од завера и заседа, или пак од силника или старости“ (*Крмчија морачка*, 12, 4). Такве случајеве поклона који се дају *imminente periculo* увелико дефинише римско право, а Улпијан изричито говори да такав поклон није валидан пре него што наступи смрт: „Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur“, *Ulp.* 29, 32.

⁴⁵ Шаркић се супротставља уверењу Соловјева који у том институту у Душаном праву препознаје *donatio mortis causa*, А. Соловјев, (1928), 29. Шаркић то давање квалификује као легат, тврдећи да случајеви поменути кроз синтагму *за дуиу дати* и *за гроб свој дати* означавају „за тестамент везано оставиочево располагање делом имовине у корист лица које није наследник“, више вид. Срђан Шаркић, „Појам тестаментa у римском, византијском и српском средњовековном праву“, *Трећа југословенска конференција византолога*, Београд Крушевац 2002, 88 90. Нешто измењен текст је објављен и на енглеском, Srđan Šarkić, „The Idea of Will in Roman, Byzantine and Serbian Mediaeval Law“, *Fontes Minores XI, Forschungen zur byzantinischen Rechtsgeschichte*, Band 26, (hrsg. L. Burgmann), Frankfurt am Main 2005, 427 433.

⁴⁶ „Ако вредан поклон једном или некима од своје деце учини отац, има оба везу да код поделе наслеђа сваком детету обезбеди толики законски део колики би му припадао пре (давања поклона), јер иначе отац не би према овом (другом) детету поштено поступио“ (*Крмчија морачка*, 97). Сличност са савременим решењима је упечатљива, упор. „Законском наследнику урачунава се у његов наследни део поклон који је на ма који начин добио од оставиоца“ (Закон о наслеђивању ЗОН, *Службени гласник РС*, бр. 46/95, чл. 66); „Уобичајени мањи поклони никада се не урачунавају у наследни део“ (ЗОН, чл. 73). Међутим, у основи се и у средњовековном и у модерном решењу ради о дубоком наслеђу и логици која сеже до римске правне традиције, израженим у идеји да је код поклона потребно остварити једнакост на

2.5. Порекло уздарја

У првом правилу из гране дванаесте у Законоправилу одређено је да поклони међу живима „подразумевају захвалност и добротинство према живом поклонодавцу и изискују (узвратну) благонаклоност“. Дужност захвалности могла је бити разлог због кога је у грани тринаестој Законоправила прописано да „ако се неко примивши дар покаже незахвалан према дародавцу... има се извршити повраћај учињених дарова“. Друге две дужности, добротинство и благонаклоност, биле су, изгледа, искључиво моралног карактера. У српским изворима из XIII, XIV и XV века нема потврде да су оне прерасле из моралне у правну обавезу, односно да је поклонопримац морао да узврати поклонодавцу давањем неке ствари из своје имовине.

Ипак Соловјев, анализирајући један документ о уговору о поклону од 1547. године из Пољичке жупе, у коме је поменуто уздарје, коментарише да је уговор постајао перфектан, а поклонопримац стицао право својине на предмету поклона, тек пошто преда уздарје поклонодавцу.⁴⁷ У овом документу стоји да за поклоњену „баштину на врх Сридивице“ поклонопримац даде „поштено уздарје: једну краву поглавиту и једну добру овцу и два муцунига“.⁴⁸ Аутор објашњава давање уздарја особеним схватањем уговора код Словена. Словенском схватању, као што је напред речено, није био појмљиво да уговором само једна страна нешто даје, а да за то ништа не добија. Да би уговор постојао, сваки уговорник морао је да нешто да. Ако је у питању био поклон, давање поклонопримца је било уздраје које је по свом карактеру било симболична накнада, јер по вредности никако није одговарала поклону.⁴⁹ Соловјев је побројао још шест помена уздарја, пет у хрватским исправама и један у босанској исправи у распону од пет векова (од XI до XV века). Од почетка XVI века уздарје се више не помиње у исправама о уговорима о поклонима из Хрватске.⁵⁰

следника (у Риму кроз *collatio bonorum*), више вид. Драгомир Стојчевић, *Римско приватно право*, Београд 1968², 149; Мирослав Милошевић, *Римско право*, Београд 2007, 429. Иста идеја једнакости је присутна и у модерним кодификацијама, по готово у Аустријском грађанском закону (чл. 790), само су наравно механизми за урачунавање поклона далеко разрађенији, вид. више Оливер Антић, *Наследно право*, Београд 2007, 380.

⁴⁷ А. Соловјев, (1934), 415.

⁴⁸ Испрва бр. 3 из августа 1547. године, у којој се наводи да Антун са бра том Миколом дарује земљу Ивану Јуријевићу, приказана код А. Соловјева, (1934), 401.

⁴⁹ *Ibid.*, 413.

⁵⁰ *Ibid.*, 415.

Етнолошка грађа из доцнијег времена бележи помене уздарја. Вук С. Караџић говори о уздарју у свом *Српском рјечнику* од 1818. и од 1852. године.⁵¹ У Херцеговини и Црној Гори присуство уздарја забележио је В. Богишић, спроводећи анкету 1873. године о правним обичајима.⁵² Ови помени, истина, везују уздарје само за свадбене прилике. У прилог његовог постојања говори до данас сачуван обичај у неким крајевима Србије да „сваки дар иште уздарје“. Где су корени обичаја уздарја? Српски законски извори – Законоправило, Душанова трипартиција и бипартиција, Закон о рудницима деспота Стефана Лазаревића – немају речи о уздарју. Друга сачувана српска средњовековна грађа од XII до XV – повеље, уговори, тестаменти, писма – такође, не помињу уздарје. Српска средњовековна сачувана писана грађа коју смо прегледали, дакле, не бележи помен уздарја.⁵³ Да ли се радило о обавези која води порекло од старог словенског схватања о уговору као искључиво двострано обавезном правном послу, која се задржала у народној свести и код поклона, преображена у обичајну обавезу поклонопримца, важила током читавог средњег века? Или је у питању била обавеза из обичаја који се укорењени касније под османском влашћу? У прилог првој тези говори коментар документа од 1343. године за који Тарановски сматра да беле-

⁵¹ „Уздарје, n. *das Gegengeschenk, donum mutuum*: ‘Кума куму свилену кошуљу, Кум уздарја куми ни динара’ (Српски рјечник истолкован њемачким и латинским ријечма, скупио га и на свијет издао В. Стефановић, Беч 1818, 855); „1). *Die Gabe, donum...* Између дара и поклона у нас је та разлика што се дар највише даје као од милости и за то онај који га даје изгледа уздарје“, *Српски рјечник истумачен њемачкијем и латинскијем ријечима*, скупио га и на свијет издао В. Караџић, Беч 1852, 773, 111.

⁵² У одговорима из Црне Горе и Херцеговине помиње се уздарје: „особито при вјенчању, кум даје невјести и кои комат златног украса... Као уздарје, особи то од женскијех, прима кои мањи комат одјеће, као кошуљу, личњак, чарапе... Дар вазда више ваља тројном него уздарје“. Херцеговац је одговорио исто, с тим што каже да се не поклања златни украс у Херцеговини, а сумња да се то чини и у Црној Гори (као да хоће да пребаци одговору из Црне Горе хвалисавост) и додаје: „Негда море бит боље и скупље уздарје него дар“. На питање: „Држи ли се уздарје неопходно нужно по народном обичају? Бива ли при томе каквих симболичних обреди?“, јединствен одговор и за Црну Гору и Херцеговину је био: „Нема случаја да, особито при наведеним свечаним приликама, да ће се дар примити а уздарје не дати. Обреда нема, осим оних кои су већ описани при свадби“, Валтазар Богишић, *Правни обичаји у Црној Гори, Херцеговини и Албанији Анкета из 1873. г.* (прир. Т. Никчевић), Титоград 1984, 190.

⁵³ Вид. Fr. Miklosich, *Monumenta serbica spectantia historiam Serbiae, Bosnae, Ragusii, Viennae* 1858; *Рјечник из књижевних старина српских, дио трећи*, написао Ђуро Даничић, Београд 1864; К. Јиречек, *Споменици српски*, Споменик Српске краљевске академије 11, Београд 1892; С. Новаковић, *Законски споменици српских држава средњег века*, Београд 1912; Љубомир Стојановић, *Старе српске повеље и писма, I II*, Београд Сремски Карловци 1929 1934.

жи ударје још из времена пре доношења Душанове трипартиције.⁵⁴ Против ње могао би бити наведен податак да обавеза давања ударја није у исто време постојала у обичајним правима других словенских народа,⁵⁵ осим код Хрвата. Као аргумент у прилог друге претпоставке, да се овај обичај појавио у праву које је важило у Срба касније, за време османске владавине, говори то да је и у османском праву постојао обичај давања ударја. По османском Грађанском законуку, којим су добрим делом били кодификовани дотадашњи обичаји, изостанак ударја није био услов за настанак уговора о поклону, али ако је поклонопримац дао ударје, то је представљало сметњу да поклонодавац опозове поклон.⁵⁶

У парницима које су се водиле пред српским судовима, који настају 20 – тих година XIX века, поводом захтева поклонодаваца за опозив поклона нема помена да је расправљано о ударју. Судије су ове спорове пресуђивале по старом принципу, установљеном још у Законоправилу, да једном поклоњену и предату ствар поклонодавац више не може више натраг узети (наравно, осим у случају незахвалности), не питајући се да ли је примио ударје или није.⁵⁷

⁵⁴ Ауторима овог текста се чини да садржина документа не даје ваљан основ за закључак који је извео Тарановски. Реч је о исправи у којој је краљ Стефан Душан 19. маја 1343. године старцу Григорију, који је поклатио цркву с имањима у селу Кориши његовој задужбини Светим арханђелима, записао доживотни ужитак на једном имању у метоху хиландарском или арханђеловском, вид. А. Соловјев, (1926), 125–127 (док. бр. 63); Т. Тарановски, 645.

⁵⁵ Соловјев је записао да у руском и пољском праву нема података о ударју, вид. А. Соловјев (1934), 413 фн. 56.

⁵⁶ Османски Грађански законик, *Medželle i ahkjami šerije* (објављен у преводу у Сарајеву 1906, Тисак и наклада Даниела А. Кајона) уредио је ударје на два места и на оба за њега везао исту правну последицу, искључење поклонодавчевог права да опозове поклон. Упор. „Даровање с условом узчинидбе (плате, ударја) је ваљано, а и услов је признан (ваљан). На примјер, када би један човјек некоме једну ствар даровао с условом, да овај њему такву и такву ствар даде као уз чинидбу, или с условом, да овај исплати неку одређену своту новца, онда ће ако обдареник тај услов испуни, даровање постати стално, а ако не, дароватељ може даровање опозвати.“ (§ 855). Упор. „Запрека опозиву је то, ако се за дар накнада (плата, ударје) даде, те њу дароватељ прими. Услијед тога, ако се дароватељу нешто даде у име ударја, било од стране другог човјека, па дароватељ то прими, иза тога не може он даровање опозвати“ (§ 868).

⁵⁷ У збрци одлука Пожаревачког магистрата које је сакупио и уредио С. Максимовић, приказано је образложење пресуде од 25. маја 1843. године, којом је одбијено потраживање поклонодавца да му поклонопримац врати „парче браника од једног дана орања величине“ које му је поклатио десет година пре спора, Стеван Максимовић, *Суђења у Кнежевини Србији пре писаних законика из архиве Пожаревачког магистрата*, Пожаревац 1898, 87, 165. Из образложења се не види да је суд пресудио на основу обичаја да, када је ударје дато, поклон не може бити опозван. Да је у то време важио, суд би се скоро сигурно позвао на овај обичај.

3. ПРАВИЛА О ПОКЛОНУ У ЗАКОНОДАВСТВУ ЦАРА СТЕФАНА ДУШАНА

3.1. Душанова трипартиција

Од 1347/48. до 1354. године настаје законодавство цара Стефана Душана, његова чувена трипартиција, коју сачињавају Скраћена Синтагма Матије Властара, тзв. Закон цара Јустинијина и Законик цара Стефана Душана. Уговору о поклону је било посвећено у целини поглавље 12, састава 4 Скраћене Синтагме. У њему су била садржана само три правила,⁵⁸ док у самом Законнику и тзв. Закону цара Јустинијана није било одредаба о поклону.

У првом правилу из Скраћене Синтагме неопозивост поклона је постављена као принцип. Од тог принципа био је конституисан само један изузетак. Поклон је могао бити опозван само због незахвалности поклонопримца.⁵⁹ Изузетак је био уређен у потпуности на исти начин као у грани 13, 3 Законоправила. Наиме, случајеви незахвалности побројани у првом делу Душанове трипартиције истоветни су с оним из Законоправила и морали су бити утврђени у судском поступку.⁶⁰ Интересантно је приметити да други изузетак који је био поменут у Законоправилу, накнадно рођење поклонодавчевог детета, Скраћена Синтагма није поменула. Разлог је, готово извесно, био укидање ропства, с обзиром на то да је овај разлог био предвиђен само у случају поклона који би господар учинио ослобођенику.

Друго правило о поклону било је посвећено неспособности за поклањање. Разлози су такође, после више од једног века, остали исти: поклонити није могло малолетно или малоумно пунолетно лице. Скраћена Синтагма је поновила и одредбу из гране 31,7 Законоправила да малолетник има право, у року од четири године по пу-

⁵⁸ *Матије Властара Синтагмат азбучни зборник византијских црквених и државних закона и правила (словенски превод времена Душанова)*, издао Стојан Новаковић, Београд 1907, 250. У раду је коришћен превод одредби Скраћене Синтагме који је дала Биљана Марковић, *Јустинијанов закон у оквиру кодекса цара Стефана Душана* (докторска дисертација), Филозофски факултет Универзитета у Београду, Београд 2004, 234 235 фн. 290. Вид. и А. Соловјев, (1928), 49.

⁵⁹ С. Шаркић, (2006а), 12 нарочито указује на разлику у карактеру поклона у погледу неопозивости, инсистирајући на томе да су поклони цркви били неопозиви, док су поклони владара властели били опозиви.

⁶⁰ „Сваки поклон учињени не враћа се, осим због неблагодарности. Ако се поклонопримац покаже неблагодарним према поклонодавцу, ако га дрским начином увреди или неправедно на њега руку дигне или га изложи великој штети својим поступком или му о животу ради или не испуни оно што је обећао приликом примања поклона, било да је написано или да није. Ако се иједна од ових кривица на суду после давања поклона докаже, да задржи поклонодавац поклон“, Б. Марковић, 234 фн. 290.

нолетству, које се стицало са навршених 25 година, да судским путем захтева да му се поклон врати.⁶¹

Одредба о навршених 25 година живота и року од четири године за постављање захтева за повраћај поклоњених ствари је изузетно занимљива не само због тога што је можда претеча правилу савременог прва по коме пословно способно лице може у одређеном року по стицању потпуне пословне способности захтевати поништење уговора који је без одобрења законског заступника закључило за време своје послове неспособности.⁶² Она отвара и питање да ли је, будући да је позајмица из византијског права, у потпуности одговарала способностима „пријемног“ српског друштва да је практикује или је морала да претрпи одређена прилагођавања локалним условима. С тим у вези ваљало би приметити да је византијско право с пуно суптилношћу пришло питању узраста и стицања пуне пословне способности. Сва физичка лица, према одредбама Синтагме у њеној пуној верзији, била су подељена у три категорије, с обзиром на узраст који је био потребан за стицање самосталности у располагању добрима. Прву су сачињавали малолетници. Њој су припадала мушка лица млађа од 14 година, а женска млађа од 12 година. Друга категорија су били „недорасли“. У њу су улазили мушкарци старији од 14, а млађи од 25 година, и жене од 12 до 25 година живота. Трећу категорију су сачињавала пунолетна лица, која су навршила 25 година живота.⁶³ Међутим, она нису постајала пунолетна самом чињеницом да су навршила 25 година. Требало је да прођу још четири године за успостављање свих права доскорашњег непунолетника, тако да би се тек на почетку своје тридесете године коначно појединац еманципово и власт његовог татора („приставника“) коначно би престала.⁶⁴

⁶¹ „Нити недорасли нити безумни може поклањати јер ни у једном од њих нема свести (о сопственим поступцима). Ако поклони недорасли коју ствар своју, може пошто буде напунио 25 година, у року од четири године, покренути спор и своју ствар (себи натраг) вратити“, *ibid.*

⁶² Правило о праву пословно способног лица да захтева поништење уговора који је закључило за време док је било пословно ограничено способно предвиђено је у Закону о облигационим односима, с тим што је рок за поништење далеко краћи и траје три месеца од дана стицања потпуне пословне способности, вид. Закон о облигационим односима, чл. 59.

⁶³ *Матије Властара Синтагмат*, 308. Шаркић сматра да су године које су се захтевале за стицање ограничене пословне способности биле идентичне са годинама потребним за склапање брака (14 за мушкарце, 12 година за девојке) када се та лица третирају као „недорасли“, те да се пуна пословна способност стицала тек са 25 година, вид. више Срђан Шаркић, „О стицању пословне способности у средњовековном српском праву“, *Зборник радова Византолошког института* 47/2006 б, 75.

⁶⁴ Тако и С. Шаркић, (2006 б), 75 истиче да се накнадно захтевају још четири године за успостављање свих права, односно потпуне пословне способности, али

Читав овај систем поступне еманципације, с „толико префињеном организацијом неког ублаженог старатељства“, карактеристичан за веома развијена друштва, довео је Т. Тарановског до следећег закључка: „Немогуће је претпоставити, да би се толико компликовани систем могао примењивати у средњовековној Србији или ма како довести у склад са много елементарнијим односима, који су били на снази у ондашњем српском друштву. Много је вероватније, да се пунолетство одређивало у средњовековној Србији према зрелости за брачни живот. Свакако је маркантно да су сви већ наведени прописи о малолетницима, недораслим и пунолетницима (оне три категорије из Потпуне Синтагме – прим. аутора) изостављени су у Скраћеној Синтагми, баш која је од стране цара Душана добила законодавну ауторизацију. Састављач Скраћене Синтагме био је дакле мишљења, да нису дотичне одредбе имале за српски живот практичну вредност“.⁶⁵ Ова претпоставка Тарановског је, свакако, легитимна. Ипак остаје отворено питање због чега је законодавац у тексту Скраћене Синтагме баш у одломку посвећеном поклонима преузео ову одредбу из Законоправила и инсистирао на њој и даље. Да ли је ова одредба Законоправила пала у заборав, па је желио да јој удахне нови живот; или је после више од једног века заживела и законодавац јој изнова дао законску санкцију; или су њен опстанак налагале специфичности поклона као добродошног правног акта? Ако је претпоставка Тарановског тачна, овде се можда може поставити и питање о сукобу обичајне и законске норме: законодавац као да неће да дозволи ни да флуидна брачна способност ни узраст од 25 година буду гранични за губитак права на поништење поклона. Период од четири године након стицања пунолетства у коме је дотадашњи недорасли поклонодавац још могао да захтева да му поклон буде враћен представљао је неку врсту гаранције да је поклонодавац, сада способан за расуђивање и потпуно свестан правних последица акта који је предузео, у стању да исправно просуди и да ослобођен утицаја било ког другог лица самостално одлучи да ли поклон треба да остане на снази или не. Нажалост, недостају извори који би осветлили начине спровођења норме у друштвеној реалности средњовековне Србије, која јој вероватно није ишла у прилог.

оставља отвореним питање које је поставио Тарановски да ли се овако компликован и до детаља разрађен систем стицања пословне способности уопште примењивао у Србији или је преузет из византијских правних компилација само да би се подигао углед тек успостављеног царства. Ова друга ситуација је добро позната у упоредном праву, што би Вотсон назвао трансплантом „због потраге за легитимитетом“, Алан Вотсон, „Право у књигама, закону и стварности: упоредноправни поглед“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2007, 16.

⁶⁵ Теодор Тарановски, *Историја српског права у немањинској држави*, Београд 1996², 529–530.

Најзад, трећа одредба из Законоправила (Прохирон, 32, 4) која је била преузета у Душановој трипартицији била је она по којој је отац, који је учинио поклон веће вредности једном детету, имао обавезу да осталом деци после смрти остави у наслеђе имовину једнаке вредности.⁶⁶

3.2. Душанова бипартиција

У преписима Душановог законодавства „млађе редакције“, почев од XVII века, у *codex bipartitus*-у који обухвата Закон цара Константина Јустинијана и Душанов законик, поклон је био регулисан у Закону цара Константина Јустинијана.⁶⁷ Од три правила из Скраћене Синтагме, која је престала да буде део Душановог законодавства, у Законик цара Константина Јустинијана ушла је само одредба о неспособности за поклањање.⁶⁸ У рукописима овог законика проглашава се ништавним сваки уговор о поклону који је закључило малолетно (које није напунило 25 година) или ментално неспособно лице.⁶⁹ Уместо рушљивости, коју су предвиђали Законоправило и Скраћена Синтагма, сада је уговор о поклону услед неспособности за поклањање бивао ништав. У вези с овом променом отварају се најмање два питања: прво, зашто је остала само једна одредба о поклону, и то она о неспособности за поклањање и друго, зашто је прописана ништавост уместо рушљивости? Вероватан одговор на прво питање би био да је Законоправило као основни закон Православне српске цркве, с обзиром на њен доминантан положај у српском друштву под османском влашћу, својим одредбама утемељило појмове о поклону, тако да преписивач (прерађивач) није налазио потребним да се овим опширније бави, нарочито у ситуацији општег скраћивања и поједностављивања. Зашто само о неспособности за поклањање? Вероватно су били у питању они исти разлози који су бринули старог законодавца – сукоб између обичајне и законске норме и намера законодавца да се старосном границом од 25 година избегну лакомислене одлуке у незрелим годинама. На

⁶⁶ „Ако отац једном или некима од своје деце начини вредан поклон, има обавезу код поделе наслеђа да сваком детету обезбеди толики законски део колики би му припадао пре (давања овог поклона), јер иначе отац не би према овом (другом) детету поштено поступио“, Б. Марковић, 235 фн. 290.

⁶⁷ У новијим преписима Душановог законодавства (раваничком, софијском, борђошком, Текелијином, итд.) Скраћена Синтагма је престала да буде део Душановог законодавства. Њене одредбе су делом преузете у Законику цара Константина Јустинијана и у Душановом законнику.

⁶⁸ Б. Марковић, 234.

⁶⁹ Вид. члан 39. Раваничког преписа (Б. Марковић, 292), као и члан 43. Софијског преписа, Тимотеј Флорински, *Памятники законодательной дѣятельности царя Стефана Душана царя Сербовъ и Грековъ*, Киевъ 1888, 61 (Приложенія).

друго питање не може се дати поуздан одговор – да ли је то уследило услед примитивнијих услова живота, да ли је то било због задружног начина живота или је просто преписивач, тачније прерађивач, био невичан правним појмовима или је, пак, постојао још неки разлог, остаје да се само нагађа.

4. ПРАВИЛА О ПОКЛОНУ У ЗАКОНУ О РУДНИЦИМА ДЕСПОСТА СТЕФАНА ЛАЗАРЕВИЋА

Напоследку треба истаћи да је Закон о рудницима деспота Стефана Лазаревића у чл. 27 и 39 поменуо и уговор о поклону. Члан 27 је прописао да члан рударске дружине, који би дошао у сукоб са дружином због трошкова експлоатације, може своје делове рудника и поклонити. За пуноважност поклона било је потребно да је учињен пред судом и урбараром.⁷⁰ Члан 39 овластио је пуномоћника да, између осталих уговора које је он могао склапати за власника, без икаквих ограничења, закључује и уговор о поклону. Један случај поклањања делова рудника илуструје повеља челника Радича манастиру Кастамониту из 1433. године, којом он поклања рудничке делове манастиру.⁷¹

5. ПОЈЕДИНИ СЛУЧАЈЕВИ ПОКЛОНА

У средњовековном правном животу појављивале су се две основне врсте поклона, који су се разликовали по субјектима и условима потребним за закључење уговора. На једној страни су били поклони које су владари чинили црквама односно манастирима, поклони које су владари давали властелинима, као и они које су властелини поклањали црквама и манастирима, док на другој страни стоје поклони које су давали припадници невластелинског сталежа.

Тарановски у *Историји српског права* наводи бројне случајеве поклона црквама и манастирима од стране владара и властелина и властелинима од стране владара. Исправу о поклону, која је називана „милосна књига“ или „записаније“, сачињавао је владар, тј. владарска канцеларија, када је он лично чинио поклоне црквама (манастирима) и приватним лицима, али и поводом поклона које су чинили властелини. У писмену о уговору морале су бити садржане изјаве обе

⁷⁰ Урбарар је био државни чиновник који је давао концесије за експлоатацију руде, скупљао урбор (дажбину плаћану држави).

⁷¹ Б. Марковић, „Закон о рудницима деспота Стефана Лазаревића – превод и правноисторијска студија“, *Споменик САНУ CXXXVI*, Одељење друштвених наука 24, Београд 1985, 17, 19, 48.

уговорне стране. Карактеристично је да је у његовој редакцији текст изјаве даропримца претходио делу текста у коме је била садржана изјава дародавца. Такав изглед исправе о дару диктирао је обичај по коме је онај који је желео да му буде учињен поклон морао да покрене иницијативу, да први упути предлог о томе, било лично, било посредством неког трећег лица, „милосника“.⁷² Писана исправа о дару служила је као доказ о постојању уговора и поклонопримчевом праву својине стеченом на основу њега. Због тога је после закључења уговора предавана поклонопримцу на чување. Предаја предмета поклона, односно „издава“, била је такође формална. Морала је бити обављана у присуству органа власти: кефалија, градских старешина, кнезова или жупана.⁷³

За све поклоне ове врсте је карактеристично да имају, поред приватноправне, и јавноправну димензију,⁷⁴ која је врло наглашена у поклонима које је владар чинио властелинима. Они, наиме, подлежу и прописима државног права, који регулишу односе између владара и повлашћених сталежа у оквиру опште конструкције сталешке монархије. Јавноправна компонента поклона је нарочито испољена у опозиву поклона у случају незахвалности поклонопримца. Српска правна историја не бележи случајеве да је владар одузео имање цркви због незахвалности, док су сразмерно чести помени незахвалности односно велике неблагодарности властелина (поклонопримца) кад изневери (изда) владара (поклонодавца). Санкција је била одузимање дароване баштине. С гледишта приватног права ово одузимање би могло бити квалификовано као реституција поклона због опозива, док јавноправно гледано у томе акту се могу препознати елементи конфискације имовине због кривичног дела невере.

Другу врсту поклона су чинили припадници неповлашћеног сталежа, који су свакако били преобладајућа већина у ондашњем друштву, али су њихове материјалне могућности за поклањање биле неупоредиво мање у односу на припаднике богатијих слојева. Међутим, и они су несумњиво поклањали и црквама и манастирима и чинили поклоне између себе, тако да је и о њима остало нешто документарних трагова.

Тако се о поклонима поклонодаваца који извесно потичу из себарског сталежа сазнаје нешто више из пописа Богородичног манастира у Тетову (око 1346. године). Из њега читамо да „приложи за душу“ њиву Пардо и Теодор, „видев тога“ пола њиве Редир, комад њиве „даде Наноја... јер не имаше порода“, Стрез њиву, Куман цркву

⁷² О „милосној књизи“ и „милоснику“ вид. више Милош Благојевић, *Држав на управа у српским средњовековним земљама*, Београд 2001, 99 140.

⁷³ Т. Тарановски, 641 646.

⁷⁴ О томе вид. више С. Шаркић, (2006а), 11 13.

и Дмитар воденицу су приложили. „За гроб ... даде“ њиву Никола, Губислав и Драгача, Обрад поред њиве и део винограда. „За гроб и за душу своју“ дадоше њиву Роман, поп Доброта и Хранислав. Овај Хранислав са братом Николом приложио је још једну њиву „за гроб и за помен“. Неки Савдик прилажући цркви (вероватно новац) и дарујући њиву, наводи: „Ја Савдик, видећ да немам порода... приложих ... давам њиву... да ме поменује црква.“ Поп Игњатије „докупи и записа“ њиву цркви. Неки Калиман продао је њиву тетовској цркви „и што ми не доплатише, све простих цркви“. Приличан број поклона манастиру Богородице у Тетову у невеликом тексту пописа имања сведочи о раширености ове врсте даривања и основано се може претпоставити да је ово део опште слике, а не издвојен случај.

Иако пуна садржина ових уговора није наведена, јер се ради о сумарном попису манастирских имања, по себи се разуме да је реч о *donatio mortis causa*. У прилог овоме говори и један случај који је наведен у документу. По смрти горе поменутог Стреза који је цркви неку земљу продао, а неку „приложио за душу си“, његов син и зет „поискаше“ од судије Дабижива те земље, но „умирише се и рекоше: ‘што је наш отац продао и поклонио цркви, ми не рушимо, него напротив потврђујемо’“.⁷⁵

Пошто се радило о уговорима који су имали за предмет непокретности, они су морали бити састављени у писаној форми. То је јасно видљиво из документа о попису, у коме су на сумаран начин унете садржине ових уговора. Они су били лишени оних строгих формалних захтева које су морале испунити уговори о поклонима владара и властеле. Њих је извесно састављао номик, у присуству три или пет сведока, и уговорних страна.⁷⁶

Неки од ових уговора су садржали једну врсту налога да се, након упокојења поклонодавца, његово име помиње у молитвама за спасење душе. Други су садржали налог да се добије гробно место од манастира, што би се могло тумачити као „узвратна благодатност даропримца према дародавцу“ из Законоправила (Прохирон, 12, 1).

Један документ од 4. септембра 1434. године из Новог Брда занимљив је због тога што у себи садржи истовремено поклон *inter vivos* и поклон *mortis causa* и што представља упечатљив доказ о завидном степену правничке културе. *In extenso* текст гласи:

⁷⁵ Александар Соловјев, *Одабрани споменици српског права (од XII до краја XV века)*, Београд 1926, 129 132 (док. бр. 65)

⁷⁶ О улози номика јавних бележника у правном систему средњовековне Србије, њиховом друштвеном положају, организацији, надлежности и начину рада, као и настанку те установе у Србији, вид. детаљно Ђорђе Бубало, *Српски номници*, Београд 2004.

„Ва име Оца и Сина и светаго Духа. Да јест сведеније свакому човеку ово како ја монах Саватије примих к себе попа Богдана у синовње име и дадох му и записих половину цркве моје баштине и половину куће моје баштине у подградију. И тако дадох ја Саватије и благослових половину вишеречене цркве и куће, да ју он има и његово дете и унуче и род по роду у баштину до века по закону Новога Брда никим неотемљемо. Или је која гробнина или који доходак, все Богу и њему, тчију да ми је помен и да ме упокои колико га Бог научи како то син родитеља ...⁷⁷ И да јест проклет от Бога и от пречисте, кто ће овој потворити што ја дадох и записих попу Богдану пред сведоци – до моје смрти половину, а по мојеј смрти Божије и његово все. И тому сведоци: поп Радован Патиковић, и поп Десисав и поп Иванко, и поп Дамјан, и поп Стојко, и поп Ижив, и поп Владислав Ласичин зет, и поп Јаков, и Дабижив Пождрикобила, и Бранко Леочић, и Никашик попу Богдану братанац, Иван Печан зет, и у граду у Новом Брду војвода Хрњко, и протопопа Цагрић, и кнез Степан... Писа номик Степан“.⁷⁸

Текст документа ствара извесну дилему око природе правног акта садржаног у њему. Иако би на први поглед могло изгледати да се ради о акту усвојења, треба имати на уму да је Саватије монах, тако да би акт о усвојењу представљао *contradictio in adiecto*.⁷⁹ Правни посао из документа био је уговор о поклону. Сва обележја поклона из Законоправила су ту: одсуство накнаде, добровољност, начелна неопозивост, узвратна благонаклоност („да ми је помен и да ме упокои колико га Бог научи како то син родитеља“).

Недоумицу изазива и то како је Саватије, с обзиром на чињеницу да је био монах, како изречно о њему говори документ, могао имати у личној својини ствари које поклања. Наиме, строги канонски прописи су наређивали да будући монаси у моменту ступања у калуђерски ред не могу имати имовину. *Ergo*, ни Саватије је није могао имати! Одакле му онда имовина коју поклања попу Богдану? Једина замислива и могућа правна ситуација јесте да је Саватије њу наследио.⁸⁰

⁷⁷ Овде следи један непотпуна и нејасна реченица.

⁷⁸ А. Соловјев, (1926), 202 (док. бр. 118). Мада је номик Степан једини остао осведочен по имену у изворима с Новог Брда, и то баш у овом документу, тамо је свакако постојао знатно већи број таквих јавних бележника.

⁷⁹ Оно што се може наћи у животописима светих људи, почев од раног хришћанства па до савременог доба, јесте да су њих или они некога хтели „некако да посине“ што је значило сваку врсту, пре свега, духовне (нарочито тек „постри женим“ монасима), понекад и материјалне, помоћи, али никад усвојења у оном профаном, световном смислу речи како га разумевају јуристи. Вид. *Правила (канонес) Православне цркве (с тумачењима)*, радња Никодима (Милаша), епископа далматинског, књ. II, Нови Сад 1896, 334–337. Упор. С. Новаковић, (1898), 20, 21, 28, 157, 158, 163; Никола Радојчић, *Законик цара Стефана Душана 1349 и 1354*, Београд 1960, 46, 48, 93, 94, 96; А. Соловјев, (1980), 185, 186, 195.

⁸⁰ Вид. *Правила (канонес) Православне цркве*, 279–281.

Нарочито вреди истаћи да одредба из уговора која казује да поклоњено има „у баштину до века по закону Новог Брда“, представља леп пример поштовања позитивних правних норми. Наиме, ту се ради о позивању на члан XXI Закона Новог Брда из 1412. године (који је чинио један део Закона о рудницима деспота Стефана Лазаревића из исте, 1412. године). Овај члан је прописао: „О баштинама: По овоме, да не може од грађана нико своју баштину продати, ни у залогу положити, ни у мираз дати, ни под цркву подложити без књиге номичке и сведочења протопопа и добрих људи који су у месту – ко ли камо, напред реченим начином, своју баштину да без књиге, напред речене, од таквих да није тврдо ни вредно“.⁸¹ Четири помениута начина располагања баштином наведена су само примера ради (као што је и чл. 40 Душановог законика навео примера ради само три начина располагања баштином) што, свакако, није искључивало да се баштином могло располагати и поклоном.

Тако су римско-византијска правила о уговору о поклону, постављена још у Законоправили под утицајем Прохирона, наставила да живе, како кроз законодавство, тако и у животу, и током наредних векова. Обичај их је можда тек незнатно модификовао у понеком детаљу (као, на пример, узраст који се тражио за пуноважност располагања путем уговора о поклону), али је темељ у основи постављен у XIII веку, наставио да држи зграду ове правне установе све до нововековног револуционарног обрта. Доласком османске власти престала је да постоји српска држава, али је њено Законоправило наставило да живи у виду правних правила која су Православној српској цркви била дозвољена да се примењују у уређивању унутарцрквених односа и изванцрквених, грађанскоправних односа српских хришћанских поданика који су настајали поводом брака, наслеђивања или уговора које су међу собом закључивали.⁸² Дobar део српских преписа Законоправила који датирају из каснијег времена (Београдски из треће четвртине XV века, Савински с почетка XVI века, Пећки из 1552. и Морачки од 1615. године), многе се управо зато што је постојала снажна практична потреба да се његова решења примењују као приручник за регулисање појединих правних усанова и решавање конкретних спорова. Њима су се касније придружили и они који су дошли из иностранства, Кормчаја књига у руској рецензији, нешто допуњена, редакција Законоправила, први

⁸¹ Б. Марковић, (1985), 23.

⁸² Отуд траг уговора о поклону већ из раног времена османске власти (од 2. априла 1489. године), којим кнез Миливоје из Фоче поклања сву своју имовину сину Мустафи, вид. код Глигорија Елезовића, *Турски споменици, I, св. 1, (1348 1520)*, Београд 1940, 240 242 (док. бр. 80). Упор. Љубомир Стојановић, *Старе српске повеље и писма, књига I (Дубровник и његови суседи)*, Београд Сремски Карловци 1934, 366 (док. бр. 974 од пре 10. априла 1489). Вид. и док. број 974 од 10. априла 1489, *ibid.*, 368.

пут штампана у Москви 1650. и 1653. године и доцније прештампана у XVIII и XIX веку.⁸³ Тако је без устезања, почетком XIX века, прота Матеја Ненадовић посведочио у својим Мемоарима да је саставио Законик за ваљевску нахију почетком маја 1804. године по угледу на Крмчију (Законоправило),⁸⁴ а Михајло Гавриловић, биограф кнеза Милоша, да је и сам књаз „по некад у заплетенијим стварима тражио решење и у Крмчији“.⁸⁵ На тај начин су преживљавала и древна правила о поклону која је поставио још Сава Немањић. Она су, ослоњена на римско-византијску традицију, била сасвим компатибилна с новим правним постулатима у модерним кодификацијама, који су се при регулисању поклона незаобилазно мање или више, посредно или непосредно, отворено или прикривено, наслањали на римску правну традицију.

6. ЗАКЉУЧАК

Римско-византијски угао доминантан је у прописима Законоправила о уговору о поклону. Принципи на којима је био заснован овај концепт – добровољност, форма и посебни материјалноправни услови који су били потребни за настанак уговора, начелна неопозивости и изузетна опозивост – нашли су своје место у Прохирону, па тако и у Законоправилу Светога Саве, а неки од њих и у Душановом законодавству. Тек незнатно, та правила су трпела утицаје средине у којој су примењивана. Поред тога што је, за разлику од изворника, могуће да се пунолетство утврђивало према одредбама обичајног права, спецификум представља и то што се у једном периоду српске историје појављује уздарје, тј. обдареникова противчинидба поклонодавцу, вероватно као плод обичајног наслеђа, која се састојала у предаји ствари незнатне вредности у односу на дар. Правила о по-

⁸³ У овом штампаном издању Крмчије о уговору о поклону је било одредаба и из Еклоге, која је овде унета под насловом *Закон цара Леона и Константина*. Ту је уговору о поклону посвећено шест чланова. Од тога се у три члана регулише поклон за живота у усменој и писменој форми, као и број сведока (три у осамљеним местима, односно пет у насељеним местима), у четвртном се регулише поклон за случај смрти пред истим бројем сведока, у петом се прописује да дародавац неће одустати или опозвати поклон, а у шестом су разлози за опозив, готово идентични са оним у Прохирону (*Kormčaja knjiga*, II, Moskva 1787, листови рп рла). Вид. више L. Margetić, „Ekloga iz 726. godine i njezina važnost za našu pravnu povijest“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, 1/1980, 65–66.

⁸⁴ П. М. Ненадовић, *Мемоари (рукопис)*, САНУ (прир. А. Младеновић), Београд, 1988, 46. Вид. М. Петровић, „Извори Закона Проте Матије Ненадовића“, *Књижевни лист (за књижевност, културу и друштвена питања)*, 18/2004, Београд, 1, 16–17.

⁸⁵ Вид. М. Гавриловић, *Милош Обреновић, књига друга (1821–1826)*, Београд 1909, 318 фн. 1.

клону делила су током векова судбину Законоправила, с обзиром на то да су одредбе о уговору о поклону преко њега наставиле да живе кроз црквено право и после пада под турску власт. Заједно с њим, правила која су ту била конституисана важила су до у праскозорје прве модерне српске кодификације грађанског права у Грађанском закону од 1844. године.

Dr. Zoran Mirković

Associate Professor
University of Belgrade Faculty of Law

Dr. Marko Đurđević

Assistant Professor
University of Belgrade Faculty of Law

RULES ON GIFT IN SERBIAN MEDIEVAL LAW

Summary

The Roman-Byzantine law was one of the pillars of the medieval Serbian state. Together with the Christian faith, it served as the basis for the first Serbian legal collection, known as *Zakonopravilo – Nomocanon*. Compiled by the Serbian Archbishop Sava (later known as St. Sava), this collection of legislative texts left an indelible mark on Serbian legal culture for a quite long period of time, more precisely from the Middle Ages until the occurrence of the first written laws in the first half of the nineteenth century.

It included certain provisions related to gift or donation. These provisions were based on the Roman-Byzantine legal concepts and ideas. The most important principles of the Roman-Byzantine gift, as established in *Prohiron* and received in *Zakonopravilo*, were: voluntariness of the gratuitous disposition (*animus donandi*), its irrevocability in principle, and revocability as an exception. The main features of the Roman-Byzantine gift were only slightly altered in their Serbian version. These minor alterations occurred by reason of specificities of the setting in which the received rules on the gratuitous disposition applied. The authors point particularly to a specific type of donation, that is a *gift-in-reciprocation*, which includes negligible consideration of the recipient of the gift. This

counter-performance of the donee must be insignificant in comparison to the value of the donor's gratuitous disposition.

The rules of Serbian medieval law on gift, as received from the Roman-Byzantine sources, shared the fate of *Zakonopravilo*. They were mainly accepted in the latter medieval Serbian legislations, and stayed in force for several centuries, until the enactment of the first Serbian civil codification in 1844.

Key words: *Roman-Byzantine Law. – Serbian Medieval Law. – Gift. – Saint Sava's Nomocanon. – Prohiron. – Tsar Dušan's Legislation. – Gift-in-reciprocation.*

Др Војислав Станимировић*

НОВИ ПОГЛЕД НА ХАМУРАБИЈЕВ ЗАКОНИК (II део)

Текст садржи први потпуни превод Хамурабијевог законика на српски језик, јер обухвата с одговарајућим ознакама и превод тридесетак реконструисаних норми, које су у оригиналном тексту избрисане (чл. 66-99), што досадашњи српски преводи нису нудили. Имајући у виду и најновија открића у вези с овим закоником (Хазор), уз прилагођени превод најважнијег клинописног законика, дају се и исцрпна иновирани објашњења. Она задиру у неке проблеме везане за поједине његове прописе и најзначајније новине које је Хамурабијева законик унео у правни живот. Аутор покушава да из новог угла сагледа и његову сложу природу. Јединствено преплитање обичаја и закона, као два суштински различита правна извора, природа Законика, који се налази између законика у ужем смислу те речи и збирке пресуда, као и значајне промене које доноси у области социјалне политике, у пуној мери показују колико савремена правна култура дугује сумерској академској правној традицији, чији је он један од потомака, мада не и најстарији, како се дуго веровало.

Кључне речи: *Хамурабијева законик (српски превод). Правни извори. Закон и обичај. Вавилон. Сумерско академска правна традиција.*

(S iii 8 – 21; XXIV 1 – 7) (чл. 100) Ако дамкар преда сребро шамалуу¹ ради обављања послова и пошаље га на пут, шамалу [нека ...] док је на пословном путу; ако он оствари (добит) тамо где је отишао, нека обрачуна (што му припада за) трошкове склапања посла и проведене дане, и нека (вративши сребро и добит) задовољи свог дамкара.

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, woja@ius.bg.ac.rs.

¹ Шамалу је био трговачки путник (трговачки агент) у старом Вавилону, пуномоћник дамкара, који је за плату путовао по земљи и обављао послове у дамкарово име и на његов рачун. И овај члан, као и многи други у овом закоником, сведочи о високо развијеној цивилизацији заснованој на робноовчаној привреди и веома сложеним облигационим односима које је изградило Старо вавилонско царство.

(XXIV 8 – 14) (чл. 101) Ако не оствари добит тамо где је отишао, шамалу нека врати дамкару два пута више сребра него што је узео.

(XXIV 15 – 23) (чл. 102) Ако дамкар преда сребро шамалуу ради обављања послова, преузимајући на себе ризик неуспеха његовог подухвата, он нека дамкару врати само примљену количину сребра.

(XXIV 24 – 31) (чл. 103) Ако га непријатељ принуди да се лиши свих добара која је имао при себи током пословног путовања, шамалу нека се закуне пред богом и биће слободан.

(XXIV 24 – 31) (чл. 104) Ако дамкар преда шамалуу жито, вуну, уља, и ма коју другу робу за продају на мало, шамалу нека врати дамкару сребро од сваке продаје; шамалу нека сачува запечаћене таблице² за (сваку продају за коју је плаћено) сребро које је предао дамкару.

(XXIV 46 – 54) (чл. 105) Ако шамалу буде немаран и не узме запечаћене признанице за (сваку продају за коју је плаћено) сребро које је предао дамкару, ниједан износ сребра који није забележен у запечаћеној таблици нека се не узме за коначни обрачун.

(XXIV 55 – 67) (чл. 106) Ако шамалу узме сребро од дамкара, али касније одбије потраживање дамкара, тај дамкар нека га оптужи и пружи доказе пред богом и сведоцима против шамалуа да му је сребро дао, тада шамалу нека да дамкару три пута колико је узео.

(XXIV 68 – XXV 14) (чл. 107) Ако дамкар повери сребро шамалуу и шамалу му касније врати све што му је тај дамкар дао, али дамкар порекне (да је примио) све што му је шамалу вратио, тај шамалу нека га оптужи и пружи доказе пред богом и сведоцима против дамкара, и зато што је порекао да је изравнао рачун са шамалуом, нека да шамалуу шест пута колико је узео.

(XXV 15 – 25) (чл. 108) Ако крчмарица одбије да прими жито за цену пива, али прихвата (искључиво) сребро по већој тежини, при томе умањујући вредност пива у поређењу са вредношћу жита, они нека оптуже и осуде ту крчмарицу и нека буде бачена у воду.

(XXV 26 – 35) (чл. 109) Ако крчмарица у чијој се кући скупљају злочинци, њих не ухвати и не преда дворским властима, таква крчмарица нека буде убијена.³

(XXV 36 – 44) (чл. 110) Ако велика посвећеница или обична посвећеница⁴ која не пребива унутар зидина храма, отвори (врата?) крчме, или уђе у крчму због пива, нека буде спаљена.

² Тј. признаница.

³ Трећи, последњи, али и најнеобичнији вид издаје који помиње Хамурабијев законик.

⁴ *Угбабту* посвећеница нижег ранга од *надиту*. Понекад су биле и краљевског порекла. Сумерски назив за њих био је *нин дингир*.

(XXV 45 – 49) (чл. 111) Ако крчмарица да на вересију један ват пива,⁵ она нека узме 50 сила жита по жетви.

(XXV 50 – 74) (чл. 112) Ако се човек бави путујућом трговином и другом човеку повери сребро, злато, драго камење, или ма каква друга добра да тај товар испоручи, а овај други не отпреми депоновану робу тамо где је послата већ је присвоји, власник депоноване робе нека га оптужи и нека буде осуђен због било ког дела товара који није испоручио, и нека тај човек власнику депоноване имовине петоструко накнади вредност онога што му је дато.

(XXV 75 – XXVI 16) (чл. 113) Ако човек има доспело потраживање у житу или сребру према другом човеку, па без његове дозволе буде узео жито из његовог амбара или с гумна,⁶ они нека оптуже и осуде тог човека што је узео жито из амбара или са гумна без допуштења власника жита, и он нека врати сво жито које је узео; поврх тога, нека изгуби све што је првобитно дао у зајам.⁷

(XXVI 17 – 25) (чл. 114) Ако човек нема доспело потраживање у житу или сребру према другом човеку, али му (ипак) отме члана домаћинства, нека одмери и преда 20 шекела сребра за сваког отетог.

(XXVI 26 – 37) (чл. 115) Ако човек који има доспело потраживање према другом човеку, отме члана његовог домаћинства, и отети умре природном смрћу у заточеништву свог отмичара, тај случај не повлачи тужбу.

(XXVI 38 – 53) (чл. 116) Ако отети умре од последица мучења или психичког злостављања у кући свог отмичара, господар отетог нека оптужи и осуди свог дамкара и ако је (отети) био син (тужиоца), они нека убију његовог (отмичаревог) сина; ако је био човеков роб, он нека одмери и преда 20 шекела сребра; поврх тога, он нека изгуби све што је првобитно дао у зајам.

(XXVI 54 – 67) (чл. 117) Ако је дуг претежак за човека и он прода или у дужничко ропство пошаље своју жену, сина или кћер, они нека раде у кући њиховог купца или онога ко их држи у дужничком

⁵ Око 60 литара.

⁶ Простор, обично ван села, на ветровитом месту, на коме се обављала вршидба жита.

⁷ Овај и наредних неколико чланова Хамурабијевог законика посвећени су ограничавању самопомоћи. Ни енергичан владар какав је Хамураби није покушао, нити је могао, да укине самопомоћ (о чему сведочи чл. 115), као што то, уосталом, неће учинити ни много млађи Гортински законик (колумна I, вид. Лујо Маргетић, „*Vindicatio in servitutum i vindicatio servi* у гортинском праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 4/1964, 424 430). Али, зато се Хамураби својски потрудио да је у што већој мери ограничи. Вид. више Viktor Korošec, „О самопомоћи по клино писаних закониких“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 3 4/1968, 398 407.

ропству три године; у четвртој години, њихово ослобођење нека буде осигурано.⁸

(XXVI 68 – 73) (чл. 118) Ако он буде дао роба или робињу у дужничко ропство, дамкар може да продужи рок (и преко три године), а може и да их прода; нема основа за тужбу.

(XXVI 74 – XXVII 3) (чл. 119) Ако је дуг претежак за човека и он због тога прода своју робињу која му је изродила децу, власник робиње нека (касније) одмери и преда сребро које му је одвагао и дао дамкар (у зајам) и он ће тако откупити своју робињу.

(XXVII 4 – 23) (чл. 120) Ако човек залихе свог жита похрани у кућу другог човека, и настане губитак у његовом складишту или господар куће направи амбар и узме жито или у потпуности негира да је примио жито на чување, нека онда власник жита пред богом докаже постојање свог жита, а господар куће нека му да два пута онолико жита колико је примио (у складиште).

(XXVII 24 – 30) (чл. 121) Ако човек похрани залихе жита у кућу другог човека, нека му плати по пет сила жита за сваки (похрањени) кур жита⁹ као годишњи закуп складишта.

(XXVII 31 – 43) (чл. 122) Ако човек намерава да остави сребро, злато, или шта било код другог човека на чување, он нека предочи пред сведоцима све оно што намерава да похрани, он нека сачини писмени уговор, и (потом) нека остави ствари на чување.

(XXVII 44 – 52) (чл. 123) Ако остави ствари на чување без сведока или писаног уговора, а они поричу да је ишта дао, такав случај не даје основа за тужбу.

(XXVII 53 – 65) (чл. 124) Ако човек остави сребро, злато, или шта било, пред сведоцима, код другог човека на чување, а овај то пориче, они нека оптуже и осуде таквог човека, и нека врати двоструко све што је порекао.

(XXVII 66 – XVIII 7) (чл. 125) Ако човек остави своју имовину на чување и његова имовина заједно с имовином чуварева куће буде изгубљена, било да је (провалник ушао у кућу) кроз отвор или преко трошног зида, господар куће који је био немаран нека поврати власнику имовину коју му је поверио на чување, а он допустио да се

⁸ Први пут у осведоченој историји, дужничко ропство је ограничено. Биће потребно још скоро хиљаду година да оно буде укинато, прво у Египту (фараон Бокхорис), а касније и у Атини (Солон). О члановима Хамурабијевог законика који говоре о дужничком ропству, више Gregory C. Chirichigno, *Debt Slavery in Israel and the Ancient Near East*, Sheffield 1993, 57–72. У компаративном контексту, вид. Обрад Станојевић, „О пореклу нексума“, *Анали Правног факултета у Београду* 3 4/1965, 371–381.

⁹ Овим уговором о остави је, дакле, предвиђено да се најам складишта плаћа једном шездесетином похрањеног жита.

изгуби; господар куће нека настави да тражи своју несталу имовину и нека је одузме од онога ко је украо.

(XXVIII 8 – 24) (чл. 126) Ако човек чија имовина није изгубљена буде изјавио: „Моја имовина је изгубљена“, и тужи градску четврт, његова четврт пред богом нека докаже да никаква (његова) имовина није изгубљена, и он нека да градској четврти двоструко колико је захтевао.

(XXVIII 25 – 34) (чл. 127) Ако човек узрочи да се покаже прстом на посвећеницу или удагу жену, али не може да докаже (своје оптужбе), нека пред судијама јавно буде кажњен батинама и нека му обрију пола главе.¹⁰

(XXVIII 35 – 41) (чл. 128) Ако човек ступи у брак са женом, али не сачини званични уговор за њу,¹¹ та жена није супруга.

(XXVIII 42 – 53) (чл. 129) Ако човекова жена буде затечена да лежи са другим мушкарцем, нека их вежу и баце у воду; ако женин господар (опрости) жени и допусти јој да живи, онда владар нека свог поданика¹² пусти да живи.¹³

(XXVIII 54 – 67) (чл. 130) Ако човек напаствује жену заручену за другога, која је невина и која још живи у кући свога оца, и ако га ухвате да је легао са њом, такав човек нека буде убијен; та жена да се ослободи (сумње).

(XXVIII 68 – 76) (чл. 131) Ако муж оптужи своју супругу (за прељубу), иако она није ухваћена да лежи са другим мушкарцем, она нека се закуне (у своју невиност) пред богом и нека се врати у свој дом.

(XXVIII 77 – XXIX 6) (чл. 132) Ако на туђу жену показују прстом оптужујући је због другог мушкарца, иако није ухваћена са њим, она нека се подвргне божјем суду Реке због свог супруга.

(XXIX 7 – 17) (чл. 133а) Ако човек буде заробљен, а у његовој кући остане довољно за живот, његова супруга [... нека не] уђе [у кућу другога].

¹⁰ Овде почиње трећи део законика (од 127 195 члана) посвећен брачном, породичном, наследном праву и кривичним делима против брака, породице и полног морала.

¹¹ Тј. брачни уговор. О брачном праву у Старом вавилонском царству више R. Westbrook, (2003), *passim*; Ephraim Avigdor Speiser, „New Kirkuk Documents Relating to Family Laws“, *The Annual of the American Schools of Oriental Research* 10/1928 1929, 1 73.

¹² Тј. мушкарца ухваћеног у прељуби са женом.

¹³ О генези кривичних дела против полног морала у Месопотамији више J. J. Finkelstein, „Sex Offenses in Sumerian Laws“, *Journal of the American Oriental Society* 86/1966, 355 372; Elisabeth Meier Tetlow, *Women, Crime and Punishment in Ancient Law and Society, I, The Ancient Near East*, New York London 2004.

(XXIX 18 – 26) (чл. 133б) Ако та жена не чува своју честитост и уђе у кућу другога, они нека оптуже и осуде такву жену и нека је баце у воду.

(XXIX 27 – 36) (чл. 134) Ако човек буде заробљен, а у његовој кући не остане довољно за живот, његова супруга може да уђе у кућу другога; таква жена нека не подлеже никаквој казни.

(XXIX 37 – 56) (чл. 135) Ако човек буде заробљен, а у његовој кући не остане довољно за живот, и пре његовог повратка његова супруга уђе у кућу другога и изроди му децу, а потом се њен муж врати у свој град, та жена да се врати свом првом мужу, деца наслеђују од својих очева.

(XXIX 57 – 73) (чл. 136) Ако човек напусти свој град и побегне, и после његовог одласка његова супруга уђе у кућу другога – ако се тај човек после врати и захтева своју супругу, зато што је оставио свој град и побегао, супруга бегунца нека се не врати свом мужу.

(XXIX 74 – XXX 13) (чл. 137) Ако човек одлучи да се разведе од *шугиту*¹⁴ која му је родила децу, или од велике посвећенице која га је обдарила потомством,¹⁵ они нека таквој жени врате мираз и нека јој дају једну половину (мужевљевог) поља, воћњака, и осталог иметка, и она ће одгајати децу; кад деца одрасту, они нека јој дају део, упоредив у вредности са делом једног наследника, од свега сто је дато синовима, и муж кога она одабере нека се ожени са њом.

(XXX 14 – 24) (чл. 138) Ако човек намерава да се разведе од своје прве супруге која му није родила децу, нека јој да сребра у висини њеног *терхату*¹⁶ и нека јој врати *шерикту*¹⁷ који је донела из куће свог оца, и нека се разведе од ње.

¹⁴ *Шугиту* у Вавилону су, према мишљењу Елизабет Мејер Тетлоу (*Elisabeth Meier Tello*), то биле млађе или усвојене сестре надиту свештеница бога Мардука. Пошто свештенице бога Мардука нису смеле имати потомство, њиховим мужевима би шугиту рађале децу, као друге супруге.

¹⁵ Пошто надиту, велике посвећенице, нису смеле да рађају децу, овде се мисли на надиту која је свом мужу подвела другу жену (обично је то била њена млађа сестра, често *шугиту*) која му је родила децу.

¹⁶ *Терхату* брачни дар који је будући младожења давао оцу или старатељу девојке да би потврдио своју намеру да са девојком или женом закључи брак. Уколико би, потом, младожења одустао од склапања брака, *терхату* му не би био враћен, али уколико би отац или старатељ девојке или жене одустао од договора, младожењи се враћао двоструки износ овог поклона.

¹⁷ *Шерикту* је вавилонски термин за мираз. О брачним давањима у Вавилону више Jean Gaudemet, *Institutions de l'antiquité*, Paris 1967, 36 41; Raymond Westbrook, „Mitgift“, *Reallexikon der Assyriologie und Vorderasiatischen Archäologie* (eds. E. Ebeling E., B. Meissner), Sonderdruck, Berlin New York 1994, 273 283; Војислав Станимировић, *Брак и брачна давања кроз историју*, Београд 2006, 15 37.

(XXX 25 – 29) (чл. 139) Ако нема *терхату*, нека јој да 60 секела сребра као отпремнину за развод.¹⁸

¹⁸ Током месопотамске историје, све до Старог вавилонског царства, таст је задржавао *терхату*. Са своје стране, он је својој ћерки давао *шерикту* који је временом постао вреднији од износа *терхату*. Међутим, у време Старог вавилонског царства развио се обичај да отац својој ћерки или зету поред мираза преда и *терхату*, јер је мираз постао важније и издашније брачно давање од *терхату*. Тиме је дефинитивно од давнашње цене за младу, преко (веридбеног) дара учињеног будућем тасту, *терхату* прерасла у део девојачке спреме, која, иако долази са младожењине стране, бива унета у брак од стране невесте. Вероватно је у време састављања Законика ова пракса још увек била релативно нова појава те су, у истом периоду, неки девојачки очеви и даље задржавали *терхату* за себе, док су други давали својој ћерки, поред мираза и овај дар. На тај начин се могу објаснити чл. 138 и 139. На први поглед, на основу њих може се извести закључак, што доста писаца и чини, да *терхату* није био обавезан дар, јер чл. 139 почиње речима: *Ако нема терхату...* Ипак, ови чланови се могу објаснити поменути променама у вавилонским брачним обичајима. Чл. 138 обавезује мужа да, у случају репудијума (отпуштања жене, једностраног развода брака), поред мираза, жени врати и *терхату* коју је она, вољом свога оца унела у брак. Уколико је, с друге стране, женин отац задржао *терхату*, што је у време Законика и даље било његово право и зависило је искључиво од његовог нахођења, па жена поред *шерикту* не би унела и *терхату* у брак, муж је према чл. 139 био дужан да јој при разводу брака да једну мину сребра. Овако протумачен, чл. 139 оставља могућност да је *терхату* био обавезно брачно давање, незаобилазан корак при склапању брака и да је представљао неку врсту обавезног поклона девојчином оцу. Овај дар је, додуше, вољом примаоца могао склизнути у брачну имовину његове кћери и његовог зета, допуштајући тако, помало неоправдано, мужу да искористи чињеницу да је *терхату* (из чл. 138) у његовим рукама, те да враћајући га поново жени при разводу, избегне обавезу давања додатне цене отпуштања, што га је чекало према чл. 139. На тај начин, Хамурабијев законик, задржавајући обавезност *терхату*, поред уходаног режима везаног за њу, реагује и у складу са новом праксом, тако да је третира негде као веридбени дар учињен оцу девојке, а негде као брачну имовину жене. Извесну недоследност коју показују чл. 138 и 139 могуће је објаснити управо новим обичајем уношења *терхату* у брак, јер сада законодавцу није лако да свеобухватном прецизношћу, ионако туђу древним законикима, одреди чија је она заправо својина. У чл. 163 164, који говоре о случају када умре жена која није родила децу, проблем се не поставља, јер се сматра да сврха брака није ни остварена, а пошто жена није више жива, тј. не постоји питање цене отпуштања, тако да *терхату* припада удовцу, баш као што се мираз враћао оцу девојке. Међутим, у случају чл. 138 139, ствари су много сложеније. Ни овде сврха брака није постигнута, јер брачни пар нема деце, али брак самовољно развргао муж без обзира на то да ли је жена уопште могла да зачне или не, тако да нема женине кривице за развод. Због тога муж није овлашћен да захтева повраћај *терхату* ако се она налази код таста. Но, ако се таст већ добровољно одрекао *терхату* у корист брачног пара, односно недочеканих унука, па се она нашла у рукама зета, сматра се да је онда њено враћање жени довољна цена отпуштања. Дакле, без обзира на то да ли је отац задржао или није, *терхату* је био обавезан корак при склапању вавилонског брака. У прилогу обавезности *терхату* свакако може ићи и чл. 166 који налаже ожењеној браћи да после смрти њиховог оца свом недораслом брату који још није узео жену, преко дела који му припада, дају и сребра да би могао да плати *терхату*.

(XXX 30 – 32) (чл. 140) Ако је *мушкѣну* нека јој да 20 шекела сребра.

(XXX 33 – 59) (чл. 141) Ако супруга човека која обитава у његовој кући одлучи да оде, и граби ствари и расипа своје покућство, или ниподаштава свог мужа, они нека је оптуже и нека је осуде; и ако њен муж обнародује да намерава да је остави, онда нека се растави од ње: ни новац за пут, ни цену отпуштања, нити ма шта друго нека јој не да.¹⁹ Ако њен муж изјави да јој неће дати развод, онда муж може да се ожени другом женом, а ова (прва) супруга нека остане у кући као робиња.

(XXX 60 – XXXI 5) (чл. 142) Ако жена одбије свог мужа и каже му: „Ти ме не можеш имати више“ – нека власти градске четврти испитају њен случај и све околности, ако је она разборита и беспрекорна, али је њен муж напрасит и непрестано је понижава и малтретира, за такву жену да нема казне; она нека узме свој мираз и нека оде у дом свога оца.

(XXXI 6 – 12) (чл. 143) Ако она није без мане, већ је набусита и горопадна, расипа кућу, и ниподаштава свога мужа, нека такву жену баце у воду.

(XXXI 13 – 27) (чл. 144) Ако се човек ожени великом посвећеницом, и та му посвећеница подведе робињу која му роди децу, а он потом одлучи да узме за супругу *шугиту*, они нека му не допусте да то учини, он неће моћи да ожени *шугиту*.

(XXXI 28 – 42) (чл. 145) Ако човек ожени велику посвећеницу, а она му не обезбеди потомство,²⁰ и ако тада човек одлучи да ожени *шугиту*,²¹ такав човек може да ожени *шугиту* и да је доведе у своју кућу; та *шугиту* нека не жуди да се изједначи са великом посвећеницом.

(XXXI 43 – 59) (чл. 146) Ако се човек ожени великом посвећеницом, и она подари робињу своме мужу, и та (робиња) потом роди децу, и ако након тога робиња зажели исти положај као и њена господарица – зато што је родила децу, њена господарица нека је не прода; она нека јој (од косе направи) ропски жиг и нека је сврста међу своје робиње.

(XXXI 60 – 64) (чл. 147) Ако она не роди децу, њена господарица нека је прода.

¹⁹ Пошто је жена крива због развргнућа брака, муж је задржавао и њен мираз и није био дужан да јој плати ништа од онога што је било предвиђено брачним уговором.

²⁰ Тј. не нађе мужу подобну „сурогат мајку“ која би уместо ње родила децу брачном пару.

²¹ С обзиром на чињеницу да је *шугиту* била млађа сестра или усвојена сестра *надиту*, велике посвећенице, овде се могу назрети трагови сорората.

(XXXI 65 – 81) (чл. 148) Ако се човек ожени женом, а њу касније обузме тешка болест²² и он одлучи да ожени другом женом, он може да се ожени, (али) да се не растави од своје супруге опхрване болешћу, она нека борави у одајама које јој он намени и опреми и он нека је издржава док год је жива.

(XXXII 1 – 9) (чл. 149) Ако та жена не пристане да борави у кући свога супруга, он нека јој врати њен мираз који је донела из куће свога оца, и она нека иде.

(XXXII 10 – 25) (чл. 150) Ако човек додели жени поље, воћњак, кућу или покретне ствари, и начини јој запечаћену исправу, после супругове смрти њена деца да јој то не оспоравају;²³ мајка ће то оставити најмилијем детету,²⁴ али то неће моћи да препише ником другом.

(XXXII 26 – 51) (чл. 151) Ако се жени која борави у човековој кући њен муж обавезе и исправу састави да је његов поверилац не може уграбити (због његовог дуга) – ако такав човек има дуг који је настао пре брака, његови повериоци неће моћи да отму његову супругу; ако та жена има дуг настао пре уласка у човекову кућу, њени повериоци да не дирају њеног мужа.

(XXXII 52 – 60) (чл. 152) Ако су се задужили пошто је жена крочила у човекову кућу, обоје нека намире²⁵ дамкара (повериоца).

(XXXII 61 – 66) (чл. 153) Ако супруга неког човека због другог мушкарца скриви смрт свога мужа, они нека је набију на колац.

(XXXII 67 – 71) (чл. 154) Ако човек обешчисти своју кћер, они нека протерају таквог човека из града.

(XXXII 72 – XXXIII 1) (чл. 155) Ако човек изабере невесту за свога сина и његов син је спозна, па потом он легне са њом и буде ухваћен да лежи са њом, нека они вежу таквог човека и нека га баце у воду.

²² *ла'бум* према мишљењу Марте Рот, вероватно нека врста заразне кожне болести.

²³ Ради се о поклону за случај смрти, који први уводи Липит Иштаров законик. Међутим, док је према слову тог законика поклон за случај смрти могао бити установљен само у корист сина, у Вавилону, према Хамурабијевом законнику, овај вид заобилажења законског наследног реда могао је бити установљен не само у корист најмилијег сина (чл. 165), већ и у корист супруге (чл. 150).

²⁴ Хамурабијев законик користи термин деца, али је јасно из његових чланова да се ради искључиво о синовима када је реч о законском наследном реду. Терке су намирене миразом или се, као у случају посвећеница, оне посебно наводе ако треба да добију део наследства. Вид. и John Miles, „Some Remarks on the Origin of Testacy, with Some References to the Old Babylonian Laws“, *Revue internationale des droits de l'antiquité* 1/1954, 119 124.

²⁵ Обоје солидарно одговарају повериоцу било мужа било супруге.

(XXXIII 2 – 17) (чл. 156) Ако човек изабере невесту за свога сина и његов син је још не спозна, а он легне са њом, нека јој одмери и преда 30 шекеља сребра; поврх тога, он ће јој вратити све што је донела из куће свога оца; и нека се уда за мужа кога она одабере.

(XXXIII 18 – 23) (чл. 157) Ако човек, после смрти свога оца, легне са својом мајком, нека обоје буде спаљени.

(XXXIII 24 – 32) (чл. 158) Ако човек, после очеве смрти, буде затечен са његовом (очевом) главном супругом која је родила децу, такав човек да буде разбаштињен од очева имања.

(XXXIII 33 – 46) (чл. 159) Ако човек који је донео *библу*²⁶ у кућу свог таста, и који је дао *терхату*, своју пажњу окрене другој жени и каже своје тасту: „Нећу се оженити твојом ћерком“, девојчин отац нека задржи све што му је дато.

(XXXIII 47 – 59) (чл. 160) Ако је човек донео *библу* у кућу свога таста и дао *терхату*, а онда се отац девојке (предомисли и) објави: „Нећу ти дати руку своје кћери“, мораће да врати двоструко (вредности) свега што му је дато.

(XXXIII 60 – 77) (чл. 161) Ако је човек донео *библу* у кућу свога таста и дао *терхату*, а онда га његов пријатељ оклевета (узрокујући да се) његов таст (предомисли и) објави веренику: „Нећу ти дати руку своје кћери“, нека му (таст) врати двоструко (вредности) свега што му је дато; поврх тога, његов пријатељ неће се оженити његовом (несуђеном) женом.

(XXXIII 78 – XXXIV 6) (чл. 162) Ако се човек ожени женом која му роди децу, али она потом оде за својом судбином,²⁷ њен отац нема право да потражује њен мираз; њен мираз припада искључиво њеној деци.

(XXXIV 7 – 23) (чл. 163) Ако се човек ожени женом, али му она не пружи потомство, и та жена оде за својом судбином – ако му његов таст тада врати *терхату* коју је тај човек донео у кућу свога таста, њен муж неће имати никакво право на мираз те жене; њен мираз припада искључиво кући њеног оца.

(XXXIV 24 – 32) (чл. 164) Ако му таст не буде вратио *терхату*, он ће одбити њену вредност од мираза и (остатак) ће вратити кући њеног оца.

²⁶ Као и *терхату*, и *библу* спада у дарове који долазе с младожењине стране и дају се пре склапања брака. Међутим, док је *терхату* био поклон заручницином оцу, *библу* су били церемонијални дарови осталим члановима његове породице и они се нису давали у сребру (новцу), већ су се састојали од хране, пића, накита, итд. За разлику од *терхату*, изгледа да обичајем предвиђени *библу* дарови ипак нису били обавезни пратилац вавилонског брака.

²⁷ Тј. ако премине.

(XXXIV 33 – 50) (чл. 165) Ако човек додели, у запечаћеној исправи, поље, воћњак, или кућу свом омиљеном наследнику, када браћа буду делила имање пошто им отац оде за својом судбином, он (најмилији син) узме поклон који му је отац дао и независно од тог поклона они ће на једнаке делове поделити очевину.

(XXXIV 51 – 73) (чл. 166) Ако човек пожени све дорасле синове, али не узме супругу свом најмлађем сину, када браћа буду делила имање пошто отац оде за својом судбином, издвојиће од очевине најмлађем брату сребра у вредности *терхату*, преко његовог наследног дела и тако му омогућити да себи прибави супругу.

(XXXIV 74 – XXXV 8) (чл. 167) Ако се човек ожени женом која му роди децу, и која потом оде за својом судбином, и после њене смрти он се ожени другом женом која му (такође) изроди децу, па касније он оде за својом судбином, деца неће делити имање према мајкама; (прво) ће узети миразе својих мајки, а очевину ће делити на једнаке делове.

(XXXV 9 – 24) (чл. 168) Ако човек одлучи да разбаштини сина и изјави пред судијама: „Хоћу да разбаштиним свог сина“, судије нека испитају његов случај и ако син није учинио ниједан тешки преступ који повлачи казну искључења из наследства,²⁸ онда отац неће моћи да разбаштини сина.

(XXXV 25 – 36) (чл. 169) Ако би он скривио тешки преступ који заслужује искључење из наследства, они ће му први пут опростити; ако почини тешки преступ и други пут, отац ће моћи да га разбаштини.

(XXXV 37 – 59) (чл. 170) Ако човеку његова прва супруга изроди децу и његова робиња изроди децу, и отац за живота назове децу коју му је робиња родила: „Моја децо“, и изједначи их тако са децом своје главне жене – пошто човек оде за својом судбином, деца главне жене и деца робиње нека поделе очевину на једнаке делове; повлашћени наследник је (најстарији) син прве жене, он нека бира и узме први.

(XXXV 60 – XXXVI 5) (чл. 171) Али, ако отац током свог живота не назове децу коју му је робиња родила: „Моја децо“, пошто човек оде за својом судбином, деца робиње нека не деле очевину

²⁸ Тј. ако се није тешко огрешио о свога оца и претке или својим поступцима укаљао породицу. Иначе, поред поклона за случај смрти (којег познају скоро сви стари правни системи, рим. *donatio mortis causa*) из чл. 150 и 165, ексхеридација (искључење из наслеђивања) је била други начин на који се у Хамурабијево време могао заобићи законски наследни ред, а трећи је била адопција (чл. 185 193). Код поклона за случај смрти наследник стиче само права на одређеној ствари, али не преузима и обавезе оставиоца, за разлику од универзалног сукцесора који по закону наслеђује и права и обавезе.

са децом главне супруге. Ослобађање робиње и њене деце да се не доводи у питање: деца главне супруге да не захтевају поробљавање робињине деце. Главна супруга нека узме свој мираз и *нудуну*²⁹ којом је муж, давши јој запечаћену плочицу, наградио, и она нека настави да борави у мужевљевом дому; док год је жива нека ужива то, али она не може то да прода; њено имање ће припасти (као наследство) искључиво њеној деци.

(XXXVI 6 – 40) (чл. 172) Ако јој њен муж не остави *нудуну*, они ће јој вратити у потпуности њен мираз, и она ће узети део имовине једнак делу једног наследника.³⁰ Ако њена деца навалују на њу и силом је терају из куће, судије нека испитају њен случај и нека деци одреде казну; та жена да не напусти мужевљев дом. Ако таква жена сама одлучи да оде, она ће деци оставити *нудуну* коју јој је дао њен муж; она ће узети свој мираз који је донела из куће свога оца и муж кога она одабере нека се ожени са њом.³¹

²⁹ *Нудуну* одговара појмовима опроштајног дара и удовичког ужитка.

³⁰ Тј. делу једног сина.

³¹ *Нудуну* је био, дакле, на закону заснован део мужевљеве имовине (чији се минимум, према чл. 172, изједначава с делом једног сина) који је служио за обезбеђење удовице авилума, али на коме је удовица имала само право плодуживања, док је својина на њему припадала синовима који ће га и наследити после мајчине смрти. Тако се ова, на први поглед, појачана брига о женама из виших слојева вавилонског друштва, у суштини исказује као додатно обезбеђење породичне имовине и уступак аристократском потомству. То је била и суштина чл. 137 који наређује мужу који отера велику посвећеницу или *шугиту* која му је родила децу, да јој поред враћеног мираза преда и одређену имовину која ће служити одгајању деце и коју ће деца, на крају, наследити. Наставак члана који жени додељује део раван делу једног сина и дозвољава јој да се може удати за кога она хоће, на први поглед је у потпуној колизији са чл. 172. Међутим, то се може и другачије разумети. Наиме, чл. 137 који говори о мужу који тера своју супругу, одређује да јој касније, *кад деца одрасту... од свега што је дато синовима* (дакле, након смрти њиховог оца, када би супруга, да је остала у браку, постала удовица) припада део наследства идентичан оном из чл. 172 који говори о случају када муж умре не одредивши конкретан износ *нудуне*. С друге стране, крај чл. 137 и 172 потврђују право жене да се може удати за кога хоће, с тим што се у чл. 172 прецизира да у том случају *нудуну* припада деци, јер жена удајом престаје да буде самохрана удовица и не треба јој удовички ужитак, јер сада нови муж брине о њој. У чл. 137 то се не помиње, можда због тога што разведена жена, заједно са децом, није имала својство удовице по смрти свог бившег мужа, па се ни питање *нудуне* није могло постављати, те се ни њено издржавање, које јој је правично одређено на идентичан начин, у висини дела једног детета, није називало тим именом. Чл. 150 одскаче од поменутих чланова. Њиме је предвиђена могућност да муж својој супрузи, за живота, али и *mortis causa*, остави неко добро веће вредности (које вероватно надилази минималну вредност *нудуне*) и наложено је наследницима да мајци не оспоравају учињени поклон. Удовици је дато и додатно право да овај поклон остави најмилијем сину, истичући тиме њена повећана својинска овлашћења која постоје на овом поклону у односу на *нудуну*. Он јој, чини се, и даље припада независно од овог добровољно учињеног поклона, који је законом и предвиђен само као могућност, а не и као обавеза, за разлику од

(XXXVI 41 – 50) (чл. 173) Ако та жена буде родила децу новом мужу у чију кућу је ушла, када та жена умре, њена деца из ранијег и потоњег брака нека на једнаке делове поделе њен мираз.

(XXXVI 51 – 56) (чл. 174) Ако не буде родила децу новом мужу, само ће деца њеног првог мужа узети њен мираз.

(XXXVI 57 – 68) (чл. 175) Ако дворски роб или роб једног мушкену ожени жену племенита рода³² и она му роди децу, власник роба неће имати право да засужњи децу жене племенита рода.

(XXXVI 69 – XXXVII 9) (чл. 176а) Ако било дворски роб било роб једног мушкену ожени жену племенитог рода, и када је ожени она уђе у кућу дворског роба или роба једног мушкену заједно са миразом који је донела из куће свога оца, и током времена они заједнички оснују домаћинство и стекну имање, и касније дворски роб или роб једног мушкену оде за својом судбином – жена племенитог рода нека узме свој мираз; поврх тога, они ће поделити на два дела све што су њен муж и она стекли током заједничког живота, и господар роба нека узме половину и жена племенитог рода нека узме половину за своју децу.

(XXXVII 10 – 21) (чл. 176б) Ако жена племенитог рода нема мираз, они ће поделити на два дела све што су њен муж и она стекли током заједничког живота, и господар роба нека узме половину и жена племенитог рода нека узме половину за своју децу.

(XXXVII 22 – 60) (чл. 177) Ако удовица чија су деца још мала одлучи да уђе у кућу другог човека, она неће моћи да уђе без (претходне сагласности) судија. Када крочи у кућу другога, судије ће пописати имовину њеног претходног мужа, и они ће поверити имање претходног мужа њеном новом супругу и њој и захтеваће од њих да сачине таблицу са пописом (примљене имовине). Они ће се старати о имању и они ће подизати децу; они неће смети да продају добра

нудуну. Овај поклон за случај смрти из чл. 150 законодавац и није назвао *нудуну*, јер је његова намена, као и поклоне из чл. 165, да се заобиђе законски наследни ред или утиче делом на њега. Законодавац то чини намерно, као и у случају чл. 138–140. Они говоре о санкцији која сустиже мужа због самовољног и једностраног раскида брака. Цена отпуштања која се помиње у овим члановима није *нудуну*, него је то врста казне, одштета исплаћена због бахатог испољавања и злоупотребе моћи дате мужевима у Вавилону. Њу често помињу и брачни уговори из овог периода, и то не толико да би се заштитила жена, већ да би се казнило ружење угледа женине породице. Законодавац је, ипак, доследно следећи своју логику, водио рачуна када ће употребити израз *нудуну*. Наиме, поред мираза, још је само *нудуну* имао улогу законског наследног дела жене, с тим што је мираз потицао од њене породице, а *нудуну* са мужевљеве стране. Поклон из чл. 150 другачије је природе. То је поклон за случај смрти помоћу кога се утицало на законски наследни ред и зато није ни могао бити поистовећен с *нудуну*, што је чинило један од два саставна елемента законског наследног дела супруге.

³² Тј. жену из класе авилума.

тог домаћинства. Ма који купац који купи добра тог домаћинства од удовицине деце изгубиће своје сребро; имовина ће се вратити свом власнику.³³

(XXXVII 61 – XXXVIII 19) (чл. 178) Ако је посвећеници, великој посвећеници или *секрету*-жени³⁴ отац доделио мираз и то унео у таблицу, али је у табlici изричито навео да јој није дао писмено одобрење да даје свој иметак коме год зажели и није јој дао (над тим добрима) пуно овашћење – када отац оде за својом судбином, њена браћа узеше њено поље и њен воћњак и даваће јој хране, уља, и руха у складу са вредношћу њеног наследног дела, и они ће је тако намирити. Ако јој њена браћа не буду давала хране, уље и руха у складу са њеним наследним делом и на тај начин је не намире, она ће дати своје поље и свој воћњак закупцу по својој вољи, и њен закупца ће је издржавати. Док год буде жива, она ће уживати плодове употребе поља, воћњака и ма чега другог што јој је отац дао, али то неће продати и неће моћи тиме да подмири туђи дуг; њено наследство припада искључиво њеној браћи.³⁵

(XXXVIII 20 – 42) (чл. 179) Ако је посвећеници, великој посвећеници или *секрету*-жени отац доделио мираз и то унео у запечаћену исправу, и у табlici изричито навео да јој даје своју писмену сагласност да свој иметак може дати коме год зажели и дао јој над њим пуно овлашћење – пошто отац оде за својом судбином, она ће дати свој иметак коме она жели; њена браћа да је не туже и да не потражују од ње.

(XXXVIII 43 – 59) (чл. 180) Ако отац не додели мираз својој кћери која је велика посвећеница или *секрету*-жена, пошто отац оде за својим усудом, нека јој припадне део очевине једнак делу једног наследника; док год је жива она ће уживати његове плодове; њен иметак припашће искључиво њеној браћи.

(XXXVIII 60 – 75) (чл. 181) Ако отац посвети (своју кћер) божанству као велику посвећеницу, посвећеницу или *кулмаситу*,³⁶ али јој

³³ О овом члану више Émile Szlechter, „L'interprétation des lois babyloniennes“, *Revue internationale des droits de l'antiquité* 17/1970, 107 115.

³⁴ *Секрету* жене вишег ранга које су живе у изолацији било да су биле искушенице посвећене божанству, било да су биле дворске даме, царске поданице у његовом харему.

³⁵ Више о овом члану Émile Szlechter, „La nature juridique de la clause *ana qabê* en droit babylonien“, *Revue internationale des droits de l'antiquité* 6/1959, 90 100.

³⁶ *Кулмаситу* термин који се такође односи на врсту посвећенице. За разлику од *надиту*, *кулмаситу* је могла имати децу. Према једном моралистичком тексту из старовавилонског периода, Сју Ролин (*Sue Rollin*) изводи закључак да су се сматрале релативно непожељним супругама. Могуће је да су се бавиле храмовском проституцијом. Поменути запис подучава: „Не жени се проститутком чији муж је читава војска, ни са *иштариту* која је посвећена богу, ни са *кулмаситу* чији су

не додели мираз, пошто отац оде за својим усудом, она ће узети једну трећину очевине као свој наследни део, и док год је жива уживаће њене плодове; њен иметак припашће искључиво њеној браћи.

(XXXVIII 76 – XXXIX 1) (чл. 182) Ако отац не додели мираз својој кћери која је велика посвећеница бога Мардука у граду Вавилону или га не попише за њу у запечаћеној табlici, пошто отац оде за својим усудом, она ће при деоби очевине с браћом узети једну трећину наследства, али неће имати никакве даље обавезе (према њима); велика посвећеница бога Мардука оставиће свој иметак коме хоће.

(XXXIX 2 – 14) (чл. 183) Ако отац додели мираз својој кћери која је *шугиту*, нађе јој мужа, и попише (ствари које улазе у мираз) за њу у запечаћеној табlici, када отац оде за својим усудом, она више неће имати удела у очевини.

(XXXIX 15 – 30) (чл. 184) Ако човек не додели мираз својој кћери која је *шугиту* и не нађе јој мужа, када отац оде за својом судбином, њена браћа нека јој доделе одговарајући мираз који пристаје (вредности) очевине и нека јој нађу мужа и нека је удају.

(XXXIX 31 – 38) (чл. 185) Ако човек усвоји дете још на рођењу и онда га одгаји, (то се усвојење) не може оспоравати и не може се тражити повраћај детета.

(XXXIX 39 – 49) (чл. 186) Ако човек усвоји мало дете, и пошто га узме, оно чезне за својим оцем и мајком, такво посвојче нека буде враћено у дом свога оца.

(XXXIX 50 – 53) (чл. 187) Дете (одхрањено од стране) дворјанина који служи палати, или дете (које је одгајила) *секрету*-жена не може се тражити назад.

(XXXIX 54 – 59) (чл. 188) Ако занатлија усвоји дете, одгаји га и научи свом занату, (то се дете) не може тражити назад.

(XXXIX 60 – 64) (чл. 189) Ако га не буде научио свом занату, посвојче нека се врати у кућу свога оца.

(XXXIX 65 – 74) (чл. 190) Ако човек усвојено дете које је узео и одхранио не изједначи са својом децом, то посвојче нека се врати у кућу свога оца.

(XXXIX 75 – 95) (чл. 191) Ако човек заснује породицу (признајући за једнако са својом будућом децом) усвојено дете које је узео и одгајио, али касније добије (своју рођену) децу и онда одлучи да разбаштини посвојче, то дете да не оде празних руку; отац који га је

миљеници многи“, Sue Rollin, „Women and Witchcraft in Ancient Assyria“, у A. Cameron, A. Kuhrt, 39.

подигао нека му да једну трећину свог имања као наследство и оно ће отићи; али му неће дати од поља, воћњака или куће.³⁷

(XXXIX 96 – XL 9) (чл. 192) Ако дете (које је одхранио) дворјанин или дете (које је одгајила) *секрету*-жена буде рекло оцу који га је одхранио или мајци која га је одгајила „Ти ниси мој отац“, или „Ти ниси моја мајка“, они нека му одсеку језик.

(XL 10 – 22) (чл. 193) Ако дете (које је одхранио) дворјанин или дете (које је одгајила) *секрету*-жена, открије кућу свога оца и остави свог оца који га је одхранио или мајку која га је одгајила и запути се у кућу свога оца, они нека му ископају око.

(XL 23 – 40) (чл. 194) Ако човек повери дете дојиљи³⁸ и то дете умре док је код дојиље, и дојиља (се кришом споразуме са неким трећим и) подметне другу бебу без знања њених родитеља, они нека је оптуже и осуде и зато што је уговорила дете без сагласности оца и мајке, они ће јој одсећи дојке.

(XL 41 – 44) (чл. 195) Ако дете удари удари свога оца, они ће му одсећи руку.³⁹

(XL 45 – 49) (чл. 196) Ако човек другоме ослепи око, они нека ослепе његово око.⁴⁰

(XL 50 – 53) (чл. 197) Ако човек другоме поломи кост, они ће поломити његову кост.

(XL 54 – 59) (чл. 198) Ако човек ослепи око једног *мушкену* или поломи кост једног *мушкену*, он нека одмери и преда 60 шекела сребра.⁴¹

(XL 60 – 65) (чл. 199) Ако буде ослепео око туђег роба⁴² или поломио кост туђег роба, он нека одмери и преда половину његове вредности у сребру.

³⁷ Усвојено дете биће овлашћено да узме једну трећину усвојичеве имовине, али само у покретним стварима. О усвојењу у Вавилону више Robert Paulissian, „Adoption in Ancient Assyria and Babylonia“, <http://www.jaas.org/edocs/v13n2/Paulissian.pdf>.

³⁸ Mayer Irwin Gruber, „Breast feeding Practice in Biblical Israel and in Old Babylonian Mesopotamia“, *Journal of the Ancient Near Eastern Society* 1989, 19, 61–83.

³⁹ Типичан пример симболичког талиона. Овде Хамурабијев законик неосетно завршава део о породичним односима и прелази на четврти део (чл. 196–220), који садржи одредбе кривичног карактера које нису у вези с породичним односима.

⁴⁰ Класичан пример директног талиона, који следи у више одредби.

⁴¹ У складу с временом из којег потиче, једна од најважнијих одлика Хамурабијевог законика је правна неједнакост. Овај и следећи члан су типични примери неједнаког поступања у зависности од статуса починиоца кривичног дела и жртве.

⁴² Тј. роба другог авилума.

- (XL 66 – 70) (чл. 200) Ако човек избије зуб себи равном, они нека избију његов зуб.
- (XL 71 – 74) (чл. 201) Ако буде избио зуб једном *мушкену*, он нека одмери и преда 20 шекела сребра.
- (XL 75 – 81) (чл. 202) Ако човек ошамари човека вишег (статуса од његовог сопственог), нека на јавном месту⁴³ добије 60 удараца бичем од волујске коже.
- (XL 82 – 87) (чл. 203) Ако човек ошамари човека себи равном, нека одмери и преда 60 шекела сребра.
- (XL 88 – 91) (чл. 204) Ако један *мушкену* ошамари другог *мушкену*, нека одмери и преда 10 шекела сребра.
- (XL 92 – XLI 3) (чл. 205) Ако човеков роб ошамари другог човека,⁴⁴ они ће му одсећи уво.
- (XLI 4 – 13) (чл. 206) Ако човек удари другог човека у свађи и рани га, тај човек да се закуне: „Нисам ударио намерно“, и он нека надокнади лекара.⁴⁵
- (XLI 14 – 19) (чл. 207) Ако овај умре од његових батина, он такође да се закуне: „Нисам ударио намерно“; ако је жртва припадала његовој класи, он нека одмери и преда 30 шекела сребра.
- (XLI 20 – 22) (чл. 208) Ако је (жртва) један *мушкену*, нека одмери и преда 20 шекела сребра.
- (XLI 23 – 30) (чл. 209) Ако човек удари жену и она због тога побаци дете, он нека одмери и преда 10 шекела сребра за њен побачај.
- (XLI 31 – 34) (чл. 210) Ако та жена буде преминула, они ће убити његову ћерку.
- (XLI 35 – 40) (чл. 211) Ако он буде разлог што је жена једног мушкену побацила дете, јер је тукао, он нека одмери и преда пет шекела сребра.
- (XLI 41 – 44) (чл. 212) Ако та жена буде преминула, он нека одмери и преда 30 шекела сребра.
- (XLI 45 – 50) (чл. 213) Ако удари нечију робињу и она због тога побаци дете, он нека одмери и преда 2 шекела сребра.

⁴³ Пред судијама и уз присуство јавности, вероватно на тргу где се судило.

⁴⁴ Тј. авилума.

⁴⁵ Тј. нека плати трошкове лечења. Иначе, у овом члану се први пут у историји права појављује појам нехата, који за последицу има блажу санкцију. Нехат се на сличан начин прописује и у чл. 207. Такође, у овом истом члану се први пут појављује и идеја накнаде реалне штете (трошкови за лекара), уместо широко распрострањене композиције, која по правилу није у сразмери са нанетом штетом, с обзиром да је најчешће пеналног карактера (за накнаду штете вид. и чл. 233, 235–237, 240, 245–248, 263, 267 и сл.).

(XLI 51 – 54) (чл. 214) Ако та робиња буде издахнула, он нека измери и преда 20 шекела сребра.

(XLI 55 – 66) (чл. 215) Ако лекар изведе велики захват и бронзаним ножем оперише човека и тиме га излечи или ако зареже и отвори човекову слепоочницу бронзаним ножем и тиме спаси човеково око, он нека добије 10 шекела сребра (као своју накнаду).⁴⁶

(XLI 67 – 69) (чл. 216) Ако је (пацијент) један мушкену, он нека узме пет шекела сребра (као своју накнаду).

(XLI 70 – 73) (чл. 217) Ако је (пацијент) роб, његов господар нека плати лекару два шекела сребра.

(XLI 74 – 83) (чл. 218) Ако лекар изведе велики захват и бронзаним ножем оперише човека и тиме га усмрти или ако отвори човекову слепоочницу бронзаним ножем и тиме му ослепи око, нека му они одсеку руку.

(XLI 84 – 88) (чл. 219) Ако лекар изведе велики захват и бронзаним ножем оперише роба једног мушкену и тиме усмрти роба, он нека га замени другим робом исте вредности.

(XLI 89 – 94) (чл. 220) Ако отвори његову слепоочницу бронзаним ножем и тиме (робу једног мушкену) ослепи око, он нека одмери и преда износ сребра раван половини вредности роба.

(XLI 95 – XLII 9) (чл. 221) Ако лекар буде човеку наместио сломљену кост или му залечио повређени мишић, човек нека плати лекару пет шекела сребра.

(XLII 10 – 12) (чл. 222) Ако је он (пацијент) један мушкену, он нека плати лекару три шекела сребра.

(XLII 13 – 17) (чл. 223) Ако је он (пацијент) роб, господар роба ће дати лекару два шекела сребра.

(XLII 18 – 28) (чл. 224) Ако ветеринар изведе велики захват и оперише вола или магарца и тако га излечи, власник вола или магарца ће дати ветеринару као накнаду једну шестину (шекела) сребра.⁴⁷

(XLII 29 – 35) (чл. 225) Ако изведе велики захват и оперише вола или магарца и усмрти га тако, он нека да једну четвртину његове вредности власнику вола или магарца.

⁴⁶ Последњи, пети део законика обухвата чл. 215 282 и односи се на рад и разне врсте послова и услуга, али је и он у основи кривичноправног карактера. Ове разнолике одредбе понекад се тумаче као мере социјалне политике и покушај да се унесе ред у вавилонску привреду.

⁴⁷ То је тежина 30 зрна јечма.

(XLII 36 – 42) (чл. 226) Ако берберин обрије ропски знак⁴⁸ са роба који не припада њему без пристанка господара роба, они нека одсеку берберинову руку.

(XLII 43 – 55) (чл. 227) Ако човек заведе причом берберина па он обрије ропски знак са роба који му не припада, они нека убију таквог човека и обесе га испред његове капије; берберин нека се закуне: „У заблуди сам то обријао“ и нека буде пуштен.

(XLII 56 – 63) (чл. 228) Ако градитељ човеку сагради кућу којом он буде задовољан, он ће му дати 2 шекела сребра за сваки сар⁴⁹ куће као накнаду.

(XLII 64 – 72) (чл. 229) Ако градитељ човеку сагради кућу, али не обави ваљан посао, и кућа коју је саградио се уруши и усмрти домаћина, такав градитељ нека буде убијен.

(XLII 73 – 76) (чл. 230) Ако усмрти сина домаћина, нека буде убијен син градитеља.

(XLII 77 – 81) (чл. 231) Ако усмрти роба домаћина, он нека домаћину накнади роба одговарајуће вредности.

(XLII 82 – 92) (чл. 232) Ако му уништи ствари, он нека накнади све што је изгубљено; поврх тога, зато што није обавио ваљан посао и кућа коју је саградио се урушила, он нека (поново) сагради кућу која се урушила о свом трошку.

(XLII 93 – XLIII 3) (чл. 233) Ако градитељ човеку сагради кућу, али је не направи ваљано да одговара нацрту, тако да зид потом напукне и попусти, такав градитељ нека од њега начини чврст зид (плативши га) својим сребром.

(XLIII 4 – 9) (чл. 234) Ако бродар човеку начини непропустљив брод⁵⁰ запремине 60 кура,⁵¹ нека му за труд плати 2 шекела сребра.

(XLIII 10 – 26) (чл. 235) Ако бродар човеку начини непропустљив брод, али не уради ваљано свој посао и током те исте године брод почне да тоне или да пропушта воду, лађар ће раставити тај брод и учинити га непропустљивим о свом сопственом трошку, и тај ће сигурни брод предати власнику брода.

⁴⁸ Највероватније да су робови и робиње имали одређене фризура на основу којих се, већ на први поглед, знало да се ради о робовима, нпр. посебне плетенице или увојке (вид. и чл. 146).

⁴⁹ сар један сар износио је приближно 36м².

⁵⁰ Овде се не ради о бродоградитељу, већ се лађар унајмљује ради посебног посла, постављања посебне изолације по броду. У Вавилону су се у ту сврху користиле посебна смола и конопља.

⁵¹ Запремине око 18.000 литара.

(XLIII 27 – 37) (чл. 236) Ако човек изнајми свој брод бродару, а бродар буде немаран и допусти да брод потоне или га изгуби, тај бродар нека надомести брод власнику брода.

(XLIII 38 – 55) (чл. 237) Ако човек унајми бродара и брод и на-товари га својим житом, вуном, урмама, или каквим другим теретом, и тај бродар буде немаран и због тога брод потоне или се товар изгуби, бродар нека надомести брод који је потонуо и изгубљени товар.

(XLIII 56 – 61) (чл. 238) Ако бродар (немаром) потопа брод, па га извуче, он нека да сребра у вредности пола његове вредности.

(XLIII 62 – 66) (чл. 239) Ако човек унајми бродара, платиће му по 1800 сила жита за сваку годину.⁵²

(XLIII 67 – 80) (чл. 240) Ако се брод под командом господара који плови узводно⁵³ судари са бродом под командом господара који плови низводно⁵⁴ и потопа га, власник потопљеног брода нека пред богом наведе шта је изгубљено са његовог брода, а господар брода који је пловио узводно и потопао брод господара који је пловио низводно нека му надомести његов брод и све што је изгубио.

(XLIII 81 – 84) (чл. 241) Ако човек узапти (туђег) вола, он нека одмери и преда 20 шекела сребра.

(XLIII 85 – 91) (чл. 242/3) Ако га човек унајми на годину дана, нека плати 1200 сила жита за најам запрежног вола (који вуче са бока), а 900 сила жита за најам вола (који вуче) у средини.

(XLIV 1 – 5) (чл. 244) Ако човек унајми вола или магарца и лав га убије на отвореном, то је власников губитак.

(XLIV 6 – 13) (чл. 245) Ако човек унајми вола и изазове његову смрт било немаром било мучењем (животиње), нека власнику вола надомести вола волом одговарајуће вредности.

(XLIV 14 – 21) (чл. 246) Ако човек унајми вола и сломи му ногу или вратну жилу пререже, он нека власнику вола надомести вола одговарајућим волом.

(XLIV 22 – 27) (чл. 247) Ако човек унајми вола и ослепи му око, он ће дати сребра у половини његове вредности власнику вола.

(XLIV 28 – 35) (чл. 248) Ако човек унајми вола па му сломи рог, одсече му реп, или му повреди тетиву (изнад) папка, он ће дати сребра у вредности четвртине његове вредности.

⁵² Око 1800 литара жита.

⁵³ Брод на весла.

⁵⁴ Брод који је развио једра, једрењак.

(XLIV 36 – 43) (чл. 249) Ако човек унајми вола, и бог га погоди (с неба) и убије,⁵⁵ човек који је унајмио вола да се закуне богом и нека буде пуштен.

(XLIV 44 – 51) (чл. 250) Ако во, пролазећи путем, прободете и усмрти човека, случај не даје основа за тужбу.

(XLIV 52 – 65) (чл. 251) Ако је познато да човек има вола који насрће роговима и градске власти му скрену пажњу да му је во познат по махнитости, а он не подреже његове рогове, нити заузда свога вола, и тај во прободете и усмрти другог човека, он (власник вола) нека да 30 шекела сребра.

(XLIV 66 – 68) (чл. 252) Ако је био човеков роб (смртно прободен), он нека да 20 шекела сребра.

(XLIV 69 – 82) (чл. 253) Ако човек унајми другог човека да се стара о његовом пољу, односно, повери му ускладиштено жито, пренесе на њега бригу о стоци, и уговори са њим обрађивање поља – ако тај човек украде семе или крмиво и то се потом пронађе код њега, они ће му одсећи руку.

(XLIV 83 – 87) (чл. 254) Ако он узме ускладиштено жито и тако ослаби стоку, он ће накнадити двоструки износ жита које је примио.

(XLIV 88 – 96) (чл. 255) Ако он буде изнајмљивао даље човекову стоку, или украде семе и због тога не буде летине у пољу, они ће оптужити и осудити таквог човека, и о жетви он нека одмери и преда 18000 сила жита на сваких 18 икуа земље.

(XLIV 97 – 100) (чл. 256) Ако не буде могао да испуни своје обавезе, они нека пусте стоку да га везаног развлачи по пољу.

(XLIV 101 – XLV 4) (чл. 257) Ако човек унајми земљорадника, он ће му дати 2400 сила жита за годину.

(XLV 5 – 9) (чл. 258) Ако човек унајми човека који управља запрежним колима, он нека му плати 1800 сила жита за годину.

(XLV 10 – 15) (чл. 259) Ако човек украде рало за заједничког обрадивог земљишта, нека плати 5 шекела сребра власнику рала.

(XLV 16 – 20) (чл. 260) Ако човек украде рало за разбијање крупног грумења земље или дрљачу, нека плати 3 шекела сребра.

(XLV 21 – 27) (чл. 261) Ако човек унајми гонича стоке да се стара о говедима, овцама или козама, нека му плати 2400 сила жита за годину.

(XLV 28 – 36) (чл. 262) Ако човек [да] вола или овцу [пастиру...]

⁵⁵ Односи се на удар грома.

(XLV 37 – 43) (чл. 263) Ако он узрочи губитак вола или овце који су му поверени, за вола ће дати вола одговарајуће вредности, за овцу ће дати овцу одговарајуће вредности њиховом власнику.

(XLV 44 – 60) (чл. 264) Ако пастир, коме су стока или овце или козе дате на чување, и који је признаницом о својој најамници био задовољан, потом умањи број примљених говеда, умањи број примљених оваца и коза, и приплод умањи, он ће накнадити (губитак) приплода и мањак (стоке), према слову уговора.

(XLV 61 – 75) (чл. 265) Ако се пастир коме су поверени на чување говеда, овце или козе, понесе нитковски, измени им жиг и прода их, они нека га оптуже и осуде и он нека власнику стоке десетоструко накнади говеда, овце или козе које је украо.

(XLV 76 – 81) (чл. 266) Ако у обор провали божја пошаст⁵⁶ или лав закоље, пастир нека очисти себе пред богом, и господар обора нека прихвати одговорност уместо њега за губитак који је задесио обор.

(XLV 82 – 89) (чл. 267) Ако је пастир немаран и допусти да се шуга рашири обором, пастир нека надомести – говеда, овце или козе – страдале од шуге којој је допустио да се рашири обором, и нека их преда власнику.

(XLV 90 – 92) (чл. 268) Ако човек унајми вола за вршидбу, 20 сила жита је његов најам.

(XLV 93 – 95) (чл. 269) Ако он унајми магарца за вршидбу, 10 сила жита је његов најам.

(XLV 96 – 98) (чл. 270) Ако унајми јарца за вршидбу, једна сила жита је његов најам.

(XLV 99 – XLVI 2) (чл. 271) Ако човек унајми говеда, запрежна кола, и човека који њима управља, он нека плати 180 сила жита за дан.

(XLVI 3 – 7) (чл. 272) Ако човек унајми само запрежна кола, нека плати 40 сила жита за дан.

(XLVI 8 – 19) (чл. 273) Ако човек унајми радну снагу, он ће платити сребра у тежини шест зрна јечма за сваки дан почевши од првог дана године до (краја) петог месеца, а даће сребра у тежини пет зрна јечма за сваки дан од шестог месеца до краја године.

(XLVI 20 – 44) (чл. 274) Ако човек намерава да унајми занатлију, он ће платити, за сваки дан: за најам ..., сребра тежине пет зрна јечма; за најам ткача, сребра тежине пет зрна јечма; за најам сукнара, сребра тежине [x зрна јечма]; за најам каменоресца, сребра тежине [x зрна јечма]; за најам резбара [x зрна јечма]; за најам ковача, сребра тежине [x зрна јечма]; за најам тесара, сребра тежине четири (?) зрна

⁵⁶ Тј. епидемија.

јечма; за најам кожара сребра тежине [x зрна јечма]; за најам тршчара⁵⁷, сребра тежине [x зрна јечма]; за најам зидара, сребра тежине [x зрна јечма].

(XLVI 45 – 48) (чл. 275) Ако човек унајми [... брод], платиће сребра у тежини три зрна јечма за сваки дан најма.

(XLVI 49 – 52) (чл. 276) Ако човек унајми брод да би путовао узводно, он ће платити за сваки дан најма сребра у тежини два и по зрна јечма.

(XLVI 53 – 57) (чл. 277) Ако човек унајми брод носивости 60 кура терета, он нека плати једну шестину шекеда сребра⁵⁸ за сваки дан најма.

(XLVI 58 – 66) (чл. 278) Ако човек прибави роба или робињу и током првих месец дана добије напад падавице, он нека (таквог) роба или (такву) робињу врати продавцу и купац нека узме сребро које је одмерио и предао.

(XLVI 67 – 71) (чл. 279) Ако човек прибави роба или робињу и потом се јави потраживање (везано за роба или робињу), продавац нека намири потраживање.

(XLVI 72 – 87) (чл. 280) Ако човек од другог човека прибави роба или робињу у другој земљи, и док путује обилазећи своју земљу, господар роба или робиње препозна свог роба или робињу – ако су роб или робиња човекови земљаци, њима је обезбеђено пуштање без икакве накнаде.

(XLVI 88 – 96) (чл. 281) Ако су родом из друге земље, купац пред богом треба да предочи колики је износ сребра одмерио, и господар роба или робиње ће накнадити дамкару сребро којим је платио, и тако ће повратити свог роба или своју робињу.

(XLVI 97 – 102) (чл. 282) Ако се роб свом господару обрати речима: „Ти ниси мој господар“, он нека га оптужи и доказе пружи да је овај заиста његов роб, и његов господар нека му одсече уво.

(Епилог)

(XLVII 1 – 8) Ово су правичне одлуке које је Хамураби, способни владар, прописао и тиме земљу извео на пут истине и исправног живљења.

(XLVII 9 – 58) Ја сам Хамураби, племенити краљ, и нисам био немаран и непажљив према људима, које ми је поверио на старање бог

⁵⁷ Тршчари разноврсни мајстори који су користили трску. Једни су покривали кровове трском, други су правили од трске кошаре, асуре итд.

⁵⁸ То је тежина 30 зрна јечма.

Енлил и над којима ми је власт и управу дао бог Мардук, да њихов пастир будем. Ја им подарих мир, отклоних све недаће мрачне и учиних да им светло сине. Својим моћним оружјем којим ме опасаше богови Забаба и Иштар, мудрошћу којом ме обдари Еа, вештином коју ми даде бог Мардук, ја истребих све непријатеље. Ставих тачку на ратове. Усрећих земљу благостањем, људима свих насеља начиних сигурне испаше, не допустих никоме да их застраши. Велики богови ме изабраше. Ја сам истински пастир који је успоставио мир, чији скиптар одише праведношћу. Моја заштитничка сенка наткрилила се над мојим градом. Држах народе Сумера и Акада безбедне у мом крилу. Они процветаше под мојим заштитничким духом. Одржавах их у миру, својом дубоком мудрошћу ја им пружих заклон.

(XLVII 59 – 78) С циљем да јаки не науде слабима, да правдом заоденем и сироче и удовицу, урезих моје драгоцене објаве у стелу коју поставих испод мога кипа, (кипа) владара правде, у граду Вавилону који подигоше богови Ану и Енлил, унутар Есагил храма чији су темељи постојани као небо и земља, с циљем да приведем земљу правди, да пресуђујем свима, да казним оне који згреше.

(XLVII 79 – XLVIII 2) Ја сам краљ над краљевима. Моје су обзване промишљене, мојим способностима нема равних. По наредби бога Шамаша, великог судије неба и земље, нека моја правда завлада земљом. по заповести бога Мардука, мог господара, нека се мој утиснути лик никада не суочи са оним који би се усудио да га уклони. Нека моје име заувек буде запамћено нарочито у омиљеном Езагил храму.

(XLVIII 3 – 19) Нека сваки оштећени поведе спор пред мојим кипом, (кипом) краља правде, и нека му наглас буду прочитани закони са моје стеле, да чује моје истанчане објаве, нека му стела појасни који спор да поведе и нека изучи свој случај, нека умири своје (забринуте) срце, (и нека ме слави) речима:

(XLVIII 20 – 38) „Хамураби, господар, који је родитељ и створитељ свог народа, потчини себе заповеди бога Мардука, свог господара, и свуда победу однесе за њега. Он умири срце Мардуково, (срце) господара свог, јер осигура благостање народу свом и правичност рашири земљом.“

(XLVIII 39 – 58) Нека тако узвикне и нека се целим бићем моли за мене пред Мардуком, мојим господарем, и Зарпанитом,⁵⁹ мојом господарицом. Нека богови заштитници, богови који су ушли у Есагил храм и овековечили се у његовом зиду од опеке, свакога дана открију повољна предсказања пред Мардуком, мојим господарем, и Зарпанитом, мојом господарицом.

⁵⁹ Зарпанита, Зарпаниту, Сарпанит, Зарпанит, Зерпанитум, Зирбанит или Зербаниту, богиња мајка, супруга Мардукова. Дан њиховог венчања у Вавилону се славио као велики празник, за Нову годину.

(XLVIII 59 – 94) Нека ма који владар који се појави сутра, занавек поштује објаве правде које урезих у моју стелу. Нека се не усуди да мења моје одлуке које прописих и пресуде које донех, нити да уклања мој утиснути лик.⁶⁰ Ако такав човек буде уман и (довољно) умешан да одржава (успостављени) правични поредак у земљи, нека обрати пажњу на законе које урезих у моју стелу, и нека му стела открије (светлу) традицију, долично владање, наредбе које прописих и пресуде које донех, и нека и он, такође, обезбеди владавину правде за све људе над којима бди. Нека им да правду, нека им суди, нека искорени разврат и зло с лица земље и нека влада на добробит свога народа.

(XLVIII 95 – XLIX 17) Ја сам Хамураби, краљ правде, коме је бог Шамаш открио истину. Моје су одлуке разумне, моја достигнућа ненадмашна; она су безначајна само глупима, а промућурни ће за њих наћи само речи хвале. Ако такав човек (будући владар) поштује моје одлуке које урезих у моју стелу и не пренебрегава моје пресуде, не мења их и не изобличава мој угравирани лик, нека бог Шамаш учини дуговечном његову владавину, баш као што је (то учинио) за мене, краља праведника, и нека на крилима правде води свој народ.

(XLIX 18 – 44) (Али) буде ли такав човек занемарио моје законе које сам уклесао у моју стелу и буде ли омаловажавао моје клетве и не буде ли се бојао претњи богова и буде ли извртао пресуде које донех, мењао моје законе, изобличио мој утиснути лик, обрисао моје угравирано име, исписујући своје (на том месту) или буде ли, из страха од проклетства (и одмазде богова), навео другог да то уради, таквом човеку, све и да је краљ, господар или намесник, или ма која особа уопште,

(XLIX 45 – 52) нека му свемоћни Ану, отац свих богова, који је прогласио моју владавину, одузме краљевску одору, здружи његово жезло, и прокуне његову судбину.

(XLIX 53 – 80) Нека бог Енлил, господар, који управља судбинама, чија срџба се не може обуздати, који увеличава моју владавину, подстакне нереде против њега који се не дају угушити чак и у његовој престоници и нека та побуна доведе до његовог уништења: нека му заокрет усуда донесе владавину пуну чемера, година глади, помрчине без трачка светлости и изненадне смрти: нека му најави, пророчан-

⁶⁰ Ови редови као да препричавају садржај Хамурабијевог законика и изворе који га творе. У законнику се могу препознати поновљени, још увек потпуно неприхваћени обичаји, који су сада појачани законском снагом (*објаве правде*), затим новине које уводи сам Хамураби (*моје одлуке које прописих*), али и збирке његових пресуда у конкретним споровима (*пресуде које донех*). Неколико редова ниже Хамураби још експлицитније понавља: *...нека обрати пажњу на законе које урезих у моју стелу, и нека му стела открије (светлу) традицију, долично владање, наредбе које прописих и пресуде које донех.*

ским гласом који улива страхопоштовање, суноврат његовог града, пропаст његовог народа, изумирање његове лозе, помрачење сваког помена његовог обешчашћеног имена и ишчезавање сваке успомене на њега.

(XLIX 81 – 97) Нека га богиња Нинлил,⁶¹ велика мајка, слављена у храму Екуру, господарица мојих повољних знамења, оптужи пред богом Енлилом на месту где се суди и пресуђује: нека подстакне божанског краља Енлила да прогласи уништење његове земље, помор његовог народа, и да животну снагу источи из њега попут воде.

(XLIX 98 – L 13) Нека му Еа, велики принц, чија опредељења имају првенство, мудрац међу боговима, свезнајући, онај који продужава мој живот, одузме сваку моћ расуђивања и нека га води забуни: нека раздвоји његове реке од извора; нека не допусти да проклија ниједна младаца на његовој земљи.

(L 14 – 40) Нека бог Шамаш, велики судија неба и земље, који створи правичност за сва жива бића, господар, моја вера, преобрати његово краљевство; нека му оповргне пресуде, нека му помеша путеве и подрије морал војсци; нека му пророчишта дају злехуда предказања да ће скршена бити упоришта његовог краљевства и уништена његова земља: нека га злокобне речи бога Шамаша муњевито обузму, нека му живот ишчупа у горњем свету, и нека му душа неутаживо жедна буде у доњем свету.

(L 41 – 63) Нека му бог Син, мој створитељ, чија пророчанства поштују богови, збаци круну и скине га с трона, нека га казни бескрајним патњама које ће га пратити у стопу: нека сваки дан, месец и годину своје власти буде испуњен очајем и жалошћу; нека открије јавно да је збачен с власти; нека му загорча живот и изједначи да са смрћу.

(L 64 – 80) Нека му бог Адад, господар плодности и благостања, онај који надзире канале за наводњавање неба и земље, онај који ми помаже, ускрати сваку корист коју носе небеске кише и пролећна плављења и нека затре његову земљу сушом, бедом, (немаштином) и глађу; нека се његова бесна рика пролама градом и нека претвори његову земљу у напуштене гомиле блата разорене поплавом.

(L 81 – 91) Нека бог Забаба, ратник над ратницима, прворођени син светилишта Екур, који је моја десна рука, здружи његово оружје на бојном пољу; нека за њега дан претвори у ноћ и нека допусти да га његов непријатељ победи.

⁶¹ Нинлил Месопотамска богиња ваздуха и ветра. Њу је у Дилмуну, боравишту богова, силовао Енлил, с ким је она тада зачала сумерског бога месеца Нану, касније названог Син. Због овог злочина Енлил је протеран у подземни свет Ерешкигал, али је Нинлил побегла за њим и постала му је супруга.

(L 92 – LI 23) Нека богиња Иштар, господарица борбе и рата, која носи терет мог оружја, моја добростива богиња заштитница, која обожава моју владавину, прокуне његово краљевство љута срца и пуна срцбе, нека му повољна знамења претвори у страшни суд; нека згроми његово оружје усред битке, урони га у немире и буне, сатре његове борце; натопи земљу њиховом крвљу, на гомилу побаци лешеве његових војника (усред бојног) поља, и нека се не смилује ниједном од њих: а њега нека преда у руке његовим душманима, и нека га заробљеног води кроз непријатељску земљу.

(LI 24 – 39) Нека бог Нергал,⁶² силан међу боговима, незаустављиви јуришник, који крчи пут мојим победама, својим свемогућим оружјем сажеже његов народ бесомучним огњем као пожар што спржи трску у шикари, нека га пребија својим моћним оружјем и кида његове удове као да је глинена фигура.

(LI 40 –49) Нека га богиња Нинту, врховна господарица земље, мајка, створитељка моја, лиши наследника и затре му семе; нек не дозволи да се и једно чељаде роди у његовом народу.

(LI 50 – 69) Нека богиња Нинкарак⁶³, кћер бога Ануа, која се заузима за мене у Екур храму, неусахле чиреве и љуте ране отвори на његовим удовима, демонску кугу којој мелема нема, да јој ни један видар не зна порекло, нити је може зацелити благотворним завојима, нити се као ујед смрти може отргнути од њега и нека нариче над својом изгубљеном снагом и мужевношћу све до своје смрти.

(LI 70 – 83) Нека силни богови неба и земље, сви богови Ануаку, заштитници Ебабар храма, овековечени у опеци његовог зида, прокуну њега и његово семе, његову земљу, његове чуваре, његов народ и његову војску страховитом клетвом;

(LI 84 – 91) Нека бог Енлил, чије су заповести непорециве, баци на њега проклетства која ће се муњевито остварити.

3. ЗАКЉУЧАК

Сурове клетве и претње које је у поговору законика Хамураби изрекао својим наследницима на трону уколико не буду поштовали његов „лик и дело“, остављају снажан утисак чак и на савременог читаоца. Но, много је значајније то што неке мисли изречене на том

⁶² Нергал Бог подземног света и смрти, син Енлила и Нинлил, зачет када се Нинлил за Енлилом спустила у доњи свет, а он је обљубио прерушен у чувара капије доњег света.

⁶³ Нинкарак Осим што из законика сазнајемо да је била ћерка бога Ануа, претпоставља се да је представљала богињу рађања и исцелитељства, и да је била богиња мајка нижег ранга.

месту могу допринети да се потпуније сагледа и могући одговор на једно давно постављено питање, које је добило на актуелности током превођења овог законског текста – шта заправо представљају његови прописи? Шта сачињава Хамурабијев законик и какав је његов карактер? Да ли је то кодификација обичајног права, збирка нових прописа или скуп пресуда?⁶⁴ Наиме, рекло би се да сâм Хамураби нуди део одговора баш у епилогу свог законика: *Нека ма који владар који се појави сутра, занавек поштује објаве правде које урезах у моју стелу. Нека се не усуди да мења моје одлуке које прописах и пресуде које донех, нити да уклања мој утиснути лик.* Дакле, ту се могу препознати поновљени, још увек потпуно неприхваћени обичаји, који су сада појачани законском снагом (*објаве правде*), затим новине које уводи сам Хамураби (*моје одлуке које прописах*), али и збирке његових пресуда у конкретним споровима (*пресуде које донех*). Шлехтер (*Szlechter*) наводи три врсте улога које су, по његовом, прилично распрострањеном мишљењу, играли прописи у најважнијим месопотамским кодификацијама, што то се, наравно, пре свега односи на Хамурабијев законик:

а) прописи који служе аброгацији, укидању до тада важећих обичајних правила;

б) решења појединих спорних случајева;

в) „интерпретативни закони“.⁶⁵

Чини се, ипак, да би класификација поменутих улога морала бити дужа и прецизнија, али и да би се могла темељити на сасвим другачијим принципима. Пре свега, норме Хамурабијевог законика могуће је разврстати у три велике категорије:⁶⁶

1. норме намењене очувању поретка, његовом учвршћивању и заштити (већим делом би то биле „јавноправне норме“⁶⁷);

⁶⁴ Једно од типичних старијих схватања о садржини Хамурабијевог законика износи Leonard C. Woolley, *The Sumerians*, New York 1965, 91: „Ово свакако није скуп судских одлука које је донео сам вавилонски владар, већ редакција постојећих старих, делимично очуваних законика или локалних законика и древних обичаја и традиције у којој су уобличени, а која попут скоро свега осталог у вавилонској цивилизацији, проистиче директно од Сумераца“.

⁶⁵ Émile Szlechter, „La ‘loi’ dans la Mésopotamie ancienne“, *Revue internationale des droits de l’antiquité* 12/1965, 75 6.

⁶⁶ Због ограниченог простора, морају да изостану дубље анализе сваке појединачне категорије, као и навођење прописа који у те категорије спадају. То ће бити предмет једне нове студије.

⁶⁷ Називе наведених категорија под наводницима треба прихватити сасвим условно, с обзиром на немогућност изједначавања тих категорија с концептима савременог права, у смислу у којем их прихвата рецимо Андрија Гамс, *Друштвена норма: Појава настанак и значај*, Београд 1990, 31 и даље, који их, у духу тадашње српске правне теорије, везује за робну привреду. Пре свега, ову поделу на приватно

2. нормe које доприносе развоју друштва, уносе нове концепте и вредности и развијају право Вавилонa (махом су то „приватноправне нормe“), и

3. нормe надахнуте космичком правичношћу и божанском милошћу,⁶⁸ које изражавају друштвену солидарност и служе заштити слабијих, незаштићених и рањивијих категорија друштва (робова, сирочади, удовица, девојака, дужника), што је прокламовао као свој циљ још Ур-Намуов законик („нормe социјалне политике“⁶⁹).

У прву категорију норми спадали би:

а) прописи који понављају и дају додатну правну снагу занемареним или недовољно поштованим, а опсталим обичајима, који их, на тај начин, дижу на ниво закона (то би се, можда пре свега, односило на нормe које штите основне ћелије традицијског вавилонског друштва, брак и породицу);

б) прописи којима се поштрува дотадашња казнена политика, с циљем да се „правна држава“⁷⁰ у Вавилону што брже успостави, по цену претпостављања у неким случајевима ретроградног талиона принципу композиције, цену коју сумерско право није било вољно да плати; и

в) „интерпретативне нормe“.

Другу категорију норми чине:

и јавно право треба схватити у смислу претежног интереса и императивности, односно диспозитивности сваке од ових категорија, а донекле и у погледу санкција које су прописане.

⁶⁸ Вид. Josef Klima, „La base religieuse et éthique de l'ordre social dans l'Orient Ancien“, *Archiv Orientalni*, 1948, 334 356; G. C. Chirichigno, 57: „Ово вавилонско и сумерско поимање правде, према којем су бог(ови) поверавали владарима да спроведу правду у земљи, може се такође наћи и у академској правној збирци Хамурабија“.

⁶⁹ Упркос томе што је *differentia specifica* ове категорије у односу на претходне две очигледна, из практичних разлога ћемо их сагледати заједно због њихове иновативности.

⁷⁰ Наравно, и овај појам се користи сасвим условно, с намером да се тиме ипак скрене пажња на неке далеке реминесценције овог концепта и универзално, антрополошки готово назаобилазно присуство неких његових елемената у скоро свим цивилизацијама. Интересантно је упоредити савремена схватања о концепту владавине права, блиском идеји правне државе, која подразумева, како то сматра Таманаха, формални легалитет, индивидуална права и демократију. Рекло би се да није претеривање уколико се приметити да се сва три елемента овако схваћеног концепта владавине права могу, свакако у некаквој ембрионалној форми, пронаћи у траговима и у Хамурабијевом закону. Више вид. Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge 2007, 111. О тенденцији, па и помодарству, да се у старим правним системима трага за модерним политичко правним концептима, уз изражену дозу критичности, вид. Сима Аврамовић, „Наговештај елемената правне државе у атинској демократији историјскоправни приступ“, *Правни живот* 12/1997, 1343 1363.

а) прописи који, попут пресуда, разрешавају компликованије и теже случајеве које је донео усложњени правни живот у Вавилону, а који нису једнообразно пресуђивани;

б) прописи који, да би управо предупредили претходно наведено, служе као прецеденти за будућа спорна питања која би се могла јавити у судским процесима;

в) прописи који мењају, а самим тим, и укидају до тада важећу обичајноправну праксу везану за решења одређених питања;

г) прописи који уводе нове правне институте, до тада непознате месопотамском праву и обичајима.

У трећу категорију норми, у складу са својом сврхом – социјалном правдом, улазиле би одговарајуће норме из сваке од претходно наведених категорија. Идеја заштите слабијих и рањивијих слојева друштва и показивања друштвене бриге и солидарности, присутна у свим зборницима клинописног права, од Ур-Намуовог до Хетитског и Асирског законика, представља једну од основних карактеристика оријенталне правне традиције.⁷¹

Велики владари нису они који имају визију, већ они кадри да је остваре. Хамурабијев законик био је велики корак у реформисању вавилонског друштва и испуњењу божјег налога да правда и правичност овладају његовим царством.⁷²

На крају, 85 година одмакли од првог превода на српски језик, с уверењем да је повратак овом извору из, по природи ствари, донекле промењеног угла, неопходан и нашем времену, присетимо се тада написаних речи професора Чедомира Марковића посвећених Хамурабијевом законнику: „Образложавати потребу његовог превода код нас, значило би наивно радити сувишан посао: доказивати вредност опште културне историје, историје права и упоредног права. Али и ако превод није намењен искључиво правницима, можда није излишно скренути пажњу на мишљење неких аутора, према коме правник у правом смислу није добар познавалац права које важи ако у исто време не познаје и историју права, и на, прилично строге, Лутерове речи: ‘Правник, који није ништа више него правник, бедно је створење’“.

⁷¹ Колико је Вавилонско царство успело у прокламованој намери својих владара да заштити угњетене слојеве друштва показује и податак да су Лондон у XVIII веку називали *cette Babylone*, „јер је нудио безбедно уточиште несрећницима“, вид. Пол Кривачек (*Paul Kriwaczek*), *Вавилон Месопотамија и рађање цивилизације* (прев. Ј. Бојић), Београд 2010, 158.

⁷² Реформе које је потакао Хамураби наставили су да спроводе и његови наследници. Више о томе Stephen J. Lieberman, „Royal ‘Reforms’ of the Amurrite Dynasty“, *Bibliotheca Orientalis* 46/1989, 241–259.

Dr. Vojislav Stanimirović

Assistant Professor

University of Belgrade Faculty of Law

A NEW INSIGHT ON THE CODE OF HAMMURABI (II)

Summary

This paper offers the first complete translation of the Code of Hammurabi into Serbian, including about thirty reconstructed damaged norms of the original stela text (66–99), mainly following Martha Roth's edition. It also contains the author's comprehensive comments to the provisions of the Code, and his reflections on the most important innovations introduced by this Babylonian legal scripture. The author tries to perceive and analyze the complex nature of the Code from a new angle. The author calls attention to the unique blending of customs and law in the Code, as two substantially different sources of law. He stresses out the specific nature of the Code, which lies somewhere between the code in the full meaning of the word and a collection of judgements, as well as the substantial changes that were brought by the Code in the field of „social policy“ of the time. All of this may clearly show how much the contemporary legal culture owes to the Sumerian-Acadian legal tradition, represented by this Code at its best and to the fullest extent possible.

Key words: *Code of Hammurabi (Serbian translation). – Sources of law. – Law and Custom. – Babylon. – Sumerian-Acadian legal tradition.*

Др Игор Вуковић*

О СУБЈЕКТИВНИМ ОБЕЛЕЖЈИМА ПРОТИВПРАВНОСТИ У КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Чланак разматра проблем субјективних елемената противправности, односно питање да ли учинилац мора да зна за постојање околности које воде искључењу противправности његовог дела да би његово дело било оправдано. Замислимо да А пуца на Б хотећи да га лиши живота, а да се касније испоста ви да је то учинио управо у тренутку када је Б подигао оружје како би њега усмртио. Према објективној теорији, на противправност дела нема утицаја учиниочева субјективна страна. С друге стране, субјективисти предлажу два могућа решења. Једно учење захтева само свест о постојању позиције оправдања, док друго схватање негира постојање основа искључења против правности ако учинилац није био мотивисан управо околностима оправдања. Аутор износи различите аргументе, заступајући став да је за искључење про тивправности довољна искључиво свест о деловању унутар основа оправдања. Кривичноправно дејство неиспуњења субјективног елемента противправности јесте одговорност за неподобан покушај кривичног дела.

Кључне речи: Субјективно обележје противправности. Свест о позицији оправдања. Неваљана мотивација. Неподобан покушај.

1. УВОД

Уобичајено, под основом искључења противправности под-разумева се *скуп претпоставки*, што понашање учиниоца које остварује обележја једног дела предвиђеног у закону чини допуштеним – *правом оправданим*. Традиционално, у науци кривичног права овај скуп претпоставки дуго се разумевао као скуп искључиво *објективних претпоставки*. Уосталом, ово схватање доминирало је и

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, igorvu@ius.bg.ac.rs. Овај рад је настао у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније правни, економски, политички и социолошки аспекти“.

у српској теорији кривичног права, која се или није бавила питањем некакве субјективне стране противправности,¹ или се овим занимала ограничено и усредсређено на поједине основе оправдања.² Тако се постојање нужне одбране разматра с обзиром на испуњеност услова напада и одбране, док се крајња нужда везује за оствареност услова опасности и њеног отклањања. Да ли, међутим, за постојање једног основа искључења противправности, независно о којем основу се ради, треба захтевати и свест учиниоца о постојању објективних претпоставки, какав је садржај овог субјективног обележја и која бисмо правна дејства за неиспуњење таквог једног услова везали – јесте круг питања којима се бави ова расправа.

Пођимо од показног примера из проблематике крајње нужде. Узмимо да је један младић у лошим односима са својим старијим комшијом, јер је овај више пута претходно позивао полицију због музике коју је младић волео да слуша нешто гласније. Хотели да комшији науди, младић овоме под окриљем ноћи баци на прозор стана повећи камен, који разнесе комшијино стакло у парампарчад. Међутим, тиме што је разбио стакло и остварио обележја уништења и оштећења туђе ствари (чл. 212 српског Кривичног законика)³, младић је и не знајући спасао већ онесвешћеног комшију од сигурне смрти гушењем од пуштеног плина.⁴ На први поглед, ово чињенично стање остварује претпоставке крајње нужде (чл. 20 КЗ). Од добра комшије отклоњена је истовремена нескривљена опасност од наступања смрти, при чему учињено зло (разбијени прозор) није веће од зла што је претило (опасности од смрти гушењем). Како дело учињено у крајњој нужди није кривично дело (чл. 20 ст. 1 КЗ), требало би да је противправност младићевог акта искључена, што би за последицу имало његову кривичну неодговорност. Али, истовремено, учинилац није знао за стање опасности, нити је његово дело учињено како би

¹ Тако субјективну страну противправности не помињу: Никола Срзентић, Александар Стајић, Љубиша Лазаревић, *Кривично право СФРЈ Општи део*, Савремена администрација, Београд 1990¹⁶, 163 178; Александар Стајић, у: Никола Срзентић (прир.) *et al.*, *Коментар Кривичног закона СФРЈ*, Савремена администрација, Београд 1986, 36 62.

² Ово питање се у нашој литератури углавном разматрало у вези са нужном одбраном. Тако нпр. Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд 2006, 93; у југословенској литератури Franjo Vačić, *Krivično pravo Opći dio*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 1986³, 213.

³ Кривични законик КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09 и 111/09.

⁴ Сличан пример Helmut Fuchs, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Grundlagen und Lehre von der Straftat*, Springer, Wien New York 2004⁹, 167.

⁵ Проблематика субјективних елемената противправности позната је и у англосаксонском праву под називом „Дедсон принцип“ (*The Dadson principle*). Питање је постало актуелно након случаја из 1850. године, у којем је полицијски

се ова опасност отклонила. Слични примери су замисливи код већине основа искључења противправности,⁵ а дешавају се и у пракси.⁶

2. ОБЈЕКТИВНА ТЕОРИЈА

Према већ поменутом, у старијој теорији владајућем, а данас ретко заступаном схватању,⁷ тзв. објективној теорији, није неопходно утврђивање било каквог субјективног обележја противправности. Довољно је да се учинилац објективно налази у позицији нужне одбране, крајње нужде или неког другог основа, па да његово дело буде оправдано. Према овом учењу, знање или незнање позиције противправности не може да промени објективно стање ствари, које нам говори да учиниочево дело није супротстављено захтевима правног поретка. Младић је објективно отклонио истовремену нескривљену опасност, док је учињена штета неупоредиво мања од претећег губитка живота.

Корен оваквог разумевања може се препознати у класичном разумевању кривичног дела, које почива на јасној одвојености објективног неправга и субјективне кривице, где се у умишљају и нехату виде само врсте кривице, а не и субјективна обележја што саодређују невредност понашања. Евентуално кажњавање у

службеник пуцао и ранио у ногу једног крадљивца дрва. Службеник није знао да је крадљивац раније био двапут осуђиван за исто дело, а према ондашњем енглеском праву тек је трећи преступ допуштао такву примену силе према крадљивцу у бекству. Суд је казнио полицајца, истичући да незнање околности које воде искључењу противправности искључује оправдање учиниоца, поставивши тако темељ ширем прихватању субјективних учења (вид. Rusell. L. Christopher, „Unknowing Justification and the Logical Necessity of the Dadson Principle in Self Defence“, *Oxford Journal of Legal Studies* 2/1995, 229).

⁶ Интересантан је случај учиниоца који је присвојио руксак остављен на јавном месту (према српском праву радило би се о лакшем облику утаје чл. 207 ст. 5 КЗ), да би након што га је отворио видео да се у њему налази експлозивна направа припремљена за терористички акт. Дело није гоњено, јер је закључено да су многи животи били спашени, тако да је израелски суд избегао да се бави субјективном страном учиниоца (вид. Mitchell N. Berman, „Justification and Excuse, Law and Morality“, *Duke Law Journal* 1/2003, 58 фн. 127).

⁷ Вид. нпр. Ernst Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, J. C. B. Mohr, Tübingen 1906, 141. У нашој старијој науци такође нпр. Тома Живановић, *Основи кривичног права Краљевине Југославије Општи део, I*, Београд 1935¹⁻³, 233. У новијој литератури вид. примера ради Friedrich Christian Schroeder, „Zum selbsthilferecht des Bedienungspersonals“, *Juristenzeitung* 13/1991, 682. У англосаксонској доктрини тако изричито Paul H. Robinson, „A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability“, *UCLA Law Review* 2/1975, 289 (иако изузетно допушта конструкцију неподобног покушаја); Glanville Williams, „The Lords and Impossible Attempts, or *Quis Custodiet Ipsos Custodes*“, *Cambridge Law Journal* 1/1986, 82 (који једнако искључује одговорност и за довршени и за покушани деликт).

ситуацији када учиниочево дело није објективно противправно, заснивало би се, према заступницима овог учења, искључиво на његовом унутрашњем усмерењу – умишљају да поломи стакло, што би представљало кажњавање за својеврсни голи *помишљај*. Како се за помисли међутим не кажњава (*cogitationis poenam nemo patitur*) – субјективне елементе противправности не треба уносити у структуру основā оправдања.

У прилог објективном схватању понајвише говоре аргументи из перспективе института нужне одбране, чији полазни принцип није само заштита правног добра, већ и очување правног поретка,⁸ нарочито у констелацији нужне помоћи. Допуномо излагање још једним примером, овога пута из света нужне одбране. Замислимо да је разбојник опљачкао мењачницу и да је бежећи улетео у оближњу споредну улицу. Ту налеће на члана зараћене супарничке банде, који и не зна шта се непосредно пре тога десило. Бандит вади оружје, пуца и тешко повређује разбојника. Касније се испоставља да је разбојник држао оружје, да је бежао са новцем и да је пуцањ према околностима био неопходно потребан за заустављање крадљивца. Ако циљ нужне одбране није само заштита добра, већ и *одбрана правног поретка* у ситуацији када државни органи као овлашћени чувари поретка нису ту да реагују – овај циљ је остварив независно од тога да ли учинилац зна да одбија напад. Ову функцију је успешно обавио и бандит као помоћник у одбрани имовине банке. Како је заштита жртве друштвено пожељна и корисна, друштво треба – независно од учиниочеве представе – такав чин да подржи и охрабри, а не да га кажњава.

Најснажнији аргумент објективног учења јесте то што се и *противправност напада* код нужне одбране схвата управо објективно. Противправност напада цени се искључиво према томе да ли је понашање супротстављено захтевима правног поретка,⁹ независно од његове субјективне управљености.¹⁰ Ако бисмо нужну одбрану условили свешћу да се одбија напад, онда би онај ко такву свест нема можда такође био у противправном нападу, јер се противправност ваљда посматра с обзиром на целину условā које треба испунити. То би истовремено представљало тешко разумљиво фаворизовање само-

⁸ Вид. Игор Вуковић, „О социјално етичким границама нужне одбране опште и ситуације крајње несразмере добара“, *Међународна научна конференција „Правни систем и друштвена криза“*. Зборник радова, II, Косовска Митровица 2011, 432.

⁹ Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, C. H. Beck, München 2006⁴, 640.

¹⁰ Против онога који се креће унутар објективних граница једног основа оправдања није допуштена нужна одбрана. Зато нпр. није дозвољена нужна одбрана на нужну одбрану, већ само на њено прекорачење.

одбране у односу на нужну помоћ, јер је незнање да се одвија напад у позицији самоодбране мање вероватно.¹¹ На другој страни, рекло би се да објективистима у прилог говори и *нескривљеност напада* као претпоставка нужне одбране. Ножем може напасти и душевно болесно лице које не зна шта ради, које је неурачунљиво или кривично неодговорно (дете), од чега, независно од овог недостатка на субјективном плану – свако има право да се на одговарајући начин брани. Ако се напад дакле разуме објективно, зашто је онда оправдано условљавати одбрану нечим субјективним?

3. СУБЈЕКТИВНЕ ТЕОРИЈЕ

Не изненађује што је објективно схватање било владајуће у старијој теорији кривичног права.¹² Ондашњи приступ одликовало је такво разумевање кривичног неправу, које је нагласак стављало не *невредност последица* људских аката, занемарујући невређеност самог учиниоцевог понашања. Каузални приступ невређености кривичног дела данас је међутим напуштен, јер се ова невређеност не препознаје само у проузроковању последице у спољном свету, већ и у понашању учиниоца супротстављеном кривичноправној норми. Већински прихваћено, персонално учење о кривичном неправу,¹³ полази од неопходности уважавања и једног *субјективног елемента противправности*,¹⁴ заснивајући то на различитим аргументима.

¹¹ Ипак, ни оно није искључено. Тако можемо замислити како бесна супруга, којој је банчења њеног мужа преко главе, у глуво доба ноћи удара оклагацијом по глави наоружаног провалника, погрешно верујући да је у питању њен супруг који се враћа са уобичајене пијанке (Klaus Geppert, „Die subjektiven Rechtfertigungselemente“, *Juristische Ausbildung* 2/1995, 106).

¹² Филозофско теолошке темеље субјективног учења у западној мисли, како то Флечер примећује (George P. Fletcher, „Domination in the Theory of Justification and Excuse“, *University of Pittsburgh Law Review* 3/1996, 562), налазимо још код Томе Аквинског (Thomas Aquinas, *Summa Theologiae*, Па IIae q. 64 а. 7, вид. <http://www.op.org/summa/a4/summa-II-IIq64a7.pdf>, 4. јули 2011).

¹³ О данас доминантном персоналном учењу о неправу вид. више Игор Вуковић, *Покушај кривичнога дела*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 2009, 2 и даље.

¹⁴ У делу литературе се указује да питање уношења субјективних претпоставки противправности јесте *ствар законодавца*. Од њега зависи да ли ће формулисати такво једно обележје или ће поједине основе искључења противправности уредити потпуно објективно (тако нпр. Reinhart Maurach, Heinz Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband I. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, C. F. Müller, Heidelberg 1992⁸, 349; Otto Triffterer, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Wien New York 1994², 211). То није нетачно, али сличан закључак релативизује место субјективних елемената противправности у општој структури основā оправдања и њихов универзални карактер.

Најпре, не стоји тврдња објективиста да захтевање нарочитог субјективног елемента на нивоу противправности представља кажњавање за помисли, за злу вољу. Овде није више реч само о вољи, већ о *испољеној вољи* – умишљају који је отпочео да се остварује у спољном свету. Да и таква воља може бити кривичноправно релевантна показује уосталом кажњавање за покушај, како подобни тако и неподобни. Дакле, и радњом манифестована воља може представљати кривично релевантно неправо, о чему се овде заправо и ради.

Осим тога, постојање субјективних обележја противправности није већ по себи нешто што је страно систему кривичног дела. Као што је развој учења о кривичном делу на плану предвиђености у закону довео до разликовања *објективних и субјективних обележја бића*, тако је и на плану противправности могуће разликовати објективне и субјективне претпоставке конкретне основа допуштења.¹⁵ Због чега би поступање у ситуацији која треба да произведе тако далекосежна правна дејства било ослобођено сваког субјективног садржаја? Паралелизам се овде намеће сам по себи. Ако незнање какве околности објективног бића може ићи учиниоцу у корист, искључењем кривичног дела због неотклоњиве стварне заблуде у којој се нашао (учинилац мисли да пуца у дивљу свињу, а пуца у човека), зашто овде незнање позиције каквог основа искључења противправности (учинилац хоће да повреди, не знајући да тиме истовремено спасава) – не би могло да се протумачи на његову штету. Заправо, субјективно обележје противправности има и своје „друго лице“. Стварна заблуда о околности која би учинила дело дозвољеним (чл. 28 КЗ) представља заправо обрнуту слику субјективног обележја противправности.¹⁶ На једној страни имамо учиниоца који погрешно замишља да се налази у позицији што искључује противправност његовог деловања (умишља да га неко напада, што није тачно), док овде, обрнуто, не зна за актуелну позицију искључења противправности.

Ни аргументи из угла института *нужне одбране* нису непобитни. Само онај ко делује у намери одбијања напада, заиста чува право од неправда. Онај ко за то не само да не зна, већ и сам истовремено представља агресора – ни специјално-превентивно ни генерално-превентивно не заслужује привилеговање. Његово некажњавање, управо обрнуто, показује да се злочин, макар покривен маском не-противправности, исплати, што може имати неповољан утицај на евентуални поврат. Истовремено, ни аргумент да социјална корисност одбране жртве може да охрабри на слично друштвено пожељно ангажовање нема потребну убојитост, ако знамо да на онога који ни не зна да брани неко добро, по природи ствари и није утицала никаква генерално-превентивна порука из света *нужне одбране*.

¹⁵ Слично К. Geppert, 104.

¹⁶ Тако С. Roxin, 639.

Ни најснажнији аргумент објективног учења – да се противправност напада увек цени објективно – није неспојив са субјективним учењем. Противправност напада од значаја је превасходно за *нападнутог*, који, према томе како право вреднује један акт у спољном свету, може да усклади своје властито понашање. Ако је акт праву сагласан, он се не сме спречити; ако је праву противан, од њега се може бранити. То међутим не утиче на кривичну одговорност нападача, чак и ако је његов напад заправо одбрана од истовременог противправног напада другог. Јер, овај са умишљајем започиње остварење једног кривичног дела, што је слика *покушаја*. Како је и неподобан покушај кажњив, објективно одређивање граница противправности и умишљајно неподобно отпочињање вршења дела нису ствари које се међусобно искључују. Осим тога, и сам појам „одбране“ као да имплицира свест о постојању напада. На концу, захтевање субјективног услова код нужне одбране и нема неки нарочит практични значај,¹⁷ осим у ситуацијама нужне помоћи, тако да аргументација из угла искључиво овог института има ограничен домашај.

Због изнетих разлога, већина теоретичара данас одбацује објективно учење, захтевајући код свих основа оправдања субјективно обележје *свести о постојању основа искључења противправности и деловању унутар њега*. У прилог оваквом закључку говори и законско обличје крајње нужде, која према чл. 20 КЗ постоји када је дело учињено *ради тога* да учинилац од свог добра или добра другог отклони истовремену нескривљену опасност. Отклањање опасности, о којем говори ова одредба, свакако претпоставља учиниочеву свест о постојању стања опасности и знање да се дело чини управо како би се опасност отклонила. Да ова свест треба да постоји само код крајње нужде, а не и код других основа оправдања, рецимо нужне одбране – не чини нам се прихватљивим. Ипак, споран је *садржај* овог субјективног елемента. Донекле ћемо изменити наш претходни пример тиме што ћемо случајног пролазника, члана супарничке банде, учинити сведоком пљачке. Бандит је, дакле, свестан да је његов стари противник управо похарао банку и да са украденим новцем бежи. Истовремено, он хоће да искористи постојећу ситуацију и да повреди крадљивца, због чега он пуца на њега на самом излазу из банке.

3.1. Свест о позицији оправдања

Према већинском схватању,¹⁸ довољно је да учинилац има *свест да постоји позиција основа искључења противправности*.¹⁹

¹⁷ То уочава и Thomas Hillenkamp, *32 Probleme aus dem Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Franz Vahlen, München 2010¹³, 30.

¹⁸ Између осталих тако Theodor Lenckner, у: Adolf Schönke, Horst Schröder (Hrsg.) *et al.*, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, С. Н. Beck, München 2001²⁶, 549; Ingeborg Puppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung. Band 1*, Nomos, Ba

Субјективна страна противправности обухватила би искључиво когнитивни елемент. Учиниоца, свестан позиције непротивправности, треба да учини оно што му је објективно допуштено. На примеру нужне одбране то би значило да учинилац има сазнање о постојању истовременог противправног напада који својим радњама одбија. За ово размишљање не би био од значаја правац воље учиниоца и његова мотивација. Дакле, у нашем примеру, пролазник би поступао у нужној одбрани, јер је свестан да врши нужну помоћ, а његова одбрана је била неопходно потребна за одбијање напада. Околност што он то чини из других мотива – за постојање нужне одбране не би било релевантно.

У прилог оваквом закључку говори најпре то што би кажњавање саме ниске побуде (мржње, гнева, освете и сл.), до којег би дошло ако бисмо нужну одбрану условили и ваљаном мотивацијом, водило значајном ширењу сфере кажњивог. Ту се према заступницима овог схватања више и не би радило о санкционисању невредности учиниоцевог понашања. „Ономе који се креће на терену права и то зна, не може се приговорити нити због недостајућих позитивних, нити због постојећих негативних намера и мотива“.²⁰ Учиниоца не може својом погрешном представом да помери објективно утврђене границе кажњивог. То заправо више и није слика неподобног покушаја, већ *путативног деликта*,²¹ чије кажњавање излази из оквира права.

Уосталом, смислено разликовање свесног и вољног, у позицији каквог основа искључења противправности, није лако извести, а ако би тако нешто и било утврдиво, свакако би било *тешко доказиво*,²²

den Baden 2002, 426; C. Roxin, 642; Bernd Schünemann, „Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars“, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 8/1985, 372. У аустријској литератури нпр. Н. Fuchs, 170. У англосаксонском праву тако нпр. Lawrence Crocker, „Justification and Bad Motives“, *Ohio State Journal of Criminal Law* 1/2008, 297; Wayne R. LaFave, *Criminal Law*, West Group, St. Paul 2000³, 495.

¹⁹ У литератури наилазимо на различита означавања овог схватања: теорија знања (Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Grundlagen der Strafbarkeit, Aufbau der Straftat beim Vollendungs- und Versuchsdelikt*, W. Kohlhammer, Stuttgart 2010², 161), учење о умишљају одбијања напада (Т. Hillenkamp, 31), учење о „једноставној“ вољи оправдања (К. Geppert, 104), итд. Нама се разликовање услова „ексклузивне мотивације“ и услова „свесности“ позиције оправдања (тако нпр. L. Crocker, 282) овде чини најпримеренијим.

²⁰ К. Geppert, 104.

²¹ Код некажњивог путативног (умишљеног, уображеног) кривичног дела учинилац умишља да чини штогод забрањено, што или није уопште обухваћено законским описом (обрнута директна правна заблуда), или што је начелно кажњиво али покривено каквим основом искључења противправности (обрнута индиректна правна заблуда).

²² L. Crocker, 281; В. Heinrich, 161.

с обзиром на то да је објективна слика учињеног меродавна и за унутрашњу учиниочеву страну. А ова објективна слика оцртава понашање које је праву сагласно, што пре говори о беневољентном неголи малеволентном ставу.²³ Оправдано се, дакле, отвара питање смислености постављања услова који је на темељу постојећих околности или тешко доказив, или пре аргумент за потпуно супротно тврђење. Штавише, отварање могућности кажњавања независно од ове објективне слике води не само правној несигурности, већ и темељној неправној оних субјеката који су непосредно заинтересовани за судбину титулара уплетених добара. Оно у позицији основа искључења противправности доводи у објективно тежи положај она лица која су на било који начин од раније повезана са актерима догађања. Довољан је само трачак сумње у њихове побуде да све друге испуњене претпоставке основа буду доведене у питање, а право на оправдање негирано. То не одговара ни животу, јер и онај чији је морални лик окрњен или чије су стварне побуде у позицији оправдања сумњиве – може запасти у позицију нужне одбране, крајње нужде или неког другог основа искључења противправности, с правом да његово дело буде оправдано.²⁴

3.2. Ваљана мотивација

Друго учење на субјективном плану не сматра довољним само свест о положају каквог основа искључења противправности, већ тражи и одговарајућу *вољу страну учиниоца*.²⁵ Тако у констелацији нужне одбране актер мора имати вољу да добро одбрани (тзв. *од-*

²³ Стога и не изненађује што су скоро све одлуке из немачке судске праксе које дотичу овај субјективни однос, искључивале противправност остварених дела (С. Roxin, 642), иако су у образложењима наглашавале да је одговарајућа воља услов оправдања.

²⁴ Никоме не би пало на памет да лажљивом пастиру из народне приче, којем су вуци напали овце, ускрати право да овце брани, само зато што је раније у више наврата лажним повикивањем да вуци долазе прокоцкао поверење других. То што му нико више не верује, па неће да му помогне не искључује његово право да се од вукова брани.

²⁵ Тако нпр. Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2003¹¹, 360; Hans Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin 1996², 328. Ово учење је било доминантно у старијој англосаксонској литератури (Walter Harrison Hitchler, „Motive as an Essential Element of Crime“, *Dickinson Law Review* 3/1931, 113-114; Rollin M. Perkins, „A Rationale of Mens Rea“, *Harvard Law Review* 6/1939, 923), али налази поборнике и данас (тако примера ради Jonathan Herring, *Criminal Law. Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford-New York 2004, 615). У српској науци ово схватање, рекло би се, заступа Стојановић, који код нужне одбране закључује да „одбрана подразумева свест о нападу и вољу да се тај напад одбија“ (З. Стојановић, 93). У југословенској литератури слично Ф. Бачић, 213.

брамбена воља), код крајње нужде вољу да добро спаси (тзв. *спасилачка воља*), код дисциплинског кажњавања деце одлучна је сврха васпитавања (*animus corrigendi*), итд.²⁶ Треба, међутим, нагласити да тако схваћена воља, под условом да је субјект свестан позиције искључења противправности, овде редовно већ постоји. Учиниолац хоће одбрану добра јер му управо она омогућава искоришћавање ове позиције за остварење властитих интереса.²⁷ Овде се, заправо, ради о покретачу воље – учиниоцима *побудама*. Хтење одбране или спасавања је у другом плану у односу на хтење остварења деликта, па се мотивација учиниоца показује као неваљана. Заступници овог учења истина не искључују постојање и других побуда у конкретном случају, али ове не смеју да потисну вољу оправдања као примарну. Према овом схватању, пролазник у нашем примеру, иако свестан да је разбојник у бекству са непосредно украденим пленом, не би поступао у нужној одбрани, јер он не повређује како би помогао, већ *како би се осветио* супарнику.

Да закључимо, ако циљ човековог деловања према овом схватању није социјално вредан или бар прихватљив, ни противправност тог деловања не заслужује да буде искључена. То би требало да наговесте најпре *специјално превентивни разлози*, јер фаворизовање заслужује само онај код којег су остварени и свест о постојању објективних обележја основа искључења противправности и одговарајућа мотивација. Опаснији је по друштво онај ко искоришћава позицију одбране како би повредио нападача, него онај ко о позицији одбране ништа не зна, па га основ и не извињава. Инсистирање само на елементу свести омогућава тако својеврсну манипулацију и злоупотребу основа искључења, на начин сличан институту *actio illicita in causa*.²⁸

На неопходност уважавања и овог вољног обележја упућује и већ поменута законска формулација крајње нужде, која би се имала

²⁶ Воља се овде не разуме као воља код умишљаја, у смислу некаквог хтења или пристајања на последице свог деловања. Умишљај се увек утврђује с обзиром на објективна обележја оствареног законског описа, и у датом примеру подразумева хтење (директни умишљај) или пристајање (евентуални умишљај) да се други повреди. То се некад занемарује, па тако и Роксин говори о „умишљају да се чини нешто објективно законито“ (С. Roxin, 641). Законитост поступања није предмет умишљаја.

²⁷ Отуда не прихватамо тумачење да општа воља да се учини било шта у циљу одбране не задовољава, већ се она тумачи искључиво у контексту одговарајућег бића (тако I. Ruppel, 435). Одбрамбена воља значи управо вољу да се добро одбрани, нешто различито од вољног супстрата умишљаја. Ако се воља односи на остварење конкретног бића, онда би заиста у исходу, како то Пупе сматра, оправдање нехатног деликта било искључено.

²⁸ Реч је о радњама „противправним у узроку“. Слично институту радњи слободних у узроку (*actio libera in causa*), где се нескривљеност у време дела надомешћује кривицом у време довођења у стање неурачунљивости, овде је реч о скривљеном довођењу у стање непротивправности.

аналогно применити и на друге позиције оправдања. Нема ниједног ваљаног разлога, сматрају заступници овог схватања, да мотивацију учиниоца сматрамо условом искључиво код крајње нужде. Отуда, и нужна одбрана би постојала ако је дело било неопходно потребно *ради тога* да учинилац од свог добра или добра другог одбије истовремен противправан напад, а слично бисмо тумачили сваки други основ оправдања. Ако таква побуда недостаје, учиниочево понашање не би било извињено. Не мислимо да се формулација крајње нужде и других основа искључења противправности мора овако тумачити. Ту постоји недовољно артикулисано разликовање психолошких процеса на релацији побуда – циљ. Већ смо указали на то да не видимо како учинилац нема одбрамбену или спасилачку вољу, ако зна да постоји факт напада или ситуација опасности. Он управо хоће да отклони опасност или да одбије напад. То је циљ његове акције, јер је само у том случају његово деловање извињено. Да тога нема, његов умишљај повређивања другог био би огољен и раскринкан. Његово деловање је отуда *циљно*; он увек делује *ради тога* да отклони опасност или да одбије напад, чим је свестан чињенице постојања основа оправдања у оквиру којег поступа. Друго је, међутим, питање које га *побуде* покрећу на деловање у постављеном циљу. Ту, на плану мотивације, свакако су замисливи и најплеменитији, али и неваљани потицаји. У сваком случају, законски оквир крајње нужде не мора се нужно тумачити у правцу прихватања услова мотивације већ, како видимо, само с обзиром на свест о позицији оправдања.

Истина је да и друге субјективне претпоставке кривичне одговорности које налазимо у кривичном праву редовно садрже не само когнитивни елемент, већ и одговарајући волунтативни елемент. Такав је, рецимо, случај са свешћу и вољом код *умишљаја*. Слично структури умишљаја, и субјективни елемент противправности могао би се раздвојити на компоненту свести и воље. Заиста, на први поглед овај аргумент делује примамљиво. Тако и код урачунљивости разликујемо когнитивни (способност расуђивања) и волунтативни аспект (способност одлучивања) као претпоставку кривице. Ипак, поређење није адекватно. Остварење каквог описа предвиђеног у закону као противправног понашања и испуњење претпоставки каквог основа искључења противправности као правно ваљаног понашања – ипак се разликују. Ако учинилац не поштује правне норме, онда је од значаја и његов унутрашњи однос према сопственом понашању, побуде које су га на то потакле, циљеви које је хтео да оствари. Док год се његово понашање, међутим, креће у оквирима правног поретка, његови мотиви и представе нису од значаја за суд. То онда представља питање моралности, а не легалности,²⁹ па евентуално

²⁹ Тако с правом I. Purpe, 425.

санкционисање заиста представља неприхватљиво кажњавање за помишљај, и на концу *повреду начела кривице*.³⁰

Ситуација крајње нужде, која се обично наводи у прилог образложењима учења о ваљаној мотивацији, истовремено пружа и један противаргумент. Некада је отклањање опасности по живот или тело другог *дужност*. Онај ко овој дужности не одговори, чини дело у закону предвиђено као кривично. Наше кривично законодавство познаје неколико таквих описа.³¹ Тако, непружање помоћи остварује онај ко не притекне у помоћ лицу које се налази у непосредној животној опасности, а могао је то без опасности по себе или другог. Под овај опис, разуме се, не потпада онај који је давленика спасао гуњђајући што је морао да се покваси да би га извукао из воде или који је то можда учинио због очекивања да ће му овај опростити неки ранији дуг. Услов одговорности није, дакле, никаква нарочита спасилачка воља. Зашто би онда исте неваљане побуде имале другачију тежину и дејство ако је ради отклањања исте те опасности, али овај пут у крајњој нужди, од власника брода било неопходно силом одузети појас за спасавање? Иако је поступање еквивалентно, уношењем нарочите воље, кривичноправни третман чињења и нечињења био би потпуно различит.³²

Како дакле можемо закључити, сама свест о постојању основа оправдања представља довољну субјективну претпоставку противправности. Учиниочеве побуде могу бити од значаја на плану одмеравања казне (чл. 54, ст. 1 КЗ), али нису услов оправдања. Ипак, код појединих основа оправдања, субјективни елемент противправности нужно обухвата не само свест о деловању унутар основа, већ и одговарајућу сврху. Реч је о тзв. *непотпуним двоактним основама оправдања*, где је формално искључење противправности из практичних разлога умерено у један ранији стадијум у односу на суштинско, материјално оправдање.³³ Сврха допуштања повреде правног добра овде се не остварује већ самим делом, као рецимо код нужне

³⁰ Да нема сваки субјективни услов кривичне одговорности вољни супстрат показује већ *свест о противправности* као трећа компонента кривице (вид. чл. 22 ст. 1 КЗ), где недостаје елемент вољног. И иначе, ову свест о забрањености дела (више о томе вид. Наташа Делић, „Свест о противправности као конститутивни елемент кривице“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008, 161 и даље) треба разликовати од свесности деловања унутар каквог основа оправдања.

³¹ Између осталих, ту су: непружање помоћи (чл. 127 КЗ), неуказивање лекарске помоћи (чл. 253 КЗ), неотклањање опасности (чл. 285 КЗ) или непружање помоћи лицу повређеном у саобраћајној незгоди (чл. 296 КЗ).

³² Слично С. Roxin, 642.

³³ Вид. Ernst Joachim Lampe, „Unvollkommen zweiaktige Rechtfertigungsgründe“, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1/1978, 11.

одбране, већ тек радњама што следе за делом.³⁴ Пример представља тзв. *грађанско хапшење* као основ оправдања.³⁵ Наиме, према чл. 230 Законика о кривичном поступку,³⁶ лице затечено при извршењу кривичног дела за које се гони по службеној дужности свако може лишити слободе. По самој природи ствари, циљ овог привременог хапшења јесте омогућавање кривичног гоњења учиниоца.³⁷ За постојање основа оправдања довољно је тако лишење слободе лица затеченог при извршењу кривичног дела, али *ради његове предаје* истражном судији или органу унутрашњих послова. Ако хапшење није учињено у том, већ неком другом циљу – није искључена противправност лишења слободе.³⁸ Тако можемо замислити лице које другоме одузима слободу кретања, како би од његове породице изнудио откуп, чиме остварује обележја отмице (вид. чл. 134 КЗ). Чак и ако би објективне претпоставке грађанског хапшења као основа искључења противправности биле остварене (лишени слободе је управо извршио кривично дело за које се гони по службеној дужности), због неодговарајуће намере отмица не би била оправдана, независно од тога да ли је учинилац знао да је ухапшени управо извршио кривично дело. Обрнуто, како учиниочеве побуде нису релевантне, ако је лишење слободе учињено у циљу предаје ухапшеног органима кривичног гоњења – основ искључења противправности постоји, независно од тога што учинилац своју дужност није испунио зато што је хтео да помогне органима гоњења, већ како би уклонио противника.³⁹ У споредном кривичном законодавству налазимо и друге непотпуне двоактне основе искључења противправности са сличним дејством.⁴⁰

³⁴ Т. Lenckner, 550.

³⁵ Алтернатива овом називу јесте „лишење слободе од стране грађана“ (вид. Милан Шкулић, „Лишење слободе од стране грађана“, *Архив за правне и друштвене науке* 3/1999, 282).

³⁶ Законик о кривичном поступку ЗКП, *Службени лист СРЈ*, бр. 70/2001 и 68/2002, *Службени гласник РС*, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005, 49/2007, 20/2009 и 72/2009.

³⁷ На то уосталом указује и законодавац, истичући у наставку овог члана да се лице лишено слободе „мора одмах предати истражном судији или органу унутрашњих послова, а ако се то не може учинити, мора се одмах обавестити један од тих органа“.

³⁸ Слично између осталих Е. Ј. Lampe, 9.

³⁹ Тако С. Roxin, 644.

⁴⁰ Тако је, рецимо, према Закону о ауторским и другим сродним правима (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009) дозвољено физичком лицу да без дозволе аутора и без плаћања ауторске накнаде умножава примерке објављеног дела за личне некомерцијалне потребе (чл. 46, ст. 1). Само, дакле, ако је умножавање праћено овом сврхом, искључена је кривична одговорност за кривично дело неовлашћеног

4. СТАНДАРД ДУЖНЕ ПАЖЊЕ КАО СУБЈЕКТИВНО ОБЕЛЕЖЈЕ ПРОТИВПРАВНОСТИ?

У делу стране литературе заступа се становиште да код појединих основа оправдања субјективно обележје противправности представља и *савесно испитивање објективних претпоставки основа*. У такве основе се, рецимо, сврставају претпостављени пристанак, вршење службене дужности или заштита оправданих интереса код увреде (чл. 170, ст. 4 КЗ).⁴¹ Овде је овлашћење на поступање донекле условљено ваљаном проценом ситуације и објективних претпоставки под којима је овлашћење валидно. Тако, примера ради, овлашћено службено лице органа унутрашњих послова има право да лица затечена на месту извршења кривичног дела задржи до шест сати на месту извршења до доласка истражног судије, „ако би та лица могла да дају податке важне за кривични поступак и ако је вероватно да се њихово испитивање доцније не би могло извршити или би било скопчано са знатним одуговлачењем или другим тешкоћама“ (чл. 231 ЗКП). Ова процена може се показати као мањкава и у исходу довести до неутемељеног и произвољног лишења слободе другога. Заступници⁴² сврставања стандарда дужне пажње у субјективне претпоставке противправности казнили би такво службено лице за умишљајно противправно лишење слободе, јер није довољно брижљиво испитало да ли су испуњене законом утврђене претпоставке задржавања.

То међутим *није прихватљив исход*. Уношење стандарда брижљивог поступања као претпоставке основа оправдања морало би имати дејство слично другим субјективним обележјима противправности. То би дакле значило да би у ситуацији да се деловање службеника кретало у границама објективно допуштеног, али без траженог стандарда дужне пажње (овлашћено службено лице је на аљкав начин, и не утврдивши ко уопште има сазнање о спорном догађају, задржало све присутне као сведоке, али се испоставило да је добро учинило) – опет морали закључити постојање умишљајног покушаног или довршеног противправног лишења слободе. Али, тако нешто није могуће, јер повреда захтева брижљивог поступања може засновати само одговорност за нехат. А нити постоји нехатни облик противправног лишења слободе, нити покушај из нехата право познаје.⁴³ Умишљај противправног лишења слободе није дакле могуће искључити, нити то одговара чињеничном стању. Полицајац

искоришћавања ауторског дела или предмета сродног права (чл. 199 КЗ). Ако умножавање није учињено у овом циљу основ искључења противправности не постоји.

⁴¹ Код нужне одбране, крајње нужде или пристанка повређеног, слично вредновање не постоји.

⁴² Тако нпр. Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, 331; Т. Lenckner, 551.

⁴³ С. Roxin, 635.

хоће да лиши слободе под датим околностима, јер мисли да на то има право. Дакле, реч је о типичној констелацији отклоњиве индиректне правне заблуде (вид. чл. 29, ст. 3 КЗ).⁴⁴

5. ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ УНОШЕЊА СУБЈЕКТИВНОГ ОБЕЛЕЖЈА ПРОТИВПРАВНОСТИ

Осим питања да ли је уопште смислено тражити испуњење субјективне стране основа искључења противправности, отвара се и проблем правних дејстава ако тражени субјективни елемент у конкретном случају *није остварен*. Ово питање је актуелно у случају прихватања било које варијанте субјективне теорије. У случају *објективне теорије* оно није релевантно, јер је према овом учењу, како смо видели, дело учиниоца покривено основом искључења противправности независно од сазнања о постојању основа.

5.1. Први исход: довршено кривично дело

Једно схватање у случају непостојања захтеваног субјективног елемента кажњава за *довршени деликт*.⁴⁵ Како није остварен један од услова основа искључења противправности, основ у целости није наступио, с исходом да се одговара за учињено довршено кривично дело. Ако учинилац у нашем уводном примеру није знао да својим разбијањем стакла спасава комшију, он и није поступао у крајњој нужди. Због тога он треба да одговара за довршено дело уништења и оштећења туђе ствари (чл. 212 КЗ). Као што је предвиђеног дела у закону остварена тек испуњењем објективних и субјективних претпоставки, то је случај и са противправношћу. Учиниоца је хтео да оштети комшију разбијањем стакла и то је и учинио. Чињеница да је сплетом околности његово дело у датој ситуацији помогло другоме у нужди може евентуално представљати само *олакшавајућу околност* с обзиром на јачину угрожавања или повреде заштићеног добра (чл. 54, ст. 1 КЗ). Друго значајније привилеговање у погледу дејства не би било могуће, осим уколико суд не закључи постојање нарочито олакшавајућих околности у смислу чл. 56, тач. 3 КЗ, са дејством факултативног ублажавања казне.⁴⁶

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Вид. нпр. Michael Köhler, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin Heidelberg 1997, 323; Diethart Zielinski, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, Duncker & Humblot, Berlin 1973, 266. У аустријској литератури Friedrich Nowakowski, „Zur subjektiven Tatseite der Rechtfertigungsgründe“, *Österreichische Juristen Zeitung* 21/1977, 579; O. Triffterer, 211. У англосаксонској доктрини тако R. L. Christopher, 250.

⁴⁶ И поред испуњености претпоставке „одсутности или незнатности штетних последица“, не би се радило о делу малог значаја (чл. 18), не толико због

На први поглед, кажњавање за довршени деликт делује као једино могуће решење, с обзиром на то да учинилац по правилу остварује одговарајућу *последицу* у спољном свету описану бићем одговарајућег деликта, према којој се свесно и вољно односи.⁴⁷ Чим је наступила последица, било каква одговорност само за покушај, заступницима овог решења изгледа као *вештачка конструкција*, пре резултат правничке домишљатости неголи оствареног чињеничног стања. Невредност ове последице не би требало да отпадне само зато што би поредак учињену повреду у неким другачијим околностима опростио.

Решење довршеног деликта такође боље одговара чињеници да искључењем противправности може бити оправдано и *нехатно дело*.⁴⁸ Супротно решење, које би пошло од одговорности за покушај, овде би за исход имало некажњивост учиниоца, јер је покушај кажњив само у случају умишљајног отпочињања дела. Такође, у свим оним ситуацијама где сам покушај није кажњив, решење покушаја имало би за исход својеврсне *празнине у кажњавању*, што опет води неједнаком поступању.

5.2. Други исход: покушано кривично дело

Супротно, већинско становиште,⁴⁹ закључује да недостатак субјективног елемента противправности има за исход *кажњавање за покушај*. Оно почива на идеји да се невридност кривичног дела састоји из две компоненте: персоналне стране (*невридности радње*) и објективне стране (*невридности последице*). Слично томе, и само оправдање поседује персоналну вредност радње и објективну вредност последице. Остварене позитивне последице унутар једног основа искључења противправност отуда потиру невридност негативних

ограничавајућег услова у погледу тежине кривичног дела, колико због чињенице да је дело малог значаја према нашем праву формално основ искључења противправности, који би такође требало да буде праћен одговарајућим субјективним елементом противправности.

⁴⁷ Тако F. Nowakowski, 576.

⁴⁸ Тако можемо замислити лице што чисти свој пиштољ, који услед непажње опали и усмрти другог који је већ био непажено подигао пушку, како би овога лиши живота због ранијих размирица.

⁴⁹ Између осталих: Н. Н. Jescheck, T. Weigend, 330; R. Maurach, Н. Zipf, 350; T. Lenckner, 549; I. Puppe, 420; C. Roxin, 644. У аустријској литератури нпр. Н. Fuchs, 168. У швајцарској доктрини тако нпр. Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, Stämpfli Cie AG, Bern 1996², 251; Stefan Trechsel, Peter Noll, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1998⁵, 116. У српској литератури тако З. Стојановић, 93.

дејстава учиниоцевог дела, због чега одговорност за учињену последицу *отпада*.⁵⁰ Испада, дакле, да се учиниоцу што проузрокује последицу предвиђену законом као кривично дело, она не може урачунавати, јер остварено чињенично стање испуњава објективне претпоставке једног основа искључења противправности. Оно што преостаје, међутим, јесте *невредност његовог понашања*. Учиниоца би хтео да оствари кривично дело, у ком смислу предузима и одговарајућу радњу – што је типична констелација (*неподобног*) *покушаја*.⁵¹ Отуда би учинилац одговарао за неподобан покушај кривичног дела, разуме се само под условом да је такав покушај *кажњив*. Тако би у нашем уводном примеру учинилац учинио само неподобан покушај уништења и оштећења туђе ствари (чл. 212 у вези са чл. 31 КЗ), с дејством факултативног ослобођења од казне. Како, међутим, такав покушај према запређеној казни не би био кажњив (чл. 30, ст. 1 КЗ) – учинилац ни не би кривично одговарао. Некажњивост би уследила и у случају *нехатног дела* учињеног под основом искључења противправности, јер такав покушај није кажњив.

Разликовање невредности радње и последице, иако није јасно изведено у српској кривичноправној теорији, није могуће једноставно пренебрегнути. Читав концепт искључења противправности почива на идеји да правни поредак каткада у ситуацијама колизије супротстављених вредности предност даје *очувању претежнијег интереса*. Ако напад постоји, добро се може бранити докле год је одбрана неопходно потребна; ако опасност постоји, она се може отклањати докле год нема друге опције, а учињено зло није веће од зла што прети, итд. Ова невредост последица остварених у спољном свету не зависи од субјективне учиниоцеве стране, од тога шта он хоће да оствари и какав је правац његове воље. Противправност је условљена искључиво интересима поретка, због чега се некада *допушта* повреда кривичним правом иначе заштићених добара. Зато није оправдано да учинилац одговара за последицу на чије наступање поредак благонаклоно гледа и коју чак одобрава.⁵² То би, уосталом, имало неприхватљиве *практичне консеквенце*. Ако учинилац који не зна позицију основа искључења противправности чини довршено дело, оно је онда у целини противправно, те свако овога може спре-

⁵⁰ Овај модел сравњивања ових вредности односно невредности има и своје недостатке, али они не потиру исправност темељног разликовања персоналне и објективне компоненте (I. Purpe, 421).

⁵¹ На слична објашњења да се изузетно може радити о неподобном покушају наилазимо и у англосаксонској литератури (слично P. H. Robinson, 291, иако је реч о критичару субјективног учења).

⁵² Да ово разликовање неправна радње и неправна последице треба учинити упућује уосталом чињеница да је према нашем праву и апсолутно неподобан покушај начелно кажњив, иако ту неретко нема никаквог угрожавања заштитног објекта.

чити да последицу реализује, иако је она друштвено пожељна. Штавише, савесни умешач би након тога могао некажњено да предузме исто оно дело које је управо био спречио.⁵³

Спорно је, међутим, да ли би се овде радило о директној примени одредаба о покушају.⁵⁴ Поједини аутори упућују искључиво на *аналогну* примену ових одредаба, с обзиром на то да је „претпоставка кажњавања за покушај увек непотпуно остварење бића деликта“,⁵⁵ што би овде према њиховом виђењу недостајало, јер је последица описана бићем ипак наступила. Како је, међутим, аналогија из перспективе начела законитости спорна – каткада се због недостатка изричитог законског правила закључује фактичка непримењивост конструкције покушаја и на концу учиниочева *некажњивост*.⁵⁶ Изнета критика ипак не стоји, јер елемент покушаја није непотпуно остварење деликта које би се разумело искључиво као ненаступање последице. Већ смо констатовали да наступањем основа оправдања није негирана каузалност учиниочевог понашања у односу на оправдану последицу, већ да је само отпало *нормативно урачунавање* овог штетног исхода. Зато и не треба да изненади што неко ко је другог заиста тешко повредио, може да одговара само за покушај тешке телесне повреде. Наступање последице не искључује одговорност за покушај. Ово је само једна од констелација када је тако нешто могуће.⁵⁷

Аргумент да закључак о покушају води неуједначеном третирању умишљајних и нехатних деликата не сматрамо значајним, с обзиром на то да остварење нехатног дела у ситуацији незнања позиције искључења противправности представља више теоријску конструкцију.⁵⁸ Истовремено, тешко може бити говора о томе да решење покушаја води празнинама у кажњавању у ситуацијама када покушај није кажњив. Не видимо због чега би покушај због недостатка субјективног елемента противправности заслужио покривенију кажњивост него редован покушај због ненаступања последице. Како су критеријуми кажњивости покушаја општи (чл. 30 КЗ), евентуалне примедбе више дотичу материју покушаја уопште, него што су особеност покушаног дела услед недостатка субјективног обележја противправности.

⁵³ Слично Т. Hillenkamp, 35.

⁵⁴ То заступају нпр. F. Nowakowski, 578; C. Roxin, 644.

⁵⁵ Peter Lewisch, „43. Lieferung: § 3“, у: Frank Höpfel, Eckart Ratz (Hrsg.) *et al.*, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2003, 52.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Вид. опширније И. Вуковић, *Покушај кривичнога дела*, 31-33.

⁵⁸ Вид. Игор Вуковић, „Структура нехатног кривичног дела“, *Архив за правне и друштвене науке* 3-4/2008, 265-269.

Закључујемо, дакле, да учинилац код којег није постојала неопходна свест о деловању унутар одговарајућег основа искључења противправности – чини покушано кривично дело. Решење довршеног деликта показује се ипак као неминовност у два изузетка. Прва ситуација су поменути *двоактни основи оправдања*,⁵⁹ где се невредност последице препознаје у одговарајућој намери.⁶⁰ Заправо, док је код редовних основа искључења противправности дело објективно допуштено независно од знања учиниоца о постојању основа, овде је дело објективно оправдано тек уз претпоставку одговарајуће сврхе. Због тога би у нашем ранијем примеру отмичар одговарао за довршено кривично дело из чл. 134 КЗ. Друга ситуација односи се на случајеве у којима је законодавац из криминално-политичких разлога већ покушај остварења штетне последице формално учинио довршеним деликтом. Тако би нпр. незнање акушера да у вршењу недозвољеног прекида трудноће до навршене двадесете недеље старости плода постоје еугенички разлози за прекид трудноће⁶¹ – представљало довршено дело недозвољеног прекида трудноће, јер је већ започињање вршења побачаја (чл. 120, ст. 1 КЗ) описано као радња извршења.⁶²

Dr. Igor Vuković

Assistant Professor

University of Belgrade Faculty of Law

ON SUBJECTIVE ELEMENTS OF UNLAWFULLNESS IN CRIMINAL LAW

Summary

The article deals with the problem of so-called unknowing justification and the question whether an actor must have knowledge of the presence of justificatory circumstances, so his crime could be justified.

⁵⁹ Тако већина, нпр. J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, 335; C. Roxin, 645.

⁶⁰ E. J. Lampe, 10; B. Schünemann, 374. Док умишљај заснива невредност радње, невредност последице садржана је у намери која се редовно окончава у материјалном довршењу дела (вид. Игор Вуковић, „Материјално довршење кривичнога дела“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008, 145).

⁶¹ Вид. чл. 6 Закона о поступку прекида трудноће у здравственим установама (*Службени гласник РС*, бр. 16/95 и 101/05).

⁶² То би могло бити и неподобно отпочињање побачаја (у погледу аргументације вид. И. Вуковић, *Покушај кривичнога дела*, 166 167).

Suppose that A shoots at B with intent to murder him, and turns out later that, unknown to A, B was about to shoot him dead. Although A killed a man, he unknowingly repelled an attack on his life. According to objective theory, lawful acts should be encouraged and justified regardless of the actor's mental state. On the other hand, subjectivists suggest two possible answers. The weaker version of subjective theory requires merely the awareness of justificatory position, while the stronger variant denies justification if the actor wasn't motivated by justifying circumstances. The author gives arguments on these viewpoints, supporting the idea that justification requires only knowledge of the justificatory circumstances. The consequence is that the unknowing actor isn't liable for the completed offence, but may be liable for impossible attempt.

Key words: *Subjective elements of unlawfulness. – The knowledge of justificatory circumstances. – Bad motivation. – Impossible attempt.*

Др Татјана Лукић*

УТИЦАЈ МЕЂУНАРОДНИХ ПРАВНИХ СТАНДАРДА НА ОБЛИКОВАЊЕ ПРИПРЕМНОГ СТАДИЈУМА КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

Организација припремног стадијума кривичног поступка (преткривични поступак и претходни кривичног поступак) представља најважније питање у оквиру реформе система кривичног поступка. Суштинска новина која се већ дуже време најављује код нас се односи на укидање истражног судије и давање знатно већих овлашћења јавном тужиоцу, који према новом ЗКП а води истрагу и има знатно шира овлашћења у овом делу поступка. У овом раду посебна пажња је посвећена међународним стандардима и захтевима који посредно и непосредно имају утицај на креирање архитектонике припремног стадијума кривичног поступка. У питању су релевантни међународни стандарди који су садржани или произилазе из Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, пресуда Европског суда за људска права у Стразбуру и комунитарног права ЕУ. Аутор је посебну пажњу посветио положају оштећеног и окривљеног у преткривичном поступку и у истрази, у смислу њихових права и обавеза, као и њиховог статуса у овом делу поступка који битно опредељују модел система кривичног правосуђа – либерални или модел људских права.

Кључне речи: *Реформа кривичног поступка. Истрага. Окривљени. Оштећени. Међународни стандарди.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Држава као организована друштвена заједница има право, које уједно представља и њену дужност, да одговори кривичном санкцијом на повреду правног поретка извршену кривичним делом у циљу заштите тог поретка, што се обично изражава формулом да држави припада кривичноправни захтев према извршиоцу кривичног дела.¹

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, t.lukic@pf.uns.ac.rs.

¹ Тихомир Васиљевић, *Систем Кривичног процесног права СФРЈ*, Београд 1971, 1.

Остварење овог захтева доводи до тога да се на прву кривичноправну функцију државе, која се састоји у прописивању кривичних дела и кривичних санкција, нужно надовезује друга, такође искључива функција државе, која преко својих органа (судова) испитује постојање и обим кривичноправног захтева који је поставио јавни тужилац (такође државни орган). Тим је искључена свака приватна реакција на извршено кривично дело. Да би се применио Кривични законик, неопходно је претходно утврдити да ли је одређена радња на коју се указује извршена, да ли представља кривично дело, да ли је лице које се терети заиста извршилац радње кривичног дела, да ли је крив, и по потреби одредити конкретне кривичне последице које из тога проистичу сагласно циљевима казне и одредбама закона.

Све то се утврђује разноврсним процесним радњама процесних субјеката у кривичном поступку. Вршењем тих процесних радњи субјекти заснивају један процесноправни однос и развијају га даље, све док испуњењем процесног циља не буде окончан.² Радње процесних субјеката су разноврсне, многобројне, и њиховим предузимањем се остварују различити непосредни циљеви. Самим тим је немогуће спровести кривични поступак од почетка до краја у једној истој процесној форми и пред једним судским органом. Тако се кривични поступак нужно дели на више посебних и релативно самосталних деоница које воде различити судски (или несудски) органи, према посебним процесним правилима, остварујући различите процесне циљеве. Те деонице кривичног поступка су стадијуми (шире деонице) и фазе (уже деонице). Јединствен кривични поступак се по правилу дели на претходни стадијум и стадијум главног поступка. Стадијум претходног кривичног поступка је, уствари, припремни део за главни поступак који представља суђење у правом смислу речи.

Има кривичних случајева у којима никакво претходно истраживање пре суђења у главном претресу није потребно. Једноставност чињеничне основице у тим случајевима дозвољава њихово непосредно изношење пред судећи суд. Међутим, постоје и сложени случајеви кривичних дела који не могу бити непосредно прослеђени судећем суду. Без претходне припреме, поступак пред тим судом би био веома компликован, а у већини случајева и потпуно немогућ. Због тога неким суђењима треба да претходи једна врста припремног поступка, који се може назвати различито (истрага, ислеђење, претходни или преткривични поступак), може бити различито организован, поверен судским или несудским органима, или и једнима и другима, али који увек има задатак да омогући основано извођење осумњиченог пред судећи суд.

Истрага, као део кривичног поступка (тачније претходног стадијума) несумњиво представља најзначајнији, а уједно и најдели-

² Момчило Грубач, *Кривично процесно право*, Београд 2009⁶, 352.

катнији део поступка. У прилог томе говори чињеница да заснивање и исход главног поступка највећим делом зависи од резултата истраге. Више од тога, истрага је значајна за заштиту људских права, која у тој почетној фази поступка могу да страдају много више него у поступку пред судећим судом. Значај и тежину истраге истиче и сам законодавац, предвиђајући истрагу као обавезну за кривична дела за која је предвиђена казна затвора преко осам година, дакле за тежа кривична дела. Неопходно је напоменути и то да данас у свету многи аутори сматрају стратегију кривичне истраге новим пољем научног истраживања која се бави планирањем и применом комплексних мера у истраживању, затим контролом и превенцијом криминала.³ Друга група аутора иде чак и корак даље, сматрајући да стратегија кривичне истраге треба да буде још комплексније поље истраживања и као такво треба да буде независна научна дисциплина.

У борби против криминалитета највећи ефекат има ефикасан прогон, брзо откривање кривичних дела и кажњавање. Извесност кажњавања има много већу превентивну снагу од тежине прописане казне. Откривање кривичних дела, хватање учинилаца и откривање и обезбеђење најважнијих доказа, сконцентрисано је на самом почетку кривичног поступка. Самим тим организација истраге, као и преткривичног поступка, имају највећи значај. Фаза истраге условљава ефикасност кривичног поступка кроз две битне компоненте, и то у погледу трајања кривичног поступка и законитости предузимања појединих радњи. То је и поље најдиректнијег односа правосудних органа и других државних органа, а од којих током спровођења предистражног и истражног поступка зависи како квалитет кривичног поступка, тако и дужина трајања кривичног поступка, што се одражава у крајњој линији на ефикасност кривичног гоњења.⁴ Сврха истраге је функционалног карактера у односу на одређене релевантне доказе и има три аспекта:⁵ 1) аспект доказивости оптужбе – прикупљање доказа и података који су потребни да би се могло одлучити да ли ће се подићи оптужница или обуставити поступак; 2) аспект омогућавања евентуалног деловања изузетка у односу на начело непосредности – прикупљање доказа за које постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу или би њихово извођење било отежано и 3) аспект сврсисходног деловања – прикупљање других доказа који могу бити од користи за поступак, а чије се извођење, с обзиром на околности случаја, показије целисходним. Испитивање докази-

³ Gorazd Meško *et al.*, *Challenges of Slovenian Criminology*, Ljubljana 2002, 35.

⁴ Слободан Радовановић, „Међусобни однос тужилаштва и других државних органа као фактор ефикасности поступања у кривичним стварима, републичко јавно тужилаштво“, *Билтен правне праксе* 2/2008, 7.

⁵ Милан Шкулић, „Истрага у кривичном поступку“, *Бранич* 1/2009, 73.

ности оптужбе, односно прикупљање релевантних доказа за одлуку о евентуалном подизању оптужнице или обустављању поступка, представља основни и обавезни циљ истраге, из кога произилази директно и њен значај.

У контексту реформе кривичнопроцесног законодавства требало би пронаћи праву меру између интереса кривичног гоњења и заштите права и слобода грађана. Питање истраге се наметнуло као централно питање реформе нашег кривичног поступка и оно се углавном своди на дилему „судска *или* тужилачка истрага“. Преласку са судског на тужилачки концепт истраге иде у прилог више аргумената, од којих је у стручној јавности највише истицан као основни разлог стварање неопходне нормативне основе за повећање ефикасности кривичног поступка, с обзиром на то да је ефикасно спроведена истрага битан фактор ефикасности кривичног поступка уопште. Искуства европских земаља говоре у прилог концепта тужилачке истраге, пошто је он дао најзначајније помаке у ефикасности кривичног поступка.⁶

2. РЕФОРМА ПРИПРЕМНОГ СТАДИЈУМА КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

У реформи кривичног поступка најважније место заузима нови концепт преткривичног и претходног кривичног поступка, којим се систем инквизиторског кривичног поступка претвара у систем класичног акузаторског кривичног поступка, што је изазвало најконтрадикторније расправе и становишта у стручној јавности. Суштинска новина се односи на укидање истражног судије и давање знатно већих овлашћења јавном тужиоцу, који сада треба да руководи фазом истраге са знатно ширим овлашћењима у овом делу поступка. Овај нови концепт мора бити у складу са стандардима и нормама обављања правосудних функција садржаних у релевантним документима међународне заједнице.⁷ Такође, морају се узети у обзир и стандарди и захтеви који су садржани или произилазе из Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, пресуда Европског суда за људска права у Стразбуру и комунитарног права ЕУ. Међународни правни стандарди представљају опште прихваћена

⁶ С. Радовановић, 11.

⁷ Препорука (10) 12 Комитета министара Савета Европе о независности, ефикасности и улози судија Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities (Adopted by the Committee of Ministers on 17 November 2010 at the 1098th meeting of the Ministers' Deputies), <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id 1707137&Site COE>, 03.01.2011.

правна правила која у великој мери утичу (посредно или непосредно) на организацију и састав правосудних органа, њихове надлежности и делокруг рада, као и саму кривичну процедуру, структуру кривичног поступка, улогу, права и обавезе учесника кривичног поступка.

Традиционални концепт система кривичног правосуђа се посматра као однос између државе и извршиоца кривичног дела. Овај модел се назива још и *либерални модел система кривичног правосуђа* у коме је у систему кривичног правосуђа присутан биполарни антагонизам – државе и извршиоца. Слично механизму штете која резултира захтевом оштећене стране за накнадом, кривично дело, на које се гледа као на кршење кривичног закона, као непосредни рефлекс изазива право („оштећене“) државе да казни извршиоца. Теоретичари традиционално као разлоге за то наводе нужност спречавања даљих кривичних дела од стране извршиоца и других лица. На систем кривичног правосуђа се гледа као на механизам заштите права на начин да се људи уче да поштују закон. Кривични поступак у овом моделу има задатак да обезбеди право државе на кажњавање извршиоца. Данас је улога изражавања државних захтева препуштена јавном тужиоцу. У тзв. либералном моделу задатак људских права је да заштите окривљеног од непропорционалног, претераног реаговања државе. Од државних власти се тражи да уравнотеже своје активности у истрази, кривичном гоњењу и санкционисању према правима окривљеног.

Насупрот либералном моделу система кривичног правосуђа стоји *модел људских права система кривичног правосуђа*. У овом моделу, прописи и институције државе представљају инструменте који изражавају права појединаца којима је потребна заштита, а не интересе државе. На систем кривичног правосуђа се више не гледа као на остваривање права државе на кажњавање, већ као на испуњавање обавеза државе да санкционише извршиоце. На кривично дело се не гледа као на кршење државних закона, већ као на кршење права оштећеног на физички интегритет, имовину, слободу кретања и др. Из неправде која је нанета оштећеном произилази право оштећеног да буде признат као такав, да осети да је правда задовољена и да се поврати као морална особа која има право на поштовање и солидарност заједнице. То право на правни лек, као што је већ речено, је кључни елеменат пресуда Европског суда за људска права према чл.13 ЕКЉП. Такође, суочен са кривичним делом, оштећени – као и други људи који се осећају угрожено – имају право на реакцију система кривичног правосуђа којом ће им бити повраћен осећај сигурности и на показивање одлучности у заштити права појединца кроз казне које имају одвраћајући ефекат. Та права дефинишу задатке и стварају основу система кривичног правосуђа.

Док у либералном моделу људска права окривљеног представљају ограничења система кривичног правосуђа, у моделу људских права, права оштећеног и других у првом реду стварају обавезу државе да спроводи ефикасан систем кривичног правосуђа. Људска права су сам основ система кривичног правосуђа.

Уколико би упоредили стари и нови модел, односно либерални модел са моделом људских права, то би било могуће само на основу следећих критеријума:

1. *према природи кривичног дела* – у либералном моделу кривично дело је кршење државних закона, а у моделу људских права кривично дело је кршење људских права.
2. *према циљу кривичног поступка* – у либералном моделу циљ је спровођење права државе на кажњавање извршиоца, а у моделу људских права циљ је спровођење права оштећеног и других на ефикасно кривично гоњење извршилаца.
3. *према разлогу за кривично правосуђе* – либерални модел је усмерен на будућност, тј. на спречавање даљих кршења права, а у моделу људских права усмерен је на садашњост, тј. на поновно успостављање мира и правичности.
4. *према значењу људских права* – у либералном моделу људска права ограничавају систем кривичног правосуђа, а у моделу људских права, људска права обликују систем кривичног правосуђа.

У моделу људских права, право окривљеног на правично суђење представља противтежу праву жртве и других на ефикасну истрагу. Оно на шта се у либералном моделу гледа као на супротстављање државних интереса и индивидуалних права окривљеног, сада се појављује као супротстављање људских права. Од државних субјеката се тражи да направе равнотежу између те две стране, и то је, уствари, основни задатак суда.

Што се тиче положаја оштећеног, у либералном моделу на њега се гледа као на једног од сведока који има обавезу да подржи државне власти у спровођењу права државе на кажњавање извршиоца, а у моделу људских права на оштећеног се гледа као на главног корисника система кривичног правосуђа и због тога је оштећени признат као странка у поступку. Као друго, оно што даје легитимет систему кривичног правосуђа из перспективе модела људских права је његова способност да испуни права оштећеног и других. Док су у либералном моделу напори система кривичног правосуђа усмерени на будућност и имају за циљ да спрече даље вршење кривичних дела, у новом моделу је систем кривичног правосуђа претежно оријентисан на садашњост.

3. УТИЦАЈ ПРАКСЕ ЕВРОПског СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА НА КРЕИРАЊЕ НОВОГ КОНЦЕПТА ИСТРАГЕ

Конвенција о људским правима и основним слободама (у даљем тексту ЕКЉП⁸) постала је пријемом у Савет Европе посебно значајна за нашу државу, за правни систем уопште, а посебно за кривични поступак. Ова конвенција представља најважнији међународноправни акт који важи као прва правно обавезујућа међународна кодификација о људским правима и у њој су (укључујући и 13 додатних протокола) утврђене важне и значајне гаранције са кривичнопроцесног становишта, које су за Европу прописане као минимални кривичнопроцесни стандарди.⁹ Одредбе које се односе на кривичнопроцесне гаранције доживљавају своју примену пред Европским судом за људска права у Стразбуру (ЕСЉП), а пошто су његове одлуке обавезујуће за државе чланице Савета Европе, оне имају своје директне или индиректне реперкусије и за национална правосуђа.¹⁰ Протеклих година су пресуде Европског суда за људска права биле иницијатор трансформација система кривичног права од институција усмерених на државу, организованих према концепту *права* државе да казни извршиоце, и то према сложеним организацијама осетљивим на питања људских права које испуњавају *обавезу* ефикасног кривичног гоњења и санкционисања извршиоца – обавезу коју дугују оштећеним лицима, јавности и у одређеној мери и самим извршиоцима, и то у оној мери у којој они имају право да се помире са својим друштвеним окружењем.

На овај развој треба гледати у оквиру суштински нове „оријентације“ суда, стављајући већи нагласак на (позитивну) обавезу земаља чланица да активно спроводе заштиту уместо да се концентришу на (негативни) аспект одредаба Конвенције који се односи на ограничавање деловања државе. Тај развој започео је пресудама донетим још 1978/79 године.¹¹

⁸ Европска конвенција о заштити људских порава и основних слобода од 04.09.1950. године са протоколима број 4,6,7,11,12 и 13 (Службени лист СЦГ Међународни уговори број 9/2003.) The European Convention on Human Rights, <http://www.hri.org/docs/ECHR50.html>, 03.12.2010.

⁹ Helmut Satzger, *Internationales und Europaisches Strafrecht*, Baden Baden 2000, 142, вид. Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд 2009, 29. О непосредној примени међународног права у Србији у кривичноправном контексту, вид. исти, „Начело законитости у кривичном праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2010, 99 и даље.

¹⁰ М. Шкулић, (2009), 29.

¹¹ The European Court of Human Rights case Tyrer v. The United Kingdom 26 (25.04.1978), <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/hof.nsf/e4ca7ef017f8c045c1256849004787f5/b2044df2ab5b44e1c1256640004c2601?OpenDocument>, 26.11.2010; The European Court of Human Rights case Marcks v. Belgium, 31 (13.06.1979), <http://>

3.1. Положај оштећеног у припремном стадијуму кривичног поступка

Када говоримо о оштећеном у кривичном поступку, потребно је прво указати на различитост појмова оштећени и жртва, због тога што се у свим међународним документима општеприхваћено користи појам жртва, а у кривичнопроцесном смислу појам оштећени. У овом раду, када се говори о жртвама, мисли се на лица која су то постала трпећи последице нечијег криминалног понашања, односно овде се говори само о жртвама кривичног дела. У нашем позитивном кривичном законодавству се не користи појам жртва, већ само појам оштећени. Оштећени се према Законнику о кривичном поступку Републике Србије (чл.221, ст. 1, тач. 6.) дефинише као лице чије је какво лично или имовинско право кривичним делом повређено или угрожено. Наше кривично процесно законодавство оштећеном даје статус споредног процесног субјекта на страни тужиоца, а појам жртве не познаје. Међутим, одређивање појма оштећеног није једнако решено у свим кривичним законодавствима, па је због тога потребно дефинисати појам и улогу оштећеног и жртве кривичног дела на међународном нивоу кроз међународне документе.¹²

Процесни положај жртве или оштећеног у кривичном поступку последњих деценија доживљава динамичан развој кроз утицај међународних извора, а који су своје место нашли у националним законодавствима. У данашње време се уочава позитивна интенција у развоју права жртве и оштећеног у кривичном поступку кроз међународне документе и кроз кривичнопроцесна законодавства многих земаља.

www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/Caso_Marecx_v_Belgica_Ingles_2.pdf, 26.11.2010.; The European Court of Human Rights case Airey v. Ireland 41 (06.02.1981), *http://vlex.com/vid/case_of_airey_v_ireland_27429451*, 27.11.2010.

¹² Значајни документи на том пољу су документи УН: Декларација о основним правима жртве кривичних дела и злоупотребе моћи, донета 1985. године, Конвенција против транснационалног организованог криминала с припадајућим протоколима. Значајне су, такође, препоруке Већа министара савета Европе Р (85)11, Р(87)4, Р(87)18, Р(87)21 и Р(06)8 као и низ других докумената који регулишу ову материју. Декларација УН о основним принципима правде у вези са жртвама криминалних радњи и жртвама злоупотребе власти из 1985. године у чл. 1. под жртвом подразумева лица која су, појединачно или колективно, претрпела штету, укључујући телесне повреде, последице по ментално здравље, емотивне патње, материјалне губитке или друге озбиљне повреде својих основних права и то због чињења или нечињења које представља повреду одредаба кривичног закона у државама чланицама, укључујући прописе који регулишу злоупотребу власти. Лице се може сматрати жртвом без обзира на то да ли је учинилац кривичног дела идентификован, притворен, кривично гоњен или осуђен као и без обзира на сродство извршиоца и жртве, а појам жртве такође обухвата и блиске сроднике жртве и лица која жртва издржава, као и лица која су претрпела штету у покушају да помогну жртвама у невољи или да спрече виктимизацију.

У пракси Европског суда за људска права, која се огледа у великом броју пресуда, показало се да је Суд спреман да узме у обзир било који пропуст земље чланице у истрази као доказ да та земља чланица не штити довољно ефикасно права појединаца који живе на њеној територији. Та обавеза државних власти да спроведу истрагу и кривично гоњење у судској пракси Суда поприма облик *права оштећеног* (или неког од најближих сродника у случају његове смрти). Иако је јасно да свако има интерес за ефикасну заштиту својих права (укључујући дефиниције кривичног права које имају ефекат одвраћања и одлучно кривично гоњење извршилаца¹³), само је оштећени тај који је у могућности да се обрати Суду у Стразбуру.

Иако је сигурно да кривични закон у одређеној мери спречава људе да изврше кривична дела, исто тако је евидентно да тај механизам није функцинисао у случају оштећеног. Поставља се питање на који начин ефикасна истрага у вези с кривичним делом учињеним против оштећеног може на било који начин да допринесе његовој заштити од кривичног дела које је већ извршено? С обзиром на то да је за било какву превенцију у том смислу прекасно, једини разлог који би омогућавао у том смислу претпоставку да оштећени, *sub titulo* „заштите од злочина“, има право на ефикасну истрагу кривичног дела коју је претрпео, везан је уз заштиту оштећеног од поновљене виктимизације.

Искуство виктимизације нарушава оштећеном осећај сигурности. Врло је вероватно претпоставити да ће се оштећени питати да ли је његова претходна претпоставка да је заштићен од кривичног дела заиста била заснована на реалној основи. Због тога, ефикасна истрага и кривично гоњење имаће ефекат враћања осећаја сигурности оштећеном, јер државне институције са дужном ревношћу настоје заштити његова права спровођењем система кривичног правосуђа, који има за циљ одвраћање од извршења кривичног дела. Одлучне и ефикасне истраге због тога показују одлучност државних органа да заштите права оштећеног.

Општа обавеза на примену ефикасних истрага и поступака садржи следеће конкретне видове: 1. истраге морају бити темељите и свеобухватне, а органи који спроводе истрагу морају предузети све оправдане кораке који су им на располагању како би обезбедили све релевантне доказе; 2. накнада штете се не сматра ефикасним начином заштите, истраге морају бити у стању да воде кажњавању извршио-

¹³ Суд често наглашава да је ефикасно кривично гоњење учинилаца такође „нужно за одржавање поверења јавности у очување владавине права“, а то се у контексту доктрине кривичног права може превести у аспект „позитивне опште превенције“ који се разликује од елемента „одвраћања“ на које се суд позвао у предметима према чл. 8. ЕКЉП и који би се у правној науци могао назвати елементом „негативне“ опште превенције.

ца; 3. лице одговорно за спровођење истрага мора бити релативно независно од свих лица укључених у предмет; 4. једном када надлежни орган добије сазнање о сумњи, мора деловати по службеној дужности; 5. додатни елемент је захтев за брзим деловањем и разумном ефикасношћу истрага; 6. истраге и кривично гоњење морају бити довољно подвргнути контроли јавности и 7. истраге и кривично гоњење морају у одговарајућој мери укључити најближе сроднике оштећеног у случају његове смрти.

Неспровођење ефикасне истраге од стране надлежних државних органа доводи до кршења два основна права оштећеног и то права на заштиту од кривичних дела (што у случају оштећеног значи заштиту од секундарне виктимизације) и права на правни лек у односу на извршено кривично дело.

Међутим, иако оштећени с многим другим (потенцијалним оштећенима) дели интерес да буде довољно заштићен од будуће виктимизације, само је он тај који је стварно претрпео кршење својих права. У том смислу, право оштећеног на правни лек је конкретније везано уз ситуацију виктимизације и уз потребе оштећеног да осети да се поштује његово достојанство и његова права. Такође, треба нагласити да начини заштите нису ограничени на санкционисање кривичних дела, већ се заправо примарно односе на проактивне мере полицијског деловања, док је ресторативни процес којим се оштећеном омогућава да буде поштован и да оствари задовољење примарно реактивни механизам кривичног правосуђа.

Другим речима, примарно материјалноправни чланови ЕКЉП (чл. 2 и 3) имају за циљ заштиту права прописану тим члановима, па су због тога усредсређени на сузбијање кршења права, док чл. 13 комбинује аспекте превенције са јединственим елементима поновног успостављања права и постизања задовољења кроз правни лек, па се због тога конкретније и свеобухватније бави ситуацијом стварног оштећеног. Тако се тумачи и покушај Суда у предмету Ковал против Украјине (пресуда од 19.10.2006. године) да систематизује своје закључке. Суд истиче да је одлучујуће питање о оцени делотворности правног лека везано за приговор због лошег поступања – питање да ли подносилац захтева може такву пријаву поднети домаћем суду како би се спречили даљи инциденти те врсте и омогућио непосредан и правовремен правни лек, а не само посредна заштита права загарантованих чл. 3 Конвенције.¹⁴ Ова формула о праву жртве на „непосредан и правовремен правни лек“ прецизно одражава конкретнију функцију чл. 13 ЕКЉП, као и примарни задатак кривичног поступп-

¹⁴ The European Court of Human Rights – case of *Koval v. Ukraine* (application no. 65550/01), <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=809701&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>, 29.11.2010.

ка према Конвенцији. Како би се у потпуности вредновало значење овог правца одлучивања, треба имати на уму да чл. 13 ЕКЉП признаје право на делотворан правни лек лицима која тврде да су њихова права према Конвенцији нарушена. Уколико се кривични поступак препозна као правни лек према чл. 13 Конвенције, тада то нужно имплицира да се на кривично дело које је оштећени претрпео гледа као на кршење права оштећеног према Конвенцији. Према чл. 13 ЕКЉП кривични поступак има за циљ да омогући особи чија су људска права нарушена да оствари непосредан и делотворан правни лек. Особа се сматра оштећеном не зато што јој је кривичним делом нанета штета, већ зато што кривично дело крши њена права. Та разлика се може појаснити једним примером. Уколико у току истраге окривљени врати оштећеном украдене ствари, штета коју је оштећени претрпео ће можда у потпуности бити надокнађена, али ипак оштећени остаје лице чија су власничка права нарушена кривичним делом. Питање није да ли је кривичним делом нанета штета оштећеном, с обзиром на то да кривично дело само по себи представља кршење његовог права.

3.1.1. Право оштећеног да се према њему поступа са посебном пажњом

У вези с правом оштећеног да се према њему поступа са посебном пажњом, најзначајнији став у наведеном смислу је пресуда од 02.07.2002. године у предмету С. Н. против Шведске.¹⁵ Суд се у том предмету бавио сексуалним злостављањем детета. Оштећеног, дечака од десет година, испитивао је полицијски службеник који се касније није појавио на суду. Први исказ је снимљен и послат браниоцу који је тражио да се оштећеном поставе додатна питања, што је и учињено, али без присуства окривљеног или његовог браниоца. Шведски суд је засновао своју одлуку – осуђујућу пресуду, практично само на основу две траке на којима су снимљени искази које је оштећени дао полицији. Приликом одлучивања о приговору да окривљени није добио прилику да оспори исказ оштећеног као резултат одбијања оштећеног да се појави и поново сведочи на суду, Суд у Стразбуру се сложио с одлуком шведских власти да „поштеде“ оштећеног патње понављања свог исказа на суду. У пресуди суд је навео да се при оцени питања да ли је окривљени у таквом поступку имао поштено суђење, мора узети у обзир право на поштовање приватног живота оштећеног. Из ове пресуде се може, уопштено гледано, извести закључак да оштећена лица тешких кривичних дела која су претрпела трауму, с обзиром на њихову посебну рањивост, имају

¹⁵ The European Court of Human Rights case of *S.N. v. Sweden* (application no. 34209/96), <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/hof.nsf/233813e697620022c1256864005232b7/a41f8f6e3f9b98b941256beb00512cee?OpenDocument>, 12.11.2010.

право према чл. 8 Конвенције да се према њима поступа са посебном пажњом и да не буду „злоупотребљени“ у сврху кривичног гоњења или одбране.

3.1.2. Оштећени као странка у истрази

Као што је већ поменуто, ЕСЉП из чл. 13 ЕКЉП изводи право оштећеног на активно учешће у истрази. Суд је признао право оштећеног на учествовање у поступку истраге у предмету *Cennet Ayhan & Mehmet Ayhan v. Turkey*.¹⁶ У овој пресуди суд је истакао и да ближи сродници морају бити укључени у поступак у мери која је потребна како би се обезбедили њихови легитимни интереси. Према ставу суда оштећени има легитимни интерес да учествује у поступку против осумњиченог лица. Независно од тога да ли то чини из финансијских или моралних побуда, не постоји ни један уверљив разлог да се тај интерес не призна на начин да осуда извршиоца кривичног дела буде схваћена као грађанско право у смислу чл. 6 ЕКЉП.¹⁷ Међутим, ЕСЉП нема овакав став у вези с грађанским правом у ширем смислу. Ипак, на основу изнетог, претпоставка да оштећени има право на активан приступ истражном поступку и даље је од суштинске важности у односу на обликовање преткривичног поступка.

3.2. Положај окривљеног у истрази – његова права и дужности

У поређењу са брзим развојем права оштећеног према Конвенцији, и то највише у последњих десет година, права окривљеног која карактеришу либерални систем кривичног правосуђа и која су дефинисана у чл. 5 до 7 Конвенције, добро су етаблирана и готово већ сама по себи разумљива. Због тога, начелно нема потребе, а ни довољно простора у овом раду да се посебно бавимо положајем окривљеног у преткривичном поступку. Међутим, потребно је ипак извесну пажњу посветити оним правима која су од посебне важности за оцену реформе преткривичног и претходног поступка у Србији.

3.2.1. Право окривљеног на правично суђење и одговарајући поступак

У великом броју предмета Суд је концепт поштеност суђења протумачио као нешто што се примарно односи на три аспекта: на

¹⁶ The European Court of Human Rights case *Cennet Ayhan & Mehmet Ayhan v. Turkey*, No. 41964/98 (27.6.06), [http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case Law/HUDOC/HUDOC+database](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case%20Law/HUDOC/HUDOC+database), 16.02.2011.

¹⁷ Stefan Trechsel, *Human rights in criminal proceedings*, Oxford 2005, 41.

активно учествовање окривљеног, контрадикторну структуру поступка и једнакост „оружја“. Суд је ово потврдио и у пресуди *Koval v. Ukraine*¹⁸ од 19.10.2006. године, где се у пресуди наводи да, чл. 6 ЕКЉП, када се чита у целини, гарантује право окривљеног на делотворно суделовање у свом кривичном поступку. То, *inter alia*, укључује право не само да буде присутан, већ и да слуша и прати поступак. То право је имплицитно у самом појму контрадикторног поступка. Овде се два аспекта ток концепта поштеност суђења чине важним, иако не као јасно разграничени правни услови, већ више као смернице за обликовање преткривичног поступка на начин који узима у обзир угрожена људска права. *Први аспект* (у погледу контрадикторног судског поступка) је да изгледи нису посебно добри уколико суд спроводи истрагу и прикупља доказе који иду на штету окривљеног. Како би оспоравао те доказе окривљени мора да се супротстави истражном судији, тј. оном истом судији који би у другим приликама доносио одлуке о ограничавању основних слобода окривљеног. Из тога произлази да концепт контрадикторног поступка и једнакости оружја много боље функционише у „троугаоној“ структури, у којој је полицији и тужилаштву препуштена истрага, а окривљени касније може да оспорава резултате њиховог рада пред непристрасним судијом. Контрадикторни поступак се може развити само ако је страна која је супротстављена окривљеном неко други, а не суд. Другим речима, идеја контрадикторног поступка, када се примени на суђење, садржи снажан аргумент у корист укидања судске истраге, како би се омогућило суду да игра своју властиту улогу, која се састоји у успостављању равнотеже између супротстављених интереса тужиоца и одбране и обезбеђења једнакости оружја – у смислу праведне равнотеже супротстављених страна. *Други аспект* је значајнији. Нагласак је на делотворном учествовању окривљеног у вези са недавно признатим правом оштећеног на активно учествовање у поступку, што указује на општи и дугорочни развој система кривичног правосуђа који промовише и подстиче укључивање и комуникацију између странака и који те странке схвата озбиљно. Због тога право странака да буду саслушане није само питање прикупљања свих расположивих доказа, већ знатно више од тога: он сигнализира да је у демократском друштву кључно да они које нека одлука погађа буду укључени у процес доношења одлука. У том смислу, право да странка буде саслушана указује на то да је појединац субјекат, а не објекат поступка.

¹⁸ The European Court of Human Rights case *Koval v. Ukraine*, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=809701&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>, 13.10.2010.

3.2.2. Право окривљеног на суђење у разумном року (чл. 6, ст. 2 ЕКЉП) и право на заштиту од двоструке инкриминације (ЕКЉП – Протокол бр. 7, чл.4)

У односу на право на брзи поступак, најпре треба подсетити да Суд аутономно тумачи појам „оптужбе“ из чл. 6 ЕКЉП тако да у њега укључује и полицијску истрагу. Рок који је пресудан при одлучивању да ли се поступак води одговарајућом брзином, почиње да тече од тренутка када је лице званично обавештено да је против њега започела истрага.¹⁹ Друго, Суд брзину поступка оцењује од предмета до предмета, наводећи увек исту формулацију, да се оправданост дужине трајања поступка мора оценити у складу с околностима предмета и у односу на сложеност поступка, понашање подносиоца захтева и надлежних органа. Заштита од двоструке инкриминације је од посебне важности у двојним системима који комбинују грану система кривичног правосуђа која се бави прекршајима и другу која се бави кривичним делима у ужем смислу. Неколико најважнијих судских предмета се односило на угрожавање безбедности саобраћаја у којима се оба органа кривичног правосуђа често преклапају.²⁰ Суд је при одлучивању о предметима санкционисања према обе гране таквог двојног система усвојио либерални став према коме, када постоје две осуђујуће пресуде које се заснивају на истим чињеницама, то не представља нужно кршење Протокола бр. 7, ако се обе пресуде баве јасно различитим нормативним аспектима истог инкриминишућег понашања, што чини једно дело које представља два различита дела.

3.2.3. Право окривљеног на оспоравање сведока оптужбе (чл.6, ст. 3д ЕКЉП)

Право окривљеног да оспорава исказе сведока је од посебног значаја, јер се односи на ограничавање доказа које је полиција прикупила у истражном поступку. Пример за ово је случај *Андандонскии в. Русија*²¹ од 28. 09. 2006. године. У пресуди у наведеном случају је у односу на аргументацију преткривичног поступка указано на потребу да се окривљеном у некој фази поступка омогући оспоравање све-

¹⁹ Kangaslouma v. Finland, judgment od 20 February, 26. Вид. Göran Sluiter, „Atrocity Crimes Litigation: Some Human Rights Concerns Occasioned by Selected 2009, Case Law“, *Northwestern Journal of International Human Rights* 3 /2010, 249.

²⁰ Вид. Verena Murschetz, The future of criminal law within EU Union law or Community law competence, http://www.upf.pf/IMG/pdf/10_Murschetz.pdf, 04.12.2010.

²¹ Европeйский суд по правам человека третья секция дело „Андандонский против России“* (жалоба № 24015/02) Постановление г. Страсбург 28 сентября 2006, http://european-court.ru/uploads/ECHR_Andandonskiy_v_Russia_28_09_2006.pdf, 04.12.2010.

дока који сведочи против њега, уколико би његов исказ представљао одлучујући доказ на коме се заснива осуђујућа пресуда. Оспоравање исказа сведока мора бити омогућено у фази истраге, у случају да сведока треба поштедети од тога да свој исказ даје на јавној и контрадикторној судској расправи или уколико је евидентно да ће сведок бити спречен да се појави на суду. Међутим, свакако треба имати у виду и став Суда да сви докази обично морају бити изведени у присуству окривљеног лица на јавном рочишту ради могућности контрадикторне расправе. Ово изражава кључно начело непосредности, што значи да би докази начелно требало да буду изведени у контрадикторном судском поступку. Уколико уместо непосредног извођења доказа Суд прибегне коришћењу списа из преткривичног поступка, за то би требало да постоје посебно добри разлози. То би били случајеви рањивих сведока и оштећених као сведока којима се мора омогућити давање исказа у окружењу које је заштићено од застрашивања и секундарне виктимизације. На овом месту је посебно значајна пресуда у случају *S. N. v. Sweeden*,²² где је Суд показао да је могуће помирити право окривљеног на правично суђење и право оштећеног да се према њему поступа са посебном пажњом. Начело непосредности представља кључ за структуру целог судског поступка у првом степену, а посебно за разумевање специфичних функција преткривичног поступка. Ово начело ставља тежиште поступка на фазу расправног поступка, а истрази препушта специфичну функцију припреме за суђење, не припремајући при томе пресуду.

4. УТИЦАЈ КОМУНИТАРНОГ ПРАВА (*ACQUIS COMMUNAUTAIRE*) НА КОНЦЕПТ ИСТРАГЕ

У вези с комунитарним правом, биће поменути само они прописи који су од пресудне важности за обликовање преткривичног и претходног кривичног поступка. Важна улога Савета Европе у одређивању смерница за будући развој система кривичног правосуђа у европским земљама, уз пресудну важност ЕКЉП, се манифестује у великом броју релевантних препорука у односу на функције кривичног гоњења и судова.

*Препорука (2000)*²³ коју је Одбор министара усвојио 6. октобра 2000. о улози јавног тужилаштва у систему кривичног правосуђа има

²² The European Court of Human Rights case *S.N.v.Sweeden*, 34209/96, <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/hof.nsf/233813e697620022c1256864005232b7/a41f8f6e3f9b98b941256beb00512cee?OpenDocument>, 27.11.2010.

²³ Council of Europe Committee of ministers, Recommendation Rec (2000) 19 of the Committee of Ministers to member states on the role of public prosecution in the criminal justice system (Adopted by the Committee of Ministers on 6 October

за циљ да дефинише заједничка начела за јавне тужиоце и садржи важне стандарде везане за организацију и задатке јавног тужилаштва. Ова препорука, осим основне функције кривичног гоњења од стране јавног тужиоца, указује и на друге задатке јавних тужилаца у појединим државама ЕУ. Тако се, на пример, наводи да у неким системима кривичног правосуђа јавни тужиоци воде, усмеравају или надзиру истраге што, заправо, оставља могућност за улогу јавних тужилаца у контексту вођења истрага. У погледу односа између јавних тужилаца и извршне и законодавне власти, јавни тужиоци треба да надзиру рад полиције и њихово поштовање људских права, и због тога је потребно да постоје механизми којима ће се обезбедити одговарајућа и функционална сарадња, чак и ако не постоје институционалне везе. Осим тога, тамо где закон дефинише неки облик субординације полиције, а посебно тамо где је полиција у спровођењу истрага везана упутствима или наредбама јавних тужилаца, Препорука истиче да би сврха те субординације могла бити спровођење приоритета или обезбеђење законитости полицијског деловања. Препорука наглашава да јавни тужиоци треба да поштују и да заштите људска права, али и да узму у обзир становишта и забринутост оштећених.

*Препорука (1995)*²⁴ Савета Европе коју је Одбор министара усвојио 11. септембра 1995. године о управљању кривичним правосуђем, може послужити као важна референтна тачка када се ради о развоју стандарда у односу на бројне аспекте организације кривичног поступка и управљања судовима и јавних тужилаштва. Препорука указује на чињеницу да у европским земљама генерално постоји озбиљна преоптерећеност система кривичног правосуђа, а посебно јавних тужилаштва. Због тога је потребно донети и усвојити стратегије које ће обезбедити ефикасност кривичних поступака, као што су: стратегије поједностављења и убрзања поступака када је окривљени спреман да одговара за оно за шта је оптужен, делегирање надлежности на полицију и смањење радног оптерећења јавних тужилаца, ограничење мера које стварају велике трошкове, као што је притвор пре суђења или тајни надзор где је то неопходно.

*Препорука (85)11*²⁵ Одбора министара земаља чланица о положају оштећеног у оквиру кривичног права и поступка захтева од

2000 at the 724th meeting of the Ministers' Deputies), https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id_376859&Site_COE, 03.01.2011.

²⁴ Recommendation No. R (95) 12 of the Committee of ministers to Member States on the Management of Criminal Justice (Adopted by the Committee of Ministers on 11 September 1995 at the 543rd meeting of the Ministers' Deputies), https://wcd.coe.int/wcd/com.instranet.InstraServlet?command_com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage_536554&SecMode_1&DocId_527282&Usage_2, 27.11.2010.

²⁵ Recommendation No. R (85) 11 of the Committee of ministers to Member States on the Position of the Victim in the Framework of Criminal Law and Procedure

влада земаља чланица ревизију њихових законодавстава и праксе у складу с одређеним смерницама. Овде су наглашени захтеви који имају велик значај у односу на организацију преткривичног поступка. На нивоу полиције, полицијски службеници треба да буду едуковани за поступање с оштећеним лицима у смислу конструктивног и умирујућег опхођења. Полиција треба да обавести оштећеног о његовим правима и положају у поступку. Оштећеном треба да буде омогућено да добије информације о резултатима полицијске истраге. У било ком извештају органима кривичног гоњења, полиција треба да да што јасније и потпуније обавештење о повредама и губицима које је оштећени претпео. У односу на кривично гоњење, дискреционо одлучивање да ли кривично гонити извршиоца не би требало да се доноси без дужног разматрања питања накнаде штете оштећеном, укључујући било какав озбиљни напор који у том смислу предузима окривљени. Оштећени треба да буде обавештен о било којој коначној одлуци у вези са кривичним гоњењем, осим уколико истакне да не жели да добије ту информацију. Оштећени би требало да има право да затражи да надлежни орган преиспита било коју одлуку о одустајању од кривичног гоњења или право да преузме кривично гоњење у случају да јавни тужилац донесе такву одлуку, или и једно и друго.

*Препорука (87)21*²⁶ Савета Европе о помоћи оштећеним лицима и превенцији виктимизације, која је у време када је настала требало да буде допуна Европској конвенцију о одштети жртвама – оштећенима насилних злочина и Препоруци о положају жртвава – оштећених у поступку, обновљена је и ажурирана *Препоруком (2006)8*²⁷ о помоћи жртвама – оштећених кривичних дела коју је Одбор министара усвојио 14. јуна 2006. године и која је заменила препоруку из 1987. Ова Препорука се, између осталог, бави: циљевима и начелима помоћи оштећених (нужност заштите оштећених лица од секундарне виктимизације); улогом државних органа (укључујући органе кривичног правосуђа); обавезама полиције и других органа да утврде потребе оштећених, обезбеде одговарајуће информације;

(Adopted by the Committee of Ministers on 28 June 1985 at the 387th meeting of the Ministers' Deputies), [http://polis.osce.org/library/ff/2669/468/CoE_FRA_RPT_2669_EN_Recommendation%20No.%20R\(85\)%2011.pdf](http://polis.osce.org/library/ff/2669/468/CoE_FRA_RPT_2669_EN_Recommendation%20No.%20R(85)%2011.pdf), 09.10.2010.

²⁶ Recommendation No. R (87) 21 of the Committee of the Ministers to Member States on Assistance to Victims and the Prevention of Victimisation (Adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1987), <https://wcd.coe.int/wcd/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=608023&SecMode=1&DocId=694280&Usage=2>, 05.09.2010.

²⁷ Council of Europe Committee of Ministers Recommendation (2006)8 of the Committee of Ministers to member states on assistance to crime victims (Adopted by the Committee of Ministers on 14 June 2006 at the 967th meeting of the Ministers' Deputies), <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1011109&Site=CM>, 08.09.2010.

обавезом пружања детаљних информација чим оштећени дође у контакт с полицијом или органима кривичног правосуђа, или са здравственим установама или центрима за социјални рад (садржајима тих информација); заштитом физичког и психичког интегритета оштећених; заштитом од поновне виктимизације и др.

Оквирна одлука Савета ЕУ о положају жртве у кривичном поступку од 15. марта 2001. године (2001/220/ЈХА)²⁸ означава прекретницу у развоју система кривичног правосуђа који као своју основну функцију схвата задовољење правде за оштећене. Преамбула (ст. 5) наглашава потребу за свеобухватним, координисаним приступом обезбеђењу права оштећеног, како би се избегла секундарна виктимизација. Оквирна одлука чак обухвата и мере помоћи оштећеном пре и после кривичног поступка (ст. 6). Најважније одредбе Оквирне одлуке односе се на следећа права оштећеног: 1. право оштећеног да се према њему поступа поштујући његово достојанство;²⁹ 2. право оштећеног да активно учествује у поступку, укључујући право да буде саслушан и да пружи доказе;³⁰ 3. право оштећеног да добије потребне информације;³¹ 4. право оштећеног на правну помоћ;³² 5. право оштећеног да се према поступа пажљиво;³³ 6. право на заштиту у разним фазама поступка.³⁴

²⁸ Council Framework Decision of 15 March 2001 on the standing of victims in criminal proceedings [Official Journal L 82 of 22.03.2001]

²⁹ Ово је објашњено чињеницом да је кривично дело представљало неку врсту непоштовања оштећеног као особе и непоштовања његових права. Један од основних циљева кривичног поступка треба да буде то да се оштећени увери да има и да ће увек имати право на поштовање и признање својих права.

³⁰ При том је важно напоменути да термин „у поступку“ указује да учествовање оштећеног не би смело бити ограничено на неку каснију фазу поступка, као што је расправни поступак, јер у пракси, учествовање оштећеног у поступку ће имати утицаја само ако му је дозвољено да буде саслушан и да пружи доказе већ у фази истраге, с обзиром да се тада у највећој мери одлучује о току даљег поступка.

³¹ Ово је веома важно право с обзиром на чињеницу да оштећени може активно да учествује у поступку само ако располаже релевантним информацијама које се односе на ток поступка, и својим правима да буде саслушан и да допринесе поступку.

³² У границама у којима је то одређено домаћим прописима, оштећеном би требало обезбедити правну помоћ и друге облике давања савета.

³³ У чл. 3, ст. 2 се наводи да су земље чланице обавезне да предузму одговарајуће мере како би обезбедиле да њихове власти испитају оштећена лица само у оној мери у којој је то нужно потребно ради вођења кривичног поступка. То указује на обавезу спречавања понављања испитивања оштећеног и због тога је то питање од изузетне важности за саму структуру преткривичног поступка. Евидентно је да организација преткривичног поступка која се заснива на полицијским истрагама, које се затим понављају у облику судских истрага, није спојива с овом одредбом када су у питању оштећени.

³⁴ У чл. 8 је наглашено да оштећени и чланови његове породице морају бити заштићени у погледу своје безбедности и приватности. Такође, државе су дужне да

*Директива Савета ЕУ 2004/80/ЕЦ*³⁵ од 29. априла 2004. годне која се односи на накнаду штете оштећеним лицима – жртвама кривичних дела обавезује земље чланице да обезбеде систем за накнаду штете жртвама кривичних дела и то посебно тешких кривичних дела (с елементима насиља). С обзиром на чињеницу да оштећени кривичних дела често нису у могућности да добију накнаду штете од извршиоца (или зато што извршилац није идентификован, или изостане кривично гоњење, или извршилац нема средстава из којих оштећени може намирити свој имовинскоправни захтев), због тога Директива (чл. 12, ст. 2) обавезује државе чланице ЕУ да обезбеде да се њиховим националним прописима регулише постојање система за накнаду штете оштећеним лицима тешких кривичних дела која су извршена с умишљајем на својој територији, који ће гарантовати праведну и одговарајућу накнаду штете за оштећеног.

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Успех реформи процесног законодавства ће се огледати у адаптацији стварног понашања процесних учесника у новим нормативним оквирима. Ипак, резултат те адаптације може дуже времена да буде неизванстан.³⁶ У Србији се реформама кривичног процесног законодавства постепено прелази на страначки обликован поступак, с тим што се под страначким обликовањем подразумева углавном укидање традиционалне улоге истражног судије, али не и укидање истражног монопола државних органа, што би захтевало доследно спровођење страначке процесне концепције. Питање које се намеће је у којој се мери наслеђено понашање процесних субјеката, као и њихово схватање властитих процесних улога, морају променити, како би се остварио склад с прописима о доследно страначки обликованом припремном поступку. Ту треба узети у обзир да ти прописи захтевају више од укидања функције истражног судије. Ако се истрага повери јавном тужиоцу, логика страначког поступка захтева да се и одбрани допусти самостално прикупљање доказа, а не да се ограничи на стављање доказних предлога, као и друге облике учествовања у истрази.

Узимајући у обзир ЕКЈП и праксу ЕСЈП, као и комунитарно право ЕУ, може се закључити да, иако реформа припремног

обезбеде да се може избећи контакт између оштећеног и окривљеног у просторијама суда, осим ако кривични поступак захтева такав контакт.

³⁵ Council Directive 2004/80/EC of 29 April 2004 relating to compensation to crime victims, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:261:015:0015:EN:PDF>, 23.08.2010.

³⁶ Mirjan Damaška, „Sudbina anglo američkih procesnih ideja у Italiji“, *Hrvatski ljetopis за kazneno право i praksu* 13/2006, 3 16.

стадијума кривичног поступка у Србији иде ка успостављању процедуре засноване на људским правима, постојећа решења указују на либерални модел у коме права окривљеног долазе до пуног изражаја, док је оштећени и даље у другом плану. Данас кривично дело, иако погађа интересе свих чланова правне заједнице, још увек је примарно део стварности извршиоца и оштећеног који се на неки начин морају помирити с оним што су урадили, односно претрпели. Наш систем кривичног правосуђа се развио и још увек се развија у смеру институције која омогућава и, заправо, све више зависи од учествовања странака у поступку. Показатељ квалитетног кривичног поступка је мера у којој се окривљеном и оштећеном омогућава да узму реч и да изнесу своја гледишта, као и да буду признати као одговорна људска бића која имају право на поштовање. Имајући у виду све изречено, може се извести следећи закључак. Према новом ЗКП³⁷ преткривични и претходни кривични поступак омогућавају окривљеном да преузме одговорност, а да у исто време има право на одбрану у случајевима у којима пориче да је извршио кривично дело уз пуно поштовање његовог достојанства. Оштећени има право на ефикасну истрагу која даје резултат у смислу идентификације и кажњавања извршиоца, али његова активна улога у овом делу поступка и даље изостаје. У новом ЗКП није много учињено у погледу положаја оштећеног лица, осим што је уведена једна потпуна новина, а то је могућност изјављивања приговора (чл.50) против одлуке јавног тужиоца о одбацивању кривичне пријаве, обустави истраге, одустанка од оптужбе до потврђивања оптужнице. У скраћеном поступку оштећени има право приговора до одређивања главног претреса или рочишта за изрицање кривичне санкције. Рок за изјављивање приговора је осам дана од када је примио обавештење о одлуци јавног тужиоца. Приговор се изјављује непосредно вишем јавном тужиоцу, који мора у року од три дана од пријема приговора да исти одбије или усвоји решењем против кога није дозвољена жалба. И поред ове новине, може се рећи да је у погледу својих права и правних интереса, оштећени и даље маргинализован у кривичном поступку.

³⁷ Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/11.

Dr. Tatjana Lukić

Assistant Professor

University of Novi Sad Faculty of Law

INFLUENCE OF INTERNATIONAL LEGAL STANDARDS ON FORMATION OF PRELIMINARY STADIUM OF CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary

A thorough re-organization of the preliminary stage of criminal proceedings is announced as one of the most important changes in the future reform of Serbian system of criminal procedure. On this point, the essential novelty would consist of abolition of the investigating judges, and giving more investigative powers to the public prosecutors. This paper deals with international standards and requirements, directly or indirectly related to preliminary criminal proceedings. The author pays special attention to standards and requirements of the European Convention on Human Rights, the case law of the European Court of Human Rights and the *Acquis Communautaire*, particularly when it comes to legal status of the victim and the accused in the pre-trial and investigation stages. The author juxtaposes two models of criminal justice systems – the liberal model and the human rights model.

Key words: *Reform of Criminal Procedure. – Investigation. – Accused. – Victim. – International Standards.*

Др Владимир Вулетић*

IUS COMMUNE EUROPAEUM НОВИ ТЕРМИН ЗА СТАРО РЕШЕЊЕ

У овом тексту аутор настоји да укаже на допринос римског права развоју средњовековног *ius commune*, који уједно може представљати модел за остваривање идеје јединственог европског приватног права. При том аутор указује на проблеме с којима се Европска унија у протекле две деценије суочава у покушају хармонизације приватног права, углавном централистичким методама (директивама, обавезујућим међународним уговорима, пресудама Европског суда правде и Европског суда за људска права).

Најпре се анализира настанак и развој средњовековног *ius commune*, општег правног система на тлу читаве Европе. При том, аутор одбацује све покушаје ограничења овог појма, инсистирајући на томе да није реч о самодовољном, заокруженом правном систему, већ о концепту који представља размену идеја, искустава, аргумената и правних решења темељених на истом извору – римском праву. У том погледу, аутор истиче значај Јустинијанове кодификације и њеног тумачења, првенствено од стране глосатора и коментатора.

Значајна улога правне школе у Болоњи анализира се кроз призму тзв. италијанског начина мишљења (*mos docendi italicus*) оличеног првенствено у системском тумачењу оригиналних и глосираних текстова под именом „брокард“. Улога школе у Болоњи додатно је наглашена слободним кретањем и разменом професора и студената широм Европе, што је подстицало утицај римског права, чак и у земљама *common law* а, о чему су владале бројне предрасуде.

Аутор настоји да понуди нове аргументе у корист основне тезе да је римско право у великој мери утицало и на те земље, као и да је концепт средњовековног *ius commune* можда решење за модерне проблеме хармонизације европског права, популарно названог *ius commune Euroraem*.

Кључне речи: Европско комунитарно право. *Ius commune*. Римско право. Глосатори. Болоњска школа.

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, pfc@ius.bg.ac.rs.

1. УВОД

У протекле две деценије државе-чланице Европске уније, упоредо са политичким и економским проширењем,¹ започеле су процес уједначавања правног система. Тако је постојеће законодавство Уније уређено тзв. принципом споредних елемената,² који, опште узев, захтева да се Унија бави само оним правним питањима која су од значаја за читаву Заједницу, истовремено остављајући слободу земљама чланицама да самостално регулишу питања од националног интереса.³ Уговорно право треба да постане ослонац овог развоја, јер се сматра да превише разлика између разних националних правних система у Европи води неодређености и правној несигурности. Таква ситуација би могла да одврати пословне људе од закључивања уговора са страном уговорницом из неког другог правног система.⁴

¹ Добро је познато да је примарни циљ својевременог стварања Европске заједнице промоција заједничке економске активности у Европи стварањем униформног тржишта. Међутим, од самог ступања на снагу Уговора о оснивању Европске уније 1993. године (тзв. Мастрихтски уговор) брзо је постало јасно да су циљеви далекосежнији и да леже и у друштвеним, културним и правним сферама.

² Овај принцип споредних елемената, прецизније је регулисан чланом 5. Уговора о оснивању Европске уније, који инсистира да два услова морају бити испуњена пре него што се Унији пренесе надлежност регулисања извесне правне области: а) циљ предложене активности не може бити довољно примењен од стране земаља чланица и б) циљ може бити боље примењен од стране саме Уније. Чак и уколико опстане потреба за овим принципом, поставља се питање да ли постоји по себан правни основ да се интервенише у сфери приватног права, и, ако он постоји, која метода може бити ефикасна у том погледу. Капелети (*Cappelletti*) истиче да је почетна тачка у вези са овим питањем уговор о Европској заједници из 1957. године, допуњен Јединственим Европским актом из 1986. године, затим Уговор о Европској унији из 1992. године и, коначно, уговор из Амстердама из 1997. године, Mauro Capelletti, *Integration through Law: Europe experience*, Berlin 1998, 214. Тако и Valentinas Mikelenas, „Unification and harmonization of Law at the Turn of the Millenium“, *Revue de Droit Uniforme (RDU)* 2/2001, 411; Konstantinos D. Kerameus, „Procedural Implications of European Civil Law Unification“, *Kluwer Law International*, Leiden, 2004, 624. Неки аутори сматрају да је најважније питање да ли је одређени метод у складу са интересима очувања унутрашњег тржишта земаља чланица, чије је опстајање гарантовано самим уговором о оснивању Уније, и истичу да само они методи који нису у супротности са овим интересом могу бити прихваћени. О овоме више у Hans W. Micklitz, *Perspektiven eines Europäischen Privatrechts*, München 1998; Bruno Hoffmann, *European Private International Law*, Nijmegen 1998; Franz Werro, *New Perspectives on European Private Law*, Fribourg 2000.

³ Овај принцип гарантује да национално право неће бити у другом плану у односу на право Уније. Земље чланице могу да се позивају на овај минимални карактер хармонизације, и, уколико нека држава има боље правило, онда се оно чува. Стога Унија гарантује, барем донекле, постојање националне суверености земаља чланица, Heiko O. Kerkmeester, Rudi W. Holzhauser, „Europees Privaatrecht“, *Nederlands Juristenblad* 1/1998, 162.

⁴ Обично се у литератури наводи да и овај економски интерес треба да буде избалансиран с осталим интересима: праведно друштво, заштита животне среди

Будући да је Европска унија настала пре свега као економска заједница, логично је, истичу неки аутори, да су њени циљеви дуго били само економски. Стога основни предмет хармонизације права држава које улазе у институционалне аранжмане с ЕУ, у циљу стицања статуса члана, виде у области пословног права.⁵ Међутим, има примера у којима економска и правна унификација нису истовремени процеси. Реч је о примеру Сједињених Америчких Држава, у којима постоји далекосежна економска интеграција, упркос засебним државама које су овлашћене да посебно доносе законе у области приватног права.⁶ Исто важи и за Уједињено Краљевство, где истовремено и упоредо постојање енглеског и мешовитог шкотског права, не спречава економску интеграцију Енглеске и Шкотске.

Делује да мотиви за стварање заједничког европског приватно-правног простора нису више под знаком питања.⁷ Свест о потреби хармонизације права у Европи продрла је у национална законодавства држава-чланица ЕУ и то, првенствено, имајући у виду одредбе и институте приватног права.

Међу тим институтима, најважније место заузело је питање заштите права купца, шире посматрано и питање заштите права потрошача, што је оцењено као полазна основа и најпогоднији правни оквир унификације.⁸ Тиме је дато признање и уговору о продаји као кључном од којег треба почети с хармонизацијом.

не, очување националне правне културе, Н. W. Micklitz, 33. Шлезингер тврди да психолошко осећање у вези са разликама које рађа страх, може да има чак и важнију улогу од реалног постојања разлика међу правним системима, Robin V. Schlesinger, „The Past and Future of Comparative Law“, *European Review of Private Law (ERPL)* 2/1995, 677.

⁵ Мирко Васиљевић, „Пословно право Србије и Европска унија“, *Право и привреда* 1 4/2009, 23.

⁶ У САД савезно законодавство надлежно је да доноси законе у области „међудржавне трговине“ (чл. 1, пара. 8 Устава, који од 1878. године помиње овлашћење Конгреса да регулише трговину са страним земљама, између више са везних држава као и с индијанским племенама). Ова тзв. „клаузула о међудржавној привреди“ омогућила је заштиту права потрошача на савезном нивоу доношењем Закона о заштити кредита потрошача 1968. године. То је постигнуто и добровољном имплементацијом Униформног трговачког законика од стране готово свих савезних држава, Reinhard Zimmermann, *Amerikanische Rechtskultur und Europäisches Privatrecht*, Tübingen 1995, 132 133.

⁷ Много је важнија чињеница да се све више схвата да униформно европско приватно право мора бити створено у блиској будућности, на овај или онај начин, уколико се жели постићи функционисање заједничког европског тржишта, Jan Smits, „How to Take the Road Untravelled? European Private Law in the Making“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law (MJ)*, 1/1999, 336.

⁸ Готово да нема аутора који својим студијама и чланцима не наводе да је пројекат унификације европског приватног права заснован на положају права купца и заштити права потрошача, посебно наглашавајући уговор о продаји као најважнији

Прва конкретна активност Европске комисије у том правцу представља Одлука о поступку приближавања приватног права земаља чланица⁹ и Одлука о хармонизацији извесних сектора приватног права земаља чланица.¹⁰ У овим одлукама полази се од претпоставке да се унификација може извршити у деловима приватног права који су од великог значаја за развој јединственог тржишта, посебно апострофирајући уговор о продаји, на основу чије се унификације може отпочети и са стварањем заједничког Европског законика приватног права. У 2001. години, Комисија је објавила обавештење у форми закључка о европском уговорном праву у којем се расправљају могућности изједначавања уговора о продаји и заштите права купца за све земље чланице ЕУ.¹¹

Међутим, у намери да постигну циљ стварања јединственог правног оквира законодавства Европске уније, државе-чланице су се суочиле с двоструким проблемом. С једне стране, политичка интеграција Лисабонским споразумом не даје очекиване резултате,¹²

у погледу успеха пројекта на којем Европска унија ради већ готово две деценије. О овоме више у радовима: Thijmen Koopmans, *The Birth of European Private Law at The Crossroads of Legal Traditions*, Cambridge 2001; Petar Šarčević, *Unification and „Soft Law“*, Fribourg 1999; Mark Van Hoecke, *The Harmonization of European Private Law*, Oxford 2000; Reinhard Schulze, *Eine Rechtsgrundsätze und Europäischen Privatrechts*, Baden Baden 1993; Oto Remien, *Illusion und Realität eines Europäischen Privatrechts*, Rabelsz 2002; Franz Werro, *New Perspectives on European Private Law*, Fribourg 2000; Valentinas Mikelenas, „Unification and harmonization of Law at the Turn of the Millennium“, *Revue de Droit Uniforme (RDU)* 2/2001; Ricardo N. M. P. Oliveira, „Model for a Europeanization of the Contract Law“, *Electronic Journal of Comparative Law (EJCL)* 1/2006; H. W. Micklitz, *Perspektiven eines Europäischen Privatrechts*, München 1998; Ulrich Drobnig, *Private Law in the European Union*, The Hague 1996; Walter Van Gerwen, „Unification of European Private Law“, *European Review of Private Law (ERPL)* 1/1997; James Gordley, „The Development of Harmonized Law“, *European Law Journal (ELJ)* 1/1995.

⁹ OJ 1989 C 158/400; <http://www.europa.eu.int/council/off/conclu/oct99/index.htm>.

¹⁰ OJ 1994 C 205/518; *ibid*.

¹¹ http://www.europa.eu.int/comm/off/green/index_en.htm.

¹² Европска унија је данас, истини за вољу, хомогенија него што је то била пре десет или 15 година, али, не може се рећи да функционише као једна (кон)федерална држава. Напротив. Лисабонски споразум, који би учинио Унију функционалнијом, тешње повезаном, са ширим овлашћењима Европског парламента и новом институцијом председника Европског савета, уз много мука, ратификован је у државама чланицама. Примери Ирске која је морала да прође кроз два референдумска круга не би ли ратификовала овај споразум (што је једини случај у историји Уније), Пољске, која је то учинила недавно, невољно, као резултат обећања председника Доналда Туска да ће потписати Споразум уколико га Ирска прихвати, и Чешке, која га је ратификовала тек након одбијања приговора чешког председника Вацлава Клауса Уставном суду да је Лисабонски споразум у супротности са чешким Уставом, говоре у прилог тези да Европа није тако близу централистичком уређењу. Вид. више Александра Чавошки, „Будућност Европе у светлости Лисабонског угово

док, с друге стране, методи који се примењују у покушају унификације права ЕУ, наилазе на отпор у неким државама које их сматрају исувише централистичким, ригидним и догматским.¹³ Стога је не мали број расправа, предлога и решења о најпожељнијем методу за остваривање овог циља. Анализирајући их и критички сагледавајући, покушаћемо да понудимо нови поглед на решење овог актуелног проблема.

2. *IUS COMMUNE* И КОМУНИТАРНО ЕВРОПСКО ПРАВО

Право Европске уније, настало из права европских заједница, данас се назива и комунитарно право (*European Community Law, Community Law, Gemeinschaftsrecht, Kommunitarrecht, Europarecht, Droit communautaire, Droit Europeen*). Оно се стварало у оквиру три Заједнице: Европске заједнице, Европске заједнице за угаљ и челик (настале Париским уговором, који је истекао 23. јула 2002. године) и Европске заједнице за атомску енергију. Након што је уговором из Мастрихта 1992. године, основана Европска унија, ово се право назива и правом Европске уније, иако треба у том дефинисању бити опрезан, јер комунитарно право од почетка стварају, и то и данас чине, органи Европских заједница. Уговор из Мастрихта је, поред уговора из Амстердама, Нице и Лисабона, уједно један од оснивачких уговора (*Community treaties*) Уније, који представљају важне изворе комунитарног права. Међутим, попут препорука тзв. Ландове комисије, које, иако се називају принципима, немају снагу закона, и оснивачки уговори представљају тзв. меко право (*soft law*). Норме оснивачких уговора нису опште обавезујуће у контексту унутрашњих националних законодавстава, будући да нису снабдевене санкцијама

ра“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008, 225 241; Зоран Радојевић, „Нова институционална реформа Европске уније“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2009, 191 216.

¹³ Покушаји унификације путем тзв. Директива Европске уније, међународних обавезујућих повеља, те делатношћу Европског суда правде и Европског суда за људска права, имали су много мање успеха него што се то очекивало. Штавише, сваки од ових метода показао је извесне слабости у практичној примени, посебно имајући у виду проширење Уније у првој декади 21. века. Тако тржишта, бруто национални доходак, правни систем и државно уређење неких новопримљених чланица у знатној мери одуарају од оних држава оснивача, што се није променило ни неопходним реформама кроз које су нове чланице морале да прођу. Више о досадашњим методама и неуспеху унификације европског правног система у Peter Christian Müller Graf, „EC Directives as a Means of Private Law Unification“, *Kluwer Law International*, Leiden 2004; M. Hoecke, *The Harmonization of European Private Law*, Oxford 2000; John Kozyris, „Values and Methods in Choice of Law for Product Liability“, *Cambridge Law Journal* 38/2000; Wilhelm Braunerder, „Europäisches Privatrecht; aber was ist es?“, *Zeitschrift für neuere Privatrecht* 2/1993; K. D. Kerameus, „Procedural Implications of European Civil Law Unification“, *Kluwer Law International*, Leiden 2004.

у случају непоштовања.¹⁴ Међутим, попут Ландових принципа и оне имају изузетно велику „психолошку“ снагу међу државама чланицама. На неки начин, оне представљају наднационално право, али само у основним оквирима.¹⁵

Данас субјекте комунитарног права чине физичка и правна лица, државе чланице и органи Уније. Физичким лицима припадају држављани држава чланица, а правним, лица која имају припадност некој од држава чланица или имају статус европских друштава.¹⁶ У суштини, комунитарно право последица је процеса хармонизације и уједначавања неких правних института на наднационалном нивоу. Основна надлежност комунитарног права је регулисање узајамних права и обавеза између Заједнице и њених субјеката, међусобних односа држава чланица, односа између држава чланица и приватних лица и међусобних односа приватних лица.¹⁷

У вези с правном природом комунитарног права постоји неколико теорија,¹⁸ а у погледу одређивања правне природе, можда би се најпре могао прихватити став Берија (*Berry*) да је комунитарно право истовремено и међународно и унутрашње, јавно и приватно, материјално и процесно, засновано на основама и континенталноевропског и англосаксонског правног система.¹⁹

Коначно, питање терминологије које, на први поглед, може деловати као ирелевантно, чини се ипак важно. Наиме, постоје одређене дилеме и у вези с коришћењем термина комунитарно право. Да ли је реч о синониму за европско право? Неки аутори стоје на становишту да су европско и комунитарно право идентични термини.²⁰ Има писа-

¹⁴ J. Smits, (1999), 348.

¹⁵ Конкретнија решења нуде она докумената и инструмената која су део тзв. секундарних извора европског комунитарног права, у првом реду директива, међународних обавезујућих споразума и предуда Европског суда правде и Европског суда за људска права, J. Smits (ed.), *The Contribution of Mixed Legal Systems to European Private Law*, Antwerpen Groningen 2001, 8.

¹⁶ На пример, посебне европске економске интересне групације и европска акционарска друштва (*societas europaea*), Радован Вукадиновић, *Право Европске уније*, Крагујевац 2006, 68.

¹⁷ „У територијаном смислу, домашај примене ових прописа је омеђен границама Европске заједнице, односно њених држава чланица. Само у посебним ситуацијама, поједини комунитарни прописи могу се применити и изван заједнице, односно Европске уније. У питању је тзв. екстратериторијална примена најчешће комунитарних прописа о праву конкуренције, а осталих прописа у случајевима њихове примене на активности које су довољно повезане са Заједницом.“, *ibid.*

¹⁸ Најпознатије су интернационалистичка, наднационалистичка и мешовита теорија, *ibid.*

¹⁹ Elspeth Berry, *European Union Law*, Oxford 2007, 72.

²⁰ Тако М. Cappelletti, *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Leiden 1998, 49; Ian Ward, *Critical Introduction to European Law*, London 1996, 11; Walter

ца који сматрају да је европско право збирни појам који подразумева збир националних прописа правних система држава чланица.²¹

Посебно место у новије време заузимају аутори који одричу синонимност појмовима европско и комунитарно право. Они се залажу за идеју да је комунитарно право збир заједничких карактеристика које постоје у националним правима европских држава.²² При том се одлучују да те заједничке карактеристике назову заједничким темељем, заједничким језгром европског приватног права (*common core, common ground of European private law*).²³

Међутим, поставља се питање шта чини темељ данашњег комунитарног права Европске уније, који је то „најмањи заједнички садржалац“, шта представља тзв. заједничко језгро европског приватног права.²⁴ Не мали број аутора, посебно у новије време, инсистира на видљивој вези модерног појма комунитарно право и средњовековног *ius commune*, истовремено суочавајући се с одређеним тешкоћама при дефинисању овог потоњег појма.

Дакле, шта је *ius commune* и како га дефинисати? У чему се огледа, ако је има, веза са данашњим комунитарним правом? У вези с појмом *ius commune* у савременом романистичкој литератури постоје бројна размимоилажења.

Неки уз овај термин обавезно стављају придев „старо римско-канонско *ius commune*“,²⁵ као да желе да буду што прецизнији у дефинисању. Према мишљењу Цимермана, *ius commune* представља посебну мешавину права, заједничко право које је функционисало широм Европе, а настало је тако што је у радовима јуриспрудената

Van Gerven, „The Common Law of Europe“, *European Review of Private Law (ERPL)* 2/1996, 25.

²¹ У начелу се тако комунитарно право тумачи као збир појединачних права које обједињује само географско подручје настанка и примене, Hein Kötz, *European Contract Law*, Oxford 1997; 91, V. Zeno Zencovich, „The Constitutional Basis of a European Private Law“, *Kluwer Law International*, Leiden, 2004, 106.

²² Тако Цимерман, Смитс и Шлезингер изричито у својим делима наводе да комунитарно право за своју основу има оне заједничке карактеристике права националних држава које се могу уклопити у јединствен заједнички приватно правни простор, R. Zimmermann *Roman Law, Contemporary Law, European Law; The Civilian Tradition Today*, Oxford 2001, 128; J. Smits *The Making of European Private Law: To ward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Antwerp Oxford, 2008, 5; R. B. Schlesinger, *The Common Core of Legal Systems; An Emerging Subject of Comparative Study*, Leiden 1991, 17.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Тако, нпр. R. Zimmermann, R. *Das römisch kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, Tübingen 1992, 17 22; R. C. Caenegem, *An Historical Introduction to Private Law*, Cambridge, 1992, 87; Ewan McKendrick, *Contract Law*, Oxford 2005, 181.

гласаторске и посебно школе коментатора у XIV веку, дошло до мешања Јустинијановог права с лангобардским феудалним правом и с елементима канонског права.²⁶ Да је реч о специфичној „мешавини права“ које је настало мешањем Јустинијановог права с лангобардским феудалним и канонским правом у радовима коментатора, сматра и Хамза.²⁷

Премда се коначан настанак овог права везује за рад коментатора, има ставова да је оно настало већ радом гласаторске школе, у другој половини XII и почетком XIII века.²⁸ У Немачкој се под овим појмом подразумева *gemeines Recht* које је 1495. године службено реципирано.²⁹ Супротно овом термину јавља се *ius proprium* или *ius municipale* појединих територија или градова, које коментатори називају *ius singulare*.³⁰ Нису ретка дефинисања која полазе од тога да основу *ius commune* чини реципирано римско-канонско право, посебно имајући у виду рад школе у Павији, а затим гласатора и коментатора.³¹

²⁶ R. Zimmermann, (1992), 19. Супротно њему Ри истиче да *ius commune* није садржало лангобардско феудално и градско статутарно право, јер сматра да је *ius commune* на почетку означавало јединствено римско право, насупротив локалним правима градских статута. Касније, поготову у време коментатора, поред римског права укључују се и норме локалног карактера, чиме настаје појам регионалног или територијалног заједничког права, Robert Rhee, „Civil Procedure: A European Ius Commune“, *ERPL* 1/2000, 669. У немачкој литератури се претежно користи термин римско канонско право, а Коинг наводи да овај појам има толико различитих значења, да се оно може спознати само само истраживањем времена и места коришћења овог термина, Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, München 1989, 52. Сич наводи да је у Шпанији било спорно да ли *ius commune* означава римско или канонско право, док у Француској у XVII и VIII веку *droit commun de la France* настаје стапањем обичаја, новијег законодавства и римског законодавства примењиваног у јужног делу Француске, М. Сић, „Трајне вредности римског права“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 43/3 4, 2006, 384.

²⁷ Gabor Hamza, *Le développement du droit privé européen, Le role de la tradition romaniste dans la formation du droit privé moderne*, Budapest 2005, 31.

²⁸ Рад школе гласатора пресудно је утицао на настанак општег права, сматра Кнител, иако и сам признаје да је његов потпуни развој учвршћен радом постгласатора, склоних иначе уопштавању и дефинисању, Rolf Knütel, „Ius commune und Romisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union“, *Juristische Schulung* 2/1996, 318.

²⁹ R. Zimmermann, (1992), 23.

³⁰ М. Сић, 384.

³¹ Прву овакву дефиницију дао је још Кошхакер (Koschaker) у свом капиталном делу „Европа и римско право“, објављеном непосредно након Другог светског рата, наводећи при том несумњиви утицај римског права у развоју средњовековног *ius commune*, чиме су створени услови за јединствени *common ground* европског приватног права у целини, Philip Koschaker, *Europa und das römische recht*, Berlin 1947, 113. Овај став је инспирисао бројне савремене ауторе, у првом реду R. Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman Foundations on Civilian Traditions*, Ox

Међутим, сви ови покушаји дефинисања су, баш како Јаволен упозорава имајући у виду могућност оспоравања, опасни.³² Наиме, тешко се може прихватити било каква строга и прецизна дефиниција појма *ius commune*. Чини се да би можда најбоље било прихватити овај појам у оном рудиментарном облику у којем је он постојао у средњем веку. Ово отуда јер је, сматрамо, *ius commune* ништа друго до општи, заједнички начин мишљења правника широм средњовековне Европе, темељен на јасном утицају римског права. Такво *ius commune* наставило је свој живот и у раноновековној Европи као заједничко право, када га велике грађанске кодификације замењују посебним националним правима. Отуда, у покушају да се пронађе *common core* развоја европског приватног права, ваља се осврнути на *ius commune* средњег века.

Идеалистички делује посматрање средњовековног *ius commune* као потпуно заокруженог правног система, јасно дефинисане структуре и опште прихваћености. Пре би се могло рећи да оно представља заједнички дух права, јединствену правну културу која је полазила од античких римских и грчких принципа, који су и били *common core* тадашњег времена. У суштини, све до времена *usus modernus pandectarum* у XVII и XVIII веку, читава образована Европа је чинила јединствену културну заједницу. Право је било неодвојиви део те европске културе. Правници који су се образовали у једној држави могли су имати важне функције у другим државама.³³

Поред тога, научна литература постала је опште прихваћена у већини европских држава: Гроцијусово дело *De iure belli ac pacis* до краја XVII века имало је преко 40 издања у Немачкој, Холандији, Италији и Швајцарској, преведено је на француски, енглески, немачки и италијански језик. На универзитетима у Халеу, Павији, Болоњи, Кракову и Оксфорду, као уџбеник је коришћен Хајнекијев *Elementa iuris civilis*. У свом *Commentarius ad pandectas* Јохан Воет цитирао је ауторе из Шпаније, Италије, Француске и Немачке, од XIV века све до његовог времена. Немачки студенти су долазили на *peregrinatio*

ford 1995; K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to comparative law*, Oxford 1984; Franz Wieacker, *A History of Private Law in Europe*, Oxford 1995; J. Smits, „A European Private Law as a Mixed Legal System“, *Maasrecht Journal of European and Comparative Law* 1/2006.

³² D. 50.17.202 (*Iavolenus libro decimo epistularum*) *Omnis definitio in iure civili periculosa est, rarum est enim ut subverti non possit.*

³³ Велики француски научник Донел (*Donellus*), на пример, био је професор на Хајделбергу, Лајдену и Алтдорфу, Италијан Алберико Ђентили (*Alberico Gentili*) предавао је на Оксфорду, Немац Пуфендорф у Лунду, Шпанац Перез на Лувену, R. Zimmermann, „Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe“, *Kluwer Law International*, Leiden 2004, 27.

academica у Италију и Француску, исто као што су шкотски студенти долазили у Лајден или Утрехт.³⁴

Не би се стога могло говорити о правом заједничком правном систему у Европи, већ је реч, чини се, о заједничком правном мишљењу, својеврсном *communis opinio doctorum*, које својим ауторитетом развија опште право у европским земљама. Тај специфичан заједнички правни дух, прожимајући развијене државе Европе, чини да професори слободно предају на катедрама разних земаља, да студенти слободно студирају широм Европе, да мешање традиција, правних система и вредности, створи један заједнички оквир у којем се допуњују заједничке особине права националних држава.³⁵

У том контексту чини се незаобилазним утицај римског права на развој *ius commune* које га је обликовало и удахнуло му нови живот.

3. ДОПРИНОС РИМСКОГ ПРАВА

За настанак и развој тзв. општег права средњовековне Европе, за које смо већ констатовали да није заокружен и самодовољан правни систем, већ много више систем размене искустава, идеја, обичаја и правних правила широм европског континента, најзаслужнији је свакако Јустинијанов зборник *Corpus Iuris Civilis*. Обимнији од Библије, представљао је највећи домет овог посткласичног владара који је с поносом истицао да представља једну двадесетину свих правних докумената с којима су састављачи дошли у додир.³⁶ У суштини поверен Трибонијану, главном Јустинијановом правнику, носиоцу титуле *magister sacri palatii*, овај посао био је завршен у рекордно кратком временском периоду (иако је рок био десет година, све је завршено за свега три године). Најважнији део ове петоделне кодификације

³⁴ *Ibid.* Коментаришући Цимермана, Сич истиче: „По нашем мишљењу *ius commune* је само једна карика у ланцу (која до сад није била у довољној мери истраживана) која спаја античку правну мисао о заједничким основама праведног правног поретка са савременом тежњом да се обелиск правде не сруши у савременом процесу европеизације и глобализације. Како ће се стуб правде да одржи без корена?“, М. Сић, 385.

³⁵ У Европи тог времена, употребивши израз Цимермана, користи се иста „правна граматика“, па, крећући се истим културним плимима у целој Европи и уси дривши се у заједничкој образовној и интелектуалној традицији, европски правни научници су, упркос многим разликама у детаљима, остали јединствен интелектуални свет са великим ауторитетом за стварање и развој *ius commune*, R. Zimmermann, (2001), 28.

³⁶ Јустинијан је у похвалама истицао цифру од проучених преко 2000 књига, Peter. Stein „Medieval Rediscovery of the Roman Civil Law“, *The Civilian Tradition and Scots Law* (eds. D.L.C. Miller, R. Zimmermann), Duncker&Humbolt, Berlin 1997, 73.

чини́ла су Дигеста, у којима је садржана срж тзв. правничког права (*ius*) а коришћена су у првом реду дела правника, тзв. Сената мртвих (Гај, Папинијан, Павле, Улпијан и Модестин).

Међутим, основно питање је на који је начин Јустинијанова кодификација допрла до територија широм Европе и толико утицала на развој правне мисли, па „и средњовековно и модерно европско право плове под Јустинијановом заставом“;³⁷ имајући у виду пад Западног римског царства, који се догодио неколико деценија пре ступања на снагу Дигеста 529. године? Није лак одговор.

Јустинијанова кодификација је, након више од 500 година од објављивања, иако амибициозно замишљена као основни извор свег права, ретко где проучавана. Stein наводи да је у великом делу Источног Римског царства она једноставно била неразумљива, будући да је скоро потпуно написана на латинском језику, док се у овом делу царства углавном користио грчки језик.³⁸ Веома мало рукописа доспело је до Западне Европе, а они који јесу, нису били разумљиви тамошњим правницима због сложености садржаја.³⁹ Међутим, у раном средњем веку, као последица повезаности Византије и јужне Италије, неки од рукописа Институција и Јустинијановог Кодекса⁴⁰ постале су познате у Италији. Међутим, у осталом већем делу онога што је некад било познато као Западно Римско царство, познавање римског права није било темељено ни на класичном праву нити на Јустинијановом, већ у знатној мери на тзв. вулгарном праву из IV и V века.⁴¹

³⁷ Fritz Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1969, 4.

³⁸ Није много помагала ни чињеница да су око 900. године објављене Василике, као нека врста грчке верзије читавог дела, P. Stein, 74.

³⁹ Ово се, пре свега, односи на Дигеста које су због великог обима и систематизације биле веома тешке за практичну употребу. И сами састављачи су увиђали велику мудрост коју Дигеста носе и били свесни да је тешко могуће да је савладају они који су у предворју правне науке. Reiner Schulze, Reinhard Zimmermann, *Basistexte zum Europäischen Privatrechts*, Baden Baden 2000, 36.

⁴⁰ Последње три су се односиле на административно право и биле одвојене од остатка.

⁴¹ Варварске земље, сукцесори на тлу палог Западног римског царства, коришћале су своје право и нису покушавале да га наметну покороном становништву. Уместо тога визиготски и бургундски краљеви с почетка VI века, тј. пре Јустинијана, наредили су да се за њих израде збирке постојећег римског права, тако да су управо ови зборници били главни извор знања о римском праву у следећим вековима, Herbert F. Jolowitz, Barry Nicholas, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge 1972, 478. Има и ставова да се визиготско право јасно може уочити у тзв. каролиншким рукописима из 9. века, као да се на западу није уопште ни знало за постојање Јустинијановог зборника, Theodore John Rivers, *Laws of the Salian and Ripuarian Franks*, New York 1966, 195. Слично је мишљења и Кнител (*Knüttel*) наводећи да у свом делу енциклопедијског карактера *Etymologiae*, написаног

Приметније интересовање за римско право се дугује изгледа свештенству. Оно је користило грађу из класичног права, како би успели да повежу дијаметрално супротстављене документе с црквених сабора, списе светих отаца и папска законодавна документа, у ембрион новог римско-канонског права. Речима рипуарских Франака „црква живи у складу са римским правом“.⁴² Значајну улогу су одиграли и јавни бележници (*tabelliones*) сачињавајући правне документе на основу решених случајева у римским процесним формулама, скоро потпуно преписујући римска решења која они нису увек ни разумевали. Осим тога, неки римски текстови су, као познати примери, цитирани на курсевима реторике у манастирским и црквеним школама.⁴³

3.1. Улога Болоње

На западу Европе, међутим, римско право још увек није довољно познато. Сјај и успон Византије нема толики одблесак у западноевропским земљама све до XI века које, истини за вољу, још увек нису на том степену развоја. Постоје, ипак, неки подаци о постојању школе римског права у Равени која је била раније седиште византијског егзарха, као и још познатије школе у Павији, бившој престоници лангобардске краљевине у Италији. У школи у Павији тумачи лангобардског права били су подељени у две групе у погледу сопственог односа према римском праву. Струја позната под именом *Antiqui* усредсредили су своја проучавања искључиво на лангобардско право, састављено од збирки едиката и капитулара познатих као *Liber Papiensis*. Истовремено су помно бележили све битне разлике између лангобардског и римског права. Струја која је себе називала *Moderni* била је спремна да знатно више прихвати римско право и то као опште у разумевању и тумачењу лангобардског права.⁴⁴

двадесетих година VII века, св. Исидор Севиљски помиње Јустинијана у погледу његових религијских активности, али прећуткује његово постојање као великог законодавца, R. Knütel, „Ius commune und Romisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union“ *Juristische Schulung* 1/1996, 242.

⁴² T. J. Rivers, 196.

⁴³ Тако су познати правни случајеви у којима се истицао велики римски бeседник Цицерон готово без изузетка били инспирација младим беседницима који су реторику учили у црквама и манастирима, по први пут организујући неку врсту симулације римског суђења, John F. Winkler, *Roman Law in Anglo Saxon England*, Oxford 1992, 101.

⁴⁴ Рад ове потоње струје свој врхунац је доживео током 1070. године у Експозицији *Liber Papiensis* а, који је имао задатак да усклади лангобардско и римско право. Експозиција се односила на изворе римског права који су већ били познати неко време (у првом реду Јустијанове Институције и Кодекс поновног читања, као и Јулијанове Епитоме), али је садржала и девет фрагмената из Дигеста. Вид. опширније у Francesco Calasso, *Medio Evo del Diritto I*, Milano 1954, 281 и даље, R.

Може се са извесном дозом поузданости тврдити да је правна пракса у Павији била на високом нивоу. Циљ школе био је да одржи овај ниво али и да лангобардске студије осете дух и суштину науке о праву. Како је лангобардско право било написано на латинском, у случају недоумице око неког техничког правног термина, природно је било консултовати центар у којем су се водиле меродавне правне расправе на латинском. Тако је римско право служило и као тумач правних контроверзи, чиме је његова улога, кроз ову школу, почела да расте и постаје значајнија. Ипак, не треба претеривати у оцени домета школе у Павији у погледу доприноса римског права развоју *ius commune*. Школа у Павији образовала је, пре свега, правнике практичаре, који су намеравали да раде у лангобардским судовима. У том погледу, допринос теоријском проучавању значаја римског права и његовог домета био је релативно скроман. Упркос неким оценама,⁴⁵ можда је преамбициозно у овој школи, пре него ли у Болоњи, тражити *common core* општег срењовековног права.

Прави процват у проучавању римског права доноси поновно откривање Јустинијанових Дигеста у Болоњи, што представља прилично изненадан подстицај развоју приватног права током XII века. Чињеница је да је овај најважнији и највреднији део Јустинијановог зборника могао у већој мери удахнути нови живот римском праву.⁴⁶ Рукопис који је Болоња користила у XII веку, у ствари потиче из VI века, тада чуван у Пизи, а 1406. године пренет у Фиренцу, где представља драгуљ у збирци Лаврентинске библиотеке.⁴⁷ Мада има назнака да су Дигеста делом била позната већ школи у Павији, будући да је у Експозицији професори из Павије помињу око 1070. године, као и једном италијанском зборнику канонског права из 1080. годи-

Knütel, 248; Christian Radding, *The Origins of Medieval Jurisprudence, Pavia and Bologna*, New Haven 1988, 178 и даље.

⁴⁵ У новије време неки аутори школу у Павији претпостављају школи у Болоњи, у првом реду Риверс, Винклер и Радинг.

⁴⁶ Значај Дигеста занимљиво, критички сагледавајући *Corpus Iuris Civilis*, осликава Радинг у свом писму универзитетском професору Хејстингсу Рашдалу: „Дигеста су била једина књига из које су средњовековни студенти могли да добију квалитетно знање из римског права. Институције су биле тек обичан уџбеник. Ко декс се сатоји од појединачних, недовољно повезаних одредаба. Новеле, пак, нису неповезане, али су састављене преопширно, исувише апстрактно, и, колико помажу толико и одмажу читаоцу. Без Дигеста римско право никада не би могло да освоји свет, само је у њима могао да се нађе прави дух римског права. Људи никада не би у некој другој књизи пронашли толико ентузијазма за проучавање, јер тек у Дигестима се спознаје шта је то квалитетна правна расправа, прецизна и тачна дефиниција.“, С. Radding, 180.

⁴⁷ У вези с природом овог рукописа постоје опречна мишљења. Радинг тврди да је реч о верзији названој *Vulgata* односно *Litera bononiensis*, и потиче из фирентинског, не непосредно, него путем изгубљеног архетипа, С. Radding, 182, док Stein сматра да је у питању верзија *Secundus* која је преписана крајем XI века, Р. Stein, 78.

не у којем се 93 фрагментна помињу у одељку *Collectio Britannica*,⁴⁸ чини се да је тек школа у Болоњи дубље и аналитичније сагледала сву вредност Дигеста. Ово тим пре јер је римско право делатношћу ове школе полако почело да добија ауторитет за судове и практичну примену, започету већ радом школе у Павији. Практична вредност римског права иницирала је долазак бројних младих људи из Западне Европе у Болоњу и друге италијанске градове (у првом реду у Падову и Сијену) како би учили римско право. Вероватно је да су то чинили баш имајући у виду могућност употребе стеченог знања у судској пракси, а не само теоријско опште образовање.

Међутим, нису сви рукописи Дигеста постали доступни у исто време. Тако *Litera Bononiensis* показује да су Дигеста у ствари парцијално и сукцесивно откривана. Прво је откривен део рукописа под именом *Digestum Vetus*, па *Infortiatum* и на крају *Novum*.⁴⁹ Највеће заслуге за то припадају помало заборављеном и сенком тајне осенченом болоњском професору под именом Пепо.⁵⁰ Познат по свом цитирању текстова из Дигеста негде око 1076. године, акценат је у својим предавањима ипак стављао више на Кодекс и Институције. Његов рад је, међутим, послужио као смерница много познатијем професору болоњске школе Ирнерију, којем се приписује први систематични рад на Дигестама и родоначелство школе глосатора. Познато је да су глосатори развили схоластички метод и велико поштовање према римском праву уопште, јер правници су, како стоји у уводу Дигеста, свештеници права.⁵¹

⁴⁸ B. Paradisi, „Il giudizio di Martiri: alle origini del pensiero giuridico bolognese“, *Rediconti dell' Accademia dei Lincei (Scienze Morali)*, Bologna 1994, 335. Станојевић наводи први случај цитирања Јустинијанове кодификације, додуше без навођења извора, из 1060. године, док је 1076. године у спору житеља Сигиција поред Фиренце са оближњим манастиром, забележен случај позивања на Дигеста, Обрад Станојевић, *Римско право*, Београд 2003, 126.

⁴⁹ Иако порекло редоследа ове поделе није сасвим јасно, Парадизи је уверен да је *Vetus* био пронађен и познат пре друга два дела, B. Paradisi, 336. И са осталим деловима Јустинијанове кодификације догодило се слично: средином XII века откривене су последње три књиге Кодекса (*Tres Libri*), а такође и много боља латинска верзија Новела (од којих је већина била на грчком), него што су *Epitome Iuliani*. Она је била позната као *Authenticum* и распоређена у девет *Collationes* по узору на Кодекс. Цео *Corpus Iuris Civilis* се тада састојао од три тома Дигеста, девет књига традиционалног Кодекса и дела под именом *Volumen Parvum*, сажетог зборника који је садржао Институције, *Tres Libri* и *Authenticum*, те разне друге делове за које се очекивало да ће бити усвојени као царски закони. Ово је укључивало и царске конституције из XII века, као и збирку регула о феудалном праву *Libri Feudorum* која је постала позната као десети *Collatio*, Stephan Kuttner, *The Revival of Jurisprudence*, Oxford 1982, 453; P. Stein *Introduction to the Teaching of Roman Law in England around 1200*, Selden Society, Cambridge 1990, 211.

⁵⁰ Њега помињу, наводећи му и судијско саветничку функцију *causidicus* а, P. Stein, (1990), 213; C. Radding, 181 и F. Calasso, 296.

⁵¹ Катнер чак наводи да су Дигеста поистоветили са Светим писмом, S. Kuttner, „Sur les origines du terme ‘droit positif’“, *Revue historique du droit français et étran*

Рад болоњске и школе глосатора у великој мери заслужни су за развој приватног права темељеног на римском. Пре њих кружили су разни незванични зборници, нудећи разнолика решења, као што су одлуке црквених савета, мишљења светих отаца, папски декрети, фрагменти из Библије, па се није знало шта је нечије мишљење, а шта право. Ред у област канонског права уведен је тек проглашењем Грацијановог декрета око 1140. године. Међутим, познавање приватног права постало је немогуће без познавања римског права. Код год је желео озбиљно да се бави приватним правом, сматрало се да би био бољи и успешнији ако познаје Дигеста.⁵²

У раном XII веку партикуларизам локалних обичаја учинио је да Дигеста постану права ризница блага у којој би свако могао да захвати вредност оличену у конкретним решењима и правним правилима. Међутим, та ризница није лако одавала своје тајне. Текстови су, опште узев, задавали проблеме читаоцима, имајући у виду сложеност материје и минуциозност у решењима. Ирнерије и његови наследници упустили су се у тежак и захтеван посао коментарисања спорних делова у фрагментима, пишући глосе поред текстова (*marginalis*) и између редова (*interlinearis*), у намери да олакшају богату, али и сложену материју. Тиме су они настојали да убеди како у Дигестама не постоје противречности које се не могу савладати тражењем разлога за отклањање разлика.⁵³ На овај начин начинили су прецизан „технички речник“,⁵⁴ који се тек називао у вулгарном праву средњег века, као и универзални правни језик, којим су се и најразличитији спорови могли водити на идентичан начин. Широм Европе бискупи и краљеви су желели да искористе ову нову вештину запошљавајући оне који су је изучили, док су млади амбициозни људи видели шансу за заузимање високог положаја и стицања угледа и богатства. Стога је Болоња постала правни центар од највишег значаја, јер су се тамо изучавали оригинални текстови и коментари.⁵⁵ Због свог одлич-

ger 15/1936, 728. Када се Акурзије запитало да ли правник онда треба да проучава теологију, одговор је био одричан јер се све налази у *Corpus Iuris Civilis* у (*omnia in corpore iuris inveniuntur; gl. notitia D. 1.1.1.1*), *ibid.*

⁵² Нови проблеми и правни спорови настали услед развоја градова и при вреде, потреба секуларних владара и црквених великодостојника, захтевали су до датно ангажовање правника. Разна обичајна и партикуларна феудална правила нису имала адекватне одговоре. Можда то није имало у потпуности ни римско право, али је поседовало мудре савете и аргументе који су могли да доведу до решења, Ennio Cortese, *Il rinascimento giuridico medievale*, Roma 1992, 96.

⁵³ *Constitutio Tanta, 15: Subtili animo diversitatis rationes excuilet.*

⁵⁴ Ирнерије и тзв. четири доктора Мартин, Јакоб, Булгар и Хуго, не само што су коментарисали текстове, већ су и упућивали и на друге фрагменте који се баве истим или сличним питањем, чиме су створили мрежу језичких и правних појмова који се међусобно прожимају, P. Stein, (1997), 80.

⁵⁵ Студенти су у Болоњи изучавали римско приватно право упоредо са канонским, а многи од њих су већ имали савладане основе римског приватног права пре преласка на студије канонског, *ibid.*

ног географског положаја, на раскрсници важних путева у северној Италији, у Болоњу је било релативно лако доћи. Отуда не чуди на хиљаде људи који су се у њу слили (крајем XIII века имала је преко 1000 студената из свих крајева Европе) као и ласкава титула која ју је красила: *Bononia mater legum*.

Школа правних наука у Болоњи испрва је била приватна секуларна институција. Израстање школе у универзитет није се догодило на основу неког декрета или планског акта владара или цркве. Оно се догодило, половином XII века, потребом студената да се организују како би себи прибавили што квалитетнију наставу и стекну признате квалификације које би им олакшале запослење широм Европе. То је од самог почетка универзитету дало печат преко потребне аутономности.⁵⁶ Мада се у Болоњи изучавала и теологија и медицина (центар за теологију био је ипак Париз, а за медицину Салерно и Монпеље), римско приватно и канонско право су били доминатни. Онај ко би завршио студије оба права добијао би титулу *doctor iuris utriusque*.⁵⁷ При том је римско приватно право имало посебно и најзначајније место. Прво, предмет је био такав да се могао изучавати било где, па му је његова универзална вредност дала превагу над правом локалних комуна. Штавише, локално право се није изучавало ни у једној земљи све до XVII века.⁵⁸ Друго, како је право постало предмет организоване наставе, тако је и римско приватно право подигнуто на виши научни ниво. За наследнике Ирнерија, у првом реду Булгара, постоје подаци да је држао предавања великим групама студената.⁵⁹ Преписи бележака с предавања су били доступ-

⁵⁶ За разлику од Париза и Оксфорда, Болоња је била модел универзитета којим су управљали студенти који су себи бирали најбоље професоре. И ректор је биран од стране студената, па су студентски представници постали уважавана снага у разговорима са званичницима комуне. Неки аутори иду и корак даље па тврде да су се њима „додворавали и цар и папа,“ вероватно желећи да метафорично укажу на снагу студентске популације, A. García, *The Faculties of Law*, Cambridge 2002, 177; Hilde De Ridder Symoens, *A History of the University in Europe*, Cambridge 1992, 326. Има података да је Фридрих I Барбароса око 1150. године потврдио независност универзитета у односу на комуно, омогућивши студентима и професорима имунитет на путу од куће до школе, изузеће од судске надлежности редовних судова, забрану да се студенти узимају као таоци за дугове својих суграђана, као и забрану да полицијски органи улазе на тле универзитета, док је почетком XIII века папа Хонорије III инсистирао да предавачи морају добити лиценцу за рад, коју би обнављали на годишњем нивоу. Зависно од резултата које покажу, наставници би добијали продужења лиценци све док не стекну такве резултате који би им омогућили трајни останак, Manlio Bellomo, *Saggio sull' Università nell' eta del diritto comune*, Catania 1979, 49; O. Станојевић, 127-128.

⁵⁷ O. Станојевић, 127.

⁵⁸ Чак и када се радило о енглеском *common law*, на Оксфорду и Кембриџу се изучавало грађанско и канонско право (пре реформације) све до XVIII века, M. Bellomo, 50.

⁵⁹ Беломо пише о једном шаливом догађају са тих предавања. Булгар, удовац, оженио је младу жену за коју је веровао да је девица. Следећег дана, када је до

ни за куповину, као нека врста скрипте.⁶⁰ Треће, предавања су конципирана тако да се симулирао неки конкретни правни спор, што је подстицало студенте да полемишу о различитим решењима, неретко организујући дебате под надзором својих професора.

3.2. *Mos docendi italicus*

Настава у Болоњи је уважавана због освежавајуће јасноће мисли, строгог режима рада, тачног позивања на изворе, обраћања пажње и на најмање детаље, језичког и догматског тумачења, уклањања сваког садржаја и мишљења које нема везе са правном науком.⁶¹ Како је договором студената и професора време за стицање дипломе ограничено на пет година, морао се увести ред у непрегледно море правних текстова који су се изучавали. Један од главних проблема са којим су се суочили је чињеница да је материја приватног права другачијим редоследом излагана у Дигестама односно у Кодексу и Институцијама. Стога се прво приступало настави Институција,⁶² а тек потом би се студенти упознавали са Дигестама и Кодексом. Глосатори су у великој мери давали значај регулама као општим правним начелима применљивим у свим ситуацијама. На руку им је ишла последња 50. књига Дигеста, 17. титулус који се бавио само општим регулама (*de diversis regulis iuris antiqui*), а било их је преко две стотине. Регула је замишљена као опште правило на основу одређеног броја примера који се понављају. Булгар је чак написао и коментар у којем објашњава како та правила функционишу.⁶³ Четири доктора су

шао на предавање, први текст за анализу био је *C. 3.1.14.* који је почињао са *rem nec novam nec inusitatum aggremitur*. Игра речи да је „наишао на нешто што није нити ново нити некористишено“, изазвала је салве смеха међу студентима, *ibid.*

⁶⁰ Посебни продавци тих преписа бележака, названи *stationarii exempla tenentes*, продавали су их или изнајмљивали студентима, а студенти су, када дође време да напусте универзитет, имали основни материјал који би могли понети са собом. Ако и сами не би постали професори, имали су могућност да шире знање о приватном праву дуж Европе доносећи већ глосиране текстове у своје домовине, M. Bellomo, 113.

⁶¹ Walter Ullman, *Law and Politics in the Middle Ages*, London 1975, 99.

⁶² Институције су пратиле Гајеву трипартицију, а глосатори су ове категорије (*personas res actiones*) допуњавали са *distinctiones*. Ово су биле допуне у оквиру којих су различите чињенице бивале подељене на групе и подгрупе, често дијаграмским табелама како би било олакшано памћење. Основни циљ био је да се повеже оно што је испрва деловало као потпуно различито како би се извело неко опште правило, P. Stein, *Regulae iuris: from Iuristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh 1966, 114.

⁶³ Тако текст из Дигеста (*D. 50.17.1*) наводи да, уколико правно правило изгуби у било ком свом делу правну важност, губи и свој *officium*. У свом коментару Булгар наводи да зато *officium* регуле мора да обухвати сваку сингулу, односно сваки појединачни део правног правила. Регула, дакле, не може имати изузетке, јер оно што је изузето није ни обухваћено. Према мишљењу Булгара, регула је род (*genus proximus*) са одређеним врстама (*differentia specifica*) и даје пример: ничија ствар

се прилично разликовали међусобно у тумачењу и попуњавању правних категорија, пишући свако понаособ своје *dissensiones dominorum*. Подстицали су исту навику правне расправе и критичког мишљења и код својих студената, организујући им *quaestiones disputate*, претечу данашњег *moot court*-а, у оквиру којег би свака страна износила своје аргументе, док би професор, у улози судије, на крају доносио пресуду (мишљење, *solutio*).⁶⁴

Упркос њиховом ентузијазму према општим нормама, глосатори су ипак фокус својих анализа посветили појединачним нормама, текстовима или законима. Тек ће коментатори из ових појединачних анализа успети да извлаче нека општа правила. Јохан Басијан (*Johannes Bassianus*), Булгаров ученик и значајан професор приватног права у Болоњи, промовисао је систем анализе сложених правних текстова у четири фазе,⁶⁵ који је, изгледа, полазио од тумачења аргументом *a contrario*, популарно назван „брокард“.⁶⁶ У суштини, полазишна тачка брокарда било је постављање опречних премиса, из којих су изводили закључке у покушају да их формулишу кроз општа начела. Некада су те премисе биле у облику правила и противправила, некада у облику тврдње обогашене текстовима који је потврђују или негирају. Понекад постоји решење, понекад не, форма једноставно није била устаљена. Брокард је био у врло широкој употреби, јер су се њиме користили и правници са само површним познавањем анализе текстова. Ово је претило да једна аналитичка техника, замишљена као допуна и побољшање наставе, злоупотребом постане пречица да се избегне бар део компликованог посла рада на изворним текстовима.

Иако глосатори нису у свом раду били практичари, у једном делу њиховог рада запажа се и допринос правној пракси. То се одно-

окупацијом припада ономе ко је први нађе. То је *genus*. А разне врсте тих ствари (дивље животиње, рибе, птице) су *diferencia specifica*, P. Stein, (1966), 116.

⁶⁴ P. Stein (1966), 118.

⁶⁵ Прва фаза била би установљење самог проблема, односно *casus* а. У другој фази наводе се текстови који садрже неко супротно правило и траже се везе које решавају проблем. Трећа фаза, названа брокарди, по којој је и читав систем добио име, има задатак да на основу нађеног решења установи опште начело за све исте или сличне случајеве, док у четвртој фази ваља организовати дискусију, не одмах, него до вечере, како би било више времена за размисљање, Peter Weimar, *Die Legistische Literatur und die Methode des Rechtsunterrichts der Glossatorenzeit*, Berlin 1969, 47.

⁶⁶ Порекло назива „брокард“ остало је до данас неразјашњено. Постоји неколико теорија у вези са етимологијом овог појма. Једна претпоставка је да је овај термин, у ствари, извитоперено име каноничара Burchard a од Worms a, P. Weimar, „Argumenta Borocardica“, *Studia Gratiana*, Bologna 1967, 89. Друга теорија полази од тога да је реч о исквареном *pro et contra*, будући да читав систем почива на супротстављању опречних премиса, S. Kuttner, 735. Stein ипак предност даје теорији да је термин изведен од речи *broccus* што значи „истурени зуб“, чиме се наглашава полемичка страна система, у којем ваља „загрести“ како би се придобило право решење, P. Stein (1997), 84.

си на проучавање правне природе грађанског судског поступка, теме коју ни Јустинијан није изложио систематски. Попут објашњења природе правних прописа, глосатори су успели да приближе пракси и правну природу поступка, формулишући нека од начела, као што је да се обе стране у спору морају саслушати, као и да се одлука мора донети тек након упознавања судије с оба исказа.⁶⁷ Ово је постало стандардни део римско-канонског судског поступка, док је каснији развој ових начела препуштен каноничарима. Истини за вољу, чини се да на овом пољу глосатори немају оригиналних доприноса, поготову имајући у виду да су многа од начела која су формулисана, била већ позната римском класичном праву. Међутим, њима се мора одати признање за систематизацију, оно што римски класични правници нису до краја уочавали.

Болоња је постала врло брзо центар из којег се дух учења и тумачења римског права незадрживо ширио Европом. Испрва већ у осталим градовима северне Италије и јужне Француске (позната је школа римског права у долини Роне) крајем XII века. У Англо-норманској краљевини била је позната школа коју је основао Вакарије (*Vacarius*). Њега је у Енглеску довео надбискуп Теобалд 1140. године.⁶⁸ Познат је по својој антологији текстова под називом *Liber pauperum*, за сиромашне студенте који нису могли себи да приуште куповину оригиналних текстова Дигеста и Кодекса.⁶⁹ Болоњске идеје продрле су врло брзо и у Француску, у Монпеље, заслугом Плацентина (*Placentinus*), који је познат и по свом коментару Кодекса из 1170. године, под називом *Summa Codicis*.⁷⁰ Глосатори су се делили у две велике следбеничке групе: једну, која је пратила рад Булгара, и другу, која је следила једног од четири доктора, Мартина. Међутим, то није била класична подела у методу и резултатима рада, већ више ситније неслагање у погледу технике истраживања. Болоњски метод је брзо однео превагу над Мартиновим.⁷¹

Читав рад глосатора заокружен је подухватом последњег међу њима, Акурзија (*Accursius*). Он је око 1240. године сакупио све гло-

⁶⁷ Linda Fowler Magerl, *Ordo iudiciorum vel ordo iudiciarius*, Frankfurt am Main 1984, 128.

⁶⁸ И након Вакарија, Енглеска је имала додира са болоњским професорима у јуриспрудентима. Тако је Акурзијев син био запослен као правни саветник на двору Едварда I, О. Станојевић, 127.

⁶⁹ Глосе ове антологије текстова за сиромашне недвосмислено показују блиску везу са идејама које су владале у Болоњи, чиме је римско право започело свој пут ширења Европом. Крајем XII века, они који су је користили, а били су познати под именом *pauperistae*, одликовали су се видном научном гордошћу, P. Stein, *Vacarian School*, Oxford 1992, 23.

⁷⁰ André Gouron, *La science juridique française aux XIe et XIIIe siècles*, Milano 1978, 23.

⁷¹ P. Stein, (1992), 26.

се претходника из свих пет делова Јустинијановог зборника у један, назван *Glossa ordinaria*, који је садржао између 60.000 и 100.000 глоса. Овај зборник је заменио у потпуности све раније појединачне глосе, и од тада је преписиван увек заједно са оригиналним текстовима, да би, од XV века, био штампан са њима.⁷² Ово својеврсно кодификовање правних правила уједно је означило и крај глосаторске школе, међутим, римско право је тек сада било на путу да постане основ, *common core* за средњовековно *ius commune*.

До друге половине XIII века постепено је опао утицај Болоње. Средиште изучавања приватног права преселило се у Француску, у Орлеан, подстакнуто папском забраном изучавања приватног права у Паризу. Професори из Орлеана нису се задовољавали само глосаторским супротстављањем аргумената у тежњи тумачења римских текстова, већ су инсистирали и на образложењу, померајући до тада успостављене уске границе тумачења омеђене глосаторским начином мишљења. Више усмерени ка пракси,⁷³ ови професори се свесно ослањају на критике глоса, коментаришући их. Познати у науци као постглосатори, или, прецизније, коментатори, они инсистирају на ономе што су римски правници избегавали: уопштавање и извлачење општих начела из појединачних случајева.

Тако је Бартол из Сасоферата (*Bartolus de Sassoferrato*) оправдао постојање локалних обичаја, али је истовремено ограничио њихову област дејства, инсистирајући да се обичајно право мора ускладити с правилима римског приватног права. Развио је и скуп правила о сукобу закона, коментаришући глосиране текстове из Дигеста и Кодекса и уопштавајући пресуде донете на основу тих извора,⁷⁴ а дао је и завршни облик теорији феудалне својине на римским основама (*dominium directum, dominium utile*).⁷⁵ Балдо Убалди (*Baldus de Ubaldis*), припадник коментатора и последњи велики средњовековни правник, дао је релативно кохерентну оцену значења и дефинисања термина *bona fides*. Међутим, његов рад се углавном ослањао на идеје Аристотела и Томе Аквинског.⁷⁶

Коментатори су од глосатора наследили догматски метод у тумачењу и одсуство критичког односа према римском праву. Ово и

⁷² P. Stein, (1992), 31.

⁷³ Често су давали своја правна мишљења судовима и другим органима који су примењивали позитивно право (зато се називају и саветницима *consiliatores*), Мирослав Милошевић, *Римско право*, Београд 2011, 105.

⁷⁴ P. Stein, *Bartolus, the Conflict of Laws and the Roman Law*, Heidelberg 1980, 251.

⁷⁵ Вид. више М. Милошевић, „Феудална својина“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1 4/2001, 594.

⁷⁶ Више о томе у В. Вулетић, „Од *bona fides* до начела савесности и поштења“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2010, 258 288.

није необично, будући да су свој рад првенствено усмерили на критике глоса, него на анализу оригиналних извора. Оцене њиховог рада углавном претежу ка критикама да су по сваку цену желели да стварају непотребне класификације и вештачке поделе, да код њих има мало оригиналног римског права, а доста утицаја декадентне схоластике.⁷⁷ Они су се, за разлику од глосатора, морали помирити с постојањем канонског права, тако да су утолико имали сложенији задатак да ускладе ова два права, отклањајући све њихове противречности.⁷⁸ Исход оваквог задатка је, у ствари, сматрамо, кључан за настанак средњовековног *ius commune*. Та нова мешавина римског и канонског права, у ствари је заснована на истим римским текстовима, тумачена на истом, латинском језику, који користи и црква. Она је била неопходни предуслов да се идеје настале у Болоњи лако и брзо шире на тлу Европе. Већ је било речи о ставовима да основу *ius commune* чини римско-канонско право, будући да се, поред римског, на средњовековним универзитетима предавало и канонско право, које се заснива на другом, великом, такође казуистичном правном зборнику *Corpus Iuris Canonici*.⁷⁹ Римско и канонско право тесно су били повезани.⁸⁰ Врховна власт католичке цркве није желела да развија интелектуално независни правни систем. Уместо тога, ослања се на римска правна правила и у великој мери на оне појмове који стварају заједничко приватно право.

Тако се у првом ставу *Corpus Iuris Canonici* цитира Декрет папе Грегорија IX *pacta quantumcunque nuda servanda sunt*,⁸¹ који, изгледа, свој корен директно повлачи из римског класичног правила *pacta sunt servanda*. Ово правило о обавезном поштовању закљученог уговора, није само свој ослонац пронашло у класичном римском праву, јер савршено презизно указује на глосаторску дистинкцију између голих (*pacta nuda*) и обучених пактова (*pacta vestita*), суптилно евоцирајући и обећање римског претора *pacta conventa servabo*.⁸²

Штавише, канонисти су ублажили римски прелаз *nuda pactio obligationem non parit* на супротно правило *ex nudo pacto oritur actio*,

⁷⁷ P. Stein, (1980), 265; P. Weimar, 97; O. Станојевић, 128; M. Милошевић, (2011), 106.

⁷⁸ M. Bellomo, *L'Europa del diritto commune*, Roma 1991, 198.

⁷⁹ Корени овог зборника леже у тзв. *Decretum Gratiani*, који је, не сасвим случајно, постао тема научне пажње у XII веку у Болоњи. Вид. више у Pierre La rousse, „Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe“, *ERPL* 1/2000, 452 486 и R. Zimmermann, (1992), 87.

⁸⁰ Како то духовито наводи Цимерман: „Империјална мајка и њена папска ћерка су биле добре пријатељице“, *ibid*.

⁸¹ *Lib. I, Tit. XXXV, Cap. I Liber Extra Corpus Juris Canonici*, нав. према R. Zimmermann, (1992), 89.

⁸² *D. 2.14.7.7*

омогућавајући примену само оним пактовима који су закључиле стране *serio animo et deliberate*.

Ово, чини се, указује на принцип који је успостављен на општем плану: разликовање озбиљног од неозбиљно мишљеног уговора.⁸³

Таква догматска правна анализа (*more italico*) постаје доминантан начин рада на великом броју европских универзитета, римско право је претворено у правнички инструмент, систем правила и појмова применљив у свакој ситуацији и држави као опште право (*ius commune*).⁸⁴ Оно није само створило општи, универзални правни језик којим се могло служити у свим европским срединама, прилагодљив сваком партикуларном, локалном праву, већ и допунски правни систем којим су се могли попуњавати бројни правни недостаци тих локалних правних система.⁸⁵ С друге стране, мобилност студената и професора, од Болоње до Оксфорда, размена искустава и идеја темељених на потпуно истом римском правничком генију, у суштини је створила тај први оригинерни наднационални систем који је своју функционалност показивао у пракси као средњовековно *ius commune*.

Казуистично римско право, па и таква решења, први пут су у радовима ових учених правника досегла такав ниво уопштавања да је одређено правно решење сада могло да се третира универзално за све исте или сличне случајеве. Овај рад коменатора модерни цивилисти, чини се с правом, глорификују у намери да истакну значај при стварању *ius commune*.⁸⁶

3.3. Римско право и *common law*: гордост и предрасуде

Континуитет правног развоја и утицај средњовековног *ius commune* мање је очигледан у великим грађанским кодификацијама XIX века. Има писаца који отворено истичу да „не верују да је савремено право заиста израсло од старог права, већ га сматрају нечим новим, створеним према потребама данашњег дана и суверене воље

⁸³ Цимерман алегоријски закључује: „Коришћењем грађевинског камена исклесаног у каменолому Дигеста и давањем дарежљивих количина школског малтера, општа доктрина изграђена је релативно брзо: само они уговори ослоњени на законску каузу сматрани су валидним“, R. Zimmermann, (1992), 90.

⁸⁴ М. Belomo, (1991), 207; М. Милошевић, (2011), 107.

⁸⁵ Р. Stein, (1997), 86.

⁸⁶ Велики подвиг интеграције права, започет са Бартолом и Балдом, успешан је настављен од стране следбеника, Р. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, München 1996, 106. Још већу похвалу изриче Кнител: „Римско право које се практиковало испуњавајући захтеве дана, сада није постало јалово, већ је, путем рада коментатора, њихове ерудиције и научног осећаја, постало поново интелектуално плодно, испуњавајући захтеве времена.“, R. Knütel „Ius commune und Romisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union“, *Juristische Schulung* 3 4/1996, 323.

модерног законодавства“.⁸⁷ С обзиром на то да кодификација садржи свеобухватан и затворен систем правних правила, омогућава се аутономни простор за њихово тумачење. Посебно је ова тенденција напуштања идеје *ius commune* изражена у немачком праву, након доношења Немачког грађанског законика (даље: НГЗ).

Овом грађанском кодификацијом „памћење пандектистичког учења, као једног од највећих достигнућа немачког правног ума“,⁸⁸ врло брзо је бледело. Савињи, Јеринг, Дернбург и Виншајд, све ређе се цитирају, поготову ранија *ius commune* литература и римски извори. Делује да је НГЗ окончано „други живот“ римског права, јер су правници све више проучавали затворени круг правила кодификације, без утицаја тешког терета морања да се процени како би се римска правна правила и даље могла примењивати.

Процес који је отпочео и неретко назван „еманципација-одвајање римског од модерног права“⁸⁹ платио је данак правној науци. Немачка правна наука је, како то Цимерман јасно потврђује, престала да буде историјска наука.⁹⁰ Тиме је смисао континуитета развоја права у потпуности изгубљен

Међутим, делује, према ставу неких аутора, да основна идеја састављача НГЗ није била у основи раскид са римским правом,⁹¹ нити да се начини неки нови почетак као потпуни прекид са прошлошћу. Баш супротно, циљ је био да се укључе и консолидују правна достигнућа векова, која су заснована на пандектистичком учењу.⁹² НГЗ је замишљен као оквир за Савињијево прогресивно органско учење,⁹³ које је, само по себи, било органски производ грађанске традиције.⁹⁴ Баш у овом духу Врховни суд Немачке почео је да примењује и тумачи одредбе НГЗ-а.⁹⁵

⁸⁷ Hans Planitz, *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, I, München 1924, 16.

⁸⁸ R. Zimmermann, (2001), 34.

⁸⁹ H. Planitz, 24.

⁹⁰ R. Zimmermann, (2001), 35.

⁹¹ НГЗ, сматрају Дробниг и Кнител није био радикална тачка преокрета у немачкој правној историји, нити је његово доношење само по себи окончало улогу пандектистике, U. Drobnig, *Private Law in the European Union*, The Hague 1996, 136; R. Knütel, (1996), 211.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Тако о континуитету *ius commune* и француског *Code Civil* погледати J. Gordley „Myths of the French Civil Code“ *42 American Journal of Comparative Law*, New Orleans 1 2/1994, 459 и даље.

⁹⁵ Наставио је да примењује римску *exceptio doli*, да у конкретним случајевима прихвата или одбија начела *culpa in contrahendo* и *clausula rebus sic stantibus*, R. Knütel, (1996), 217.

Имајући у виду данашње околности, можда би требало под-ржати Цимерманов став и са жаљењем констатовати да је немачко право данас, као последица научне тенденције у XX веку, даље од изворних идеја римског права и *ius commune*, него што правих разлика има. Модерно тумачење ових одредби и модерна тенденција „очишћења права од непотребног историцизма“, на кратко је, можда, омогућила лакше проучавање права. На дуже стазе, створен је нови проблем – недостатак идеје реализације пројекта европског приватног права. Што „није платила на мосту“, Унија ће, изгледа, „платити на ћуприји“. Окретање идејама *ius commune* делује као неизбежан и једини у пракси доказано успешан концепт.

Као посебно очигледан пример правног система који је пошао аутономним путем у односу на пут римског права, самим тим и пут континентално-европског права, обично се истиче енглеско право. Већ се општим местом у науци сматра научна подозривост континенталног према англосаксонском праву.⁹⁶ Томе, донекле, доприноси став енглеских правника и стање у науци. Енглези, једноставно, воле да мит њиховог права као аутохтоног националног достигнућа, претварају у својеврсни култ, истичући како је енглеско право цветало у „племенитој изолацији у односу на Европу“.⁹⁷

Међутим, овај култ, у ствари је, делује, обичан мит. Истини за вољу, Енглеска никада није била потпуно одсечена од европске правне културе.

Током векова, од норманских освајања, постојао је трајан интелектуални контакт, који је оставио карактеристичан и неизбрисив траг на енглеско право.⁹⁸ У новије време професор упоредног права на Универзитету у Чикагу Ричард Хелмхолц (*Richard Helmholz*) истиче трајну историјску везу енглеског права с традицијом римског права и континенталним правом уопште: „Предлажем да се почне

⁹⁶ „Ко је овај дивљак, питао би страни континентални правник са доста чуђења, када би пред њега била стављена дела сер Едварда Коука. Одакле долази овај дивљи човек, наг, истетовиран, обојен, са прстењем и чудноватим играчкама у ушима и ноздрвама, са ког острва Јужног мора, из које дивље шуме? Немогуће да је он тужилац краља Енглеске, савременик великог Кижаса?“, J. Smits, „A Principled Approach to European Contract Law“, *Maasrecht Journal of European and Comparative Law* 2000, 499. У суштини, наводи даље Смитс, многи континентални правници и даље мисле када се суочавају са казуистичном природом енглеског права, њеним бизарним традиционализмом и посебним укрштањем обичајног права и праведности *ibid.*

⁹⁷ John Hamilton Baker, *An Introduction to English Legal History*, London 2000, 35

⁹⁸ Поборници овог трајног процеса рецепције континенталних грађанских идеја у енглеско право су Бректон у XIII веку, Блекстон у XVIII и Биркс у XX веку, Richard Helmholz, „Magna Charta and the Ius commune“, *Chicago Law Review* 2/1999, 197.

са третирањем сваке правне теме аналитички, и, након што се уђе у траг сваком делу до првих принципа природног права, да се настави историјски (подвукао В.В.) поглед на институте енглеског права. Ово, како би се показала савршена а заборављена хармонија наших принципа и принципа других народа, поготову Римљана, за наук нашим судовима, како би се њихове одлуке правилно и јасно разумевале⁹⁹.

Сличан став заузима и Цимерман који истиче да су водећа дела представника школе природног права штампана и била доступна на енглеском језику: Пуфендорфов *De iure naturae et gentium* се до 1730. године појавио у четири издања у енглеском преводу, Гроцијусово дело *De iure belli ac pacis* до 1750. штампано је у чак шест издања на енглеском језику.¹⁰⁰ У прилог овоме ваља додати да је, према професору Смитсу, римска уговорна доктрина била „закон у Вестминстеру и Оксфорду“ и поседовала ауторитет „висок колико год то може да буде“.¹⁰¹

Уосталом, није тешко установити да се утицај римског права у Енглеској успостављао и у самој пракси: Лорд Хол, Метју Хејл и Лорд Менсфилд¹⁰² су судије које су у својим пресудама истицали важност примене римских правних решења.¹⁰³

Истакнуту улогу у утицају римског права на енглеско, одиграли су тзв. црквени судови. Може се рећи да су они били носиоци рецепције римског права у Енглеској. До времена Реформације, користили су врло широку јурисдикцију не би ли проширили и утицај римско-канонског права, за које је већ констатовано да су били веома блиски.¹⁰⁴

Чак и пресуде Суда правичности, као главни извор извор *equity*, другог стуба енглеског *common law*, имале су свој утицај на

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ R. Zimmermann, (2001), 38.

¹⁰¹ Штавише, средином XX века, и утицајем историјскоправне школе на Енглеску, нарочито преко превода Савињија и Тибоа, Џон Остин је, открио универзални модел правне науке у право у пандектистичком праву, J. Smits, 29.

¹⁰² Менсфилд, иначе Шкот пореклом, је, штавише, студирао Римско право на Оксфорду. Често је истицао да је опште право народа у својој целини и део права Енглеске, које треба да учи из праксе разних народа и ауторитета римских писаца, *ibid.*, 31. Вид. више Алан Вотсон, „Лорд Менсфилд судијски интегритет или његово помањкање: случај Сомерсет“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2006, 9-23.

¹⁰³ J. Smits, 29.

¹⁰⁴ Пресуде ових судова заснивале су се на најразличитијим одредбама римског права, од брака до наслеђивања, од закључења уговора до кршења уговорних одредби (*laesio fidei*). Тим пресудама отворили су пут за примену неформалног спо-разума, као основног елемента уговора, што је и суштинска особина римског консенсуалног контракта, што су, на крају, прихватили чак и судови *common law*, R. Zimmermann, (1992), 174.

пробој римског права у Енглеској. Цимерман истиче да су лордови-канцелари, који су радили у овом суду до Хенрија VIII, били углавном свештеници који су веома добро познавали римско и канонско право, а предавали су претежно на Оксфорду. Штавише, све до средине XIX века, Оксфорд и Кембриџ су остали једини универзитети на чијим се правним факултетима следила традиција римског права.¹⁰⁵

Утицај римског права огледа се и у домену уговора и накнаде штете.¹⁰⁶ Енглеско право је прихватило римско начело *debitor speciei liberatur casuali interitu rei*, које предвиђа ослобођење од одговорности дужника у погледу испоруке предмета уколико је овај уништен без његове кривице. Средином XIX века судије су ово правило успоставиле као опште начело, међутим, као последица сматрао се цео уговор раскинутим, уколико је до уништења ствари дошло. Овај принцип проширен је и на уговоре код којих је предмет обавезе могућ, али сама сврха уговора више не постоји.¹⁰⁷

Коначно, вреди поменути да су и енглески судови, у својим правним поукама у пресуди, врло често користили правне максиме римског права¹⁰⁸. Према Шулцеу, Енглеска је, током више векова, била, у ствари, провинција *ius commune*.¹⁰⁹

¹⁰⁵ У друштву познатом као *Doctors Commons*, њихови дипломци су чува ли традицију научног на факултету. Пишући, сачинили су богату збирку лите ратуре, која се ослонила на римско и, уопште, континентално право. Могућности запослења ових правника нису биле ни мало занемарљиве, штавише, постали су доминантне судије, радећи од мање значајних судова као што је Високи суд витешт ва, који се углавном бавио споровима у вези са ношењем грбова, до веома важних као што су Суд адмиралитета и Црквени судови. Преузимајући позиције и у црквеној администрацији, постали су носиоци државних дужности и бенефиција, заузимали места и у дипломатији, истовремено радећи у складу с римско канонском традицијом, *ibid.*

¹⁰⁶ Право је питање до које је мере римско право утицало на енглеско имајући у виду судске одлуке базиране управо на принципима римског права. У погледу уговора, тај утицај је врло значајан, сматра Шулце, инсистирајући да има више судских пресуда које иду у прилог оваквом ставу, R. Schulze, 109.

¹⁰⁷ Илустративни пример за овакво тумачење је тзв. *Crown Case* којег наводи Цимерман. Верни ројалиста, желећи да посматра крунисање краља Едварда VII, закључио је уговор о закупу стана који се налазио на планираном путу процесије крунисања. Међутим, краљ се разболео, добивши перитонитис, па је крунисање отказано. Поставља се питање, да ли је уговор о закупу и даље важећи и да ли ројалиста и даље има обавезу да плати закупнину? Ослањајући се на принцип римског права, лорд Менсфилд стао је на становиште да је читав уговор неважећи јер његова сврха, због које је закључен, није опстала. Самим тим обавеза закупца да плати закупнину не постоји, R. Zimmermann, (2001), 54.

¹⁰⁸ *Cessante ratione legis cessat lex ipsa; odiosa sunt restringenda; summum ius summa iniuria; ut res magis valeat quam pereat; optimus legum interpres consuetudo; exempla illustrant non restringunt legem; talis interpretatio in ambiguis semper fienda est, ut evitetur inconveniens et absurdum; expressio unius est exclusio alterius, ibid.*

¹⁰⁹ R. Schulze, 122.

Можда не би требало бити тако одлучан у погледу оцене доминантног утицаја *ius commune* на *common law*, али с великом резервом ваља посматрати ставове да је енглеско право изоловано развијало свој систем без било каквих континенталних утицаја. Можда је средишњи став и у овом случају најпримеренији.

Истина је да је тзв. Мертонски статут из 1236. године забрањивао примену римског права, али је та забрана, чини се, превасходно била политички мотивисана. Бојазан енглеског племства да се, примењујући норме римског права, не примени и „проблематично“ *princeps legibus solutus* која владара ничим не би обвезивала, пресудила је да успостави начело да не треба мењати законе Енглеске (*Nolemus leges Angliae mutare*).¹¹⁰ Ставови да је римско право као робовласничко друштво једна од највећих препрека развијању енглеског слободарског права, такође су у доброј мери подложни критици.¹¹¹

Све ово, јасно је, не значи да је енглеско право остало ван утицаја римског права. Напротив. У светлу горе изнетих чињеница, треба подвући и мишљење да управо англосаксонски начин размишљања, прецедентно право које се базира на пресудама – преседанима (*case*), казуистичко решавање правних проблема и спорова, неодољиво, чини се, кореспондира са римским начином мишљења. Ако је континентална Европа доктринарно усвојила принципе римског права, Енглеска их је усвојила начином правног мишљења. У оба случаја, римско право је непосредно или посредно, имало значајан утицај на потоње правне системе.¹¹²

Утицај и допринос римског права кроз *ius commune* није само видљив на примеру Немачке, Француске, Холандије, па и Енглеске.

¹¹⁰ О. Станојевић, 131.

¹¹¹ Станојевић изриче овим поводом оштру критику: „Нити је Енглеска уз своје право била слободарска земља (опште право гласа је тамо сразмерно новија појава, а Британија је била позната по суровим законима против просјачења), нити је римско право било препрека ка слободама. Римско право се претежно односило на оне области људских односа у којима се појављују слободни грађани. Државно уређење из времена републике било је инспирација за многе демократске покрете крајем средњег века“, *ibid*, 132.

¹¹² Вилем Џонс (*William Jones*) је тврдио: „Иако се мало енглеских правника усуђује да то призна, римско право је извор готово свих правила нашег права која нису феудалног порекла“, W. Burdock, *The Principles of Roman Law and their Relation to Modern Law*, цит. према О. Станојевић, (2003), 134. Један важан зборник средњовековног римског права настао је у Шпанији 1265. године под називом *Siete partidas*. Настао налогом Алфонса Мудрог, краља Севиле и Леона, који је желео да створи јединствен правни систем за своју државу, иако је у њему било неких институција обичајног права, састављен је под великим утицајем римског права. Овај кодекс је примењиван не само у Шпанији, него и у њеним колонијама, посебно у Латинској Америци, па чак и на територији данашњег САД а (Луизијана). И данас у шпанској покрајини Каталонији, римско право је помоћни извор права, односно примењује се као допунски извор уз каталонски Грађански законик, *ibid*.

И данас рецепирано римско право важи у срцу Велике Британије – Шкотској, као и Јужноафричкој Републици, Квебеку у оквиру Канаде. У САД савезна држава у којој је и даље у примени римско право је Луизијана, кроз Грађански законик, чији је узор француски *Code civil*.¹¹³

4. ЗАКЉУЧАК

Напори Европске уније да постигне идеал јединственог приватног права оптерећени су политичким несугласицама, економском кризом која је захватила један број држава-чланица и досадашњим централистичким методима који нису узимали у обзир националне, правне и културне разлике од државе до државе. Међутим, после изложеног, чини се оправданим да се заложимо за један наднационални, нецентралистички, академски метод који је већ у радовима неких аутора формулисан као ново *ius commune Europaeum*. Не треба се заваравати да је јединствен правни систем оличен кроз некакву нову кодификацију (попут идеје о стварању Европског грађанског законика) могућ. Можда је потребно учинити корак назад да би се направила два корака унапред. Можда је упутно вратити се идејама средњовековног *ius commune* које је у доброј мери ујединило Европу заједничким правним мишљењем, слободном разменом професора и студената, разменом идеја које се могу темељити на заједничком плодном тлу одакле су и сви системи израсли – римског права. Можда је у погледу захтева за новим идејама довољно се обратити старим, провереним. Можда је *ius commune Europaeum* само нови термин за старо решење. Јан Смитс (*Jan Smits*) и Рајнхард Цимерман (*Reinhard Zimmermann*) нарочито снажно ово истичу у прилог теорији да заједничко европско приватно право мора у свом темељу имати римско право.

Обојица уважених романиста и цивилиста, уједно и професора упоредног права, полазе од чињенице да је након рецепције римског права у Европи, а пре доношења великих грађанских кодификација, римско право било јединствени, и у пракси применљиви правни оквир у већини садашњих земаља чланица Европске уније.¹¹⁴ Ев-

¹¹³ Утицај цивилног права осећа се у свим чланицама федерације које су припадале Француској, Шпанији или Холандији, па су купљене или ратом освојене: Тексас, Калифорнија, Флорида, Њу Мексико, Охајо, Индијана, Илиноис, Мичиген, Канзас, Невада, Јута, Аризона, Порторико, *ibid*.

¹¹⁴ Тако је римско право, истиче Смитс, било, пре свега, део универзитетске правне традиције: предавано је студентима права, који су га касније примењивали у пракси онолико колико им локални закони и обичају то нису онемогућавали, Ј.

ропско приватно право, стога, захтева два комбинована приступа: упоредни и историјски, који су комплементарни у својој основној мисији хармонизације.¹¹⁵ Ова академска идеја није остала незапажена у стручној јавности. Велики број аутора следио је ову поставку, инсистирајући на тзв. *common ground* (*common core*) развоја европског приватног права.

Међутим, делује да има доста лутања у откривању тог заједничког темеља или језгра у којем се може у пракси остварити идеја унификације европског приватног права. Уосталом, овоме у прилог иде и чињеница да Унија још није постигла решење идеје која је стара пуних двадесет година. Та лутања највише су оптерећена препрекама које су Унију спречавале да се фокусира на један пут остваривања почетне идеје.

Прво постепено, а касније и све израженије заташкавање улоге римског права, чему су највише допринеле земље англосаксонског правног система, у други план су ставиле јасну и врло лако препознатљиву улогу римског права у потенцијалној хармонизацији европског приватног права. На универзитетима широм Европе у другој половини XX века проучавање римског права сведено је на опште, често и штуре податке који се изучавају у оквиру историје права. Систематско урушавање значаја римског права и његових практичних решења узроковали су, између осталог, дезоријентацију у погледу важне идеје унификације. Та грешка умало није скупо коштала Европу. Улога римског права незаменљива је у образовању будућих правника, у њиховом профилисању и начину мишљења. Средњовековна Болоња је то можда и понајбоље знала, само је питање да ли модерна Болоња то данас памти. Без римског права, слободно се може рећи, нема ни разумевања европског права, јер је управо ова дисциплина темељ европске правне традиције.

Smits, 5. Цимерман подвлачи да право није и не може бити развијано у националној изолацији, као што не може бити потпуно ни схваћено само у оквирима националног правног система. Прави пут хармонизације је опште поље примене које потиче од римског класичног права и римске традиције, поготову имајући у виду развој уговора о продаји, R. Zimmermann, (2001), 188.

¹¹⁵ R. Zimmermann, (2001), 110.

Dr. Vladimir Vuletić

Assistant Professor

University of Belgrade Faculty of Law

IUS COMMUNE EUROPAEUM A NEW NAME FOR
THE OLD SOLUTION

Summary

The author emphasizes contribution of the Roman law to the development of the medieval *ius commune*, and suggests that the liaison between the two may serve as a model for unification of the European Private Law (*ius commune Europaeum*). The efforts to harmonize the European Private Law in the past two decades were marked by the centralist approach, and the means of the attempted harmonization were EU directives, binding international agreements, and decisions of the European Court of Justice and the European Court of Human Rights. On the contrary, the medieval *ius commune* successfully acted as a general legal framework for the entire Europe. However, the medieval *ius commune* was not a legal system in the strictest sense, but a common concept that included exchange of the ideas, experiences, arguments and legal institutes, based on the Roman Law as a shared source. In this respect, the author points out the importance of Justinian's codification and its interpretations, especially by the glossators and commentators. Furthermore, the author analyzes the role of the law school of Bologna through the prism of the so-called Italian way of thinking (*mos docendi italicus*), embodied primarily in the system interpretation of original and glossed texts called „brocard“. The school of Bologna was characterized by free movement of professors and students from all over Europe, which encouraged the wide-spread influence of the Roman law.

Key words: *EU law*. – *Ius commune*. – *Roman law*. – *Glossators*. – *Bologna*.

Др Душка Франета*

ЈЕДНА НОВИЈА ДЕБАТА О ЉУДСКОМ ДОСТОЈАНСТВУ И ПРОБЛЕМ ТРАГИЧНОГ И АПСУРДНОГ У ПРАВУ

Доминантно тумачење гаранције људског достојанства у Основном закону Немачке у другој половини XX века потицало је од немачког правника Гинтера Дирига. Средиште Диригове интерпретације појма дигнитета смеи теног на чело Бонског устава представљало је поистовећење достојанства са суштином људских права и тврдња да оно представља њихову бит која мора имати трајну и неприкосновену заштиту.

Нови миленијум доноси и један радикалнији заокрет у тумачењу немачке уставне гаранције људског достојанства. Матијас Хердеген, иако не без значајних претходника који су критиковали или чак одбацивали Диригову интерпретацију, објављује ново тумачење дигнитета на месту дотада парадигматичних Диригових објашњења. У овом раду се анализира Хердегеново тумачење гаранције неприкосновености достојанства и пореди се са њему ривалском Дириговом интерпретацијом.

Компарација Хердегеновог и Дириговог становишта је стављена у шири контекст и додатно осветљена узимањем у обзир два случаја који стоје у уској вези с разумевањем идеје неприкосновености и гаранције достојанства (случај Закона о ваздушној безбедности и случај претње мучењем отмичару дедача у Франкфурту) и који су у немачком говорном подручју изазвали звучне полемике. Примишљањем сложености ових случајева и филозофскоправних и етичких основа и консеквенци ривалских концепција неприкосновености достојанства, закључује се да без обзира на ваљаност појединачних решења, ова алтернатива право нужно оставља осуђено на извесну меру трагичног и апсурдног.

Кључне речи: *Људско достојанство. Основни закон Немачке. Матијас Хердеген. Гинтер Дириг. Неприкосновеност.*

* Аутор је доцент Факултета за правне и пословне студије у Новом Саду, dfraneta@useens.net. Основни резултати овог рада изложени су на научном скупу „Држава и право појмови у транзицији“ организованом од стране Српског удружења за правну и социјалну филозофију одржаног 14. маја 2011. године на Правном факултету Универзитета у Новом Саду.

1. УВОД

Литература о људском достојанству сеже све до античких времена, а у последњим деценијама постаје све непрегледнија. Нека тумачења ове идеје се у тој мери разилазе да једним потезом није могуће обухватити њена значења. Расправа о суштини и функцији појма људског достојанства је у теорији права добила посебну сложеност, а током последње деценије и додатно попримила на дивергентности. Она се највећим делом одвија у немачкој теорији и филозофији права; разлог томе је пре свега место које појам људског достојанства заузима у Основном закону, али и у немачкој филозофској баштини.

Наравно, дебата о значењу људског достојанства ипак није остала само у границама немачког говорног подручја: појам и проблем идеје достојанства одавно су предмет међународне јавне и научне полемике. Глобализовање ове дебате мање чуди када се има у виду да овај појам заузима важно место и у међународним правним документима, али и да је присутан у уставима бројних земаља. Неопходност промишљања овог појма бива још разумљивија када се сагледа његово фундаментално место у европској култури, а не само у праву, култури која се одавно разлила и по другим деловима планете.

2. ПОЈАМ НЕПРИКОСНОВЕНОГ И ЉУДСКО ДОСТОЈАНСТВО

Нови миленијум је у Немачкој донео очигледније заокрете у погледу разумевања и тумачења људског достојанства као правног појма. Ова сложена етичка и правна идеја, чија се неприкосновеност гарантује првим ставом првог члана Бонског устава, у другој половини XX века је у Немачкој разумевана пре свега полазећи од идеје неприкосновености. Неприкосновеност је схватана као апсолутна немогућност располагања и калкулисања. То је био и смисао деценијама доминатног тумачења устава Гинтера Дирига (*Günter Dürig*) који је у људском достојанству препознао објективни вредносни фундамент правног поретка¹ у коме се темеље неповредива и неотуђива људска права и који је требало да представља крајњу запреку продирању релативизма и идеологија које објективизују човека. Страх од релативизма и увођење неприкосновености достојанства у устав углавном је интерпретиран као резултат непосредног искуства националсоцијализма и инструментализовања људскости, те настојања да се постави баријера сличним режимима.

¹ Theodor Maunz, Günter Dürig, *Grundgesetz: Kommentierung der Artikel 1 und 2 Grundgesetz von Günter Dürig*, C. H. Beck, München 1958, 3.

Док су права одређена као неповредива (*unverletzlich*), достојанство је у уставу означено као неприкосновено (*unantastbar*²). Доминантно разумевање је упућивало на то да се права могу ограничавати уз адекватна оправдања, али да достојанство не може ни на који начин бити релативизовано и да захтева пуно заштиту.³ Уз ову разлику, неприкосновеност достојанства оснажена је и одредбом из чл. 79 Бонског устава према ком измена чл. 1 није дозвољена.

Како би изразио и образложио сличну идеју, Винфрид Хасемер (*Winfried Hassemer*) је користио термин нерасположивост (*die Unverfügbarkeit*). Хасемер је овај појам разумео као кључну вододелницу правнопозитивистичких и природноправних становишта. *Unverfügbarkeit* је у супротности с произвољношћу, тоталном логиком превенције и финалитета, није подложно механици одмеравања и не може бити превладано неким правним добрима.⁴ Одбацавање ове идеје је по његовом мишљењу тежишни проблем позитивистичког приступа који га доводи у опасну близину релативизма. Хасемер је о нерасположивости размишљао пре свега у контексту кривичног права, везујући је, на пример, за забрану мучења и неприхватљивост потпуног укидања подручја приватности, а њено пуно истискивање из домена права је означио као замену права политиком.

Препознајљива обележја најпознатијег тумачења достојанства у домену правне догматике, интерпретације Гинтера Дирига, била су поистовећење достојанства с *неприкосновеном* сржи права и његово операционализовање помоћу познате, Кантовим категоричким императивом инспирисане објект-формуле. Диригу је сматрао да гаранција људског достојанства недвосмислено забрањује да се човек третира само као објект. „Људско достојанство се повређује када се конкретан човек унизи до објекта, пуког средства, заменљиве величине“.⁵

Упркос широкој прихваћености, не само у теорији него и у пракси Савезног уставног суда Немачке, објект-формула је створила и бројне проблеме у примени гаранције достојанства јер је и сама остала недовољно јасна, те подложна неадекватној употреби или злоупотреби.⁶

² Дослован превод ове речи гласи „недодирљиво“.

³ Упор. Kai Möller, „The Right to Life Between Absolute and Proportional Protection“, *Law, Society and Economy Working Papers* 13/2010, 3.

⁴ Winfried Hassemer, „Unverfügbares im Strafprozess“, *Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag* (Hrsg. A. Kaufmann, E. J. Mestmäcker und H. F. Zacher), Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 1988, 195 197.

⁵ T. Maunz, G. Dürig, (1958), 15.

⁶ Више о Дириговом тумачењу достојанства и проблематичности објект формуле у: Душка Франета, *Људско достојанство као правна вредност* (докторска дисертација), Београд 2009, 31 39.

Објект-формула није једини проблем Дириговог тумачења достојанства. Његова интерпретација није садржала само неке недовољно јасне смернице, него и нека неутемељена, конзервативна опредељења. Поред тога, настала крајем педесетих година, Диригова интерпретација не садржи одговоре на нека значајна нова питања која су се у међувремену појавила – у првом реду изазавана упадљивим напретком биомедицинских наука – а која захтевају правне оквире. То су свакако били неки од разлога зашто је последња деценија донела покушаје редефинисања неприкосновености и „детабуизирања“⁷ достојанства.

3. ХЕРДЕГЕНОВО ДИСТАНЦИРАЊЕ ОД КЉУЧНИХ ТАЧАКА ДИРИГОВЕ ИНТЕРПРЕТАЦИЈЕ

Иако разумевање људског достојанства као правног појма није било хомогено ни непосредно након Другог светског рата, него се већ тада у многим погледима разилазило, ипак полемика о значењу неприкосновености и апсолутности није узимала великог маха. Један од текстова у којима је у новом миленијуму дошло до снажнијег заокрета у односу на преовлађујуће разумевање идеје достојанства је коментар устава немачког правника Матијаса Хердегена (*Matthias Herdegen*). Хердегенове промене су изазвале неке оштре реакције у јавности, али оно ипак није било сасвим усамљен случај другачијег разумевања улоге и смисла људског достојанства у немачком правном систему.

Хердегенов коментар првог члана Основног закона СР Немачке се појавио 2003. године⁸ у оквиру познатог и утицајног издања „Маунц-Дириговог“ коментара Бонског устава. Диригов коментар првог члана Устава из 1958. године сматран је у многим погледима доминантном интерпретацијом идеје људског достојанства, па и у тој мери да су га неки сматрали скоро квази-официјелном коментаром. У оквиру „Маунц-Дирига“ је већина тумачења других делова Устава доживела једно или више обнављања, док је Диригов коментар првог члана остао нетакнут све до новог миленијума. Из тог разлога је још упадљивија чињеница да Хердегенов коментар у многим погледима значајно одступа од Диригове интерпретације достојанства. Те разлике су неки чак означили као симптом *прекида епохе* због фундаментално другачијег тумачења темељне правне вредности.⁹

⁷ Више о достојанству као табуу немачког правног поретка, Ralf Poscher, „Die Würde des Menschen ist unantastbar“, *Juristenzeitung* 15 16/2004, 756 762.

⁸ У овом раду је анализиран коментар устава Матијаса Хердегена на основу издања из 2010. године, а који је у односу на верзију из 2003. године претрпео из мене и допуне.

⁹ Ernst Wolfgang Böckenförde, „Bleibt die Menschenwürde unantastbar?“, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 10/2004, 1216 1227; E. W. Böckenförde, „Die Menschenwürde war unantastbar“, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 204/2003.

Начелна структура Хердегеновог тумачења првог става првог члана устава не показује неке драстичније наговештаје разлика у односу на Диригову интерпретацију. Она се састоји из следећих делова: *Гаранција људског достојанства у вредносном поретку Устава, Појам људског достојанства, Носиоци људског достојанства, Неприкосновеност људског достојанства, Обавеза државе да поштује и штити и Уобличења гаранције достојанства*. Пажљивије упознавање с његовом суштином ипак показује да су у питању два тумачења која чак показују обележја различитих модела којима у основи леже различита филозофскоправна и етичка опредељења.

3.1. Методолошки оквир

Иако дели уверење с Диригом да људско достојанство представља вредносни оријентир немачког правног поретка који држави даје сврху и правац,¹⁰ Хердеген сматра да је проблем доминантног разумевања достојанства у томе што се оно посматра као метаправни појам. Неприхватљив резултат таквог, веома рапрострањеног приступа јесте довођење у питање светоназорне неутралности устава и замена примене јуристичког метода цртама извесног погледа на свет. Он пише да је „циљ напада на разумевање људског достојанства као појма позитивног права да ономогуће извесна тумачења људског достојанства не само државноправном дискурсу, него и политичко-парламентарним расправама помоћу конструкције натпозитивног нормативитета“.¹¹ Хердеген упозорава да би поистовећење устава с извесним погледом на свет било теоријско укинуће мултикултуралног друштва.¹² Према његовом уверењу, неутралности уместо „светоназорном карактеру“ текста доприноси релативна неодређеност, недоктриненост, нехомогеност, па и непредвидљивост устава и његових појмова.

Допуштено уско грло метауставног *инпута* према Хердегеновом суду би смели да чине: међународноправни стандарди (нарочито стандарди који се односе на заштиту људских права), упоредно право, емпирија и историја која утиче на саморазумевање заједнице.¹³ Овим одређењем он настоји да направи рез између научног карактера подручја права и ненаучног карактера разумевања и предразумевања права. Само четири поменута метауставна подручја треба да буду ослонац у тумачењу устава поред самог текста прав-

¹⁰ Matthias Herdegen, „Kommentierung zu Art. 1 GG“, *Maunz/Dürig Kommentar zum Grundgesetz Kommentar zum Grundgesetz*, Stand 2010, I, 6, 21.

¹¹ *Ibid.*, I, 5, 19.

¹² *Ibid.*

¹³ M. Herdegen, „Verfassungsinterpretation als methodische Disziplin“, *Juristenzeitung* 18/2004, 878.

них одредаба и судске праксе. Он сматра да су се дотадашња доминантна тумачења гаранције људског достојанства, с једне стране, ослањала на неприхватљив метаправни појам достојанства, а с друге су и у неоправданој мери фаворизовала историјско тумачење и то потенцирајући један специфичан модел схватања достојанства послератног периода. Тиме је допуштено да на место јуристичког метода ступи светоназорни приступ праву. Парадигматичан пример за овај случај тумачења гаранције достојанства према Хердегеновом уверењу представљају покушаји да се на питања савремене биомедицине одговори искључиво из хоризонта искуства еугеничких злочина националсоцијалистичког режима.

У свом тумачењу првог става првог члана Основног закона, Хердеген инсистира да се у обзир узму и упоредноправна и међународноправна перспектива. Он настоји да сагледа немачки уставни систем, па и саму гаранцију достојанства као један од његових фундамената, из ширег упоредноправног контекста, а посебно из перспективе европског и међународног права и притом истиче да степен заштите и статус одредбе о људском достојанству нису исти у Немачкој и у ЕУ. Он запажа да је људско достојанство правно препознато као фундаментална заједничка вредност у ЕУ, али и да је његово разумевање и сама заштита више упућено на одмеравање и начело сразмерности него што је случај у Немачкој, те да би флексибилизација разумевања достојанства значила и приближавање немачког уставног система европском и међународном праву. У овом објашњењу је истакнут један важан разлог и мотив Хердегеновог тумачења гаранције достојанства који, међутим, није иманентно правни разлог, нити представља по себи разумљиво оправдање другачијег тумачења.

3.2. Хердеген: достојанство није суштински садржај права

Једна од упадљивих разлика Хердегеновог и Дириговог разумевања појма достојанства је у томе што Хердеген гаранцију дигнитета види не само као начело објективног права, него и као посебно субјективно право.¹⁴ За разлику од Дирига, он достојанство не сматра суштинским садржајем права (*der Wesensgehalt*¹⁵), него начелом права и једним од права. Диригово извођење права из достојанства он сматра кључним проблемом интерпретације свога претходника.¹⁶

¹⁴ Окосница Дириговог тумачења је било баш порицање Нипердејевог (*Hans Carl Nipperdey*) становишта да се гаранција људског достојанства може тумачити као субјективно право.

¹⁵ Art. 19, Abs. 2, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01.html, 9. jun 2011.

¹⁶ M. Herdegen, (2010) I, 6, 22.

На питање шта је садржај посебног права на људско достојанство, а које је представљало кључну тешкоћу свих теоретичара који су се залагали за овај пут тумачења, Хердеген не даје до краја логички заокружен одговор. Он достојанство доводи у везу с већим бројем права, а првенствено га интерпретира кроз гаранцију заштите појединца као личности која је способна за самоодређење („Људско достојанство у првој линији штити... појединца у његовом конкретном захтеву за поштовањем као личности“¹⁷), те кроз слободу делања и опште право личности, као и још неке предуслове ове слободе (нпр. право на егзистенцијални минимум). Став 1 члана 1 је према његовом мишљењу у најужој вези са ставом 2 члана 2 у коме се гарантује слобода личности, а он његово остварење види и у другим правима. Срж достојанства свакако садрже и право на телесни интегритет, слобода савести, вероисповести и погледа на свет; право на живот је предуслов достојанства, а у извесној мери језгро достојанства садрже и тзв. права на приватност. Ипак, неким правима која се уобичајено схватају као предуслов слободе и самоодређења личности, он у знатној мери оспорава уску везу с достојанством или је сасвим пориче (нпр. читавој групи партиципативних права, као и праву на азил). Његова аргументација упућује на закључак да се идеја људског достојанства у појединим случајевима више приближава идеји достојанства *држављанина* него идеји *људског* достојанства. Порицање везе права на азил и идеје људског достојанства, као и негирање јасне и чврсте везе тзв. демократских права и достојанства наводе на такав закључак. Афирмисање потоње групе права би за собом повлачило нужно признање да у земљама у којима нису постигнути задовољавајући стандарди демократије долази до повреде људског достојанства, што је закључак који Хердеген није спреман да изведе.

За разлику од Дирига, Хердеген одбацује могућност самоповреде достојанства и тиме ставља индивидуу и њену вољу у први план заштите. У контексту његовог тумачења, индивидуа није као код Дирига негативно означена. Док је Дириг заступао „средњу линију персонализма“ имајући за амбицију да пронађе пут између погрешке колективизма и погрешке индивидуализма, Хердеген увиђа начелни проблем ове стратегије која је у великој мери колебљиве и произвољне природе. У Хердегеновом тумачењу се гаранција достојанства ипак не појављује као доследно спроведена и свемоћна индивидуализована воља, него њену границу представљају „елементарни стандарди хуманости“ уобличени помоћу других права. Ти стандарди се појављују напросто као дати међународним правом и уставом, без неког даљег и дубљег образложења зашто неприкосно-

¹⁷ *Ibid.*, I, 10, 29.

вено достојанство може и треба баш на овај начин да буде ограничено.

Хердеген наике тврди да се људско достојанство и остала права узајамно одређују садржајем и употребом, те пориче „онтолошки“ и временски приоритет достојанству у односу на права. Код Дирига достојанство несумњиво има онтолошки приоритет у односу на људска права.¹⁸ Хердеген нарочито истиче како слобода вере и мишљења, али и сва тзв. „класична“ права, и сама обликују идеју достојанства, односно да је њихов однос узајаман.¹⁹ У Дириговом тумачењу, достојанство је представљало неприкосновено језгро права, а однос достојанства и права је био једносмеран, док је у Хердегеновом тумачењу дигнитет једно од права ограничено другима, те и појам неприкосновености овде бива имплицитно редефинисан.

Основна уобличења гаранције достојанства Хердеген види у јамчењу самоодређења у обликовању свога живота и заштити сфере личности, делимично у заштити телесног и духовног интегритета, заштити при настанку људског живота као и у погледу развојних перспектива пренаталног живота, друштвеном захтеву за поштовањем, заштити од намерног неједнаког третмана и у обезбеђењу егзистенцијалног минимума. Садржај самоодређења и општег подручја личности чине првенствено индивидуална одговорност за сопствене животне одлуке и слобода самопредстављања – ови садржаји се протежу на низ појединачних права и слобода која их подупиру и уоквирују. Хердеген посебно истиче право на информационо самоодређење, право на остварење жеље за потомством, али и она која назива старијим правима попут заштите од управљања вољом и контроле невољног (наношењем патње, наметањем употребе детектора лажи, дрога и сл.), заштите од приморавања на самооптуживање, заштите права на сексуално самоодређење, заштите достојанства трудница (он потврђује медицинску, криминолошку и ембриопатску индикацију за прекид трудноће, за разлику од Дирига који признаје медицинску индикацију, а одбацује социјалну, еугеничку и етичку индикацију²⁰), заштите сфере приватности и права на самоодређење на крају живота.

Право на достојанство у Хердегеновом тумачењу је у уској вези с низом права и слобода, а првенствено с идејом слободног развоја личности. Ипак, његова интерпретација већ у основи има болне тач-

¹⁸ Посматрано из хоризонта историје права тачно је да су људска права временски претходила људском достојанству, али посматрано из хоризонта историје филозофије који је у овом погледу временски много обухватнији (и сеже до античких времена), идеја људског достојанства је претходила идеји људских права.

¹⁹ *Ibid.*, I, 7, 24.

²⁰ T. Maunz, G. Dürig, (1958), 90 91.

ке, јер он не нуди одговоре на два значајна питања. Прво, Хердеген не прави јасну разлику између идеје људског достојанства и идеје неометаног („слободног“) развоја личности, те остаје необразложено због чега је уопште било потребно одвајати те идеје. Такође, ограничавање овако схваћеног достојанства постаје проблематично осим ако се појам неприкосновености знатно не ослаби. У том случају стратегија ограничавања опет на крају оскудева у образложењима.²¹ Друго, он не нуди уверљиве разлоге због којих извесне слободе и права које јесу (и уобичајено се признају као) нужни предуслови реализације слободе људске личности, остају изостављени из права на дигнитет (партиципативна права, право на азил).

3.3. Биланс и достојанство

„Омекшавање“ апсолутности гаранције достојанства Хердеген је извео тако што га је одредио као једно од права, то јест као вредност која нема само иманентне границе, него и оне оличене у другим правима и вредностима. Одговор на питање да ли је у конкретном случају дошло до повреде људског достојанства за Хердегена се у већини случајева не може добити унапред него тек сагледавањем конкретних околности, осталих вредности, права и принципа сразмерности, односно једним поступком који он назива „целовитим билансирајућим посматрањем“ („*bilanzierende Gesamtbetrachtung*“).

Хердеген сматра да је погрешно закључити да је достојанство унапред јасно дефинисано и одређено само због тога што је неприкосновено. Такав закључак он чак сматра неоправданим поједностављењем одредбе из првог члана. Он је убеђен да се тек кроз конкретне случајеве може заиста одредити да ли је до повреде достојанства дошло. Неприхватање поступка „целовитог билансирајућег посматрања“ према Хердегеновом уверењу оставља само два решења као могућа: или се мора прихватити изузетно узак круг повреда достојанства или се у супротном спајањем широког садржаја достојанства и апсолутне, ничим ограничене забране онемогућује делање државе јер се инструментализовање и објективизовање човека може препознати и у многим видовима *спровођења правде*.²² Он овим тврди да у уобичајеним случајевима државног делања не долази до повреде достојанства због тога што специфичне околности и друге вредности оправдавају такво делање. Овакав приступ он примењује и на друге случајеве у којима суди о томе да ли је дошло до повреде достојанства, а не само када су у

²¹ О овом проблему више Paul Tiedemann, *Was ist Menschenwürde?*, WBG, Darmstadt 2006, 34 35.

²² M. Herdegen, (2010), II, 4, 47.

питању поступци државе. На тај начин он радикално ослабљује Диригово схватање неприкосновености.

Хердеген оштро критикује став да „свако диференцирање представља селективно умањење заштите достојанства одређеним групама“.²³ Чињеница да су увек и друге вредности у игри када се процењује да ли је до повреде достојанства дошло према његовом мишљењу не говори у прилог томе да се достојанство релативизује, него само о томе да се не може *à priori* утврдити да ли је ова вредност повређена и да се целокупна ситуација увек мора узети у обзир. Један од примера који он наводи односи се на његов суд да не повређује свака доживотна казна затвора достојанство када се имају у виду све околности. Разликовање починилаца и жртава које право мора да прави, за њега је један од кључних аргумената у корист тврдње да достојанство захтева конкретизацију и уважавање самог случаја. Уколико се достојанство не би могло одмеравати с обзиром на конкретне околности, то јест с обзиром на дело које је неко извршио а неко не, онда би овакво разликовање према Хердегеновом уверењу било немогуће, а починиоци би морали бити третирани једнако као и жртве.

Занимљиво је и значајно пратити како Хердеген покушава да примени свој начин резонавања оријентисаног ка случају на идеју људског достојанства чији је статус обележен једном специфичном речју: неприкосновеност. Хердеген хоће да ишчупа идеју људског достојанства из система *à priori* забрана и да и у њој пронађе простор за конкретност појединачних случајева. Притом се, наравно, сусреће са сложеним проблемом: уколико идеја достојанства буде у потпуности остављена процени спрам случаја, одредница неприкосновености прети да изгуби своје значење, а садржај достојанства да постане сасвим флуидан. Хердеген овај проблем покушава да реши тако што идеју достојанства дели на њен ужи и шири оквир, при чему ужи остаје неприкосновена и неодмерива срж, док шири захтева метод процене случаја („целовито билансирајуће посматрање“). Наравно, ова стратегија захтева оправдање, а аргумент којим га Хердеген поткрепљује у вези је с међународним правом и апсолутним искључивањем извесних поступака на овом нивоу. Потпуно неподложни билансирању су само они поступци који су забрањени међународним одредбама, те би се могло рећи да се само ту ради о неприкосновености у правом смислу речи. Срж достојанства која није подложна билансу садржи првенствено категоричку забрану геноцида, мучења, масовног прогона и расне и националне дискриминације. Онај ко затражи смисаону целовитост оваквог језгра достојанства и постави питање због чега појединачни прогон није, а масовни јесте не-

²³ *Ibid.*, III, 1b, 54.

двосмислена повреда људског достојанства, биће вероватно упућен на адресу међународног права, на коју се премешта постојећа теоријска пукотина. Други, „опсежнији“ део људског достојанства подложен је „билансирајућем поступку“ и самим тим појам неприкосновености овде бива измењен. Увођењем овакве разлике између ужег и ширег оквира појма, категорицке и билансирајуће гаранције неприкосновености (поступка који и сам остаје у незадовољавајућем степену јасан иако је требало да замени мутне путоказе објект-формуле), сама идеја достојанства бива унутрашње дуализована без задовољавајућег образложења. Овакво двојство у појму достојанства оставља хронично отвореним питање: да ли је неразборито то што уска категорицка забрана никада не подлеже билансирању или је пак неразборито то што билансирајући поступак у одређеној групи случајева оспорава категорицност забране?

3.4. Достојанство и проблеми савремених биомедицинских наука

Детаљније упознавање са структуром Хердегеновог тумачења гаранције људског достојанства показује да веома значајно место у његовом разумевању овог проблема заузимају новије медицинске и биолошке праксе. Многе од њих нису биле доступне у послератном периоду, те у Дириговом тумачењу и нису узете у обзир. Хердеген одговара на питање о томе да ли долази до повреде људског достојанства приликом вантелесне оплодње, при терапеутском и репродуктивном клонирању, сурогат-мајчинству и *germ-line* генској терапији. Имајући у виду обим који ова питања заузимају у тумачењу, као и значај који им Хердеген придаје, стиче се утисак да су она у великој мери дала покретачку снагу, као и важне контуре његовој интерпретацији у целини.

Дилеме у вези с пренаталним животом Хердеген означава као најтежа питања која се тичу тумачења гаранције људског достојанства. Он све дотадашње теорије које су покушале да реше статус пренаталног људског достојанства оцењује као незадовољавајуће, а до својих закључака (да право на достојанство важи од зачећа, да не постоји једнакост између ситуације *in vivo* и *in vitro*, да тотипотентне ћелије немају достојанство, итд.²⁴) долази одмеравајући низ аргумената у појединим стадијумима развоја. Општа стратегија његовог тумачења – „целовито билансирајуће посматрање“, као и раздвајање права на достојанство и права на живот,²⁵ долазе у овом сегменту нарочито до изражаја. Хердеген верује да овакав поступак не представља довођење у питање неприкосновености достојанства, него само њено

²⁴ Сваки од ових закључака би заслуживао посебно разматрање, али то није неопходно за основни правац овог рада.

²⁵ *Ibid.*, III, 3а, 61.

утврђивање узимајући у обзир обележја конкретног случаја. У оквирима Диригове интерпретације, „биланс неприкосновености“ би се појавио као *contradictio in adjecto*, а питање о задирању у неприкосновено језгро достојанства би морало бити унапред одговорено.

4. АПРИОРНА И АПОСТЕРИОРНА КОНЦЕПЦИЈА НЕПРИКОСНОВЕНОСТИ ДОСТОЈАНСТВА

У поређењу с Дириговим становиштем, Хердегенова концепција достојанства се може назвати апостериорном. Баштинећи Кантове ставове о достојанству као апсолутној вредности, као и хришћанско појмање светости људског живота и духовности, у оквирима Диригове интерпретације нема места за појмове као што су биланс, одмеравање или финалитет. Људско достојанство је „апсолутни *tertium comparationis*“²⁶ правног поретка, његова сврха, фундаментална вредност и неопходна допуна идеје правде. Људско достојанство је према Дириговом уверењу суштински садржај права и крајњи разлог њихове заштите, те њихова вредносна суштина с којом се не може калкулисати. Оно представља ону крајњу црту испод које се даље не може ићи и та апсолутна гаранција је еквивалент појму неприкосновености.

За разлику од Дирига, Хердеген „инсталирање“ априорне неприкосновености у правни поредак види као замену јуристичког метода погледом на свет и нарушавање његове неутралности. Оно тече паралелно с табузирањем идеје достојанства и покушајима да се из једне вредности откључа сав нормативитет животног света. Из тога следи нереалан, статичан и симплификован приступ бројним питањима на које право треба да одговори. Идеја априорне концепције достојанства, према Хердегеновом уверењу, чини правни поредак неодрживим.

Хердеген достојанство види и као начело права и као посебно право, али никако као суштински садржај права. Према његовом суду, између већег броја права и достојанства, али и других вредности, постоји узајаман однос, те да ли је дошло до повреде достојанства могуће је утврдити тек узимајући у обзир конкретне околности и одмеравајући читав сплет аспеката и вредности који су у игри. Да ли се неким поступком повређује достојанство не одређује само начин поступања, него и сврха датог поступка. Хердеген зато неприкосновеност одређује апостериорно: ако је утврђено да је нечије достојанство угрожено, заштита је неопходна. Неприкосновеност се, међутим,

²⁶ Günter Dürig, „Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde“, *Archiv des öffentlichen Rechts* 2/1956, 143.

појављује тек након што је извршено одмеравање, те гаранција има знатно ослабљенији смисао него у Дириговој концепцији у којој је синоним неприкосновености неприхватљивост икаквог одмеравања у одређеним случајевима.²⁷

5. ДВА ТРАГИЧНА СЛУЧАЈА КАО ОРИЈЕНТИРИ У ПРОМИШЉАЊУ ИДЕЈЕ НЕПРИКОСНОВЕНОСТИ

Разлику између два модела приступа концепту достојанства, чији су врло илустративни, али не и идеални репрезенти Диригово и Хердегеново тумачење, додатно осветљавају два случаја из претходне деценије који су изазвали звучне полемике у немачкој јавности.

Први случај који баца светло и сенке на промишљање гаранције неприкосновености достојанства тицао се Закона о ваздушној безбедности (*das Luftsicherheitsgesetz*) који је у СР Немачкој ступио на снагу у јануару 2005. године. Спорно место овог Закона био је ст. 3,²⁸ чл. 14 којим су установљена врло широка овлашћења у случају потребе за оружаним дејством како би се спречио претећи ваздушни напад након отмице неке летелице. Ова одредба је дозвољавала употребу оружја у оним случајевима када је то једини начин да се заустави опасност да ће летелица у ваздуху бити искоришћена против људских живота. Повод и контекст који су по свему судећи имали пресудну улогу у моменту састављања ове одредбе били су преокеански терористички напади, као и претње да ће се такви напади догодити и на територији Немачке. Како би била спречена несрећа већих размера, овај закон је требало да да дозволу обарању киднапованих авиона у случајевима у којима нема друге могућности, што је истовремено значило и прихватљивост жртвовања невиних живота путника и посаде који би се у том тренутку налазили у ваздуху.

Одредба 14.3. Закона о ваздушној безбедности која је омогућавала обарање авиона у коме су недужни путници и посада, 15. 02. 2006. године је проглашена неуставном од стране Савезног уставног суда Немачке.²⁹ Поред порицања легислативне моћи федералном нивоу да овакву одредбу донесе на основу чланова 35.2

²⁷ Већ је указано да и Хердеген тврди да постоји ужи круг категоричке заштите достојанства коју утемељује првенствено стандардима међународног права.

²⁸ „Непосредно дејство с оружјем силом је дозвољено једино ако се у постојећим околностима мора претпоставити да ће летелица бити употребљена против људских живота и да је оно једино средство одбране од те постојеће опасне ситуације.“ Art. 14, Abs. 3, Luftsicherheitsgesetz, <http://bundesrecht.juris.de/luftsig/14.html>, 9.06.2011.

²⁹ BVerfGE, 1 BvR 357/05 vom 15.02.2006, http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705.html, 9.06.2011.

(2) и 35.3 (1) Основног закона, као други основ неуставности Савезни уставни суд је навео њену неусаглашеност с гаранцијом права на живот повезаног с гаранцијом људског достојанства.³⁰ Према мишљењу судија, путници и посада у овом случају не могу бити посматрани као део опасног оружја како су неки тврдили, него само као жртве, или класичном Кантовом формулацијом, као сврхе по себи, те заслужују неприкосновену заштиту. Другим речима, одмеравања њиховог достојанства спрам могућих жртава и штете не може бити. Одбаченом одредбом путници би постали објект не само починилаца злочина него и саме државе, те изгубили статус субјеката и њега пратеће достојанство. Одлука суда је наводила да је намерно и законом одобрено лишавање живота лица која су у летелици сасвим несагласно с уставном гаранцијом људског достојанства, а претпоставка да су грађани у таквој ситуацији дужни да жртвују своје животе зарад општег добра потпуно неприхватљива. Вредно помена је да се у одлуци наглашава да уколико би починиоци били сами у летелици, одредба 14.3. не би била неуставна с обзиром на везу гаранције права на живот и гаранције достојанства, јер се починиоцима тада не би одузимао статус субјекта имајући у виду да су они сами свесни и одговорни изазивачи последица својих поступака и не налазе се у беспомоћној позицији као недужни путници или посада.

Усвајање и уставно оспоравање наведене одредбе Закона о ваздушној безбедности није остало непропраћено рекацијама стручне и грађанске јавности. Одлука Савезног уставног суда углавном је схваћена као одбацивање релативизовања и „билансирања“ неприкосновености људског достојанства, али мишљења о њеној исправности нису била само афирмативна.³¹ Хердеген је одлуку Савезног уставног суда оценио као оскудно образложено у погледу повреде људског достојанства, као правно отварање врата за несметано спровођење терористичких напада од тренутка отмице авиона и као проблематичну у њеним импликацијама по војна дејства у оружаним сукобима.³²

Догађаји у вези с терористичким нападима учинили су свакако реалнијим страх од могућности масовних отмица и злоупотреба невиних грађана у стварању жртава и штета огромних размера. Истовремено, они су пред право поставили веома тегобно питање како дати задовољавајући одговор на овакве екстремне околности. С једне

³⁰ Треба напоменути да су се судије притом позвале и на ст. 2, чл. 19 Основног закона који забрањује повреду неког права у његовом суштинском садржају, а у коме је Дириг иначе препознао значајну уставну афирмацију својих тврдњи да је достојанство суштински садржај гарантованих права.

³¹ Критички у погледу ове одлуке нпр.: Nina Naske, Georg Nolte, „Aerial Security Law“, *The American Journal of International Law* 2/2007, 469-471.

³² M. Herdegen, (2004), 2, 96.

стране, поново се поставило питање има ли неких вредности – нпр. животи невиних цивила – које су без остатка неприкосновене, те не могу бити суспендоване без обзира на околности, неких вредности које не могу бити држави на располагању, а да право и институционални поредак не изгуби смисао? С друге стране се, међутим, отворио проблем шта чинити у случајевима у којима ће уздржавање од реаговања изазвати несрећу несагледивих размера? Свако ко би категорички одбацио могућност било каквог одмеравања, лако би се могао наћи уплетен у проблем који би, да је мање реалан и тежак, личио на старе софизме: увек је могуће уместо мањих несрећа претпоставити несреће већих размера и изнова доводити у питање априорну конструкцију неприкосновености неке вредности или начела. Они који без обзира на околности ипак инсистирају на неприкосновености на крају остају приморани да прихвате ону стару, апсурдну крилатицу: *fiat iustitia, et pereat mundus*.

Други, застрашујући случај отворио је исти тегобан проблем у нешто другачијем контексту, али се такође поставио као референтна тачка у промишљању гаранције неприкосновености и људског достојанства. У септембру 2002. године, једанаестогодишњег дечака киднаповео је двадесетседмогодишњи студент права. Након што је отмичар ухваћен, потпредседник франкфуртске полиције, у нади да ће спасити дечаков живот, издао је налог вишем комесару за криминал да се током саслушања отмичару запрети наношењем телесних повреда, што је комесар и учинио. Одмах након изречених претњи, отмичар је признао да је дечаку већ одузео живот, те до остварења изнетих претњи мучењем није дошло. Наравно, након овог страшног злочина убрзо су уследили судски поступци,³³ али и јавна дебата која је задрала у темељна начела правног поретка.³⁴

Поступак потпредседника полиције и вишег комесара је изазвао полемику у којој су се појавила различита становишта. Неки су заузели критички став у погледу поступка у литератури названог *спасоносно мучење (die Rettungsfolter)*,³⁵ док су неки пресуду оценили као погрешну, аргументујући да се радило о ситуацији нужне одбране или прецизније нужне помоћи (*die Nothilfe*) у којој су се државни службеници нашли, а да је коришћени став да се достојанство

³³ Ток овог поступка у коме је отмичар у Немачкој осуђен на доживотну робију, а након тога се жалио Европском суду за људска права у Стразбуру због повреде права од стране државних службеника (којима су изречене благе санкције) овом приликом не морамо даље пратити.

³⁴ Kay Bourcarde, *Folter im Rechtsstaat*, Giessen 2004, http://www.bourcarde.eu/texte/folter_im_rechtsstaat.pdf, 9. jun 2011.8 10; Die Chronologie der Ereignisse, http://www.anstageslicht.de/index.php?UP_ID_1&NAVZU_ID_16&STORY_ID_1&M_STORY_ID_7, 9. jun 2011.

³⁵ Нпр. претежно критички, К. Möller, 17.

не сме одмеравати неодбрањив, попут Херцберга Дитриха (*Herzberg Dietrich*).³⁶ Један од учесника ове расправе, Ерик Хилгендорф³⁷ (*Eric Hilgendorf*), оценио је да су у немачком правном систему могућа три различита пута имајући у виду дати случај, што, нажалост, представља „трагичну трилему“:³⁸ а) потпуна забрана наношења повреда и остављање евентуалних решавања хипотетичких екстремних ситуација изван домена права, б) дозвољавање наношења лакших телесних повреда које не би биле окарактерисане као мучење и ц) процена да ли су извесни поступци полиције прихватљиви у зависности од тога да ли се конкретно делање може означити као проистекло из нужности одбране.³⁹ Док се прва опција може означити као ригиднија концепција неприкосновености, а трећа као њена билансирајућа, мекша варијанта, у целини се може закључити да је и овај случај отворио шири проблем већ назначеног питања оправдања и смисла неприкосновених гаранција у праву и последица њиховог афирмисања или негирања. Забрана мучења, а нарочито забрана мучења неокривљених лица се, с једне стране, перципира као *conditio sine qua non* модерног права, али се, с друге стране, јавља и питање о постојању обавезе да се предупредe и зауставе монструозни злочини тако што ће се категоричност ових забрана ослабити њиховим редефинисањем. Застрашујуће су могуће последице категоричке забране када замислимо неки *ticking bomb* сценарио, али су такође сасвим ужасавајуће и последице релативизовања ове забране.

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА: ТРАГИЧНО И АПСУРДНО У ПРЕВОЂЕЊУ ВРЕДНОСТИ У ЗАПОВЕСТИ

Промишљање Дириговог и Хердегеновог тумачења идеје достојанства, као и два скицирана случаја који отварају проблем неприкосновених гаранција у оквирима права, неизбежно упућују на поновно разматрање старе етичке алтернативе између деонтологије и консеквенцијализма. У свом чистом и свакако поједностављеном

³⁶ Rolf Dietrich Herzberg, „Folter und Menschenwürde“, *Juristenzeitung* 7/2005, 321 328.

³⁷ Вид. Eric Hilgendorf, „Folter im Rechtsstaat?“, *Juristenzeitung* 7/2004, 33 339.

³⁸ На у основи трагичну природу овог и сродних случајева експлицитно указују неки савремени правници (нпр. Хорст Драјер у Jan Feddersen, „Die Verfassung ist keine Bibel“ Interview mit Horst Dreier, *die Tageszeitung*, 26.03.2009.), а ширу филозофску елаборацију проблема редуковања и негирања феномена трагичног, коју је у XIX веку понудио Ниче у свом чувеном „Рођењу трагедије из духа музике“, на печатљив начин је развила Марта Нусбаум у „Крхкости доброте“ (М. Нусбаум, *Крхкост доброте*, Службени гласник, Београд 2009).

³⁹ *Ibid.*, 338 339.

облику, на једној страни ове дилеме налази се оцена људских поступака спрам њихове усклађености с темељним дужностима/забра-нама, а на другој њихова процена спрам последица које ће донети. Класични и донекле вулгаризовани конфликт ова два приступа оди-грава се у арени у којој је, с једне стране, извештан поступак који ни у ком случају не може бити оправдан (нпр. кажњавање невиних), док противничка страна у извесним драстичним околностима види могућност извођења чак и оваквог поступка, односно суспендовања чак и овог правила. Назначена алтернатива ни у ком случају није допадљива, јер и једном и другом начину резонувања барем хипоте-тички прети свођење на апсурд. Радикално прихватање категоричких забрана преведено у реалне околности може попримити опасан про-фил статичне и аутодеструктивне доследности, док њихово априорно одбацивање моралну разборитост и сензибилитет замењује законима великих бројева у којима се индивидуе утапају.

Још у већој сложености се тежина алтернативе деонтологије и консеквенцијализма појављује у оквирима права. Релативизовање темељних правних претпоставки и забрана као што су презумпција невиности, забрана кажњавања недужних или забрана мучења од правног поретка ствара поредак несигурности и терора. С друге стране, не само хипотетичке ситуације екстремних претњи по људске животе, здравље, живот уопште или планету које у данашњици иду до опасности несагледивих размера (помислимо само на нуклеарне реакторе) могу да доведу у питање један поредак који је у основи неконсеквенцијалистичког карактера. Није потребно чак ићи ни то-лико далеко у разматрању проблема ригидније одбране неприкосно-вености: проблем овог приступа се увек изнова отвара у ситуацијама ограничених ресурса, а знатнијих елементарних потреба опстанка, у којима неки појединци нужно остају лишени упркос томе што самом логиком поретка достојанства, слободе и једнакости то не би смело да буде могуће.

Упитаност над мишљу о постојању апсолутних вредности и могућности разборитог обликовања друштвеног света помоћу овековечења извесних правила независно од околности, довела је у историји филозофије, али и погледа на свет, до диференцирања позиција које иду од крајњег релативизма до крајњег апсолутизма. Када је у питању људско достојанство, Кант је био тај који је ову идеју на експлицитан начин означио као неприкосновену вредност: „У царству сврха све има или неку цену или неко достојанство. Оно што има цену такво је да се на његово место може постави-ти такође нешто друго као његов *еквивалент*; напротив, оно што је узвишеније од сваке цене, оно што не допушта никакав еквивалент, достојанство је“.⁴⁰

⁴⁰ Имануел Кант, *Заснивање метафизике морала*, БИГЗ, Београд 1981, 82.

На сличан начин се она појавила и у праву посредством гаранције у првом и 79. члану Бонског устава. Диригове интерпретације су подржале овакву духовну оријентацију. Свако релативизовање темељне вредности права и културног наслеђа у јавности мора имати призвук скандала, али то ипак не значи да увек мора бити резултат непромишљености и неразборитости. Колико год друга страна била у многим погледима мањкава или неприхватљива, у овом случају она ипак указује на иманентне границе једне етичке позиције, једног тумачења достојанства и једног схватања права. Нажалост, ово противничко, релативизујуће становиште је и само обележено предзнаком апсурдности, те посматрано из назначене алтернативе: неприкосновеност – да или не, ткиво права у целини остаје осуђено на одређену меру трагичности.

Dr. Duška Franeta

Assistant Professor

Faculty for Legal and Business Studies, Novi Sad

A RECENT DEBATE ON HUMAN DIGNITY AND THE PROBLEM OF TRAGIC AND ABSURD IN LAW

Summary

The author of the leading interpretation of the guarantee of human dignity in German constitution of the second half of the twentieth century was German lawyer Günter Dürig. At the core of his analysis of the concept of dignity, placed on the top of the Bonn constitution, was the equalization of dignity with the essence of human rights alongside with his statement that dignity understood as their „untouchable“ (*unantastbar*) substance should be ultimately and infinitely protected.

The new millennium brought a more radical turn from this influential legal understanding of human dignity. Although not isolated in his venture of critique of Dürigs analysis, Matthias Herdegens new interpretation of the first article was even more distinct for its clear abandon of the basic ideas of his predecessor as well as for the fact that it actually replaced the Dürigs paradigmatic commentary. The author of this article analyses Herdegens interpretation of the concept of human dignity and compares it to the preceding but also rival Dürigs understanding.

The comparison of Dürigs and Herdegens standpoint is further illuminated and put in a wider context by taking into consideration two

cases largely debated in Germany whose interpretation showed to be dependant on the understanding of the ideas of „untouchableness“ and human dignity (*Luftsicherheitsgesetz*-case and *Rettungsfolter*-case). As result of examination of the complex nature of these cases and the legal-philosophical and ethical presuppositions and consequences of the two rival theories of „untouchableness“ and human dignity, it is concluded that notwithstanding their different success in responding to the particular problems, this alternative necessarily leaves law condemned to some degree of tragedy and absurdity.

Key words: *Human dignity. – German constitution. – Matthias Herdegen. – Günter Dürig. – Die Unantastbarkeit.*

Мр Душан Ракитић*

АНАЛИЗА ОСНОВНИХ ЕЛЕМЕНАТА ОПШТЕГ ЗАКОНСКОГ РЕШЕЊА РЕСТИТУЦИЈЕ У СРБИЈИ ИЗ ПЕРСПЕКТИВЕ ПРАКСЕ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Круг лица којима се законом признаје статус корисника реституције, категорије права која се реституишу, као и постојање и висина накнаде дуго ване у вези с тим поступком, основни су извори спорова пред Европским судом за људска права у области реституције. Пракса Суда у тој области државама дозвољава веома широко поље слободне процене у погледу сва три најспорнија питања. У Србији је управо донет општи закон о денационализацији, након низа парцијалних прописа у претходне две деценије. Анализом усвојеног решења на основу одговарајуће праксе Суда испитане су тврдње које су се биле појавиле у стручној и политичкој јавности о ограничавајућем дејству закона о враћању црквене и имовине верских заједница на решења у општем акту. Такође, указује се на могућност да би пракса Суда у погледу института „леgitимног очекивања“, примењена на Србију, управо захтевала натуралну реституцију у оним случајевима у којима је могућа. Пружен је основ за тврдњу да би различити правни режими реституције у односу на различите категорије корисника могли опстати пред Судом под условом да је разликовање засновано на закону, да има оправдану сврху и да представља одговарајуће средство за постизање те сврхе. Најзад, анализа праксе Суда указује да би решење које предвиђа натуралну реституцију, праћену накнадом нижом од тржишне вредности одузетог у случајевима када натурална реституција није могућа, такође опстало пред Судом.

Кључне речи: *Реституција. Натурална реституција. Денационализација. Поље слободне процене. Европски суд за људска права.*

* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, drakitic@ius.bg.ac.rs.

1. УВОД

Циљ рада је утврђивање вероватних ставова Европског суда за људска права, на основу његове праксе, у односу на законодавна решења усвојена у Србији у септембру 2011. године,¹ у условима важења одређеног броја закона који или предвиђају парцијалну натуралну реституцију или такав поступак изричито најављују.

У трећем (приказ референтних пресуда Европског суда за људска права) и четвртм делу рада (осврт на историјат развоја реституционог законодавства у Србији закључно са општим законом из 2011. године) предложени су оперативни елементи анализе: релевантне пресуде и опис српског законског оквира, док је сама анализа спроведена у петом делу.

2. ПОЈМОВНИ ОКВИР

Заштита имовине у Европској конвенцији о људским правима (Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, даље: Конвенција), садржана је у чл. 1 Првог протокола од 20. марта 1952. године, у коме су одређени дозвољени основ и границе државне интервенције.² Члан садржи три правила, од којих је прво гаранција мирног уживања имовинског поседа, док друго и треће одређују услове под којима у појединачним случајевима и на општем плану

¹ Између првог подношења рада редакцији овог часописа, почетком априла 2011. године, и децембра 2011. године када је финализован, модел реституције за који се одлучила Влада Србије прво је постао познат, када је Одбор за привреду и финансије Владе Србије објавио Радну верзију Нацрта закона о враћању имовине и обештећењу 29. јула 2011. године, а потом је у највећој мери и усвојен у Закону о враћању имовине и обештећењу, из септембра 2011. године (*Службени гласник РС*, бр. 72/2011). Такође, у току истог периода, 20. априла 2011. године, Уставни суд Србије је одбио иницијативе за оцену уставности Закона о враћању имовине црквама и верским заједницама, заснованог на начелу натуралне реституције. Наравно, због ових битних чињеница, тежиште рада је померено: од пројекције одлука Европског суда за људска права у односу на могућа решења реституције, измештено је на укрштање ставова тог суда са усвојеним решењем у Србији. Измене, пак, нису уопште биле велике, будући да су решења која су закључком рада иницијално, почетком априла 2011. године, била препозната као могућа, управо и озакоњена у септембру 2011. године.

² Ове одредбе нашле су се у Првом протоколу, уместо у основном тексту Конвенције, због великих тешкоћа које су настале поводом њиховог усаглашавања. David Harris, Michael O'Boyle & Colin Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford – New York 2009², 655. Уопште, питање да ли право на имовину спада у људска права било је предмет оштрих сукоба у последњим вековима, након грађанских преврата у Европи. Ali Riza Çoban, *Protection of property rights within the European Convention on Human Rights*, Ashgate, Alder shot – Burlington 2004, 1.

имовина може бити одузета, односно њено коришћење ограничено. Европски суд за људска права (даље: Суд) у својим пресудама не пропушта да нагласи да је суштина примене тог члана управо у проналажењу одговарајуће равнотеже између ових супротстављених правила.³

Поље слободне процене (*margin of appreciation*) је институт која има непосредне корене у француској и немачкој управно-судској пракси, а за Суд представља слободни простор остављен националним властима да уреде неко питање примењујући заједнички стандард. Ово мерило Суд прилагођава области коју испитује, а приметна је и тенденција Суда да постепеним сужавањем поља слободне процене у већини области присиљава државе на што већу конвергенцију, без обзира што слово заједничког стандарда (Конвенција) у међувремену остаје исто.⁴

У односу на прописивање и спровођење реституције, приметан је двоструки основ за став Суда да државе уживају веома широко поље слободне процене. Прво, у низу пресуда се утврђује да је то поље веома широко када се ради о економским интересима и интересима друштвене правде,⁵ и, посебно, када се ради о промени политичког и економског система.⁶

У вези с реституцијом имовине одузете у време комунизма, важно је знати да је Суд одбио да тумачи чл. 1 Првог протокола Конвенције као да је њиме државама задата општа обавеза да приступе реституцији. На тај начин, Суд је одбио да под штићено добро – „имовину“ – подведе очекивања у погледу реституције у државама које су изашле из комунизма.⁷ Међутим, осим на важећим прописима заснованих права, Суд је утврдио и да одређена „леgitимна очекивања“ у погледу реституције уживају заштиту по основу права на имовину. Суд сматра да су очекивања легитимна уколико је власнички интерес у односу на одузету имовину у време важења Конвенције стекао такав ослонац у правном поретку да се може сма-

³ *Jahn and others v. Germany* [GC], nos. 46720/99, 72203/01 and 72552/01, §93, ECHR 2005 VI.

⁴ Onder Bakircioglu, „The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases“, *German Law Journal* 8, 7/2007, 711 733; Yuval Shany, „Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law“, *The European Journal of International Law* 16, 5/2006, 907 940.

⁵ *James and others v. the United Kingdom* (plenary session), 21 February 1986, Series A no. 098 B.

⁶ *Jahn and others v. Germany*, §113; *Kopecký v. Slovakia* [GC], no. 44912/98, §35, ECHR 2004 IX; *Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, §182, ECHR 2004 V.

⁷ Питање да ли Суд пружа заштиту очекивањима у погледу реституције поставило се јер у надлежност Суда не долазе акти одузимања, будући да су из вршени давно пре него што су државе које су их биле починиле постале обавезане Конвенцијом.

трати да је исти власнички интерес или преживео одузимање, или да је обновљен (најчешће доношењем закона о реституцији или о компензацији, који би обухватио одређено лице).⁸

Од посебног значаја за теоријско сагледавање реституције имовине одузете из идеолошких разлога у време комунизма је настојање да се овај поступак сврста у класичан случај тзв. „транзиционе правде“, у погледу које у литератури постоје обимне анализе да ли и у којој мери сме да одступа од правде у редовним околностима.⁹ Познер и Вермеле, у свом класичном чланку, бране транзициону правду од оптужби да је етички проблематична због својих ретроактивних дејстава, истичући управо таква ретроактивна дејства као изузетно важна за легитимитет и ауторитет новог система у будућности. Такође, исти аутори објашњавају да, према важећим економским законитостима, прерасподела богатства кроз реституцију не може угрозити привредни развој уколико нова права буду јасно одређена и објављена, тако да у погледу њих не постоји неизвесност.¹⁰ Они у реституцији виде три дејства промовисања слободног тржишта: „приврженост својинским правима која превазилази права државе... друго, реституциони програми ограничавају слободну дискрецију званичника у пост-транзиционој власти, који, пак, често имају нездраву везу са пре-транзиционим властима... и треће, вероватније је да ће реституциони програми скинути морални и политички притисак с постојеће (затечене, прим. Д.Р.) алокације својинских права него (друге, прим. Д.Р.) алокационе схеме које могу изгледати рационалније.“¹¹ Иначе, појам „транзиционе правде“ изгледа да је настао управо као резултат напора да се из транзиционих процеса искључи интерес задовољења правичности, тј. да се у наводном интересу будуће правне сигурности затечена стања сматрају датим и да се на њих не примењују обзири „редовне правде.“¹²

Политички и симболички значај реституције за транзицију довео је до тога да је она примењена у скоро свим пост-комунистичким

⁸ Ursula Kriebaum, Christoph Schreuer, „The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law“, 4, http://www.univie.ac.at/intlaw/concept_property.pdf, 31.12.2010; Council of Europe, *The right to property under the European Convention on Human Rights: A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights and its protocols*, June 2007, Human rights handbooks, No. 10, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/49f186632.html>, 31.12.2010.

⁹ О теоријском поимању транзиције у контексту Србије вид. Радмила Васић, „Правна држава и транзиција“, *Анали Правног факултета Универзитета у Београду* 1 4/2001, 59-78.

¹⁰ Eric A. Posner, Adrian Vermeule, „Transitional Justice As Ordinary Justice“, The Law School, The University of Chicago, March 2003, <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>, 2, 16, 31.12.2010.

¹¹ *Ibid.*, 20-21.

¹² Tom Allen, „Restitution and Transitional Justice in the European Court of Human Rights“, *Columbia Journal of European Law* 13/Winter 2006/2007, 1-47.

земљама, тј. у свим пост-комунистичким земљама које су имале јасан уставни и политички дисконтинуитет с комунистичким периодом (дакле, изузимајући Русију), али и до разноликости у погледу примењених модалитета. Илустративан пример је Чешка, која је круг корисника реституције ограничила на своје држављане, а датумом од кога се признају одузимања постављеним у 1948. годину искључила из круга корисника Судетске Немце и Јевреје.¹³

Поступак исправљања неправди проузрокованих одузимањем имовине из идеолошких разлога по природи ствари мора да обухвати и враћање својине на стварима (тзв. „натуралну реституцију“) и плаћање накнаде (јер у неким ситуацијама својину једноставно није могуће реституисати, пре свега услед пропасти ствари поводом које је постојала). Највећи број држава централне и источне Европе дао је приоритет натуралној (*in rem*) реституцији – Немачка, Пољска, Чешка, Словачка, Бугарска, Румунија. Супротно решење примењено је само у Мађарској. Приоритет који је дат враћању у природи приликом исправљања последица комунистичких недела у земљама централне и источне Европе може се посматрати и као специјалан случај примене општег става међународног права, које за случај повреда људских права у начелу првенствено налаже враћање својине на стварима.¹⁴ Преовлађивање давања првенства враћању својине на стварима на упоредном плану може се објаснити тврдњом да тај метод ствара значајно веће политичке, економске и симболичке добробити за друштво од плаћања накнаде за одузета права.¹⁵ Најзад, приоритет натуралне реституције јасан је и из језичке употребе, где се термин „реституција“ наметнуо и у српском и у енглеском језику као означавање читавог поступка, обухватајући оба конкретна модалитета.¹⁶ Поштујући такву језичку употребу, у овом раду се термин „реституција“ користи за читав поступак, без обзира да ли се ради о натуралној реституцији или компензацији, а изричито ће бити наглашено када се ради о *натуралној* реституцији или, речима са словенским кореном речено, о „враћању“ тј. о „повраћају“.

¹³ Rhodri C. Williams, „The Contemporary Right to Property Restitution in the Context of Transitional Justice“, *International Center for Transitional Justice*, May 2007, 11–23, http://www.ictj.org/static/PropertyRestitution/Rest_Pub_07.pdf, 31.12.2010.

¹⁴ Antoine C. Buyse, „Lost and regained?: restitution as a remedy for human rights violations in the context of international law“, *Heidelberg Journal of International Law* 68/2008, 152.

¹⁵ О аргументима у прилог приоритета натуралне реституције вид. Душан Ракић, „Реституција грађевинског земљишта у Србији: елементи и важност за успех транзиције у Србији“, *Правни капацитет Србије за европске интеграције*, II, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2007, 149–163.

¹⁶ Алтернативни општи назив за овај поступак јесте „денационализација“, с тим што треба имати у виду да тај израз означава и поступке које су у последњих неколико деценија спроводиле тржишне демократије Запада, тако да он има своје специфично значење у контексту централне и источне Европе.

3. РЕФЕРЕНТНЕ ПРЕСУДЕ

3.1. Одређење круга корисника реституције

Пресуда у предмету *Надбискупија загребачка против Словеније*¹⁷ карактеристична је за став Суда да државе имају широку могућност да дефинишу, па самим тим и да ограниче круг корисника реституције према одређеним њиховим својствима – држављанству, пребивалишту и сл. У овом случају, Суд је оснажио одбијање словеначких органа за враћање имовине Надбискупији загребачкој с образложењем да пропис који би представљао основ враћања омогућава враћање имовине црквама и верским заједницама „које делују на територији Словеније“, као и да Надбискупија загребачка, иако део Католичке цркве, тај услов није испуњавала.

За ову групу одлука карактеристична је и пресуда у предмету *Грацингер и Грацингерова против Чешке Републике*.¹⁸ Ту се радило о држављанима САД који су захтевали повраћај имовине од Чешке упркос чињеници да је тада важећи чешки закон предвиђао враћање имовине само лицима с држављанством те државе. У образложењу, које је важно и за разумевање доктрине легитимног очекивања какву примењује Суд, објашњено је да се под тај појам не може подвести ситуација за коју је закон искључио могућност враћања, те да не може представљати основ легитимности очекивања да уставни суд поништи ограничавајућу одредбу, као ни очекивања да би спорна одредба могла бити промењена у законодавном поступку.¹⁹

3.2. Испуњење услова прописаног законом

Пресуда у предмету *Копечки против Словачке* је пример за став Суда да не постоји ни имовинско право, ни легитимно очекивање имовинског права, уколико потенцијални корисник реституције не испуни услов постављен у закону, чак и уколико је то објективно тешко или немогуће учинити. Копечки је тужио Словачку јер је била одбила да врати златнике (дакле, покретне ствари) одузете његовом оцу. Словачка се бранила позвавши се на околност да законски основ враћања, један закон из 1991. године, поставља услов да корисник реституције мора не само да докаже своје право, већ мора и да укаже тачно где се налази покретна ствар чије враћање тражи. Будући да Словачка Копечком није омогућила приступ државном трезору, он није могао са сигурношћу да утврди где се златници налазе и тиме

¹⁷ *Nadbiskupija Zagrebačka v. Slovenia* (dec.), no. 60376/00, 27 May 2004.

¹⁸ *Gratzinger and Gratzingerova v. Czech Republic* (dec.) [GC], no. 39794/98, ECHR 2002 VII.

¹⁹ *Ibid.*, §72, §73.

испуни законски услов, због чега је Суд представку Копечког прогласио неприхватљивом.²⁰

3.3. Дискриминација у погледу или по основу имовине

У значајном броју случајева у вези са заштитом права на имовину расправљене су и тврдње о наводном дискриминаторном дејству одређених прописа на подносиоце представки у погледу њихових имовинских права или с обзиром на њихово имовинско стање.²¹

У једној од кључних таквих пресуда, на пример *Џејмс и др. против Уједињеног Краљевства* (1986),²² Суд је истакао да је различит третман дискриминаторан у смислу чл. 14 Конвенције уколико нема објективно и разумно оправдање, тј. ако нема легитиман циљ или ако не постоји разуман однос сразмере примењених средстава и жељеног циља. Суд је такође потврдио да државе у области имовинских права уживају одређено поље слободне процене у погледу тога да ли поједине разлике између сличних ситуација дозвољавају њихов диференциран правни третман.²³ У овом случају, носиоци права *freehold* жалили су се на дејство Закона о реформи права закупа земље из 1967. године, којим је дугорочним закупцима дато право да од њих откупе *freehold* и против њихове воље. Суд је, између осталог, нашао да тај закон није био дискриминаторан по основу богатства, будући да је имао легитиман циљ да исправи неправедну неравнотежу између власника земље и дугорочних закупаца, и у односу на тај циљ је предвидео одговарајућа средства.

За прецизно схватање технике примене Конвенције од помоћи је образложење суда у већ поменутој пресуди *Грацингер и Грацингерова против Чешке Републике*.²⁴ Суд је одбио позивање подносилаца представке на повреду чл. 14 Конвенције, који садржи забрану дискриминације. У образложењу је истакнуто да чл. 14 Конвенције не постоји независно од материјално-правних одредаба Конвенције, те се о његовој примени може говорити само уколико се утврди да постоји повреда неког од (супстантивних) права које Конвенција гарантује. Као што је већ објашњено, будући да је Суд утврдио да у конкретном случају подносиоци представке нису имали ни имовинско право ни легитимно очекивање у погледу имовинског

²⁰ *Kopecký v. Slovakia.*

²¹ *James and others v. the United Kingdom; Gratzinger and Gratzingerova v. Czech Republic.*

²² *James and others v. the United Kingdom.*

²³ *Ibid.*, §75.

²⁴ *Gratzinger and Gratzingerova v. Czech Republic.*

права, није могуће говорити ни о њиховом неједнаком третману у погледу наводног права.²⁵

3.4. Висина накнаде

Када се у целини сагледају и упореде ставови Суда у споровима поводом накнаде дуговане за права одузета у даљој прошлости из идеолошких разлога и накнаде за права одузета у ближој прошлости у поступцима њихове реституције ранијим, тј. легитимним власницима, на први поглед може изгледати да Суд није остао доследан.²⁶ Постоје, наиме, пресуде које ослобађају од одговорности плаћања било какве накнаде, као и оне које налажу накнаду пуне тржишне вредности. Пажљивији поглед на ову разноврсност доводи до објашњења привидне недоследности и нуди врло драгоцене поуке за сагледавање решења примењеног у Србији.

У предмету *Јан и други против Немачке* радило се о представци наследника лица насељених на пољопривредна имања по основу аграрне реформе.²⁷ Наиме, непосредно пре уједињења две Немачке, ДДР је усвојила законе којим је коришћење пољопривредних поседа по основу аграрне реформе изједначено са својином (тзв. *Modrow* закони). Након Уједињења, пак, усвојени су закони којима је предвиђено да у одређеним случајевима порески органи стичу својину на таквим имањима, укидајући без икакве накнаде права појединаца стечена по основу *Modrow* закона. Суд је оснажио поступање органа СР Немачке по таквим прописима, спровевши следећу анализу: прво, одузимање је било законом предвиђено и као такво не може се сматрати арбитрарним; друго, законом је утврђено да се предметно одузимање врши у јавном интересу; и треће, у погледу сразмерности употребљених средстава циљу, Суд је подсетио на свој уобичајени став о неопходности постојања „разумне везе“ између висине накнаде за одређено имовинско право и тржишне вредности тог права, уз напомену да накнада не мора неизоставно да постоји, под условом да лица која подносе представку не носе „непропорционалан и претеран терет“.²⁸

Случај *Брониовски против Пољске*,²⁹ следећи карактеристичан пример на скали висине накнаде која се у пракси Суда може препо-

²⁵ *Ibid.*, §68.

²⁶ Т. Allen, 39.

²⁷ *Jahn and others v. Germany*.

²⁸ *Ibid.*, §81-95. Овај случај је веома поучан за Србију и у погледу тога како једна од несумњиво водећих држава у Европи и свету у погледу софистицираности правног система, правне сигурности и владавине права није сматрала неповредивим имовинска права појединаца стечена у време тоталитаризма, већ је одмеравала околности њиховог стицања и општи интерес.

²⁹ *Broniowski v. Poland*.

знати, проистекао је из сложене правне ситуације. Непосредно након Другог светског рата одређене територије источно од реке Буг на којима су живели држављани Пољске остале су изван граница те државе. Извршена је репатријација тих лица у Пољској, која им је издала признанице о праву да од ње приме накнаду за имовину коју су променом граница изгубили. У време комунизма више пута су доношени закони којима је таквим лицима омогућено да ове признанице реализују тако што би их искористили да плате накнаду за коришћење земљишних поседа који су могли добити од државе. Током 90-тих ова правила су поновљена у новим законима, с тим што је држава другим прописима значајно смањила земљишни фонд из кога је такво намирење могло да буде вршено (преношењем пољопривредног земљишта на локалне самоуправе), и на друге начине отежала реализацију права из тих признаница. Потом је 2003. године донет закон којим је прописано да се *ex lege* сматрају намиреним сва потраживања оних лица која су у било којој, па и најмањој мери реализовала своја права из предметних признаница, док она лица која то уопште нису учинила имају право на накнаду у висини 15% вредности изгубљене имовине. Брониовски је тужио Пољску сматрајући да је овим законом повређено његово право на накнаду имовине коју су услед описаних историјских околности изгубили његови правни претходници, будући да су они у време комунистичког режима у Пољској успели да реализацијом признаница прибаве земљу на коришћење у вредности 2% своје раније имовине, што је по новом закону из 2003. године био разлог за искључење сваке даље обавезе државе.

Уследила је пресуда у којој је Суд констатовао, прво, да је Брониовски имао валидан имовински интерес, будући да је захваљујући признаници право на накнаду имовине остављене источно од реке Буг „преживело“ до тренутка доласка Пољске под надлежност Суда, и, друго, да је описани пропис довео до тога да Брониовски сноси „несразмерно велики и претеран терет“, који се не може правдати легитимним интересом заједнице. Суд је наредио Пољској да мора обезбедити остварење имовинског права Брониовског.³⁰

Три месеца касније уследила је одлука Уставног суда Пољске којим су описане одредбе закона из 2003. године поништене, а већ следеће, 2005. године, донет је нови закон, којим је накнада за ову врсту потраживања ограничена на укупно 20% тржишне вредности изгубљене имовине, при чему реализација таквог потраживања у ранијем периоду у мањем обиму од 20% вредности није искључивала примање накнаде до истог плафона.

Најзад, 2005. године је такође закључено и „пријатељско поравнање“ између Брониовског и Пољске пред Судом, које је уграђено

³⁰ *Ibid.*, §187.

у прву пресуду Суда са општим дејством (тзв. „пилот пресуда“), будући да је Суд већ у својој пресуди из 2004. године констатовао да се ради о читавој „класи“ лица која су неправично лишена имовинског права.³¹

Пресуда Брониовски је добар пример најчешће формулације коју Суд употребљава, да се „неки износ“ накнаде дугује за одузимање имовине у општем интересу, дакле по правилу не пуна накнада уколико умањење захтевају „леgitимни циљеви јавног интереса“, као и да би дуговани износ накнаде требало да буде у „разумној вези“ са тржишном вредношћу права које се накнађује.³²

Као пример друге крајности у погледу досуђене накнаде, у висини пуне тржишне вредности одузетог, може се навести пресуда у предмету *Пинцова и Пинц против Чешке Републике*.³³ До спора је дошло када је својина на шумарској кућици коју су у комунизму откупили Пинц и његова супруга враћена ранијем власнику, и то тако што је у поступку утврђен законски основ враћања: да су Пинцови кућу у комунизму били стекли плаћањем цене ниже од тржишне, што је био довољан законски разлог за одузимање стеченог без обзира на то што они нису долазили у ред „водећих личности режима.“ Пинцовима је враћена цена коју су платили за кућу 1967. године. Наследник старих власника захтевао је од Пинцових, након што му је кућа враћена, да плаћају закупнину, што они нису могли да приуште, нити су имали где да се преселе. Локална заједница писала је петиције судским и управним властима у корист Пинцових, наводећи да је исход ситуације неправичан будући да је наследнику старих власника враћено такође и 40 хектара шуме и 60 хектара другог земљишта, док се Пинцови налазе у тешкој материјалној ситуацији.

Суд је наложио држави да Пинцовима обезбеди накнаду у висини тржишне вредности одузете куће. Разлози такве одлуке наведени су на следећи начин:

„Суд прихвата да је општи циљ реституционих захтева, наиме олакшавање одређених последица нарушавања имовинских права од стране комунистичког режима, легитиман циљ и средство очувања законитости правног саобраћаја и заштите друштвено-економског развоја државе. Међутим, Суд сматра неопходним да осигура да лечење старих повреда не ствара несразмерно велике нове неправде. У том циљу, законодавство мора омогућити узимање у обзир појединачних околности сва-

³¹ *Broniowski v. Poland* (friendly settlement) [GC], no. 31443/96, ECHR 2005 IX. Очигледна је сличност са *class action* из права САД, којом вероватно Суд покушава да превазиђе загушеност великим бројем предмета.

³² D. Harris, M. O'Boyle & C. Warbrick, 680.

³³ *Pincová and Pinc v. Czech Republic*, no. 36548/97, ECHR 2002 VIII.

ког случаја, тако да лица која су некад у доброј вери стекла свој посед не буду присиљена да сnose терет одговорности која по правичности пада на државу која је та која је имовину у прошлости одузимала³⁴.

4. СЛУЧАЈ СРБИЈЕ

4.1. Преглед развоја случаја

У Србији је до тренутка настанка овог рада питање реституције имовине решавано у сегментима, како с обзиром на правне и физичке категорије ствари поводом којих је својина одузимана, тако и с обзиром на круг корисника.

Убрзо након пада Берлинског зида, када је у Србији формално заживео вишестраначки систем, при чему посткомунистички ауторитарни режим није изгубио монопол власти, донето је неколико закона којима је део пољопривредног земљишта враћен сељацима и задругама у природи.³⁵ Такође, у то време донет је и пропис којим је спречено продужење заштићеног и повлашћеног закупа, тзв. „станарског права“ на становима који су до тада опстали у својини ранијих власника, тј. и у односу на те станове је усвојено решење које је неминовно водило враћању у природи ранијим власницима.³⁶ Први законски предлог посланика демократске опозиције у вишестраначком сазиву парламента Србије био је закон о враћању (поново натуралном) имовине Српској православној цркви, који је усвојен скоро једногласно (дакле и од стране већине тадашњег режима), али који није ступио на снагу, јер га тадашњи председник није потписао. Ускоро након тога донет је и Закон о експропријацији, који је омогућио де-експропријацију (дакле враћање у природи) земљишта које није приведено намени ради које је било експрописано.³⁷

³⁴ *Ibid.*, §58. Предмет *Пинцова и Пинц против Чешке Републике* илустриран је за разлику између решења усвојеног у Чешкој, које је подразумевало чак и одузимање појединих права стечених у комунизму, у односу на сва решења предложена у Србији након демократских промена 2000. године, која су предвиђала на туралну реституцију искључиво имовине у државном власништву, без икаквог при силног укидања својинских права трећих лица. У том смислу, карактеристично је да Чешки суд наглашава да лечење старих неправди не сме стварати *несразмерно велике* нове неправде.

³⁵ Закон о начину и условима признавања права и враћању земљишта које је прешло у друштвену својину по основу пољопривредног земљишног фонда и конфискацијом због неизвршених обавеза из обавезног откупа пољопривредних производа, *Службени гласник РС*, бр. 18/1991, 20/1992 и 42/1998; Закон о враћању утринна и пашњака селима на коришћење, *Службени гласник РС*, бр. 16/92.

³⁶ Закон о становању, *Службени гласник РС*, бр. 50/1992.

³⁷ Закон о експропријацији, *Службени гласник РС*, бр. 53/95.

Законом о планирању и изградњи 2003. године спроведена је, као резултат реформи након демократских промена 2000. године, коренита измена система располагања земљиштем од стране градова, дозвољена је приватна својина на грађевинском земљишту мимо тада важећег Устава (што је опстало пред Уставним судом), и прописана је натурална реституција неизграђеног земљишта у градовима.³⁸ Важно је приметити да се тада уведени систем располагања земљиштем од стране градова састојао у давању земљишта ради грађења у закуп на 99 година, што је у потпуности било компатибилно с тада планираном општом натуралном реституцијом својине на земљишту у градовима.

На основу Закона о пријављивању и евидентирању одузете имовине³⁹ прикупљене су пријаве, за које је у том закону изричито одређено да представљају „услов“ за подношење захтева „за остваривање права на повраћај одузете имовине или обештећење,“ по поступку који ће бити уређен посебним законом. Исти закон најавио је и доношење посебног закона о враћању имовине црквама и верским заједницама.⁴⁰

Већ 2006. године уследио је Закон о враћању имовине црквама и верским заједницама, који је предвидео широку натуралну реституцију, укључујући и грађевинско земљиште.⁴¹ Тај закон је предвидео да ће висина накнаде за имовину коју је немогуће вратити у природи бити утврђена „према стању имовине у моменту одузимања, а према њеној вредности у време доношења првостепеног решења“.⁴² Закон је увео и два случаја када је обавеза враћања одузете имовине, односно плаћања обештећења, премештена са државе на правна и физичка лица која су предметну имовину стекла након што је била одузета: правна лица уколико је то стицање било бестеретним или уз плаћање вредности испод тржишне, као и правна и физичка лица која су предметну имовину стекла „на основу незаконитих, односно фиктивних правних аката и послова“.⁴³ Док је за државу предвиђено да обештећење врши путем обвезница, „под условима и у роковима одређеним општим законом којим се уређују питања враћања и

³⁸ Закон о планирању и изградњи, *Службени гласник РС*, бр. 47/03, 34/2006.

³⁹ Закон о пријављивању и евидентирању одузете имовине, *Службени гласник РС*, бр. 45/05.

⁴⁰ *Ibid.*, чл. 9.

⁴¹ Закон о враћању (реституцији) имовине црквама и верским заједницама, *Службени гласник РС*, бр. 46/06. У закону нису прецизирани посебно услови враћања земљишта с обзиром на постојање и идентитет власника објеката на земљишту које је предмет враћања, па се може тумачити да налаже враћање земљишта без обзира на те околности.

⁴² *Ibid.*, чл. 17, ст. 1.

⁴³ *Ibid.*, чл. 7, ст. 2; чл. 8, ст. 2.

обештећења“, правна и физичка лица обештећење дугују у новцу. Предвиђена је и могућност давања друге непокретности у замену као алтернатива плаћању обештећења, под условом да се о томе с корисником постигне споразум.⁴⁴

У том периоду водећа странка опозиције, Демократска странка, и Министарство финансија Републике Србије, објавили су, независно једно од другог, пројекте општег реституционог закона који су се у потпуности поклапали у погледу института на који су стављали акценат – натуралне реституције, како неизграђеног, тако и изграђеног грађевинског земљишта, што је био логичан наставак приступа започетог у Закону о планирању и изградњи из 2003. године.⁴⁵

Најзад, у исти ред прописа који су најавили повраћај (што у српском језику јасно значи реституцију у натури) одузете имовине, дошао је и Закон о рехабилитацији из 2006. године,⁴⁶ који је у свом чл. 8. најавио: „Право на накнаду штете и повраћај конфисковане имовине рехабилитованог лица уредиће се посебним законом.“ У истом смислу је и одредба чл. 5. тог закона, којом је утврђено да је одлука која је била донета против рехабилитованог лица ништава од тренутка доношења, као и да су ништаве све њене правне последице, укључујући и казну конфискације имовине.

Описани једноиподеценијски континуитет прописа који су се заснивали на натуралној реституцији нагло је прекинут доношењем Закона о планирању и изградњи из 2009. године, који је ефективно онемогућио натуралну реституцију изграђеног грађевинског земљишта, највреднијег фонда у оквиру одузете имовине, који је до тренутка демократских промена остао у својини државе и који је имао значајан реституциони потенцијал.⁴⁷ Уместо натуралне реституције, овај пропис је предвидео поклањање таквог земљишта постојећим корисницима, односно поклањање или продају под одређеним условима уколико се радило о правним лицима (тзв. „конверзија“ права коришћења у својину).⁴⁸ Иако је доношењем овог закона могућност

⁴⁴ *Ibid.*, чл. 16; чл. 18, ст. 1.

⁴⁵ Драгослав Шумарац и др., *Управљање земљиштем инструмент уређења државе*, Политике и стратегије Демократске странке, Демократска странка Истраживачко издавачки центар, Београд 2006, 6 7; Пројекат *Да се зна шта је чије*, <http://www.daseznastajecije.org>, 31.12.2010; Нацрт општег закона о реституцији сачињен у окриљу Министарства финансија Републике Србије 2006. године, доступан код аутора.

⁴⁶ Закон о рехабилитацији, *Службени гласник РС*, бр. 33/06.

⁴⁷ О потенцијалу реституције грађевинског земљишта вид. Душан Ракитић, „Нацрти својинских закона Владе Србије из јесени 2008. године и реституција грађевинског земљишта“, *Правни капацитет Србије за европске интеграције*, III, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008, 126 139.

⁴⁸ Закон о планирању и изградњи, *Службени гласник РС*, бр. 72/09, 81/09. Усвојено решење у великој мери се поклапа с препорукама студије *Приватизација*

натуралне реституције грађевинског земљишта скоро потпуно укинута, изостанак делотворне примене тог прописа две године након његовог ступања на снагу даје могућност да ће поједина решења бити опозвана. Исти Закон о планирању и изградњи из 2009. године, међутим, потпуно је у складу са Законом о рехабилитацији и Законом о пријављивању и евидентирању одузете имовине у погледу тога што изричито обећава доношење „закона којим ће се уредити враћање одузете имовине“, у склопу одредбе којом раније сопственике, њихове наследнике и правне следебенике искључује из дејства конверзије права коришћења у право својине.⁴⁹ Мало раније исте године измењен је и Закон о експропријацији, између осталог и тако што је уведено ограничење да власник експроприсане непокретности, односно његов правни следбеник, може само у року од 5 година од експропријације захтевати де-експропријацију због непривођења експроприсане непокретности намени.⁵⁰ С обзиром на то да је у време комунизма значајан проценат имовине одузет управо у форми експропријације, Закон о експропријацији који је важио од 1995. до 2009. године, а који такво ограничење није поседовао, послужио је као изузетно значајан основ исправљања нанетих неправди, тј. као правни основ натуралне реституције у значајном броју случајева.

У Србији је, како у јавности, тако и и пред Уставним судом, већ дошло до расправе поводом тумачења ставова Суда у одно-

државног земљишта у Србији, чији су аутори Борис Беговић, Бошко Мијатовић и Драгор Хибер, израђене под окриљем Центра за либерално демократске студије за потребе Министарства привреде Владе Републике Србије, из децембра 2006. године, http://www.clds.rs/newsite/privatizacija_dr_zemljista.pdf, 3.9.2011. Један од аутора студије је у прилог усвојеног решења, када се ради о одузетом земљишту на коме се налазе објекти у својини трећих лица, између осталог, истицао да се тиме поштује начело *superficies solo cedit*, као и да је избегнуто незадовољство власника објеката чија би права била угрожена враћањем својине на земљишту, Борис Беговић, „Нови закон о планирању и изградњи: теорија јавног избора на делу“, *Фокус*, октобар 2009, 27. Међутим, не треба изгубити из вида да је *superficies solo cedit* нарушен начелно 1958. године, када је подржављено све земљиште у градовима, те се у садашњем времену никако не поставља питање његовог очувања, већ најбољег пута за његово обнављање. Да је након демократских промена примењена натурална реституција земљишта на коме је изграђен објекат у својини трећег лица, уз јасно законско регулисање међусобних овлашћења таквог лица и власника земљишта по основу реституције, слободни тржишни односи и протек времена би природно вратили стање на јединство својине објеката и земљишта. Друго, интереси власника објеката требало је да буду третирани с обзиром на цену прибављања тих објеката, као и на природу и обим њиховог права на земљиште. Најбољи пример конфузије права на објекат и права на земљиште која је постојала пре Закона о планирању и изградњи из 2009. године, а која њиме није отклоњена, је текући спор око земљишта на коме се налази Лука Београд.

⁴⁹ Чл. 219, ст. 1 Закона о планирању и изградњи, *Службени гласник РС*, бр. 72/09, 81/09.

⁵⁰ Закон о изменама и допунама Закона о експропријацији, *Службени гласник РС*, бр. 20/09.

су на Закон о враћању имовине црквама и верским заједницама из 2006. године. Имовина значајне вредности је по том основу у природи враћена црквама и верским заједницама.⁵¹ Доношење општег закона о реституцији у Србији истицано је у току 2010. и 2011. године од стране Европске комисије као један од приоритетних политичких захтева у поступку придруживања ЕУ.⁵² С тим у вези, једино што су представници Владе Србије јасно истицали у току 2010. и у првој половини 2011. године била је наводна неопходност да, пошто пропис о имовини црква и верских заједница предвиђа натуралну реституцију, и општи пропис мора бити заснован на истом принципу.⁵³ С исте стране долазила је и тврдња да пошто натурална реституција подразумева враћање практично 100% вредности онога што је било одузето, у случајевима у којима натурална реституција није могућа, европски стандарди забране дискриминације наводно захтевају да држава накнади корисницима денационализације вредност одузетог у износу од 100%. Како ово последње не би било могуће због тешког стања јавних финансија, представници Владе изражавали су наду да ће Уставни суд Србије поништити закон о реституцији црквене и имовине верских заједница, што би омогућило да општи закон о денационализацији потпуно напусти начело натуралне реституције и уместо њега пропише накнаду у мери у којој је она држави приуштива.⁵⁴

Међутим, Уставни суд Србије је 20. априла 2011. године донео одлуку о неприхватању иницијатива за покретање поступка за утврђивање неуставности и несагласности с потврђеним међународним уговорима одредаба Закона о враћању (реституцији) имовине црквама и верским заједницама. У вези с наводном несагласношћу предметног закона с одредбама Конвенције, у саопштењу Уставног суда је наведено:

⁵¹ Подаци доступни на интернет страници Дирекције за реституцију РС, <http://www.restitucija.gov.rs>, 31.12.2010.

⁵² О ставу ЕУ видети излагање Њ.Е. Амбасадора ЕУ Венсана Дежера на конференцији о реституцији у Скупштини Србије, од 15. јуна 2011. године http://www.europa.rs/en/mediji/najnovije_vesti/1064/Ambassador+Degert,+speech+on+the+Conference+on+Property+Restitution.html, 3.9.2011.

⁵³ Сличну тврдњу изнео је и Владимир Водинелић: „Моја је претпоставка да ће бити донет закон који неће моћи да примени на остале грађане образац који важи за враћање имовине црквама, него ће то бити неповољније. А, онда ће, потом, и за Цркве бити укинут постојећи закон, јер се разлика ничим не би могла одбранити.“, РТС, 22. мај 2011. године, http://www.rtv.rs/sr_lat/drustvo/vodinelic:restitucija_po_mod_elu_vracanja_imovine_crkvama_255145.html, 3.9.2011.

⁵⁴ Изјаве државног секретара Министарства финансија Слободана Илића за РТС: „Држави је далеко сужен простор да дефинише модел денационализације у случају да Уставни суд ову иницијативу оцени уставном“, од 6.11.2010, http://www.rtv.rs/sr_lat/drustvo/ilic:restitucija_crkvama_zadala_probleme_221354.html, 3.9.2011. у тексту „Реституција би сломила Србију“, пренето у листу *Блиц*, 1. фебруара 2011. године.

„Укључивање цркава и верских заједница у круг реституената кроз доношење посебног закона није супротно ни начелима забране дискриминације прописаним Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода. Према пракси Европског суда за људска права, државе у начелу уживају широко поље слободне процене у избору мера и метода којима намеравају да постигну легитиман циљ, што је код денационализације у Србији учињено уређивањем те својинске промене као сложеног процеса кроз више закона који су доношени у дужем временском периоду, почев још од 1991. године“.⁵⁵

Три месеца касније, 29. јула 2011. године, након вишемесечног рада током кога ни најосновнији податак – о изабраном моделу реституције – није био доступан јавности, Одбор за привреду и финансије Владе Србије усвојио је Радну верзију Нацрта закона о враћању имовине и обештећењу, чији текст је објављен, и отворена је јавна расправа.⁵⁶ У Радној верзији усвојено је првенство враћања својине на стварима, тј. натуралне реституције. Такође, у току јавне расправе закључено је да ће Радна верзија бити промењена у правцу повећања обима примене натуралног враћања у односу на грађевинско земљиште.⁵⁷

4.2. Закон о враћању имовине и обештећењу из 2011. године

Закон о враћању имовине и обештећењу усвојен је у септембру 2011. године.⁵⁸ Круг корисника реституције овим законом је ограничен на физичка лица и, међу правним лицима, на задужбине и њихове правне следбенике. Међу физичким лицима право на реституцију имају и страни држављани под условом реципроцитета, осим уколико обавезу обештећења у односу на њих није преузела страна држава, било на основу међународног уговора било на основу свог унутрашњег права, и уколико нису били припадници окупационих снага.⁵⁹ У случају да је одузимање имало вид конфискације,

⁵⁵ Саопштење за јавност Уставног суда Србије, http://www.ustavni.sud.rs/page/view/156_101423/inicijative_za_ocenu_ustavnosti_zakona_o_restituciji_imeovine_crkvama_i_verskim_zajednicama_nisu_prihvacene, 3.9.2011.

⁵⁶ Текст Радне верзије Нацрта доступан на интернет страници Владе Републике Србије, http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_sekcija.php?id_157208, 3.9.2011 и на интернет страници Министарства финансија Републике Србије, http://www.mfin.gov.rs/pages/article.php?id_7765, 3. 9. 2011.

⁵⁷ Вест са интернет странице Владе Републике Србије, http://www.srbija.gov.rs/vesti/vest.php?id_158696, 3. 9. 2011.

⁵⁸ Закон о враћању имовине и обештећењу, *Службени гласник РС*, бр. 72/11.

⁵⁹ *Ibid.*, чл. 5.

дакле пратеће санкције уз главну казну, услов за реституцију је претходна рехабилитација лица од кога је имовина одузета.⁶⁰

Враћање, односно обештећење односи се на одузимања имовине вршена након 9. марта 1945. године, као и на она одузимања која су била „последича Холокауста на територији која данас чини територију Републике Србије“.⁶¹

Закон посебним чланом утврђује начело приоритета враћања у натуралном облику над обештећењем. Обвезници враћања су искључиво држава, јавна предузећа и привредна друштва с већинским друштвеним капиталом (чије би постојање представљало аномалију у односу на прописе о приватизацији).⁶²

Обештећење, у виду државних обвезница на 15 година, прописано је за све случајеве када враћање одузетог није могуће.⁶³ Уз навођење разлога да „укупан износ обештећења не сме угрозити макроекономску стабилност и привредни раст“ земље, Законом је одређен фонд за обештећење од укупно две милијарде евра, увећан за камату од два процента годишње за период од почетка 2015. године до истека рокова доспећа обвезница.⁶⁴

Сразмерна расподела средстава из наведеног фонда оствариће се израчунавањем односа између укупне вредности свих тзв. основица за обештећење, утврђених на основу захтева за обештећење који буду поднети у року од две године, и расположиве две милијарде евра. Количник те две вредности представљаће коефицијент којим ће се множити основица обештећења у сваком конкретном случају. Уведено је ограничење да обештећење по основу одузимања од једног бившег власника не може прећи укупан износ од 500.000 евра, као и

⁶⁰ У децембру 2011. године ступио је на снагу и нови, други по реду Закон о рехабилитацији (*Службени гласник РС*, бр. 92/11), у коме је поступак рехабилитације далеко прецизније постављен него у претходном акту из 2006. године.

⁶¹ Закон о враћању имовине и обештећењу, чл. 1 и 5, ст. 4.

⁶² *Ibid.*, чл. 9. Приступ којим се не дира у права лица која су одузету имовину, након одузимања, стекла од државе, учвршћен је и посебним чланом 10. под насловом „Начело заштите стицаоца.“ Тај приступ није универзално прихваћен у државама централне и источне Европе, као што није прихваћен у потпуности ни у Закону о враћању имовине црквама и верским заједницама из 2006. године.

⁶³ Одредбе које одређују када је враћање могуће а када не нису начелне природе, па због тога нису предмет овог рада. С обзиром да од њих зависи да ли у неком конкретном случају корисник може да очекује враћање ствари или неизвесни износ обештећења на дуго временски рок, вероватно је да ће садржина и тумачење управо тих одредаба бити извор спорова. Будући да се ради о општем закону о враћању имовине и обештећењу, услови и рокови издавања државних обвезница који су њиме прописани важе и за исплату обештећења од стране државе на основу Закона о враћању имовине црквама и верским заједницама из 2006. године, с тим што се начин одређивања висине обештећења у та два прописа разликује.

⁶⁴ Закон о враћању имовине и обештећењу, чл. 30 и 35, ст. 5.

да једно лице не може примити обештећење по основу одузимања од више бивших власника које би премашило исти износ.⁶⁵

Српски закон је, дакле, изричито оправдао умањење обештећења у односу на тржишну вредност одузетог разложима очувања макроекономске стабилности и привредног раста земље, не поставивши, притом, ограничење за износ умањења.

5. ПРИМЕНА СТАВОВА СУДА НА СЛУЧАЈ СРБИЈЕ

Даљи живот и тумачење општег реституционог закона Србије у великој мери зависе од одговора на питање о тумачењу праксе и стандарда Суда.

У вези с тим, три конкретна питања могу се назрети у пресеку кључних ставова Суда и основних недоумица српске стручне и политичке јавности исказаних у периоду који је претходио доношењу општег реституционог закона:

1) да ли је општи реституциони пропис у Србији уопште могао одступити од примата начела натуралне реституције?

2) да ли примена натуралне реституције и обештећења у висини тржишне вредности одузетог, у односу на одређену категорију лица, обавезује на натуралну реституцију и обештећење једнако или приближно пуној вредности одузетог у односу на друге категорије лица?

3) Уколико одређени закон предвиђа натуралну реституцију као примарни модел, а накнаду као супсидијерни у случају да натурална реституција није могућа, као што је то случај са српским општим реституционим законом из 2011. године, да ли стандарди тумачења Конвенције у пракси Суда захтевају да висина такве накнаде буде приближна пуној вредности одузетог, у циљу постизања дејства једнаког оном које има реституција у природи?

У одговору на прво питање требало би поћи од чињенице да је у Србији на основу читавог низа прописа, у току две деценије почев од увођења вишестраначког система, вршена натурална реституција државне имовине, парцијално с обзиром на врсте ствари и категорије лица, као и да је у Закону о регистрацији и евиденцији одузете имовине из 2005. године, Закону о рехабилитацији из 2006. године и Закону о планирању и изградњи из 2009. године изричито било обећано доношење општег закона о *повраћају*, односно *враћању* имовине. Уколико се на такву законодавну праксу и изричита обећања у важећим законима примени доктрина Суда о легитимном очекивању, јасан је

⁶⁵ *Ibid.*, чл. 31.

основ за тврдњу да су потенцијални корисници реституције у Србији и пре доношења општег реституционог прописа имали Конвенцијом заштићено легитимно очекивање да држава у разумним границама покуша да им врати права која су њима или њиховим правним претходницима била одузета, а која је објективно могуће вратити (ствари на које су се та права односила још постоје, нису неопходне за остварење неког стратешког државног интереса и сл.).

У вези с другим питањем, очигледно је да Суд сматра да добробити реституције за општи интерес друштва дозвољавају примену ограничења у погледу категорија лица која постају корисници тог поступка, као и у погледу категорија права која се реституишу. Због тога се може тврдити да би се постојање разлика у режиму натуралне реституције и обештећења између Закона о враћању имовине црквама и верским заједницама из 2006. године и општег реституционог закона из 2011. године,⁶⁶ могло одржати пред Судом.⁶⁷

Најзад, на основу представљених карактеристичних пресуда могуће је пројектовати став Суда и у односу на треће питање, наиме да ли Конвенција захтева да накнада која би се плаћала корисницима реституције у случајевима када је натурална реституција немогућа буде једнака или приближна тржишној вредности одузетог, у циљу постизања дејства једнаког оном које има реституција у природи?

Кључна за разумевање праксе Суда и увиђање правилности у његовом поступању јесте анализа доктрине помоћу које Суд препознаје да ли одређени интерес представља имовинско право или његово легитимно очекивање, штито првим чланом Првог протокола. Када у случају *Јан* Суд дозвољава изостанак сваке накнаде, он то чини јер не сматра легитимним својинско право стечено на национализованој имовини непосредно пред уједињење Немачке и промену система, у једном прелазном и несигурном периоду. Делимична накнада у случају *Брониовски* доследна је општој прак-

⁶⁶ Основне разлике су начин утврђивања висине обештећења и круг лица која су обвезници враћања односно плаћања обештећења. Трећа кључна разлика, која се састоји у томе што закон о црквеној и имовини верских заједница не ограничава враћање грађевинског земљишта с обзиром на постојање објеката на њему и идентитет власника тих објеката, док општи закон предвиђа враћање само у случају да је земљиште неизграђено или на њему постоји објекат у својини бившег власника земљишта, нема значај с обзиром на дејство Закона о планирању и изградњи из 2009. године. Тај пропис је, наиме, предвидевши конверзију права коришћења у право својине у односу на земљиште испод објеката у корист власника објеката, учинио немогућим враћање земљишта на коме постоји објекат у својини лица различитог од бившег власника, а за шта је закон о црквеној и имовини верских заједница био пружио основ.

⁶⁷ Налаз се заснива на ставовима из пресуда у предметима *Надбискупија загребачка против Словеније*, *Грацингер* и *Грацингерова против Чешке Републике* и *Копечки против Словачке*.

си Суда, дакле у не-транзиционим случајевима (*Џејмс*), где се захтева нека накнада, у висини која је у разумној вези са тржишном вредношћу одузетог. У предмету *Пинцова*, пак, није се радило о висини накнаде за одузимање извршено у прошлости, већ о висини накнаде дуговане лицима која су у садашњости (дакле под заштитом Конвенције) изгубила имовину јер је она постала предмет натуралне реституције.⁶⁸ Суд није пропустио да нагласи општу важност реституције за поштовање права и економски развој земље, али је изричито саопштио да „лица која су имовину стекла у доброј вери не могу сносити терет одговорности државе која је некад раније ту исту имовину конфисковала“.⁶⁹ Обавеза плаћања накнаде у овом предмету није била супститут натуралне реституције, већ управо последица примене натуралне реституције и пребацивања њеног терета на лица која су, по мишљењу Суда, стекла предметну имовину у доброј вери, па стога ни на који начин нису заслужила да претрпе штету услед примене натуралне реституције. Из свега изложеног јасно је да је пуна накнада наложена пресудом у предмету *Пинцова* апсолутно без значаја за питање која се поставља у Србији.

Уколико би пред Судом било оспорено решење српског општег закона о реституцији, које подразумева да у случајевима када из објективних разлога имовина не може бити враћена натурално накнада може бити и мања од тржишне вредности одузетог, прво што би Суд испитивао било би да ли подносиоци такве представке уопште имају имовинско право или одговарајући легитиман интерес, стићене првим чланом Првог протокола Конвенције, које би обухватало више од законом прописане накнаде за дати случај. Суд сматра забрану дискриминације из чл. 14 Конвенције несамосталном одредбом, која се примењује само ако се утврди постојање заштићеног права.

Може се веровати да би до сада устаљеним приступом Суд утврдио, прво, да потенцијални корисници реституције у Србији у тренутку доношења предметног закона нису имали никакво Конвенцијомштићено имовинско право у односу на одузету имовину, сем легитимног очекивања да држава покуша натуралну реституцију, како је више важећи закона најавило, те су самим тим предметним законом

⁶⁸ Као што је напоменуто, скоро сви закони донети у Србији након демократских промена, укључујући и најскорији општи реституциони закон из 2011. године, нису предвидели да било која категорија лица изгуби неко своје својинско право у корист натуралне реституције, већ је натурална реституција предложана искључиво у односу на права чији су носиоци држава и лица у тзв. „друштвеном власништву.“ Изузетак је важећи Закон о враћању имовине црквама и верским заједницама, који у ограниченој мери од овог приступа одступа, у случају да је правно лице стекло одузету имовину за цену нижу од тржишне, односно уколико је било које лице стекло такву имовину незаконитим правним послом.

⁶⁹ *Pincová and Pinc v. Czech Republic*, §58.

могла бити различито и третирана. Друго, да разликовање објективне могућности натуралне реституције и објективне немогућности није арбитрерно, већ је законом учињено зависним од фактичких околности, на сличан начин на који су и лица приликом одузимања имовине ефективно различито третирана зависно од фактичких околности, посебно од врсте имовинских права која су поседовала. Такав закон, наиме, третирао би све једнаке ситуације једнако. Треће, такво разликовање би било засновано на законом утврђеном општем интересу. Четврто, оно не би проузроковало „несразмерно велики и претерани“ терет за лица која би добила симболичну накнаду, јер наиме таква лица не би сносила никакав терет, већ би само имала мању корист од реституције од лица у чију корист би било могуће извршити натуралну реституцију.

5. ЗАКЉУЧАК

У овом раду су пружени основи за тврдњу да се дводеценијски ход правног система Србије ка испуњењу реституције, захваљујући доктрини легитимног очекивања какву примењује Суд, морао окончати доношењем општег прописа о реституцији којим је враћање својине на стварима од стране државе (натурална, тј. реституција *in rem*) предвиђено у свим случајевима у којима је могуће.

Пракса Суда, такође, показује да државе, у оквиру граница постављених легитимним очекивањима у погледу реституције која међу њиховим грађанима евентуално могу већ постојати, уживају релативно велику ширину у погледу одређења круга корисника реституције, као и услова које они морају да испуне. На основу тога, може се претпоставити да Суд не би оспорио ни различите правне режиме реституције за различите категорије корисника, под условом да је разлика заснована на закону, има легитимну сврху и да сама представља одговарајуће средство за постизање те сврхе.

Такође, веома је вероватно да би Суд нашао да лица којима се по закону због фактичке немогућности натуралне реституције дугује накнада знатно мања од тржишне вредности одузетог, немају на првом члану Првог протокола Конвенције засновано имовинско право које би било исто као имовинско право оних лица којима би било могуће извршити натуралну реституцију, као ни легитимно очекивање у погледу таквог идентитета вредности одузетог и накнаде, што би спречило позивање првих на дискриминаторност између натуралне реституције и накнаде ниже од тржишне вредности.

Међутим, чак и уколико би Суд таквим лицима евентуално признао легитимно очекивање које би било у одређеном квантитативном односу са имовинским интересом лица којима би било могуће

извршити натуралну реституцију, пресуда у случају *Брониовски* даје јасан пример да би дугована накнада могла да буде мања од тржишне вредности одузетог.

Dušan Rakitić, LL.M. (Harvard, University of Belgrade)

Assistant Lecturer

University of Belgrade Faculty of Law

ANALYSIS OF PRINCIPAL ELEMENTS OF
THE GENERAL RESTITUTION STATUTE OF SERBIA
FROM THE PERSPECTIVE OF THE EUROPEAN COURT
OF HUMAN RIGHTS CASE-LAW

Summary

The European Court of Human Rights (ECtHR) has established a practice whereby states are afforded a wide margin of appreciation in the area of restitution, since this process concerns property rights and transpires along wide-ranging socio-economic changes. A general statute on restitution, providing for primacy of restitution in kind over compensation, was adopted in Serbia in September 2011. Given the substantial number of statutes providing for partial in-kind restitution that were enacted in the past two decades, as well as given the fact that at least three laws that have remained in force have expressly promised enactment of such a law, the ECtHR would have deemed citizens of Serbia as already possessing a legitimate expectation of in-kind restitution, which made the adopted solution inevitable. Another issue is the interplay between the presently valid law on restitution of church and religious property, of 2006, and the new statute, for the two differ in terms of the mechanism for determining amount of compensation owed to respective beneficiaries in cases when restitution in kind is not possible. Analysis of ECtHR case-law suggests that a state may differentiate between various categories of beneficiaries in respect of terms of restitution provided that the aim of differentiation is legitimate and that the differentiation constitutes adequate means for achievement of such aim. A question arose whether the statute providing for in-kind restitution in all cases in which it is possible, and affording compensation in an amount smaller than full market value in all cases in which in-kind restitution is objectively impossible, will survive scrutiny of the ECtHR. Analysis of several exemplary judgments hints at probability that such a provision will be upheld, since the persons condemned to below-market value compensation would succeed neither in proving

that they were afforded a legitimate expectation to receive full market-value of their properties by such a legislative act, nor that they possessed appropriate right protected by the Convention at the time of enactment of the subject statute.

Key words: *Restitution. – In-kind restitution. – Denationalization. – Margin of appreciation. – European Court of Human Rights.*

Милош Станковић, ms.*

ПРАВНА ПРИРОДА И ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА И ДУЖНОСТИ РОДИТЕЉА НА ВАСПИТАЊЕ И ОБРАЗОВАЊЕ ДЕТЕТА У СРБИЈИ

Породични закон Србије предвиђа право и дужност родитеља „да са де тетом развијају однос заснован на љубави, поверењу и узајамном поштовању, те да дете усмеравају ка усвајању и поштовању вредности емоционалног, етичког и националног идентитета своје породице и друштва“, односно право родитеља „да детету обезбеде образовање које је у складу са њиховим верским и етичким уверењима“. Имајући у виду да норма којом је конкретизовано ово право и дужност родитеља чини саставни део садржине родитељског права, аутор у првом делу рада опредељује њену правну природу као императивну, из чега даље изводи два закључка: први, да реакција државних органа у случају њеног непоштовања може бити реактивна кроз лишење родитељског права и други, да у складу са међународним документима, она преваходно треба да буде превентивна. У даљем тексту, аутор се фокусира на превентивну улогу наше државе, односно њену обавезу да створи амбијент у коме ће родитељи бити у могућности да своје дете усмере ка усвајању и поштовању вредности емоционалног, етичког и националног идентитета своје породице и друштва. У том циљу, он најпре врши анализу нашег породичног законодавства, поредећи ово право, тј. дужност родитеља са институтима насиља у породици, брака, усвојења и посебне пословне способности и одговарајућим решењима у упоред ном праву.

Кључне речи: *Родитељско право. Превентивна улога државе. Неускла ђеност института.*

1. УВОД

Универзална карактеристика (модерног) породичног права је изузетна сложеност и разноврсност његовог предмета, односно

* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, milos.stankovic@ius.bg.ac.rs.

проблема којима се бави и односа које регулише. Нужност њиховог ваљаног сагледавања, макар само с правног аспекта и уз превасходно коришћење правног (грађанскоправног) метода, изискује стога потребу мултидисциплинарног приступа, како кроз призму других правних грана (нпр. наследног, стварног, облигационог, кривичног, радног, уставног права), тако и с аспекта наука које нису правне (рецимо, социологија породице, психологија, филозофија, етика).¹ Једно од питања за чије решавање је нужно поседовање овако широког знања које обједињује резултате и достигнућа различитих наука тиче се права и дужности родитеља на васпитање и образовање детета које је регулисано у чл. 70 и 71 Породичног закона Србије,² што је предмет анализе у овом раду. Користећи се превасходно упоредноправним методом, тј. поредећи савремена решења европских породичних права и међународних конвенција у овој области с решењима српског породичног права, као и систематским тумачењем Породичног закона и анализом садржаја (судском и животном праксом), тражиће се одговор на следећа питања: каква је правна природа права и дужности родитеља на васпитање и образовање детета, да ли је оно доследно спроведено у Породичном закону Србије, на коме је обавеза његове реализације и какве су последице у случају невршења овог права/дужности?

2. ПРАВНА ПРИРОДА ПРАВА И ДУЖНОСТИ РОДИТЕЉА НА ВАСПИТАЊЕ И ОБРАЗОВАЊЕ ДЕТЕТА

Према слову закона „родитељи имају право и дужност да са дететом развијају однос заснован на љубави, поверењу и узајамном поштовању, те да дете усмеравају ка усвајању и поштовању вредности емоционалног, етичког и националног идентитета своје породице и друштва“,³ односно „родитељи имају право да детету обезбеде образовање које је у складу са њиховим верским и етичким уверењима“.⁴ Идентичне норме у чл. 88 који се бави породичним

¹ Слободан Панов, *Породично право*, Београд 2010, 4.

² Породични закон Србије ПЗ, *Службени гласник РС*, бр. 18/05.

³ Чл. 70 Породичног закона *in fine*.

⁴ Чл. 71, ст. 2 Породичног закона. Када је реч о развоју и одрастању детета, верска уверења родитеља нису неподложна преиспитивању. Њихово непристајање, тј. ускраћивање сагласности из верских разлога на медицински индиковано лечење деце које даје оправдано очекивање на успех (нпр. Јеховини сведоци се противе трансфузији крви), није правно ваљано и не обавезује лекара. Родитељи су много више ограничени у доношењу одлука које се тичу здравља и живота своје деце него у погледу истоветних одлука које се њих тичу и нису власни да интересе и здравље деце подређују својим интересима и уверењима. Вид. Јаков Радишић, „Непристајање на лечење деце из верских побуда“, *Правни живот* 9/2001, 88-90. У једном дру

односима предвиђа и Нацрт Грађанског законика Републике Србије.⁵ Одредбе Породичног закона представљају конкретизацију права која гарантује и Устав Републике Србије из 2006. године,⁶ али и значајни међународни документи које је ратификовала наша земља, као што су Универзална декларација о људским правима,⁷ Конвенција о правима детета⁸ и Међународни пакт о грађанским и политичким правима,⁹ али и Повеља о основним правима у Европској Унији,¹⁰ из чега произлази недвосмислен закључак да оне имају универзалну вредност.

гом случају из енглеске судске праксе *Re U (child)* (2004) суд је одбио захтев оца муслимана да његов син буде обрзан, јер је дечак живео с мајком која је хришћанка. Raffia Arshad, *Islamic Family Law*, London 2010, 151, 165. Зато као коректив овог решења чл. 63, ст. 1 ПЗ гарантује да „дете има право на обезбеђење најбољих могућих животних и здравствених услова за свој правилан и потпун развој“.

⁵ Као алтернативно решење је предвиђено да се само изостави појам „дужности“ и додаје обавеза родитеља да код детета развијају однос поштовања и чувања животне средине. Влада Републике Србије Комисија за израду Грађанског законика, *Преднацрт Грађански законик Републике Србије, књ. 3 породични односи* (даље: *Комисија за израду ГЗ*), Београд 2011, 37.

⁶ Чл. 43, ст. 5: „Родитељи и законски стараоци имају право да својој деци обезбеде верско и морално образовање у складу са својим уверењима“ и чл. 65, ст. 1: „Родитељи имају право и дужност да издржавају, васпитавају и образују своју децу, и у томе су равноправни“.

⁷ Чл. 26, ст. 2 и 3 Универзалне декларације о људским правима исти че да „образовање треба да буде усмерено ка пуном развоју људске личности и учвршћивању поштовања људских права и основних слобода. Оно треба да унапређује разумевање, трпеливост и пријатељство међу свим народима, расним и верским групама, као и делатност Уједињених нација за одржање мира“, односно да „родитељи имају првенствено право да бирају врсту образовања за своју децу“.

⁸ Чл. 29, ст 1, тач. Ц и Д Конвенције о правима детета обавезују државе потписнице да гарантују да ће се образовање детета усмеравати на „развој поштовања дететових родитеља, његовог/њеног културног идентитета, језика и вредности, националних вредности земље у којој дете живи, земље из које потиче и цивилизације различите од његове/њене сопствене“, односно на „припремање детета за одговоран живот у слободном друштву, у духу разумевања, мира, толеранције, једнакости полова, пријатељства међу народима, етничким, националним и верским групама и са лицима домородачког порекла“. СФРЈ је ратификовала Конвенцију о правима детета 1990. године. Вид. Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, *Службени лист СФРЈ Међународни уговори*, бр. 15/90 и *Службени лист СРЈ Међународни уговори*, бр. 2/97.

⁹ Чл. 18, ст. 4 Међународног пакта о грађанским и политичким правима: „Државе уговорнице овог Пакта обавезују се да ће поштовати слободу родитеља и, у датом случају, законских старатеља да осигурају морално и верско васпитање своје деце у складу са својим властитим уверењима“. Југославија је ратификовала Пакт 1976. године, *Службени лист СФРЈ*, бр. 7/76.

¹⁰ Вид. чл. 14, ст. 3: „Мора се поштовати слобода оснивања образовних институција уз поштовање демократских принципа и права родитеља да својој деци обезбеде такво образовање и школовање које ће бити усаглашено са њиховим религиозним, филозофским и педагошким убеђењима, у складу са националним законима којима се уређује остваривање те слободе и тог права.“

Усвојена формулација у коначном тексту закона је, истина, битно другачија од оне коју је садржао Предлог Породичног закона Србије усвојен на седници Владе 9.12.2004. године, којим је било предвиђено да ће „родитељи имати право и дужност да дете васпитавају и усмеравају с циљем да оно прихвати и усвоји вредности које имају универзални карактер“.¹¹ Из тог разлога у породичноправној науци су изражена схватања да је српски законодавац приликом формулисања права и обавезе родитеља на васпитање и образовање „изразио одређене идеолошке вредности“,¹² односно да формулација усвојена у коначном тексту закона „не само што је бесмислена (рецимо, могло би се поставити питање шта је то емоционални идентитет породице и друштва) него је и супротна Конвенцији о правима детета која изричито захтева да „дете буде васпитавано у духу идеала прокламованих у Повељи Уједињених нација, а посебно у духу мира, достојанства, толеранције, слободе, равноправности и солидарности“.¹³ Ипак, усвојено решење делује комплексније али и прецизније, смисаоно богатије и потпуније у могућностима, јер не развија само једну страну личности детета, не посматра га као апстрактно, већ конкретно људско биће са свим његовим различитостима. Речју Панова, „универзално је почетно, подразумевајуће и недовољно. Универзалне вредности и теорије изражавају човека као универзално биће, изражавају генусну суштину човека. Индивидуалне и националне вредности изражавају конкретног човека као спецификама: емотивни, етички и национални идентитет човека и његове породице и друштва“.¹⁴ Следствено томе, етичке, емоционалне и националне вредности породице и друштва нису у супротности, већ у потпуном сагласју за вредностима које прокламује Конвенција о правима детета, јер их оне конкретизују кроз посебности порекла, културе, обичаја и средине којој дете припада. Спознајући кроз васпитање и образовање и оспособљавање за самосталан живот националне вредности своје породице и свог друштва у поређењу са истим таквим вредностима других друштава, дете се учи постојању и поштовању различитости и схвата да ни универзалне вредности нису апстрактно дате или наметнуте, већ да представљају заједнички допринос и достигнуће у развоју духовних и материјалних вредности свих појединих народа на одређеном степену цивилизацијског развоја.

¹¹ С. Панов, (2010а), 201-202, фн. 503.

¹² Гордана Ковачек Станић, *Породично право*, Нови Сад 2005, 284.

¹³ (Преамбула, ст. 7), Марија Драшкић, *Породично право*, Београд 2009, 283, фн. 815.

¹⁴ С. Панов, (2010а), 201-202, фн. 503. У шеријатском праву родитељи су такође дужни да свом детету обезбеде образовање, али је трошкове образовања дужан да сноси отац. С друге стране, оба родитеља имају дужност да дете уче лепим манирима и да утичу да прихвати друштвене норме. R. Arshad, 151, 154.

Право и дужност родитеља на васпитање и образовање детета чини саставни део садржине родитељског права „које је изведено из дужности родитеља и постоји само у мери која је потребна за заштиту личности, права и интереса детета.“¹⁵ Тиме се долази и до круга субјеката на које се односи ово право и обавеза родитеља. То су она лица над којима постоји родитељско право, односно она која нису навршила 18 година живота, или која нису стекла потпуну пословну способност навршеном 16. годином живота ступањем у брак уз дозволу суда, или стицањем статуса родитеља.¹⁶ Нужно појмовно и суштинско јединство права и дужности родитеља који имају право да врше своју дужност, односно обавезни су да се тим својим правом у циљу остварења најбољег интереса детета користе, указује на правну природу ове одредбе Породичног закона. Она је, као норма којом се регулише садржина родитељског права, императивног карактера, а императивне норме у установи од друштвеног значаја каква је породица имају за задатак да „чувају специфичност и трајност утврђених веза“.¹⁷

Истина, савремено породично право је много више прожето начелом аутономије воље и тенденција је да се држава мање меша у породичне односе него што је то некада био случај. Али, њега карактерише и „функционализација родитељског односа (родитељска права као социјалне функције)“,¹⁸ што ће рећи да родитељи права и обавезе које имају према деци врше имајући у виду и друштвену одговорност и водећи рачуна о друштвеном интересу који се свакако може изједначити с најбољим интересом детета. У том смислу, право и обавеза родитеља на васпитање и образовање детета се може схватити и као саставни део најзначајније одговорности родитеља, одговорности за живот детета и његовог права на развој, као једног од темељних права предвиђених Конвенцијом о правима детета.¹⁹

¹⁵ Вид. чл. 67 и чл. 68, ст. 2 ПЗ; Решење Окружног суда у Ваљеву, Гж. бр. 109/06, од 26.1.2006, Интермекс судска пракса.

¹⁶ Вид. чл. 84, ст. 1. тач. 1 и 2 ПЗ и чл. 11, ст. 2 и ст. 3 ПЗ. Нажалост, Закон не предвиђа основ нити уводи могућност едукативних програма који би родитељима олакшали вршење ових својих обавеза. Невена Вучковић Шаховић, „Права дете та и породично законодавство“, *Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Крагујевац 2006, 260.

¹⁷ Марина Јањић Комар, „Реформа породичног права проблеми модернизације“, *Правни живот* 9/2004, 892; Зоран Поњавић, *Приватизација породице и Породичног права*, Београд 2009, 151; Зоран Поњавић, „Уговорно вршење родитељског права“, *Правни живот* 10/2008, 237.

¹⁸ М. Јањић Комар, (2004), 891.

¹⁹ Марина Јањић Комар, „Родитељска одговорност“, *Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Крагујевац 2006, 250. Темељна права детета утврђена овом Конвенцијом су право на недискриминацију, право на живот, опстанак и развој, право на учешће/уважавање мишљења детета и остваривање најбољег интереса де

Отуда, и у законом предвиђеним случајевима у којима један родитељ може самостално да врши родитељско право, други родитељ који га не врши овлашћен је да споразумно одлучује с оним првим о питањима која битно утичу на живот детета, а у која Породични закон сврстава и образовање детета, што подразумева и избор, промену школе и престанак школовања.²⁰ Исти смисао има и право родитеља да од образовних институција добију сва потребна обавештења о свом детету.²¹

Због природе односа родитеља и деце држава не може и не треба да утиче на начин на који ће родитељи васпитавати и образовати дете (осим кроз надзор над вршењем родитељског права), тако што би им преко својих органа давала свакодневна упутства, препоруке или примедбе. Међутим, она мора и може да делује превентивно, да кроз најширу законодавну активност која се не би ограничила само на породично право и предузимањем мера и обезбеђивањим културних, економских, медијских и образовних инструмената створи амбијент у коме би родитељи могли успешно да врше ово своје право, тј. дужност. Ова обавеза за Републику Србију проистиче и из Конвенције о правима детета која нема за главни циљ гарантовање појединих права родитеља према деци као таквих, „већ се и државама чланицама и родитељима даје право и ставља обавеза да детету, у ствари, помогну у остваривању права из Конвенције“.²² Другим речима, улога државе мора да буде активно-превентивна. Један од принципа на којима треба да се заснивају односи родитеља и деце јесте да „држава има основну одговорност у обезбеђивању услова родитељима за успешно остваривање њихове улоге у породици“.²³

Ипак, у оним ситуацијама када се превенција покаже као недовољна, држава кроз институт лишења родитељског права делује поствентивно и остварује зацртани општи интерес, заокружујући импе-

тета. Н. Вучковић Шаховић, 267; Љубица Милутиновић, „Породични закон кроз судску праксу“, *Билтен судске праксе*, Врховни суд Србије 2/2008, 267.

²⁰ Чл. 78, ст. 3 и ст. 4 ПЗ. Вид. С. Панов (2010а), 225; Herbert Hausmaninger, *The Austrian Legal System*, Wien 2003, 250; Олга Цвејић Јанчић, „Заједничко вршење родитељског права“, *Правни живот* 9/1997, 678; Гордана Ковачек Станић, „Вршење родитељског права према Породичном закону Србије из 2005. године“, *Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Крагујевац 2006, 275. Суд није овлашћен да доноси одлуке које би замениле заједничке одлуке родитеља о битним питањима вршења родитељског права, у која се убраја и питање образовања детета. Вид. пре суду Врховног суда Србије Рев. 2557/06, Љубица Милутиновић, „Односи родитеља и деце најчешћи спорови, одлике поступка“, *Билтен судске праксе*, Врховни суд Србије 3/2009, 233.

²¹ Решење Округног суда у Ваљеву, Гж. бр. 109/06, од 26.1.2006, Интермекс судска пракса.

²² Н. Вучковић Шаховић, 255.

²³ Н. Вучковић Шаховић, 267.

ративну природу норми којима је регулисано родитељско право.²⁴ У савременим правима држава отуд није потпуно изопштена из учешћа у породичним односима, али само онда када у њима треба да оствари заштитну функцију.²⁵ Тако у центар пажње долази превентивна улога државе која треба да обезбеди амбијент за реализацију права и дужности родитеља на васпитање и образовање детета.

3. ПРАВО И ДУЖНОСТ РОДИТЕЉА НА ВАСПИТАЊЕ И ОБРАЗОВАЊЕ ДЕТЕТА У ПОРОДИЧНОМ ЗАКОНУ СРБИЈЕ

3.1. Насиље у породици

3.1.1. Субјекти насиља у породици

Породични закон Србије (даље: ПЗ) не садржи дефиницију породице. Иако такав пример није усамљен у упоредноправном законодавству, има и оних легислатива које дају дефиницију породице (нпр. Обитељски закон Федерације Босне и Херцеговине,²⁶ Породични закон Републике Српске,²⁷ Породични закон Црне Горе²⁸),

²⁴ У прилог томе говори и текст Општег протокола за заштиту деце од злостављања и занемаривања који је Влада Србије усвојила 2005. године, а према коме се под занемаривањем подразумева и пропуштање лица које детету пружа негу (најчешће родитеља), „да обезбеди развој детета у области образовања...што изазива или може, са великом вероватноћом, нарушити дететово здравље или физички, ментални, духовни, морални или друштвени развој.“ Општи протокол за заштиту деце од злостављања и занемаривања, стр 9, <http://www.inkluzija.org/biblioteka/Opstiprotokolzazastituideceodzlostavljanjaizanemarivanja.pdf>, 15.8.2011.

²⁵ Вељко Влашковић, „Породични односи између права на поштовање породичног живота и права на заштиту од насиља у породици“, *Правни систем Србије и стандарди Европске Уније и Савета Европе* (ур. С. Бејатовић), Крагујевац 2007, 197.

²⁶ Вид. чл. 2, ст. 1 Обитељског закона Федерације Босне и Херцеговине, *Службене новине Федерације БиХ* бр. 35/05: „Породица, у смислу овог закона, јесте животна заједница родитеља и дјеце и других крвних сродника, сродника по тазбини, усвојилаца и усвојеника и особа из ванбрачне заједнице ако живе у заједничком домаћинству.“

²⁷ Вид. чл. 2, ст. 1 Породичног закона Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 54/2002: „Породица, у смислу овог закона, је животна заједница родитеља и дјеце и других сродника.“

²⁸ Вид. чл. 2 Породичног закона Црне Горе, *Службени лист Црне Горе*, бр. 1/2007: „Породица је животна заједница родитеља, дјеце и других сродника који у смислу овог закона имају међусобна права и обавезе, као и друга основна заједница живота у којој се његују и подижу дјеца.“ У Предлогу Породичног закона Словеније „породица је животна заједница детета са једним или оба родитеља или са другим лицем, ако то лице стално брине о детету и има према детету одређена права и обавезе“, што обухвата и истоимене партнере. Сузана Краљић, „Које новине доноси Предлог словеначког породичног закона“, *Правни живот*, 10/2010, 178.

али и међународних конвенција попут Универзалне декларације о људским правима²⁹ и Међународног пакта о грађанским и политичким правима.³⁰ Мада наше право не садржи експлицитну дефиницију породице, регулишући институт насиља у породици ПЗ истиче која лица сматра члановима породице. Тако у чл. 197, ст. 1 наводи да је насиље у породици понашање „којим један члан породице угрожава телесни интегритет, душевно здравље или спокојство другог члана породице“, док у чл. 197, ст. 3 одређује и субјекте насиља у породици: „члановима породице у смислу става 1 овог члана сматрају се супружници или бивши супружници, деца, родитељи и остали крвни сродници, те лица у тазбинском или адоптивном сродству, односно лица која везује хранитељство, лица која су живела или живе у истом породичном домаћинству, ванбрачни партнери или бивши ванбрачни партнери, те лица која су међусобно била или су још увек у емотивној или сексуалној вези, односно која имају заједничко дете или је дете на путу да буде рођено, иако никада нису живела у истом породичном домаћинству“.³¹

Иако се у упоредном праву може наићи на различито одређен круг лица која се сматрају члановима породице, ниједно попут српског у породицу не убраја *лица која су била или су још увек у емотивној или сексуалној вези*.³² Енглеско право *prima faciae* садржи сличну формулацију гарантујући право на исељење насилника из породичног дома, односно право на усељење и лицима међу којима постоји или је постојао интиман лични однос (при чему се изричито наводи

²⁹ Вид. чл. 16, ст. 3 Универзалне декларација о људским правима: „Породица је природна и основна ћелија друштва која има право на заштиту државе и друштва“.

³⁰ Вид. чл. 23, ст. 1 Међународног пакта о грађанским и политичким правима: „Породица је природни и основни саставни део друштва и има право на заштиту друштва и државе“.

³¹ Идентичну одредбу, нажалост, задржава и Нацрт Грађанског законика Републике Србије у чл. 241 дела којим регулише субјекте насиља у породици, *Комисија за израду ГЗ*, 95. Слично решење садржи и македонско право, наводећи као чланове породице и лица „која се налазе у блиским личним односима“, под којима закон подразумева „личне односе између лица различитог пола која су била или јесу у партнерском односу, а не живе у ванбрачној заједници“, чл. 94, ст. 2 Законот на семејството, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 80/92, 9/96, 33/06, 84/08.

³² Мада Европска конвенција о људским правима не садржи дефиницију породице, Европски суд за људска права је, тумачећи право на поштовање породичног живота, кроз своју праксу у чланове породице сврстао супружнике и ванбрачне партнере, децу (брачна, ванбрачна и усвојена) и родитеље, браћу и сестре, деде и баке и унукe, одрасле особе и њихове родитеље и друге сроднике и веренике и хомосексуалне партнере. Вид. Марија Драшкић, „Право на поштовање породичног живота у пракси Европског суда за људска права“, *Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Крагујевац 2006, 97-99.

да то не мора неминовно да подразумева сексуални однос), али уз додатне услове да је такав однос „значајног трајања“ и да је следствено подразумевао заједнички живот у породичном дому.³³ ПЗ није ближе определио ни природу, врсту и трајање сексуалне или емотивне везе о којима говори, али се језичким тумачењем долази до закључка да она не сме бити на нивоу изузетка, нешто што се само једном догодило, јер сам појам „веза“ указује на краће или дуже временско трајање. Ипак, имајући и то ограничење на уму, према слову ПЗ, чланови породице су нпр. лице које се бави проституцијом и његов (њен) стални или чести клијент, као лица која повезује искључиво сексуална релација;³⁴ два истополна партнера, иако у Србији (још увек) не постоји закон којим би оваквим заједницама била призната правна дејства; два најбоља пријатеља или комшије, итд. То уједно значи и да би два лица повезана „негативним емотивним односом“, рецимо, међусобном нетрпељивошћу или мржњом, морала према ПЗ бити третирана као чланови породице.³⁵ Како ПЗ не прецизира ни нужност допуштености (постојања сагласности) у погледу сексуалне везе, могуће је доћи и до тога да су чланови породице и учинилац кривичног дела силовања и лице над којим је он дело извршио неколико пута. Ако би се при том систематским тумачењем чл. 197, ст. 3 ПЗ довео у везу с чл. 70 истог закона, дошло би се до апсурдних закључака у погледу обавезе родитеља да своје дете усмеравају ка прихватању етичких, емоционалних и националних вредности такве „породице“ о којој говори члан закона који се бави субјектима насиља у породици.³⁶ То не може бити дефиниција ни традиционалне ни модерне породице, јер се оне међусобно разликују само по томе што за основу осим сродства, модерне дефиниције узимају сваку заједницу у окриљу које се подижу деца, а која може бити брачна, како је то било карактеристично за традиционалне дефиниције породице, или данас све више ванбрачна.³⁷

³³ Mary Welstead, Susan Edwards, *Family Law*, Oxford 2011, 113.

³⁴ С. Панов, (2010а), 373. Посебну тешкоћу би представљало доказивање једног таквог односа, вид. Зоран Поњавић, *Породично право*, Крагујевац 2011, 392.

³⁵ Милан Шкулић, „Основни елементи нормативне конструкције кривичног дела насиља у породици – нека спорна питања и дилеме“, *Насиље у породици* (ур. М. Шкулић и др.), Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, Београд 2009, 20–21. О потреби широко дефинисаних радњи насиља у породици као ефикасном средству превенције насиља вид. Невена Петрушић, „Породичноправна заштита од насиља у породици у праву Републике Србије“, *Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Крагујевац 2006, 27.

³⁶ Кривични законик Србије, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05 испр., 107/05 испр., 72/09 и 111/09) у чл. 194 предвиђа кривично дело насиља у породици, чију радњу извршења дефинише на веома сличан начин на који то чини ПЗ уређујући овај институт.

³⁷ М. Јањић Комар, (2004), 891–892; З. Поњавић, (2009), 31–46; З. Поњавић, (2011), 37.

Истина, у литератури се наводи да је за потребе института насиља у породици уведена „социолошка, а не биолошка дефиниција породице“ и да је то карактеристика свих права с простора бивше СФРЈ,³⁸ те да се субјекти насиља у породици не могу сматрати члановима породице у погледу права и обавеза из других породичних односа.³⁹ Међутим, тачно је и то да ниједно право с простора бивше СФРЈ не одређује тако широк круг чланова породице код овог института и на тако непрецизан начин како то чини српско право.⁴⁰ Најзад, индикативно је да ПЗ не садржи ни описну дефиницију породице, а да, не рачунајући Основне одредбе (чл. 2) у којима гарантује посебну заштиту породице и породичног живота, о породици говори само још код института насиља у породици.⁴¹

3.1.2. Радње насиља у породици

ПЗ предвиђа *exempli causa* неке случајеве радњи насиља у породици који због непрецизности законске формулације⁴² лако могу доћи у колизију са чл. 70 и 71 ПЗ и правом и обавезом родитеља на васпитање и образовање детета. Насиље у породици је између осталог и „ограничавање слободе кретања или комуницирања са трећим лицима“, ако би то код детета, на пример, угрозило спокојство.⁴³

³⁸ Урош Новаковић, „Насиље у породици у законодавствима држава нека дашње СФРЈ“, *Правни живот* 10/2009, 1082.

³⁹ М. Драшкић, (2009), 62; З. Поњавић, (2011), 391.

⁴⁰ Чл. 94 Законот на семејството; чл. 3 Закона о заштити од насиља у обитељи, *Службени лист Републике Хрватске*, бр. 110/03; чл. 3 Закона о заштити од насиља у породици, *Службени Лист Црне Горе* 46/2010; чл. 5 Закона о заштити од насиља у породици, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 118/05; чл. 5 Закона о заштити од насиља у породици, *Службене новине ФБиХ*, бр. 22/05; чл. 2 Закон о регресивању насиља в дружини, *Uradni list Republike Slovenije*, бр. 16/08.

⁴¹ Иако то није предмет истраживања у овом раду, мора се рећи да после дице настају и на плану кривичног права и то у погледу кривичног дела насиља у породици, односно да је став кривичноправне науке и праксе да је прешироко одређење чланова породице у Породичном закону све до Закона о изменама и до пунама Кривичног законика (*Службени гласник РС*, бр. 72/09) било „неприхватљиво за поступање у кривичном поступку у вези са овим кривичним делом“. Миодраг Плазинић, „Насиље у породици – Практика Општинског јавног тужилаштва у Пожеги“, *Насиље у породици* (ур. М. Шкулић и др.), Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, Београд 2009, 160. О домену апсурдних последица којима је то водило и уопште о сврсисходности дефинисања мера заштите од насиља у породици у породичном праву упркос постојања кривичног дела насиља у породици, односно кривичноправне као најснажније и ултимативне заштите повређених добара, М. Шкулић, 18–21. Супротно Н. Петрушић, (2006), 25.

⁴² О непрецизностима законодавца приликом дефинисања института насиља у породици видети детаљно код С. Панов, (2010а), 374 и даље.

⁴³ Вид. чл. 197, ст. 1 ПЗ и чл. 197, ст. 2, тач. 5 ПЗ. Идентичну одредбу задржава и Нацрт Грађанског законика Републике Србије у чл. 241 дела којим регулише породичне односе, *Комисија за израду ГЗ*, 95. Општим протоколом за заштиту деце

Тиме је, дакле, „забрањено не само укидање, већ и ограничавање слободе кретања или комуникације“;⁴⁴ што као строжи стандард додатно (ако не и прекомерно) ограничава родитеље у реализовању свог права на васпитање и образовање детета. Проблем представља и конкретизација спокојства као личног добра које је заштићено поменутом нормом ПЗ,⁴⁵ јер су „спокојство и душевно стање, како лични осећај, тако и културолошки зависни, па се поставља питање где је праг толеранције у односу на психичко насиље и у односу на шта тај праг треба мерити“.⁴⁶ Иако ће се често угрожавање спокојства утврђивати на основу објективног критеријума, исто тако ће бити неопходно да се узме у обзир и душевно и емотивно стање, карактер, узраст, амбијент и породично окружење у коме дете одраста.⁴⁷ У иностраној науци насиље у породици се дефинише превасходно уз употребу правних стандарда, тј. као понашање које се превасходно дешава у породичном дому, а које укључује физичку, психичку, емоционалну или сексуалну злоупотребу.⁴⁸

У литератури се поставља питање да ли би родитељи вршили насиље у породици над својим дететом ако би му ограничили, а не потпуно укинули ноћне изласке,⁴⁹ контакт с вршњацима који на њега врше лош утицај, или му ограничили приступ местима где се одржавају састанци верских секти, противили се његовом контакту с лицима која би на њега вршила утицај да промени вероисповест. Подсећамо да међународни документи, Устав Србије и ПЗ гарантују

од злостављања и занемаривања који је Влада Србије усвојила 2005. године, наведено је да се као емоционална злоупотреба детета подразумева и поступак којим се „ограничава кретање детета“. Општи протокол за заштиту деце од злостављања и занемаривања, 9, <http://www.inkluzija.org/biblioteka/Opstiprotokolzazastituedeceodzlostavljanjaizanemarivanja.pdf>, 15.8.2011. Много прецизнија формулација и језички и смисаоно постоји у чл. 4, ст. 1, тач. 8 хрватског Закона о заштити од насиља у обитељи где је као радња насиља у породици предвиђена „протуправна изолација или ограничавање слободе кретања или комуницирања с трећим особама“. За разлику од српског права, квалификатив који ово понашање опредељује као насиље у породици јесте да се чини противправно. Законодавац Републике Српске у чл. 6, ст. 2, тач. 9 Закона о заштити од насиља у породици на идентичан начин дефинише ову радњу насиља у породици као хрватски законодавац, али изостављајући квалификатив „противправно“, што му даје једнак, непрецизан смисао какав постоји у српском закону.

⁴⁴ Слободан Панов, „Насиље у породици – аспект детета“, *Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Крагујевац 2006, 287.

⁴⁵ В. Влашковић, (2007), 209.

⁴⁶ Светлана Ненадић, „Насиље у породици“, *Насиље у породици* (ур. М. Шкулић и др.), Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, Београд 2009, 99.

⁴⁷ М. Шкулић, 14 15.

⁴⁸ М. Welstead, S. Edwards, 106.

⁴⁹ С. Панов, (2010а), 379.

право родитељима да своје дете васпитавају у складу са сопственим етичким и верским уверењима. Проблем је актуелизован тиме што је у судској пракси као мотив за насиље у породици забележено и „неприхватање чињенице да је тужена постала члан Јеховиних сведока“, нажалост, без навођења радње којом је конкретно насиље учињено и других релевантних околности случаја.⁵⁰ Јеховини сведоци одбијају трансфузију крви, чак захтевају од лекара да њихову децу лече у складу са њиховим верским уверењима, због чега је пре неколико година једно дете у Србији изгубило живот.⁵¹ С друге стране, чл. 3, ст. 2 Закона о црквама и верским заједницама⁵² наводи да се „верска слобода не сме користити тако да угрожава право на живот, право на здравље, права деце, право на лични и породични интегритет и право на имовину, нити тако да се изазива и подстиче верска, национална или расна нетрпељивост“.

Право родитеља да деци обезбеде образовање у складу са својим етичким и верским уверењима нема само за задатак да им обезбеди да личности своје деце изграђују у складу с вредностима које сматрају за најпожељније, већ и да у томе ограниче утицај околине, а пре свега, како каже Драшкић, „индоктринацију“ од стране државе и државних школа које су по њеном мишљењу у могућности да фаворизовањем само једне религије у образовном процесу, утичу на религијско, али и свеукупно васпитање и образовање детета.⁵³ Међутим, оно има и свој позитивни аспект, кроз право родитеља који као порески обвезници финансирају школовање своје деце у државним школама, да им држава за узврат обезбеди свеобухватно, па и верско образовање њихове деце, које уједно представља и најделотворнији вид превенције против деловања агресивних верских секти на младе.⁵⁴ Право да деци обезбеде образовање у складу са својим верским и етичким уверењима родитељима гарантују

⁵⁰ Невена Петрушић, Слободанка Константиновић Вилић, *Породичноправна заштита од насиља у породици у правосудној пракси Србије*, Београд 2010, 63.

⁵¹ Вид више Ј. Радишић, 87.

⁵² *Службени гласник РС*, бр. 36/06.

⁵³ Марија Драшкић, „Право детета на слободу вероисповести у школи, *Анали Правног факултета у Београду* 1 4/2001, 517. У Првом додатном протоколу уз Европску конвенцију о људским правима предвиђена је обавеза државе да гарантује родитељима право да своју децу образују „сагласно својим верским и филиозофским уверењима“. З. Поњавић, (2011), 244, фн. 354.

⁵⁴ Сима Аврамовић, „Право на верску наставу у нашем и упоредном европском праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 2005/1, 57, 59; Сима Аврамовић, „Уставност верске наставе у државним школама *res iudicata*“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2006, 256. Супротно вид. Марија Драшкић, „О веронауци у државним школама, други пут“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2006, 148 149.

и аустријско, белгијско, енглеско, француско и немачко право, док га нека права ограничавају од навршене 14. (бугарско), односно 15. године детета (чешко, данско, финско), након чега се тражи његова сагласност.⁵⁵ Наиме, Конвенција о правима детета гарантује деци право да о свим питањима која их се тичу слободно изразе своје мишљење и да оно буде уважено обзиром на њихове године и зрелост, а то подразумева и право детета да одабере другачије верско васпитање од оног које би у погледу њега желели његови родитељи, под условом да је способно да о томе самостално и зрело изрази своју одлуку.⁵⁶ С друге стране, обавеза је родитеља у шеријатском праву „да подижу дете као правичног муслимана, с љубављу и пажњом“.⁵⁷

Увођење верске наставе као алтернативног предмета у српске основне и средње школе, изазвало је полемику у нашој стручној јавности. Драшкић такву одлуку, а потом и закон сматра супротним међународним конвенцијама, за шта као аргументе наводи да држава не сме никоме „да натура религију и веровање“, да слобода савести и веросиповести подразумева и могућност да се она јавно не изражава или уопште не исповеда, али и противан српском унутрашњем праву (као неуставну и незакониту), због одвојености цркве од државе.⁵⁸ С друге стране, Аврамовић се позива на законодавну праксу и ставове у науци у државама ЕУ и аргументује да се у савременим правним порецима одвојеност државе и цркве не сматра апсолутном, већ да подразумева њихову заједничку активност и „сарадњу у питањима од заједничког интереса“.⁵⁹ Он даље истиче да „право на неизјашњавање о верском уверењу“ у Србији није повређено јер ученицима стоји на располагању опција између верске наставе и грађанског васпитања, односно да се не може говорити о „наметању религије“, јер је вер-

⁵⁵ European Family Law in Action: „Parental Responsibilities“, (eds. K. Boele Woelki, V. Braat, I. Sumner), Antwerpen Oxford 2005, 131 156. У нашем законодавству о избору који предмет ће похађати одлучују родитељи за своју децу у основној школи, а сами ученици у средњој школи.

⁵⁶ М. Драшкић, (2001), 519.

⁵⁷ R. Arshad, 149.

⁵⁸ М. Драшкић, (2001), 513 и даље; М. Драшкић, (2006),

⁵⁹ Сима Аврамовић, (2005), 50. У многим државама цркве имају своје телевизијске и радио станице, *The Church Chanel* и *BYU Television* у Америци, *Australian Christian Channel* у Аустралији, *Trwam* у Пољској, *4E* и *Lihnos* у Грчкој, *TB СПАС* у Русији и *Вјара* у Бугарској и све емитују културни, образовни, документарни, играни програм, световну и духовну музику. Према српском законодавству Црква може да добије само локалну фреквенцију за емитовање програма, па ТВ програм емитује само *ТВ Логос* у Трстенику и његовој околини, а дозволу је добила и *ТВ Беседа* из Новог Сада. Радио станица које емитују програм СПЦ на територији Србије има једанаест, а оних које емитују програм Римокатоличке цркве свега пет. Слободан Антонић, „Између нас и Сатане“, *Нова српска политичка мисао*, 29.5.2010, http://www.nspm.rs/crkva_i_politika/izmedju_nas_i_satane.html?alphabet_1, 15.8.2011.

ска настава у школама финансирана од стране државе доступна свим припадницима традиционалних цркава и верских заједница у Републици Србији, док је осталим верским заједницама законом остављена могућност да је саме финансирају, а износи и низ других аргумената у прилог постојећој законској регулативи.⁶⁰

Сувише екстензивно тумачење норми о породичном насиљу за које оставља простор наш законодавац, а очигледно и судска пракса, не само да не доприноси најбољем интересу детета, него генерише унутарпородичне сукобе, фаворизујући и штитећи волонтизам и непостојање ничим спутане слободе и одговорности, без чега нема ни слободе других нити могућности за успостављањем уређене заједнице. Потенцијални простор за злоупотребе створен нејасном нормом која се може тумачити на различите начине и у томе имати супротна исходишта, може да паралише обавезу родитеља да васпитавају своје дете. У породици је неретко тешко разлучити допуштено од насилног понашања, с обзиром на појачан интензитет различитих емоција који у њој постоји, али и одређене генерацијске, културне, образовне, па и верске и националне разлике које детерминишу понашање чланова породице.⁶¹

Узорну норму прописује црногорско право, где је по чл. 8, ст. 2, тач. 1 Закона о заштити од насиља у породици облик насиља и „ако члан породице не води довољно бригу о исхрани, хигијени, одијевању, медицинској заштити или редовном похађању школе или не спријечава дијете у штетном дружењу, скитњи, просјачењу или крађи или на други начин у већој мјери занемарује подизање или васпитање дјетета“. За разлику од нашег, решење црногорског закона

⁶⁰ С. Аврамовић, (2005), 51 и даље. Уставни суд Србије је 2003. године одбио предлоге за утврђивање неуставности и незаконитости Закона о изменама и допунама Закона о средњој школи и Закона о изменама и допунама Закона о основној школи којима је у наше школе уведена верска настава (*Службени гласник РС* бр. 119/03).

⁶¹ Отуд питање: „Када ће једно понашање, примера ради, родитеља, бити оцењено као усмеравање детета ка усвајању и поштовању вредности емоционалног, етичког и националног идентитета своје породице и друштва, а када ће бити оцењено као насиље у породици?“, вид. З. Поњавић (2011), 390. У пракси се недовољно води рачуна да односи у једној породици могу да буду поремећени у краћем или дужем временском периоду, али да то не значи да *a priori* представљају насиље у породици, С. Ненадић, 100. Слична аргументација постоји и у иностраној литератури: „Ставови према којима се одређује шта је прихватљиво понашање у блиским породичним односима мењали су се у разним епохама и у разним културама“, вид. М. Welstead, S. Edwards, 107. Супротно мишљење има Невена Петрушић: „Неопходно је да судије покажу ‘нулту толеранцију’ на насиље, што подразумева да свако понашање које одступа од стандарда ‘нормалног’ опхођења и комуницирања са члановима породице квалификују као насиље у породици.“ Н. Петрушић, (2006), 28. Слично и судија Ј. Милутиновић, (2008), 278. Чини се сувише строг приступ, нарочито ако се имају у виду мере породичноправне заштите од насиља у породици, али и могућност лишења родитељског права независно од поменутих мера.

не само што не допушта екстензивна тумачења која нису у најбољем интересу детета, већ их изричитом одредбом санкционише као радње насиља у породици. Хармонично решење које води рачуна како о праву детета на развој сопствене личности и слободног одлучивања које тај процес нужно прати, тако и о праву родитеља да учествују у том процесу у најбољем интересу детета, пружа и хрватски Обитељски закон. Њиме је предвиђено да у циљу добробити детета, а у складу с његовим узрастом и зрелашћу, родитељи имају право и дужност да надзиру дете у његовом дружењу с другим особама, односно да имају право и дужност да забране детету млађем од 16 година ноћне изласке (од 23–5 часова) без своје или пратње друге одрасле особе у коју имају поверење.⁶² Слично је решење и Обитељског закона Федерације Босне и Херцеговине, које предвиђа дужност родитеља да у циљу заштите интереса детета контролишу његово понашање сходно његовом узрасту и зрелости.⁶³ Треба апострофирати и решење француског права које омогућава родитељима да контролишу друштвене везе и пријем поште своје малолетне деце.⁶⁴

3.2. Брак

ПЗ предвиђа дужност родитеља да усмеравају своју децу да прихвате вредности емоционалног идентитета своје породице и друштва. Ипак, за разлику од раније важећег Закона о браку и породичним односима Србије, српски законодавац приликом дефинисања правних дејстава брака изоставља „љубав као законски елемент брака,“ као његову полазну и исходну емоцију правно уобличену овим древним институтом, констатује Панов.⁶⁵ Истиче се само да су „супружници дужни да се међусобно поштују и помажу“,⁶⁶ док се према ЗБПО односи брачних другова заснивају на узајамној љубави, поштовању и међусобном помагању.⁶⁷ Не мање значајну новину у ПЗ представља и одсуство правне релевантности прељубе као бракоразводног узрока, односно изостављање обавезе верно-

⁶² Вид. чл. 95 Обитељског закона Хрватске, *Народне новине* бр. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07. Истраживања показују да се у нашој судској пракси психичко насиље врши и „контролисањем разговора и ограничавањем кретања“, али без детаљнијег навођења чињеничног стања конкретних случајева. Н. Петрушић, С. Константиновић Вилић, 64.

⁶³ Чл. 134, ст. 3 Обитељског закона Федерације Босне и Херцеговине.

⁶⁴ European Family Law in Action: „Parental Responsibilities“, 151.

⁶⁵ Слободан Панов, „Верност и прељуба – правни аспект“, *Правни живот* 10/2010, 160-165.

⁶⁶ Чл. 25 ПЗ.

⁶⁷ Чл. 6, ст. 2 Закона о браку и породичним односима Србије, *Службени гласник СРС*, бр. 22/80, 11/88, 22/93 и 35/94.

сти између брачника.⁶⁸ Оваквим решењем је, указују наши угледни правни аутори, начињен отклон и дисконтинуитет у односу на целокупну српску правну традицију, од средњовековних извора па све до важећег ПЗ, али је начињена разлика и у односу на породичноправна законодавства Француске, Грчке, Енглеске, Италије, Хрватске, САД или нпр. Марока, која сва изричито предвиђају обавезу верности између супружника.⁶⁹ Решење предложено Нацртом Грађанског законика само је делимично боље, јер чл. 25 који регулише породичне односе наводи да се „брак заснива на узајмној верности, поверењу, поштовању и помагању“.⁷⁰

Према подацима Републичког завода за статистику у 2009. години укупан број живорођене деце у браку у Републици Србији (без Косова и Метохије) износио је 54.005 (77%), док је укупан број живорођене деце ван брака износио 16.294 (23%).⁷¹ У периоду од 1953–2006. године број закључених бракова на 1.000 становника је у Србији опао са 10,1 на 5,4, а број развода се повећао са 7,9 на 8,2.⁷² Двогенерацијска породица (родитељи и деца) је 1973. године у Србији чинила 64% укупних породица, а већ 2003. године, услед пораста монопаренталних породица, она је чинила свега 31% укупног броја породица.⁷³ Изгледа да и ПЗ, као матични закон у овој области, не доприноси својим решењима бољим трендовима, па ће бити интересантно анализирати сличне статистичке податке у будућности,

⁶⁸ С. Панов, (2010б), 154. У литератури се истиче да је обавеза верности имплицитно ипак предвиђена ПЗ, односно да је сублимирана обухватнијим појмом „узајмног поштовања“ коју закон предвиђа, а с којом је чин прељубе у супротности. Панов не прихвата ова схватања, аргументујући свој став навођењем и других стилских и суштинских (не)намерних пропуста у законском тексту, који су по његовом мишљењу одлика ПЗ у целини, па закључује да би такво тумачење било у супротности са номотехником овог прописа, С. Панов, (2010б), 161–164. Младеновић, у контексту трансформације савременог породичног права које иде у корак с цивилизацијским променама, не искључује могућност да ће у блиској будућности у технолошки и економски најразвијенијим државама фактичка полигамија и полигинија, односно упоредо одржавање сексуалних односа и с другим партнерима а не само брачним, бити и изричито легализоване, Марко Младеновић, „Да ли породица има будућност“, *Правни живот* 9/1996, 553.

⁶⁹ С. Панов, (2010б), 152, 155. R. Arshad, 42. Речју Панова у истом раду, грађани Републике Србије богатији су у каталогу људских права у односу на друге народе „правом на неверност“.

⁷⁰ *Комисија за израду ГЗ*, 17.

⁷¹ Република Србија Републички завод за статистику, *Демографска статистика 2009*, Београд 2010, 71. У ЕУ је према извештају Еуростата (Статистичка агенција ЕУ) у 2008. години 35,1% деце рођено ван брака, http://www.srbijanet.rs/zivot/lifestyle/62542_broj_brakova_i_eu_opada_udvostrucen_broj_dece_rodjene_van_braka.html, 15.8.2011.

⁷² З. Поњавић, (2009), 25.

⁷³ З. Поњавић, (2009), 43, фн. 97.

када закон већ буде имао дужу примену и тиме остављао више простора за релевантнијом проценом његових ефеката.

Зато се може поставити питање карактера емоционалног идентитета оне породице која се заснива браком, а која је већ по законском одређењу лишена љубави као иницијалног, али и крунског осећања, односно емоционалног идентитета друштва чији ће нуклеус бити оваква породица. Како остварити законски и животни идеал, конкретизован кроз право и обавезу родитеља да с дететом развијају однос заснован на љубави, ако је правом уређени однос његових родитеља, чија је круна рођење детета, по самом закону лишен љубави? Најзад, да ли ће будући родитељи које законодавац „стимулише“ да и без осећања међусобне љубави ступе у брак, тј. које несанкционисањем „охрабрује“ на прељубу, бити у могућности да децу васпитавају у складу с идеалом емоционалног идентитета своје породице и друштва? Да ли родитељи и деца могу да развијају односе засноване на узајамном поверењу и поштовању, ако за пример имају родитеље које је после толико векова исти тај закон „ослободио“ обавезе да једно другом буду верни?⁷⁴

Исто важи и за ванбрачну заједницу и на њој засновану породицу,⁷⁵ јер ПЗ изједначава не само имовинскоправна, већ и личноправна дејства брака и ванбрачне заједнице.⁷⁶

3.3. Усвојење

Српско и црногорско право су јединствени по томе што приликом заснивања усвојења фаворизују лице страног држављанства као усвојиоца.⁷⁷ Према ПЗ страни држављанин може да буде усвојилац уз испуњење општих услова који се траже за сваког усвојиоца, ако

⁷⁴ У извесном смислу ове појаве су само аспект савременог тренда „инди видуализације“ модерног породичног права, односно уступање места колективних, породичних и брачних интереса појединачним интересима сваког члана породице, чиме она све више прераста у скуп међусобно независних индивидуа. „Породица је стога све мање састављена од родитеља и рођака, а све више од странака“, мишљења је З. Поњавић, (2009), 80.

⁷⁵ Према томе да ли се породица заснива закључењем брака или заснивањем ванбрачне заједнице, породица може бити брачна и ванбрачна, С. Панов, (2010а), 37.

⁷⁶ С. Панов, (2010а), 147. Ванбрачна заједница се законом дефинише као „трајнија заједница живота жене и мушкарца између којих нема брачних сметњи“, а који имају права и дужности супружника. Вид. чл. 5 ПЗ Србије *in fine*.

⁷⁷ С. Панов, (2010а), 250 254. С друге стране, у македонском праву приоритет као усвојиоци увек имају држављани БЈР Македоније или макар лица која на њеној територији имају пребивалиште. Љубиша Стефановски, „Поступак усвојења у Македонији“, *Ново породично законодавство* (ур. З. Поњавић), Крагујевац 2006, 324.

не може да се нађе усвојилац који је српски држављанин⁷⁸ и ако се министар за породичну заштиту сагласи с усвојењем.⁷⁹ Међутим, чл. 318 ПЗ Србије предвиђа да је у поступку заснивања усвојења „орган старатељства који је одабрао будуће усвојитеље дужан да им дете упути ради узајамног прилагођавања, осим ако је усвојитељ страни држављанин“. Нацрт Грађанског законика у чл. 357, ст. 1 који регулише породичне односе садржи истоветно решење, али предвиђа као алтернативу и могућност брисања овакве привилегије за усвојиоца страног држављанства.⁸⁰

Имајући у виду значај пробног смештаја који подразумева испитивање најбољег интереса детета да буде усвојено од стране конкретних усвојилаца, као и начин њиховог међусобног прилагођавања, обавезу пробног смештаја безизузетно предвиђају немачко, швајцарско и француско право. Његово трајање је у Швајцарској одређено на најмање годину дана, а у Француској на бар шест месеци.⁸¹ У Швајцарској процену успостављених односа између потенцијалног усвојиоца и потенцијалног усвојеника врши тим стручњака различитих профила – лекари, психолози, правници, социјални радници, педагози, који имају задатак да, испитујући личности оба потенцијална субјекта усвојења, њихове карактере, материјалне, здравствене и социјалне прилике, дају оцену и о квалитету успостављених односа у породици за време пробног смештаја, као и антиципацију тих односа у будућности.⁸² Пропуст нашег законодавца додатно добија на значају ако се зна да орган старатељства, који је дужан да надзире процес узајамног прилагођавања, захтев за усвојењем може и да одбије ако процени да оно није било успешно.⁸³

Критику оваквог решења износи Панов. Он истиче да је наш законодавац, чини се, *a priori* претпоставио тешкоћу реализовања пробног смештаја када је усвојилац странац, при чему је не само пропустио да навођењем правних стандарда омогући утврђивање такве потешкоће у сваком конкретном случају, већ је изгубио из вида и да странчево пребивалиште може бити у Србији. При том ово решење изгледа још апсурдније ако се има у виду да за странца не постоје

⁷⁸ Што ће бити случај ако је прошло више од годину дана од уношења података о будућем усвојенику у Јединствени лични регистар усвојења, осим ако министар надлежан за породичну заштиту не дозволи заснивање усвојења страном држављанину и пре истека овог рока ако процени да је то у најбољем интересу детета

⁷⁹ Вид. чл. 103 ПЗ Србије *in fine*.

⁸⁰ Комисија за израду ГЗ, 132.

⁸¹ Тања Китановић, „Правни режим усвојења у упоредном праву“, *Правни живот* 10/2008, 469–479.

⁸² Т. Китановић, (2008), 472.

⁸³ Чл. 319, ст. 1 ПЗ.

никакве „извињавајуће околности“ ако не би прошао програм припреме за усвојење предвиђен у чл. 102 ПЗ, који је неопходан услов за заснивање усвојења (изузев ако усвојиоци нису супружник или ванбрачни партнер родитеља, односно усвојиоца детета).⁸⁴ Интересантно је да је овај недостатак примећен још у току поступка доношења ПЗ, али истакнуте примедбе и предложена решења којима би се заштитио најбољи интерес усвојеног детета, као и интерес очувања његовог идентитета, нису усвојене у коначном тексту закона.⁸⁵

Одредба којом се страни држављанин ослобађа обавезе да му се дете упути ради пробног смештаја је у супротности с одредбама Конвенције о правима детета. У чл. 21, ст. 1, тач. б) Конвенције о правима детета је наведено „да се међудржавно усвојење може сматрати алтернативним начином бриге о детету, уколико се дете не може сместити у другу породицу или бити усвојено или се о детету не може на погодан начин водити брига у земљи његовог порекла.“ Нашим позитивним правом није предвиђена обавеза, па сходно томе ни поступак, којим би се пре започињања поступка усвојења у коме је усвојилац странац испитало да ли се дете може сместити у неку другу породицу (хранитељство), односно да ли се може на други начин збринуту у Републици Србији, истиче Цвејић-Јанчић.⁸⁶ Решење ПЗ је противно и чл. 29, ст 1, тач. Ц и тач. Д Конвенције о правима детета којим се државе потписнице обавезују да ће гарантовати да ће се образовање детета усмеравати на развој поштовања националних вредности земље у којој дете живи и земље из које потиче. Најзад, оно није у складу ни са чл. 20, ст. 3 Конвенције, према којем ће се детету које је привремено или стално лишено породичне средине пружити таква брига, заштита и помоћ државе која ће бити у складу са потребом „успостављања континуитета у подизању детета, као и етничком, религиозном, културном и језичком пореклу детета“.⁸⁷

Усвојено решење у српском праву није у складу ни са принципима Конвенције о заштити деце и сарадњи у области међудржавног

⁸⁴ С. Панов, (2010а), 252 253.

⁸⁵ Н. Вучковић Шаховић, 266. Најбољи интерес детета је једно од основних начела на којима се темељи и Конвенција о правима детета и Породични закон (чл. 6, ст. 1).

⁸⁶ Олга Цвејић Јанчић, „Балансирање интереса и приоритети којима треба тежити у области усвојења“, *Правни живот* 9/2005, 1114. Нацрт Грађанског закона РС у чл. 123 који се бави породичним односима стога изричито предвиђа ову обавезу, *Комисија за израду ГЗ*, 51.

⁸⁷ О значају националног, културног, расног и верског порекла у односима родитеља и деце, сведочи и пракса енглеских судова који приликом одређивања ком родитељу ће бити поверено вршење родитељског права увек воде рачуна да дете и родитељ деле ове карактеристике и уверења. С. Панов, (2010 а), 227.

усвојења, која је усвојена 1993. године на 17. сесији Хашке конференције за међународно приватно право.⁸⁸ Већ у њеној преамбули се истиче да се међудржавно усвојење може засновати као *ultima ratio*, односно тек ако за конкретно дете у земљи његовог порекла није могуће пронаћи одговарајућу породицу која би се о њему старала и ако би то било у дететовом најбољем интересу. Слично решење постоји и у руском праву, где се странци и апатриди могу јавити као усвојиоци малолетног детета руског држављанства само ако се оно не може предати на чување и васпитање породици руских држављана који имају стални домицил на територији Руске Федерације или ако га не могу усвојити његови сродници (независно од држављанства и пребивалишта).⁸⁹ Ово је разумљиво с обзиром на то да се усвојењем између усвојиоца и усвојеника ствара однос који имитира родитељски (*adoptio naturam imitatur*), што у случајевима међудржавног усвојења најчешће подразумева пресељење детета у другу државу и промену његовог држављанства, што доводи до губитка националног идентитета детета.⁹⁰ Не треба previdети да ПЗ оставља могућност да дете буде усвојено све до навршене 18. године живота,⁹¹ што и иначе, а посебно ако до усвојења дође када дете већ одрасте, може да има врло значајне психолошке, емотивне и проблеме идентитета усвојеника, нарочито када је усвојилац страни држављанин. Зато Конвенција предвиђа дужност Централних органа држава потписница који су овлашћени да обављају послове предвиђене Конвенцијом, да узму у обзир у ком духу је васпитавано дете, односно његово етничко, културно и верско наслеђе.⁹² О

⁸⁸ http://www.hcch.net/index_en.php?act_conventions.text&cid_69, 15.8.2011. О садржини Конвенције, дometу и правној природи њених одредаба вид. Тања Китановић, „Међудржавно усвојење и конвенција о заштити деце“, *Правни живот* 10/2006, 193-202.

⁸⁹ Т. Китановић, (2008), 481.

⁹⁰ Вид. чл. 7, ст. 4 ПЗ Србије и Т. Китановић (2006), 194. Конвенција о правима детета у чл. 8, ст. 1 обавезује државе уговорнице да поштују право детета на очување идентитета, укључујући и држављанство. У шеријатском праву је потреба очувања сећања на порекло детета и очувања везе са природном породицом упркос усвојењу толико изражена, да се захтева да када год је то могуће дете у свом личном имену задржи породично име, односно име свог биолошког оца. Тако се и пророк Мухамед противио да Заида, кога је усвојио, зову његовим сином, иако се према њему односио с љубављу и пажњом биолошког оца, R. Arshad, 163, 176.

⁹¹ Чл. 90, ст. 1 ПЗ. У Великој Британији је то могуће до усвојеникове 19. године, али обзиром на мишљење да усвојење и раздвајање од родитеља детета старијег од 12 година може да буде супротно најбољем интересу детета, потребна је и сагласност надлежног органа у таквим ситуацијама, који је овлашћен да предложи и алтернативни начин старања о детету. M. Welstead, S. Edwards, 298-299.

⁹² Вид. чл. 16, ст. 1, тач. б) Конвенције о заштити деце и сарадњи у области међудржавног усвојења.

идентичним критеријумима се, приликом заснивања усвојења, води рачуна и у енглеском праву.⁹³

Може се закључити да све међународне конвенције које се баве заштитом деце међудржавно усвојење сматрају пожељним искључиво ако се детету не може обезбедити одговарајуће старање у држави из које оно потиче. То, с једне стране, има за циљ да дете очува национални, културни, верски и језички идентитет средине из које потиче, али и да спречи трговину децом. Кад се све то има у виду, мора се истаћи да се фаворизовањем страних држављана као усвојилаца није водило рачуна о најбољем интересу детета као суштинском критеријуму за заснивање усвојења, односно да оваквим решењем нису дискриминисани само домаћи држављани као усвојиоци, већ и она деца коју усвајају страни држављани јер су лишена свих гаранција које пружа пробни смештај.⁹⁴ Тиме је повређено и једно од четири основна права детета предвиђених Конвенцијом о правима детета, „право на недискриминацију“, које је због свог значаја у свим националним законодавствима уздигнуто на ранг начела.⁹⁵ Овакво решење је у супротности и с чл. 21, ст. 3 Устава Републике Србије који забрањује сваку непосредну и посредну дискриминацију засновану по било ком основу, али и са сличним одредбама предвиђеним у чл. 2 Универзалне декларације о људским правима и чл. 2 Међународног пакта о грађанским и политичким правима.

3.4. Посебна пословна способност

Детету се гарантује право на образовање у складу с његовим способностима, жељама и склоностима, при чему се детету које је навршило 15 година живота и способно је за расуђивање даје право да одлучи коју ће школу похађати.⁹⁶ Није спорно да детету независно од узраста треба гарантовати најбоље животне и здравствене услове за потпун и правилан развој,⁹⁷ под чиме се подразумева и пуно развијање његових најразличитијих потенцијала и интересовања, а да детету одређеног степена физичке и душевне зрелости треба гаранто-

⁹³ Adoption and Children Act 2002 (ACA 2002) s 1(5), M. Welstead, S. Edwards, 300-304.

⁹⁴ О. Цвејић Јанчић, (2005), 1120.

⁹⁵ С. Панов, (2010а), 260; Н. Вучковић Шаховић, 254.

⁹⁶ Вид. чл. 63 ПЗ *in fine*. Идентичну одредбу садржи и чл. 65 Породичног закона Црне Горе, а веома сличну, која изричито ово право гарантује детету без сагласности родитеља и норвешки Закон о деци из 1981. године. *European Family Law in Action*, „Parental Responsibilities“, 47. Исто решење задржава и Нацрт Грађанског законика РС у чл. 78, ст. 2 који се бави породичним односима, *Комисија за израду ГЗ*, 34.

⁹⁷ Чл. 62, ст. 1 ПЗ.

вати право да своја интересовања и склоности конкретизује избором одговарајуће школе или занимања. Жеље детета не треба спутавати, нити треба сужавати сферу друштвених и животних односа који су предмет његове пажње, у којима оно види могућност да се развија, јер то доприноси не само развоју личности сваког појединца, већ и просперитету и хармоничним односима како у његовој породици, тако и у друштву у целини.⁹⁸ ПЗ је при одређивању узраста детета у коме оно стиче ово право водио рачуна о чињеници да дете са 15 година живота стиче и друга значајна права, односно посебне пословне способности, као што су право да заснује радни однос,⁹⁹ да закључује правне послове којима управља и располаже зарадом или имовином стеченом сопственим радом¹⁰⁰ или да сачини завештање ако је способно за расуђивање,¹⁰¹ али пре свега да је то узраст у којем оно по правилу завршава основну школу. Зато се старосна граница од 15 година за доношење овакве одлуке сматра разумном и довољном да се у погледу избора средње школе изрази воља и преузме одговарајућа одговорност која је прати. Ипак, у погледу развијања одговорности младих и подстицања да на примерен начин своје склоности усагласе са сопственим могућностима, ПЗ такав одабир оправдано ограничава на способност детета, јер би сваки раскорак између жеља и могућности био контрапродуктиван.

Томе у прилог говори и правна природа ове способности детета као специјалне пословне способности. У литератури се истиче пет различитих функција пословне способности од којих је њена заштитна функција нарочито доминантна код посебних пословних способности, у извесном смислу изузетних правила од оних које уређују општу пословну способност у једном праву.¹⁰² Овде је од суштинског значаја да „малолетнику треба омогућити да предузме оно за шта поседује потребну вољу, али то не значи да му треба омогућити да предузме све за шта поседује такву вољу. Јер, воља је само не-

⁹⁸ Хрватски Обитељски закон у чл. 94, ст. 4 говори о дужности родитеља да брину „о свестраном образовању свога дјетета и потицати његове умјетничке, техничке, шпортеке и друге интересе,“ док чл. 136, ст. 1 Обитељског закона Федерације Босне и Херцеговине прописује да образовање детета треба да буде усмерено на развој његове личности и његових психофизичких способности.

⁹⁹ Чл. 24, ст. 1 Закона о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005 и 54/2009. Ипак, све до пунолетства, таквом детету је за заснивање радног односа потребна и писмена сагласност родитеља, усвојоца или стараоца, ако такав рад не угрожава његово здравље, морал и образовање и ако није у супротности са законом. Вид. чл. 25, ст. 1 Закона о раду.

¹⁰⁰ Чл. 64, ст. 3 ПЗ.

¹⁰¹ Чл. 79 Закона о наслеђивању, *Службени гласник РС*, бр. 46/95 и 101/03 одлука УСРС.

¹⁰² Владимир Водинелић, „Функције пословне способности малолетника“, *Право теорија и пракса* 3/1999, 34-41.

опходан услов, али не и довољан услов да би се заштитили малолетникови интереси... Без довољног животног искуства малолетници су често ускраћени за зрелост расуђивања о потреби за послом, о повољности посла и о ризицима. Знају шта хоће, али не знају све релевантне димензије тога“.¹⁰³

Управо зато, нисмо сигурни да ПЗ на најбољи начин установљава право на образовање детета када му безусловно, неупитно, необориво и апсолутно гарантује, да сâмо, без усмеравања или оцењивања његовог најбољег интереса, одабере средњу школу коју ће похађати. Честа је животна ситуација да дете под утицајем окружења одабере средњу школу која само тренутно и на први поглед одговара његовим жељама, али је испод нивоа његових способности и не задовољава његова истинска интересовања.¹⁰⁴ Могућа је и ситуација *vice versa*, ништа повољнија за дете, да неутемељено преамбициозан ученик не упише жељену или жељене средње школе без алтернативе, и тако остане без средњег образовања, привремено или трајно. Тиме се обесмишљава и у чл. 70 и 71 ПЗ признато право и обавеза родитеља да у развијаном односу поверења усмеравају своје дете да усвоји вредности емоционалног, етичког и националног идентитета своје породице и друштва, односно да му обезбеде образовање које је у складу са њиховим етичким и верским уверењима. Ово тим пре што избор средње школе, који је гарантован детету, није ограничен на школе које се налазе у истом граду, па ни у истој држави у којој дете живи са родитељима. Марина Јањић Комар истиче: „Права детета се често замењују са његовим положајем субјекта и нестаје реална основа права. Губи се танка граница раздвајања процеса индивидуализације субјеката родитељског односа и позитивне дискриминације деце и занемарује дете у име његових права“.¹⁰⁵

¹⁰³ В. Водинелић, 34.

¹⁰⁴ Вид. чл. 6, ст. 1 ПЗ: „Свако је дужан да се руководи најбољим интересом детета у свим активностима које се тичу детета“. Конвенција о правима детета у чл. 29, ст. 1, тач. а) предвиђа да образовање детета треба да буде усмерено на „развој дететове личности, талената, менталних и физичких способности до њихових крајњих могућности“.

¹⁰⁵ М. Јањић Комар, (2006), 247. „Модерно породично право везу између генерација поставља кроз призму дечјих права... Слобода мишљења замењује класичан правни субјективитет и дете постаје усамљени носилац права... Интерес детета постаје циљ независан од контекста и главни принцип интерпретације породичног односа“, пише Марина Јањић Комар, *Расправа о принципима породичног права*, Београд 2008, 24 25. „Педоцентризам је схватање да је дете центар целокупног образовно васпитног процеса и једини критеријум при избору садржаја и метода наставе и васпитања“. О педоцентризму и негативним последицама које има на развој детета у адолесцентном и постадолесцентном добу, а које се изражавају у сујети, самовољи и егоизму детета, вид. Владета Јеротић, *Духовни разговори*, Београд 2007, 192 193.

Најзад, уз *argumentum a contrario* из чл. 63 ПЗ закључујемо да право да одлучи коју ће средњу школу похађати нема дете које заврши основну школу са 14 година живота (није ретка ситуација да дете крене у школу с навршених 6 уместо 7 година живота или да у једној школској години заврши два разреда основне школе), чиме долазимо до још једног занимљивог исходишта: ученици коју су талентованији или брже савлађују градиво немају законом гарантовано право да самостално одлуче о избору средње школе, док онима чији је успех просечан или испод просека (ако су понављали неки разред) то право неутуђиво припада. Зато се чини да је било боље да је законодавац право на избор средње школе детета везао за флексибилнији тренутак у коме оно завршава основну школу, уместо што га је ограничио постављајући старосну границу од 15 година за његово стицање.

И летимичан упоредноправни преглед указује на могућност постизања равнотеже између потребе да се омогући развој личности детета, тако што би му се обезбедила могућност да самостално, у складу са својим жељама и могућностима утиче на своје образовање и врши одабир свог животног позива, и нужности да се гарантује да ће такав избор детета у сваком конкретном случају бити усмераван у његовом најбољем интересу. У чл. 24/1 Повеље о основним правима Европске Уније се оставља слобода деци да слободно исказују своја гледишта у стварима које их се тичу, али да таква гледишта треба да буду узета у обзир водећи рачуна о узрасту и зрелости детета.¹⁰⁶ Идентична одредба постоји и у француском, мађарском и грчком праву.¹⁰⁷ У Хрватској је право детета на избор образовања и занимања и право на запослење гарантовано у складу са његовим способностима, али и уз вођење рачуна о његовој добробити,¹⁰⁸ док у Републици Српској родитељи имају право и дужност да према својим приликама својој деци обезбеде школовање након завршеног редовног основног школовања, а водећи рачуна о способностима, склоностима и оправданим жељама детета.¹⁰⁹ Белгијско право иде корак даље дајући родитељима ексклузивно право да одлучују о филозофском, религијском и моралном васпитању детета, језику, школи и врсти образовања.¹¹⁰ И у Енглеској и Немачкој родитељи самостално

¹⁰⁶ *Official Journal of the European Union* C 346/1 од 18.12.2000. године. Олга Цвејић Јанчић, „Јединствено породично право Европе – сан или јава савремене Европе?“, *Правни живот* 9/2004, 872.

¹⁰⁷ Чл. 371 1 *Code Civil; European Family Law in Action*, „Parental Responsibilities“, 38, 155.

¹⁰⁸ Чл. 87, ст. 4 Обитељског закона Хрватске.

¹⁰⁹ Чл. 83, ст. 3 Породичног закона Републике Српске .

¹¹⁰ Чл. 373 375 Белгијског грађанског законика. *European Family Law in Action: „Parental Responsibilities“*, 20.

одлучују о врсти и начину образовања свог детета, односно о школи коју би требало да похађа.¹¹¹ Чешко породично право прописује да је неопходно да се родитељи сагласе о начину образовања и избору школе који жели њихово дете, а у случају да се не сагласе, о начину образовања одлучује суд, док детету припада право да се изјасни како о начину школовања, тако и о избору професије.¹¹² Готово идентичну норму, односно корисну новину у погледу могућности да у случају несагласности родитеља у погледу верског и етичког образовања детета одлучује суд или орган старатељства, предвиђа и Нацрт Грађанског законика РС у чл. 89 који се бави породичним односима.¹¹³

Нема препрека да се сличним правним стандардима и у складу са најбољим интересом детета прецизира право детета на избор средње школе и у српском праву, јер постојећи институти нашег права за то пружају гаранцију. Орган старатељства би пре свега упозоравањем родитеља на недостатке у вршењу родитељског права, а онда и доношењем одлуке којима исправља родитеље у вршењу родитељског права, у пуној мери могао да заштити легитиман интерес детета да самостално одлучује о сопственој будућности у сфери образовања и спречи мешање родитеља које би превазилазило саветодавну и подстицајну улогу.¹¹⁴ У случају несавесног вршења ових права и дужности из садржине родитељског права, родитељ би могао да буде и делимично лишен родитељског права, конкретно права на васпитање и образовање детета,¹¹⁵ а у случају злоупотребе родитељског права или грубог занемаривања вршења родитељских дужности, родитељ би могао и потпуно да буде лишен родитељског права.¹¹⁶

Иста аргументација важи и за право које ПЗ у чл. 60, ст. 4 и чл. 61, ст. 4 признаје детету које је способно за расуђивање и навршило је 15 година, да може да одлучи с којим ће родитељем живети и да ли ће и како одржавати личне односе с родитељем с којим не живи. Конвенцијом о правима детета је у најбољем интересу детета предвиђена заједничка одговорност оба родитеља за његово

¹¹¹ *European Family Law in Action*, „Parental Responsibilities“, 30, 153. Вид. пар. 1631 Немачког грађанског законика. У Енглеској то подразумева и избор да ли ће се дете образовати у школи или код куће, али у случају да се родитељи одреде за институционално образовање, обавезни су да осигурају редовно присуство детета у школи. М. Welstead, S. Edwards, 261 262.

¹¹² *European Family Law in Action*, „Parental Responsibilities“, 26.

¹¹³ *Комисија за израду ГЗ*, 37.

¹¹⁴ Чл. 79 и чл. 80 ПЗ.

¹¹⁵ Чл. 82, ст. 1 и ст. 3 ПЗ.

¹¹⁶ Чл. 81 ПЗ.

васпитање и развој.¹¹⁷ У шеријатском праву чак постоји јединствен став по коме родитељ с којим дете живи треба да охрабрује контакт детета с другим родитељем, ако је то у најбољем интересу детета.¹¹⁸ Али, како у нашем праву детету стоји на располагању ничим ограничено и никаквом преиспитивању у контексту његовог најбољег интереса подложно овлашћење да одлучи о контакту с родитељем с којим не живи, не постоји ни гаранција да ће оба родитеља, и то не својом кривицом, бити у могућности да учествују у васпитању детета.¹¹⁹ Овакво решење би посебно негативне последице могло да има ако би родитељи били припадници различитих етничких, националних или верских група, чиме би дете у мери у којој би својом (или туђим утицајем усмераваном) вољом ограничило личне односе са једним родитељем било лишено и сазнања, одрастања и васпитавања у духу препознавања и уважавања његових (и својих) особености. Тако се и у енглеској науци и пракси каже да је поводом овог питања „виђење детета веома важно иако не увек одлучујуће“.¹²⁰

У истом духу је и чл. 61, ст 5 ПЗ који предвиђа да „дете има право да одржава личне односе и са сродницима и другим лицима

¹¹⁷ Љ. Милутиновић, (2009), 227. У шеријатском праву ће по ханефитској школи жеље и осећања детета које навршило седам година о томе с којим ће родитељем живети и о контакту с другим родитељем бити процењиване зависно од његове зрелости, R. Arshad, 155.

¹¹⁸ R. Arshad, 157.

¹¹⁹ У предмету Рев. 491/08 Врховни суд Србије је одбио ревизију тужиоца против правоснажне пресуде којом је одбијен његов тужбени захтев према туженој којим је тражио да њихова малолетна ћерка рођена 1997. године буде њему поверена на чување и васпитање. Наиме, тужилац и тужена су се развели 2003. године, након чега су обоје засновали нове породице, а тужена се одселила с новим супругом и настанила у САД. Иако су нижестепени судови у конкретном случају утврдили да су оба родитеља и психофизички и материјално способни да се старају о детету и иако дете има једнак емоционални однос према оба родитеља, одлучено је да малолетна К. треба да живи са мајком, која је при томе обавезана да дете доводи два пута годишње у Србију ради одржавања личног контакта с оцем. Одлука је била вероватно мотивисана и тиме што је девојчица у присуству клиничког психолога изразила жељу да живи с мајком, иако је у претходним извештајима органа старатељства истакнуто њено колебање у погледу одлуке с којим би родитељем желела да живи, вид. Љ. Милутиновић, (2009), 231-233. Имајући у виду све наведене чињенице, изгледа да суд није водио рачуна о потреби да дете настави живот, школовање, образовање и развој у земљи свог порекла, те да најбољи интерес малолетне К. није посматрао и у погледу обавезе родитеља да детету обезбеди васпитање у складу с националним вредностима породице и друштва. За разлику од наших, енглески судови приликом одлучивања којем родитељу ће бити поверено вршење родитељског права, за један од суштинских критеријума спрам кога просуђују добробит детета узимају „стабилност и континуитет“, односно одржавање статуса кво у окружењу и околностима у којима је дете до тада расло, вид. *Allington v. Allington* (1985), Re M (Residence) (2004). Исти значај има и религија којој дете припада и културно окружење у коме је до тада расло, M. Welstead, S. Edwards, 373-374.

¹²⁰ M. Welstead, S. Edwards, 380.

са којима га везује посебна блискост ако ово право није ограничено судском одлуком,¹²¹ што значи да је овде реч само о праву детета на контакте са сродницима и блиским лицима, а не и о истоветном таквом праву наведених лица.¹²¹

4. ЗАКЉУЧАК

Право и дужност родитеља на васпитање и образовање детета чини саставни део садржине родитељског права, што значи да је правна природа норми којима је оно регулисано императивна. Ипак, због специфичних односа родитеља и деце и владајуће аутономије воље у модерном породичном праву, улога државе и њених органа у спровођењу овог права односно обавезе, превасходно мора да буде превентивна (што проистиче и из Конвенције о правима детета), па тек онда реактивна, кроз лишење родитељског права. Није нам познат ниједан случај из наше судске праксе да су родитељи лишени родитељског права јер нису своје дете усмеравали ка усвајању емоционалних, етичких и националних вредности своје породице и друштва.

Ако је потпуна усклађеност решења у једном правном систему, нажалост, тешко остварив идеал, ако је иста таква хармонија у једној породици правних грана, каква је грађанско право, веома пожељна, онда је она у једној грани права као што је породично право императив. ПЗ није успео да успостави унутрашњу кохезију, односно законодавац није у довољној мери водио рачуна о међузависности различитих института. Тако су право и обавеза родитеља на васпитање и образовање детета у колизији с појединим одредбама института насиља у породици, усвојења, посебне пословне способности и начина на који је дефинисан брак, што отежава остварење духа ове правне установе. Упоредноправна решења којима се постиже хармонија често супротстављених интереса у овој области треба да послуже као добар путоказ за реформу наведених института приликом доношења Грађанског законика Републике Србије.

¹²¹ Срећом, боље решење, на основу кога су субјекти овог права и сродници детета и њему блиска лица постоји у Нацрту Грађанског законика РС у чл. 76, ст. 6 који се бави породичним односима: „Сродници, као и друга лица која су са дететом развила односе посебне блискости, имају право да одржавају личне контакте са дететом, ако је то у његовом најбољем интересу;“ *Комисија за изразу ГЗ*, 33. Међутим, у контексту неутуђивог права детета способног за расуђивање да навршеном 15. годином живота самостално одлучује о одржавању личних односа с родитељем с којим не живи, остаје питање да ли ће предложена новина допринети суштинском побољшању овог института, или ће створити простор за нову колизију норми и проблеме у пракси у случају супротстављених жеља детета и њему блиских лица.

Miloš Stanković, LL.M.

Assistant Lecturer

University of Belgrade Faculty of Law

PARENTAL RIGHT AND DUTY TO CONTROL UPBRINGING AND EDUCATION OF THEIR CHILDREN

Summary

The parental right and duty to control upbringing and education of their children is mandatory in its nature. However, the role of the state bodies in implementing these rights should be limited, due to the specificities of parent-child relationship, and the prevailing free will doctrine of the contemporary Family Law. The state should act preventively, more than reactively, which would also be in line with the Convention on the Rights of the Child. Despite the fact that parents in Serbia have statutory duty to guide their children to „the adoption of emotional, ethical and national values and identity of their own family and the society“, failure of a parent to fulfill this duty is never sanctioned by depriving them of their parental rights.

The author claims that the Serbian Family Code provisions on parental right (and duty) to control upbringing and education of their children are in collision with some other rules of national law, such as those relating to the prohibition of domestic violence, adoption, marriage and legal capacity (*capacité juridique*), which makes the enforcement of the abovementioned parental right (and duty) more difficult. The author suggests that the Serbian legislator should look up to certain comparative experiences in reconciling the conflicting interests in this field.

Key words: *Parental right. – Preventive role of the State. – Internal collision of the norms.*

Катарина Доловић, ms.*

НЕПОСТОЈЕЋИ УГОВОР

*С непостојећим уговорима улази се у сферу најсуптилнијих питања правне теорије. Један од разлога је можда и тај што је ова категорија уговора преузета од француских правника, који су и сами писали да се ради о чисто теоријском питању, као и да *theorie de l'inexistence* није изричито прихваћена у француском праву. Термин непостојећи уговори, најблаже речено, правно је непрецизан, јер или је нешто уговор или није, али свакако не може бити уговор који не постоји. Можда би прецизније било говорити о ситуацији „непостојања уговора“ или о „уговору у настајању“ односно о „покушају настајања уговора“. Непостојећи уговори представљају једну фактичку ситуацију у праву. О њима се расправља на плану закључења уговора, а не у оквиру пуноважности уговора, јер непостојећи уговор није правно неваљани уговор. Разлози за њиховим издвајањем из групе правно неваљаних уговора су практичне, а не само теоријске природе. С друге стране, непостојеће уговоре неопходно је по сматрати одвојено и од ситуације када не долази до закључења уговора, а што је међу самим странкама неспорно. У оба случаја налазимо се на плану после дица.*

Кључне речи: *Закључење уговора. Сагласност воља. Способност уговарања. Предмет. Кауза. Форма. Правно неваљани уговори.*

1. ПОЈАМ НЕПОСТОЈЕЋЕГ УГОВОРА И ЊЕГОВ ОДНОС СА ПРАВНО НЕВАЉАНИМ УГОВОРИМА

1.1. Појам непостојећег уговора

Иако је термин непостојећи уговор присутан у нашој правној теорији, не значи да је то једини могући термин за ситуацију када започети процес закључења уговора остане недовршен. Још мање се то може оправдати адекватношћу истог термина. Како је сам институт

* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *k.dolovic@ius.bg.ac.rs*.

непостојећих уговора преузет из француске теорије, то је преузет и сам термин. Очигледно је да је термин непостојећи уговор, најблаже речено, правно непрецизан, јер или је нешто уговор или није, али свакако не може бити уговор који не постоји. Можда би прецизније било говорити о ситуацији „непостојања уговора“¹ или о „уговору у настајању“² или о „покушају настајања“.³ Писали су наши аутори и о „једном правном ништа, о коме право не води никаква рачуна“.⁴ Иако у потпуности подржавамо настојања наведених аутора да се укаже на неадекватност термина „непостојећи уговори“, овде ће се ипак користити овај спорни термин, јер је присутан у упоредном праву.

Несумњиво је да с непостојећим уговорима улазимо у сферу најсуптилнијих питања правне теорије. Један од разлога је можда и тај што је ова категорија уговора преузета од француских правника, који су и сами писали да се ради о чисто теоријском питању,⁵ да нити су закон нити судска пракса у потпуности докучили овај појам,⁶ као и да сама *theorie de l'inexistence* није изричито прихваћена у француском праву.⁷

У покушају да се дефинишу непостојећи уговори, ваља поћи од онога што се чини најмање спорним. Наиме, непостојећи су уговори они којима недостаје неки суштински елемент,⁸ при чијем закључењу нису били испуњени сви битни услови за настанак уговора;⁹ код којих за разлику од апсолутно ништавих није испуњен неки од услова за настанак уговора;¹⁰ када нема сагласности има неспоразума, а нема уговора;¹¹ недостаје неки од елемената који граде сам појам уговора;¹² уговорници су *at cross purposes*, а разлог због којег

¹ Јаков Радишић, *Облигационо право општи део*, Београд 2004, 171.

² Лепосава Карамарковић, Зоран Ивошевић, *Облигационо право предавања*, Београд 2010, 42.

³ Радмила Ковачевић Куштримовић, Мирослав Лазивић, *Увод у грађанско право*, Ниш 2008, 267.

⁴ Лазар Марковић, *Грађанско право општи део и стварно право*, Београд 1927, 212.

⁵ Henri, Leon et Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil*, tome II, vol. 1, Paris 1978, 280.

⁶ Georges Ripert, Jean Boulanger, *Traité de droit civil, d'après le traité de Planiol*, Paris 1957, 255.

⁷ Remy Cabrillac, *Droit des obligations*, Paris 2010, 82.

⁸ Н., Л., J. Mazeaud, 280.

⁹ Лепосава Карамарковић, *Расправе из уговорног, одитетног и процесног права*, Београд 2002, 7.

¹⁰ Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд 1980, 449.

¹¹ Миодраг Орлић, *Закључење уговора*, Београд 1993, 142.

¹² Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд 2010, 420.

уговор не настаје је тај што никада нису постигли споразум;¹³ несасгласност постоји када свака страна под својом изјавом подразумева нешто друго, у односу на оно како ту изјаву схвата друга страна;¹⁴ непостојање није санкција за нерегуларност правног акта, већ фактичка ситуација.¹⁵ Чини се да, ипак, а имајући у виду дефиниције непостојећих уговора управо цитираних аутора, постоји чврста полазна основа за одређивање појма непостојећих уговора. Као прво, реч је о ситуацији када уговор није ни настао. Дакле, не само да не производи правна дејства, него идући и корак назад, уговор није настао као правни акт, као правна чињеница. Постојао је покушај да уговор настане, али очигледно неуспешан. Процес формирања уговора остао је недовршен. Као друго, намеће се питање због чега се у формирању уговора „стало на пола пута“? Ако закон предвиђа услове неопходне за настанак уговора, значи да уговор настаје тек када се испуне ти услови (и то сви!), тј. услови у погледу способности уговарања, сагласности воља, каузе, предмета и евентуално форме (у случајевима одступања од начела консенсуализма). Супротно, непостојање (дакле не неки недостатак у њиховом постојању) неког од наведених елемената, доводи до непостојања „бића“¹⁶ уговора, те до непостојања и самог уговора.

1.2. Однос непостојећег уговора и правно неваљаних уговора

„Уговор је креација две стране – оне заједнички, свака у својој улози (понудилац, понуђени) одређују његове елементе“.¹⁷ Да би један уговор настао и производио правна дејства потребно је да се испуне одређени услови који се захтевају за настанак и пуноважност уговора.¹⁸ Претпоставка за утврђивање пуноважности једног уговора свакако је његово постојање. Стога, тек након што би се установило да су се стекли услови за настанак уговора, могло би се испитивати да ли тај уговор испуњава услове неопходне за пуноважност. Уколико не би били испуњени услови који се захтевају за пуноважност поставило би се питање санкције.¹⁹ То, наравно, не значи да се ради о

¹³ Guenter Heinz Treitel, *An Outline of the Law of Contract*, London 1989, 98; Richard Stone, *Contract Law*, London 2000, 208.

¹⁴ Стојан Цигој, *Облигацијско право*, Љубљана 1962, 118 119.

¹⁵ Boris Starck, Henri Roland, Laurent Boyer, *Droit civil Les obligations, 2. Contrat*, Paris, 1998, 356, преузето из *Le nullita di protezione nel sistema delle invalidita negoziali: per una teoria moderna nullita relative*, Matilde Girolani, Padova 2008, 125.

¹⁶ Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, 265.

¹⁷ Драгор Хибер, *Појам битне заблуде при закључењу уговора*, докторска дисертација, Београд 1991, 206.

¹⁸ С. Перовић, (1980), 447.

¹⁹ *La nullite* као санкција за непоштовање неког од услова за пуноважност уговора, Muriel Fabre Magnan, *Droit des obligations, 1 Contrat et engagement unilatéral*, Paris 2007, 440; Patrick Canin, *Droit civil Les obligations*, Paris 2011, 56.

различитим условима, већ у оба случаја о условима у погледу сагласности воља, способности уговарања, предмета, каузе и евентуално форме уговора. Разлика је у томе што када се утврђује да ли је један уговор настао, посматра се да ли постоје наведени услови, без обзира на то да ли они садрже одређене „недостатке“ и о каквим „недостацима“ се ради, односно да ли су постојећи услови за настанак уговора пуноважни.²⁰ Важно је да сагласност воља о битном постоји.²¹ Да ли ће та сагласност воља производити правно дејство или не, односно да ли ће судбина таквог уговора бити неизвесна у смислу што би исти могао бити поништен у одређеном року или ће исти постојати само као правна чињеница,²² те неће уопште производити правна дејства, питање је које свој одговор тражи на пољу пуноважности уговора. Разлог је једноставан. Док апсолутно ништави и релативно ништави уговори постоје у правном саобраћају као правни акти (наравно, све док суд у првом случају не утврди ништавост, а у другом не поништи уговор),²³ тзв. непостојећи уговори немају уопште изглед правног акта.²⁴ Дакле, уколико постоје претпоставке неопходне за настанак уговора, уговор постоји, а у супротном је у питању тзв. непостојећи уговор. Стога се о непостојећим уговорима расправља у оквиру закључења уговора, а не у оквиру пуноважности уговора, јер непостојећи уговор није неважећи уговор. Да би један уговор био неважећи, мора прво бити уговор. Код непостојећих уговора то није случај. Под неважећим уговорима редовно се подразумевају апсолутно ништави и релативно ништави уговори. Чини се крајње исправним становиште појединих аутора да у појам неважећих уговора не само да не улазе непостојећи уговори (што сматрамо неспорним), већ ни рушљиви уговори.²⁵ Наиме, ако је у питању уговор који производи правна дејства све док не буде поништен, а поврх свега уколико је у питању уговор који ће накнадно бити оснажен, онда се сврставање оваквог уговора у групу неважећих уговора не чини најсрећнијим, јер овакав уговор ипак „важи“. У ком року ће исти „важити“, односно производити правна дејства, да ли ће она бити накнадно поништена, нису довољно убедљиви разлози да би се рушљиви уговори називали неважећим. Чини се да није исправно говорити о троделној подели у оквиру неважећих уговора, већ да непостојеће уговоре треба сагледавати у оквиру закључења уговора, а апсолутно и релативно

²⁰ Л. Карамарковић, 27.

²¹ Поједини аутори чини се оправдано наглашавају да су у услови који се тиче сагласности воља садржани и остали услови, а наиме да сагласност воља мора обухватити и предмет и основ уговора, а стране уговорнице треба да су способне да дају изјаву воље од којих се сагласност састоји, М. Орлић, 142.

²² Luigi Viola, *Il contratto*, Padova 2009, 704.

²³ Л. Карамарковић, З. Ивошевић, 42.

²⁴ Н., Л., Ј. Mazeaud, 280.

²⁵ Ј. Радишић, 170.

ништаве у оквиру пуноважности. Коначно, епитет неважећих уговора заслужују да понесу само апсолутно ништави уговори. Уколико се, ипак, намеће неопходност да се апсолутно и релативно ништави уговори подведу под један појам, онда би то свакако био појам тзв. правно неваљаних уговора.²⁶

Нема, дакле, места непостојећим уговорима у појму неважећих уговора. Може ли се међутим, говорити о непостојећим уговорима у удбеницима Уговорног права у одељцима о престанку уговора? Чини се да не може и то из истог разлога из којег се не могу сврставати у неважеће уговоре, а наиме, или нешто постоји или не постоји. Ако нешто није настало, не може ни престати да постоји!

2. ОКОЛНОСТИ КОЈЕ СПРЕЧАВАЈУ НАСТАНАК УГОВОРА

2.1. Услови неопходни за настанак уговора

Чини се немогућим покушај да се дефинише уговор, а да се најпре не истакне да је то сагласност воља. У традиционалној подели услова неопходних за настанак уговора сагласност воља, међутим, представља само један од пет услова, свакако први и основни, али опет не једини, већ само један од услова (поред способности уговарања, каузе, предмета и понекад форме). Како би се изложио потпун систем околности које спречавају настанак уговора, неминовно би, дакле, било сагледати свих пет услова и утврдити како изостанак сваког од њих чини један уговор „непостојећим“. Орлић је писао да су „и остали услови за пуноважност уговора (због предмета овог рада требало би додати „и за настанак“) садржани у овом елементу (мисли се на сагласност воље), а наиме сагласност би требало да обухвати и предмет и основ уговора“.²⁷ Ослањајући се на тај став, проблем ће се посматрати кроз троделну поделу услова за настанак уговора, и то: 1) сагласност воља; 2) способност уговарања и 3) форма уговора. Ово последње свакако се односи само на уговоре код којих је предвиђена *forma ad solemnitatem*, било законом било вољом странака (изричитом или прећутном). Мада би можда било оправдано рећи и да сама форма јесте само „вид изражавања“ сагласности воља, а способност уговарања²⁸ само претпоставка да би уопште могло доћи до споразума странака, те тако пет услова за настанак уговора свести на један – сагласност воља схваћену у најширем смислу, из разлога систематичности држаћемо се поменуте троделне поделе.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ М. Орлић, 142.

²⁸ *Ibid.*

2.2. Утицај сагласности воља на настанак уговора

Први корак у анализи постојања уговора јесте сагласност воља страна уговорница.²⁹ Кључно питање је када постоји споразум између уговорника односно „о чему мора бити споразум“? Уколико би постојао јасан одговор на ово питање, не би било потешкоћа да се у сваком конкретном случају који би могао постати предмет спора, било судског било вансудског, анализира има ли сагласности или не. Ако је на први поглед има, није ли она само привидна (питање тзв. неспоразума); или је можда делимична – стране су се сагласиле о неким, али не о свим елементима неопходним за настанак уговора; и, коначно (уколико су, наравно, испуњени и други услови – способност уговарања и форма) да ли има уговора или не, односно да ли је уговор настао или је „остао у покушају“? Ради се дакле о питању: Који је то „обим сагласности неопходан за закључење уговора“?³⁰ Сагласност подразумева коегзистенцију воља, сликовитије речено, сусрет двеју воља, од којих се прва назива понудом, а друга прихватам понуде.³¹ Оно што нас овде занима јесте када се може сматрати да су се воље среле? При том, подразумевамо да се ради о изјавама воље које испуњавају опште услове које важе за вољу и њене атрибуте.³²

Прво, неопходно је разликовати непостојеће уговоре од ситуација када је очигледно да уговор није настао. У првом случају, иако није дошло до закључења уговора, постоји тзв. привид уговора, привид сагласности. Наиме, иако нису сагласне, стране (из неког разлога) верују да је између њих дошло до споразума. То су тзв. неспоразуми. С друге стране, када уговорници не постигну сагласност о елементима битним за закључење уговора, поново нема сагласности, али за разлику од претходног случаја, не ради се о неспоразуму, јер након неуспешног покушаја закључења уговора стране не остају у (погрешном) уверењу да уговора има (сагласне су око тога да сагласности нема). Иако се може учинити излишним одвојено посматрање ових ситуација, јер, наиме, нема уговора ни у једном, ни у другом случају, код непостојећих уговора се ипак може говорити о одређеним последицама (чему ће се посветити трећи део рада).

Укратко ћемо се осврнути на ситуације када уговора нема, јер нема ни сагласности (чак ни привидне). Наш ЗОО у чл. 26 прописује да је уговор закључен када су се стране сагласиле о битним састојцима уговора.³³ Даље, из анализе чл. 32 ЗОО може се закључити да понуда

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Милош Живковић, *Обим сагласности неопходан за закључење уговора*, Београд 2006.

³¹ С. Перовић, (1980), 264.

³² *Ibid.*

³³ Чл. 26 Закона о облигационим односима ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93.

мора садржати све битне састојке уговора, те да се прихватањем исте уговор сматра закљученим. На први поглед чини се да је намера законодавца јасна – уговор настаје када се постигне сагласност о битним састојцима, односно битни састојци уговора морају бити обухваћени понудом, а њеним прихватањем настаје уговор. Ове одредбе отварају низ питања, али како су овде предмет интересовања непостојећи уговори, нећемо излазити из оквира теме.

Који су то битни састојци уговора? Под појмом битних састојака уговора подразумевају се, пре свега, објективно битни састојци (елементи, услови) уговора. Објективно битни елементи су они који чине језгро уговора, који су с обзиром на околности неопходни да би одређени уговор могао да се закључи;³⁴ они елементи будућег уговора, без којих овај не може настати.³⁵ Могуће је, међутим, да један уговорник закључење уговора услови нечим што никако не може имати значај објективно битног услова. Тада ће конкретни елемент, објективно очигледно „небитан“, добити значај субјективно битног елемента и ући у поље битних елемената, односно у обим сагласности неопходан за закључење уговора. Дакле, када се каже да је уговор сагласност о битном, мисли се и на све оне околности које су, иако објективно небитне, *conditio sine qua non* за једног уговорника.³⁶ Да би нека околност, објективно небитна за закључење уговора, ушла у поље „битног“, није довољно само да је она од пресудне важности за једног уговорника (да њена важност остане у свести тог уговорника), већ и да је за то други уговорник знао или бар могао сазнати.³⁷ На овај начин се пружа заштита савесном уговорнику, односно онемогућава позивање на непостојање уговора уговорнику који се током преговора није довољно јасно изразио у погледу важности појединих питања,³⁸ а на ширем плану штити се начело правне сигурности. Нема, дакле, уговора уколико не постоји сагласност о објективно битним елементима уговора. Али, уговор не настаје ни уколико уз несумњиву сагласност о објективно битном, изостане сагласност о околности битној само за једног уговорника (наравно, уколико је то на адекватан начин стављено до знања сауговорачу). С друге стране, уговор ће настати и када није постигнут споразум о неким питањима о којима се преговарало, уколико се наравно ради о околностима који немају значај битних (било субјективно, било објективно) елемената. Подразумева се да ће „небитна“ околност добити значај „битне“ и када је то у интересу оба, а не само једног уговорника. Када се на овај начин утврди неопходна садржина у-

³⁴ М. Орлић, 249.

³⁵ С. Перовић, (1980), 270.

³⁶ М. Орлић, 251.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

вора око које мора постојати сагласност да би уговор настао, може се рећи и да уговор настаје онда када се обе стране могу поуздати да је он настао.³⁹ Уколико након закључења уговора дође до спора о томе да ли је нека околност била за једну страну субјективно битан елемент уговора или само споредна тачка⁴⁰ истог уговора, те се тиме доведе у питање да ли је уговор уопште и настао, полази се од претпоставке (обориве свакако) да је уговор настао. Страна која тврди супротно, односно да уговора нема, мора доказати да је нека тачка уговора која је остављена за доцније регулисање (изричитим или прећутним споразумом)⁴¹ или тачка око које није било ни говора (јер је иста испуштена или заборављена)⁴² током процеса закључења уговора, за њу била *conditio sine qua non* за заснивање уговорног односа. Судбина тачака остављених за доцније регулисање и тачака о којима је пропуштено и да се преговара, изједначава се са судбином оних околности о којима се преговарало, али не и споразумело (уколико се не ради о објективно битном елементу и уколико ниједна страна није, изричито или прећутно, тиме условила закључење уговора), односно све остају изван сфере битног за настанак уговора.

2.3. Неспоразум уговорних страна

Далеко осетљивије од овог јесте питање (не)настајања уговора у ситуацији када стране верују да су се споразумеле, а споразума у ствари, из неког разлога, нема. Тада постоји само привид сагласности, а уговора нема (непостојећи је). Између уговорника је дошло до неспоразума. Поставља се питање о чему мора бити неспоразум? Да би се радило о тзв. непостојећем уговору, између уговорника мора постојати неспоразум о битном (шта се подразумева под „битним“, а шта под „небитним“⁴³ елементима за закључење уговора, већ је указано). Пракса⁴⁴ је богата најразличитијим случајевима који

³⁹ Више о томе, М. Живковић, 199.

⁴⁰ Чл. 32, ст. 2 ЗОО. Питање улоге суда у одређивању споредних тачака уговора поставља се логично, само онда када је уговор настао, а како нас занимају само ситуације када „уговор остане у настајању“, то се овим питањем нећемо бавити.

⁴¹ М. Живковић, 186.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Чл. 21, ст. 3 Скице за законик о облигацијама и уговорима Скица, *Класици југословенског права*, Београд 1996; готово идентична одредба чл. 60, ст. 3 Преднацрта Грађанског законика Републике Србије, друга књига, *Облигациони односи*, Београд 2009, уколико се занемари очигледна грешка у последњем реду става стоји: „уговорне стране закључиле би уговор и без неспоразума (требало би: споразума!) о тој тачки“.

⁴⁴ I. G. H. Treitel, 98; Richard Stone, 208, наводи случај *Raffles v. Wichelhaus* (1864) где су постојала два брода истог имена (*ship Peerless*) која су превозила памук из Бомбаја у Енглеску, при чему је један испловио у октобру, а други у децембру.

осликавају неспоразуме уговорних страна. Бројни су и примери тзв. неспоразума који се срећу у теорији.⁴⁵

Наш ЗОО у чл. 63 дефинише неспоразум на следећи начин: „Кад стране верују да су сагласне, а у ствари међу њима постоји неспоразум о природи уговора или о основу или предмету обавезе, уговор не настаје“. Чл. 63 ЗОО смештен је у оквиру поглавља „Мане воље“. Из овога јасно произлази да наш законодавац узроке неспоразума тражи на пољу мана воље. И теорија се (како наша, тако и упоредноправна), углавном, у анализи појма неспоразума ослања на тзв. заблуде препреке. Заблуда – препрека (*l'erreur obstacle*) је, међутим, више од мане воље,⁴⁶ зато што она спречава сагласност воља,⁴⁷ онемогућава њихов сусрет и доводи до њиховог размимоилажења, док заблуда – мана воље доводи до рушљивости уговора, али не спречава његов настанак. Она дакле, не представља ману у вољи, већ одсуство сагласности.⁴⁸ Да нагласимо – о заблуди се може говорити тек када се установи да је уговор настао, односно, да би се до-

Продавац се, по наводном уговору, сматрао обавезним да купцу испоручи *the December cargo*, што је купац одбио да прихвати, истичући да је намеравао да купи *the October cargo*. Суд је у конкретном случају заузео став да „између уговорника није постојао *consensus*, па самим тим да није настао ни уговор који би их обавезивао“, преузето из R. Stone, 209.

2. Из пресуде Окружног суда у Ваљеву, Гж. бр. 1069/04 од 6.09.2004, *Електронска збирка судске праксе*, Профисистем, Смедерево, 2011. У нашој судској пракси сматра се непостојећим уговор закључен између властодавца и његовог пуномоћника, уколико је властодавац био у погрешном уверењу да пуномоћника овлашћује да у његово име и за његов рачун обави сасвим други правни посао, а не онај садржан у тексту спорног пуномоћја. Ради се, дакле, о непостојећем налогу, јер пуномоћник од властодавца никада није добио налог да обави правни посао са садржином као у спорном пуномоћју. Суд је закључио да је и касније закључени побијани уговор, а на основу непостојећег пуномоћја, такође непостојећи.

3. Из пресуде Окружног суда у Ваљеву, Гж. бр. 1618/05 од 21.10.2005, наведена збирка судске праксе. Наши судови сматрали су непостојећим и уговор закључен између тужиље која је сматрала да закључењем наводног уговора о поклону само овлашћује тужену да уведе телефонску линију у стан, а никако да истој стан поклања. Суд је овде заузео став да споразума нема, а у смислу одредбе чл. 63 ЗОО, у вези са одредбом чл. 26 ЗОО. Наиме, када нема сагласности о предмету уговора, не може бити ни уговора.

⁴⁵ С. Цигој, 118. Ако једна страна предаје другој одређену ствар на основу уговора о продаји, а друга је узима сматрајући да је добија на послугу, у питању је неспоразум. Сличну ситуацију имамо и када једна страна мисли да ставља свој потпис као сведок, а у ствари ставља потпис као гарант или солидарни дужник.

⁴⁶ Заблуда може различито утицати на уговор: 1. *l'erreur obstacle* онемогућава сагласност воља; 2. *l'erreur vice du consentement* чини уговор рушљивим и 3. *l'erreur sans eff sur la validite du contrat* правно ирелевантне заблуде, Н., Л., Ј. Mazeaud, 141.

⁴⁷ *Ibid.*, 142.

⁴⁸ М. Fabre Magnan, 303.

казало постојање заблуде као мане воље, претпоставка је да је уговор закључен.⁴⁹ Под заблудама препрекама најчешће се подразумевају заблуда о природи уговора, заблуда о основу обавезе и заблуда о објекту. Анализираћемо посебно сваки од ова три случаја заблуде.

Error in negotio (заблуда о природи уговора) постоји онда када се једна странка преварила тако да не жели ефекте уговора који је (наводно) закључила, већ хоће други⁵⁰ (на пример, ако једна страна намерава да ствар прода, а друга верује да исту добија на поклон⁵¹ или на зајам, онда нема ни продаје, ни зајма, ни поклона.⁵² Дакле, код *error in negotio* један уговорник мисли да закључује један уговор, а његов саговорник мисли на сасвим други уговор.⁵³ Намеће се само један закључак – ниједан уговор није закључен! До сагласности воља није дошло, јер су се исте мимоишле, односно наступио је неспоразум уместо споразума. Дакле, постојање *error in negotio* поузрокује одсуство једног од конститутивних елемената уговора, а то је сагласност воља. Да би се могло у конкретном случају говорити о непостојећем уговору, довољно је утврдити да нема сагласности странака.⁵⁴ Тако потврђујемо дефиницију непостојећих уговора с почетка овог рада, а наиме – непостојећи је онај уговор који не испуњава све услове неопходне за настанак уговора. А може и сликовитије – непостојећи је онај уговор којем мањка „једна од битних потрепштина“.⁵⁵ Није, дакле, уговор непостојећи зато што има заблуде, већ зато што нема сагласности воље као елемента неопходног за настанак уговора. Или, ако се ипак не жели одустати од теорије о заблудама препрекама, може се неспоразум и тако објашњавати, али се мора нагласити, као што смо раније и истакли, да заблуда препрека није заблуда у смислу мане воље! Тако поново долазимо на исто – уговора нема јер нема сагласности воља, а сагласности нема, зато што има неспоразума. А, да ли ћемо, коначно, рећи да је до неспоразума довело размимоилажење воља или заблуда препрека не чини се толико битним, уколико наравно заблуду препреку посматрамо изван сфере мана воље.⁵⁶ Ово последње свакако из разлога што мана

⁴⁹ Борислав Благојевић, *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд 1983, 240.

⁵⁰ Д. Хибер, 184.

⁵¹ G. Ripert, J. Boulanger, 65.

⁵² H., L., J. Mazeaud, 142.

⁵³ С. Перовић, (1980), 288.

⁵⁴ У смислу чл. 1108 *Code civil*, под елементима неопходним за закључење уговора сматрају се: 1. сагласност воља; 2. способност уговарања; 3. предмет и 4. кауза. Исте елементе предвиђа и ЗОО у Глави II, Одељку I, Одсеку I. Одсуство макар и једног од наведених елемената чини један уговор непостојећим.

⁵⁵ Boris Vizner, *Грађанско право*, Zagreb 1962, 107.

⁵⁶ Више о овоме Д. Хибер, Глава II, Одељак 2, Одсек 1 Неспоразум и заблуда препрека; Одсек 2 Заблуда препрека; Одсек 3 Заблуда препрека као неспоразум;

воље чини један уговор рушљивим, а не спречава његов настанак или, другачије речено, доказивање присуства мане воље подразумева постојање уговора.⁵⁷

Error in corpore (заблуда о објекту) односи се на идентитет објекта уговора.⁵⁸ Не ради се, дакле, овде о заблуди о предмету обавезе, већ о заблуди о предмету радње испуњења.⁵⁹ Може се можда поставити питање да ли заблуда о објекту повлачи, бар у неком ширем смислу посматрано, и заблуду о предмету,⁶⁰ али ово свакако само као запажање без значаја за праксу. Пример би могао бити раније помињани случај *Raffles v. Wichelhaus*, а наиме, да ли *the December cargo* или *the October cargo*? У присуству овакве заблуде препреке, поново нема уговора, а разлог је једноставан – нема сагласности о објекту (или ако посматрамо на ширем плану – нема сагласности о предмету уговора). Можда би се смело рећи да се овде воље нису „потпуно мимоишле“, као код *error in negotio*, али да ипак није остварен довољан обим сагласности неопходан за закључење уговора (сагласност свакако мора обухватити предмет). Провера настанка уговора поново је „пала“ већ на првом елементу – сагласности воље.

Случај када су се воље мимоишле у погледу предмета (*error in corpore*) изједначава се са случајем када нема предмета уговора или када је он немогућ или неодређен и неодредив, јер у сваком од наведених случајева уговора нема, односно непостојећи је. Ако ипак желимо да одвојимо ове случајеве, онда би то само било у смислу што би се код *error in corpore* разлог за непостојање уговора тражио на пољу непостојања сагласности уговора, а у осталим случајевима разлог би био непостојање предмета као једног од неопходних услова за настанак уговора. Али ако прихватимо став Орлића да сагласност свакако мора обухватити предмет уговора (и каузу, али о томе нешто касније), те да се предмет (и кауза) не мора посматрати као елемент издвојен из сагласности воља, онда се о свим наведеним случајевима може говорити у оквиру сагласности воља, те рећи да је уговор непостојећи јер није испуњен први услов за настанак уговора!

Error in causa (заблуда о каузи) представља нетачну представу о постојању каузе,⁶¹ нпр. уколико се неко обавезе да накнади штету за коју није одговоран.⁶² Ради се, дакле, о погрешној представи да ка-

Одсек 4 Неспоразум; Одсек 5 Закључак, а посебно Глава III, „Неспоразум није заблуда, макар да заблуда буде разлог да до њега дође“, 226.

⁵⁷ *Ibid.*, 311.

⁵⁸ Н., Л., J. Mazeaud, 142.

⁵⁹ Б. Благојевић, 241.

⁶⁰ О заблуди о предмету више код Д. Хибер, 185.

⁶¹ С. Перовић, (1980), 289.

⁶² Н., Л., J. Mazeaud, 143.

узе има, иако је у конкретном случају овај елемент, иначе неопходан за настанак уговора, изостао (чл. 1108 *Code civil*; чл. 51 ЗОО). Фактичку ситуацију коју називамо непостојећим уговором на овом месту објашњавамо на идентичан начин као код *error in corpore*, односно, уговор је непостојећи због тога што није постигнута сагласност о каузи или, још једноставније објашњење – нема каузе која је неопходан услов настанка сваког уговора! С овом ситуацијом изједначавамо и ситуацију коју ЗОО регулише у чл. 52 (ако основ не постоји). Остаје, наравно, нејасно због чега наш законодавац инсистира на ништавости⁶³ у овом случају, када је у питању класичан пример непостојећег уговора.

Може се закључити да неспоразум јесте најнеспорнији пример непостојећег уговора. Уговора нема јер нема макар једног од елемената који конституишу уговор: сагласности воља, предмета или каузе.⁶⁴ Непостојећи уговор, иако најчешће нерегулисан позитивноправним прописима, може своје место наћи у члановима закона (законика) којим су регулисани конститутивни елементи неопходни за закључење уговора (чл. 1108 *Code civil*; Глава II; Одељак I; Одсек 1 ЗОО). У том смислу може се рећи да одсуство неког елемента предвиђеног наведеним члановима ствара ситуацију познату у праву као непостојећи уговор.⁶⁵ Уколико, ипак, законодавац сматра неопходним да посебан члан посвети неспоразуму, као што то чини наш законодавац, онда се наведеном члану мора наћи место у оквиру поглавља о закључењу уговора, а никако о манама воље (странке јесу у заблуди, јер мисле да су уговор закључиле, али узрок непостојања уговора није заблуда, већ недостатак неког од конститутивних елемента!).⁶⁶

2.4. Утицај способности уговарања на настанак уговора

Способност уговарања се може посматрати из два угла. С једне стране, уколико се ради о лицу које је апсолутно неспособно за уговарање, односно о лицу чија изјава воље, из одређених разлога, не представља правно релевантну чињеницу, способност уговарања јавља се као услов за настанак уговора.⁶⁷ У том смислу, уколико би уговорник који је апсолутно пословно неспособан приступио закључењу „уговора“, овај би био непостојећи. С друге стране, уколико би уговор закључило лице делимичне пословне способности, уговор би на-

⁶³ ЗОО исто чини и у чл. 47, а наике сматра ништавим уговор чији предмет је немогућ односно неодређен или неодредив. О критици вид. Д. Хибер, 194 и Л. Карамарковић, 9.

⁶⁴ Н., Л., J. Mazeaud, 143.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Б. Благојевић, 239.

⁶⁷ С. Перовић, (1980), 246.

стао, али би био рушљив. Ово последње из разлога што би се сада способност уговарања посматрала као услов за пуноважност⁶⁸ (а не настанак!) уговора, па би евентуална делимична неспособност довела у питање само пуноважност већ закљученог уговора.

2.5. Утицај форме на настанак уговора

До сада је било речи о условима за настанак уговора који су општи, у смислу што морају бити испуњени код сваког уговора. Форма се издваја као посебан услов, јер је неопходна за настанак само одређеног (али, у данашње време све већег) броја уговора. То су тзв. формални уговори⁶⁹ за чији настанак (а даље и пуноважност) морају бити испоштовани захтеви форми, било као последица воље законодавца, било као последица воље странака. Наш законодавац је прописао да уколико уговор није закључен у прописаној или уговорној форми (у оба случаја је свакако реч о *formi ad solemnitatem*), уговор остаје без правног дејства.⁷⁰ Чини се да се као исправно тумачење овог члана намеће само једно – реч је о непостојећем уговору. Иако законодавац у ст. 2 истог члана наводи да је реч о форми којом су странке условиле пуноважност (дакле, не каже ни закључење ни настанак!) уговора, сматрамо да не би требало ни овде одступити од основне поставке, а наиме, ако недостаје један од конститутивних елемената уговора (а код формалних уговора форма то несумњиво јесте), реч је о непостојећем уговору.⁷¹

3. ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ НЕПОСТОЈЕЋИХ УГОВОРА

3.1. О последицама непостојећих уговора

Уколико настане ситуација у праву позната као непостојећи уговор, свака странка има право да тужбом за утврђење од суда захтева доношење одлуке којом би се утврдило да спорни уговор није закључен.⁷² Та одлука имала би свакако само декларативно дејство, јер се њоме не би поништавала дејства која је уговор произвео, јер прво, непостојећи уговор не само да не производи правна дејства, већ и више од тога, он није ни настао. Дакле, до непостојања уго-

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Више о овоме Слободан Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, Научна књига, Београд 1964.

⁷⁰ Чл. 70 ЗОО.

⁷¹ Можда је и законодавац под изразом „нема правног дејства“ подразумевао непостојеће уговоре, јер када жели да нагласи ништавост, он то на више места у Закону и чини.

⁷² С. Перовић, (1980), 294.

вора доводи неиспуњеност неког од услова за настанак, а не судска одлука.⁷³ Уколико би, евентуално, једна страна извршила своје обавезе на основу „наводно“ закљученог уговора, о повраћају би се решавало применом правила о правно неоснованом обogaћењу, пошто основ није настао. Овде би се могло поставити исто питање које се поставља код апсолутно ништавих уговора – да ли је неопходна одлука суда којом се утврђује ништавост/непостојање уговора? Када су у питању апсолутно ништави уговори, с доста аргумената може се бранити потврдан одговор, а наимае, како ће суд изрећи тражену последицу, уколико изреком није утврдио ништавост?⁷⁴ Аналогно посматрано, да ли суд може досудити повраћај датог, по основу правила о стицању без основа, уколико претходно није утврдио да основ није настао, односно да спорни уговор није закључен? Чини се да не може. Даље, уговорач непостојећег уговора има право да захтева и накнаду штете, уколико су испуњени одговарајући услови.⁷⁵

3.2. Могућност конвалидације и/или конверзије непостојећих уговора

Посматрано у нашем праву, појмове конвалидације и непостојећег уговора доводе у везу чл. 73 ЗОО и чл. 4 Закона о промету непокретности.⁷⁶ У чл. 73 ЗОО предвиђена је могућност конвалидације уговора који не испуњава захтеве у погледу форме. Наимае, сматраће се пуноважним уговор који није закључен у захтеваној – писменој форми, уколико су уговорне стране извршиле обавезе које из њега настају, у целини или у претежном делу. Конвалидација, дакле, наступа испуњењем обавеза уговорника. Битно је нагласити да наведени члан омогућава конвалидацију само оних уговора за које је потребна писмена форма, а закључени су усмено.⁷⁷ С друге стране, чл. 4, ст. 3 ЗОПН предвиђа конвалидацију (судску), али само ако је у питању уговор о промету непокретности, за који је предвиђена форма јавне исправе, а исти је закључен у писменој форми, док је овера потписа изостала.⁷⁸ Оправдање да се и на овом месту помињу непостојећи уговори, налазимо у чињеници да цитирани чланови подразумевају формалне уговоре, који, међутим, нису испунили захтеве у погледу форме, а форма код ових уговора има значај конститутивног елемента. Али, ова два члана не смеју се никако схватити као опште

⁷³ Р. Canin, 56.

⁷⁴ Л. Карамарковић, 16.

⁷⁵ *Ibid.*, 11; Преднацрт Грађанског законика чл. 60, ст. 2; Скица чл. 21, ст. 2.

⁷⁶ Закон о промету непокретности – ЗОПН, *Службени гласник РС*, бр. 42/98 и 111/2009.

⁷⁷ Л. Карамарковић, 30; Б. Благојевић, 73.

⁷⁸ Више о овоме Л. Карамарковић, 26–37.

правило, у смислу што би, под одређеним условима, увек долазило до конвалидације (било извршењем у првом, било одлуком суда у другом случају) формалних уговора којима недостаје форма. Чл. 73 ЗОО-а односи се само на формалне уговоре, за које је предвиђена писмена (не и нека друга!) форма, па она изостане, док се код чл. 4 ЗОПН може говорити и о одређеној градацији у погледу степена испуњености форме, а наиме: „...конвалидацијом може да се прескочи само један, а не два степеника који недостају до настанка уговора“.⁷⁹ Ово последње у смислу што суд неће дозволити конвалидацију уговора, писмено редигованог, али коме недостаје један од потписа, јер се ту више не ради о недостатку „једног степеника“ – што недостаје овера потписа, него и другог – није у потпуности испоштована ни обична писмена форма.⁸⁰ Да ли се, а имајући у виду последње, овде ради о „правим непостојећим“ уговорима или бисмо их могли назвати „неправим непостојећим“ уговорима, јер им ипак не недостаје конститутивни елемент (форма) у потпуности, сматрамо ипак чисто теоријским питањем, а за праксу, свакако, потпуно ирелевантним.

У теорији је широко прихваћен став да би конверзију требало доводити искључиво у везу с непостојећим уговорима. Прва потврда управо наведеног јесте у схватању апсолутно ништавих уговора као забрањених, било правом, било моралом, па када је нешто у том смислу забрањено не може никако прећи у поље пуноважног.⁸¹ Другу потврду налазимо у ономе што временски претходи конверзији, а наиме: „странке због своје необавештености... или невештости... сачине уговор тако да не обезбеде све битне услове за његово закључење“.⁸²

4. ЗАКЉУЧАК

Термин непостојећи уговор, најблаже речено, правно је не-прецизан, јер или је нешто уговор или није, али свакако не може бити уговор који не постоји. Можда би прецизније било говорити о непостојању уговора или о уговору у настајању односно покушају његовог настајања. О непостојећим уговорима мора се справљати на плану закључења уговора, а не у оквиру пуноважности уговора, јер непостојећи уговор није правно неваљани уговор. Да би један уговор био правно неваљан, мора прво бити уговор. Код непостојећих уговора то није случај. Разлог за то је једноставан – они нису уговори, јер им недостаје макар један од елемената неопходних за настанак

⁷⁹ *Ibid.*, 31.

⁸⁰ Из пресуде Врховног суда Србије, Рев. 619/06 од 17.10.2006, наведена збирка судске праксе.

⁸¹ С. Перовић, 453.

⁸² Л. Карамарковић, 13 14.

уговора: сагласност воља, способност уговарања, предмет, кауза или евентуално форма. Може се рећи да они представљају једну фактичку ситуацију у праву. Несумњиво је да постоје разлози практичне, а не само теоријске природе за њиховим издвајањем из групе правно неваљаних уговора. С друге стране, непостојеће уговоре неопходно је посматрати одвојено и од ситуације када не долази до закључења уговора, а међу самим странкама је неспорно да до споразума није дошло. У оба случаја разлози се налазе на плану последица.

Katarina Dolović, LL.M

Teaching Assistant

University of Belgrade Faculty of Law

NON-EXISTING CONTRACTS

Summary

Non-existing contracts are discussed in the field of contract conclusion. The reason for this is simple – they are not contracts, because they lack at least one of the elements necessary for the contract to be concluded: meeting of minds, capacity to contract, subject, cause or possibly the form. They can be said to represent a de facto situation in law. The reasons for their being excluded from the group of legally invalid contracts are of practical, rather than theoretical nature. On the other hand, the non-existing contracts also need to be viewed separately from the situation when there is no contract, and when there is no doubt that the parties have not reached an agreement. In both cases the reasons can be found on the domain of consequences.

Key words: *Conclusion of contract. – Meeting of minds. – Capacity to contract. – Subject. – Cause. – Form. – Legally invalid contracts.*

УДК 322.2(497.11) ; 342.731(497.11) ; 348(497.11)

Др Сима Аврамовић*

ПОИМАЊЕ СЕКУЛАРНОСТИ У СРБИЈИ РЕФЛЕКСИЈЕ СА ЈАВНЕ РАСПРАВЕ У УСТАВНОМ СУДУ

*У јавној расправи на Уставном суду Србије 2010. године разматран је један број оспорених одредаби Закона о црквама и верским заједницама. Аутор излаже ставове које је заузео том приликом, у настојању да докаже да одредбе које разликују традиционалне у односу на друге цркве и верске заједнице нису неуставне ни дискриминаторне, као и да услови које Закон предвиђа за регистравање цркава и верских заједница не вређају ни *forum internum* ни *forum externum* верске слободе, већ да су у складу с европским стандардима и праксом. Посебну пажњу поклања питању да ли помињање начела световности (секуларности) и одвојености државе, цркава и верских заједница у Уставу од 2006. године *per se* искључује могућност и уставност успостављања модела кооперативне одвојености цркава и верских заједница. Тај модел је све раширенији у Европи и у основи је афирмисан у Србији не само оспореним законом, већ и појединим законима који су доношени пре и после њега, нарочито оним који су увели верску наставу у државним школама, а који су већ преживели тест уставности пред Уставним судом Србије 2003. године.*

Кључне речи: *Традиционалне цркве и верске заједнице. Регистравање верских колектива. Одвојеност државе и цркве. Устав Србије од 2006. године. Религија у државним школама.*

Непосредан повод за појављивање овог текста представља расправа вођена пред Уставним судом Србије октобра 2010. године о уставности Закона о црквама и верским заједницама (даље: ЗЦВЗ), као и два рада која су у вези с тим недавно објављена у овом часопису.¹ Као један од позваних учесника нисам осећао потребу да

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, sima@ius.bg.ac.rs.

¹ Закон о црквама и верским заједницама, *Службени гласник РС*, бр. 36/06. Gerhard Robbers, (2010), „Specific Treatment of Traditional Churches and Religious Communities Provided for in the Act on Churches and Religious Communities of the Republic of Serbia, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 3/2010, 265–284; Танасије Маринковић, „Прилог за јавну расправу о уставности

свој став износим и ван те расправе. Но, после поменутих прилога у *Аналима* (нарочито другог), чини се да је то ипак неопходно, како би јавности постала доступнија неслагања која су на Уставном суду дошла до изражаја, али и како би у литератури на српском језику били уравнотеженији аргументи *pro et contra*. Поменута неслагања су у основи концептуалног карактера и рефлектују веома различито поимање секуларности у Србији, мада питање несумњиво има и своје нормативне аспекте, који су били, или је требало да буду, у првом плану током ове расправе. Истовремено, овај текст на изврстан начин представља и наставак расправе започете пре доста година на страницама овог часописа, вођене с Маријом Драшкић. Она је тада заступала став да је увођење верске наставе у државним школама неуставно,² а сада је, стицајем околности, не само судија Уставног суда Србије, него и судија-известилац баш у овоме предмету. Иако је предлоге и иницијативу за преиспитивање уставности овог закона покренуло неколико невладиних организација и црква у периоду од 2006. до 2008. године³ и мада је јавна расправа одржана пре више од годину дана, одлука Уставног суда Србије до предаје овог текста за штампу још није донета, што јасно указује на спорост, а можда и неодлучност при решавању једног прилично деликатног предмета. То је доказ више да се секуларност у Србији схвата веома различито и да априорни ставови о овом, у основи политичком питању, као и његове дивергентне интерпретације, често више засновани на осећају и предубеђењима, него на озбиљном теоријском утемељењу, снажно упливишу ставове и расправе правне природе, чак и у највишем телу у држави које је задужено да штити уставност и законитост.

Овде ће првенствено бити изнети аргументи коју су наведени у јавној расправи, уз нешто детаљнији осврт на пар питања која је нарочито акцентирао Танасије Маринковић у Уставном суду Србије и у поменутом тексту у *Аналима*. Они би могли показати не само

Закон о црквама и верским заједницама“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2011, 367 385.

² Марија Драшкић, „Право детета на слободу вероисповести у школи“, *Анали Правног факултета у Београду* 1 4/2001, 511 523; Сима Аврамовић, „Право на верску наставу у нашем и упоредном европском праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 2005/1, 46 64; Марија Драшкић, „О веронауци у државним школама, други пут“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2006, 135 151; Сима Аврамовић, „Уставност верске наставе у државним школама *res iudicata*“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2006, 251 257.

³ Уставном суду Србије су поднета четири предлога и једна иницијатива за оцену уставности више одредаба Закона о црквама и верским заједницама, *Службени гласник РС*, бр. 36/06. Предлоге су поднели Центар за толеранцију и међурелигијске односе из Београда (2006), Хришћанска баптистичка црква из Београда (2006), Протестантска еванђеоска црква из Београда (2006) и Протестантска еванђеоска црква „духовни центар“ из Лесковца, док је иницијативу поднела Коалиција за секуларну државу из Београда (2008).

да ЗЦВЗ у кључним оспореним одредбама није неуставан, већ и да супротни аргументи у доброј мери рефлектују извесна предубеђења у схватању секуларности.

Основни проблем у вези с неразумевањем оспорених одредби ЗЦВЗ проистиче из неразвијености научне дисциплине која је код нас тек недавно названа *Државно-црквено право*. Та научна област, али и прилично развијена грана права, увелико је позната под називом *Staatskirchenrecht* у немачком говорном подручју, као *droit civil ecclésiastique* у француском, *diritto ecclesiastico* у италијанском (чак понекад још прецизније: *diritto civile ecclesiastico*, које је сасвим различито од појма *diritto canonico*), а све је распрострањенији енглески назив *Law on Religion*.⁴ У тој дисциплини и одговарајућој литератури су дати многи одговори на питања која су постављена приликом оспоравања уставности појединих одредаба ЗЦВЗ. Утолико је значајније било експертско мишљење које је Уставном суду Србије доставио Герхард Роберс, професор Правног факултета Универзитета у Триру, познати светски ауторитет за ову дисциплину, судија Врховног апелационог суда у немачкој покрајини Рајна-Палатинат, једна од водећих личности у ОЕБС-овом (*OSCE*) панелу експерата у оквиру *ODIHR (Office for Democratic Institutions and Human Rights)*. У његовом тексту, који се односи на два кључна спорна питања, изричито се тврди да законско разликовање традиционалних цркава и верских заједница, с једне, и осталих верских ентитета, с друге стране, као и начин на који ЗЦВЗ регулише услове за регистравање цркава и верских заједница није неуставан нити је у нескладу са међународним и европским стандардима у вези с тим сегментима правне регулативе.⁵

Супротно мишљење о та два најважнија оспорена питања, поред предлагача, заступа и Маринковић, у основи првенствено кроз нормативистичка извођења, с лепим правничким резонавањем, мада понекад заснованим на погрешним премисама и чини се не увек с

⁴ Вид. више Сима Аврамовић, *Прилози настајању државно црквеног права у Србији*, Београд 2007, 10 11.

⁵ У финалном налазу Роберс истиче: 1. законско разликовање између традиционалних цркава и верских заједница, с једне, и осталих цркава и верских заједница у Републици Србији, с друге стране, само по себи, и у смислу Закона о црквама и верским заједницама који одређује правни положај цркава и верских заједница у Србији, јесте у складу с Уставом Републике Србије и међународним и европским стандардима, а нарочито је у складу с Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода; 2. разликовање које је у погледу регистрације цркава и верских заједница предвиђено чланом 18 Закона између традиционалних цркава и верских заједница, с једне, и осталих цркава и верских заједница, с друге стране, није дискриминаторно у смислу Устава Републике Србије и међународних и европских стандарда, а нарочито у погледу Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, вид. G. Robbers, (2010), 284.

довољним познавањем огромне светске литературе о тим питањима, као и решења у упоредном праву. Због тога је вероватно имало смисла, како у расправи на Уставном суду, тако и у овој прилици, указати и на један број другачијих аргумената.

1. РАЗЛИКОВАЊЕ ПРАВНОГ ПОЛОЖАЈА ПОЈЕДИНИХ ЦРКАВА И ВЕРСКИХ ЗАЈЕДНИЦА ДИСКРИМИНАТОРНО ИЛИ ЛЕГИТИМНО РЕШЕЊЕ?

Наш ЗЦВЗ тројако разврстава све цркве и верске заједнице на „традиционалне цркве и верске заједнице“, „конфесионалне заједнице“, и „друге верске организације“. Као традиционалне цркве и верске заједнице су одређене оне „које у Србији имају вишевековни историјски континуитет и чији је правни субјективитет стечен на основу посебних закона“, те им је он због тога и сада признат *ex lege*.⁶ Све остале цркве и верске заједнице, тј. „конфесионалне заједнице“ (чији је правни статус био регулисан у складу са законима донетим после Другог светског рата) и „друге верске организације“ (које раније нису биле регистроване), морају да поднесу захтев за регистрацију уколико желе да стекну правни субјективитет. Ово решење је оспорено као дискриминаторно и неуставно, јер је наводно супротно одредбама Устава Србије о једнакости свих, забрани дискриминације (чл. 21), о равноправности цркава и верских заједница (чл. 44), а посебно одредби из чл. 14 Европске конвенције о људским правима о забрани сваке дискриминације (укључујући и верску). Тврди се да је увођење категорије традиционалних цркава и верских заједница неуставно, јер се све цркве и верске заједнице у правима морају у потпуности изједначити.

При трагању за одговором на питање оправданости и дозвољености класификовања цркава и верских заједница у различите категорије, па и њиховог законског привилеговања, пре свега у домену регистровања, од велике помоћи могу бити решења у упоредном праву, теоријски ставови које нуди литература, као и поједине пре-суде Европског суда за људска права.

Законодавство низа држава издваја једну, по правилу већинску цркву или верску заједницу као привилеговану, дајући јој посебан

⁶ У чл. 10, ст. 1 и 2 ЗЦВЗ је одредио седам традиционалних цркава и верских заједница. После одређивања поменутог критеријума, поименце је наведено пет цркава (Српска православна црква, Римокатоличка црква, Словачка евангеличка црква а. в., Реформатска хришћанска црква и Евангеличка хришћанска црква а. в.) и две верске заједнице (Исламска верска заједница и Јеврејска верска заједница), као и појединачни закони којима је пре Другог светског рата регулисан њихов правни положај и за сваку установљен статус правног лица *ex lege*.

правни положај (систем државне цркве). Такав приступ, по правилу историјски условљен и оправдаван, ни у пракси ни у теорији не отвара питање да ли се на тај начин дискриминишу остале цркве и верске заједнице. Ово утолико пре, јер је у великом броју случајева (мада не и увек) принцип државне цркве предвиђен уставом (иако се негде то одређује на нивоу закона, а понекад чак само уговором – конкордатом). Неспорни одговор је да сам по себи систем државне цркве није дискриминаторан, уколико се на тај начин не доводи у питање остваривање верских права и слобода других цркава и верских заједница (како њихових припадника појединачно, тако и као колективитета). Без обзира на околност што се у скоро свим тим државама начелно прокламује уставни принцип једнакости, равноправности и недискриминације, као и у нашем Уставу, државна црква ипак добија недвосмислено привилегован статус. То никако не значи да би, *a contrario*, у систему сепарације државе и цркве, било дискриминаторно разликовати један круг цркава и верских заједница из одређених објективних разлога и доделити му другачији правни положај у односу на остале.⁷ Управо због тога се и у земљама које прибегавају систему одвојености, у више законодавстава, срећу решења према којима одређени број цркава и верских заједница имају *ex lege* различит – посебан статус. Да се такав приступ не сматра дискриминаторним (поново, пре свега у домену регистровања), потврђује чињеница да је у њиховим правним системима он претрпео тест уставности и усклађености с међународним и европским стандардима, као и да је стекао одговарајуће теоријско оправдање. У многим таквим правним системима само неке од цркава и верских заједница добијају статус правног лица на основу самог закона, по систему пријаве (док друге подлежу регистрацији по систему одобрења) и означавају се различитим називима: *државно признате* (Немачка, Аустрија, Белгија, Румунија), *традиционалне* (Бугарска, Литванија, Белорусија), *историјске* (Мађарска). Ево само неколико најупечатљивијих примера изложених по азбучном реду.

Аустрија (на основу Закона из 2002. године, као и прописа из 1874. и 1998. године) одређује три категорије цркава и верских заједница (у теорији државно-црквеног права обично називан *three tier system*). Прва обухвата 13 јавно *признатих религија*, које држава одређује подзаконским актом заснованим на поменутиим за-

⁷ Један од водећих америчких ауторитета у овој области, нарочито афирмисан као поборник либералног режима регистровања цркава и верских заједница и принципа равноправности, као легитимне основе за такво разликовање у третману појединих верских колектива наводи историјске и традиционалне разлоге, стечена права, оформљени идентитет, социјални мир, као и практичне разлоге, вид. Cole W. Durham, (2004), „Facilitating Freedom of Religion or Belief through Religious Associations“, *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook* (ed. T. Lindholm, W. C. Durham), Leiden 2004, 330.

конима. За улазак у ту категорију потребно је да верска група има најмање 16.000 следбеника (0,2% укупног броја становника), као и да постоји најмање 25 година (од чега најмање 10 година као „верска заједница“).⁸ Другу категорију (која је уведена Законом из 1998. године) чине правно признате *верске заједнице* (*eingetragene religiöse Bekenntnisgemeinschaften*), тј. регистровани верски колективи који имају најмање 300 верника, који су и у погледу обима права ограниченији од оних из прве групе. Трећу групу представљају *верски колективи – асоцијације*, који нису правно признати ни регистровани, тако да не могу учествовати у правном промету, али могу захтевати стицање статуса „верске заједнице“, о чему одлучује Министарство образовања и културе.

Белгија (Закони из 1870, 1974, 1985) *ex lege* даје статус правног лица једино тзв. *признатим религијама*, које чине шест цркава и верских заједница (католичка, протестантска, јеврејска, англиканска, исламска, православна). Оне имају бројне привилегије, иако правни систем начелно прокламује начело једнакости религија. Међутим, због знатно већих привилегија које има Католичка црква у односу на остале признате религије, многи писци сврставају и Белгију у *three tier system*, где у први ред спада Католичка црква, у другу групу осталих пет признатих религија, а у трећу непризнате цркве и верске заједнице. Оне могу добити статус правног лица кроз судски поступак у коме се утврђује да ли имају карактер верске заједнице (систем одобрења).

Белорусија (Закон из 2002. године) самим законом одређује *традиционалне* цркве и верске заједнице, истичући при том посебну улогу Православне цркве (поред католичке, јеврејске, муслиманске и евангеличке лутеранске вероисповести), а осим њих познаје још три категорије: *верске заједнице*, *верска удружења* и *национална верска удружења*.

Бугарска (Закон из 2002. године) признаје *ex lege* статус *традиционалне* само Бугарској православној цркви, док се све друге цркве и верске заједнице региструју у поступку пред судом под одређеним условима, по систему одобрења.

Италија у основи такође познаје *three tier system* цркава и верских заједница. У прву категорију спада *Католичка црква*, која има посебан третман и привилегије („због бројности верника, признатог друштвеног и историјског значаја“), у другу *признате* цркве и верске заједнице с којима је закључен посебан споразум, а у трећу *непризнате* цркве и верске заједнице.

⁸ Ову врсту правних лица је дефинисао још *Anerkennungsgesetz* из 1874. године, а додатно је услове за припадање тој категорији прописао Закон из 1998. године.

Литванија (Закон из 1995. године) разврстава цркве и верске заједнице у две категорије. Прву чине *државно признате* цркве и верске заједнице, чији се статус и правни субјективитет стиче одлуком парламента, уз позитивно мишљење Министарства културе (и најмање 25 година постојања). Другу категорију чине *нетрадиционалне* (за чије је постојање неопходно да има најмање 30 верника).

Немачка дели цркве и верске заједнице у две групе: *правна лица јавног права*, која *ex lege* добијају такав привилеговани положај (католичка и протестантска) и *правна лица приватног права* (све остале). Разлог за издвајање поменуте две деноминације је, према Уставу, чињеница да су тај положај уживале у прошлости.

Румунија (Законом из 2006. године) такође уводи систем три категорије: *религије* (које су признате у самом закону), *верска удружења* (која морају имати најмање 300 чланова) и *верске групе* (које немају статус правног лица). Да би једно верско удружење стекло статус признате религије, потребно је да најмање 12 година континуирано обавља регистровану верску активност у земљи и да има око 22.000 следбеника, тј. 0,1% популације.

Русија (Закон из 1997. године), познаје три категорије верских организационих облика, с различитим правним статусом и различитим привилегијама. Први, највиши ниво организовања представљају *централне верске организације*, које могу бити регистроване само уколико обједињују најмање три локалне верске организације исте деноминације. Други ниво организовања су *локалне верске организације* (које могу стећи својство правног лица под условом да имају најмање 10 следбеника на тој територији и функционишу најмање 15 година). Трећа група, без статуса правног лица, су тзв. *верске групе*.

Словачка (Закон из 2007. године) за регистровање *државно признатих* цркава и верских заједница захтева потписе најмање 20.000 држављана. Остали, мањи верски колективи се могу регистровати као удружење грађана.

Француску карактерише историјски условљена подела на два основна облика: *верска удружења (associations cultuelles)* и католичка *дијацезална удружења (associations diocésaines)*. Ова друга су историјски настала као последица Закона о одвајању цркава од државе из 1905. године, када је Католичка црква одбила да своје бискупије и парохије трансформише у верска удружења која је предвиђао тај закон, те се од 1924. године формирао посебан институционални облик католичких верских заједница. Остале верске заједнице могу функционисати без регистровања.

Чешка (Закон из 2002. године) предвиђа систем две категорије (*two tier system*). У прву, привилеговану категорију спадају они који су постојали најмање 10 година као верски колективи регистрова-

ни у другој категорији и имају најмање 0,1% следбеника од укупне популације (око 10.000 грађана). За регистровање у другом, нижем организационом нивоу, потребно је најмање 300 потписа држављана-верника уз низ других услова. Остали верски колективи немају статус правног лица.

Мада је на расправи у Уставном суду поменуто да упоредно право није извор уставног права, што је неспорно, не може се негирати значај чињенице да је упоредно право драгоцен параметар за процењивање да ли је једно решење у великом броју демократских држава прихваћено као уставно, легитимно и усклађено с међународним и европским стандардима. Због тога није неважна чињеница да разликовање више категорија верских ентитета с одређеним правним статусом и условима за стицање правног субјективитета, који нису једнаки за све, уопште није неуобичајена у упоредном праву. Одредбе о недискриминацији и равноправности у унутрашњем праву и међународним документима не подразумевају да је искључена свака могућност правног разликовања појединаца и колектива, уколико је оно засновано на објективним и разумним критеријумима.

На теоријском нивоу, детаљнији одговори на питање да ли се начело једнакости црква и верских заједница (предвиђено у многим уставима) нарушава њиховим различитим класификовањем или установљавањем посебних права за само неке од њих, најчешће се среће у немачкој правној теорији. Обично се истиче да једнакост верских заједница не значи и њихову идентичност, него адекватно уживање законом гарантованих права. „Једнак третман подразумева једнако третирање онога што је једнако, а неједнако третирање онога што је неједнако, у складу са степеном разлика. Једнак третман у правној пракси и доктрини није идентичан третман, већ много софистицираније, третман у складу са специфичностима предмета о коме се ради“.⁹ Ових дилема су били свесни мислиоци још пре много векова. Тако је за покољења остала упамћена Плинијева мисао *Nihil est tam inaequale, quam aequitas ipsa* – „Ништа није тако неједнако, као сама једнакост“. Једнакост у неједнаким условима представља своју супротност. Уосталом, сличну идеју одражава и стара латинска правничка мудрост – *summum ius, summa iniuria*. Једнак правни положај верских заједница, следствено томе, значи одговарајуће коришћење свих права на једнак начин, уз разлике које произлазе из здравог разума и у границама које су одређене законом.¹⁰ У два рада

⁹ Gerhard Robbers, (1994), „Religious Minorities in Germany“, *The Legal Status of Religious Minorities in the Countries of the European Union*, Milano 1994, 153. Вид. и Gerhard Robbers, (2005), „Living values. The Constitution for Europe and the Law on Religion“, *Religion and Society: Emerging Questions* (ed. Monsignor W. Onclin Chair), Leuven 2005, 19–32.

¹⁰ Вид. више о разним аргументима у том правцу који се често кориште у литератури Сима Аврамовић, Душан Ракитић, „Колективна права и верска

посвећена искључиво овој проблематици, један од најистакнутијих немачких стручњака недвосмислено показује да паритет и једнакост, гарантовани уставним и законским нормама, не значе и апсолутну идентичност у остваривању верских права.¹¹ „Парадигма која гарантује пуно поштовање верске слободе јесте једнакост, а не идентичност права“.¹²

Овакво резонување потврђено је и у више пресуда Европског суда за људска права (даље: ЕСЉП). Поред давног, „Белгијског лингвистичког случаја“ из 1968. године, који помиње и Маринковић,¹³ где је Суд истакао да правна једнакост не може бити апсолутна, да забрана дискриминације не подразумева забрану сваког правног разликовања, као и да одређене правне неједнакости доприносе томе да се исправе фактичке неједнакости, још јаснији пример у домену верске дискриминације нуди пресуда ЕСЉП у случају Јеховини сведоци против Аустрије.¹⁴ У параграфу 96 те пресуде се каже: „Суд држи да чл. 14 не забрањује државама-чланицама да групе третирају различито како би се исправиле ‘фактичке неједнакости’ међу њима; наиме, у одређеним околностима пропуштање да се исправе неједнакост кроз различито поступање, може само по себи довести до кршења тога члана... Разлике у третману су, међутим, дискриминаторне, када немају објективно и разумно утемељење; другим речима, уколико не следе легитимни циљ или уколико не постоји разумни

слобода у Србији (историјскоправно утемељење)“, *Колективна права и позитивна дискриминација у уставноправном систему Републике Србије* (прир. М. Јовановић), Београд 2009, 95 118.

¹¹ Martin Heckel, „Die religionsrechtliche Parität“, *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, I, Berlin 1994, 589 622; исти, „Das Gleichbehandlungsgebot im Hinblick auf die Religion“, *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, I, Berlin 1994, 623 650.

¹² Gerhard Robbers, (2001), „Religious Freedom in Germany“, *Brigham Young University Law Review* 2/2001, 666: „To safeguard religious liberty, the correct paradigm is equal rights, not identical rights. The paradigm of identical rights cannot appreciate the societal function of a religion, its historical impact, or its cultural background. Identical rights would preclude a multitude of manifestations of positive religious freedom“.

¹³ Т. Маринковић, 372.

¹⁴ *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovens and others v. Austria*, Application no. 40825/98, Judgment 31 July 2008. Аустрија је изгубила овај спор не због тога што је Суд проценио да је њен *three tier system* дискриминаторан или у нескладу са међународним и европским нормама и стандардима, већ првенствено због тога што је нашао да одлука аустријских државних органа да Јеховиним сведоцима не признају својство јавноправног лица и тако их региструју, нарушава право на благовремено одлучивање (поступак се развлачио 20 година првих десет недоношењем било какве одлуке, а других десет у дугој процедури одлучивања). Повређено је и право на једнако поступање, јер се разлике у третману Јеховиних сведока код регистровања не заснивају на објективном основу (уз нарочито истицање да је регистрација до звољена Коптској православној цркви, мада је краће време присутна у Аустрији од Јеховиних сведока).

однос пропорционалности између средстава која се користе и циља који се жели постићи. Државе чланице имају простор за процену када и у којој мери су разлике, у иначе сличним ситуацијама, оправдане“. Врло сличну идеју, па и формулацију, садржи одлука ЕСЉП и у случају Фернандез и Гарсија против Шпаније.¹⁵

И не само то. Чак се и у једном броју важних међународних докумената који се односе на верске слободе експлицитно дозвољава државама-чланицама да различито поступају према појединим црквама и верским заједницама при нормирању у националном законодавству, поготово имајући у виду историјске околности, наравно уз ограду да све евентуалне разлике морају бити засноване на објективним критеријумима и да се не користе са циљем да се оправда дискриминација.¹⁶ Исто тако, не сматра се дискриминаторним да држава организује и плаћа верску наставу у државним школама само за одређене цркве и верске заједнице и сматра се легитимним посебан статус који у том погледу могу имати „традиционалне и дуго установљене религије“, али се препоручује (не више од тога) да верска настава све више треба да добија когнитивни, а све мање конфесионални карактер.¹⁷ Уосталом, и сам Лисабонски уговор позива национална законодавства да поштују своје богатство у разликама. Комитет за елиминисање расне дискриминације је 1993. године истицао да разлике у третману не значе дискриминацију уколико су засноване на легитимним критеријумима, а Комитет за људска права УН још 1989. године да једнакост не значи идентичан третман. Чак и један од најистакнутијих америчких стручњака и велики поборник најшире схваћених верских слобода, Кол Дарам, с приметном дозом незадовољства, констатује да се не сматра да различито третирање различитих верских група, нарочито видљиво код система са стратификованим категоријама правних лица (*multi-tier systems*) нарушава норме Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода (даље: ЕКЉП), као и да могу постојати објективни и

¹⁵ *Alujer Fernández, Caballero Garcia v. Spain*, Appl. no. 53072/99, Judgment 1 June 2001, где се истиче да су разлике у третману дозвољене под условом да за то постоји објективно и разумно оправдање.

¹⁶ *Guidelines for Review of Legislation Pertaining to Religion or Belief*, OSCE/ODIHR, Vienna Edinburgh 2002, В.3.: „Legislation should be reviewed to assure that any differentiations among religions are justified by genuinely objective factors and that the risk of prejudicial treatment is minimized or totally eliminated. Legislation that acknowledges historical differences in the role that different religions have played in a particular country's history are permissible so long as they are not used as a justification for discrimination“. Узгред, при састављању овог документа који је усвојила Венецијанска комисија 2004. године, важну улогу имао је и поменути немачки професор Герхард Роберс.

¹⁷ *Toledo Guiding Principles on Teaching about Religions and Belief in Public Schools*, OSCE/ODIHR, Warsaw 2007. Поново узгред буди речено, аутор овог текста је учествовао у припремању и изради тог документа као члан панела експерата OSCE/ODIHR за верске слободе.

разумљиви разлози који оправдавају различит третман.¹⁸ Дакле, одговор је јасан: *multi-tier system* није *per se* дискриминаторан и није у контрадикцији са принципом једнакости.

Другим речима, међународни и европски стандарди разумеју потребу да се различите ствари нормирају различито, али под условом да се те разлике заснивају на објективним и разумним основама. Отуд истакнути италијански аутор у овој области, Силвио Ферари, с правом каже да је једини прави проблем приликом одабира одређеног броја цркава и верских заједница којима се даје неко посебно право, што је неизбежно (као, на пример, у случају организовања верске наставе у државним школама), у ствари проблем критеријума.¹⁹

А како је у погледу критеријума за разликовање цркава и верских заједница поступио српски законодавац? Он не користи прилично флексибилна, непоуздана и лако оспорива мерила за установљавање различитог положаја појединих верских група, као што су дужина постојања или број верника, мада је то, како је упоредни приказ показао, најчешћи случај. ЗЦВЗ при одређивању круга верских колективитета које ће добити статус традиционалних, и тиме правни субјективитет *ex lege*, узима сасвим објективан критеријум, јединствен у упоредном законодавству, ослоњен на један важан, општи правни принцип. Наиме, традиционалним, тј. онима које се региструју на основу самог закона по систему пријаве, се сматрају *све* оне цркве и верске заједнице које су статус правног лица већ имале на основу ранијих закона донетих пре Другог светског рата, а који им је укинут под комунистичким режимом после рата. Дакле, *свака* црква или верска заједница чији је правни статус и одговарајућа права (на пример, на верску наставу у државним школама) раније гарантовао закон, који је комунистичка власт потом укинула, има право на посебан вид повраћаја свог претходног правног положаја, на особени *restitutio in integrum*. Елементарна правна начела налажу да стечена права која су претходно постојала, па насилно била укинута, њиховим титуларима морају бити враћена. Није лако оспоравати

¹⁸ Cole W. Durham, (2010), „Legal Status of Religious Organizations: A Comparative Overview“, *The Review of Faith & International Affairs*, 8, 2/2010, 3 14: „Thus far, the differential treatment of differing religious groups that is evident in such stratified systems has not been held to violate antidiscrimination norms of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR)... There are reasonable and objective considerations, growing out of history, tradition, accrued obligations, identity forming and government limiting roles, social peacekeeping and the practicalities of dealing with major churches that justify differential treatment“. Вид. скоро идентично и С. W. Durham, (2010), 329 330. На сличним начелним позицијама стоји и Sergej Flere, „Registration of Religious Communities in European Countries“, *Politikologija religije* 1/2010, 99 115.

¹⁹ Silvio Ferrari, „L’enseignement des religions en Europe: un aperçu juridique“, *Des maîtres et des dieux. Ecoles et religions en Europe* (ed. J. P. Willaime, S. Mathieau), Paris Berlin 2005, 36.

да је тај циљ легитиман, као и да основ који се наводи у поменутом српском закону за неједнак третман традиционалних цркава и верских заједница у односу на остале верске групе, не делује заиста крајње објективно и разумно.²⁰ Преостаје само питање шта би могао бити објективнији критеријум од враћања насилно одузетих стечених права? Број следбеника или дужина постојања то свакако нису. А околност да се традиционалном не сматра само изразито већинска, Српска православна црква, него и шест других које испуњавају исти законски услов, без обзира на број следбеника, дужину присуства, друштвени и историјски значај и сл., дакле уз ослонац на једну егземпларно објективну чињеницу (претходно постојање или непостојање одређеног статуса и права), додатно увећава оправданост таквог приступа и легитимност законског решења.²¹

Све ово, дакако, не значи да се другим верским колективима, који не припадају категорији традиционалних, смеју наметати дискриминаторне препреке при остваривању законског права да буду регистровани или у остваривању других индивидуалних и колективних верских права. Услови за регистровање свих других верских колектива морају бити што повољнији и лакши за испуњавање, уз минимална и стриктно утврђена легитимна законска ограничења (*limitation clauses*).²² Управо питање шта се може подразумевати под неповољним, отежавајућим условима за регистровање (*burdensome* је термин који се у тим случајевима у теорији најчешће користи) отвара наредни сегмент овог проблема.

²⁰ Аргумент који износи Т. Маринковић, 375 да је „географски и социокултурни оквир у коме су се доносили закони тадашње Југославије... толико различит од савременог либералнодемократског политичког система савремене Србије“, тешко да може да отрпи критику концепта стечених права. Зар приватна својина стечена према прописима и под условима који су постојали пре Другог светског рата не подлеже реституцији? А наставак резоновања, у коме се признаје да је поштовање стечених права нешто што одликује демократска друштва, али да се поставља питање када су она стечена и да ли је тада друштво било демократско, и да при том олако даје априорну негативну оцену о политичком систему Краљевине Југославије, отвара једно *par excellence* политичко, па и идеолошко питање, коме није место у оваквом правном контексту.

²¹ Уосталом, тако резонује и Annamária Csiziné Schlosser, „Legal Status of Churches and Religious Communities in Serbia according to the New Law (with a comparative analysis)“, *REVACERN Religions and Values: Central and Eastern European Research Network 2007 2009*, 8, доступно на http://www.revacern.eu/exchange/programme/ep_2_final/EP2%20%20schlosser.pdf, прихватајући у основи аргументе изложене код Sima Avramović, „Das neue serbische Religionsgesetz“, *Österreichisches Archiv für Recht & Religion* 3/2006, 447 460.

²² Тако је и поступио ЗЦВЗ у чл. 43, ст. 1 и 2, скоро идентично као чл. 9 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (предвиђајући следећа легитимна ограничења: деловање супротно Уставу и јавном поретку, угрожавања живота, здравља, слободе и права других, права деце, права на лични и породични интегритет и права на имовину)

2. УСЛОВИ ЗА РЕГИСТРОВАЊЕ ЦРКАВА И ВЕРСКИХ ЗАЈЕДНИЦА ЛИБЕРАЛНО ИЛИ НЕУСТАВНО РЕШЕЊЕ?

Друга кључна тема је да ли број следбеника који се у ЗЦВЗ захтева представља отежавајући (*burdensome*) услов за регистравање, који угрожава колективну верску слободу, као и да ли угрожава право појединца на неизјашњавање о верској припадности. Другим речима, да ли је постављање било каквих услова за регистрацију уставно и у складу са међународним стандардима, с обзиром на то да је слобода вероисповести загарантована не само као индивидуално, него и као колективно право. Да подсетимо, Закон предвиђа да захтев за регистрацију поднесе 0,001% следбеника, било српских или страних држављана са сталним боравком у Србији.²³ Либерално и легитимно или рестриктивно, конзервативно, дискриминаторно и противуставно?

Почнимо поново од решења у европском упоредном праву у погледу захтева за регистравање које постављају неке друге државе, опет изложених према азбучном реду.

Аустрија – 0,2% укупног броја становника (16.000 следбеника), најмање 25 година постојања, а 300 следбеника за нижи организациони облик;

Баварска (различито по немачким федералним јединицама) – 0,1% популације;

Белгија – „довољан број следбеника“ (у пракси 10.000) и „дуготрајно постојање“;

Босна и Херцеговина – 300 верника (са потписима, као и код свих других држава);

Естонија – 12 следбеника;

Јерменија – 200 следбеника;

Летонија – 25 следбеника;

Литванија – 30 следбеника;

Мађарска – 100 следбеника (законски предлог: 10.000 оснивача и 100 година постојања);

Пољска – 100 следбеника;

Португал – 30 година постојања у „организованом облику“;

Румунија – 0,1 % укупне популације (око 22.000 верника) и 12 година постојања;

Русија – постојање најмање 3 локалне верске заједнице у држави, 50 година постојања;

²³ Чл. 18, ст. 2, тач. 1 ЗЦВЗ.

Словачка – 20.000 следбеника;

Словенија – 100 следбеника (до 2007. године – 25 следбеника);

Украјина – 10 следбеника;

Хрватска – 500 следбеника и претходна регистрација у статусу правног лица приватног права најмање 5 година;

Чешка – 0,1% укупне популације (10.000 следбеника) и 10 година постојања у нижем статусу, а 300 следбеника за регистровање у нижем организационом облику.

Пошто је законски услов за регистровање верског колектива у Србији одређен у процентима на 0,001% држављана, у апсолутном броју он се своди на то да је потребна подршка 100 верника да би се основала једна црква или верска заједница (пошто званична статистика још увек у становнике Србије убраја и становништво на Косову и Метохији). Упоредни приказ јасно указује да у *процентима* српски ЗЦВЗ поставља далеко најнижи захтев у односу на друге државе које региструју верске колективе, а и *апсолутни* број од 100 верника представља сасвим разуман, просечан европски стандард, чак далеко либералнији него у приличном броју других европских земаља, укључујући и неке државе-чланице ЕУ. На тим основама се његова уставност не може успешно оспоравати.

Да ли тај законски услов за последицу може имати недобровољно изјашњавање о верским уверењима појединаца (што брани већ сам Устав Републике Србије, ЗЦВЗ и многи међународни акти²⁴), чиме се проширује овај приговор о неуставности? Сасвим је очигледно да се на овај начин нико не присиљава на изјашњавање о свом верском уверењу (што представља предмет заштите поменутих правних норми), већ у оквирима своје аутономије воље и по сопственом уверењу одлучује хоће ли или не ставити свој потпис на један такав захтев. Свакако се на то може рећи да није искључено да би један број следбеника неке верске заједнице могао оклевати да се на тај начин јавно декларише.²⁵ Али, такав приговор (претпоставка) пре спада у домен примене (па и политике, социопсихологије, можда и економских или других бенефиција, као и многих других неправних момената), тако да сличне спекулације не би требало да буду предмет оцене уставности једног закона. Важно је једино да ли на овај начин закон некога приморава да се *без своје жеље* изјашњава о својим верским уверењима, што овде очигледно није случај.²⁶ Но,

²⁴ Чл. 43, ст. 2 Устава РС: „Нико није дужан да се изјашњава о својим верским и другим уверењима“; Чл. 2 ЗЦВЗ: „Нико не сме бити подвргнут принуди која би могла угрозити слободу вероисповести, нити сме бити присиљен да се изјасни о својој вероисповести и верским уверењима или њиховом непостојању“.

²⁵ У том смислу Т. Маринковић, 371.

²⁶ Слично питање се постављало у теорији и код *верске наставе* у државним школама. Да ли одређивање за похађање или непохађање верске наставе значи

уколико се већ хоће ићи тим неправним путем, истине ради мора се уочити још један важан детаљ по коме је ЗЦВЗ различит од скоро свих других одредби те врсте у упоредном праву: поред домаћих држављана, иницијатори регистравања цркве или верске заједнице могу бити и страни држављани са сталним боравком на територији Србије. Код њих би евентуалне поменуте социопсихолошке баријере вероватно биле мање изражене, тако да не би било тешко обезбедити 100 потписа из једног и другог корпуса. Уосталом, и све друге државе које захтевају одређени број следбеника за регистравање верског колектива такође траже доказ о тој чињеници кроз потписе оснивача, што само по себи не мора да значи и изјашњавање о вероисповести, поготово не присилно, због чега ни у једној од поменутих држава слични приговори нису дали резултат и овај критеријум је опстао као легитиман. Просто, закон овде не прописује *дужност* на изјашњавање, него само оставља *могућност* да сходно својој вољи појединац учествује или не учествује у оснивању једне верске организације и то потврди својим потписом.

Очигледни *ratio* овог решења је потреба да се приликом регистравања цркава и верских заједница обезбеди виши степен озбиљности, будуће стабилности и трајности него приликом оснивања неког другог правног лица типа удружења грађана. Све ово је утолико пре оправдано, уколико се има на уму да верска правна лица по правилу добијају одговарајуће бенефиције, пре свега у погледу пореских олакшица, тако да је у упоредном праву осведочен низ случајева злоупотреба на том плану (додуше, то је поново неправни аргумент).

Све у свему, ова оспорена решења из ЗЦВЗ несумњиво не задиру у *forum externum* (чак ни малих верских заједница), јер је праг у погледу потребног броја иницијатора за регистравање низак и разуман (а потпуно је легитимно да постоји), и сасвим је у складу с праксом у другим европским земљама. Условљавањем регистрације цркве или верске заједнице одређеним бројем следбеника и њиховим потписима никоме се не намеће дужност изјашњавања о верским уверењима, тако да законом није нарушен ни *forum internum*, па се

угрожавање права на неизјашњавање? Није требало много теоријских напора да се докаже да, поготово када постоји могућност оптирања за верску наставу или алтернативни предмет (етика, грађанско васпитање), избором или неизбором верске наставе као предмета, не присиљава на изјашњавање о својим верским уверењима.

Иста тема се варира и у вези с изјашњавањем о верској припадности приликом редовног *пописа* становништва. Доклегод је омогућена слобода избора да се о том питању не изјасни (што је правило), нема обавезе ни присиљавања. Оптирање за једну или другу могућност (верска настава или други предмет, изјашњавање на попису о верском уверењу или одбијање одговора, давање или недавање потписа за регистравање верске заједнице) не значи присилу да се неко мора изјаснити о свом верском уверењу. Кад год постоји алтернатива и простор за слободу воље, право на неизјашњавање није повређено.

отуд такво решење које постоји у бројним државама ниједном пресудом ЕСЉП не доводи у питање. Он није угрожен ни у смислу везе чл. 9 и чл. 11 ЕКЉП (односно индивидуалне и колективне слободе вероисповести), утолико пре јер је према ЗЦВЗ право на слободно вероисповедање могуће остваривати и без регистравања цркве или верског колектива (за разлику од решења у неким другим земљама). А о томе до које мере је *forum internum* заиста апсолутно право, како се често априорно тврди,²⁷ вреди сагледати и озбиљна теоријска неслагања, нарочито имајући у виду дешавања последњих десетак година,²⁸ што далеко превазилази тему овог текста.

3. НАЧЕЛО СВЕТОВНЕ ДРЖАВЕ ШТА ДОИСТА ЗНАЧИ ОДВОЈЕНОСТ ДРЖАВЕ И ЦРКВЕ?

Најзад, долазимо и до питања које се скрива у темељима скоро свих дилема везаних за правно регулисање односа државе, цркве и верских заједница, па и питања уставности појединих одредаба ЗЦВЗ, а по неким мишљењима и Закона у целости. Шта обухвата принцип одвојености (и у каквој је вези са начелом секуларности), да ли он подразумева апсолутну и стриктну баријеру између ових субјеката, потпуно неутралност, немешање и изолованост једних од других, високи бедем раздвајања или дозвољава позитивну, конструктивну сарадњу у пословима од заједничког интереса? Ствари у свету су се промениле. Односе између државе и верских колектива данас одликују три приступа: систем државне цркве, стриктна одвојеност и кооперативна одвојеност.²⁹ Свака држава прилагођава постојећа решења својим потребама и новим изазовима и приближава се или удаљује од онога што се доскора могло сматрати владајућим моделом. Тако је разноврсност правне регулативе у погледу односа државе и цркве у Европи данас много већа, а решења су много рељефнија и богатија од ове трипартидне схеме. Стриктна одвојеност постепено се топи чак и у државама које представљају њену колевку, попут Француске,³⁰ те у

²⁷ Т. Маринковић, 368; Džim Murdok, *Sloboda misli, savesti i veroispovesti Vodič za primenu člana 9 Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Beograd 2008, 23 и даље.

²⁸ Вид. нарочито Manfred Novak, Tanja Vospernik, „Permissible Restrictions on Freedom of Religion or Belief“, *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook* (ed. T. Lindholm, W. C. Durham), Leiden 2004, 147-172.

²⁹ Gerhard Robbers, *State and Church in the European Union*, Baden Baden (1996) 2005, 324.

³⁰ Принцип одвојености је у почетку подразумевао да држава ни у чему не интервенише када је реч о пословима цркве и верских заједница, као и обрнуто, а нарочито да нема државног финансирања верских заједница. Тај приступ је у свом извитопереном облику био омиљени уставноправни оквир у комунистичким земљама. Међутим, идеја тако стриктне одвојености одавно је начета баш у самој Фран

суштини скоро више нигде нема апсолутне одвојености – чак и *laïcité à la française* данас добија сасвим другачије, рафинираније значење, различито од онога које је имало почетком XX века.³¹ О томе да је стриктна одвојеност у Француској данас више мит него реалност, можда најупечатљивије говоре редовни састанци које бар једном сваке године одржава француска Влада с водећим бискупима, када се претресају актуелна друштвена питања и размењују мишљења о будућим корацима. Догма о потпуном немешању и неутралности је срушена. Сам појам лаицитета (чију различитост у односу на појам секуларизма многи не препознају),³² данас се озбиљно редефинише баш у Француској.³³ А у систему државне цркве „мешање“ једних у рад других и преплитање компетенција се све више смањује (пример Енглеске³⁴), док негде чак долази и до формалног раздвајања,

цуској. Наиме, последица конфискације имовине католичких цркава извршене 1905. године била је да су цркве прешле у власништво државе. Држава потом даје цркве на коришћење верницима бесплатно, али сама обезбеђује средства за све потребне поправки и њихово одржавање, што се у пракси претворило у активан однос државе првенствено према већинској (католичкој) цркви. Чист модел одвојености напросто није могао да функционише.

³¹ Ту се раздвојеност све више претвара у преплетеност, поделу компетенција у обављању важних друштвених функција, као што је финансирање обнове цркава, чак и одржавање верске наставе у државним школама у североисточним департаманима (Алзасу и Лорени), вид. више G. Haarscher, „Freedom of Religion in Context“, *Brigham Young University Law Review* 2/2000, 272. Brigitte Basdevant Gau demet, „State and Church in France“, *State and Church in the European Union* (ed. Gerhard Robbers), Baden Baden (1996) 2005, 123 указује на ново разумевање улоге државе у односу према црквама и верским заједницама. Садашњи француски председник Саркози је међу првима лансирао појам *laïcité positive*, залажући се за модерније разумевање лаицитета које дозвољава тешњи додир јавне сфере и религије, и тиме изазвао талас теоријских преиспитивања, вид. нарочито Jean Baubérot, *La laïcité expliquée à M. Sarkozy*, Paris 2008. Све то је делимично условљено и изазовима мултикултурализма и ислама, вид. више Chems Eddine Chitour, „La laïcité à la française et son harmonisation avec le XXI^e siècle“, *Islam et laïcité*, <http://www.islamlaicite.org/article85.html>.

³² О разликама између секуларности и лаицитета, као и променама у поимању лаицитета у Француској, нарочито после доношења *Закона о примени начела лаицитета* из 2004. године, када се у основи доводи у питање верска неутралност државе, на српским језику вид. детаљно Марко Божић, *Лаичка држава као јемство слободе савести и вероисповести*, докторска дисертација, Београд 2010).

³³ Отуд се јављају и нови појмови, концепти и решења, попут поменутог *laïcité positive*, а све то у оквирима постојећег, непромењеног Устава, који помиње лаицитет као принцип. Литература о томе је огромна: од новијих радова вид. на пример, *Laïcité et sécularisation dans l'Union européenne* (ed. A. Dierkens, J. P. Schreiber), Paris 2006; Jean Claude Monod, *Sécularisation et laïcité*, Paris 2007; Micheline Milot, *La laïcité*, Ottawa 2008; Jean Baubérot, *Les laïcités dans le monde*, Paris 2009. Недавно се појавио и српски превод веома значајне књиге Жан Боберо, Мишлин Мило, *Световност без граница*, Београд 2011.

³⁴ У Енглеској се у последње време све јасније примењују знаци раздвајања компетенција. Мада је Англиканска црква државна црква на чијем челу је краљица, где је 26 места у Дому лордова резервисано за бискупе те цркве који учествују у

уз очување врло тесне везе државе са црквом, врло сличне оној која је постојала у систему државне цркве (Шведска од 2000. године).³⁵ Веома је уочљив процес постепеног конвергирања до скоро различитих модела, који се све више сусрећу негде на средини. Због тога би се могло рећи да је данас у већини европских правних система доминантна идеја одвојености државе и верских заједница, али таква која подразумева њихову међусобну везу и сарадњу. „У целокупној ЕУ сарадња између државе и верских заједница је правило... Кооперација је данас кључни појам у односима између цркве и државе у државама ЕУ, а после пада комунистичког режима, у целој Европи“.³⁶ Дакле, одвојеност државе и цркве не подразумева, сама по себи, стриктну неутралност и раздвојеност компетенција, већ укључује и тзв. кооперативну одвојеност, модел све распрострањенији широм Европе (Немачка, Аустрија, Белгија, Шпанија, итд.), у коме се државно и црквено законодавство и активности вишеструко преплићу и допуњују.³⁷

Један од важних елемената на којима се гради теоријско нормативно извођење да је ЗЦВЗ неуставан се састоји у томе да се, као додатни аргумент, истиче како се у Уставу РС из 2006. године, за разлику од Устава од 1990. године (за време чијег је важења донет ЗЦВЗ, додуше само неколико месеци пре новог Устава) уводи појам секуларизма (световности).³⁸ Да ли Устав из 2006. треба тумачити

креирању световне власти, где практично и не постоји унутрашње право Англиканске цркве с обзиром на то да њене законе доноси енглески Парламент на предлог Општег синода (јер се право Англиканске цркве сматра интегралним правом Енглеске), ипак се све чешће на Општи синод (*General Synod*) преноси овлашћење за доношење појединих општинских правних аката (тзв. *measures*), који добијају исту снагу као и одлуке Парламента, чиме се постепено раздвајају државно и црквено право. Вид. више David McClean, „State and Church in the United Kingdom“, *State and Church in the European Union* (ed. Gerhard Robbers), Baden Baden (1996) 2005, 311 312.

³⁵ И поред формалног раздвајања 2000. године, држава и црква у Шведској остали су веома тесно повезани, поготово у погледу финансирања (поред Шведске цркве, којој припада близу 80% становништва, право на финансијску помоћ остварује још осам признатих цркава и верских заједница, у сразмери с бројем следбеника, тако да Шведска црква добија највећи део финансијских средстава од државе у односу на друге, мада она има и своје изворне приходе, који потичу од црквеног пореза у износу од 1,19%, а који плаћају сви верници преко државног пореског система). Узгред, и норвешка Влада предлаже укидање система државне цркве, мада је исход веома неизвесан због снажног противљења јавности.

³⁶ Silvio Ferrari, „The Pattern of Church and State Relations in Western Europe“, *Fides et Libertas, The Journal of the International Religious Liberty Association*, Silver Spring, Maryland 2001, 59 60.

³⁷ На пример, у Немачкој држава од верника прикупља преко државних пореских органа црквени порез (*Kirchensteuer*), од кога се издржавају две највеће цркве протестантска и католичка. Преплитање и међусобно координирање иде дотле да се, уколико члан једне цркве избегава да плаћа црквени порез, на њега се примењују правна средства која се користе за реализацију наплате државних пореза. И све то не смета да се Немачка квалификује као држава у којој су црква и држава одвојене.

³⁸ Т. Маринковић, 383. СЦВЗ је донет у априлу, а Устав у новембру 2006. године. Да су појмови „секуларизам“ и „световност“ синоними, јасно говоре и

тако да он дозвољава кооперативни модел или га, увођењем појма „световност“ – „секуларност“ (шта год он значио), искључује сам по себи, како сматра Маринковић? Сигурно је једино да на нормативном плану првом приступу ништа не противречи, јер Устав у питање типа система одвојености уопште не залази.³⁹ Уосталом, ни у једном уставу у свету се изричито не помиње кооперативна одвојеност, па она ипак представља не само дозвољену реалност, него и све пожељнији облик сепарације државе и цркве. А сама чињеница да је Устав из 2006. године поменуо реч световност (секуларност), која у претходном Уставу није постојала, никако не значи да је увођењем тог појма промењена политика односа према црквама и верским заједницама, односно „референтни систем“, како каже Маринковић,⁴⁰ јер сама реч секуларност *нема* одређено правно-техничко значење.⁴¹ Штавише, она је до те мере неодређене садржине и у ванправном простору (политиколошком, социолошком, филозофском, историјском, итд.), а камо ли у правном речнику, да тај појам још увек представља квадратуру круга и предмет небројених спорења у теорији. Треба ли у том контексту подсећати да се и у САД, која је једна од водећих секуларних држава у свету и која у свом првом амандману забрањује установљавање државне религије (*establishment clause*) и опредељује се за модел одвојености државе и цркве, дозвољава тесан додир религије и јавне сфере, који није увек само симболичког карактера.⁴²

преводи ове норме нашег Устава на светске језике, где се „световност“ искључиво преводи као *secular* („The Republic of Serbia is a secular state“).

³⁹ Чл. 11 Устава предвиђа:

„Република Србија је световна држава.

Цркве и верске заједнице су одвојене од државе.

Ниједна религија не може се успоставити као државна или обавезна“.

Сасвим јасно, ниједна од ових одредби Устава не говори о томе *какав облик* одвојености цркава и верских заједница Устав подразумева.

⁴⁰ Т. Маринковић, 383.

⁴¹ Њено најближе одређење у савременој политиколошкој литератури је приближава или чак изједначава с појмом одвојености цркве и државе, тако да се ти појмови третирају скоро као синоними. Утолико пре нема битне, концепцијске промене између српског Устава из 2006. године и претходног Устава из 1990. године, који је такође предвиђао модел одвојености (чл. 41, ст. 2: „Верске заједнице су одвојене од државе и слободне су у вршењу верских послова и верских обреда“).

⁴² Национални мото *In God we trust*, исписан је на доларској новчаници још од 1865. године, као и на улазу у конгресну просторију у којој заседа Сенат, америчка национална химна завршава се помињањем Бога, а државни функционери, почев од председника САД, своју обавезну заклетву пре ступања на дужност завршавају незаобилазним *So help me God*. Оба дома Конгреса, Сенат и Представнички дом, имају плаћене свештенике који сваки дан када је Конгрес у заседању, започињу законодавни процес молитвом. Исто тако, пре сваке седнице Врховног суда САД посебан чиновник позива Божију милост. А када је садашњи председник Обама направио грешку у изговарању верске заклетве (с руком на Библији), онда се она морала поновити, додуше накнадно, пред председником Врховног суда у Овалном

Због те неодређености се у широј, па и стручној јавности, појам секуларност доживљава на различите начине, обично на основу осећаја и одговарајућих предубеђења (што је поготово опасно приликом тумачења правне норме), а врло ретко с довољним знањем о његовој многозначности, јер се и сам, као и концепт одвојености државе и цркве, радикално променио. Да при том не помињемо све захукталије дискусије око неосекуларизма, па и ону чувену коју су водили Хабермас и тада још кардинал Рацигер, сада први човек Католичке цркве.⁴³

Управо из тих разлога највећи број устава у свету избегава да тај термин користи у својим нормама: није неумесно истаћи да се, поред актуелног Устава Србије, од стотина устава у свету, реч секуларност (световност) помиње још само у уставима Азарбејџана (чл. 7), Гамбије (поглавље 1), Гвинеје Бисао (чл. 1), Гвајане (чл. 1), Казахстана (чл. 1), Малија (чл. 25), Намибије (преамбула), Русије (чл. 14), Таџикистана (чл. 1), Туркменистана (чл. 1) и Индије (до 1976. године, али не више).⁴⁴ И при том она има превасходно деклаторно значење (шта год се под њоме подразумева), а никако не правно-техничко.

Другим речима, помињање секуларности не може утицати на одређивање врсте и квалитета система односа државе и цркве, поготово не у смислу да он нужно имплицира систем *стриктне* одвојености државе, цркве и верских заједница. И у крајње световним, *par excellence* секуларним државама, попут Немачке, Аустрије, Белгије, Шпаније и низа других држава где је преовладао модел коо-

кабинету Беле куће. Све то се у САД не сматра нарушавањем неутралности и секуларне традиције.

⁴³ Јирген Хабермас, Јозеф Рацигер, *Дијалектика секуларизације о уму и религији*, Београд 2006. Од новијих радова вид. нарочито Allen Lane, *God is Back: How the Global Revival of Faith is Changing the World*, London 2009. Секуларност и неосекуларизам су постали толико омиљена тема савремене социологије религије, политикологије религије и многих других дисциплина, да овде није могуће ни набројати најважније радове који су о њој настали само у последњих пар година.

⁴⁴ Овај и податак који следи дугујемо излагању које је Герхард Робертс имао на научном скупу који се одржао на Правном и Православном богословском факултету Универзитета у Београду 6. новембра 2010. године. Један мањи број држава у својим уставима прокламује принцип лаицитета: Француска (чувени чл. 1: *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale*), Ангола (чл. 10), Бенин (чл. 156), Буркина Фасо (чл. 31), Габон (чл. 2), Камерун (чл. 1), Того (чл. 1) и Турска (чл. 2) по правилу сви угледајући се на Француску (као што помињање речи секуларност у уставима Азарбејџана, Казахстана, Таџикистана, Туркменистана представља трансплант из Русије). При том је неподударност појмова секуларизам и лаицитет неспорна, а и сам концепт лаицитета у Француској је у поступку трансформације. Колика конфузија око тога може настати показује и околност да се у енглеском преводу реч *laïc* (како стоји у турском у Уставу) званично преводи као *secular*, а при том се и један и други појам у Француској и Турској разумевају на различит начин. И то само додатно сведочи да ни један ни други појам немају одређено правно техничко значење, већ колоквијално, веома неодређено и контроверзно, због чега га остали уставописци у свету избегавају.

перативне одвојености (без обзира на то што не користе баш такво одређење у својим уставним актима), секуларност омогућава и, штавише подразумева, сарадњу и додир те две сфере.

Таква, кооперативна одвојеност није уведена у Србији тек овим, сада оспореним законом, него се постепено афирмисала кроз већи број законских решења, управо као манифестација постепеног изграђивања европског модела кооперативне одвојености у складу с уставом.⁴⁵ Једна од најделикатнијих тачака тог додира је верска настава у државним школама, која се организује за припаднике одређеног броја цркава и верских заједница и која постоји у скоро свим европским земљама, али је то изазвало много расправа приликом њеног увођења у Србији.⁴⁶ Њено постојање ни у једној европској држави, нити у пресудама ЕСЉП, није оцењено тако да угрожава принцип секуларности, нити да представља дискриминаторно решење, већ се сматра уставним чак и у земљама које припадају моделу стриктне поделе власти (Француска). Уосталом, када је верска настава уведена у Србији, та законска решења су пред Уставним судом Србије оспорена као неуставна, дискриминаторна и антисекуларна, али је овај исти Суд 2003. године донео одлуку да не прихвати иницијативу и одбије предлоге за утврђивање неуставности и незаконитости помених правних прописа.⁴⁷

Колико се појам секуларности данас динамично и флексибилно схвата можда најсликовитије говори и чињеница да у европском правном простору уопште није дискутабилно да ли је верска настава у државним школама у складу с принципом секуларности и поделе власти. Штавише, још даље од тога иде недавна пресуда ЕСЉП од 18. марта 2011. године у познатом случају Лауци против Италије, где су подносиоци тврдили да постојање распећа на зидовима учионица у државним школама противречи начелу одвојености државе и религије и принципима секуларне државе.⁴⁸ Мада је у првом степену ЕСЉП донео пресуду да је таква пракса у супротности с европским стандардима, Велико расправно веће је у коначној одлуци (са

⁴⁵ Такав приступ се рефлектује и у Закону о радиодифузији (којим се гарантује део медијског простора фреквенција црквама и верским заједницама, као и једно место за представника традиционалних цркава и верских заједница у Савету Републичке радиодифузне агенције, чији је председник тренутно управо владика јегарски Порфирије Перић), Закону о порезу на додату вредност (према коме традиционалне цркве и верске заједнице стичу право на повраћај пореза), Закону о порезу на имовину (на основу кога су традиционалне цркве и верске заједнице ослобођене плаћања пореза на имовину коју користе за обављање богослужбене делатности), Законом о рачуноводству и ревизији (којим су ослобођене обавезе да надлежној државној институцији подносе завршне рачуне о свом пословању), Законом о условима за запошљавање и рад страних држављана (којим су предвиђене олакшице за стране држављане који обављају верску службу), итд.

⁴⁶ За детаљније аргументе *pro et contra* вид. радове наведене у фн. 2.

⁴⁷ *Службени гласник РС*, бр. 119/03 од 4. децембра 2003. године.

⁴⁸ *Case of Lautsi and others v. Italy*, Appl. 30814/06, Judgment 18 March 2011.

15 гласова за и 2 гласа против) разрешило Гордијев чвор ставом да је таква пракса дозвољена, да није дискриминаторна и да се њоме не крши чл. 9 ЕКЉП и одговарајући Протокол, чиме је додало нове оријентире и за тумачење појма секуларности у европском правном простору. Само неколико дана пре тога, потпуно невезано за одлуку ЕСЉП, Уставни суд Аустрије је донео одлуку да није неуставна одредба у Закону о обдаништима Доње Аустрије из 2006. године која предвиђа истицање крста у просторијама државних обданишта.⁴⁹

На основу неких дискусија током расправе на Уставном суду рекло би се да еластичније поимање секуларности које сада преовлађује у Европи још није у потпуности допрло до наших простора. Изгледа да код нас још није довољно сазрела свест и спознаја о томе да се концепт секуларности прилично променио, да сваки додир између државе, црква и верских заједница није нарушавање принципа њихове сепарације, а нарочито да је систем кооперативне одвојености, поготово у Европи, све заступљенији и пожељнији. Наш уставни нормативни оквир, помињући као кључне речи врло опште појмове „световна држава“ и „одвојеност од државе“, ничим не прејудицира један или други тип одвојености, стриктну или кооперативну, већ оставља простор за њихово модерно разумевање и обликовање кроз законодавство и праксу. Ништа не указује на то да се ове речи морају интерпретирати на начин који је у свету превазиђен, мада можда у Србији још увек, у свести или подсвести појединаца, постоји рефлекс разумевања тих појмова из времена комунизма. Остаје нада да ће Уставни суд, коме су предочене поменуте околности, и овог пута то препознати, и схватити да у кључним нормама ЗЦВЗ о којима је овде било речи нема неуставности.

Dr. Sima Avramović

Professor

University of Belgrade Faculty of Law

UNDERSTANDING SECULARITY IN SERBIA REFLECTIONS ON PUBLIC HEARING IN THE CONSTITUTIONAL COURT

Summary

The author offers his views presented at the public hearing before the Constitutional Court of the Republic of Serbia on constitutionality

⁴⁹ Verfassungsgerichtshof, No. G 287/09, Entscheidungsdatum 09.03.2011, до ступно на https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFT_09889691_09G00287_00/JFT_09889691_09G00287_00.html.

of certain norms of the Act on Churches and Religious Communities of 2006. Firstly, on the basis of comparative, theoretical and normative analysis, he argues against the claim that any differentiation between traditional and other churches and religious communities is discriminatory and unconstitutional. He finds that the Serbian criterion of classification has been derived from the legal status that particular churches and religious communities had acquired before the World War Two, which they were thereafter deprived of by the communist regime. He asserts that the criterion is set forth clearly, firmly and appropriately, with reasonable justification, as well as that it is more objective than, for example, the number of followers or long presence, which are usually applied in other legal systems for the purpose of defining traditional or some other category of religious institutions with special status. The motive and goal of its application is a specific kind of restoration of once attained legal status, in the manner similar to the restitution of nationalized property.

Secondly, the author emphasizes that demands imposed upon other religious entities who wish to be registered are not burdensome or discriminatory, but are in fact in accordance with European standards and solutions in comparative law. The Serbian solution takes the middle path by requiring a threshold number of followers of 0,001% of the population (100 nationals or foreign citizens altogether). Thirdly, the author points to the outdated perception of secularity that came to light in some discussions at the hearing before the Constitutional Court, and argues instead that the principle of separation of state and church comprises not only strict, but also cooperative separation, including possible presence of religious organizations in the public sphere. Finally, along the same lines, he refers to the recent ECHR Grand Chamber judgment in the case *Lautzi v. Italy*, as well as to the recent decision of the Constitutional Court of Austria, declaring that the displaying of crucifix or cross in state educational institutions did not breach the right to secular education or violated in any other way the European Convention on Human Rights Art. 9. Those rulings post a significant road sign which warns that a more comprehensive understanding of secularity in modern democratic Europe is right ahead of us.

Key words: *Traditional Churches and Religious Organizations. – Religious Institutions Registration. – Separation of Church and State. – Serbian Constitution of 2006. – Religion in Public Schools.*

Др Небојша Јовановић*

ЗАКОНОДАВНА СМУШЕНОСТ У ПРЕТВАРАЊУ ЈАВНОГ У НЕЈАВНО ДРУШТВО

У чланку се анализира претварање јавног у нејавно друштво и указује на нејасности и на правну празнину у његовом регулисању, која је настала доношењем Закона о тржишту капитала Србије 2011. године. Тим законом се изричито уређује претварање јавног у нејавно друштво, али само у случају кад се акције јавног друштва повлаче с организованог тржишта (тзв. регулисано тржиште односно МТП). Нема, међутим, правила за случај кад јавно друштво, чијим се акцијама тргује на неорганизованом јавном тржишту (тзв. ОТП), одлучи да их повуче са њега, чиме постаје нејавно друштво. Писац разматра могућности за тумачење настале празнине, указујући на досадашњу незакониту праксу забране тог претварања. Закључује се да су законска правила о претварању јавног у нејавно друштво ограниченог домаћаја, те да би изменом тог закона требало да им се прошири примена и на јавна друштва на неорганизованом тржишту.

Кључне речи: *Јавно друштво. Претварање у нејавно друштво. Затварање акционарског друштва.*

1. УВОД

Јавно друштво је правно лице, чијим се вредносницама које је издало, јавно тргује.¹ Учесници јавне трговине слободно могу да

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, nebojsaj@ius.bg.ac.rs. Текст је настао у оквиру пројекта „Развој правног система Србије и хармонизација с правом ЕУ (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“ Правног факултета Универзитета у Београду.

¹ Иако важеће српско право познаје само изразе „хартија од вредности“ и „финансијски инструмент“, у овом раду се користи израз вредносница. Серијске хартије од вредности су у Србији дематеријализоване, тако да не постоје у облику комада папира (хартије), већ само у облику електронских записа на рачунима својих ималаца, због чега је израз „хартија“ постао бесмислен. Израз „финансијски инструмент“ је, такође, противан духу и логици српског правничког речника, јер право

тргују њиховим вредносницама истицањем јавних понуда за куповину и продају, али имају право и да их купују или продају без јавних понуда, приватним нагодбама са саговорницима. Уобичајено је да је јавно друштво, по свом организационом облику, акционарско друштво, али може да буде и било који други облик привредног друштва (нпр. друштво с ограниченом одговорношћу, ортачко или командитно друштво), па и свако друго правно лице (нпр. задруга, задужбина, град).² За разлику од акционарског друштва које може да издаје како акције, тако и облигационе вредноснице, остала јавна друштва не смеју да издају акције, осим кад се претварају у акционарска друштва. Она могу јавно да издају само облигационе (тзв. дужничке) вредноснице, као што су обвезнице и записи. Насупрот јавном друштву, нејавно (приватно) друштво је правно лице, чијим се вредносницама које је издало, сме да тргује само нејавним понудама за купопродају, тако да се не налазе у јавној трговини.³

Јавном друштву се током пословања може да јави потреба да се претвори у нејавно, као и што се, обратно, нејавном друштву током његовог постојања може да јави потреба да се претвори у јавно.⁴ Јавно друштво може слободно да се претвори у нејавно, као и што се, обратно, нејавно друштво може слободно да претвори

није техника, да би се правници користили којекаквим справама („инструментима“), као што се инжењери њима користе.

² Закон о тржишту капитала Србије – ЗТК, *Службени гласник РС*, бр. 31/11, чл. 2, тач. 35, 36, 38, 43.

³ ЗТК не садржи изаз и појам нејавног друштва, али се тумачењем на основу разлога супротности у односу на законску дефиницију јавног друштва тај израз и појам могу закључити. Чини се да је то мана закона, јер би се тим изразом олакшало разумевање његовог изузетно сложеног и смушеног текста. Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/11 користи изразе „јавно акционарско друштво“ и „друштво које није јавно“. Тај закон не дефинише појам „друштва које није јавно“, али се закључује да је то је сваки облик привредног друштва који није јавно акционарско друштво (нпр. ортачко друштво), а не само нејавно акционарско друштво (нпр. чл. 295). За разлику нашег права, словеначки Закон о тргу вредносних папирјев из 1999. год. (пречишћени текст, *Урадни лист*, бр. 51/06) изричито дефинише нејавно друштво, као свако друштво које није јавно (чл. 8. тач. 2).

У суштини, јавно и нејавно (приватно) друштво су изрази врло слични изразима јавни и приватни издавалац (емитент) вредносница. Разлика је у томе што је друштво увек правно лице, а издавалац може да буде и физичко лице, и то у емисији акција ради оснивања друштва.

⁴ По Закону о привредним друштвима из 2004. год. (*Службени гласник РС*, бр. 125/04) јавно акционарско друштво се звало отворено акционарско друштво, док се нејавно акционарско друштво називало затворено акционарско друштво. Због тога се за радњу претварања отвореног акционарског друштва у затворено у науци користио израз „затварање друштва“, док се за обрнуту радњу користио израз „отварање друштва“. Вид. Небојша Јовановић, „Отварање и затварање привредних друштава“, *Право и привреда* 1-4/2005, Београд, 65.

у јавно, ако испуни услове за постојање облика друштва у који се претвара. Основни проблем у претварању јавног у нејавно друштво јесте што се имаоцима вредносница смањује њихова утрживост (могућност купопродаје), које је оно издало, јер се јавним понудама (оглашавањем понуда) лакше проналази саговорник него приватним нуђењем. То рађа незадовољство мањине акционара који не утичу на управљање издаваоцем. Због тога законодавства настоје да их заштите, што је и српско право изричито учинило доношењем Закона о тржишту капитала 2011. године (даље: ЗТК).

2. ПОЈАМ И НАЧИНИ ПРЕТВАРАЊА ЈАВНОГ У НЕЈАВНО ДРУШТВО

Претварање јавног у нејавно друштво (*going private*) је скуп радњи којим јавно друштво повлачи вредноснице које је издало из јавне трговине, услед чега престаје да буде јавно и постаје нејавно друштво. Оно тиме не прекида свој правни субјективитет, јер остаје иста правна личност. Тиме само гаси обавезе извештавања јавности и органа званичног надзора о свом економском стању у пословању. Престанак обавезе извештавања је основни мотив претварања у нејавно друштво, јер оно не само да изазива високе трошкове издаваоцу, већ га и принуђава да обелодањује осетљиве податке у пословању, као и што му успорава доношење одлука и прилагођавање промењеним околностима на тржишту.⁵

Постоји више начина претварања јавног у нејавно друштво. Према могућности промене организационог облика, оно може да задржи исти облик или да га промени. Рецимо, јавно акционарско друштво може да се претвори у нејавно, остајући у облику акционарског друштва, с тим што само повлачи акције с јавног тржишта. Исто тако, оно може том приликом и да се претвори у други облик друштва, као што је друштво с ограниченом одговорношћу, ортач-

⁵ О предностима и манама јавног и нејавног друштва в. Stephen D. Girvin, Sandra Frisby, Alistair Hudson, *Charlesworth's Company Law*, Sweet & Maxwell, London 2010, 54 56; Denis Keenan, Josephine Bisacre, *Company Law*, Pearson, Harlow 2005, 9 10; Paul L. Davies, *Gower and Davies Principles of Modern Company Law*, Sweet & Maxwell, London 2003, 12 17; Stephen W. Mayson, Derek French, Christopher L. Ryan, *Company Law*, Blackstone Press, London 2001, 54 56; David Kelly, Ann Holmes, Ruth Hayward, *Business Law*, Cavendish Publishing, London 2002, 348 350; Poul Broude, Thomas Harman, Peter Underwood, „Going private and Going Dark“, 2005, 2, <http://www.foley.com/files> (30. јули 2001), Dorothea C. Kreymborg, *Going Private with Public Concern*, Montreal 2003, 12 15, available at: http://digitool.library.mcgill.ca/webclient/StreamGate?folder_id_0&dvs_1312025028200~112 (30. јули 2011); Дијана Марковић Бајаловић, „Управна и надзорна функција у отвореном акционарском друштву“, *Право и привреда* 5 8/2005, Београд, 187 197; Н. Јовановић, 69 70.

ко или командитно друштво. Исто важи и за неакционарско јавно друштво, као што је друштво с ограниченом одговорношћу, ортакчко друштво и командитно друштво, које је јавно издало облигационе вредноснице (нпр. обвезнице, записе). Битно је само да вредноснице које је издало повуче са јавног тржишта, након чега се њима може да тргује само нејавно. Промена облика је сложенији начин претварања у нејавно друштво, јер тада јавно друштво мора да испуни и услове за промену свог облика, као и да спроведе поступак те промене, а не само да испуни услове и да спроведе поступак повлачења вредносница са јавног тржишта. Рецимо, ако се јавно акционарско друштво претвара у друштво с ограниченом одговорношћу, оно мора одлучком о промени облика да уреди и замену акција за уделе, тако да сваки акционар добије учешће у капиталу друштва с ограниченом одговорношћу које је имао и у акционарском друштву, као и да прилагоди структуру својих органа оној која је прописана за друштво с ограниченом одговорношћу.

Према обавезности, претвање јавног у нејавно друштво може да буде вољно и принудно. Вољно претварање је кад друштво само одлучи да постане нејавно, иако нема законску обавезу да изда те вредноснице повуче из јавне трговине. Принудно претварање се јавља кад јавно друштво по закону мора да се претвори у нејавно због тога што је престало да испуњава услове да буде јавно друштво. То је случај пада капитала испод минимума прописаног за јавно акционарско друштво, слабе учесталости трговине акцијама (тзв. неликвидност тржишта) или пада броја акционара испод минимума прописаног за јавно друштво.⁶ Ако се јавно друштво у том случају вољно не претвори у нејавно, могуће су две последице. Прва је блажа, а то је искључење са организованог тржишта (тј. регулисаног тржишта или МТП), јер је престало да испуњава строже услове за јавну организовану трговину, у ком случају се његове вредноснице пребацују на неорганизовано јавно тржиште (тзв. ОТЦ).⁷ Друга санкција је тежа, а то је ликвидација друштва због неиспуњавања услова за његово постојање.⁸

Према својој организованости, јавна трговина вредносницама може да буде организована (централизована) и неорганизована (децентрализована, стихијна). Организована трговина постоји онда кад је организује и централизује у јединственом систему посебно овлашћено лице (тзв. пословођа) у складу са својим унапред

⁶ Српско право не прописује минимални број акционара за јавно акционарско друштво, те пад броја акционара испод прописаног минимума не може да буде разлог принудног претварања у нејавно друштво.

⁷ ЗТК, чл. 122.

⁸ ЗПД, чл. 546.

утврђеним правилима. Њу може да организује берза (тзв. регулисано тржиште) или пословођа ванберзанског тржишта (тзв. мултилатерална трговачка платформа – МТП). Неорганизована трговина је тргови-на вредносницама која се одвија стихијно ван система организовања трговине (тзв. ОТЦ тржиште).⁹ Да би постало нејавно, јавно друштво мора вредноснице да повуче из целокупне јавне трговине. Отуда, није довољно само да их повуче с организованог тржишта (берзанског или ванберзанског), већ и са неорганизованог, а то значи да мора потпуно да престане свако јавно нуђење ради њихове куповине или продаје.

3. УСЛОВИ ПРЕТВАРАЊА ЈАВНОГ ДРУШТВА У НЕЈАВНО

Јавно друштво може да се претвори у нејавно без промене свог облика само ако испуни прописане услове и спроведе прописани поступак. Услови су: 1) да друштво има мање од 10.000 акционара, 2) да на крају календарске године у којој је јавно издало облигационе вредноснице (тзв. дужничке хартије) има мање од 100 њихових има-лаца, 3) да је слаб промет акција јавног друштва, 4) да је откупило акције од несагласних акционара и 5) да га је Комисија за хартије од вредности (даље: Комисија) избрисала из свог регистра јавних друштава.¹⁰ Јавно друштво нема право да се претвори у нејавно у календарској години у којој је успешно обавило јавну емисију вредносница (било акција, било облигационих вредносница), него тек у некој наредној календарској години, под условом да на њеном крају испуњава услов максималног броја поверилаца по облигационим вредносницама (нпр. обвезничара). Изузетно, оно може да се претвори у нејавно и без испуњења наведених услова у било које време у следећа три случаја:¹¹ 1) кад понудилац у преузимању купи све акције и друге вредноснице које је друштво јавно издало; 2) кад владајући акционар са најмање 90% акција у друштву принудно откупи све акције које је издало или га мањински акционари натерају да им их купи;¹² 3) кад се пониште све вредноснице које је друштво издало услед његове статусне промене (нпр. припајања, спајања, деобе).¹³

⁹ ЗТК, чл. 2, тач. 20 22. Израз „ОТЦ“ тржиште потиче од енглеског израза *over the counter market* (шалтерско тржиште), јер се неорганизована трговина вредносницама углавном одвија њиховом купопродајом на шалтерима банака.

¹⁰ ЗТК, чл. 70, 123.

¹¹ ЗТК, чл. 71, ст. 2.

¹² ЗПД, чл. 515, 516, 522, 523.

¹³ ЗПД, чл. 502, 503, 507 514.

Прва два услова за претварање јавног у нејавно друштво, а то је смањење броја акционара и ималаца облигационих вредносница испод максималног прописаног броја постављена су кумулативно. Јавном друштву није довољно само да смањи број својих акционара испод 10.000, већ мора и да смањи број својих поверилаца по облигационим вредносницама које је јавно издало испод 100. Стога, акционарско друштво које има мање од 10.000 акционара не може да се претвори у нејавно, ако има више од 100 ималаца облигационих вредносница које је јавно издало. И обратно, акционарско друштво са мање од 100 поверилаца по јавно издатим облигационим вредносницама, не може да буде нејавно ако има више од 10.000 акционара. Услов максималног броја акционара не важи за неакционарски облик јавног друштва (нпр. за друштво с ограниченом одговорношћу, ортачко и командитно друштво), иако то законом није изричито предвиђено. То законом није изричито предвиђено због тога што такав облик друштва нема акционаре, као и што је у пракси вероватно немогуће да неакционарски облик друштва има више од 10.000 чланова. Стога, њега практично оптерећује само услов броја ималаца облигационих вредносница.

Акционарско друштво може да смањи број својих акционара на разне начине (нпр. куповина, поклон, правно следбеништво). Ипак, најчешћи начин је куповина, при чему купац може да буде друштво лично, кад је реч о стицању сопствених акција, или друго лице. Друго лице може да буде постојећи акционар (најчешће чланови управе друштва) или лице ван друштва.

Смањење броја ималаца облигационих вредносница постиже се тако што их друштво исплати њиховим имаоцима или у међусобној трговини њихових ималаца, у којој се оне сконцентришу у рукама мањег броја ималаца. Друштво, као издавалац и дужник, нема право да исплати имаоце пре доспелости вредносница, осим у следећим случајевима: 1) кад су издате као икупљиве, 2) имаоци на то пристану и 3) кад је рок испуњења уговорен искључиво у издавачевом интересу.¹⁴

Трећи услов да јавно друштво постане нејавно је слаба трговина акцијама које је издало (тзв. неликвидност тржишта). Она постоји кад је на организованом тржишту (тј. на регулисаном тржишту односно на МТП) у току последњих шест месеци пре дана доношења одлуке истрговано (купљено и продато) мање од 0,5% (тј. 1/200) од укупног броја акција које је друштво издало, при чему је у било која три месеца током последњих шест месеци месечно истрговано мање 0,05% (1/2000) од укупног броја акција које је друштво

¹⁴ Закон о облигационим односима Србије (Сл. гл. 29/78, 39/85, 57/89, 31/93), чл. 315.

издало.¹⁵ Тада се сматра да улагачи нису довољно заинтересовани за јавну трговину акцијама предметног друштва, те да је оправдано његово повлачење са јавног тржишта. Ово је оправдано, јер је већа штета коју друштво трпи одржавањем акција у јавној трговини (нпр. трошкови извештавања, трошкови оджавања гломазне управљачке структуре друштва), него корист коју од ње имају оно лично (прилив јефтиног капитала путем јавне емисије акција) и његови улагачи (активна трговина акцијама).

4. ОТКУПНА ЦЕНА АКЦИЈА

Четврти услов за претварање јавног у нејавно друштво је обавеза друштва да откупи акције од акционара који се томеprotиве (несагласни акционари). У откупу је друштво дужно да плати несагласним акционарима највишу цену која се утврђује у складу са правилима компанијског права.¹⁶ Та цена се различито утврђује зависно од случаја у којем се друштво затвара.

Опште правило за утврђивање цене је да је друштво дужно да несагласном акционару плати тржишну, књиговодствену или процењену вредност (цену) акција, зависно од тога која је од њих највиша на дан доношења одлуке о сазивању седнице скупштине, на којој је касније (на дан седнице) донета одлука о претварању друштва у нејавно. Несагласни акционар коме друштво не исплати цену акција, или који сматра да је цена неправилно утврђена, има право да тражи заштиту тужбом у парници.¹⁷

Тржишна вредност акције је њена просечна цена у одређеном времену утврђења пондерисањем. Пондерисана просечна цена акције предметног друштва у Србији је она која је остварена на организованом тржишту (тј. на регулисаном тржишту односно на МТП) у току последњих шест месеци пре дана доношења одлуке о утврђивању цене акција, под условом да је у том времену остварен обим промета од најмање 0,5% (тј. 1/200) од укупног броја акција које је друштво издало, као и да је најмање у било која три месеца током последњих шест месеци остварен месечни промет од најмање 0,05% (1/2000) од укупног броја акција које је друштво издало.¹⁸ Ако

¹⁵ ЗТК, чл. 123, ст. 2.

¹⁶ ЗТК, чл. 123, ст. 5.

¹⁷ ЗПД, чл. 474-476. У чланку се разматрају правила само ЗПД а из 2011. године у вези са откупном ценом акција, пошто ЗПД из 2004. год. престаје да важи 1. фебруара 2012. године, због чега разматрање његових правила у овом питању постаје практично безначајно.

¹⁸ Пондерисање просечне цене посматране ствари (нпр. акције) узима у обзир при израчунавању просека укупан број посматране ствари по свакој појединој

је друштво издало више класа акција, а откупљује само једну класу, онда се постотак од 0,5% односно од 0,05% рачуна само у односу на укупан број акција дате класе које друштво откупљује.¹⁹ Пошто је услов за претварање јавног друштва у нејавно да трговина буде слабија од наведених минимума (0,5% и 0,05%), тржишна вредност је непримењива на утврђивање обавезе друштва за откуп акција несагласним акционарима. Стога остаје могућност примене процењене или књиговодствене цене.

Процењена вредност акције је она која се утврђује проценом. Процену врши овлашћени проценитељ. То је лице (физичко или правно) које је званично овлашћено да процењује вредност ствари или права, као што је судски вештак, ревизор, рачуновођа или друго овлашћено стручно лице.²⁰ Кад год друштво није у стању да утврди пондерисану цену акције, дужно је да утврди и плати процењену цену. Утврђена цена, било да је пондерисана или процењена, важи три месеца од дана утврђивања, те у том времену друштво мора да донесе одлуку о откупу акција.

Књиговодствена вредност акције је њена цена која се израчунава на основу података у књиговодству друштва. Она се израчунава тако што се књиговодствена вредност имовине друштва дели са

цени, које улазе у просек. На пример, акционарско друштво „Дебло“ је издало 10.000 обичних акција, при чему се у последњих шест месеци истрговало (тј. купило и продало) 200 акција, што је 2% у односу на 10.000. У сваком месецу се истрговало више од 20 акција, што је бар 0,2% у односу на 10.000. Нека је у тих шест месеци 30 акција продато (купљено) по цени од 2000 дин., 50 по цени од 1500 дин, 100 по цени од 1000 дин., а 20 по цени од 700 дин. Обична просечна цена се израчунава сабирањем сваке постигнуте цене и дељењем збира са укупним бројем постигнутих цена. Значи, пошто има четири постигнуте цене, обичан њихов просек се израчунава на следећи начин: $2.000 + 1.500 + 1.000 + 700 = 5.200/4 = 1.400$ дин. Пондерисана цена се, међутим, израчунава множењем сваке постигнуте цене са укупним бројем акција које су по њој продате, сабирањем сваког добијеног умношка и дељењем добијеног збира умножака са укупним бројем продатих акција. Значи: $(2.000 \times 30) + (1.500 \times 50) + (1.000 \times 100) + (700 \times 20) = 60.000 + 75.000 + 100.000 + 14.000 = 249.000/200 = 1.245$ дин. У овом примеру је пондерисана просечна цена нижа од обичне просечне цене, јер је највећи број акција (100) продат по цени нижој од просечне обичне цене. Да је највећи број акција продат по вишој цени од просечне обичне цене, онда би и пондерисана цена била више од обичне просечне цене. Значи, ако несагласан акционар у овом примеру има 100 акција „Дебла“, оно је дужно да му укупно плати 124.500 дин. ($1.245 \times 100 = 124.500$).

¹⁹ ЗПД, чл. 259.

²⁰ Друштво утврђује процењену цену акције одлуком своје скупштине на образложени предлог одбора директора (односно надзорног одбора у дводомној систему управљања друштом). Процена, као начин утврђивања вредности акције, може се применити и кад није могуће да се утврди пондерисана цена. То је случај кад није остварен обим промета потребан за њено утврђивање пондерисањем, као и кад је друштво издало нову класу акција за које још нема законских могућности за утврђивање цене пондерисањем (нпр. њима се јавно тргује краће од шест месеци). Вид. ЗПД, чл. 51; 259, ст. 2-4.

укупним бројем акција које је оно издало. Она не мора да се поклапа са номиналном вредношћу акције.

Посебна правила о утврђивању цене коју је друштво у откупу акција дужно да плати несагласним акционарима важе у случају његовог претварања у нејавно друштво путем преузимања, искључења акционара и статусних промена.

Кад се преузимањем у друштву смањује број акционара испод прописаног максимума, онда акције купује од акционара преузималац (понудилац), а не друштво. Он је дужан да акционарима циљног друштва плати просечну пондерисану цену акције на организованом тржишту у последња три месеца пре него што је објавио намеру преузимања. Ако је последња тржишна цена акција друштва на организованом тржишту последњег радног дана пре објаве намере преузимања виша од тромесечне пондерисане цене, онда је преузималац дужан да плати последњу цену. Ако је преузималац стекао акције циљног друштва у последњих годину дана пре објаве намере преузимања по вишој цени од тромесечне пондерисане цене и од последње цене, дужан је да плати највишу цену по којој их је купио у последњих годину дана. Најзад, ако је преузималац у последње две године стекао најмање 10% акција друштва по просечној цени која је виша од највише цене по којој их је купио у последњих годину дана, онда је дужан да плати просечну двогодишњу цену акције. Ако понудилац у преузимању купи најмање 95% акција циљног друштва, има право да натера преостале акционаре да му продају своје акције по цени по којој их је купио у преузимању (искључење акционара; *squeeze-out*).²¹ Међутим, ако право на искључење мањинских акционара не оствари у року од три месеца по истеку рока из понуде за преузимање, него након истека тог рока, онда је дужан да им плати тржишну, књиговодствену или процењену цену акција, зависно од тога која је од њих највиша.²²

Искључење (истеривање) акционара је радња владајућег акционара у друштву, којом купује све акције од преосталих акционара

²¹ Закон о преузимању акционарских друштава, *Службени гласник РС*, бр. 136/06, чл. 22, 34. Напомиње се да се минимална цена у преузимању по закону може да утврди само ако се акцијама циљног друштва тргује на организованом тржишту, што у пракси Србије значи на неком од тржишта Београдске берзе. Овакав начин утврђивања цене је одговарао стању на тржишту и прописима у време доношења Закона о преузимању у 2006. године, јер је тадашњим прописима била заведена обавезна свеошта организована и јавна трговина акцијама издавалаца са седиштем у Србији. Данас, по ЗТК, могуће је да друштво буде јавно, а да акције није укључило на организовано тржиште, него да се њима јавно тргује на неорганизованом тржишту (тзв. ОТП тржиште). Због тога се у праву Србије јавља велика правна празнина у питању преузимања, јер Закон о преузимању није примењив на преузимање јавних друштава ван организованог тржишта.

²² ЗПД, чл. 523, ст. 3.

противно њиховој вољи, чиме престају да буду акционари у друштву (тзв. принудан откуп акција). То право има акционар са најмање 90% основног капитала и гласова по свим издатим обичним акцијама друштва (откупљивач). Тада је дужан да плати сваком преосталом акционару цену коју је иначе друштво дужно да плати својим несагласним акционарима. То је највиша цена која се одређује поређењем тржишне, књиговодствене или процењене цене, коју акција има на дан доношења одлуке о сазивању седнице скупштине друштва, на којој је касније донета одлука о искључењу. Цену у откупу плаћа откупљивач, а не друштво, али је друштво утврђује. Ако суд у парници по тужби несагласног акционара утврди да је друштво утврдило прениску цену, откупљивач је дужан да свим мањинским акционарима плати разлику до судски утврђене цене у року од 30 дана од правноснажности пресуде. Ако тај рок пропусти, друштво је солидарно одговорно мањинским акционарима са откупљивачем за његов дуг.²³ Од општих правила о цени акције у искључењу акционара изузетак је случај преузимања. Наиме, кад је откупљивач владавину у друштву стекао преузимањем, онда му за стицање права на искључење није довољно да стекне 90% основног капитала циљног друштва, већ најмање 95% основног капитала. Тада се примењује посебан режим искључења и одређивања цене уређен законом којим се уређује преузимање (објашњено у претходном пасусу).

Цену по којој је друштво дужно да у прописаним случајевима откупи акције несагласним акционарима, дужан је да плати и владајући деведесетопостотни акционар сваком акционару који му откуп затражи (принудна продаја). То значи да је дужан да плати тржишну, књиговодствену или процењену вредност акција, зависно од тога која је од њих највиша.²⁴ Цену утврђује друштво, а плаћа је владајући акционар. Последица радње којом мањински акционари принудно продају своје акције владајућем акционару може да буде смањење њиховог броја испод прописаног минимума за јавно друштво, услед чега оно стиче право да се претвори у нејавно.

У статусној промени јавног друштва могуће је да се појаве несагласни акционари, а то су они који су на скупштини гласали против одлуке о статусној промени или су на њој били уздржани, као и они који су били одсутни са седнице скупштине на којој је донета предметна одлука. Тада имају право да им друштво стицалац у статусној промени исплати *тржишну вредност* њихових акција. Та вредност се утврђује одлуком друштва о статусној промени. Ако друштво не исплати несагласном акционару цену коју је утврдило одлуком о статусној промени, или је несагласни акционар сматра ни-

²³ ЗПД, чл. 475, 476, 515, 516, 521.

²⁴ ЗТК, чл. 70, ст. 2; ЗПД, чл. 475, 522.

жом од тржишне, има право да у парници тражи утврђивање праве тржишне цене.²⁵

5. ПОСТУПАК ПРЕТВАРАЊА

Пети услов претварања јавног у нејавно друштво јесте брисање својства јавног друштва из регистра Комисије. Да би то учинило, друштво мора да спроведе прописани поступак и да јој поднесе захтев за брисање уз доказе да је испунило услове. Поступак претварања јавног у нејавно друштво састоји се од две фазе. Прва фаза је доношење одлуке о том претварању, а друга је брисање из регистра званичних органа.

У првој фази одлуку о претварању доноси скупштина јавног друштва. У друштву које није акционарско односно друштво с ограниченом одговорношћу одлуку о томе доносе сами чланови (ортаци), и то једногласно. Друштво које има скупштину мора законито да је закаже (уредно позивање акционара на седницу), одржи и донесе одлуку.²⁶ Одлука мора да има прописану садржину: 1) промена пословног имена друштва са нагласком да није јавно, 2) евентуална измена структуре органа, 3) врста, класа и број акција несагласних акционара, 4) цена откупа њихових акција, 5) поступак са откупљеним акцијама, 6) број преосталих акционара у друштву и 6) неопозива изјава о обавези откупа акција несагласних акционара. Ако се откупом смањује капитал друштва, морају се поштовати правила о његовом смањењу.²⁷ Одлука се доноси трочетвртинском већином гласова по свим гласачким акцијама које је друштво издало, без обзира на то да ли су њихови акционари присутни или одсутни са седнице. Дакле, кворум постоји кад су на седници скупштине присутни акционари с најмање три четвртине акција с правом гласа. Ако су на седници присутни акционари баш с трочетвртинском већином гласова, одлука мора да буде једногласна. Ако је присутно више акционара, онда се одлука може донети и уз противљење акционара који не умањују трочетвртинску већину позитивних гласова по капиталу. Међутим, одлука може да се донесе само ако је друштво испунило све услове за повлачење акција са јавног тржишта. Ти услови су: 1) да друштво има мање од 10.000 акционара и од 100 ималаца облигационих вредносница, 2) да је слаба трговина акцијама које је издало и 3) да се друштво одлуком о претварању неопозиво обавезало да откупи акције свим несагласним акционарима по највишој цени

²⁵ ЗПД, чл. 508.

²⁶ ЗПД, 327-381.

²⁷ ЗПД, чл. 314-325.

у складу са правилима о заштити несагласних акционара. Откуп је обавезно обавити само на захтев несагласног акционара.²⁸

Није јасно у ЗТК да ли друштво мора да исплати несагласне акционаре пре него што Комисији поднесе захтев за брисање из регистра јавних друштава или исплату може да учини и после подношења захтева односно брисања. Ова нејасност постоји због сукоба два правила тог закона. Прво је оно којим се уређује престанак својства јавног друштва (чл. 70, ст. 1, тач. 2), а друго је оно којим се уређује одлука друштва о повлачењу акција са регулисаног тржишта (чл. 123, ст. 2). Док се првим правилом захтева да је јавно друштво „извршило откуп акција од несагласних акционара“, другим правилом се захтева да одлука о повлачењу акција с регулисаног тржишта односно МТП садржи „неопозиву изјаву друштва којом се друштво обавезује да од несагласних акционара, а на њихов захтев, откупи акције“, што се поставља као услов пуноважности те одлуке. Ако се језички тумачи прво правило, нужно је да друштво прво откупи акције од несагласних акционара, па онда да се избрише из регистра јавних друштава Комисије. Ово због тога што ово правило изричито говори да друштво мора да изврши откуп акција несагласних акционара, да би могло себи да укине својство јавног друштва. Напротив, друго правило захтева само да друштво неопозиво изјави да ће да откупи акције несагласних акционара, а не и да их купи до брисања из регистра. Ово друго правило је збуњујуће, због тога што је бесмислено да се обавеза откупа акција утврђује одлуком о повлачењу с регулисаног тржишта, ако је она већ утврђена законом путем првог правила. Због тога би могло да се тумачи и да је друштву довољно да се обавезе да ће да откупи акције несагласним акционарима, па да се региструје као нејавно пре него што их откупи, уз обавезу да их откупи касније по утврђеној цени. У овој противречности правагу би требало дати првом правилу, јер друго правило може да се тумачи да је изјава о обавези откупа само услов за пуноважност одлуке о повлачењу са јавног тржишта, те да сама изјава, без извршења откупа, није довољна за претварање друштва у нејавно.

Друга фаза поступка претварања јавног у нејавно друштво је поступак дерегистрације. У њему друштво мора да се избрише из регистра јавних друштава код Комисије, као и што ту чињеницу мора да упише у Регистар привредних субјеката. У ЗТК није јасно да ли друштво прво наступа пред Комисијом или пред Регистром привредних субјеката. Ваљало би да ову празнину (нејасност) отклони Комисија својим подзаконским актом.

Чини се да је логично да се упис претварања у нејавно друштво у Регистар привредних субјеката услови претходном одлуком Комисије да га избрише из свог регистра јавних друштава. Ово

²⁸ ЗТК, чл. 123, ст. 2. и 3.

због тога што ЗТК захтева да друштво Комисији поднесе захтев за брисање и да јој приложи доказе да је испунило прописане услове за „престанак својства“ јавног друштва (чл. 70, ст. 1). Због тога је логично да прво Комисија, као стручни орган званичног надзора провери, на основу поднетих доказа, да ли је друштво испунило услове за претварање у нејавно. Ти докази би требало да буду примерак одлуке друштва о повлачењу акција и других вредносница са јавног тржишта, извод из Централног регистра хартија од вредности, у којем се види укупан број преосталих акционара и поверилаца по облигационим вредносницама, и исправа о начину израчунавања откупне цене акција несагласним акционарима.

Кад Комисија утврди да су услови испуњени, брише друштво из свог регистра јавних друштава и издаје му о томе одговарајућу исправу. Та исправа би требало да буде или решење о брисању из регистра или потврда о том брисању. У проверавању услова за претварање друштва у нејавно Комисија није овлашћена да по свом нахођењу (дискрецији) одлучује да ли да допусти или забрани друштву повлачење са јавног тржишта, већ је дужна да га избрише из регистра, ако је оно испунило услове.

Након брисања из регистра Комисије, друштво подноси пријаву за одговарајући упис у Регистар привредних субјеката. Агенцији за привредне регистре која води Регистар привредних субјеката тешкоћу може да ствара непостојање правила у Закону о регистрацији привредних субјеката из 2004. године, којим се изричито уређује упис чињенице претварања јавног у нејавно друштво.²⁹ Ипак, несумњиво је да је она дужна да је упише, на основу правила о упису „других промена“ (чл. 65). Уз пријаву за упис, друштво Агенцији подноси исправе које је поднело Комисији, с тим што прилаже и решење (потврду) Комисије о брисању из регистра јавних друштава. Ако је до претварања у нејавно друштво дошло услед статусне промене, као и ако је друштву измењено пословно име и статут, онда се и те чињенице морају уписати у Регистар (чл. 49, 58–60). Пошто се претварање у нејавно друштво упише у Регистар привредних субјеката, друштво обавештава регулисано тржиште односно МТП, на којем су његове акције биле укључење у трговање, да више није јавно друштво и да се његовим акцијама не може више јавно трговати.

6. НЕЈАСНОЋЕ

У поступку претварања друштва у нејавно нејасне су остале четири ствари, које указују на смушеност законског уређивања

²⁹ *Службени гласник РС*, бр. 55/04, 61/05.

претварања јавног друштва у нејавно. Ове нејасности могу да изазову озбиљне тешкоће у пракси.

Прва нејасноћа тиче се субјекта који је дужан да обавести регулисано тржиште или МТП о претварању јавног у нејавно друштво, како би ово престало да организује јавну трговину његовим вредносницама брисањем са своје листе котираних друштава. То може да буде Комисија за хартије од вредности, али и само друштво које се претвара у нејавно. Из одредби ЗТК стиче се утисак да би то требало да буде друштво, јер је то у његовом интересу. Интерес правне сигурности, међутим, налаже да и Комисија преузме на себе ту обавезу својим правилником.

Друга нејасноћа тиче се рока у коме је друштво, или евентуално Комисија, дужно да обавести регулисано тржиште или МТП о свом претварању у нејавно друштво. Свакако да би то требало да буде што краћи рок након брисања друштва из регистра Комисије. Чини се, такође, да је било боље да се законом јасно предвидело да прво регулисано тржиште односно МТП престане са организовањем јавне трогине вредносницама предметног друштва, па да га тек након тога Комисија брише из регистра.

Трећа нејасноћа тиче се питања да ли Комисија има право да наложи друштву да задржи акције још неко време у јавној трговини након доношења одлуке о повачењу из ње. Исправан став би требало да буде да Комисија по закону нема право да наложи задржавање акција друштва на јавном тржишту (да одложи брисање из свог регистра јавних друштава), ако јој је оно доказало да је испунило законске услове, јер за такву одлуку Комисија нема законски основ. Ипак, Комисија може својим подзаконским актом да одреди друштву рок за обавештавање регулисаног тржишта или МТП о свом претварању у нејавно друштво (нпр. пре или после брисања из свог регистра јавних друштава).

Четврта нејасноћа тиче се часа кад друштво коначно престаје да буде јавно. То може да буде или дан брисања из регистра Комисије или дан уписа у Регистар привредних субјеката. Чини се да је исправнији закључак да је то дан брисања из регистра Комисије, тако да тада коначно престаје обавеза друштва да извештава јавност о свом пословању. Међутим, коначна статусноправна дејства претварања јавног у нејавно друштво би требало да наступе тек уписом у Регистар привредних субјеката (нпр. промена имена друштва, промена облика, промена органа друштва).

7. ПРАВНА ПРАЗНИНА

Поред већ наведених ситнијих нејасноћа и празнина које се тичу времена откупа акција несагласних акционара, редоследа уписа престанка својства јавног друштва у регистре Комисије и Агенције за привредне регистре, доказа који се подносе Комисији за брисање из њеног регистра, рока обавештавања регулисаног тржишта о претварању друштва у нејавно и времена престанка својства јавног друштва, ЗТК садржи једну велику празнину, која се односи на начин трговине вредносницама јавног друштва. Наиме, тај закон регулише само повлачење акција са организованог тржишта (регулисано тржишта и МТП), а не и са неорганизованог тржишта, које такође може да буде јавно. Акцијама и другим вредносницама се тргује на организованом тржишту (нпр. берзи) само кад њихову укључивање у организовану трговину захтева издавалац, који испуњава прописане услове. Ако он то не захтева, његовим вредносницама се јавно тргује ван организованог тржишта.

Тренутно је у Србији још на снази обавеза укључивања у организовану трговину вредносница чији издаваоци имају седиште у нашој земљи, тако да је режим претварања јавних друштава у нејавна свеобухватан, јер су сва наша јавна друштва укључена на неко организовано тржиште.³⁰ Ипак, пошто ЗТК признаје неорганизовано тржиште (тзв. ОТП тржиште), као тржиште које није ни регулисано (тј. берзанско), ни мултилатерална трговачка платформа (тј. организовано ванберзанско тржиште), сигурно је да ће се код нас кад тад појавити јавна друштва, чијим се вредносницама тргује ван организованог тржишта, односно на неорганизованом тржишту. За то постоји неколико могућности по садашњим прописима. Прво, неко од домаћих јавних друштава ће пожелити да повуче своје вредноснице с организованог тржишта, било да је регулисано или да је МТП, али да их остави у јавној неорганизованој трговини. Друга могућност је да неко од страних друштава укључити своје акције или друге вредноснице на јавно неорганизовано тржиште Србије, јер је и то допуштено новим законом. Трећа је могућност да организатор тржишта (берза или управитељ МТП) не прими вредноснице јавног издаваоца (нпр. због ризика поремећаја стабилности тржишта) или да их искључи из трговине коју организује због прописаних разлога (нпр. кршења прописа, неактивне трговине, промене у неакционарски облик привредног друштва). Најзад, Србија ће кад тад морати да укине

³⁰ Обавеза јавне и организоване трговине заведена је још Законом о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената из 2002. године, *Службени гласник РС*, бр. 65/02, 57/03, 55/04, 45/05; чл. 52, 53, 261), а одржана је и истоименим законом из 2006. године (*Службени гласник РС*, бр. 47/06; чл. 51, 52, 262), као и најновијим ЗТК (чл. 45, 46, 299).

обавезу јавних друштава да укључују вредноснице у организовану трговину, јер је она противна изричитим правилима Упутства ЕУ о тржиштима вредносница из 2004. године, с којим ће морати домаће право да се усклади кад се постави питање учлањења наше државе у Европску унију. По укидању те обавезе, сигурно је да ће нека нејавна друштва постати јавна, превођењем својих вредносница из нејавне у јавну неорганизовану трговину (тзв. *going public*), јер им она ствара мање трошкове. То се постиже или објављивањем проспекта за већ издате вредноснице или јавном емисијом вредносница уз дозволу Комисије. У свим набројаним случајевима постоји вероватноћа да ће неко од друштава на неорганизованом јавном тржишту пожелети да се претвори у нејавно, те ће се тада поставити питање режима тог претварања. Како ЗТК уређује само режим претварања јавних друштава укључених на организовано тржиште, јавиће се празнина, која ће морати на да се попуни. Док се не попуни изменама закона, које ће морати да уследе, нужно је да се попуни тумачењем.

И Закон о привредним друштвима из 2011. године има празнину у уређивању питања претварања јавног друштва у нејавно. Она се тиче тржишне цене по којој је друштво дужно да откупи акције несагласним акционарима. Празнина је у томе што и овај закон, вероватно под утицајем ЗТК, ограничава примену свог правила о утврђивању тржишне вредности акција само на оне цене које су постигнуте на организовано тржишту. Стога онемогућава несагласне акционаре да наплате тржишну вредност својих акција од друштва, чијим се акцијама јавно тргује ван организованог тржишта, у случају кад се оно претвара у нејавно. Ова празнина, ипак, може да се надомести применом процењене или књиговодствене цене у овом случају, иако тржишна вредност акција на неорганизованом тржишту може од њих да буде већа, као и што њихова трговина може да буде учесталија него на организовано тржишту.

8. ПОПУЊАВАЊЕ ПРАЗНИНЕ

Несумњиво је да јавно друштво ван организованог тржишта има право да се претвори у нејавно, те је неприхватљиво и незаконито свако тумачење којим би се забранило повлачење јавног друштва са неорганизованог тржишта. Јавно друштво има ово право, јер је то изричито било допуштено и Законом о привредним друштвима из 2004. године (чл. 194),³¹ важећим истоименим законом из 2011. године, као и старим Законом о тржишту хартија од вредности (чл. 107, тач. 7). Осим тога, ако ЗТК допушта јавном друштву да пређе

³¹ *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

с организованог јавног тржишта на нејавно, нелогично је да му се забрани повлачење са неорганизованог јавног тржишта, јер се на неорганизованом тржишту тргује под блажим условима него на организованом. Досадашња пракса Агенције за привредне регистре и министарства привреде, подстакнута мишљењем Комисије за хартије од вредности, којим је претварање јавних у нејавна друштва било забрањивано, била је озбиљно кршење закона.³² Службеници органа који су ту праксу спроводили морали би да одговарају за своје незаконите радње, како казненоправно, тако и материјалноправно.

Пошто је повлачење друштва с јавног неорганизованог тржишта на приватно несумњиво допуштено, јавља се питање под којим условима и у ком поступку се то обавља. Могућа су два тумачења. Једно се заснива на аналогiji са режимом повлачења са организованог тржишта, а друго на разлогу супротности. Аналогним тумачењем би се режим који важи за повлачење јавног друштва са организованог тржишта сходно примењивао и на повлачење са неорганизованог јавног тржишта. То значи да би друштво морало да има мање од 10.000 акционара и мање од 100 поверилаца по облигационим вредносницима, да има слаб промет акција, да откупи акције од несасгласних акционара и да се региструје као нејавно друштво, све под надзором Комисије. Логика разлога супротности налаже, међутим, друкчије тумачење. Наиме, како ЗТК не уређује повлачење вредносница са неорганизованог јавног тржишта, значи да је јавно друштво слободно да се претвори у нејавно по општим правилима компанијског права о доношењу одлука у друштву и заштити несасгласних акционара. Оно није дужно да поштује посебне услове (нпр. максималан број акционара) и поступак за повлачење са организованог тржишта у ЗТК, осим што је дужно да се избрише из регистра јавних друштава код Комисије. Ту се услови и поступак примењују само на јавно друштва чијим се вредносницима тргује на регулисаном тржишту и МТП. Изузетно, Комисија има право да провери испуњеност општих услова компанијског права у складу са својом општом надлежношћу да надзире тржиште вредносница.

9. ЗАКЉУЧАК

У сукобу аналогije и разлога супротности, као два начина попуњавања законске празнине у регулисању повлачења јавног

³² Мишљење Комисије је доступно на адреси: <http://www.sec.gov.rs/index.php?option=com> од 31. јула 2011. године (први пут се појавило 12. јула 2005). Предмети у којим је Регистар незаконито одбио пријаву затварања друштва су: БД 144034/2007 (Вунил); 10289 1/2007 (Утва силоси); ВД 66498 2/2007 (Младост турист).

друштва с неорганизованог јавног тржишта на нејавно тржиште, надлежни државни органи (Комисија, Агенција за привредне регистре, министарство привреде и судови) мораће да се одреде за један од њих. Доследност правне логике (тј. нормативни и догматски метод тумачења права) налаже да се прихвати тумачење на основу разлога супротности. Пошто није реч о очигледној грешци (омашци) у ЗТК, као и пошто тај закон уређује само организовану трговину на регулисаном тржишту и МТП, несумњиво је да се неорганизована јавна трговина препустила уређивању путем општих правила. Стога је и логично да се јавно друштво, чијим се вредносницама тргује неорганизовано, може слободно да пребаци на нејавно тржиште по општим правилима, различитим од посебних правила примењивим само на јавна друштва на организованом тржишту. Насупрот томе, економско-политички разлози (тј. социолошки и циљни метод тумачења права) налажу да се превага да аналогном тумачењу. Основни циљеви ЗТК су заштита улагача и стабилност тржишта (чл. 1). Примена општих правила на превођење друштва с јавног на приватно тржиште била би ризичнија по мале улагаче, јер би омогућила великим акционарима лакше изигравање малих. Стога је са становишта економске политике, правне сугурности улагача и постизања њиховог поверења у тржишни систем, прихватљивије аналогно тумачење. Неизвесно је које ће од ова два тумачења званични државни органи (Комисија, Агенција за привредне регистре, Министарство привреде и судови) да примене, али би сигурно била изузетно штетна селективна пракса, коју је бивши Врховни суд (сада Управни суд) спроводио у управним споровима у овом питању.³³

Нејасности и празнине у ЗТК по питању превођења јавног друштва с јавног на нејавно тржиште само су мали део мана тог закона. Стручан читалац стиче утисак као да је Закон донет привремено, односно за једнократну употребу у прелазном периоду приближавања Србије Европској унији, док се не донесе ваљанији. Друкчије не може да се објасни тако велика празнина у регулисању претварања јавног у нејавно друштво. Пошто закон задовољава тренутне потребе на тржишту вредносница, јер су сва јавна друштва укључена на неко од организованих тржишта, очигледно је да је у његовом писању намерно избегнуто уређивање неорганизоване јавне трговине. Намерно је избегнуто, јер је немогуће да писци закона нису знали да у чланицама ЕУ, по узору на чије право је писан, влада начело добровољности укључивања вредносница у организовану трговину, те да се вредносницама већине јавних друштва тргује ван организованог тржишта (берзе). Здравом уму нису схватљиви разлози тог поступања законо-

³³ Вид. предмете У. бр. 664/08 (одбијена тужба јавног друштва за упис претварања у нејавно), У. бр. 5202/07 (одбачена тужба) и У. бр. 172/08 (усвојена тужба).

давца у Србији, јер је изузетно штетно по опште интересе доношење привремених закона, поготово ако су лоши као што је ЗТК. Њиме се наставља традиција Србије у последњој деценији да у трговини вредносницама има најлошије законе у поређењу са законима суседних држава.

Dr. Nebojša Jovanović

Professor

University of Belgrade Faculty of Law

LOOPHOLE IN REGULATING GOING PRIVATE PROCESS

Summary

In this article the author explains conversion of a public company into the private one (going private) and points to the loophole in its regulation, which was created by the Securities Market Act of Serbia in 2011. That Act explicitly regulates going private process, but only when the shares of the subject public company are traded on an organised market (so called, regulated market and MTP). The Act does not regulate the case when a public company, whose shares are publicly traded on over-the-counter market, decides to withdraw the shares from the public trade and to become private company. The author contemplates possible interpretations of the loophole, pointing to the earlier illegal practice of prohibiting that process in Serbia. The conclusion is that the statutory rules on going private process have limited scope and that the amendments should enlarge their coverage to the public companies on the over-the-counter market.

Key words: *Public Company. – Private Company. – Going Private.*

Др Мирко Кулић*

Др Горан Милошевић**

ОДНОС КРИВИЧНИХ ДЕЛА ПОРЕСКЕ УТАЈЕ И НЕУПЛАЋИВАЊА ПОРЕЗА ПО ОДБИТКУ У СРПСКОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Државе често прибегавају за оштравању кривичних санкција према онима који неуредно извршавају пореске обавезе. Уместо да организованије предузима мере за отклањање узрока пореског криминалитета, Србија настоји да про блем реши доградњом кривичног законодавства. Прописано је шест кривичних дела којима се јавним приходима пружа кривичноправна заштита. Централно место међу њима припада кривичним делима пореске утаје и неуплаћивања по реза по одбитку. Последице ових кривичних дела су како неповољни фискални ефекти, тако и реперкусије на економско политичком и социјално политичком плану. Избегавање плаћања пореза изазива последице које по свом значају могу да буду озбиљне за националну привреду. У првом делу рада се анализирају основни елементи ових кривичних дела и поједина спорна питања, а потом се указује на погрешан став који преовлађује у судској пракси да се кривично дело неуплаћивања пореза по одбитку квалификује као кривично дело пореске утаје. Стога аутори предлажу да је потребно извршити одговарајућу интервенцију у Кривичном закону, из које би недвосмислено проистицало да се кривичним делом неуплаћивања пореза по одбитку пружа кривичноправна заштита свим облицима јавних прихода који се плаћају по одбитку, а не само порезу.

Кључне речи: *Порез. Допринос. Дажбине. Лажни подаци. Приход. Пореска пријава.*

* Аутор је редовни професор Факултета за државну управу и администрацију Мегатренд универзитета у Београду, mkulic@megatrend.edu.rs.

** Аутор је ванредни професор Криминалистичко полицијске академије у Београду, milosevicg1@hotmail.com. Овај рад је резултат реализовања научноистраживачког пројекта под називом *Развој институционалних капацитета, стандарда и процедура за супротстављање организованом криминалу и тероризму у условима међународних интеграција*. Пројекат финансира Министарство просвете и науке Републике Србије под бројем 179045.

1. УВОД

Избегавање плаћања пореза и других јавних прихода у свим земљама санкционише се као кривично дело, јер оно може изазвати озбиљне последице на економско-политичком и социјално-политичком плану. Код већине држава пореска кривична дела уређена су кривичним законима (нпр. Руска Федерација, Аустрија, Бугарска, Мађарска), док поједине државе ова дела сврставају у оквиру пореског законодавства (Француска). У Србији се пореска кривична дела налазе и у Кривичном законнику и у пореском законодавству.

Кривично дело под називом *пореска утаја* први пут је инкриминисано у нашем кривичном законодавству 1959. године, када је новелиран савезни Кривични законик из 1951. године, тако што је употпуњена одредба чл. 235, којом је било инкриминисано кривично дело *давања лажних података у погледу пореза*, при чему је кривично дело добило данашњи назив – пореска утаја. Током 1962. године допуњен је Кривични законик, када су извршене извесне измене у инкриминацији овог кривичног дела.

У Кривичном закону Србије из 1977. године ово дело било је регулисано у чл. 154. Дело је било предвиђено и у Кривичном закону САП Косова и Кривичном закону САП Војводине. Изменом Кривичног закона Србије из 1989. године извршена је незнатна измена законске формулације овог кривичног дела.

У Закону о пореском поступку и пореској администрацији из 2002. године било је инкриминисано кривично дело избегавања плаћања пореза (чл. 172). Почетком примене овог закона престала је да важи одредба чл. 154 Кривичног закона којом је било уређено кривично дело пореске утаје.

Ступањем на снагу Кривичног законика из 2005. године престала је да важи одредба чл. 172 Закона о пореском поступку и пореској администрацији, којом је било инкриминисано кривично дело избегавања плаћања пореза, јер је у Законнику прописано кривично дело пореске утаје. Тако се нормирање овог института поново преселило у домен кривичног законодавства.

Кривично дело *неуплаћивања пореза по одбитку* у Србији је први пут инкриминисано Законом о пореском поступку и пореској администрацији из 2002. године (чл. 173). Законом о изменама и допунама Кривичног законика из 2009. године законодавац је у Кривични законик преузео ово кривично дело из Закона о пореском поступку и пореској администрацији.

Заштитни објект код ових кривичних дела су право државе и организација за обавезно социјално осигурање да наплате прописане дажбине. Наспрам овог права стоји дужност одређених физичких и

правних лица да плате те дажбине. Дажбине се прописују ванкривичним прописима, што овим кривичним делима даје бланкетни карактер. За постојање ових дела потребно је да је прекршен неки пропис којим је уведена обавеза плаћања пореза, доприноса или неке друге дажбине.

За пореска кривична дела увек су биле прописиване строге санкције, за које Френк Кауел (*Frank Cowel*) сматра да нису праведне, већ да оне треба да буду одређене у контексту осталих кривичних дела и казнене политике.¹ Ова кривична дела спадају у ред оних ретких случајева где законодавац изричито прописује обавезно изрицање новчане казне уз казну затвора, чиме је посебно наглашена њихова лукративна природа.

Не обазирјући се сувише на прописе других земаља, свака држава уређује својим законима шта ће узети за одлучујућу чињеницу код дефинисања висине казне.² На појаву ових кривичних дела у знатној мери утиче став о правичном распореду пореског терета између различитих обвезника. Немогуће је некога опорезовати а да буде задовољан, али осећање да је порез неправично расподељен доприноси повећању отпора према његовом плаћању.³ То негативно деловање пореза на пореског обвезника је један од узрока пореске евазије.⁴ Отпор плаћању пореза код неких пореских облика је мањи него код других. Много је већи код плаћања директних пореза (порез на добит и доходак), него код индиректних пореза (порез на додату вредност, акцизе, царине), код којих је износ пореза садржан у цени производа, па обвезник често и не зна да купујући неки опорезовани производ плаћа и порез, или, пак, не зна која је висина пореског оптерећења.⁵ Наравно, на појаву ових дела утиче и висина пореског оптерећења. Граница пореског оптерећења према Гинтеру Шмолдерсу (*Günter Schmolders*) условљена је друштвеним производом. У оквиру ове границе налази се „порески оптимум“ као психолошки одређена граница,⁶ после чијег прекорачења настаје већи отпор према пореској обавези.

¹ Frank Cowell, *Cheating the government: the economics of evasion*, MIT Press, Cambridge, MA London 1990, 129, 149-151.

² Дејан Поповић, Гордана Илић Попов, „Утврђивање извора дохотка у пореском праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008, 98.

³ Д. Поповић, *Наука о порезима и пореско право*, Институт Отворено друштво/Институт за уставну и законодавну политику, Будимпешта, Савремена администрација, Београд 1997, 451.

⁴ Горан Милошевић, „Евазија пореза“, *Наука, безбедност, полиција* 2/2006, 62.

⁵ Božidar Jelčić, *Nauka o financijama i finansijsko pravo*, Informator, Zagreb 1983, 179.

⁶ Günter Schmolders, *Grundlage einer effizienten Finanzpolitik: Empirische analyse der Steuermentalität*, Mainz 1969, 80.

2. ПОРЕСКА УТАЈА (ЧЛ. 229 КЗ)

1. Пореска утаја је дело *sui generis*, мада га у теорији неки сматрају и као посебан случај преваре. Ипак, распрострањеније је гледиште да је ово кривично дело лакше од преваре, тј. од преварног оштећења појединаца.⁷ Дело има основни и два тежа облика. Основни облик дела из ст. 1 врши онај ко у намери да потпуно или делимично избегне плаћање пореза, доприноса или других прописаних дажбина, даје лажне податке о законито стеченим приходима, о предметима или другим чињеницама које су од утицаја на утврђивање оваквих обавеза или ко у истој намери, у случају обавезне пријаве, не пријави законито стечени приход, односно предмете или друге чињенице које су од утицаја на утврђивање оваквих обавеза или ко у истој намери на други начин прикрива податке који се односе на утврђивање наведених обавеза, а износ обавезе чије се плаћање избегава прелази 150.000 динара.

2. Радња кривичног дела пореске утаје је специфична преварна делатност. Она се испољава као чињење или нечињење, односно као активна или пасивна делатност. Ово дело може да се изврши: а) давањем лажних података о законито стеченим приходима, о предметима или другим чињеницама; б) непријављивањем законито стечених прихода, односно предмета или других чињеница или в) на други начин, прикривањем података који се односе на утврђивање пореза, доприноса или других прописаних дажбина. Радња овог дела је алтернативно постављена, те је за његово постојање довољно да је извршена једна од наведених радњи.

а) Ово кривично дело врши се давањем лажних података о законито стеченим приходима, о предметима или другим чињеницама које су од утицаја на утврђивање прописаних дажбина, тако што извршилац подноси пореску пријаву на основу које треба да му се утврди обавеза плаћања пореза, доприноса или друге прописане дажбине, али у пријаву унесе неистините податке о чињеницама које су релевантне за утврђивање дажбине. Тако ће, на пример, постојати ово кривично дело када обвезник пореза на капиталне добитке прикаже нижом од реалне разлику између продајне цене права, удела, односно хартија од вредности и њихове усклађене набавне цене, или када обвезник пореза на приходе од непокретности, када исплатилац прихода није правно лице или предузетник, у пореској пријави прикаже приходе у износу нижем од стварних, или када обвезник пореза на приходе од самосталне делатности прикаже приходе у износу нижем од реалног, или расходе веће од стварних.

⁷ Зоран Стојановић, Обрад Перић, *Кривично право посебни део*, Правна књига, Београд 2007, 173.

Овом радњом кривичног дела извршилац формално поступа по законској обавези да пореском органу пријави чињенице релевантне за утврђивање његове обавезе плаћања пореза, доприноса или друге прописане дажбине, али ову обавезу не испуњава у материјалном смислу, јер порески орган доводи у заблуду у погледу висине основице за утврђивање обавезе, чинећи то лажним приказивањем чињеница, што овом делу даје карактер посебног облика преваре.⁸

Сваким нетачно пријављеним податком не извршава се ово кривично дело, јер је потребно да тај податак буде релевантан за утврђивање обавезе пореза, доприноса или друге дажбине. Лажни подаци се најчешће дају тако што се умањују износи прихода из појединих извора, увећавају расходи пословања или приказују нетачне чињенице које могу да утичу на висину износа обавезе плаћања пореза, доприноса или друге прописане дажбине. Нетачни подаци треба да су унети у пореској пријави или пословним књигама. Истинитост података цени се према времену када су поднети органу надлежном за утврђивање пореза, доприноса или других прописаних дажбина. Давање лажних података може се учинити на различите начине. Да би постојало ово дело није од значаја на који начин и у ком облику је поднета лажна пореска пријава. Она може бити поднета писмено, или дата усмено на записнику. Радња дела може бити извршена и накнадним давањем нетачних података на тражење пореског органа. Оно се најчешће врши писмено, подношењем пореске пријаве у којој се даје изјава о приходима, предметима или о другим чињеницама које су од значаја за утврђивање неке прописане дажбине. Ова радња се може извршити и на други начин, а не само подношењем пореске пријаве. На пример, радња се може извршити и подношењем уговора о преносу неког апсолутног права или подношењем неког уверења. Важно је да се ради о лажним подацима који се односе на приходе, предмете или на друге чињенице које су значајне за утврђивање неке дажбине. У друге чињенице могу спадати подаци о расходима, о количини произведене робе, о цени производа и сл.⁹

За постојање кривичног дела потребно је да је пријава с лажним подацима поднета органу који је надлежан за утврђивање пореза, доприноса или друге дажбине. Послове утврђивања, наплате и контроле јавних прихода у Србији обављају Пореска управа, органи јединица локалне самоуправе, царински орган и организација за обавезно социјално осигурање.

б) Ово кривично дело може се извршити и непријављивањем законито стечених прихода, односно предмета или других чињеница

⁸ Љубиша Лазаревић, „Кривично дело пореске утаје“, *Опорезивање и пореско право*, Београд 1988, 425.

⁹ Мирко Кулић, *Пореска кривична дела*, Fin tax Centar, Београд 2010, 94-95.

које су од утицаја на утврђивање пореза, доприноса или других прописаних дажбина у намери да се избегне потпуно или делимично плаћање ових обавеза. Овај облик кривичног дела свршен је у моменту пропуштања рока у коме је трабало поднети пореску пријаву о законито стеченим приходима, односно предметима или другим чињеницама у намери избегавања плаћања прописаних дажбина. За разлику од претходног облика кривичног дела, овај облик се врши пропуштањем рока за подношење пореске пријаве. Нечињење ће представљати радњу извршења дела само када је постојала обавеза на чињење. Пореским прописима уведена је обавеза физичким и правним лицима да пријављују чињенице које су од значаја за утврђивање јавних прихода. Међутим, ова радња се може извршити и чињењем. То ће бити случај када порески обвезник поднесе пореску пријаву, али у њој изостави чињенице које су релевантне за утврђивање обавеза. Такав случај постоји, на пример, када физичко лице у годишњу пријаву унесе податке о заради коју остварује по основу радног односа, а изостави податке о приходима од самосталне делатности, о приходима из иностранства, итд.

Пореској управи прописана је обавеза да сваке године, најкасније до 31. децембра, општим јавним позивом позове грађане на подношење пореских пријава.¹⁰ Није јасно да ли има утицаја на кривичну одговорност обвезника који није поднео пореску пријаву, чињеница што порески орган није објавио јавни позив. Мада ово питање није отворано у теорији, чини се да дужност подношења пореске пријаве проистиче из императивних норми које су садржане у пореским прописима, што значи да кривична одговорност лица које је, у намери избегавања плаћања прописаних дажбина, пропустило да пријави своје приходе, не зависи од тога да ли је порески орган извршио своју обавезу јавног позивања грађана на подношење пореских пријава. То, међутим, не искључује потребу да је обвезнику пореза, доприноса и других дажбина позната обавеза на њихово плаћање, без обзира на који је начин он за њу сазнао, јер је код овог облика пореске утаје, који се врши неподношењем пореске пријаве, реч о деликту нечињења (омисивно кривично дело) који се може извршити само ако је постојала обавеза на чињење и ако је учинилац за ту обавезу знао.¹¹

в) Пошто је пореска материја веома динамична, а пореско законодавство склоно честим променама, законодавац је сматрао да није довољно да се пропишу само прва два основна облика овог дела, јер се може догодити да законодавац пропише неки нови на-

¹⁰ Чл. 91 ст. 2 Закона о порезу на доходак грађана (*Службени гласник РС*, бр. 24/01, 80/02, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06, 31/09, 44/09 и 18/10).

¹¹ М. Кулић, 98.

чин обрачунавања и плаћања пореза, доприноса или друге прописане дажбине, па да избегавање плаћања дажбине у том случају не буде инкриминисано. Зато је предвиђен и трећи облик радње кривичног дела пореске утаје – прикривање података који се односе на утврђивање пореза, доприноса или других прописаних дажбина „на други начин“. Овај облик радње обухвата све остале активности којима се избегава пореска обавеза.¹² На овај начин законодавац је указао да се у инкриминацији из члана 229 КЗ не ради о таксативном набрајању свих облика у којима се једино може испољити радња извршења овога дела, већ да су апострофирани типични и најчешћи облици извршења, али је остављен простор да се санкционишу и друге радње којима се може реализовати ово дело кроз прикривање релевантних података.¹³ Тако ће, примера ради, постојати овај облик кривичног дела ако неко не поступи по одредби чл. 107, ст. 2 Закона о порезу на доходак грађана, којом је прописано да је обвезник дужан да сам обрачуна и уплати порез по одбитку, ако приход оствари од лица које није обвезник обрачунавања и плаћања пореза по одбитку. Такође, дело ће постојати и када се не поступи по одредби чл. 57, ст. 2 Закона о доприносима за обавезно социјално осигурање,¹⁴ којом је прописано да је лице које остварује уговорену накнаду дужно да само обрачуна и уплати допринос у случају када ту накнаду остварује од лица које приликом исплате накнаде није обвезник обрачунавања и плаћања доприноса.

3. Да би био испуњен услов за постојање пореске утаје неопходно је да су приходи или предмети стечени на законит начин, што је законодавац навео при формулисању овог кривичног дела. Незаконито стечени приходи или предмети не могу се опорезивати, пошто лица која незаконито стичу приходе или прибављају предмете подлежу кажњавању и одузимању таквих прихода, односно предмета. Опорезивање оваквих прихода, односно предмета, значило би одобравање незаконитог основа њиховог стицања. Према томе, неће постојати кривично дело пореске утаје ако се не пријаве приходи стечени неком деликтном активношћу – кривичним делом, привредним преступом или прекршајем. Када би постојала обавеза на подношење пријаве о приходима и предметима стеченим на незаконит начин, то би значило да постоји обавеза самопријављивања за учињену деликтну радњу. Овакав став постојао је и у ранијој судској пракси (одлуке Врховног суда Србије Кж. I-1384/73 и Кж. I-196/83). Међутим, кривично дело ће постојати када се радња извршења односи на приходе који потичу од обављања делатности која није забрањена, али за коју

¹² М. Кулић, 98.

¹³ Љиљана Радуловић, „Кривично дело пореске утаје из чл. 229 КЗ РС (акценти из судске праксе)“, *Право и привреда* 4/6/2010, 468.

¹⁴ *Службени гласник РС*, бр. 84/04, 61/05, 62/06 и 5/09.

обвезник нема одобрење. Ово проистиче из одредбе чл. 31, ст. 2 Закона о порезу на доходак грађана, у којој се каже да се приходом од самосталне делатности сматра и приход остварен трајним или сезонским искоришћавањем земљишта у непољопривредне сврхе (вађење песка, шљунка и камења, производња креча, цигле, црепа, ћумура и сл.), инкубаторском производњом живине и другим сличним делатностима, независно од тога да ли су као самосталне делатности регистроване код надлежног органа.

4. О кривичном делу пореске утаје може се говорити само ако износ прописане дажбине чије се плаћање избегава прелази 150.000 динара. Наведени новчани износ не представља обележје овог кривичног дела, већ само услов за његово постојање и за разграничење од пореских прекршаја. Реч је о објективном услову инкриминације, без кога наведене радње не представљају кривично дело, и уз постојање свих осталих елемената, већ могу представљати порески прекршај. Објективни услов инкриминације код овог дела представља износ у једној календарској години. Када извршилац истовремено избегава плаћање више врста дажбина, а износи појединачних дажбина не прелазе 150.000 динара, али га прелазе у свом укупном збиру, сматра се да је испуњен објективни услов инкриминације.

Објективни услов инкриминације не треба да буде обухваћен умишљајем учиниоца, већ код њега мора постојати намера избегавања плаћања прописаних дажбина, али он не мора бити свестан висине износа који се избегава. Међутим, учинилац мора бити свестан да избегава плаћање дажбине у износу који није безначајан. Износ прописане дажбине, чије се плаћање избегава, има значај за судску индивидуализацију, као и за квалификацију дела.

Износ пореза, доприноса или других дажбина који се избегава утврђује суд на основу резултата доказа спроведених у кривичном поступку. Тај износ се не може појавити као претходно питање, зато што од њега зависи инкриминација дела. Дужност суда да утврди тачан износ обавезе која се избегава произилази из чињенице што је тај износ од важности за решавање питања постојања кривичног дела, као и за одређивање висине казне. При одређивању ове висине суд није везан решењем пореског органа, јер је једино кривични суд овлашћен да цени да ли је извршено кривично дело, а овај износ представља објективни услов инкриминације кривичног дела. Према томе, приликом одлучивања о оптужењу због извршеног кривичног дела пореске утаје није неопходно да се износ обавезе која се избегава претходно утврђује у пореском поступку од стране пореског органа. Овакав став заузет је и у одлуци Врховног суда Србије Кж I – 1815/73.¹⁵

¹⁵ Збирка судских одлука Врховног суда Србије из области кривичног права 1973-1986, Београд 1986, 79.

5. Последица овог кривичног дела настаје у моменту извршења радње дела, када се сматра да је дело свршено. Дело је извршено самим подношењем пријаве с лажним подацима, односно протеклом рока за подношење пријаве или у моменту прикривања података који се односе на утврђивање прописаних дажбина на други начин. Наиме, самим неподношењем пореске пријаве или давањем лажних података, ствара се опасност за правилно утврђивање ових обавеза. Пореска утаја спада у групу кривичних дела код којих последица није посебно наглашена у опису дела. Она се састоји у угрожавању буџета и организација за обавезно социјално осигурање којима припадају прописане дажбине. У питању је апстрактно угрожавање, јер се обавеза плаћања прописане дажбине конституише решењем пореског органа, а не пореском пријавом. У том смислу пореском органу, осим пореске пријаве, стоје на располагању и други докази на основу којих се доноси пореско решење.

Да би били испуњени услови за наступање последице овог кривичног дела, потребно је да постоји намера извршиоца да избегне да плати прописану дажбину у износу који прелази поменути износ, што значи да је последица дела повезана с објективним условом. За постојање тежих облика дела потребно је да износ дажбине који се избегава буде већи од прописаног. При том, није неопходно да је учинилац успео у намери да му се прописана дажбина уопште не утврди, или да се утврди у износу нижем од реалног. Другим речима, за наступање последице не тражи се да порески орган, који је радњом извршиоца доведен у заблуду, прихвати податке из пореске пријаве као веродостојне и на основу тога донесе решење о утврђивању дажбине у износу нижем од реалног. Овакав став проистиче из формулације коју је употребио законодавац: „износ обавезе чије се плаћање избегава“, што упућује на закључак да покушај кривичног дела пореске утаје није могућ. Свакако да чињеница да ли је дажбина избегнута има утицај на оцену о тежини последице, као и на одмеравање казне.

6. У основи, извршилац овог кривичног дела може да буде обвезник пореза, доприноса или друге прописане дажбине. Међутим то може да буде и друго лице. Извршиоцем овог дела сматра се лице које је, у намери да потпуно или делимично избегне плаћање пореза, доприноса или друге прописане дажбине, дало лажне податке о законито стеченим приходима, о предметима или другим чињеницама које су од утицаја на утврђивање оваквих обавеза, или које у истој намери, у случају обавезне пријаве, није пријавило законито стечени приход, односно предмете или друге чињенице које су од утицаја на утврђивање оваквих обавеза, или које је у истој намери на други начин прикрило податке који се односе на утврђивање наведених обавеза.

У смислу наших прописа, кривично дело пореске утаје може извршити: а) физичко лице које је обвезник неке прописане дажбине или, б) које испуњава пореске обавезе лица које заступа. Пореске обавезе лица која заступају испуњавају: 1) законски заступник физичког лица – родитељ малолетног лица, старалац пословно неспособног штићеника и др.; 2) законски заступник правног лица – физичко лице које је као такво уписано у судски регистар; 3) пословођа ортачке радње и 4) привремени старалац заоставштине. Када ортачка радња нема пословођу или није постављен привремени старалац на заоставштини, пореске обавезе испуњавају ортаци, односно наследници, као солидарни порески дужници.¹⁶ Према судској пракси, извршилац овог дела може да буде и лице које је тајни ортак радње који је споразумно са сувласницима саставио и поднео лажну пореску пријаву под туђим именом.¹⁷

Код овог кривичног дела могу постојати сви облици саучесништва, односно дело могу извршити два или више лица, као и што једно лице може подстрекавати друго лице да изврши ово дело, или му у томе може помагати. Саизвршилаштво које је остварено предузимањем неизвршилачке радње постоји када више лица на основу заједничке одлуке с умишљајем битно допринесу извршењу кривичног дела. Зато су конститутивни елементи овог појма: 1) умишљај, 2) заједничка одлука и 3) битан допринос извршењу дела.¹⁸ Саизвршилаштво би постојало, примера ради, када два лица, која ортачки воде самосталну радњу, договорно саставе пореску пријаву, иако пријаву потписује само један ортак. И тајни ортак радње је саизвршилац овог кривичног дела када су испуњени одговарајући услови. Када неко лице предузима радње које су усмерене на остварење овог кривичног дела, осим давања лажних података, непријављивања или прикривања одговарајућих чињеница, оно се појављује као подстрекач или помагач, ако су испуњени одређени услови. Као помагач би се, рецимо, појавило лице које изда лажан рачун пореском обвезнику с циљем да овај, приказујући веће трошкове од стварних, избегне плаћање дела пореза на приход од самосталне делатности. Помагач би било и лице на које се фиктивно води самостална радња у случају да стварни власник поднесе лажну пореску пријаву у вези с пословањем те радње.

¹⁶ Чл. 12 и 15 Закона о пореском поступку и пореској администрацији (*Службени гласник РС*, бр. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 63/06, 61/07, 20/09, 72/09 и 53/10).

¹⁷ Никола Срзентић, Александар Стајић, Божидар Краус, Љубиша Лазаревић, Мирослав Ђорђевић, *Коментар Кривичног закона Републике Србије*, Београд 1995, 554.

¹⁸ Наташа Делић, *Нова решења опитних института КЗС*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 157.

Као саучесници при извршењу кривичног дела пореске утаје могу се појавити службена лица пореског органа. Ова лица се најпре, као стручна лица, могу јавити као саветници обвезника дажбина. Тада она немају статус службеног лица, уколико не учествују у поступку доношења решења по пореским пријавама у чијем су састављању учествовала. Овде се њихова кривична одговорност утврђује као и за све остале помагаче или подстрекаче у овом делу. Друга је ситуација, међутим, ако службено лице пореског органа, које учествује у доношењу решења по пријави пореског обвезника, подстрекава обвезника да поднесе лажну пореску пријаву, односно да не поднесе пријаву иако је на то обавезан, или му помаже у томе. На овај начин службено лице другом прибавља корист искоришћавањем свог службеног положаја или овлашћења, чиме у његовој радњи има елемената кривичног дела злоупотребе службеног положаја из чл. 359 Кривичног законика. Поставља се питање за које кривично дело у оваквој ситуацији треба да одговара службено лице пореског органа. У овом случају се не би могло радити о стицају ова два кривична дела, а у опцији између саучесништва у кривичном делу пореске утаје и извршења злоупотребе службеног положаја, по свој прилици је правилније да службено лице треба да одговара као подстрекач или помагач у пореској утаји.¹⁹

7. Да би се радило о кривичном делу пореске утаје, потребно је да, поред објективних елемената, буде испуњен и одговарајући субјективни елемент, који се састоји у намери учиниоца да потпуно или делимично избегне плаћање пореза, доприноса или других прописаних дажбина. У време извршења дела, код извршиоца мора постојати наведена намера, без чијег постојања дело не може бити ни извршено. Наведена намера психички покреће извршиоца да предузме радњу извршења дела. На основу намере кривично дело пореске утаје разликује се од пореских прекршаја, тако да све неправилности око подношења пореске пријаве, које нису учињене с наведеном намером, нису кривично дело, већ, евентуално, порески прекршаји.

У погледу кривице извршиоца кривичног дела пореске утаје потребан је умишљај, а пошто се кривично дело врши и с посебном намером, може се радити само о директном умишљају. Према томе, умишљај извршиоца подразумева највиши степен свести и воље, односно подразумева такво стање свести и воље код учиниоца у коме је представа о последици била један од мотива одлуке да се дело изврши. Другим речима, умишљај се у овом случају састоји у свести и хтењу да се подношењем лажних података приликом утврђивања пореза, доприноса или других дажбина, односно непријављивањем или на други начин прикривањем одређених чињеница, оствари пот-

¹⁹ М. Кулић, 114.

пуно или делимично избегавање плаћања тих обавеза. Код учиниоца, поред директног умишљаја, постоји и представа о неким даљим последицама. Уколико порески обвезник поднесе пореску пријаву с неистинитим садржајем, али при том нема намеру да потпуно или делимично избегне плаћање прописаних дажбина, та радња неће представљати кривично дело пореске утаје. Према томе, непостојање овакве намере или постојање тзв. стварне заблуде у погледу истинитости односно неистинитости података или обавезе на подношење пријаве искључује одговорност за пореску утају.

Пошто је намера конститутивни елеменат овог кривичног дела, она се мора утврђивати у сваком конкретном случају. Међутим, намеру код овог кривичног дела није лако увек утврдити. Она се најчешће утврђује на основу фактичког понашања извршиоца. Тако, на пример, ако извршилац не врши евидентирање извршеног промета може се закључити да се то чини у циљу избегавања пореских обавеза, те се на основу те чињенице може констатовати да код извршиоца постоји тражена намера (одлука Врховног суда Србије Кж I – 1168/96). Намера се по правилу утврђује из објективног понашања оптуженог, предузетих радњи и свих околности под којима су ове радње предузете (пресуда Окружног суда у Београду Кж – 372/91 и пресуда Врховног суда Србије Кж – 605/92).²⁰

Да би се могло говорити о кривици учиниоца, потребно је да код њега постоји свест о околностима којима се конкретизује радња извршења дела, затим свест о последици и свест о узрочној вези између радње и последице. Без постојања свести о напред наведеним околностима не би се могло говорити о постојању директног умишљаја, односно намери као једном од елемената овог дела, па према томе, не би постојало ни кривично дело. Поред тога, код извршиоца треба да постоји свест о противправности дела, односно он треба да буде свестан правне забрањености дела које предузима. Другим речима, он треба да буде свестан да поступа на начин који је супротан пореским прописима. Свест о противправности није потребно утврђивати у сваком конкретном случају.

8. Кривично дело пореске утаје има два тежа облика. Први тежи облик из ст. 2 постоји када износ обавезе чије се плаћање избегава прелази 1.500.000 динара. Најтежи облик кривичног дела предвиђен је у ст. 3. Овај облик постоји ако износ обавезе чије се плаћање избегава прелази 7.500.000 динара. Разлика између основног и квалификованих облика састоји само у висини износа прописане дажбине чије се плаћање избегава. Сви облици садрже идентична законска обележја, што значи да квалификовани облици нису дела

²⁰ Радмила Петаковић, *Приручник за примену Кривичног закона Републике Србије*, Београд 1996, 103.

квалификована нарочитом околношћу. Према томе, између основног и квалификованих облика не постоји квалитативна, већ само квантитативна разлика. Као и код основног облика овог кривичног дела, тако ни за постојање квалификованих облика није неопходно да је учинилац успео у својој намери да довођењем у заблуду пореског органа избегне утврђивање своје обавезе преко наведених износа.

9. За основни облик пореске утаје кумулативно су прописане казна затвора до три године и новчана казна. За први тежи облик из ст. 2 кумулативно су прописане казна затвора од једне до осам година и новчана казна. За најтежи облик из ст. 3 кумулативно су прописане казна затвора од две до десет година и новчана казна. Према ставу судске праксе, који је изражен у једној пресуди Врховног суда Србије,²¹ ако суд учиниоцу уз главну казну не изрекне и новчану казну као споредну, био би повређен закон у корист окривљеног.

У Србији су у периоду од 2007. до 2010. године за ово кривично дело осуђена укупно 384 лица. На казну затвора осуђена су 133 лица.²²

3. НЕУПЛАЋИВАЊЕ ПОРЕЗА ПО ОДБИТКУ (ЧЛ. 229а КЗ)

1. Кривично дело неуплаћивања пореза по одбитку има основни и два тежа облика. Основни облик из ст. 1 извршава одговорно лице у правном лицу – пореском платцу, као и предузетник – порески плаћац који, у намери да не плати порез, не уплати на прописани уплатни рачун јавних прихода износ који је обрачунат на име пореза по одбитку.

2. У погледу радње извршења, кривично дело неуплаћивања пореза по одбитку спада у групу кривичних дела која се врше нечињењем, због чега такође спада у омисивна дела. Радња извршења састоји се у неуплаћивању на прописани уплатни рачун износа који је обрачунат на име пореза који се плаћа по одбитку. Извршилац, дакле, не поступа по законској обавези по којој је дужан да уплати обрачунати порез по одбитку. Радња извршења се може састојати у потпуном или делимичном неуплаћивању пореза који је обрачунат по одбитку. Дело је извршено када протекне прописани рок за уплаћивање пореза по одбитку, а плаћац у том року не уплати тај порез. Време настанка ове обавезе одређује се фискалним прописима. Код пореза по одбитку обавеза плаћања доспева истовремено с настанком обавезе.

²¹ Кж. 124/05.

²² *Билтен Републичког завода за статистику*, Пунолетни учиниоци кривичних дела за 2007, 2008, 2009. и 2010. годину.

Прописана је обавеза подношења пореске пријаве за порез по одбитку, која представља извештај који порески платаци, односно порески посредник подноси Пореској управи, у којем су садржане информације о обрачунатом и плаћеном порезу по одбитку. За постојање овог кривичног дела није неопходно да, поред неуплаћивања пореза по одбитку, Пореској управи није поднета пореска пријава за порез по одбитку. Довољно је да је приход исплаћен пореском обвезнику у нето износу, а да порез по одбитку није уплаћен, или је уплаћен износ нижи од обрачунатог.

Дело је свршено самим пропуштањем да се порез који је обрачунат по одбитку уплати на рачун јавних прихода истовремено с исплатом одговарајућег прихода. У том моменту ради се о свршеном кривичном делу, што значи да је тада наступила и последица. Према томе, последица овог кривичног дела настаје у моменту извршења радње дела. Последица се састоји у угрожавању буџета коме порез по одбитку припада. Ово угрожавање је конкретне природе, пошто се за буџет ствара конкретна опасност, јер му се радњом извршиоца ускраћују јавни приходи.

3. Извршилац кривичног дела неуплаћивања пореза по одбитку може да буде одговорно лице у правном лицу – пореском платцу, као и предузетник – порески платаци који, у намери да не плати порез, не уплати на прописани уплатни рачун јавних прихода износ који је обрачунат на име пореза по одбитку. Порески платаци је исплатилац прихода пореском обвезнику који је дужан да обрачуна и по одбитку плати прописани порез на тај приход, у име и за рачун пореског обвезника, на одговарајући уплатни рачун. Под правним лицем подразумева се и део правног лица, односно пословна јединица нерезидентног правног лица која је регистрована код надлежног државног органа (представништво и др.), као и државни органи и организације. Код кривичног дела неуплаћивања пореза по одбитку могући су сви облици саучесништва, што значи да је могуће да два или више лица изврше кривично дело или да неко подстрекава другог да изврши ово дело или да му у томе помаже.

4. Кривично дело се може извршити само с умишљајем, с тим што код извршиоца мора да постоји и намера да не плати порез. Учиниоци треба да буде свестан свих стварних околности кривичног дела. Треба да буде свестан радње, односно да је свестан да исплатилац одређених прихода потпуно или делимично не уплаћује порез који је обрачунат по одбитку на те приходе, затим, да је свестан последице, односно да је свестан да буџет остаје ускраћен за износ неуплаћеног пореза по одбитку. Поред тога, учиносица треба да буде свестан узрочне везе између радње и последице, као и свог личног својства, односно да је он одговорно лице у правном лицу – поре-

ском платцу или предузетник – порески платцац. Исто тако, потребно је и да је извршилац хтео извршење дела. Код извршиоца дела мора да постоји свест о противправности дела, односно учинилац треба да буде свестан правне забрањености дела које предузима. Другим речима, код учиниоца треба да постоји свест о томе да, тиме што не уплаћује порез који се плаћа по одбитку, поступа на начин који је супротан пореским прописима. Свест о противправности није потребно утврђивати у сваком конкретном случају. Пошто извршилац дела може бити одговорно лице у правном лицу – пореском платцу, или предузетник – порески платцац, онда постоји претпоставка да су та лица свесна забрањености својих поступака.

5. Кривично дело неуплаћивања пореза по одбитку има два тежа облика (ст. 2 и 3), који се од основног облика из става 1 разликују само по томе што је за њихово постојање потребно да износ обавезе чије се плаћање избегава буде већи од 1.500.000 динара – за први тежи облик, односно 7.500.000 динара – за други тежи облик. Ови новчани износи не представљају објективни услов инкриминације, већ је реч о битном обележју, односно о квалификаторној околности, без обзира што је она формулисана на исти начин као и код основног облика.

6. За основни облик кривичног дела неуплаћивања пореза по одбитку кумулативно су прописане казна затвора до три године и новчана казна. За први тежи облик из ст. 2 кумулативно су прописане казна затвора од шест месеци до пет година и новчана казна. За најтежи облик из ст. 3 кумулативно су прописане казна затвора од једне до десет година и новчана казна. Поред тога, одређено је да се предузетнику и одговорном лицу у пореском обвезнику за основни и квалификоване облике дела изриче и мера безбедности забране вршења позива, делатности и дужности у трајању од једне до пет година (ст. 4).

У Србији су у 2010. години за ово кривично дело осуђена само три лица, и то једно лице казном затвора и два лица новчаном казном.²³

4. НЕУСАГЛАШЕНОСТ КРИВИЧНИХ ДЕЛА ПОРЕСКЕ УТАЈЕ И НЕУПЛАЋИВАЊА ПОРЕЗА ПО ОДБИТКУ

1. Кривичним делима пореске утаје и неуплаћивања пореза по одбитку пружа се кривичноправна заштита порезима. Основна раз-

²³ *Билтен Републичког завода за статистику*, Пунолетни учиниоци кривичних дела за 2010. годину. Нема статистичких података о броју осуђених лица за ово кривично дело за период док је оно било инкриминисано Законом о пореском поступку и пореској администрацији.

лика између ових дела састоји се у томе што се кривичним делом неуплаћивања пореза по одбитку пружа заштита само оним порезима који се обрачунавају и уплаћују приликом исплате одређених прихода од стране исплатилаца тих прихода, односно заштита се пружа порезима који се утврђују унилатералном активношћу исплатиоца прихода, док се кривичним делом пореске утаје пружа заштита осталим порезима. Порези по одбитку се обрачунавају и уплаћују приликом исплате одређених прихода од стране исплатилаца тих прихода, односно они се утврђују унилатералном активношћу исплатилаца прихода. Порезе по одбитку је дужан да обрачуна и уплати исплатилац прихода, односно порески плаћац. По одбитку од сваког појединачно оствареног прихода утврђују се и плаћају порези на следеће приходе физичких лица: 1) зараде; 2) приходе од ауторских и сродних права и права индустријске својине, ако је исплатилац прихода правно лице или предузетник; 3) приходе од капитала; 4) приходе од непокретности, ако је исплатилац прихода правно лице или предузетник; 5) приходе од давања у закуп покретних ствари, ако је исплатилац прихода правно лице или предузетник; 6) добитке од игара на срећу; 7) приходе од осигурања лица, 8) приходе спортиста и спортских стручњака и 9) остале приходе, ако је исплатилац прихода правно лице или предузетник. Порез по одбитку обрачунава се и плаћа и на приходе које на територији Србије оствари нерезидентни обвезник од резидентног обвезника по основу дивиденди и удела у добити у правном лицу, накнада по основу ауторског и сродних права и права индустријске својине, камата и накнада по основу закупа непокретности и покретних ствари, као и на приходе нерезидентног обвезника по основу извођења естрадног, забавног, уметничког, спортског или сличног програма у Србији, који нису опорезовани као доходак физичког лица (извођача, музичара, спортисте и сл.), у складу с прописима којима се уређује опорезивање дохотка грађана, ако међународним уговором о избегавању двоструког опорезивања није другачије уређено. У вези с плаћањем пореза по одбитку може се извршити и кривично дело пореске утаје, али само у ретким случајевима, када је порески обвезник дужан да сам обрачуна и плати порез по одбитку.

Поред пореза, кривичним делом пореске утаје пружа се заштита и доприносима за обавезно социјално осигурање, као и другим прописаним дажбинама. Доприносима се обезбеђују средства за финансирање обавезног социјалног осигурања, и то: 1) пензијског и инвалидског осигурања; 2) здравственог осигурања, и 3) осигурања за случај незапослености. Под другим прописаним дажбинама, којима се пружа заштита овим кривичним делом, сматрају се (1) таксе; (2) накнаде за коришћење добара од општег интереса и (3) самодопринос.

Док је кривично дело неуплаћивања пореза по одбитку било инкриминисано Законом о пореском поступку и пореској администрацији, њиме је пружана кривичноправна заштита не само порезима по одбитку, него и осталим јавним приходима који се плаћају по одбитку – доприносима и самодоприносу, јер је у Закону о пореском поступку и пореској администрацији дефинисано да се под порезом подразумевају сви јавни приходи које наплаћују Пореска управа и јединице локалне самоуправе.²⁴ После преузимања овог кривичног дела у Кривични законик, њиме се, као што је речено, штите само порези који се плаћају по одбитку, јер у Закону није прописано да се под порезом подразумевају и други јавни приходи. Пошто се по одбитку плаћају и доприноси, поставља се питање којим се делом њима пружа заштита. По нашем мишљењу, доприносима који се плаћају по одбитку заштита се пружа кривичним делом пореске утаје. Овде се сусрећемо с једном парадоксалном ситуацијом. Наиме, ако се при исплати зараде од стране послодавца не уплате обрачунати порези и доприноси, због неуплаћеног пореза одговорно лице ће одговарати за кривично дело неуплаћивања пореза по одбитку, а за неуплаћене доприносе – за кривично дело пореске утаје. Све ово створило је одређене проблеме у судској пракси (в. ниже).

2. Може бити спорно да ли постоји кривично дело неуплаћивања пореза по одбитку ако порески платаци није ни обрачунао порез по одбитку. Наиме, ово дело се извршава неуплаћивањем на прописани уплатни рачун јавних прихода износа који је „обрачунат“ на име пореза по одбитку. Да би се радило о кривичном делу неуплаћивања пореза по одбитку потребно је да је исплатилац прихода (порески платаци) обрачунао порез на исплаћене износе, али да нема намеру да обрачунати износ уплати на прописани рачун јавних прихода. Али, ако није ни обрачунао порез, у намери да избегне њихово плаћање, онда нема елемената кривичног дела неуплаћивања пореза по одбитку, већ може постојати кривично дело пореске утаје, ако се избегава плаћање пореза у износу већем од 150.000 динара. Тако, на пример, ако предузетник као порески платаци не обрачуна порез по одбитку, неће постојати ово кривично дело, већ кривично дело пореске утаје, уколико код предузетника постоји намера да избегне плаћање пореза преко наведеног износа. С тим у вези, значајно је расправити још две могуће ситуације. Прва ситуација која може наступити је да је предузетник као порески платаци обрачунао порез по одбитку у износу нижем од 150.000 динара, али да нема намеру да тај износ уплати. Друга ситуација је када предузетник није ни обрачунао порез по одбитку, који би био испод наведеног износа. Овде постоји парадоксална ситуација. Наиме, у првом случају испуњени су услови за постојање кривичног дела неуплаћивања пореза по одбитку, док у

²⁴ Чл. 2 и 2а Закона о пореском поступку и пореској администрацији.

другом случају нису испуњени услови ни за ово кривично дело ни за кривично дело пореске утаје. Према томе, уколико порески платаци има намеру да избегне плаћање пореза у износу нижем од 150.000 динара, па у тој намери не обрачуна порез по одбитку, онда нема елемената кривичног дела. Из овога се може извући закључак да је за пореског платца повољнија ситуација када не обрачуна порез по одбитку до наведеног износа, ако нема намеру да га уплаћује, јер неће кривично одговарати.

3. Анализом предмета Апелационог суда у Београду из 2010. и 2011. године, дошли смо до закључка да, у неким случајевима, у судској пракси није прављена разлика између кривичног дела пореске утаја и кривичних дела неуплаћивања пореза по одбитку и неоснованог исказивања износа за повраћај пореза и порески кредит из чл. 173 а Закона о пореском поступку и пореској администрацији. Наиме, било је случајева да су радње, које су инкриминисане кривичним делом неуплаћивања пореза по одбитку или кривичним делом неоснованог исказивања износа за повраћај пореза и порески кредит, погрешно квалификоване као кривично дело пореске утаје. Навешћемо неке од тих случајева.

а) Пресудом Основног суда у Пожаревцу 50 К.1034/2010 од 12. новембра 2010. године, окривљени је оглашен кривим за кривично дело пореске утаје из чл. 229 ст. 1 Кривичног законика, поред осталог, и зато што је у периоду од 30. јула 2006. године до 2. септембра 2008. године као директор предузећа примљени новац у износу од 2.162.469,00 динара употребио за исплате обавеза предузећа трећим лицима која нису запослена у том предузећу, а која имају карактер прихода, и представљају доходак физичких лица, на који није обрачунат и плаћен порез по одбитку, чиме је избегао обрачунавање и плаћање пореза у износу од 592.274,24 динара. Суд је окривљеном изрекао условну осуду тако што му је утврђена казна затвора у трајању од три месеца и истовремено је одређено да се утврђена казна неће извршити уколико окривљени у року од једне године од дана правоснажности пресуде не изврши ново кривично дело. Окривљени је осуђен и на новчану казну у износу од 100.000 динара. Жалбу против ове пресуде, коју је изјавио Основни јавни тужилац у Пожаревцу, Апелациони суд у Београду одбио је својом пресудом Кж1 599/11 од 8. марта 2011. године и потврдио пресуду Основног суда у Пожаревцу. Дакле, окривљени је оглашен кривим за кривично дело пореске утаје за активност која представља радњу кривичног дела неуплаћивања пореза по одбитку. Другим речима, извршена је погрешна квалификација дела.

б) Пресудом Основног суда у Зајечару 1.К–645/10 од 28. априла 2010. године окривљени, као генерални директор предузећа, оглашен је кривим за кривично дело пореске утаје из чл. 229, ст. 1 Кривичног

законика, поред осталог, и зато што предузеће у периоду од 27. јула 2007. године до 31. августа 2008. године, није обрачунало и платило порез по одбитку на зараде запослених. Суд је окривљеном изрекао условну осуду тако што му је утврђена казна затвора у трајању од три месеца и истовремено је одређено да се утврђена казна неће извршити уколико окривљени у року од једне године од дана правоснажности пресуде не изврши ново кривично дело. Окривљени је осуђен и на новчану казну у износу од 100.000 динара и изречена му је мера безбедности забране вршења позива, делатности и дужности и то пословне делатности у року од једне године од дана правоснажности пресуде. Жалбу против ове пресуде, коју је изјавио бранилац окривљеног, Апелациони суд у Београду одбио је својом пресудом Кж1 7484/10 од 22. фебруара 2011. године и потврдио пресуду Основног суда у Зајечару. И у овом случају окривљени је оглашен кривим за кривично дело пореске утаје за активност која представља радњу кривичног дела неуплаћивања пореза по одбитку, што значи да је и овог пута дело погрешно квалификовано.

в) Пресудом Првог основног суда у Београду К.бр.11034/10 од 24. септембра 2010. године окривљени, као директор предузећа, оглашен је кривим за кривично дело пореске утаје из чл. 229, ст. 2 у вези ст. 1 Кривичног законика зато што је предузеће у периоду од 1. маја 2006. године до 31. јула 2006. године, лажно приказало набавку добара са исказаним порезом на додату вредност (ПДВ) са правом на одбитак, који је неосновано искористио као претходни порез, те је избегао плаћање ПДВ-а у износу од 2.399.763,95 динара, као и што је у истом периоду са текућег рачуна предузећа извршио подизање готових средстава и употребио их за личне потребе, при чему није извршен обрачун и плаћање пореза по одбитку у износу од 1.956.495,25 динара. Суд је окривљеном изрекао условну осуду тако што му је утврђена казна затвора у трајању од осам месеци и истовермено је одређено да се утврђена казна неће извршити уколико окривљени у року од три године од дана правоснажности пресуде не изврши ново кривично дело. Окривљени је осуђен и на новчану казну у износу од 30.000 динара. Одлучујући по жалби Првог основног јавног тужиоца у Београду, Апелациони суд у Београду пресудом Кж1 7430/10 од 20. јануара 2011. године преиначио је наведену пресуду Првог основног суда у Београду само у погледу споредне казне, те је ову казну повећао на 100.000 динара. У овом случају постоји двострука погрешна квалификација кривичног дела. Наиме, прва радња, која је квалификована као пореска утаја, представља кривично дело неоснованог исказивања износа за повраћај пореза и порески кредит из чл. 173а Закона о пореском поступку и пореској администрацији. Друга радња представља кривично дело неуплаћивања пореза по одбитку.

г) Пресудом Основног суда у Ваљеу К.бр. 1078/10 од 23. марта 2010. године, окривљени, као власник радње, оглашен је кривим за кривично дело пореске утаје из чл. 229, ст. 2 у вези са ст. 1 Кривичног законика, поред осталог, и зато што није обрачунао и платио порез по одбитку на остале приходе физичких лица у износу од 4.203.687,29 динара. Суд је окривљеном изрекао казну затвора у трајању од једне године. Одлучујући по жалби Основног јавног тужиоца у Ваљеу, Апелациони суд у Београду пресудом КЖ1 4557/10 од 3. фебруара 2011. године преиначио је наведену пресуду само у делу одлуке о казни и одлуке о трошковима поступка, тако што је окривљеном изрекао казну затвора у трајању од осам месеци и новчану казну у износу од 100.000 динара. Као што се види, и у овом случају извршена је погрешна квалификација дела, јер је окривљени оглашен кривим за кривично дело пореске утаје за активност која представља радњу кривичног дела неуплаћивања пореза по одбитку.

4. Према нашем увиду, судска пракса се није ни бавила питањем разлика између пореске утаје и неуплаћивања пореза по одбитку. Занимљиво је да се у жалбама које су изјављиване против првостепених пресуда, није ни указивало на наведене грешке које су чињене при квалификацији кривичног дела. Погрешном праксом судова у наведеним случајевима озбиљно је угрожен један од основних и најважнијих принципа кривичног права – принцип законитости. Из овог принципа, који представља темељ правне сигурности грађана и гаранцију њихових слобода и права, проистиче да нико не може бити кажњен за дело које није починио, без обзира на то што је угрозио добро коме се пружа кривичноправна заштита другим сличним кривичним делом.

5. ЗАКЉУЧАК

Мада законска формулација кривичног дела пореске утаје у основи задовољава, јер се овим законским решењем обезбеђује одређени ниво кривичноправне заштите порезима, доприносима и другим прописаним дажбинама, проблем изазива извесна неусаглашеност овог кривичног дела и кривичног дела неуплаћивања пореза по одбитку. Због тога је потребно извршити одговарајућу интервенцију у Кривичном законнику, из које би недвосмислено проистицало да се кривичним делом неуплаћивања пореза по одбитку пружа кривичноправна заштита свим облицима јавних прихода који се плаћају по одбитку, а не само порезу.

За постојање основног облика кривичног дела неуплаћивања пореза по одбитку није прописан објективни услов инкриминације,

па дело постоји без обзира на износ пореза по одбитку који исплатилац прихода није уплатио на одговарајући уплатни рачун јавних прихода. Ово није рационално решење, јер није целисходно водити кривични поступак за мали износ неуплаћеног пореза по одбитку. Зато је неопходно, као што је учињено код пореске утаје, прописати објективни услов инкриминације и код основног облика овог кривичног дела.

Код кривичног дела неуплаћивања пореза по одбитку законодавац није био довољно прецизан када је дефинисао намеру одговорног лица у правном лицу. Употребљена је формулација: „Одговорно лице у правном лицу – пореском платцу, ... у намери да не плати порез...“. Из формулације произилази да одговорно лице треба да има намеру да не плати свој лични порез, а не порез који треба да уплати правно лице у чије име одговорно лице предузима радње.

Да би се елиминисале наведене слабости у формулацији кривичног дела неуплаћивања пореза по одбитку, неопходно је преформулисати чл. 229а ст. 1 Кривичног законика, тако да гласи: „Одговорно лице у правном лицу – пореском платцу, као и предузетник – порески плаћац који, у намери да порески плаћац не плати порез, допринос или другу прописану дажбину који се плаћају по одбитку, не обрачуна и не уплати тај порез, допринос или другу прописану дажбину на прописани уплатни рачун јавних прихода, а износ обавезе прелази 150.000 динара, казниће се...“. У том случају било би потребно и одредбе ст. 2 и 3 прилагодити новој формулацији из ст. 1.

Анализом података о броју осуђених лица за пореску утају за период 2007–2010. година и података о броју осуђених лица за неуплаћивање пореза по одбитку за 2010. годину, као и анализом предмета Апелационог суда у Београду за период 2010–2011. година, уочава се да је мали број осуђених лица за ова дела. Мали је број осуда на казну затвора у односу на укупан број осуђених лица, на основу чега се може закључити да је казнена политика била блага. Забрињава податак да је у неким правоснажно окончаним кривичним поступцима извршена погрешна квалификација кривичних дела. На основу овога се може стећи слика о степену познавања проблематике пореских кривичних дела, како од стране појединих службених лица Пореске управе, која има задатак да открива и пријављује учиниоце ових кривичних дела, тако и од стране неких јавних тужилаца и судија. У свим наведеним примерима у кривичним поступцима били су ангажовани вештаци економско-финансијске струке и, мада се домен њиховог деловања не односи на правна питања квалификовања кривичног дела, у својим налазима су ипак могли указати суду на разлику између ова два кривична дела. Свему томе вероватно допри-

носи и недореченост у законском дефинисању сродних кривичних дела, која се због тога у судској пракси тешко разграничавају.

Пореска кривична дела подложна су честим изменама, због динамичности друштвених односа који се њима штите, што захтева да се облици кривичноправне заштите благовремено прилагођавају променама пореских прописа. Наравно, само кривичноправним мерама не може се значајније допринети спречавању избегавања плаћања прописаних дажбина. Ма колико казнено законодавство било ригорозно, оно само по себи не може да сузбије порески криминалитет. Политика супротстављања овој појави мора, поред казнене, да обухвати и превентивну димензију. Па ипак, иновирање формулације кривичног дела неуплаћивања пореза по одбитку, којим би се учинило јаснијим да се оно односи на све облике јавних прихода који се плаћају по одбитку, а не само пореза, свакако би допринело потпунијој, ефикаснијој, друштвено оправданијој и праведнијој казненој политици у овој области. Недвосмисленост правне норме олакшава њену примену, отклања могуће дилеме, доводи до потпунијег разумевања од стране оних којима је упућена, а, што је у овом случају најзначајније, отклања недоумице до којих долази у процесу примене права, поготово код института који су по својој природи веома блиски.

Dr. Mirko Kulić

Professor

Faculty of Public Administration and Management, Megatrend University,
Belgrade

Dr. Goran Milošević

Associate Professor

Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

RELATION OF CRIMINAL OFFENCE OF TAX EVASION AND CRIMINAL OFFENCE OF NON-PAYMENT OF WITHHOLDING TAX IN SERBIAN CRIMINAL LAW

Summary

Countries often resort to tightening of criminal sanctions against those who do not fulfill their tax obligations on time. Instead of more organized undertaking of measures to eliminate the causes of tax crime,

Serbia seeks to solve the problem by upgrading the criminal legislation. There are six criminal offences which provide for criminal law protection of public revenues. Among these criminal offences, the central place belongs to the criminal offence of tax evasion and criminal offence of non-payment of withholding tax. The consequences of these criminal offences are both adverse fiscal effects and repercussions on economical and political and socio-political level. Tax evasion causes consequences which by their significance can be serious to national economy. The first part of the paper analyzes the basic elements of these criminal offences and points to certain controversial issues, and then states the wrong position which prevails in court practice that criminal offence of non-payment of withholding tax is qualified as criminal offence of tax evasion. Therefore, the authors suggest that it is necessary to make an appropriate intervention in the Criminal Code, which would undoubtedly state that criminal offence of non-payment of withholding tax provides criminal law protection to all forms of public revenues, and not only tax.

Key words: *Tax. – Contribution. – Dues. – False data. – Income. – Tax return.*

Мр Чедомир Глигорић*

ВРЕМЕНСКИ ОКВИР У ЗАКОНУ О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ ИЗ 2011. ГОДИНЕ

Основни циљ рада је анализа узрока увођења временског оквира као једне од важних особина новог Закона о парничном поступку. Аутор анализира ефекте претходног закона мерене стопом ажурности и бројем нерешених предмета и указује да су нова решења последица даљег настојања да се обезбеди право на суђење у разумном року. У раду се презентирају неопходни емпиријски подаци о парницама у судовима првог степена. Закључује се да стопа ажурности, до увођења нове организације судова 2010. године, показује позитиван тренд, али и да огроман број нерешених предмета из претходних година представља велики терет за парничне судове. То је, између осталог, за конодавцу указало на потребу временског ограничења трајања парница у новом законском решењу на нов начин, увођењем низа нових мера (по правилу суђење од стране судије појединца, достављање и предаја поднесака уз помоћ нових информационих технологија, могућност аудио и видео снимања суђења уместо писаних записника, ефикаснији начин извођења доказа вештачењем, итд.), укључујући и договарање очекиваног временског оквира трајања спора између судије и парничних странака. Аутор предочава могуће позитивне и негативне последице увођења временског оквира као новине у Закону о парничном поступку Републике Србије.

Кључне речи: *Временски оквир. Закон о парничном поступку. Стопа ажурности. Нерешени предмети.*

1. СТОПА АЖУРНОСТИ СУДОВА (*CLEARANCE RATE*)

Увођење, сада већ старог, Закона о парничном поступку Републике Србије¹ било је мотивисано потребом за смањењем броја нере-

* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, cgligoric@ius.bg.ac.rs.

¹ Закон о парничном поступку Републике Србије (ЗПП 2004), *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

шених предмета, посебно ради решавања старих предмета у којима поступак траје веома дуго, али и потребом за даљим усаглашавањем нашег Закона с Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода у вези, између осталог, и са правом на суђење у разумном року.² Основни циљ промене законског решења био је повећање ефикасности парничних судова који су већ, годинама уназад, имали проблема са неажурношћу, дуготрајним парничним поступцима, честим враћањем предмета другостепених судова на поновно суђење, slabим коришћењем информационе технологије, манипулацијама оптужених у вези са примањем писмена и слично. Основне промене у ЗПП-у које су донете с циљем економичнијег и ефикаснијег парничног поступка везане су, првенствено, за експлицитно регулисање права на суђење у разумном року (чл. 10 у старом законском решењу и чл. 491 којим се захтев за суђењем у разумном року проширује и на предмете у којима није била донесена одлука у првостепеном поступку пре доношења овог закона). Законодавац је поштрио процесну дисциплину, увео медијацију као алтернативни начин решавања спорова и скратио рокове за процесне радње. Такође, елиминисана је могућност да се судски рокови продужују и уведен је обавезан одговор на тужбу. Законом је прописано да суд може донети мериторну одлуку о основаности тужбеног захтева још на припремном рочишту. Тадашње законско решење је укинуло и могућност вишеструког укидања првостепене одлуке. Циљ законодавца је, дакле, био да се парнични судови учине ефикаснијим, да се смањи број нерешених предмета и скрати трајање парнице.

Закон је почео да се примењује 2005. године и могло се очекивати да ће његова примена довести до убрзања парничних поступака, постепеног уклањања великог баласта старих нерешених предмета који су на својим „плећима“ носили парнични судови и већег поверења грађана у рад и ефикасност судова првог степена.³ Најдужа парница у Србији трајала је преко 33 године.⁴ Међутим, подаци⁵ о раду судова у првом степену, који ће бити презентирани, показаше да

² Чл. 6, ст. 1, Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода прецизно дефинише право сваког појединца да његово суђење буде завршено у разумном року.

³ Многи грађани, чекајући више година на решење својих предмета уверили су се само у то да је правда спора, али су почели да сматрају илузорним да је правда и достижна.

⁴ Овај податак је објављен у једној од анализа Уставног Суда и налази се, између осталих, и на сајту: http://www.politika.rs/rubrike/Tema_nedelje/Lavirinti_Ustavnog_suda/Zivot_ne_moze_toliko_da_cekati.html. Иначе, најдужа парница, по подацима „Гинисове књиге рекорда“ трајала је 761 годину и окончана је у Индији.

⁵ Подаци о раду свих, у тадашње време, општинских судова прикупљени су за период од 2003. до 2008. године. Подаци за 2009. године нису доступни, а 2010. године је почела да функционише нова организација судова у Републици Србији.

ли је и, у којој мери, законодавац успео да, изменом правних норми у области грађанскоправних односа, побољша ефикасност парничних судова у првом степену мерено стопом ажурности (*clearance rate*)⁶ и бројем нерешених предмета.

Европска Комисија за ефикасност правосуђа (*European Commission for the Efficiency of Justice – CEPEJ*) је основана 2002. године Одлуком Комитета министара Савета Европе.⁷ Основни циљ Комисије је унапређивање ефикасности правосуђа у земљама чланицама Савета Европе. Задатак Комисије је да анализира резултате правосудних система земаља чланица, да идентификује могуће проблеме са којима се правосуђе сусреће, предложи конкретне мере за решење тих проблема и утврди да ли су предложене мере имале ефекта, као и да обезбеди, на захтев чланица Савета Европе, неопходну помоћ у вези са увођењем нових и модернијих решења у правосудни систем земаља које су тражиле ту помоћ. Ефикасност правосудног система, па тако и ефикасност парничних судова, ова комисија евалуира на основу неколико критеријума: 1) износа буџета који је предвиђен за правосудне органе и висине плата судија и тужилаца; 2) географске локације судова и броја судова; 3) броја професионалних судија, и 4) стопе ажурности (*clearance rate*) која мери степен ажурности судова.⁸

Дакле, јасно је да је један од кључних елемената ефикасности правосудних органа, па самим тим и парничних судова у првом степену, стопа ажурности, која мери однос решених предмета у одређеној години и примљених предмета у тој истој години изражено у процентима. Када је стопа ажурности једнака 100%, то значи да су сви парнични судови у првом степену решили све предмете у задатом временском року. Уколико је ова стопа нижа од 100%, судови у првом степену нису довољно ажурни, јер одређени број парница остаје нерешен и пренет у наредну годину. Уколико је ова стопа виша од 100% парнични судови су успели да реше све предмете у датој години, али и један део предмета који је заостао из претходних година; у овом случају сматра се да постоји висока ажурност судова.

На бази прикупљених података о раду општинских судова (судова првог степена) за период од 2003. године до 2008. године о броју

⁶ *Clearance rate* представља однос између броја решених и примљених предмета у току једне године изражен у процентима. Ову методологију примењује Европска Комисија за ефикасност правосуђа (*CEPEJ*). Комисија саставља извештај о ефикасности правосудног система у земљама Европе на сваке две године и стопа решених предмета (*clearance rate*) представља важан индикатор ефикасности правосуђа у једној земљи.

⁷ Резолуција Res(2002)12 Савета Европе од 18. септембра 2002. године.

⁸ Ова стопа се разликује од коефицијента ажурности судова који се рачуна у нашим судовима, по начину обрачуна и самом значењу стопе.

пренетих, примљених, решених и нерешених предмета,⁹ израчунате су стопе ажурности парничних судова у првом степену. Просечна стопа ажурности за период 2003. и 2004. године износила је 94,5%,¹⁰ а 2005. године стопа ажурности се попела на 113,4%. У току 2006. године стопа ажурности износила је 109%,¹¹ 2007. године 99,2%, а 2008. године 103,4%.

Ови подаци указују да је сам почетак примене тадашњег ЗПП-а довео до наглог пораста степена ажурности првостепених судова, и то за 18,9%. Очигледно је да су првостепени судови у 2005. години показали велики ентузијазам у примени ЗПП-а који је ступио на снагу управо 2005. године и да се повећала ажурност судова у парничним предметима. Тако је, на пример, IV општински суд у Београду повећао степен ажурности са 88,7% у 2004. години, на 126,8% у 2005. години, чиме се сврстао у ред најажурнијих судова у 2005. години у решавању спорова из области процесног права. На крају 2006. године, по протеклу скоро две године од ступања на снагу претходног ЗПП-а, ажурност у парничним предметима је незнатно опала у односу на претходну годину, у просеку за 4,4%. Имајући у виду велики број предмета заосталих из ранијих година, може се констатовати да су судови у парничним предметима и у 2006. години показали релативно висок степен ажурности, јер су, осим тога што су решили све предмете који су започети у овој години, смањили број заосталих предмета из претходних година за 9%.

У 2007. години долази до пада степена ажурности судова у парничним предметима на 99,2%. Пад стопе ажурности судија узрокован је, између осталог, и чињеницом да је почетни ентузијазам парничних судија у вези с увођењем и применом новог законског решења опао, што је карактеристично не само у случају парничних судија. Другим речима, висока очекивања парничних судија у вези с ефектима примене ЗПП-а су умањена. Узроци неажурнијем поступању судова у овој години у парничној материји могу се тражити и, у том моменту, неадекватној мрежи судова. За веће градове било је карактеристично да су судије добијале повећан број предмета из ове материје, док је у мањим местима настављен тренд смањеног прилива нових предмета. Такође, не би требало изгубити из вида чињеницу да су судије у 2007. години радиле у условима велике неизвесности у вези са њиховим статусом, начином бирања у нове судове и временом када

⁹ Подаци прикупљени у Врховном суду Србије (сада Врховни касациони суд) и појединачним упитима појединим општинским судовима.

¹⁰ Период пре ступања на снагу ЗПП 2004.

¹¹ Израчуната стопа се слаже са стопом која се налази у: European Commission for the Efficiency of Justice, *European Judicial Systems, Edition 2008 (data 2006): Efficiency and Quality of Justice*, 137.

ће нова организација судова заживети (примена Закона о уређењу судова је неколико пута одлагана), а неизвесност је владала и у вези са најављиваним реизбором судија што је, све заједно, утицало на квалитет и ефикасност рада општинских судова у парничној материји. У 2007. години дошло је до повећања броја нових предмета за 14.499 у односу на претходну годину, односно за 7,01%,¹² што је утицало на смањену ажурност судија. У 2008. години долази до стабилизације стопе ажурности и њеног повећања на 103,4%, што значи да су судови успели да реше све предмете из текуће године и да смање број заосталих предмета из претходних година. У току 2008. године смањен је број судија у општинским судовима, али и, поред тога, дошло је до благог повећања степена ажурности у првостепеним судовима. Јасно је да су судије уложили изузетан напор да би грађани остварили своја права у овим судовима (број примљених предмета је опао у односу на претходну годину за 4,7%, али је стопа ажурности порасла за 4,2%, што, имајући у виду смањен број судија, одговара претходно наведеном закључку). Ефикасност судова у грађанској материји је порасла и услед чињенице да је реизбор судија постао изванредан због доношења сета правосудних закона, тако да је ово смањење неизвесности утицало на квалитетнији рад судија у парничним предметима.

Анализирајући кретање стопе ажурности (*clearance rate*) у овом периоду¹³ може се закључити да су, супротно честим констатацијама да су судови неефикасни, судови у грађанској материји били ажурнији и ефикаснији него што се сматрало (уколико се ажурност и ефикасност судова прати с аспекта степена ажурности). На пример, стопа ажурности у 2008. години у неким развијенијим земљама била је нижа у односу на стопу ажурности у грађанској материји у Републици Србији (Шпанија 80,7%, Литванија 86,5%).¹⁴ Имајући у виду чињеницу да стопа ажурности представља само један од параметара који мери ефикасност парничних судова, не могу се, међутим, оповргнути констатације да су судови били и даље неефикасни и неажурни. Проблеми великог броја професионалних судија и парничних судова који је несразмеран у односу на број становника утицао је на негативну оцену ажурности и ефикасности парничних судова. Такође,

¹² Према прикупљеним подацима број новопримљених предмета у парничној материји у 2006. години износио је 205.444, а у току 2007. године општински судови су примили 219.943 предмета.

¹³ Треба имати у виду да су подаци за 2009. годину недоступни, а да је почетком 2010. године почела да функционише измењена мрежа судова, где је дошло до преливања предмета из општинских судова у основне судове, па услед измењених надлежности основних судова није било могуће прорачунати тачан број предмета у грађанској материји за 2010. годину.

¹⁴ European Commission for the Efficiency of Justice, *European Judicial Systems, Edition 2010 (data 2008): Efficiency and Quality of Justice*, 159.

основни проблем неефикасности судова првог степена у грађанској материји може се тражити у великом броју нерешених предмета из периода пре 2003. године, што је све заједно утицало на генерални став да су судови у првом степену у грађанској материји неажурни (просечан коефицијент ажурности за предмете у грађанској материји, који узима у обзир нерешене предмете и просечан месечни прилив, показује по годинама висок ниво који је изнад жељеног петомесечног коефицијента ажурности;¹⁵ 2005. године – 7,57, 2006. године – 6,76, 2007. године – 6,52 и 2008. године – 6,47). Дакле, иако је очигледно да је просечна ажурност судија у првостепеним судовима постепено расла, и даље је испод жељеног нивоа, првенствено због великог броја заосталих предмета из претходних година. Нерешени предмети из претходних година, без обзира на ангажовање судија у грађанској материји представљали су непремостиву препреку већој ефикасности и ажурности. Подаци о нерешеним предметима иду у прилог наведеном ставу: на почетку 2005. године број пренетих нерешених предмета износио је 195.605, 2006. године 165.205, 2007. године 141.877, а 2008. године 143.703. У току 2004. године број заосталих предмета (пре примене ЗПП-а из 2004. године) износио је 183.129. Дакле, иако подаци указују на тренд благог повећања ажурности и опадања броја нерешених предмета, оптерећење предметима из периода пре 2004. године у великој мери спречавала је ефикасан рад судова у првом степену у грађанској материји и представљала један од основних проблема с којим се суочио законодавац пре доношења новог законског решења.

2. ВРЕМЕНСКИ ОКВИР КАО БИТНА ОДРЕДНИЦА НОВОГ ЗАКОНА О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Нови Закон о парничном поступку Републике Србије (ЗПП 2011) донет је у септембру 2011. године.¹⁶ Основни прокламовани мотив доношења новог ЗПП-а био је унапређивање ефикасности и делотворности суђења и јасније поштовање начела правичног суђења у разумном року. Ново законско решење доноси низ новина које би требало да повећају ефикасност судова и јасније поштовање начела суђења у разумном року. Предложена решења предвиђају да по правилу ступи судија појединац, осим уколико странка не захтева да се поступак одвија пред већем.¹⁷ На модеран начин решава

¹⁵ Мерила за оцену минимума успешности вршења судијске дужности, чл. 4, *Службени гласник РС*, бр. 80/05.

¹⁶ Закон о парничном поступку Републике Србије (ЗПП 2011), *Службени гласник РС*, бр. 72/11.

¹⁷ ЗПП 2011, чл. 35, ст. 1.

се питање достављања, тако што је уведена могућност достављања и предаје поднесака путем информационих технологија.¹⁸ Закон је прописао могућност аудио и видео снимања суђења уместо писаних записника.¹⁹ Законодавац је прописао другачији начин извођења доказа вештачењем.²⁰ Осим тога, у значајној мери, је редифинисано питање правних лекова. Ипак, као најважнија промена у односу на претходно законско решење је увођење временског оквира, које би требало да коначно реши проблем заосталих предмета, убрза парничне поступке и доведе до веће ефикасности судова.

Увођење временског оквира коинцидира са концептом *time management*-а. Управљање временом срачунато је на повећање ефикасности и продуктивности и подразумева прецизно дефинисање временских оквира како би се остварили одређени задаци, испунили задати циљеви или реализовали одређени пројекти. „Појединци прво утврђују њихове потребе и жеље и ређају их по степену значајности. Специфицирање активности подразумева постављање циљева како би се задовољиле потребе и жеље тако што се дефинишу приоритетни задаци којима се постижу циљеви. Задаци се, затим, везују за време и доступне ресурсе планирањем, утврђивањем временских одредница и прављењем листа“.²¹ У процесу договарања временског оквира парничне странке имају могућност да боље разумеју суштину њиховог спора, а задатак судије је да упозна странке са самим трошковима и неопходним временом могућег трајања парнице. Такође, у самом договарању временског оквира врло је могуће да може доћи до неслагања између судије и парничних странака, тако да је суштина утврђивања временског оквира долажење до прихватљивог компромиса који ће обезбедити ефикасније и брже суђење.

Чл. 10 новог ЗПП-а уводи временски оквир као битну осовину парничног поступка. Наиме, начело економичности и потреба за ефикаснијим и бржим суђењем као и јасније поштовање захтева да се парница заврши у разумном року утицала је на законодавца да уведе временско ограничење трајања парничног поступка прописујући обавезу суда да се поступак одвија без одуговлачења тако што ће се претходно утврдити временски оквир у коме би требало да се предузму све парничне радње. Утврђивање временског оквира одредиће суд у договору са парничним странкама, што значи да саме странке учествују у временском управљању парницом, при чему је и суд

¹⁸ ЗПП 2011, чл. 129.

¹⁹ ЗПП 2011, чл. 246.

²⁰ ЗПП 2011, чл. 259 до чл. 275.

²¹ Therese H. Macan, „Time Management: Test of a Process Model“, *Journal of Applied Psychology* 79, 3/1994, 381.

везан утврђеним временским оквиром.²² На овај начин је „диверсификован“ ризик временског трајања парнице. Судија у договору са странкама одређује временски оквир, чиме се одговорност у вези с дужином трајања парнице пребацује и на саме парничне странке. Међутим, оваква ситуација ствара могућност настанка агенцијског проблема. Стране у спору имају различите интересе у парници, па самим тим и у вези са временским трајањем парнице. Јер, с једне стране, туженом је по правилу у интересу да се парница продужи, а с друге, тужиоцу да се парнични поступак оконча што брже. Због тога је законодавац прописао да коначну одлуку у вези са временским оквиром доноси сам судија на бази предлога самих парничних странака и сопственог мишљења.

У чл. 102 новог ЗПП-а законодавац је прописао обавезу да се сви рокови морају утврђивати у складу с временским оквиром који је претходно дефинисан. Дакле, остаје обавеза судије да у случају да рокови нису прописани Законом, одреди рокове с обзиром на околност самог случаја, али уз наглашавање важности да суд може одредити рокове само у складу са претходно дефинисаним временским оквиром. На овај начин губи се могућност да парничне странке или сам судија излазе из већ дефинисаног временског оквира који је унапред одређен и да се појединачни рокови могу одређивати само у оквиру предвиђеног времена за обављање парничних радњи. Претходно законско решење је остављало могућност и странкама, али и самом судији, да рокови који нису били прописани Законом буду утврђивани без икаквог временског ограничења,²³ што је потенцијално доводило до спорих и неефикасних судских поступака.

Чл. 105 новог ЗПП-а бави се питањем заказивања рочишта. Увођење временског оквира у овај члан Закона онемогућава произвољно одређивање датума рочишта, ван „разумног рока“, јер суд мора да се придржава задатог временског оквира. Дакле, и у овом случају се смањује могућност манипулације са временом одржавања рочишта. Временски оквир је интервал у коме се судија може кретати и у оквиру њега заказивати припремна рочишта и рочишта за главну расправу. Веома важна измена у новом ЗПП-у односи се на чл. 108 у коме се прецизно дефинише да суд може само изузетно да одложи рочиште и то у два случаја: када је неопходно извести доказе и због спречености судије. Тиме су јасније дефинисани критеријуми у којим случајевима се може одложити рочиште. За разлику од чл. 110 претходног ЗПП-а, у новом закону се рочиште може одложити

²² ЗПП 2004 у чл. 10 није помињао било какву временску одредницу у коме би требало завршити поступак, осим што је „генерално“ било прописано да се поступак треба спровести без одуговлачења.

²³ ЗПП 2011, чл. 105.

само изузетно. Тиме је законодавац појачао ефекат начела суђења у разумном року, а прецизним дефинисањем разлога одлагања смањио могућност манипулације временом.²⁴ Такође, према новом ЗПП-у, уколико је дошло до одлагања рочишта, суд је у обавези да одреди нов временски оквир и одмах одреди место и време одржавања одложеног рочишта у складу са новоодређеним временским оквиром. Међутим, овакво утврђивање новог временског оквира у одређеној мери је у супротности са захтевима начела ефикасности. Наиме, утврђивање новог временског оквира након одлагања рочишта може утицати негативно на ефикасност, јер долази до продужења трајања саме парнице. Уколико је временски оквир већ једном утврђен на почетку парнице, поставља се оправдано питање због чега је неопходно утврђивати нов временски оквир. Боље решење, које не би било у колизији са начелом ефикасности, би било да већ једном утврђени временски оквир остане на снази, а да одређивање места и времена одржавања одложеног рочишта не подразумева и доношење новог временског оквира, јер се одражава негативно на ефикасност парнице. Претходно законско решење у вези са одређивањем места и времена новог рочишта било је непрецизно у смислу тога да је суд само, уколико је то могуће, био у обавези да одреди време и место новог рочишта,²⁵ али није прописивао временско трајање саме парнице.

У чл. 199 ст. 7 новог ЗПП-а који се односи на преиначење тужбе, суд је дужан да решењем одреди нов временски оквир за спровођење овог поступка. У ранијем ЗПП-у ова ситуација није била прецизно дефинисана. Наиме, суд је био дужан да остави довољно времена туженом да се припреми за расправљање по преиначеној тужби, али судија није имао обавезу да утврђује период у оквиру кога би требало спровести поступак преиначења тужбе. Тиме и судија, али и парничне странке, постају обавезне да поштују временске рокове у вези са парничним радњама везаним за поступак преиначења тужбе.

У вези с изношењем доказа на главној расправи законодавац је прописао да се извођење доказа мора спровести у договореном временском оквиру.²⁶ То значи да не постоји могућност да странке излазе из предвиђеног временског оквира и износе доказе ван предвиђеног времена. На овај начин законодавац је скренуо пажњу странкама да се докази морају „прикупити“ ефикасно, као и да се докази морају изнети у оквиру задатог временског оквира. Ограничавање изношења

²⁴ Ово се посебно постигло изменом дела чл. 110 старог ЗПП а који је могао да допринесе смањењу ефикасности, јер је предвиђао да се рочиште може одложити „када за то постоје оправдани разлози“, али их није прецизно дефинисао. У новом ЗПП у у чл. 108 отказивање је оправдано само уколико је судија спречен.

²⁵ ЗПП 2011, чл. 108.

²⁶ ЗПП 2011, чл. 233.

доказа у предвиђеном временском оквиру има утицаја на парничне странке тако да се оне морају концентрисати само на прикупљање и изношење релевантних доказа, јер постоји прецизно дефинисано временско ограничење у оквиру кога се морају изнети сви докази, а суд утврђује који ће докази то бити.

Важна новина у новом ЗПП-у је одредба по којој је суд дужан да решењем одреди временски оквир и да оно садржи прецизне информације о броју рочишта, времену одржавања рочишта, распореду извођења доказа на рочиштима и предузимању других процесних радњи, судским роковима и укупном времену трајања главне расправе.²⁷ Ово је одредба која прецизно наводи све обавезе суда којима се задовољава захтев да се суђење заврши у разумном року. То значи да суд, на основу сложености парнице, утврђује све важне временске одреднице везане за парнични поступак. Дефинисањем временског оквира не само да се убрзава парнични поступак, већ странке добијају прецизне временске оквире за све важне сегменте парничног поступка, што доводи и до смањења опортунитетних трошкова парничних странака.²⁸ Законодавац је прописао и обавезу да суд мора да поштује временски оквир који је утврдио решењем.²⁹ Међутим, поштрава се процесна дисциплина одредбом да свако неосновано одлагање рочишта, повреда или злоупотреба права и нарушавање процесне дисциплине суд треба да санкционише. Поштравање процесне дисциплине је један од метода којим се повећава ефикасност правосудног система, самим тим и судова који суде у грађанској материји. На овај начин закон би требало да делује превентивно на потенцијалне парничне странке које ће се морати придржавати временског оквира, али и да не злоупотребљавају право или не нарушавају процесну дисциплину.

У чл. 326, ст. 2 који се односи на управљање главном расправом новог ЗПП-а од суда се захтева да свестрано расправи предмет спора, чиме се појачава начело тражења истине, да не одуговлачи поступак (начело процесне економије) и да се расправа доврши на једном рочишту, односно у временском оквиру, чиме се појачава примена начела концентрације поступка. Међутим, начело процесне економије и концентрације поступка могу бити у колизији са начелом тражења истине. С једне стране, начело тражења истине захтева да се предмет спора мора свестрано и темељито расправити узимањем у обзир свих

²⁷ ЗПП 2011, чл. 108, ст. 3 и ст. 4.

²⁸ Пропуштена корист која је могла да се оствари за време боравка у суду и за време предузимања свих осталих активности везаних за дату парницу. С обзиром на прецизно утврђивање временских рокова, а самим тим и крајних суђења, повећава се могућност остварења користи за саме странке њиховим ангажовањем у другим продуктивним делатностима.

²⁹ ЗПП 2011, чл. 309, ст. 4.

чињеница које су релевантне у датом спору. С друге стране, начело процесне економије, које захтева да се поступак не одуговлачи и начело концентрације поступка, које захтева да се расправа заврши по могућству на једном рочишту, чине поступак ефикаснијим. „Решење проблема може се наћи у прилагођавању правила парничне процедуре, система доказивања, или управљању самим процесом суђења. Напори последњих деценија да се развију правила која омогућавају погодни баланс између тражења информација и различитих метода доказивања довела су до очигледних и познатих примера ове врсте прилагођавања судског процеса.“³⁰ Међутим, јасно је да у овом случају долази до повећања трошкова и продужавања парнице, што је у супротности са начелом процесне економије. Због тога је неопходно пронаћи праву меру између очигледног *trade-off*-а који се јавља између ових супростављених начела, а највећу одговорност за успостављање оптимума сноси сам судија, али и парничне странке, које би у циљу ефикасности парничног поступка требало да износе само релевантне чињенице.

Захтев за ефикаснијим суђењем инкорпориран је и у чл. 383, ст. 5 новог ЗПП-а. Уколико другостепени судови отворе расправу неопходно је да дефинишу временски оквир у коме би расправа требало да се одржи и заврши. Ако другостепени суд укине првостепену пресуду, првостепени суд мора заказати рочиште најкасније у року од 30 дана по пријему решења другостепеног суда на коме ће првостепени суд бити дужан да поново утврди временски оквир у коме ће се одржати нова главна расправа.³¹ Међутим, законодавац је пропустио прилику да прецизније утврди који је то временски оквир односно да прецизније дефинише временско трајање поновљене главне расправе, јер непрецизно дефинисање временског оквира као битне одреднице поновне главне расправе може негативно да се одрази на ефикасност саме парнице. У старом законском решењу није било прецизно дефинисано у ком временском оквиру ће бити одржано рочиште.

У Закону је посебна пажња посвећена управо начелу суђења у разумном року, јер увид у праксу Европског суда за људска права указује да је највећи број пресуда на штету Републике Србије донет управо због повреде овог начела. Увођење временског оквира био је „елегантан“ потез срачунат управо на чињеницу да временски оквир заједнички утврђују странке у спору и суд, па, сходно томе, странке ће бити лишене права да истичу приговоре у вези са повредом начела суђења у разумном року, јер саме креирају временско трајање

³⁰ Jerry L. Mashaw, „The Management Side of Due Process: Some Theoretical and Litigation Notes On the Assurance of Accuracy, Fairness, and Timeliness in the Adjudication of Social Welfare Claims“, *Cornell Law Review*, 59, 772/1974, 776.

³¹ ЗПП 2011, чл. 398, ст. 1.

парнице, док је и сам суд обавезан да се придржава овог временског оквира.

3. ОЧЕКИВАНИ ЕФЕКТИ УВОЂЕЊА ВРЕМЕНСКОГ ОКВИРА

Увођење временског оквира представља врло значајан корак у реформи ЗПП-а. Од новог ЗПП-а очекује се да омогући ефикаснији и економичнији поступак пред судовима, а самим тим и ефикасније остваривање права грађана. Поштовање временског оквира би требало да доведе до повећања правне сигурности свих правних субјеката, што је, између осталог, и услов развоја сваке државе. Један од основних очекиваних ефеката увођења временског оквира у ЗПП јесте смањивање броја приговора у вези са нарушавањем начела завршетка суђења у разумном року. Пошто се временски оквир одређује договорно између парничних странака и самог суда, странке преузимају део одговорности за временско трајање парнице, те се смањује могућност да парничне странке подносе приговоре у вези са захтевом да суђење буде завршено у разумном року, јер су саме учествовале у креирању временског оквира. У периоду од 2007. до 2011. године укупан број представки које су из Србије поднете Европском суду за људска права износио је 5285,³² од чега је чак 41%³³ поднето због кршења чл. 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Овај алармантан број поднетих представки говори у прилог потреби увођења временског оквира и прецизног утврђивања дужине трајања поступка пред судовима који суде у парничној материји.

Инкорпорирање временског оквира у нови ЗПП би требало да доведе до низа позитивних ефеката. Наиме, ефикаснија суђења у грађанској материји доводе до уштеда како за парничне странке, тако и за државу и друштво у целини. Временско утврђивање трајања парнице, као што је већ речено, смањује опортунитетне трошкове парничних странака, али и свих осталих лица која су укључена у парнични поступак. Смањење временског трајања парнице омогућава лицима да своје ресурсе улажу у друге продуктивне делатности, док судије добијају више времена које могу да посвете другим предметима, посебно решавању застарелих предмета који представљају један

³² European Courts of Human Rights, *Analysis of Statistics 2010*, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/0A35997B_B907_4A38_85F4_A93113A78F10/0/Analysis_of_statistics_2010.pdf, 12.

³³ European Courts of Human Rights, *Statistics on Judgments by State*, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E6B7605E_6D3C_4E85_A84D_6DD59C69F212/0/Graphique_violation_en.pdf, 6.

од најважнијих извора неефикасности. Ефикаснија парница доводи до тога да адвокати могу прецизније да планирају свој рад на преузетим предметима и, у складу са временским оквиром, раде ефикасније свој посао. С аспекта државе као целине, утврђивање временског оквира требало би да смањи број штетних пресуда које су донете против државе пред Европским судом за људска права, па би се, и на том нивоу, могле остварити значајне уштеде.

Увођење временског оквира у ЗПП оставља и нека отворена питања. Наиме, суђење у разумном року подразумева брзу и ефикасну заштиту нарушених права, али никако не би требало заборавити и да се односи на захтев да суђење буде правично. Захтев за суђењем у разумном року који би требало да, осим повећања поверења грађана у правосудни систем, утиче и на побољшану ефикасност судова, може имати реперкусије на остваривање захтева које прописује начело тражења истине. Међутим, законодавац није прописао конкретне временске рокове (нпр. да парнични поступак може да траје највише две године), већ је ишао на уопштену одредбу по којој временски оквир одређују парничне странке и суд усаглашавањем својих интереса. На овај начин евидентно је да нов ЗПП мири ова два начела захтевом да се оствари и ефикасна, али и законита правда. Поставља се питање да ли је законодавац могао да прецизно утврди фиксирани рок трајања парнице. Велики број заосталих предмета из претходних година, организација судова која је другачија у односу на судски систем развијених земаља и смањење броја основних судова у односу на претходно стање (138 ранијих општинских судова сведено је на 34 основна суда) могу бити ограничења у смислу прецизног утврђивања трајања парнице. У Немачкој је, на пример, уведен фиксни рок за првостепени поступак од 4,1 месеца.³⁴

Поменута реорганизација судова у нашој земљи већ је показала одређене негативне ефекте на ефикасност суђења, независно од увођења временског оквира. Значајно смањење броја судова и организација судских јединица ван судова има значајне реперкусије на поштовање начела завршетка суђења у разумном року. Наиме, смањење броја првостепених судова има утицаја на право приступа суду (чл. 6 Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода). Поставља се логично питање да ли би утврђивање фиксираних рокова имало смисла у ситуацији када је број првостепених судова смањен, али исто тако и питање да ли ће утврђивање временског оквира имати очекиваног ефекта на ефикасност парничног поступка.

Члан 10 новог ЗПП-а наводи да ће суд одредити временски оквир у договору са парничним странкама. Остаје нејасно да ли ће

³⁴ <http://www.rechtspflegforum.de/showthread.php?537> *BMJ Rechtsbehelf gegen %FCberlange Verfahrensdauer geplant.*

судија у ситуацији када парничне странке не могу да се договоре око временског оквира трајања парнице бити нека врста „медијатора“ који ће мирити интересе супротстављених страна, или, оно што је реалније, у складу са захтевима да се суђење заврши у разумном року и захтевом правичног суђења, одредити временски оквир, који ће у наведеном случају бити више у интересу тужиоца него туженога. У ситуацији када је у питању спор који има негативну очекивану вредност, у смислу да је тужилац поднео тужбу, а постоји велика вероватноћа да ће бити пресуђено у корист туженога, интереси, у смислу временског оквира, се мењају и тада утврђивање разумних рокова постаје корисно за тужену страну.

Имајући у виду велики број нерешених односно заосталих предмета из претходних година, поставља се и питање у којој мери ће увођење временског оквира имати утицаја на смањење броја заосталих предмета. Наиме, у чл. 506 новог ЗПП-а законодавац је прецизирао да ће сви започети поступци пре ступања на снагу новог Закона бити окончани по одредбама претходног Закона о парничном поступку. При том је јасно да ће се нерешени предмети решавати спорије у односу на новопримљене предмете, што ће у одређеној мери девалвирати увођење временског оквира у нов ЗПП. Међутим, значајан део заосталих предмета представљају предмети који су враћени на поновно суђење, па је законодавац предвидео у истом члану ЗПП-а да се поновни поступак спроводи по одредбама новог ЗПП-а, чиме се повећава значајност увођења временског оквира у нов ЗПП.

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Временски оквир као важан институт новог ЗПП-а представља, генерално посматрано, велику новину у парничном поступку у нашој земљи. Сва претходна законска решења у области парничног поступка су мање или више поштовала начело суђења у разумном року. Но, ово је први пут да се временско трајање поступка законски прописује, чиме се стаје на пут дуготрајним и, самим тим, скупим парницама,

Међутим, законодавац је пропустио прилику да прецизно дефинише дужину трајања првостепеног поступка као што је, на пример, прописано у Немачкој. С обзиром на велики број нерешених предмета из претходних година у Србији, прописани рок би морао бити дужи (на пример, до годину дана). Прецизно утврђивање временског оквира мора бити праћено јасном стратегијом за решавање нерешених предмета из претходних година. У првостепеним судовима би требало формирати судске тимове који би се бавили питањем старих предмета, а по потреби, могле би бити ангажоване и судије у пензији.

Ефикасно решавање старих предмета подразумева континуирано праћење рада сваког члана судског тима. Процедурална дисциплина сваког судије и стриктна примена процедуралних правила доприноси ефикаснијем раду ових тимова и смањењу броја нерешених предмета. Тек смањивање броја нерешених предмета отвара простор за успешно утврђивање временског оквира у коме првостепени поступак мора да се заврши, односно његову примену у пракси.

Нови ЗПП почеће да се примењује 1. фебруара 2012. године. Корените промене у ЗПП-у би требало да повећају ефикасност парничног поступка, ажурност судова, смање укупне друштвене трошкове и доведу до убрзања парничног поступка. Ово су, у исто време, и циљеви које је законодавац поставио као главне путоказе у креирању новог ЗПП-а. Пошто су временским оквиром обухваћене све фазе парничног поступка, уколико се све стране у том поступку буду држале временских одредница, реално је очекивати да би побројани ефекти могли бити остварени. Ипак, време ће показати да ли ће нови ЗПП и увођење временског оквира успети да стабилизује правосудни систем у области грађанске материје, како у смислу решавања заосталих предмета, тако и укупног повећања ажурности. Као и обично, све зависи од тога каква ће бити конкретна примена овог закона у пракси.

Čedomir Gligorić, LL.M.

Assistant Lecturer

University of Belgrade Faculty of Law

TIME FRAMEWORK IN THE NEW SERBIAN CIVIL PROCEDURE ACT

Summary

An important novelty in the recent Civil Procedure Act of 2011 deals with introducing „time framework“ set down to terminate civil cases within a reasonable time limit, and to break away from enduring trials. It was among the weakest points of the previous practice. The author analyzes effects of the former Civil Procedure Act of 2004 on clearance rate and its effects to the number of pending cases. Although in a period before 2010 clearance rate has shown a positive trend, a huge backlog of unsolved cases from previous years appears as a big burden for civil courts efficiency. This is why the new idea of „time framework“ was introduced

by establishing innovative technical solutions (including single judge trial, audio and video taping of the hearing, more efficient way to obtain expert witness opinion, etc.), including an early consent of all actors of the case (judge and the two parties) about the expected duration of the trial. The author tries to point to positive aspects, along with some deficiencies of the new Act in that respect, and offers some suggestions for improvement.

Key words: *Time framework. – Civile Procedure Act of 2011. – Clearance rate. – Pending cases.*

Мр Огњен Вујовић*

ИНЈУРИЈА КАО ДЕЛИКТ

Iniuria је од раних времена била знак противправности. Управо је због тога означавала пра *crimen*. Током процеса издвајања световне инјурије из пра кримена, настаје облигационо право и истовремено настаје инјурија као деликт. У времену доношења Закона XII таблица не може бити деликта увреде, а не може бити ни клевете. Како да их буде када реч још увек није секулари зована? Кључну улогу, приликом разградње деликта инјурије, је одиграла по треба за правно језичком формулацијом специфичних телесних повреда, преко посебних стандардизованих правних формула (*membrum ruptum* и *os fractum*). Ова стандардизација има тежњу да, типичним случајевима, преко посебних формула, постепено подари посебне заштитне објекте и да тако формира по себне деликте. Међутим, овде она никада није довршила тај процес.

Кључне речи: *Iniuria*. Пра *crimen*. *Membrum ruptum*. *Os fractum*. Увреда.

1. ПИТАЊА

Аристотел, као отац научне логике, говори да треба постављати једноставна питања и на њих пружати што једноставније одговоре. Стога, овом приликом, треба поставити следећа питања:

Да ли је инјурија могла представљати некакав концепт противправности?

Да ли је инјурија била пра-*crimen*?

Да ли је инјурија била посебан деликт?

Да ли је инјурија у најранијим временима (пре и у Закону XII таблица) означавала и деликт увреде?

Ова питања треба искористити за разраду хипотеза изнетих у чланку „Корени деликата *iniuria* и *convicium*“.¹ Оне свакако нису

* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Приштини Косовска Митровица, ogvojovic@yahoo.com.

¹ Огњен Вујовић, „Корени деликата *iniuria* и *convicium*“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2010.

биле довољно поткрепљене и образложене, што је вероватно, са своје стране, изазвало полемику,² али је у међувремену нешто од тих претпоставки доживело надградњу.³

Катанчевић је у полемици изнео две методолошке примедбе: у једној тврди да је приликом тумачења инјурије употребљена неадекватна лингвистичка метода,⁴ а у другој одриче могућност коришћења еволутивног метода у проучавању римских деликата.⁵ На тим методолошким опредељењима почивају два његова става: једним се противи било каквој могућности постојања пра-*crimen* категорије,⁶ а другим каже да интереси патер фамилијаса (као заштитни објекат) нису оно што би инјурију могло одвојити од осталих деликата.⁷

2. ЛИНГВИСТИЧКИ МЕТОД

Потребно је изнети разлоге који указују на то да закључак о некаквој „слепој“ примени језичког метода није примерен.⁸ Наиме, Катанчевић каже: „Они греше када полазе од тога да је деликт инјурије све оно за шта се у изворима на било који начин и у било ком контексту везује реч *iniuria*. Уколико бисмо применили такав језички метод поменутих аутора на проучавање древних правних текстова, свакако бисмо дошли до апсурда“.⁹

² Вид. Андреја Катанчевић, „О пореклу врста деликата“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2011.

³ Вид. Огњен Вујовић, „Инјурија и телесне повреде у Закону XII таблица“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2011.

⁴ А. Катанчевић, (2011), 415-417.

⁵ „Такође нема доказа да су се римски деликти развијали једни из других на еволутиван начин“, *ibid.*, 419.

⁶ А. Катанчевић, (2011), 415 и даље.

⁷ *Ibid.*, 417 и даље.

⁸ Катанчевић, приликом разматрања деликта *iniuria* у Закону XII таблица користи Шелову реконструкцију, А. Катанчевић „*Iniuria alteri facta* преткласичног римског права“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2010, 289, *Tab. VIII 4: Si iniuria(m) alteri faxit viginti quinque poene sunt*. С друге стране, истраживање у чланку „Корени деликата *iniuria* и *convicium*“ је наслоњено на Брунсово (*Brunns*) решење, О. Вујовић, (2010), 265 фн. 16. Брунсова реконструкција је коришћена и у чланку „Инјурија и телесне повреде у Закону XII таблица“, О. Вујовић, (2011), 414 (*Tab. VIII 4. Si iniuriam faxit, viginti quinque poenae sunt*). Чини се, пак, да Казер (*Kaser*) не прихвата, као потпуно тачно Гелијево сведочанство (*Aulus Gellius, Noctes Atticae* 20. 1. 12) о *iniuria* Закона XII таблица. Он полази од *Si iniuriam alteri fax sit, XXV poenae sunt*, Мах Казер, *Roman Private Law* (transl. R. Dannenbring), *Pretoria* 1980³, 256. Међутим, приликом разматрања природе одредбе која се налази у *Tab. VIII 4.* није битно којој ће се реконструкцији приклонити. То је зато што је лингвистички метод немоћан пред овим питањем.

⁹ А. Катанчевић, (2011), 415-416. Он даље коментарише: „Вујовић иде чак толико далеко да тврди да: ‘За архаично право о инјурији постоји јасна потврда и

Чини се, међутим, да управо Катанчевић користи искључиво језички метод. Он у одредби о *iniuria* у Закону XII таблица види само својеврсну фразу која указује на деликт увреде.¹⁰ Међутим, не види се како би формулација *si iniuria(m) alteri faxit* дозвољавала неко уско значење о коме он говори. Реч *iniuria* и даље поседује опште значење.¹¹ У комбинацији са *alteri*, опет остаје неодређена. У оваквом језичком контексту се не може добити уско значење. Зато су за тумачење ових израза много битнији законски¹² и друштвени од језичког контекста. С друге стране, прилично је заводљиво да се извуче закључак да баш због свог општег значења термин *iniuria* не може указивати на конкретне радње. Уколико нема конкретних радњи, онда нема ни посебног деликта.¹³ Како се не би упало у ову замку, потребно је образложити зашто неко сматра да је инјурија била посебан деликт и поред општег значења тог термина. Катанчевић то не чини, већ само констатује да се реч *iniuria* користила да означи противправност.¹⁴ Неко би помислио да он, у ствари, инјурију и не види као било какав посебан деликт.

доказ једино у оквиру *legis actio sacramentum in rem*'. При томе, он потпуно заборавља да је формула овог поступка сачувана у Гајевим *Институцијама*, у којима се такође помиње и деликт инјурије (Gaius, *Inst.* 3.220 225) за који се ни на који начин не везује виндикација“, А. Катанчевић, (2011), 415 фн. 9. На ову примедбу треба рећи да нико и не спори да Гајев извештај не може пружити потпун одговор на питање како је изгледала инјурија у најранијем периоду (пре Закона XII таблица). Да може, не би ни било потребно даље истраживање.

¹⁰ „Уколико се прихвати теза да реч *alteri* није вишак, онда се мора прихватити једино могуће решење, да је овде реч о фрази, која има посебно значење у односу на речи које је чине. Дакле, овај израз има сасвим уско и прецизно значење“, А. Катанчевић (2010), 290. „Тако долазимо до једноставног закључка да је деликт инјурија Закона дванаест таблица сасвим одређен и савременицима познат деликт, који штити не *тело*, већ *част* римског грађанина. На тај начин, ако бисмо желели да деликт инјурије дефинишемо речником савременог права, могли бисмо да употребимо једноставно реч ‘увреда‘“, *ibid.*, 293.

¹¹ Како то Даубе лепо примећује: „the formation of *in iuria* is too clear to admit of misinterpretation“, David Daube, „*Societas as Consensual Contract*“, *Cambridge Law Journal* 6/1936 1938, 402.

¹² Остале две одредбе Закона XII таблица које говоре о телесним повредама (*Tab.* VIII 2 и *Tab.* VIII 3), али и одредбе у *Tab.* VIII 1. Чини се да одредбе у *Tab.* VIII 1, до сада нису коришћене за тумачење одредбе у *Tab.* VIII 4., бар не на начин који ће бити споведен у овом чланку.

¹³ Чини се да Даубе не види могућност за постојање посебног деликта инјурије, већ сматра да је *iniuria* само реч која носи значење противправности, вид. фн. 47.

¹⁴ „Реч *iniuria* се у Закону дванаест таблица, као и каснијим изворима употребљава у смислу *противправно*, баш као што се и реч *ius* употребљава у смислу *право*“, А. Катанчевић, (2011), 416. Изгледа да Катанчевић овде одступа од својих ставова, вид. А. Катанчевић, (2010), 289 фн. 7 и *ibid.*, 294 295 фн. 26. Наиме, овде је он заступао став да је анахронизам тражити појам противправности у Закону XII таблица. Полај (*Pólay*), такође, упорно инсистира на том ставу.

Полај иде другим путем. Он полази од друштвено-идеолошког контекста и зато негира било какву могућност да су Римљани у архаичном периоду могли познавати било какав концепт противправности.¹⁵

Не може се порећи да је термин *iniuria* погодан да под њега буде подведено свако понашање којим се угрожава поредак. Квалификацију угрожавања поретка могу добити само понашања којима се угрожавају заштитни објекти који за поредак имају кључни значај. Зато категорија заштиног објекта добија специфичну тежину приликом приступања проблему почетака инјурије. До ока савременог истраживача је допрло везивање овог термина за угрожавање туђих својинских овлашћења, за неосновано потраживање туђег роба. Овај најстарији помен речи *iniuria* се не може узети здраво за готово. Катанчевић испоставља примедбу да се за деликт инјурију ни на који начин не може везати виндикација.¹⁶ Ова примедба не може, на прави начин, да уведе у проблем корена инјурије. Он се залаже за *правилнију* примену језичког метода, а затим потпуно занемарује значај најстаријег појављивања речи *iniuria* и то у оквиру тако значајног легисакционог поступка.

Катанчевић наводи: „Према Вујовићевом ставу, *iniuria vindicatio* је облик инјурије и акт којим је ‘повређен и морални простор породице и њен социјални статус, а тиме и морални интегритет и

¹⁵ Elmer Pólay, *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest 1986, 16. Због овог везивања за конкретне друштвено идеолошке услове, Полај за *ius* и *iniuria* дозвољава само конкретне облике и конкретна значења, итд. О. Вујовић, (2010), 267-268). Полај у *iniuria vindicatio* види угрожавање патер фамилијаса, као шефа породичне задруге. Он сматра да је овде реч, не само о *iniuria vindicatio* роба, већ и детета које припада породичној задрузи, Е. Polay, 6. Он наводи и да Хаусманингер (*Hausmaninger*) у *iniuria vindicare* види најстарију форму инјурије, *ibid.*, 4 фн. 1. Иначе, и Полај *iniuria vindicatio* сматра првим обликом инјурије, *ibid.*, 5. Он кућну заједницу види као заједницу заштићену од стране разних божанстава, *ibid.*, 5 фн. 2. Зато се, каже он, након полагања заклетве у *legis actio sacramento*, има донети пресуда којом ће се утврдити која се од странака у спору криво заклела. Тим чином је она повредила божанства и кућну заједницу која је под њиховом заштитом, *ibid.*, 5. Он се придружује Казеру који породичној задрузи придаје три моћи: *manus, potestas* и *mancipium*, Е. Polay, 9. Полај наводи да је инјуријом у Закону XII таблица погођен патер фамилијас директно, или индиректно, преко угрожавања његовог *manus, Mancipium* или *potestas*, Е. Polay, 71. Према његовом схватању, ни реч *ius* изворно не означава апстрактни концепт права, *ibid.*, 75. Оваква Полајева концепција је противречна. Он, с једне стране, не признаје инјурији било какво општије значење, а с друге, свим понашањима која подводи под овај термин, придаје заједнички и врло широк и значајан заштитни објекат. Наиме, у теорији је несорно да је патер фамилијас, у неку руку, представљао основни орган власти ондашњег римског друштва. Управљао је породичном задругом која је вршила све васпитне, образовне и економске функције тог друштва.

¹⁶ Вид. фн. 9.

социјални статус породичног старешине”¹⁷,¹⁷ па сматра да се за ове тврдње не може наћи ниједан доказ.¹⁸

Чином *противправног* присвајања туђег роба угрожени су свеукупни интереси породичне задруге и њеног представника патер фамилијаса. Патер фамилијас је, како су то досад истакли многи аутори, и првосвештеник породичног култа. Атак на њега је много више од простог угрожавања неког тамо појединца. Чини се да је управо зато код неоснованог виндицирања употребљен тако снажан термин као што је противправност (*iniuria*). Ово виндицирање је један од облика пракримена инјурије, јер угрожава саме темеље друштвеног поретка.¹⁹

¹⁷ А. Катанчевић, (2011), 417. Поред Полаја, идеју да је инјуријом повређен углед, друштвени статус појединца, изнео је и Joseph Plescia, „The Development of ‘iniuria’”, *Labeo* 23/1977, 271 фн. 2.

¹⁸ А. Катанчевић, (2011), 417. Роско Паунд каже да су у примитвном праву, чак и угрожавања иновинских интереса третирана као угрожавања части слободног човека, Roscoe Pound, „Interests of Personality (Concluded)”, *Harvard Law Review (HLR)* 5/1915, 449.

¹⁹ С друге стране, Полај закључује супротно: да инјурија није била тзв. примитивни деликт из кога су настали други деликти, Е. Pólay, 75. Зато се не може рећи, као што то Катанчевић чини, да су, приликом заузимања става о постојању пракримена, на било који начин слеђени Полајеви ставови, вид. А. Катанчевић, (2011), 415 и 419. Катанчевић, такође, негира могућност да је инјурија била праделикт. Он сматра да је праделикт исто што и неправда, *ibid.*, 414 416. Richard A. Bauman, „The interface of Greek and Roman Law: Contract, Delict and Crime”, *Revue Internationale de Droits L’antiquite* 43/1996, 39 62 као кључно питање, приликом проучавања међуутицаја грчког и римског права, види везу између контракта, деликта и кривичног дела. Сва три појма су, каже он, обухваћена праделиктом, *ibid.*, 41. Ова хетерогена пракатегорија је била опремљена једном санкцијом, осветом, сматра Бауман (исти аутор истиче како је управо он сковао термин *Urdelikt*, *ibid.*, 41 фн. 5). Чим се јавила композиција, каже он, настао је контракт. Затим, подвлачи Бауман, након настанка разлике између компензаторних и некомпензаторних санкција, издваја се и кривично право, *ibid.*, 41 42. Лако је видљиво да Бауман сматра да је разградња ове категорије започела са разградњом санкција. Он уопште не узима у разматрање инјурију, па ни *iniuria vindicatio* приликом формирања појма праделикта.

Питање пракримена захтева подробније истраживање за које овде нема места (за корен свих прекршаја више одговара назив пра *crimen*, јер кривична дела чине најзначајнији део противправних понашања). Као што се из Баумановог приказа може видети, проблем пракримена отвара вечито питање. Питање настанка прве облигације. Међутим, као што је то истакнуто на другом месту (О. Вујовић, (2011), 414 и даље), санкције никако нису могле покренути процес издвајања посебних деликата из *световне* инјурије. Исти закључак може бити примењен и на пракримен. Дакле, „процесни“ разлози јесу стварали материјално право, али другим путем. Не путем санкција, већ путем стандардизованих правних формула. Прво што човек ради када негодује, када улази у спор са неким (без обзира пред каквим органом се тај спор одигравао) јесте да опише начин на који је повређен (туђу противправну радњу и њену последицу). Само на тај начин се долази до свести о посебном заштитном објекту који је угрожен неком од описаних радњи. То разликовање заштитних објеката, затим доводи до разликовања

Што се лингвистичког метода и пракримена тиче, Катанчевић наводи: „Они покушавају да нађу најмањи заједнички садржалац деликта инјурије о коме сведоче римски текстови и *iniuria vindicatio*, термина који се јавља у формули *legis actio sacramento in rem*. Из овог покушаја је настала целокупна конструкција *праделикта*“.²⁰

Не постоји такав покушај, већ *регресивно посматрање* једног института. Из његове касније природе (дате у одредбама Закона XII таблица, али и у Дигестама) покушава се доћи до његових корена. Поред тога, *iniuria vindicatio* представља појаву (правну формулу) која, по својој природи, омогућава далекосежне закључке.

Катанчевић такође наводи: „Вујовић каже: ‘У ужем значењу инјурија упућује на штету причињену туђој личности *aut re aut verbis*. Она обухвата повреду њеног физичког (*iniuria re facta*), али и моралног интегритета’. Чини се да је ауторов закључак да је *iniuria re facta* ‘повреда физичког интегритета’. Ова дводеоба инјурије потиче из Дигеста“.²¹

Рекло би се да приликом одређивања карактера појединих облика инјурије треба скупа посматрати и радњу и последицу радње.²²

3. О ЗНАЦИМА И ПОЈМОВИМА

У ситуацији када постоје неодређена реч и неодређена реченица, лингвистички метод не може решити проблем. Потребно је, прво,

прекршаја. Ове процесне потребе поспешују процес секуларизације правних норми и обратно. Санкције нису могле покренути процес разградње пракримена, јер се може рећи да је од самих почетака нека идеја еквивалентности (компензације) пратила систем санкција. О томе на својеврстан начин сведоче санкције за *membre ruptum* и *os fractum*. Катанчевић у својим примедбама остаје тамо одакле је све кренуло (на терену правде) и не усуђује се да крене даље.

²⁰ А. Катанчевић, (2011), 415. Међутим, конструкција праделикта је настала на потпуно другачији начин. Приликом конструкције појма *Urdelikt*, Бауман уопште не употребљава лингвистички метод, вид. претходну фусноту. Бауман не говори о инјурији као праделикту, већ је сковао посебан термин. Он и не тврди да је у то време постојао термин који би означавао ову категорију. С друге стране, њега *iniuria* интересује искључиво као *contumelia*. Он сматра да су састављачи Јустинијанове кодификације били у заблуди када је реч о грчкој установи *hybris* (I. 4. 4. Pr.). По Баумановом схватању *hybris* није исто што и *contumelia*. Он мисли да *hybris* више представља *measuring rod*, него што указује на било какву деликтну категорију. „A working definition would be ‘the self indulgent misuse of energy or power, riding roughshod over the rights of others’“, вид. R. A. Vauman, 60. О појму *hybris* у грчком праву, вид. више на српском језику Сима Аврамовић, „*Hybris* у античкој Атини – правни аспекти и савремени изазови“, *Зборник Матице српске за класичне студије* 10/2008, 203–222.

²¹ А. Катанчевић, (2011), 414. Катанчевић наводи да се ту, у ствари, ради о два критеријума поделе (начин извршења и заштићено добро).

²² Вид. О. Вујовић, (2011), 421–424.

окренути се антрополошким истраживањима о карактеру примитивног језика и примитивних термина. Леви Строс сматра да, и поред неких сличности, постоји значајна разлика између метода научника и метода домаћег (*примитивног*) мајстора.

„Другим речима, и да се послужимо управо језиком домаћег мајстора, делови се скупљају или чувају према начелу ‘то увек може да послужи’. Ти делови имају, дакле, само упола одређену намену; она је, с једне стране, довољна да домаћем мајстору не буде потребан посебан алат и познавање свих заната, а, с друге стране, недовољна да би сваки део имао тачно и строго одређену намену. Сваки део представља скуп у исти мах конкретних и могућих односа; делови су оператори, а могу се употребити ради обављања било какве радње у оквиру једног типа“.²³

Може се рећи да је инјурија „оператор“ и да се може „употребити ради обављања било какве радње у оквиру једног типа“. Поставља се питање шта спречава њену употребу у сврху означавања и клевете, или, пак, увреде, о којој говори Катанчевић? Одговор је једноставан и очигледан. У томе је спречава то што морални интегритет, у то време, не може бити одвојен од физичког интегритета. Инјурија, као знак противправности, настаје у једном таквом свету („једном таквом типу“) и представља његов оператор. Међутим, она није само оператор, већ и генератор. Захваљујући свом неодређеном значењу она генерише нове деликте. Инјурија је врло погодна алатка за решавање нагомиланих проблема и за крпљење многих нових рупа.

„Могли бисмо, дакле, да кажемо да и научник и домаћи мајстор трагају за порукама. Домаћи мајстор скупља у неку руку већ пренесене поруке, попут оних трговачких приручника који, сажимајући дотадашња искуства из те области, омогућавају налажење економичног решења за све нове ситуације (ипак, под условом да оне спадају у исту врсту као и некадашње ситуације); док човек од науке, инжењер или физичар, увек рачуна са *оном другом поруком* која би се могла изнудити од саговорника, упркос његовом устезању да се изјасни о питањима за која одговори нису унапред били поновљени. Појам се тако указује као средство за *отварање* скупине са којом се ради, а значење као средство помоћу кога се врши њена *реорганизација*: она је не проширује и не обнавља, него се ограничава на то да добије жељену групу помоћу њених трансформација.

...Слика је ‘окамењена’, једносмислено везана за свесни чин који је прати; али ако су знак и слика која је стекла моћ означавања још без садржине, то јест немају истовремене и теоријски неограничене односе са другим бићима истог типа (што је привилегија појма),

²³ Klod Levi Stros, *Dvlja misao*, Beograd 1978, 58.

они су већ *пермутабилни*, то јест способни да узастопно ступају у односе са другим бићима, иако у одређеним границама, и, као што смо видели, под условом да увек образују један систем у коме ће се преиначење једног дела само од себе одразити и на све друге делове: на том плану, обим и садржина о којима логично говоре не постоје као два различита и допунска вида, него као нешто што је чврсто повезано²⁴.

Дакле, „дивља мисао“ не разликује форму и садржину. Инјурија²⁵ је (пре и у времену настанка Закона XII таблица) и по форми и по садржини једно те исто – знак противправности. За ову мисао је врло практично да се разне ситуације које за заједничку карактеристику имају то да представљају угрожавање туђег, пре свега, физичког интегритета, подведу под заједнички знак, знак *iniuria*. Помоћу овог знака (и његових подзнакова *membrum ruptum* и *os fractum*) се наново и наново врши „реорганизација“ и „трансформација“ „скупи-не са којом се ради“.

4. ЗАШТИТНИ ОБЈЕКАТ ИНЈУРИЈЕ

Без обзира на то ком ће се преводу реченице, која се налази у одредби у *Tab. VIII 4*²⁶ приклонити, ниједан истраживач не сме да сметне с ума да је превод неодређен. Због тога ову реченицу (*Si iniuriam alteri faxsit*) није могуће разматрати без њеног контекста у Закону XII таблица.

Tab. VIII, 4 изричито помиње деликт инјурију, али не даје никакав опис радње и последице извршења овог деликта. Поред садржаја и карактера ове одредбе, романисти су у недоумици и када је у питању њен однос с друге две одредбе које говоре о угрожавању телесног интегритета појединца.²⁷ Прва и најочљивија заједничка карактеристика свих ових одредби је да понашања која су санкционисале немају тако трагичну последицу какво би било лишење живота

²⁴ *Ibid.*, 60 61.

²⁵ Иначе, елементе класичног појма инјурије, око којих нема спора у науци, најбоље је изразио J. Plešcia, 272: *dolus*, зла намера, *animus iniurandi* (*dolus* се претпоставља); противправни карактер радње (противправност се не односи само на прекршај писаног права, већ и на прекршај обичајног права, *boni mores*) и инјурија је увек причињена без пристанка и противно вољи оштећене стране.

²⁶ Катанчевић указује на две врсте тумачења ове одредбе, А. Катанчевић, (2010), 289.

²⁷ *Tab. VIII 2* и *Tab. VIII 3*. Треба поменути да Полај, из Гајевих *Институција* (G. 3. 223), изводи доказ да и ови случајеви представљају деликт инјурију. Полај наводи како Гај каже да је ту реч о „другим инјуријама“, у односу на *membrum ruptum* и *os fractum*, E. Pólay, 26.

нападнутог лица.²⁸ На први поглед је то уједно и једина њихова везивна тачка. Међутим, не може се тек тако прећи преко чињенице да ове одредбе архаични законодавац ређа једну за другом. Он материју излаже по асоцијацијама. Зато међу овим одредбама треба тражити врло блиску везу и само подзнаке знака *iniuria*.²⁹

С друге стране, независно од законског контекста, нико не може порећи да термин *iniuria* означава противправност. Да ли то може да наведе на претпоставку да је инјурија некада могла представљати и ознаку за сва угрожавања поретка, за пра-*crimen*? Да би се одговорило на ово, као и на питање које носи наслов овог поглавља, пажњу треба усмерити и на друштвени контекст у коме су настале наведене одредбе.

„Уколико је у схватањима примитивног друштва постојао појам који је обухватао све радње које су са собом повлачиле освету, зар то једноставно није био појам *правде*, односно *неправде*? Ове идеје су биле у основи појмова *права* и *неправа* (*противправности*), који су се развили касније. Јавља се питање: У чему се разликују појмови *праделикта* и *неправде*?“, каже Кантанчевић.³⁰

Међутим, у примитивним заједницама не постоје појмови, већ *знаци*. Када је реч о друштвеним институцијама онда ту долази до појаве знакова правности и противправности (ово су искључиво друштвене категорије). Ту нема места за правду и неправду. Категорије правде и неправде нису само друштвене, већ се тичу и индивидуалног осећања сваког појединца.

Приликом негирања да је *iniuria vindicatio* могла представљати било какав деликт, па самим тим и деликт инјурије, Катанчевић тврди да се инјурија никада није односила на заштиту туђе имовине. Она је, по њему, једино обухватала нападе на тело и част.³¹ Он каже и да: „не постоји ниједан доказ да је Аквилијев закон обухватио један део заштитних објеката инјурије Закона дванаест таблица“. ³²

Међутим, Вотсон износи, на изворима заснован став, да одредбе које се налазе у *Tab. VIII 2* и у *Tab. VIII 3* стоје на почетку развоја

²⁸ Вотсон каже: „The provisions on injuries less than death to humans which are contained in the Twelve Tables“, Alan Watson, „Personal Injuries in The XII Tables“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (TR)* 43/1975, 213.

²⁹ Вид. О. Вујовић, (2011), 415 и даље.

³⁰ А. Катанчевић, (2011), 415.

³¹ *Ibid.*, 419.

³² *Ibid.* Одмах затим Катанчевић каже: „једина подударност објекта заштите је поломљена кост роба, а чак и ту се не може са извесношћу тврдити да ли се у Закону дванаест таблица штити тело роба или имовина његовог власника, као што то чини Аквилијев закон“, *ibid.* Ко то може порећи да је роб предмет својине управо зато што нема морални интегритет?

римског права које се односи на живу имовину (које је постављено у каснијем Аквилејевом закону) и деликта инјурије, који обухвата и физичке нападе и клевету.³³

Катанчевић каже како је Закон XII таблица у другим одредбама такође штитио туђу имовину. Њему није јасно зашто онда и то није инјурија?³⁴ Одговор треба потражити у најстаријим временима (доба разградње пракримена). Тада се највреднија имовина налазила у колективној својини (*сфера одговорности колектива*).³⁵ Роб је тада морао бити вреднији део имовине којом управља искључиво патер фамилијас. Зато се роб виндицира. У таквим условима је крађа (*furtum*) за предмет могла имати само остале (економски мање вредне) покретне ствари.³⁶ Инјурија постепено (приликом разградње пра-

³³ A. Watson, 213.

³⁴ А. Катанчевић, (2011), 417. Исти аутор сматра да заштитни објекат инјурије, пре и у Закону XII таблица, не може бити *сфера приватних интереса патер фамилијаса (појединца)*, *ibid*. Он упорно превиђа чињеницу да је у најстаријим временима број заштитних објеката мали и да се зато они могу дефинисати само путем врло широких формулација. Он превиђа и став да се инјурија као пра *crimen* разграђује разградњом њеног некад јединственог заштитног објекта и да тако настају посебни деликти. Нико не може порећи, нити пориче, да многи од одвојених објеката и даље остају у сфери приватних интереса патер фамилијаса. Али, управо његова *световна одговорност* представља генератор разградње пракримена.

³⁵ Када колектив угрожава имовину другог колектива, онда избија рат. Пошто нема вишег друштвеног ауторитета који би могао решити спор, онда нема ни позивања на право, па ни знака противправности. Поставља се питање: Како онда настаје приватна својина? Познато је да Казер каже да је настанак својине вероватно повезан са гоњењем крађе, М. Kaser, 138. Међутим, пре ће бити да приватна својина настаје са секуларизацијом имовинских односа. Колективна својина никада нема потпуни секуларни карактер. (У романистици, чак постоји, како то Милошевић наводи, радикално мишљење да се „дивилни својински инструменти“ формирају тек крајем Републике, Мирослав Милошевић, „Проблеми Аграрног закона из 111. године п. Х.“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2007, 128).

³⁶ О томе на својеврстан начин сведочи процедура *lance et licio*, која је старија од Закона XII таблица. С друге стране, Бауман истиче да је крађа добар пример некомплетираних фрагментација урделикта. Код ње се кумулативно примењују санкције и компензаторног и некомпензаторног карактера. Он каже да специјални третман храмовске и јавне имовине говори о прекршајима који су скренули кривичном, уместо деликтуалном линијом током прве фрагментације урделикта. Касније, с појавом приватне својине, каже Бауман, приватна накнада постаје битна и јавља се основа деликата, R. A. Bauman, 55 и даље. Међутим, исправније је рећи да *furtum*, у ствари, угрожава *сферу религијске одговорности* патер фамилијаса [Живот члана колектива (следствено и његово убиство) припада *сфери религијске одговорности* колектива]. Нема препреке претпоставци да је и *furtum* био обухваћен пракрименом. Нема препреке претпоставци да је инјурија (као пракримен) тада могла означавати прекршаје којима се угрожава *целокупна сфера одговорности патер фамилијаса*. *furtum* се никако није могао први издвојити из пракримена, јер су њиме, и у Закону XII таблица, угрожени и туђа имовина и сакрални поредак. У овом закону су санкције за крађу искључиво пеналне и врло сурове. Дакле, прво се издвојила *светована инјурија* и настали су зачеци облигационог права. Кривично

кримена) почиње да означава *угрожавање сфере световне одговорности патер фамилијаса* као представника патријархалне породичне задруге, и управо је *iniuria vindicatio* најснажнији доказ таквог процеса.³⁷ Дакле, како се мења карактер друштва тако се мења и карактер инјурије, јер се истовремено мења карактер њеног заштитног објекта, а и одиграва се процес његове разградње. При том, не треба очекивати од инјурије као пракримена да кажњава баш све. Она реагује само на она понашања која угрожавају саме основе поретка.³⁸ Религија, слично томе, не реагује на лаж која нема већи значај. Тако се ни пра-*crimen* не осврће на обичну увреду. Обична увреда остаје и ван норми Закона XII таблица.

Инјурији се не може одузети карактер посебног деликта тврђњом о некаквом нееволутивном развоју римских деликата. Еволуције нема уколико нема континуитета. Континуитета нема уколико нема истог заштитног објекта. Проблем је у томе што управо наведене одредбе Закона XII таблица указују на исти заштитни објект. Континуитет његове заштите је могуће пратити кроз касније изворе, а и кроз изворе који говоре о периоду пре Закона XII таблица.

С друге стране, уколико Катанчевић сматра да се римски деликти нису развијали на еволутиван начин,³⁹ зашто онда управо на тај начин тумачи развој деликта увреде?⁴⁰ Такође, он изводи доказ да је инјурија као деликт „нешто квалитативно другачије од противправности“ из много каснијег Улпијановог сведочанства (*D. 47. 10.*

право се није издвојило, јер се не може издвојити оно што се није променило. Раније је све била кривица, јер концепт судбине посматра друштвене улоге као заслужене улоге.

³⁷ *Iniuria vindicatio* се постепено претвара у световни процес са световном опкладом. Дакле, из инјурије као пракримена, издваја се *световна инјурија*. Треба видети шта Казер каже. Он сматра да је процедура *legis actio sacramento* носила религијске печате (захваљујући заклетви), али да је касније изгубила тај карактер, М. Kaser, 398. Он каже да је архаична *vindicatio* и *contravindicatio* врло рано добила карактер прогресивне и објективне правничке процедуре, М. Kaser, 399. Казер каже и да се *legis actio sacramento in rem* тичала апсолутних права: *patria potestas, manus, mancipium*, власништво над робовима и стварима, М. Kaser, 397 и 138 139. Нема сумње да се Казер, приликом формирања овог става, никако није ослањао на лингвистички метод, упор. фн. 20.

³⁸ Ко може порећи да су патер фамилијас и породична заједница коју представља, саме основе друштвеног поретка?

³⁹ Казер говори супротно. Он каже да је класични концепт облигације представљао прогресивну креацију којој је претходила дуга еволуција, М. Kaser 166. Такође наводи да након претеча у Закону XII таблица, Аквилејев закон регулише питање штете претрпљене путем повреда (или уништења) робова или друге имовине, *ibid.*, 255.

⁴⁰ „Првобитни законски деликт увреде је прво проширен на поједине мање уобичајене, али друштвено непожељне случајеве. Посебним едиктима су у појам увреде укључени *ademptata pudicitia* и *convicium*“, А. Катанчевић, (2010), 302.

1. рг.).⁴¹ Приликом оваквог ослањања на Дигеста реч је о *регресивном посматрању једног института*, с циљем негирања постојања *pra-crimen* категорије.⁴²

5. СВЕШТЕНИЦИ И ПРА-CRIMEN

На почецима развоја сваког друштва најзначајнију улогу играју првобитни свештеници. Закон XII таблица носи трагове њиховог утицаја. Какве правне норме они могу стварати?

Карл Јунг у својој студији *Психолошки типови*, говори о интровертном и екстравертном типу личности. За интровертни тип личности каже следеће: „Ово мишљење лако се губи у безмерној истини субјективнога чиниоца. Оно ствара теорије ради теорије, привидно с обзиром на стварне или бар могуће чињенице, али с јасном склоношћу да од идеалнога пређе на чисто сликовито“.⁴³

„Израиљ не би имао својих пророка кад овај тип не би постојао. Интровертна интуиција поима слике које воде порекло из априорних, тј. наследством датих, основа несвеснога духа. Ови архетипови, чије је интимно биће неприступачно искуству, представљају талог психичкога функционисања низа предака, тј. милионским понављањем нагомилана и у типове згуснута искуства органскога постојања уопште. Стога су у овим архетиповима заступљена сва искуства која су се од давнина на овој планети догодила. Она су у архетиповима утолико јаснија уколико су била многобројнија и интензивнија“.⁴⁴

Може се рећи да су правда и неправда универзални људски архетипови. *Ius* и *iniuria* се подједнако могу односити и на правду и неправду, и на правност и противправност. Међутим, темељ правде се налази у апсолутности (схватање шта је праведно се мења током времена, али не и захтев за апсолутизацијом тих вредности), а темељ људских установа у конкретизацији правде. Конкретизација производи другачији квалитет – правност. Знак правде је сишао међу људе много пре Закона XII таблица и одмах узео обличје знака противправности. О томе сведочи легисакциони поступак и *iniuria vindicatio*.⁴⁵

⁴¹ А. Катанчевић, (2011), 416 417. Овде Катанчевић говори о посебном квалитету деликта инјурије, али не иде даље од те констатације.

⁴² То је само друга страна еволутивног посматрања појава. Иако Катанчевић, на истом месту, допушта могућност да је ово инјурија класичног права, његов методолошки поступак нема оправдања. Он прецењује домашњ једног сведочанства из извора класичног, или, можда, и посткласичног периода.

⁴³ Karl Gustav Jung, *Психолошки типови*, Нови Сад 1977, 416.

⁴⁴ *Ibid.*, 436 437.

⁴⁵ Стари Грци су често, како то Аврамковић каже, „релативизовали значај писаног права“. Он наводи да су они често кориговали законе позивањем на

Свет људи тражи конкретне описе и стандардизоване формуле. Конкретизација је произвела посебне облике знака противправности (пракримена). То је процес који ни свештенички ум није могао да избегне. Конкретизација погодује процесу секуларизације правних норми. Очигледно је да су облици инјурије (телесних повреда) у Закону XII таблица изражени стандардизованим правно-језичким формулама (*membrum ruptum* и *os fractum*), које указују на специфичне повреде. Оне су затим поређане по тежини последице. Одредба о *iniuria*, иако сама по себи неодређена, није могла проузроковати злоупотребе, јер је прецизирана захваљујући законском контексту у коме је дата. Из овог контекста је потпуно јасно да је за законодавца тело било битније од части. Пре Закона XII таблица ситуација није могла бити ништа боља. Да ли је одредба о *iniuria* Закона XII таблица могла садржати зачетке деликта увреде? Може бити. Али, зачеци нису исто што и формирано деликт увреде.

6. ПОЧЕТАК ИЗДВАЈАЊА ПОСЕБНИХ ДЕЛИКАТА, САДА ИЗ СВЕТОВНЕ ИНЈУРИЈЕ

Приликом анализирања овог процеса, треба поћи од Даубеових ставова: „Не може бити сумње да је термин инјурија означавао било који незаконит акт, или у чак још општијем смислу, противправност акта као таквог. Нема сумње ни да је ово значење присутно у Закону XII таблица: оно је, неко ће рећи, старо колико и сама реч, формирање *in-iuria* је толико јасно да би произвело било какве погрешне интерпретације. Аутори Закона XII таблица су, онда, морали и кидање уда или лом кости видети као инјурију исто као и шамар у лице. Обратно, шамар је далеко од тога да представља суштину инјурије. Другим речима, инјурија је у овом случају реализована у неком спољном акту исто као и код *membrum ruptum* и *os fractum*: противправност као апстрактна категорија једноставно не може бити кажњива. Такође, упркос чињеници да су *membrum ruptum* и *os fractum* форме инјурије не мање него ударац, и да је ударац „израз“ инјурије не мање него остали деликти, Закон XII таблица подесно назива ударац инјуријом како би га разликовао од *membrum ruptum* и *os fractum*. Зашто? У случају *membrum ruptum* или *os fractum* нема потребе за законодавца, тужиоца или браниоца, да се прибегне општем појму. Ситуација може бити описана једноставним језиком: постоји

правичност, односно осећај правичности *gnome dikaiotate*, вид. Sima Avramović, *Isejevo sudsko besedništvo*, Beograd 2000, 30 31. Међутим, закони код Римљана уживају мало већи ауторитет, а расправе о њиховом значењу више воде рачуна о језичком и другим врстама тумачења норми, него о правичности. Отуда, супротно од оног што Катанчевић каже, *iniuria* пре може имати значење противправности него неправде. Зар прве норме нису каузалног карактера?

човек чије су кости сломљене и човек који је то урадио... Одредбе о инјурији су многоврсније: ударац у уво, ударац у стомак и тако даље. Оне не могу бити на прави начин насликане; сем уколико законодавац не реши да изнесе дугу листу која ће увек бити некомплетна“.⁴⁶

Може се закључити да је узрок процеса реорганизације световне инјурије (који је довео до знакова *membrum ruptum* и *os fractum*) језичко-правнотехничке природе.⁴⁷ Можда би се могло рећи да су *membrum ruptum* и *os fractum* издвојени у посебне категорије инјурије и пре Закона XII таблица.⁴⁸

Даубе каже да ће тужилац упутити магистрата на своје упадљиво видљиве повреде и рећи да је оптужени *broken his limb* или *fractured his bone*.⁴⁹

Код *membrum ruptum* и код *os fractum*, реч је о типичним случајевима који се због тога могу изразити стандардизованим

⁴⁶ D. Daube, 402.

⁴⁷ А како је код Даубеа: он сматра да су *membrum ruptum* и *os fractum* посебни деликти („each deal with one definite delict“). С друге стране, он истиче да су прекршаји који су подведени под одредбу о *iniuria* врло разнолики, *ibid.* Изгледа као да Даубе, у суштини, ова три деликта и не види као посебне случајеве једног деликта, инјурије. Чини се да он у законодавчевом ређању ових одредби једне за другом види само својеврсни „технички“ поступак који доприноси ближем одређењу одредбе о *iniuria*. „It is thus perfectly understandable why the XII Tables opposed to *membrum ruptum* and *os fractum* on the one hand, unlawfulness, *iniuria*, on the other, as refering in this technical connexion to blows with no serious consequences“, D. Daube, 403. На основу свега овога се може извући закључак да, у суштини, Даубе не види инјурију као било какав посебан деликт. Својеврсна паралела се може повући са његовим истраживањем класификације контраката и њеног односа са појмом *consensus*. Он каже да су врсте контраката, сем консесуалних, изведене на основу упадљивих спољних радњи (реални, вербални и литерарни). То не значи да *consensus* код ових контраката није играо најзначајнију улогу, каже Даубе (*ibid.*, 398). Дакле, ево прилике да се уз помоћ ових Даубеових ставова извуче један шири закључак: Где нема упадљивих радњи прибегава се општем појму из правно техничких разлога. Исто тако, где су радње и њихове последице упадљиве и типичне, формира се стандардизована језичка формула. На тај начин се (услед језичко правнотехничких узрока) инјурија реорганизује и започиње процес настајања посебних деликата. Започиње, али, да ли се довршава? Чини се да је очигледно да санкције нису биле покретач процеса диференцијације деликата из првобитне инурије, већ је тај покретач језичко правнотехничке природе.

⁴⁸ Како је код Плесције: он сматра да су *malum carmen*, *occantatio*, *membrum ruptio* и *ossis fractio* настали пре Закона XII таблица. Међутим, он сматра да су ове одредбе укорене у *fas* и да су зато старије од одредбе у *Tab. VIII 4.*, која је потпуно секуларна, J. Plešcia, 275-276. Овде треба додати да процес секуларизације норми још увек (ни у времену Закона XII таблица) није потпуно секуларизовао реч. Реч поседује најчвршћу везу са оностраним. Зато још увек нема деликта увреде. С друге стране, Бауман истиче како је фрагментација праделикта почела у, како каже, „прелитерарном“, „оралном добу“, R. A. Bauman, 47-48. Та претпоставка је основана. Антрополошка истраживања кажу да и примитивни народи, неписмени народи, познају врло развијене класификације, које преносе с колена на колена.

⁴⁹ D. Daube, 403.

језичким формулама. Код лакших облика повређивања таква језичка стандардизација није могућа, јер су они разноврснији. Једина заједничка карактеристика им је да су све то лакше телесне повреде. Зато је за ове случајеве и предвиђена блажа санкција.

Код случајева који потпадају под одредбу о *iniuria* у Закону XII таблица, Даубе лепо истиче: „Нема упадљиве штете која би привукла његову пажњу“.⁵⁰ Овде Даубе налази потпуно оправдање за употребу оштег израза *iniuria* (противправност). Такође, увреда, наставља Даубе, не производи ни телесну повреду нити било какав телесни бол. „Она се назива *iniuria*, јер преступник није учинио ништа друго сем што је повредио своју жртву“.⁵¹ Чини се да Даубе не види препреку да одредба о *iniuria* Закона XII таблица обухвати и обичну увреду.

Остаје чињеница да је Закон XII таблица био посебно фокусиран на упадљива физичка повређивања. Оно што није било упадљиво није ни привлачило његову посебну пажњу. Да је законодавац размишљао о увреди, сигурно би је и стандардизовао кроз посебну правно-језичку формулу. Зато се може рећи да је одредба о *iniuria* имала у виду остале физичке повреде⁵² и да облици превода реченице *si iniuriam alteri faxsit*, које су теоретичари до сада понудили, нису од превеликог значаја.

Дакле, чак и након наступања процеса издвајања посебних знакова, језички издвојени деликти су, у суштини, још увек сматрани само облицима деликта исте садржине, деликта инјурије. Наравно да противправност, као таква, не може бити кажњива. То је зато што људске установе за разлику од божанских захтевају конкретизацију. Човек тражи опис радње и последице. Тражи доказ, јер не зна све. Уколико је и даље реч о јединственом заштитном објекту, онда је и даље реч о облицима истог деликта.

7. МОРАЛНИ ИНТЕГРИТЕТ И МАГИЈА

Пошто је утврђено да се, по Закону XII таблица, физичким актима могао угрозити, пре свега, туђи физички интегритет, ред је да се позабавимо питањем: да ли је Закон XII таблица поседовао одредбе које су кажњавале угрожавање туђег моралног интегритета, а које би било извршено речима? Претходно се треба осврнути на закључак који

⁵⁰ *Ibid.* Мисли се на пажњу магистрата који одлучује о повреди.

⁵¹ *Ibid.*, 403, фн. 63.

⁵² И Полај сматра да се одредба у *Tab. VIII 4.* морала односити на телесне повреде. Он каже да Закон XII таблица није познавао било какву *iniuria extra corpus*. Полај каже да ако Закон XII таблица после прве две варијанте инјурије (*membrum ruptum* и *os fractum*) говори у континуитету о неким другим инјуријама, онда то може бити само *iniuria in corpus*, Е. Pólay, 27 (упор. фн. 57 у овом чланку).

је изнео Роско Паунд (*Roscoe Pound*). Он напомиње да се (када год је реч о индивидуалним интересима) увек, пре свега, има у виду интерес нечије части. Дакле, углед храброг човека у одређеној заједници, подвлачи Паунд. Он каже да је у Грчкој сваки напад на нечију личност био квалификован као *хиприс* (*contumelia*). Значи, повреда части, увреда, била је њена есенцијална тачка, а не повреда тела, истиче он. Паунд закључује да је *iniuria*, у Риму, изворно указивала на увреду. Међутим, по Паунду, она почиње да означава било које намерно угрожавање туђе личности. Тамо је она производила такве последице на систем санкционисања да је он био концентрисан на одмеравање накнаде, не с обзиром на карактер и степен нанете телесне повреде, већ с обзиром на степен повреде части и с обзиром на степен жеље за осветом, закључује Паунд.⁵³ То што Закон XII таблица прво говори о тешким телесним повредама, а онда о *iniuria*, не иде у прилог става Роска Паунда. Ова околност упућује на другачији ток мисаоног процеса законодавца. Он увек има у виду оно што је Даубе истакао – видљив физички акт који је могуће јасно описати.

Очигледно је да одредба у *Tab. VIII 4* кажњава разна понашања, која за једину заједничку карактеристику имају ниски интензитет телесне повреде. Законодавац сматра да је ургентније да прво делује по питању тешких физичких повреда, па затим лакших. Значи, неће бити да је овде пресуднији степен повреде нечије части, како то Паунд каже, већ степен друштвене опасности.⁵⁴

За постојање било каквог посебног деликта, потребан је посебан назив. Оно што је, на први поглед, налик на некакав могући назив за клевету или увреду, налази се у одредбама:

Tab. VIII 1. a: Qui malum carmen incantassit...

Tab. VIII 1. b: Si quis occentavisset sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri.

Поставља се питање да ли се Закон XII таблица, у већ наведеним одредбама, односио на магију или пак на клевету, као још један од случајева инјурије? Мишљења су подељена, јер су и извори подељени. Плиније каже да се овде ради о магији, а Цицерон да се овде ради и о клевети.⁵⁵

⁵³ R. Pound, „Interests of Personality“, *HLR* 4/1915, 357.

⁵⁴ Вид. О. Вујовић, (2011), 415-421. Што је мањи интензитет кажњивог угрожавања телесног интегритета, то је већи његов морални значај. Тај морални значај је, у примитивнијим заједницама, ипак, већи код озбиљнијих телесних повреда. Докле год нема јасно разграниченог моралног од телесног интегритета, не може бити ни увреде. Једино може бити неких зачетака деликта увреде (што је мањи интензитет кажњивог телесног угрожавања, то је његов морални значај већи). Зачеци нису исто што и формирано деликт увреде.

⁵⁵ Plinius, *Naturalis Historia* 28, 2, 10-17; Cicero, *Tusculan Disputationis* 4, 2, 4, вид. Carolus Georgius Bruns, *Fontes Iuris Romani Antiqui*, Tübingen 1909⁷, 28.

Плесја наводи да су, по сведочењу Феста (*Festus*),⁵⁶ преци Римљана користили реч *occentare* у исту сврху ради које су правници, његови савременици, користили израз *convicium facere*.⁵⁷ Дакле, за нешто што је урађено гласно и са одређеним певачким модулацијама како би се могло чути са веће дистанце, срачунато да буде *turpe* (прекршај), јер се веровало да је учињено *non sine causa*.⁵⁸ Овај извештај Феста, с обзиром на његову удаљеност од времена настанка израза *occentare*, изазива сумњу. Поставља се питање: Како се може веровати да је Фест исправно разумео контекст у коме је употребљен овај израз?

Condo значи „направити, компоновати.“ У овом контексту, *condo* упућује на састављање формуле за клетву, упућује на тзв. црну магију. Суровост у кажњавању Плесја објашњава тиме што су архаична друштва, друштва части и као таква инфамију сматрају озбиљним умањењем части.⁵⁹ Међутим, сурово кажњавање овде има сасвим другачији узрок (о чему ће касније бити речи).

У литератури је много дискутовано о одредбама које се налазе у *Tab. VIII 1*. Не само да постоји жива расправа у погледу питања значења појединих речи и фраза, већ постоји и значајна неслаганост у погледу питања које су речи и фразе заправо биле саставни део оригиналног закона. Рајвз (*Rives*) наводи да ниједан аутор, сем Манфрединија (*Manfredini*), не сумња у аутентичност пасуса који је цитирао Плиније. Нико не сумња ни у први део који је цитирао Цицерон када говори о садржају Закона XII таблица, *si quis occentavisset*, каже Рајвз. У вези с другим делом који је Цицерон цитирао *sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitumve alteri*, једни сматрају да је он био оригинални део Закона XII таблица, а други да он није био оригинални део Закона, већ да је плод каснијих интерпретација, James B. Rives, „Magic in the XII Tables Revisited“, *The Classical Quarterly* 52/2002, 280.

⁵⁶ Festus, 190, 32 L.

⁵⁷ J. Plescia, 276. Цицерман такође наводи да су одредбе у *Tab. VIII 1a* и *Tab. VIII 1b* својеврсне претече (*forerunner*) деликта *convicium*, Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, 1053-1054. Чини се да је Бирксов циљ да докаже да је *actio iniuriarum* проширена на *occentatio* пре апсорпције *convicium* а и да је то била почетна тачка апсорпције осталих едиката, Peter Birks, „The Early History of Iniuria“, *TR* 37/1969, 204 и даље. Полај каже да је реч *convicium*, у преткласичном периоду означавала клевету, E. Pólay, 105. Она је, по његовом мишљењу, у формалном континуитету са *iniuria* у *Tab. VIII 4*, *ibid.* „This offended the ears of the candidate, as a part of his body, and in this way his honor, reputation and, through breaching the peace by a riotous behavior, it disturbed the order of the state, as well“, *ibid.* *Convicium* преткласичног периода, је, по Полају, угрожавао и туђу личност (*with personal „edge“*, *ibid.*) и јавни ред и мир, *ibid.* Као што је већ напоменуто, Катанчевић, такође, сматра да је, како га он назива, деликт увреде (мисли се на одредбу у *Tab. VIII. 4*) добио проширење у едиктима *ademptata pudicitia* и *convicium*, вид. фн. 40. Он, иначе, истиче да модерна романистика под појам *convicium* подводи и оно што се данас назива клеветом, вид. А. Катанчевић, (2010), 296.

⁵⁸ J. Plescia, 276.

⁵⁹ *Ibid.*

С друге стране, каже Плесја, црна магија је сматрана великом претњом друштву и самим тим врстом јавног преступа.⁶⁰ Он лепо наводи да је тек у другој пловини II века пре Хр. уз термин *carmen* припојена реч *libellus*. Тако су *libellus famosus* и *carmen famosum* постали еквивалентни појму клевете. По његовом мишљењу, овде већ може бити речи о својеврсном данку процесу еманципације *ius*-а од *fas*-а.⁶¹

Равјз, поводом дилеме коју су отворили Плиније и Цицерон, одговоре аутора дели на три групе.⁶² Прави критеријум за поделу ставова које су теоретичари изнели поводом овог проблема је, уствари, садржан у питању на које теорије покушавају да одговоре: *да ли је Закон XII таблица санкционисао и клевету?* (јер је несумњиво да је у одредбама у *Tab. VIII 1.* кажњавана примена магије).⁶³ По том критеријуму постоје две групе аутора. Једна група то дозвољава, а друга не. Нема никакве суштинске разлике између Рајзове прве и друге групе аутора. Чини се да Рајзова схватања, у суштини припадају тој заједничкој групи, јер он, како сам каже, не види магију и клевету као искључиве алтернативе, већ као тачке истог спектра.⁶⁴

Кажњавање магије смртном казном указује на то да јој се придаје велики значај, односно да се верује у њено дејство. То значи да друштво још увек није потпуно спремно за секуларну реч, за клевету, или увреду.⁶⁵ Чини се да је то основни разлог одвојеног егзистирања одредби о магији у Закону XII таблица. Магија исто као и правда до-

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ J. Plescia, 277.

⁶² J. B. Rives, 284 290. Ово је врло значајна студија о магији у Закону XII таблица, јер систематизује све ставове које је литература изнела о овом проблему. Ова Рајзова подела је усвојена од О. Вујовић, (2010), 275 277. Међутим, од те поделе треба одустати. Треба одустати и од става да су одредбе у *Tab. VIII 1.* корени деликта *convicium*. Одредбе у *Tab. VIII 1.* сигурно не могу бити још један облик деликта инјурије (*iniuria*). Инјурија се, као знак противправности, у ово време, односила на случајеве угрожавања, пре свега, физичког интегритета (*сфере световне одговорности патер фамилијаса*), а санкционисање тзв. вребалних деликата настаје тек од средине Републике. Магијом се, такође, угрожава туђи, пре свега, физички интегритет. Управо је магија оно што знацима *occentare* и *incantare* дарује битно другачији квалитет него што га има инјурија као световни знак противправности.

⁶³ Друга страна тог питања изгледа овако: да ли је у праву Плиније, или је у праву Цицерон?

⁶⁴ Вид. J. B. Rives., 285.

⁶⁵ Бауман каже да се у примитивним, „прелитерарним“ друштвима увреда (*insult*) могла причинити једино усменом, а не и писаном речју. Из неких разлога се, каже он, грчка клевета (*defamation*) никада није померила од својих корена, R. A. Bauman, 62. Међутим, пре ће бити да у „прелитерарној“ фази, а као што се може видети и неко време након наступања „литерарне“ фазе, људи верују да речима непосредно креирају догађаје у материјалном и у оностраним свету. Зато се тим речима не може увредити.

лази из оностраног, али за разлику од правде не мења природу силаском међу људе. Смрт је копча с оностраним. Због тога се те одредбе не могу довести у било какву везу с инјуријом. Увреда и клевета могу настати тек с потпуним ослобођењем изговорене речи од мистичног света.

Тек је *edictum generale de iniuriis aestimandis* промовисао тужбе *in factum* како би оне покриле штете нанете туђој репутацији, наводи Плесја. Након њега следи *edictum de convicio*. Плесја истиче да је овај едикт један од најранијих примера новог типа едиката који су мењали и развијали материјално право.⁶⁶

Чини се да се једина сличност између магије с једне, и клевете или увреде, с друге стране, огледа у томе да је за причињење и једне и друге и треће неопходна употреба речи. Неопходна је и вера у снагу речи. Међутим, та вера је квалитативно различита. Код магије, речи својом мистичном снагом непосредно креирају догађаје и у оностраном и у оностраном свету (јер су ти светови нераскидиво повезани). Зато код магије речи угрожавају, пре свега, нечији физички интегритет. Људи оштро реагују на такав говор, јер у њему виде врло моћну материјалну силу. Код клевете (а и увреде) оне утичу на ставове других људи о оклеветаној особи и тиме посредно утичу и на њену судбину (овде оне угрожавају нечији морални интегритет). Домаћи мајстор је прилично зависан од природе. Зато он није у стању да потпуно јасно разлучи морални од телесног интегритета. Зато је морално подређено телесном. С друге стране, телесно се постепено и мукотрпно ослобађа мистичног. Том процесу погодује практична, процесна потреба за језичко-правном формулацијом упадљивих случајева физичког повређивања. Тако се ови случајеви подводе под стандардизоване формуле.

8. ОДГОВОРИ

Након пређеног пута у полемици, а имајући у виду претходно изнети Аристотелов савет, ево одговора.

Iniuria је од раних времена била знак противправности.

Управо је због тога означавала пра-*crimen*.

С процесом издвајања *световне* инјурије из пракримена настаје облигационо право и истовремено настаје инјурија као деликт.

У времену доношења Закона XII таблица не може бити деликта увреде, а не може бити ни клевете. Како да их буде када реч још увек није секуларизована?

⁶⁶ J. Plescia, 283. Он инсистира да су формуле тужби свих едиката који следе након *edictum generale de iniuriis* засноване на формули коју је предвидео тај едикт.

Издајање посебних прекршаја из пра-*crimen* категорије запо-чиње из практичних, процесних разлога. Ту релаксацију је омогућио развој друштва који је произвео умножавање нових вредности и нових заштитних објеката. Започео је процес у коме је телесни интегритет постепено добијао световни значај. Исто тако и имовински интереси. Све то је омогућило постепени настанак *световне* инјурије и облигационих односа. Зато у оквирима инјурије Закона XII таблица остаје све оно што угрожава световни поредак, што не производи смрт и што није забрањено смртном казном.

С друге стране, правно-језичка формулација упадљивих повреда има тежњу да, преко посебних формула, тим повредама постепено подари посебне заштитне објекте и да тако формира посебне деликте. Међутим, овде она никада није довршила тај процес. Том приликом је за савезнике имала и санкције. Превагу је однела сфера световне одговорности патер фамилијаса као шефа породичне задруге, јер су неке друге одредбе Закона XII таблица још увек биле под јаким утицајем магије и религије.⁶⁷ Касније, патер фамилијас више није основа поретка, али то није ни обичан појединац. Заштитни објекат инјурије је изгубио на значају, али је остало врло опште значење које је реч *iniuria* носила са собом. Зато се у њене оквире почиње трпати све што се не може стандардизовати одговарајућом једноставном формулом.

Ognjen Vujović, LL.M

Assistant Lecturer

University of Priština – Kosovska Mitrovica Faculty of Law

INIURIA AS A TORT

Summary

Iniuria has been a sign of illegality from early times. Therefore, it signified pre-*crimen*. During the process of secular *iniuria* separation

⁶⁷ Плесја као деликт инјурију у Закону XII таблица види само деликт који је наведен у одредби *Tab. VIII 4*. Овај деликт је, по њему, децемвирска иновација и потпуно световна норма, *ibid.*, 275 и 287 288. Он наводи и да су *occenatio*, *membra ruptio* и *ossis fractio* вероватно укорени у *fas*, а *iniuria* у *ius*. Исти аутор каже да су претори били ти који су постепено под инјурију подвели бројне преступе. Међу њима и *membra ruptio*, *ossis fractio*, *convicium*, *adtemptata pudicitia*, *ibid.*, 287 288. Он каже и да је *ius* постепено истискивало *fas* и да је паралелно са тиме *iniuria* секуларизовала наведене прекршаје. Он истиче да је *iniuria* играла важну улогу у процесу еволуције од *fas* до *ius*, *ibid.*, 289). Међутим, насупротив Плесји, треба рећи да норме о *membra ruptum* и *os fractum* (у Закону XII таблица) нису религијског карактера.

from pre-crimen, obligation law is appeared and occurred as a tort iniuria as well. In the time of passage of XII Tables there can be neither defamation tort nor defamation. How can they exist unless the word has been secularized yet? A key role in the process of offence of iniuria decomposition was played by the need for legal-linguistic standardization of striking physical injuries through special legal formula (membrum ruptum and os fractum). This standardization has got the tendency, by typical cases and through special formula, to provide a gradual special protection to special values, and form separate assaults. However, that process has never been completed yet.

Key words: *Iniuria. – Pre-crimen. – Membrum ruptum. – Os fractum. – Insult.*

Др Јелена Ђ. Лопичић Јанчић*

ПРОФ. ДР АЛБЕРТ ВАЈС И НИРНБЕРШКИ ПРОЦЕС

Аутор представља рад проф. др Алберта Вајса, члана југословенске делегације пред Међународним војним судом у Нирнбергу у времену од 20. новембра 1945. до 1. октобра 1946. године. Вајс је тада био правни референт Државне комисије за утврђивање злочина окупатора и њихових помагача, и као стручњак за кривично право и полиглота, одређен је за члана југословенске делегације. Вајс је пратио суђење пред Међународним војним судом у Нирнбергу и сарађивао са савезничким тужиоцима приликом предаје наших докумената о извршеним немачким ратним злочинима у Југославији. О свом раду Вајс је послао Државној комисији за утврђивање злочина окупатора и њихових помагача у Београду преко 200 извештаја, предлога, анализа, разних писама и дописа. У овом тексту су први пут у нашој литератури приказани део извештаја, предлога и анализа Вајса, на основу истраживања и проучавања његових радова који се налазе у Архиву Југославије и који су били потпуно непознати нашој научној, стручној и најширој јавности. Наведени извештаји су веома важни како с правног, тако и с политичког аспекта, за проучавање тока самог суђења пред Међународним војним судом у Нирнбергу, јер је Југославија била савезничка држава која је за време Другог светског рата претрпела огромне људске жртве и огромна разарања. Убрзо по повратку из Нирнберга 1947. године Вајс постаје професор на Правном факултету Универзитета у Београду.

Кључне речи: *Међународни војни суд у Нирнбергу. Ратни злочини. Извештаји Алберта Вајса. Државна комисија за утврђивање злочина окупатора и њихових помагача.*

Антихитлеровска коалиција је, још у току Другог светског рата, поставила као један од својих основних задатака кривично гоњење и кажњавање ратних злочинаца и извршилаца злочина против мира и човечности. То је пре свега садржавала Московска декларација од 30. октобра 1943. године, коју су потписали Стаљин, Рузвелт и

* Аутор је адвокат у Београду, Булевар Михаила Пупина 7, jelena.lopicic@vektor.net.

Черчил,¹ затим Кримска декларација од 11. фебруара 1945. године,² која такође повлачи нужност кажњавања нацистичких ратних злочинаца, као и Повеља Уједињених нација сачињена у Сан Франциску 25. маја – 26. јуна 1945. године, која је ступила на снагу 25. октобра 1945. године.

Најзначајнија за кривично гоњење и кажњавање ратних злочинаца и извршилаца злочина против мира и човечности је Московска декларација од 30. октобра 1943. године која садржи познату Декларацију о немачким зверствима. У њој се поред осталог наводи: „Приликом пристанка било на какво примирје са ма каквом владом која би се могла образовати у Немачкој, они немачки официри и војници, као и чланови нацистичке странке који су одговорни за зверства, покољ и погубљења или су добровољно у њима учествовали, биће враћени у земље у којима су извршена њихова одвратна недела, како би им се могло судити и казнити их по законима тих ослобођених земаља и слободних влада које буду у њима образоване. Саставиће се спискови са свим могућим појединостима из свих тих земаља, узимајући нарочито у обзир окупиране делове Совјетског Савеза, Пољску, Чехословачку, Југославију и Грчку, укључујући ту и Крит и друга острва, Норвешку, Данску, Холандију, Белгију, Луксембург, Француску и Италију... Ова декларација не прејудицира случај немачких злочинаца, чији злочини нису везани за неко одређено место и који ће бити кажњени заједничком одлуком савезничких влада“.³

Суђење нацистичким ратним злочинцима одржано је у Нирнбергу од 20. новембра 1945. до 1. октобра 1946. године када је суд изрекао пресуду. Осуђене су нацистичке организације као злочиначке: Вођство нацистичке партије, Гестапо, СД, СС, Влада Рајха, Генералштаб и Врховна команда оружаних снага. Такође су осуђени највиши руководиоци наведених организација: Херман Геринг (*Hermann Goering*), Рудолф Хес (*Rudolf Hess*), Јоаким фон Рибентроп (*Joachim von Ribbentrop*), Вилхелм Кајтел (*Wilhelm Keitel*), Ернест Калтенбрунер (*Ernst Kaltenbrunner*), Ханс Фриче (*Hans Fritzsche*), Константин фон Нојрат (*Konstantin von Neurath*) Алфред Розенберг (*Alfred Rosenberg*), Ханс Франк (*Hans Frank*), Вилхелм Фрик (*Wilhelm Frick*), Јулијус Штрајхер (*Julius Streicher*), Валтер Функ (*Walter Funk*), Карл Дениц (*Karl Doenitz*), Ерих Редер (*Erich Raeder*), Балдур вон Ширах (*Baldur von Schirach*), Фриц Заукел (*Fritz Sauckel*), Алфред Јодл (*Alfred Jodl*), Мартин Борман (*Martin Bormann*), Атрур Сајс-Инкварт (*Arthur Seyss-*

¹ УН Збирка докумената 1941 1945, Београд 1948, 17 18; *Злочини против човечности и међународног права Нирнбершка пресуда и документи о геноциду*, Београд 1992, 33.

² УН Збирка докумената 1941 1945, 45.

³ УН Збирка докумената 1941 1945, 19 20.

Inquart), Алберт Шпер (*Albert Speer*), и Франц фон Папен (*Franz von Papen*).⁴ Савезници су за суђење изабрали Нирнберг из више разлога. Нирнберг се налазио у америчкој окупационој зони, у њему се налазила највећа судска сала која је остала неоштећена од стране савезничких бомбардовања и ратних дејстава, као и због симболике, јер је Нирнберг био место масовних манифестација и окупљања немачких нациста.

Генерална скупштина Уједињених нација Резолуцијом бр. 95 од 11. децембра 1946. године потврдила је начела Статута Нирнбершког суда и пресуде Нирнбершког суда као начела међународног права. Наведена одлука Генералне скупштине Уједињених нација је веома важна за даљи развој међународног кривичног права, а нарочито за материју ратних злочина.⁵

Влада Федеративне Народне Републике Југославије одредила је делегацију која је била при Међународном војном суду у Нирнбергу почев од 17. децембра 1945. године. У делегацији су се налазили проф. др Душан Недељковић,⁶ председник Државне комисије за утврђивање злочина окупатора и њихових помагача, као шеф делегације, проф. др Алберт Вајс, правни референт Државне комисије за утврђивање злочина окупатора и њихових помагача⁷ и Михаило Олењин, преводилац за немачки језик. Недељковић је неколико пута био у Нирнбергу, где се само краће задржавао, док је Вајс био стално у Нирнбергу и присуствовао суђењу. У саставу делегације је била и једна дактилографкиња која је вршила и административне послове и један возач. Дописник ТАНЈУГ-а из Нирнберга, Миливој Ј. Суђић, додељен је на рад Југословенској делегацији 2. априла 1946. године.⁸ Књижевник Оскар Давичо (1909–1989) такође је пратио суд-

⁴ *Нирнбершка пресуда*, Београд 1948, 124–234; *Злочини против човечности и међународног права*, 57.

⁵ *Нирнбершка пресуда*, 237.

⁶ Др Душан Недељковић (1899–1984) био је професор Филозофског факултета у Београду, етнолог, филозофски писац, члан САНУ и МАНУ.

⁷ Др Алберт Вајс, рођен је 1905. у Земуну, умро 1964. године у Београду. Био је професор Правног факултета у Београду, председник Савеза јеврејских општина Југославије, резервни капетан. Гимназију је завршио у Земуну, Правни факултет у Загребу. Од 1934. до 1941. био је адвокат у Београду. За време Другог светског рата као резервни официр био је у немачком заробљеничком логору, где је био члан антифашистичког одбора. По ослобођењу био је начелник Државне комисије за утврђивање ратних злочина окупатора и њихових помагача, затим на челник Института за међународну политику и привреду у Београду. Од 1947. године постаје професор на Правном факултету у Универзитету Београду, где је предавао Општу историју државе и права. Објавио је више научних и стручних радова из међународног права и правне историје. Вид. више Милан Бартош, *Др Алберт Вајс (1905–1964)*, *Анали Правног факултета у Београду* 2/3/1964, 357–359.

⁸ Архив Југославије Фонд број 110, фасц. број 809–61.

ски процес и о томе обавештавао југословенску јавност. У иностраној⁹ и домаћој литератури¹⁰ постоји прилично обимна литература, књиге, монографије, систематски радови, зборници радова, чланци, прикази и осврти, који обрађују суђење пред Међународним војним судом у Нирнбергу.

Југословенска делегација се веома темељно припремила за учешће у раду Међународног војног суда у Нирнбергу, јер су постојали крупни државни, политички и правни разлози. Пре свега, Југославија је била члан атнифашистичке савезничке коалиције, у току Другог светског рата поднела је огромне људске и материјалне жртве, изгубила је 1.401.000 цивилног становништва, 305.000 бораца, рањеника и ратних заробљеника, стотине хиљада Југословена били су силом одведени на присилни рад у Немачку, где су многи изгубили живот или им је здравље тешко нарушено, а страдало је и 425.000 ратних инвалида. Ратна штета коју је фашистичка Немачка нанела Југославији износила је 46 милијарди и 684.000.000 америчких долара у вредности из 1938. године, коју је вредност усвојила Савезничка репарациона комисија у Паризу.¹¹

С обзиром на масовност, обим и незапамћену бруталност злочина који су извршили окупатори и њихови помагачи у Југославији, још за време рата основана је Државна комисија за утврђивање злочина окупатора и њихових помагача одлуком АВНОЈ-а 30. новембра 1943. године у Јајцу. Задатак Државне комисије је био да проналази и утврђује чињенице о извршењу ратних злочина, што је касније послужило за проналажење и привођење извршилаца ратних злочина и њихових помагача. Државна комисија је прикупила преко 900.000

⁹ F. Biddle, „Le proces de Nurneberg“, *Revue Internationale de Droit Penal* 1/1948; J. Birkett, „International Legal Theories Involved at Nurnberg“, *International Affairs* 23/1947; Donnedieu de Vabres, „Le Proces de Nuremberg“, *Revue de Science Criminelle et de Penal Compare*, Avr. Juin, Jullet 1947; H. R. Jason, *The Nurnberg Case*, Oxford 1947; L. Oaksey, *The Nuremberg Trials and the Progres of International Law*, Birmingham 1947; T. Taylor, „The Nurnberg Trials“, *Columbia Law Review* 55/1955, 488-525; G. Wright. „The Law of the Nuremberg Trail“, *American Journal of International Law* 41/1947 и др

¹⁰ Алберт Вајс, „Рад Комисије за утврђивање злочина окупатора и њихових помагача“, *Анали Правног факултета у Београду* 4/1961, 387-400; Владан Василијевић, *Међународни кривични суд*, Београд 1968; Душан Недељковић, „Нирнбершки процес нов међународни кривични законик“, *Архив за правне и друштвене науке* 1 6/1946, 23; Милан Бартош, „Стварање међународног кривичног суда“, *Народна милиција* 11/1954, 1; Б. Јанковић, „Оснивање међународног кривичног суда“, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву* 1957, 47; Милан Марковић, „Нирнбершко суђење примена нових начела у међународном кривичном праву“, *Зборник Института за криминологику и социологику истраживања* 2/1973, 173; Момир Милојевић, „Обавеза кажњавања за међународна кривична дела“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право* 2/1969, 213 и др.

¹¹ Архив Југославије, Фонд бр. 110, фасц. бр. 809 6.

пријава о ратним злочинима и злочинцима, близу 550.000 записника о саслушању осумњичених, сведока, оштећених и породице настрадалих, затим записника о увиђајима на лицу места, о ископавању масовних и појединачних гробница, вештачењима и друго. Пронађено је преко 20.000 оригиналних докумената из непријатељских извора. Државна комисија је донела око 120.000 одлука којима је утврђено око 65.000 ратних злочинаца. Наведене одлуке су биле по правилу кратке и сажете, које представљају само *prima facie* доказе за даљи кривични поступак.¹²

Из напред наведеног прикупљеног материјала који је заиста био веома обиман, требало је да се направи избор доказног материјала који ће се доставити Међународном војном суду у Нирнбергу. Државна комисија је направила тај избор и 16. јануара 1946. године предала Извештај Југословенске државне комисије за утврђивање злочина окупатора и њихових помагача Међународном војном суду у Нирнбергу на 139 страна. Предат је и још један допунски Извештај, који садржи и збирку од 160 пробраних докумената и један документарни филм.¹³

Анализирајући и разматрајући наведени *Извештај Југословенске државне комисије за утврђивање злочина окупатора и њихових помагача* Међународном војном суду у Нирнбергу, може се закључити да је, иако је написан на релативно малом броју страна, веома добро урађен, како с политичког, тако и с међународноправног аспекта. Један од главних приређивача и редактора овог извештаја је био др Алберт Вајс.

Одређивање Вајса за члана југословенске делегације при Међународном војном суду у Нирнбергу није било случајно. Др Вајс је био и делегат Владе ФНРЈ у Међусавезничком тужилаштву при Међународном војном суду у Нирнбергу. Није био у питању само његов патриотизам, који је исказан више пута, нарочито у најтежим условима у немачким концентрационим логорима, где је био веома активан члан Антифашистичког већа логораша и где му је претила опасност да као Јеврејин буде веома брзо и лако ликвидан од стране немачких логорских власти. Вајс је већ тада био познат као веома стручан и компетентан правник за разне гране права. Наиме, он је одмах после ослобођења био члан Државне комисије за утврђивање злочина окупатора и њихових помагача, где се за кратко време истакао као врстан познавалац материје кривичног права, међународног кривичног права, а нарочито питања ратних злочина. Поред наведе-

¹² А. Вајс, 387 398.

¹³ А. Вајс, 398. *Извештај Југословенске Државне комисије за утврђивање злочина окупатора и њихових помагача Међународном војном суду у Нирнбергу* публикован је под тим насловом у Београду 1947. године.

ног, био је веома добар познавалац и стручњак за историју државе и права, међународне односе, историју и развитак цивилизације, спољну политику, дипломатију, светску и југословенску књижевност и историју уметности.¹⁴

Вајс је био свестрано образован, надарен, начитан и надасве посвећен науци.¹⁵ Поред наведеног, био је полиглота, говорио је течно немачки, француски, енглески, руски, латински, мађарски и јеврејски језик, и пратио правну литературу на тим језицима. Нацистички Немачку и фашизам осетио је лично у страховитим нељудским условима у концентрационим логорима у Немачкој, где му је здравље било тешко нарушено од кога се није никада опоравио, и што му је касније скратило живот. Његову ужу и ширу породицу су Немци у Београду побили, као и скоро све Јевреје у Београду и у Србији.

Чим је био одређен за члана југословенске делегације пред Међународним војним судом у Нирнбергу, почео је убрзане припреме. Пре свега требало је из огромне грађе, доказног материјала, разних списа и документације, домаће и непријатељске, направити одабир који треба употребити на суду. Затим, било је потребно да се одреде личности нацистичке немачке војске, органа безбедности, полиције, окупаторских локалних органа, Гестапоа и других институција и организација који су вршили масовне и стравичне ратне злочине у окупираној Југославији. У питању су били документи и списи који су износили неколико десетина хиљада страница, као и бројне фотографије и снимљени филмски материјал које су сачинили немачки окупатори и њихови помагачи. Чињеница да је Вајс био члан Државне комисије за утврђивање злочина окупатора и њихових помагача и да је раније у свом свакодневном раду скоро читаву сакупљену грађу и документацију прегледао, прочитао и проучио, било му је могуће да то уради релативно брзо и успешно. Непријатељску документацију, која је била највише на немачком

¹⁴ Наводимо само део радова Алберта Вајса: „Дунавска конференција у Београду“, *Архив за правне и друштвене науке* 3/1948, 439; „Нове Женевске конвенције за заштиту жртава рата“, *Међународни проблеми* 4/1950, 100; „Проблеми међународног кривичног правосуђа“, *Међународна политика* 4/1952, 15; „Три године државе Израел (одломак из студије)“, *Међународни проблеми* 5/1951,51; „Рад Комисије за утврђивање злочина окупатора и њихових помагача“, *Анали Правног факултета у Београду* 4/1961, 387; *Опита историја државе и права* (са Љубицом Кандић), Београд 1962; *Поводом Ајхмановог процеса*, Београд 1965. Низ радова му је посвећен у зборнику *Споменица Алберта Вајса*, Београд 1965.

¹⁵ Као илустрације свестране образованости наводимо сјајан систематски рад Алберт Вајс, *Развитак цивилизације*, Београд 1965, који до данашњих дана није из губио на својој актуелности и који је незаобилазан рад за проучавање проблематике развитка светске цивилизације од најстаријих времена па све до XX века. На њему су се деценијама обучавале генерације студента, постдипломаца и докторанада широм тадашње Југославије.

језику, као и савезничку документацију, која је била на енглеском, руском и француском језику, читао је сам без превода и проблема, јер је те језике одлично говорио и на њима писао.

Током свог боравка у Нирнбергу Вајс је слао велики број извештаја др Душану Недељковићу, председнику Државне комисије за утврђивање злочина окупатора и њихових помагача, о свом раду као и о раду Међународног војног суда у Нирнбергу Наведени извештаји и друга преписка коју је слао Државној комисији за утврђивање злочина окупатора и њихових помагача у Београду налази се сачувана у Архиву Југославије у Београду.¹⁶

Поменути Вајсови извештаји су веома значајни из више разлога. Прво, у њима се даје детаљан и исцрпан извештај о раду Међународног војног суда у Нирнбергу. Пре свега, ту су извештаји о предходном поступку суда, као и предходном поступку и истрагама које је водило тужилаштво. Затим, у извештајима се обавештава шта је југословенска делегација радила, односно које је све доказе и документе подносила суду. Посебно постоје извештаји о сарадњи са савезничким тужиоцима везаним за масовне и стравичне ратне злочине које је извршила немачка окупациона војска, полиција и друге нацистичке организације над цивилним становништвом, ратним заробљеницима, рањеницима и болесницима као и о огромним ратним разарањима, уништавању и пљачки државне и приватне имовине. Значајно је да се на основу ових извештаја обавештавала Југословенска влада и да читав рад Југословенске делегације (практично, то је био само Вајс) оцењен позитивно и никада није постојала ниједна примедба на њихов рад. Иначе, рад југословенске делегације у Нирнбергу је био скопчан с многим тешкоћама, пре свега материјалне природе, јер је Југославија тек била изашла из рата потпуно опустошена и разорена и није имала скоро никаквих финансијских могућности да обезбеди рад делегације.

Извештаји и рад А. Вајса до сада нису били предмет проучавања у нашој науци и литератури, иако се ради о веома значајној делатности. Један од првих Вајсових извештаја од 27. јануара 1946. године који је упућен генераллајтнанту Р. А. Руденку, Главном тужиоцу СССР при Међународном војном суду у Нирнбергу, односи се на рад Суда и пре свега на његову праксу. Указује се да Суд у „извесним случајевима обраћа нарочито пажњу извесним процедуралним формалностима, нарочито у погледу форме докумената“. Наводи да документа које Југославија подноси не испуњавају увек те формалне захтеве, јер су многи од тих докумената заплешени су у току саме оружане борбе. Многи записници састављени су такође за време борбе или непосредно иза борбене линије. Вајс даље даје објашњење

¹⁶ Архив Југославије у Београду, Фонд бр. 110, фасц. бр. 809.

и разлоге за мањкавост наших документата, наводећи да је у питању огроман губитак интелектуалних кадрова и потешкоће у стварању нових, непостојање техничких могућности, а ни довољно времена да се постигне формалност и прецизност. Но и поред тих наведених недостатака сматра да суштина наших документа таква да не може бити приговора на њихову веродостојност, јер се садржајној тачности и објективности посвећује сва потребна пажња.¹⁷

У истом писму совјетском тужиоцу, Вајс наводи своја запажања и објашњења везана за дотадашњи ток судског поступка, који се односи на сведоке. Суд придаје велики значај да ли су сведоци чији се писмени искази износе пред Судом заклели или не. Вајс даје сасвим прихватљива објашњења, наводећи да по нашем законодавству и досадашњој судској пракси заклињање сведока не може да се обавља ни у фази извиђаја ни у фази истраге, и да нико други не може сведоке заклињати, изузев самог суда и то једино на главном претресу. Зато записници које Југославија подноси о саслушању сведока ни у једном случају не садрже констатације о заклињању сведока, али сваки сведок пре саслушања се опомиње на истинитост исказа и на дужност полагања заклетве. Указује да је према тадашњем законодавству таква форма потврда за веродостојност исказа, те окривљени и осумњичени ни у којем случају не бивају заклетви.¹⁸

Поред редовних извештаја и разних писама, дописа и друге кореспонденције, Вајс је посебно слао Подсетнике, у којима је наводио своја запажања у вези с радом Међународног војог суда у Нирнбергу.

Тако у Подсетнику бр. 1 за Београд од 14. марта 1946. године наводи да се у затвору у Нирнбергу налазе неколико значајних војних и политичких личности: генерал Едмунд вон Глајсе-Хорстенау (*Edmund von Glaise-Horstenau*), Ернст Бохле (*Ernst Bohle*), бивши шеф организације Немаца у иностранству, др Фриедрих Рајнер (*Dr. Friedrich Rainer*), бивши гаулајтер Корушке, др Зигфрид Убрајтер (*Dr. Siegfried Uberreiter*) бивши шеф цивилне управе и гаулајтер у Доњој Штајерској и Херман Нојбахер (*Hermann Neubacher*), бивши нацистички министар за Југоисток са седиштем у Београду. Истиче да наведена лица долазе у обзир да буду сведоци или можда да буду оптужени. Постоји могућност да та лица буду саслушана у истражном поступку ван процеса који је у току.¹⁹

У Подсетнику бр. 2. од 14. марта 1946. године каже да за оптужене Геринга, Рибентропа, Кајтела, Росенберга, Шахта, Папена, Нојратха и Јодла треба хитно у Београду припремити питања која ће

¹⁷ Архив Југославије у Београду, Фонд бр. 110, фасц. бр. 809 8.

¹⁸ Архив Југославије у Београду, Фонд бр. 110, фасц. бр. 809 8.

¹⁹ Архив Југославије у Београду, Фонд бр. 110, фасц. бр. 809 24.

се доставити совјетским тужиоцима и употребити пред судом. Предлаже да за питања треба предходно консултовати Јавно тужилаштво, Министарство иностраних послова и Главни генералштаб. Постоји могућност да се наведена лица саслушају ван главног претреса, за питања која су за нас интересантна.²⁰

Питање јерусалимског великог муфтије Ел Хусеинија²¹ о којем др Вајс обавештава у свом Подсетнику бр. 5. од 15. марта 1946. године, наводи да је Југословенска делегација у Нирнбергу неколико пута упитана о предмету великог муфтије Ел Хусеинија од стране америчких тужилаца и представника разних енглеских установа. Из наведених разговора произилази да Енглеска не жели да кривично гони великог муфтију, јер га желе искористити у политичке сврхе на Блиском истоку и међу муслиманским светом, јер он још увек представља ауторитет. Указује да америчка страна и јеврејске установе изгледа желе кривични прогон великог муфтије и да ће покренути поступак пред Међународном комисијом, те ради тога желе нашу сарадњу.²²

Вајс обавештава у своја два извештаја Н/36 и Н/37 од 31. марта 1946. године о будућим суђењима пред Међународним војним судом у Нирнбергу. Сазнао је да се увелико врше припреме за будућа суђења пред Међународним војним судом у Нирнбергу. Прва замисао је била да се сачека да се оконча ово суђење пред Међународним војним судом у Нирнбергу, па да се настави са новим суђењима. Међутим, ово суђење је трајало много дуже него што је ма ко могао предвидети, па је одлучено да се с осталим суђењима отпочне не чекајући окончање овог и чим доказни материјали буду спремни. Америчка делегација је већ предузела доста опсежне мере за реализацију ових суђења. Предвиђа се да ће највероватније бити прво суђење немачким индустријалцима и банкарима на челу са Крупом (*Krupp*) млађим за учешће у планској завери, припремању агресије и привредне пљачке, као и у подржавању ратних злочина против човечности, искоришћавању робовског рада и друго. Још увек се не знају детаљи самог поступка у погледу састава судског већа и тужилаца четири велике силе. Др Вајс сугерише да се код нас припреми доказни материјал који би се проследио тужиоцима, јер су ови ратни злочини вршени масовно и у Југославији.²³

Иако су вршене опсежне припреме да Међународни војни суд у Нирнбергу настави серију суђења и другим најважнијим немач-

²⁰ Архив Југославије у Београду, Фонд бр. 110, фасц. бр. 809–24.

²¹ Детаљније о јерусалимском муфтији Ел Хусеину вид. Жени Лебл, *Јерусалимски муфтија*, Београд 1993.

²² Архив Југославије у Београду, Фонд бр. 110, фасц. бр. 809–28 и 809–44.

²³ Архив Југославије у Београду, Фонд бр. 110, фасц. бр. 809–45.

ким ратним злочинцима, о чему је постојала сагласност америчке и совјетске делегације, с тим да се поред Нирнберга спомињао Берлин као седиште суда,²⁴ до наставка таквог суђења није дошло. Који су разлози да се пред Међународним војним судом у Нирнбергу не наставе суђења није у доста обимној литератури и Међународном војном суду у Нирнбергу наведено. Вероватно се сматрало да је довољно једно суђење највишим немачким ратним злочинцима, а да осталим се може судити и на nižем нивоу у окупационим савезничким зонама у Немачкој. У том смислу Вајс извештава да су пред војним савезничким судовима у Немачкој отпочела суђења немачким ратним злочинцима, као и да су пред немачким судовима почела суђења уколико се ради о злочинима који су извршени против немачких држављана у самој Немачкој од стране немачких држављана.²⁵

Као што је наведено, Вајс је одржавао интензивне контакте с делегацијама савезничких тужилаца, којима је не само предавао наша документа и друге доказе, него је с њима дискутовао и расправљао и о многим правним и чињеничним питањима о ратним злочинима које су немачки окупатори и њихови помагачи извршили у Југославији. Поред тога, прегледао је на стотине докумената које су му они ставили на увид, па је извршио одабир копија које је послао у Југославију као значајне доказе о тим ратним злочинима.²⁶

У Нирнбергу је 18. маја 1946. године одржан први послератни међународни састанак кривичара савезничких држава. Организатори су били Донедије де Вабрес (*Donnedieu de Vabres*) и Р. Фалко (*R. Falco*), француске судије Међународног војног суда у Нирнбергу. Поред позива који је упућен А. Вајсу, позив је био упућен и др Томи Живановићу, познатом професору кривичног права на Правном факултету у Београду.²⁷ Међутим, Живановић услед болести и исцрпљености није био у стању да присуствује овом састанку. Иако сам састанак није донео неке значајне закључке, ипак је то био почетак једне сарадње кривичара савезничких држава, које ће касније постати значајна међународна организација у области кривичног права.²⁸

У писму др Алешу Беблеру, помоћнику министра иностраних послова Југославије од 30. јула 1946. године, Вајс обавештава о

²⁴ Архив Југославије у Београду, Фонд бр. 110, фасц. бр. 809 83 84 85.

²⁵ Архив Југославије у Београду, Фонд бр. 110, фасц. бр. 807 46.

²⁶ Архив Југославије у Београду, Фонд бр. 110, фасц. бр. 809 96 97, 809 120, 809 121, 809 122.

²⁷ Архив Југославије у Београду, Фонд бр. 110, фасц. бр. 809 75. Овај позив проф. Томи Живановићу представља признање не саму њену лично него и Правном факултету у Београду. До сада се није знало за овај позив.

²⁸ Архив Југославије у Београду, Фонд бр. 110, фасц. бр. 809 127.

појму геноцида који се тада први пут употребио пред Међународним војним судом у Нирнбергу. Главни тужиоци Совјетског Савеза, САД, Велике Британије и Француске су појам геноцида унели као засебно кривично дело и нарочиту инкриминацију, и то у трећем одељку оптужнице, поглавље VIII став А страница 12. оригинала, онако како је предложио проф. Лемкин.²⁹

Затим, 25. јуна 1946. године чехословачка и југословенска делегација су поднели Комитету главних тужилаца заједнички предлог да се дело геноцида унесе и у завршне пледоаје Главних тужилаца, а потом и у саму пресуду. У завршним пледоајима Главних тужилаца, која су одржана од 26. до 30. јула 1946. године, употребљен је и назив геноцида, као посебна инкриминација при основној оптужници. Иначе, појам геноцида употребљен је више пута од стране тужилаштва и одбране. Такође ће појам геноцида бити употребљен и у завршним пледоајима против оптужених организација.³⁰

На завршетку суђења пред Међународним војним судом у Нирнбергу југословенска делегација, у којој су тада били и Душан Недељковић и Алберт Вајс, извештавају Председништво владе ФНРЈ 19. новембра 1946. године о новим процесима против ратних злочинаца.³¹ Централно питање је било да ли да се настављају суђења немачким ратним злочинцима пред Међународним војним судом или да им се суди пред појединим војним судовима у окупационим зонама савезника. Савезници су сматрали да суђење пред Међународним војним судом скопчано с великим техничким тешкоћама (разлике у законодавству, више језика, смештај огромног броја особља, итд.), да траје несразмерно дуго и да изискује веома велика финансијска средства. Преовладавало је мишљење да се пред Међународним војним судом одржи највише један процес, и то неколицини водећих немачких индустријалаца и банкара. Ипак, ово питање до последњег дана није дефинитивно решено. Совјетска делегација је навела да ће Совјетска влада накнадно донети коначну одлуку, када буде темељно проучила резултате нирнбершког процеса. Француско тужилаштво је навело да би требало да се одржи још један међународни процес и то против неколицине немачких индустријалаца. Став британског Главног тужилаштва је подељен, као и став америчког. Дотадашњи главни амерички тужилац Џексон сматрао је да би суђења требало одржати у окупационим зонама, док нови главни тужилац САД за целу окупациону зону у Немачкој генерал Тејлор (*Taylor*) сматра да

²⁹ Појам геноцида је први употребио и објавио пољски Јеврејин Рапхаел Лемкин 1944. године, у својој књизи о масовним злочиним немачких нациста, а који је Резолуцијом УН бр. 96 од 11. децембра 1946. проглашен за међународно кривично дело, да би касније постао општеприхваћен у читавом свету.

³⁰ Архив Југославије у Београду, Фонд бр. 110, фасц. бр. 809 214.

³¹ Архив Југославије у Београду, Фонд бр. 110, фасц. бр. 809 249.

треба одржати бар још један међународни процес.³² Затим се у наведеном извешају наводи да су Американци у својој окупационој зони, нарочито у Нирнбергу и другим градовима, већ одржали неколико суђења.

Завршетком суђења пред Међународним војним судом у Нирнбергу, завршен је и задатак и мандат југословенске делегације. Пошто су настављена суђења у америчкој окупационој зони, америчко тужилаштво је од наше делегације тражило доказни материјал. Како није било решено питања даљег опстанка југословенске делегације у Нирнбергу, тај материјал није достављан. Закључак југословенске делегације је да би требало у Нирнбергу да остане стална делегација ради достављања доказног материјала и праћења тих суђења јер је у интересу Југославије да се обелодане сви ратни злочини које је Немачка извршила према Југославији.³³

Стицајем околности, нашој научној, стручној и најширој јавности је до сада било само познато да је Вајс био југословенски представник на суђењу пред Међународним војним судом у Нирнбергу. Његов рад, његови извештаји, кореспонденција, контакти са савезничким тужилаштвима, правним и другим експертима, сведоцима, новинарима и истраживање по огромној документацији која је била достављена тужилаштвима и суду из свих окупираних држава Европе, практично је био непознат и неоправдано заборављен. Вајс је највећи део времена радио сам, а само повремено су из Југославије долазили Душан Недељковић, Председник државне комисије за утврђивање злочина окупатора и њихових помагача, као и још неколико лица која су била ангажована као испомоћ и само су се краће време тамо задржавали. Разматрајући и анализирајући рад Алберта Вајса на суђењу пред Међународним војним судом у Нирнбергу, може се са сигурношћу констатовати да, иако је посао обављао под тешким условима, практично сам, да га је изванредно обавио, с обзиром на своју стручност не само у праву, него и политичкој вештини. Својим великим правним знањем и искуством, као и знањем више страних језика, био је у могућности не само да прати суђење, него и да равноправно, с лакоћом учествује са свим савезничким тужиоцима, судијама, експертима и другим одговорним личностима у дискусијама, расправама и разговорима како о правним тако и свим осталим питањима који су се тицала Југославије. Правном факултету Универзитета у Београду треба да буде велика част што је у свом саставу имао таквог правног стручњака, патриоту, антифашисту и веома популарног професора.

³² Архив Југославије у Београду, Фонд бр. 110, фасц. бр. 809 250.

³³ Архив Југославије у Београду, Фонд бр. 110, фасц. бр. 809 253 256.

Dr. Jelena Lopičić Jančić

Attorney at Law, Belgrade

PROFESSOR ALBERT WEISS AND THE NUREMBERG TRIALS

Summary

This article deals with engagement of Professor Dr. Albert Weiss, who was member of the Yugoslav Delegation at the International Military Tribunal at Nuremberg, Germany in the period from November 20, 1945 until October 1, 1946. At that time he was legal officer of the State Commission for Investigating the Crimes of the Occupying Forces and their Collaborators. As an expert in Criminal Law and a multilingual person he was appointed as a member of the Yugoslav Delegation. He followed the trial before the International Military Tribunal at Nuremberg, cooperated with the Allied Prosecutors at handing over documents about German war crimes performed in Yugoslavia. He sent to the State Commission for Investigating the Crimes of the Occupying Forces and their Collaborators in Belgrade over 200 reports, proposals, analysis, various letters and memos analyzed here, some of them for the first time in the literature. They are deposited in the Archives of Yugoslavia, and were completely unknown to the academic and public in general. These reports are very important both from legal and political point of view for acquiring better insight in the course of the trial before International Military Tribunal at Nuremberg. After his successful work done in Nuremberg, Albert Weiss became a professor at the University of Belgrade Law Faculty in 1947 and stayed there until his death in 1964, teaching Legal History.

Key words: *International Military Tribunal at Nuremberg. – War Crimes. – Reports of Albert Vajs. – State Commission of Investigating the Crimes of the Occupying Forces and their Collaborators.*

Др Борис Беговић*

Timur Kuran, *The Long Divergence: How Islamic Law Held Back the Middle East*, Princeton University Press, Princeton Oxford 2011, 405.

Док је пре једног миленијума Блиски исток у погледу достигнутог нивоа привредног развоја, односно националног богатства, био једнак Европи, хиљаду година касније ствари стоје битно другачије. Национални доходак *per capita* блискоисточних земаља, све с приходима од експлоатације нафте, свега је 28% просечног дохотка најразвијенијих земаља. Шта је узрок тог заостајања? Због чега исламске земље тог региона релативно економски назадују у другом миленијуму нове ере? Да ли се тај узрок можда крије у доминантној религији тог региона – исламу.

Одговора на ово питање се прихватио Тимур Куран, један од највећих светских ауторитета за ову област. Разлоге за истраживање ислама као узрока уоченог тока привредног раста, односно релативног назадовања блискоисточних исламских земаља, аутор налази у три основна разлога. Прво, економске институције, које имају одлучујући утицај на економску ефикасност и токове привредног раста, нераскидиво су у блискоисточним земљама повезане са свetim исламским, шеријатским правом. Друго, не само да су формалне економске институције засноване на шеријатском праву, већ су на исламу и његовим основним вредносним судовима засноване и неформалне економске институције, попут културе, односно обичаја. Треће, вековима су државне власти не само стриктно спроводила исламска правила понашања у свим исламским земљама, већ су их наметала и привредним субјектима на новоосвојеним територијама. Наша историјска реалност је таква да је Блиски исток вековима, бар што се економских институција тиче, обухватао и Србију.

Анализу утицаја ислама на економске токове, односно на глобално економско заостајање блискоисточних земља, аутор је поделио

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду и председник Центра за либерално демократске студије

у два дела. У првом се бави институционалном стагнацијом, односно неефикасношћу организације економског живота у исламским земљама, тражећи узроке те институционалне стагнације у основним нормама исламског права. Анализа започиње сагледавањем институције исламског ортаклука, облика привредног друштва који је у складу са шеријатским облигационим правом. Овај ортаклук се заснива на неограниченој, солидарној одговорности, што значи да његови оснивачи нису заштићени од обавеза самог ортаклука, нити је ортаклук заштићен од захтева његових оснивача. То је логична последица чињенице да ово привредно друштво није правно лице, већ као субјекти права постоје само оснивачи као физичка лица – исламско право у основи не познаје категорију правног лица. Још горе по ортаклук, њега у сваком тренутку може једнострано да напусти било који оснивач и то неминовно значи крај ортаклука, односно растакање таквог привредног друштва. Исто се дешава у случају смрти било ког оснивача – ортаклук нестаје и с наследницима оснивача. Без обзира на то колико их је, мора наново да се уговори. Очигледно је да су оваква привредна друштва неминовно мала и кратког века, а то их спречава да буду економски ефикасна, онако као што су то друштва капитала, нарочито корпорације, које су велике и дугочечне, па успешно могу да искоришћавају економију обима, да ефикасно прибављају велике количине капитала и да стварају репутацију, којом се решава проблем асиметрије информација о својствима сопствених производа. Све док економија обима и асиметрија информација нису били релевантни економски феномени, исламски ортаклук је могао да буде ефикасан на разним комерцијалним пословима на почетку другог миленијума. Технолошка модернизација крајем средњег века, свеопшта модернизација у доба ренесансе и, коначно, индустријска револуција захтевале су корпорације, али исламско право омогућавало је само ортаклук, потпуно непримерен новим условима.

Исламски ортаклук није настао случајно. Он је у потпуности у складу с шеријатским наследним правом, које је екстремно егалитарно – сви наследници добијају мање-више подједнаки део богатства преминулог. Од кључне важности је да сваки наследник добије оно што ће му омогућити достојанствен живот – једно је од основних начела шеријатског права. С таквом доминацијом интереса наследника, јасно је да исламски ортаклук мора да плати цену аутоматским растакањем при смрти сваког од оснивача. А економске последице оваквог наследног права су уситњавање имовине, односно поседа преминулог. Ономогућава се очување крупног земљишног поседа, а веома је мала вероватноћа да не дође до умањење капитала ортаклука – о увећању нема ни говора. Што је већи број наследника, то горе по економску ефикасност. А наследника је увек било довољно много – за то се побринуо шеријатски принцип полигамије. Што је

богатији домаћин, не само да има право на већи број супруга, већ се од њега то и очекује, па је на делу са становишта економске ефикасности јако лош механизам – што је већа имовина која остаје иза покојника, поделиће се на већи број делова, тако да нема могућности за било какву економију обима. Насупрот овоме, у средњовековној Европи, будући да библијски текст није опредељен у погледу начела пожељног система наслеђивања, углавном је доминирало правило примогенитуре, којим је очуван крупни посед, кључни са становишта економије обима у време када је пољопривреда била основна привредна делатност.

Да ли је за богате муслимане постојала опција која би омогућила да се сачува њихова имовина, односно макар један њен део. Решење је исламска задужбина – вакуф. Управо је ова институција омогућавала да се избегне да имовина завештана у њој буде укључен у оставинску масу, па је тиме била заштићена. Вакуф је, међутим, решавао и неке друге проблеме с којима су се суочавали и богати и сиромашни муслимани. Између редова у књизи се препознаје да је вакуф био заштита имовине, односно приватне својине и за живота власника. Прво, заштита од ефемерности, какву није пружала институција исламског ортаклука, а потом, по свему судећи, и заштита од самовоље владара, пре свега од непредвидивог и арбитарног опорезивања, односно конфискације. Овим се, нажалост само између редова, сазнаје нешто више о природи предаторске исламске државе, односно о слабој заштите приватне својине у таквој држави. О карактеру државе у исламским земљама сазнаје се више и из сврхе вакуфа. Они су били намењени пружању различитих јавних услуга, без обзира на то да ли имају карактер јавног добра, што посредно говори о томе да држава није пружала те услуге. Овим се, посредно, долази до битног елемента пословног окружења какво је вековима владало у блискоисточним земљама и који је створила исламска божја држава – она која служи Богу, а не својим поданицима. За Бога и у његово име се освајају нове територије и шири исламска вера, а за то је потребна велика и стога неминовно скупа војска, па су отуд пореска оптерећења велика и непредвидљива – никад се не зна која је војна акција на реду. Будући да поданици за власт нису битни, јавни приходи се не користе за пружања услуга њима, већ оно што се не потроши на војне приходе одлази на повећање приватног богатства војне и политичке (административне) елите. А вакуфи, иако на први поглед подсећају на друштва са ограниченом одговорношћу, нису ништа од тога. Не послују самостално, нису флексибилна, не могу да реагују на промене и не могу да присвајају профит. Они ни не могу да буду друштва капитала – њихова нефлексибилност и непрофитабилност извор су врлине њиховог оснивача; он њима ипак, пре свега, постиже друштвено признање. Вакуфи нису могли да надоме-

сте непостојање друштава капитала – тиме би се урушио вакуфски систем и добротинство, како га поима шеријатско право.

На све то треба додати и одбојност ислама према камати, односно забрану наплате камате према шеријатском праву. Аутор чини бројне напоре да релативизује ту забрану и да је стално посматра у паралели с хришћанством, али му то баш не полази за руком. Штавише, управо у покушају да релативизује ту забрану, он износи бројне аргументе у прилог тезе да баш забрана камате има далекосежне последица на ограничавање финансијског посредовања, које је нарочито битно за исламске ортаклуке, будући да је њима веома тешко да дођу до новог капитала. Аутор наводи чињеницу да је данас камата забрањена одговарајућим, световним законима у само три исламске земље, и то користи као аргумент у прилог своје тезе да забрана наплате камате није релевантна. Тешко да је овај аргумент уверљив. У хришћанским земљама такви прописи не постоје већ скоро хиљаду година. Такође, ауторов налаз да забрана наплате камате није битна, будући да се новац ипак позајмљивао уз камату, личи на аргумент да прохибиција у САД у првој половини XX века није битна, због тога што се понегде алкохол ипак точио. Напротив, такве забране су веома битне – оне су довеле до криминализације и алкохола и камате, са далекосежним последицама по правни поредак и економске активности.

У другом делу књиге се разматрају специфични механизми којим су заобилажене уочене препреке које ствара шеријатско право. Прва је везана за економски напредак неисламских мањина, односно за исламски правни плурализам. Наиме, они који нису били муслимани нису морали да се придржавају шеријатског права – могли су да бирају да ли ће своје међусобне спорове да решавају пред кадијом или по неком другом праву. Разматрање подстицаја којима су били изложени они који су могли да бирају право указује на фрапантне чињенице о шеријатском процесном праву. Прво, целокупна процедура је усмена – заснива се на сведочењима, а не на документима. Један од разлога за овакво решење био је тај што се размена у исламским земљама заснивала на неписаним уговорима, односно усменим договорима страна у размени. Основни разлог за тако нешто је мотив да се од власти сакрије вредност размене, односно вредност прихода и богатства пореских обвезника. Јер за њих је највећа опасност била и у великој мери остала држава и њено нерегуларно, арбитражно и непредвидљиво опорезивање. Тако, опет између редова, сазнајемо која је то највећа препрека економском напретку исламских земаља. Друго, према шеријатском процесном праву, сведочењу муслимана даје се већа тежина него сведочењу „неверника“. Имајући све то у виду, јасно је због чега су немуслиманске мањине у исламским земљама, пре свега у отоманској Турској, попут Грка, Јермена

и Јевреја, бежале од шеријата и, користећи савремена, супериорна решења западног права, економски напредовале. Пред сам крај Царевине, привредни живот у њој носиле су мањине и – странци.

Долазак странаца омогућила је институција концесије којом су они добијали повластице – капитулација. У основи, то су били међудржавни уговори између Царевине и западних земаља, којима се привредни субјекти из тих земаља добијали привилеговани третман у односу на поданике Царевине. Кључна разлика била је заштита арбитарног и непредвидивог опорезивања, што се на крају svelo на ослобађање од плаћања било каквих пореза. Уместо да су спроводиле свеобухватну реформу и на тај начин унапредили услове пословања за све привредне субјекте, власти Царевине су се одлучиле да не учине ништа за своје поданике, већ само за странице. Аутор, нажалост, не даје објашњење овакве политике, али му то не смета да на другом месту тврди да исламске земље нису генерално неспособне за свеобухватне институционалне реформе. Чини се да се аутор, на основу једне епизоде, оне чији је главни јунак Кемал Паша Ататурк, ипак препустио недозвољеној генерализацији. Тим пре што је Ататурк секуларизовао Турску, која од тада, без обзира на све покушаје исламиста, укључујући и оне најновије, још увек није исламска држава.

Аутор износи изванредне аргументе у прилог тезе да је управо ислам и на њему засновано право основно ограничење привредног напретка блискоисточних исламских земаља. Ти аргументи се заснивају на изузетној ерудицији аутора и позивању на огроман број извора не само из овог већ и прошлог века. Мало је вероватно да данас постоји бољи познавалац односа ислама и економије који се оглашава писањем на ту тему. А онда, на невероватан начин и из само њему познатог разлога, аутор одбацује сопствене, веома уверљиве аргументе и оставља књигу без једнозначног закључка. Књига која је започела радним поднасловом „Како је исламско право зауставило напредак Блиског истока?“, завршава се поглављем под насловом „Да ли је ислам онемогућио привредни развој?“. Ово је, према искуству аутора овог приказа, једна од најнеконзистентније написаних књига. Ипак, право је уживање читати је. Већ поменута ерудиција аутора, његове велике аналитичке способности, добро познавање економске теорије и фасцинантност предмета истраживања, читаоца подстичу на размишљање о фундаменталним темама. На пример, о последицама ароганције и ниподаштавања других, што се налази у шеријатском процесном праву: више се верује муслиману него „невернику“. Или о путу у пакао који је поплочан добрим намерама, за шта је изванредан пример шеријатско наследно право. О књизи се размишља дуго, дуго после читања. Сјајна, мада лоше написана књига!

Никола Милошевић*

Милан Шкулић, *Малолетничко кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011, 428.

Проблем малолетничке делинквенције велики је изазов како друштва, тако и правног система, имајући у виду да су њене последице, дугорочно посматрано, веома тешке. Искуство и пракса показују да највећи број пунолетних криминалаца своју „каријеру“ започињу још као малолетна лица. Стога је неопходно овом проблему приступити озбиљно, ефикасно и детаљно, уз сарадњу науке, праксе и свих релевантних институција.

У издању Правног факултета Универзитета у Београду објављена је монографија *Малолетничко кривично право*, аутора Милана Шкулића, редовног професора Правног факултета Универзитета у Београду.

Који су разлози који ово дело препоручују стручној и осталој јавности? Читаоцима који су имали прилике да се сусретну с претходно објављеним делима професора Шкулића, ову књигу не треба посебно препоручивати. Препоручује се сама по себи, имајући у виду стил, систематичност и аналитичност аутора. Шкулић се доста бавио проблематиком малолетничке делинквенције, почевши од докторске дисертације (*Делинквенција деце и малолетника – кривично-процесни и криминалистички аспект*), па преко књига *Малолетници као учесници и жртве кривичних дела*, *Малолетни делинквенти у Србији – нека питања материјалног, процесног и извршног права* (коауторски са мр Иваном Стевановић), као и бројних чланака и учешћа на конференцијама и саветовањима из ове области. Књига *Малолетничко кривично право* представља систематизовану студију која је резултат дугогодишњег проучавања овог феномена. У њој се, први пут на нашем језику, доста детаљније и систематичније објашњавају неки проблеми, попут питања кривице у малолетничком кривичном праву, прилично велика пажња је посвећена компаративној анализи кривичног права за малолетнике, а објашњене су и основне одред-

* Аутор је судија Врховног суда Србије у пензији.

бе међународноправне регулативе која се односи на малолетничку делинквенцију и кривичноправно реаговање на њу. На више од 400 страница подељених у осам поглавља, аутор до детаља разрађује сва питања и законске одредбе релевантне за ову област, али истовремено кроз цело дело провлачи логику свог системског схватања малолетничког кривичног права и његове комплексности.

Прво поглавље бави се анализом основних теоријских погледа на етиологију малолетничке делинквенције и проучавањем различитих теоријских оријентација које се баве овим феноменом. Најпре се делинквенција малолетника посматра као социјална појава, где се, као најважнији социјални чиниоци који је условљавају, наводе породица и породични статус, однос села и града односно степен урбанизације и преовлађујући начин живота у одређеној социјалној средини, криминогене тенденције у широј друштвеној заједници и неадекватна друштвена реакција на овај проблем. Затим се разматрају биолошке теорије и биофизичке особине, од којих је најпознатија Ломброзова антрополошка теорија о рођеном злочинцу, те психолошке теорије и психолошке особине међу којима посебан значај имају интелигенција, емоционална стабилност и мотивација, да би на крају био изложен структурални и мултифакторски теоријски приступ. Посебно се разматра и организовани криминалитет малолетника, као последица њихове склоности ка удруживању. Интересантно је да Шкулић различите теоријске оријентације прилагођава нашој средини и нашим приликама, наводећи добро познате примере којима смо и сами сведочили. Тако, примера ради, аутор наводи да је „у време тешке економске кризе и насталог социјалног раслојавања друштва... уочено да се чешће врше кривична дела разбојништва од стране деце и малолетника, при чему су се одузимале одевне ствари, пре свега обућа (патике марки као што су *Nike* и *Reebok*). Објашњење би се могло наћи у чињеници да су деца и малолетници који су тада вршили таква разбојништва, желели да остваре прокламовани економски циљ – да буду ‘у тренду’, односно да по начину облачења не заостану за својим богатијим вршњацима, при чему су такав циљ, у немогућности да га остваре на друштвено прихватљив начин (јер су им родитељи осиромашили, а сами нису могли да стекну потребна средства), достигали нелегитимним средствима, тиме што су вршили кривична дела“.

Предмет другог поглавља је појам малолетничког кривичног права и упоредноправна решења из ове области. Аутор најпре наводи типизирани моделе поступка према малолетницима (заштитнички, правосудни, модификовани правосудни, партиципативни, корпоративни неокорективни модели, те модели контроле делинквенције, минималне интервенције и ресторативног правосуђа), а затим приказује њихову практичну примену у системима европских држава. Затим

се даје компаративни приказ извора малолетничког кривичног права, предмета поступка према малолетницима, основним карактеристикама кривичног поступка према овој категорији учинилаца, кривичним санкцијама и другим мерама, као и елементима ресторативног правосуђа у односу на малолетнике. Као изврстан процесуалиста, Шкулић се посебно бави питањима (не)постојања судова за малолетнике и начелом специјализације, надлежности у појединим фазама поступка, учешћа и улоге социјалних служби, учешћа браниоца по службеној дужности, заштитом малолетника према коме се води поступак, питањем притвора и његових процесних супститута, улогом оштећеног у поступку према малолетницима и алтернативним моделима поступка у односу на ову категорију учинилаца, што на крају илуструје детаљним приказом кривичних поступака према малолетницима у Немачкој, Шкотској и Шведској. Детаљно и темељно познавање упоредно-правних решења из области малолетничког кривичног права изложених у овој монографији не треба да изненађује, имајући у виду чињеницу да је Шкулић представник Србије у пројекту Европске уније (*AGIS* пројекат) који се бави проучавањем кривичног правосуђа за малолетнике у Европи.

У трећем поглављу изложени су основни међународни стандарди у области малолетничког правосуђа и поступање према малолетним учиниоцима кривичних дела, тачније Конвенција УН о правима детета, Европска правила о поступању према малолетним учиниоцима кривичних дела и Европска конвенција о људским правима. Од посебног значаја је коришћење великог броја одлука Европског суда за заштиту људских права, у којима се аутор одлично сналази, проналазећи из мноштва случајева оне најкарактеристичније, везане за положај малолетних учинилаца кривичних дела.

У наредним поглављима аутор се бави домаћим позитивно-правним решењима везаним за материју материјалног, процесног и извршног кривичног права за малолетнике. Шкулић најпре разматра питање кривице у малолетничком кривичном праву, коме се у досадашњој теорији и пракси поклањало недовољно пажње. У том циљу, детаљно анализира ову проблематику, наводећи при том евроконтинентално и англосаксонско виђење принципа кривице, као и одступања од овог принципа, да би на крају доста пажње посветио кривици малолетника. Аутор, наиме, инсистира на разликовању формалног оглашавања кривим, од утврђивања постојања кривице као субјективног елемента кривичног дела, објашњавајући да је постојање кривице код малолетника (исто као и код пунолетних учинилаца) неопходно за изрицање било које кривичне санкције, с изузетком оних медицинско-психијатријског карактера. У петом поглављу („Старосна граница способности за сношење кривице у

кривичноправном смислу“⁴⁾ аутор отвара многа питања везана за правни основ способности за сношење кривице малолетника, примера ради: да ли је законодавац успоставио кривичну неодговорност деце млађе од 14 година; ако је тако, на чему се темељи ова поставка о њиховој кривичној неодговорности, односно неспособности да буду крива за учињено дело; зашто законодавац не употребљава термин немогућност сношења кривице, већ само објашњава да се према деци млађој од 14 година не могу изрицати и примењивати кривичне санкције; како тумачити законску одредбу по којој се старосни лимит од 14 година фиксира у време извршења кривичног дела, ако је реч о лицима која нису предузела радњу извршења, већ су наступала као подстрекачи или помагачи, и тсл. Поред тога, дата су и компаративна решења у погледу старосне границе способности за сношење кривице.

Кривичне санкције и друге мере које се примењују према малолетницима, кривични поступак према малолетницима и основи малолетничког извршног права, изложени су у завршним поглављима ове монографије, заснованим пре свега на важећим законским решењима. Конструктивна и аргументована критика појединих решења и судских одлука чини ово дело још значајнијим, имајући у виду да аутор не даје само теоријска објашњења законских одредби, већ истовремено подстиче на њихово адекватније регулисање и исправнију примену.

Имајући то у виду, аргументовано се може тврдити да *Малолетничко кривично право* далеко превазилази захтеве једног уџбеника и представља значајан теоријски допринос кривичноправној науци. Детаљна и свеобухватна анализа законских одредби поткрепљена примерима из праксе, прецизно и темељно навођење упоредноправних решења и међународних инструмената, позивање на праксу Европског суда за заштиту људских права и тумачење исте, прегледност и систематичност дела, јасан и занимљив стил писања, само су неке од карактеристика које ово дело чине вредним пажње и препоручују га стручној јавности.

Др Дубравка Стајић*

Александра Мирковић, *Оглед о грађанској непослушности. Редеофинисање савременог концепта грађанске непослушности и граница политичке облигације случај Србије*, Службени гласник Институт за политичке студије, Београд 2011, 190.

Проблем грађанске непослушности, у теоријском и практичком смислу, није нов – његови рани облици сежу два миленијума уназад, у праксу античке демократије, а краће и у другим деловима света. Карактеристично је да се ово питање не поставља у периодима глобалних сукоба, какви су били светски ратови, али ни у периодима друштвеног и политичког успона и развоја, већ у периодима конфликта и преиспитивања, онда када се отварају и јачају сумње у делотворност постојећег државног и политичког уређења, када се одређене друштвене групе сматрају дискриминисаним. У политичкој теорији у протекла три века настала је богата литература о овом питању, па се и сарадница Института за политичке студије у Београду, мр Александра Мирковић, запитала о суштини и сврси овог феномена у XXI веку. Она је презентовала најважније теорије и примере практичне грађанске непослушности, да би се на крају књиге бавила случајем Србије у периоду 1996/7. и 2000. године.

Књига има шест поглавља и библиографију: Предговор (стр.9–16), Уводна разматрања: теоријски и емпиријски услови развоја идеје и контроверзност термина грађанска непослушност (стр.17–28); II. Генеа модерног концепта грађанске непослушности: предисторија и историја идеје и праксе (стр.29–92), у којој су појмовна разграничења појма грађанска непослушност, приговор савести и право на отпор тиранину, уз навођење модерних примера праксе у току протекла два века; III. Савремена схватања грађанске непослушности (стр.93–110), с посебним освртом на схватања Дворкина и Хабермаса; IV. Криза легитимности и престанак политичке облигације или право и дужност грађанске непослушности (стр.111–130); V. Грађанска непо-

* Аутор је виши научни сарадник Института за политичке студије у Београду.

слушност као елемент цивилне политичке културе (стр.131–142); VI. Грађанска непослушност и случај Србије (стр.143–173); Закључак (стр.173–182); Литература (стр.183–192).

Најопштије одређење појма грађанска непослушност ауторка је навела у уводу књиге, означавајући га као „једну еволутивну стратегију промена“ (стр.11) чиме је утврдила дистинкцију основног појма у односу на појмове „револуције“, „пучеви“ и друге друштвене догађаје који, по својим формалним одликама, могу бити слични. Она је применила више метода истраживања, поготово еволуционистички, компаративни метод, који је најпотпуније омогућио увид у различите облике грађанске непослушности у различитим историјским периодима и друштвима. Суштина грађанске непослушности је дихотомна, она подразумева уређено друштво и државу, а не стање рата или револуције, уз истовремено постојање одређених облика незаконитости, нелегитимности или, бар, у најширем смислу, неправичности поретка са становишта једне уже друштвене групе. Грађанска непослушност је „специфична цивилна стратегија... посебна врста политичког деловања чланова цивилног друштва, која је уједно и елемент њихове политичке културе“ (стр.13). Већ у античкој грчкој демократији постоје облици борбе против поданичког статуса и истицање права, слобода и достојанства слободних грађана, што се у пракси исказивало као убиство тирана. Средњи век, заснован на хришћанском поимању света, познаје одбијање убиства човека као чин насиља, а настале су и расправе против тираније.

Историјски процеси поделе католичке и протестантске цркве довели су не само до верских ратова, већ и до наговештаја онога што ће се у модерним друштвима означавати као идеолошка подела. Обе цркве користиле су, у својој аргументацији против тираније, чувени спис Ла Боетија *Расправа о добровољном ропству* (1548), у коме аутор осуђује тиранију једног владара и поданички менталитет свих осталих становника. За развој свести о грађанској непослушности важно је учење Жана Калвина, које се заснива на схватању живота као вредности у буржоаском смислу – право на слободу, право на живот, право на имовину и право на мир грађана. У заштити тог врховног права појединац има право да се одупре било којој власти која му угрожава опстанак. Историјски процеси у Европи и САД, током XIX и XX века, утицали су на теорије о грађанској непослушности, посебно у САД (Дејвид Торо). С пуним теоријским оправдањем, ауторка се бавила и теоријама Хобса, Лока и Русоа. Посебно је истакла тзв. „парадокс ослобађања“, који се у пракси исказује у смислу да се „тежећи радикалној демократији, развијају претпоставке за нову ауторитарну владу“ (стр. 20). Русоова теорија садржи један парадокс, а то је „принуда на слободу“, односно стање у којем већина грађана може принудити појединца да буде слободан, да престане да се покорава одређеној власти.

Грађанско друштво обнављало је, на себи својствен начин, античку демократску традицију, која подразумева узајамност грађанских права и обавеза, што Мировићева посебно истиче: „На захтев за опште право гласа (се) одмах одговорило захтевом за општу војну обавезу“ (стр. 38). Пацифизам, као одбијање војне обавезе и учешћа у рату, је доследно спроведен у христијанизованом анархизму Лава Толстоја, који се позива на морални интегритет људи. Толстој је прихватио идеју о грађанској непослушности од америчког мислиоца Дејвида Тороа. Другачији пацифизам, остварен као успешна борба против колонијалне владавине, развио је у Индији Мохамад Карамчас (Махатма) Ганди, повезујући индијску филозофију с мирним протестима масе грађана и допринео ослобођењу Индије мирним путем. Ипак, Ганди, као и други борци за људска права у САД, Мартин Лутер Кинг, били су жртве атентата оних против чије повреде грађанских права су се борили мирним средствима. Расправе о пацифизму и рату поново су оживеле у годинама пред Први светски рат, са нагласком на две врсте пацифизма: *егоистичан* је проистекао из страха за живот, док постоји пацифизам из *убеђења*, који је Ернст Јингер назвао „јуначким пацифизмом“. Пракса XX века обележена је глобалним ратовима, као што су била два светска. Тада су се припадници свих друштвених класа и читави народи сврстали на националистичким позицијама, односно на позицијама фашизма/антифашизма.

Неотуђивост људских права, као што је право на борбу против тираније, директно је инспирисала америчку Декларацију независности (1776) и француску Декларацију о правима човека и грађанина (1789), као највиши политички акт револуције. Право на отпор тиранији није садржано само у уставима демократских држава, већ је унето и у уставе оних држава које су недемократске. Такав је био случај с Уставом бивше Немачке демократске републике. Право на отпор тиранији унето је и у Универзалну декларацију о људским правима УН (1948), али без инструмената принуде против конкретног поретка, будући да међународно право то сматра унутрашњим питањем државе.

Са становишта међународног и унутрашњег права ауторка отвара и актуелно питање оцене побуне у арапским земљама у пролеће 2011. године. Да ли је то само грађанска непослушност или има елементе револуције? Како се може тумачити утицај страног фактора? Александра Мировић сматра да су ово примери грађанске непослушности.

Посебно поглавље ауторка је посветила протестима грађана у Србији 1996/7. године и 2000. године. Значајно је да домаћи аутор изврши анализу, али такође да с временске дистанце да оцену ових

догађаја. Њено становиште дозвољава отварање дијалога, јер коначна оцена петооктобарских догађаја није дата ни у политичкој науци нити у историографији. Књига Александре Мирковић о грађанској непослушности је значајно политиколошко научно дело у домаћој литератури, које отвара нека питања и подстиче на размишљање о могућностима грађанске непослушности у XXI веку.

ПОВРАТАК СЛОБОДАНА ЈОВАНОВИЋА У СРБИЈУ

Слободан Јовановић, професор уставног права, велики правник и историчар, један од утемељивача „београдског стила и језика“ у српској књижевности, декан Правног факултета, ректор Универзитета у Београду, председник Српске краљевске академије наука и председник Владе Краљевине Југославије у егзилу, сахрањен је 10. децембра 2011. године у Алеји заслужних грађана на Новом гробљу у Београду. Преминуо у избеглиштву 12. децембра 1958. године, био је сахрањен на лондонском гробљу *Kensal Green*, на коме је почивао 53 године, у гробу који је припадао његовом даљем рођаку и личном секретару, предратном дипломати Кости Ст. Павловићу.

Упорност коју су комунистичке власти показале у обрачуна са Слободаном Јовановићем може се разумети једино уколико се анализи подвргне његово дело. Слободанове кабинетске, професорске оцене тоталитаристичких система прецизно су погађале суштину власти која је, по совјетском узору, успостављена у Југославији по окончању Другог светског рата. У студији *О држави* он је још 1936. године писао да „и фашизам и комунизам практикују диктатуру... У фашистичкој и комунистичкој држави постоји једна државна странка с монополном страначке организације и с искључивим правом на владу“. Оним што је представљао у културном и научном животу Београда, Србије и Југославије, посебно у светлости његовог либералног погледа на свет и оваквих анализа тоталитаристичких режима, Слободан Јовановић је носиоцима нове власти изгледао као симбол света који су срушили, а чије су се обнове прибојавали. Из тих га је разлога, 15. јула 1946. године, позивајући се у типичном политичком процесу на почињену „издају“ и „ратни злочин“, Војно веће Врховног суда ФНРЈ осудило *in absentia* на казну лишења слободе с принудним радом у трајању од 20 година, губитак политичких и појединих грађанских права у трајању од 10 година, конфискацију целокупне имовине и на губитак држављанства. Из тих разлога је

1947. године избрисано његово име с листе чланова Српске академије наука, коју редовно објављује Академијин *Годишњак*. Из тих разлога је забрањивано објављивање његових дела у Југославији, а покушаји да се ипак публикују завршавали су 1971. спаљивањем тиража, а 1985. године растурањем слога. Тек је ујесен 1989. године, пошто је Градски комитет Савеза комуниста Београда поново оштро осудио још један покушај штампања Јовановићевих *Сабраних дела*, отпор јавности, предвођене Наставно-научним већем Правног факултета Универзитета у Београду и Удружењем књижевника Србије, дао резултат и 12 томова је коначно угледало светлост дана.

Професори београдског Правног факултета наставили су да улажу напоре да се исправи огромна неправда почињена Слободану Јовановићу. Године 1991. на Факултету је одржан први симпозијум о овом научнику у послератној Србији, да би 1997. године САНУ и Правни факултет заједнички организовали четвородневни научни скуп, на којем су, кроз 50 реферата, анализирани личност и дело Слободана Јовановића. На крају су усвојени закључци, међу којима се издвајају захтеви да се једна улица или трг у Београду назову његовим именом, да му се посмртни остаци пренесу у земљу и на достојан начин ту сахране и да се поништи судска пресуда из 1946. године. Лепо је речено да поништење судске пресуде није потребно Слободану Јовановићу – ми смо ти којима је катарза неопходна.

Протекло је још 10 година док, 11. јуна 2007. године, Окружни суд у Београду није донео решење којим се утврђује да је наведена пресуда Војног већа Врховног суда ФНРЈ ништава од тренутка њеног доношења, да су ништаве све њене правне последице и да се Слободан Јовановић има сматрати неосуђиваним.¹ Скупштина града Београда је 11. априла 2011. године одлучила да се плато испред Правног факултета назове његовим именом. Остало је било још да се реализује закључак о преносу његових посмртних остатака у Србију.

Стицајем околности, декан Правног факултета из периода када су усвојени закључци о исправљању неправде почињене Слободану Јовановићу, проф. Дејан Поповић, преузео је пред крај 2008. године дужност амбасадора Републике Србије у Уједињеном Краљевству Велике Британије и Северне Ирске. У архиви Амбасаде наишао је на трагове о покушају ранијег амбасадора, проф. Владете Јанковића, да покрене поступак ексхумације и преноса Слободанових посмртних остатака у Србију и на сведочења о тешкоћама које су, у

¹ Поступак је покренут на захтев Српске либералне странке, Удружења припадника Југословенске војске у отаџбини 1941-1945, Удружења политичких затвореника и жртава комунистичког режима, Удружења књижевника Србије, Адвокатске коморе Србије, Омладине Демократске странке Србије и Наде Томић Вуковић.

том тренутку, ову племениту иницијативу зауставиле. Потом је ступио у контакт са проф. Стеваном К. Павловићем, сином пок. Косте Ст. Павловића, који је био шеф кабинета и даљи рођак Слободана Јовановића, у чијем је гробу на гробљу *Kensal Green* почивао Слободан Јовановић. У разговорима и кореспонденцији који су уследили проф. Павловић је изразио жељу да пренос посмртних остатака Слободана Јовановића и њихова сахрана у Београду ни на који начин не буду политички злоупотребљени и да цео поступак треба да буде обављен под окриљем водећих академских и научних институција којима је Слободан за живота припадао. После сагласности Стевана К. Павловића, који је, иако у деветом колену, његов најближи и најстарији живи сродник и, уз супругу Франс, једини припадник породице Павловић у Великој Британији, било је неопходно прибавити и дозволу надлежног бискупа Англиканске цркве. Јер, сахрана је 1958. године обављена на освештаном земљишту гробља *Kensal Green*, а *Church of England* начелно има озбиљне резерве према узнемиравању покојника. Пошто је владика Иринеј (Буловић), декан Православног богословског факултета Универзитета у Београду и члан Синода Српске православне цркве упутио писмо бискупу Лондона, у којем је објаснио разлоге због којих је Слободан Јовановић сахрањен изван домовине и образложио потребу да се његови посмртни остаци врате у Србију и ту на достојан начин сахране на освештаном месту и након разговора амбасадора Поповића с бискупом Ричардом Чартресом, Англиканска црква је издала тзв. *Bishop's Faculty*, што се, иначе, догађа само изузетно. Паралелно је прибављена и дозвола за ексхумацију од стране британског Министарства правде. Од самих почетака, у организовање поступка ексхумације и преноса посмртних остатака Слободана Јовановића били су укључени виђени припадници српске дијаспоре у Уједињеном Краљевству, предвођени Српским саветом у Великој Британији и свештенством Цркве светог Саве у Лондону. После извршене ексхумације, ковчег је изложен у тој цркви, а 5. децембра 2011. године одржане су две службе, којима је присуствовао значајан број грађана српског порекла. Они су на тај начин желели да одају почаст своме великом сународнику и искажу подршку иницијативи да се посмртни остаци Слободана Јовановића пренесу у Србију и тамо сахране.

На београдском крају пута такође је било неопходно обавити опсежне припреме. У поступку добијања *Bishop's Faculty* од стране Англиканске цркве незобилазно место је имала активна улога Синода Српске православне цркве, а посебно владике Иринеја Буловића. У Министарству спољних послова образован је Одбор за организацију преноса посмртних остатака Слободана Јовановића, у којем су се налазили Владимир Николић и Владимир Жутић, у име Министарства, проф. Данило Баста и проф. Драгољуб Живојиновић, дописни

чланови САНУ, проф. Сима Аврамовић и Славица Капетановић, у име САНУ, Правног факултета, односно Универзитета у Београду. Овај одбор је, уз подршку градоначелника Београда и свесрдно ангажовање шефа протокола Скупштине града Лазара Одановића, обезбедио гробно место у Алеји заслужних грађана на Новом гробљу и преузео на себе организацију дочека посмртних остатака, комеморације и сахране. У жељи да се до краја поштује став Стевана К. Павловића и не допусти било каква политичка злоупотреба, одлучено је да се целокупан поступак одвија под окриљем САНУ, Универзитета у Београду и његовог Правног факултета. Отуда је 10. децембра 2011. године организована комеморација баш на Правном факултету, у амфитеатру „Слободан Јовановић“, у коме је још раније постављена стална изложба посвећена овом нашем великану, као и његова биста. Говоре су, пред препуном салом, одржали само декан Правног факултета проф. Мирко Васиљевић, ректор Универзитета у Београду проф. Бранко Ковачевић и председник САНУ академик Никола Хајдин. После комеморативне седнице откривена је табла с називом трга испред Правног факултета „Плато Слободана Јовановића“, а у капели на Новом гробљу опело су служили владике Иринеј (Буловић) и Атанасије (Ракита). Почасну стражу су држали чланови Одбора (Данило Баста, Драгољуб Живојиновић, Сима Аврамовић, Владимир Жутић, Славица Капетановић и Владимир Николић), као и амбасадор Дејан Поповић. Дугачка колона, у којој се налазио и председник Републике Србије, испратила је Слободана Јовановића до Алеје заслужних грађана, где је ковчег, уз почасну паљбу, положен у гроб. Велика пажња коју су писани и електронски медији показали при извештавању о преношењу и сахрани посмртних остатака Слободана Јовановића, као и изузетно интересовање јавности, сведочи о томе да великани попут њега настављају да живе и после своје физичке смрти.

Редакција сматра важним да се сачувају од заборава говори које су на комеморативном скупу изrekli декан Правног факултета, ректор Универзитета у Београду и председник Српске академије наука и уметности, те их на овом месту пружа на шири и трајнији увид јавности, према редоследу по коме су били изговорени.

Редакција

ПРОФ. ДР МИРКО ВАСИЉЕВИЋ
ДЕКАН ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА
УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ

Дозволите ми да у својству декана Правног факултета Универзитета у Београду, у години када најстарија универзитетска институција модерне Србије слави двеста трећу годишњицу утемељења, рада и развоја, чији је најстарији члан управо овај факултет, отворим комеморативну седницу посвећену преношењу посмртних остатака, а рекао бих повратку, Слободана Јовановића, једног од највећих интелектуалаца модерне Србије, из Лондона у Београд.

Интелектуалној јавности Србије није потребно подсећање на то ко је био Слободан Јовановић, али нацији генетски склоној лаком забораву и негацији вредности, то ипак треба чинити оваквим поведима. Слободан Јовановић: председник Српске краљевске академије наука, ректор Универзитета у Београду, правник, декан и професор овог факултета, уставноправни писац, историчар, правни теоретичар, политиколог, социолог, компаративиста, биограф, портретиста, стилиста. Организовање низа активности у вези с преношењем посмртних остатака Слободана Јовановића од стране Српске академије наука и уметности, Универзитета у Београду и Правног факултета Универзитета у Београду, уз велику подршку Министарства спољних послова и Амбасаде Србије у Лондону, Скупштине града, те Српске православне цркве, отуда, представља знак да институције културе своју часну обавезу неговања и трајне афирмације националних вредности извршавају постојано и опомињући. Опомињући да мала држава оскудних интелектуалних ресурса не сме више себи дозволити да своје перјанице, ма у ком времену и ма по ком налогу, одлуком свог суда, извршиоца политичке (зло)воље, осуди као „издајника и ратног злочинца“ на вишегодишњу робију (конкретно двадесетогодишњу), уз губитак свих политичких и грађанских права, конфискацију целокупне имовине и губитак држављанства ради затирања и имена и дела. У противном, епитет „мале државе“ неће више бити само квантитативан, већ квалитативно-вредносан.

Слободан Јовановић родио се у Новом Саду 1869. године (тада Аустро-Угарска), где је његов отац Владимир живео као политички изгнаник из Србије, познат као ватрени предводник најзначајнијег национално-револуционарног покрета XIX века у Србији и Војводини – Уједињене омладине српске. Син Владимира Јовановића први је Србин који је понео име Слободан, по жељи оца, који је и своју кћер назвао неуобичајеним именом Правда. Слободан Јовановић у трећој години постаје Београђанин. У Београду завршава основну школу и Прву београдску (касније мушку) гимназију. Као државни питомац (стипендиста) уписује се на Правни факултет у Женеви 1887. године.

Као студент посебно се посвећује изучавању јавног права, те с непуних двадесет година пише запажен теоријски рад о демократији, истичући: „демократији се уписује у добре стране што учи народ да сам собом управља, а у мане јој се рачуна што се врло лако измеће у демагогију“. Студије права окончава 1890. године, годину дана проводи на „париском универзитету“ изучавајући јавно право, а након тога пет година ради у Министарству иностраних дела. Паралелно се посебно занимао за лепу књижевност, књижевну критику и приказе, на којим пољима је и имао прве важније „пробе пера“.

Године 1897. изабран је за ванредног професора (с непуних двадесет осам година) државног права (касније преименованог у уставно право) на Правном факултету београдске Велике школе (претече Универзитета у Београду), што је доказ угледа који је већ тада уживао као млад научни посленик. Године 1905. изабран је за редовног професора (са својих тридесет пет година). Исте године изабран је и за дописног члана Српске краљевске академије, а 1908. и за „правог“ (по данашњој терминологији „редовног“) члана. На Правном факултету Слободан Јовановић, наследивши на катедри Милована Миловановића, постаје прави утемељивач и неоспоран ауторитет науке уставног права у Србији. На овом факултету остаје све до 1940. године, кад је пензионисан. У два маха изабран је и за декана овог факултета (школске 1904/05. и 1909/10. године). У време Балканских и Првог светског рата прекида рад на Факултету и у Академији, а као војни обвезник бива именован за шефа пресбиреоа при Врховној команди. За време кратког периода мира изабран је за ректора Универзитета у Београду. Због свог става према Солунском процесу уклоњен је с дужности шефа ратног пресбиреоа и распоређен на рад у Министарству иностраних дела. Учествује као експерт на Конференцији мира у Паризу. За све ово време, као и двадесетак међуратних година, Слободан Јовановић неуморно ради пишући и објављујући бројне радове из области права, опште и националне историје, историје политичких доктрина, социологије, бројне чланке, приказе књига и др. Непрекидно је и веран сарадник *Архива за правне и друштвене науке*, као и *Српског књижевног гласника*. Дела Слободана Јовановића, писца ненадмашног стила и језика, читају се, нека то буде поновљено по ко зна који пут, с уживањем. За ректора Универзитета у Београду бива поново изабран 1920. године, а председник Српске краљевске академије постаје 1928. године и то остаје три године – до 1931. године. У времену између 1932. и 1936. године, у издању издавача „Геца Кон“, излазе у седамнаест томова *Сабрана дела* Слободана Јовановића.

На Оснивачкој скупштини *Српског културног клуба*, чији је задатак био да „ради на неговању српске културе у оквиру југословенства“ (политичким догађањима и међународним прилика-

ма проширен и ангажовањем у актуелним збивањима на политичком пољу), 1937. године изабран је за његовог председника. Позив да се прихвати места у влади упућен му је као председнику *Српског културног клуба*, али и као неспорном ауторитету у науци и јавном животу. То и постаје у својству потпредседника југословенске владе генерала Душана Симовића, након мартовских демонстрација 1941. године, као једина нестраначка личност, са своје седамдесет две године, поводећи се „за дубоким осећањем дужности тако типичним за њега“. Након капитулације Југославије, у овом својству „најскромнији човек у овој нескромној земљи“, с избегличком владом напушта, како се доцније испоставило, своју земљу заувек. У ратним годинама био је годину и по дана председник те владе, а онда поново њен потпредседник. Као председник избегличке владе имао је више проблема: односи са Хрватима, односи с Двором, односи са домаћинима – Енглезима (ниједан службени сусрет с Черчиллом), односи с Југословенском војском у отаџбини Драже Михаиловића и грађански рат у отаџбини, односи у влади и др. Што политичке околности, спољне и унутрашње, што недостатак практичног политичког искуства у вођењу политичких игара, учиниле су да један професор права и научник неоспорног ауторитета, доживи практични неуспех у бављењу политиком и да у једној прилици на питање једног свог пријатеља која је најгора влада у нашој историји одговори, са себи својственим осећајем за иронију: „Ова моја!“ Након познатог исхода Другог светског рата, средином 1946. године бива оптужен, са укупно још двадесет четири оптужена, с Дражом Михаиловићем на челу, оглашен кривим и осуђен у одсуству на „двадесетогодишњу робију с принудним радом“ у својој седамдесет седмој години живота. Бесмисленом пресудом Војног већа Врховног суда ФНРЈ проглашен је „издајником и ратним злочинцем!“. Преминуо је 12. децембра 1958. године, у Лондону, у својој деведесетој години.

Данас „поништење пресуде није потребно Слободану Јовановићу – ми смо ти којима је катарза неопходна“, пише с правом академик Миодраг Јовичић. У очекивању тог чина, делимична рехабилитација Слободана Јовановића, упркос још тада присутним снажним политичким отпорима посусталог и одлазећег комунистичког режима, под притиском институција културе (међу којима је био и овај факултет) и интелектуалне јавности, учињена је објављивањем Сабраних дела, у дванаест томова, 1990. године (једанаест хиљада примерака), у издању БИГЗ-а и Српске књижевне задруге, која су приредили Радован Самарцић и Живорад Стојковић. Следећи корак ка том чину учинио је такође овај факултет већ следеће 1991. године организовањем научног скупа посвећеног његовом делу. Наредне године овај амфитеатар II, у којем је Слободан Јовановић држао предавања, добио је његово име. Годину касније, дакле 1993.

године, издавачко предузеће *Принцип*, чије је оснивање било мотивисано управо тим циљем, објављује књигу *Сто најзнаменитијих Срба*, међу које је укључен и Слободан Јовановић. За тај друштвено-политички тренутак био је то врло храбар, а данас смо томе сведоци, и визионарски потез.

Корак даље у овом правцу, после нових година грађанског рата у бившој Југославији, учинио је опет овај факултет заједно са Српском академијом наука и уметности, 1997. године, организацијом научног скупа посвећеног Слободану Јовановићу, с педесетак научних реферата и саопштења који покривају различите области његовог научног стваралаштва. Овај научни скуп усвојио је поруку упућену властима с три захтева: први, поништење пресуде Слободану Јовановићу и стављање ван снаге свих њених последица (што је након доношења одговарајућег закона и учињено 2007. године доношењем одлуке Окружног суда у Београду, чиме је пресуда којом је осуђен на робију и губитак части проглашена ништавом); други, пренос његових посмртних остатака у Србију и организовање сахране на достојан начин, што се догађа данас и, трећи, постхумно проглашење за почасног грађанина Београда и називање једне улице или трга његовим именом, што је једним делом учињено у априлу ове године, када је одлуком Скупштине града Београда плато испред Правног факултета понео име Слободана Јовановића. Свим овим активностима прикључивао се и Правни факултет и подржавао их. Нека не остане незабележено и да је овај факултет објавио 2004. године из пера академика Миодрага Јовичића књигу *Слободан Јовановић – илустрована монографија*, као и да је 2008. године, из пера Александра Павковића, издао књигу *Слободан Јовановић – један несентименталан приступ политици*, која је и промовисана на овом факултету јуна те године. Током децембра 2009. и јануара 2010. године у читаоници Библиотеке Правног факултета била је постављена изложба поводом 140. годишњице рођења Слободана Јовановића, која је после тога, логично, постала саставни део овог амфитеатра. Проф. др Јовица Труља и господин Маринко Вучинић, представили су истим поводом књигу *Савременици о Слободану Јовановићу* коју су заједно приредили, а која је издање овог факултета. Том приликом приказана је и емисија Радио Телевизије Србије *Осврт на живот и дело Слободана Јовановића*.

Слободан Јовановић, заједно с Томом Живановићем и Живојинном Перићем, опште је сагласје, спада у водећи трио највећих и нијансирано оригиналних правних писаца (у мери у којој право као друштвена наука то уопште и може бити) које је ова земља изнедрила. Ако у овом трију примат у оригиналности свакако, са својом синтетичком правном филозофијом и теоријом правне трипартиције, има

Тома Живановић, такође професор овог факултета, онда по ерудицији, језику, стилу, свестраности и компаративности такав примат свакако заслужује Слободан Јовановић. Неуспео излет у политику, који одражава његов морални кредо обележен узвишеним осећајем „дужности према држави“, овоме ништа не одузима. Означавањем једног од својих највећих амфитеатара именом овог великана српске правне и друштвене мисли, као и организовањем и учешћем у данашњим и у низу других активности, поменутих и непоменутих, у брисању трагова и обележја наше националне и државне срамоте, чија је погрешна мета била и једна оваква личност, а у историјском и вредносном смислу права мета је, по логици правичности, сам извршилац, овај факултет је показао и показује да зна да правом мером вреднује и да на одговарајуће место у својој и националној историји и памћењу постави своје посленике, присвајајући их у мери свог доприноса њиховој снази и величини и признајући им истовремено националне и државне домете и величине у мери општег сагласја.

Надам се да данашњим догађајима Правни факултет Универзитета у Београду, како то и доликује институцијама које трају и дају, на још један начин испуњава дуг који има према овом корифеју. А одужићемо га сви заједно ако, уз ово, непрестано у свој лични и заједнички посао уносимо, колико год можемо, и истрајности, истинољубивости, правдољубивости, искреног патриотизма и самопрегора који је наш, у свему велики, професор Слободан Јовановић уносио у своја дела.

ПРОФ. ДР БРАНКО КОВАЧЕВИЋ РЕКТОР УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ

За сваког универзитетског наставника представља посебан успех у каријери и питање части постати ректор Универзитета у Београду. Али, међу њима постоје и ректори који су својим именом и делом учинили част нашем Универзитету! Управо такав био је Слободан Јовановић који је дужност ректора обављао у два мандата 1913/1914 и 1920/1921. године.

Околности у Србији су биле такве да је прва година његовог мандата била ратна, када је Универзитет обуставио рад. На Светосавској академији 1914. године он истиче да су наставници и студенти за то време вршили своју српску дужност како је ко најбоље могао. Ни у једном нашем рату до сада академска омладина није узела већег учешћа; она се борила у првим редовима и бројни универзитетски грађани дали су свој живот за отаџбину. Њихова имена утиснута су данас у зидове зграде Капетан Мишиног здања.

Осврћући се на историјске околности у којима је Универзитет тада деловао, Слободан Јовановић је указивао да „у новој, проширеној Србији, Универзитет чекају велики и важни задаци. У присаједињеним областима живи опет наш народ, али између тога народа и народа у старој Краљевини постоје велике разлике у култури. Народ у старој Краљевини има за собом читав век слободног живота у правно уређеној држави, с националном просветом и културом. Наши нови суграђани, пак, били су до јуче туђе робље. Прва дужност коју према њима имамо, то је да их уздигнемо на наш културни ниво. Универзитет, као најјачи културни центар, има да предњачи у том послу културног уједињења, без кога ни политичко уједињење не може бити потпуно. Колико су политичко и културно уједињење тесно везани најбоље нам показује наш велики просветитељ св. Сава: чим је Немања политички ујединио српске земље, јавио се св. Сава да их својим просветитељским радом и културно уједини“.

Дирљиво је, али и веома сликовито Слободан Јовановић изразио напредак Универзитета када каже: „По броју својих ђака, наш Универзитет престао је бити мали универзитет. Ове школске године он има преко 1500 уписаних ђака – иако се придолажење нових ђака, као што ће вероватно бити, продужи у размерама последњих година, ми ћемо убрзо имати 2000 ђака. Два су главна узрока због којих расте број универзитетских студената. С једне стране, због општег културног напретка који се осећа у нашој земљи, гимназије су све боље посећене, и дају све више младих људи са побуђеном вољом и потребном спремом за више научно образовање. С друге стране, због подигнутог нивоа његове наставе, привлачна снага нашег Универзитета осећа се већ и ван граница наше државе; њега почињу походити Срби и Хрвати из суседне Монархије, и није немогућно да једног дана наш Универзитет постане не само српски него и југословенски научни центар.

Али, не само да је број ђака нарастао, него је и њихова каквоћа све боља. Докторске дисертације, ако не све, а оно добрим делом такве су да би се на основу њих могао положити докторски испит и на најбољем страном универзитету. Некада, између онога који би свршио нашу Велику школу и онога који би свршио макар и који незнатнији универзитет на страни осећала се велика разлика у спреми: први је изостајао умногоме иза другог. Али данас та разлика све више ишчезава“.

Као и ми данас и Слободан Јовановић је указивао да се Универзитет и његови факултети „још увек боре с елементарним материјалним тешкоћама. Универзитет је одавно израстао из своје садашње зграде. Он се гуши у Капетан Мишином здању. Скоро је сваке године принуђен да по још једну кућу узме под закуп; до сада их је закупио пет и вероватно, то му неће бити доста“.

Поштен и принципијелан, какав је био, он јасно указује да је у датим околностима угрожена и аутономија Универзитета, када каже: „Али материјалне околности нису једине које сметају Универзитету у његовом развијању. Извесни недостаци осећају се и у организацији његовог наставничког особља. На Великој школи број наставника био је неограничен; на Универзитету законом је утврђено колико највише наставника може бити. Универзитет је увек стајао на гледишту, да се овакво једно законско ограничење не слаже с његовом аутономијом. Шта вреди слобода наставе која је на Универзитету проглашена, кад Универзитет нема могућности да отвори онолико катедара колико мисли да интереси наставе изискују, него мора да се држи једног напред утврђеног броја, на коме се законодавац зауставио из разлога финансијских, без обзира на потребе Универзитета, а нарочито без обзира на то да се развијању наука и стварању катедара не могу поставити сталне, законске границе“.

Говорећи о студентима Слободан Јовановић, између осталог, каже: „Остављено им је да полажу кад и како хоће испите. Ова слобода упропастила је знатан број ђака, јер наш је ђак, истина, даровит, али и индолентан; он може да ради, и то добро да ради, али треба да га неко подстакне; као свима народима скорашње културе тако и нама недостаје унутрашњег подстрека за рад. Али велики број неуредних ђака не треба објашњавати само манама универзитетског уређења. Има још један дубљи узрок: то је рђаво материјално стање универзитетских студената. На Универзитету је још увек знатан број сиромашних студената који морају у исто време и да уче и да се боре за опстанак. Београд је међутим скупа варош; да би зарадили колико им треба студенти морају потрошити толико снаге и времена за рад ван школе да им више не остаје за рад у школи. Крајње је време да се обрати већа пажња на ђачку сиротињу него што се до сада чинило, јер сви напретци које бисмо постигли у универзитетској настави не би вредели много када би се њима могли користити само они студенти који се налазе у повољним материјалним околностима. Оснивање једног студентског дома, организовање ђачких стипендија на широј основи, тако да у давању стипендије, поред државе учествују и окрузи и срезови и општине и приватни добротвори; стварање разних олакшица за сиромашне студенте, нпр. у погледу лекарске помоћи – све су то мере које сваким даном постају све потребније“.

Поносни смо што је Универзитет у Београду учествовао у значајном културном подухвату враћања посмртних остатака великана Слободана Јовановића у отаџбину.

АКАДЕМИК НИКОЛА ХАЈДИН
ПРЕДСЕДНИК СРПСКЕ АКАДЕМИЈЕ
НАУКА И УМЕТНОСТИ

Својим свеукупним стваралаштвом у областима науке и књижевности, својим ангажманом у културном и друштвеном животу Србије, а потом и Југославије, с краја XIX и прве половине XX века, Слободан Јовановић је оставио дубок траг у свом, али и нашем времену, као једна од знаменитих личности српског народа. Припадао је великој генерацији српских интелектуалаца који су се школовали на иностраним универзитетима, да би се после завршених студија враћали у земљу и ту преузимали водеће улоге у разним областима живота. Слободан Јовановић је студије права обавио у Женеви и Паризу, а већ 1897. године постао је професор државног и међународног права, на Правном факултету у Београду. У два наврата је био и ректор Београдског универзитета, а на Мировној конференцији у Паризу ангажовао се као стручњак и члан југословенске делегације.

Признање за свој велики допринос пре свега правним наукама, добио је избором за дописног члана Српске краљевске академије 1905, да би већ 1908. године постао њен редовни члан. На Академији је обављао бројне важне дужности, па је тако, између осталог, 1914. године постао секретар Одељења друштвених наука, потом, председник ове установе од 1928. до 1931, као и председник Одбора за новију домаћу историју 1933. Због свог угледа у Европи, биран је у чланство многих великих научних институција, као што је француска Академија политичких и моралних наука или Пољска академија наука, био је дописни члан Југословенске академије знаности и умјетности, Школе за словенске студије у Лондону, и многих других.

Огромно је његово дело из области правних и социолошко-политичких наука, правне и опште историје, књижевности, као и из других области културног и друштвеног живота. Иако је у почетку најрадије писао о књижевности, главно подручје његовог научног интересовања и рада, било је државно право које је на више курсева предавао на Правном факултету. Од 1895. почиње да објављује студије *О државном уговору*, *О суверенитету*, *Државном систему*, *Енглеском парламентаризму* који му је био узор, *Уставном праву*, све до 1934. кад излази коначна верзија његове књиге *О држави*.

Радови Слободана Јовановића из историје Србије од *Уставо-бранитеља до Мајског преврата 1903*, практично чине историју српског друштва и династије Обреновића у XIX веку. Својим садржајем, самом методологијом, језичком и стилском перфекцијом, представљају целину не само историографске природе, већ и ориги-

налну студију политичког и уставноправног развоја Србије од турске вазалне кнежевине до независне и суверене државе.

Све теме које је обрађивао показују Слободана Јовановића као великог ерудиту и зналца, али и као префињеног и бриљантног стилисту. Био је познавалац људи, учени тумач правних система и политичких доктрина. Знатан број портрета знаменитих људи о којима је писао улази у најбоље писане текстове српске књижевности.

Сабрана дела су му први пут објављена тридесетих година код Геце Кона, да би после рата и наредних 50 година била забрањивана, прећуткивана и занемарена због оптужби да је био „народни непријатељ“ и због осуде у одсуству, на дугогодишњу робију. Трајало је то све до почетка 90-тих када је објављено 12 томова његових сабраних дела. Треба ипак поменути да се, без обзира на забране, његово дело свих тих година проучавало на Београдском универзитету, нарочито као обавезна литература на студијама историје на Филозофском факултету.

Познато је да је Слободан Јовановић избегавао политичке ангажмане, али је невољно, под притиском мартовских догађаја 1941. године, прихватио место у влади генерала Симовића, а касније и место премијера у влади у егзилу у Лондону. По свом основном политичком и друштвеном опредељењу Јовановић је био демократа, присталица парламентаризма, југословенства као државног јединства, тражећи увек место за Србију у таквој заједници народа. Отуда његова настојања да се оживи успавана српска национална, културна и друштвена свест, како би се очувала равноправност с осталим народима у новоствореној држави. То је посебно видљиво из његовог ангажмана у разним српским културним институцијама. Тако се, на пример, заједно са Богданом Поповићем, ангажовао око поновног оживљавања *Српског књижевног гласника*, затим је постао председник Српског културног клуба 1937–1941, а 1951. године оснива Удружење српских писаца у иностранству.

Укратко, Слободан Јовановић је био свестран научник, личност ренесансног типа, истраживач духовних, културних и политичких прилика у Србији, посебно током XIX века, велики стваралац у области правних и политичких теорија, а много мање политичар-прагматичар. Он представља изузетну појаву у српској култури – писао је дуго, читавих 60 година, и све време чувао је и неговао свој стил и метод проучавања и истраживања у реконструисању правне, политичке, историјске или, пак, књижевне материје.

Слободан Јовановић је био један од оних великих синова Србије који су дуго били осуђивани, чије је дело било занемарено и ниподаштавано пуних педесет година, све до деведесетих, кад излазе његова сабрана дела. Од тада креће његова људска, али и правно-

политичка рехабилитација. Данас се та тешка историја једног заслужног и вредног човека, великог интелектуалца и патриоте каквих Србија није имала у обиљу, коначно завршава. Једна људска драма и одисеја затвара свој круг: Слободан Јовановић се коначно и заувек вратио мајци Србији.

Др Данило Баста*

АКАДЕМИК МИХАИЛО ЂУРИЋ (1925 2011)

Двадесет петог новембра 2011. године окончан је животни пут професора Михаила Ђурића у његовој осамдесет седмој години. Једна деоница тога пута, важна и плодна, припада и овом факултету. Због тога, у овом часу, наше мисли и наша сећања, свакако и осећања, упућујемо покојном професору Ђурићу, његовој личности, животу и, понад свега, његовом делу.

Свима је знано да је професор Михаило Ђурић био превасходно филозоф, и то један од најзначајнијих у српској филозофији XX века, нарочито његове друге половине. Мање је, међутим, познато како су, где и када започели његов филозофски пут и филозофски развој. А започели су у пуном и правом смислу речи баш на нашем Правном факултету, који је вазда, од самог свог оснивања, био шири од уско схваћених и позитивистички оријентисаних правних наука. Заслуга за то – ваља у овој прилици с поштовањем и захвалношћу рећи и признати – припада професору Радомиру Лукићу. Проницљив да уочи нечију даровитост, вредноћу и духовну окретност, он је младог Михаила Ђурића, до тада референта Државног секретаријата за привреду Народне Републике Србије („са основном месечном платом XIV платног разреда“, како се помиње у једном решењу које је потписао Мирко Тепавац), позвао за асистента. Било је то 1954. године, када је, почев од 20. фебруара, Михаило Ђурић почео да ради као асистент за Теорију државе и права. Тада и тако, започела је једна сасвим изузетна, управо бриљантна академска и универзитетска каријера, један мисаони пут са сталним успоном и све богатијим плодовима, пут, додуше, с многим тешкоћама, препрекама, па и судбинским ударцима, али пут који се ничим није могао прекинути. Јер, Михаило Ђурић је био самопрегорни подвижник филозофије,

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду и дописни члан Српске академије наука и уметности.

дух слободан, храбар, отворен, самосвојан и критички настројен. Филозофији и филозофском раду, достојанству филозофије, служио је, чврсто и непоколебљиво, целим својим бићем. Зато је читав његов живот истинско оличење филозофске егзистенције у најбољем смислу те речи.

Ко је био у прилици да завири у персонални досије Михаила Ђурића, могао је да у једном документу с називом „Општи упитник“ од 8. 12. 1950. године, који је својеручно попунио сам Михаило Ђурић, на питање бр. 14 („Бави ли се научним радом и каквим“) прочита следећи одговор: „Спремам докторску дисертацију из Историје политичких доктрина“, а на питање бр. 11 („Које стране језике познаје и у којој мери“) овај одговор: „Читам научну литературу на немачком, француском и енглеском језику.“ (Исти подаци налазе се и у приложеној „Аутобиографији“ Михаила Ђурића, у којој, иначе, има и других занимљивих података.) Дакле, двадесет петогодишњи младић, дипломирани правник (завршио је факултет 1949), четири године пре но што ће постати асистент на нашем факултету, обавештава (надлежне) да, владајући трима светским језицима, припрема свој докторски рад. Била је то теза „Идеја природног права код грчких софиста“. Одбранио ју је крајем године у којој је постао асистент – 27. децембра 1954. на Правном факултету у Београду пред комисијом коју су сачињавали: председник Милош Н. Ђурић, професор Филозофског факултета у Београду, и чланови: Радомир Д. Лукић, професор Правног факултета у Београду, Олег Мандић, професор Правног факултета у Загребу, Вељко Кораћ, професор Филозофског факултета у Београду и Борислав Благојевић, професор Правног факултета у Београду. Научноауторитативнија комисија, при том петочлана, једва да се могла и замислити. Ту околност неизоставно треба имати у виду. Али, треба имати на уму још нешто: да је, наиме, у оно време свевладајуће класне и догматске, историјско-материјалистичке парадигме у теорији права код нас, Михаило Ђурић написао и одбранио докторску тезу о природном праву грчких софиста, недвосмислено ставивши тиме до знања да на тлу филозофије права – јер његова теза несумњиво припада баш тој филозофској дисциплини, па је и данас на списку литературе за израду студентских семинарских радова – хоће да иде слободно и одважно, изван наметнутих методских образаца и ограничења, управљајући се по начелима и захтевима неспутаног филозофског ума и њиме надахнутог истраживања.

Докторска теза Михаила Ђурића значајна је и по томе што је непобитно посведочила његову укорененост и приврженост грчком филозофском наслеђу и тиме грчком филозофском завичају. Њему ће он остати мисаоно одан све до краја своје духовне делатности. Довољно је поменути његову изврсну, зrelu и беспрекорним српским језиком написану књигу *Хуманизам као политички идеал* из

1968. године. На подлози изворне мисли старих Грка, с ослонцем на најзнатнија дела угледних аутора посвећена митологији, филозофији и целокупној старогрчкој баштини, Михаило Ђурић је у том свом „огледу о грчкој култури“ (како гласи поднаслов књиге) дао целовит поглед на изворе, покретаче, начела и непролазне вредности грчког света културе и политике, без којих се никаква Европа – а понајмање ова капиталистичко-новчарска и лихварско-банкарска, која се (и таква) тетура и на све стране пружа свој дужнички шешир! – не може ни замислити. Треба се, исто тако, опоменути да завршни, дванаести том Ђурићевих *Сабраних списа* (чије је објављивање 2009. године великодушно потпомогао и наш факултет, па је и њихов суиздавач), који носи наслов *Крхко људско добро*, садржи истоимену расправу у којој је реч о Аристотеловој практичкој филозофији и њеној актуелности, не само за данашњу и будућу филозофију него – што је, може бити, важније – и за човеков живот и опстанак у свету. Управо та књига довршава Ђурићев мисаони лук на чијем су почетку његова докторска дисертација и други рани радови посвећени античкој филозофији.

Статусно напредовање Михаила Ђурића на нашем факултету имало је свој равномеран ток. За петнаест година прешао је пут од асистента до редовног професора. Сваки корак на том путу има покриће у некој Ђурићевој значајној књизи. У највише звање изабран је 1969. године. Тада је, 20. маја, Већу Правног факултета поднет извештај четворице професора – Николе Стјепановића, Радомира Лукића, Милана Милутиновића и Вука Павићевића. Они су истакли Ђурићеву предавачку делатност, рекавши: „Као наставник и предавач Ђурић је веома савестан и систематичан; његова предавања су увек добро припремљена и на великој висини, тако да је свуда где је држао предавања веома цењен и радо слушан, а међу студентима ужива углед и поштовање.“ Потписници извештаја су посебно нагласили Ђурићев учинак као научног радника, подвукавши његове књиге, објављене после избора за ванредног професора. То су *Социологија Макса Вебера* (1964) и *Хуманизам као политички идеал* (1968). Нема сумње да је баш ова друга књига послужила као главна основа за унапређење Михаила Ђурића у звање редовног професора. Потписницима служи на част што су, у једном осетљивом тренутку после студентске побуне 1968. године у којој је и професор Ђурић узео учешћа својим познатим говорима, свој извештај упућен Већу завршили овим речима: „У закључку се може рећи да је Ђурић одличан наставник и значајан научни радник. Он историју политичких и друштвених учења обрађује у ширем оквиру опште социолошке па и филозофске проблематике, што његов рад уздиже на значајну висину – то престаје бити уско стручан, сух посао и постаје једна друштвена делатност која критички посматра данашње друштво и човека и пред-

лаже излаз борбом за ново друштво и човека... Као такав ангажован писац Ђурић је постао познат и широкој јавности и он врши знатан утицај на развој односних друштвених дисциплина. И као наставник и као научни и јавни радник Ђурић у потпуности испуњује услове предвиђене Статутом Правног факултета да буде изабран за редовног професора за Историју политичких теорија“. Из накнадне забелешке припојене извештају види се да је Михаило Ђурић изабран за редовног професора са 25 гласова. Два гласа су била уздржана.

Искреник и приврженик филозофије, који је добро знао и самим собом потврдио да је она несводљив индивидуални чин, али да је по својој суштини, као умно поимање или појмовно умовање, општељудска, универзална, јер је, према Канту, њено основно питање (у које се сливају сва друга) „Шта је човек?“, Михаило Ђурић је такође знао да филозофија има и својих националних обележја (због језика на којем се изражава или културне традиције у којој се развија), те да филозоф, особито у тешким тренуцима државне и историјске егзистенције народа којем припада, не може бити равнодушан и обитавати у контемплативној сфери свога мудровања. Напротив, он мора, сходно налозима саме филозофије, изићи на агору и од свога ума, опет речено кантовски, начинити јавну употребу. Тако је у два наврата, у два одсудна тренутка, с високом одговорношћу поступио и наступио професор Ђурић – 1971. године у расправи о уставним амандманима којима се припремало уништење Југославије, и 1999, када је један војни савез злочиначки и агресорски послао свога „Милосрдног анђела“ да бомбардује и трује нашу отаџбину. Ко данас узме да прочита те говоре – а због првога је у титоистичкој сатрапији платио високу цену – искусиће истину његових далекосежних речи рођених из најплеменитије филозофске савести. Та је савест код њега била залога потпуне сагласности мишљења и деловања, филозофије и сопственог живота, духа и практичног чињења. Није погрешно један Ђурићев млађи ученик и сарадник, кога је он подстицао, усмеравао и о његовом филозофском развоју помно и очински бринуо, када је у једном разговору о делима професора Ђурића у његовом родном граду Шапцу, за њега, поводећи се за оним што је негда било казано о Филипу Меланхтону, рекао да је *Praeceptor Serbiae*, тј. *учитељ Србије*. А он је то могао да буде, па и да за нашу будућност остане, стога што је мислио и делао у знаку двеју језгровитих речи Карла Јасперса: прве, да „филозофија није недужна“, и друге, да „филозофија не сме да абдицира“.

Живот Михаила Ђурића био је потпуно испуњен и остварен, а његово дело је сасвим заокружено и довршено. То је уистину овоземаљска благодат која је дарована само најређима. И у том животу и у том делу, теорија и етика мотре једна на другу, док истина

и правда излазе у сусрет једна другој и успостављају ненарушиво савезништво. Због тога су живот и дело професора Ђурића узорити, без и најмање сеновитости, достојни да се њима надахњују сви они који одолевају терору данашње заводљиве и свеprisутне баналности и који, томе насупрот, настоје да свој живот осмисле и очовече.

У пантеону београдског Правног факултета, за сада имагинарном, професору Михаилу Ђурићу несумњиво припада веома истакнуто место. Међу најодабраније личности тога нашег пантеона он се сврстао не само својим узор-животом, и не само својом одважном речју која је наш род бодрила и за њ била лековита у његовим кобним тренуцима, него највећма својим научним и филозофским делом, чију духовну архитектонику тако упечатљиво оличавају и за будућност српске културе чувају његови *Сабрани стиси* у дванаест књига, којима свакако треба придружити и прошле године објављену *Историју политичке филозофије*. Вредност тога дела знала је да оцени и уважи и Национална академија наука Републике Италије (*Accademia nazionale dei Lincei*) када му је 2009. године доделила престижну награду „Проф. Луиђи Тартуфари“. Тим поводом је професор Ђурић, на једвите јаде због поодмакле болести од које је patio, написао и свој последњи текст „Пред вратима Хада“. У њему се налази и ова заветна реченица: „Ништа није коначно изгубљено све док смо уистину будно свесни свог дичног српског корена, древног грчког завичаја и општечовечанског европског опредељења.“

Пре три недеље, 5. децембра 2011, уручено ми је писмо једне (мени познате) племените, родољубиве и душевне госпође, иначе ћерке нашег знаменитог политичара из времена пре Другог светског рата. У њему ми је написала да смрт професора Ђурића „треба да оплакује цела Србија“, јер је он то „ заслужио самим својим постојањем“. Нека те потресне речи особе која никада није лично упознала нашег покојника овде непосредно претходе овим последњим:

Слава и хвала професору Михаилу Ђурићу.

Др Миленко Крећа*

РАДОСЛАВ СТОЈАНОВИЋ
(1931 2011)

Тридесетог августа ове године Правни факултет је остао без свог угледног професора и бившег шефа Катедре за Међународно право и Међународне односе, професора Радослава Стојановића. Рођен је у Вранићу 2. априла 1931. године. Дипломирао је на Правном факултету 1960. године са одличним успехом. Докторску дисертацију *Политика силе и неразвијене земље у савременим међународним односима* одбранио је октобра 1965. године. Новембра 1960. изабран је за стручног сарадника на Катедри за међународно право и Међународне односе, а маја 1965. за асистента. За доцента на предметима Међународно јавно право и Међународни односи изабран је 1969. године, а за ванредног професора 1978. године. У највише академско звање – звање редовног професора биран је 1984. године.

Свој таленат и научни ентузијазам подарио је превасходно науци о међународним односима. Из великог броја радова, својом специфичном тежином издвајају се четири дела монографске природе.

Коауторски уџбеник *Међународни односи* представља пионирски рад из ове важне и деликатне политиколошке материје. Професор Стојановић се, у делу уџбеника који је написао, бавио неколиким питањима:

- епистемолошким и методолошким питањима науке о међународним односима;
- развојем науке о међународним односима;
- савременим струјањима и теоријским правцима у науци међународних односа.

Савремене теорије међународних односа Стојановић је класификовао у четири основне групе: 1. историјско-социолошка школа

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду.

која обухвата теорије силе, реалистичке и институционалистичке; 2. психолошке теорије унутар којих се посебно истичу инстинктивистичке и бихевиористичке; 3. функционалистичке теорије; 4. марксистичке теорије.

Посебну пажњу професор Стојановић је посветио феномену међузависности у коме види основу савремених међународних односа. У анализи међузависности полази од чињенице да су међународни односи у крајњој анализи односи између глобалних друштава територијалног типа међусобно политички разграничени. Политичко разграничење јединствених природних услова за развој материјалне производње рађа међузависност која, варирајући по облицима и степену, поспешује процесе сарадње или сукоба између држава.

Одлучивање о спољној политици унутар тадашњег политичког система бивше СФРЈ је предмет монографије *Југословенски федерализам и спољнополитичко одлучивање* (1981). За полазну претпоставку је узео да је федерализам облик политичког организовања хетерогених друштвених група у једну државу па, отуда, федеративну државу сматра „друштвом друштава“ које *in foro externo* наступа као једно друштво и једна држава. Као особеност спољнополитичког одлучивања по Уставу из 1974. године, он карактерише увођење надлежности република и покрајина у област спољнополитичког одлучивања и њиховог непосредног укључивања у међународне односе. То се посебно огледа у праву представљања и закључивања међународних уговора. Наиме, Уставом из 1974. године уведена је непосредна надлежност република и покрајина у процесу закључивања међународних уговора на тај начин што је од њихове сагласности зависило да ли ће неки уговор бити склопљен или не. То је јединствен случај у пракси федералних држава. Стојановић је с правом указао на опасност оваквог решења које је, уосталом било један од катализатора дезинтеграције бивше СФРЈ.

Монографија *Сила и моћ у међународним односима* (1982) на неки начин заокружује систематску обраду феномена силе и моћи у међународним односима којим се Стојановић бавио од самих почетка свог научног рада. Квалитет његовог приступа огледа се у томе што настоји да силу и моћ објасни у друштвеном контексту историје, побијајући тако раширена теоријска одређења која силу везују за природу човека и друштва, вечите и судбинске пратиоце историје. У том смислу, професор Стојановић раздваја појмове друштвене и политичке моћи. Налази да је друштвена моћ иманентна човеку јер садржи у себи способност стварања, а политичка моћ, поред способности стварања, обухвата и способност разарања. То прерастање друштвене у политичку моћ, он објашњава појавом неједнакости између људи и друштава. Неједнакост је, према његовом мишљењу,

историјски настао однос те, према томе, и политичка моћ је само историјска категорија, а не категорија иманентна човеку и друштву.

Фундаментално питање, које је одувек заокупљало умове окренуте идеји уређене и праведне међународне заједнице, је како искључити силу из међународних односа. С обзиром на став по коме се сила јавља услед неједнакости између територијалних друштава, Стојановић сматра да ће сила нестати када територијално одређење човека и друштва буде превазиђено. Овај закључак је релевантан само у односу на силу која је историјски до сада позната али не и на односе који би настали након детериторијализације људских друштава.

У фокусу његовог научног интересовања нашла је своје место и спољна политика Европске уније. Монографија *Спољна политика Европске уније* (1978), за коју Стојановић каже у претходним напоменама да је уџбеничког карактера, настала је на основу предавања које је држао на специјалистичком курсу последипломских студија из Европског права на Правном факултету Универзитета у Београду у школској 1997/98. години. Монографија има два дела. Први је посвећен еволуцији интеграције Западне Европе после Другог светског рата у контексту глобалних међународних политичких односа. Други део тиче се стварања и функционисања Европске уније и анализе агенде 2000. Он у закључку наводи да је транзиција Централне и Источне Европе у политичке и економске системе компатибилне са системима у Европској унији сложен процес. Подразумева промене у широком луку, од јачања демократије и грађанског друштва, преко здравих макроекономских политика, приватизације и реструктурирање индустрије, до правних и институционалних промена, те либерализације трговине. Основна одговорност у овом процесу лежи на самим државама које су декларисале политичку намеру да се укључе у Европску унију. Подршка институција Уније, договорена стратегијом у Есену, само је додатна подршка. Уз анализу агенде 2000, он даје и преглед стања у појединим државама Централне и Источне Европе.

Располагао је и завидним организаторским способностима. Иказао их је, можда, на најбољи начин делујући као заступник Србије у спору између Босне и Херцеговине и Србије пред Међународним судом правде.

У сећању ми је остала слика о узбуђењу које га је обузело при уласку у Велику судницу светског Суда. Узбуђење због тежине и деликатности изазова који је стајао пред њим, као заступником Србије. Узбуђење је нестало је када је зналачки и компетентно почео с излагањем о историјском контексту сукоба у Босни и Херцеговини, које је послужило као оквир за елаборацију правних аргумената.

та заступничког тима током усмене расправе у целини. Заступнички тим Србије је наступао као складна целина иако састављен, на једној страни, од младих правника од којих је већина први пут крочила у Велику судницу светског Суда и, на другој страни, корифеја међународног права и међународне адвокатуре попут професора Јана Браунлија.

Истовремено с функцијом заступника Србије у споровима пред Међународним судом правде, обављао је и дужност шефа дипломатске мисије Србије у Хагу. И то у периоду када је посао шефа мисије, сам по себи био деликатан задатак, постао деликатнији, јер је поред стандардних дипломатских активности у билатералној равни, подразумевао и активности које су се тицале Трибунала у Хагу.

Професор Стојановић је оставио дубок траг и у друштвеном животу Факултета. Својом непосредношћу, дружељубивошћу и отвореношћу пленио је срца студената и чланова колектива. Живео је пуним плућима, окренут како науци, тако и животним радостима које су га испуњавале.

Његов одлазак можда најбоље илуструје бруталну и немилосрдну моћ смрти. Животна снага и енергија које су га дуго красиле и чиниле саму супстанцу његовог бића, изчилеле су у кратком времену пред насртајем болести.

Својим научним радом, посебно пионирским доприносом у развоју науке о међународним односима, обезбедио је истакнуто место у српској науци на понос своје породице и драгоцену корист и инспирацију долазећим научним посленицима.

Др Милена Полојац*

ОБРАД СТАНОЈЕВИЋ (1934 2011)

Када ми је указана част да говорим о радовима професора Обрада Станојевића, осетила сам огроман терет одговорности. Било ми је нешто лакше када сам схватила да је то почетак новог дружења у којем тек треба проучити и сагледати један несвакидашње богат живот и дело. Није ни приближно могуће набројати све текстове у којима се Обрад Станојевић појављује као аутор, коаутор, приређивач, уредник, рецензент, преводилац, редактор превода. Зато нека ово подсећање на његово дело буде само скица будуће студије која треба да целовитије представи духовно богатство које је оставио за собом.

Велика и важна тема, зајам и камата, прва је која је обележила његов рад. У својој докторској дисертацији коју је одбранио 1964. године, он је пред себе поставио готово немогућ циљ: дати синтетички преглед еволуције зајма као посла облигационог права од најстаријих облика до савремених и то не само са становишта права, него и из угла економије, социологије и етике. Зајам је приказан кроз векове, у свим својим продуктивним и непродуктивним облицима од нексума, *eranos* зајмова грчког права, *mutui datio* римског права, *kasap tapputim* вавилонског права, *fenus nauticum*-а, пакта мохатре, све до савременог права. Па ипак, та књига је све само не сувопарна догматска расправа о тешким правним питањима. То је сликовит и живописан приказ античког, средњовековног и модерног друштва и економије, приказ идеја и доктрина о зајму и каматама. За све ово аутор је добио признање у домаћој науци, а посебно за научни допринос у објашњењу порекла зајма с каматама, за ново тумачење римског нексума и његовог порекла и за улогу зајма у време рађања капиталистичког друштва у Европи.

* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду.

Овај несвакидашњи приступ и невероватна храброст младог докторанда ускоро је добила признање и на међународном плану. Књига *Зајам у историји права* је 1968. године добила бронзану медаљу на Међународном конкурсима који носи име великана романистике Аранђа Руиза. Низ чланака који су настали на темељу тезе и њене касније дораде објављени су у најпрестижнијим романистичким часописима као и публикацијама посвећеним великанима романистике попут Волтере, Аранђа Руиза и Гварина. Један од тих чланака, објављен на француском језику 1969. године у престижном романистичком часопису *Labeo*, односи се на *mutui datio* римског класичног права. Ту је Станојевић изнео своје виђење о квазиконтрактном покрету мутуума и објаснио како је неформални зајам добио заштиту у оквиру кондикција. Насупрот доминантном схватању, за њега је *datio* централни елемент посла, а консензус има споредну улогу, чиме се зајам своди у основи на неформални пренос својине – *traditio*. На тај начин он је објаснио специфична правила о непосредном заступању код неформалног зајма. Ова његова разматрања уважава незаобилазни ауторитет данашњице Рајнхард Цимерман, који у својој књизи *The Law of Obligations*, својеврсној Библији облигационог права, како за правне историчаре тако и за правне позитивисте, наводи чланак Обрада Станојевића као релевантну литературу.

Свакако да би и многе друге идеје о зајму и камати имале утицаја на међународну научну јавност да је цела књига преведена на италијански, за шта је имао прилику, али ју је пропустио, јер није имао новца да плати превод, а сматрао је да његов италијански није довољно добар да то учини сам. Због тога му је било жао до краја живота. Жао је и нама.

Друга велика тема која ће постати трајно подручје његовог интересовања и по којем га познају и они који нису правници је Гај, *Gaius noster*. Године и деценије провео је истражујући његов загонетни идентитет, живот и дело, бранио га у књигама, чланцима, на међународним конгресима, као да му је какав близак рођак или добар пријатељ, због њега се научно сукобљавао са колегама.

Како је почела ова веза с Гајем најбоље објашњава сам аутор у предговору најновијег издања монографије о Гају која је изашла прошле, 2010. године, у издању Завода за уџбенике: „Пре четири деценије, када сам докторирао и после пет година чекања изабран за доцента, размишљајући о томе чему бих убудуће могао да посветим пажњу у најстаријој правној науци, где готово да нема питања иза кога не стоји обимна литература, одлучио сам да то буде превод Гајевих *Институција*. Припремајући се за овај превод, почео сам да читам богату литературу о Гају и његовом уџбенику. Стекао сам утисак да је у њој писац *Институција* погрешно схваћен и потцењен.

Тај утисак се само продубљивао како сам више улазио у сва питања везана за аутора *Институција* и у тумачења која су давали посленици римског права. Тако је оно што је замишљено као предговор преводу *Институција* нарасло до обима монографије“.

Ова монографија под називом *Gaius noster – прилог историји римске правне науке*, изашла је 1976. године. Након низа саопштења посвећених Гају и његовом делу на конгресима Друштва за историју античких права (скраћено *SIHDA*) и на темељу француског резимеа књиге, холандски професор Ханс Анкум је сматрао да ово дело треба учинити доступном ширем кругу читалаца. Тако је монографија о Гају, коју је професор Станојевић прерадио и допунио новом релевантном литературом, објављена на француском језику у Амстердаму 1989. године, под називом *Gaius noster – plaidoyer pour Gaius*. Ни овде није престало интересовање за Гаја, а последњи у низу чланака, посвећен Хансу Анкуму, под називом *Gaius and Pomponius* објављен 1997. године у Међународној ревији за античка права, представља оштру критику ставова Дејвида Пагзлија, с којим је упркос научном неслагању остао близак пријатељ.

Тако је професор Обрад Станојевић за свога живота изградио споменик Гају, скромном, једноставном и генијалном професору права. А својим лепим и елегантним преводом Гајевих *Институција* омогућио да тај драгоцен правни бисер, књига која је подарила праву непревазиђену троделну систематизацију, постане доступна нашој јавности.

Остаје само толико времена да се у овој прилици наброји све остало:

Низ чланака, објављиваних од 1961. године до ове 2011. године, у којима се бавио најразличитијим темама, тешко се могу уврстити у било какве строге категорије, баш као што се и личност Обрада Станојевића не може укалупити у познате клишее. Уџбеници и приручници из разних подручја, од римског права, правне историје, латинског језика, реторике, упоредног права, при чему уџбенику римског права, који је доживео 33 издања и био преведен на руски и албански језик, припада посебно место. Пионирски допринос изучавању прецедентног права у виду два чланка и краћег необјављеног уџбеника у виду скрипта. Његова драгоценост и упечатљива међународна активност којом је отворио пут у међународне кругове свим својим млађим сарадницима. Његов рад на *Српској енциклопедији*, који му је причињао посебно задовољство. Мислећи на професора Обрада Станојевића, с извесном дозом сете и слутње, купила сам на Сајму књига две изашле књиге *Српске енциклопедије* и резервни примерак новог издања Гајевих *Институција*, да се нађу за сваки случај.

Драги професоре, поштовали смо вас због свега што сте радили и урадили, дивили смо се вашој енергији, вољи и љубави за живот, уживали у вашем непоновљивом шарму и духовитости, волели Вас јер сте били једноставан и добар човек. Почивајте у миру и хвала Вам на свему.

Др Олга Цвејић Јанчић*

У ПАРИЗУ ОСНОВАН ЕВРОПСКИ ПРАВНИ ИНСТИТУТ

У правничкој јавности ће 1. јун 2011. године вероватно остати упамћен по једном важном и, могло би се рећи, историјском догађају. Наиме, тога дана је у Паризу одржан Оснивачки конгрес Европског правног института (*The European Law Institute – ELI*), и то на две сесије одржане на Универзитету *Panthéon Assas (Université Paris II – Panthéon-Assas)* – преподневна сесија и на Сорбони (*Université Paris I Panthéon-Sorbonne*) – завршна, послеподневна сесија.

На оснивачком конгресу Европског правног института, на коме је, по позиву, учествовало преко 400 правника из свих области права (с универзитета, судије, нотари, адвокати и представници из других професионалних правних организација) из целе Европе (међу којима је била и потписница ових редова), испољена је снажна подршка оснивању једног таквог института. Међу говорницима на конгресу су, поред најугледнијих универзитетских професора с елитних европских универзита, били и представници Европске комисије, међу којима и Мартин Селмејр (*Martin Selmayr*) – потпредседник ЕК, затим представници Европског парламента Дајана Волис (*Diana Wallis*) – потпредседница ЕП, представник Европског суда правде Василиос Скурис (*Vassilios Skouris*) – председник ЕСП, представник Европског суда за људска права Кристос Розакис (*Christos Rozakis*) – бивши потпредседник ЕСЈП, представник Међународне академије за упоредно право проф. др Џорџ Берман (*George Bermann*) – њен председник, *Max Planck Instituta* проф. др Рајнхард Цимерман (*Reinhard Zimmermann*) – његов директор, као и многобројни правни експерти из других професионалних институција и организација.

У Манифесту *ELI* се истиче да је то независна, непрофитна организација која је установљена ради иницирања, вођења и олакшавања истраживања, припремања препорука и обезбеђења

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду и члан Европског правног института.

практичног саветовања (водича) у области европског правног развоја. Градећи на богатству разноврсних правних традиција, његова мисија је трагање за бољим правом у Европи и тежња за унапређењем европских правних интеграција. Својим напорима *ELI* ће настојати да допринесе формирању много снажније Европске правне заједнице, интегришући достигнућа различитих правних култура, подржавајући вредности упоредних знања и прихватајући истинску паневропску перспективу. Као такав, његов рад обухвата све гране права, тј. како материјално и процесно, тако и приватно и јавно.

Основни задаци Европског правног института би били:

1. да оцењује и стимулише развој права Европске уније, правне политике и праксе, а посебно да даје предлоге за даљи развој *acquis communautaire*-а и за унапређење примене прописа Европске уније од стране држава чланица;

2. да идентификује и анализира правни развој у областима које су у компетенцији држава чланица које су релевантне на нивоу Европске уније;

3. да проучава приступ Европске уније у погледу међународног права и унапреди улогу коју би право ЕУ могло глобално да има;

4. да води и олакшава паневропска истраживања, посебно да припрема, оцењује и побољшава принципе и правила која су заједничка за европски правни систем;

5. да обезбеди форум за дискусију и сарадњу правника без обзира на њихову професију или занимање, између осталог, универзитетских професора, судија, адвоката и других правних професионалаца који показују активан интерес за европски правни развој и да заједно представе широк распон правних традиција.

Европски правни институт делује по сопственој иницијативи али је на располагању и другим институцијама које су ангажоване на развоју права у Европи, било на међународном или националном нивоу. Пошто његова перспектива није ограничена на европско искуство, *ELI* је отворен за сарадњу са ваневропским или међународним организацијама, као што је Амерички правни институт (*ALI*) или *UNIDROIT*.

Европски правни институт је посвећен принципима свеобухватног и колаборативног рада, настојећи да премости често запажен јаз између различитих правних култура, између јавног и приватног права, као и између науке и праксе. Ради унапређења те ангажованости *ELI* настоји да укључи широк спектар личности, одражавајући богатство правних традиција, правних дисциплина и стручних оквира који се могу наћи широм Европе. *ELI* је исто тако отворен за примену разних методолошких приступа и претресање погледа и

перспектива што је могуће ширег аудиторijума оних који деле исту визију.

Савет Европског правног института је једногласно донео одлуку да седиште Секретаријата Европског правног института буде у Бечу. Иначе, према правилима Института, заинтересовани су могли да поднесу понуде и изложе своје услове у вези са седиштем Секретаријата. На јавном тендеру су поднете три понуде, и то од стране Европског универзитетског института из Фиренце, Великог Војводства Луксембурга и Универзитета из Беча. Као што је поменуто, ова трећа понуда је прихваћена.

За првог председника Европског правног института изабран је сер Френсис Џејкобс (*Francis Jacobs*), професор Лондонског краљевског колеџа (*King's College London*) и бивши високи службеник Европског суда правде.

Редовни чланови Извршног одбора *ELI* су Бенедикт Фоварк Косон (*Bénédicte Fauvarque-Cosson*), професорка Универзитета *Pantheon-Assas*, која је истовремено и потпредседник *ELI*, затим Кристијан Вендехорст (*Christiane Wendehorst*), професорка Правног факултета у Бечу као благајник, Снежана Ботушарова (*Snezhana Botusharova*), судија Уставног суда Косова, Фабрицио Кафађи (*Fabrizio Cafaggi*), професор Европског правног института из Фиренце и Јохан Гернанд (*Johan Gerandt*), виши саветник адвокатске канцеларије *Vinge* из Штокхолма.

ИЗБОРИ НАСТАВНИКА И САРАДНИКА ПРАВНОГ
ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ У 2011. ГОДИНИ

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду на седници од 8. фебруара 2011. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 6. децембра 2010. године, донело је одлуку о избору:

др ВЛАДАНА ПЕТРОВА, доцента, у звање и на радно место ванредног професора за Уставноправну ужу научну област – предмете Уставно право и Парламентарно право;

др ВЛАДИМИРА ВУЛЕТИЋА, асистента, у звање и на радно место доцента за ужу научну област Правна историја – предмет Римско право;

др БРАНКА РАДУЛОВИЋА, асистента, у звање доцента за ужу научну област Економска анализа права – предмет Основи економије;

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 28. фебруара 2011. године, донело је одлуку о избору:

мр ЉУБИНКЕ КОВАЧЕВИЋ, асистента, поново у звање и на радно место асистента за Радноправну ужу научну област – предмет Радно и социјално право;

мр ДАНИЛА ВУКОВИЋА, асистента, поново у звање асистента за ужу научну област Социологија права – предмет Основи социологије и социологија права;

Сенат Универзитета у Београду на седници од 16. марта 2011. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 6. децембра 2010. године, донео је одлуку о избору др ОЛИВЕРЕ ВУЧИЋ, ванредног професора, у звање и на радно место редовног професора за Уставноправну ужу научну област – предмет Уставно право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 28. марта 2011. године, донело је одлуку о избору:

мр МИРЈАНЕ РАДОВИЋ, асистента, поново у звање асистента за Пословноправну ужу научну област – предмете Трговинско право и Саобраћајно право;

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду на седници од 29. марта 2011. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 28. фебруара 2011. године, донело је одлуку о избору:

др МАРКА СТАНКОВИЋА, асистента, у звање доцента за Уставноправну ужу научну област – предмет Уставно право;

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду на седници од 12. јула 2011. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 27. јуна 2011. године, донело је одлуку о избору:

др НАТАШЕ ПЕТРОВИЋ-ТОМИЋ, асистента, у звање и на радно место доцента за Пословноправну ужу научну област – предмет Право осигурања;

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 27. јуна 2011. године, донело је одлуку о избору:

УРОША ЖИВКОВИЋА, дипломираног правника, у звање и на радно место сарадника у настави за Међународноприватну ужу научну област – предмете Међународно приватно право и Арбитражно право;

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 3. октобра 2011. године, донело је одлуку о избору:

ИВАНЕ МАРКОВИЋ, мастера из уже научне области Кривично право, у звање асистента за ужу научну област Кривично право – предмет Кривично право;

МИЛОША ЈОВАНОВИЋА, мастера права, у звање асистента за Међународноправну ужу научну област – предмете Увод у право европских интеграција и Међународни односи;

Наставно-научно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 3. октобра 2011. године, донело је одлуку о продужењу ангажовања

ФИЛИПУ БОЈИЋУ, сараднику у настави, за период од 1. октобра 2011. до 30. септембра 2012. године.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 7. новембра 2011. године, донело је одлуку о избору:

КАТАРИНЕ ДОЛОВИЋ, мастера из Грађанскоправне уже научне области, у звање асистента за Грађанскоправну ужу научну област – предмет Грађанско право – општи део и Стварно право;

БРАНКЕ БАБОВИЋ дипломираног правника, у звање и на радно место сарадника у настави за Грађанскоправну ужу научну област – предмет Грађанско процесно право;

СНЕЖАНЕ ДАБИЋ, дипломираног правника, у звање и на радно место сарадника у настави за Грађанскоправну ужу научну област – предмет Грађанско право – општи део и Стварно право;

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 26. децембра 2011. године, донело је одлуку о избору:

САЊЕ ГЛИГИЋ, мастера из уже научне области Правна историја, у звање асистента за ужу научну област Правна историја – предмет Упоредна правна традиција;

ДАЛИБОРА ЂУКИЋА, мастера из уже научне области Правна историја, у звање асистента за уже научне области Теорија права и државе и Правна историја – предмет Црквено право.

ДОКТОРСКЕ ДИСЕРТАЦИЈЕ ОДБРАЊЕНЕ 2011. ГОДИНЕ

1. Мр Наташа Петровић-Томић, „Осигурање од одговорности директора и чланова управног одбора акционарског друштва“, докторирала 7. фебруара 2011. године;

2. Мр Мијат Јоцковић, „Правни аспекти забране коришћења повлашћених информација на тржишту вредносних папира“, докторирао 21. марта 2011. године;

3. Мр Самир Аличић, „Класично значење речи *damnum* (штега) у поглављу Дигеста *ad legem Aquiliam* (9.2)“, докторирао 23. марта 2011. године;

4. Мр Ана Кнежевић Бојовић, „Слобода оснивања привредних друштава у праву Европске уније“, докторирала 29. марта 2011. године;

5. Мр Зоран Миливојевић, „Питање субјективитета Интерпарламентарне уније у међународном праву“, докторирао 21. априла 2011. године;

6. Мр Зорица Вукашиновић Радојичић, „Европски стандарди правног положаја државних службеника“, докторирала 20. јуна 2011. године;

7. Мр Владимир Врачарић, „Међународно регулисање сукоба интереса у инвестиционом банкарству“, докторирао 20. септембра 2011. године;

8. Мр Милош Вукчевић, „Заштита субјективних права приватних лица пред Судом правде Европске уније“, докторирао 28. септембра 2011. године;

9. Мр Јасна Чошабић, „Утицај јуриспруденције Европског суда за људска права на правне системе држава са посебним освртом на Босну и Херцеговину“, докторирала 11. октобра 2011. године;

10. Мр Мирјана Радовић, „Банкарски посао депозита хартија од вредности“, докторирала 20. октобра 2011. године;

11. Мр Бојан Урдаревић, „Утицај глобализације на међународне радноправне стандарде“, докторирао 21. октобра 2011. године;

12. Мр Љубинка Ковачевић, „Правна субординација у радном односу и њене границе“, докторирала 24. октобра 2011. године;

13. Мр Саша Крстић, „Буџет као инструмент управљања јединицом локалне самоуправе“, докторирао 26. октобра 2011. године;

14. Мр Дејан Павловић, „Примена међународног права у унутрашњем правном поретку“, докторирао 23. децембра 2011. године.

МАГИСТАРСКЕ ТЕЗЕ ОДБРАЊЕНЕ 2011. ГОДИНЕ

1. Емилија Мандић, „Исправе комбинованог превоза робе“, одбранила 7. фебруара 2011. године;

2. Јелена Драговић, „Правно-економска анализа пробоја правне личности“, одбранила 21. марта 2011. године;

3. Здравко Грујић, „Кривичне санкције у међународном кривичном праву“, одбранио 22. марта 2011. године;

4. Јосип Чувардић, „Кауза код добротних уговора“, одбранио 29. марта 2011. године;

5. Михајло Живковић, „Поступак остваривања раскида уговора због неизвршења“, одбранио 16. јуна 2011. године;

6. Невена Јанковић, „Положај оштећеног као могућег тужиоца у кривичном поступку у Републици Србији“, одбранила 19. септембра 2011. године;

7. Бошко Вуковић, „Проблеми покретања стечајног поступка“, одбранио 18. октобра 2011. године;

8. Драгољуб Новаковић, „Правни режим удела друштва с ограниченом одговорношћу“, одбранио 20. октобра 2011. године;

9. Александра Вуковић, „Правни аспекти спречавања злостављања на раду у Босни и Херцеговини“, одбранила 21. октобра 2011. године;

10. Зорана Шарац, „Жртве трговине људима – мере процесне заштите“, одбранила 5. децембра 2011. године;

11. Андријана Новаковић, „*ADR (Alternative Dispute Resolutions)* наспрам судског решавања трговачких спорова – предности и мане“, одбранила 27. децембра 2011. године.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Текстови по правилу не треба да буду дужи од једног табака, куцани ћирилицом. Изузетно, максимални обим текстова је 1,5 табак. Један табак износи 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

У горњем левом углу наводи се академска титула, име и презиме аутора, а у фусноти установа у којој је аутор запослен или друга афилијација, звање и електронска адреса.

Текст намењен за рубрику „Чланци“ мора да на почетку садржи резиме с основним налазима рада, обима до 20 редова (апстракт) и до пет кључних речи, а на крају резиме (*summary*) истог обима и исти број кључних речи на енглеском језику. Цео рад, укључујући и резиме на страном језику, подлежу стручној лектури.

Наслов рада се пише на средини, великим словима – верзалом (фонт 14). Поднаслови се пишу на средини, великим словима (фонт 12) и нумеришу се арапским бројевима. Уколико поднаслов садржи више целина, оне са такође означавају арапским бројевима, и то: 1.1. – курентом, тј. малим обичним словима (фонт 12), 1.1.1. – малим италиком словима (фонт 12), итд. са мањим фонтом.

Радови се предају у штампаном и електронском облику.

Редакција задржава право да прилагођава рад општим правилима уређивања часописа и стандарду српског језика.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. **Књиге** се наводе на следећи начин: прво слово имена (после чега следи тачка) и презиме аутора, назив курзивом, место издања курентом – обично, година издања. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Ако се наводи и број стране, он се пише без икаквих додатака (попут стр., р., рр., ff., dd. и слично). После места издања не ставља се зарез.

Уколико се наводи и издавач, пише се курентом – обично, пре места издања.

Навођење назива издавача није обавезно, али је пожељно.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Савремена администрација, Београд 1994, 35.

Уколико књига има више издања, може се навести број издања у суперскрипту (нпр. 1994³).

Уколико се упућује на фусноту, после броја стране пише се скраћеница „фн.“.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Београд 1994, 35 фн. 3.

Уколико се у књизи помиње више места где је издата, наводе се прва два раздвојена цртом.

Пример: S. Boshammer, *Gruppen, Rechte, Gerechtigkeit*, Walter de Gruyter, Berlin – New York 2003, 34–38.

2. **Чланци** се наводе на следећи начин: прво слово имена (са тачком) и презиме аутора, назив чланка курентом – обично под наводницама, назив часописа (новина или друге периодике) курзивом, број и годиште, број стране без икаквих додатака (као и код цитирања књига). Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Уколико је назив часописа дуг, приликом првог цитирања у загради се наводи скраћеница под којом ће се периодика надаље појављивати.

Пример: М. Петровић, „Ефекти посредног опорезивања“, *Анали Правног факултета у Београду (Анали ПФБ)* 3/1995, 65.

3. Уколико постоји више аутора књиге или чланка (до три), раздвајају се зарезом.

Пример: М. Петровић, М. Поповић, В. Илић,

Уколико се цитира књига или чланак са више од три аутора, наводи се прво слово имена и презиме само првог од њих, уз додавање скраћенице речи *et alia* (*et al.*) курзивом. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Пример: М. Петровић *et al.*,

4. Уколико се у раду цитира само један текст одређеног аутора, код поновљеног цитирања тог текста, после првог слова имена и

презимена аутора, следи само број стране и тачка (без додатака *op. cit.*, нав. дело и сл.).

Пример: М. Петровић, 53.

Уколико се цитира више радова истог аутора, било књига или чланака, а пошто је први пут назив сваког рада наведен у пуном облику, после првог слова имена и презимена аутора, ставља се у загради година издања књиге или чланка. Уколико исте године аутор има више објављених радова који се цитирају, уз годину се додају латинична слова a, b, c, d, итд., после чега следи само број стране.

Пример: М. Петровић (1995a), 67.

5. Уколико се цитира текст са више страна које су тачно одређене, оне се раздвајају цртицом, после чега следи тачка. Уколико се цитира више страна које се не одређују тачно, после броја који означава прву страну наводи се „и даље“ с тачком на крају.

Пример: М. Петровић, 53–67.

Пример: М. Петровић (1995a), 53 и даље.

6. Уколико се цитира податак с исте стране из истог дела као у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница за *ibidem* у курзиву, с тачком на крају (без навођења презимена и имена аутора).

Пример: *Ibid.*

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти, али с различите стране, користи се латинична скраћеница *ibid*, наводи се одговарајућа страна и ставља тачка на крају.

Пример: *Ibid.*, 69.

Када се цитира чланак у зборнику радова на енглеском или другом страном језику, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводе имена уредника. Уколико их је више ставља се назнака „eds.“ пре њихових имена, а ако је само један уредник, назнака пре његовог имена је „ed.“, односно одговарајућа скраћеница у другом језику (нпр. у немачком „Hrsg.“). Када се цитира чланак у зборнику радова на српском или другом језику овог говорног подручја, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводи име или имена уредника са знакомом „ур.“ пре имена.

Пример: А. Buchanan, „Liberalism and Group Rights“, *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

7. **Прописи** се наводе пуним називом у куренту – обично, потом се курзивом наводи гласило у коме је пропис објављен, а после зареза број и година објављивања, поново у куренту – обично.

Уколико ће се поменути закон цитирати и касније, приликом првог помињања после црте наводи се скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78 или Закон о извршном поступку – ЗИП, *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

Уколико је пропис измењиван и допуњаван, наводе се сукцесивно бројеви и године објављивања измена и допуна.

Пример: Закон о основама система васпитања и образовања, *Службени гласник РС*, бр. 62/03, 64/03, 58/04 и 62/04.

8. Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а иза последњег броја се не ставља тачка.

Пример: чл. 5, ст. 2, тач. 3 или чл. 5, 6, 9 и 10 или чл. 4–12, итд.

9. Навођење судских одлука треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, датум када је донесена, публикација у којој је евентуално објављена).

10. Латинске и друге стране речи, интернет адресе и сл. се пишу курзивом.

11. Цитирање текстова с интернета треба да садржи назив цитираног текста, адресу интернет странице исписану курзивом и датум приступа страници.

Пример: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, [http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL_AD\(2007\)004_e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL_AD(2007)004_e.asp), 24. мај 2007.

12. Инострана имена се транскрибују на ћирилици на српском језику како се изговарају, а приликом првог помињања у тексту њихово презиме се наводи у загради у изворном облику на страном језику курзивом, нпр. Годме (*Gaudemet*).

13. За „видети“ користи се скраћеница „Вид.“, а за „упоредити“ се користи скраћеница „Упор.“

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Dejan Popović, Gordana Ilić-Popov, EU Law on Direct Taxes and Third Countries: the External Dimension of the Free Movement of Capital -----	5
Dragan M. Mitrović, Marko Trajković, Can a Virtual Character be a Subject of Law? -----	28
Dragan Milkov, Compulsory Purchase (Expropriation) – between Private and Public -----	43
Zoran Mirković, Marko Đurđević, Rules on Gift in Serbian Medieval Law -----	63
Vojislav Stanimirović, A New Insight on the Code of Hammurabi (II) -----	91
Igor Vuković, On Subjective Elements of Unlawfulness in Criminal Law -----	122
Tatjana Lukić, Influence of International Legal Standards on Formation of Preliminary Stadium of Criminal Proceedings -----	142
Vladimir Vuletić, <i>Ius Commune Europaeum</i> – A New Name for the Old Solution -----	163
Duška Franeta, A Recent Debate on Human Dignity and the Problem of Tragic and Absurd in Law -----	193
Dušan Rakitić, Analysis of Principal Elements of the General Restitution Statute of Serbia from the Perspective of the European Court of Human Rights Case-Law -----	212

Miloš Stanković, Parental Right and Duty to Control Upbringing and Education of their Children -----	235
Katarina Dolović, Non-existing Contracts -----	263
CONTRIBUTIONS	
Sima Avramović, Understanding Secularity in Serbia – Reflections on Public Hearing at the Constitutional Court -----	279
LEGISLATION	
Nebojša Jovanović, Loophole in Regulating Going Private Process -----	302
Mirko Kulić, Goran Milosević, Relation of Criminal Offence of Tax Evasion and Criminal Offence of Non-Payment of Withholding Tax in Serbian Criminal Law -----	321
Čedomir Gligorić, Time Framework in the new Serbian Civil Procedure Act -----	344
DEBATE	
Ognjen Vujović, <i>Iniuria</i> as a Tort -----	360
FACULTY HISTORY	
Jelena Lopičić Jančić, Professor Albert Weiss and the Nuremberg Trials -----	381
BOOK REVIEWS	
Timur Kuran, <i>The Long Divergence: How Islamic Law Held Back the Middle East</i> , Princeton University Press, Princeton – Oxford 2011, 405. (Boris Begović) -----	394
Milan Škulić, <i>Juvenile Criminal Law</i> , Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2011, 428. (Nikola Milošević) -----	399

Aleksandra Mirović, <i>Treatise on Civil Disobediance – Case of Serbia</i> , Službeni glasnik – Institut za političke studije, Beograd 2011, 190. (Dubravka Stajić) -----	403
OCCASIONS	
Return of Slobodan Jovanović to Serbia -----	407
IN MEMORIAM	
Danilo Basta, <i>Academician Mihailo Đurić (1925–2011)</i> -----	421
Milenko Kreća, <i>Radoslav Stojanović (1931–2011)</i> -----	426
Milena Polojac, <i>Obrad Stanojević (1934–2011)</i> -----	430
NOTES	
Olga Cvejić Jančić, <i>European Law Institut (ELI) Foundation Meeting in Paris</i> -----	434
FACULTY CHRONICLE -----	437
Instructions to Authors -----	442

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34 (497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис
за правне и друштвене науке = Annals of the Faculty of
Law in Belgrade : Journal of Legal and Social Sciences /
главни и одговорни уредник Сима Аврамовић. – Год. 1,
бр. 1 (1953) – . – Београд : Правни факултет, 1953–
(Београд : Досије студио). – 24 cm

Тромесечно. – Од No. 3 (2009) издање на енглеском
језику излази као трећи број српског издања. –

Преузео је: Annals of the Faculty of Law in Belgrade =
ISSN 1452-6557

ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду
COBISS.SR-ID 6016514