



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

Михаел Бок, Објашњење и разумевање у друштвеним наукама: номотетички и идеографски приступ ----	5
Јаков Радишић, Одговорност лекара због смрти пацијента изазване нехатним нечињењем – поглед у немачку правну теорију и судску праксу-----	20
Дејан Поповић, Гордана Илић-Попов, Екстерна димензија секундарног права Европске уније о директним порезима -----	35
Марко Павловић, Питање броја народних посланика ----	56
Саша Б. Бован, Тумачење права као вредновање на основу контекста – прилог конструктивној теорији тумачења -----	83
Слободан И. Панов, Основ за развод световног брака ----	107
Горан П. Илић, О положају оштећеног у кривичном поступку -----	137
Дејан Б. Ђурђевић, Признање нотарског записа -----	159
Јелена Перовић, Промењене околности у српском уговорном праву и изворима униформног уговорног права -----	185
Дарко Симовић, Уставна жалба – теоријскоправни оквир --	203
Драгиша Дракић, „Судско утврђивање чињеница у кривичном поступку“ – успостављање стварности извршеног дела -----	224

Марија Караникић Мирић, Ограничења одговорности за штету у српском праву -----	244
Бојан Милисављевић, Исцрпљење унутрашњих правних средстава као услов за примену дипломатске заштите у међународном праву-----	274
Ненад Тешић, Ко плати дукат да у брак уђе, нуди два да из брака изађе -----	293
Атила Дудаш, Од начела европског уговорног права до нацрта оквирних правила -----	319
Андреја Катанчевић, Повреда тела и надокнада штете у старом Риму -----	337
Велко Влашковић, Проблем одређивања садржине „најбољег интереса детета“-----	349

СУДСКА ПРАКСА

Марија Драшкић, Обавезно лишење родитељског права приликом одлучивања суда о вршењу родитељског права: спорно становиште Врховног суда Србије ---	366
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

ПРИКАЗИ

Нада Варничкић Донжон, <i>Француски језик у праву</i> , Правни факултет, Београд 2011, 154. (Момир Милојевић) -----	382
Peter T. Leeson, <i>The Invisible Hook: The Hidden Economics of Pirates</i> , Princeton – Oxford, Princeton University Press, Princeton NJ 2009, 271. (Борис Беговић) -----	389
Борис Беговић, <i>Институционални аспекти привредног раста</i> , Службени гласник – Центар за либерално-демократске студије, Београд 2011, 420. (Бранко Радуловић) -----	394
Зорица Мршевић, <i>Ка демократском друштву – родна равноправност</i> , Институт друштвених наука, Београд 2011, 175. (Драгица Вујадиновић) -----	399

Жан Боберо, Мишлин Мило, <i>Лаицитети без граница</i> , Карпос, Београд, 2011, 364. (Марко Божић)-----	406
НЕКРОЛОЗИ	
Милан Шкулић, <i>Живојин Алексић</i> (1931–2012) – Мали осврт на каријеру великог професора-----	410
СТУДЕНТСКИ РАДОВИ	
Ивана Ракић, Утврђивање релевантног тржишта – осврт на заблуду из случаја <i>Cellophane</i> -----	416
Упутство за ауторе -----	431

Др Михаел Бок*

ОБЈАШЊЕЊЕ И РАЗУМЕВАЊЕ У ДРУШТВЕНИМ НАУКАМА: НОМОТЕТИЧКИ И ИДЕОГРАФСКИ ПРИСТУП

Веберово учење и његови кључни радови за теорију науке. Номотетичка наспрам идеографске научне методологије. Веберово схватање науке као уређене мисли и живе представе о стварности. Два правца научне делатности: номотетички и идиографски. Учење Огиста Конта и налет новог позитивизма: позитивистички метод и трансфер методолошког приступа из природних у друштвене науке. Критика позитивизма у науци. Вечна недоумица умних/културних и друштвених наука: да ли је могуће, и у којој мери, ставити се у туђи положај и разумети туђи поступак? Закључак о смислу и значењу туђих поступака и епистемолошке опасности које он доноси. Ниједан суд о смислу или значењу туђег поступка никад не представља прецизну констатацију већ увек тврдњу која се доноси на основу сопственог унутрашњег искуства, јер људи су међусобно другачији. Манипулација и преиспитивање у науци. Сазнање и начин његове употребе. Објашњење и разумевање. Појам објашњења развија човекову потребу да удобно живи, а појам разумевања човекову потребу да узорно живи. Разумевање не рађа мисли о томе какви смо, већ какви хоћемо да будемо. Цивилизацијски и културни садржај објашњења и разумевања. Примери историјских заблуда и подела у народима (Немци, Французи, Енглези итд.) и међу њима (разликовање између прогресивне и реакционарне струје, између земаља првог, другог и трећег света, између развијених земаља и земаља у развоју итд.). Значај заблуда, подела и њихов утицај на разне међудржавне конфликте и аспирације. Критика Болоњског процеса: универзитети се више не старају о образовању интелектуалне елите, што би требало да им буде прави задатак, већ су деградирани у фабрике за итанцовање програма обуке. Плуралитет нација или неподелиено глобално друштво. Историја човечанства посматрана из угла позитивизма и глобализације света. Историја човечанства

* Аутор је редовни професор криминологије и кривичног права на Правном факултету Универзитета *Johannes Gutenberg* у Мајнцу, *lsbock@uni mainz.de*. Основу текста чини предавање које је аутор одржао на Правном факултету Универзитета у Београду, у Клубу *Forum Romanum*, 25. новембра 2011. године. Текст је у појединим деловима отуд задржао ток усменог излагања.

посматрана из угла идиографије, тј. разумевања нужних разлика између наро да и држава, а против глобализације света.

Кључне речи: *Методологија. Позитивизам. Номотетика. Идиографија. Глобално друштво.*

1. УВОД

Основни аспекти културне (интелектуалне, духовне) и научне историје XIX века за данашњу науку никако нису без интереса. Требало би је започети причом о Максу Веберу и кључним радовима о теорији науке које је Вебер објавио почетком XX века.¹ У тим радовима јасно се осећају велике контроверзе које су обележиле XIX век. Њих су се дотицали и други писци. Али за разлику од других писаца, излагање код Вебера је епистемолошки и методолошки „просвећено“. Вебер је рђаве и погрешне доприносе дискусији оставио иза себе. Могло се започети учењима присталица неокантовске филозофије, пре свега са Винделбандом² и Рикертом³. Али, учење Макса Вебера није само погодније,⁴ већ и ближе суштини ствари, будући да су поменути кантовци у Веберовом учењу већ у довољној мери уважени и заступљени.

2. НОМОТЕТИЧКА НАСПРАМ ИДОГРАФСКЕ НАУЧНЕ МЕТОДОЛОГИЈЕ

Како би епистемолошки приступ, односно приступ сазнању и спознаји у науци, могао да се означи као „просвећен“ неопходно је да буде испуњен пре свих других један битан услов: да се напусти представа према којој сама стварност одлучује (одређује) шта и како се о њој може сазнати. То важи подједнако за природне појаве

¹ Max Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen 1985⁶.

² Wilhelm Windelband, *Geschichte und Naturwissenschaft*, Straßburger Rektoratsrede, 1895; на српском: „Историја и природна наука“, *Југословенски студентски часопис за теорију савременог друштва* 1 2/1972, 127-143.

³ Heinrich Rickert, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung. Eine logische Einleitung in die historische Wissenschaften*, Freiburg 1896.

⁴ Дело Макса Вебера било је неизоставна ставка мојих студија социологије, и једна од главних претпоставки која ми је омогућила да припремим теоретски основ за објављивање резултата великог криминолошког истраживања којим је руководио мој академски отац Ханс Гөппингер (Hans Göppinger, *Der Täter in seinen sozialen Bezügen*, Berlin 1983). Из те студије произишла је примењена криминологија и криминолошки инструмент MIVEA (Göppinger, *Angewandte Kriminologie*, Berlin 1985). У погледу Вебера, у излагању сам се ослонио на моју дисертацију *Kriminologie als Wirklichkeitswissenschaft* из 1984. године (издата у Берлину).

и људске поступке. Не постоји никаква принципијелна (апстрактна и априорна) прикладност једног или другог метода која би проистицала из саме ствари, њене бити или из ствари какве јесу (*Sein der Dinge*). Уместо тога, напоре да нешто сазнамо о предмету који изучавамо одређује представа о томе шта о датој ствари *хоћемо* да знамо. То опажење је тривијално, као за децу конструктивизма. Али, у Веберово време, за научнике то је била нова и болна чињеница коју је тек требало признати и прихватити. До тада је владала наивна представа (овде је реч о „рационализму“ или „реализму“) како је циљ науке да у што интензивнијој мери испита законитости и структуре предмета које изучава, како би се на крају дошло до изједначења спознаје о ствари и саме ствари која се сазнаје: *adaequatio intellectus ad rem*. Да је људски разум у својој спознаји и наведеном изједначавању компатибилан са законима и структурама који су чекали да буду откривени, нико није ни доводио у питање. То је просто била ствар која се узимала здраво за готово.

Наупрот томе, Макс Вебер је науку одређивао као уређену ми-сао, живу представу о стварности (*denkende Ordnung des Wirklichen*). Полазећи од тога, научна делатност може бити усмерена у два различита правца. Научник може да посматра ствар ради откривања што више сличности и подударања које та ствар има са другим сличним стварима; може се, рецимо, истраживати величина и маса физичких тела или хемијска структура једињења. Такав приступ је смислен када се изучава камење, биљни покривач земље или када се за предмет изучавања узму планете или животиње и људи. Ипак, човеку је доста странно да и он може да се изучава као физичка појава, по маси или хемијским одликама. Свакоме је испрва тешко да тако нешто прихвати. Све то, чинило би први научни приступ. Други научни приступ подразумевао би да се не пита шта је у разним појавама једнако, већ да се, напротив, трага за специфичностима сваке појединачне ствари која се изучава, да се гледа шта један камен разликује од другог: дакле, шта је својствено баш одређеном каменчићу који се изучава или одређеном парчету дрвета које је пред научником, и напослетку, које су карактеристике сасвим одређеног мушкарца или жене-појединца, који су на пример предмет медицинског или криминолошког научног интересовања (њихова физиономија, биографија, висина шећера у крви итд.). Појам науке није нужно логички предодређен, већ наука може бити и таква да тежи генерализацији, а може бити и таква да тежи индивидуализацији. За та два правца усталила су се два посебна назива: за први се каже да је *номотетички* (гр. *nomos*, закон), јер настоји да изучи и апстрахује законитости у појавама које изучава, а за други да је *идиографски* (што заиста стоји у вези са речи *idiotes*, која је код Грка означавала особу која не учествује у јавном животу полиса, већ се брине само за себе и своје добро).

3. НАЈЕЗДА ПОЗИТИВИЗМА

На почетку XIX века није мањкало, разуме се, ни наука ни начника, али су се истраживања планирала и спроводила без нарочите епистемолошке и методолошке свести, тако рећи лако и безбрижно. Другачије него у Веберово време, тада се сматрало да наука може или да ће у блиској могућности моћи да одговори на свако питање и реши сваки проблем. Поред природних наука које су у то време заиста заређале открића и успехе, у снажном повоју биле су лингвистика, археологија, историја, географија, етнологија. Сви ти правци истраживања (науке) вођени су чистом знатижељом марљивих истраживача који су упорно посматрали, описивали, бележили и упоређивали – чинило се да су свакојаки авантуристи, истраживачи и професори научним оком пробали све географске границе и допрли далеко у прошлост очекујући да ће ускоро моћи да предвиде будућност. Као пример нека послуже свега њих двојица: Вилхелм и Александар Хумболт. Такви научни подухвати остваривани су мање-више добро, док се није појавила група мислилаца који никако нису хтели да прихвате лежерни методолошки плурализам који је до тада владао (каже се и еклектицизам). Пре свих треба поменути Огиста Конта,⁵ његове ученике⁶ и истомишљенике⁷. Конт је сматрао да наука може да има *само један метод*, јер у свим појавама које интересују науку: од камена до човека, владају закони који су додуше карактеристични за одређену појаву, али који су по својој структури исти. Сагласно са тим, они се могу сазнавати коришћењем истог метода. Тај јединствени Контов метод, позитивистички метод, са успехом је већ тада примењиван у природним наукама које су обезбедиле велики напредак у разним областима живота. То је разлог зашто је у очима Конта дошло време да тај метод буде примењен за истраживање друштва, васпитања, привреде, породице, укратко: свих оних пропалих људских категорија које је сатро талас индустријализације, а са свих страна разорила беда постреволуционарне Француске. Неопходно је, мислио је Конт, да наступи што потпунији *трансфер* успешног методолошког приступа из природних у друштвене науке. Детерминистичка представа по којој су свет и стварност један затворен след предодређених догађаја пренета је на истраживање прошлости и, уопште, на све производе људске мисли, радиности и уметности. Сматрало се да погрешна анимистичка, религиозна и метафизичка објашњења људског постојања такође следе строге универзалне за-

⁵ Уп. Michael Bock, „Auguste Comte“, in: *Klassiker der Soziologie* (ed. Kaesler), Vol. 1, München 1999, 39–57.

⁶ D. G. Charlton, *Positivist Thought in France Through the Second Empire*, Oxford 1959.

⁷ Frank Manuel, *The Prophets of Paris*, Cambridge 1962.

конитости. То је била основна порука позитивизма који се под тим именом брзо проширио, доневши упоредо или касније једно ексклузивно номотетичко схватање науке прво у Европи, а затим и остатку света.

4. ГЛАВНИ НЕДОСТАТАК РАНИХ ПРОТИВНИКА ПОЗИТИВИЗМА

У неким наукама, а посебно у области научних дисциплина чији је предмет људско умско стваралаштво (умне, културне, духовне науке, *Geisteswissenschaften*), позитивизам је одмах засметао. Он је схваћен као отворен напад на специфичан приступ и метод које су те науке у својој дугој традицији развиле. Али, будући да у тим наукама није постојала разрађена представа о методу који се само латентно примењивао, одбрана од најезде позитивизма била је углавном неспремна. Наука се тада нашла у сличној позицији у којој се данас налазе кривичари када треба да своју науку одбране од најновијих идеја неуро-наука, по којима су поставке кривичног права не само погрешне већ и бесмислене. Због тога је и сама наука кривичног права безпредметна. На тај начин, за позитивизам је читав репертоар умних (духовних) наука које су се бавиле људским поступцима, практичним и уметничким производима људске делатности – гениј и лудило, у стварности постао тек прост појавни облик нервне или хемијске реакције једне пре свега физиолошки објашњиве појаве. Таквом схватању на руку је ишла рецепција Дарвинових поставки, будући да је теорија еволуције „демистификовала“ човека. Моралне и естетске категорије, људске врлине и мане, настанак и нестанак народа и цивилизација – све је то у очима позитивизма само одбљесак непогрешивог каузалног следа догађаја, какав је познат из природних наука, а који детерминира *читаву* стварност.

5. ДВА ОСНОВНА МЕТОДОЛОШКА ПРИСТУПА: КОНЦЕПТ РАЗУМЕВАЊА И КОНЦЕПТ ОБЈАШЊАВАЊА СВЕТА

Многи противници позитивизма и његове научне искључивости, по којој је само позитивистичка наука права наука, никада нису знали да своју критику ваљано образложе. Често се против позитивизма чуло да је неморалан и да вређа достојанство, тј. да се према човеку опходи као да је камен или неки други делић било какве природе. Насупрот томе, сваки човек је јединствен. Сваки човек представља свет који је у извесном смислу неуопштив („инкомензурабилан“) и недокучив (*individuum est ineffabile*). Из тога следи како

је погрешно човека изучавати само због извлачења општих закључака (генерализација) из његовог постојања или само због статистичке обраде његовог тела или живота. Како су тврдили рани критичари позитивизма, то је не само погрешно него и увек крајње неморално. Такав став имао је своје упориште у стоичкој мисли, у протестантском учењу о непосредној вези између човека и Бога, а делом у немачком идеализму и романтичарским идејама оног времена.⁸ Међутим, Макс Вебер не спада у ту групу критичара позитивизма. Вебер је настојао да демитологизира метафизичку представу о узвишеном појединцу. Њему је пошло за руком да се разумним и „просвећеним“ аргументима успротиви позитивизму.⁹

Наравно, могуће је људске прилике, као и човека, подврћи истраживању ради генерализације. Наравно! Са становишта логике истраживања и потребе за сазнањем, против таквог приступа стварању уређене или живе представе о стварности (*denkende Ordnung der Wirklichkeit*) нема се шта приговорити. Али, да ли ће се применити један или други научни приступ – то не зависи од апстрактног питања шта *може* да се зна, већ од питања шта се жели, шта *хоће* да се сазна. Када су у питању човек или људске радње и појаве уопште, људи су одувек желели да о њима знају више него када су у питању природне појаве. Научно сазнање руководи се потребом да се нешто сазна (*Kausalitätsbedürfnis*), а та потреба је у погледу човека и људских радњи сасвим другачија него у погледу природних појава. Када бисмо о човеку сазнали само оно што се номотетичким методом може сазнати (то значи генерализујућим методолошким приступом који тражи законитости), у том случају тим сазнањем уопште *не бисмо били задовољни*. На пример, у том случају била би утврђена одређена корелација између индекса лобање и криминалитета. Али, та генерална корелација ништа не говори у каквој је стварној вези индекс лобање у погледу конкретног починиоца са његовим криминалним радњама. Зашто таква корелација истраже из статистичког пресека? Наша потреба да разумом свеобухватимо свет (*Kausalitätsbedürfnis*) нагони нас да се запитамо какав је *смисао* одређене људске радње, као и да људски поступак покушамо да *разумемо*, док нас, обрнуто, таква ствар не интересује када посматрамо трамвај како се креће или гледамо човека како кашље и кија. У случају трамваја довољно нам је физичко објашњење кретања, а у случају кијавице задовољни смо медицинским објашњењем надражаја који доводе до кијања и кијавице. Нарочита потреба да се поступци људи разумеју другачије од природних догађаја – таква потреба да се ухвати смисао и значење радње долази отуда што

⁸ Утицаји су видљиви нпр. у делу: Friedrich Meinecke, *Die Entstehung des Historismus*, München 1936.

⁹ М. Weber, у фусноти 2, *passim*, а посебно на стр. 64 итд., 132 итд.

објекат сазнања у том случају није различит (као вирус, електрични напон или било који други део живе и мртве природе) од човека који сазнаје. Напротив, он је наспрам истраживача увек његов *alter ego*: ту стоји човек наспрам човека – дакле два делића природе која деле исте потребе, могућности доживљаја и егзистенцијалне бриге. „Природа почиње“, каже Макс Вебер, „тамо где не тражимо смисао“ („*Natur*“ *wird ein Vorgang, wenn wir bei ihm nach einem „Sinn“ nicht fragen*).¹⁰ Обрнуто стоји ствар са људима. Како каже Вилхелм Дилтај, наша „истоветност“ (*Selbigkeit der Menschennatur*) је разлог правом малом немиру који човек осећа све док не ухвати разум и смисао поступка људи који га окружују. То важи за свакодневне прилике и сналажење у животу, али и за најстрожу науку.

6. ДА ЛИ ЈЕ МОГУЋЕ, И У КОЈОЈ МЕРИ, РАЗУМЕВАЊЕ ТУЊИХ ПОСТУПАКА¹¹

Реч је о једној од вечних недоумица умних/културних и друштвених наука: да ли је могуће, и у којој мери, ставити се у туђи положај и разумети туђи поступак? За почетак, одговор је свакако *негативан*. Немогуће је до краја ставити се на туђе место. Човек никад не може да уђе у мисли и осећања других људи. Ниједан стручњак за мозак заиста никад није видео туђу мисао, већ се сваки задовољио само усликаним пресеком одређених партија мозга које су у експерименту неким надражајем активирале.

Али, ствар са разумевањем ипак није потпуно црна и безнадежна. Начелно су осећања, мисли и поступци свих људи структурално исти као наши. То је главна *премиса* свакодневног саобраћања међу људима. Положај тела или нека друга телесна радња омогућава нам да претпоставимо смисао поступака људи који нас окружују; недоумице могу да се разреше постављањем питања; нашим чулима опажамо шта је неко нацртао, читамо шта је неко написао, чујемо шта је неко компоновао. Међутим, након опажања, закључак о смис-

¹⁰ М. Weber, у фн. 2, стр. 333.

¹¹ У усменом излагању ово питање сам изоставио, али сад користим прилику да своје излагање допуним. Потицај је, између осталог, дошао из разговора са проф. Миром Мирковић на Правном факултету после предавања. У основи овај део излагања надовезује се на Алфреда Шица, додуше без захтевне терминологије по којој је његов опус познат (Alfred Schütz, *Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt, Einleitung in die verstehende Soziologie*, Frankfurt am Main 1974). У контексту криминологије, упор. Michael Bock, „Lebensgeschichte und Kriminalprognose“, *Ge schichte und Gegenwart* 1999, 51–63. У најскорије време о разумевању се говори под етикетом „ментализовања“ (Josef Brockmann, Holger Kirsch, „Konzept der Mentalisierung. Relevanz für die psychotherapeutische Behandlung“, *Psychotherapeut* 4/2010, 279–290).

лу и значењу туђих поступака никад није објективан, већ је увек производ обраде података у *нашој свести*; сваки суд о смислу и значењу туђег поступка увек је *наша тврдња – квалификација* за коју никада не можемо да будемо сигурни да је тачна. Квалитет тог суда зависи од труда који је уложен да се туђи поступци разумеју. Ако треба да се разуме друга култура, тада човек може да се потруди да стално буде у херменеутичком кругу, а то значи да након сваке интерпретације настоји да се врати чињеничној подлози како би у следећем кораку интерпретацију додатно употпунио и побољшао. На пример, учесници у кривичном поступку могу да се потруде да став о умишљају или кривици (који је такође увек тврдња-квалификација а никада проста констатација) не буде неспојив са чињеничном подлогом на којој је заснован. Кривични поступак не сме се спречити алтернативним тумачењима догађаја.

Чињеница да човек никад не обрађује све податке на празном столу, већ увек у *сопственој свести* повезана је са значајним епистемолошким опасностима. Обрада информација у свести нужно је повезана са осећањима и афектом (психијатри говоре о „хипертимији“). Наше расположење, мисли, осећања и судове обликују ранија искуства и физиолошке предиспозиције. Ако некога не „миришемо“ или не можемо да га „смислимо“, та околност ће утицати на наше просуђивање. Све што човек мисли о другим људима увек је контаминирано и ограничено културним, социјалним и биографским миљеом, али и искуством које се у великој мери стиче и таложи без реда од случаја до случаја. Због тога је човеку најчешће тешко да поступцима других људи прида другачији смисао од онога који би он таквом поступку иначе дао када би га сам учинио. Човеку је тешко да прихвати да су други људи начелно чак у појединостима другачији од њега, као и да њихове поступке он не може да тумачи према свом понашању и навикама. Отвореност према другим људима вежба се и за њу су потребне године искуства. Али, већина људи најчешће просуђује туђе поступке према себи. Такав приступ у најекстремнијем случају води слепом поробљавању или отуђењу припадника различитих култура. Неспоразуми у погледу разумевања туђих поступака, мисли и осећања свакодневни су. То је изван сваке сумње, а најинтересантнији случајеви давно су овековечени у романима или позоришним и филмским представама. Дobar историчар мора да буде добро образован. Али и поред врхунског образовања, чест је случај да историчари пројектују *своје* идеале или *свој* западњачки етноцентризам у прошле епохе или удаљене пределе света. Дobar психотерапеут мора да има велико клиничко искуство. Али и са таквим искуством, чест је случај да психијатри у својим пацијентима виде обичне дијагнозе које су *њима* још од времена студија нарочито интересантне и којима се радо баве, или да на незгодне људе пројектују унапред готове дијагнозе.

Због тога је већ затражено да добар научник или стручњак који се ослања на разумевање, треба увек да пође од претпоставке да човек кога испитује није исти као што је он; дакле, треба да усвоји идеју да су људи међусобно другачији (*Fremdheitseinstellung*).¹² Ту девизу не треба схватити као чињеницу, већ као пожељно настројење, као један неопходан радни етос. Пожељно је да таква клима влада у колективу (на пример, у суду, клиници или научној заједници).

У погледу могућности да се разумеју туђи поступци, може се закључити да таква могућност постоји. Право питање није да ли те могућности има или нема, већ како се она најбоље може искористити. Главне предуслове за што тачније разумевање у струци представљају: сталан рад, велики напор, самокритичност, одсуство сваке надмености и квалитетан институционални оквир. Најважније је да у професијама које разматрају и користе могућности разумевања људских поступака (судије, психотерапеути, педагози, социјални радници) постоји свест да ниједан суд о смислу или значењу туђег поступка никад не представља прецизну констатацију, већ увек *тврђњу* која се доноси на основу сопственог унутрашњег искуства.

7. НАУКА РАДИ МАНИПУЛАЦИЈЕ И НАУКА РАДИ ПРЕИСПИТИВАЊА

Иза научног програма Макса Вебера који у основи пружа антрополошко објашњење специфичности умних и друштвених наука, налазе се много значајнији аспекти од оних на које се указује студентима који се припремају са друштвена истраживања. Да ли ће се појава, поступак или свет разумевати или објашњавати, то строго зависи од практичног и егзистенцијалног става према предмету истраживања. Сазнавање закона сваког „смисла лишене“ природе (*nota bene*: природа за човека није увек била „бесмислена“!)¹³ које обећава *објашњење* појава, нарочито тамо где се од науке унапред очекује неки напредак, доприноси извесном унутрашњом логиком развоју технике, води обради, манипулацији, овладавању и

¹² Fritz Schütze, „Ethnographie und sozialwissenschaftliche Methoden der Feldforschung, Eine mögliche methodische Orientierung in der Ausbildung und Praxis der Sozialen Arbeit?“, in: *Modernisierung Sozialer Arbeit durch Methodenentwicklung und reflexion*, (ed. Groddeck Schumann), Freiburg im Breisgau 1994, 189 297.

¹³ То у првом реду важи за „анимистичке“ погледе који у свим природним феноменима виде контуре људског разума. Међутим, и нововековне природне науке дуго је одликовало схватање да је природа књига из које ваља ишчитати смисао света и божије намере, односно будућност планете (Matthias Schramm, *Natur ohne Sinn? Das Ende des teleologischen Weltbildes*, Graz Köln 1985). Еколошки покрети и покрети за заштиту животиња такође у извесном смислу пледирају за померање граница између природе и смисленог.

савладавању природе, као и њеном преуређењу. Разумевање „смислених“ поступака других људи води упоређивању туђих поступака са сопственим. Разумевање нехотице рађа став поводом питања у чему смо исти, шта нас разликује, да ли је нама и вама нешто лепо или ружно, добро или рђаво, правично или неправично? Тиме још није речено на који начин ће се тако добијено сазнање употребити. Могуће га је искористити ради манипулације. Такав је случај у (психо)техници, какву познајемо из хроника религиозних заједница и тоталитарних режима, али и код криминалца, који се користи разумевањем како би изиграо жртву или јој утерао страх у кости.¹⁴ Међутим, могуће је да се појам разумевања употреби за преиспитивање и употпуњавање сопственог живота. Како је Макс Вебер поентирао у свом приступном ректорском говору, појам разумевања не рађа мисли о томе *какви смо*, већ *какви хоћемо да будемо*.¹⁵ Док је појам објашњења усмерен ка уређењу и усавршавању спољног света, дотле појам разумевања тежи да изазове унутрашње преиспитивање, очај или понос, комплекс ниже или више вредности, пријатељску наклоност или љубав, мржњу или презир. Дакле, појам објашњења развија човекову потребу да *удобно* живи, а појам разумевања човекову потребу да *узорно* живи.

8. КОНТЕКСТ КУЛТУРЕ И ЦИВИЛИЗАЦИЈЕ

Може се запитати какве све то везе има са XIX веком. Ствар је у томе што се речено не односи само на лични живот и прилике појединца, већ се тиче живота читавих народа и нација. У Немачкој је у XIX веку развијено убеђење да се политичке заједнице које се стално и претежно старају о спољним условима живота, о техничком напретку и привредном расту (док пак занемарују образовање, морал и естетику) – управо због тога могу сматрати *цивилизацијом*, али не и *културом*. Та представа је историјски и социолошки сигурно погрешна, али је као таква дуго постојала. Французи и Енглези, како се тада чуло – можебити цивилизовани су, али Немци – Немце одликује култура. Читав низ различитих разврставања и поређења урађен је према тој шеми: код првих све је површно и плитко, појудно, развратно и нехајно, а код Немаца продубљено, озбиљно, испуњено унутрашњим смислом (са душом) и одговорно. Код првих

¹⁴ У оним сегментима праксе у којима је врло тешко искључити асиметрију моћи и знања, дакле у психотерапији, у васпитном процесу или црквеном душебрижништву, постоје бројни прелазни облици, који се тешко могу означити као чист концепт разумевања или објашњавања.

¹⁵ Max Weber, *Der Nationalstaat und die Volkswirtschaftspolitik*, Freiburger Antrittsvorlesung von 1895; на српском: „Национална држава и привредна политика“, *Књижевни магазин* 60/2006, 24-26.

се бацака оперета и *Moulin Rouge*, код Немаца у цркви одзвања миса у *h*-молу и Бетовенова 9. симфонија, велики песници и мислиоци, скромно али образовано грађанство, ред и рад у кући. Такође, било би историјски и социолошки погрешно да се значај ових подела прецени и пренесе на разне међудржавне конфликте и аспирације. Али, лако је видљиво да се ратна пропаганда за време Првог светског рата често сводила на овакве клишее.¹⁶ И данас „вредни и марљиви“ Немци држе лекције „лењим“ Грцима и другим јужноевропским народима којима штедња нешто теже иде.

Такве основне представе о начину егзистенције имале су несумњиво велики идеолошки значај и онда када нису биле концептуализоване као национални клишеи. На пример, у доба Вајмарске Немачке било је уобичајно противстављање снаге масе снагама ума (духа).¹⁷ Затим, представе о начину живота: прва, по којој човек живи испразно, препуштен кратком задовољству, и друга, по којој човек треба током целог свог живота да се испољава као одговоран појединац који свесно управља својом судбином. Такву шему следи Веберов савременик Георг Зимел, који је описао равнодушност и отуђеност становника у модерним градовима.¹⁸ Треба поменути и студију Давида Рисмана *The Lonely Crowd* („Кошница усамљених“/„Усамљена гомила“).¹⁹ Данас се – а све је то иста шема – у филозофији, социологији и политикологији снажно критикује култура савременог друштва изгубљеног у јефтиној забави и разоноди, сталном испирању мозга преко малих екрана, ресторанима брзе хране, лошој музици и неописивој навици да се све посматра само са економског становишта. Томе треба додати критику Болоњског процеса: универзитети се више не старају о *образовању* интелектуалне елите, што би требало да им буде прави задатак, већ су деградирани у фабрике за штанцовање програма *обуке*.²⁰ Све те основне

¹⁶ Упор. на пример Hans Maier, „Ideen von 1914 Ideen von 1939? Zweierlei Kriegsanfänge“, *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte* 4/1990, 525–542.

¹⁷ Упор. на пример Helmuth Berking, *Masse und Geist, Studien zur Soziologie in der Weimarer Republik*, Berlin 1984.

¹⁸ Georg Simmel, „Die Grosstädte und das Geistesleben“, in: *Die Grossstadt. Vorträge und Aufsätze zur Städteausstellung, Jahrbuch der Gehe Stiftung Dresden* (hrsg. Von Th. Petermann), Band 9, 1903, 185–206, на српском: „Метрополис и духовни живот“, у: Георг Зимел 1858–2008 (прир. М. Маринковић), Нови Сад 2008, 280.

¹⁹ David Riesman et al., *Die einsame Masse*, Darmstadt 1956; на српском: *Усамљена гомила, студија о промени америчког карактера*, Београд 1965.

²⁰ Интересантно је да се и дијагнозе савременог друштва, као и одређене програмске утопије, суштински ослањају на критику савремене културе. Тврди се да се боље живело некад или да постоје места из маште у којима човек може боље да живи, и верује се да се данас најгоре живи. То важи и за припаднике франкфуртске школе и њима сродне мислиоце (Clemens Albrecht et al., *Die intellektuelle Gründung der Bundesrepublik: eine Wirkungsgeschichte der Frankfurter Schule*, Frankfurt am

позиције које заузимају критичари наслањају се на шеме из XIX века и надовезују се – можебити не појмовно, али суштински свакако – на разлику између концепта разумевања и концепта објашњавања, као и на разлику у погледу становишта које су ти концепти обликовали.

9. ПЛУРАЛИТЕТ НАЦИЈА ИЛИ НЕПОДЕЉЕНО ГЛОБАЛНО ДРУШТВО

Постоји још једна политичка димензија целе ствари у којој и данас робујемо XIX веку. Једна од главних окосница позитивистичког програма тичала се историјске науке коју је, према начелима позитивизма, требало у потпуности ослободити од хришћанских есхатолошких представа о спасењу човечанства и угурати у ред наука које ће истражити *законе* прошлости исто онако као што природне науке истражују законе природе.²¹ Ту се позитивизам програмски подудара са марксизмом. Историја човечанства посматрана из угла позитивизма представља само један делић космичке и природне еволуције, а тиме један предодређени (детерминирани) след стадијума и ступњева који се распознају по развијености спољних чинилаца, као што су техничка достигнућа, наука или производни односи. Таквом схватању данас дугујемо многе средишње појмове политичког разврставања: разликовање између прогресивне и реакционарне струје, између земаља првог, другог и трећег света, између развијених земаља и земаља у развоју. Читав такав појмовни апарат изведен је из представе о прогресу, модернизацији и, наравно, глобализацији. Ту се у пуној снази види на делу номотетички концепт резоновања, јер управо њему одговара да прелази преко специфичности и да генерализује. Само таквом начину мишљења одговара да прво истакне један општи појам – друштво. Будући да је појам друштва апстрактан, а како је свако друштво другачије, то се оправданост генерализације налази у представи (објашњењу) да је свако друштво исто зато што је друштво, али да може бити на једном или неком другом степену развоја. Француски и амерички империјализам укореењени су идејно управо у таквој представи. Исто су резоновали Лењин, Мао Цетунг, Ататурк или латиноамерички диктатори. Свим тим политикама заједничка је била идеја да једном ухваћена законитост у развоју друштва допушта да се прескочи један или можда чак

Main1999). Вид. и Volker Kruse, *Soziologie und „Gegenwartskrise“*, Wiesbaden 1990; Manfred Prisching, *Modelle der Gegenwartsgesellschaft*, Wien 2003.

²¹ Karl Löwith, *Weltgeschichte und Heilsgeschehen. Die theologischen Voraussetzungen der Geschichtsphilosophie*, Stuttgart 1973⁶; код нас: *Svjetska povijest i događanje spasa*, Zagreb – Sarajevo 1990.

неколико степена у развоју. Том приликом, прогрес је био и остао изговор да се ликвидирају реакционарни елементи.²²

Наспрам овог правца, стоји један сасвим други приступ – идиографски. Он је карактеристичан за део XIX века, али и за савремене етничке, религиозне и културне циљеве који сеprotиве глобализацији. Историја, географија и етнологија представљају науке које су увек откривале културне разлике, изучавале различитост језика и разумећност дијалеката, сагледавале различите религије, различите правне системе и различите облике привређивања. Ту је мисао, односно представа о стварности (*denkende Ordnung des Wirklichen*), сређивана идиографски, без неке нарочите методолошке намере. Идиографски приступ истицао је у први план разлике између народа, разлике између вероисповести, разлике између географских предела. Подједнако су га одликовала врло минуциозна истраживања завичајне историје и етнографије, с једне стране, и грандиозна истраживања историјских епоха и географских појединости планете, с друге. Али, такав приступ је ретко водио мирном и идиличном саживоту народа, у коме би у мору различитости те разлике биле признате као богатство, у коме би сваки са становишта људске природе неукорив начин живота био признат онако како се признаје сопствен начин живота. То се ретко кад догађало, али управо тако су размишљали Лесинг, Хердер и Вилхелм Дилтај. Могло се очекивати, а тако се и десило, да се нације освесте и разбуде. Свака нација постала је свесна своје прошлости, својих културних, правних и привредних посебности. Не где су од података прављене музејске поставке, док су на другим местима конструисани митови о настанку и развоју нације. Показује се како и у случају идиографског приступа, у многим случајевима опет поведени империјалистичким тежњама и непосредним економским интересима, може да дође до поробљавања, националног и регионалног шовинизма, протеривања, покрета за независност, регионалне аутономије итд.²³ Када једном народи и људи утврде своје посебности, лако умисле да имају бољу културу, да чине бољу расу. У таквим случајевима, концепт разумевања води ниподаштавању других и узвисивању себе, а затим и стварном конфликту, репресији, поробљавању, па и уништењу. Историја Југоисточне Европе на извештан начин потврђује све то, исто као и новија историја исламских народа.

²² Доста материјала доноси Friedrich Tenbruck, *Die unbewältigten Sozialwissenschaften oder die Abschaffung des Menschen*, Graz 1984.

²³ О овом предмету класична је студија Eugen Lemberg, *Nationalismus*, II, Reinbek bei Hamburg 1968; упор. и Bernd Estel, *Nation und nationale Identität*, Wiesbaden 2002.

10. ЗАКЉУЧАК

Приступ који карактерише залагање за појам разумевања, а тиме и за идиографски приступ у науци, могуће је применити у криминологији. То није нимало једноставно, будући да је главнина криминолошке науке, али и психологије и психијатрије, уређена према номотетичком концепту. Због тога, идиографски приступ од почетка треба објашњавати и оправдавати. Главни разлог ипак представља чињеница да појам разумевања захтева сопствено мишљење о ствари која се проучава и преиспитивање сопствених ставова. Много је комотније држати се сопствених предрасуда, препустити се општем отупљивању и сликама нерелевантне стварности. Ко хоће да разуме појаве које изучава, тај треба да буде спреман да се, макар у себи, изјасни о многобројним тешким питањима, укључујући ту и она осетљива питања која се тичу морала и политике. За то је потребан огroman умни и психички напор. Свакоме ко се посвети концепту разумевања, неопходно да има пријатеље, доста времена и добре услове за читање, разговор и слободну размену мишљења. Без тога не покушавајте!

Предео: Лука Бренеселовић

Dr. Michael Bock

Full Professor

Johannes Gutenberg University Faculty of Law, Mainz

EXPLANATION AND COMPREHENSION IN SCIENCE: NOMOTHETIC AND IDIOGRAPHIC APPROACH

Summary

Weber's thought and his works that are essential for theory of science. Nomothetic v. idiographic scientific method. Weber's understanding of science as organized thought and vivid impression of reality. Two channels of scientific activity: nomothetic and idiographic. The ideas of Auguste Comte and the surge of new positivism: methodological positivism and transfer of the hard science methods into the social sciences. A critique of positivism in science. The ever-lasting predicament of humanities and social sciences: is it possible to step in another man's shoes and understand another's behavior? Inferences on the sense and connota-

tion of acts of another, and the epistemological traps of such inferences. Judgments on the sense and connotation of another's behavior lack in precision, it is not an exact statement of facts, but an assertion based on personal inner experience. Manipulation and reconsideration in science. Knowledge and the ways of using it. Explanation and comprehension. The notion of explanation builds up one's need to live comfortably, the notion of comprehension extends one's need to live properly. Comprehension does not induce thinking on what we are, but on what we want to be. Civilizational and cultural contents of explanation and comprehension. Historical examples of fallacies and divisions within the nations (German, French, English, etc.) and among them (the differences between progressive and regressive streams; between the first, the second and the third world nations; between the developed and the developing, etc.). The importance of fallacies and divisions, and their effects on different interstate conflicts and aspirations. A critique of the Bologna process: universities are neglecting their primary task of educating the intellectual elite. They are now in the business of training, not education. The plurality of nations or the undivided global society. History of the mankind from the perspective of positivism and globalization of the world. History of the mankind from the idiographic perspective, i.e. the perspective of understanding the necessary differences among the nations and states, and against globalization of the world.

Key words: *Methodology. – Positivism. – Nomothetic approach. – Idiographic approach. – Global society.*

Јаков Радишић*

ОДГОВОРНОСТ ЛЕКАРА ЗБОГ СМРТИ ПАЦИЈЕНТА ИЗАЗВАНЕ НЕХАТНИМ НЕЧИЋЕЊЕМ ПОГЛЕД У НЕМАЧКУ ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И СУДСКУ ПРАКСУ

Грешка у лечењу пацијента може бити у облику активног или пасивног понашања лекара, које није у складу са важећим медицинским стандардом или са обавезом најљубљивог поступања. Али, без обзира на облик, грешка сама по себи не повлачи ни кривичну ни грађанску одговорност. Потребно је, наиме, да је из грешке проистекла извесна штета за пацијентово здравље или смрт. По правилу, таква узрочна веза међу њима се не претпоставља него се мора доказати. Тај је доказ тежак јер се не даде извести неком сигурном методом, него се темељи на медицинској процени вероватноће.

Доказивање узрочне везе између лекарске грешке у облику нечићења и штете по пацијентов живот или здравље особито је несигурно, јер је ту реч о односу између постојећег и непостојећег. Зато не може бити говора о узрочној вези у смислу природних наука и у логичком смислу, него само о правном вредновању, које допушта да се неспречавање штетног догађаја изједначи са његовим узроковањем позитивним чином. Јер лекар према пацијенту има положај гаранта, тј. дужан је да медицинским мерама штити његов живот и здравље. Ако пропусти да то учини, па пацијент умре или се његово здравље погорша, лекару се имају приписати те нежељене последице. Али, то бива само уколико се утврди да би предузимањем потребне мере те последице могле бити спречене. Не ради се, дакле, о утврђивању стварне него хипотетичке узрочне везе. О тој правној проблематици, а нарочито кад је у питању смрт пацијента, аутор говори са становишта немачке правне теорије и судске праксе.

Кључне речи: *Лекарска грешка. Убиство. Узрочна веза. Одговорност.*

* Аутор је редовни професор у пензији Правног факултета Универзитета у Крагујевцу.

1. УВОД

Лекар одговара, најчешће, због неке своје грешке у лечењу пацијента. Та се грешка може састојати из чињења или нечињења, из предузимања неиндикованог или непредузимања потребног медицинског захвата, из погрешних мера или диспозиција, приликом анамнезе, дијагнозе, профилаксе, терапије, и доцнијег старања о пацијенту.¹ Другим речима, у питању је *активно* или *пасивно* понашање лекара које није у складу са важећим медицинским стандардом или са обавезом пажљивог поступања. Примери лекарских грешака у облику активног понашања јесу: убризгавање погрешног медикамента, повреда једњака приликом *интубације* од стране анестезиолога, ампутација здравог уместо болесног органа.² У грешке у облику пасивног понашања спадају: неупућивање пацијента благовремено у болницу ради лечења, сувише касно препознавање запаљења слепог црева, непредузимање рендгенског снимања *абдомена*, неприкупљање дијагностичких налаза који су несумњиво потребни, и сл.³ Али, лекарево погрешно чињење и нечињење често се здружује и преплићу, па се тада одговорност може ослонити и на једно и на друго. Такав је, на пример, случај кад се пацијент сувише рано отпусти из болнице, те стога изостане потребно стационарно испитивање.⁴

Међутим, без обзира на то да ли се лекарска грешка састоји из чињења или нечињења, она сама по себи, најчешће, не повлачи одговорност. Потребно је, наиме, да је из грешке проистекла извесна штета за пацијентово здравље или да је наступила његова смрт. Но, оштећење здравља или смрт пацијента може имати различите узроке, а грешка лекара – различите последице. Чињеница да је до оштећења здравља или смрти пацијента дошло после лекарске грешке није доказ њихове узрочне повезаности. Узрочна веза међу њима се не претпоставља, него се мора доказати. Тај је доказ веома тежак, јер лекар делује на живи људски организам, чије се биолошке и физиолошке реакције не даду никад у пуној мери предвидети ни контролисати. Те реакције измичу строгим природним законима и могу бити веома различите, у зависности од конституције пацијента, стадијума његове болести и психичког стања.⁵ Стога се узрочна веза између

¹ Adolf Laufs, Christian Katzenmeier, Volker Lipp, *Arztrecht*, München 2009⁶, 314 315.

² Klaus Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, Heidelberg 2003³, 48.

³ *Ibid.*

⁴ Hermann Lange, Gottfried Schiemann, *Schadensersatz*, Tübingen 2003, 154.

⁵ Christian Katzenmeier, *Arzthaftung*, Tübingen 2002, 416; Hans Stoll, „Schadensersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtsvergleichender

грешке и штете по пацијентов живот или здравље мора утврђивати према критеријумима вероватноће. Такав доказ, по природи ствари, не може бити сасвим сигуран, него само више или мање вероватан. То важи за лекарске грешке у лечењу уопште, а нарочито за грешке у виду нечињења или пропуштања.

Нечињење лекара као узрок пацијентове смрти или оштећења здравља представља најсуптилније практично питање у области медицинског права. Њиме су се нарочито бавили немачки судови и правни теоретичари. Њихово вековно искуство могло би бити интересантно и поучно за наше правнике, којима медицинско право није „јака страна“. Зато сам одлучио да томе искуству посветим овај рад.

2. НЕЧИЊЕЊЕ КАО УЗРОК ШТЕТЕ УОПШТЕ

Узрочност као категорија претпоставља неку реалну снагу која је у стању да изазове извесну стварну последицу или резултат. У смислу природних наука и у физичком смислу, такву моћ могу имати само позитивне људске радње и природни догађаји. Човеково пасивно држање није за то способно, јер се стање спољњег света њиме не мења.⁶ Другим речима, из ничега не настаје ништа (*Ex nihilo nihil fit*).

Међутим, за правнички начин проматрања узрочност у смислу природних наука није меродавна. Нечињење не значи „непредузимање ништа“, него „непредузимање нечег одређеног“, што је требало да служи отклањању опасности од штете која прети другоме.⁷ Таква нечињења могу бити узрочна у правном смислу. Јер у праву није реч о логичком утврђивању узрока и последице него о нормативном вредновању, које допушта да се неспречавање неког штетног резултата изједначује са његовим узроковањем позитивним чином.⁸ Претпоставка је да је лице о чијем је пропуштању реч имало стварну могућност да сврсисходним чињењем штету која прети другоме спречи или барем умањи, и да је то од њега очекивано. То није, на пример, онај ко спава, а у његовој близини настане пожар, нити непливач пред чијим се очима човек дави у дубокој води.⁹ Само ако

Sicht“, *Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag* (Hrsg. E. Deutsch, E. Klingmüller, H. Kullmann), Berlin New York 1995, 465.

⁶ Andreas von tuhr, Hans Peter, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, Band I, Zürich 1974³, 95; Hans Jescheck, Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin 1996⁵, 618.

⁷ H. Jescheck, T. Weigend, 615; Wolfgang Fikentscher, *Schuldrecht*, Berlin New York 1976, 271.

⁸ H. Lange, G. Schiemann, 153; A. Tuhr, H. Peter, 96.

⁹ Пример наведен код Josef Esser, *Schuldrecht, I: Allgemeiner Teil*, Karlsruhe 1968, 60.

је одређено лице било у стварној могућности да својом позитивном радњом пружи заштиту угроженом правном добру другога, околност да је оно остало пасивно представља услов настанка штете, али „негативан“.¹⁰ Такви негативни услови нису, додуше, карики у реалном узрочном ланцу, него их ми њему само у мислима додајемо. Њихово изједначавање са реалним узроцима бива само са становишта одговорности. Јер у одређеној ситуацији која својски препоручује ступање у акцију, пасивно држање као облик вољног човековог понашања може бити разлог за приписивање штетних последица.¹¹

Али, не постоји општа обавеза да се туђа правна добра, кад год је то могуће, заштите од штете сваке врсте, као што је свако дужан да се уздржи од поступака којима се може другоме нанети штета (*neminem laedere*).¹² У питању је искључиво *посебна правна обавеза*, која може проистећи из закона, правног посла или из претходног опасног чињења.¹³ Она почива на идеји да је одређено лице на посебан начин позвано да штити угрожено правно добро другога, и да ималац добра може рачунати са активним укључивањем тог лица.¹⁴ Онај ко има такву обавезу старања назива се обично *гарант*.

Положај гаранта има и лекар према своме пацијенту, јер је дужан да се стара о његовом животу и здрављу. Лекар постаје гарант чим пацијента узме под своју заштиту. Већ прва телефонска консултација може засновати гарантну обавезу лекара, уколико при том прихвата улогу заштите пацијентовог живота и здравља. За лекареву позицију гаранта није услов уговор о лечењу; довољно је што је *фактички* прихватио болесника као свог пацијента и што пацијент рачуна на његову заштиту па неће тражити помоћ другога.¹⁵ Ако лекар дуговану заштиту ускрати, па пацијент претрпи штету на своме здрављу, одговара исто онако као и лекар који, додуше, ту заштиту пружи али погрешно. Неспречавање штете изједначаје се, дакле, са њеним узроковањем позитивним чином.¹⁶ То је речено и у самом Кривичном законик у Србије: „Нечињењем може бити учињено и кривично дело које је законом одређено као чињење, уколико је учинилац пропуштањем дужног чињења остварио обележја тог кривичног дела“.¹⁷ Ту је реч о тзв. *неправом кривичном делу нечињења*, које има

¹⁰ Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, I: Allgemeiner Teil*, München 1982, 423.

¹¹ *Ibid.*

¹² Чл. 16 Закона о облигационим односима, *Службени гласник РС*, бр. 85/05.

¹³ Н. Lange, G. Schiemann, 154; J. Esser, 60.

¹⁴ Н. Jescheck, T. Weigend, 620.

¹⁵ А. Laufs, С. Katzenmeier, V. Lipp, 89.

¹⁶ Н. Jescheck, T. Weigend, 608.

¹⁷ Чл. 15, ст. 2. Кривичног законика Србије, *Службени гласник РС*, бр. 85/05.

последицу и чији учиниоци се кажњавају зато што нису спречили наступање последице.¹⁸ Слично томе, Закон о облигационим односима прописује грађанску одговорност због ускраћивања неопходне помоћи лицу чији су живот или здравље очигледно угрожени.¹⁹ Но, та је одговорност ограничена: односи се само на оног ко је помоћ могао пружити без опасности по себе, и под условом да је насталу штету угроженог лица могао предвидети, а ако правичност захтева, суд га може и ослободити од обавезе да штету надокнади.²⁰

Лекарева позиција гаранта налаже му не само обавезу да пацијента штити од болести која угрожава његов живот и здравље, него и од свесних поступака пацијентових којима он, у оквирима прописане терапије, сам себе угрожава. Тако је, на пример, Савезни врховни суд Немачке, у једном случају, осудио лекара због нехатног убиства пацијента-зависника од дроге, који је, приликом обављања *терапије одвикавања*, свесно употребљавао више наркотика него што му је било одређено, па је тиме довео себе у опасност по живот. Суд је био мишљења да је лекар пропустио да контролише пацијента, и да је брижљивом контролом опасност од самоугрожавања могла бити избегнута.²¹

3. УТВРЂИВАЊЕ УЗРОЧНЕ ВЕЗЕ ИЗМЕЂУ ЛЕКАРЕВОГ ПРОПУШТАЊА И СМРТИ ПАЦИЈЕНТА

Смрт пацијента као прва, директна последица лекаревог пропуста заснива, у првом реду, кривичну одговорност лекара, док се грађанска одговорност на њу тек надовезује. Стога је за обе ове врсте одговорности битно како се у кривичном поступку утврђује веза између лекарске грешке и пацијентове смрти. За утврђивање те везе немачки кривични судови користе, већином, *теорију услова*. По тој теорији, узроком неког резултата сматра се сваки услов који се не може апстраховати, а да конкретан резултат не изостане. Као узрок важи, дакле, сваки *condicio sine qua non*, тј. сваки услов без којег одређени резултат не би настао. Пошто се сви услови третирају као једнако вредни (еквивалентни), теорија услова назива се и *теорија еквиваленције*.²²

¹⁸ Зоран Стојановић, Коментар Кривичног законика, Београд 2009³, 85.

¹⁹ Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 29/89, *Службени гласник РС* бр. 31/93.

²⁰ Чл. 182 Закона о облигационим односима.

²¹ Одлука Савезног врховног суда Немачке од 18.7.1978, наведена према К. Ulsenheimer, 50.

²² Claus Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, München 2006⁴, 351; Н. Jescheck, T. Weigend, 279.

Образац *condicio sine qua non* немачки судови примењују и кад су у питању лекарева пропуштања одређених радњи које дугује пацијенту.²³ При том се служе поступком тзв. *хипотетичке елиминације*.²⁴ По том поступку грешку у облику нечињења ваља занемарити и видети шта је била њена индикована алтернатива у конкретном случају, шта је лекар требало да учини с циљем спасавања живота пацијентовог. Ако се утврди да је лекар пропустио да уради оно што му налажу правила струке, тада се ваља *хипотетички* запитати какав би исход био да је он учинио то што се од њега очекивало? Другим речима, да ли би предузимање пропуштене медицинске мере спречило смрт пацијента? Само ако би се дало утврдити да би одговарајући подухват лекара био у стању да постигне жељени циљ, тада има места његовом кажњавању због убиства пацијента.²⁵ Али, ако би пацијент умро и да је лекар предузео потребне медицинске мере, тада се не би могло рећи да између његовог нечињења и смрти пацијента постоји узрочна веза у *правном смислу*.²⁶ Отуд ваља поуздано утврдити да ли би предузимање изостављене мере било у стању да спасе живот пацијенту.

Међутим, утврђивање овог услова одговорности није никад потпуно сигурно, пошто се ослања на хипотетички суд о физиолошким појавама који се не даде проверити неком сигурном методом. Јер није сасвим искључено да би пацијент умро и да је лекар пропуштену меру предузео.²⁷ Стога мишљења медицинских вештака о могућности повољног исхода лечења и нису, већином, категорична, него садрже само суд с различитим степеном вероватноће („статистичка вероватноћа“).²⁸ Пошто апсолутни доказ није могућ, судија се мора задовољити високим степеном вероватноће.

Кад се ради о кривичној одговорности лекара, немачки судови захтевају да узрочна веза између лекарске грешке и штете, односно смрти пацијента буде *сигурнија* него кад је у питању грађанска одговорност. Они, наиме, траже „степен вероватноће који се граничи са сигурношћу“.²⁹ Та вероватноћа не може се изједначити са „сто-процентном извесношћу“, нити се може изразити помоћу одређених процентних бројева. Она значи степен извесности који искључује сваку разумну сумњу, јер у случају сумње важи правило *in dubio*

²³ Karl Lackner, *Strafgesetzbuch, mit Erläuterungen*, München 1983¹⁵, 46.

²⁴ H. Jescheck, T. Weigend, 280.

²⁵ K. Ulsenheimer, 209.

²⁶ K. Ulsenheimer, 209 210.

²⁷ Paul Bockelmann, „Das Strafrecht des Arztes“, u: Albert Ponsold, *Lehrbuch des gerichtlichen Medizin*, Stuttgart 1967³, 44.

²⁸ C. Katzenmeier, *Arzthaftung*, Tübingen 2002, 530 531.

²⁹ K. Ulsenheimer, 210; H. Jescheck, T. Weigend, 584.

pro reo.³⁰ Зато лекар који није учинио оно што је требало не може бити кажњен због нехатног убиства ако би, упркос његовом дужном чињењу, пацијент ипак умро са вероватноћом која се граничи са сигурношћу.³¹ Позитивна формулација тог става гласи: „Према чврстој пракси врховних судова и владајућем гледишту у правној теорији, пропуштање које је противно дужности може условити одговорност лекара само у случају кад би извршењем дуговане радње смрт пацијента била спречена са вероватноћом која се граничи са сигурношћу“.³²

Али, поставило се питање како ваља поступити у случају кад се, на основу конкретних околности, узрочна веза између пропуштања лекара противно дужности и смрти пацијента не може поуздано ни да се потврди ни да се одбаца? То је најважније спорно питање међу немачким правницима у области каузалитета пропуштања.³³ По схватању које заступају присталице *теорије повећања ризика*, за кажњавање лекара довољно је ако би пропуштање потребне медицинске мере *знатно повећало нормалну опасност од пацијентове смрти*.³⁴ Савезни врховни суд Немачке и већина правних писаца стоје на супротном становишту. Они, наиме, сматрају да у случају кад, упркос поступању лекара сагласно обавези, постоји само „висока вероватноћа“ отклањања штетне последице или *озбиљна могућност* наступања пацијентове смрти, оптуженог треба ослободити од кривичне одговорности, ослањајући се на начело *in dubio pro reo*.³⁵ Али практични резултати ова два гледишта понекад се и не разликују. Зато поборници *теорије ризика* тврде да Савезни врховни суд, другачијим образложењем својих одлука. „често само прикрива чињеницу да у основи приписивања лекару негативних резултата лечења лежи, у ствари, повећање ризика“.³⁶

Пошто у кривичним поступцима пред немачким судовима често није било могуће извести доказ да би сврсисходне лекареве поступање спречило смрт пацијента „са вероватноћом која се граничи са сигурношћу“, поступци су често обустављани или су доношене ослобађајуће пресуде. Стога је Савезни врховни суд Немачке ту *баријеру каузалитета* знатно помирио на штету лекара.³⁷ У многим

³⁰ К. Ulsenheimer, у: Laufs, Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, München 2002³, 1279.

³¹ *Ibid.*, 1227.

³² *Ibid.*

³³ С. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, II, München 2003, 642.

³⁴ Н. Jescheck, Т. Weigend, 585.

³⁵ К. Ulsenheimer, (2002), 1277.

³⁶ С. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, 397.

³⁷ К. Ulsenheimer, 216 217.

својим новијим одлукама он питање узрочности није доводио у везу искључиво са *спасавањем живота*, као што је чинио раније, него је то замењивао или допуњавао *продужењем живота*. То, на пример, значи да за потврду узрочне везе није битно „да ли би пацијенткиња због проширеног запаљења трбушне марамице можда иначе умрла, него је довољно што је њена смрт наступила пре него што би се то догодило без пропуштања противног обавези“.³⁸ Са овом аргументацијом Савезни врховни суд је, у два случаја, потврдио пресуде нижих судова којима је лекар осуђен због касне спознаје *перитонитиса*, јер би пацијенткиња при благовременој *релапаратомији*, у једном случају „живела најмање један дан дуже“, а у другом случају њен би живот „био продужен за неко битно време, најмање за два сата“.³⁹ Сходно томе, медицинским вештацима се често упућује питање „да ли би пацијент, у случају исправног лечења, преживео тренутак смрти са вероватноћом која се граничи са сигурношћу“, али су они врло уздржани кад то потврђују.⁴⁰

Међутим, ова судска пракса изазвала је негативне реакције више немачких правника. Они сматрају да гледиште Савезног врховног суда претвара нехатно кривично дело *са последицом* у кривично дело *угрожавања*, што вређа начело *nula poena sine lege*.⁴¹ Сем тога, мисле да се могућност спасавања живота не сме изједначавати са могућношћу продужења живота за неко краће време. Тврде да то изједначење допушта да проузроковање пацијентове смрти од стране лекара које није доказано, бива замењено минималним скраћивањем живота, што је знатно лакше доказати. Тиме се, по њима, неоправдано повећава могућност кривичне одговорности лекара због нехатног убиства пацијента и дерогира начело *in dubio pro reo*, које изискује да у нејасним ситуацијама треба одлучити у корист оптуженог.⁴² Најпосле, критичари судске праксе истичу да се продужење живота не може тачно одредити емпиријско-научном методом, него се, у најбољем случају, може образложити као *прихватљиво промишљање*. То, додуше, не спори ни Савезни врховни суд Немачке, али сматра да временски размак може да процени искусан вештак.⁴³ Зато он остаје и даље при својим давно заузетим правним ставовима, а у томе га следе и врховни судови покрајина.

³⁸ К. Ulsenheimer, (2002), 1278.

³⁹ Одлука Савезног врховног суда наведена према К. Ulsenheimer, *ibid.*

⁴⁰ К. Ulsenheimer, 221.

⁴¹ *Ibid.*, 220.

⁴² Опширније о томе К. Ulsenheimer, 220 226.

⁴³ *Ibid.*, 220.

4. СЛУЧАЈЕВИ ИЗ ПРАКСЕ НЕМАЧКИХ СУДОВА

4.1. Први случај⁴⁴

4.1.1. Чињенично стање: Над дететом старим 3,5 месеца лекар је обавио амбулантну операцију киле у пределу десне препоне, а да пре започињања првог реза није дете темељно прегледао. Због тога је превидео да се увећани отвор киле налазио на левој страни. Пошто је спознао своју грешку, лекар је, један сат доцније, извршио нови хирушки захват и оперисао прописно леву препонску килу. То је учинио имајући у виду могућност да у случају новог изласка препонске киле дође до укљештења савијутка црева, које представља опасност по живот. После окончане друге операције, у детета је изненада наступио застој у раду срца. Због тога је оно подвргнуто мерама реанимације, вештачком дисању и интензивној медицинској нези, али је ипак умрло. Земаљски суд осудио је лекара због убиства из нехата, а ревизију против осуђујуће пресуде одбио је Савезни врховни суд Немачке.

4.1.2. Из образложења пресуде Савезног врховног суда: Савезни врховни суд сматра да се осуда окривљеног лекара због убиства из нехата не може оспорити. Окривљени је својим непрописним и скривљеним понашањем приликом прве операције узроковао смрт дојенчета у смислу § 222 Кривичног законика. Јер, његово непрописно понашање приликом прве операције, тј. пропуштање да пре започињања првог реза изврши поуздан преглед детета и на томе заснована операција погрешне стране стомака, били су узрок за смрт детета.

Приликом испитивања узрочности кршења дужности потребно је хипотетички поставити питање шта би се догодило у случају да је учинилац дела поступио сагласно својој дужности. На ово питање има се одговорити управо с обзиром на кршење дужности, које као (непосредни) узрок смрти долази у обзир, док у осталоме треба узети за основ стварни ток догађаја. Не треба се бавити тиме шта би се десило у случају да је окривљени прву операцију и потпуну наркозу која је уз то следовала пропустио и да није ништа даље предузео. Напротив, потребно је испитати шта би се десило у случају да је окривљени оперисао килу на правој страни, као што је био дужан.

Да је окривљени поступио према обавезама из уговора закљученог са родитељима детета, тада би он – и то је овде коначно одлучујуће – пре операције пажљиво прегледао стомак детета, да би дознао положај препонске киле. Он би већ приликом опипавања стомака морао сигурно утврдити да се отвор киле не налази на десној,

⁴⁴ Одлука Савезног врховног суда Немачке од 12.11.1986, *Medizinrecht* 3/1988, 149 150.

него на левој страни. Тада би извршио операцију детета на правом месту и дете би, са вероватноћом која се граничи са сигурношћу, поднело ту операцију без штетних последица. Оно би, дакле, било излечено, тако да друга наркоза, која је довела до његове смрти, не би ни била потребна.

Између противправне телесне повреде детета, коју је окривљени лекар нанео оперативним резом на погрешном месту, и смрти детета постајала је „правна узрочна веза“, која води ка закључку да се смрт дететова може окривљеном уписати у кривицу. Јер окривљени је својим противправним поступком изазвао потребу да се дете у кратком року изложи додатном ризику од наркозе. Погрешном операцијом на десној страни стомака непосредно је повећана опасност по живот детета која долази од препонског бруха, тј. опасност да се брух укљешти. Да би се та опасност отклонила, било је сада, по нахођењу окривљеног, потребно спровести без одлагања операцију препонске киле на левој страни стомака.

Према томе, окривљени је својом противправном и скривљеном телесном повредом детета, тј. првим захватом у погрешно место, створио додатну опасност за живот детета. Та се опасност састојала у томе што је дете, у кратком временском размаку, без уобичајене паузе, морало бити оперисано други пут, па је том приликом изложено опасности по живот, која потиче од наркозе. Пошто се та опасност реализовала у смрт детета, то са правног становишта не постоји никакав разлог да се смрт изазвана противправним поступањем окривљеног њему не упише у кривицу по § 222 КЗ (нехатно убиство).

4.2. Други случај⁴⁵

4.2.1. *Чињенично стање*: У јануару месецу 1983. године, лекар је, путем операције, одстранио са десног семеника пацијентовог малигни тумор у првом стадијуму, али је нехатно пропустио да нареди зрачење пацијента, које је према правилима медицинске вештине било потребно. Дана 2. априла 1985. године пацијент је умро, па је против лекара покренут кривични поступак. Земаљски суд је био мишљења да је лекар крив што није спречио превремену смрт пацијента и осудио га је за кривично дело нехатног убиства. Међутим, Савезни врховни суд Немачке укинуо је пресуду земаљског суда и наредио ново суђење.

4.2.2. *Из образложења одлуке Савезног врховног суда*: Савезни врховни суд сматра да нижи судови нису несумњиво утврдили да

⁴⁵ Одлука Савезног врховног суда Немачке од 8.7.1987, *Medizinrecht* 1/1988, 25 26.

би пацијент живео дуже у случају да је окривљени лекар поступио сходно својој дужности, тј. да је наредио зрачење. Земаљски суд је саслушао три медицинска вештака, од којих ниједан није дошао до закључка да би постоперативно зрачење продужило живот пацијенту са вероватноћом која се граничи са сигурношћу. По схватању вештака Н., постоперативно зрачење у најмање 90% случајева доводи до продужења живота од 5 до 10 година. Да је у спорном случају зрачење обављено хитно и прописно, оно би, по његовом мишљењу, одржало пацијента дуже у животу. Други вештак Р. сматра да су шанске за продужење живота конкретног пацијента биле 94–100%, док трећи вештак Ј. оцењује да су шанске пацијента да дуже живи биле 92–99%.

Имајући у виду ова вештачења, Земаљски суд је пошао од тога да би од 100 пацијената, после овакве операције, најмање 90 живело од 5 до 10 година, уколико би били подвргнути постоперативном зрачењу. Своје уверење да оптужени лекар заслужује кажњавање, јер конкретни пацијент не спада у оних 10% којима зрачење после операције не би помогло, земаљски суд је стекао на основу три околности. Прво, без обзира на његове патње изазване карциномом, пацијент се налазио у добром општем физичком и психичком стању, које би утицало на процес његовог брзог оздрављења. Друго, малигни тумор пацијента био је у раном стадијуму. Треће, да је оптужени наложио постоперативно зрачење, пацијент би био упућен у Универзитетску клинику у Мајнцу, где би имао оптимално медицинско старање.

Међутим, Савезни врховни суд стоји на становишту да је ово образложење пресуде земаљског суда правно погрешно. Тврдња да би пацијент, у случају исправног третмана од стране окривљеног преживео 2. април 1985. године, дала би се објаснити само на основу сигурних сазнања медицинске науке и праксе. Али, из мишљења медицинских вештака не проистиче да би такав сигуран закључак био у овом случају могућ. При том треба поћи од чињенице да су вештаци знали за све три околности које је навео земаљски суд и да су их узели у обзир.

Правни став Савезног врховног суда исказан је сентенцијом која гласи: „Лекару који, противно својој дужности, није наложио потребно лечење, смрт пацијента може се приписати само ако би његовим поступањем саобразно дужности пацијент преживео тренутак стварне смрти, са вероватноћом која се граничи са сигурношћу. Ако је преживљавање, према стању научних сазнања, само могуће или у већој мери вероватно, тада се преостала сумња не може отклонити промишљањем које та сазнања не узима у обзир“.

4.3. Трећи случај⁴⁶

Над девојком старом 15 година и органски потпуно здравом, тужени лекар хирург обавио је операцију слепог црева. Међутим, неколико дана после тога, у пацијенткиње су наступиле извесне стомачне тегобе праћене повишеном температуром. Пуних седам дана лекар је држао пацијенткињу у болници, а да ништа није предузео ради утврђивања њених постоперативних тегоба, иако су постојали јасни знаци који су указивали на запаљење трбушне марамице (*перитонитис*). Тек осмог дана, када се њено стање драматично погоршало, пацијенткиња је упућена у Универзитетску клинику. Ту су над њом извршене две операције због проширеног запаљења трбушне марамице, али је она после седам дана умрла.

Четири медицинска вештака једногласно су потврдила да понашање туженог лекара није било у складу са његовим професионалним дужностима, јер, упркос многих симптома тичичних за *перитонитис*, није обавио лабораторијско испитивање нити предузео остале мере ради постављања дијагнозе, па је пацијенткиња сувише касно упућена у универзитетску клинику. Али су вештаци, исто тако једногласно, дали *негативан* одговор на питање да ли би у случају благовремене операције у Универзитетској клиници живот пацијенткиње био спасен с вероватноћом која се граничи са сигурношћу. Међутим, поводом резултата овог доказивања кривично веће Земаљског суда поставило је питање да ли би, у случају благовремене накнадне операције, живот пацијенткиње био барем *продужен*? Двојица од тројице вештака хирурга означила су то као „врло вероватно“, док је трећи свако квантитативно мерење краткотрајног преживљавања сматрао залажењем у „подручје спекулације“. Али, лекар судске медицине, у улози вештака, заступао је гледиште да би пацијенткиња најмање један дан живела дуже да је била оперисана макар један дан раније.

Земаљски суд стао је на становиште да између лекарске грешке и смрти пацијенткиње постоји узрочна веза, па је оптуженог лекара осудио на годину дана затвора због убиства из нехата. Суд је прихватио мишљење лекара судске медицине да би пацијенткиња, у случају раније операције, живела дуже најмање један дан и да је њој живот скраћен за тај дан.

Савезни врховни суд Немачке потврдио је пресуду Земаљског суда, јер је био мишљења да за утврђивање узрочне везе није битно да ли би пацијенткиња због проширеног запаљења трбушне марамице и иначе можда умрла. Довољно је што је њена смрт наступила

⁴⁶ Одлука Савезног врховног суда Немачке од 18. 5. 1980, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 18/1981, 218 (наведено према К. Ulsenheimer, 217 218).

пре него што би се то десило да је окривљени лекар предузео на време потребне мере. Другим речима, Савезни врховни суд стао је на становиште да није важно да ли би окривљени својим прописним поступањем спасао живот пацијенткиње, него да ли би још живот продужио за неко битно време.⁴⁷

4.4. Четврти случај⁴⁸

4.4.1. Чињенично стање: Опијен алкохолом, пацијент је дошао кући и узео 18–19 таблета за спавање, у намери да изврши самоубиство. Тек трећег дана, његова је супруга приметила да се он не буди, али о томе није одмах обавестила кућног лекара, него сутрадан, кад је њен супруг још дубоко спавао. Кућни лекар је дошао и прегледао пацијента, дао му медикамент за подстицање крвотока и написао упут за болницу, јер је утврдио да се ради о тровању таблетама за спавање. Међутим, супруга пацијентова свесрдно је молила лекара да њеног мужа остави код куће. На њено инистирање, лекар је одустао од упућивања пацијента у болницу, али је наложио супрузи да га у случају погоршања пацијентовог стања допреми одмах у болницу. Сутрадан, лекар је опет посетио пацијента и том приликом је утврдио да је његово стање знатно погоршано, па га је одмах упутио у болницу. Ту су над пацијентом спроведене хитне терапијске мере, али је он наредног дана ипак умро услед тешког гнојног запаљења плућа, као последице тровања средствима за спавање.

Против кућног лекара покренут је кривични поступак, па га је Земаљски суд осудио због кривичног дела убиства из нехата. У пресуди тог суда стоји да је оптужени већ приликом своје прве посете пацијенту морао да га упутити у болницу, па би пацијент у том случају „живео дуже најмање неколико часова“. Против ове пресуде уложена је ревизија Врховном земаљском суду Баварске, али је он потврдио оспоравану пресуду. Исто тако, осуђена је правоснажно и супруга умрлог пацијента због неуказивања помоћи.

4.4.2. Из образложења одлуке Врховног суда Баварске: У образложењу своје одлуке овај суд каже да је осуђени као ординирајући лекар имао према своме бесвесном пацијенту положај гаранта, иако је он хтео да изврши самоубиство. Неспорно је исто тако да је неупућивање пацијента благовремено у болницу било узрок његове превремене смрти, као што је умесно утврдио Земаљски суд. Чак и радња самоубиства која је дошла у стадијум да успе, не ослобађа лекара од обавезе да поступи према правилима медицинске вештине. Јер и самоубица, све док је жив, налази се под заштитом закона. Пре-

⁴⁷ У раније наведеној одлуци истог суда речено је да је за продужење живота битно и време од два часа.

⁴⁸ Одлука Врховног земаљског суда Баварске, од 21.11.1972, *Juristenzeitung* 1/1973, 319–320, са критичком напоменом проф. Герда Геилена.

ма томе, убрзавање смрти човека уморног од живота пропуштањем потребне медицинске мере, остаје противправно. Кад је осуђени позван да дође пацијенту, пацијент је био без свести и неспособан да било шта учини. Од лекара је једино зависило да ли ће пацијент бити отпремљен у болницу, тако да је он „потпуно самостално створио услов за превремену смрт пацијента“. Стога се његово нехатно убиство нечињењем не може правно оспоравати.

5. ЗАКЉУЧАК

Одговорност због лекарске грешке у облику нечињења не утврђује се на основу ње саме, него на основу онога што представља њену супротност, тј. замишљеног исправног поступања лекара у конкретном случају. Настала смрт пацијента приписује се лекару који је погрешно само ако је он објективно и субјективно могао да је спречи. Пошто се објективна могућност спасавања пацијентовог живота не даде утврђивати неком сасвим поузданом методом, судија се мора задовољити великом вероватноћом. Појам велике вероватноће немачки судови су објаснили као „степен вероватноће који се граничи са сигурношћу“, и који искључује „сваку разумну сумњу“. Међутим, та мера није ни одређена ни лако одредљива, па су зато њени практични резултати спорни. Друкчије не може ни бити, јер се судија ослања на мишљење медицинских вештака, а медицина није математика.

Објективна могућност спасавања пацијентовог живота сврсисходном мером лекара значи исто што и продужење живота, док изазивање пацијентове смрти означава скраћивање живота. С тим у вези поставља се питање да ли та два супротна резултата треба временски одредити? Ако се сматра да треба, ваљало би рећи које је време правно битно, а које је небитно. Тако поступа Савезни врховни суд Немачке, али су вредна пажње и супротна мишљења извесних немачких правника. Није лако одлучити се за један од та два става, али је потребно о њима барем размишљати.

Наши правници и лекари требало би да посвете већу пажњу свим питањима која се тичу лекарске грешке у облику нечињења. Јер, и код нас се често дешава да пацијенти у здравственим установама напрасно умру, а њихова родбина сматра да је узрок томе неки пропуст лекара, тј. да би, на пример, хитна операција или нека друга медицинска мера могла, у конкретном случају, спасти живот пацијента. Из тих разлога већ се воде кривични поступци против више домаћих лекара, а од неких здравствених установа затражена је и надокнада штете. У таквим стварима нашим судијама може бити од помоћи искуство њихових немачких колега. Наиме, треба имати у виду чињеницу да о кривичној и грађанској одговорности због ле-

карских грешака у Немачкој одлучују искључиво судије које су се специјализовале за медицинско право. У нас такве специјализације судија још нема, али то не значи да она није ни потребна. Однос лекар-пацијент има пуно својих особености које условљавају и специфичне правне проблеме, за чије решавање опште образовање правника није довољно.

Dr. Jakov Radišić

Retired Full Professor

University of Kragujevac Faculty of Law

DOCTORS' LIABILITY FOR DEATH CAUSED BY NEGLIGENT OMISSION A VIEW INTO GERMAN LEGAL THEORY AND JURISPRUDENCE

Summary

Medical error may come about as an action or omission of a medical doctor, which is contrary to the medical standard of conduct, or duty of care. Irrespective of its form and shape, an error in itself does not necessarily lead to either civil or criminal liability. Liability may be established only if medical error resulted in death of a patient, or if it caused harm to patient's health. This type of causation may not be legally presumed. The proof of causal link between medical error and death or harm to health is hard, as it is based on medical assumption of probability. The proof of causal link here boils down to the evidence of hypothetical causation. It reflects relation between *the existent* and *the non-existent*, and has nothing to do with the notion of causation in science and logic, but with *the legal assessment*, which allows the failure to prevent harm to be considered a cause of such harm.

Medical doctor has duty to protect patient's life and health, by employing proper medical measures and procedures. He is guarantor of patient's life and well-being. If doctor fails to abide by these measures and procedures, the unwelcome outcome of such omission shall be imputed to him. However, the imputation of negative consequences is conditional upon the proof of hypothetical causation, *i.e.* the evidence that the omitted measures would have prevented harm. The author makes an enquiry into the way in which these issues are understood in German legal theory and jurisprudence.

Key words: *Medical error. – Homicide. – Causation. – Liability.*

Проф. др Дејан Поповић*

Проф. др Гордана Илић-Попов**

ЕКСТЕРНА ДИМЕНЗИЈА СЕКУНДАРНОГ ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ О ДИРЕКТНИМ ПОРЕЗИМА

Само слобода кретања капитала из СФЕУ има и екстерну димензију. Највећи део права ЕУ није садржан у примарним изворима (СЕУ и СФЕУ), него у секундарном законодавству Уније (уредбама, директивама, одлукама, препорукама и мишљењима). Попут одредби конститутивних споразума, и секундарно законодавство има директан ефекат. Анализи је подвргнут утицај директива из домена хармонизације директног опорезивања на односе са трећим државама. Проширење дејства директива на трећу земљу подразумева постојање посебног споразума између ЕУ и ње. Но, директиве подлежу имплементацији у државама чланицама ЕУ, па тако постају део њиховог законодавства. ЕСЈ сматра да национални судови треба да, узимајући у обзир и сврху националног закона и чињенице случаја, одлуче да ли је слобода кретања капитала непо средно примењива и да, уколико јесте, искључе различит третман садржан у закону. Оправдање за неједнак третман често се налази у разлици у интегрисаности која постоји између држава чланица ЕУ, са једне стране, и тих држава и треће земље, са друге стране. Анализирана су и законска решења која уређују ситуације у којима се, у контексту с елементом треће државе, појављује стал на пословна јединица.

Кључне речи: Слобода кретања капитала. Приступ „главног аспекта“. Директиве. Оправдање за неједнак третман. Споразум у вези са штедњом између ЕУ и Швајцарске.

* 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. ДИРЕКТНИ ЕФЕКАТ СЕКУНДАРНОГ ЗАКОНОДАВСТВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Споразум о Европској унији (у даљем тексту: *СЕУ*) и Споразум о функционисању Европске уније (у даљем тексту: *СФЕУ*) прокламују да су циљеви Уније усмерени ка добробити њених грађана¹ и установљавају и обезбеђују функционисање јединственог (унутрашњег) тржишта, као простора без интерних граница, базираног на слободном кретању добара, лица, услуга и капитала.² Од наведене четири слободе, једино се слобода кретања капитала и плаћања³ из чл. 63 СФЕУ односи и на држављане и правна лица трећих држава: та норма прописује да су забрањена сва ограничавања у кретањима капитала (став 1), односно у плаћањима (став 2) између држава чланица и између држава чланица и трећих земаља. Остале слободе тичу се искључиво кретања између држава чланица.

Највећи део права Европске уније (у даљем тексту: *ЕУ*) није садржан у примарним изворима – СЕУ и СФЕУ, него у секундарном законодавству Уније (уредбама, директивама, одлукама, препорукама и мишљењима). Када је у питању примарно право, Суд правде, често називан Европски суд правде (*European Court of Justice* – у даљем тексту: *ЕЦЈ*), још је 1963. године, у вероватно најзначајнијој одлуци коју је икада донео⁴ – оној у случају *Van Gend en Loos*⁵ – не само утврдио да „Заједница конституише нови правни поредак међународног права, због чега су државе ограничиле своја суверена права, иако у ограниченим доменима“, чиме је установио супрематију права које произлази из Конститутивног споразума и обавезу да се национална права држава чланица морају према њему усклађивати, него и констатовао постојање директног ефекта одредаба Споразума: држављани држава чланица могу се пред судовима непосредно позивати на те одредбе. Сам случај је, гледан из данашње перспективе готово полувековне примене директног ефекта, једноставан: холандска транспортна компанија *Van Gend en Loos* је била изложена увозној

¹ Вид. чл. 3 СЕУ.

² Вид. чл. 26, ст. 2 СФЕУ.

³ Слободно кретање плаћања не представља посебну слободу – оно је „бли заца“ 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* (eds. Michael Lang, Pasquale Pistone), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2007, 594–595.

⁴ Вид. Damian Chalmers, Gareth Davies, Giorgio Monti, *European Union Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2010, 14.

⁵ ECJ, Case C 26/62 (*Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*) [1963] ECR 1, пар. 3.

дажбини на хемикалије увезене из Немачке, па се пред холандским пореским судом позвала на чл. 12 тадашњег Римског споразума (сада је то чл. 30 СФЕУ), који забрањује царине и дажбине које имају исти ефекат на кретање добара између држава чланица. Холандски суд се обратио *ECJ* са питањем да ли се држављанин државе чланице може пред националним судом позивати на право које му непосредно даје Споразум, а *ECJ* је донео наведену, од тада слављену, одлуку.

Када се поставило питање директног ефекта секундарног законодавства ЕУ, најједноставније је било дати позитиван одговор у односу на уредбе (енг. *regulations*),⁶ одлуке⁷ и међународне уговоре које је ЕУ закључила са трећим државама.⁸ Позиција директива је сложенија, јер оне обавезују државе чланице у погледу исхода који треба постићи, али пружају дискреционо право националним властима у погледу начина како исход реализовати. Међутим, *ECJ* је још 1974. године у (непореском) случају *Van Duyn*⁹ стао на становиште да директива може имати директан ефекат. Иницијално слабу аргументацију¹⁰ Суд је временом појачавао, да би до краја те деценије изабрао *estoppel* принцип као оправдање за директни ефекат директиве у ситуацији када држава чланица није у прописаном року усвојила одговарајућу националну меру за остваривање исхода који је директивом наложен. *Estoppel* представља правило доказивања, преузето из *common law*-а, којим се неком лицу (укључујући државу чланицу) не допушта да се позива на свој пропуст да би некоме ускратило право које би му припадало да је изостала мера благовремено била донета. У овом погледу парадигматичан је случај *Becker*,¹¹ где се посредница у кредитним пословима пред немачким пореским судом позвала на одредбу тадашње VI директиве о ПДВ, која је од држава чланица захтевала да од ПДВ ослободе, између осталог, кредитне послове, укључујући посредовање, што је немачки законодавац пропустио да у прописаном року учини. *ECJ* је заузео

⁶ *ECJ*, Case C 93/71 (*Leonesio v. Italian Ministry of Agriculture*) [1972] ECR 293, пар. 5. Уосталом, формулација чл. 288, ст. 2 СФЕУ је недвосмислена: „Уредба има општу примену. Она је обавезујућа у својој целости и непосредно примењива у свим државама чланицама.“

⁷ Чл. 288, ст. 4 СФЕУ прописује: „Одлука је обавезујућа у својој целости. Одлука која спецификује оне на које се односи обавезујућа је само за њих.“

⁸ Да би неки међународни уговор, закључен од стране ЕУ, имао директан ефекат, потребно је да, имајући у виду формулације, природу и сврху уговора, његова одредба буде довољно прецизна и неусловљена. Вид. *ECJ*, Case C 104/81 (*Hauptzollamt Mainz v. Kupferberg*) [1982] ECR 3641, пар. 23.

⁹ *ECJ*, Case C 41/74 (*Van Duyn v. Home Office*) [1974] ECR 1337, пар. 12-15.

¹⁰ Упор. D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, 286-287.

¹¹ *ECJ*, Case C 8/81 (*Ursula Becker v. Finanzamt Münster Innenstadt*) [1982] ECR 69, пар. 22-24.

став који полази од дефиниције директиве из чл. 288, ст. 3 СФЕУ: „Директива је обавезујућа, у погледу исхода који треба постићи, за сваку државу чланицу ка којој је усмерена, али оставља националним властима да изаберу форму и методе.“ Кадгод је директива исправно примењена, њени се ефекти распростиру до грађана посредством имплементирајућих мера, усвојених од стране државе чланице о којој се ради. Међутим, уколико држава чланица не примени исправно директиву, односно уколико њене одредбе нису имплементирани у прописаном року, онда Суд констатује да би било некомпатибилно с обавезујућим учинком, који чл. 288, ст. 3 СФЕУ даје директивима, у начелу искључити могућност да се заинтересована лица ослоне на обавезе њима наметнуте. Држава чланица која није у прописаном року усвојила имплементирајуће мере које налаже директива не може да се, против грађана,¹² позива на сопствени пропуст да испуни обавезу коју намеће директива. Отуда, где год се одредбе директиве, у мери у којој се ради о предмету њеног уређивања, показују као безусловне и довољно прецизне, на њих се – у одсуству имплементирајућих мера усвојених у предвиђеном року – може позивати, уместо на национални пропис који је некомпатибилан са директивом, у мери у којој одредбе уређују права која грађани могу да истакну против државе.¹³

2. ДИРЕКТИВЕ У ОБЛАСТИ НЕПОСРЕДНИХ ПОРЕЗА

Основ за доношење директива у области директног опорезивања пронађен је у чл. 115 СФЕУ: „Савет ће, поступајући једногласно у складу са посебном законодавном процедуром, а пошто консултује Европски парламент и Економски и социјални комитет, донети директиве за приближавање оних закона, уредаба или управних одредаба држава чланица који непосредно утичу на установљавање или функционисање унутрашњег тржишта.“ У овом контексту, Савет је донео неколико директива:

¹² Обрнуто не важи: држава чланица ЕУ, која је пропустила да примени директиву, не може се позивати на ту неимплементирану директиву у поступку против грађана или предузећа, поготово не уколико директива налаже кажњавање одређеног понашања грађана или предузећа. Вид. ECJ, Case C 80/86 (*Kolpinghuis*) [1987] ECR 3969, пар. 9 и 10.

¹³ О томе да директива, сама по себи, без имплементације, не може намећати обавезе грађанима, као и о могућности да ипак, под одређеним околностима, има хоризонтални учинак (тј. да се на њу може позивати у поступку једне стране против друге), упор. D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, 288 и даље; Ben J. M. Terra, Peter J. Wattel, *European Tax Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2008, 86-88.

- Директиву о заједничком систему опорезивања примењивом у случају матичних компанија и филијала¹⁴ у различитим државама чланицама¹⁵ (скраћено: енг. *Parent–Subsidiary Directive*);
- Директиву о заједничком систему опорезивања камата и ауторских накнада плаћених између повезаних компанија¹⁶ (скраћено: енг. *Interest–Royalties Directive*);
- Директиву о опорезивању прихода од штедње у облику плаћања камата¹⁷ (скраћено: енг. *Savings Directive*);
- Директиву о заједничком систему опорезивања примењивом на спајања, поделе, трансфере огранака и размене акција који се односе на компаније у различитим државама чланицама¹⁸ (скраћено: енг. *Fiscal Merger Directive*);
- Директиву о административној сарадњи у области опорезивања,¹⁹ која је, за разлику од претходних, процедуралног, а не материјалноправног карактера.

¹⁴ У овом чланку се термин „филијала“ користи у складу с одредбом чл. 52, ст. 6 Закона о порезу на добит правних лица, *Службени гласник РС*, бр. 25/01, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10 и 101/11: у питању је правно лице у чијем капиталу матично правно лице (матична компанија) учествује под прописаним условима.

¹⁵ Council Directive 90/435/EEC on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, *OJ L* 225, 20.8.1990, as amended by Council Directive 2003/123/EC, *OJ L* 007, 13.1.2004, and Council Directive 2006/98/EC, *OJ L* 363, 20.12.2006. Пред крај 2011. године донета је преуређена (енг. *recast*) Council Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, *OJ L* 345, 30.11.2011; ради се о пречишћеном тексту директиве из 1990. године и њених каснијих измена и допуна, у који су унете и одређене интервенције у складу са ставовима *ECJ*.

¹⁶ Council Directive 2003/49/EC on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States, *OJ L* 157, 26.6.2003, as amended by Council Directive 2004/66/EC, *OJ L* 168, 1.5.2004, Council Directive 2004/76/EC, *OJ L* 195, 2.6.2004, and Council Directive 2006/98/EC, *OJ L* 363, 20.12.2006.

¹⁷ Council Directive 2003/48/EC on taxation of savings income in the form of interest payments, *OJ L* 157, 26.6.2003, as amended by Council Directive 2004/66/EC, *OJ L* 168, 1.5.2004, and Council Directive 2006/98/EC, *OJ L* 363, 20.12.2006.

¹⁸ Council Directive 90/434/EEC on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States, *OJ L* 225, 20.8.1990, as amended by Council Directive 2005/19/EC, *OJ L* 58, 4.3.2005.

¹⁹ Council Directive 2011/16/EU on administrative cooperation in the field of taxation and repealing Directive 77/799/EEC, *OJ L* 64, 15.2.2011. Овом директивом замењена је и стављена ван снаге давно донета Council Directive 77/799/EEC concerning mutual assistance by the competent authorities of the Member States in the field

Parent–Subsidiary директива има за циљ да уклони пореске препреке код исплата дивиденди које филијала – резидент једне државе чланице врши матичној компанији – резиденту друге државе чланице, препреке које ствара: (1) постојање пореза по одбитку на излазне дивиденде у држави у којој се налази филијала, као и (2) економско двоструко опорезивање типа III²⁰ добити из које су дивиденде исплаћене, ако се у држави у којој се налази матична компанија улазне дивиденде укључе у њену опорезиву добит. Да би се остварио овај циљ, Директива прописује укидање пореза по одбитку на дивиденде које се исплаћују из једне државе чланице у другу и налаже држави резидентства матичне компаније да улазне дивиденде или изузме од опорезивања порезом на добит корпорација [чл. 4, ст. 1, тач. (а)] или да, уколико их укључи у опорезиву добит, допусти примену индиректног пореског кредита²¹ [чл. 4, ст. 1, тач. (б)]. За добијање статуса „матична компанија – филијала“ иницијално се (1990. године) захтевало учешће у капиталу од најмање 25%, да би се праг током прве деценије XXI века снижавао на 20%, 15% и, коначно (2009. године), на 10%.

Interest–Royalties директива усвојена је са циљем да се уклони препрека коју представљају порези по одбитку на камате и ауторске накнаде које компанија – резидент једне државе чланице (или њен огранак) исплаћује стварном власнику²² (енг. *beneficial owner*), који је повезана компанија – резидент (или њен огранак) друге државе чланице. Повезаност постоји уколико исплатилац има непосредно најмање 25% капитала или права гласа у примаоцу, односно уколико прималац има непосредно најмање 25% капитала или права гласа у исплатиоцу.

Savings директива има за крајњи циљ да се, кроз размену информација, обезбеди да камате по основу штедње, чији је исплатилац (енг. *paying agent*) резидент једне државе чланице, буду ефективно опорезоване у другој држави чланици – оној чији је резидент физичко лице које прима камату као њен стварни власник. Исплатилац камате је дужан да пореским властима државе свога резидентства достави податке о идентитету, боравишту и бројевима рачуна примаоца камате, координатама исплатиоца и исплаћеном износу, а оне су у обавези да те информације проследе пореским властима државе чији је резидент прималац камате. Трима државама – Аустрији, Белгији и

of direct taxation and taxation of insurance premiums, *OJ L 336*, 27.12.1977, која је представљала прву директиву у домену непосредног опорезивања.

²⁰ Вид. Дејан Поповић, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011⁷, 215.

²¹ *Ibid.*, 232.

²² Стварно власништво постоји уколико компанија прима камате, односно ауторске накнаде у своју корист, а не као посредник за рачун другог лица.

Луксембургу – одобрено је да у прелазном периоду (чије је трајање практично неодређено) уместо размене информација наплаћују (на извору) порез по одбитку на камату, чије ће приходе делити са државом штедишиног резидентства.²³

Fiscal Merger директива донета је да би се уклонили порески проблеми који настају код спајања две компаније или више компанија из различитих држава чланица, код поделе компанија (укључујући издвајање) на одвојене компаније у различитим државама чланицама, код преноса огранка компаније из једне државе чланице на компанију из друге државе чланице, код размене акција у случају прекограничног преузимања (енг. *takeover*) и код преноса регистрованог седишта „европске компаније“ (*Societas Europea*), односно „европског задружног друштва“ из једне државе чланице у другу. Пореске препреке које ова директива треба да одстрани представљају: (а) опорезивање капиталних добитака реализованих у наведеним статусним променама и другим операцијама, а да није примљен готов новац (нпр., компанија – резидент Аустрије, која пренесе свој огранак на компанију – резидента Италије у замену за акције у италијанској компанији, морала би, у начелу, да плати порез на разлику између тржишне и књиговодствене вредности огранка, при чему није остварен готовински приход, већ је само дошло до размене средстава /огранка/ за акције²⁴); (б) обавеза укључивања у пореску основицу скривених резерви²⁵ по извршеном преносу; као и (в) немогућност преношења неискоришћених пореских губитака из претходних година на компанију – стицаоца. Да би се постигли жељени циљеви, *Fiscal Merger* директива предвиђа да се обавеза по основу оваквих капиталних добитака под одређеним условима²⁶ одлаже, да се неопорезиве резерве не смеју развргнути и опорезовати, него се имају пренети на компанију – стицаоца, те да се неискоришћени губици огранка такође преносе.

²³ Белгија је, почев од 1. јануара 2010. године, напустила прелазни режим.

²⁴ Слични проблеми настају и за акционара укљученог у статусну промену или размену акција: уколико размењује акције у аустријској компанији за новоформиране акције у италијанској компанији, са којом се аустријска компанија спаја или која купује акције у аустријској компанији, тај акционар ће остварити капитални добитак код отуђења акција у аустријској компанији, при чему је, уместо готовине, добио акције у италијанској компанији („папир за папир“).

²⁵ Скривене резерве су резерве које нису приказане у билансу стања, него се жељени ефекат издвајања постиже прецењивањем обавеза, односно потцењивањем активе.

²⁶ Пошто се вредност акција у компанији преносиоцу ретко када може поклопити са вредношћу акција у компанији стицаоцу, чл. 2 *Fiscal Merger* директиве дозвољава да се (ранијим) акционарима компаније преносиоца може придеислатити и новчана накнада, чији износ не сме да пређе 10% номиналне вредности акција у компанији стицаоцу које су им дате (што не важи у случају преноса огранка). Ова готовинска накнада подлеже опорезивању без одлагања.

3. ДА ЛИ СЕ ПОЉЕ ПРИМЕНЕ ДИРЕКТИВЕ МОЖЕ ПРЕНЕТИ НА СИТУАЦИЈЕ С ЕЛЕМЕНТОМ ТРЕЋЕ ДРЖАВЕ?

Пошто су директиве, као и остали инструменти секундарног права ЕУ, настале да би се остварили циљеви који се нису могли постићи кроз примарно право, у њиховом тумачењу и примени не би требало да настају нове препреке остваривању основних слобода. Но, из тога не произлази закључак да би се поље примене директива могло ширити на ситуације с елементом треће државе, да би се тако избегао конфликт с одредбом чл. 63 СФЕУ. Наиме, отклањање препреке за функционисање унутрашњег тржишта у некој конкретној ситуацији (због чега је одређена директива донета) аутоматски подразумева постојање лошије позиције за оне који не потпадају под заједнички режим.²⁷ Уосталом, како примењује Теноре (*Tenore*), чл. 64, ст. 3 СФЕУ допушта да Савет може, поступајући једногласно у складу са посебном законодавном процедуром, а пошто консултује Европски парламент, донети мере које ограничавају либерализацију кретања капитала у треће државе и из њих – отуда се непримењивост директиве на ситуације у које је инволвирана трећа држава може сматрати као мера из чл. 64, ст. 3 СФЕУ.²⁸ Пистоне (*Pistone*) указује да однос секундарног права ЕУ са трећим државама „не треба смештати у оквир категорије међусобне ирелевантности, него непомирљиве коегзистенције“, што подразумева постојање посебног споразума између ЕУ и треће земље да би се дејство тога права на њу проширило.²⁹ У пракси за сада постоји један такав споразум у домену непосредног опорезивања – Споразум о установљавању мера еквивалентних онима дефинисаним у Директиви Савета 2003/48/ЕС у области опорезивања прихода од штедње у облику плаћања камата између Европске заједнице и Швајцарске Конфедерације³⁰ (у даљем тексту: *Споразум у вези са штедњом*). Он, са једне стране (да би се спречило бекство капитала из ЕУ), обавезује Швајцарску да од 1. јула 2005. године унилатерално примењује мере еквивалентне онима прописаним у *Savings* директиви (наплата пореза по одбитку на камату или достављање информација, уз сагласност штедише),

²⁷ Pasquale Pistone, „General Report“, *The EU and Third Countries: Direct Taxation*, 49.

²⁸ Вид. Mario Tenore, „National Report Italy“, *The EU and Third Countries: Direct Taxation*, 341.

²⁹ Вид. Pasquale Pistone, „Five Years of EURYI Research on the Impact of European Law on Relations with Third Countries in the Field of Direct Taxes: Selected Remarks for a General Report“, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters* (eds. Sabine Heidenbauer, Birgit Stürzlinger), Linde Verlag, Vienna 2010, 54.

³⁰ Agreement between the European Community and the Swiss Confederation providing for measures equivalent to those laid down in Council Directive 2003/48/EC on taxation of savings income in the form of interest payments, *OJ L* 385, 29.12.2004.

док, са друге стране (да би Споразум био уравнотежен), у чл. 15, ст. 1 и 2 предвиђа билатералне мере којима ће се једна од погодности из *Parent–Subsidiary* директиве (у верзији која је била на снази 1. јануара 2005. године) – а то је отклањање пореске препреке у виду пореза по одбитку на излазне дивиденде у држави у којој се налази филијала, као и погодности из *Interest–Royalties* директиве, пренети на Швајцарску. Споразум у вези са штедњом припада корпусу међународноправних уговора и подлеже тумачењу у складу са правилима Бечке конвенције о уговорном праву из 1969. године.³¹ Међутим, Пистоне³² с правом указује да се не сме пренебрегнути значајан степен утицаја који директиве ЕУ имају на тумачење и примену Споразума у вези са штедњом, посебно тамо где се употребљавају термини дефинисани у *Savings* директиви или у пракси *ECJ* (нпр., *paying agent*, *interest*, *beneficial owner* и др.). Истина, у Споразуму се налазе и елементи који се наслањају на одговарајуће одредбе Модел-конвенције *OECD*³³ (нпр., појам дивиденде³⁴), које су различите од формулација из директива или их директиве не садрже. Тешкоће приликом интерпретације ствара и уговорено решење да се тумачење Споразума у вези са штедњом препушта швајцарским судовима и *ECJ*,³⁵ а не неком заједничком телу, као што је, рецимо, случај код Споразума о стабилизацији и придруживању између Европске заједнице и њених држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране (у даљем тексту: *CCP*),³⁶ којим се решавање спорова о примени и тумачењу поверава Савету за стабилизацију и придруживање.³⁷

Уколико се апстрахује уговорно проширење домета секундарног законодавства, поставља се питање да ли ће држављанин треће земље уживати национални третман (у погледу слободе кретања капитала и плаћања) ако се нађе у ситуацији која је слична ситуацији која пада у поље примене директиве. Будући да директиве подлежу имплементацији у државама чланицама ЕУ, оне постају и национално право, те се поменуто питање отвара на терену домаће мере

³¹ Упор. Дејан Поповић, Светислав В. Костић, *Уговори Србије о избегавању двоструког опорезивања. Правни оквир и тумачење*, ЦЕКОС ИН, Београд 2009, 29 и даље.

³² P. Pistone (2007), 44.

³³ *Model Tax Convention on Income and on Capital*, *OECD*, Paris 2008.

³⁴ Упор. Robert Danon, Alexandra Storckmeijer, „National Report Switzerland“, *The EU and Third Countries: Direct Taxation*, 961 и даље.

³⁵ Ставови *ECJ* поводом Споразума у вези са штедњом обавезују само државу чланицу ЕУ, а не и Швајцарску, а ставови швајцарских судова само Швајцарску, а не и државу чланицу ЕУ.

³⁶ Закон о потврђивању ССП, *Службени гласник РС*, бр. 83/08.

³⁷ Вид. чл. 119 ССП.

којом се директива примењује. „Сваки суд у држави чланици мора, у оквиру своје надлежности, примењивати право Заједнице у његовој целокупности и штитити права која оно даје физичким лицима и, у складу са тиме, мора оставити по страни сваку одредбу националног права (укључујући прописе којима се имплементира директива – Д.П. и Г.И.-П.) која је супротна европском праву, без обзира на то да ли је донета пре или после прописа Заједнице.“³⁸ Имајући у виду примат примарног права ЕУ над секундарним,³⁹ може се тврдити да директиве (и националне мере којима се оне имплементирају) не смеју стварати нове препреке за остваривање основних слобода: ту се показује значај ових слобода за тумачење секундарног законодавства ЕУ (и) у ситуацијама с елементом треће државе.

Постојеће (рецимо, преовлађујуће) тумачење односа између слободе пословног настањивања и слободе кретања капитала од стране *ECJ*, које се заснива на приступу „главног аспекта“, по којем се национални пропис разматра само у контексту једне слободе – оне за коју Суд процени да је „главна“ (слобода пословног настањивања), док се друга (слобода кретања капитала) проглашава „секундарном“ и подводи под прву,⁴⁰ могло би се разумети тако да проблем своди на портфолио инвестиције.⁴¹ То би некога могло да *prima facie* наведе на закључак да се из анализе искључује *Parent–Subsidiary* директива, не само због назива (јер *subsidiary* означава зависно привредно друштво), него и због тога што је услов у погледу висине учешћа матичне компаније у филијали иницијално (од 1990. до 2005. године) износио 25%. Поновимо, међутим, да је каснијим изменама Директиве услов снижен на 10%, чиме се, чак и када би теза да директне инвестиције потпадају под слободу пословног настањивања стајала на „чврстим темељима“, отвара простор за посматрање из угла уживања ових погодности од стране лица из треће државе (са којом држава чланица ЕУ има закључен уговор о избегавању двоструког опорезивања у који је унета клаузула о третману најповлашћеније нације). У случају када је уговором о избегавању двоструког опорезивања предвиђен третман најповлашћеније нације, лице из треће државе на које се тај уговор примењује би могло основано да захтева да се на њега примењују оне одредбе које су повољније (у овом случају

³⁸ ECJ, Case C 106/77 (*Simmenthal*) [1978] ECR 629, пар. 21.

³⁹ Чл. 267, ст. 1, тач. б СФЕУ прописује да је *ECJ* надлежан да даје прелиминарне ставове (енг. *preliminary rulings*) о валидности и тумачењу аката које доносе институције Уније значи и о усклађености директива са одредбама конститутивних споразума.

⁴⁰ Вид. Дејан Поповић, Гордана Илић Попов, „Право Европске уније о директним порезима и треће државе: екстерна димензија слободе кретања капитала и улога резидентства“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2011, 13–14.

⁴¹ P. Pistone (2007), 49.

одредбе којима су правила садржана у секундарном европском законодавству преточена у национално законодавство државе чланице). С друге стране, уколико доведемо у питање искључиво подвођење директних инвестиција под слободу пословног настањивања,⁴² тада би лице из треће државе могло настојати да затражи заштиту путем чл. 63 СФЕУ, позивајући се на третман пружен резидентима државе чланице ЕУ кроз примењену директиву.

4. УЛОГА НАЦИОНАЛНИХ СУДОВА ДРЖАВА ЧЛАНИЦА ЕУ

Пошто смо подвргли анализи нормативни оквир, погледајмо улогу која, у складу с инструкцијама *ECJ*, припада националним судовима држава чланица у тумачењу екстерне димензије секундарног права ЕУ.

Резоновање *ECJ* у случајевима *KBC Bank* и *Beleggen*⁴³ упућује на барем два важна закључка. Прво, пошто је белгијски закон којим је примењена *Parent–Subsidiary* директива предвидео да се дивиденде које исплаћује филијала у другој држави чланици укључују у пореску основицу белгијске матичне компаније, да би затим од основице могло да се одбије 95% примљеног износа, али само под условом да матична компанија у датом пореском периоду има позитивну добит по извршеном одбијању, Суд је констатовао да ће, уколико матична компанија има недовољан профит у пореском периоду у којем су дивиденде примљене, она у наредном пореском периоду бити опорезована у односу на дивиденде које јој је исплатила филијала, због чега долази до економског двоструког опорезивања типа III. *ECJ* је, такође, утврдио да је овакво решење у супротности с одредбом чл. 4, ст. 1, тач. (а) Директиве (метода изузимања), за коју се белгијски законодавац определио, јер како национални закон у начелу дозвољава преношење пословних губитака у наредне пореске периоде, оно доводи до тога да се губици тога пореског периода морају пребити са примљеним дивидендама и, до износа примљених дивиденди, не могу пренети унапред. Други закључак – посебно значајан са становишта теме о којој се у овом чланку расправља – тиче се околности да је белгијски национални закон уредио порески третман међукомпанијских дивиденди не само када су матична компанија и филијала из различитих држава чланица (што представља опсег примене *Parent–Subsidiary* директиве), него и у ситуацијама када

⁴² На шта би, можда, могла упућивати одлука *ECJ* у случају *Holböck*. Вид. фн. 58.

⁴³ *ECJ*, Joined Cases C 439/07 (*KBC Bank*) and C 499/07 (*Beleggen*) [2009] ECR I 4409, пар. 44, 67 и 68.

су обе компаније из исте државе чланице (тј. Белгије), као и када је филијала из треће државе, а матична компанија из дате државе чланице. Када се, путем националног законодавства у држави чланици, дивиденде из компаније основане у држави која није чланица третирају неповољније од дивиденди из компаније која има седиште у тој држави чланици, на националном је суду да, узимајући у обзир и сврху националног прописа и чињенице случаја који има пред собом, одлучи да ли је чл. 63 СФЕУ⁴⁴ примењив и да ли да, уколико јесте, искључи тај различит третман.

Пракса неких националних судова, попут немачког Савезног финансијског суда, показује спремност да се примена слободе кретања капитала у ситуацијама с елементом треће државе одлучно постави на шире основе. У случају *BFH I R 95/05*, Суд се суочио са питањем да ли је у складу са правом да за домаће дивиденде постоји одбитак фиктивних трошкова холдинга, а да, уколико су дивиденде из треће државе, тај одбитак буде ускраћен. *Bundesfinanzhof* се прво позвао на одлуку *ECJ* у случају *Bosal*⁴⁵ да слобода пословног настањивања не допушта овакав неједнак третман (радило се о сличној чињеничној ситуацији, али интракомунитарног карактера), а затим, иако је учешће у филијали – резиденту треће државе (Јужноафричке Републике) било веће од 50%, одлучио да се позове на слободу кретања капитала (јер, због елемента треће државе, није могао да се ослони на слободу пословног настањивања). Оваквим тумачењем је немачки Савезни финансијски суд показао да веза коју треба направити између циља националног законодавства и чињеничног стања не потискује по аутоматизму другу слободу, него да се простор који она штити може поново отворити.⁴⁶ При томе је овај суд закључио да формулација чл. 63 СФЕУ не прави разлику између кретања капитала на унутрашњем тржишту и кретања капитала између државе чланице ЕУ и треће земље. Штавише, истакао је да не постоји било каква сумња у исправност оваквог тумачења слободе кретања капитала, те да због тога нема потребе да се обраћа *ECJ* ради добијања прелиминарног става.⁴⁷

⁴⁴ По раније важећој нумерацији, то је био чл. 56 Споразума о Европској заједници.

⁴⁵ *ECJ*, Case C 168/01 (*Bosal*) [2003] ECR I 9409, пар. 27.

⁴⁶ Вид. Suat Göydeniz, „Impact of Secondary EU Law on Third country Relationships“, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters*, 249.

⁴⁷ Ralph Obser, „German Court Applies Free Movement of Capital to Third Countries without Restriction“, *Tax Notes International*, 14 November 2006, 672.

5. ОПРАВДАЊА ЗА НЕЈЕДНАК ТРЕТМАН

Заједнички циљ *Parent–Subsidiary* и *Interest–Royalties* директиве јесте елиминација пореза по одбитку на дивиденде, односно на камате и ауторске накнаде, које компанија једне државе чланице (или њен огранак) исплаћује квалификованој компанији друге државе чланице. Подврћи ћемо анализи неколико ситуација с елементом треће државе, и то из визуре *ECJ*, да бисмо проверили да ли постоји различит третман у поређењу с интракомунитарним ситуацијама, на које се *Parent–Subsidiary* и *Interest–Royalties* директиве примењују.

Улазне инвестиције (у дату државу чланицу ЕУ) подразумевају излазне дивиденде. Интракомунитарне исплате дивиденди не смеју бити изложене већем пореском терету него исплате домаћим примаоцима. У релативно недавном случају *Commission v. Italy* (објављеном 2009. године) *ECJ* је констатовао да се Италија, чији порески закон подвргава дивиденде које се исплаћују резидентима других држава чланица ЕУ по вишој стопи од оне која се примењује на исплате домаћим примаоцима, не може позивати на порески уговор, јер он не гарантује да ће бити пружен пун кредит за порез по одбитку.⁴⁸ Оваква разлика у третману представља, у начелу, повреду слободе кретања капитала, а Суд није пронашао да постоји било које од оправдања за ограничавање ове слободе из чл. 65 СФЕУ.⁴⁹ Међутим, *ECJ* се у истом предмету суочио са питањем да ли овде постоји и повреда слободе кретања капитала из чл. 40 Споразума о Европском економском простору, који, поред ЕУ и њених 27 држава чланица, обавезује и три државе чланице *EFTA* – Норвешку, Исланд и Лихтенштајн. Суд је утврдио да, у овом контексту, постоји оправдање за ограничавање слободе кретања капитала – у питању је јавни интерес који се тиче борбе против пореске евазије. Наиме, Директива 77/799/ЕЕС о сарадњи

⁴⁸ Ако примљене дивиденде нису, или нису довољно, опорезоване у другој држави чланице, износ наплаћен по одбитку у Италији, или неки његов део, неће се моћи истаћи као порески кредит, па разлика у третману која произлази из примене националних прописа не може бити компензована по основу одредаба пореског уговора. А да ли ће, и у којој мери, приход од дивиденди исплаћених из Италије бити опорезован зависи искључиво од друге државе чланице ЕУ. Вид. *ECJ*, Case C 540/07 (*Commission v. Italy*) [2009] ECR I 10983, пар. 38 и 39.

⁴⁹ 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 инвестирани; (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.

⁵⁰ *ECJ*, Case C 540/07 (*Commission v. Italy*) [2009] ECR I 10983, пар. 45-64.

између пореских органа држава чланица ЕУ⁵¹ не односи се на треће државе, па ни на ове чланице *EFTA*, а ни у одговарајућим уговорима о избегавању двоструког опорезивања између Италије и ових држава не постоје (у случају Лихтенштајна – уопште, а у случају Норвешке и Исланда – с адекватним садржајем) одредбе о размени информација. *ECJ* је италијански пропис оценио као примерен за остваривање циља (борба против евазије у исплатама дивиденди резидентима Норвешке, Исланда и Лихтенштајна), при чему је утврдио да та мера није диспропорционална.⁵² Пропорционалност значи да мера мора бити одговарајућа да би се обезбедило остваривање циља који се жели постићи и да не сме да иде преко онога што је неопходно да би се циљ остварио.

Излазне инвестиције (из дате државе чланице ЕУ) подразумевају улазне дивиденде. Држава чланица не сме да интракومنитарне дивиденде које прима члан привредног друштва (акционар) изложи већем пореском терету од дивиденди које прима из домаћег извора. *ECJ* је у случају *Verkooijen* прогласио да се ради о ограничавању слободног кретања капитала када су у Холандији домаће улазне дивиденде изузете од опорезивања, а улазне дивиденде из друге државе чланице ЕУ нису: оваква мера одвраћа резиденте Холандије од улагања у иностране компаније, а отежава страним компанијама да у Холандији налазе капитал.⁵³ Тек од одлуке у случају *Verkooijen* – прве одлуке с изричитим ставом да је нека мера из области директних пореза инкомпатибилна са слободом кретања капитала,⁵⁴ а објављене 2000. године, сасвим је јасно да опорезивање прихода од дивиденди потпада под слободу кретања капитала из чл. 63 СФЕУ. Прва одлука која се тичала директног опорезивања и слободе пословног настањивања (*Avoir fiscal*) датира још у 1986. годину.⁵⁵

Уколико су у питању дивиденде пореклом из трећих држава, остају дилеме изазване склоношћу *ECJ* да у таквим ситуацијама, примењујући приступ „главног аспекта“, проглашава да се *код директних инвестиција* примарно ради о слободи пословног настањивања, те да занемарује ограничавање инволвиране слободе кретања капитала као „неизбежну последицу ограничавања слободе пословног

⁵¹ Поновимо да је ова директива, донета још 1977. године, почев од 15. фебруара 2011. године замењена Директивом о административној сарадњи у области опорезивања.

⁵² *ECJ*, Case C 540/07 (*Commission v. Italy*) [2009] ECR I 10983, пар. 68–72.

⁵³ *ECJ*, Case C 35/98 (*Verkooijen*) [2000] ECR I 4071, пар. 34 и 35.

⁵⁴ 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, 630.

⁵⁵ *ECJ*, Case C 270/83 *Commission v. France* [1986] ECR 273.

настањивања“.⁵⁶ Ово даље значи да се ефективно ускраћује заштита за случај нарушавања (и) слободе кретања капитала – слободе која је за држављане и правна лица трећих држава једина релевантна, пошто остале слободе, поновимо, делују искључиво у односима између држава чланица ЕУ.⁵⁷ Неизвесно је у којој ће мери одлука у случају *Holböck*⁵⁸ шире отворити простор за примену и слободе кретања капитала, чиме би заштита од ограничавајућих мера примењених на дивиденде које долазе из трећих држава постала нешто извеснијом. Наиме, том приликом, где нису преовлађивали ни елементи ефективне контроле (карактеристични за директне инвестиције), ни портфолио инвестиција (за које, пак, није спорно да потпадају под слободу кретања капитала⁵⁹), *ECJ* је могао оцењивати националну меру било кроз призму слободе пословног настањивања, било кроз призму слободе кретања капитала. Случај *Holböck* односи се 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 извор⁶⁰ 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, поновимо, мера састоји у ускраћивању ниже стопе дивидендама чији је извор у трећој држави *независно* од тога да ли потичу од директних или портфолио инвестиција.⁶¹

Напоменимо да је *ECJ* код улазних дивиденди резонувао на начин примењен у случају *Commission v. Italy*, који се односи на излазне дивиденде: одсуство ефеката Директиве 77/799/ЕЕС о сарадњи између пореских органа држава чланица ЕУ и рачуноводствене хармонизације која постоји унутар ЕУ представља разлог који допушта држави чланици (Шведској) да примени меру по којој право

⁵⁶ *ECJ*, Case C 524/04 (*Test Claimants in the the Thin Cap Group Litigation*) [2007] ECR I 2107, пар. 101.

⁵⁷ Вид. Д. Поповић, Г. Илић Попов, 10.

⁵⁸ *ECJ*, Case C 157/05 (*Winfred Holböck v. Finanzamt Salzburg Land*) [2007] ECR I 4051, пар. 30.

⁵⁹ *ECJ*, Case C 251/98 (*Baars*) [2000] ECR I 2787, пар. 22.

⁶⁰ Упор. Дејан Поповић, Гордана Илић Попов, „Утврђивање извора у пореском праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008, 114-116.

⁶¹ 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 Европској заједници (који одговара чл. 64, ст. 1 СФЕУ), јер је била на снази на дан 31. децембра 1993. године.

на изузимање од пореза дивиденди расподељиваних у виду акција у филијали припада резидентима Шведске само уколико је расподелу вршила компанија – резидент Шведске, резидент друге државе чланице ЕУ или државе из Европског економског простора, али не и уколико је расподелу вршила компанија – резидент треће државе (изван Европског економског простора), осим уколико је та држава закључила са Шведском споразум који обезбеђује размену информација у пореским стварима.⁶²

6. СТАЛНА ПОСЛОВНА ЈЕДИНИЦА (У КОНТЕКСТУ С ЕЛЕМЕНТОМ ТРЕЋЕ ДРЖАВЕ) У НАЦИОНАЛНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ КОЈИМ СЕ ИМПЛЕМЕНТИРАЈУ ДИРЕКТИВЕ

Погледајмо, на крају, порескоправне аспекте неколико ситуација у вези с инвестицијама (тачније, приходима од дивиденди, камата и ауторских накнада), у које су инволвиране сталне пословне јединице, када би се држављани, односно резиденти ЕУ могли наћи изван опсега *Parent–Subsidiary* и *Interest–Royalties*⁶³ директиве због постојања екстерне димензије.

(1) *Матична компанија – резидент треће државе, а има сталну пословну јединицу у држави чланици ЕУ, остварује приходе (ефективно повезане са том јединицом) из филијале која је резидент друге државе чланице ЕУ.* Код излазних дивиденди, пример из, рецимо, француског права којим се примењује *Parent–Subsidiary* директива показује да се не предвиђа изузимање од пореза по одбитку када резидентна филијала врши исплату дивиденди сталној пословној јединици у другој држави чланици ЕУ, чија је централа резидент треће земље.⁶⁴ Овакав порескоправни режим се, *mutatis mutandis*, примењује и на камате и ауторске накнаде. Начелно би се могло аргументовати да се овде ради о нарушавању слободе кретања капитала из чл. 63 СФЕУ, јер се, на овај начин, дивиденде када их филијала – резидент једне државе чланице исплаћује огранку лоцираном у другој држави чланици опорезују, а када их исплаћује компанији – резиденту друге државе чланице не подлежу порезу по одбитку. Но, с обзиром на склоност *ECJ* да се, по основу „главног

⁶² ECJ, Case C 101/05 (*Skatteverket v. A*) [2007] ECR I 11531, пар. 54–67.

⁶³ Изразе „матична компанија“ и „филијала“ у контексту *Interest Royalties* директиве треба прихватити условно, јер се у тој директиви користи концепт „повезаних компанија“. Вид. горе, одељак 2 овог чланка.

⁶⁴ Уколико постоји ослобођење од пореза по одбитку у пореском уговору, онда се, по основу уговора, француски порез по одбитку на дивиденде неће обрачунавати.

аспекта“, позива на слободу пословног настањивања при оцењивању усклађености пореза по одбитку са правом ЕУ,⁶⁵ инвеститор из треће државе би у оваквој ситуацији остао изложен неједнаком третману.⁶⁶ Код улазних дивиденди, пример из, рецимо опет, француског права којим се примењује *Parent–Subsidiary* директива показује да се на дивиденде примљене на нивоу сталне пословне јединице примењује *parent–subsidiary* режим, без обзира на то да ли је централа резидент друге државе чланице ЕУ или треће државе.⁶⁷ Када су у питању приходи од камата и ауторских накнада, они се укључују у опорезиву добит сталне пословне јединице лоциране у Француској (уколико је она стварни власник ових прихода, при чему испуњеност услова за привилегију по основу *Interest–Royalties* директиве утврђује држава резидентства исплатиоца), а други део предузећа којем припада огранак не може се сматрати стварним власником прихода од стране пореских власти исплатиоачеве државе резидентства.

(2) *Матична компанија – резидент државе чланице ЕУ, а има сталну пословну јединицу у трећој држави, остварује приходе (ефективно повезане са том јединицом) из филијале која је резидент друге државе чланице.* У оваквој ситуацији, код излазних дивиденди неће се применити изузимање од пореза по одбитку, јер стална пословна јединица није лоцирана у држави чланици. Код улазних дивиденди, пошто се у Француској примењује територијални принцип, добит сталне пословне јединице изузима се од опорезивања.

(3) *Матична компанија – резидент државе чланице ЕУ остварује приходе из филијале која је резидент треће државе, а која има сталну пословну јединицу у другој држави чланици ЕУ.* Код излазних дивиденди, у француском праву се примењује порез на добит огранка (енг. *branch tax*), који третира добит сталне пословне јединице као да је расподељена нерезидентним акционарима компаније која представља централу те јединице. Стопа тога пореза је 25%, уколико није снижена путем пореског уговора. Ту се пола-

⁶⁵ ECJ, Case C 170/05 (*Denkavit International*) [2006] ECR I 11949, пар. 27-29.

⁶⁶ Вид. Tsai yin Chen, „Tax Treatment of EU Permanent Establishments of Third country Investors“, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters*, 333.

⁶⁷ Услови за примену изузимања по основу *Parent Subsidiary* директиве су: (1) дивиденде прима стална пословна јединица лоцирана у држави чланици ЕУ, која припада компанији резиденту друге државе чланице ЕУ; (2) компанија која има сталну пословну јединицу лоцирану у држави чланици ЕУ мора бити организована у правној форми предвиђеној у Анексу Директиве; (3) та компанија мора бити под вргнута порезу на добит или сличном порезу, у складу са законом државе чланице ЕУ где је смештена, без могућности да буде изузета или да оптира за опорезивање; (4) та компанија мора држати најмање 10% удела у правном лицу смештеном у другој држави чланици ЕУ; (5) она не сме да буде резидент треће државе по основу примене чл. 4, ст. 3 уговора о избегавању двоструког опорезивања са том трећом државом; (6) холдинг период мора износити најмање две године, без прекида.

зи од тога да стална пословна јединица није део компаније – резидента државе чланице ЕУ, те да отуда нема права на привилеговани порески режим предвиђен *Parent–Subsidiary* и *Interest–Royalties* директивама. Међутим, у литератури се указује на околност да се управо стална пословна јединица, а не њена централа, сматра исплатиоцем, те да се, тако, остаје у „ЕУ контексту“,⁶⁸ што би значило да би стална пословна јединица компаније – резидента треће државе, лоцирана у једној држави чланици, требало да буде подвргнута привилегованом пореском третману приликом исплате дивиденди, камата или ауторских накнада квалификованој компанији – резиденту друге државе чланице. С друге стране, прихватањем претпоставке о сталној пословној јединици као исплатиоцу отворио би се простор за пенетрацију држављана трећих држава, који би, оснивањем огранака у државама чланицама ЕУ, могли широко уживати основне слободе предвиђене само за држављане ЕУ. Код улазних дивиденди, у француском праву, ако постоји порески уговор, матична компанија може остварити порески кредит за дивиденде, камате и ауторске накнаде. Околност да је доходак који исплаћује филијала настао у сталној пословној јединици није од значаја. Ако не постоји порески уговор, примењује се – само за дивиденде – 95% изузимање, по основу домаћег прописа.

(4) *Матична компанија – резидент државе чланице ЕУ остварује приходе из филијале која је резидент друге државе чланице ЕУ, а која има сталну пословну јединицу у трећој држави.* Код излазних дивиденди, на основу територијалног принципа добит иностране сталне пословне јединице не подлеже порезу на добит корпорација у Француској и може се расподелити без пореза по одбитку. Исплаћене камате и ауторске накнаде, које су ефективно повезане с иностраном сталном пословном јединицом, сматрају се, по француским домаћим прописима, да имају извор у иностранству и не подлежу француском порезу по одбитку. Код улазних дивиденди, дивиденде које расподељује филијала – резидент државе чланице ЕУ изузете су од пореза по одбитку по основу *parent–subsidiary* режима. Са становишта матичне компаније (тј. француског домаћег права), не признаје се никакав индиректни порески кредит.

(5) *Матична компанија – резидент државе чланице ЕУ остварује приходе из филијале која је резидент друге државе чланице ЕУ, при чему је матична компанија потпуно контролисана од стране акционара који су резиденти треће државе.* Код излазних дивиденди, у француском праву којим се примењује *Parent–Subsidiary* директива постоји антиабузивна одредба, која спречава изузимање уколико се дивиденде расподељују компанији која је ди-

⁶⁸ Вид. Madalina Cotrut, „National Report Romania“, *The EU and Third Countries: Direct Taxation*, 857.

ректно или индиректно контролисана од стране резидената трећих држава, осим уколико прималац не докаже да главни циљ холдинга није искоришћавање погодности од изузимања. Аналогна одредба постоји и у прописима којима се примењује *Interest-Royalties* директива. Ако дође до ускраћивања изузимања, примениће се снижене стопе пореза по одбитку, предвиђене одговарајућим пореским уговором. Код улазних дивиденди, чињеница да је француска компанија – прималац дивиденди из друге државе чланице ЕУ контролисана од стране резидената треће државе не ствара било какве порескоправне последице у Француској.

7. ЗАКЉУЧАК

Од четири основне слободе из конститутивних споразума, само је слобода кретања капитала дата екстерна димензија (у чл. 63 СФЕУ) – највероватније да би се подстакла либерализација кретања капитала у оквиру припрема за увођење евра. Тумачећи ову норму, *ECJ* у начелу не подржава различит приступ у односима између држава чланица и између њих и трећих држава. Међутим, унилатерални карактер мере из чл. 63 СФЕУ – тј. одсуство реципрочних потеза од стране трећих држава – допринео је 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 примењује на терену директних инвестиција.

У чланку је анализиран утицај секундарног права ЕУ (директива из домена хармонизације директног опорезивања) на односе са трећим државама, и утврђено је да се непримењивост директиве на ситуације с екстерном димензијом може сматрати мером из чл. 64, ст. 3 СФЕУ, којом се ограничава либерализација кретања капитала у треће државе и из њих. Проширење дејства неке директиве на трећу државу подразумева постојање посебног споразума између ЕУ и те државе, као што је случај са Швајцарском. Но, будући да директиве подлежу имплементацији у државама чланицама ЕУ и на тај начин постају део њиховог националног права, национални прописи којима се директиве примењују не би смели да стварају нове препреке за остваривање основних слобода. *ECJ* је зато у случајевима *KBC Bank* и *Beleggen* заузео став да је, када се путем законодавства државе чланице дивиденде из компаније основане у трећој држави третирају неповољније од дивиденди из компаније која има седиште у тој држави чланици, на националном суду да, узимајући у обзир

и сврху националног прописа и чињенице случаја, одлучи да ли је чл. 63 СФЕУ примењив и да, уколико јесте, искључи тај различит третман.

Оправдање за неједнак третман налази се у разлици између правне интегрисаности која постоји између држава чланица ЕУ, с једне стране, и тих држава и неке треће земље, с друге стране. Ту, пре свега, имамо у виду да би држава чланица ЕУ могла бити у стању да покаже да је ограничавање слободе кретања капитала у треће државе или из њих оправдано из посебног разлога у околностима када тај разлог не би представљао ваљано оправдање за ограничавање кретања капитала између држава чланица: најчешће се ради о одсуству ефеката Директиве о административној сарадњи у области опорезивања, које није „попуњено“ билатералним споразумом о размени информација у пореским стварима.

На крају су, на примеру француског права којим се имплементирају *Parent–Subsidiary* и *Interest–Royalties* директива, анализиране ситуације у којима се, у контексту с елементом треће државе, појављује стална пословна јединица. Утврђено је да се, када матична компанија – резидент треће државе, која има сталну пословну јединицу у држави чланици ЕУ, остварује приходе (ефективно повезане са том јединицом) из филијале која је резидент Француске, као и када матична компанија – резидент државе чланице ЕУ, која има сталну пословну јединицу у трећој држави, остварује приходе (ефективно повезане са том јединицом) из филијале која је резидент Француске, не предвиђа изузимање од пореза по одбитку. Позивање на директну примену слободе кретања капитала из чл. 63 СФЕУ не би дало ефекат, јер *ECJ* показује склоност да се, по основу приступа „главног аспекта“, позива на слободу пословног настањивања (која нема екстерну димензију), а не на слободу кретања капитала. Коначно, уколико матична компанија – резидент државе чланице ЕУ остварује приходе из филијале која је резидент треће државе, а која има сталну пословну јединицу у Француској, спорно је да ли је исправно решење из француског права, по којем тој јединици није пружен привилегован режим у складу са директивама, због тога што њена централа није резидент државе чланице ЕУ: стална пословна јединица се може сматрати исплатиоцем, те би тако остала у „ЕУ контексту“ и заслуживала пореско изузимање, али је ризик од пенетрације држављана трећих држава путем оснивања огранака у држави чланици ЕУ противаргумент који се не може пренебрегнути.

Dr. Dejan Popović

Professor
University of Belgrade Faculty of Law

Dr. Gordana Ilić-Popov

Professor
University of Belgrade Faculty of Law

EXTERNAL DIMENSION OF THE SECONDARY EU LAW ON DIRECT TAXES

Summary

Only one of the four freedoms that represent the core of European Union economic and social policy has an external dimension, and that is free movement of capital. The EU law is predominantly contained in the Union's secondary legislation (regulations, directives, decisions, recommendations and opinions), and not in the primary sources of law (TEU and TFEU). Both primary and secondary sources of the EU law may have direct effect. The main focus of this paper is the impact of the EU directives on direct taxation on third countries (*i.e.* non-member states). This impact is conditional on the existence of a special agreement between the EU and the country in question. However, directives have to be implemented in the member states, thus becoming part of their respective national legislation. It is ECJ's position that the national courts, taking into consideration both the purpose of the national law and the facts of the case, should decide if the principle of free movement of capital is directly applicable and, if it is, to bar a differential treatment which derives from the law. The justification for an unequal treatment is frequently found in the differences in the degree of integration that exist among the member states, on the one hand, and between them and a third country, on the other. The authors also analyze legislation relating to permanent establishments when a third country is involved.

Key words: *Free movement of capital. – „Principal aspect“ approach. – Directives. – Justification for unequal treatment. – Agreement between the EU and Switzerland concerning Savings Directive.*

Др Марко Павловић*

ПИТАЊЕ БРОЈА НАРОДНИХ ПОСЛАНИКА

У основи сваког одређивања броја посланика је идеја о томе да један посланик репрезентује одређени број бирача. Према овој идеји лансиране су теорије кубног и квадратог корена, али и модел бирања једног посланика на одређени број бирача. Теорија кубног корена се може узети за оријентир приликом одређивања броја посланика, а друга два модела су већ коришћена у већој или мањој мери. Међутим, чак и у истој савезној држави, број чланова парламента појединих федералних јединица не налази се у истој сразмери према броју становника. Ипак, однос броја чланова централног парламента према броју чланова парламента федералних јединица је индикатор чврстине федерације. Међу малим државама, као модел броја чланова њихових парламента намеће се број од 60 чланова. Смањење броја чланова парламента увек је условљено намером да се смање трошкови рада овог органа. До повећања броја чланова парламента долази или услед повећања броја становника, или услед настојања да се ојачају или прошире функције парламента и посланика. Као посебни мандати у општем броју посланика јављају се мандати за националне мањине, стручњаке или дијаспору.

Кључне речи: *Број чланова парламента. Број становника. Федерација. Повећања и смањења броја посланика. Број за посебност.*

Већ приликом доношења најстаријег, и данас важећег устава, Устава Сједињених Америчких Држава, поставило се и питање броја народних посланика. Један од „очева оснивача“, Џејмс Медисон, навео је да без обзира на то колико је држава мала, број чланова њеног парламента не сме бити испод одређеног минимума „како би се заштитио од тајних политичких клика“. Такође, ма колико држава била велика, број парламентарца не сме прелазити одређени максимум, да би се парламент заштитио „од збрке мноштва“.¹

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, mpavlovic@jura.kg.ac.rs

¹ *The Federalist* No.10, November 22, 1787, <http://www.constitution.org/fed/federa10.htm>, 21.1.2011.

У последњих пола века питање броја народних представника отворено је на свим нивоима представничке власти, од градских скупштина до централног парламента. У САД је дуже време отворено питање броја представника у Чикагу и Њујорку, као градова са најбројнијим локалним представничким телима – од 50, односно 51 члана.² Једна комисија (1961), која је проучавала функције града Њујорка с обзиром на различите величине градских представништва, дошла је до неколико руководних принципа за утврђивање броја чланова у свим представничким телима, како у националном парламенту, тако и у локалним скупштинама. Према закључцима „њујоршке“ комисије, представничко тело треба да буде довољно велико да би било истински репрезентативно, да је оспособљено за целовиту расправу о јавним стварима, као и да спречи корупцију. У исти мах, представничко тело треба да буде довољно мало да би се снабдело политички компетентним људима, да избегне конфузију и пребрзо одлучивање, као и да указује на појединачну одговорност.³

Док се нека градска представничка тела критикују због превеликог броја, Конгрес САД критикује се због премалог броја чланова. Између осталог, ставља се примедба да САД спадају у само неколико демократских држава које периодично не прилагођавају број чланова парламента повећању броја становника.⁴ Уз то, наводи се да је репрезентативност Представничког дома драстично опала. Јер, 1792. један представник је долазио на 30.000 становника, 1832. на 48.000, а у последње време један представник долази на 611.000 становника.⁵

² Заговорници смањења броја чланова упоређивали су чикашку градску скупштину са градским скупштинама других великих градова који имају представничка тела са вишеструко мање чланова (Филаделфија 17, Далас 14, Феникс и Сан Дијего по 8.) Упоредна анализа је праћена питањем да ли Чикаго може да функционише са мање градских већника. С друге стране, наводи се да је чикашки представнички систем, у коме свака од 50 градских јединица бира свог представника, установљен још 1928. и да га је прегазило време (Questioning City Council's size, http://www.chicagodefender.com/article/10400_que, 8. 09. 2011; Josh Whitehead, A Look at City Council Size around the Country, [www.smartcitymemphis.com/.../a look at city](http://www.smartcitymemphis.com/.../a_look_at_city), 8. 09. 2011)

³ Douglas Muzzio Tim Tompkins, On the Size of the City Council: Finding the Mean, <http://www.jstor.org/stable/1173754>, 8.09.2011.

⁴ Критичари кажу да број чланова Представничког дома није уклесан у камену, него је регулисан променљивим савезним законом. („There is nothing set in stone about 435. It is just in general federal law“, <http://fruitsandvotes.com/?p=51>, 3.09.2011)

⁵ Emmanuelle Auriol, Robert J. Gary Bobo, On the Optimal Number of Representatives, idei.fr/doc/by/auriol/representatives.pdf, 18.06.2011.

1. ИДЕЈА ОПТИМАЛНОГ БРОЈА ПОСЛАНИКА

У тражењу оптималног броја народних посланика, у последње време је лансирана једна математичка теорија која садржи формулу по којој оптималан број посланика треба да буде „пропорционалан квадратном корену популације“. Ова теорија чији су аутори Ориол (*E. Auriol*) и Гери-Бобо (*R. J. Gary-Bobo*), заслужује пажњу барем с обзиром на класификацију држава према броју чланова парламента. Према Ориол и Гери-Бобо *square root* формули, међу државама које имају оптималан број посланика су Канада, Немачка, Русија, Португалија, Финска. Канадски дводомни парламент је (1995) бројао 399 чланова (а данас има 413, од којих 105 у Сенату, а 308 у доњем дому, према 31 милиону становника). Према Ориол и Гери-Бобо формули, оптимални број за парламент Канаде је 336. Немачка, са око 82 милиона становника, има Бундестаг са 622 члана (299 директно изабраних и осталих које „дају партије“) и Бундесрат са 69 чланова. Према стању ствари у 1995. години, Немачка је имала парламент од 740 чланова, а требало је да га смањи на 662. Русији је препоручен парламент са 582 члана, а она има дводомни парламент од 616 чланова (450 + 166), према 143 милиона становника. Португалија је имала парламент од 230 чланова, а препоручен јој је парламент од 248 чланова.

Државе са умерено мањим бројем парламентарца од оптималног су Аустрија, Белгија, Данска и Норвешка. Аустрија, са око 8,3 милиона становника има дводомни парламент од 245 чланова (62 + 183), а требало је да дође до парламента са 308 чланова. Белгија са 10,8 милиона становника има дводомни парламент од 221 члана, а требало је да он броји 263 члана. Норвешка са 4,5 милиона становника има дводомни парламент од 169 чланова, а наводно потребан јој је парламент са 220 чланова.

Државе са драстично малим бројем посланика су Израел, Нови Зеланд, Холандија и понајпре САД. Све ове државе имају до 65 % од мере оптималне репрезентативности. Израел има 120 посланика, а препоручује му се 175. Холандија, са 16 милиона становника, има дводомни парламент од 225 чланова, а препоручује јој се парламент од 326 посланика. САД имају, рачунајући оба дома, 535 посланика, а према моделу *square root* Конгрес би требало да има 807 чланова. Број чланова парламента у Вашингтону је федералним законом из 1929. године фиксиран, чиме су САД дале пример „екстремног облика ригидности у овој материји“.⁶

⁶ E. Auriol, R. J. Gary Bobo, The More the Merrier? Choosing the optimal number of representatives in modern democracies, www.voxeu.org/index.php?q=node/601, 15.12.2010; On the optimal Number of Representatives, idei.fr/doc/wp/2008/representatives.pdf, 18.06.2011.

У државе са умерено повећаним бројем посланика, Ориол и Гери-Бобо убрајају Ирску, Велику Британију (узимајући као парламент само Доњи дом – *House of Commons*⁷) и Грчку која (са скоро 11 милиона становника) има парламент од 300 чланова, а препоручен јој је парламент од 232. Претерано велики број чланова имају парламенти Француске, Италије и Шпаније. Дводомни француски парламент имао је (1995) 898 посланика (а данас 925), док би за Француску оптималан број био 545 посланика. Оптималан број парламентарца за Италију био би 570, а ова земља има укупно 945 посланика.⁸ Шпанији, чији је дводомни Кортес имао 605 посланика, Ориол и Гери-Бобо су препоручили парламент са 414 чланова.⁹

Нешто старија математичка теорија заснивала се на идеји да број чланова парламента „тежи ка кубном корену броја становника“¹⁰. Тако, данас постоје две математичке теорије које дају различите резултате. Примера ради, док би према *square root* формули амерички Конгрес требало да има 807 чланова, према *cube root* формули он би требало да има 675 чланова (у 2010. години).¹¹ Затим, мана обе мате-

⁷ Ориол и Гери Бобо су изоставили Дом лордова због тога што се својим енормним бројем никако није уклапао у њихову конструкцију: „In the UK case, adding some 1221 peers to 651 MPs (in 1995) would have created an outlier: so we decided not to add the Peers“.

⁸ С обзиром на чињеницу да данас Француска има око 66 милиона, а Италија око 61 милион становника, овај прорачун не изгледа логично. Ипак, Е. Ориол и Р. Гери Бобо су прорачун, вероватно, правили у време када је Италија имала нешто више становника од Француске. (Крајем 1980 тих Италија је имала око 57, а Француска 54,5 милиона становника.) Опет, распон у броју становника остаје нејасан за обичну математику. Ово није једини случај да виша математика Е. Ориол и Р. Гери Бобо бива неприступачна обичној. Међутим, њихова теорија се овде наводи не због егзактности бројки, него због идеје. Саме бројке Оријел и Бобо могу бити добар показатељ да се број посланика не да математички утврдити. Уосталом, Оријел Бобо теорији се може ставити и методолошка примедба да су свој модел извели на несавршеном искуству 111 држава.

⁹ Подаци о броју становника и броју чланова парламената појединих држава узети су, по правилу, из *Wikipedia* е. Ови подаци, као и подаци о појединим државама уопште, често су сравњивани са подацима из Енциклопедије Британика (сажето издање, Београд 2005) и *Мале енциклопедије Просвета* (Београд, 1986).

¹⁰ Шугарт је развио „Шугартов број“ којим се изражава „запажање да број чланова доњих домова парламената тежи кубном корену броја становника“. (*en.wikipedia.org/wiki/Matthew_Sobert_shugart*, 3.11.2011); Ленин и Ерсон, према Тапери и Шугарту, наводе „да величина доњег дома народне скупштине варира од земље до земље у функцији кубног корена броја становника. Тако, народне скупштине у земљама са већим бројем становника су бројније него народне скупштине у малим земљама, и то у погледу доњег дома.“ (Jan Erik Lane, Svante O. Ersson, *The New Institutional Politics: Performance and Outcomes*, London 2000, 17, 159,160)

¹¹ Brian Frederick, *Congressional Representation & Constituents*, New York London 2010, 36; House Size Set By Cube Root, <http://greatervoice.org/display/CubeRoot.htm>, 3.11.2011; Assigning Seats, http://www.ams.org/samplings/mathmoments/mm84_seats_podcast, 3.11.2011.

матичке теорије (формуле) је у томе што занемарују разлике између федерација и унитарних држава. Најзад, треба имати у виду да питање броја посланика измиче логици математичке формуле, иако она може дати користан оријентир. Одлуке о величини парламента „укључују у себе фундаментална питања представљања, ефикасности власти, и политичке одговорности“.¹² Овоме ваља додати и страни утицај, односно угледање на бројно стање парламената сличних држава¹³, суседа и великих демократских сила.¹⁴ Тако, многи парламенти широм света обликовани су по угледу на парламент Велике Британије, као колевке представничког тела и парламентаризма, као и по угледу на парламент САД, због демократског и суседског ауторитета ове земље. Мали број чланова Сената сам по себи опомиње на угледање на амерички Сенат. Уз то, сам начин формирања Сената у појединим латиноамеричким земљама још више указује на амерички узор. Такосе у Мексику Сенат формира избором по два сенатора у свакој држави – федералној јединици, односно провинцији, док у Бразилу и Аргентини федералне јединице дају по три сенатора.¹⁵

2. БРОЈ ПОСЛАНИКА У УНИТАРНИМ ДРЖАВАМА

За разматрање броја посланика у унитарним државама, као претходно поставља се питање одређивања броја посланика с обзиром на структуру парламента. Код једнодомних парламената број њихових чланова је очигледан. Код дводомних може се поставити питање да ли у народне посланике треба рачунати и посланике горњег дома. С обзиром на то да дводомни парламент обавља послове које обавља и једнодомни, то се само по себи намеће да број посланика у дводомном парламенту треба схватити као збир чланова

¹² D. Muzzio T. Tompkins, www.jstor.org/stable/1173754.

¹³ За ово је добар пример препорука, коју је кнез Михаило (1860) дао В. Јовановићу, да „докле се у Белгији буде налазио, да са особитом пажњом изучава и политичке установе њене; јер та мала и напредна држава може нам у многоме за углед послужити“, Владимир Јовановић, *Успомене*, Београд 1988, 106.

¹⁴ Угледање на одређене ауторитете је, иначе, општа појава у историји права. Речју А. Вотсона, „за правнике је врло карактеристично да не воле да мисле да су усамљени у својим гледиштима или да су њихове одлуке последица њихове сопствене ограничене способности расуђивања“, Алан Вотсон, *Правни трансплантације / приступ упоредном праву*, Београд 2000, 148, 149.

¹⁵ Са падом колонијалне власти, у новооснованим државама Латинске Америке, „прихватало се оно што је географски било најближе, али што је, изгледа, највише одговарало политичком темпераменту и осећању Латинске Америке: систем власти, односно председничка влада, из Устава САД од 1787“. Ратко Марковић, „Ширење председничког система у свету“, *Два века савремене уставности*, Београд 1990, 384-386; Ђура Поповић, *О федерализму*, Београд 1933, 53,54; Миодраг Јовичић, *Савремени федерализам*, Београд 2006, 19.

оба дома. Да број чланова дводомног парламента треба узимати у збиру, најбоље показује пример норвешког парламента који је из избора настајао као једно тело. Наиме, бирачи би бирали једнодомно законодавно тело, а онда би изабрани посланици били подељени у две секције, односно два дома. До формирања другог дома долазило је тако што би сви изабрани посланици (*Storthing*) међу собом изабрали 1/3 чланова који би образовали горњи дом (*Lagthing*). Преостале 2/3 посланика чиниле су доњи дом (*Odelsting*).¹⁶ После избора 2009, изабраних 169 посланика нису између себе изабрали чланове горњег дома него су применили раније усвојен амандман на Устав (од 2007) којим је уведена једнодомност. Такође, прве године француске уставности указују на то да су једнодомни и дводомни парламент засновани на истом квантуму. Тако, по првом Уставу Француске (од 1791) једнодомни парламент бројао је 745, а по Уставу од 1795. парламент се састојао из Већа старих од 250 посланика, и Већа 500, што у збиру даје број од 750 (готово раван броју чланова парламента по првом Уставу).¹⁷ Ипак, ваља напоменути да нису ретка мишљења по којима дводомност сама по себи повећава број чланова парламента.

Међу дводомним унитарним државама Ирска (са око 4,3 милиона становника у 2008. години) је дала један модел одређивања броја чланова доњег, јачег дома. Наиме, Уставом Ирске од 1937. године одређен је минималан и максималан број посланика према броју становника. Минималан број чланова доњег дома добија се избором једног посланика на 30.000, а максималан број тако што се један посланик бира на 20.000.¹⁸ Уставом Ирске такође је прописано да су посланици у доњем дому представници изборних јединица у којима се не може бирати мање од три. Према законском пропису, у већини изборних јединица бира се пет посланика. Захваљујући уставној пропорцији између броја чланова доњег дома и броја становника, изборне јединице нису велике па су посланици добро познати својим бирачима и као такви они су њихови активни репрезентанти.¹⁹

По доношењу Устава, Ирци су број посланика били смањили са 153 на 138, али су 60-тих година тај број повећали на 144, да

¹⁶ John A. Hawgood, *Modern Constitutions since 1787*, London 1939, 55, 56.

¹⁷ Гурвич *et al.*, *Општа историја државе и права*, III, Београд 1951, 79, 98.

Овим случајевима ваља додати и случај Кнежевине Србије у којој је, 1869. године нацрт устава са дводомним системом претворен у Намеснички устав са једнодомним системом, што је било израз спајања пројектована два дома у један. Следствено, Намесничким уставом уведене су две врсте посланика: „Народна Скупштина састоји се из посланика, народом слободно изабраних, и посланика које Књаз бира.“

¹⁸ Constitution of Ireland, Enacted by the People 1st July, 1937, www.taoiseach.gov.ie/upload/publications/297.htm, 30.04.2004.

¹⁹ Michael Gallagher, Ireland: The Archetypal Single Transferable Vote System, www.idea.int/esd/upload/ireland.pdf, 3.06.2012.

би 1981. године дошли до броја од 166.²⁰ На изборима 2002. године, један посланик се бирао на 25.000 грађана. Бирање једног посланика на око 25.000 становника је чест случај међу чланицама Европске Уније. У овај круг држава, поред Ирске, спадају Данска, Финска, Шведска, Чешка, Словачка, Мађарска, Швајцарска, Бугарска.²¹

Финска са 5,3 милиона становника има парламент од 200 чланова. Једнодомни дански парламент броји 179 чланова према 5,4 милиона становника. Шведска са 9,4 милиона становника има парламент од 349 чланова. Чешка са око 10 милиона становника има парламент од 281 посланика. Словачка са 5,3 милиона становника има парламент од 150 посланика, а Мађарска са око 10 милиона становника има парламент од 386 чланова. Швајцарска, према својих 7,3 милиона становника, има парламент од 246 (200 + 46) чланова. Бугарска са 7,6 милиона становника има 240 парламентарца (с тим што Бугарска има и Велику народну скупштину²², као уставотворну скупштину, коју је 1879. преузела од Србије и задржала до данас).

Међу унитарним државама посебно место имају мале државе. По логици ствари, број чланова парламента мале државе треба да буде знатно мањи од броја посланика у великим државама, као и у државама средње величине. С друге стране, поставља се питање граничног броја посланика испод кога ни најмања држава не би смела да иде. Јер, број посланика веома мале, и најмање државе, треба узети за само својство државе. Својство државе, пак, с једне стране, повлачи за собом потребу вршења одређеног круга послова, а с друге стране укључује у себе извесно државно достојанство. Тако, и веома мала држава врши спољне и војне послове, а ти послови нису само у надлежности министара него – према демократским захтевима времена – и народних посланика. Уз то, државно достојанство изискује да парламент као израз народне суверености не само унутра, него и према споља, има одређен број посланика који ће премашивати број представника локалне самоуправе.

У пракси постоје знатне разлике у погледу броја чланова парламената малих држава. Тако, Андора, са око 84.000 становника, има парламент од 28 чланова, а Сан Марино (једна од најмањих република у свету), са својих 30.000 становника, има једнодомни парламент од

²⁰ Данас се очекује смањење овог броја за осам посланика, на 158. Горњи дом ирског парламента броји 60 чланова, а његова улога се углавном своди на одлагање доношења закона са којима се не слаже. Данас у Ирској постоји јака политичка воља да се горњи дом укине. (Number of TDs to be cut by eight in commission proposal, www.irishtimes.com/newspaper/frontpage/2012/0525/12243_16665453.html; Seanad Éireann, en.wikipedia.org/wiki/Seanad_%C3%89ireann, 2.06.2012)

²¹ Dail Éireann, en.wikipedia.org/wiki/Dáil_Éireann, 15.12.2010.

²² Member of Parliament, en.wikipedia.org/wiki/Member_of_Parliament, 15.12.2010.

60 чланова. Дакле, више него дупло мањи од Андоре, Сан Марино има дупло већи парламент. Случај Сан Марина би се могао узети као индикативан, с обзиром на то да се и физички налази у шуми италијанских општина. Међу тим општинама он је сачувао својство и достојанство државе тако што је број чланова свог парламента задржао на нивоу броја највећих локалних скупштина. (Број чланова италијанских локалних скупштина, у зависности од броја становника, креће од 13 до 61).²³ Полумилионски Луксембург, иако је по броју становника вишеструко већи од Сан Марина, има парламент од 60 чланова.²⁴

3. БРОЈ ПОСЛАНИКА У ФЕДЕРАЦИЈАМА

С обзиром на то да у федерацијама постоји централни парламент и парламенти федералних јединица, али се њихови чланови углавном бирају у оквирима федералних јединица, до укупног броја посланика једне федералне јединице могло би се доћи сабирањем броја чланова парламента федералне јединице и броја посланика изабраних у федералној јединици за централни (савезни) парламент. Укупан број посланика једне федералне јединице, иако механички збир, може да послужи у компаративне сврхе како између појединих федерација тако и између федералних јединица и независних држава, с тим што се у поређењу с независним државама укупан број посланика једне федералне јединице узима као број чланова њеног парламента када би хипотетички била независна.

Укупан број посланика у појединим федералним јединицама ретко је у истој сразмери са бројем становника, чак у истој савезној држави. Тако, на пример, укупан број посланика који бира Калифорнија је 175. Од тога броја, 120 чине чланови калифорнијског дводомног парламента (80 чланова Скупштине и 40 сенатора), а 55 су конгресмени (2 сенатора и 53 члана Представничког дома). Са својих 37 милиона становника, Калифорнија је највећа држава САД, али она није и држава са највећим укупним бројем посланика. Испред Калифорније, по укупном броју народних представника, налазе се, Њујорк и Тексас, друга и трећа савезна држава по броју становника, али и Конектикат и мали Вермонт.²⁵ Масачусетс, са око 6,5 ми-

²³ Paolo Bianchi, Council Size Effects in Italian Municipalities: A Natural Experiment Parliament of Italy, Co, www.feem.it/.../200911914425052009.02.25, 7. 09. 2011; Comune, en.wikipedia.org/wiki/Comune, 7.09.2011.

²⁴ Са становишта Малте, која има једнодомни парламент од 69 чланова, према 418 хиљада становника, Сан Марино представља пример изузетне пререпрезентованости.

²⁵ Њујорк, са око 19,5 милиона становника бира дводомни парламент од 212 чланова (150 чланова Скупштине и 62 сенатора), као и два сенатора и 29 представника

лиона становника, бира свој дводомни парламент од 200 чланова (40 + 160) и 11 чланова за Когрес (2+9). Број чланова Представничког дома у Масачусетсу, у првој половини 19. века, ишао је преко 800. До 1978, тај број је пао на 240, а затим и на данашњих 200, што је, за опште америчке прилике знатан број. Бројност чланова парламента у Масачусетсу, ваља довести у везу са чињеницом да је Масачусетс био центар демократског покрета за независност, зарадивши епитет „колевке слободе“.²⁶

По логици ствари, односно с обзиром на обим послова, парламент федералне јединице требало би да има мање чланова од парламента независне унитарне државе са истим бројем становника. Међутим, и ово се не може узети као правило. Тако, америчка савезна држава Вермонт је по броју становника слична независној држави Црној Гори, али је број чланова њеног парламента много већи. У Представничком дому Вермонта има 150, и у Сенату 30, док Народна скупштина Црне Горе има више него duplo мање чланова: 81.

Треба имати у виду да се број посланика горњег дома Савезног парламента одређује с обзиром на саму природу федерације. Наиме, „формалноправно посматрано, једино у складу с равноправношћу федералних јединица је паритетни састав горњег дома“, за шта пример пружају САД. Међутим, постоје и такве државе у којима су између федералних јединица диспропорције толико велике да је паритетна заступљеност немогућа. Такав пример даје немачка федерација у којој су у односу на раније време, Основним законом од 1949. године, разлике у погледу броја представника појединих федералних јединица сведене на распон од 3 до 5 (данас је тај распон од 3 до 6).²⁷ Све у свему, сама природа федерације, а уз то и специфичности појединих федерација²⁸ представљају факторе који утичу на број

за Конгрес. Тексас, са око 25 милиона становника има дводомни парламент од 181 члана, а за Конгрес, поред два сенатора бира 32 представника. Конектикат, са око 3,5 милиона становника има парламент од 187 чланова, а за Конгрес бира 7 посланика (2+5). Вермонт, поред два сенатора, шаље само једног представника у Конгрес, али има парламент од 180 чланова. (How Many Representatives Does Each State Have?, [answers.yourdictionary.com/.../how many re](http://answers.yourdictionary.com/.../how-many-re), 15.12. 2010)

²⁶ Massachusetts, en.wikipedia.org/wiki/Massachusetts, 15.12.2010; Massachusetts House of Representatives, [en.wikipedia.org/.../Massachusetts House of](http://en.wikipedia.org/.../Massachusetts_House_of), 15.12.2010.

²⁷ М. Јовичић, *Савремени федерализам*, 117-122; Павле Николић, „Парламент и представљање федералних јединица скица за компаративну студију“, *Анали Правног факултета у Београду* 1 2/1984, 155, 157.

²⁸ Канада је, нпр, специфична по томе што се њен Сенат образује на основу поделе на четири географска региона, који дају по 24 сенатора. Поред ове „сенаторске поделе“, Њуфаундланд и Лабрадор, који су се Канади прикључили 1949, дају 6 сенатора, а три „територије“ још три. Сенаторе поставља генерални гувернер на предлог првог министра, што је својеврсна имитација образовања горњег дома у Великој Британији. Максималан број сенатора је 113, до кога се могло доћи додатним постављењем четири односно осам сенатора (у складу са „сенаторском

посланика у савезном парламенту и који као такви измичу моделу логички конструисаног броја чланова парламента према броју парламентарца „једноставне“ (унитарне) државе.

С обзиром на бројни однос између централног и парламената федералних јединица, може се узети као правило да што је федерација лабавија, то је број чланова парламента федералних јединица већи.²⁹ Најбољи пример за ово пружила је Аустро-Угарска реална унија, која се обично сврстава међу конфедерације, али има гледишта по којима је она један облик федерације.³⁰ Наиме, централни парламент Аустро-Угарске имао је две делегације од по 60 чланова. Угарски парламент имао је, пак, 453 посланика.

Што се број посланика бираних за савезни парламент више пута састоји у броју посланика федералне јединице, то је федерација лабавија или федерална јединица жели самосталнији положај. Осврнимо се на случај Баварске која има парламент од 187 чланова, а у доњи дом савезног парламента (*Bundestag*) бира 90 посланика. Уз то, квота Баварске у горњем дому савезног парламента је 6 чланова. Следствено, количник броја посланика парламента Баварске и броја посланика које Баварска даје за централни парламент је око 2 (187:97). Према томе, иако Баварска има назив „Слободне државе Баварске“, бројеви посланика указују на то да се Баварска према немачкој федерацији односи као према чврстој савезној држави. За Квебек, који има парламент од 125 чланова, а за савезни парламент даје 99 чланова (24 сенатора и 75 представника), Канада је чврста федерација.³¹ Бројеви у САД дају шаролику слику о чврстини федерације, у којој Калифорнија ову федерацију „доживљава“ као веома чврсту, а Вермонт као веома лабаву.

Идеју о томе да се снага покрајине (региона), односно федералне јединице изражава бројем чланова њеног парламента, понајбоље је изразио Јосип Смодлака у свом Нацрту устава од 1920. године. Он

поделом“). Ово се десило 1990, када су, према савету премијера, а по пристанку краљице, постављени „екстра сенатори“. „Екстра“ постављења су извршена са сврхом добијања већине за Закон о порезу на робе и услуге.

²⁹ Ова теза је повезана са ставом да „ако функције централне владе расту на рачун оних локалних влада, федерална влада може постати доминантна“. Иначе, треба имати у виду да „састав федералних представничких скупштина може лако уплашити истраживача богатством хетерогених облика. Дистрибуција њихових законодавних функција је чак још сложенија“, Karl J. Fridrih, *Konstitucionalna demokratija teorija i praksa u Evropi i Americi*, Podgorica 2005, 180.

³⁰ Ђ. Поповић, 45,69.

³¹ Са становишта Онтарија, који шаље више посланика у централни парламент (106 + 24) него што бира за свој (107), Канада је веома чврста федерација. Међутим, са становишта, нпр, Алберте са локалним парламентом од 87, и Британске Колумбије са 85, Канада је дупло мање „чврстоће“. Јер, Алберта шаље 28 посланика и 6 сенатора, а Б. Колумбија 31 + 6.

је сматрао да парламенти југословенских покрајина треба да имају пет пута више чланова од броја посланика који покрајина бира за централну народну скупштину (доњи дом).³² Доњи дом Смодлакиног централног парламента бројао је 127 посланика према 12 милиона становника, што је по Смодлаки био мали број. Он је, пак, у таквом централном парламенту налазио двоструку вредност: „у парламент долазе способнији људи, те послови се брже и успешније опремају. Уза све то је, с установом Покрајинских Сабора, остављено најшире поље амбицији политичара. Јер, поред 127 мандата у парламенту има још 634 покрајинска посланика. Покрајински Сабори имали би, у неку руку, бити парламентарна школа за Народно Представништво“. У Уставу Јужноафричке Уније, који је Смодлаки служио за узор, однос броја посланика које покрајина бира за свој и за доњи дом централног парламента био је 1:1.³³ То значи да је Смодлака сматрао да југословенска регионална држава треба да буде мање чврста од Јужноафричке Уније.

4. СЛУЧАЈЕВИ ПОВЕЋАЊА БРОЈА ПОСЛАНИКА

Нови Зеланд је у XX век ушао са 80 чланова парламента. Тај број је од 1969. године почео постепено да повећава, да би 1988. године стигао до 97 чланова (укључујући 4 места за Маоре). У то време, када се начелно отворило питање броја посланика у парламенту, две политичке партије изјасниле су се за повећање броја посланика до 121 односно до 125, а две су се изјасниле за постојећи број и његово постепено повећање. Као прилог решавању овог питања, међу Новозеланђанима се појавила студија у којој је питање броја посланика сагледано вишедимензионално, с обзиром на карактер парламента као „централне демократске институције“. „Потребан број чланова парламента – каже се у студији – треба одредити с обзиром на разноврсне функције парламента и посланика: а) да представљају изборне јединице; б) да представљају нацију у целини; в) да обезбеде ефективну владу; г) да издају законе и контролишу рад извршне власти“.

Истичући потребу повећања броја парламентарних одбора, као и потребу ефикасне контроле извршне власти, писац новозелендске

³² На пример, Смодлакина Хрватска требало је да бира за централни „Посланички дом“ 18, а за свој Сабор 89; Подунавска Србија је у Посланички дом требало да шаље 17, а њен Парламент је требало да броји 83 члана; Словенија је требало да има Сабор од 59, а слала је 12 чланова за Посланички дом, Јосип Смодлака, *Нацрт југословенског устава*, Загреб 1920 37, 61.

³³ „Свака провинција има своју скупштину чији број чланова је раван броју посланика који провинција бира за Народну скупштину“, An Act to Constitute the Union of South Africa, www.law.wisc.edu/gls/cbsa1, 14.11.2011.

анализе о броју посланика долазио је до броја 140 (од постојећих 97 посланика). Такође, и на основу упоредног прегледа, новозеландски аналитичар је долазио до броја 140, напомињући да парламент Новог Зеланда и са тим бројем посланика би био „мали у поређењу са парламентима сличних земаља“. Данашњи једнодомни парламент Новог Зеланда има по правилу 120 чланова који се бирају сваке 3 године. Њих 69 бира се по изборним јединицама, 7 припадају Маорима, а осталих 51 се бирају пропорционалним системом по партијским листама.³⁴

Према Уставу Грчке који је 1968. године донела војна хунта, број посланика у једнодомном парламенту био је ограничен на 150. Уставом је било прописано да „број посланика, за сваку изборну јединицу утврђује се краљевским декретом у сразмери с бројем њених становника ... Међутим, укупан број посланика не може ни у ком случају бити већи од 150“.³⁵ Са поновним установљењем демократског система и са доношњем Устава од 1975, установљен је знатно већи парламент – Скупштина од 300 чланова. Процес враћања демократији нашао је свој израз и у дуплом повећању броја чланова парламента.³⁶

Парламент Кипра је до 1985. године бројао 50 чланова. Тада је број парламентарара повећан на 80. Повећање је било условљено проширивањем делатности парламента, као и његовим учешћем у међународним парламентарним организацијама. Ранији број од 50 посланика био је недовољан, нарочито за несметан рад парламентарних одбора.³⁷

Број посланика у Савезној републици Немачкој постепено је растао од 402 (1949) до 497 (1987. године). Услед уједињења и додавања 144 посланика из Источне Немачке, број посланика у 1990. године „драматично“ је повећан на 662, а четири године касније на 672. По одлуци Бундестага из јуна 1995. године, број посланика је 2002. године смањен на 598 (односно, због придодатих мандата, на 603). Смањивање броја посланика у Бундестагу (који се сматра органом аналогним Представничком дому Сједињених Америчких

³⁴ Chapter 4: The Number of Members of Parliament, www.elections.org.nz/.../4-number-of-mps.p, 17.12.2010.

³⁵ Уз број посланика прописан је вишемандатни систем, по коме број изборних јединица се могао кретати од 10 15, с тим да свака изборна јединица „мора, на основу броја њених становника, бити образована тако да је представља најмање 5 посланика“ (*Zbirka novijih ustava*, V, Beograd 1972, 35).

³⁶ Constitutional History of Greece, www.greekembassy.org/.../Article.aspx?, 9.10.2011.

³⁷ House of Representatives of Cyprus, en.wikipedia.org/.../House_of_Representative, 9.10.2011.

Држава), извршено је тако што је смањен број изборних јединица у којима су посланици бирани по већинском принципу. Њих је од 1990. до 1998. године било 328. Тада је број изборних јединица смањен на 299.³⁸ У Немачкој се посланици сматрају партијским личностима, па се у вези с тим њихов рад у изборним јединицама не сматра функцијом законодавног тела. То је само по себи омогућавало смањење броја посланика.

С обзиром на то да је немачки изборни систем мешовит, смањење броја посланика бираних већински по изборним јединицама одразило се и на смањење броја посланика који су бирани по страначким листама, па је укупан број чланова Бундестага имао да буде 598. Смањење није било исто у свим земљама – федералним јединицама. Тако, број изборних јединица (и у њима непосредно бираних посланика), у северној Рајни Вестфалији смањен је са 71 на 64, док су, на пример, Баден-Винтерберг и Баварска задржали ранији број изборних јединица (37, односно 45).³⁹

5. СЛУЧАЈЕВИ СМАЊЕЊА БРОЈА ПОСЛАНИКА

Пример највећег смањења броја посланика дала је америчка савезна држава Небраска. Случај Небраске, из 1934. године, познат као „експеримент Небраске“ (*The Nebraska Experiment*), нарочито је индикативан у погледу разлога који уопште могу да доведу до смањења представничког тела. Првобитни парламент Небраске, од 1855. године, по угледу на амерички Конгрес, био је дводомни, са Представничким домом од 26 и Саветом од 13 чланова. Према Уставу Небраске, донетом 1866. године, и даље дводомни парламент имао је Сенат од 13 и Представнички дом од 39 чланова. Уставном ревизијом од 1875. године, прописано је да број чланова представничког дома не може бити већи од 100, а да Сенат не може имати више од 33 члана. Убрзо (1881), парламент Небраске попуњен је максималним бројем представника (100 + 33). Четири деценије доцније (1920), тесном већином усвојен је уставни амандман којим је максималан број сенатора повећан на 50. Међутим, овај пропис никада није примењен, јер је покрет за увођење једнодомног парламента, па тиме и за одређивање новог броја посланика, узимао маха.

³⁸ Број изборних јединица имао је да буде у сразмери са бројем становника. Раније је једна изборна јединица бројала око 180.000. Овај просечан број је, 2002, повећан уз смањење одступања између изборних јединица са ранијих 25% на 15%.

³⁹ Electoral System of Germany, www.germanculture.com.ua/.../bl_electoral_s, 17.08.2011; Germany: Delimiting Districts in a Mixed Member Proportional Electoral System, aceproject.org/ace_en/topics/bd/bdy/bdy_de, 17.08.2011.

До реформе легислативе Небраске, после неколико неуспешних покушаја, дошло је тек 30-тих година XX века, понајвише захваљујући труду Џона Нориса, веома угледног савезног сенатора. Као предводник покрета за једнодомни парламент, он је користио сваку прилику да говори против дводомног парламента, као скупог и неадекватног средства изражавања народних потреба.⁴⁰ Норис је, после посете Аустралији 1931. године, као пример за углед узимао парламент Квинсленда, који је непуних десет година раније (1922) увео једнодомни парламент од 62 члана.⁴¹ Најзад, у новембру 1934. године на референдуму (са 60% већине) изгласан је амандман о једнодомном парламенту Небраске који је имао да се састоји од најмање 30 и највише 50 чланова.

Изгласавање амандмана о једнодомном парламенту Небраске, са радикално смањеним бројем посланика, објашњавано је различитим разлозима. Прво, амандман је изгласан у време велике економске депресије када су бирачи били нарочито наклоњени смањивању државних трошкова, што је требало да се постигне увођењем једнодомног парламента. Поред личног заузимања угледног Нориса, као повољна околност за изгласавање једнодомног парламента узимала се чињеница да се о њему гласало заједно са амандманима о укидању прохибиције и забране клађења на коњским тркама. Бирачима је, наводно, толико било стало да се укину забране, да је добар део њих по инерцији дао свој глас и за једнодомни парламент. Према одлуци последњег састанка дводомног парламента (јануара 1937. године) одлучено је да нови парламент броји 43 члана. Тај број је 1971. године, с обзиром на повећање броја становника, повећан на 49. Небраска (са својих око 1,8 милиона становника) је остала једина америчка федерална држава са једнодомним и најмањим парламентом. После Небраске, по малобројности посланика долази Аљаска која (са готово три пута мање становника од Небраске) има парламент од 60 чланова (40 посланика и 20 сенатора).⁴²

⁴⁰ Норис је наводио и да се дводомни систем заснива на недемократском британском Дому лордова, као и да је бесмислено да два народна представничка тела раде исту ствар и тако расипају новац.

⁴¹ У Аустралији, федерална држава Квинсленд је и данас једина са једнодомним парламентом. Број њених парламентарца се 1950. повећао на 75, а 2009. године на 89.

⁴² Michael S. Dulaney, A History and Description of the Nebraska Legislative Process, www.schoolfinance.ncsa.org/pdf/neb.legis.process.pdf, 9.09.2011; Nebraska's Unicameral Legislature, www.house.leg.state.mn.us/hrd/.../nebunic.ht, 9.09.2011; Unicameral or Bicameral State Legislatures: The Policy Debate, www.house.leg.state.mn.us/hrd/.../uni_bicam, 9.09.2011; Nebraska Legislature, en.wikipedia.org/wiki/Nebraska_Legislature, 9.09.2011.

Са увођењем једнодомног парламента, Небраска је смањила трошкове законодавног тела за око половину. По данашњим прорачунима, трошкови законодавних активности у Небраски износе око 1/3 ових трошкова у Минесоти. (Минесота, са 5,3 милиона становника има дводомни парламент од 201 члана – 67 сенатора и 134 посланика.)⁴³ Ипак, у Небраски се, више него у Минесоти троши новца по једном посланику и помоћном особљу.

У наше време, Баварска је дала још један пример федералне јединице која је број чланова свог парламента смањила тако што је прешла са дводомног на једнодомни систем. До 2000. године, Баварска је имала дводомни парламент са Сенатом од 60 чланова, и Земаљском скупштином (*Landtag*) од 187 чланова. Деведесетих година XX века јавно мњење се окренуло идеји рационализације трошкова државне управе (*leaner government*) према којој је Сенат, као орган са саветодавном улогом, изгледао као непотребан трошак. Следствено, отворено је питање укидања Сената, за шта се на референдуму изјаснила знатна већина (скоро 70% гласача). Тако је и Баварска постала немачка држава са једнодомним парламентом (од 187 чланова). Ипак, Баварска је остала са парламентом већим од парламента најнасељеније немачке земље. Парламент северне Рајне-Вестфалије (са око 17,8 милиона) се састоји од 181 члана.⁴⁴

Последња земља у којој се јавио покрет за смањење броја чланова парламента била је Грузија. У тој земљи са око 5 милиона становника, 2003. године изнет је захтев, поткрепљен са 218.000 потписа, да се број посланика са 235 сведе на „не више од 150“. О овом питању изјаснила се и Венецијанска комисија, која је у свом мишљењу изнела да се „број чланова парламента одређује уставом с обзиром на специфичне националне факторе као што су величина популације и структура парламента“. Број посланика грузијског парламента је уставном променом од 2004. године смањен на 150. Нови број посланика је добијен тако што су остављени посланици који се бирају пропорционалним системом, а укинито је 85 места у парламенту која су попуњавана већинским системом.⁴⁵

⁴³ У Небраски један члан парламента представља око 32 хиљаде грађана. У Минесоти, толико грађана представља сваки од 134 члана Представничког дома.

⁴⁴ Senate of Bavaria, en.wikipedia.org/wiki/Senate_of_Bavaria, 23.05.2011; Bavaria Free State of Bavaria, www.bavaria.com, 23.05.2011; Single Chamber Parliaments: A Comparative Study (Stage two, September 1998), www.ucl.ac.uk/spp/publications/unit.../27.pdf, 23.05.2011.

⁴⁵ Opinion on the Referendum on Decreasing the Number of Memmbers of Parliament in Georgia, [www.venice.coe.int/.../CDL\(2003\)078_e.pdf](http://www.venice.coe.int/.../CDL(2003)078_e.pdf), 14.03.2011.

6. БРОЈ ПОСЛАНИКА У ВЕСТМИНСТЕРУ И ШКОТСКОЈ

Средином 90-тих година XX века, у Доњем дому британског парламента (*House of Commons*) појавиле су се иницијативе за смањењем броја посланика, који је од предратних 615 стигао до броја 651, показујући тенденцију раста ка 659. Један предлог, са понајвише присталица, односио се на смањење броја посланика до 500. Као образложење наведено је да се тиме избегава потреба за новом зградом, и да се штеди на трошковима које за собом носи 159 посланика са помоћним особљем. Анкете су показивале да 60% чланова парламента мисли да је број од 659 посланика превелики и да га треба смањити на број између 450 и 550. Образлажући свој предлог за смањење броја посланика, главни носилац идеје наводио је да се тиме шаље сигнал народу широм земље да су „посланици посвећени продуктивности и да дају пример како да се она оствари“. Затим, наводило се да би посланици тако показали да штеде новац пореских обвезника: „Количина уштеђеног новца можда не би била превелика, али би утицала на јавно мњење“.

У прилог смањења броја посланика у Доњем дому Британског парламента навођени су и компаративни подаци: „Сједињеним Америчким Државама, са пет пута већим бројем становника (од Велике Британије) управља 100 сенатора и 435 чланова представничког дома. Јапан, са више него двоструко већим бројем становника, има само 511 чланова парламента. У Европи, само Немачка има више чланова парламента него што ми (Британци) имамо – и то само 3 више – премда има 23 милиона становника више“.⁴⁶

Међу предлагачима за смањење броја посланика било је неколико њих који су сматрали да постојећи број треба преполовити. Један предлагач је изнео да британски парламент треба да има 300 чланова. Ови предлози, пак, окарактерисани су као одвећ радикални, али и од умерених предлога за смањење броја парламентарца није било ништа. У последње време (септембар 2011. године), поново је најављена парламентарна реформа с циљем смањења броја посланика. Наиме, изменама и повећањем обима изборних јединица планира се да се број чланова Доњег дома смањи са 650 на 600. У самој

⁴⁶ Representation of the People (Amandment), www.publications.parliament.uk.../60507_12, 5.02.2011.

Исту аргументацију је, априла 2009, изнео лорд Кенет Бејкер: „Compared to other countries, the UK is massively over represented. We, with a population of 60 million people, have 646 MPs; Germany, with a population of 82 million, has 600; Japan, with a population of 127 million twice the size of ours has only 470; Russia, with 144 million, has 450; and America, with 293 millions, has 430 Congressmen.“ (Kenneth Baker, Do we really need 646 Members of Parliament?, www.telegraph.co.uk/comment/5140846/Do_we_really_need_646_Members_of_Parliament.html, 2.06.2012)

Енглеској, број изборних јединица, односно посланика, треба да се смањи са 533 на 502. Рачуна се да би се, овим смањењем, уштедело 14 милиона евра годишње. Уз реформу Доњег дома, планира се и реформа Дома лордова.⁴⁷ Овај дом би требало да постане изборни дом, са знатно смањењим бројем чланова, од 830 на 300.⁴⁸

Број чланова парламента у државама са једномандатним изборним јединицама – по чему је карактеристична Велика Британија – директно повлачи за собом питање оптималног броја бирача који долази на једног посланика. Према постојећем броју (односно према прорачунима прављеним на 629 посланика), у Великој Британији једна изборна јединица има око 60.000 бирача. Предлог о смањењу

⁴⁷ Питање реформе Дома лордова отворено је одавно. За разлику од Дома комуна који је изборно тело, Дом лордова је аристократско тело, тело са члановима именованим од круне. У демократском времену (нарочито законима од 1911. и 1949), Дом лордова је изгубио највећи део овлашћења једног парламентарног дома. Он нема улогу контроле рада владе, не доноси буџет, а у законодавству му се улога свела на одлагање (и то од годину дана) доношења закона. Речју, иако дводомни, британски парламент углавном своје функције обавља „на једној нози“, једнодомно, Anthony W. Bradley, Keith D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, London 2007, 204; Владан Петров, *Сукоб домова у дводомној систему*, Београд 2004, 7,25,104 107. Питање броја чланова у Дому лордова посебно је компликовано због тога што тај број није дефинисан. До 1700. године перства су додељивана штедљиво. У 19. веку, она се деле у повећаном обиму, па већина бивших министара постају перови, као и највећи индустријалци, неки генерали и јавни службеници. Краљ је и из практично политичких разлога могао да произведе нове перове. Тако, краљ је, да би сузбио противљење лордова доношењу *Reform Bill* а, 1832, прихватио савет председника владе да произведе нове перове. Од 1958, са доношењем *Life Peerage Act* а, којим су установљени доживотни перови (поред дотадашњих наследних), омогућено је произвођење барона и бароница без бројног ограничења. Број чланова Дома Лордова је отад стално растао, да би 1983. стигао до броја 1187. У октобру 1999. године достигнут је максималан број чланова Дома Лордова 1330. У новембру 1999. године, Закон о Дому Лордова (*House of Lord Acts*), којим је укинута наследно перство, добио је краљевску потврду. На основу овог Закона, у марту 2000. године број чланова у овом Дому смањен је на 669. Данас он износи 789 (уз још 22 који су „on leave of absence“). Неодређен у погледу броја чланова, Дом лордова је неодређен и у погледу њиховог присуства седницама. У периоду од 1999. до 2003. године седницама је присуствовало просечно 350 лордова. Најзад, лордови се од обичних посланика разликују и по томе што не примају плату. Од 1957. године добили су право на дневнице и путне трошкове, A. Bradley, K. Ewing, (2007), 203; Owen Hood Phillips, Paul Jackson, *Constitutional and Administrative Law*, London 2001, 179,180; Annual Report 1999 2000, www.publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldbrie/10402.htm; Peter Bromhead, *Life in Modern Britain*, Longman 1985, 54 59. Ипак, без обзира на неравноправност домова, парламент у Великој Британији је дводомни. Стога, како год да се израчуна бројно стање Дома лордова (нпр. 350 просечно присутних, или и мање), британски парламент би ваљало сврстати у групу најбројнијих парламената, међу парламенте са „абнормално великим бројем“, по класификацији Ориол и Гери Бобо.

⁴⁸ Смањење броја посланика у Великој Британији, www.B92.net/info/vesti/in dex.php?4y 2011& 0.9, 13.09,2011.

броја чланова парламента на 300 био је праћен тврђењем да један посланик може да представља 140.000 бирача.⁴⁹ По последњем пројекту парламентарне реформе, један посланик требало би да представља 67.000 бирача. Овде треба имати у виду да код Британаца рад у изборној јединици представља посебно значајан део посланичког посла. Наиме, основни елеменат посланиковог рада у изборној јединици је тзв. *surgery* („хируршка операција“) – јавни састанак на коме члан парламента слуша жалбе својих бирача. У ту сврху, британски парламентарца викенде проводи у изборној јединици. Поред тога, процењује се да посланик проведе три сата дневно бавећи се преписком са изборном јединицом.⁵⁰

Укључивање у посланичку функцију и редовног рада у изборној јединици, само по себи води повећању броја посланика. Ипак, одређени број послова у изборној јединици, посланик може обавити преко секретара, али и за то постоје границе. Јер, преношење послова на секретаре водило би бирократизацији посланичке функције.

С обзиром на бројчану повезаност централног и покрајинског парламента, шкотски парламент представља специфичан случај. Наиме, Законом о Шкотској од 1998. године (*The Scotland Act 1998*) установљен је шкотски парламент од 129 чланова. До броја од 129 чланова дошло се тако што су сабране две врсте посланика који су бирани у Шкотској. Наиме, броју 73, што је био број посланика који су у Шкотској бирани за вестминстерски *House of Commons*, додат је број 56 – што је био број посланика које је Шкотска бирала за Европски парламент. У ствари, Шкоти су за свој парламент задржали изборне јединице за Британски и Европски парламент.⁵¹ Због својеврсног посланичког дуплирања, вођа шкотских конзервативаца

⁴⁹ O. Hood Phillips, P. Jackson (2001), 221; Representation of the People (Amendment), www.publications.parliament.uk/.../, 5. 02. 2012.

⁵⁰ Philip Norton, David Wood, „Constituency Service by Members of Parliament: Does It Contribute to a Personal Vote?“, *Parliamentary Affairs, A Journal of Comparative Politics*, 43, 2/1990, 197–199. Има и веома негативних гледишта о британским парламентарцима, на основу којих се тражи смањење броја чланова доњег дома. У том смислу, лорд Бејкер је износио: „...шта чланови парламента заиста раде за новац који добијају? Њихова парламентарна недеља састоји се у томе да дођу у понедељак и да оду у среду увече. У четвртак и петак Дом комуна је пустиња – посланици су се вратили у своје куће или викендице или користе неки аранжман за Хонолулу. Стога, мора се поставити питање: да ли нам је потребно 646 посланика да испуњавају овако захтевну радну норму? Одговор мора бити: Не.“, K. Baker, Do we really need 646 Members of Parliament?, www.telegraph.co.uk/comment.

⁵¹ Задржавањем „вестминстерских“ јединица, са већинским (*first past the post*), и „европских“ јединица са пропорционалним системом, Шкотска је добила изборни систем по немачком моделу, David Arter, The Scottish Parliament and the Goal of a ‘New Politics’: a Verdict on the First Four years, www.ecprnet.eu/.../parliaments/papers/arter.p.

(*D. McClethie*) је изнео опаску да „Шкотска има два парламента“. Уз то, с обзиром на њена широка рурална подручја, она је била прекомерно представљена („пререпрезентована“, *over-represented*), па је Законом од 1998. године било предвиђено да се у будућности смањи број њених представника у Вестминстерском парламенту. Следствено, 2005. године број посланика из Шкотске у Доњем дому Британског парламента (*Commons*) био је смањен од 72 на 59. Смањење броја шкотских представника у Вестминстеру није довело и до смањења броја парламентарца у Единбургу.⁵²

Иако начин одређивања броја чланова шкотског парламента није указивао на неки духовни напор, само обликовање шкотског парламента је било резултат изврсног компаративног истраживања једнодомних парламената. Из ових истраживања Шкоти су извели закључак да су за рад парламента веома важни парламентарни одбори (*committees*), па их је образовано чак 19.⁵³ Посебан значај међу њима дат је Одбору за петиције, у коме се видео добар пример успостављања директне везе између државе и друштва и значајан облик превазилажења проблема „дефицита демократије“.⁵⁴ Давање већег значаја парламентарним одборима, уз повећање њиховог броја, као што се то показало и у случају Новог Зеланда, не доводи до смањења, него до повећања броја народних посланика.

7. БРОЈЕВИ ПОСЛАНИКА ЗА ПОСЕБНОСТ

Као елеменат који може да утиче на број народних посланика је потреба да се народно представништво појача лицима која имају посебне квалификације. У другој половини XIX и почетком XX века, Србија је имала представничко тело са једним бројем високообразованих, „квалификованих“ посланика. Данас је то случај са Индијом, у чији горњи дом од 238 чланова улази и 12 чланова из реда лица која се одликују знањима или практичним искуством.⁵⁵

⁵² A.W. Bradley, K. D. Ewing (2007), 46.

⁵³ Пленарна заседања шкотског парламента трају само дан и по у недељи. Шкотски парламент ради нашироко преко комитета мада детаљни прописи о комитетима нису унети у Закон о Шкотској, O. Hood Philips, P. Jackson (2001), 95,96.

⁵⁴ Подношење петиција постаје све популарније и „има капацитет да постане главни покретач ширења и продубљивања партиципативне демократије у Шкотској“. За подношење петиције није прописан минимални број потписника, D. Arter, *The Scottish Parliament*, 6,8,9.

⁵⁵ М. Јовичић (2006), 123. Уставом Краљевине Србије од 1888. године (чл. 5,79,100) прописано је да међу посланицима у сваком од 15 округа морају бити по два лица која су „свршили који факултет у земљи или на страни, или коју вишу стручну школу која стоји у реду факултета“.

Најзад, вишенационална структура друштва представља посебан фактор за одређивање броја народних посланика. Најбољи пример за ово пружа Кипар у чијем парламенту су места подељена између Грка и Турака. У кипарском парламенту са 80 посланичких места, њих 56 припада грчкој заједници, а 24 су предвиђена за заједницу кипарских Турака. С обзиром на подељеност Кипра, 24 места у парламенту остају непопуњена, али се она не укидају с обзиром да грчка заједница не прихвата поделу.⁵⁶

Као посебан извор посланичких мандата јављају се и дијаспоре. Мандате за дијаспору, пак, има само 11 држава у свету. Међу њима се налазе и четири европске државе: Француска, Хрватска, Италија и Португалија.⁵⁷ По логици ствари, посебна квота посланика за дијаспору требало би да постоји само међу емигрантским државама, каква су, на пример, Зеленортска острва, која имају „јаку традицију емиграције која сеже у XIX век“. Међутим, има и држава, каква је Колумбија, које немају емигрантску традицију и велику дијаспору, а опет су резервисале посебне мандате за своје грађане у иностранству. Уопште, резервисањем посебног броја посланика за дијаспору у парламенту, земља матица има за циљ да појача везу са својом дијаспором, и то тако што јој омогућава да у законодавном телу земље порекла промовише своје идеје, као и да утиче на парламентарне расправе и процесе доношења политичких одлука.

У државама с посебно представљеном дијаспором, број мандата за дијаспору креће се од 12 (у Француској и Италији) до 2 (у Мозамбику и Колумбији). У односу на укупан број посланика, број посланика дијаспоре креће се од 8,3% (у парламенту Зеленортских острва) до око 0,8 (опет у Мозамбику и Колумбији). Број представника дијаспоре требало би да зависи од њене бројности. Међутим, и у овом питању, уставна и законска решења су далеко од неког правила. За ово, понајбољи пример пружа Хрватска у којој је број представника дијаспоре од почетних 12 (у 1995. години) спао на данашњих 4 до 5. До смањења броја мандата за дијаспору дошло је услед „оштре критике међународне заједнице и опозиције“, јер је националистичка Хрватска демократска заједница освајала све мандате дијаспоре (па и кад је изгубила изборе у земљи). По последњем хрватском решењу, број мандата за дијаспору условљен је односом броја гласова у дијаспори и матици земљи.⁵⁸

⁵⁶ House of Representatives of Cyprus, [en.wikipedia.org/.../House of Representative](http://en.wikipedia.org/.../House_of_Representative), 9.10.2011.

⁵⁷ Међу државама са посебним мандатима за дијаспору су и четири афричке Алжир, Ангола, Зеленортска острва и Мозамбик, и три америчке Колумбија, Еквадор и Панама. (Diasporas represented in their home country parliaments, https://www.overseasvotefoundation.org/.../Diasporas_Represented_i, 9. 10. 2011)

⁵⁸ Diasporas represented in their home country parliaments, https://www.overseasvotefoundation.org/.../Diasporas_Represented_i, 9. 10. 2011; P. Hockenos, *Homeland calling: exile patriotism and the Balkan wars*, New York, 2003, 79.

Најзад, било је идеја да се посебност, и то професионална, узме за основ формирања парламента. Наиме, пошло се од тога да је територијална репрезентација вештачка, и да у парламенту треба да буду представљене професионалне групе као праве заједнице. Међутим, у тражењу облика професионалне репрезентације, запело је и код одређивања бирачких тела, и код броја представника за свако од њих. С једне стране, није се могло наћи решење за појединце који припадају већем броју група. С друге стране, поставило се питање „како упоредити домаћине с музичарима“, или којим бројем посланика представити индустрију, а којим пољопривреду.⁵⁹

8. ИСКУСТВО СРБИЈЕ

Развитак модерног парламента у Србији почео је са Светоандрејском скупштином 1858. године, са 377 посланика бирањих на сваких 500 пореских глава по један, и 60 посланика по положају, што је чинило укупно 437 посланика. Већ на тој многољудној скупштини било је „препирке“ око тога да се смањи број посланика, па су многи од народа изабрани посланици, „с економије, да се мање из касе троши“, хтели „да не буде на 500 глава порезки један посланик, што би по ондашњем рачуну данак плаћајући дало 377 посланика, него на иљаду један, што би број посланика у пола смањило“.⁶⁰

На Преображенској скупштини 1861. године смањен је број посланика тако што је прописано да се један посланик бира на 2.000 уместо на 1.000 „пореских глава“ као што је то било по претходном закону. Лонгворт, енглески конзул у Београду, сматрао је да је „смањењем броја чланова скупштине на 100, Кнезу омогућено да подмићивањем и застрашивањем лакше добије већину“.⁶¹ Смањење броја посланика у односу на Светоандрејску скупштину, Слободан Јовановић је објашњавао овако: „Милош је начинио скупштину два пута, а Михаило четири пута мањом него што је желела Светоандрејска скупштина. Она је држала да снага Скупштине лежи у њеном броју, али Михаило није марио те велике скупштине које брзо добијају нарав гомиле. Он је хтео мале скупштине, којима је лакше руковати“.⁶² Сам Михаило је смањење броја посланика образлагао тиме да је број посланика по претходном закону „теретан самом народу према нашој малој отаџбини“. Ипак, кнез Михаилов број

⁵⁹ К. Ј. Фридрих (2005), 241, 242.

⁶⁰ *Зписани Јеврема Грујића*, књ. II, Београд 1923, 52,53,82,103.

⁶¹ Марко Павловић, *Преображенски устав први српски устав*, Крагујевац 1997, 320.

⁶² Слободан Јовановић, *Друга влада Милоша и Михаила*, Београд 1933, 206.

од око 120 посланика није био мали према земљи од око 1,1 милиона становника.

Седамдесетих година, под Намесничким уставом, број посланика је незнатно повећан на 129 (97 изборних и 32 од Кнеза именована). Са Уставом од 1888. године, уместо већинског уведен је пропорционални изборни систем. Број посланика је, према броју пореских обвезника, имало да одређује посебно тело – Државни одбор.⁶³ Под Уставом од 1888. године, Народна скупштина је имала 134 посланика. За време другог важења Намесничког устава (1894–1901), број изборних посланика попео се на 200, па је укупан број са тзв. Кнежевим посланицима износио 260. Поводом повећања броја посланика, Никола Крстић је забележио да је „аномалија кад се каже да држава не може да плаћа своје дугове, а овамо се у држави без прекида чине излишни издатци ... Нека се само узме у оцену колике новце кошта Скупштина. Број је посланика ... знатно увећан и променом Закона изборног повећана је и дијурна посланицима. И бар да је што урадила та Скупштина, па била састављена како му драго, али она не уради ништа, или скоро ништа и баш ништа добро“.⁶⁴

Уставом од 1901. број посланика је преполовљен. Њиме је прописано да Народна скупштина броји 130 чланова. Уз Народну скупштину установљен је Сенат од 51 члана.⁶⁵ Под Уставом Србије од 1903. године, број посланика (одређиван и даље према броју пореских обвезника) до 1912. године био је 160, а од 1912. (с обзиром на нови прорачун) повећан је на 166. Према попису из 1905. године, Србија је имала 2,7 милиона становника.⁶⁶ Све у свему, Кнежевина и Краљевина Србија, највећи број посланика имала је по Уставу од 1901: укупно 181.

Посебно место у српској уставноправној теорији имала је уставна Велике Народне скупштине, која је и названа по броју чланова. До Устава од 1888, она је била четири пута већа од обичне. Тим Уставом прописано је да се за Велику Народну скупштину бира „два пута онолико посланика колико за Обичну Народну Скупштину“, с

⁶³ Тако, за изборну 1893. годину, „Државни одбор, већ 2. јануара објави број пореских глава, и према њему, број посланика колико ће их се бирати на дан 25. фебруара о.г.“, Живан Живановић, *Политичка историја Србије у другој половини деветнаестог века*, књ. I, Београд 1923, 254; књ. III, 1924, 163.

⁶⁴ Никола Крстић, *Дневник јавни живот*, IV, Београд 2007, 245.

⁶⁵ Марко Павловић, *Правна европеизација Србије 1804 1914*, Крагујевац 2008, 294. Према чл. 65 Устава од 1901, „Народну скупштину састављају народни посланици, које народ слободно бира ... Народни посланика има 130. Београд бира 2 посланика, а окружне вароши, као и општине таковска и добрињска, по једног. Остали број бирају окрузи по окружним листама према сразмери свог становништва. У свакој окружној листи мора бити један кандидат који је свршио факултет у Србији или на страни“.

⁶⁶ *Servia by the Servians*, London 1909, 2.

тим што она није имала квалификованих посланика. Велика Народна скупштина углавном је критикована као орган уставне ревизије, и то како због некомпетентности, тако и због своје бројности. Живојин Перић је тврдио да је Велика Народна скупштина неспособна за уставотворни посао, јер „уколико је једно тело многобројније, утолико је мање способно да дискутује и решава са оном мирноћом и оном прибраношћу, које су битан услов за користан законодавни рад“.⁶⁷

Уставом Србије од 1990. године, који је значио повратак „у свет нормалне уставности“,⁶⁸ утврђен је број од 250 народних посланика.⁶⁹ Уставописци су пошли од кубног корена броја становника, па су га „заокружили“ на 250.⁷⁰ Овај број преузет је у Устав од 2006. године, у виду одредбе да „Народну скупштину чини 250 народних посланика“.⁷¹

У првој половини 2009. године отворено је питање смањења броја посланика. У том отварању кључна је била изјава Председника Републике „да би требало мењати Устав, јер у српском парламенту седи превелики број посланика“.⁷² Ускоро су уследили ставови неколико политичких странака, који изгледају као својеврсна обрнута лицитација (ко да мање). Једна странка се изјаснила за смањење на 200, друга на 150, а трећа за то да се број посланика преполови, тј. да се смањи са садашњих 250 на 125. Последња иницијатива ушла је у скупштинску процедуру 15. марта 2011. године. Иницијатива за преполовљење броја чланова парламента Србије подржана је од знатног броја грађана (преко 300.000).⁷³ За ово се може наћи више разлога. Тако, грађани уопште имају једноставну потребу да их др-

⁶⁷ М. Павловић, (2008), 287.

⁶⁸ Уводна реч Миодрага Јовичића, *Архив за правне и друштвене науке* 2 3/1991, 173.

⁶⁹ Према чл. 74 Устава, „Народна скупштина има 250 народних посланика“. Изборне јединице су биле једномандатне: „народни посланик представља грађане изборне јединице у којој је изабран“, *Службени гласник РС*, бр. 1/1990.

⁷⁰ По сећању проф. др Ратка Марковића, саопштеног аутору овог текста, уставописци су баратали бројем мањим од 200 (вероватно 180), али је један професор са Факултета политичких наука изнео примедбу на волунтаристичко одређење, скрећући пажњу на теорију кубног корена, као научно решење за број посланика. С обзиром на то да је Србија у време доношења устава имала око 9,450.000 становника, кубни корен овог броја је 212.

⁷¹ До доношења Устава од 2006. године, критике о броју посланика биле су веома ретке. Једну од њих (под насловом „Колико посланика треба да има Скупштина Србије пресудна политичка воља“) пренела је *Политика*, 18. новембра 2004.

⁷² Уставне препреке европским интеграцијама Србије, *Политика*, 15. март 2010. У ствари, прва иницијатива да се смањи број посланика, и то са 250 на 150, потекла је (12. јануара 2009) из „врха демократске странке“, „Смањити број посланика са 250 на 150“, www.blic.rs/Vesti/Politika, 26.07.2011.

⁷³ „Оспоравање Устава“, *Политика*, 7. новембар 2010; „Предлог за промену Устава ушао у процедуру“, www.naslovi.net, 28.07.2011.

жава што мање кошта. У условима економске кризе, та потреба је израженија, па је у грађанству лако наћи подршку за разне буџетске уштеде. Као основ за смањење броја посланика само по себи намеће се то што „Скупштина Србије је институција у коју грађани имају веома мало поверења, а већи део јавности према посланицима гаји изузетно негативна осећања“.⁷⁴ Следствено, смањење броја посланика било би једна популарна мера. Међутим, непопуларност чланова популарног изборног тела има своје разлоге. Понајважнији међу њима је слаба или никаква контрола владе. Парламентарна контрола, пак, не може се побољшати драстичним смањењем броја посланика, нити уопште самом по себи променом броја посланика.⁷⁵

Поставља се питање да ли промена у броју становника Србије опомиње на потребу промене броја парламентарца. Наиме, према прелиминарним резултатима пописа 2011, од преко 7,5 милиона пописаних, нешто преко 7,1 милион има пребивалиште у Србији. У овај број није урачунато више од 1,7 милиона становника Косова и Метохије. У односу на попис из 2002, укупан број становника Србије смањен је за око 377.000.⁷⁶ Ипак, према моделу кубног корена, који би се рачунао према 7,1 милиона, парламент Србије требало би да броји око 192 члана. Ако би на Србију применили ирски модел, број од 250 посланика био би близу доње границе. Уопште, када се број чланова Србијиног парламента стави у упоредни контекст, могли би се наћи разлози за невелико смањење, као и разлози за незнатно повећање. Најзад, треба имати у виду да се и знајачне политичке одлуке доносе прилично ирационално. Питање смањења броја посланика је веома погодно за такво решавање. Баш због тога, пре доношења једноставног и једностраног решења треба сагледати последице „абнормалног“ смањења броја посланика за рад парламента.⁷⁷

⁷⁴ Slaviša Orlović, „Parlamentarizam i partijski život“, www.politikolog.com/parlamentarizam.pdf, 17.08.2011.

⁷⁵ Контролна функција парламента је важнија од законодавне. Међу средствима контроле владе, најефикаснија је интерпелација. У време њеног процвата, „укупан број итерпелација у француском парламенту између 1924 и 1928. године, које су се састојале од дискусија праћених изгласавањем поверења или неповерења, било је 152“, К. Ј. Fridirh (2005), 262, 287. Парламент Републике Србије, у периоду од 2008 до 2012. године, биће запамћен по томе што је на његовом дневном реду интерпелација била само два пута. Све у свему, контрола владе првенствено зависи од активности посланика, али и од других фактора, а посебно од посвећености слободних медија решавању друштвених проблема. „Посланици поднели шест, расправа само о две интерпелације“, www.dnevnik.rs/politika/poslanici_podneli_sest_rasprava_o_samo_dve_interpelacije; Марко Павловић, „Колико нам је потребно народних посланика“, *Печат*, 160, 8. април 2011, 29; Марко Павловић, „Пословник Народне Скупштине Републике Србије“, *Скупитински пословници*, Београд 1998, 34, 41 45.

⁷⁶ Први резултати пописа, <http://popis2011.stat.rs/?cat=19>

⁷⁷ Бирократизација (*red tape*) и корупција су појаве које се доводе у везу са бројем парламентарца. На овом неистраженом пољу, лансиране су две сасвим

9. ДЕМОКРАТИЈА И БРОЈ ПОСЛАНИКА

Број народних посланика се првенствено одређује према броју становника и према природи функције народног посланика. Природу посланичке функције понајбоље је, пре 150 година, дефинисао Тодор Туцаковић, преко слике о посланику који је о свој врат „обесио“ судбине хиљаде бирача. Наиме, 1861. године, овај несудбени председник Преображенске скупштине, изашао је „пред астал, наслони се назад рукама и онда ће викнути: А ја вам, браћо, велим да што год ко има на срцу, нека баш овде у скупштини изнесе, сваки предлог, жалбу или жељу. Зато смо се ми овде и сакупили да кажемо у име народа шта имамо. *Ми смо сваки, браћо, обесили бар по три хиљаде глава о врат, и ми морамо овде право радити и говорити.*“ Другим речима, народни посланик је „брижна мати“ свакодневног живота и стуб правног поретка. Када негде нешто „запне“ у неком сектору управе, или у неком сектору правосудја, он одмах – сам или са групом народних посланика – треба да алармира надлежног министра посланичким питањем и интерпелацијом. Посланику на располагању стоје и анкета и истрага. Уз то, народни посланик може да реагује и подношењем предлога закона. С обзиром на обим и значај послова који су им поверени, народних посланика мора бити у нужном и довољном броју.

Иако је народни посланик представник целе нације, он је везан за одређени круг бирача (територијално и проблемски). Смањење броја посланика има за последицу ширење задатог радијуса кретања за једног посланика. Ако би се број посланика смањио испод одређеног броја, задати радијус кретања за свакога од њих би се проширио преко снаге просечног човека, па народни посланик не би могао ваљано да обавља свој посао. Ако би се, пак, посланику повећао број помоћног особља, посланичка функција би се бирократизовала.

Значај броја народних посланика начелно произлази из чињенице да се у демократијама одлучује бројном већином. Народни посланици се бирају на основу скупљеног броја гласача, односно већине; одлуке у парламенту се доносе бројном већином. Речју, демократија се заснива на квантитету. Уз то, што је већи број, то је демократски боље, то је већи демократски квалитет односно

супротне теорије. По једној, више парламентарца доводи до бирократизације и подстиче корупцију: „More representatives produce more laws and regulations, which in turns lead to more red tape and induce more corruption“. Речју, велики парламенти могу да буду „купљивији“ („more easily ‘buyable’ than smaller ones“). По другој теорији, утицај сваког посланика опада са повећањем броја. Лобисти су спремнији да плате више како би купили глас када је број посланика мањи. Све у свему, пословне баријере су веће у земљама са мањим парламентима, Е. Auriol, R. J. Gary Bobo (2011), 28-31.

легитимитет изабраника и донете одлуке.⁷⁸ Следствено, бројнији парламенти су начелно бољи од мање бројних парламената.⁷⁹ Када се има у виду да је у модерној држави парламент измишљен као решење за проблем немогућности да се бирачи искупе на једном месту да би дебатовали о законима,⁸⁰ пререпрезентованост сама по себи никад није мана демократије.

У ствари, у основи овога става лежи Русоово гледиште о исправности непосредне и искварености посредне демократије. „Чим јавна служба – каже Русо – престане да буде главна брига грађана и чим они више воле да служе држави својом кесом него својом личношћу, држава се већ налази на ивици пропасти. Треба ли ићи у бој? – Они плаћају војску и остају код куће; треба ли ићи у државно веће? – они именују посланике и остају код куће. Захваљујући лености и новцу, они најзад имају војнике, који ће потчинити отаџбину, и представнике, који ће је продати.“ Добро уређена држава, по Русоу, је она у којој „свако хита на скупштину“.⁸¹ Следствено, ако су политички представници нужност, они ће утолико бити ближи идеалу непосредне демократије, уколико бројем и активношћу буду боље попунили простор између себе и бирача.⁸² Оптимални број народних посланика је највећи број који се одређује према функционалним

⁷⁸ Ваља имати у виду да већина у демократији никако не искључује обавезу поштовања мањине. У ствари, већина и мањина су само две стране исте демократске појаве, односно „општег прихватања да не само већина него већина и мањина заједно представљају нацију“. Тако је у Великој Британији било и у периоду 1931-1935 „када је комбинована опозиција имала само 59 гласова, насупрот 556 гласова, колико је имала Национална коалиција“, К. J. Fridrih (2005), 276,283.

⁷⁹ У овом смислу, душло већу репрезентативност ОЕЦД (организације коју су основале, 1960, САД и Канада са 18 држава Западне Европе) у односу на земље Латинске Америке, Лејн и Ерсон доводе у везу са снагом демократских институција: „Узимајући у обзир разлике у броју становника, у земљама ОЕЦД а има око два пута више посланика у доњим домовима њихових парламената него у земљама Латинске Америке. Стога, можемо се упитати да ли се може сугерисати тако једноставан механизам да што је већи број чланова парламента, то су и јаче демократске институције?“, J. Lane, S. Ersson (2000), 160.

⁸⁰ Слободан Јовановић, *Држава*, Београд 1936, 176.

⁸¹ Žan Žak Ruso, *Društveni ugovor*, Београд 1993, 94.

⁸² У овом смислу, М. Јовичић је износио да „апстрактно посматрано, свака демократија има боље услове да се реално оствари уколико је у питању мања политичко територијална јединица. У таквим јединицама, демократија прво може да буде, у правно техничком смислу, непосредна, тј. у њима може да буде примењен и такав облик демократске владавине као што је скуп свих грађана који је у већим јединицама немогућно применити. Међутим, и уколико то није случај, него су примењени облици посредне, представничке демократије, она је у мањим јединицама у сваком случају ‘непосреднија’ него у већим. Растојање између грађана и власти, оличене у њиховим представницима, је мање и међусобни односи ближи, засновани на узајамном познавању и поверењу оних који управљају и оних којима се управља“, Миодраг Јовичић, *Локална самоуправа*, Београд 2006, 111.

могућностима једног скупа људи да обави специфичан круг послова. Уз то, функционални стожер одређивања броја народних посланика праћен је низом других фактора међу којима посебно место заузима компаративни увид. Све у свему, број посланика једне земље требало би одредити тако што би се прво направио преглед бројног стања парламената земаља са приближним бројем становника. Затим, међу тим парламентарним бројевима, за полазни број би се узео број највећег парламента. Најзад, коначан број посланика једне земље би се добио тако што би се извршиле корекције полазног (компаративног) броја према осталим релевантним факторима те земље.

Dr. Marko Pavlović

Full Professor

University of Kragujevac Faculty of Law

THE QUESTION OF NUMBER OF MEMBERS OF THE PARLIAMENT

Summary

The author examines different formulas for deciding on a number of the members of the parliament (MPs) in contemporary states, and proposes that certain formulas indicate strength of federation. As a result of rich comparative analysis he claims that increase in numbers of the MPs usually reflects population growth, or an effort to strengthen and expand functions of the parliament and of the MPs. Decrease in number of the MPs typically comes as an attempt to control or reduce the costs of the state functioning. Finally, the author sees correlation between the number of the MPs and the quality and quantity of democracy in any given country. Finally the author examines experience of Serbia and suggests re-thinking of its MPs number.

Key words: *Number of MPs. – Population. – Federation. – Increasing and Decreasing the Number of the MPs. – Number of MPs representing special categories.*

Др. Саша Б. Бован*

ТУМАЧЕЊЕ ПРАВА КАО ВРЕДНОВАЊЕ НА ОСНОВУ КОНТЕКСТА ПРИЛОГ КОНСТРУКТИВНОЈ ТЕОРИЈИ ТУМАЧЕЊА

У раду се трага за одговарајућим одређењем тумачења права полазећи од Хајдегерове инверзије телеолошког односа између тумачења и разумевања, те од разликовања значења и значаја неког значења за тумача, на чему инсистирају Е. Бети и Е. Д. Хири. Овај приступ, утемељен на својеврсном критичком еклектизму, заснива се и на укритању лингвистичке прагматике и вредносне јуриспруденције Алфа Роса.

Позивањем на Хајдегера истиче се разлика између разумевања (откривање значења) и тумачења (објашњење значења) како би се наговестила тежина херменеутичког задатка. Позивање на Бетија и Хириша иде у правцу решења за које аутор сматра да надилази и превазилази спор између интенционализма (Шлајермахер) и антиинтенционализма (Гадамер). Отуд истиче контекстуални карактер тумачења, уз критику постојећих гледишта о контекстуализацији тумачења. Најзад, помоћу синтагме „објашњење значења“ и позивањем на лингвистичку прагматику те вреднујућу јуриспруденцију А. Роса, излаже се идеја тумачења као вредновања, али које је увек вредновање на темељу неког контекста (функционалног, ситуационог, индивидуалног). У раду се истиче и значај оваквог одређења тумачења за општу херменеутику у погледу издвајања новог херменеутичког канона (канон преиспитивања тумачења) који је метод суочавања са контекстуалном и аксиолошком природом тумачења, и за јуристичку херменеутику, у правцу комплекснијег захватања два кључна проблема ове дисциплине: питања природе јуристичког закључка и питања технологије (поступка) извођења тог закључка (канони, аргументи тумачења права).

Кључне речи: *Правна херменеутика. Природа тумачења. Појам тумачења права. Контекстуални и аксиолошки карактер тумачења права.*

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

1. ХАЈДЕГЕРОВА ИНВЕРЗИЈА ТЕЛЕОЛОШКОГ ОДНОСА ИЗМЕЂУ ТУМАЧЕЊА И РАЗУМЕВАЊА

Традиционална херменеутика почива на „природном“ телеолошком односу тумачења и разумевања, где је тумачење (*interpretatio*) средство за постизање разумевања (*intelligere*). Темелна претпоставка заснивања овог односа је наивна латинска максима „у јасноћи се не тумачи“ (*in claris non fit interpretatio*).¹ По овом гледишту, тек када неко место у тексту нисмо схватили, ми прибегавамо тумачењу које је природни *telos* разумевања. Тумачење према томе претходи разумевању и то на начин да се стапају у стандардном одређењу где се тумачење дефинише као откривање значења, тј. смисла неке поруке (правне норме), или како Е. Бети каже, тумачење је довођење до разумевања.² Наравно, ово гледиште не треба банализовати. Наиме, и сам Бети каже да „говор ближњег не треба схватити као физички предмет, који је готов за употребу, па га треба само прихватити“.³ Међутим, овај приступ истиче несавршеност језика као кључну препреку успешног разумевања. Овде се истиче да постоје неки други и битнији разлози који отежавају разумевање, разлози који бацају другачије светло на функције тумачења и однос разумевања и тумачења. Ти разлози се огледају у контекстуалној и аксиолошкој природи тумачења. Чини се да је у изложеном правцу М. Хајдегер дао немерљив допринос заснивању једне нове херменеутике.

Хајдегер је изокренуо телеолошки однос између тумачења и разумевања, тако да разумевање није последица тумачења, односно тумачење није тек расветљавање разумевања него откривање пројектованих могућности садржаних у разумевању.⁴ Дакле, разумевање сада претходи тумачењу које се схвата као разрађено, прерађено разумевање (тумачење као раз – лагање нечег већ имплицитно предразумљеног: *Aus – einander – legung*). Тумачење је заправо самоу свајање разумевања. У њему разумевање разумевајући усваја оно што је разумео.⁵ Према томе, пошто је разумевање нека врста претходног (првобитног, изворног) поимања,⁶ тумачење је његово

¹ Како истиче М. Хесе „језик и мисаони облици које проучавамо нису разумљиви сами по себи без тумачења, а наш властити језик и мисаони облици нису прилагођени да им одговарају, па је зато тумачење увек проблематично и скопчано са извргањем смисла“, Mary Hesse, *Revolutions and Reconstructions in Philosophy of Science*, Brighton 1980, 168.

² Емилио Бети, *Херменеутика као општа метода духовних наука*, Нови Сад 1988, 60 61.

³ *Ibid.*, 61.

⁴ Мартин Хајдегер, *Битак и време*, Београд 2007, 184.

⁵ *Ibid.*,

⁶ Хелмут Фетер, *Херменеутички огледи*, Београд 2000, 37, Данило Баста, „Херменеутика и право“, *Гледишта* 3 4/1990, 98; Ерик Доналд Хирш, *Начела тумачења*, Београд 1983, 148 160.

самоосветљење. У крајњој линији, Хајдегер прави разлику између разумевања као откривања значења и тумачења као објашњења тог значења (тумачење као продубљено разумевање).

Као и код Дилтаја, и код Хајдегера разумевање израста из практичних интереса и придаје му се велики значај.⁷ Међутим, код Дилтаја то је елементарно разумевање које израста у теоријско *intelligere*, тј. засебну методу духовних наука, што значи да има наглашено епистемолошки карактер (природу објашњавамо, друштвени живот разумевамо – идеја водиља В. Дилтаја). Насупрот томе, Хајдегер одређује разумевање као моћи – бивствовати.⁸ У контексту његове херменеутичке феноменологије то значи да оно има, како истиче Д. Баста, карактер „фундаменталног егзистенцијала“.⁹ Према томе, разумевање је питање опстанка, тј. начин егзистенције тубивства (човека), или како то Хајдегер „уме“ да каже: „Разумљење је егзистенцијални битак властитог моћи – бити тубитка самог“.¹⁰ У својим предавањима из херменеутичке фактичности (1923. год.) он изражава исту идеју са позивом на опстанак (фактичност) тако да је разумевање сада „Како самога опстанка (будност опстанка за себе самога)“.¹¹ Егзистенцијални значај разумевања, где је оно експонент бриге за сопствени опстанак, начин на који нам се обзнањује фактичко, указује на значај и деликатност тумачења: тумачење није тек *tehne* разумевања, већ је бригауће разумевања, односно „бивствујуће бића самога фактичкога живота“.¹²

Овим долазимо до кључне категорије Хајдегерове херменеутике, до појма који нам најпрегнантније указује на суштину и значај тумачења. То је појам предразумевања.

Полазећи од предразумевања као основне херменеутичке категорије Хајдегер уводи у херменеутику на велика врата идеју контекста тумачења, наравно у трансценденталној интерпретацији.¹³ Али, не само то. Предразумевање је појам који указује на тежину херменеутичког задатка и могућност самонеспоразума у разумевању с обзиром на контекст тумачења, односно појам који објашњава и оправдава инверзију телеолошког односа између тумачења и разумевања.

⁷ Х. Фетер, 36.

⁸ М. Хајдегер, 184.

⁹ Д. Баста, 98.

¹⁰ М. Хајдегер, 180.

¹¹ Мартин Хајдегер, *Онтологија херменеутика фактичности*, Нови Сад 2007, 21.

¹² *Ibid.*, 22. О односу разумевања и тумачења код Хајдегера у: Жан Гронден, *Увод у филозофску херменеутику*, Нови Сад 2010, 141 148.

¹³ М. Хајдегер, 186 187.

Наиме, тумачење као самоусвајање разумевања за Хајдегера постаје рефлексивно освешћење сопствене предструктуре разумевања: „Оно разумљено, које је у предимању држано и предвидно – опрезно визирано, тумачењем постаје појмљиво“.¹⁴ Имајући у виду чињеницу да је опстанак погођен склоношћу да се мимоилази са самим собом, да је тумачење откривање или израда у разумевању пројектованих могућности, наше се разумевање може преварити, што значи да неспоразум у разумевању није изузетак већ правило. До заблуде долази пре свега када наше неосветљене предрасуде (предразумевање као суд донет пре коначног испитивања свих аспеката неке тематике – предмњење тумача, и важније, предразумевање као контекст тумачења тј. као извор пројектованих могућности – предструктура разумевања) загосподаре оним што је својствено тексту и прикрију га. Наравно, поента није у томе да се предструктуришућа протумаченост искључи из интерпретације него расветли на прави начин, јер је она заправо кључни извор интерпретативних питања. У том правцу Ж. Гронден каже: „Дакако, Хајдегерову интенцију не треба схватити погрешно, у смислу да се тумачење текста исцрпљује у рашчлањивању тумачевог субјективног предразумевања текста, готово без обзира на тумачени текст. Интерпретација која, ипак, смера на докучивање нечега другог, тада би се изродила у чудновати монолог тумача са сопственим предразумевањем“.¹⁵

Према томе, основни задатак тумачења је учинити прозирном сопствену херменеутичку ситуацију и суочити се са позадинском протумаченошћу текста (тумачење као истовремени процес суочавање интерпрета са сопственом субјективношћу и са контекстом тумачења), што можемо постићи само путем истинског дијалога који се успоставља између текста и тумача, али тумача који припада својој традицији у односу на коју се мора дистанцирати. Или, како то истиче Х. Фетер, тумачење се „не тиче само односа неког појединог субјекта према каквом тексту, него и односа неког субјекта који припада својој традицији према њеном усвајању“.¹⁶ Слично каже Ж. Гронден: „Дакле, предструктуру која је изграђена путем тумачења, а која се на тај начин уздиже, треба такође унети у поставку интерпретације“.¹⁷ Коначно, полазећи од могућности самонеспоразума у разумевању, инверзија телеолошког односа између тумачења и разумевања постаје нужна а састоји се у томе што разумевање претходи тумачењу и састоји се у откривању смисла, тј. језичког значења неког текста (поруке, правне норме). Након тога следи суочавање са предструктуром разумевања тј. тумачење које се

¹⁴ *Ibid*, 186.

¹⁵ Ж. Гронден, 146 147.

¹⁶ Х. Фетер, 39.

¹⁷ Ж. Гронден, 148.

испољава као објашњење значења, односно као откривање контекстуалног значења (откривање значења текста полазећи од одговарајућег контекста), када се тумач суочава и са својом субјективношћу. Наравно, овде је из аналитичких разлога, и ради истицања суштине и значаја тумачења, указано на две фазе процеса тумачења, које се у пракси одвија као јединствен процес.

На овоме месту потребно је поменути Х. Г. Гадамера,¹⁸ који је до краја изоштрио и радикализовао проблем предрасудности разумевања чињеницом да је предрасуде прогласио условима разумевања, чиме је у исто време придао велики значај идеји о контекстуалном карактеру тумачења.¹⁹ Он је заправо на свој начин, полазећи од Хајдегера, наново указао да се разумевање и тумачење никада не одвијају у херменеутичком вакууму где чиста свест „ради“ са чистим предметима. Тај простор испуњавају наше предрасуде (оправдане – предрасуде ауторитета, и неоправдане – предрасуде превелике журбе, пристрасност) које надилазе интерпрета.²⁰ У борби да се разлуче продуктивне предрасуде које омогућавају разумевање, од оних непродуктивних које доводе до неспоразума, у том између, настаје херменеутика.²¹ Део овог сложеног односа (борбе), заправо кључни херменеутички задатак је сучељавање расветљених предрасуда и текста. Читав овај процес се одвија у једној врсти дијалога (Гадамер – замисао потпуности), неке врсте заједништва и усаглашавања интерпрета и аутора текста.²² Херменеутички захват је заправо покушај синтезе, продор у предање у којем се стално посредују прошлост и садашњост, али

¹⁸ Имајући у виду циљеве рада, Хајдегерово херменеутичко замисао биће представљена само кроз опус Х. Г. Гадамера. Осим тога, опште је место да после Гадамера у херменеутици нема нових, иновативних поставки. Како то сажето каже Борман: „In Gadamer's Werk hat die Hermeneutik wohl ihre letzte grose Ausprägung erhalten“, Claus von Bormann, „Hermeneutik I“, *Theologische Realenzyklopadie*, XV, (Hrsg. v. G. Muller), Berlin New York 1986, 130. Не треба заборавити наравно Пола Рикера, али ипак он не доноси ништа ново у односу на Гадамера. Његов познати став: „Путања неког текста измиче ограничавајућем животном хоризонту свог аутора. Оно што нам текст данас говори значајније је од онога што је аутор хтео да каже, и свако излагање развија своје намере у кругу неког смисла, који је раскинуто везаности за психологију његовог аутора“, уклапа се ипак у Гадамерово становиште, Paul Ricoeur, „The Model of the Text: Meaningful Action Considered as a Text“, *Social Research* 3/1971, 534. Поменућемо још и Г. Мадисона и његову интерпретацију Гадамера кроз појам „трансценденције у иманенцији“ (Диркем ову позицију означава као агелички трансцендентализам), где се херменеутички предмет спаја са интерпретативним искуством (објективност текста не може се одвојити од субјективности тумача), Гари Б. Мадисон, „Критика Хиршовог појма ваљаности“, *Гледишта* 3 4/1990, 75, 78. О осталим струјама у херменеутици, Ж. Гронден, 23 24

¹⁹ Ханс Георг Гадамер, *Истина и метода, Основи филозофске херменеутике*, Сарајево 1978, 310.

²⁰ *Ibid.*, 310 313.

²¹ *Ibid.*, 329.

²² *Ibid.*, 327.

на начин да свако време (садашњост) садржаје предања (прошлост, текст који се тумачи) разумева другачије управо због тога што се предрасудност (актуална традиција, контекст интерпрета) умеће између интерпрета и аутора текста.

Наравно, предрасудност разумевања неизоставно треба промишљати полазећи од два онтолошка принципа на којима се темељи Гадамерова филозофска херменеутика. То су: темпоралност битка (повесност разумевања) и језичност битка.

Темпоралност битка је принцип који говори о онтолошкој природи времена. Њиме се успоставља онтолошки јаз између прошлости и садашњости, што у херменеутици отвара простор за тумачењима неоптерећеним занимањем за првобитну намеру аутора. Како истиче Е. Д. Хирш, упадљива противречност овог приступа је у томе што Гадамер покушава да стопи прошлост и садашњост, а ипак инсистира на њиховој онтолошкој оделитости, односно што дозвољава могућност стапања хоризоната а у исто време инсистира на радикалном историзму (повесности разумевања).²³

Језичност битка подразумева да се текст одваја од писца и добија самосталну егзистенцију независну од било које појединачне свести и мишљења као таквог. Радикални историзам (предрасудност) нас упозорава на наивни објективизам (заправо суштински субјективизам) и методизам у тумачењу, али не може да заснује универзалност херменеутике без поставке о језичности бића, којом се у крајњој линији семантичка аутономија језика манифестује као метафизичка аутономија значења.

Све у свему, Гадамер из овога извлачи одговарајуће закључке. Први је да се процес разумевања схваћен на изложени начин опире покушају методизације.²⁴ Други, за нас овом приликом важнији, каже нам да процес разумевања и тумачења морамо посматрати као поступак конструkcије смисла а не тачне репрезентације смисла, и то, због традиције схваћене као предрасудност (легитимне предрасуде, ауторитет) која се умеће између аутора и интерпрета.²⁵

²³ Е. Д. Хирш, 287. Можда је у односу на ово питање доследнија позиција Мадисона И Рикера који у постмодернистичком маниру укидају напетост између текста и смисла ставом о јединству херменеутичког предмета и интерпретативног искуства (смисао текста не може се ни под каквим околностима одвојити од смисла који он има за нас; тумач као критеријум за смисао текста; смисао текста постоји само унутар свести која тумачи, итд.): Г. Б. Мадисон, 75, 78 79, Р. Ricoeur, 534; о односу Рикера и Гадамера код Francisco J. Gonzales, „Dialectic and dialogue in the hermeneutics of Poul Ricoeur and H. G. Gadamer“, *Continental Philosophy Review* 3/2006, 313 345.

²⁴ Х. Г. Гадамер, 324, 327, итд.

²⁵ О Гадамеровом схватању традиције у нашој новијој литератури вид. Саша Радојчић, „Гадамерово схватање традиције“, *Филозофија и друштво* 1/2009, 71 91.

Другим речима, Гадамер говори о функцијама традиције (предрасудности) у процесу тумачења првенствено како би засновао и развио свој антиинтенционалистички приступ тумачењу. Међутим, у исто време, на темељу појма предрасудности он заснива идеју о контекстуалном карактеру тумачења.

2. ТУМАЧЕЊЕ И КОНТЕКСТ

Дебата о Хајдегеровом и Гадамеровом моделу контекстуализације тумачења који почива на појму предрасудности (предразумевања) само је увод у причу о тешкоћама тумачења права, од којих су, по нама, оне везане за контекст и највеће (много веће него оне које се односе на несавршеност језика и недовршеност општих правних норми). На тежину херменеутичког задатка с обзиром на уметање контекста између тумача и аутора текста указује читава херменеутика. Међутим, можда је деликатност процеса тумачења с обзиром на ову околност најбоље изразио Шлајермахер својим чувеним универзализовањем неспоразума као усуда тумачења. Он заступа херменеутички програм „више метода“, односно залаже се за ригорознију методску праксу у тумачењу. Од Шлајермахера потиче упозорење да „херменеутичка правила морају бити више методска“,²⁶ односно формула коју неуморно потенцира у свим радовима да се „говор најпре разуме онолико добро колико га је разумео сам аутор, а потом и боље“.²⁷ Све ово значи да универзализовањем неспоразума Шлајермахер обара наивну претпоставку традиционалне херменеутике о томе како је разумљивост у комуникацији између два субјекта правило а не разумевање (неспоразум) изузетак. У крајњој линији, он је као нико пре њега у херменеутику на велика врата увео опрез и скепсу, тј. непобитно указао на непремостиву напетост између текста и означеног ауторовог значења и смисла који текст (узначено значење) има за тумача.

Међутим, овом приликом интересује нас шта је мотив Шлајермахеровог залагања за чвршћом методиком тумачења, односно зашто је родоначелник нове херменеутике стајао на становишту да разумевање никада не може бити потпуно и довршено, да је боље разумевање недостижни *телос* тумачења, те да напетост између аутора значења и интерпрета херменеутичка правила никада не могу у потпуности отклонити.²⁸ Другим речима, какав је то духовни повор који дели аутора неког текста и тумача који наводи Шлајермахера

²⁶ Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher, *Hermeneutik und Kritik* (Hgrs. v. M. Frank), Frankfurt/M. 1977, 84.

²⁷ *Ibid.*, 94, 104.

²⁸ *Ibid.*, 81.

на закључак да је неспоразум кључна реч за утемељење читаве херменеутике,²⁹ због чега се и залаже за строжу праксу у тумачењу.

Наравно, прво имамо у виду несавршеност језика која је константа херменеутичког напора и на коју Шлајермахер непрестано указује формулом да се говор најпре разуме онолико добро колико га је разумео и аутор, а потом и боље. Међутим, ова формула крије једну општију и дубљу тешкоћу тумачења која израста из основног херменеутичког задатка како га одређује Шлајермахер, а састоји се у изокретању акта говорења како би се открила мисао која стоји у темељу говора, јер сваки говор почива на некој ранијој мисли (реконструктивна функција тумачења).³⁰ Имајући у виду ову околност Шлајермахер језик анализира са граматичке и психолошке (техничке) стране.³¹ На граматичкој равни херменеутике језик се посматра из тоталитета његове синтаксе, док се из психолошког угла језик посматра као израз нечега унутрашњег, тј. мишљеног. Међутим, поставља се питање да ли се психолошка страна језика, како је означава сам Шлајермахер, може свести на психологизирање.³² Мислимо овде на низ његових изјава где се језик посматра на начин модерне лингвистичке прагматике, што значи да се психолошка страна језика може посматрати као синоним за мишљено (премештање тумача у душу аутора) али и као синоним за контекстуалност (премештање тумача у контекст оног мишљеног). Он говори о томе да људи под једном те истом речју не подразумевају увек исто, о потреби читања између редова, и најзад, јасно и недвосмислено, о томе како сваки говор или писано дело треба објашњавати из целине живота његовог творца и културне епохе којој он припада.³³ Из изложеног, али и из чињенице великог утицаја који је на Шлајермахера имао његов учитељ Фридрих Аст,³⁴ чији је приступ тумачењу наглашено контекстуалан, можемо исто закључити и за Шлајермахерову херменеутику, односно можемо поуздано стати на становиште да неспоразум као усуд тумачења у великој мери упућује не само на тешкоће досезања унутрашње мисли аутора, већ и на тешкоће сагледавања контекста мишљеног.

Хајдегер је касније, на темељу своје трансценденталне интерпретације разумевања, поновио Шлајермахерову идеју о херменеутичком опрезу која се сада испољава као могућност самонеспоразу-

²⁹ *Ibid.*, 92, 328,

³⁰ *Ibid.*, 76, 78.

³¹ „Friedrich Schleiermachers Allgemeine Hermeneutik von 1809/10“, *Schleiermacher Archiv* 1/1985, 1276, према: Ж. Гронден, 111.

³² Међу специјалистима за Шлајермахера (Х. Кимерле, Х. Бирус, М. Потепа, В. Вирмонд, итд.) питање о томе шта треба подразумевати под „психичким“, још увек је актуелно.

³³ F. Schleiermacher, 335.

³⁴ Ж. Гронден, 119.

ма приликом суочавања са сопственом предструктуром разумевања. Међутим, чини се да могућност неспоразума Хајдегер види у једној другој околности, односно не само у тешкоћама реконструисања контекста ауторовог значења, већ пре свега у тешкоћама дистанцирања од сопствене предструктуре разумевања, односно од контекста којем припада и сам тумач.

Посматрајући идеју контекстуализације код Гадамера, видимо да он са позиције радикалног историзма развија до крајњих консеквенци идеју о предразумевању као своје виђење проблема контекстуализације тумачења, где заправо понавља Хајдегерову идеју о потреби дистанцирања тумача од своје традиције, што је основни предуслов објективног разумевања (имајући у виду наравно све могуће замерке његовом схватању контекста тј. традиције, које му, чини се сасвим оправдано, упућује Е. Д. Хирш). Истакнимо да Гадамер чак дотиче и питање контекста ауторовог значења односно признаје да „поновно успостављање услова под којима је неко баштињено дело испуњавало своје изворно одређење је сигурно битна помоћна операција за разумевање“.³⁵ Његов осврт на правну херменеутику, нуди поновни сусрет са идејом целине, односно указује на развијену свест о контекстуалном карактеру тумачења. На пример, када каже: „У идеји правног уређења имамо да пресуда судије не проистиче из непредвидиве произвољности, већ из праведног одмеравања целине“.³⁶

Непрегледна би била листа аутора који тумачење повезују са идејом контекста. Овде само указујемо на два битна херменеутичка принципа помоћу којих се у теорији тумачења развија идеја разумевања с обзиром на неки контекст. То су учење о *scopisi* и херменеутичком кругу. Учење о *scopisi*, иако присутно у најстаријој егзегези, развио је Ф. Меланхтон, а успешно примењивао и популарисао М. Влацић. Оно такође почива на идеји контекста а представља тумачење полазећи од циља текста, тј. полазећи од намере с обзиром на коју је текст написан.³⁷ У учењу о *scopisu* налазимо једну варијанту херменеутичког круга, која додуше има више карактер дидактичко-методолошког него онтолошког принципа (Хајдегеров егзистенцијално – аналитички појам херменеутичког круга). Разматрање о херменеутичком кругу би нас у великој мери удаљило од основних циљева рада, па овде истичемо тек то да овај принцип не говори само о односу целине и делова неког текста, већ почев од М. Хајдегера, како то истиче Х. Фетер, него и о односу „неког субјекта који припада својој традицији према њеном усвајању“,³⁸

³⁵ Х. Г. Гадамер, 197 198.

³⁶ *Ibid.*, 364.

³⁷ Ж. Гронден, 72 76.

³⁸ Х. Фетер, 39.

односно како наглашава Д. Баста, у терминологији која је по духу више хајдегеровска: „Хајдегер је проблему херменеутичког круга дао онтолошку димензију утолико што га је схватио и експлицирао као израз егзистенцијалне предструктуре самог тубивствовања“.³⁹ Другим речима принцип херменеутичког круга заправо говори о контекстуалном карактеру тумачења који се темељи на односу целине и делова неког текста.

На крају истакнимо да је у правној херменеутици идеја о тумачењу на основу контекста снажно дошла до изражаја у интересној и на њој заснованој вредносној јуриспруденцији, које истичу значај телеолошког тумачења (наравно, имамо у виду и историјско тумачење као типичан пример закључивања полазећи од контекста).⁴⁰ На контекстуални карактер тумачења права указује и дуга традиција позивања на „природу ствари“ у правној теорији и правној пракси, итд.⁴¹

Не треба сметнути са ума и то да у лингвистици, родној дисциплини истраживања језика, такође преовладава став да је свако тумачење контекстуално. Контекстуална анализа језика (и тумачења) постала је истраживачки стандард откада су 40-тих година XX века А. Тарски и Ч. Морис у дискусијама са Р. Карнапом успели овога да увере у неопходност семантике и прагматике чији значај далеко превазилази синтактичку анализу језика. Ова традиција данас долази до највећег изражаја у социалингвистици као граничној области између семантике и прагматичке лингвистике, која истражује друштвену употребу, друштвене функције и друштвену природу језика, што заправо представља програм типичне контекстуалне анализе.⁴²

У општој теорији тумачења ова идеја нарочито долази до изражаја код Е. Д. Хирша који у два кључна начела тумачења убраја „социјално начело језичких жанрова и индивидуално начело ауторове воље“.⁴³ У нашој литератури такав приступ налазимо код Н. Висковића који истиче да је тумачење „мисаона делатност којом се утврђује (реконструуше или конструише) значење једне нејасне или

³⁹ Д. Баста, 98.

⁴⁰ Reinhold Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, Munchen 2003, 54 57, Франц Бидлински, *Правна методологија*, Подгорица 2011, 39 54.

⁴¹ Указивањем на закључивање „према природи ствари“ желимо само да истакнемо контекстуалну природу овог модела тумачења, што не значи да нисмо свесни свих тешкоћа примене овог модела: Критика овог приступа код Bernd Ruthers, „Methodenfragen als Verfassungsfragen?“, *Rechtstheorie* 3/2009, 260 261, Ф. Бидлински, 46 50.

⁴² Ранко Бугарски, *Језик у друштву*, Београд 1986, 262 263, 290 291; Милка Ивић, *Правци у лингвистици II*, Београд 2001, 125 126; Едмунд Лич, *Култура и комуникација*, Београд 2002, 51.

⁴³ Е. Д. Хирш, 148.

вишезначне поруке полазећи од њеног материјалног супстрата и од њеног друштвеног контекста“.⁴⁴

Међутим, управо изложена одређења тумачења полазећи од контекста указују и на њихова ограничења, односно намећу питање да ли је херменеутичка теорија успела да развије у потпуности и на одговарајући начин потенцијале контекстуалног приступа тумачењу. Сматрамо наиме да су супротстављена становишта о тумачењу као *откривању* ауторовог значења (Шлајермахер) и тумачењу као *формирању* тумачевог значења у највећој могућој мери последица неодговарајућег, тј. поједностављеног схватања контекста тумачења. Код Шлајермахера је то контекст аутора (целина његовог живота и система културе), док је код Гадамера то контекст тумача (предра суде као израз традиције којој припада тумач). Овом прилико желимо да истакнемо и то да заузимање контекстуалне перспективе, осим што указује на комплексност процеса тумачења, омогућава расветљавање међусобног односа појмова значења и контекста у правцу расветљавања природе значења (значење као вредновање).

Када тумачење посматрамо из угла контекстуализације, поставља се питање у чему је новина гледишта које се овде предлаже с обзиром да је и код Шлајермахера и код Хајдегера и Гадамера (и иначе у херменеутичкој литератури), тумачење трагање за значењем полазећи од извесног контекста.

3. РАЗЛИКОВАЊЕ ИЗМЕЂУ ЗНАЧЕЊА И ЊЕГОВОГ ЗНАЧАЈА ЗА ТУМАЧА КАО ИДЕЈНИ ОКВИР САГЛЕДАВАЊА КОНТЕКСТА ТУМАЧЕЊА

Наравно, без претензија на апсолутну оригиналност, мислимо да се полазећи од Бетија, може дати једна реинтерпртација и прецизирање постојећих гледишта, и то у правцу тражења и заснивања једног средњег решења које, сва је прилика, напросто искрсава као нужно, а можда и оптимално. То средње решење се не огледа у неком вештачком и натегнутом спајању доминантних а супротстављених гледишта (Шлајермахера и Гадамера), већ у уочавању дијалектичке везе која постоји између њих. У том правцу, идејни оквир за комплексно сагледавање контекста у процесу тумачења проналазимо у Бетијевом разликовању неког значења од значаја који се том значењу придаје од стране тумача.⁴⁵ Осим тога, ову формулу херменеутичког спајања прошлости и садашњости треба сагледавати у контек-

⁴⁴ Nikola Visković, *Pojam prava*, Split 1981, 289.

⁴⁵ Е. Бети, 85 87.

сту Бетијевих канона тумачења, од којих се два односе на објект а два на субјект тумачења. На овај начин тумачење се испољава као трочлани процес чије су крајње тачке ауторово значење (дух који је објективира у облицима што садрже смисао) и интерпретатор (жив, мислећи дух).⁴⁶ Први принцип тумачења (канон херменеутичке аутономије објекта) и онај четврти (канон херменеутичке адекватације смисла) говоре о објекту и субјекту тумачења као крајњим тачкама процеса тумачења. Неспорно је да други канон (начело целовитости) који говори о односу целине и делова представља допуну првог канона, а да трећи канон (начело актуелности разумевања) морамо посматрати заједно са четвртим који је његова допуна и коректив, како истиче Д. Баста.⁴⁷

Међутим, чини се да други и трећи канон омогућавају једну другачију, а можда и дубљу елаборацију, и то у правцу једне контекстуалне интерпретације, којом се прошлост и садашњост укрштају тако да се превазилази антиномија између првог и трећег канона (Бети), тј. противречност Гадамеровог стапања хоризоната. Наиме, полазећи од Бетија, чини се неспорним да се у процесу тумачења између аутора и интерпрета постављају два духовна хоризонта, и то *контекст ауторовог значења* и *актуални контекст тумачења*. О потреби да се контекст ауторовог значења укључи у поставку интерпретације Бети се изричито изјашњава у другом канону са позивом на Шлајермахера.⁴⁸ Опет, његова елаборација трећег канона садржи изјаве иза којих би без много размишљања стао и Гадамер, на пример када каже да је тежња неких историчара да се ослободе властитог субјективитета сасвим бесмислена, или изјава о томе да је „наивно сматрати да се задатак историчара исцрпљује у пуком извештавању о ономе што су извори посведочили“.⁴⁹ Све то у ствари значи да Бети уочава релевантност контекста којем припада и тумач, односно да је актуални контекст такође извор тумачења. У том правцу он изводи закључак како интерпретатор „треба да тежи томе да властиту живу актуалност доведе у најдубљи склад са подстицајем који потиче од објекта, тако да су једно и друго (усклађујући се) узајамно усклађени“.⁵⁰

Додуше, мора се истаћи да разликовањем значења и његовог значаја за интерпрета Бети у исто време успоставља али и раскида дијалектику међусобног прожимања ова два контекста, што је кључна противречност његовог приступа. То се уочава у критици

⁴⁶ *Ibid.*, 61.

⁴⁷ Д. Баста, 97.

⁴⁸ Е. Бети, 67.

⁴⁹ *Ibid.*, 71.

⁵⁰ *Ibid.*, 119.

радикалног историзма када каже „да држање интерпрета не треба да буде само рецептивно усвајање него активно накнадно по узору конструисање“, али одмах упозорава да се у овом правцу не сме прелазити границе допушеног тако што се доводи у питање могућност стицања објективног сазнања тумачењем.⁵¹ На другом месту он је још изричитији у овом правцу када говори о јасној дистинкцији између тумачења као откривања ауторовог значења и давања смисла као откривања значаја који неко значење има за интерпрета,⁵² што значи да тумачење ипак схвата као рекогницију а не као дијалог два духовна хоризонта, оног из прошлости (аутора значења) и овог садашњег (тумачевог).

Очито је да Бетијево упозорење и сужавање херменеутичког хоризонта у смислу рекогниције која (ипак) искључује когницију иде у правцу критике херменеутичког релативизма присутног код Хајдегера, Бултмана и Гадамера. Међутим, разликовање између значења и значаја може се изложити у једној холистичкој интерпретацији идеје контекстуалности. Тада се херменеутички хоризонт поново успоставља као дијалектичко прожимање прошлости и садашњости на начин који искључује екстремне и поједностављене моделе контекстуализације тумачења о којима је раније било речи.

Најзад, треба дати одговор на питање у чему је суштина стапања хоризоната, како се испољава дијалектичко прожимање прошлости и садашњости у процесу тумачења полазећи од формуле – контекст у холистичкој интерпретацији. Према изложеном, може се чинити да одговор на постављено питање није тешко дати, односно да се стапање прошлости и садашњости у херменеутици испољава као јединствен процес у коме је тумачење у исто време и рекогниција и когниција, и реконструкција и конструкција значења, и откривање смисла (ауторово значење) и давање смисла (тумачево значење као став о значају неког значења с обзиром на актуални контекст тумачења). Међутим, ово није коначни одговор на постављено питање, из чега се види да је стапање хоризоната заводљива и само на први поглед једноставна формула за успостављање односа између прошлости и садашњости. Но, Гадамеров неуспех у том правцу и Бетијева недореченост нас опомињу на опрез. То важи и за Хирша чији модел стапања хоризоната такође носи у себи конотацију механичког спајања а не дијалектичког прожимања прошлости и садашњости, што он и сам признаје.⁵³

Полазећи од идеје контекстуализације, у тумачењу не видимо антиномију између прошлости и садашњости (контекста ауторовог

⁵¹ *Ibid.*, 73.

⁵² *Ibid.*, 86 87.

⁵³ Е. Д. Хирш, 163.

значања и актуелног контекста тумачења, првог и трећег Бетијевог канона, значења и значаја), већ дијалог два духовна хоризонта који се испољава као интеграција многоструких вредновања. У тумачењу права тај дијалог је прожимање циљева који проистичу из околности конкретног случаја, циљева који проистичу из конкретног правног института, оних који произилазе из закона и циљева који проистичу из читавог правног поретка. Овако схваћено, тумачење је увек изложено грешкама, самонеспоразуму (Шлајермахер, Хајдегер), што значи да оно у себи нужно садржи принцип аутокорекције који подразумева поступак перманентног преиспитивања интерпретације по телеолошкој формули где оно што је туђе постаје своје а остаје туђе, а оно што је своје постаје туђе а остаје своје. Први део формуле говори о односу према контексту ауторог значења, а други о начину на који се третира актуални контекст тумачења. У крајњој линији први поступак значи унети се у контекст ауторовог значења, а други дистанцирати се од актуалног контекста којем и сам тумач припада. Коначна последица овог „уношења“ и „дистанцирања“ је нека врста трансцедирања и објективизирања предмета тумачења, где два духовна хоризонта (аутора значења и тумача) у свом јединству постају другобивство у односу на тумача, чиме је испуњен основни услов за исправно тумачење у правцу избегавања самонеспоразума.

Формула тумачења овим није потпуна, односно контекст тумачења се не исцрпљује кроз контекст аутора значења и контекст интерпретатора. Контекст ауторовог значења означимо као функционални контекст. Актуални контекст тумачења, тј. околности конкретног случаја које су повод тумачења и извор интерпретативних питања именовано као ситуациони контекст. Поред овога, постоји и индивидуални контекст тумачења који обухвата субјективне околности, тј. систем вредности интерпретера кроз чију се свест и у оквиру одговарајућих канона тумачења преламају елементи функционалног и ситуационог контекста. Индивидуални контекст указује на тежину херменеутичког задатка и начин његовог решавања који подразумева увођење новог херменеутичког канона – канон преиспитивања тумачења (канон херменеутичког опреза). Овај канон је заправо метод суочавања са контекстуалном и аксиолошком природом тумачења који додатно истиче херменеутичку позицију и значај тумача (поготово судије у поступку примене права).

Значај канона херменеутичког опреза нарочито долази до изражаја у правној херменеутици. Наиме, продор аксиолошке парадигме у област тумачења права одвија се по слоганом „напустимо слепу веру у закон“. Последице овог приступа су антииндуктивизам и залагање за слободу као метод јуристичког рада. Опет, позивање на слободу у одлучивању носи са собом питање о томе како мето-

дизовати ту слободу. Сматрамо да је канон херменеутичког опреза базични принцип у том правцу, а овде се кроз диференцирану анализу контекста излажу прелиминарне идеје о начину артикулације тог канона (уношење – дистанцирање).

Ова три контекста чине у заједници три вредносна круга која су херменеутички оквир тумачења, тј. извор значења. Полазећи од изложене формуле ови се контексти сучељавају као однос функционалног и ситуационог контекста који се преламају кроз индивидуални контекст тумача.

На крају долазимо до дефиниције тумачења имајући у виду контекстуални карактер тумачења, дефиниције која гласи: „Тумачење је успостављање дијалога између поруке која изражава контекст ауторовог значења и околности неког случаја које изражавају актуални контекст тумачења посредством тумача који се том приликом суочава са сопственом субјективношћу и на крају изводи одговарајуће значење“.

Слично одређење тумачења где се истиче његов контекстуални карактер, са комплексним одређењем контекста тумачења проналазимо у нашој литератури код Н. Висковића када каже: „Тумачење је интелектуална делатност којом се одређују значења културних појава на начин да се ове стављају у однос са њиховим друштвеним и индивидуалним контекстима – с важећим друштвеним кодовима, с објектима на које се реферирају и са ситуацијама субјеката који су за те појаве везани“.⁵⁴

Међутим, чини се да поред нешто компликованије формулације и логичке пренатрпаности овог одређења, Висковић није до краја извео све консеквенце изложеног приступа, пре свега у погледу природе тумачења али и у погледу природе значења (значење као вредновање). Када се ради о природи тумачења, контекстуални карактер тумачења указује на тежину херменеутичког задатка, тј. да се тумачи контекст који је извор значења (суштинска димензија тумачења) а не само нејасни, вишезначни или неодређени језички изрази (техничка димензија тумачења), како сматра Висковић.⁵⁵ Када се ради о природи значења, о чему ће бити речи у одељку који следи, чини се да Висковић није увидео како контекстуални карактер тумачења подразумева да је тумачење увек и придавање смисла (вредновање), што нарочито важи за прескриптивне исказе где спадају и они из области права.

⁵⁴ Nikola Visković, *Jezik prava*, Zagreb 1989, 144 145.

⁵⁵ *Ibid.*, 147.

4. ТУМАЧЕЊЕ КАО ВРЕДНОВАЊЕ НА ОСНОВУ КОНТЕКСТА

Представљена гледишта о контекстуалном карактеру тумачења пате од три кључна недостатка: а) она доминантна (Шлајермахер, Хајдегер) излажу поједностављено схватање контекста (контекст аутора или контекст тумача); она која говоре о стапању хоризоната или су противречна (Гадамер), или то стапање оставља утисак механичног повезивања а не дијалектичке везе (Хирш); она гледишта која су пример комплексног сагледавања контекста (овде се мисли на социјални, интересно-нормативни, а не неки други контекст, попут лингвистичког, логичког, итд.),⁵⁶ нису у потпуности развијена (Висковић), у том смислу што превиђају да контекстуални карактер тумачења подразумева да је тумачење у својој суштини увек извесно вредновање (у контексту су садржани мотиви и циљеви због којих приступамо тумачењу и кроз чију оптику се обраћамо тексту који је предмет тумачења).⁵⁷

Поред контекста који се испољава као одређено вредносно поље (у праву – интеграција многоструких вредновања, тј. прожимање циљева који проистичу из случаја, закона и правног поретка), још један извор аксиолошког карактера тумачења је природа значења као таквог.

Преузимајући од Бетија разликовање између значења и значаја неког значења, Е. Д. Хирш истиче аксиолошки карактер појма „значаја“, када каже како је значај увек „значење за“, никад „значење у“, и даље: „Значај вазда повлачи за собом некакав однос између онога што је у нечијем вербалном значењу и оног што је изван њега, чак и када се тај однос тиче аутора самог или његове тематике“.⁵⁸ Суштина овог приступа је у ставу да значај увек подразумева успостављање односа између неког значења и неке особе, схватања и ситуације, што имплицира вредновање као последицу тог односа. Ипак, за Хиршово схватање се може рећи да није до краја изведена идеја о значају значења као вредновању, те да није дубински захваћена дијалектика односа између значења и контекста.⁵⁹ Наиме, као што примећује Г. Мадисон, Хиршова претерана ревност да буде „научан“, његово схватање креативности, те круто одвајање значења

⁵⁶ Када говори о аргументима на основу контекста, Ципелијус поред овог на који мислимо у раду (интересно нормативног), указује и на поменуте типове контекста: R. Zippelius, 52 53, 57.

⁵⁷ Исто код: Радомир Лукић, *Тумачење права*, Београд 1961, 9.

⁵⁸ Е. Д. Хирш, 82.

⁵⁹ Своје схватање контекста Хирш излаже анализом односа између жанра и целине с циљем да заснује своју верзију херменеутичког круга који сада не исказује међузависност дела и целине, него жанра и одлике, *ibid.*, 95 96.

од значаја, потискују слободу и креативност из тумачења, односно прикривају аксиолошку природу тумачења.⁶⁰

Лингвистичка прагматика која тежиште анализе језика пребацује са структуре језика на његову употребу, пружа најубедљивије доказе о контекстуалном и вредносном карактеру тумачења. Лингвистици (семантици и прагматици) се морамо обратити и стога што свака теорија тумачења мора поћи од одређене теорије значења.⁶¹ Наш познати лингвиста Р. Бугарски суштину прагматике проналази у њеној дистинкцији према семантици, када откривамо и контекстуални карактер језика и тумачења. Он каже: „Семантика испитује значење реченица и њихових саставних делова изван неког посебног контекста, дакле у изолацији, а прагматика се бави тумачењем контекстуалних реченица, тј. исказа.“⁶² Осим тога, поменути аутор истиче и аксиолошку природу језика (значења) која проистиче управо из контекстуализације, када се у значење утискују одређена ванјезичка знања.⁶³ Другим речима, употреба језика, која представља процес претварања реченице у исказ, у крајњој линији се манифестује као контекстуализација језика. Контекстуализација језика је спаривање реченице и контекста на начин да контекст утискује значење у реченицу.⁶⁴ Утискивање значења посредством контекста заправо је уношење ванјезичких садржаја у реченицу посредством значења. По нама, управо то уношење (утискивање) ванјезичких садржаја у значење (реченицу) опредељује природу значења, тј. указује да је свако значење једна врста вредновања (оцењивања, изражавања става, успостављање односа према окружењу, придавања смисла). Ово не важи само за граматичко значење (нпр. именица женског рода у номинативу једнине, глагол у инфинитиву, итд.), док сви остали облици значења (лексичко, предметно и емотивно, конкретно и апстрактно, основно и пренесено, денотативно и конотативно), поседују аксиолошку димензију. Чини се да то важи и за предметно значење, јер

⁶⁰ Г. Б. Мадисон, 85.

⁶¹ Истраживања језика права се могу предузимати из разних углова. На пример, италијанска нормативно аналитичка теорија права заснива реконструкцију нормативне теорије права на плану језичке анализе. Скандинавски правни реализам спроводи језичку анализу са становишта теорије права и у правцу критике природног права као метафизичке употребе језика. Теорија аргументације почев од Перелмана, на терену језика права и у оквиру правне херменеутике спроводи критику правне логике. Деонтичка логика у праву бави се логичким разматрањима нормативне употребе језика (у овој области код нас има нарочито мало истраживања. Важан допринос у том правцу су истраживања логичке структуре правне код: Јасминка Хасанбеговић, *Заблуде о правној норми*, Београд 2002). Међутим, сматрамо да су за теорију тумачења најважнија истраживања језика права из угла лингвистичке прагматике, као у овом раду.

⁶² Ранко Бугарски, *Увод у општу лингвистику*, Београд 2009, 221.

⁶³ *Ibid.*, 222 223.

⁶⁴ *Ibid.*, 217.

и означавање предмета и појмова такође подразумева неки посебан људски однос или реакцију, и то због јединства језичког, менталног и предметног значења. Идеја о аксиолошкој природи значења коју овде излажемо кореспондира са теоријом Х. Патнама о нормативном карактеру значења,⁶⁵ и са ставом који износи Витгенштајн о значењу које изражава социјалне услове употребе знака.⁶⁶

Иначе, да је суштина значења у вредновању најбоље указује развој прагматике у оквиру социолингвистике која истражује утицај друштва (нације, расе, друштвених улога, итд.) на језик,⁶⁷ стога што логика те релације подразумева заправо утискивање социо-културних садржаја у језик, а то значењу као таквом даје наглашено аксиолошку природу.⁶⁸

Најзад, и уобичајено одређење значења указује на вредносну природу значења као одлике речи, реченица и текстова. Наиме, опште прихваћена дефиниција значења гласи да је оно комплекс односа између речи међусобно (граматичко значење), али пре свега комплекс односа између „речи и света о којем се језиком говори, те речи и говорника“.⁶⁹ Ово одређење упућује на јединство језичког, менталног и предметног значења,⁷⁰ односно да је значење увек значење о „нечему“ и за „некога“,⁷¹ тј. вредновање (оцењивање, изражавање става тј. односа према окружењу). Своју аксиолошку природу значење преноси на тумачење, па се значење у тумачењу испољава као вредновање.

⁶⁵ Hylary Putnam, „The Meaning of Meaning“, *Minnesota Studies in the Philosophy of Science* 7/1975, 131-193. Критика овог становишта код Adolf Rami, „Über die Sogennante Normativität der Bedeutung“, *Grazer Philosophische Studien* 1/2005, 81-117.

⁶⁶ Лудвиг Витгенштајн, *Филозофска истраживања*, Београд 1980, 56.

⁶⁷ М. Ивић, 131. Иначе, постоје извесне нејасноће у погледу дефинисања социолингвистике, пре свега око њеног односа са социологијом језика. Чак и аутори тети у овој области попут Џ. Фишмана, показују колебања у овом правцу, код кога су ови појмови час синоними, час се разликују, Joshua Fishman (ed.), *Advances in the Sociology of Language*, The Hague 1971, 7-9. У односу на ово питање М. Ивић прави разлику између социолингвистике у ужем и ширем смислу: М. Ивић, 125-126. Слично и Н. Putnam, 146. Детаљно о овој теми у нашој литератури код Р. Бугарски, 262-264, 289-295. Истакнимо још и то да и данас постоје писци, чак велика имена у овој области, који негирају значај, чак и потребу лингвистичке прагматике (социолингвистике), на пример Н. Чомски, Noam Chomsky, *Language and Responsibility*, Hassocks 1979, 64.

⁶⁸ Аксиолошку природу значења нарочито истиче немачка школа социолингвистике, тзв. граматика садржаја (*die inhaltbezogene Grammatik*) која истиче да је језик процес вредновања света од стране неког говорног колектива, М. Ивић, 119.

⁶⁹ Р. Бугарски, *Увод у општу лингвистику*, 207.

⁷⁰ Михаило Марковић, *Дијалектичка теорија значења*, Београд 1971, 385-386.

⁷¹ *Ibid*, 304.

Заузети ставови о аксиолошкој природи тумачења која проистиче из природе значења и природе контекста тумачења могу се изложити и кроз одговарајућу дефиницију тумачења која кореспондира са дефиницијом тумачења полазећи од контекста тумачења, те гласи: тумачење као откривање значења у својој суштини је вредновање, али увек вредновање на основу једног сложеног контекста који је извор и мерило вредновања, тј. тумачење је вредновање на основу актуалног контекста у светлу текста који се тумачи, који изражава контекст ауторовог значења.

5. КОНСТРУКТИВНА ТЕОРИЈА ТУМАЧЕЊА ПРАВА

Читава претходна дискусија има за циљ да укаже на тежину херменеутичког задатка с обзиром на контекстуални карактер и аксиолошку природу тумачења. Ове тешкоће нарочито долазе до изражаја у тумачењу права што у исто време значи да су несавршеност језика или општост правних норми (намерна недовршеност закона – А. Кауфман, отворени садржај правне норма – Х. Харт),⁷² споредни, односно више технички проблеми тумачења права, јер се у крајњој линији и пре свега односе на прецизирање смисла а не на придавање смисла.

Осим тога, у тумачењу права нарочито долази до изражаја аксиолошка природа тумачења с обзиром на прескриптивни карактер правних исказа (правна норма – прескриптивни исказ у виду захтева). Исто тако, контекстуални карактер тумачења понајбоље се огледа у природи јуристичког закључка: судска пресуда – појединачно вредновање судије (индивидуални контекст) на основу опште норме – систем вредности друштва (функционални контекст), полазећи од околности конкретног случаја (ситуациони контекст).⁷³

Посебно треба нагласити да посматрање тумачења права из контексталне и аксиолошке перспективе прегнантно истиче херменеутичку позицију судије, односно тежину, одговорност и деликатност судијског позива с обзиром да је његов задатак вредновање

⁷² Артур Кауфман, *Право и разумевање права*, Београд Ваљево 1998, 30. Херберт Л. А. Харт, *Појам права*, Подгорица Цетиње 1994, 163.

⁷³ Контекстуални и аксиолошки карактер тумачења права у правној херменеутици долазе до изражаја кроз значај који се придаје објективно телеолошком и субјективно телеолошком (историјском) тумачењу (вредносна јуриспруденција), а у правној теорији кроз интегралну теорију права када се у појам права укључују и одређени друштвени односи и аксиолошки садржаји (одређене правне вредности), што у крајњој линији значи да је социо аксиолошка природа правних института извор контекстуалне и аксиолошке природе тумачења права. Систематизација гле дишта о значају аксиолошког становишта за правну херменеутику код Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin Gottingen Heidelberg 1960, 123 127.

што му дозвољава и намеће слободу као метод рада (слобода као привилегија и проклетство), и с обзиром да се кроз његову одлуку врши стапање хоризоната (дијалог између функционалног и ситуационог контекста).

Најзад, сматрамо да посматрање тумачења права из контекстуалне и аксиолошке перспективе можда најубедљивије указује на дубину процепца између требања и бивства, нормативног и фактичког, закона и случаја, и иза тога на фундаментални проблем правне херменеутике, на напетост између слободе и арбитражности у одлучивању, напетост која на свој начин долази до изражаја на равни два кључна проблема правне херменеутике (природа јуристичког закључка, технологија извођења јуристичког закључка).⁷⁴

Изложене идеје кореспондирају са конструктивном теоријом тумачења у том смислу што оба концепта инсистирају на аксиолошкој природи тумачења (тумачење као конструкција, креација, у крајњој линији вредновање).⁷⁵ Конструктивна теорија тумачења је изданак вреднујуће јуриспруденције (пре тога циљне – Јеринг, интересне – Хек) у области јуристичке херменеутике која у ову уводи на велика врата аксиолошку проблематику (улога вредновања у тумачењу и примени права).

Конструктивна теорија тумачења ће бити представљена кроз дело А. Роса. Прво, јер се ради о њеном можда најзнаменитијем представнику, друго, имајући у виду да Рос поред аксиолошког истиче равноправно и контекстуални карактер тумачења, и треће, јер он успоставља чврсту везу између контекстуалног и аксиолошког карактера тумачења права са питањем слободе судијског одлучивања, што је, чини се, најбољи пут за сагледавање проблематике природе и технологије извођења јуристичког закључка.

Рос сматра да је погрешно веровање да индивидуалне речи посматрано у њиховом природном језичком значењу представљају почетну тачку тумачења, односно посебно истиче и понавља да „свако тумачење има своју почетну тачку у исказу као целини у комбинацији са контекстом и ситуацијом у којој се догоди“.⁷⁶ У том правцу он чак заступа једно становиште које није прихваћено у линг-

⁷⁴ Родно место проблема слободе у јуристичкој херменеутици јесте спор између механичке и стваралачке јуриспруденције, а када се ради о овој другој, њени корени су у теорији слободног права (Х. Канторович, Е. Фуш), интересној јуриспруденцији (Ф. Хек, Р. Јеринг), америчкој социолошкој јуриспруденцији и правном реализму (Р. Паунд, Џ. Франк, К. Лиолин), скандинавском правном реализму (А. Хегстром, К. Оливекрона, А. Рос), итд. Поменимо и тематизовање слободе као метода судијског одлучивања у радовима представника наше социологије права између два светска рата (Ж. Спасојевић, М. Лановић, М. Туцаковић).

⁷⁵ Andrei Marmor, „Interpretation“, *The Philosophy of Law An Encyclopedia* (ed. Christopher B. Gray), New York London 1999, 433.

⁷⁶ Алф Рос, *Право и правда*, Подгорица 1996, 171.

вистици, по коме само искази (реченице) имају независно значење, а не и појединачне речи.⁷⁷ Ипак, из целине његовог излагања могло би се закључити да ово није превид, већ јасна намера која има за циљ да истакне контекстуални карактер тумачења. Осим што истиче контекстуалност процеса тумачења, Рос нарочито наглашава његов конструктивни (аксиолошки) карактер, односно да је суштина тумачења у једној врсти вредновања. Следе аргументи које Рос излаже у прилог обе тврдње. Пре тога, истакнимо да Рос изводи аксиолошку (конструктивну природу) природу тумачења из момента контекстуализације језика и тумачења, што је са лингвистичког аспекта, чини се, њихов „природан“ однос.⁷⁸

Када се ради о контекстуалној природи тумачења Рос манифестује један развијен прагматички приступ када каже да је значење исказа и појединачних речи увек везано за контекст, што се нарочито види оног момента када пређемо из света речи у свет ствари и реалних друштвених односа.⁷⁹ У овом правцу он изводи следећи закључак: „Тумачење путем везе (контекста) не заснива се на језичкој употреби и користи као средства друге податке осим речи које су употребљене. Тумачење путем везе бави се свим чињеницама, хипотезама и искуствима које могу бацити светлост на оно што лице има намеру да саопшти“.⁸⁰

Своје гледиште о вредносној природи тумачења Рос излаже путем критике тумачења схваћеног као облик силогистичке интерпретације. Он сматра да је правни силогизам само аргументативна (оправдавајућа) фасада заснована на неодрживом психолошком гледишту о активности судије (судија као логички аутомат), која заправо ствара привид о тумачењу као дедуктивном извођењу одлуке из закона.⁸¹ Полазећи од психолошког становишта Рос упозорава како је изрицање правде (судска одлука) ништа друго него акт воље,⁸² што заправо истиче конструктивни карактер тумачења, односно да је оно по својој природи увек извесно вредновање.⁸³

Сматрамо да је допринос А. Роса правној теорији највећи управо на плану јуристичке херменеутике, поготово имајући у виду време настанка његових кључних радова (60-те године XX века), када је топос логичко-механичке функције судијске делатности доминирао у литератури из ове области.

⁷⁷ *Ibid.*, 139. Исто Л. Витгенштајн, 60.

⁷⁸ А. Рос, 143.

⁷⁹ *Ibid.*, 160 161.

⁸⁰ *Ibid.*, 141.

⁸¹ *Ibid.*, 165, 181.

⁸² *Ibid.*, 162.

⁸³ *Ibid.*, 165, 166 167, 171, 173, итд.

Значај његовог приступа огледа се пре свега на плану технологије извођења јуристичког закључка (канони тумачења права). У том правцу, нарочито је драгоцен критика објективно-телеолошког тумачења које по њему „бива обојено већом неодређеношћу и арбитрерношћу него субјективно (историјско) тумачење“,⁸⁴ и то управо због сужавања контекстуалне анализе (редукција легислативне прошлости) карактеристичне за објективно-телеолошко тумачење. На ту тему Рос закључује да је у извесном смислу објективно тумачење субјективније од субјективног тумачења.⁸⁵ Ово последње је иначе основна идеја радикалног историзма, тј. херменутичког релативизма па и анархизма, коју отворено излаже Бултман речима како је најсубјективније тумачење заправо најобјективније. Росово упозорење о арбитрерности објективног тумачења нарочито треба имати у виду данас када присталице објективно-телеолошког тумачења полазећи од једне постмодернистичке слике судије изводе ово становиште до крајњих консеквенци (на пример Винфред Хасемер и Дитер Симон), и тврде да је везаност судије законом у било ком облику један неостварљив сан.⁸⁶

Наравно, Росова критика објективно-телеолошког тумачења не значи да је он стајао на позицији механичке јуриспруденције. Напротив, управо је супротно стога што идеја о аксиолошкој природи тумачења Росу служи како би развио гледиште о слободи као методу рада судије, уз питање зашто правна херменеутика прикрива оно што се стварно дешава у поступку изрицања правде (слободу судијског одлучивања).⁸⁷ Иако велики заговорник слободе као метода рада судије, Рос ипак не запада у херменеутички нихилизам јер сматра

⁸⁴ *Ibid.*, 147.

⁸⁵ *Ibid.*, 168.

⁸⁶ Winfried Hassemer, „Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik“, *Rechtstheorie* 1/2008, 3.

⁸⁷ А. Рос, 181. У модерној правној херменеутици доминира гледиште о значају објективно телеолошког метода, што у Немачкој потврђује пракса Савезног Уставног суда (В. Ruthers, 17), такође Одлука Савезног Уставног суда Немачке од 21. маја 1952, BverfGE 1, 299 (312), *Изабране одлуке немачког Свезног Уставног суда* (ур. Ш. Рикарда, А. Поповић, Н. К. Шнајдер), Београд 2010. 68 69. Чини се да стога не стоји став Р. Огорек о доминацији топоса судије као логичког аутомата, како у правној херменеутици, тако и у пракси примене права, Regina Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 1986, 366. О слободи као методи јуристичког рада у нашој литератури вид. Зоран Покровац, „Методика јуристичке слободе или слобода јуристичке методике у делу Хермана Канторовича“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту* 2/1993, 585 615. Такође и Саша Бован, „Судијска независност слобода као преузимање одговорности“, *Правни живот* 4, 12/2011, 779 794. О слободи као методу судијског одлучивања из угла судског стварања права у пракси највиших судова ЕУ код Мио драг Мајић, „Начело легалитета нормативна и културна еволуција“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2009, 29 54.

да је заправо примарна функција разних канона тумачења да поставе границе слободи судије у изрицању правде.⁸⁸

Могли би на крају само приметити да Росов контекстуални приступ није у потпуности артикулисан и диференциран. Он говори о функционалном и индивидуалном контексту тумачења кроз појмове формалне и материјалне правне свести,⁸⁹ али само помиње, без детаљног образложења, ситуациони контекст тумачења који проистиче из премисе чињеничног стања, иако је природа мале премисе (ситуациони контекст) од пресудног значаја за одређење природе јуристичког закључка и рангирање канона тумачења права.⁹⁰

Имајући у виду изложено, сматрамо да идеја о тумачењу као вредновању на основу контекста (контекстуална и аксиолошка природа тумачења) представља најбољи пут за разматрање кључних проблема јуристичке херменеутике, односно питања природе јуристичког закључка и технологије његовог извођења. Осим тога, у спору између механичке и стваралачке јуриспруденције, овај приступ нуди најчврће утемељење за критику појмовне јуриспруденције и силогистичке логике у примени права, које стварају слику о судији као логичком аутомату.

Могло би се чак говорити о томе да идеја о аксиолошкој природи тумачења (и значења) дозвољава да се размишља о једној аксиолингвистици као грани лингвистичке прагматике која би употпунила ову област (поред социолингвистике, психолингвистике, етнолингвистике, итд.).

Најзад, контекстуални карактер тумачења дозвољава, а сматрамо и намеће потребу да се размишља о социологизацији јуристичке херменеутике с обзиром да је идеја контекстуализације дубоко холистички утемељена, и то на епистемолошкој матрици социолошке науке. На крају крајева, легитимност херменеутичке социологије (Веберова разумевајућа социологија, симболички интеракционизам, итд.) сигурно дозвољава да се размишља и о социологизацији херменеутике утемељеној на идеји контекстуализације тумачења.

На самом крају, уместо закључка питање: с обзиром на то да је аксиолошка парадигма дубоко укоренења у правну теорију (јус-натурализам, интегрална теорија права, функционална теорија права), и у правну херменеутику (циљна – интересна – вреднујућа јуриспруденција, конструктивна теорија тумачења), и с обзиром да је питање природе тумачења практично решено, да ли је потребно прибегавати компликованим конструкцијама – у овом случају позивати се на идеју контекстуализације и теорију значења, како

⁸⁸ А. Рос, 180.

⁸⁹ *Ibid.*, 163 164.

⁹⁰ *Ibid.*, 164, 166, 178.

би се потврдило оно што се изгледа више не оспорава у правној методологији – наиме, да је тумачење по својој природи увек неко вредновање. Наш одговор је потврдан из следећих разлога: 1. ипак, и даље преовлађују, макар у нашој литератури, ставови о тумачењу као откривању значења или још горе, као откривању правог значења; 2. диференцирана идеја контекста указује да тумачење није вредновање него интеграција многоструких вредновања; 3. овај приступ најбоље истиче херменеутичку позицију судије и тежину херменеутичког задатка; 4. гледиште које се заступа омогућава доследно и аргументовано извођење канона херменеутичког опреза; 5. истицањем ситуационог контекста, указује се на значај премисе чињеничног стања за разумевање правног расуђивања, односно да малу премису чини не само утврђивање и квалификација чињеница, већ и њихово објашњење (анализа односа између чињеница).

Dr. Saša B. Bovan

Associate Professor

University of Belgrade Faculty of Law

INTERPRETATION OF LAW AS EVALUATION BASED ON THE CONTEXT A CONTRIBUTION TO CONSTRUCTIVE THEORY OF INTERPRETATION

Summary

This paper is rooted in the theory of constructive interpretation of the law. The author examines contextual and axiological nature of interpretation of the law, with a particular focus on the main issues of juristic hermeneutics, i.e. the questions of nature of juristic conclusion, and of the tools of arriving to it. Concerning the ongoing dispute between the mechanical and the creative jurisprudence, this approach facilitates a consistent and convincing criticism of the conceptual jurisprudence, and of the syllogistic logic in implementation of the laws, which tends to create an image of judge as a logical machine. Contextual interpretation and axiological perspective enable the author to develop the idea of freedom as a method of juristic decision making.

Key words: *Legal hermeneutics. – Nature of interpretation of law. – Notion of interpretation of law. – Contextual and axiological character of interpretation of law.*

Др Слободан И. Панов*

ОСНОВ ЗА РАЗВОД СВЕТОВНОГ БРАКА

*Аутор први пут у нашој новијој литератури детаљније анализује основ за развод брака у световном и духовном праву. У методологији примереној полиморфној брачној супстанци, основ развода световног брака анализује се са три аспекта. Први је политичко правни (у амплитуди конзервативне и либералне аксиологије). Други је грађанско правни (евиденција сличности и разлика са облигационо правним установама раскида уговора због неиспуњења, *rebus sic stantibus*, каузе, зеленашког уговора, итд. и наследно правним установама, првенствено са случајем раскида уговора о доживотном издржавању услед „лоших“ односа уговорника). Трећи се односи на породично правни аспект (по зитивноправни изгон љубави из брачне лексике; правно оригинални став о неважности узрока, тј. кривице брачника; концепт развода по ранијем ЗБПО, актуелном ПЗ и будућем закону Грађанском законнику).*

Кључне речи: *Развод брака. Конзервативизам. Либерализам. Раскид уговора Rebus sic stantibus. Кауза. Уговор о доживотном издржавању.*

1. УВОД

Осим премијерне упитаности, инспирација за анализу основа за развод световног и духовног брака је богато амбивалентна.¹ Најпре, нужна методологија у анализи казује о поливалентној супстан-

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

¹ Амплитуда иде од профаних статистичких показатеља присутности „идеје развода брака“ до Истине у Божићној посланици Српске православне цркве за 2012. годину, у којој је казана молба да се очува светиња брака, где се истиче да су разведени бракови права несрећа и за нашу цркву и за наш народ. Основ за наду је у истини да се „вера и морал уче најпре у родитељском дому, у породици... неосетно, исто онако како се учи и матерњи језик“. Овај контрапункт чињенице и мишљења илуструје и констатација да су „појмови постали конвенције, да су вредности деградирани, а аномалија реална опасност... да је потребно у средиште разматрања постави

ци и неизбежној, императивној контроверзи сазнавања у породичном праву и важности те мисли за конкретну сингуларну, дијадну или плуралну егзистенцију субјеката породичног односа (сазнајно-егзистенцијална амплитуда). Осим сазнајно-егзистенцијалне амплитуде, палета амбивалентности садржи и (неизмерно) богатство/контрапункт материјалног и духовног, намере и постигнућа, „назадовања при напредовању“,² древности и модерности као аргумента, интереса и љубави, привада и суштаства, метронома и мелодије, хиперболе права или дужности, сепаратног и интегрисаног, ефемерног и атемпоралног, жудње и врлине, користи и морала,³ греха и спасења. Породично право, као целина и као пројектована хармонија конкретних института, неспорно јесте, макар као покушај/трагање, кондензован смисао људске, индивидуалне и социјалне ползе.

Дакле, основ за развод брака тражићемо у два различита правно-духовна амбијента (најпре у световном праву, у овом тексту) и са три различите осматрачке позиције. Најпре, „легитимација“ развода световног брака посматраће се с аспекта политичко-правне или јавно-правне позиције, потом с аспекта грађанско-правних, и најзад, породично-правних начела.

2. ПРАВНО-ПОЛИТИЧКИ АСПЕКТ

Брак и породица јесу „активни елементи“ (Морган). Евидентна је двосмерна зависност (породично) правних института и социјалног контекста: од „интериоризовања официјелних вредности“, опструкције/корекције „законом дефинисане правде“ до релевантности Јунгових архетипова и Фромовог друштвеног карактера. Породица и брак јесу „једна од основних димензија политике“⁴ (иницијално, политике тзв. десни-

ти мишљење, а не чињенице“, вид. Марина Јањић Комар, *Terra nostra terra incognita прилог теорији права*, Београд 2010, 7.

² Бројни примери сведоче ову истину. Само једна илустрација: до Наполеона, Далмација није познавала колски пут. Француски инжењери направили су „Наполеонов пут“ који је свраћао у главне далматинске луке. Осим овог „позитивног саобраћајног факта“ настао је и један „негативан медицински/патолошки факт“: иза градитеља је остао ендемски сифилис, а епидемија је смирена применом антибиотика након 1945. године, вид. Милорад Екмечић, *Дуго кретање између клања и орања историја Срба у новом веку (1492-1992)*, Београд 2011, 192. Тако и технички изуми „обогатују“ идеју/праксу развода, па се према неким изворима у Енглеској, сваки трећи брак разводи се због „флертовања“ на Фејсбуку,

³ Да не би закорачило у амбис неправда, право треба да буде верно својој етичкој суштини, Оливер Антић, „Сумрак права“, *Годишњак Правног факултета у Источној Сарајеву*, I, 1/2010, 6.

⁴ Као аргументи који фаворизују „породични живот“ наводе се емотивна сигурност, оквир за развој идентитета појединца и друштва, а као аргументи против

це⁵). Политичка супстанца која је релевантна за институте породичног права је полиморфна и полифона. Без простора за конкретизације, овом приликом констатујемо релевантност свих могућих интерференци на „породични и брачни живот“. И типа културе,⁶ и односа државног и црквеног, и класичне и модерне политике.

Релевантност правно-политичке оптике за архитектуру брачног и породичног амбијента и атмосфере покушаћемо да илуструјемо кроз три елемента: модерном констатацијом о два релевантна аксиолошка система (дефанзивним конзервативним⁷ и офанзивним/превалирајућим/либералним моделом); конкретним правним вредностима у „конзервативном и либералном каталогу“, и коначно, евиденцијом последица примене тих вредности за ову тему (фактографија развода брака као последица/фотографија конзервативне или либералне аксиологије). Дакле, у овој дедуктивној методолошкој форми покушаћемо да евидентирамо чињенице које дају легитимитет и легалитет установи развода брака. Богатство мисли и вертикала племенитости није сводива на термине или каталог конзервативизма и либерализма. Да не наводимо наше аргументе, казаћемо да атрибут дивинизације није прикладан овим вредностима (и) због „занимљиве доследности/логичке дисциплине“. Рецимо, конзервативци истовремено инсистирају на јачању слободе бизниса и ограничењу слободе у сфери приватности/интиме, док либерали јесу за ограничења у сфери бизниса и неограничења у сексуалном животу и интерперсоналним односима.⁸

породице наводи се породично насиље, опресија над женом и чињеница да породица подстиче себичност, форсирање приватног интереса, неалтруизам и равнодушност за *public good*, вид. Jonathan Herring, *Family Law*, Exeter College Oxford University, 2004, 8-9.

⁵ Митеран је прогласио неутралност према породичним питањима, али је убрзо тзв. левица „открила“ да без помоћи (и) породице није могуће решити главна питања у политици (нпр. безбедност). Приватни/породични односи/проблеми се социјализују/инструментализују, а породица/брак губи ексклузивност припадања приватном универзуму, вид. Мартин Сегелан, *Социологија породице*, Београд 2009, 444-450, 477.

⁶ Са визионарством које не изненађује, Николај Берђајев средином прошлог века пише да живимо у време плебејске побуне против аристократског принципа у култури. Култура је омогућена слободним временом (данашњу цивилизацију „одликује“ пројектовани цајтот који човека сиромаша за конститутивну димензију воље и времена да (се) мисли) и финале је *квалитет* (без „социјалног налога“ актуелног друштва које својим економизмом и скривеном диктатуром деформише читоту културу). По Берђајеву, хришћанству одговара само персоналистички принцип који повезује личност и друштво, вид. Николај Берђајев, *Судбина човека у савременом свету*, Београд 2006, 77-90. О „левици у култури“, вид. Цеф Или, *Ковање демократије историја левице у Европи, 1850-2000*, Београд 2007, 283-288.

⁷ Занимљива је констатација Исидоре Секулић да су мушкарци револуционарни, а да су жене конзервативне чувари вредности, вид. В. Јеротић, (2009), 194.

⁸ Вид. Дејан Мицковић, *Семејството во Европа XI-XXI век*, Скопље 2008, 199.

Крај прве половине прошлог столећа сведочио је да је развод брака егзистенцијални инцидент/реткост, а правно – изузетак од правила. Последње деценије, каже *Harry Willekens*, потресају темеље породичног права Запада промоцијом егализације родова, смањењем/брисањем разлика између брака и ванбрачне заједнице, између хетеросексуалне и хомосексуалне заједнице, либерализацијом развода.⁹ Жесток идеолошки сукоб између „конзервативне идеологије и либералних мислилаца“ узроковао је и „легислативну еуфорију“. У конзервативној визури, социјалне мене узрокују трагичне последице по благостање и правилну социјализацију деце и по физичко и ментално здравље брачника. Ова брачна и породична патологија јесте последица победе либералног обрасца заснованог на индивидуализму, егоизму, хедонизму и егалитаризму. Форсирање „либералног каталога вредности“ за финале има, према конзервативној оптици, угроженост деце, минимализовање/поништење среће брачника и друштво пред амбисом (са тенденцијом да учини „корак напред“). Савремена породица „обогаћена“ је новом димензијом: порастом малолетничке делинквенције, криминалом, породичним насиљем, дрогом и другим облицима зависности, сиромаштвом, умањењем животног стандарда...

С друге стране, либерална оптика вели да су ове промене нужна последица економских, технолошких и демографских фактора. Брак и породица јесу динамичне социјалне категорије и немогуће је да постоји један модел брака и породице. Поводом ових констатација, генерално, без детаљнијег објашњења, покушаћемо да констатујемо неке околности. Најпре, констатујемо не(довољну) тачност „теорије одраза“, према којој је брачни и породични амбијент, сфера ексклузивне приватности, одраз трансформације/транзиције социјалног окружења. Осим током историје потврђене жилаве аутономности приватног домена, супротно је базичним принципима либерализма „мерачити“ према „вулгарном материјализму“, „челичној историјској и социјалној дијалектици“ која поништава простор слободе појединца и његових егзистенцијалних форми и чини бесмисленим могућност избора (као сушаственог исказа слободе појединца, брачника, породице, друштва). Савремена историја је у власништву бројних факата да „социјална дијалектика“ није посве аутоматска и аутономна и аутархична, већ је врло присутна пројектована атмосфера и амбијент модерног појединца и модерног друштва. Надаље, апологија и дивинизација промене као вредности по себи, лако се разбија о хриди животне и историјске збиље. Надаље, теза о непостојању монизма брачне и породичне организације, иако он-

⁹ Вид. Harry Willekens, „Is Contemporary Western Family Law Historically Unique?“, *Journal of Family History*, 28, 1/2003, 70, нав. према Љиљана Спировић Трпеновска, Дејан Мицковић, Ангел Ристов, *Наследувањето во Европа*, Скопље 2011, 67.

толошки кохерентна либерализму, фактографски се једноставно и бројно демантује. (Треба да) постоји једна Истина, постоји један Бог, постоји једна Мајка¹⁰/Отац, једна Отацбина, једно Сунце... Коначно, и либерали не оспоравају, упркос евентуалној монотонији, тзв. цивилизацијско начело моногамије.

Према детаљнијој либералној мисли, брак је „слободна заједница независних личности“,¹¹ са аксиоматским финалом да брак треба детронизовати, да је брак ефемеран и несинергичан или антисинергичан,¹² да је брак у агенди егзистенције човека/особе једна факултативна фаза „обогаћена радосном могућношћу престанка у сваком жељеном трену“. Развод брака треба да буде достојанствен погреб/сахрана брака, учињена на фер начин који обезбеђује минимум страдања и понижења. Корпус савременог, либералног схватања краси и став о „дејуридизацији брака“.¹³ Овај „врхунац либералне мисли о браку“ достигнут је прошлог столећа у српској литератури породичног права и дуго није био актуелизован.¹⁴ Либерални „новум“ о држави као значајном фактору породичног живота јесте реприза Диркемове мисли, а либерални став против монизма облика брака и породице кореспондира са марксистичком мисли (Енгелса) да свака генерација има право да изабере облик брачног и породичног живота.¹⁵

Увећавајући градуалност конкретног, покушаћемо да евидентирамо основна начела, основна права у „каталогу либерализма“,¹⁶

¹⁰ У филму Никите Михалкова „Утомленные солнцем 2“ („Варљиво сунце 2“) видимо да материнство није датост, него и слобода (неплеменитог) неизбора. Фабула је следећа: током Другог светског рата, млади фашистички војник лежи у руској/совјетској болници и лекарка Јеврејка га обавештава да су ране биле, потенцијално, смртоносне, али је она применила свој специјални метод и спасила/подарила му нови живот. Дакле, каже докторка, она му је у извесном, па и у буквалном смислу мајка. На ту племенитост Немац реагује згражавањем поводом по мисли да му је Јеврејка мајка.

¹¹ Модерне синтагме „независна личност“, „независан интелектуалац“, „слободна љубав“, „радосни патриота“ имају лаку дијагнозу: плеоназам прекршај за кона естетике и логике. Неке модерне синтагме (на пример „без алтернативе“) имају тежу дијагнозу: бесмисленост прекршај закона логике и етике. Аристотел вели да је врлина одабирачка наклоност воље. Избор је најважнија особина моралности, а избор врлине је избор грандиозне мањине, каже О. Антић (2010), 10, А личност не може да буде зла, каже В. Јеротић (2009), 140.

¹² Према одлуци Врховног суда САД, брачни пар не представља независан ентитет, већ је то заједница две индивидуе, вид. Д. Мицковић (2008), 71.

¹³ Вид. детаљније Љ. Спиrowић Трпеновска, Д. Мицковић, А. Ристов, (2011), 67-73.

¹⁴ Вид. Марко Младеновић, *Породично право књига I*, Београд 1981, 8.

¹⁵ Вид. Марко Младеновић, *Развод брака*, Београд 1964, 107, 309.

¹⁶ Резимирајући идеју либерализма, констатујемо његов верски разлог (секуларизацију државе), економски разлог (манчестерски либерализам и схватање

која легитимишу основ за развод световног брака. Право на слободу појединца је, *in rerum natura*, темељно начело либерализма. Хегел сматра да је сфера права – сфера слободе, док Маркс каже да је слобода појединца услов слободе свих. Ми смо у својим ранијим радовима констатовали да брак није капитулација, већ афирмација људске слободе и да закључење брака није осенчење, већ богаћење, осмишљавање, тј. врхунац смисла слободе појединца. У хришћанској визури, највећа мудрост у браку јесте давање слободе вољеној особи.¹⁷ У вишем нивоу хришћанске визуре, једини смисао слободе јесте љубав. Писали смо и да Аристотелова хвала правде као жиже свих врлина пре пристаје слободи. Слобода супсумира правду (коегзистенцијом слобода у библијском и кантовском смислу), али је и надилази капацитетом појма, јер говори о субјекту и начину остварења слободе. Слобода која није утемељена у правди води социјал-дарвинизму, али и правда која запостави слободу тужно завршава у социјалном инжењерингу.¹⁸ Примећујемо и семантичку дијалектику (по нашем мишљењу, тужно инволутивну). Рецимо, појмови љубав, слобода, толеранција, итд. имали су хришћански смисао, а сада је њихово значење иновирано либералном семантиком.¹⁹ Довољно је спојити љубав и слободу, па да синтагма „слободна љубав“ има значење које није само нехришћанско, већ је „успели плеоназам“. Постоји ли љубав која није слободна, већ неискрена, императивна, настала декретом, заповешћу? Дакле, љубав супсумира слободу. Али, некада се до љубави долази без обзира на „стартну сенку слободе“. До љубави се долази освајањем слободе. Навешћемо два примера: из брачне праксе и из литературе. Наиме, патријархални образац подразумевао је и неслободни избор брачника

државне интервенције у привреди као нужно зло) и раст људских права као средства слободе и отпора према државној власти, вид. опширније Ратко Марковић, *Уставно право*, Београд 2009, 455.

¹⁷ Вид. Јереј Александар Ељчанинов, „Брак пуни распон хришћанског живота“, *Православни брак и породица*, Светигора, Цетиње, 2000, 251, цит. у Слободан Панов, *Породично право*, Београд 2010, 48.

¹⁸ Вид. Слободан Панов, *Право на родитељство*, Београд 1998, 12. У раду смо слободу разумели као услов истине, као темељ и циљ правде и као дух, дах живота. Написали смо и да слобода није пијемонт, већ љубав следствено мисли из Хегелове „Филозофије права“ (брак је љубав уобличена правом и моралом) и Библијском аргументу (Кад бих имао сво знање и дар прорицања и Вере да бих и горе могао да премештам, а Љубави не имао био бих ништа Павлова посланица Коринћанима).

¹⁹ Либерализам у свом честитом значењу јесте отпор самовољи, насиљу, српски казано слободољубље, а у свом еволутивном „постигнућу“ појам либертинажа означава безграничну тежњу у задовољењу похоте. Либертин у руском друштву у 18. и 19. столећу означавао је не либерала, већ развратника, вид. свештеник Алексије Умински, „Православно васпитање и савремени свет“, *Између љубави и себичности како васпитавати дете у савременом свету* (ур. Владимир Димитријевић, Јован Србуљ), Београд 2005, 7.

на основу договора родитеља. У том случају љубав је настајала не на почетку брака, већ током брака и била је „атемпорална“. Да почетна неслобода, у узвишеној, нерационалној/ирационалној дијалектици, исходи љубављу сведочи Меша Селимовић: „Ја не бирам оно што имам. Не бирам у ствари ништа, ни рађање, ни породицу, ни име, ни град, ни крај, ни народ, све ми је наметнуто. Још је чудније што морање претварам у Љубав.“

Берђајев сматра да је слобода тешка, а ропство је лако. У патристичкој филозофији људска права су повезана са дужностима. Право на слободу није право грабежљивог сопства, већ одговорна слобода, племенита слобода дарежљивог сопства.²⁰ То није само слобода од, већ слобода за, казано Фромовски. Ако је циљ вере јединство са Богом, циљ човечности јесте јединство са ближњим. Ориген, у случају несагласности, предност даје Божијем праву у односу на „писане законе градова“.²¹ Писали смо да само слобода рађа врлину. Врлина је чедо слободе, а не резултат декрета или хетерономног диктата. Слобода је „радосна мука“, труд појединца: „Хоћеш ли слободу онда покушај прво ослободити се себе самог. Ако је у погледу знања важило као врховно правило: познај себе самог – то у погледу морала важи као врховно правило: ослободи се себе самог.. Када сужањ хоће да побегне из тамнице, он се не труди прво да поруши зидове око тамнице него најпре поруши зид своје тамничке ћелије“. „Љубав је слободна од свих закона и узвишенија од свих дужности“ – вели Владика Николај.²² Павел Евдокимов мисли да се истинска слобода односи на Дух, на личност и једино може да жели истину и добро. Божанска слобода потврђује парадоксалну изједначеност субјективитета и истине, јер је истина – чин слободе. Вера је верност личности другој личности – Богу: то је брачна песма којом се Библија увек служи када описује однос Бога и човека.²³

Свети архијерејски сабор Руске православне цркве је на заседању од 24–29. јуна 2008. године донео документ *Основи учења Руске пра-*

²⁰ У Основама учења Руске православне цркве о достојанству, слободи и људским правима каже се да обожење, као уподобљење Богу у врлинама, колико је то могуће, циљ човека (Ј. Дамаскин). Зависно од избора, лик Божји у човеку може се пројављивати или замрачити. Григорје Нилски каже да је човек боговидан и блажен зато што је обдарен слободом. Слобода ишчезава ако се чини у корист зла. Добро и истина је немогуће без слободе, а слободни избор губи вредност ако се бира зло, вид. *Људска права у хришћанској традицији* (ур. Радован Биговић), Београд, 2009, 11-17.

²¹ Владан Перишић, „Гумачење људских права у светлу Отаца Цркве“, *Људска права у хришћанској традицији* (ур. Радован Биговић), Београд, 2009, 63-71.

²² Вид. Владика Николај, *Мисли о добру и злу*, Петровград 2002, 83, 58-59.

²³ Вид. Павел Евдокимов, *Православље*, Београд 2009, 77-78.

вославне цркве о достојанству, правима и слободама²⁴ човека. Документ вреднује и теорију и праксу људских права. Став Руске православно-славне цркве је да је темељ људских права достојанство непомрачено грехом (уподобљавање Богу у врлинама, колико је то могуће за човека. За човека је недостојан живот у греху). Људска права не смеју да буду у сукобу са вером, с љубављу према отаџбини и ближњима, не смеју да буду изговор за наметање свог начина живота другим цивилизацијама, нити смеју да буду разлог да се хришћани присиле да не поштују Божје заповести.²⁵

Говорили смо студентима да и тренутак размишљања открива тачну семантику синтагме *prima facie*: да то није синоним истине, да први поглед није и последњи/тачан поглед на ствари. У Другој посланици Коринћанима Апостол Павле вели: „кад сам слаб онда сам силан“. У истом духу, академик Јеротић каже да је Достојевски у *Великом инквизитору* рекао вечну истину да човек не зна да користи своју слободу.²⁶ Данас се чини да је најслободнији, а заправо је највише везан. Само љубав никад не везује. Шта је смисао остварења тзв. слободе на развод брака ако та слобода²⁷ доноси тугу, депресију, болест.²⁸ Према В. Адамовићу, материјалистичка филозофија живота битно утиче на развој депресије. В. Јеротић преноси своје искуство са специјализације у Швајцарској где се сваке друге године зидао нови санаторијум, а проценат развода бракова се увећавао (смрт, тешка

²⁴ Истински је слободан онај који тражи заједницу са Богом, који иде извору апсолутне истине. Злоупотреба слободе води у грех. Нема вредности слободе избора ако се бира зло. Слобода и зло су неспојиви.

²⁵ Људска права не могу да буду изнад вредности духовног света. Хришћанин ставља своју веру у Бога изнад сопственог живота и друштва. Пред опасним модерним форсирањем различитих порока (полне распуштености, култа гомилања новца и разврата), хришћанин, као и апостоли Петар и Јован, питају „Је ли право пред Богом да слушамо Вас више него Бога“, вид. „Основи учења Руске Православне Цркве о достојанству, слободи и људским правима“, *Људска права у хришћанској традицији* (ур. Радован Биговић), Београд 2009, 11-33.

²⁶ Све ми је слободно, али све не користи; све ми је дозвољено, али не дам да ишта овлада мноме, каже апостол Павле (1. Корин. 6, 12, 10, 23). Кад посејеш поступак жањеш навику, кад посејеш навику жањеш карактер, кад посејеш карактер жањеш судбину, вид. Владета Јеротић, *Између љубави и себичности како васпитати дете у савременом свету*, Београд 2005, 81.

²⁷ Према М. Екхарту, у паклу гори самовоља, у паклу гори НЕ, вид. Владета Јеротић, *Препоруке и прикази филозофија, религија, књижевност*, Београд 2006, 211. Шигаљов Достојевског вели: „Полазећи од безграничне слободе, завршавам безграничним деспотизмом“, вид. Владета Јеротић, *Путовање у оба смера*, Београд 1992, 111.

²⁸ Лобачевски, пољски научник, подсећа на привид ослобођења: *Ignota nulla curatio morbid* Немој ни покушавати да лечиш оно што не разумеш. Све оне нације (и појединци, прим. С.П.) које сада мисле да су слободне, ускоро ће установити да и даље плаћају, вид. Анђеј М. Лобачевски, *Политичка понерологија Научна студија о природи зла прилагођеног за политичке сврхе*, Београд 2011, 28.

болест у породици и развод брака су три најстресогенија догађаја). Метаноја, стални раст вере у човеку, може да савлада и неизлечиве болести. Развод је суспендовање биофилног, и (не)свесно форсирање некрофилног.²⁹ Слобода похоте, обесмишљавање љубави полним радостима, о Еросу који уместо да буде извор живота постаје радионица смрти, укидају целомудрену слободу. У чистоти обитава светлост, радост, а у блуду обитава унија, тама... Блуд је лаж, а целомудреност истина и истинска наслада.³⁰ Поњавић сматра да породица више није место где се гуши слобода. Иако се смањује број бракова, повећава се број развода.³¹ Монопаренталност није последица случаја, већ „конзумиране слободе“.³² Ипак, небенигна дијалектика је неумољива: афирмација слободе/индивидуализма, сенчењем породичне солидарности, намеће механизам државне интервенције.³³ Занимљив је круг пароксизма: афирмација слободе афирмише државну интервенцију. Време привида слободе, време добровољног, срећног ропства.³⁴

У немодерној, конзервативној, „превазиђеној“ аксиологији брак као „заједничарење Божје благодати“ (муж и жена су једно тело,³⁵

²⁹ Вид. В. Јеротић, (2009), 99, 229, 233, 234, 239, 243, 158. Стари тоталитарни режими незаинтересовани за афирмацију слободе личности и режими демократуре где, поред осталог, форсирана конкуренција увећава до пароксизма несигурност и бесмисао, јесу плодно тло за неурозе, вид. Владета Јеротић, *Човек и његов идентитет*, Београд 2003, 45.

³⁰ Вид. митрополит Амфилохије, „Радост родног живота или проклетство разврата“ и Гермоген Шимановски, „Полност и целомудреност“, *Мушкарац и жена пред тајном тела Православље и полност* (ур. Владимир Димитријевић, Јован Србуљ), Београд 2006, 7, 9, 28.

³¹ Фактографија развода у Енглеској: у периоду пре 1714. године (10 развода) до 1840-1856. године (76 развода): укупно је било 317 развода. О опадању броја бракова у ЕУ и расту „популарности“ развода, Brenda Hale, David Pearl, Elizabeth Cooke, Daniel Monk, *The Family, Law&Society*, Oxford University Press, New York 2009, 146, 159.

³² Да би се решили актуелни проблеми у породици, у дебати у енглеском Дому лордова, *Lord Ashbourne* се залаже за политику која неће куражити једнопаренталне породице, већ ће подржати традиционалну породицу, вид. J. Herring (2004), 23.

³³ Вид. Зоран Поњавић, *Приватизација породице и породичног права*, Београд 2009, 21, 23, 24, 27.

³⁴ Некоме је слобода циљ, а некоме претња и непотребан луксуз, елемент неприпадајући реалполитици. Слобода мишљења постаје слобода од мишљења, вид. Жељко Симић, *Преображаји тоталитарне свести, пролегомена за социологију сазнања*, Београд 2006, 238, 248, 252, 267 и даље.

³⁵ Мушкарац и жена су сједињени, а никад спојени. Савремена цивилизација форсира не заједништво, већ дистанцираност. Последица те модерне вредности дис танце јесте да 50% младих изјављује да се нису пољубили најмање годину дана, каже З. Томић, вид. В. Јеротић, (2009), 202. О свеопштој заједници Владика Николај вели: Имамо право да живимо... да будемо слободни... да штитимо своју личност... да гледамо себе као на синове Божје, али имамо дужност да све то дозволимо другима, да и све људе гледамо као на синове Божје и све народе као на Божје народе. Најнесноснији су они који мисле да су само они у праву, вид. Владика Николај,

сједињено Божјом вољом, тзв. дволичносна једнобитијност) је пролог или евиденција Раја/Царства небеског: на питање када ће доћи Царство небеско, Исус одговара да је дошло тамо где је двоје једно. *Заједно* је инспиративна и референтна вредност једног „модела“ брака. Идеја слободе није у опозицији начелу заједништва. У либералној интерпретацији, слобода „нужно“ кореспондира са индивидуализмом. Свесни разлике између индивидуе и личности,³⁶ скицираћемо индивидуализам и његове последице. Модерно или постмодерно време велича „суверенитет појединачног сопства“.³⁷ У већ поменутом документу РПЦ, деградација света објашњава се ирелигиозним антропоцентризмом. Заваравање достигнућима цивилизације³⁸ удаљава човека од Створитеља и води привидном тријумфу разума.³⁹ Пројекат модерности и његова форма глобализма одбацује се као универзална бездуховност корумпирана бесмисленим антропоцентризмом. Исход свега је теомахија (богоборчество).⁴⁰

Сматрамо да се у новом „породичном светоназору“, упркос химне „власника времена“ о бризи за потребе човека, као што расте број сиромашних, здравствено неосигураних, незапослених, бомбардованих, тако јача и правна несигурност појединца/грађанина. Породица је све мање састављена од родитеља, деце и рођака, а све више породицу чине странке.⁴¹

(2007), 73, 72. Берђајев вели да је у његовој отаџбини личност била увек израженија него у нивелираној, обезличеној, механизаној цивилизацији савременог света. Комунитарност претпоставља способност личности да прекорачи своје границе. Сједињење личности, слободе и комунитарности садржана је у идеји Саборности, која није ни индивидуализам ни ауторитативност, вид. Н. Берђајев, (2006), 93-95. Ова двојност је наследница дуализма из Хипократовог доба: Емпедокле вели да је срце централни орган човека, док киндска медицина то мисли за мозак, вид. В. Јеротић (1992), 117. У том путу од Емпедокла до Паскалове „логије срца вероватно је уткан и гносеолошки аспект хришћанске љубави“, вид. Ж. Симић, (2011), 455.

³⁶ Не постоји хришћански народ, држава, породица, већ само појединац, вид. Владета Јеротић, *Духовни разговори*, Београд, 2004, 32.

³⁷ Хипербола посебности резултира чињеницом да „политичко лезбијство“ толико радикализује тај сепаратизам да спречава сарадњу са мушкарцима на левици или са хетеросексуалним феминисткињама, вид. Ц. Или (2007), 629.

³⁸ Документ прави разлику између појмова култура и цивилизација. У нашим ранијим радовима, култура се схвата као духовно достигнуће/постигнуће, а цивилизација као технички прогрес.

³⁹ *Не понеси се мудрошћу. Ни туђом, јер није твоја. Ни својом, јер чим си се понео, значи да је немаш много*, вид. св. владика Николај Велимировић, (2007), 78.

⁴⁰ Вид. Александар Агађаниан, „Пробој у модерност, апологија традиционализма. Поглед руског православља на друштво и културу из компаративне перспективе“, *Могућности и донети социјалног учења Правосавља и Православне Цркве* (ур. Драгољуб Б. Борђевић, Милош Јовановић), Београд 2010, 245.

⁴¹ Зоран Поњавић, „Ново породично законодавство процес приватизације Породичног права“, *Зборник радова Ново породично законодавство* (ур. Зоран Поњавић), Крагујевац, 2006, 7.

Демократура влада: привид равноправности и слободе. Човек је на условној слободи. Код Маркса налазимо мисао о лицемерној, лажљивој хвали слободе у општој норми, а њеном укидању у посебној норми, о слободи као декларацији, а њеној негацији као збиљи. Друштво је слободно, само су надзирани, неслободни појединци.

Патолошки профил „егоистичког индивидуализма“ има и брачне/породичне последице. Појединац и његове личне жеље доминирају над интересима породице, заједнице, цркве или државе. Према *Eurostat*-у, у 2003. години 42 милиона особа живе сам(и)(е) (28% свих домаћинстава у ЕУ).⁴² Развод, такође, бележи „успех“: у ЕУ (ЕЗ) укупан број развода бракова 1960. године је 170 хиљада, док 2006. *успех* појединца, породице и друштва је увећан: милион и четрдесет хиљада случајева развода брака.⁴³ У либералном обрасцу, друштвени прогрес не трпи сенку жртве интереса појединца (*Alain Touraine*), имплицитно форсира аномију (неважношћу друштвених, религиозних, обичајних норми), а важност емоција схваћених као индивидуално право на брачни провизоријум, доводи до разарања хармоничне породичне атмосфере.⁴⁴ Индивидуализам резултира деструктивизмом (лично емотивно задовољство и право на срећу су победници наспрам интереса брачника/деце и завршавају разводом брака) и дестабилизацијом брака/породице (Хипертрофија Ја и милитантни индивидуализам јесу велика сметња стабилности брака, каже *E. Badinter*).⁴⁵ Индивидуализам је доминантан прин-

⁴² У старој Атини брак је дужност сваког грађанина који мисли о судбини државе. Неожоњен човек, атимос, сматран је кривцем пред друштвом, вид. Јован Дучић, *Градови и химере*, Београд, 2005, 185.

⁴³ У Енглеској и Велсу, у 2002. години од скоро 250 хиљада бракова годишње, разведе се скоро 148 хиљада, док је скоро 150 хиљада деце инволвирано у процес развода, вид. *J. Herring* (2004), 79.

⁴⁴ Велики уметник, као по правилу, има несрећно детињство или несрећену породицу. Рилке одраста у породици где је отац стидљив, скроман а мајка хисте рична у жељи за племићком титулом. Шибан неоствареним амбицијама мајке, песник постаје дистанциран од мајке, пева да „руке бдења лажу, оне које штите само угрожавају“, заљубљен у полиандричну Лу Саломе (о утицају фамилијарног на избор партнера сведочи податак да је она имала 36, а песник 21. годину). Код Кафке, породицу чини амбициозни отац и мајка која је бригу о Францу поверила гувернанти (последнице су да Кафка бежи у хипохондрију као сећање на тренутке када је болестан „завредио“ пажњу мајке, а писање му је било компензација за не достатак љубави, породице, здравља, среће. Кафка је у бездомству, како јеврејском. тако и општечовчанском). Пирандело скоро две деценије живи у паклу поред мен тално болесне, љубоморне жене, коју успева да смести у санаторијум тек када је добио Нобелову награду. Стога су главне теме његовог опуса туга, лудило, смрт, меланхолија, скепса... Достојевски расте поред строгог оца (тиранина), кога убијају његови сељани, а писац ствара појам случајне породице (неинтегрисане, са независним субјектима и жељом за одласком) и као механизам заборавља има нападе дугог спавања. Према неким, преци Достојевског, бар по једној грани, су душевни болесници, криминалци, вид. *В. Јеротић*, (1992), 25 и даље, 55, 61, 67, 97, 105, 107, 122.

⁴⁵ Вид. *Љ. Спиrowић Трпеновска, Д. Мицковић, А. Ристов* (2011), 59-62.

цип („вредност“) постмодернизма. Право да се буде апсолутно свој јесте манифестација идеологије индивидуализма. Брак није трајан/трајнији аранжман и брак се закључује за добро, а не и за лоше („зарад остварења најбољег, а избегавања лошијег/неповољнијег“ – *pour le meilleur et sans pire*). Битно је да постоји срећан појединац, а не срећна породица (*Singley*). Потрошачко друштво и дух профита форсирају краткорочне аранжмане и експресно задовољење потребе. Следствено томе односи између људи постају иперсонални, ефемерни, утилитарни, рационални. Динамичност и стална променљивост форми социјалне комуникације одражавају се и на форму интимне/приватне комуникације. И најмањи животни проблем, неповољност, поветарац инкомодирања хитро подсећа на спасоносну формулу развода. Сходно теорији о друштвеној размени (*social exchange theory*), која економским метафорама објашњава социјалне односе, сваки појединац тежи да рационализује однос између користи и трошкова. Сходно дистрибутивној правди, свако инвестирање (емотивно, брачно, итд.) тежи добитку. Нееквивалент у овој размени рађа осећај љутње, кривице другог. Степен толеранције нееквиваленције одређен је и социјализацијом, особинама личности. Елементи материјалне и симболичне вредности су љубав, статус, услуге, новац. Дефиниција равнотеже користи и инвестиција/трошкова је персонализована, солипсистичка.⁴⁶ Одлуку о разводу брака потенцира и постојање алтернативе на „брачном тржишту“. Према истраживањима савременог друштва, главни фактори стабилности брака су, код жена,⁴⁷ религиозност и зависност од мужа, а код мушкараца интерес детета за бипаренталном породицом.⁴⁸

Адлер сматра да је тежња ка личној надмоћи (задовољење сујете и победа над другим) највеће зло наше „културе“.⁴⁹ Бројне су брачно-правне конкретизације форсираног духа индивидуализма: историјски (§115 Аустријског грађанског законика каже да због

⁴⁶ Шопенхауер цитира мисао Шамфора о животној мудрости: „Срећа није једноставна ствар: врло је тешко наћи је у себи, а немогуће је наћи на неком другом месту“, вид. Артур Шопенхауер, *О животној мудрости*, Београд, 1987, 5. Патријарх Павле вели овако: „Сви желимо срећу, а срећа је несигурна. Они који је данас имају, сутра је немају; они који су данас богати сутра су сиротиња, они који су на власти често су сутра у затвору... Нечињењем греха чинимо највеће добро својој породици, своме народу и свима у свету, а највише себи самима“, вид. *Будимо људи поуке и поруке Патријарха Павла* (ур. Јован Јањић), Београд 2010, 147.

⁴⁷ Историја је драматургија жене: излазак из Раја је последица одлуке жене, а улазак у Рај је последица Жене Богородице, мајке Исусове. О другачијом стилизацији улоге жене, вид. Владика Николај, (2007), 48. У време јеванђељских догађаја ниједна жена није учинила ништа нажао Христу (и жена Понтија Пилата се заузима за Христа), вид. *Мушкарац и жена пред тајном тела Православље и полност*, (2006), 107.

⁴⁸ Вид. Д. Мицковић (2008), 248 257.

⁴⁹ Вид. В. Јеротић (1992), 139.

неодољиве одвратности оба супруга могу да захтевају развод брака⁵⁰) и актуелно (према иновацијама француског закона о разводу брака од 26. маја 2004. године, „закон усваја жеље појединаца, на штету опстанка брачне везе“ и дозвољава развод, без обзира на кривицу, ако је заједнички живот постао неподношљив⁵¹).

„Либерална трилогија“ бива употпуњена још једним правом: правом на срећу.⁵² Упркос контрапункту двају аксиологија, чежња за срећом је подсвесно памћење претпадног стања човека и његове првотне лепоте. Стога многи нехришћански или антихришћански/религиозни механизми потенцирања хедонизма, заправо се обраћају тој људској конституенти.⁵³ Срећа је највиши циљ: сингуларни израз плуралних тежњи индивидуе. Срећа је апсолутни суперлатив. Усрећена егзистенција је, старогрчки, еудајмонија (*eudaimonia*) – блаженство. Нагон за срећом није последица епохе или културе, већ наша суштина. Занимљиво је да се садржај среће разликује мање по социолошком/културолошком моделу, а више по персоналној архитектури. Нема колективног појма среће и дефинисање среће у конкретной егзистенцији (индивидуе, породице, друштва) је афирмација њене плаузабилности и солипсизма. Како би наш, правнички, колега Јован Дучић рекао/певао у „Песми жени“: *Истина је оно што душа проспева... Све што љубимо створили смо сами*. Дучић пева и да је *Сан о срећи виши него срећа*. Према једној етимолошкој интерпретацији, реч срећа значи „срет“–сусрет две личности. На руском срећа је с-част, сусрет делова: саучествовање у другом животу. Ја сам Ми. Човек који не воли никог је бесконачно „слободан“ и несрећан.⁵⁴

Какве су (психолошке, социјалне, правне) последице „идеје среће“ у брачном и у породичном амбијенту? Најпре, независно од „концепцијске архитектуре“ појма среће, атемпорално сведочанство јесте да постоји елегичан несклад између намере и постигнућа, између хтења и „власништва“ среће. Ерих Фром је ту опозицију констатовао у мисли да модеран човек мисли о свом интересу, а поступа негирајући своје основне потребе. Има епистема у историји

⁵⁰ Одвратност (*Abneigung*) као бракоразводни узрок описује чланак Е. Н. М. *Neodoljiva mržnja kao brakorazvodni uzrok prema Austrijskom građanskom zakoniku*, Zadar 1902, 3 и 66.

⁵¹ Вид. М. Сегелан (2009), 456.

⁵² Достојевски верује у искупитељску снагу патње. Пут слободе је пут патње, каже Берђајев, вид. В. Јеротић, (1992), 115. О патњи као васкрсу врлине, о турској владавини балканским народима као чистилишту од греха, а не о школовању, вид. В. Јеротић (2004), 19.

⁵³ Вид. Софија Коломзина, „Хришћанско образовање у породици“, *Право славни брак и породица Света тајна брачне љубави*, Цетиње, 2000, 329.

⁵⁴ *Да двоје једно буду православни брак и породица у савременом свету* (ур. Јован Србуљ, Владимир Димитријевић), Београд 2007, 37 и даље.

(како би рекао Мишел Фуко) које сведоче о великом ентузијазму маса, колективитета, „збира индивидуа“ који су радосно делегирали „визионарима“ вођење путем хоризонта радости, а сада, на рубу памети и егзистенције, скупљају снагу да признају пораз и радост након искоришћеног права, а после сазнања да су жртве медијског „инжењеринга пристанка“ (Ноам Чомски) да буду добровољни, срећни робови. А поврх тога, занимљива је суспензија/поништење слободе/достојанства ради среће. Заправо, занимљива је та илузија да је за човека (као за нека друга жива бића) срећа могућа без слободе/самопоштовања/, достојанства. Страх преплављује егзистенцију модерног човека: страх јачи од некадашњег страха немодерног човека од грома, злих духова, ватре.⁵⁵ И овај „детал“ показује смисленост тзв. напретка и тачност Ничеове мисли о вечитој модерности заблуде да се данас зна боље/више о суштини него пре нас. Човек вечито трага за смислом. Виктор Франкл каже *Primum philosophare, deinde vivere*. Конзумеризам модерног доба је (био) успешан (за афирмацију врлине или греха) пројекат манипулације масом. Према Орвелу, задовољство коме теже младе жене је фриволно и безвредно: на путовању по северној Енглеској, Орвел *замеђује* овцелике групе девојака... конзументе јефтиних ужитака који живот чине подношљивијим.⁵⁶ Патријарх Павле каже да човек може бити блажен/срећан и у невољи. Блажен је ако испуњава Божје заповести.⁵⁷

Насупрот досадашњим доминантним вредносним системима, савремено доба карактерише природно право човека на срећу. Постоји „морално право човека да тражи срећу у браку“. У актуелној интерпретацији, право на срећу за старт има слободу/индивидуалност/егоизам,⁵⁸ а за финиш последицу брака као провизоријума. Највећа опасност за стабилност брака јесте стална потрага за срећом – кажу савремени теоретичари и аналитичари брачног/породичног живота. Ко погоди циљ – промаши све остало,⁵⁹ каже

⁵⁵ Вид. В. Јеротић (1992), 16.

⁵⁶ Ц. Или (2007), 262, 279. О губитку животног оптимизма код нас вид. В. Јеротић, (2009) 91.

⁵⁷ Вид. В. Јеротић (2009), 15.

⁵⁸ Љубећи једино самога себе, човек не љуби ни Бога ни човека: он љуби своју самообману, вид. Јеротић, (2004), 14. Праведност природе на човеково тражење задовољства узвраћа праведном мером бола. Свети Максим говори о ирационалном и смртоносном кругу: што упорније неко тежи задовољству, то ће окусити горчи бол који свој врхунац достиже у смрти, вид. Панајотис Нелас, „О тајни брака“, *Право славни брак и породица*, Цетиње 2000, 118.

⁵⁹ Иштите... најприје царство Божје и правду његову, и ово ће вам све до дати (Мт., 6,33). Ко тежи уживању, неће га постићи, ко жели успех осуђује себе на разочарање, ко зарађује новац, плаћа душевним банкротством, вид. Аљсја Николајева, „Здравље нације као сотиролошки проблем“, *Између љубави и себичности*, Београд 2005, 559.

један афоризам. Модерна брзина и, не само техничка карактеристика цивилизације-цајтнот, формулишу хамлетовску брачну дилему: све сад или ништа, тј. развод. Узгред, запажамо следећу инверзију: у сфери приватности дијалектика остварења циља/среће је императивна, безусловна, неекскулпирајућа макар у смислу извињења, и са „алтернативом“: сад или одмах.⁶⁰ Насупрот томе, у социјалној сфери дијалектика остварења потреба/претпоставки за срећу је условљена различитим изговорима, плаузабилна, стално оправдавајућа, необавезујућа, са јачањем фактора заборавности обећања (од радних места до градитељских рокова), са јаким „моралним основом“ да ће у следећем животном ци(р)к(л)усу бити боље. Етиологија развода у модерно време има своју амплитуду.⁶¹ У време доминације логике профита/новца, разумљив је одраз те чињенице и у брачној сфери.⁶² Према једном истраживању, превалентни узрок развода јесте непостојање/неквалитетна комуникација брачника узрокована замором, преоптерећеношћу, монотонијом.⁶³ Чини се да та врста сензитивности брачника није индивидуална, аутономна, аутархична, већ је последица социјалног инжењеринга, пројектован „пожељан“ осећај складан социјалној композицији. Теоретичари веле да ако се увећа фреквенција комуникације, повећава се привлачност и позитивно

⁶⁰ Време не постоји. Ми смо пролазни, а време је Једно, Непролазно. Човек је биће коме се и Бог радује, и биће кога се и ђаво може да постиди. Ко је стрпљив, ко издржи до краја биће спасен, вид. В. Јеротић (2009) 13.

⁶¹ Реална димензија права се боље представља у амплитудама, каже О. Антић, (2010), 7.

⁶² У Економско филозофским рукописима, Карл Маркс пише о снази новца да ружноћа може да добије најлепшу жену, да несавесност, недуховитост, неврлина може да се ефикасно компензује новцем. У правној афористичкој форми данас казано, реч је о љубави на први поглед у земљишне/јавне књиге. Новац има снагу да обликује егзистенцију и у презенту и у перфекту. Каже се да новац који имамо јесте средство слободе/мање брижности/безбрижности, а новац којем тежимо је средство ropства. Према једном истраживању које наводи проф. Марко Младеновић у свом докторском раду, за мужеве, осим одсуства љубави супруге, тврдичлук је други разлог за развод брака. У „женској перспективи“, тврдичлук је први разлог који мотивише жену на идеју развода брака. Ако термину „тврдичлук“ одуземо елемент еуфемизма, онда његово значење се своди на неиспуњење потрошачких амбиција брачника. Занимљиво је да је неверност за мужа на 27. месту, а за жену на 10. месту на „ранг листи“ бракоразводних мотива, вид. Марко Младеновић, (1964), 124. О стагусу верности у нашем праву вид. Слободан И. Панов, „Појам и правне последице прељубе“, *Правни живот* 10/2011, 5-27.

⁶³ У 2005. години у Енглеској, највише развода је због *unreasonable behaviour*, потом сепарације од две године и споразума за развод, потом прељубе, па сепарације од пет година, а због напуштања (*desertion*) убедљиво најмање. Примери за неразумно понашање су „занимљиви“: када супруга захтева од мужа да не говори годину дана јер је то савет „медија“; тврдња мужа да жена само кува вечере на микроталасној, а не као његова мати *the real meals*, вид. В. Hale, D. Pearl, E. Cooke, D. Monk, (2009), 153, 167. Према једном истраживању у Холандији, брак без хумора, сагласности, одобрења често/чешће заврши у разводу.

чувство између њих.⁶⁴ Ова констатација објашњава пројектовани цајтнот⁶⁵ (узгред, и лишава наивне илузије о „интер-гендерском“ пријатељству, итд.).

Развод брака није срећа: брак и породица јесу неисцрпни источник љубави, пожртвовања и сигурности.⁶⁶

3. ГРАЂАНСКО-ПРАВНИ АСПЕКТ

Претходни аспект анализе има *in rerum natura* доминантну духовну, аксиолошку, надрационалну, религиозну, поетску, литерарну, нематематички имеративно егзактну супстанцу. О грађанском праву раније смо писали као о правној математици. Грађанско-правни хоризонт осветлиће на специфичан начин ову тему и, сигурни смо, унеће више интересубјективне проверљивости, аксиоматичности као последице резона „правне математике“.

У нашим ранијим радовима говорили смо о алтерацији установа породичног права.⁶⁷ У овом раду покушаћемо да у грађанскоправним, тј. облигационоправним координатама обогатимо наше сазнање о могућем основу за развод световног/грађанског брака. Почетни елемент који „храбри нашу методолошку замисао“ јесте, скоро консензуално или макар превалентно, схватање брака као уговора⁶⁸ *sui generis*. Покушаћемо да основ за развод световног брака објаснимо облигационоправном, односно наследноправном лексиком. У оквиру лексике облигационог права могући основ развода брака тражићемо у установи споразумног раскида и раскида уговора због неиспуњења уговорних обавеза (чл. 124 Закона о облигационим односима), у установи промењених околности – *rebus sic stantibus* (чл. 133 Закона о облигационим односима), у поређењу са уговором у корист трећег

⁶⁴ Вид. Д. Мицковић (2011), 248–268

⁶⁵ Неурога је нормална природна реакција на потчињавање одређеном патолошком систему, вид. А. М. Лобачевски (2011), 265. Модерно доба редукује елегични опис човека као трске која мисли. Модеран човек, у сталној егзистенцијалној не сигурности и бесмисленој хитњи, нема времена, а ни храбрости да мисли. Од трске која мисли, човек је безнадежно редукован на трску (као симбол снаге пред олујама егзистенције).

⁶⁶ Вид. А. В. Власенко, Л. Ю. Грудцына, А. А. Спектор, *Семейное право России*, Ростов 2011, 3.

⁶⁷ Различитост породичноправних установа условљава и тзв. алтерација модификација правних установа проузрокована брачним својством субјеката у кривичном, облигационом, наследном, стварном праву, вид. Слободан Панов, „О заједничкој својини у браку“, *Анали Правног факултета у Београду* 1 3/1998, Београд, 60.

⁶⁸ О генералној релацији да правна природа брака објашњава и правну природу развода, вид. М. Младеновић, (1964), 109.

лица (чл. 149 Закона о облигационим односима) или са уговором са самим собом. Иако је то мисаоно врло интригантна тема, овом приликом констатоваћемо у стилу „одважне сажетости“ и специфичности развода световног брака у односу на друге институте облигационог права: раскида уговора због прекомерног оштећења, зеленашког уговора, каузе, правног стандарда одређеног степена пажње у правном промету.⁶⁹

Осим анализе основа за развод световног брака у контексту института облигационог права, покушаћемо да неке елементе „леgitимности“ развода брака потражимо и у установама наследног права. За овако дефинисани истраживачки циљ, подобним/корисним нам се чини првенствено аналогича са уговором о доживотном издржавању (чл. 201, ст. 1 Закона о наслеђивању Србије).

Ако начело аутономије⁷⁰ воље твори уговор, онда сагласност изјављених воља ствара и раскид⁷¹ уговора—споразумни одустанак. Према Антићу, споразумни раскид уговора значи нов уговор којим се негира кауза првог уговора. Споразумни раскид садржи негатив каузе првог уговора: док првобитна кауза ствара уговор-брак, каснија, модификована кауза ствара нову правну ситуацију – раскид/престанак брака. Правно дејство споразумног раскида уговора, у облигационом праву, дозвољава две могућности: дејство *ex tunc*⁷² или *ex nunc*.

⁶⁹ Била би занимљива анализа сличности развода брака са установом прекомерног оштећења (рецимо, у случају несразмерне инвестиције племенитости у брак); зеленашким уговором (ако се брак закључи коришћењем „стања нужде, тешког материјалног стања, недовољног искуства, лакомислености или зависности“) или са непажњом у правном промету (па и *culpa in eligendo* или *culpa in vigilando*). О нетачности сепарације знања сведочи и овај пример: да ли је избор супружника акт слободне воље или случај (несазнати узрок) или виша сила? Тек као оријентир од говора наводимо мисао Јеротића, која вероватно продукује неки осећај код правника занатлија, да су избори партнера углавном детерминисани, најчешће родитељима. Леополд Сонди говори о фамилијарно несвесном које одређује и избор партнера и болести, вид. В. Јеротић, (2009), 92, 93. Вајнингер је писао о принципу избора: мушкарац са $\frac{3}{4}$ мушким принципом и $\frac{1}{4}$ женским принципом у себи тражи жену која има у себи $\frac{3}{4}$ женског и $\frac{1}{4}$ мушког у себи, по принципу комплементарности, вид. Ото Вајнингер, *Пол и карактер*, Београд 1986, 84.

⁷⁰ О „доброволности брачног савеза“ вид. А. В. Власенко (2011), 25.

⁷¹ Устав Србије у чл. 62 одређује да се закључење, трајање и „раскид“ брака заснива на слободи и равноправности „мушкараца и жене“. Уместо раскида, у нашем законодавству се користи термин „развод брака“. Српска породичноправна терминологија познаје, за разлику од уставне, неоправдано оригиналне стилизације, термин „развод брака“, вид. Димшио Перић, *Црквено право*, Београд, 1999, 294 и даље. У руском праву у „дореволюционарном периоду“ користи се термин развод, а касније и термин раскид брака, вид. Л. М. Пчелинцева, *Семейное право России*, Москва, 2007, 156. О раскиду брака вид. М. Alinčić, D. Hrabar, D. Jakovac Lozić, A. Korać, *Obiteljsko право*, Zagreb 2006, 79.

⁷² Трајне облигације чије извршење је започело нису подобне за раскид *ex tunc*, вид. О. Антић (2009), 430 и даље.

Сматрамо референтном још једну тачку у овој упоредној анализи. У теорији облигационог права, у „дијалогу“ начела аутономије и начела консензуализма, с једне стране, и начела правне сигурности, с друге стране, паралелизам форми је означен сакраменталним. Модерна тенденција је да формално настале облигације могу да престану неформалним начином, осим ако закон и циљ уговора не заповедају другачије. Породични закон Србије практикује паралелизам форми: брак настаје у законом дефинисаној форми, а престаје споразумним разводом, такође, уз претпоставку да се „напуне услови“:⁷³ писана⁷⁴ форма и сагласност о деоби заједничке имовине (са неограниченим „суверенитетом“ брачника) и о вршењу родитељског права, о заједничком малолетном детету/деци (ако је тај део споразума у најбољем интересу детета). Дакле, док је закључење брака формализована правна процедура пред надлежним органом управе, споразумни развод брака је формализована процедура пред надлежним судом. Као да је степен формализма, с аспекта надлежности врсте органа, појачана у сфери престанка брака у односу на сферу закључења брака. Врло нам се чини прикладним Антићева констатација да споразумни раскид уговора, термилошки прецизно, значи одустанак од уговора (брака).

Занимљиво је поређење развода брака и раскида уговора због неиспуњења. У време када је форма била суштина уговора (*forma dat esse rei*) овај раскид уговора није био могућ. Тек *lex commissoria* дозвољава продавцу да раскине уговор ако купац није платио цену. Савремено право познаје принцип код двостранообавезних уговора да када једна уговорна страна не испуни своје каузално обећање, друга страна, под условима датим у закону, може да раскине уговор једностраном изјавом воље.⁷⁵ Занимљиво је анализовати услове дате у теорији облигационог права за раскид уговора због неиспуњења. Према чл. 124 ЗОО, ова врста раскида је могућа код двостранообавезних уговора, док се у теорији сматра да је раскид због неиспуњења

⁷³ „Напунити услове“ је стилизована синтагма из Устава – један од бројних „језички бисера“ Устава Србије, вид. Ратко Марковић, „Капа за Рајка“, *Печат* 200/2012, 17.

⁷⁴ Закон вели да је нужна писмена форма, а ми мислимо да је довољна писана форма. Према чл. 40 ст. 2 ПЗ Србије, споразум о разводу обавезно садржи и споразум (и) о вршењу родитељског права. Занимљиво је како се остварује ова обавезност ако брачници који желе да се споразумно разведу немају дете. Иста је судбина „обавезности“ и када брачници немају заједничку имовину (амплитуда практичних могућности овог финала је врло богата: од брзог развода до брачног уговора).

⁷⁵ Оправдање раскида уговора услед неиспуњења обавеза је еволуирало: од имлицитног раскидног услова, повреде начела правичности/еквиваленције до каузе где „одвезивање“ од уговорне обавезе успоставља предуговорно стање, вид. О. Антић, (2009), 435.

могућ (само) код теретних уговора.⁷⁶ Брак свакако јесте двострани уговор, али је врло занимљиво питање да ли је теретан или добротин правни посао? Брак у свом атемпоралном суштству, у метаправном значењу јесте љубав.⁷⁷ Иако у практичној егзистенцији брак може да буде „барокно“ украшен различитим елементима (од „љубави“ на први поглед у земљишне књиге, „романтизовања камења“, до брака као супститута стамбеном кредиту, итд.), његова темељна онтологија, темељна, једина и врхунска кауза јесте љубав. Ако је љубав радосна жртва, самопоништење на властиту ползу, радосна, целомудрена негација сопства, онда то указује на неприкладност еквиваленције за (духовни сигурно, ваља анализовати да ли и за световни) брак. У правној, схематизованој и редукованој и неприкладној оптици за суштину брака, брак се може разумети као двострано обавезан, теретан правни посао.

Ипак, евидентирамо једну специфичност. За разлику од логике „реторзије“ у уговорном праву, код брака не постоји *compensatio delicti*. Компензација је могућа у имовинскоправним, не и у личноправним односима. Рецимо, према Ж. Перићу, верност једног брачника није условљена верношћу другог: не постоји захтев за „моралном еквиваленцијом“.⁷⁸ Други услов за раскид уговора јесте да постоји (претпостављена) кривица дужника. Кривица повериоца, кривица трећег лица, дејство више силе или случаја воде другим правним последицама. Правну логику развода „одликује“ потпуна ирелевантност кривице.⁷⁹ Неиспуњење уговора од стране дужника је следећа релевантна/градивна околност института раскида. Закон о облигационим односима потенцира и две додатне околности: ситуацију када рок јесте или није битан елемент уговора (чл. 125 и 126) и прецизирање да раскид није могућ ако дужник не испуни незнатан део обавезе (чл. 131). Правна логика развода брака је пот-

⁷⁶ О двострано обавезним и теретним уговорима опширније вид. Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд 1981, 203 и даље.

⁷⁷ За оне које не препознају (и) правну суштину у љубави, подсећање на ми сао Троицког да ниједна лађа не плови по компасу, али да то није разлог да се не гира важност компаса. Корисно је навести и стих једног песника да велике лађе не плове малим водама.

⁷⁸ Осим упитаности о односу „уговорних обавеза“ брачника, занимљиво је констатовати и неприкладност терминологије. На пример, уобичајено је схватање да се „нежни сусрет сексуална комуникација“ брачника означава вршењем „брачних дужности“. Овом логиком, рецимо, плаћање пореза је грађанско задовољство.

⁷⁹ Вид. Зоран Поњавић, *Породично право*, Крагујевац 2005, 161; З. Поњавић (2009), 113; Олга Цвејић Јанчић, *Породично право*, Нови Сад, 2009, 186. Релевантност кривице постоји у следу постбрачних догађаја: рецимо, брачник који се тако рђаво понашао да се то може супсумирати у правни стандард „очигледне неправде“ може да буде дисквалификован у алиментационој парници, код захтева за правом становања.

пуно незаинтересова/имуна на ове околности: развод брака је могућ без обзира када, како и колико се испуњавају „брачне дужности“. У педагогији су хиперболе корисне, јер максимално осветљавају „мисаону таму“/дилему: могуће је да развод брака тражи и добије и она „уговорна страна“ која се понашала најгоре замисливо, иако се други брачник понашао врло „опозиционо“: на најбољи могући начин.⁸⁰ Још једна разлика: према чл. 130 ЗОО, поверилац који тражи раскид уговора има дужност да о томе одмах обавести дужника. Ова обавеза не постоји за брачника који има намеру да се разведе или је већ поднео тужбу за развод брака. Без форсирања маште, лако може да се замисли ситуација када „временска димензија“ тужбе за развод брака може да мултипликује рђавост (од емотивне, здравствене до социјалне) сазнања о жељи партнера за разводом. Зашто је овај елемент истине у овом врло релевантном дијадном односу багателисан/суспендован/поништен?⁸¹

Следећи аспект поређења јесте основ развода световног брака у контексту института раскида или измене⁸² уговора због промењених околности – *rebus sic stantibus* (док ствари тако стоје).⁸³ Евидентирамо почетну сличност: релевантне околности треба да наступе после закључења уговора (односно, брака). Упркос различитој (и компликованијој/комплекснијој формулацији у ЗОО) можемо конста-

⁸⁰ Брак је и феномен свакодневне егзистенције и „стални празник“. Може ли, у координатама свакодневне истине, да постоји пријатељство, ако се један субјекат тог односа понаша врло лепо, а други врло ружно? Да ли постоји пријатељски развод? Претправни контекст је следећи: развод више није девијантан феномен и јесте саставни део логике брака. Лакши развод је истовремено и „слободнији, испуњенији брак.“ Нестабилност брака је последица „снажног веровања у Љубав“. Развод је доживљено разочарање једним супружником и нада у очарање другим, следећим супружником. Ипак, факти показују да број поновних бракова разведених је у сталном опадању. У Француској од 2005. године постоје три модела развода: развод због престапа; споразумни развод (са убрзањем одлуке на једном, уместо досадашња два рочишта) и развод на основу захтева једног супружника након две године брака. Логика овог последњег начина развода је да брачник не може да буде заробљен у браку, иако није било никаквог престапа, вид. М. Сегелан, (2009), 188–191. Дакле, лексиком облигационог права, право на раскид уговора има најгори *дужник* против идеалног *повериоца*.

⁸¹ Сазнајна интригантност релације упоређиваних института може се додатно обогатити анализом (разлике) о начину остварења раскида (простом изјавом или *ex lege*) или последицама/дејствима раскида: поређење обавеза накнаде штете и права на алиментацију (вид. наш став о основу и циљу издржавања у књизи Марина Јањић Комар, Слободан Панов, *Веза генерација*, Београд 2000, 172 и даље) и поређење права на повраћај датог и правила о враћању поклона у случају развода брака према чл. 190 ПЗ Србије.

⁸² У брачном праву ревизија (као правни појам, али не и као реални егзистенцијални појам) није могућа, већ само развод раскид.

⁸³ О теорији импревизије, заједничке намере уговорника, еквиваленције, и посебно, каузе вид. О. Антић (2009), 414 и даље.

товати сличност и у даљњим претпоставкама. Наиме, према чл. 133 ЗОО немогућност остварења сврхе уговора је разлог ревизије, односно раскида. То може да се уподоби формулацији за развод брака по тужби (објективна немогућност остварења сврхе брака – заједнице живота, следствено чл. 32 ПЗ Србије). Друга могућност ревизије/раскида јесте наступање околности које отежавају испуњење обавезе једне стране. У овом случају са „наглашенијом толеранцијом“ можемо утврдити сличност са формулацијом у ПЗ Србије да је развод дозвољен када постоји озбиљна и трајна поремећеност брачних односа. Рецимо, веза би била у томе да поремећена „лепота брачног амбијента/атмосфере“ умањује или поништава могућност, инспирацију или успех у испуњењу обавезе брачника. Диференција ЗОО јесте у томе да он утврђује „квантумску присутност“ ових претпоставки: у тој мери да је очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорника и да би по општем мишљењу било неправично да се одржи уговор такве садржине. „Унутрашња сличност“ ових формулација је у томе да „опште мишљење“ кореспондира са садржином појма „објективне немогућности“ остварења циља брака. Сматрамо да су обе формулације настале на идеји „правног експресионизма“, а не „правног импресионизма“.⁸⁴

Након компаративних сличности, наступају разлике: околности релевантне према ЗОО (немогућност ревизије/раскида ако су се околности могле да предвиде, избегну или савладају; доцња као дисквалификациони статус, понуда другог уговорника да се ревидира уговор,⁸⁵ обавеза да се обавести друга страна о *намери* ревизије/раскида; начелна дозвољеност одрицања *ex ante*) су потпуно ирелевантне у брачном законодавству.

Са наглашеном правном метафором, можемо да поредимо развод брака и са уговором у корист трећег.⁸⁶ Брак се може разумети и као уговор на ползу (и) детета.⁸⁷ Када неко уговори у своје име (брачни другови – родитељи) потраживање (добробит) у корист

⁸⁴ У брачном праву импресионизам (неподношљивост) прелази у законски формулисани експресионизам (поремећеност).

⁸⁵ Са овим елементом установе *rebus sic stantibus*, у извесном смислу, по себно с аспекта жеље да се одржи уговор/брак, кореспондира установа мирнења у брачном праву.

⁸⁶ Прокреативни елемент је врло наглашен у дефиницији брака у чл. 1 по Брачним правилима Српске православне цркве: *Православни брак је света тајна по којој се два лица разнога пола, на начин прописан Црквом (чл 2), везују дожи вотном духовном и телесном везом, ради потпуне животне заједнице и рађања и васпитања деце.*

⁸⁷ Овај атрибут корисности брака за треће лице, мање је присутан на почетку брака, а подаци говоре, присутнији је током трајања брака и током суспензије или одустанка од намере развода брака, вид. М. Младеновић (1964), 110 и даље.

трећег (код брака полза је и за себе и за дете/децу), трећи стиче сопствено и непосредно право према дужнику (право детета према родитељу/родитељима). Сличност се повећава ако се родитељски пар разуме/означи као промитент и стипулант, а смањује се сличност у смислу да та обавеза стриктно правно није према другом родитељу (јесте у извесном афилијативном смислу), већ према детету. Рецимо, обећалац (муж/отац обећа да ће победити зависност – љубав према хемији) је дужник, а супруга/мајка је обећајник – поверилац, с тим да је и дете бенефицијар – поверилац. Сличност се поново јавља ако знамо да „воља корисника није релевантна за настанак уговора у његову корист“.⁸⁸

Према Библији, муж и жена су једно тело. Овај битан исказ о духовном браку, у облигационоправним координатама могао би да се разуме и као уговор са самим собом. Ово је уговор са самим собом у футуру, не у презенту, током трајања брака, а не већ у тренутку закључења брака. Дакле, брачна једнобитност може да асоцира на уговор са самим собом.⁸⁹ Лексиком грчке митологије казано, уговор са другом половином себе.

Развод брака, на крају, упоредићемо и са каузом. У иновативним и на врхунску духовну ползу реченицама Антића о каузи, у нашем апстраховању за ову тему, наводимо следеће:

- кауза је елемент уговора приватног и јавног права. Породично право је, не баш у еквидистанци, према приватној и јавно-правној области.⁹⁰ Брак у себи садржи доминантан приватни елемент, али је евидентна и присутност јавног интереса;
- аутономија воље је почетни (и крајњи?) услов за формирање каузе, као и за настанак брака;
- кауза је контролор у функцији савесности и поштења, у симетрији престација. У брачном амбијенту, кауза не подразумева или чини апсолутно ирелевантно симетрију обавеза. Посебно код развода, у форми „реалне хиперболе“, већ смо констатовали једнакост права на развод брачника са минималном или негативном брачном племенитошћу, у односу на врхунаравног опозиционог брачника. Код споразумног развода, кривица и свака друга чињеница која се односи на сам развод је неважна. Код развода по тужби, иако законска формулација потенцира објективни „извештај“ о брачном

⁸⁸ Вид. О. Антић (2009), 362. Разлике упоређених института су бројне: не постоји право стипуланта да се опозове корист до прихватања бенефицијара; прелаз користи стипуланту ако је бенефицијар одбије.

⁸⁹ Детаљније о модалитетима овог уговора, *ibid.*, 241 и даље.

⁹⁰ Вид. опширније С. Панов (2008), 29.

стању, *de facto* право на развод се претвара у захтев за развод брака. Врло је занимљиво сазнати да ли у нашој судској пракси има и један одбијен захтев за разводом брака;

- док кауза морализује уговор, развод брака је „морално неосетљив“, незаинтересован за кривицу,⁹¹ оправданост, респект посебних околности...⁹² Док „префињене струне каузе“ говоре да постоји претпоставка да разумно поштовање својих интереса подразумева поштовање интереса других, концепт развода световног брака заправо се показује као потпуно аутаркична изјава воље (код тужбе) или као сагласје две потпуно аутаркичне изјаве воље за разводом (код споразумног развода).⁹³
- у теорији каузе релевантна је подела на теретне и добротине уговоре. Код теретног уговора кауза је видљива у еквиваленцији, у извршењу противпрестације саговорника.

Код добротиног правног посла поклонодавац⁹⁴ се привидно одриче противпрестације у свом *animus donandi*: поклонопримац је дужан заувек да буде благодаран. Дар радује дародавца, а и радује и обавезује дарованог. Ако је световни брак доминантно ближи означању за теретан уговор, онда је духовни брак доминантно/искључиво добротин уговор: и то, са правног аспекта, чудно добротин, јер дарујући свог брачника, дарује се и он сам (љубећи ближњег свог, љуби себе).

У корпусу наследно-правних института за нашу тему најприкладније је поређење са уговором о доживотном издржавању: прецизније, са раскидом овог уговора због поремећених односа. Прва релевантна околност јесте да је разлог раскида уговора о доживотном издржавању конципиран кумулативно „експресионистички и импресионистички“: разлог раскида је стилизован и у објективној форми (поремећеност односа) и у субјективној форми (неподношљивост). И

⁹¹ Експанзија *of nonfault grounds for divorce* од када је Калифорнија 1969. године елиминисала развод санкцију/преступ/грешку, вид. В. Hale, D. Pearl, E. Cooke, D. Monk, (2009), 156.

⁹² О редуковању права на развод у немачком, француском, грчком праву, вид. С. Панов (2010), 123.

⁹³ У судској пракси постоје случајеви да, иако имају заједничку имовину, брачници до развода долазе лако самим споразумом о разводу. Кад су остварили „главни циљ“, касније воде дуготрајне поступке за деобу заједничке имовине, вид. О. Цвејић Јанчић (2009), 182. Дакле, законска условност „слободе развода брака“, лаким маневром се поништава.

⁹⁴ Примање поклона није увек животно ни правно безазлено: дуг поклонопримца није безначајан, јер он до краја свог живота поклонодавцу дугује благодарност, вид. О. Антић, „Кауза“, *Правни живот* 10/2005, 854.

ЗБПОС и ПЗС познају само објективну формулацију развода брака. Друга релевантна околност јесте да, према ЗОН Србије, за раскид из овог разлога није потребно да постоји/да је постојала уговорена заједница живота. У брачноправном контексту, заједница живота мора да постоји на почетку брака као пројектовани циљ или као накнадно успостављен факт (сходно чл. 32 ПЗС). Свакако, *in rerum natura*, да се „идеја развода“ јавља када је заједница живота, са различитим степеном транспарентности, престала или ће неалеаторно престати. Занимљива је констатација Антића да поремећеност/неподношљивост односа може да буде у „креацији“ и самих уговорника и неких других чланова породице. И за брак је ова констатација у пракси врло фреквентна: да контаминирање брачне идиле буде узроковано „фолклорно“ важним субјектима (таст, свекар, а врло ређе ташта, свекрва). Коначно, сличност упоређиваних института је и у томе што је кривица ирелевантна: и искључиво крив субјект за рђаве односе код уговора о доживотном издржавању, као и код брака, има право да тражи раскид/развод. Кривица има „секундарну“ правну важност (код, рецимо, накнаде штете).⁹⁵

И други наследноправни институти⁹⁶ могу да буду корисни за установу развода брака, али нам просторна лимитираност диктира завршетак ове анализе.

4. ПОРОДИЧНО-ПРАВНИ АСПЕКТ

Иако је љубав, модерним потезом законописца, елиминисана из брачноправног контекста,⁹⁷ насупрот модерним вредностима остајемо верни вечитој/свевременој вредности истине. Љубав сматрамо елементом брака/живота који не заслужује игнорисање модерних мислилаца или у духу нове терминологије – мислитеља. Сходно закону енантидромије, љубав јесте темељни и врхунски принцип брака и, истовремено, љубав негира идеју права. Рецимо, љубав између људи *in abstracto* и *in concreto* укида потребу за кривичним правом. Љубав (са својим онтолошким детерминантама апсолутности и атемпоралности) у потпуности негира идеју развода. То је природни закон који не наређује, већ само констатује „у радосном беспоговору“.

⁹⁵ Вид. о овом уговору О. Антић, *Наследно право*, Београд 2010, 360 и даље.

⁹⁶ Рецимо, институт губитка наследног права преживелог супружника оставиоца; институт искључења из нужног дела тежим огрешењем о неку законску или моралну обавезу; недостојност, итд.

⁹⁷ Вид. Слободан Панов, „Верност *versus* прељуба правни аспект“, *Правни живот* 10/2010.

Према С. Троицком, ако је љубав жртва, онда је корелативан појам љубави – право. Да би се учинила жртва свог права, право казује шта је наше.⁹⁸ Право је потребно да „омеђи“ (ради дара другоме) наше, право је потребно да (радосно) означи ту међу. Право, у овом смислу, јесте почетак љубави, нужна и за циљ, неважна фаза.

ЗБПОС је у чл. 6, ст. 1 посебно нагласио, самим лоцирањем, да се у браку „остварују истовремено интереси брачних другова, породице и друштва“.⁹⁹ Истовременост остваривања интереса три споменути „ентитета“, наравно, не значи и истомерно остваривање и, наравно да значи и различит „дијалектички квантум“ респекта ових интереса и различите модалитете постизања хармоније/симфоније тих интереса. Свакако да је најмање мудро, да будемо благи у изразу, апсолутно фаворизовати само један интерес, интерес једног „ентитета“. То је као да се надате успеху ако једном идејом објашњавате свет или се надате радости ако се само једном бојом осликава свет.

Посебност регулисања¹⁰⁰ развода брака у ПЗ у односу на ЗБПО јесте у томе да је актуелни закон и блажи и строжи. Појаснићемо ову амбивалентну разлику. Наиме, ПЗ је блажи у односу на ЗБПО, јер не садржи лимите за развод брака: супстанцијалне (ЗБПО је у чл. 84, ст. 4 предвиђао да суд може да одбије споразумни¹⁰¹ развод брака ако то налажу оправдани интереси заједничког малолетног детета) и процесноправне, тј. лимитираност иницијалног акта у одређеној

⁹⁸ Сергије Викторович Троицки, *Црквено право*, Београд 2011, 32.

⁹⁹ И историјски и индивидуални, и економски и духовни, и сваки аспект је битан за анализу релације брачника, породице и друштва. И с аспекта потреба друштва и аспекта потреба индивидуа (од интимних веза до личне, брачне и породичне среће). Правнички казано, потребно је хармонизовати, по принципу обрваног разума, и начело слободе закључења брака и најбољи интерес детета и начело посебне заштите породице и поштовања права на породични живот (чл. 2 ПЗС). О принципу добровољности брачног савеза, споразумног разрешења „породичних питања“ и приоритета породичног васпитања детета и бриге и заштите њиховог благостања и развоја (чл. 11 СК РФ), вид. А. В. Власенко, (2011), 11, 25 и даље. О овој теми вид. Милош Станковић, „Правна природа и остваривање права и дужности родитеља на васпитање и образовање детета у Србији“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2011, 235-262.

¹⁰⁰ У једној фази енглеске брачне регулативе, Law Commission Report 192 (1990), критикује концепт развода и каже да је „*it is confusing and misleading; it is discriminatory and unjust; it distorts the parties bargaining positions; it provokes unnecessary hostility and bitterness; it does nothing to save the marriage; it can make things worse for the children*“, вид. J. Herring (2004), 93-96.

¹⁰¹ Према нашим сазнањима, ова норма се (скоро) није примењивала у судској пракси. Нејасно је и зашто је законодавац ограничио интервенцију суда да заштити дете само за случај „блаже емотивне експлозије“, тј. само за случај споразумног развода брака. Развод инициран тужбом је, најчешће или увек, емотивно и социјално субверзивнији догађај, догађај „богатије емотивне и социјалне патологије.“

ситуацији (према чл. 84, ст. 2 ЗБПО, за време „блаженог стања жене“ и до бебиног првог рођендана није могућ развод брака на основу тужбе, већ само споразумно). Упркос афирмацији права детета, упркос педоцентризму,¹⁰² ПЗ не садржи ове заштитне норме за дете.¹⁰³ Осим овог „блажег дисконтинуитета“, постоји и „строжи дисконтинуитет“. Наиме, ПЗ регулама о условима за споразумни развод брака предвиђа строже услове у односу на ЗБПО. Док је претходни закон споразумни развод условљавао договором о заједничком малолетном детету, нови закон предвиђа и обавезу споразума о деоби заједничке имовине супружника. Овај „договор“ мора да буде у писменој форми, како каже закон. Сигурни смо да је довољно да споразум на ове теме буде у писаној форми.

Преднацрт новог Грађанског законика Србије тему развода регулише на следећи начин: као бракоразводни узрок предвиђа се озбиљна и трајна поремећеност брачних односа. Дакле, поремећеност брачних односа мора бити стандардног епитета (као не баш украсна карактеризација): временског – трајна и супстанцијалног – важна, озбиљна, одлучна, релевантна. Алтернативно, Преднацрт ГЗ бракоразводни узрок дефинише као несагласност супружника о битним питањима заједничког живота и ако је заједница супружника трајно престала. Иако је ова стилизација, у суштини, варијација на исту тему, у судској пракси може бити занимљиво како ће се конкретизовати употребљени правни стандарди. Рецимо, наш став је да законодавац погрешно користи плурал у формулацији бракоразводног узрока као несагласности супружника о битним питањима. Довољно је да ова несагласност, у логици и етици световног брака, постоји на тему једног важног питања. Не плурална, већ битна сингуларна несагласност може, у недостатку жеље, мудрости, кондиције, љубави супружника, да исходује тужним финалом – разводом брака.

Преднацрт ГЗ остаје веран континуитету „строгости“ богаћењем услова за споразумни развод брака. Осим досадашњих нужних прет-

¹⁰² Педоцентризам стављање детета у „центар васионе“ није користан. Педоцентризам је мање присутан у патријархалној породици са више деце, него у модерној породици са једним дететом које добија статус „принца или принцезе“. Једино дете супружника јесте и „објекат“ њиховог емотивног инвестирања, што проузрокује губитак виталности, неуротични нарцизам, чиме се формира незајежљива сујета, завист и љубомора, анархични индивидуализам, в. В. Јеротић (2004), 192 и даље. Педоцентризам има интерференцу са разводом брака услед, већ казаног, васпитања о милитантном индивидуализму.

¹⁰³ „На инсистирање женских организација“ ПЗ Србије нема норму о тзв. заштићеном периоду када је могућ само споразумни развод брака, вид. Г. Ковачек Станић, *Породично право*, Нови Сад 2005, 151. У руском праву, без писане сагласности жене/супруге није могућ развод брака у време њене бременитости и до првог рођендана бебе, вид. А. В. Власенко (2011), 172.

поставки за развод (споразум о детету и деоби заједничке имовине супружника), он предвиђа обавезан споразум и о издржавању супружника по престанку брака.¹⁰⁴

Консенсуална је тврдња да је за меритум судске одлуке о разводу битна последица, а не узрок.¹⁰⁵ Евидентно је код споразумног развода брака да је последица за развод ван „интересовања закона“, а да сам предлог за споразумни развод беспоговорно, апсолутно суверено¹⁰⁶ говори да тај брак суд треба да разведе. Ова апсолутна слобода развода осенчена је условом писане форме споразума. Код „комплекснијих ситуација“, споразум мора да буде, осим о разводу, и о детету и о заједничкој имовини. Овај додатни услов, ипак, не дотиче суштину: право на развод. Ако постоји апсолутно извесно финале поводом поднетог предлога за споразумни развод брака, онда се то, како тачно примећује М. Јањић Комар, може назвати не само правом на развод (где постоји алеаторност у судском финалу), већ захтевом¹⁰⁷ за разводом брака. Законска регулација говори о основаности да се споразумни развод брака квалификује као (са процедуралним или материјалноправним формалностима) слобода развода брака. Судска пракса даје основа да се развод брака по тужби, такође, прогласи

¹⁰⁴ У немачком праву, према Закону о грађанском поступку, споразум о разводу брака мора да буде свеобухватан: о стану, издржавању деце и супружника, подели брачне имовине и пензија, старању и контакту са децом. У Аустрији око 90% бракова се разводи споразумно. Договор о деоби заједничке имовине је често у вези са споразумом о издржавању између супружника (рецимо, један супружник има мањи алиментациони захтев да би добио већи удео у заједничкој имовини или да би добио одређену ствар из заједничке имовине), вид. Irena Majstorović, *Bračni ugovor*, Zagreb 2005, 62.

¹⁰⁵ Занимљиво да суд, потпуно незаинтересован за узрок развода брака, са „истражним ентузијазмом“ анализује корисност споразума о разводу брака који се односи на вршење родитељског права. Да ли узрок детерминише, обликује или сенчи последицу? Да ли узрок развода може да санира непријатности, градуелно или потпуно, последица? Откуд нада или илузија законописца да ће се најбоље остварити интерес детета игнорисањем узрока за развод брака? Да ли постоји још нека наука која тако багателише узрок?

Још једна констатација: нови ПЗС мирење омогућава/дозвољава само у случају брачног спора иницираног тужбом. Да ли је, осим за друштво, дете, и брачнице, смислен напор да се у поступку мирења размисли о жељи за разводом и када је поступак инициран споразумним предлогом? ЗБПОС је дозвољавао мирење/није спречавао мирење без обзира на врсту иницијалног акта. Осим овог елемента, стари закон је био мудрији и због чл. 351 *in fine*.

¹⁰⁶ Код споразумног развода брака суд не испитује чињенице из брачног живота и сам предлог јесте „достатан доказ“ одсуства жеље за браком, вид. М. Alinčić, et al., (2006), 85. О словеначком праву вид. К. Zupančič, В. Novak, V. Žnidaršič Skubic, М. Končina Peternel, *Reforma Družinskega prava*, Ljubljana 2005, 31 и даље.

¹⁰⁷ О штетности „новачења“ и брзог развода, вид. Никола Ружичић, *Номока нон о браку*, Београд 1880, 188, 193.

афирмацијом слободе развода брака.¹⁰⁸ Најпре, било би занимљиво утврдити да ли у судској пракси код нас постоји одлука суда којом се одбија тужбени захтев? Поњавић, сматрајући да је развод по тужби у нашем праву урађен врло савремено и успешно, констатује и да закључак суда о атрибутивној поремећености брачних односа је, у крајњем случају, субјективне природе, што увећава моћ судова и може да доведе до правне несигурности. Неснабдевен инквизиторским начелима (једино истражним начелом у брачном спору), судија, заправо прихвата тврдњу тужиоца, што подсећа на једнострану раскид брака – на репудијацију.¹⁰⁹

Зашто је законописац тако снажно и искрено заинтересован за стабилност брака? Ова врста динамизма брачног живота, брачних промена усклађена је са потребном динамиком („хитрост к бесмислу“) актуелног система, са цајтнотом цивилизације који поништава културу (доколица је извор културе, а савремено доба цајтнотом лишава могућности/права на уживање у основном глаголу духовности – глаголу мислити) и човека лишава архимедовског ослонаца.¹¹⁰ Апсолутна незаинтересованост¹¹¹ закона за моралноправни аспект, за кривицу, дозвољава прикладну и тачну употребу следеће хиперболе: у једном правном односу/правном поступку, исту правну позицију/исти степен заштите од законописца има и субјект који је епифанија врлине и онај који је аутентични репрезент греха. Занимљиво је у систему права наићи на овакво изједначење врлине и греха.

Према модерној интерпретацији,¹¹² развод је срећа, недевијација, претпоставка развоја појединца, акт слободе, афирмација важности љубави, акт пријатне ефемерности. Брак је пролазно/привремено стање, док је родитељство нераскидиво. Занимљиво је овим поводом констатовати да оно што сами бирамо јесте необавезујуће или привремено (као могућност и као реалност,¹¹³ све присутнија), док оно

¹⁰⁸ Ако се не утврђује узрок за развод брака, из оправданих или неоправданих разлога, већ само последица, онда то одражава правнополитички став о разводу. Ако не истражујете узрок, како ће се знати шта је узрок за развод и, посебно важно, како ће се конципирати напор „социјално одговорне власти“ да смањи тај феномен који је тужан (патолошки) или радостан (нестресоген, пожељан, срећан, на ползу свакоме, посебно детету).

¹⁰⁹ Вид. З. Поњавић, *Породично право*, Крагујевац 2007, 148–151.

¹¹⁰ „Дајте ми ослонац и ја ћу подићи Земљу“, написао је Архимед сиракуском краљу Хиерону II. У заносу, додао је, да би могао да покрене и саму Земљу (рецимо, ка Добру прим. С.П.), када би могао да нађе добар ослонац.

¹¹¹ Вероватно је незаинтересованост последица читања Шопенхауера, *De utilitate ex adversis capienda* „О користи која се може извући од несреће“. Мада, „Овај свет ћемо оставити исто тако глупим и злим, каквог смо га и затекли кад смо дошли на њега“, вид. А. Шопенхауер (1987), 8.

¹¹² Вид. М. Сегелан (2009), 188–192.

¹¹³ Поводом хвале реалности садашњих „власника времена“, подсећање на мисао Достојевског: „Реализам ограничен својим носом/фотељом је опаснији од

што је дато/октроисано је обавезујуће и за родитеља¹¹⁴ и за дете. Очевидно од индивидуализма, „права на срећу“, хедонизма – доведених до свог пароксизма – егоизма, да ће бити на ползу за „благодотвореније брака“ је тако тачна нада као када би били задивљени одлуком да се Казанова постави за директора женске школе (како би рекао академик Екмечић).

Огроман је број лажних теофанија. Ниско, безвредно, слабо показује се као вредност. Саблазни овог света маскирале су се као светиње. Љубав се претворила у проповед безосећајног, у послушање злу, вели Берђајев.¹¹⁵

Да ли детронизовање брака и породице разводом, тронизује човека?

Да ли је, као идеја, не као чињеница, развод срећа?

Само велике идеје су неостварљиве и чекају есхатолошки момент. Идеја развода је врло лако остварљива.

Развод у модерном маниру форсираног оптимизма поништава смисао.

Какво је то људско право које масовно растужује?

Dr. Slobodan I. Panov

Associate Professor

University of Belgrade Faculty of Law

GROUNDS FOR DIVORCE IN SECULAR LAW

Summary

The author made a detailed analysis of the grounds for divorce in the secular and, in the expected article, in the ecclesiastical law. In meth-

најбезумније фантастичности, јер је слеп“. По Достојевском, хвала реалности има одбојност/страх од идеја и „таква реалност увек има нешто шустерско“ (Хегел каже да за собара нема великог човека, али да је то тачно само са собарског аспекта). И када би истина искључивала Христа, остао бих са Христом, а не са истином, каже Достојевски, вид. В. Јеротић (1992), 168, 171.

¹¹⁴ У нашим ранијим радовима писали смо о апсолутној правној моћи жене у сфери прокреације. Рецимо, ако је сексуални однос афирмација принципа аутономије воље/консензуалности, у конкретном чињеничном склопу када постоји консензус да сексуални однос нема за циљ прокреацију, преварна радња женског субјекта (о, на пример, употреби заштитних средстава) не сенчи њен апсолутни суверенитет о доношењу одлуке о „октроисаном“ очинству.

¹¹⁵ Н. Берђајев (2006), 83-85.

odology compatible to polymorphous marriage substance, basis of secular marriage divorce is analyzed from three aspects. The first aspect is the one of legal policy (in the amplitude of the conservative and liberal axiology). The second is about the civil law background (records of similarities and differences with the obligation and legal institutions of termination for default; *rebus sic stantibus*, causes, usury contracts, etc. and hereditary-legal institutions, primarily the case of termination of life-long support due to „bad“ relationships of parties). The third comprehends family law aspects (expulsion of love from the marriage vocabulary in the law; irrelevance of some causes, i.e. spouses' guilt; concept of divorce by previous Serbian Law on Marriage and Family Relations, current Law on Family and future Civil Code).

Key words: *Divorce. – Conservatism.– Liberalism.– Contract termination.– Rebus sic stantibus.– Causa. – Life support contract.*

Горан П. Илић*

О ПОЛОЖАЈУ ОШТЕЋЕНОГ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

У раду су размотрене значајне промене до којих је последњих деценија дошло у сагледавању положаја оштећеног у кривичном поступку. Аутор истиче да је начелни захтев да се са оштећеним у кривичном поступку има поступати саосећајно, са поштовањем и уз уважавање његовог достојанства, прокламован у бројним међународним документима. Услед тога је у упоредном праву процесни положај оштећеног добио запажено место, при чему норма тивно уређење овог питања има два аспекта. Први се односи на настојање оштећеног да у кривичном поступку оствари имовинскоправни захтев, док је други аспект последица потребе за предузимањем мера за спречавање његове секундарне виктимизације.

Када је реч о српском праву, аутор закључује да је оно на трагу постојећих упоредних решења у овој области, и то како у погледу процесног положаја оштећеног у кривичном поступку, тако и у односу на мере његове процесне заштите. Одређене промене до којих је дошло у процесном положају оштећеног, последица су нове концепције кривичног поступка, с тим да је при ликом њиховог законског уређења вођено рачуна о стандардима људских права. Са тим у вези, аутор указује на велики значај који за ову проблематику имају стандарди који су изграђени у пракси Европског суда за људска права. У оквиру њих се положај оштећеног у кривичном поступку сагледава како у светлу права на правично суђење, тако и у оквиру концепта европског јавног поретка.

Кључне речи: Оштећени. Жртва. Кривични поступак. Процесни положај оштећеног. Мере процесне заштите. Стандарди људских права.

* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, gilic@ius.bg.ac.rs, и судија Уставног суда Србије, goran.ilic@ustavni.sud.rs.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Када је крајем 60-тих година прошлог века професор Пакер (*Packer*) изложио теоријску концепцију о *crime control* и *due process* моделу кривичног поступка,¹ у њој није било речи о процесном положају жртве кривичног дела. То би се на први поглед могло оценити као пропуст, нарочито ако се има у виду да је шездесетих година XX века отпочео покрет за заштиту права жртава који је требало да баца више светла на искуства и заштиту жртава у кривичном поступку.²

Изостанак жртве из поменутих теоријских модела се објашњава конфликтом који би настао између интереса жртве, на једној страни, и интереса јавног тужиоца за ефикасним гоњењем у оквиру *crime control* модела, или права одбране унутар *due process* модела, на другој страни.³ Тензија би при том била већа у оквиру другог од наведених модела кривичног поступка, јер би дошло до сучељавања два појединачна интереса – интереса жртве и интереса оптуженог. Тај сукоб би добијао на интензитету услед деловања различитих чинилаца, од којих се најчешће помињу: настојање жртве да се „помоћу“ кривичног поступка освети за претрпљену повреду права, проблем примарне и секундарне виктимизације, или ограничење права оптуженог и могућност изрицања кривичне санкције.⁴ Због тога је дошло до теоријског уобличења концепта *victim participation* модела кривичног поступка који је заснован на правичности према жртви, њеном поштовању и уважавању њеног достојанства.⁵

Настанку овог концепта су у значајној мери допринеле виктимолошке идеје о правима жртава, под чијим утицајем је постепено долазило до измена националних кривичних законодавстава како на материјалном, тако и на процесном плану.⁶ Повећана пажња која се

¹ У *crime control* моделу нагласак је на репресији кривичних дела, што подразумева спровођење брзих поступака лишених претераног формализма, док су у *due process* моделу у првом плану права одбране и ограничење извршне власти. Вид. Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford University Press, Stanford, CA 1968, 159, 160, 163 165.

² Charles P. Trumbull, „The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings“, *Michigan Journal of International Law* 29/2008, 780.

³ Douglas Evan Belooof, „The Third Model of Criminal Process: The Victim Participation Model“, *Utah Law Review* 2/1999, 299.

⁴ *Ibid.*

⁵ Под утицајем овог модела у јапанском кривичном поступку су од 2000. године уведена два модалитета учешћа жртве: изјашњавање жртве (*Victim's Statement of Opinion*) и систем учешћа жртве (*Victim Participation System*). Вид. Masahiko Saeki, „Victim participation in criminal trials in Japan“, *International Journal of Law, Crime and Justice* 38/2010, 149 165.

⁶ Reynald Ottenhof, „Les Droits des Victimes en Droit Pénal International“, *International Criminal Law: Quo Vadis?*, Proceedings of the International Conference held

у упоредном кривичном праву поклања овом питању последица је и утицаја универзалних и регионалних међународних докумената о људским правима. Од њих би требало поменути Међународни пакт о грађанским и политичким правима⁷ и, посебно, Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода.⁸ Значај Европске конвенције о људским правима се огледа у чињеници да државе, у светлу заштите основних људских слобода и права, поред основне дужности осигурања права на живот успостављањем одређеног кривичног законодавства, имају и позитивну обавезу превентивног предузимања прикладних мера за заштиту појединца чији телесни интегритет или живот је угрожен туђим криминалним понашањем.⁹ Завређује да буде поменуто да је одређени искорак у правцу заштите права жртава учињен 1983. године доношењем Европске конвенције о накнади штете жртвама насилних кривичних дела. Основно начело на којем се она темељи садржано је у идеји да обавеза државе да накнади штету није последица њеног пропуштања, већ друштвене солидарности и правичности.¹⁰

in Siracusa, Italy, 28 November – 3 December 2002, on the Occasion of the 30th Anniversary of ISISC, *Nouvelles études pénales*, N° 19, Ramonville Saint Agne 2004, 519, 520.

⁷ Наша земља је ратификовала Међународни пакт о грађанским и политичким правима (*International Covenant on Civil and Political Rights*) доношењем Закона од 29. јануара 1971, *Службени лист СФРЈ*, бр. 7/71.

⁸ Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода ЕКЉП (*European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*) је постала део нашег правног поретка усвајањем Закона о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода са додатним протоколима, уз неколике касније измене и допуне, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, 9/03, 5/05 и 7/05 исправка *Службени гласник РС – Међународни уговори*, 12/10.

⁹ Clare Ovey, Robin C. A. White, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2006⁴, 62, 84; Александар Јакшић, *Европска конвенција о људским правима коментар*, Центар за публикације Правног факултета у Београду, Библиотека Приручници, Београд 2006, 89, 104. О томе постоје бројне пресуде Европског суда за људска права ЕСЉП (између осталих, видети: *Aksoy protiv Turske*, 18. децембар 1996, § 98; *Z. и остали против Уједињеног Краљевства*, 10. мај 2001, *European Human Rights Reports*, 97; *LCB против Уједињеног Краљевства*, 9. јун 1998, *European Human Rights Reports*, 212; *Осман против Уједињеног Краљевства*, 28. октобар 1998, § 115, 116). Одлуке Европског суда за људска права, као и извештаји и одлуке Европске комисије за људска права (ЕКом.ЉП) који су навођени у овом раду, доступни су на: [{,languageisocode“:\[,ENG“\],“documentcollectionid“:\[,COMMITTEE“;“DECISIONS“;“COMMUNICATEDCASES“;“CLIN“;“ADVISORYOPINIONS“;“REPORTS“;“RESOLUTIONS“\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#)

¹⁰ Европска конвенција о накнади штете жртвама насилних кривичних дела Конвенција (*European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes European Treaty Series No. 116*) Иако је велики број држава чланица Савета Европе потписао ову Конвенцију, мали број ју је ратификовао. То се објашњава било уверењем држава да имају добро законодавство у овој области, било страхом од

Иако наше кривично процесно законодавство усваја појам оштећени, у досадашњем излагању је коришћен појам жртве, будући да се он чешће употребљава у релевантним међународним документима, упоредном праву и иностраној литератури. Може се поставити питање има ли основа за прихватање овог појма у нашем праву, односно требали га искључиво или упоредо користити са појмом оштећени? Премда је у процесној теорији било покушаја да се направи појмовна разлика између жртве (*victim; la victime*) и оштећеног (*injured party; le lésé*),¹¹ остало је доста недоречености у вези са тим. Због тога је приликом изналажења одговора на наведено питање корисно осврнути се најпре на релевантне међународне документе из ове области.

2. МЕЂУНАРОДНИ ДОКУМЕНТИ О ЖРТВИ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

У међународним документима се појму жртве придаје прилично широко значење, о чему сведочи Декларација о основним начелима правде за жртве злочина и злоупотребе власти¹² коју је Генерална скупштина Уједињених нација усвојила 1985. године. Под жртвом се подразумева не само лице које је појединачно или колективно претрпело штету, већ и сродници жртве и лице које је претрпело штету приликом пружања помоћи непосредној жртви или при спречавању виктимизације (чл. А ст. 1 и 2 Декларације). Значајно је поменути да жртва има *право на приступ правди и фер поступање* које, између осталог, подразумева да у складу са одредбама националног законодавства добије накнаду за претрпљену штету (чл. А ст. 4 Декларације).

На сличан начин је појам жртве одређен у Основним принципима и смерницама за право на правни лек и обештећење жртава тешких кршења међународног хуманитарног права и озбиљне повреде међународног хуманитарног права,¹³ усвојеним Резолуцијом

преузимања нових обавеза. Jean Pradel, Geert Corstens, Gert Vermulen, *Droit pénal européen*, Dalloz, Paris 2009³, 217, 218.

¹¹ Као основ за разликовање се користи право које је повређено кривичним делом. У складу са тим би појам жртве обухватио лице чија лична права су повређена кривичним делом, док би се појам оштећеног везивао за повреду имовинских права. Вид. Горан П. Илић, „Заштита оштећеног у кривичном поступку“, *Насилнички криминал: етиологија, феноменологија, превенција* (прир. Л. Крон), Институт за криминологију и социолошка истраживања, Београд 2010, 78.

¹² Декларација о основним начелима правде за жртве злочина и злоупотребе власти Декларација (*Declaration of basic principles of justice for victims of crime and abuse of power GA Res. 40/34, Annex 1985*).

¹³ Основни принципи и смернице за право на правни лек и обештећење жртава тешких кршења међународног хуманитарног права и озбиљне повреде

Генералне скупштине Уједињених нација од 2005. године. Прецизирано је да штета коју је претрпела жртва укључује и физичке или душевне повреде, емоционалну патњу, материјални губитак или значајно оштећење њених основних права, кроз чињења или пропуштања која представљају тешка кршења међународног права људских права, или озбиљне повреде међународног хуманитарног права. И овај међународни документ допушта, под условом да је то предвиђено одредбама националног права, проширење појма жртве на чланове уже породице или лица која издржава непосредна жртва, као и на лица која су претрпела штету помажући жртви у невољи или спречавајући виктимизацију (одељак V чл. 8 и 9 Основних принципа). Што се процесног положаја жртве тиче, предвиђено је да би јој требало обезбедити право на: (а) *једнак и делотворан приступ правди*, (б) *одговарајућу, делотворну и брзу накнаду претрпљене штете* и (ц) *приступ релевантним информацијама које се односе на повреду права и механизме накнаде* (одељак VII чл. 11 Основних принципа).¹⁴

У поменутој Европској конвенцији о накнади штете жртвама насилних кривичних дела начињена је разлика између непосредне жртве, тј. лица које је претрпело тешке повреде телесног интегритета или здравља, и посредне жртве под којом се подразумева лице које је издржавано од стране лица усмрћеног кривичним делом (чл. 2 Конвенције). Зависно од околности конкретног случаја, накнада штете би требало да покрије бар изгубљене приходе, трошкове лечења, погребне трошкове, а за издржавана лица – изгубљено издржавање (чл. 4 Конвенције). Држави је дата могућност да одреди минимални и максимални износ накнаде штете (чл. 5 Конвенције),¹⁵ при чему су могућа и одређена одступања (чл. 7–9 Конвенције). Када је реч о процесним аспектима ове проблематике, жртва има *право да од надлежног државног органа захтева накнаду штете*, с тим да може бити предвиђен рок за подношење таквог захтева (чл. 6 Конвенције). Поред тога, државе би требало да предузму одговарајуће мере с циљем пружања обавештења о могућности подношења захтева за накнаду штете (чл. 10 Конвенције).

Приметно је да у наведеним одредбама постоји одређена „напетост“ између широко постављеног појма жртве и релативно сведених

међународног хуманитарног права Основни принципи (*Basic Principles and Guide lines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law GA Res. 60/147, Annex 2005*).

¹⁴ О осталим међународним правним изворима вид. J. Pradel, G. Corstens, G. Vermulen, 571-575; Goran Tomašević, Matko Pajčić, „Subjekti u kaznenom postupku: pravni položaj žrtve i oštećenje u novom hrvatskom kaznenom postupku“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 15, 2/2008, 829-831.

¹⁵ Поједини аутори ово решење називају начелом средње накнаде (*le principe d'une réparation moyenne*). J. Pradel, G. Corstens, G. Vermulen, 220.

права која она ужива у поступку. Реч је у основи о тензији између материјалног одређења жртве и њеног процесног положаја, тензији која се додатно појачава при покушају изналагања модела кривичног поступка који би у довољној мери поштовао и уравнотежио захтеве јавне тужбе, права одбране и интересе лица чија права су повређена или угрожена кривичним делом. С обзиром да се ово лице појављује истовремено као носилац кривичног и грађанског захтева,¹⁶ могућност њиховог остварења у кривичном поступку зависи од решења усвојених у националном законодавству.¹⁷ У редовима који следе дат је упоредни приказ процесног положаја лица чије лично или имовинско право је повређено или угрожено кривичним делом.

3. УПОРЕДНИ ОСВРТ

3.1. Англо-америчко право

У законодавствима англо-америчке правне традиције користи се појам жртве (*victim*), при чему је временом у први план истакнут захтев да се у кривичном поступку са жртвом поступа саосећајно, са поштовањем и уз уважавање њеног достојанства. Упркос оваквом начелном ставу и одређеним позитивним помацима који су у складу са њим начињени, ситуација у земљама *common law* углавном се не оцењује као задовољавајућа.

3.1.1. Енглеска

У Енглеској не постоји јасна и свеобухватна дефиниција жртве, већ се проблему приступа парцијално, што је последица одсуства општих начела која би била заједничка свим жртвама.¹⁸ Тако се одредбе Прегледа Повеље о жртвама¹⁹ од 2001. године примењују на жртве

¹⁶ Philippe Bonfils, „La participation de la victime au procès pénal une action in nommé“, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire Mélanges offerts à Jean Pradel* (coordonné par F. Casarola et al.), Ouvrage réalisé avec le concours du Centre de droit pénal de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Édition Cujas, Paris 2006, 181.

¹⁷ Право на покретање поступка не мора при том да буде нужно у сразмери са више или мање наглашеном улогом која је поменутом лицу призната у оквиру кривичног поступка. Mario Chiavario, „Private parties: the rights of the defendant and the victime“, *European Criminal Procedures* (eds. M. Delmas Marty, J. R. Spencer), Cambridge University Press, Cambridge 2002, 544. У том погледу је ситуација била боља у земљама континенталног права, јер је у англо америчком систему, утемељеном на адверсаријално односу оптужбе и одбране, улога лица оштећеног кривичним делом била ограничена на сведочење. С. Р. Trumbull, 781.

¹⁸ Aurélien Martini, „La victime en Angleterre“, *La victime sur la scène en Europe* (dirigé par G. Guidicelli Delage, C. Lazerge), coll. „Les voies du droit“, Presses Universitaires de France, Paris 2008, 53.

¹⁹ A Review of the Victim's Charter of 2001.

таксативно набројаних кривичних дела, на њихове родитеље или децу, као и на пријатеље или породицу убијеног. На другој страни, права садржана у Правилима о поступању са жртвама кривичних дела²⁰ од 2005. године се односе на свако лице које пред полицијом дâ изјаву да је непосредно оштећено кривичним делом. У случају смрти тог лица или неспособности да дâ такву изјаву, њему блиска лица могу користити права која су му изворно припадала. Значајно је поменути да су посебна права призната рањивим или застрашеним жртвама.²¹

Иако се жртва у енглеском кривичном поступку и даље посматра као обичан сведок, поменути Правилима је нормирана дотадашња пракса којом је жртви признато право да буде обавештена о поступку. Реч је о праву жртве да буде обавештена о поступку, о доказима којима располаже оптужба или одустанку од гоњења, о апелу који је против осуђујуће пресуде изјавио оптужени и о могућности за условни отпуст осуђеног.²² Када је реч о могућности жртве да захтева накнаду штете, неодређеност њеног процесног положаја је обавезује да најпре обавести полицију о таквом захтеву, да би га затим Крунска служба гоњења²³ изнела пред суд.²⁴

3.1.2. Сједињене Америчке Државе

Значајан искорак у правцу признавања одређених права жртве учињен је у Сједињеним Америчким Државама 1990. године доношењем Била о правима жртава.²⁵ Овим федералним актом је жртва добила право на саветодавну улогу у одлучивању о кривичном

²⁰ The Code of Practice for Victims of Crime of 2005.

²¹ Вид. А. Martini, 53.

²² Вид. *ibid.*, 62-64. Једно од посебно осетљивих питања јесте положај жртве у односу на споразум јавног тужиоца и оптуженог о признању кривичног дела. Након случаја *Robin Peverett* донете су нове смернице за закључење нагодбе које обавезују тужиоца да води рачуна и о интересу жртве (*Attorney General's Reference No. 44 of 2000 (R. v. Peverett)* [2001]). Mike McConville, „Plea bargaining“, *The Handbook of The Criminal Justice Process* (eds. M. McConville, G. Wilson), Oxford University Press, Oxford 2002, 373, 374.

²³ Крунска служба гоњења (*Crown Prosecution Service*) је основана Законом о гоњењу кривичних дела (*Prosecution of Offences Act*) од 1985. године. На њеном челу се налази директор јавних гоњења (*Director of Public Prosecutions*) који је под надзором генералног правобраниоца (*Attorney General*), тј. министра одговорног за Крунску службу гоњења. Након што од полиције добије спис предмета, Крунска служба гоњења одлучује да ли ће наставити или обуставити кривично гоњење. Вид. Горан Илић, „Појам, задатак, субјекти и радње претходног кривичног поступка“, у: С. Бејатовић (*et al.*), *Полиција и преткривични и претходни кривични поступак студија*, Виша школа унутрашњих послова, Београд 2005, 110.

²⁴ А. Martini, 64, 65.

²⁵ Victims Bill of Rights of 1990.

гоњењу, као и право да присуствује поступку и буде обавештена о осуди оптуженог и изреченој кривичној санкцији.²⁶ Поред тога, амерички Конгрес је 2004. године усвојио Закон о правима жртава кривичних дела²⁷ којим су жртви призната додатна права у поступцима пред федералним судовима.²⁸ Реч је, између осталог, о праву жртве да у разумној мери буде заштићена од оптуженог, да буде обавештена о току и исходу поступка, да у току поступка буде испитана, да се поступак спроведе без одуговлачења, да се са њом правично поступа, уз поштовање достојанства и приватности, и да оствари потпуну и благовремену накнаду штете.²⁹

3.1.3. Канада

И у канадском праву је након дугог занемаривања права жрве дошло до промена које су ишле, пре свега, у правцу накнаде штете која је проузрокована кривичним делом. Испрва је таква могућност постојала само када је реч о имовинској штети, да би законским изменама које су уследиле била проширена и на повреду личних права. Према становишту канадског Врховног суда, одлука о имовинскоправном захтеву мора да буде донета приликом одлучивања о кривичној санкцији, под условом да то омогућавају околности конкретног случаја.³⁰ На тај начин се жртва поштеђује обавезе да у парничном поступку истиче имовинскоправни захтев. Међутим, она нема право да изјави жалбу против одлуке о имовинскоправном захтеву.³¹

Завређује да буде поменуто да у канадском праву жртва има одређену процесну улогу приликом одређивања кривичне санкције. Реч је о обавези жртве да у одређеном обрасцу наведе све податке у вези са кривичном ствари и утицајем који је она имала на њено физичко и психичко здравље. Ово право припада само непосредној жртви или њеном представнику, али не и сведоку који је претрпео одређене психичке патње.³²

²⁶ С. Р. Trumbull, 782.

²⁷ Crime Victims' Rights Act of 2004.

²⁸ V. Text of 18 U.S.C. § 3771.

²⁹ На основу тога поједини аутори закључују да је жртва укључена у кривични поступак САД и да ће то наставити да буде стварност. С. Р. Trumbull, 783.

³⁰ *R. c. Fitzgibbon*, [1990] 1 R.C.S. 1005, 1014, наведено према: Pierre Béliveau, Martin Vaclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, Les Éditions Thémis, Faculté de droit Université de Montréal, Montréal 2000⁷, 729.

³¹ *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940, наведено према: P. Béliveau, M. Vaclair, 82.

³² P. Béliveau, M. Vaclair, 82, 83.

3.2. Континентално право

За разлику од земаља које припадају англо-америчком правном систему, у континенталном праву је присутна одређена терминологија „шароликост“, тако да се у националним законодавствима поред појма жртве, употребљава и појам оштећени.

3.2.1. Француска

У Француској се користи појам жртве (*la victime*) под којом се, сагласно одредбама Законика о кривичном поступку,³³ подразумева свако ко је лично претрпео штету непосредно проузроковану кривичним делом. Иако наведена законска норма захтева да је штета произашла из кривичног дела, и да је одређена, лична и непосредна, француски Касациони суд је временом проширио њену примену и на посредне жртве.³⁴ Поред тога, законодавац је дозволио великом броју правних лица да се кривичном суду обраћају са захтевом за накнаду штете ради заштите заједничких интереса о којима се старају.³⁵ Жртва кривичног дела може свој имовинскоправни захтев да оствари било у парничном, било у кривичном поступку. Ако се одлучи за кривични поступак она то чини подношењем тужбе (*par la voie de l'action*) и, у случају да је суд прихвати, таква одлука обавезује јавног тужиоца да предузме кривично гоњење. Уколико је јавни тужилац самостално поднео јавну тужбу, жртва се као умешач (*par la voie de l'intervention*) укључује у кривични поступак.

Без обзира на који начин је дошло до покретања кривичног поступка, жртва која је истакла имовинскоправни захтев стиче својство грађанске странке (*la partie civile*), тј. постаје приватна странка (*la partie privée*) у поступку.³⁶ Њен процесни положај се одликује следећим правима: на накнаду штете,³⁷ на ангажовање пуномоћника из реда адвоката

³³ Code de procédure pénale (Version consolidée au 12 mars 2012).

³⁴ Касациони суд је такав статус најпре признао малолетној деци која су претпрела душевни бол услед призора тешког насиља које је отац вршио над мајком, што је довело до значајног умањења њихових физичких и интелектуалних способности (Crim., 9 février 1989), наведено према: Anne d'Hauteville, „Le droit des victimes“, *Libertés et droits fondamentaux* (sous la direction de R. Cabrillac, M. A. Frison Roche, T. Revet), Dalloz, Paris 2003⁹, 560.

³⁵ Као последица проширења категорије „жртва кривичних дела“ дошло је до значајног пада кривичних дела којима се штити општи интерес, а код којих у начелу није могуће остварити имовинскоправни захтев. Martin Méchin, „Le double visage de la victime en France, entre quête de reconnaissance et quête d'un véritable rôle procédural“, *La victime sur la scène en Europe* (dirigé par G. Guidicelli Delage, C. Lazerge), coll. „Les voies du droit“, Presses Universitaires de France, Paris 2008, 115.

³⁶ Детаљније о томе вид. Serge Guinchard, Jacques Buisson, *Procédure pénale*, Litec Groupe LexisNexis, Paris 2002², 779-791.

³⁷ Грађанској странци се надокнађује штета у складу са начелом „потпуне накнаде“ или „једнакости штете и накнаде“ („*la réparation intégrale*“ ou „*l'équivalence*“).

и на подношење захтева за предузимање одређених радњи у току поступка. Сагласно правилу да нико не може бити сведок у својој ствари, грађанској странци је ускраћена могућност сведочења о конститутивним елементима кривичног дела, а у случају злоупотребе или преварног стицања статуса грађанске странке (до чега долази у случају обустанове поступка или ослобађања оптуженог) предвиђена је могућност њеног новчаног кажњавања и обавезивања на накнаду штете.

3.2.2. Немачка

Немачки Законик о кривичном поступку³⁸ користи појам оштећени (*der Verletzte*), под којим се подразумева лице чија су лична или имовинска права непосредно оштећена кривичним делом.³⁹ Оштећеном се традиционално признаје статус сведока, а под одређеним условима⁴⁰ може у својству приватног тужиоца (*der Privatkläger*) да покрене кривични поступак против учинилаца лакших кривичних дела⁴¹ или да се као споредни тужилац (*der Nebenkläger*) придружи јавном тужиоцу у гоњењу учинилаца одређених кривичних дела.⁴² Код појединих кривичних дела (*die Antragsdelikte*) неопходан је предлог оштећеног (*der Strafantrag*) да би јавни тужилац могао да предузме кривично гоњење. Уколико јавни тужилац, поступајући у складу са начелом легалитета кривичног гоњења, не покрене кривични поступак, оштећени може захтевати најпре од вишег јавног тужиоца, а затим и од суда да преиспита одлуку јавног тужиоца и да га на тај начин принуди на кривично гоњење (*das Klageerzwingungsverfahren*). Када је реч о накнади штете, у немачком праву не постоје посебни фондови за накнаду штете лицима оштећеним кривичним делима.⁴³

entre dommage et réparation“). О томе и другим правима грађанске странке вид. А. d'Hauteville, 561 565.

³⁸ Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 2 Absatz 30 des Gesetzes vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3044) geändert worden ist.

³⁹ Heike Jung, „Die Stellung des Verletzten im Strafverfahren“, *ZStW*, 93 1981, 1150, наведено према: Hervé Henrion, „Y a t il une place pour la victime en procédure pénale allemande?“, *La victime sur la scène en Europe* (dirigé par G. Guidicelli Delage, C. Lazerge), coll. „Les voies du droit“, Presses Universitaires de France, Paris 2008, 25, 26.

⁴⁰ Rodolphe Juy Birmann (revised by Jörg Biermann), „The German system“, *European Criminal Procedures* (eds. M. Delmas Marty, J. R. Spencer), Cambridge University Press, Cambridge 2002, 301, 302.

⁴¹ Критичари овог решења истичу да оштећени не располаже могућностима да води истрагу, а уз то није обавезан да објективно поступа. Н. Henrion, 36.

⁴² Поједини немачки аутори сматрају да установа споредног тужиоца доводи до слабљења положаја одбране, односно нарушава једнакост оружја. Bernd Schöne mann, „Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege“, *NSiZ* 1986, 198, наведено према: Н. Henrion, 40, 41.

⁴³ Закон о накнади штете жртвама (*Opferentschädigungsgesetz*) од 1976. године односи се уопштено на жртве тешких повреда права, а не посебно на оштећене

Имовинскоправни захтев оштећеног (*die Entschädigung des Verletzten*) који је постављен у оквиру кривичног поступка има адхезиони карактер (*das Adhäsionsverfahren*), услед чега је дуго времена имао мали практични домашај.⁴⁴ Имовинскоправни захтев може поднети оштећени или његови наследници о чему морају да буду благовремено поучени. Оштећени који је поднео имовинскоправни захтев има право да буде обавештен о главном претресу и да узме учешће на њему, као и да ангажује адвоката. До одређеног побољшања процесног положаја оштећеног је дошло након реформе од 2004. године.⁴⁵ Овим изменама је искључена могућност да суд не одлучи о имовинскоправном захтеву уз оцену да би то довело до одуговлачења кривичног поступка, а оштећеном је признато право да побија одлуку којом је суд одбио да се упусти у одлучивање. Новина је и у обавези суда да досуди имовинскоправни захтев у случају потпуног или делимичног признања кривичног дела.

3.2.3. Швајцарска

За разлику од претходно анализираних кривичнопроцесних кодекса, у швајцарском федералном Законику о кривичном поступку⁴⁶ од 2007. године чија примена је отпочела почетком прошле године, направљена је разлику између појма оштећеног (*le lésé*) и појма жртве (*la victime*). Разлог за то је постојање федералног Закона о помоћи жртвама кривичних дела⁴⁷ од 1992. године којим је у швајцарско право уведен појам жртве. *Ratio legis* таквог решења је потреба да одређена категорија лица чији телесни, сексуални или психички интегритет је повређен кривичним делом, буде не само појмовно издвојена из категорије оштећених, већ и да им се додели шири круг права у кривичном поступку.⁴⁸ У складу са тим, важећи швајцарски кривичнопроцесни кодекс признаје жртви следећа права: на заштиту личности, на пратњу од стране лица од поверења, на мере заштите, да одбије да сведочи, да буде поучена о својим правима и, ако се ради о кривичном делу којим је повређен њен сексуални интегритет, да захтева да у судском већу буде бар један судија истог пола као и она.⁴⁹ Остала права су идентична оним која има и оштећени.

кривичним делима. Његова примена је усмерена на друштвену помоћ намењену лечењу и олакшању материјалне оскудице.

⁴⁴ R. Juy Birmann, 302.

⁴⁵ H. Henrion, 43.

⁴⁶ Code de procédure pénale suisse (Code de procédure pénale, CPP) du 5 octobre 2007 (FF 2006 1057).

⁴⁷ Loi fédéral du 18 novembre 1992 sur l'aide aux victimes d'infractions (RS 312.51).

⁴⁸ Gérard Piquerez, *Procédure pénale suisse Traité théorique et pratique*, Schulthess, Zürich 2000, 600.

⁴⁹ У случају да је жртва млађа од 18 година, законодавац је предвидео додатне мере заштите: ограничење могућности за суочење жртве са окривљеним,

Оштећени који жели да оствари своја права пред кривичним судом има обавезу да се изричито изјасни да ће у поступку учествовати са кривичним и/или грађанским захтевом. У том случају он стице својство тужилачке странке (*la partie plaignante*). Истицање имовинскоправног захтева у кривичном поступку се врши подношењем грађанске тужбе (*l'action civile*).⁵⁰ Поднета грађанска тужба може бити повучена пре закључења главног претреса, с тим да се потом може поднети парничном суду. Кривични суд ће одлучити о имовинскоправном захтеву ако је окривљеног огласио кривим, али и када га је ослободио од оптужбе, под условом да је чињенично стање у довољној мери утврђено. У случају обуставе кривичног поступка, недовољно прецизираног или образложеног имовинскоправног захтева, или ако је окривљени ослобођен због недовољно утврђеног чињеничног стања, оштећени ће бити упућен да у парници остварује свој захтев.

3.2.4. Хрватска

Од држава са простора некадашње Југославије, Република Хрватска је Законом о казненом поступку⁵¹ од 2008. године, поред појма оштећеног, увела појам жртве. Такав потез се објашњава начелно другачијим приступом у којем се кривични поступак узима као механизам за успостављање нарушених прва појединаца, а не само као израз настојања државе да успостави правду која је нарушена (при чему се брине пре свега о правима окривљеног).⁵² У прилог томе се наводи пракса Европског суда за људска права по којој жртва има посебна права због тога што је кривичним делом повређено њено право, а не (само) зато што јој је тим делом нанета штета.⁵³ Под жртвом казног дјела се, сагласно чл. 202 ст. 10 хЗКП, подразумева особа која због почињења казног дјела трпи физичке и душевне посљедице, имовинску штету или битну повреду темелних слобода и права. На другој страни, оштећеник је, осим жртве, особа чије је какво особно или имовинско право провријеђено или угрожено казним дјелом, а судјелује у својству оштећеника у казненом поступку (чл. 202 ст. 11 хЗКП).⁵⁴

посебне мере заштите жртве приликом испитивања и одбацивања кривичне пријаве од стране јавног тужиоца у интересу жртве.

⁵⁰ То право припада и блиским сродницима жртве, под условом да истакну према окривљеном захтев за накнаду штете коју су сами претрпели.

⁵¹ Закон о казненом поступку хЗКП, *Народне новине*, бр. 152/08, 76/09 и 80/11.

⁵² Berislav Pavišić, „Novi hrvatski Zakon o kaznenom postupku“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 15, 2/2008, 532.

⁵³ *Ibid.*, 538.

⁵⁴ Хрватски аутори истичу да жртва кривичног дела може, али не мора активно учествовати у кривичном поступку у својству оштећеног, с тим да појам жртве обухвата само непосредну жртву, док се под појам оштећеног могу подвести

Процесни положај жртве је уређен (чл. 43 до 46 хЗКП) на сличан начин као у швајцарском кривичном поступку, а од права која су јој призната требало би издвојити право на делотворну психолошку и другу стручну помоћ и потпору (чл. 43 ст. 1 тач. 1 хЗКП). Када је реч о казним дјелима за која је прописана казна затвора од пет или више година, жртва има право на накнаду материјалне и нематеријалне штете из државног фонда под условима и на начин уређен посебним законом (чл. 43 ст. 2 тач. 2 хЗКП). Поред тога, жртви казног дјела против полне слободе и полног морала је признато право да пре испитивања разговара са савјетником, на терет прорачунских средстава (чл. 45 ст. 1 тач. 1 хЗКП).

4. СТРАЗБУРШКИ СТАНДАРДИ О ПОЛОЖАЈУ ОШТЕЋЕНОГ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

С обзиром да чл. 1 ЕКЉП свакоме јемчи права и слободе одређене у Делу I Конвенције, одредба чл. 6 ЕКЉП се *ratione personae* односи како на физичка, тако и на правна лица.⁵⁵ Што се физичких лица тиче, гаранције из чл. 6 ЕКЉП се не примењују на сведоке, вештаке и заступнике странака, али се поједини елементи овог права под одређеним условима могу признати оштећеном у кривичном поступку, чак и кад има својство приватног⁵⁶ или супсидијарног тужиоца. Довођење оштећеног као тужиоца у везу са правом на правично суђење не значи ни у ком случају да му се признаје *ius puniendi*, пошто Европска конвенција о људским правима не даје неком лицу право на покретање кривичног поступка против одређеног лица.⁵⁷ Са тим у вези, требало би имати да у виду да у упоредном праву постоје различита решења у вези са могућношћу оштећеног да се појави у својству субјекта овлашћеног за покретање кривичног поступка.⁵⁸ Овај проблем додатно компликује и начин на који је у националном законодавству уређен однос између кривичног и парничног поступка. Због тога се стиче утисак да, упркос настојањима Суда у Стразбуру да установи одређене стандарде у вези са положајем оштећеног у

посредне жртве кривичног дела. При том се подела на непосредне и посредне жртве изводи из одредаба Закона о новчаној накнади жртвама казних дјела, *Народне новине*, бр. 80/08, сагласно којима је посредна жртва особа која има право на накнаду кад је казним дјелом проузрокована смрт непосредне жртве. Вид. G. Tomašević, M. Rajčić, 839, 840.

⁵⁵ Jean François Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, L.G.D.J., Paris 2002³, 229.

⁵⁶ А. Јакшић, 162; Piter van Dijk (et al.), *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Müller, Sarajevo 2001, 377, 378.

⁵⁷ ЕСЉП, *Calvelli u Ciglio protiv Италије*, 17. јануар 2002, § 51.

⁵⁸ Вид. Г. Илић, 109-111.

кривичном поступку, одлуке имају домашај искључиво на национална законска решења које су била предмет контроле.⁵⁹

На увођење оштећеног у круг лица на која се примењује право на правично суђење, тачније, одређена јемства која пружа чл. 6 ЕКЉП, имала је утицаја и одредба чл. 35 ст. 1 ЕКЉП. Она предвиђа да Европски суд за људска права може да размотри одређену представку ако су у домаћем праву искоришћени правни лекови, под условом да су они делотворни. То има за последицу да свако може захтевати да се, у складу са одредбама ЕКЉП, настави кривични поступак, али то не значи да у том поступку може имати одређена права.⁶⁰

Могућност оштећеног да оствари одређена права у оквиру стандарда правичног суђења произилази из чињенице да је повреда или угрожавање његовог личног или имовинског права последица напада на општи друштвени интерес до којег је дошло извршењем кривичног дела.⁶¹ С обзиром на то да одредба чл. 6 ст. 1 ЕКЉП признаје свакоме право на правично суђење током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби која је подигнута против њега, услов *sine qua non* за увођење оштећеног под окриље права на правично суђење је признавање грађанског карактера његовом захтеву. Услед тога право на правично суђење, изворно замишљено као јемство које ће „уједначити оружја“ оптуженог и државе оличене у јавном тужиоцу који заступа кривичну оптужбу, добија нову димензију – оштећеног који је поставио грађански захтев пред кривичним судом, што отвара одређена спорна питања.

Поред права на правично суђење, оштећени може уживати одређена јемства која се везују за концепт европског јавног поретка. Реч је о појму који је употребљен у предмету *Loizidou против Турске*⁶² када је, указивањем на посебан карактер Конвенције, она означена као „уставни инструмент европског јавног поретка“ (*l'instrument constitutionnel de l'ordre public européen*). Постојање европског јавног поретка омогућава *a priori* заштиту права жртава, јер се везује за понашања која представљају озбиљне нападе на телесни и душевни интегритет појединаца (на пример, тортура, ропство, тероризам итд.) и, будући таква, сматра се да је нереаговање државе на њих неприхватљиво.⁶³

⁵⁹ Stefan Trechsel (*With the assistance of Sarah J. Summers*), *Human Rights in Criminal Proceedings*, Academy of European Law European University Institute, Oxford University Press, Oxford 2005, 41.

⁶⁰ *Ibid.*, 37.

⁶¹ Marie Laure Lanthiez, „La clarification des fondements européens des droits des victimes“, *La victime sur la scène en Europe* (dirigé par G. Guidicelli Delage, C. Lazerge), coll. „Les voies du droit“, Presses Universitaires de France, Paris 2008, 25, 26.

⁶² ЕСЉП, *Loizidou против Турске*, 23. март 1995, § 70, 75.

⁶³ M. L. Lanthiez, 154.

О појму европског јавног поретка, тачније, о његовој садржини, много је расправљано како у кривичној, тако и у теорији људских права, јер он упућује на постојање императивних правних правила (*ius cogens*).⁶⁴ Садржај европског јавног поретка се у зависности од угла посматрања може различито одредити, али је неспорно да је реч о скупу одредаба које се сматрају основним у европском демократском друштву и као такве се намећу државама и њиховим грађанима. Реч је о неприкосновеним⁶⁵ или недодиривим правима⁶⁶ која чине „тврдо језгро“ људских права (*le „noyau dur“ des droits de l’homme*). Сагледано у светлу чл. 15 ст. 2 ЕКЉП „тврдо језгро“ обухвата: право на живот (чл. 2 ЕКЉП), забрану мучења (чл. 3 ЕКЉП), забрану ропства и принудног рада (чл. 4 ЕКЉП),⁶⁷ кажњавање само на основу закона (чл. 7 ЕКЉП) и право да се не буде двапут суђен или кажњен у истој ствари (чл. 4 Протокола 7).⁶⁸

5. СРПСКО ПРАВО

На основу изложених упоредних решења, а пре свега оних која постоје у швајцарском и хрватском кривичном процесном законодавству, може се рећи да је основ разликовања између оштећеног и жртве управо у процесном положају који имају у кривичном поступку. Док се положај оштећеног одликује првенствено његовим настојањем да оствари имовинскоправни захтев, специфичност положаја жртве, тј. оштећеног чије је лично, имовинско или основно људско право или слобода повређена или угрожена кривичним делом, огледа се у више или мање присутној потреби за предузимањем мера за спречавање секундарне виктимизације. Ако се та неопходност сагледа у светлу позитивне обавезе државе да створи услове за ефективно вршење зајемчених људских права, може се рећи да Суд у Стразбуру ову обавезу везује, пре свега, за обезбеђење и поштовање права на живот

⁶⁴ J. Pradel, G. Corstens, G. Vermulen, 280, 281; Frédéric Sudre, *Droit international et européen des droits de l’homme*, Presses Universitaires de France, Paris 2001⁵, 60, 61 и даље.

⁶⁵ Војин Димитријевић (*et al.*), *Међународно право људских права*, Библиотека Уџбеници, Београдски центар за људска права, Београд 2006, 128.

⁶⁶ J. Pradel, G. Corstens, G. Vermulen, 279.

⁶⁷ Иако одредба чл. 15 ст. 2 ЕКЉП упућује на чл. 4 ст. 1 ЕКЉП који забрањује држање у ропству или ропском положају, Европски суд за људска права, узимајући у обзир савремене норме и кретања у тој материји, везује позитивну обавезу државе и за забрану принудног рада о којем говори чл. 4 ст. 2 ЕКЉП (*ESLP, Siladin protiv Француске*, 26. јул 2005, § 112, 130.)

⁶⁸ J. Pradel, G. Corstens, G. Vermulen, 279. У оквиру категорије недерогабилних права, могуће је разликовати апсолутно и релативно недерогабилна конвенцијска права. Вид. Davor Krapac, „Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda za ljudska prava“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 60, 6/2010, 1215.

(чл. 2 ЕКЉП), забрану мучења (чл. 3 ЕКЉП), за право на поштовање личног и породичног живота (чл. 8 ЕКЉП), али и за право на правично суђење (чл. 6 ЕКЉП).⁶⁹

Будући да Европски суд за људска права приликом признавања права на правично суђење не оцењује посебно да ли се оштећени истовремено може означити и као жртва (на начин као што то чине поједина континентална законодавства о којима је било речи), има оправдања да се нашем праву задржи назив оштећени. Ово утолико пре пошто се у српском језику, позивноправним решењима и теоријским радовима, појам оштећеног и жртве најчешће користе као синоними, при чему је израз жртва више материјалноправни,⁷⁰ криминолошки⁷¹ и виктимолишки,⁷² док је израз оштећени традиционално више процесноправне природе.⁷³ Дакле, под оштећеним би, сагласно чл. 2 ст. 1 тач. 11 Законика о кривичном поступку⁷⁴ од 2011. године, требало разумети лице чије је лично или имовинско право кривичним делом повређено или угрожено.

Доношењем новог ЗКП остварена је обавеза државе да нормира посебна правила о заштити сведока у појединим кривичним поступцима у зависности од категорије сведока, категорије кривичних дела или категорије судова.⁷⁵ У том смислу су, поред основне заштите, предвиђени механизми заштите посебно осетљивих сведока

⁶⁹ Концепт позитивне обавезе државе је у праксу Европског суда за људска права уведен у вези са повредом чл. 8 ЕКЉП (ЕСЉП, *Marckx против Белгије*, 13. јун 1979, § 31), да би убрзо био проширен и на право на приступ суду као саставни део права на правично суђење из чл. 6 ЕКЉП (ЕСЉП, *Airey против Ирске*, 9. октобар 1979, § 25). Вид. Martin Kuijer, *The blindfold of Lady Justice Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR*, Е.М. Meijers Institut of Legal Studies of Leiden University, Leiden 2004, 53-55.

⁷⁰ Сагласно чл. 54 ст. 1 Кривичног законика, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05 испр., 107/05 испр., 72/09 и 111/09, суд приликом одмеравања казне узима у обзир, поред осталог, однос учиниоца према жртви кривичног дела. Вид. Љубиша Лазаревић, *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Савремена администрација, Београд 2006, 195, 196. О кривичноправним питањима која се постављају приликом одлучивања о казни вид. Zlata Đurđević, „Odluka o kazni kaznenoprocесna pitanja“, *Hrvatski ljetopis za kazneno право i praksu* 11, 2/2004, 758-760.

⁷¹ Ђорђе Игњатовић, *Криминологија*, Досије студио, Београд 2011¹¹, 16.

⁷² У домаћој виктимолошкој литератури се прави разлика између појмова жртве у ужем и жртве у ширем смислу. Вид. Ђорђе Игњатовић, Биљана Симеуновић Патић, *Виктимологија*, Библиотека Crimen, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011, 20.

⁷³ G. Tomašević, M. Rajčić, 819.

⁷⁴ Законик о кривичном поступку ЗКП, *Службени гласник РС*, бр. 72/11 и 101/11.

⁷⁵ Снежана Бркић, *Заштита сведока у кривичном поступку*, (издање самог аутора), Нови Сад 2005, 125.

и заштићених сведока (чл. 102–112 ЗКП). С обзиром да ЗКП садржи значајне новине и у односу на положај оштећеног у кривичном поступку, у редовима који следе ће у најкраћем бити указано на решења која се тичу процесног положаја оштећеног, као и мера његове процесне заштите.

5.1. Оштећени

Слично изложеним упоредним решењима која сведоче да оштећени добија све запаженију улогу у кривичном поступку, и одредбе ЗКП упућују на такав закључак.⁷⁶ Оштећени, између осталог, има право да поднесе приговор против одлуке јавног тужиоца да не предузме или да одустане од кривичног гоњења,⁷⁷ да поднесе жалбу против одлуке о досуђеном имовинскоправном захтеву, да буде обавештен о исходу поступка и да му се достави правноснажна пресуда (чл. 50 ст. 1 тач. 6, 10 и 11 ЗКП). О присутности оштећеног у поступку сведочи и могућност да код „лакших“ кривичних дела дође до одбацивања кривичне пријаве ако је штета у потпуности надокнађена (чл. 284 ст. 3 ЗКП), или до одлагања кривичног гоњења ради накнаде причињене штете или испуњења доспелих обавеза издржавања (чл. 283 ст. 1 тач. 1 и 4 ЗКП). Значајно је и то што у споразум о признању кривичног дела може бити унета изјава окривљеног о прихватању да испуни неку од обавеза садржаних у чл. 283 ст. 1 ЗКП, с тим да њено извршење може да отпочне и пре подношења споразума суду, под условом да природа обавезе то омогућава (чл. 314 ст. 2 тач. 2 ЗКП). Треба поменути и обавезу суда да упозна приватног тужиоца и окривљеног са могућношћу упућивања на поступак медијације, при чему измирење странака и намирење имовинскоправног захтева има за последицу доношење решења о одбијању приватне тужбе (чл. 505 ст. 1 и 2 ЗКП).

Кључни помак представља обавезивање суда да у осуђујућој пресуди или решењу о изрицању мере безбедности обавезног психијатријског лечења, досуди имовинскоправни захтев у целини или делимично, а за вишак оштећеног упуту на парнични поступак (чл. 258 ст. 4 ЗКП).⁷⁸ Право оштећеног да изјави жалбу против одлуке

⁷⁶ У домаћој теорији постоје и другачија мишљења. Упор. Татјана Лукић, „Утицај међународних правних стандарда на обликовање припремног стадијума кривичног поступка“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2011, 161.

⁷⁷ Могућност подношења приговора против одлуке јавног тужиоца не представља правни ларпулартизам (*l'art pour l'art*), већ је последица стразбуршких стандарда о праву на образложењу судску одлуку као елементу права на правично суђење (ЕСЉП, *Ruiz Torija против Шпаније*, 9. децембар 1994, § 29). Вид. Горан П. Илић, „Право на образложену судску одлуку“, *Crimen* 2/ 2011, 227 и даље.

⁷⁸ Наведена законска одредба предвиђа изузетно упућивање оштећеног да имовинскоправни захтев у целини оствари у парници, под условом да подаци

о досуђеном имовинскоправном захтеву у складу је са стразбуршком праксом да се од њега не може тражити да, након истицања имовинскоправног захтева у кривичном поступку и протекла одређеног рока од спорног догађаја, пред парничним судом захтева накнаду штете.⁷⁹ Ускраћивање могућности оштећеном да изјави жалбу против првостепене судске одлуке представљало би повреду права на приступ суду (чл. 6 ст. 1 ЕКЉП).

Ако се изложеном додају права која оштећеном припадају као тужиоцу или приватном тужиоцу (чл. 58 и 64 ЗКП), може се закључити да он у зависности од своје процесне улоге располаже значајним процесним могућностима, што наводи поједине писце на закључак да се на тај начин (уношењем „тужилачких“ овлашћења оштећеног – *прим. Г.П.И.*) слаби положај одбране, односно нарушава једнакост оружја.⁸⁰

5.2. Мере процесне заштите⁸¹

5.2.1. Посебно осетљив сведок

Ratio legis увођења процесне установе посебно осетљивог сведока јесте спречавање секундарне виктимизације оштећеног као сведока, будући да он може бити посебно трауматизован учињеним кривичним делом. Основ за додељивање овог статуса представља узраст, животно искуство, начин живота, пол, здравствено стање, природа, начин или последице извршеног кривичног дела, односно друге околности случаја (чл. 103 ст. 1 ЗКП).

Процесна заштита посебно осетљивог сведока остварује се постављањем питања сведоку преко органа поступка који се према њему мора односити са посебном пажњом. Уз то, испитивање се може обавити уз помоћ психолога, социјалног радника или другог стручног лица. Предвиђена је и могућност испитивања посебно осетљивог сведока уз помоћ техничких средстава за пренос слике

кривичног поступка не пружају поуздан основ ни за потпуно ни за делимично пресуђење захтева.

⁷⁹ ЕСЉП, *Boris Stojanovski против бивше југословенске Републике Македоније*, 6. мај 2010, § 56.

⁸⁰ В. Schünemann, 198, наведено према: Н. Henrion, 40, 41.

⁸¹ Детаљније о механизмима заштите у ЗКП вид. Божидар Бановић, Александра Илић, „Мере заштите сведока у новом Законику о кривичном поступку“, *Нова решења у кривичном процесном законодавству теоретски и практични аспект* (ред. С. Бејатовић), XLVIII редовно годишње саветовање Удружења за кривичноправну теорију и праксу, Златибор Београд 2011, 121 и даље. О досадашњој законској регулативи ове проблематике вид. Г. П. Илић, 84-86; Станко Бејатовић, „Нове тенденције у савременој науци кривичног права и кривичнопроцесно законодавство Србије“, *Безбедност Теоријско стручни часопис Министарства унутрашњих послова Републике Србије* XLVII, 5/2005, 745-747.

и звука, као и у стану или другој просторији, односно овлашћеној институцији која је стручно оспособљена за испитивање таквих лица. Релативизована је дужност посебно осетљивог сведока да се суочи са окривљеним (чл. 104 ст. 1 до 4), а предвиђена је могућност постављања пуномоћника, ако је то неопходно ради заштите интереса посебно осетљивог сведока у поступку (чл. 103 ст. 3 ЗКП).

5.2.2. Заштићени сведок

Материјални услов за стицање статуса заштићеног сведока представља постојање околности које указују да би сведок давањем исказа или одговором на поједина питања себе или себи блиска лица изложио опасности по живот, здравље, слободу или имовину већег обима (чл. 105 ст. 1 ЗКП). Постојање наведених околности је *quaestio facti* приликом чијег утврђивања се мора водити рачуна о неколико ствари. Неопходно је најпре утврдити везу између давања исказа или одговора на поједина питања и опасности која би могла да наступи по живот, здравље, слободу или имовину већег обима. Док се исказ или одговор на одређено питање везује за сведока, опасност се не односи искључиво на њега, већ и на њему блиска лица. Појам блиског лица не би требало сводити искључиво на чланове уже породице, већ би га, у зависности од околности конкретне случаја, ваљало тумачити шире, тј. допустити да то буде свако лице које сведок, уз навођење конкретних разлога, означи као блиско.⁸²

Законска редакција чл. чл. 105 ст. 1 ЗКП упућује на закључак да би опасност по живот, здравље, слободу или имовину већег обима сведока или њему блиског лица требало да постоји пре него што сведок да исказ или одговори на поједина питања. И сама природа мера посебне заштите које се могу одредити говори томе у прилог. Оне се у основи свде на посебне начине испитивања сведока којима се спречава обелодањивање података о његовој истоветности. Ако се има у виду круг лица којима истоветност заштићеног сведока остаје ускраћена, могуће је разликовати мере посебне заштите које се одnose на општу јавност, и мере које обухватају страначку јавност, тачније, окривљеног и његовог браниоца (чл. 105 ст. 2 ЗКП).

6. ЗАВРШНИ ОСВРТ

Значајне промене до којих је последњих деценија дошло у сагледавању положаја оштећеног у кривичном поступку, последица

⁸² Са тим у вези вид. Горан П. Илић, Миодраг Мајић, Бранко Николић, *Коментар Закона о Програму заштите учесника у кривичном поступку са упоредноправним прегледом и мерама процесне заштите*, ОЕБС Мисија у Србији и Црној Гори, Београд 2006, 42, 43.

су настојања да се ојача процес пацификације обичаја.⁸³ Снижавање прага осетљивости према повреди или угрожавању личних или имовинских права оштећеног, довело је најпре до начелног захтева да се у току кривичног поступка са оштећеним има поступати саосећајно, с поштовањем и уз уважавање његовог достојанства. Прокламован у бројним међународним документима, овај приступ је резултирао појачаним интересовањем за права оштећеног у кривичном поступку, услед чега је у упоредном праву приметно настојање за васпостављањем одговарајућег нормативног оквира који би гарантовао процесни положај и права оштећеног. Уз све разлике на које је указано у овом раду, могло би се закључити да законско уређење положаја оштећеног у кривичном поступку има два аспекта. Први се односи на настојање оштећеног да у кривичном поступку оствари имовинскоправни захтев, док је други аспект последица потребе за предузимањем мера за спречавање његове секундарне виктимизације.

Када је реч о српском праву, може се закључити да је оно на трагу постојећих упоредних решења у овој области, и то како у погледу процесног положаја оштећеног у кривичном поступку, тако и у односу на мере његове процесне заштите. Одређене промене до којих је дошло у процесном положају оштећеног последица су нове концепције кривичног поступка, тако да се приликом њиховог законског уређења водило рачуна о стандардима људских права. С тим у вези, велики значај у овој области имају стандарди који су изграђени у пракси Европског суда за људска права. У оквиру њих се положај оштећеног у кривичном поступку сагледава како у светлу права на правично суђење, тако и у оквиру концепта европског јавног поретка. С обзиром на то да Европски суд за људска права у својим одлукама право на правично суђење често посматра у контексту „тврдог језгра“ људских права, ова два аспекта је понекад потребно паралелно анализирати. У сваком случају, реч је о сложеној проблематици која превазилази оквире овог рада и завређује да буде предмет посебне и подробне анализе.

⁸³ Лоран Микиели, „Једно насилније друштво? Друштвено историјска анализа интерперсоналних насиља у Француској од 1970. године до данас“ (II део), *Анали Правног факултета у Београду* 2/ 2008, 23.

Dr. Goran P. Ilić

Associate Professor

University of Belgrade Faculty of Law

Constitutional Court of Serbia Judge

ON THE POSITION OF AN INJURED PARTY IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary

The paper considers important changes which have ensued in the last decade and so regarding views on the position of an injured party in criminal proceedings, and which come as a result of an endeavor to strengthen the process of pacification of custom. The author emphasizes that greater sensitivity towards injuries or jeopardizing of personal or property rights of an injured party has primarily led to a principal stand that he/she should be treated during criminal proceedings with compassion, respect, and with valuing of his/her dignity. This approach, which has been proclaimed in numerous international documents, has resulted in an intensified interest for the rights of injured parties in criminal proceedings which has led to a noticeable movement in comparative law for the establishment of a legal framework that would guarantee a procedural position and the rights of the injured party. With all the differences highlighted in the paper, the author concludes that the legislative framework pertaining to the position of an injured party essentially has two aspects. First pertains to the attempt of the injured party to satisfy his/her restitution claim in criminal proceedings, while the second aspect comes as a result of a need to take measures in order to prevent secondary victimization.

When it comes to Serbian legal system, the author concludes that it follows the existing comparative legal solutions in this field, both in relation to the procedural position of an injured party in criminal proceedings, as well as in relation to his/her procedural protection. Certain changes that have taken place regarding the procedural position of an injured party have come as a result of a new concept of criminal proceedings during whose legal drafting attention was paid to human rights standards. Relatedly, the author points out the great significance of standards developed by the European Court of Human Rights to this issue. Within this framework, the position of an injured party in criminal proceedings is viewed both in light of the right to a fair trial, as well as within the concept of a European public order. The said two aspects sometimes have to

be analyzed in parallel having in mind that the European Court of Human Rights in its decisions often views the right to a fair trial in the context of „core“ human rights.

Key words: *Injured party. – Victim. – Criminal Proceedings. – Procedural position of an injured party. – Procedural protection measures. – Human rights standards.*

Дејан Б. Ђурђевић*

ПРИЗНАЊЕ НОТАРСКОГ ЗАПИСА

*Признање јавнобележничког записа (рекогниција) представља централни стадијум нотарског поступка, у коме нотар упознаје странку са садржином исправе коју је са њу сачинио, да би након тога странка одобрила исправу и потписала се. Закон о јавном бележничтву није у потпуности уредио овај стадијум, тј. није регулисао како се странка упознаје са садржином јавнобележничког записа и како га одобрава. Полазећи од значаја који рекогниција има за остварење превентивне функције јавног бележничтва, аутор разматра начине за попуњавање ове правне празнине. На основу сходне примене правила ванпарничног поступка и тумачења чл. 76 ЗЈБ, долази до закључка да се стадијум признања јавнобележничког записа у српском праву спроводи тако што нотар чита странци текст правног посла са изворника јавнобележничког записа, након чега она изјављује да је њена воља верно унета и потписује се на јавнобележничком запису. Све ове радње се просторно и временски надовезују чинећи јединствен акт коме морају непрекидно присуствовати и странка и јавни бележник (принцип *in ius actus*).*

Кључне речи: *Јавни бележник (нотар). Јавнобележнички (нотарски) запис. Јавнобележничка (нотарска) исправа. Нотарски поступак. Признање нотарског записа (рекогниција).*

1. УВОД

Нотарски запис (јавнобележнички запис) је исправа о правном послу коју саставља јавни бележник.¹ Он по својој природи представља форму у којој се предузимају правни послови.² Када јавни

* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, djurdjevic.pfb@gmail.com.

¹ Вид. чл. 6 Закона о јавном бележничтву ЗЈБ, *Службени гласник РС*, 31/10.

² О карактеристикама јавнобележничког записа, вид. Дејан Ђурђевић, „Јавнобележнички акти“, *Јавнобележничко право* (ур. Д. Хибер), Београд 2005, 108

бележници почну са радом 1. септембра 2012. године,³ неки уговори мораће да се закључују у форми јавнобележничког записа,⁴ док ће за остале правне послове он представљати конкурентну форму: странци је остављена могућност да се определи да ли ће своју изјаву воље дати у форми нотарског записа или у неком другом облику (на пример, у форми судски оверене исправе).⁵ Значај јавнобележничког записа огледа се у томе што он има доказну снагу диспозитивне јавне исправе,⁶ а самим тим и „највиши ниво веродостојности“.⁷ Да би нотарски запис био веродостојан неопходно је да јавни бележник поштује законом прописану процедуру за његово сачињавање (нотарски поступак).

Најзначајнија фаза⁸ у нотарском поступку јесте признање јавнобележничког записа. За овај стадијум употребљава се и термин: *рекогниција*.⁹ Он је намењен за предузимање следећих процесних

и даље. Упор. Весна Ријавец, „Улога нотара у грађанском праву Словеније“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2010, 111, где стоји: „Садржина нотарског записа мора нужно да буде правни посао или правнословна изјава“.

³ Вид. чл. 182 ЗЈБ.

⁴ ЗЈБ у чл. 82 предвиђа да је јавнобележнички запис обавезна форма за следеће правне послове: уговори о имовинским односима између супружника, уговори о имовинским односима између ванбрачних партнера, споразуми о деоби заједничке имовине супружника или ванбрачних партнера, уговори о располагању непокретностима пословно неспособних лица, уговори о уступању и расподели имовине за живота, уговори о доживотном издржавању, обећање поклона и поклон за случај смрти. Остављена је могућност да се посебним законом одреде и други правни послови за које ће јавнобележнички запис представљати обавезну форму. Ови правни послови неће производити правна дејства уколико нису сачињени у форми јавнобележничког записа.

⁵ ЗЈБ у чл. 83 предвиђа да је јавнобележнички запис конкурентна форма код следећих правних послова: уговори о располагању покретним ставрима или правима, правни послови којима се оснивају задужбине, изјаве о поништају изгубљених, уништених или оштећених исправа, тестаментарна располагања, изјава о признању очинства, изјава о сагласности са признатим очинством и изјава о пристанку на поступак биомедицински потпомогнутог оплођења. Такође је остављена могућност да се посебним законом одреде правни послови који се могу предузети у форми јавнобележничког записа. Што се тиче уговора о располагању непокретностима пословно способних лица, законодавац је странкама оставио могућност да бирају да ли ће их склапати у форми судски оверене исправе или код нотара. Након 1. септембра 2014. године уговори о располагању непокретностима пословно способних лица мораће да се закључују пред нотаром и то у форми јавнобележничког записа или у форми солемнизиране исправе. Вид. чл. 181 ЗЈБ.

⁶ Вид. чл. 7, ст. 1 ЗЈБ.

⁷ Вид. В. Ријавец, 111. Упор. чл. 238 Закона о парничном поступку, *Службени гласник РС*, 72/11.

⁸ О стадијумима у поступку састављања јавнобележничког записа, вид. Д. Ђурђевић (2005), 136 и даље.

⁹ Коришћење израза „рекогниција (*Rekognition*)“ за означавање стадијума нотарске процедуре у коме се учесник упознаје са садржином нотарске исправе,

радњи: а) упознавање странке са садржином исправе коју је за њу саставио јавни бележник, б) одобравање нотарског записа које се врши тако што странка даје изричиту изјаву да је њена воља у свему верно унета и в) потписивање нотарског записа. Уколико је све то учињено у складу са законом, странка у евентуалном судском поступку не може доказивати да је пречула неку клаузулу коју је нотар унео у исправу.¹⁰ Тада се узима да је оно што стоји у нотарској исправи и што је странка одобрила и потписала као своју изјаву идентично ономе што је она објективно изјавила.¹¹

Поступак признања јавнобележничког записа може бити редовни (општи) или ванредни (посебни). Редовни поступак рекогниције представља правило, док се ванредни поступак спроводи само у специфичним ситуацијама када странка није способна да чита, пише, чулно опажа или комуницира са нотаром (на пример, странка је неписмена, због телесне повреде није у стању да потпише исправу, глува, слепа, не зна језик који је у службеној употреби).¹² Стадијум рекогниције има за циљ да омогући странци да се упозна са садржином нотарског записа и да изврши контролу његове тачности и потпуности.¹³ Рекогниција представља важан инструмент за остваривање превентивне функције јавног бележништва. Да би се предупредили евентуални спорови веома је важно да се странка на поуздан начин упозна са садржином нотарског акта, пре него што га призна за свој и потпише.

Састављање јавнобележничких исправа уређено је Законом о јавном бележништву, који је Народна скупштина донела 5. маја 2011. године. Процедура сачињавања јавнобележничке исправе уређена је чл. 72–81 ЗЈБ. У оквиру одељка који регулише јавнобележничку де-

одобрава је и потписује се на исправи, нарочито је распрострањено међу швајцарским правницима. Вид. Peter Ruf, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch II* (Hrsg. H. Honsell, N. P. Vogt, T. Geiser), Basel Genf 2003², 243-244.

¹⁰ Вид. Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab, Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, München 2010¹⁷, 676.

¹¹ *Ibid.*

¹² У државама где нотаријат има дужу традицију, разлика између редовног и ванредног поступка рекогниције јасно је изражена чак и у законским текстовима. Као пример може да се наведе Јавнобележничка уредба швајцарског Кантона Берн (*Notariatsverordnung*) од 26. 4. 2006. Ова Уредба у чл. 46, који носи маргинални наслов „Редовни поступак (*Ordentliche Verfahren*)“, предвиђа да ће нотар странкама прочитати исправу, коју ће оне потом признати за свој правни посао и потписати. Чл. 47 Уредбе, изнад којег стоји маргинални наслов „Ванредни поступак (*Ausserordentliche Verfahren*)“ садржи норму о састављању јавнобележничког записа од стране лица са посебним потребама.

¹³ Diether Huhn, Hans Joachim von Schuckmann, *BeurkG und DONot Kom mentar*, Berlin 2003, 182.

латност ове одредбе издвојене су у посебан одсек који носи наслов „Поступак сачињавања јавнобележничке исправе.“ Прво што се приметити када се прочита овај одсек ЗЈБ-а јесте да законодавац није регулисао редован поступак рекогноције. Поменути одсек садржи правила о: странкама и учесницима¹⁴ у нотарском поступку (чл. 72 и 73 ЗЈБ), утврђивању идентитета (чл. 74 ЗЈБ), сведоцима (чл. 75 ЗЈБ), положају лица са посебним потребама (чл. 76 ЗЈБ), положају заступника (чл. 77–79 ЗЈБ), дужности поучавања странке (чл. 80 ЗЈБ), као и правила о потписивању исправе (чл. 81 ЗЈБ). У одсеку који уређује поступак састављања јавнобележничке исправе нема норми које би уредиле како се странка, која није лице са посебним потребама, упознаје са садржином те исправе и како је одобрава пре него што је потпише. Разјашњавање тих питања биће предмет овог рада.

¹⁴ Посебну критику заслужује терминологија коју ЗЈБ користи за субјекте нотарског поступка. Лице које предузима правни посао у форми јавнобележничког записа ЗЈБ означава изразом „странка“, док за остале субјекте који се појављују у нотарском поступку (сведоци, тумачи и сл.) користи израз „учесници“. Вид. чл. 72 и 73 ЗЈБ. Оваква терминологија одудара од језичке праксе која је устаљена како у грађанском процесном законодавству, тако и у теорији грађанског судског поступка. Наиме, израз странка користи се као генусни термин за тужиоца и туженог у парничном поступку. Да би се терминолошки означила разлика између ванпарничног и парничног поступка, за лице које се обраћа ванпарничном суду ради састављања и потврђивања исправе користи се термин „учесник“. Упор. Боривоје Познић, Весна Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд 2010, 576. Вид. чл. 166 Закона о ванпарничном поступку ЗВП, *Службени гласник СРС*, 25/82. Слично је и у упоредном праву. Немачки правници изразом странка (*Partei*) означавају тужиоца и туженог у парничном поступку. Вид. уместо свих: Walter Zeiss, Klaus Schreiber, *Zivilprozessrecht*, Tübingen 2003¹⁰, 45. Термином учесник (*Beteiligte*) означава се лице које покреће ванпарнични поступак, против којег је покренут ванпарнични поступак, као и лице на чија права и обавезе непосредно утиче одлука која се доноси у ванпарничном поступку. Вид. Jürgen Damrau, „Beteiligte in der freiwilligen Gerichtsbarkeit“, *Lexikon des Zivilverfahrensrechts* (Hrsg. G. Lücke, H. Prütting), Neuwied Kriftel 1989, 34 и даље. Израз учесник употребљава се и за означавање лица које се обраћа нотару да би у форми нотарског акта предузело правни посао у своје или туђе име (§ 6, ст. 2 немачког Закона о потврђивању исправа *Beurkundungsgesetz*), док се за остале субјекте нотарске процедуре (сведоци, тумачи) користи термин: „позвани сарадници (*zugezogene Mitwirkende*)“. Вид. Heinrich Lange, Kurt Kuchinke, *Erbrecht*, München 2001, 354. И за српско право било би целисходније да је за лице које у форми јавнобележничког записа предузима правни посао, уместо израза „странка“, употребљен термин „учесник“. У прилог овој тврдњи могу се истаћи следећи аргументи. Прво, поступак за састављање јавнобележничког записа по својој природи спада у област ванпарничне процедуре (упор. Wolfgang Brehm, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, Stuttgart München 2009⁴, 39), те је стога примереније да се за означавање субјеката нотарског поступка преузима терминологија ванпарничног, а не парничног поступка. Друго, ЗЈБ у чл. 83 предвиђа да се у поступцима за састављање јавнобележничких записа сходно примењују одредбе ванпарничног поступка. Та сходна примена била би олакшана ако би израз „учесник“ имао исто значење у нотарском и ванпарничном законодавству. Да би се предупредило забуне, у овом чланку ће се доследно користити терминологија ЗЈБ. Израз странка означаваће лице које предузима правни посао у форми нотарског записа.

2. РЕДОВНИ ПОСТУПАК ЗА ПРИЗНАЊЕ НОТАРСКОГ ЗАПИСА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Иностранци правни системи обезбеђују да странка, која није лице са посебним потребама, буде упозната са садржином јавнобележничког записа на три начина. Први је да нотар странци прочита исправу. У другом систему нотар даје странци исправу да је сама прочита. Трећи систем представља компромис између претходна два и огледа се у томе што правни поредак препушта странци да сама изабере како ће се упознати са садржином нотарског акта. Она може оптирати за то да у присуству нотара сама прочита јавнобележничку исправу или да јој исправа буде прочитана.

Систему у коме се исправа чита странци приклонили су се аустријско и немачко право, као и мањи број швајцарских кантона. Аустријски Закон о јавном бележничтву¹⁵ у §52 предвиђа дужност нотара да приликом састављања јавнобележничке истражи, по могућности, пословну способност и овлашћење сваке странке да предузме правни посао, да поучи странке о његовом смислу и последицама, да утврди постојање њихове стварне и озбиљне воље, да њихову изјаву верно и јасно забележи на исправи, и да их након читања исправе лично испита како би се уверио да ли она одговара њиховој вољи.¹⁶

У аустријском праву се не инсистира на томе да странкама нотар лично прочита исправу. Неопходно је само да та радња буде предузета у његовом присуству.¹⁷ Појам присуства не тумачи се дословно, већ телеолошки. Приликом давања одговора на питање да ли је нотар био присутан када је странкама читана исправа, полази се од улоге коју он има у поступку рекогниције. Тако, с једне стране, није неопходно да се нотар налази у истој просторији са странкама и лицем које чита исправу. Довољно је да постоји такав просторни однос у коме ће „несметано моћи да се одвија њихово акустично и визуелно опажање“. На пример, узима се да је нотар присутан када из суседне просторије, кроз отворена врата може да прати и надгледа поступак рекогниције. С друге стране, за пуноважност јавнобележничке ис-

¹⁵ *Notariatsordnung* (у даљем тексту: *ÖNotO*). Закон је донет 25. јула 1875 (RGBl 75), а последња ревизија извршена је 1. јуна 1999 (BGBl I 1999/72).

¹⁶ Аустријско нотарско право извршило је снажан утицај на нотарско законодавство држава насталих на подручју бивше СФРЈ. Ближе о томе вид. Christian Neschwara, *Österreichs Notariatsrecht in Mittel- und Osteuropa – Zur Geltung und Ausstrahlung des österreichischen Notariats*, Wien 2000, 97 даље. Услед тога, већина држава насталих на подручју бивше СФРЈ предвиђа дужност јавног бележника да странци прочита јавнобележнички запис. Вид. чл. 57 Закона о јавном бележничтву Хрватске; чл. 75 Закона о нотарима Републике Српске; чл. 80 Закона о нотарима Федерације БиХ; чл. 54 Закона о нотарима Брчко Дистрикта; Erika Braniselj, „Länderbericht Slowenien“, *Notarius International*, 3 4/2004, 155.

¹⁷ Kurt Wagner, Gerhard Knechtel, *Notariatsordnung*, Wien 2000⁵, 291.

праве није довољно да се нотар налази у просторији *pro forma*, већ се захтева да он овом стадијуму нотарског поступка посвети своју пуну пажњу.¹⁸ Странке не могу одбити читање исправе. Овај стадијум нотарске процедуре не може да се надомести тиме што је странка гласно диктирала јавном бележнику садржину исправе или што је сама прочитала састављену исправу.¹⁹

Пошто јој исправа буде прочитана у присуству јавног бележника странка треба да је одобри, тј. да изјави да је садржина исправе саобразна њеној стварној вољи. Одобравање исправе врши се тако што странка даје потврдан одговор на питање јавног бележника да ли исправа одговара њеној вољи. Одговор се не мора дати усмено. Довољно је да странка климне главом. За разлику од читања, код одобравања исправе захтева се активније учешће јавног бележника. Он мора лично да испита странке да ли исправа одговара њиховој правој вољи – није дозвољено да то уради неко други у његовом присуству.²⁰ У нотарској исправи се констатује да је прочитана странкама и да су је одобриле. Нотарска исправа која не садржи ове наводе не може имати својство јавне исправе,²¹ при чему је ирелевантно то што је у стварности акт прочитан странкама и што су оне изјавиле да је у складу са њиховом стварном вољом.²²

Немачко право детаљније уређује стадијум признања нотарског записа.²³ Као правило предвиђено је да исправа мора бити прочитана странкама у присуству јавног бележника, а након тога оне ће је одобрити и својеручно потписати.²⁴ Читање се дефинише као процес у коме једно лице гласно изговара текст исправе, како би странке могле да га чују.²⁵ Следствено томе, читање нотарског акта, као једна од обавезних радњи у нотарском поступку, не може бити супституисано репродуковањем предходно снимљеног текста исправе.²⁶ Ни немачко право не инсистира на томе да јавни бележник лично странкама чита исправу, већ му оставља могућност да то

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*, 253.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Вид. § 68, ст. 1 (f) ÖNotO.

²² К. Wagner, G. Knechtel, 253.

²³ Вид. §§ 13, 13а и 14 Закона о потврђивању исправа (*Beurkundungsgesetz*), у даљем тексту: *BeurkG*. Закон је донет 28. августа 1969 (BGBl. I S. 1513), а последње измене извршене су 23. јула 2002 (BGBl. I S. 2850).

²⁴ Вид. § 13, ст. 1 (1) *BeurkG*.

²⁵ Paul Jansen, *FGG Kommentar*, Berlin 1971, III, 125; W. Litzemberger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Hrsg. H. G. Bamberger, H. Roth), München 2003, III, 1812.

²⁶ У том смислу види одлуку Врховног земаљског суда у Хаму: OLG Hamm 15 W 113/77, 19. 10. 1977, *Neue Juristische Wochenschrift* 51/1978, 2604 2605.

препусти неком другом (на пример, свом приправнику). У литератури је спорно да ли јавни бележник може читање исправе да повери некој од странака (на пример, једном од уговорника који склапа уговор у форми јавнобележничке исправе). Према једном схватању, правила нотарске процедуре неће бити повређена ако је исправу читала странка у присуству јавног бележника.²⁷ Заступници супротног становишта сматрају да тако нешто није дозвољено, јер противречи како законском тексту, тако и циљевима и значају који има стадијум рекогниције код састављања нотарског акта.²⁸ Да би нотарска исправа била пуноважна неопходно је да јавни бележник буде непрекидно²⁹ присутан док траје читање исправе.³⁰ Одсуство нотара има за последицу ништавост јавнобележничке исправе, при чему је ирелевантно што *in concreto* не постоје неки други недостаци.³¹ Нотар се сматра присутним када између њега и странака постоји такво звучно и оптичко опажање које му омогућује да прати поступак и да у сваком моменту реагује.³² Овај услов је испуњен и онда када нотар из суседне просторије кроз отворена врата прати шта се дешава у поступку састављања исправе.³³ Другим речима, за појам присуства нужно је да јавни бележник непосредно чулом вида и слуха *de facto* обраћа пажњу на дешавања у поступку.³⁴ Постојање могућности да нотар контролише ток поступка рекогниције само по себи није довољно за пуноважно спровођење јавнобележничке процедуре.³⁵

Читање исправе је битан стадијум јавнобележничког поступка чији изостанак има за последицу ништавост нотарског акта.³⁶ Странке нису овлашћене да јавног бележника ослободе од дужности читања исправе.³⁷ Такође, стадијум читања исправе не може бити

²⁷ У том смислу: Christian Armbrüster, Nicola Preuß, Thomas Renner, *BeurkG Kommentar*, Berlin 2009⁵, 191; P. Jansen, 126.

²⁸ Helmut Kurtze, *Beurkundung im Jugendamt*, Köln Berlin 1971, 87; W. Litzener, 1812.

²⁹ Одлука немачког Савезног врховног суда: BGH 1 StR 313/1974, 19. XII 1974, *Neue Juristische Wochenschrift*, 20/1975, 940.

³⁰ Вид. прву реченицу § 13 BeurkG, где се не захтева да нотар чита исправу, већ да исправа буде прочитана странкама у његовом присуству: „*Die Niederschrift muß in Gegenwart des Notar den Beteiligten vorgelesen, ...*“.

³¹ P. Jansen, 132; Günther Rohs, Diethard Heinemann, *Die Geschäftsführung der Notare*, Heidelberg 2002¹¹, 62.

³² C. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, 213; W. Litzener, 1813.

³³ C. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, 213; P. Jansen, 132.

³⁴ У том смислу вид. одлуку немачког Савезног врховног суда: BGH 1 StR 313/1974, 19. XII 1974, *Neue Juristische Wochenschrift*, 20/1975, 940.

³⁵ P. Jansen, 132.

³⁶ W. Litzener, 1813; G. Rohs, D. Heinemann, 62.

³⁷ G. Rohs, D. Heinemann, 62. BeurkG у § 13, ст. 1 (4) предвиђа дужност нотара да учесницима на њихов захтев да исправу да је прочитају пре него што је

надомешћен тиме што је странка њену садржину диктирала јавном бележнику, јер је неопходно проверити да ли је написан текст подударан са ониме што је издиктирано.³⁸

Немачки законодавац је детаљно нормирао ситуације када странке у уговору, који склапају у форми јавнобележничке исправе, неке своје односе регулишу указивањем на други уговор, на пример, у уговору о преузимању дуга који закључују зајмопримац и преузималац стоји да ће преузималац исплатити зајмодавца према плану отплате који је утврђен уговором о зајму. У таквим ситуацијама примењује се правило о „ограниченој дужности читања (*Eingeschränkte Vorlesungspflicht*).“ Према том правилу, чија је сврха да убрза и олакша нотаријални поступак, јавни бележник не мора да чита странкама исправу на коју упућују, уколико су испуњени следећи услови: 1) да је реч о упућивању на нотарску исправу,³⁹ 2) да су странке изјавиле да им је познат њен садржај и 3) да се странке одрекну од читања исправе.⁴⁰ Нотар је дужан да у јавнобележничком акту констатује да су примењена правила о ограниченој дужности читања.⁴¹ За примену правила о ограниченој дужности читања не тражи се истовестност странака, тако да је могуће да уговорници уреде своје односе указивањем на уговор који су склопила трећа лица.⁴² Дозвољено је и тзв. „ланчано упућивање (*Kettenverweisung*)“, где нотарска исправа на коју странке упућују и сама указује на неки трећи јавнобележнички акт.⁴³ Правило о ограниченој дужности читања не односи се само на јавнобележничке акте, већ се примењује и онда када странке упућују на исправе које је у иностранству саставио немачки конзуларни службеник.⁴⁴ Странке морају да буду упознате са садржином исправе на коју упућују, при чему се од нотара не тражи

одобре и потпишу. Међутим, то што је учесник лично прочитао исправу не може искључити стадијум читања исправе. Читање исправе се сматра елементом форме који се увек мора испоштовати, чак и онда када се учесник на неки други начин упознао са садржином исправе. У том смислу Р. Jansen, 125.

³⁸ Р. Jansen, 125.

³⁹ За примену правила о ограниченој дужности читања потребно је да исправа на коју странке упућују буде формално пуноважна, тј. да буде састављена у складу са правилима нотарске процедуре и то од стране немачког нотара. Дозвољено је да странке упуте на исправу која није пуноважна са становишта материјалног права. Ближе о томе вид. Peter Lichtenberger, „Das Gesetz zur Änderung und Ergänzung beurkundungsrechtlicher Vorschriften“, *Neue Juristische Wochenschrift* 16/1980, 867.

⁴⁰ Вид. § 13 а, ст. 1 (1) BeurkG.

⁴¹ Вид. § 13 а, ст. 1 (2) BeurkG.

⁴² Р. Lichtenberger, 867; G. Rohs, D. Heinemann, 75.

⁴³ С. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, 222; W. Litzenburger, 1816.

⁴⁴ Ово правило проистиче из § 10, ст. 2 Закона о конзуларним службеницима, њиховим обавезама и овлашћењима (*Gesetz über die Konsularbeamten, ihre Aufgaben und Befugnisse*, скр. *KonsularG*) из 1974. године, који предвиђа да су исправе

да то проверава.⁴⁵ Али, ако јавни бележник сазна да учесницима није познат садржај исправе на коју указују, он је дужан да и њу прочита странкама.⁴⁶ Исправа на коју су странке упутиле, или њен оверен препис, мора бити поднета на увид јавном бележнику, што странке не могу одбити.⁴⁷ Такође, законодавац тражи да се та исправа или њен оверени препис приложи јавнобележничком акту.⁴⁸ Међутим ова одредба спада у тзв. „несавршене норме (*Sollvorschriften*)“ јер њихову примену странке могу да одбију, што ће нотар писмено констатовати.⁴⁹

У правном промету се дешава да странке уређују своје односе тако што упућују на карте, цртеже или слике, на пример пројекат и друга техничка документација код закључења уговора о грађењу или план преграђивања стана код склапања уговора о физичкој деоби. Такви прилози, по природи ствари, не могу бити прочитани странкама. Нотар ће карте, цртеже и слике дати странкама на преглед⁵⁰ и приложити нотарској исправу.⁵¹ Странке могу да одбију прегледање карата, цртежа или слика, при чему се *mutatis mutandis* примењују правила о ограниченој дужности читања јавнобележничког акта.⁵² Правила о ограниченој дужности читања нотарске исправе сходно се примењују и онда када странке упућују на карте и цртеже које су сачиниле јавне власти у оквиру своје надлежности, односно лице које врши послове од јавног поверења у границама својих службених овлашћења. На пример, када уговорници приликом закључења уговора о грађењу упућују на грађевинске цртеже који су садржани у дозволи за градњу. Неопходно је да на тим картама, односно цртежима стоје потпис и печат издаваоца.⁵³

Непосредно по завршетку читања исправе и евентуално разгледања прилога, учесници ће у присуству нотара одобрити јавнобележничку исправу. За одобравање није предвиђена никаква посебна форма. Оно се може вршити изговореном речју, климањем главом и сл.⁵⁴ Нотарски запис се не може одобрити па-

сачињене од стране конзуларних службеника изједначене са исправама које у земљи сачине немачки нотари.

⁴⁵ W. Litzenger, 1816.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ W. Litzenger, 1816; G. Rohs, D. Heinemann, 76.

⁴⁸ Вид. § 13 а, ст. 1 (3) и ст. 2 BeurkG.

⁴⁹ Вид. § 13 а, ст. 2 BeurkG.

⁵⁰ Вид. § 13, ст. 1 (1) BeurkG.

⁵¹ Вид. § 9, ст. 1 BeurkG.

⁵² Вид. § 13 а, ст. 1 (4) BeurkG.

⁵³ Вид. § 13 а, ст. 4 BeurkG.

⁵⁴ C. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, 197; W. Litzenger, 1813.

сивним понашањем. Пракса стоји на становишту да се не сматра одобравањем то што је учесник слушајући текст исправе одавао утисак да је задовољан његовом садржином.⁵⁵

Посебна правила за одобравање нотарске исправе важила су код састављања нотарског тестаментa. Раније је Немачки грађански законик тражио да завешталац приликом састављања нотарског тестаментa усмено одобри нотарску исправу,⁵⁶ али је након одлуке Савезног уставног суда из 1999. године такво решење напуштено.⁵⁷ Одсуство формализма код одобравања нотарске исправе наилази на критике међу појединим ауторима. Тако, Мушелер сматра да неинсистирање на усменом одобравању нотарске исправе има за последицу повећање тзв. „граничних случајева“ код којих је спорно да ли одређена радња учесника представља свесну активност намењену изјављивању воље.⁵⁸

Једном дато одобрење нотарског акта учесник може повући све док јавни бележник не доврши стављање свог потписа на исправу.⁵⁹ Уколико учесник није одобрио нотарску исправу она неће бити пуноважна.⁶⁰ Потпис учесника на исправу ствара претпоставку да му је нотарски акт прочитан и да га је одобрио.⁶¹

Нотарску делатност у Швајцарској карактерише правни партикуларизам. Завршно поглавље Швајцарског грађанског законика (*Schlusstitel*)⁶² у чл. 55 предвиђа да кантони одређују како ће се на

⁵⁵ У том смислу, вид. одлуку Баварског врховног земаљског суда: BayObLG V. Reg 1 b Z 45/65, 31. 8. 1965, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1 2/1966, 56 57.

⁵⁶ Како је то некада изгледало сликовито описује Reiner Frank, *Erbrecht*, München 2003², 72 73, који каже да је за састављање нотарског тестаментa било довољно да завешталац на питање нотара одговори са једва издахнутим „да“, али не и да потврдно климне главом.

⁵⁷ Више о томе, са упућивањима на релевантну литературу и праксу, вид. Дејан Б. Ђурђевић, „Нотарски тестамент у немачком праву“, *Увод у право Немачке* (ур. М. Васиљевић, В. Чоловић), Београд 2011, 432 436.

⁵⁸ Karlheinz Muscheler, *Erbrecht*, Tübingen 2010, I, 886. Као пример граничног случаја овај аутор наводи климање главом на смрт оболелог завештаоца, које би могло да значи саглашавање са нотарским тестаментом или да настане несвесно, као последица слабог здравља. Због тога Мушелер сматра целисходним за јавнобележничку праксу да нотари теже ка томе да странка усмено одобри нотарску исправу. Али ако странка не може или неће усмено да изјављује вољу, нотари би морали да се задовоље са невербалним радњама одобравања.

⁵⁹ C. Armbrüster, N. Preuß, T. Renner, 198; W. Litzemberger, 1813.

⁶⁰ W. Litzemberger, 1813.

⁶¹ § 13, ст. 1 (3) BeurkG.

⁶² Завршно поглавље представља саставни део Швајцарског грађанског законика за који је карактеристично то што има сопствену нумерацију чланова. Одредбе Завршног поглавља уређују однос између Швајцарског грађанског законика и правног поретка који му је претходио и начин на који ће се Законик увести у

њиховој територији сачињавати јавнобележничке исправе. Следствено томе, регулисање нотарске процедуре остало је у нормативној надлежности кантона.

Кантонални прописи не уређују истоветно поступак рекогниције. Преовлађује решење по коме је странкама дата могућност да бирају како ће се упознати са садржином исправе. Оне могу одабрати да у присуству нотара или саме прочитају исправу или да им исправа буде прочитана. Када странке провере садржину исправе, на један од ова два начина, нотар ће их замолити да се изричито изјасне да ли је јавнобележнички акт тачно састављен и да ли он у свим деловима одговара њиховој стварној вољи. Пошто на ово питање дају потврдан одговор, странке се својеручно потписују на исправи. За овакав приступ определили су се кантони: Цирих,⁶³ Апенцел Инероден,⁶⁴ Базел-провинција,⁶⁵ Вале,⁶⁶ Гларус,⁶⁷ Граубинден,⁶⁸ Золотурн,⁶⁹ Обвалден,⁷⁰ Сент Гален,⁷¹ Тичино,⁷² Тургау,⁷³ Фрибур⁷⁴ и Швиц.⁷⁵ У мањем броју кантона поступак рекогниције уређен је на исти начин као и у Аустрији и Немачкој. Нотар мора странкама да прочита исправу,

правни живот. Ближе о томе вид. Peter Tour, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid, Alexandra Rumo Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich Basel 2009¹³, 21.

⁶³ Вид. §§ 25 и 26 кантоналне Јавнобележничке уредбе (*Notariatsverordnung*) од 23.11.1960.

⁶⁴ Вид. чл. 7 кантоналне Уредбе о јавном потврђивању исправа (*Verordnung über die öffentliche Beurkundung*) од 1.6.1951.

⁶⁵ Вид. § 31 кантоналног Закона о увођењу Грађанског законика (*Gesetz über Einführung des Zivilgesetzbuches*) од 16.11.2006.

⁶⁶ Вид. чл. 90. кантоналног Јавнобележничког закона (*Notariatsgesetz*) од 15.12.2004.

⁶⁷ Вид. чл. 14 кантоналног Закона о јавном потврђивању и овери исправа (*Gesetz über die Beurkundung und Beglaubigung*) од 6.5.2007.

⁶⁸ Вид. чл. 33 кантоналног Јавнобележничког закона (*Notariatsgesetz*) од 18.10.2004.

⁶⁹ Вид. § 30 кантоналне Јавнобележничке уредбе (*Notariatsverordnung*) од 21.8.1959.

⁷⁰ Вид. чл. 20 кантоналног Закона о јавном потврђивању исправа (*Gesetz über die öffentliche Beurkundung*) од 30.11.1980.

⁷¹ Вид. чл. 20 кантоналног Уводног закона за Швајцарски грађански законик (*Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*) од 22.6.1942.

⁷² Вид. чл. 38 кантоналног Закона о јавном бележничтву (*Legge sul notariato*) од 23.2.1983.

⁷³ Вид. § 26 кантоналног Уводног закона за Швајцарски грађански законик (*Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*) од 3.7.1991.

⁷⁴ Вид. чл. 60 кантоналног Закона о јавном бележничтву (*Gesetz über das Notariat*) од 20.9.1967.

⁷⁵ Вид. § 11 кантоналне Уредбе о јавном потврђивању и овери исправа (*Verordnung über die Beurkundung und Beglaubigung*) од 24.5.2000.

а након тога оне изјављују да је исправа саобразна њиховој стварној вољи и својеручно се потписују. Јавни бележник на самом нотарском акту констатује да су ове радње учињене и својеручно се потписује. Овакво решење сусреће се у кантонима: Луцерн,⁷⁶ Берн,⁷⁷ Нидвалден⁷⁸ и Ури.⁷⁹ У Кантону Аргау поступак рекогниције уређен је тако што странка сама чита исправу, а затим у присуству нотара изјављује да је прочитала исправу и да је сагласна са њеном садржином. На крају се својеручно потписује на јавнобележничком акту.⁸⁰

Шароликости нотарске процедуре у Швајцарској доприноси и то што савезно законодавство предвиђа специјална правила за предузимање појединих правних послова у форми јавнобележничког записа. Швајцарски грађански законик прописао је посебну процедуру за састављање јавног тестаментa.⁸¹ Јавни тестамент се сачињава тако што завешталац саопштава своју последњу вољу нотару (или другом службенику који је на основу кантоналних прописа овлашћен да саставља располагања за случај смрти). Јавни бележник сачињава нотарску исправу коју даје завештаоцу да је прочита и потпише. Није неопходно да завешталац гласно чита исправу. Међутим, швајцарски Савезни суд (*Bundesgericht*) инсистира на томе да се јавни бележник увери, у мери у којој је то могуће, да је завешталац заиста читао исправу.⁸² Уколико завешталац не прочита исправу, тестамент ће бити ништав.⁸³ Након читања и потписивања исправе

⁷⁶ Вид. § 37 кантоналног Закона о јавном потврђивању исправа (*Gesetz über die öffentlichen Beurkundungen*) од 18.9.1973.

⁷⁷ Вид. чл. 46 кантоналне Јавнобележничке уредбе (*Notariatsverordnung*) од 26.4.2006.

⁷⁸ Вид. § 27 кантоналне Уредбе за спровођење Закона о јавном потврђивању исправа (*Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die öffentliche Beurkundung*) од 9.11.1974.

⁷⁹ Вид. чл. 26 кантоналне Уредбе о јавном бележничтву (*Verordnung über das Notariat*) од 1.1.2007.

⁸⁰ Вид. § 6 кантоналног Уводног закона за Швајцарски грађански законик и Закон о регистрованим животним заједницама (*Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch und Partnerschaftsgesetz*) од 24.5.2011.

⁸¹ Вид. чл. 499 501 Швајцарског грађанског законика (*Zivilgesetzbuch*), у даљем тексту: *ZGB*.

⁸² Вид. *Bundesgericht*, Urteil der II Zivilabteilung vom 26. 10. 1939 (*Locher gegen Trüssel*), BGE 65 II 214 218, објављено на: www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2065214.pdf. У поменутој одлуци заузето је становиште да је неопходно да завешталац у присуству јавног бележника држи исправу „тачно испред очију.“

⁸³ Вид. *Bundesgericht*, Urteil der II. Zivilabteilung vom 30. 5. 1940 (*Bucella gegen Cortabatti*), BGE 66 II 89 91, објављено на: www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2066089.pdf. Заинтересована лица не би могла одбити захтев за поништење тестаментa тако што би доказивала да је садржина нотарске исправе саобразна завештаоцевој стварној вољи. Вид. Arnold Escher, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch* (Hrsg. E. Beck et al.), Bd. III: Erbrecht, Zürich 1959³, 375.

завешталац одобрава тестамент тако што у присуству нотара и два сведока изјављује да је прочитао исправу и да она одговара његовој последњој вољи.⁸⁴ Изјава мора бити дата изричито.⁸⁵ Изричитим се сматрају не само оне изјаве које су изговорене усмено, већ и изјаве дате климањем главом или предузимањем гестова који се према уобичајеним схватањима у правном промету сматрају сигурним начином за изражавање стварне воље.⁸⁶ Оно што поступак састављања јавног тестаментa у Швајцарској чини посебним у односу на друге нотаријалне поступке јесте обавезно присуство сведока. Тестаментарни сведоци су увек потребни, при чему је ирелевантно то што завешталац нема никакве недостатке који му отежавају чулно опажање, комуникацију и потписивање исправе. Правила о састављању јавног тестаментa примењују се и на закључење уговора о наслеђивању.⁸⁷

3. РЕДОВНИ ПОСТУПАК ЗА ПРИЗНАЊЕ НОТАРСКОГ ЗАПИСА У СРПСКОМ ПРАВУ

Закон о јавном бележничтву не посвећује довољно пажње поступку за састављање јавнобележничког записа. За разлику од наведених прописа који важе у Аустрији, Немачкој и Швајцарској, српски законодавац није поставио целовит систем јавнобележничке процедуре, већ је фрагментарно нормирао поједина питања. Одатле у српском јавнобележничком законодавству постоји правна празнина која није безазлена, а огледа се у одсуству општег правила за признање нотарског записа. Додуше, законодавац је регулисао на који начин странка потписује јавнобележнички запис,⁸⁸ али нигде нема одредбе која би уредила како се странка пре потписивања упознаје са његовом садржином и како га одобрава.

Одсуство регулативе не би смело да наведе на закључак да у Србији није неопходно да се странке пре потписивања упознају са

⁸⁴ Изјава завештаоца мора да садржи оба ова елемента: да је прочитао исправу и да она одговара његовој вољи. За пуноважност тестаментa не би било довољно да завешталац изјави да исправа одговара његовој последњој вољи. У том смислу, вид. *Bundesgericht, Urteil der II. Zivilabteilung vom 21. 6. 1916 (Sieber gegen Bachtler und Genossen)*, BGE 42 II 203-206, објављено на: www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2042203.pdf. Швајцарско право инсистира на овако строгом формализу у нотарском поступку да би подстакло завештаоца да приликом састављања јавног тестаментa буде у потпуности прибран и одговоран. Вид. А. Escher, 379.

⁸⁵ Вид. *Bundesgericht, Urteil der II. Zivilabteilung vom 22. 6. 1934 (S. Schwarz gegen Wwe Schwarz Blocherer und Genossen)*, BGE 60 II 269, 275, објављено на: www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2060269.pdf.

⁸⁶ Вид. А. Escher, 379; Р. Ruf, 246.

⁸⁷ Вид. чл. 512 ZGB.

⁸⁸ Вид. чл. 68 и 81 ЗБ.

садржином јавнобележничког записа и одобре га. Ако се пође од тога да правна празнина представља „непланску непотпуност постојећих правних прописа“, тј. случај у коме „недостаје пропис који би се могао применити на конкретни случај, а који би постојао да је законодавац доследно следио свој план правног уобличавања“, ⁸⁹ онда се одсуство општег правила рекогниције у српском јавнобележничком законодавству може узети као школски пример за правну празнину. Тешко се може бранити теза о постојању свесне намере законодавца да изостави стадијум признања јавнобележничког записа, тј. да га смести у правно слободни простор. ⁹⁰ Иако је нотаријат новина у послератном српском праву, за правну категорију „јавнобележнички запис“ могуће је с пуним правом рећи да представља тзв. „предзаконски појам“ који је био присутан у правној науци и пре доношења ЗЈБ-а и који има своја битна обележја. ⁹¹ Тиме што је предвидео постојање јавнобележничког записа, законодавац га је увео у српски правни поредак са свим његовим битним обележјима, а рекогниција је, као што је то показао и претходни компаративни приказ, управо једно од њих. ⁹²

На овом месту је неопходно истаћи да активности нотара којима се обезбеђује да странке пре стављања потписа стекну потпун увид у оно што потписују, представљају најважнију демаркациону линију између нотарског записа и јавно оверене исправе. Наиме, код јавно оверених исправа делатност нотара се исцрпљује само у томе да потврди да је одређено лице пред њим потписало писмену изјаву. Овером потписа се не потврђује да је потписник упознат са

⁸⁹ Вид. Franz Bydliniski, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, Wien 2005, 60.

⁹⁰ Правно слободни простор (*rechtsfreier Raum*) чине они сегменти људског и социјалног живота на које се право не простире, тј. који не треба да буду предмет правног регулисања. Тома Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије*, Београд 1959, 146 за правно слободан простор користи термин „правна адиафора“. Као пример за правнослободни простор наводе се понашања која проистичу из учитивости (захвалити се неком за леп гест или поздравити познаника). Вид. F. Bydliniski, 57.

⁹¹ Упор. Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Грађанско парнично процесно право*, Zagreb 2004⁷, 240, који дефинишу јавнобележнички запис као: „исправу коју о правним пословима и изјавама странака за њих сачињава јавни биљежник, у посебној форми, с посебним садржајем и уз поштовање посебних правила поступања, која захваљујући томе стјече својство јавне исправе.“ Јавнобележнички запис има следећа битна обележја: 1) представља форму у којој се предузимају правни послови, 2) има доказну снагу диспозитивне јавне исправе, 3) има обавезну садржину, 4) мора да буде сачињен у законом прописаној форми и 5) приликом његовог сачињавања јавни бележник је дужан да поштује правила нотарске процедуре, у оквиру које признање записа представља најважнији стадијум. О обележјима јавнобележничког записа, вид. Д. Ђурђевић (2005), 109 и даље.

⁹² Упор. D. Huhn, H. J. v. Schuckmann, 82, који кажу да стадијум рекогниције представља: „језгро и најбитнији елемент нотарске процедуре.“

садржином исправе коју је потписао. За разлику од овере потписа, јавнобележнички запис представља строжу форму, код које је нотару додељена значајнија улога. Приликом састављања јавнобележничког записа нотар треба да потврди, не само то да је одређена странка потписала исправу, већ и да је потписник дао ону изјаву која је садржана у исправу.⁹³ Ова разлика има велики практични значај, нарочито у судским поступцима. Код јавно оверених исправа доказну снагу јавне исправе има само клаузула о овери, тј. писмена изјава јавног бележника о идентитету потписника исправе.⁹⁴ Насупрот томе, целокупна садржина нотарског записа има доказну снагу јавне исправе. Нотарски запис представља потпун доказ аутентичности, тачности и потпуности изјаве која је у њему садржана.⁹⁵ Због тога је рекогниција једно од суштинских обележја нотарског записа. Без поступка за признање, јавнобележнички запис би се свео на пуко оверавање потписа.

У прилог потреби да и у српској јавнобележничкој процедури постоји стадијум рекогниције говоре и важни правнополитички разлози. Нотаријат у Србији установљен је, између осталог, ради растерећења судова и пружања превентивне правне заштите.⁹⁶ Ови циљеви неће бити остварени уколико се устали пракса да јавни бележник сачињен јавнобележнички запис да странкама на потпис а да се претходно не увери да ли оне имају тачну представу о ономе што потписују.⁹⁷ Такви јавнобележнички записи неће предупредити спорове о пуноважности и ништавости правних послова. Зато је веома важно да нотари приликом сачињавања јавнобележничког записа спрече ситуације у којима странке предузимају одређени правни посао, а да не знају у шта су се упустиле и какве ће правне конеквенце производити њихова трансакција.

Следствено изложеном, неопходно је да се у српском правном поретку попуни правна празнина која се односи на непостојање експлицитних законских правила о томе: а) како се странка у поступку састављања јавнобележничког записа упознаје са садржином

⁹³ О разлици између јавно оверених исправа (*öffentliche Beglaubigung*) и нотарских записа (*notarielle Beurkundung*), вид. уместо свих: Reinhard Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Tübingen 2006², 402-403.

⁹⁴ Упор. Helmut Köhler, *BGB Allgemeiner Teil*, München 1991²¹, 215, који истиче да код јавне овере потписа текст правног посла има својство приватне исправе.

⁹⁵ Вид. Heinz Hüber, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Berlin New York 1996², 370-371.

⁹⁶ Упор. Драгор Хибер, „Са нотарима у Европу“, *Фокус*, јул 2010, 17-18.

⁹⁷ Упор. Срећко Цуља, *Грађанско процесно право Краљевине Југославије II (Вантарнични поступци)*, Београд 1938, 799: „Јавни бележник мора на концу прочитати странкама садржину акта, да би се поново уверио да ли акт одговара вољи странака.“

исправе и б) како одобрава исправу. За попуњавање ових правних празнина могућа су два пута. Један се састоји у тумачењу чл. 76 ЗЈБ, а други у сходној примени ЗВП.

3.1. Тумачење члана 76 Закона о јавном бележничтву

Члан 76 ЗЈБ уређује посебан случај рекогниције када се као странка у нотарском поступку појављује „лице са посебним потребама“. У чл. 76, ст. 1 ЗЈБ стоји:

„Ако је странка глуво или немо писмено лице или има потешкоћа у говору које битно отежавају разумевање, а које влада језиком на коме се води поступак састављања јавнобележничке исправе, јавни бележник ће саопштити садржину исправе и поучити странку о садржини и последицама правног посла, изјаве или утврђивања одређених чињеница које представљају садржину јавнобележничке исправе, тако што ће предлог садржине исправе, као и поуку изградити писмено и тражити од странке да их прочита.“

Овом одредбом законодавац уређује поступање нотара када је странка глува или глувонема. За такав случај предвиђено је да се она са садржином исправе упознаје тако што ће је сама прочитати. Из начина на који је ова норма формулисана недвосмислено проистиче да она представља изузетак,⁹⁸ који се, сходно принципу *Exceptionis sunt strictissimae interpretationis*, примењује само на оне животне догађаје који су обухваћени њеном диспозицијом. Норме које представљају изузетке, чак и у односу на неко прећутно правно правило, не могу се *per analogiam* примењивати на сличне случајеве.⁹⁹ То значи да јавни бележник неће „тражити од странке“ која има очувано чуло слуха да сама прочита исправу. Из овога се не би смео извести закључак да ће у пракси бити дозвољено да странке са очуваним чулом слуха потпишу јавнобележнички запис а да нотар претходно не предузме ниједну радњу усмерену на то да их упозна са садржином акта на који стављају своје потписе. У претходним излагањима показано је да је једна од суштинских карактеристика нотарске процедуре то што правни поредак треба да обезбеди одређене процесне гаранције да странка пре потписивања јавнобележничког записа буде упозната

⁹⁸ Да је реч о изузетку, може показати и упоредноправни преглед. Закон о јавном потврђивању исправа швајцарског Кантона Луцерн у одељку који носи наслов „Ванредни поступак (*Ausserordentliche Verfahren*)“ прописује да странка која је глува или глувонема сама чита нотарски акт и да на њему писмено потврђује да он одговара њеној вољи (§ 48). У оквиру одељка који је насловљен као „Редовни поступак (*Ordentliche Verfahren*)“ стоји да ће нотар странкама прочитати исправу, коју оне потом признају за свој правни посао и потписују (§ 37).

⁹⁹ Упор. Коста Чавошки, Радмила Васић, *Увод у право II*, Београд 1996, 212.

са његовом садржином. Сходно томе, јавни бележник је у обавези да и странке које имају очувано чуло слуха упозна са садржином јавнобележничког записа. Ако ту своју обавезу не врши тако што од странке тражи да сама прочита исправу, једини начин који му стоји на располагању јесте да он сам странци прочита јавнобележнички запис.

Из тумачења чл. 76 ЗЈБ проистиче да се у српском праву редовни поступак признања јавнобележничког записа спроводи тако што нотар чита странкама исправу. Такво тумачење, с једне стране обезбеђује да странка у моменту потписивања јавнобележничког записа има тачну представу о томе у какве правне односе ступа. С друге стране, овакво формулисано опште правило рекогниције даје смисао члану 76 ЗЈБ. Уколико би се за српско право прихватио систем рекогниције по коме се странка упознаје са садржином јавнобележничког записа тако што га сама чита (који важи у швајцарском Кантону Аргау) онда би чл. 76 ЗЈБ био сувишан.¹⁰⁰

Овако постављено опште правило за признање јавнобележничког записа не треба разумети у смислу да странка нема право да сама прочита исправу. Уколико странка пре потписивања жели да лично прочита нотарски запис, свакако да ће нотар бити дужан да јој то омогући.

Читање исправе од стране нотара оправдано је и са правно-политичког становишта. Тако организован поступак рекогниције, за разлику од оног где странка сама чита исправу, има „двоструку контролну функцију“. С једне стране, подстиче странке да пре потписивања пажљиво провере садржину јавнобележничког записа, а с друге стране захтева од нотара да текст исправе прочита „реч по реч“ и тако му даје шансу да уочи и исправи евентуалне недостатке, који се могу кретати од ситних словних грешака до озбиљних правних неправилности.¹⁰¹

Резултат тумачења чл. 76 ЗЈБ није у потпуности решио постављен проблем. Ако се пође од тога да ће нотар странци прочитати исправу, остаје отворено питање да ли након читања исправе странка

¹⁰⁰ То се може видети управо на примеру швајцарског Кантона Аргау, где у § 6 Уводног закона за Швајцарски грађански законик и Закон о регистрованим животним заједницама стоји да странка сама чита јавнобележнички запис, а након тога изјављује да је он у складу са њеном вољом. Овај Закон садржи и специјално правило по којем се поступа када странка није у стању да прочита или потпише исправу (§ 8), које предвиђа да ће јој исправа бити прочитана у присуству нотара и два сведока. У поменутом закону нема правила којим се уређује поступање нотара када је странка глува. За таквим правилом нема ни потребе, јер у нотарском поступку Кантона Аргау недостатак чула слуха не представља препреку за спровођење редовног поступка рекогниције.

¹⁰¹ У том смислу, вид. Reiner Kanzleiter, „Das Vorlesen der Niederschrift“, *Deutsche Notar Zeitschrift*, 4/1997, 262.

одмах потписује јавнобележнички запис, или мора да га претходно одобри. Потребно је да се размотри да ли је до потпуног решења овог проблема могуће доћи сходном применом ЗВП-а.

3.2. Сходна примена Закона о ванпарничном поступку

Сходна примена ЗВП-а на поступак за састављање јавнобележничког записа наилази на две тешкоће. Прва се састоји у томе што законодавац ту примену није консеквентно нормирао. Недоследност законодавца уочава се када се упореде чл. 82 и чл. 83 ЗЈБ. У чл. 83, ст. 1 ЗЈБ набројани су прави послови који се могу предузимати у форми јавнобележничког записа (нотарски запис као конкурентна форма за предузимање правних послова). У чл. 83, ст. 3 ЗЈБ стоји да се у поступцима за сачињавање јавнобележничких записа о тим правним пословима: „сходно примењују одредбе ванпарничног поступка“. С друге стране у чл. 82 ЗЈБ набројани су правни послови за које је јавнобележнички запис обавезна форма, али нигде није предвиђена сходна примена ЗВП-а. Да ли то значи да се правила ванпарничног поступка не примењују на све јавнобележничке записе, већ само на неке од њих?

Одговор на ово питање свакако мора бити негативан. Поменута недоследност законодавца лако се може превазићи применом аналогije. Нотарски записи из чл. 82 ЗЈБ разликују се од оних из чл. 83 ЗЈБ по својој обавезности а не по форми и процедури сачињавања. Због тога, правила ванпарничне процедуре треба сходно примењивати и на јавнобележничке записе из чл. 82 ЗЈБ, јер је тако нешто у складу са циљевима и интересима које је законодавац хтео да оствари прописујући сходну примену правила ЗВП-а на сачињавање нотарских записа из чл. 83 ЗЈБ.

Други проблем проистиче из начина на који је ЗВП регулисао поступак за састављање исправа. Правила ЗВП-а о састављању исправе налазе се у два одсека. У оквиру дванаесте главе ЗВП-а, одсек бр. 2 садржи општа правила за састављање исправе,¹⁰² док је у одсеку бр. 3 нормирано сачињавање судског тестаментa.¹⁰³ Док је поступак за сачињавање судског тестаментa детаљно регулисан, када је реч о општим правилима за састављање исправе не може се ни за редакторе ЗВП-а рећи да су успели да створе један целовит и заокружен систем. У време доношења ЗВП-а за тиме није ни постојала потреба, јер је судски тестамент био једини правни посао који се предузимао у форми јавно састављене исправе.¹⁰⁴ Услед таквог приступа у одсе-

¹⁰² Вид. чл. 166 174 ЗВП.

¹⁰³ Вид. чл. 175 182 ЗВП.

¹⁰⁴ Упор. Боривоје Познић, *Грађанско процесно право*, Београд 1995¹⁴, 437, који каже: „ЗВП прописује да суд саставља исправу кад је за пуноважност правног

ку који садржи општа правила за састављање исправе није уређен стадијум признања исправе. Нигде није прописано како се странка упознаје са садржином исправе коју за њу саставља судија, како је одобрава и како је потписује. Ако би правну празнину у ЗЈБ-а, која се односи на недостатак редовног поступка рекогниције, требало попуњавати сходном применом општих правила за састављање исправе из ЗВП-а, онда би то био „јалов посао“. Не може се правна празнина у једном закону попуњавати применом другог закона који садржи исту такву правну празнину.

ЗВП нормира редовни поступак рекогниције у трећем одсеку који је посвећен састављању судског тестаментa. Чл. 178 ЗВП предвиђа следеће:

„Пошто завешталац сам прочита записник о судском тестаменту и изјави да је његова последња воља у свему верно унета, судија ће ово потврдити на тестаменту.“

Поменута одредба садржи три правила. Првим правилом предвиђено је да се странка са садржином исправе упознаје тако што је сама чита. Другим правилом прописано је обавезно одобравање исправе које се врши тако што странка у присуству судије изјављује да је њена воља потпуно и тачно забележена на исправи. Треће правило предвиђа обавезу судије да све ове радње протоколише, тј. да на самој исправи писмено констатује да су оне учињене. Поставља се питање да да ли је могућа сходна примена ових правила на поступак састављања јавнобележничког записа.

Приликом давања одговора на ово питање, треба имати у виду да термин „сходна примена“ подразумева одређену еластичност у поступању.¹⁰⁵ Примену ЗВП-а у поступку састављања нотарских исправа не треба разумети у смислу да је ЗВП *lex generalis*, а ЗЈБ *lex specialis*, те да се одредбе ванпарничног поступка морају применити увек када ЗЈБ није на изричит начин предвидео нешто друго. Када законодавац предвиди сходну примену, то значи да је примена правила ванпарничног поступка на поступак састављања нотарске исправе могућа само онда када је тако нешто у складу са циљем, принципима и особеностима нотарске процедуре. Имајући у виду изложено, сматрам да чл. 178 ЗВП није у потпуности примењив на поступак састављања јавнобележничког записа.

посла потребно да он буде закључен (изјављен) у форми јавне исправе. Осим судског тестаментa тешко је наћи неки други пример у коме је таква форма неопходна да би, по закону, једнострану или двострану правну посао био пуноважан. У ЗВП у су, поред одредаба о састављању судског тестаментa, ипак унесене и опште одредбе о састављању исправа од стране суда.“

¹⁰⁵ О разликовању између појмова „сходна“ и „супсидијерна“ примена закона у материји грађанског судског поступка, вид. Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд 2009³, 730-731.

Прво правило садржано у чл. 178 ЗВП по коме се странка упознаје са садржином исправе тако што је сама чита није применљиво на поступак сачињавања јавнобележничког записа. Уколико би се ово правило применило на нотарску процедуру онда би чл. 76 ЗЈБ изгубио сваки смисао и постао би сувишан. Остало би нејасно зашто би законодавац у чл. 76 ЗЈБ посебно инсистирао на томе да глува странка прочита исправу, ако би се она иначе упознала са садржином исправе тако што би је лично читала. С обзиром на то да је немогуће прво правило из чл. 178 ЗВП довести у склад са чл. 76 ЗЈБ, оно се не може применити на поступак састављања јавнобележничког записа.

Што се тиче другог и трећег правила из чл. 178 ЗВП, она не противурече принципима и особеностима нотарске процедуре, тако да су примењива на поступак састављања јавнобележничког записа.

Након ове анализе стиче се могућност за давање потпуног одговора на питање као изгледа редовни поступак за признање нотарског записа у српском праву: пошто јој јавни бележник прочита нотарски запис (аргумент из чл. 76 ЗЈБ) странка ће изјавити да је њена воља у свему верно унета, да би на крају јавни бележник све то потврдио на самој исправи (аргумент из сходне примене чл. 178 ЗВП).

Изјава којом странка одобрава јавнобележнички запис мора бити дата изричито. Строг формализам на коме се инсистира у стадијуму рекогниције не дозвољава да се јавнобележнички запис одобрава конклюдентним радњама (на пример, потписивање записа без стављања примедби). Међутим, инсистирање на изричитој изјави не значи да странка мора вербално одобрити јавнобележнички запис. Изричита изјава се може дати и гестовима који су подобни да на несумљив начин испоље намеру странке да одобри јавнобележничку исправу (на пример, да странка на питање нотара да ли је њена изјава у свему верно унета одговори климањем главом).

Прописујући да странка треба да изјави да је њена воља: „у свему верно унета“, чл. 178 ЗВП захтева да изјава о одобравању садржи два елемента: 1) потврђивање тачности (да у нотарском запису не стоји ништа што је различито од стварне воље странке) и 2) потврђивање потпуности јавнобележничког записа (да ништа није изостављено противно стварној вољи странке). За пуноважност јавнобележничког записа потребно је само да изјава о одобравању садржи ова два елемента. Није неопходно да странка изговори текст онако како је он предвиђен у чл. 178 ЗВП.

3.3. Потписивање исправе

Док су прва два елемента рекогниције у ЗЈБ-у остала ненормирана, за трећи елемент који се тиче потписивања јавнобележничког

записа, може се рећи да је „пренормиран“. Законодавац уређује потписивање јавнобележничког записа на два места. У чл. 68 ЗЈБ предвиђено је да се потписи не смеју стављати преко текста исправе, да ако се исправа састоји од више страница странка треба да потпише сваку од њих, да ако странка не зна да чита и пише она на исправу ставља рукознак у присуству два писмена и пунолетна сведока који се потом и сами потписују на исправи. У чл. 81, ст. 1 ЗЈБ стоји да странка потписује исправу у присуству јавног бележника, док је у чл. 81, ст. 2 ЗЈБ предвиђено да ако је исправа потписана без присуства јавног бележника, странка ће пред јавним бележником признати потпис за свој.

Оваквом регулативом створено је још једно спорно питање. Да ли је у поступку састављања јавнобележничког записа дозвољено да странка раније стављен потпис призна за свој, како то стоји у чл. 81, ст. 2 ЗЈБ? На ово питање мора се дати негативан одговор. Другачије поступање било би у супротности са природом јавнобележничког записа. Једно од битних обележја јавнобележничког записа састоји се у томе што га саставља јавни бележник по казивању странке.¹⁰⁶ Јавнобележнички запис се не може саставити тако што би странка донела унапред припремељену исправу коју би пред јавним бележником признала за свој правни посао, а да након тога јавни бележник то све потврди на исправи. Таква радња квалификује се као солемнизација приватне исправе.¹⁰⁷ Код јавнобележничког записа странка, по природи ствари, не може потписати исправу пре него што приступи јавном бележнику, јер ће та исправа бити састављена управо од стране јавног бележника.

Приликом тумачења чл. 81, ст. 2 ЗЈБ неопходно је имати у виду да законодавац не говори о „потписивању јавнобележничког записа“, већ о „потписивању јавнобележничке исправе“. Јавнобележничка исправа је генусни појам, који не обухвата само јавнобележничке записе већ и јавнобележничке записнике, јавнобележничке овере и потврде. Код неких јавнобележничких исправа је могуће да странка пред јавним бележником призна раније стављен потпис за свој (на пример код овере потписа). Због тога, приликом примене чл. 81, ст.

¹⁰⁶ Вид. чл. 6 ЗЈБ, где стоји да су јавнобележнички записи „исправе о правним пословима и изјавама које су саставили јавни бележници.“ У грчком праву експлицитно је прописано да нотар мора сам да састави нотарски запис. Уколико му странка или њен адвокат донесу писмено које је написано у складу са правилима форме нотарског записа, грчки нотар мора поново да га напише. Вид. Sofia Mouratidou, „Länderbericht Griechenland“, *Notarius International*, 2/2001, 95. О јавном бележничтву у Грчкој, вид. Georgios N. Diamantopoulos, „Notary Public as the Public Auction Clerk in Greek Law – Notary Related Nullities in Public Auctions of Immovable Property“, *The Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 3/2009, 183 и даље.

¹⁰⁷ Вид. чл. 93 ЗЈБ.

2 ЗЈБ неопходна је телеолошка редуција. Другим речима, чл. 81, ст. 2 ЗЈБ не треба примењивати на оне исправе код којих је његова примена немогућа, а јавнобележнички записи су такве исправе.

4. НАЧЕЛА РЕКОГНИЦИЈЕ

Стадијум признања јавнобележничког записа заснива се на два начела. То су начело непосредности и начело јединства поступања. Ова начела углавном нису нормирана у законима, већ су се искристалисала у нотарској и судској пракси као резултат телеолошког тумачења законских норми о рекогницији.

4.1. Начело непосредности

Начело непосредности долази до изражаја како у оном делу стадијума рекогниције који је намењен упознавању странке са садржином јавнобележничког записа, тако и приликом одобравања исправе.

Када је реч о упознавању странке са садржином јавнобележничког записа начело непосредности се огледа у томе што јавни бележник мора странци да прочита текст правног посла са изворника нотарског записа.¹⁰⁸ Овај вид начела непосредности гарантује потпуну и несумњиву подударност између онога што је странка признала за своју изјаву воље и онога што ће у правном промету фигурирати као њен правни посао. Објект са којег нотар чита странци текст правног посла не може бити припремна скица јавнобележничког записа.

Питање непосредности код упознавања странке са садржином нотарског записа добило је на актуелности са омасовљавањем компјутера. Јавнобележнички записи најчешће се сачињавају употребом рачунара и штампача.¹⁰⁹ Такав поступак омогућује да текст правног посла, пре него што се одштампа на хартији, буде прочитан са монитора. У једном случају из немачке праксе¹¹⁰ јавни бележник је прочитао странци текст нотарског записа са монитора. Пошто је странка одобрила нотарски запис, јавни бележник је одштампао исправу коју је странка потписала. Овај случај није прошао без контроверзи, али је преовладало схватање да овако састављен јавнобележнички запис

¹⁰⁸ Упор. Р. Jansen, 125 126; К. Wagner, G. Knechtel, 252; W. Litzemberger, 1812.

¹⁰⁹ Вид. чл. 63 ЗЈБ који предвиђа да се нотарске исправе пишу електронским уређајем, а само изузетно могу се сачињавати руком или механичким уређајем.

¹¹⁰ Вид. одлуку Земаљског суда у Штралсунду: LG Stralsund 7 O 185/96, 05. VI 1996, *Neue Juristische Wochenschrift* 47/1997, 3178.

није пуноважан.¹¹¹ Правна дејства у правном промету производи она изјава воље која је одштампана на изворнику јавнобележничког записа. Странка својим потписом одобрава текст који је написан на исправи, а не текст који се налази на монитору рачунара. Следствено томе, неопходно је да се странка пре потписивања и одобравања упозна са оним текстом који стоји на изворнику нотарског записа. Редовно ће текст на монитору бити подударан са текстом на јавнобележничком запису, али технички дефекти, грешке у софтверу и сличне појаве не могу се никада у потпуности искључити. Због тога је потребно да нотар прво одштампа исправу, а потом да странци прочита текст правног посла са те исправе. Такође, када у поступку учествују глуве странке, оне не читају текст правног посла са монитора, већ са изворника исправе.

Принцип непосредности код одобравања јавнобележничког записа састоји се у томе што странка мора лично да приступи пред јавног бележника ради давања изричите изјаве којом потврђује да је њена воља потпуно и тачно унета.¹¹² Овај вид начела непосредности, уз правила о утврђивању идентитета странке, треба да обезбеди аутентичност јавнобележничког записа, тј. потпуну и несумњиву подударност између лица које је на нотарском запису означено као предузималац правног посла и оног лица које је тај нотарски запис *de facto* признало за свој правни посао. Странка не може да одобри јавнобележнички запис употребом техничких направа за саопштавање и репродукцију изјаве (на пример, у телефонском разговору). Ово правило важило би и онда када би се комуникација између нотара и странке обављала путем уређаја који преноси звук и слику, јер такав начин комуникације не омогућује јавном бележнику да поуздано утврди аутентичност изјаве о одобравању.¹¹³ Употреба уређаја за комуникацију дозвољена је у стадијуму припремања јавнобележничког записа,¹¹⁴ где принцип непосредности не важи.

¹¹¹ Ближе о томе вид. Katja Mihm, „Pflicht zur Verlesung notarieller Urkunden bei EDV Einsatz Zur Unwirksamkeit der Verlesung vom Bildschirm und zum Umfang der Verlesung von geänderten, neu ausgedruckten Seiten“, *Neue Juristische Wochenschrift* 47/1997 3121 и даље.

¹¹² Вид. Wolfgang Baumann, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen* (red. G. Otte), Berlin 2003¹⁴, Buch 5 Erbrecht, §§ 2197-2264 (Testament 2), 411.

¹¹³ У том смислу, вид. Eva Inés Obergfell, „Testament“, *Handbuch des Erbrechts* (Hrsg. R. Hausmann, G. Hohloch), Berlin 2010², 428.

¹¹⁴ Вид. W. Baumann, 410-411. Стадијум припремања јавнобележничког записа није уређен у српском праву, али се помиње у чл. 36, ст. 2, тач. 1 ЗЈБ, где стоји да: „јавнобележнички приправник, под надзором јавног бележника, а уместо јавног бележника у чијој канцеларији ради може да обавља непосредну припрему за састављање исправа.“

Стадијум припремања исправе претходи рекогницији, а има за циљ да се јавни бележник упозна са садржином правног посла који странка жели да предузме и да њену изјаву пренесе на хартију. У фази припремања исправе дозвољено је да странка телефоном или електронском поштом саопшти нотару садржину правног посла. Након тога нотар, или његов помоћник, могу и у одсуству странке да припреме јавнобележнички запис. Али у стадијуму рекогниције, када нотар чита странци исправу и када је странка одобрава, неопходно је њихово присуство и директна комуникација. Начело непосредности неће бити повређено када странка даје изјаву о одобравању јавнобележничког записа помоћу апарата за говор.¹¹⁵ Такође, дозвољено је да странка која се налази у затвору или у болничком карантину одобри јавнобележнички запис посредством техничког уређаја, али само уколико нотар на основу свог непосредног визуелног опажања може да буде сигуран да та изјава потиче од странке¹¹⁶ (на пример, када комуницирају помоћу микрофона и слушалица док седе један наспрам другог, а између њих се налази стаклени зид).

4.2. Јединство рекогниције

Јединство рекогниције (принцип *unitas actus*) значи да се све радње у стадијуму рекогниције (упознавање странке са садржином исправе, одобравање записа и потписивање) просторно и временски надовезују чинећи јединствен акт.¹¹⁷ Од тренутка када нотар почне да чита исправу странци, па све док се странка не потпише на исправи, процесне радње се морају одвијати без прекида, и то у присуству јавног бележника, странке и евентуално сведока.¹¹⁸

5. ЗАКЉУЧАК

Признање јавнобележничког записа (рекогниција) представља централни стадијум нотарског поступка. У том стадијуму нотар упознаје странку са садржином исправе коју је за њу сачинио, а након тога странка одобрава исправу и потписује се. Рекогниција је важна за остварење функције превентивне заштите, која представља

¹¹⁵ E. I. Oberfell, 428; W. Baumann, 412.

¹¹⁶ У том смислу вид. H. Lange, K. Kuchinke, 362-363; E. I. Oberfell, 428; W. Baumann, 412. На таквом становишту стоји и судска пракса. Вид. одлуку Врховног земаљског суда у Франкфурту: OLG Frankfurt 13 W 163/72, 11. I 1973, *Neue Juristische Wochenschrift* 25/1973, 1131.

¹¹⁷ Упор. K. Wagner, G. Knechtel, 253-254.

¹¹⁸ Вид. Hans Marti, *Notariatsprozess Grundzüge der öffentlichen Beurkundung in der Schweiz*, Bern 1989, 78.

један од најважнијих циљева јавног бележништва. Активности које нотар предузима у стадијуму рекогниције треба да подстакну странку да се пре потписивања упозна са садржином нотарског записа и да пажљиво изврши контролу његове тачности и потпуности. На тај начин се доприноси предупређивању спорова о пуноважности и тумачењу правног посла који је предузет у форми нотарског записа. Поступак признања јавнобележничког записа може бити редовни и ванредни. Ванредни поступак рекогниције спроводи се онда када странка није у стању да чита, пише, чулно опажа или комуницира са јавним бележником.

За разлику од страних правних поредака где је стадијум рекогниције прецизно уређен, српски Закон о јавном бележништву није регулисао како се странка упознаје са садржином јавнобележничког записа и како га одобрава. Овај рад се стога бавио начином на који се може поунити ова правна празнина. Сходном применом правила ванпарничног поступка и тумачењем чл. 76 ЗЈБ долази се до закључка да се стадијум признања јавнобележничког записа у српском праву спроводи тако што нотар чита странци текст правног посла са изворника јавнобележничког записа, након чега она изјављује да њена воља у свему верно унета и потписује се. Све ове радње се просторно и временски надовезују чинећи јединствен акт (принцип *unitas actus*).

Dr. Dejan B. Đurđević

Associate Professor

University of Belgrade Faculty of Law

ACKNOWLEDGEMENT BEFORE THE NOTARY PUBLIC

Summary

In the course of performing a notarial act (*Notariatsakt*), notary public should inform a party of the contents of the document he has drawn up for them, so that the party may approve of the document and sign it. This phase of the notarial proceedings, which includes presentation of the document to the party, her acceptance and signing thereof, may be described as the acknowledgment (*Rekognition*) of the notarial writing by the party before the notary public. Regrettably, the new Serbian Law on Notary Public (2011) does not regulate the aforesaid acknowledgment comprehensively, as it lacks specific provisions relating to the manner in which the party could get acquainted with the contents of the document

prepared by the notary, and in which she may approve of it. The author recognizes this deficit as a legal gap or lacuna, sees it as an impediment to the preventive function of the notaries public, and considers the ways of filling it. On the basis of Article 76 of the Law on Notary Public, and the *mutatis mutandis* application of the existing rules of non-contentious proceedings, the author concludes that the stage of acknowledgement of the document prepared by the notary public occurs at a single time and place (*unitas actus*), in a manner that the notary reads the content of the deed to the party from the original document, the party affirms that her will was truthfully presented, and puts her signature to the notarial act.

Key words: *Notarial act (Notariatsakt)*. – *Notarial document (Notariatsurkunde)*. – *Notary public*. – *Notarial proceedings*. – *Acknowledgement*.

Др Јелена Перовић*

ПРОМЕЊЕНЕ ОКОЛНОСТИ У СРПСКОМ УГОВОРНОМ ПРАВУ И ИЗВОРИМА УНИФОРМНОГ УГОВОРНОГ ПРАВА

Аутор анализира прихваћеност и уређење промењених околности у најзначајнијим изворима униформног уговорног права и компарира униформна правила о промењеним околностима с одговарајућим решењима српског уговорног права. У тим оквирима су анализирани критеријуми за одређење промењених околности, као што су „отежано испуњење обавезе“, „битна промена равнотеже уговора“ и „осујећење сврхе уговора“, захтеви непредвидљивости, спољности и несавладивости догађаја, као и време наступања промењених околности. У раду се разматрају и правна дејства промењених околности која се огледају у стварању основа за преговоре између уговорних страна и могућности раскида или измене уговора. Извршена анализа даје места закључку да између правила српског Закона о облигационим односима о промењеним околностима и одговарајућих решења униформног уговорног права постоје одређене разлике, као и да поједина решења српског Закона могу проузроковати проблеме у пракси. На тим основима, у раду се сугерише усвајање правила о промењеним околностима предложених у нацрту српског Грађанског законика.

Кључне речи: Промењене околности. Уговор. Обавеза. Закон о облигационим односима. Униформна правила.

1. УВОД

Приликом закључења уговора, уговорне стране своје обавезе предвиђају имајући у виду постојеће стање ствари, као и околности које треба да наступе по редовном, уобичајеном току. Ипак, у пракси се дешава, посебно кад је реч о уговорима са трајним испуњењем обавеза, да се околности од значаја за испуњење уговорних обавеза

* Аутор је ванредни професор Економског факултета Универзитета у Београду, jperovic@beotel.rs.

значајно измене у периоду након закључења уговора, што уговорне стране, у време закључења уговора, нису могле предвидети. Наступањем промењених околности, испуњење уговорне обавезе може постати значајно отежано за једну уговорну страну, или се, услед њих, сврха уговора за једну страну не може остварити. У таквим ситуацијама долази до нарушавања еквивалентног односа узајамних престација, односно до осујећења сврхе уговора за једну уговорну страну, па се поставља питање може ли страна погођена промењеним околностима захтевати раскид или измену уговора или се пак, у складу са дословним значењем начела *pacta sunt servanda* и поштовањем начела аутономије воље, уговор мора извршити такав какав је, без обзира на накнадно промењене околности.

У одговору на ово питање, развијена су бројна теоријска објашњења, а правила о промењеним околностима предвиђена националним законима и изворима униформног уговорног права, као и ставови судске праксе земаља које овај институт не уређују законским путем, одликују се високим степеном неуједначности. Те разлике крећу се од саме прихваћености института промењених околности, преко услова потребних за одређење њиховог постојања, па све до правних дејстава промењених околности која се пре свега огледају у измени или раскиду уговора.¹ Могућност раскида или измене уговора због промењених околности традиционално се назива *clausula rebus sic stantibus* („док ствари тако стоје“),² а у савременом уговорном праву за означање промењених околности широко је прихваћен термин *hardship*.³ Излагања у овом раду посвећена су анализи прихваћености и уређења института промењених околности у најзначајнијим изворима униформног уговорног права и поређењу решења униформних правила о промењеним околностима с одговарајућим решењима српског уговорног права.

¹ Детаљан упоредноправни преглед, вид. Christoph Brunner, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles, Exemption for Non performance in International Arbitration*, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, 391-532; Hugh Beale, Arthur Hartkamp, Hein Kötz, Denis Tallon, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon 2002, 626-657; Ole Lando, Hugh Beale, *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, 2000, 327-328; Denis Philippe, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruylant, Bruxelles 1986, 714 и даље; Konrad Zweigert, Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford 1998, 516 и даље.

² Овај термин потиче из времена посттлосатора и изражавао је схватање према коме су уговорне стране дужне да изврше своје обавезе само ако су ствари остале у истом стању у коме су биле у време закључења уговора.

³ О терминологији, вид. Н. Beale *et al.*, 653; Marcel Fontaine, Filip De Ly, *Droit des contrats internationaux - Analyse et rédaction de clauses*, Bruylant, Bruxelles 2003, 491.

2. ПРОМЕЊЕНЕ ОКОЛНОСТИ У ИЗВОРИМА УНИФОРМНОГ УГОВОРНОГ ПРАВА

У оквиру најзначајнијих извора униформног уговорног права, промењене околности предвиђене су *UNIDROIT* Принципима међународних трговинских уговора, Принципима европског уговорног права, као и Нацртом Заједничког оквира (*Draft Common Frame of Reference*). *UNIDROIT* Принципи у том погледу предвиђају следећа правила: „Промењене околности постоје кад наступање неких догађаја битно мења равнотежу уговора било тако што је трошак извршења обавезе једне стране порастао или зато што је умањена вредност коју прима друга страна и а) ти догађаји су се одиграли или су постали познати оштећеној страни после закључења уговора; б) оштећена страна у време закључења уговора те догађаје није могла разумно узети у обзир; ц) догађаји су ван контроле оштећене стране и д) ризик догађаја није претпоставила оштећена страна“.⁴ Кад је реч о правним дејствима промењених околности, Принципи предвиђају да је страна која је њима погођена овлашћена да тражи поновне преговоре, а уколико уговорне стране не постигну споразум о измени уговора у разумном року, свака страна се може обратити суду. Ако утврди да постоје промењене околности, суд може, ако је то разумно, да раскине уговор или да га измени, имајући у виду поновно успостављање равнотеже уговорних обавеза.⁵ Слично решење предвиђено је и у Принципима европског уговорног права,⁶ као и у нацрту Заједничког оквира.⁷

С друге стране, Бечка конвенција о међународној продаји⁸ не предвиђа изричита правила о промењеним околностима. Према чл. 79 Конвенције, да би се дужник ослободио одговорности за неиспуњење обавезе, потребно је да су испуњени следећи услови: а) да је до неиспуњења обавезе дошло услед сметње која је изван контроле дужника; б) да је сметња била непредвидљива за дужника у време закључења уговора и в) да није било разумно очекивати од дужника да избегне или савлада такву сметњу и њене последице. Мишљења у доктрини су подељена у погледу питања да ли се

⁴ Чл. 6.2.2.

⁵ Вид. чл. 6.2.3 у целини. Више о овом питању према *UNIDROIT* Принципи ма, коментари уз чланове 6.2.1, 6.2.2 и 6.2.3 у: *UNIDROIT Principles of international commercial contracts 2010*, *UNIDROIT*, Rome 2010, 212-222.

⁶ Чл. 6.111. Више о овом питању према Принципима европског уговорног права, О. Lando, Н. Beale, 323-328 (коментар уз чл. 6.111).

⁷ Чл. III. 1:110. Вид. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law; Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Selier, European Law Publishers, München 2008, 152.

⁸ Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године.

поменуто правило Конвенције односи и на промењене околности.⁹ У сваком случају, чак иако се прихвати став према коме чл. 79 Конвенције укључује и промењене околности, потребно је имати у виду да је ово правило ограничено на *ослобођење од одговорности*, док се у случају наступања промењених околности поставља питање основа за раскид или измену уговора, као и питање преговора између уговорних страна, о чему Конвенција не садржи решење.¹⁰

Промењеним околностима посвећене су и модел клаузуле израђене од стране међународних организација. У тим оквири-ма, Међународна трговинска комора у Паризу израдила је најпре сугестије за израду клаузуле о промењеним околностима (*ICC drafting suggestions for hardship clauses*),¹¹ а затим и модел клаузулу о промењеним околностима (*ICC Hardship Clause*),¹² чија су решења

⁹ Реч је о једном од најконтроверзнијих и најчешће дискутованих питања у доктрини права међународне продаје. Различите ставове у том погледу вид. нпр. у: Karl H. Neumayer, Catherine Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises Commentaire*, Cedidac, Lausanne 1993, 535 538; Bernard Audit, *La vente internationale de marchandises Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, L.G.D.J., Paris 1990, 174 175; Denis Tallon у: *Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention* (eds. C.M. Bianca, M.J. Bonell), Giuffrè, Milan 1987, 591 и даље; Vincent Heuzé, *La vente internationale de marchandises Droit uniforme*, L.G.D.J., Paris 2000, 425 426; Claude Witz, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, L.G.D.J., Paris 1995, 109 110; Hans Stoll, Georg Gruber, „Art.79“, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (eds. P. Schlechtriem, I. Schwenzer), Oxford University Press, Oxford 2005², 822 826; Ingeborg Schwenzer, „Art 79“, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (eds. P. Schlechtriem, I. Schwenzer), Oxford University Press, Oxford 2010, 1062 1087; Yesim M. Atamer, „Art 79“, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – Commentary* (eds. S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas), C.H.Beck Hart Nomos, München 2011, 1088 1092; John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales*, Kluwer Law International, 1999³, 483 и даље; Ch. Brunner, 213 215 и 397 400; CISG AC *Opinion No.7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG*, 12 October 2007, rapporteur prof. A. M. Garro, New York, USA, (www.cisg.ac.org).

¹⁰ Коментатори Конвенције који заступају став да се члан 79. односи и на промењене околности предлажу различита решења, покушавајући да у неким другим одредбама Конвенције (нпр. у чл. 9.2 путем кога би се на уговор применила релевантна правила UNIDROIT Принципа или у чл. 77 који се односи на дужност умањења штете) пронађу правни основ за решење овог проблема. Ипак, ниједно од њих не чини се довољно аргументованим. Преглед различитих ставова, Y. M. Atamer, 1090 и даље. Више о овом питању, Harry M. Flechtner, „The Exemption Provisions of the Sales Convention, including Comments on „Hardship“ Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade, Belgrade Law Review* 3/2011, 84 102.

¹¹ ICC, *Force Majeure and Hardship*, Paris, 1985 (ICC Publication No.421), *Transnational Law Digest & Bibliography (TLDB)*, developed and operated by the Center for Transnational law (CENTRAL), University of Cologne, Germany, доступно на: <http://www.tldb.net>, TLDB document identification number (TLDB DocID) 700650.

¹² *ICC Hardship Clause 2003* (ICC Publication No. 650), TLDB DocID 700700.

у великој мери инспирисана одговарајућим правилима *UNIDROIT* Принципа.¹³ Клаузула о промењеним околностима садржана је и у модел уговорима израђеним од стране Међународног трговинског центра у Женеви (*ITC*).¹⁴

3. ПРОМЕЊЕНЕ ОКОЛНОСТИ У СРПСКОМ ПРАВУ

Уређење института промењених околности у српском праву имало је релативно дугу еволуцију. Правила о раскиду или измени уговора због промењених околности уведена су у право раније Југославије Општим узансама за промет робом¹⁵ које су у том погледу садржале јасне критеријуме прилагођене потребама пословне праксе.¹⁶ У контексту промењених околности, Опште узансе су захтевале изванредност и непредвидљивост догађаја који доводи до „претерано отежаног“ испуњења обавезе или наношења „претерано великог губитка“ за једну уговорну страну, а које су наступиле у оквиру рока одређеног за испуњење обавезе. У погледу правних дејстава промењених околности, ова правила опредељују се на првом месту за измену уговора, док је *раскид* предвиђен као супсидијерно решење.¹⁷ Правила Општих узанси о промењеним околностима представљала су основ за значајан развој судске праксе у ранијој Југославији.¹⁸

Правила о промењеним околностима предвиђена су и Скицом за Законик о облигацијама и уговорима проф. Михаила Константиновића.¹⁹ Ово решење у одређеној мери одступа од одговарајућих правила Општих узанси. На првом месту, у оквиру одређења догађаја који се сматра промењеном околношћу, Скица поставља захтев непредвидљивости, док захтев изванредности не предвиђа изричи-

¹³ Вид. *Ibid.*, note b), 16.

¹⁴ Објављени у *Model Contracts for Small Firms – Legal Guidance for Doing International Business*, International Trade Centre, Geneva 2010.

¹⁵ Опште узансе за промет робом, *Службени лист ФНРЈ* бр. 15/54.

¹⁶ Узанса 55. која предвиђа и критеријуме којима се суд руководи при одлучивању о оправданости захтева за измену или раскид уговора. У оквиру правила о промењеним околностима, Опште узансе предвиђају и примере изванредних догађаја, те садрже правила о одредбама уговора које се могу изменити, о правима друге уговорне стране, као и правила која се односе на саопштавање захтева за измену или раскид уговора (узансе 54-59).

¹⁷ Овакав закључак произлази већ из саме формулације узансе 55 према којој страна погођена промењеним околностима може тражити да се уговор измени или „чак и раскине“.

¹⁸ Преглед судске праксе, Милош Исаковић, Петар Шурлац, *Опште узансе за промет робом с објашњењима и судском праксом*, Београд 1964.

¹⁹ Скица за законик о облигацијама и уговорима, чл. 103.

то. Надаље, уместо „претерано отежаног“ испуњења и „претерано великог губитка“, Скица усваја критеријум „отежаног испуњења“ обавезе једне уговорне стране. Отежано испуњење постоји онда кад је „очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна“ и кад би „по општем мишљењу било неправично“ такав уговор одржати на снази. Скица напушта концепт Општих узанси и у погледу правних дејстава промењених околности. Према Скици, кад се остваре услови за постојање промењених околности, суд може раскинути уговор на захтев стране погођене промењеним околностима.²⁰ Измена уговора предвиђена је посредно, путем правила да суд неће раскинути уговор ако друга страна пристане да се одговарајући услови уговора правично измене.²¹

Српски Закон о облигационим односима прихвата теорију промењених околности и регулише раскид или измену уговора по овом основу.²² Правила Закона о промењеним околностима представљају комбинацију одговарајућих решења Општих узанси и Скице за законик о облигацијама и уговорима. С друге стране, правила Закона се одликују и одређеним специфичним решењима које претходни извори нису познавали.²³

Према Закону, ако после закључења уговора наступе околности које отежавају испуњење обавезе једне стране, или ако се због њих не може остварити сврха уговора, а у једном и у другом случају у тој мери да је очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна и да би по општем мишљењу било неправично одржати га на снази такав какав је, страна којој је отежано испуњење обавезе, односно страна која због промењених околности не може остварити сврху уговора може захтевати да се уговор раскине.²⁴ Раскид уговора се не може захтевати ако је страна која се позива на промењене околности била дужна да у време закључења уговора узме у обзир те околности или их је могла избећи или савладати.²⁵

²⁰ Чл. 103, ст. 1. У случају када суд изрекне раскид уговора, Скица предвиђа право друге уговорне стране да захтева накнаду правичног дела штете коју је због раскида претрпела (чл. 103, ст. 3). Поред тога, Скицом су утврђени и критеријуми којима се суд руководи при одлучивању о раскиду уговора (чл. 104).

²¹ Чл. 103, ст. 2.

²² Закон о облигационим односима, чл. 133-136. Детаљно о правилима Закона о раскиду или измени уговора због промењених околности, Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд 1990, 422-437; Марко Ђурђевић, коментари уз чл. 133-136, *Коментар Закона о облигационим односима*, I (ред. С. Перовић), Београд 1995, 260-266; Boris Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb 1978, 528-544 (коментари уз чл. 133-136).

²³ Вид. у целини чл. 133-136 Закона.

²⁴ Чл. 133, ст. 1.

²⁵ Чл. 133, ст. 2.

Као што се види, Закон је у погледу одређења претпоставки за постојање промењених околности у великој мери преузео одговарајуће решење Скице. Ипак, предвиђањем да се промењеном околношћу сматра и догађај услед кога се „не може остварити сврха уговора“, Закон у своја правила уводи критеријуме карактеристичне за англосаксонско право, посебно изражене у енглеској *doctrine of frustration*.²⁶ С друге стране, да би постојало право на раскид уговора, потребно је кумулативно испуњење два критеријума – да је очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна и да би по општем мишљењу било неправично одржати такав уговор на снази. Наведени критеријуми, чини се, не дају одговор на читав низ питања која се у пракси могу поставити. Она се крећу од проблема везаних за утврђење да уговор „очигледно више не одговара очекивањима уговорних страна“, што је по правилу основ за различита тумачења и спорне ситуације, па до проблема примене стандарда „општег мишљења“ на конкретан случај. Надаље, Закон захтева да је реч о догађају који страна која се позива на промењене околности није била дужна „узети у обзир“ приликом закључења уговора, чиме је, у суштини, постављен захтев непредвидљивости догађаја.²⁷ Поред тога, Закон, за разлику од Скице и Општих узанси, изричито поставља захтев неизбежности односно несавладивости догађаја.²⁸

Следећи решење Општих узанси,²⁹ Закон предвиђа правило које се односи на дужност обавештења о намери раскида због промењених околности. У том смислу, страна погођена промењеним околностима дужна је да о својој намери да раскине уговор обавести другу страну чим је сазнала да су такве околности наступиле. Ако то није учинила, одговара за штету коју је друга страна претрпела због тога што јој захтев није био на време време саопштен.³⁰

²⁶ О овој доктрини у енглеском праву, *Anson's Law of Contract* (ed. A. G. Guest), Clarendon Press, Oxford 1979, 494 522; Ewan McKendrick, *Chitty on Contracts, The Law of Contracts, I, General Principles, Chapter 24, Discharge by Frustration*, London 1999; Paul Richards, *Law of Contract*, Financial Times Pitman Publishing, 1999⁴, 286 298.

²⁷ Више, С. Перовић, 429 и даље. О тумачењу ове формулације Закона и ставовима доктрине и судске праксе у том погледу, М. Ђурђевић, 262 263.

²⁸ Полазећи од тога да се наступање промењених околности не може уписати у кривицу ниједне уговорне стране, Закон усваја решење Скице у погледу права друге уговорне стране на накнаду правичне штете у случају раскида. У том смислу, ако суд изрекне раскид уговора због промењених околности, он ће на захтев друге стране, обавезати страну која је раскид захтевала да накнади другој страни правичан део штете коју она због тога трпи (чл. 133, ст. 5).

²⁹ Узанса 59.

³⁰ Чл. 134.

Поред раскида уговора због промењених околности, Закон познаје и измену уговора, предвиђајући је посредно, путем правила да се уговор неће раскинути ако друга страна понуди или пристане да се одговарајући услови уговора правично измене.³¹ Одступање од одговарајућег решења Скице огледа се у томе што из законске формулације „ако друга страна понуди или пристане“ произлази да понуду за измену уговора може учинити било која уговорна страна (како страна погођена промењеним околностима тако и друга уговорна страна). Према решењу Скице, ову понуду може учинити само страна погођена промењеним околностима.

Уочивши одређене недостатке важећих законских правила о промењеним околностима, редактори Нацрта српског Грађанског законика чија је израда у току, предложили су одговарајуће измене у погледу уређења овог института. Суштина предложених измена односи се на изричито предвиђање захтева непредвидљивости и изванредности догађаја, усвајање критеријума „претерано отежаног испуњења обавезе“ и „претерано великог губитка“ и напуштање критеријума „осујећања сврхе уговора“. Предложеним изменама напуштен је и захтев да је „очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна“, као и стандард „општег мишљења“. У погледу правних дејстава промењених околности, измена и раскид уговора предвиђени су алтернативно, при чему се раскид уговора може захтевати само после неуспелих преговора о измени уговора, предузетих у разумном року, сходно конкретним околностима. Измене предвиђају и примере изванредних догађаја и одредбе уговора које се могу изменити, права једне уговорне стране кад друга уговорна страна тражи измену или раскид уговора, као и обавезу саопштавања захтева за измену или раскид уговора.³² Овакво решење Нацрта српског Грађанског законика у великој мери је усклађено са одговарајућим решењима извора униформног уговорног права и чини се прилагођеним потребама савременог пословног промета.

4. КРИТЕРИЈУМИ ЗА ОДРЕЂЕЊЕ ПРОМЕЊЕНИХ ОКОЛНОСТИ

4.1. Основна питања

У оквиру критеријума за одређење промењених околности које представљају основ за раскид или измену уговора, најзначајнија

³¹ Чл. 133, ст. 4.

³² Вид. предлог измена наведених правила о промењеним околностима у чл. 145-148. (I варијанта), *Преднацрт Грађанског законика Републике Србије*, друга књига, *Облигациони односи*, Београд 2009, 54-55.

питања односе се: на утицај промењених околности на испуњење уговорне обавезе, на захтев да је реч о околностима које су непредвидљиве, спољне и несавладиве, као и на време њиховог наступања.

4.1.1. Утицај промењених околности на испуњење обавезе

У погледу утицаја промењених околности на испуњење обавезе да би представљале основ за раскид или измену уговора, критеријуми српског права и униформних правила различито су формулисани. Према Закону о облигационим односима потребно је да је реч о таквим догађајима услед којих је испуњење обавезе за једну страну постало отежано или услед којих се сврха уговора не може остварити. С друге стране, униформна правила захтевају „претерано отежано“ (*excessively onerous*) испуњење обавезе,³³ односно битну промену „уговорне равнотеже“ (*equilibrium of the contract*),³⁴ до чега може доћи било зато што је трошак извршења обавезе једне стране порастао или зато што је умањена вредност коју прима друга страна. Иако се поменута правила *prima facie* чине различитим, њиховом анализом долази се до закључка је реч о суштински сродним решењима.³⁵

Оцена да ли је реч о околностима услед којих је испуњење обавезе постало „претерано отежано“ односно о догађајима који „битно нарушавају уговорну равнотежу“ и тиме дају основ за његову измену или раскид, фактичко је питање које се решава у светлу релевантних околности сваког конкретног случаја.

Према појединим ставовима, у случају кад се извршење уговорних обавеза може прецизно новчано одредити, као општи критеријум за оцену постојања „битне неравнотеже“ треба узети одређени проценат повећања трошкова извршења обавезе односно смањења вредности коју прима друга уговорна страна.³⁶ Тако, на пример, постоји гледиште према коме се догађај који доводи до промена у трошковима извршења односно вредности у висини од 50% или више, може сматрати промењеном околношћу услед које долази до „битне неравнотеже“ уговорних обавеза.³⁷ Применом овог критеријума у арбитражној пракси, у појединим случајевима прихваћено је да повећање трошкова у висини од 13%, 30%, 44% или 25–50% није

³³ Принципи европског уговорног права, чл. 6.111, ст. 2.

³⁴ UNIDROIT Принципи, чл. 6.2.2, ст. 1.

³⁵ Вид. Коментар уз чл. 6.2.2 у: *UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, 212-215. Више о овом питању према Принципима европског уговорног права, О. Lando, Н. Weale, 323-328.

³⁶ Вид. Ch. Brunner, 426 и даље.

³⁷ *Official Comments on the UNIDROIT Principles*, 1994 edition, коментар бр. 2 члана 6.2.2. Ипак, у каснијим издањима коментара наведеног члана UNIDROIT Принципа (2004. и 2010), став који се односи на проценте је изостављен.

довољно да оправда позивање на промењене околности, с обзиром да таква повећања представљају нормалан ризик у уговорима пословног промета.³⁸ Насупрот томе, према неким ауторима, потребно је да тај проценат буде најмање 100%, док је према другим довољно да се креће у распону 80%–100%.³⁹ Најзад, у упоредном праву присутна су и мишљења према којима је позивање на промењене околности оправдано у случају кад би испуњење обавезе, посебно услед повећања трошкова, довело до финансијске пропасти дужника.⁴⁰ У погледу изнетих ставова, генерално се може констатовати да се чист економски критеријум, без обзира на прихваћену висину процента или други одговарајући фактор, не може примењивати сам за себе, већ само у склопу свих релевантних околности случаја, узимајући у обзир конкретан уговор, уобичајен ризик у таквим уговорима, као и начело савесности и поштења.

Поред тога што отежавају испуњење обавезе и доводе до нарушавања начела еквиваленције престација у двострано обавезним уговорима, промењене околности могу бити и такве да се услед њиховог наступања сврха уговора не може остварити. Наиме, у току извршења уговора могу наступити такве околности које фактички не доводе до отежаног испуњења обавезе али које су по својој природи такве да због њих уговор за једну уговорну страну губи сваки смисао (нпр. ембарго на извоз робе коју купац набавља у сврху њеног извоза).⁴¹ Полазећи од сврхе уговора, енглеско право традиционално примењује доктрину „осујећења уговора“ (*frustration of the contract*) као основ ослобођења од одговорности за испуњење уговорних обавеза.⁴²

Правила о промењеним околностима српског Закона, алтернативним предвиђањем критеријума отежаног испуњења обавезе и критеријума осујећења сврхе уговора, упућују да утицај промењених околности на уговор није ограничен на отежано испуњење обавезе;

³⁸ Вид. на пример одлуку Арбитражног суда ICC No. 6281 од 26. 8. 1989, *Yearbook Commercial Arbitration*, 1990, 96, 98; одлуку Арбитражног суда ICC No. 2508 из 1976, *Collection of ICC Awards I*, 292 4.

³⁹ Ch. Brunner, 431.

⁴⁰ Компаративноправни преглед ставова судске праксе и доктрине у том погледу, Ch. Brunner, 436 и даље.

⁴¹ Немачка судска пракса развила је у том смислу концепт *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, а немачки Грађански законик дозвољава измену или раскид уговора ако су се околности које су представљале основ уговора значајно измениле након закључења уговора и ако уговорне стране не би закључиле уговор или би закључиле уговор другачије садржине, да су те измене предвиделе (чл. 313).

⁴² О разликама између *frustration* у енглеском праву и *impracticability* у америчком праву, Guenter Treitel, *Frustration and Force Majeure*, London 2004², 309 и даље.

он може бити и такав да се услед промењених околности сврха уговора за једну страну не може остварити, а да при томе није дошло до отежаног испуњења обавезе. Утицај промењених околности на сврху уговора познају и униформна правила, која „осујећење сврхе уговора“ предвиђају индиректно, у делу дефиниције промењених околности који се односи на умањење вредности испуњења. У том смислу, у коментару *UNIDROIT* Принципа наводи се да ће до суштинског умањења вредности испуњења доћи како услед драстичних промена тржишних услова тако и због тога што је престала сврха ради које је испуњење обавезе уговорено.⁴³ Оцена испуњености услова за раскид или измену уговора по основу „осујећења сврхе уговора“ фактичко је питање које се решава применом објективног критеријума (мишљење самих уговорних страна по правилу није релевантно), узимајући у обзир све околности конкретног случаја, као и начело савесности и поштења.

4.1.2. Непредвидљивост, спољност и несавладивост догађаја

У упоредном праву широко је прихваћено становиште да у промењене околности које представљају основ за раскид или измену уговора улазе само догађаји који се у време закључења уговора нису могли предвидети, претпоставити односно узети у обзир (непредвидљивост),⁴⁴ који одступају од редовног тока ствари (изванредност), који се налазе изван контроле оштећене стране (спољност) и које оштећена страна није могла избећи или савладати (несавладивост).⁴⁵ Национални закони и униформна правила најчешће не предвиђају све наведене услове изричито. Они који нису предвиђени у оквиру правила о промењеним околностима произлазе из општих правила уговорног права, као и ставова судске праксе.

Приликом закључења уговора, стране претпостављају да ће се уговор испунити под околностима које су постојале у време закључења уговора или под нешто измењеним околностима чије се наступање могло разумно предвидети.⁴⁶ Догађаји чије се наступање могло предвидети, претпоставити односно узети у обзир у време закључења уговора, не сматрају се промењеним околностима на које се може позивати оштећена страна. У том смислу су и одговарајућа решења униформних правила, као и правило српског Закона, према

⁴³ *UNIDROIT Principles of international commercial contracts 2010*, 214 215.

⁴⁴ Иако термини „предвидети“, „претпоставити“ и „узети у обзир“ немају идентично значење, на овом месту се, ради лакшег означавања, користи формулација „непредвидљивост“ као њихов заједнички именитељ.

⁴⁵ Компаративноправни преглед у погледу овог питања, Ch. Brunner, 420 478.

⁴⁶ Вид. С. Перовић, 429.

коме је потребно да страна која се позива на промењене околности „није била дужна да те околности узме у обзир“ приликом закључења уговора.

Од кључног је значаја утврдити да ли је оштећена страна у време закључења уговора могла претпоставити ризик наступања последица проузрокованих промењеним околностима и да ли је такав ризик закључењем уговора преузела (*contractual allocation of risks*). Тако на пример, у једном случају Арбитражног суда Међународне трговинске коморе (ICC),⁴⁷ произвођач из Холандије и купац из Турске закључили су уговор о продаји система за производњу шећера у грудвама. Услед финансијских тешкоћа купац није отворио документарни акредитив, како је то било уговорено, већ је продавцу исплатио део уговорене цене унапред. Након неуспешних преговора, продавац је, између осталог, од купца захтевао исплату цене за део производног система који се не може продати другим клијентима с обзиром да је израђен специјално за потребе конкретног купца из Турске. Купац се позвао на промењене околности, истакавши да је на турском тржишту дошло до драстичног пада цена шећера у грудвама. Решавајући у овом спору, арбитражно веће је нашло да је купац био свестан нестабилне ситуације на турском тржишту, те да су могућност развоја одговарајућег производног сектора који доводи до пада цена предметних производа, као и општа трговачка ситуација у Турској, били познати купцу, због чега се ове околности сматрају ризиком који је купац преузео закључењем уговора и не могу се прихватити као промењене околности.⁴⁸

С друге стране, предвиђање фиксне цене у уговорима с трајним испуњењем обавеза без уношења адаптационе клаузуле, по правилу не значи да су уговорне стране *a priori* искључиле могућност позивања на промењене околности.⁴⁹ У оваквим случајевима, оцена

⁴⁷ Случај бр. 8486, одлука из 1996, *Yearbook Commercial Arbitration*, 1999, 162 173, *UNILEX*.

⁴⁸ Слични ставови у погледу питања предвидљивости и с тим у вези претпостављеног ризика испољени су и у домаћој судској пракси. Тако, примењујући правила о промењеним околностима Општих узанси за промет робом, ранији Врховни привредни суд Југославије констатовао је: „При оцени основаности захтева једне странке за раскид уговора услед наглог пада цене купљене робе, потребно је утврдити и узрок пада цене роби, како би се могло правилно утврдити да ли се ради о изузетно наглом паду цене односно о догађају који се није могао предвидети у време закључења уговора“ (Решење Врховног привредног суда Сл 1150/58 од 30. 4. 1959, у: М. Исаковић, П. Шурлан, 66). Насупрот томе, домаћа судска пракса прихватала је као промењене околности на пример увођење десетопостотног пореза на промет или ограничење броја увозника одређене робе (Пресуда ранијег Вишег привредног суда Хрватске, Сл 107/55 од 11. 3. 1955, у: М. Исаковић, П. Шурлан, 65).

⁴⁹ Вид. Ch. Brunner, 440. За домаћу судску праксу, М. Исаковић, П. Шурлан, 68, где се наводи став из пресуде ранијег Врховног привредног суда Југославије Сл 867/59 од 8. 10. 1959. према коме „Израз ‘фиксна цена’ сам по себи не мора

о испуњености захтева непредвидљивости мора се донети у светлу свих релевантних околности конкретног случаја. У сличном смислу, ако друкчије није уговорено, сматра се да је страна која је преузела обавезу да изврши одређени посао по фиксној или паушално одређеној цени, преузела ризик одређеног повећања трошкова али не и ризик екстремно високог повећања трошкова.⁵⁰ Кад је реч о алеаторним уговорима, преовлађује мишљење да је дужник, закључујући овакав уговор, претпоставио ризик трансакције, па се могућност позивања на промењене околности или искључује у целини или се пак, услови постојања промењених околности оцењују према изузетно рестриктивним критеријумима.⁵¹

Поред тога што морају бити *непредвидљиве*, околности морају бити и *изванредне*, што значи да одступају од редовног и уобичајеног тока ствари у тој мери да битно и суштински нарушавају начело еквиваленције престација односно осујећују сврху уговора за једну уговорну страну. Поједини национални закони изричито предвиђају захтев изванредности,⁵² док у српском праву и униформним правилима он произлази из општих правила о утицају промењених околности на испуњење обавезе.⁵³

Да би представљале основ за раскид или измену уговора, промењене околности морају имати карактер *спољног* догађаја који је независан од воље уговорних страна и који је изван њихове контроле. Овај критеријум изричито је предвиђен у *UNIDROIT* Принципима, који захтевају „догађаје изван контроле оштећене стране“. Околностима које улазе у област контроле дужника, ако друкчије није уговорено, сматрају се на пример финансијска способност дужника, производња односно набављање робе, обезбеђење потребних дозвола, осигурање робе, одговорност за запослене и сл.⁵⁴ Иако

значити да су уговорне стране, употребивши тај израз, хтеле да унапред искључе било какав утицај накнадно промењених околности на висину уговорене цене“.

⁵⁰ Више, Ch. Brunner, 203 и даље.

⁵¹ Вид., на пример, чл. 1469 италијанског Грађанског законика који изричито искључује примену правила о промењеним околностима на алеаторне уговоре. У ис том смислу: *UNIDROIT Principles of international commercial contracts 2010*, коментар уз чл. 6.2.2, 216, где се констатује: „*A party who enters into a speculative transaction is deemed to accept a certain degree of risk, even though it may not have been fully aware of that risk at the time it entered into the contract*“. За српско право, вид. М. Ђурђевић, коментар уз чл. 133; М. Исаковић, П. Шурлан, 62 69.

⁵² Тако, на пример, италијански Грађански законик (чл. 1467) предвиђа „изванредне или непредвидљиве догађаје“ док грчки Грађански законик (чл. 388) говори о околностима које су се накнадно измениле из „изванредних разлога и које нису могле бити предвиђене“.

⁵³ За српско право, С. Перовић, 429 432; за униформна правила, О. Lando, Н. Beale, 324 325.

⁵⁴ Вид. К. Н. Neumayer, С. Ming, 518; I. Schwenzer, 1067.

српски Закон овај критеријум не предвиђа изричито, он произлази из општих правила о ослобођењу од одговорности, према којима је потребно да је реч о разлозима који се не могу уписати у кривицу дужника.

Непредвидљивост, изванредност и спољност догађаја по правилу неће представљати основ за раскид или измену уговора због промењених околности у случају кад је оштећена страна тај догађај могла *избећи или савладати*.⁵⁵ Природа и степен настојања које оштећена страна треба да уложи у правцу избегавања конкретних догађаја односно његових последица фактичко је питање које се мора ценити у светлу релевантних околности случаја, уз примену одговарајућих стандарда (добар привредник, разуман трговац, разумно лице, и сл.), као и критеријума који полази од претпостављеног и уговором преузетог ризика.⁵⁶ Према преовлађујућем ставу у доктрини међународне продаје, од дужника се очекује да превазиђе догађај у циљу испуњења уговорне обавезе, чак и онда кад то подразумева значајно повећање трошкова или губитак са његове стране.⁵⁷ Тако, на пример, продавац је обавезан да обезбеди алтернативни транспорт и у случају кад је он значајно скупљи. У истом смислу, сматра се разумним да продавац свом снабдевачу плати вишу цену од првобитно уговорене због тога што је држава снабдевача накнадно увела извозну дозволу за конкретну робу, чак иако је та цена виша од цене коју је продавац уговорио са купцем.⁵⁸ Кад је предмет продаје генерична роба, сматра се да продавац сноси ризик њене набавке, те да је дужан да савлада догађај који је испуњење његове уговорне обавезе према купцу учинио скупљим односно отежаним. Све док је генерична роба која је предмет продаје доступна на тржишту, продавац је дужан да је испоручи купцу, чак и онда кад је наступање догађаја који отежава испуњење обавезе било потпуно непредвидљиво за продавца. У том смислу, наступање одређених околности након закључења уговора, као што је на пример поскупљење робе, ограничење увоза или временска непогода услед које је роба одређене врсте уништена, не ослобађа продавца испуњења обавезе према купцу (*genus perire non potest*).⁵⁹

⁵⁵ Овај захтев изричито предвиђа српски Закон о облигационим односима (чл. 133, ст. 2). У изворима униформног уговорног права, он произлази из правила о ослобођењу од одговорности услед немогућности испуњења (вид. чл. 7.1.7 *UNIDROIT* Принципа и чл. 8.108 Принципа европског уговорног права).

⁵⁶ О овом питању у контексту чл. 79 Бечке конвенције о међународној продаји, V. Heuzé, 425.

⁵⁷ У контексту чл. 79 Бечке конвенције о међународној продаји, I. Schwenzer, 1069.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Вид. К. Н. Neumayer, C. Ming, 533, где се констатује: „*Le vendeur répond de la livraison des choses de genre en tout cas aussi longtemps que telles marchandises se trouvent sur le marché*“; V. Heuzé, 425; Y. M. Atamer, 1083 и даље.

4.1.3. Време наступања промењених околности

У погледу времена наступања промењених околности, у упоредном праву широко је прихваћен став који произлази из општих правила облигационог права – промењене околности морају наступити у периоду након закључења уговора, а пре истека рока за испуњење обавезе. При томе, Закон о облигационим односима предвиђа оба ова захтева у оквиру одредаба о промењеним околностима,⁶⁰ а Принципи европског уговорног права изричито предвиђају само захтев да су промењене околности наступиле након закључења уговора,⁶¹ док захтев да је до њих дошло пре истека рока за испуњење обавезе проистиче из општег правила да дужник сноси поледице своје доцње. Насупрот томе, према *UNIDROIT* Принципима, промењене околности постоје не само у случају кад су наступиле након закључења уговора, већ и у случају кад су постојале у тренутку закључења уговора али су оштећеној страни постале познате након закључења уговора.⁶²

У период у коме наступају промењене околности по правилу улази и продужетак првобитно уговореног рока, одређен сагласним вољама уговорних страна. При томе, промењене околности од утицаја су само на обавезу која тек треба да се испуни. Уговорна страна која је испунила уговорну обавезу не може се накнадно позивати на чињеницу да је приликом испуњења била погођена промењеним околностима.⁶³ Ако промењене околности наступе у време кад је обавеза делимично испуњена, оне ће бити релевантне само у односу на део обавезе који још није испуњен, а у оквирима рока за испуњење обавезе.⁶⁴

5. ПРАВНА ДЕЈСТВА ПРОМЕЊЕНИХ ОКОЛНОСТИ

Основне разлике између правила Закона о облигационим односима о правним дејствима промењених околности и одговарајућих решења извора униформног уговорног права односе се на преговоре уговорних страна, измену уговора од стране суда и раскид уговора од стране суда.

Униформна правила изричито предвиђају преговоре које уговорне стране воде у случају наступања промењених околности.

⁶⁰ Чл. 133, ст. 1 и 3.

⁶¹ Чл. 6.111, ст. 2 (а).

⁶² Чл. 6.2.2, ст. 1 (а).

⁶³ *UNIDROIT Principles of international commercial contracts 2010*, коментар уз чл. 6.2.2, 216 217; Вид. пресуду ранијег Врховног привредног суда Југославије Сл 449/58 од 10. 6. 1959. у: М. Исаковић, П. Шурлан, 66, у којој се истиче: „Након што је уговор испуњен не може више доћи до примене клаузуле *rebus sic stantibus* јер се уговорна обавеза испуњењем угасила“; М. Ђурђевић, 262.

⁶⁴ *UNIDROIT Principles of international commercial contracts 2010*, 216 217.

Према овом решењу, у случају промењених околности, уговорне стране најпре воде преговоре с циљем прилагођавања уговора промењеним околностима. У случају неуспеха у преговорима, свака страна се може обратити суду, који, ако нађе да су испуњени услови за постојање промењених околности и ако то сматра разумним, може раскинути или изменити уговор.⁶⁵ С друге стране, српски Закон, као и већина других националних закона не предвиђа преговоре у оквиру правила о промењеним околностима.

У случају неуспеха преговора, униформна правила недвосмислено прихватају могућност измене уговора од стране суда.⁶⁶ Насупрот томе, кад се остваре услови потребни за постојање промењених околности, српски Закон предвиђа раскид уговора као правно средство које стоји на располагању страни погођеној промењеним околностима,⁶⁷ док је могућност измене уговора предвиђена посредно, путем правила да се уговор неће раскинути ако друга страна понуди или пристане да се одговарајући услови уговора правично измене.⁶⁸

С друге стране, основна решења српског права и униформних правила у погледу раскида уговора услед промењених околности не одликују се значајнијим разликама.⁶⁹ Ипак, Закон о облигационим односима, поред општих правила о раскиду уговора због промењених околности, уређује и друга питања од значаја за овај институт. На првом месту, Закон одређује критеријуме релевантне за одлучивање суда о раскиду, предвиђајући да се суд руководи начелима поштеног промета, водећи рачуна нарочито о циљу уговора, о нормалном ризику код уговора односне врсте, о општем интересу, као и о интересима обеју страна.⁷⁰ Надаље, полазећи од тога да се наступање промењених околности не може уписати у кривицу ниједне уговорне стране, Закон указује на потребу правичне расподеле губитака које су стране претрпеле, предвиђајући да ће суд, ако изрекне раскид уговора, на захтев друге уговорне стране обавезати оштећену страну

⁶⁵ Вид. *UNIDROIT* Принципе, чл. 6.2.3, Принципе европског уговорног права, чл. 6.111, ст. 2 и 3, нацрт Заједничког оквира, чл. III. 1:110, ст. 3 (d).

⁶⁶ Вид. *UNIDROIT* Принципе, чл. 6.2.3, ст. 4 (b), Принципе европског уговорног права, чл. 6.111, ст. 3 (b), нацрт Заједничког оквира, чл. III. 1:110, ст. 2 (a).

⁶⁷ Вид. чл. 133, ст. 1. Закона према коме „страна којој је отежано испуњење обавезе, односно страна која због промењених околности не може остварити сврху уговора, може захтевати да се уговор раскине“.

⁶⁸ Чл. 133, ст. 4.

⁶⁹ Вид. Закон о облигационим односима, чл. 133, *UNIDROIT* Принципе, чл. 6.2.3, ст. 4 (a), Принципе европског уговорног права, чл. 6.111, ст. 3 (a), нацрт Заједничког оквира, чл. III. 1:110, ст. 2 (b).

⁷⁰ Чл. 135.

да накнади другој страни правичан део штете коју је услед раскида претрпела.⁷¹

6. ЗАКЉУЧАК

Анализа указује да српско право и извори униформног уговорног права начелно дозвољавају позивање на промењене околности. Ипак, правила о промењеним околностима постављају рестриктивне услове у погледу њиховог постојања и правних дејстава, а судови и арбитраже промењене околности прихватају само изузетно, с великом мером опреза и применом стриктних критеријума. У погледу усклађености српског Закона о облигационим односима с изворима униформног уговорног права у погледу промењених околности, може се закључити да се правила Закона, у погледу одређених питања, разликују од одговарајућих решења униформних правила. Те разлике се пре свега односе на широко постављене критеријуме одређења промењених околности у Закону, који захтевају да је „очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна и да би по општем мишљењу било неправично одржати такав уговор на снази“, као и на правна дејства промењених околности у оквиру којих Закон не познаје преговоре између уговорних страна, а могућност измене уговора предвиђа тек посредно, путем правила да се уговор неће раскинути ако друга страна понуди или пристане да се одговарајући услови уговора правично измене. Измене правила о промењеним околностима предложене Нацртом српског Грађанског законика садрже решења која су у том погледу усклађена са правилима униформног уговорног права и уопште, прилагођена тенденцијама и потребама израженим у савременом пословном промету.

⁷¹ Чл. 133, ст. 5.

Dr. Jelena Perović

Associate Professor

Belgrade University Faculty of Economics

CHANGE OF CIRCUMSTANCES IN SERBIAN AND UNIFORM CONTRACT LAW

Summary

This paper offers a comparative analysis of the main rules concerning change of circumstances (hardship), which are adopted in the Serbian Law on Obligations and in the sources of uniform contract law. The analysis calls for the examination, both from the perspective of the domestic law and of the uniform rules, of the requirements of the hardship exemption such as „excessively onerous“ performance of the obligation, „fundamental alteration of equilibrium of the contract“ and „frustration of the purpose“, unforeseeability and unavoidability of the impediment and the time of its occurrence, as well as of the legal effects of hardship – renegotiations, termination and adaptation of the contract. The analysis brings the author to the conclusion that divergences between the relevant solutions of the domestic and uniform contract law exist, and that some of the rules of the domestic law may cause problems in practice. In the perspective of these problems, the author suggests the adoption of the hardship rules proposed in the draft Civil Code of Serbia.

Key words: *Change of circumstances. – Contract. – Obligation. – Law on Obligations. – Uniform rules.*

Др Дарко Симовић*

УСТАВНА ЖАЛБА ТЕОРИЈСКОПРАВНИ ОКВИР

Ширење уставне жалбе у оквирима европског конституционализма последње декаде XX века, али и њено конституисање у српски уставни систем 2006. године, изазива пораст интересовања за овим правним институтом. Имајући у виду да упоредно право не пружа јединствен институционални модел уставне жалбе, као и релативно краткотрајно искуство Републике Србије са овим институтом, не изненађује чињеница да је у нашој теорији отворено много питања на овом пољу. Управо из тог разлога аутор је настојао да првенствено кроз упоредну анализу институционалних модела три угледна примера, Немачке, Аустрије и Шпаније, обogaћену појединим специфичностима правних система у којима је накнадно конституционализована уставна жалба, пружи теоријско правни оквир овог правног средства.

Кључне речи: Уставна жалба. Правно средство. Људска права. Уставни суд.

1. ОПШТА РАЗМАТРАЊА

Поред конститутивне, организовања вршења државне власти, по својој битности издваја се ограничавајућа функција устава. Сам процес конституционализовања државне власти првенствено је подстакнут потребом ограничења власти у интересу слободе. Према томе, доношењем устава, било непосредно на референдуму или посредством својих представника у парламенту, грађани установљавају оквири простирања државне власти. Тако установљене границе из којих државна власт не може да искорачи саткане су од људских права као неизоставног елемента *materiae constitutionis*. Разуме се, прокламовање људских права јесте нужан, али не и довољан услов

* Аутор је ванредни професор Криминалистичко полицијске академије у Београду, darko.simovic@kpa.edu.rs. Овај рад је резултат реализовања научно истраживачког пројекта који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије под бројем 179045.

њиховог отеловљења, јер само делотворни механизми њихове заштите зајемчују остваривање људских права у пракси. Један од посредних видова заштите уставом зајемчених права је апстрактна контрола уставности закона. Међутим, то свакако није и довољан механизам уставносудске заштите људских права, јер се она у далеко већој мери угрожавају појединачним актима јавних власти. Имајући у виду да је непосредна примењивост уставом зајемчених права једна од битних тековина савременог либерално-демократског конституционализма, логично је претпоставити да би устав истовремено требало да предвиђа и непосредну уставносудску заштиту људских права. Но, компаративно посматрано, непосредна уставносудска заштита људских права се не може сматрати правилом, с обзиром на то да тек мањи број устава предвиђа уставну жалбу која се најопштије одређује као правно средство за заштиту људских права пред уставним судом.

Само постојање уставне жалбе указује на правну супериорност уставотворне, оригинерне власти, јер је сваком грађанину остављена могућност да покрене поступак пред уставним судом ради касирања аката изведених јавних власти којима се повређују уставом зајемчена права. На тај начин она обезбеђује да се функционисање свих јавних власти, укључујући и судску, одвија у границама објективног права, тј. устава. Наиме, непосредном уставносудском заштитом људских права штити се и устав као део објективног правног поретка. Зато уставну жалбу не треба посматрати искључиво као један додатни механизам заштите људских права, јер одлучујући о уставним жалбама уставни суд истовремено тумачи и даље развија објективно уставно право.

По угледу на швајцарску традицију државноправне жалбе (*staatsrechtliche Beschwerde*)¹ конституисане Уставом од 1874. године, као механизма заштите уставних права грађана пред Савезним судом, у Немачкој је 1951. године установљена уставна жалба (*verfassungsbeschwerde*). Иако се уставносудска заштита људских права није појавила истовремено са настанком уставног суда, уставни спорови покренути уставним жалбама представљају убедљиво најпретежнији део његове активности. Будући да је уставни суд као посебна институција настао у Аустрији са јединим циљем да буде „арбитар у конфликтима између федералне легислативе и легислативе држава чланица“,² може се рећи да је од „ексклузивног арбитра“ уставни суд еволуирао у „суд обичних људи“.³ Дакле, због важности

¹ Вид. Thomas Fleiner, Alexander Misić, Nicole Topperwien, *Swiss Constitutional Law*, Kluwer Law International 2005, 183–188.

² Theo Öhlinger, „The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation“, *Ratio Juris*, 16, 2/2003, 210.

³ Вид. Оливера Вучић, „Уставне и законске могућности доступности уставном суду или концепција уставног судства данас“, *Актуелна питања савременог за*

заштићених добара, услед којих су уосталом људска права неизоставан елемент уставне материје, а такође и због њиховог грубог и масовног нарушавања које је доживело кулминацију за време Другог светског рата, правни механизми заштите људских права се обogaћују једним допунским правним средством. Уосталом, „највећи домет у заштити права грађана и уставности (је) признавање могућности да се сам грађанин-појединац непосредно обрати уставном суду ради заштите својих права или устава“.⁴

Приметимо да се у уставноправној књижевности мало пажње посвећује ефектима повратног дејства конституционализовања уставне жалбе на уставни суд. Сама вера грађана да је уставни суд последња инстанца заштите њихових уставом зајемчених права значајно помаже афирмисању ове институције, па тако и подизању њеног угледа и ауторитета. Јер, како је то забележено: „Све већа привлачност уставноправног судовања лежи у моралној снази коју је оно стекло у очима грађана који се уздају у суд ради осигурања остваривања слобода и права путем поштовања устава“ (*La Pergola*).⁵ Без обзира на критике које настоје да, релативизујући његов значај, омаловаже овај институт будући да је највећи број уставних жалби неуспешан, досадашња уставносудска пракса у Аустрији и Немачкој указује да број успешно окончаних поступака по уставним жалбама увелико премашује број свих других предмета у којима је утврђена повреда устава.⁶

Ипак, уставна жалба има и своје тамно наличје. Колико год се сматрала делотворним правним средством заштите људских права, уставна жалба није општеприхваћен институт, јер се још увек сматра „контроверзном функцијом уставног суда“.⁷ Пре свега, уставна жалба отвара проблем односа уставног суда и редовних судова, јер је основни предуслов за коришћење овог правног средства исцрпљеност редовног правног пута заштите људских права. На тај начин доводи се у питање начело независности и самосталности судске власти, јер одлуке редовних судова, под одређеним условима, подлежу преиспитивању од стране уставног суда. Истовремено, на посебан начин се тако доводи у питање и сама природа уставносудске функције, јер се уставни суд ради заштите устава трансформи-

конодавства, Савез удружења правника Србије и Републике Српске, Београд 2009, 453-464.

⁴ Ратко Марковић, *Покретање уставног спора о уставности нормативних аката*, Београд 1973, 62.

⁵ Jadranko Crnić, „Ustavni sud Republike Hrvatske: iskustva i perspektive“, *Politička misao* 4/2001, 140.

⁶ Gerhard Dannemann, „Constitutional Complaints: The European Perspective“, *International and Comparative Law Quarterly*, 43, 1/1994, 151.

⁷ Драган Стојановић, *Уставно право*, II, Ниш 2007, 369.

ше у својервну врховну инстанцу редовног судства. Управо из тог разлога чују се помало иронични коментари да се поред врховног суда, као највише инстанце правосудног система, установљава „истински врховни суд“.⁸ Разумљиво је да поклоници уставне жалбе покушавају да оспоре тезу да однос уставног суда и редовних судова почива на ривалству, а на извештан начин и на начелу субординације. У овом контексту је занимљиво поменути мишљење судије Савезног уставног суда Немачке, Ханс Јоакима Јенча (*Hans Joachim Jentsch*), који истиче да између уставног суда и редовних судова постоји партнерски однос јер оба органа остварују јединствени уставни задатак и друштвени циљ, а то је заштита уставом зајемчених права.⁹ У нашој теорији је изражен став о паралелизму уставних задатака ових институција, будући да уставни суд штити људска права тумачењем и применом устава, док се у случају редовног судства њихова заштита остварује тумачењем и применом закона.¹⁰ Чини се да се о оваквом начину размишљања може полемисати. Наиме, не може се оспорити да је независно и самостално судство неопходна претпоставка отеловљења владавине права. Но, независност институција правосудног система не значи истовремено да њихов рад није заснован на принципу уставности. Будући изведена, судска власт је ограничена уставом и у том смислу потпуно је оправдано постојање механизма који сасвим изузетно омогућава контролу уставности правоснажних судских одлука. У прилог оваквог начина размишљања може се навести формулација бонског Основног закона који је предвидео да Уставом прокламована права везују законодавну, извршну и судску власт као непосредно право (чл. 1, ст. 3). Уосталом, оставити судску власт недодирљивом изузимањем њених аката из уставносудске контроле, при сазнању да акти кривичних судова много дубље продиру на подручје језгра основних права него акти управе, вршило би се на штету грађана (*René Mavric*).¹¹

Имајући у виду принцип вишестепености у раду судске власти, могућност за доношење неуставних одлука несумњиво је мала. Управо из тог разлога не треба оспоравати оправданост постојања једног механизма који изузетно омогућава корекције судских одлука у случају да се њима повређују уставом зајемчена права. При томе према одлукама редовних судова уставни суд не наступа као суд пуне јурисдикције јер, поступајући по уставној жалби, уставни суд не

⁸ Wojciech Sadurski, *Rights Before Courts – A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, AA Dordrecht 2005, 25.

⁹ Драган Стојановић, Оливера Вучић, „Домашај уставносудског испитивања одлука редовних судова у поступку одлучивања о уставним жалбама грађана“, *Правни живот* 14/2009, 883.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Владимир Ђурић, *Уставна жалба*, Београд 2000, 45.

утврђује тачност и потпуност чињеничног стања нити преиспитује примену материјалног права од стране редовног суда на конкретан случај, већ искључиво одлучује о уставним питањима, односно о томе да ли је дошло до повреде уставом зајемчених права. У том смислу, „тежиште уставног испитивања судских одлука мора да буде на интерпретацији, правном становишту које је редовни суд заузео или је требало да заузме о значењу основних права гарантованих уставом, њиховом нормативном домету и њиховим границама“.¹² Дакле, решавајући о уставним жалбама Уставни суд не наступа као суперапелациони суд, него као суд који разматра и санкционише искључиво повреде устава, „а не обичне правне грешке“.¹³ Због тога поступање суда по уставним жалбама представља „контролу микроуставности“, јер контрола уставности примене закона представља одступање од основне функције уставног суда, контроле уставности закона.¹⁴

Наведене чињенице наводе на закључак да се неоправдано говори о паралелизму уставних задатака редовног судства и уставног суда, јер би то значило да је уставни суд једини и искључиви заштитник уставом прокламованих права. На тај начин уставна жалба би постала редовно правно средство заштите уставних права, што би у потпуности нарушило институционалну логику овог инструмента (средства) као допунског механизма чије је коришћење изузетак, а не правило. Уставна жалба треба да буде последњи бастион заштите уставних права и у томе се мора огледати ексклузивност непосредне уставног судске заштите људских права, јер она не постоји паралелно са механизмима редовног правосуђа, већ сасвим изузетно коригује и допуњује његов рад. О паралелизму задатака може бити речи искључиво под условом да заштита појединих уставних права није обезбеђена путем редовног судства, што је далеко ређи случај.

Поред ове примедбе начелног карактера, о којој је било речи, институт уставне жалбе у далеко већој мери дискредитује један практичан разлог. Наиме, овај институт са собом носи ризик од пренатрпавања уставног суда великим бројем уставних жалби, па тако и загушивања његовог рада, јер ће грађани, иако је ово правно средство по својој природи изузетно и допунско, с циљем заштите својих права редовно посезати за њим као последњом надом. То је био разлог да бонски уставотворац избегне конституционализовање овог института 1949. године који је у немачки уставни систем uveden две године касније Законом о Савезном уставном суду. Тада, у

¹² Д. Стојановић, О. Вучић, 891.

¹³ Ратко Марковић, „Уставни суд у Уставу Републике Србије од 2006. године“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2007, 36.

¹⁴ Gagik Harutyunyan, Arne Mavcic, *Constitutional Review and its Development in the Modern World*, Yerevan Ljubljana 1999, 157.

време доношења бонског Основног закона, владало је уверење да је Уставни суд већ преоптерећен широким делокругом надлежности и да би предвиђање уставне жалбе, која у привилегован положај ставља само једну категорију уставних одредби, и то оних које се тичу људских права, значајно успорило рад овог органа.¹⁵ Истовремено, решавањем великог броја уставних жалби судије уставног суда се прекомерно исцрпљују, што неминовно утиче на квалитет рада, па и на одлуке које се доносе. Потоње искуство Немачке потврђивало је претходно наслућиване бојазни да ће највећи број уставних жалби бити фриволан, јер грађани нису на прави начин схватили смисао постојања овог института доживљавајући га као редовно, а при том једноставно, правно средство последњег степена за којим се готово рутински посеже у свим случајевима незадовољства актима јавних власти.¹⁶ Добри познаваоци немачке уставносудске праксе сведоче да је највећи број уставних жалби написан крајње неформално, руком и без стручне помоћи адвоката.¹⁷ Поступак по уставној жалби, тако, добија значење последњег, можда безуспешног „тражења милости“.¹⁸

Те слабости уставне жалбе, и поред значајних врлина, одвраћале су уставотворце да некритички прихватају овај институт. Зато, све до 90-их година минулог века, само три европске државе су у својим правним системима предвиђале уставну жалбу: Аустрија, Немачка, и Шпанија.¹⁹ Додајмо, да не би било забуне, да у уставноправној теорији не постоји општеприхваћена дефиниција уставне жалбе, због чега се у литератури могу сусрести различити ставови о томе које све државе су установиле ово правно средство. Тек ће талас демократизације посткомунистичких држава, који је био праћен доношењем нових устава, допринети значајнијем ширењу уставне жалбе на европском континенту. Тако су Албанија, Летонија, Македонија, Мађарска, Пољска, Русија, Словачка, Словенија, Украјина, Хрватска, Црна Гора, Чешка, а напослетку и Србија од 2006. године, само неке од држава које су установиле уставну жалбу.

По значају који има у упоредном праву издваја се немачки институционални модел уставне жалбе, чија је досадашња пракса непогрешиво указивала на њене врлине и недостатке, а уједно и послужила као драгоцен узор уставотворцима који су у непосредној прошлости конституционализовали ово правно средство. Уосталом,

¹⁵ Вид. Richard Barnett, „The Protection of Constitutional Rights in Germany“, *Virginia Law Review*, 45, 7/1959, 1155-1156.

¹⁶ *Ibid.*, 1159.

¹⁷ Donald Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham 1997, 15.

¹⁸ Д. Стојановић, О. Вучић, 885.

¹⁹ Вид. G. Dannemann, 144.

сам назив уставна жалба (енг. *constitutional complaint*) представља дослован превод немачког назива *verfassungsbeschwerde*, „израз чијим се творцем, крајем 19. столећа сматра немачки теоретичар *Seydel*“.²⁰ Но, без обзира на значај који има, немачки модел уставне жалбе не може да задовољи нашу потребу за потпуним разумевањем институционалне природе овог правног средства. Зато ће исцртавање правнотеоријског оквира уставне жалбе бити пропраћено првенствено кроз призму институционалних решења три државе, Немачке, Аустрије и Шпаније, будући да је њихово искуство на овом пољу најдуже, а пракса најбогатија. Разумљиво је да ће поред ових угледних примера бити речи и о накнадно установљеним институционалним моделима који треба да укажу на постојеће тенденције у развоју уставне жалбе.

2. ИНСТИТУЦИОНАЛНА ФИЗИОНОМИЈА УСТАВНЕ ЖАЛБЕ

2.1. Предмет уставне жалбе

Већ при анализи првог елемента институционалне физиономије уставне жалбе може се уочити да упоредно право не пружа једнообразан модел њеног предмета. Најуопштеније исказано, уставна жалба је правно средство које се установљава у корист грађана ради заштите њихових уставом зајемчених права од повреда учињених од стране државе. Дакле, теоријски посматрано, као предмет уставне жалбе могао би се појавити било који правни акт или радња органа државне власти. Међутим, постојећа упоредноправна пракса на овом пољу указује да се предмет уставне жалбе, по правилу, одређује знатно рестриктивније. У том смислу, Немачка се може сматрати изузетком јер се уставна жалба у овој држави може поднети против свих мера јавне власти.²¹ Тако се у Немачкој уставна жалба може односити на све акте законодавног тела, органа управе, судова, па чак и на акте уставотворне власти којима се врши ревизија устава.

Шпанија је пример државе у којој је уставна жалба такође екстензивна по своме домашају, с том разликом што ово правно средство није допуштено против аката парламента. Ипак, без обзира на ово ограничење уставне жалбе у Шпанији, овај институт посредно може да изазове контролу уставности закона уколико је управни акт или судска одлука против којих је поднета уставна жалба, заснован

²⁰ Оливера Вучић, „Уставна жалба о разлозима увођења овог средства непо средне заштите људских права и слобода ујемчених уставом“, *Правна ријеч* 18/2009, 97.

²¹ Бивша Чехословачка је такође пример државе у којој је уставна жалба била допуштена против свих аката јавне власти. Вид. G. Dannemann, 145.

на закону који је неуставан. Главна разлика између немачког и шпанског концепта уставне жалбе, дакле, није у обиму контроле уставности, већ једино у нивоу на коме се она врши.²² Треба додати и то да се у Немачкој уставна жалба може поднети против закона једино под условом да је лице које је подноси тим законом лично и непосредно повређено у својим правима. Несумњиво је да ће такве ситуације бити изузетно ретке. Због тога се могућност примене уставне жалбе у односу на закон значајно сужава, што овај институт уједно јасно разграничава од популарне тужбе (*actio popularis*, односно атинске *graphè paranomon*) која се установљава ради заштите јавних интереса.

У Аустрији је уставна жалба установљена унеколико рестриктивније. Наиме, предмет уставне жалбе могу бити појединачни управни акти, ордонансе са законском снагом и акти парламента. Запазимо да се уставна жалба не може поднети против судских одлука, а такво институционално решење је надахнуто већ традиционалним угледом правосуђа у Аустрији чији се рад не доводи у сумњу. Није сувишно додати и то да су изворно само управни акти били предмет уставне жалбе, па је тек 1975. године, њен домаћај проширен и на законе. Тај првобитни модел уставне жалбе представљао је доследно отеловљење анахроног и већ увелико превазиђеног поимања људских права која се доживљавају искључиво кроз одбрамбену функцију од државне власти поистовећену са управом. Међутим, и на овом суженом пољу примене аустријско право екстензивније од немачког поставља могућност подношења уставне жалбе према актима управе. Поред тога што предмет уставне жалбе могу бити и фактичке управне радње и појединачне мере, аустријски Уставни суд је проширио своју надлежност и на интерне циркуларе (*Runderlässe*) владе којима она даје упутства административним органима.²³ Тако, основ за уставну жалбу у Аустрији може бити сваки акт јавне управе, био он конститутиван или декларативан, при чему се под декларативним актом сматра радња која се обавља у оквиру управне праксе нормативног карактера.²⁴ Насупрот аустријском институционалном решењу, Немачка уставносудска пракса је указала да акти и радње који не садрже материјалне одлуке и немају непосредна дејства нису „мере јавне власти“, те не могу бити предмет уставне жалбе.²⁵

Иако уставни системи Немачке, Аустрије и Шпаније не пружају јединствени модел предмета уставне жалбе, потоње конституционализовање овог правног средства је водило даљем обогаћивању

²² *Ibid.*, 146.

²³ Вид. G. Dannemann, 146.

²⁴ В. Ђурић, 49.

²⁵ *Ibid.*, 50.

његовог предмета. Компаративно посматрано доминира решење на основу кога само појединачни акти, а негде и радње, могу бити предмет уставне жалбе (Македонија, Словачка, Словенија, Србија, Чешка, Хрватска, Црна Гора). Ипак, упркос чињеници што се у појединим уставним системима изричито предвиђа да искључиво појединачни акти могу бити предмет уставне жалбе, на посредан начин ово правно средство може да изазове и контролу уставности општинских аката. За илустровање ових речи, као пример може послужити уставни систем Србије, у коме је Уставни суд заузео став да уколико постоји разумна сумња у уставност и законитост општег акта на основу кога је донет појединачни акт који се уставном жалбом оспорава, он ће застати са поступком по уставној жалби и *ex officio* покренути поступак о уставности и законитости тог општег акта.²⁶

Супротно преовлађујућем тренду, на овом пољу могу бити издвојена и поједина специфична решења. Посебно је занимљив пример Пољске у којој је уставна жалба допуштена само према општим правним актима, али не и према појединачним актима који представљају њихову примену. Међутим, подношење уставне жалбе је условљено чињеницом да су уставна права жалиоца повређена појединачним актом донетим на основу неуставног општег правног акта. Дакле, ма како то необично звучало, уставна жалба не може бити поднета због повреде уставних права у процесу примене закона, већ мора бити заснована на неуставности самог закона. Зато се у Пољској могу чути коментари да установљени модел уставне жалбе „не оправдава очекивања грађана будући да он не предвиђа механизам заштите у случају погрешне примене закона“ (*Marek Sajjan*).²⁷ Институционални модел уставне жалбе у Мађарској је сличан јер се ово правно средство може изјавити само под условом да је кршење права зајемчених уставом последица примене једног неуставног правног правила. Зато се о уставној жалби говори као о праву „покретања иницијативе које има мешовиту природу и које за циљ има да с једне стране, уведе накнадну конкретну контролу, а с друге, да отклони повреду неког основног права изазваног појединачним актом неког органа“.²⁸

Осврнимо се и на рестриктивно институционално решење у Украјини. Наиме, овлашћени подносиоци уставне жалбе могу само да затраже тумачење појединих одредаба Устава или закона у циљу обезбеђивања примене и заштите уставних права и слобода човека и грађанина, као и уставних права правних лица. Неопходан предуслов

²⁶ Ставови Уставног суда у поступку испитивања и одлучивања по уставној жалби, Су бр. 1 8/11/9, од 2. априла 2009.

²⁷ W. Sadurski, 7.

²⁸ Adam Antal, „Уставни суд у Мађарској“, *Правни живот* 11/1997, 943.

за подношење уставне жалбе је тврдња да постојеће тумачење уставних или законских норми може да води повреди уставних права. У пракси, међутим, уставни суд разматра уставне жалбе једино ако жалилац докаже да се поједине норме не примењују једнообразно на целој територији државе.²⁹

2.2. Легитимација за подношење уставне жалбе

Најуопштеније речено, уставна жалба се установљава у корист свакога ко може бити носилац уставом зајемчених права. Уставна жалба, по правилу, није ограничена само на домаће држављане, а такође ни на физичка лица, јер се и правним лицима зајемчује право на подношење овог правног средства, разуме се, у обиму у коме она могу бити носиоци уставом прокламованих права.³⁰ Но, и на овом пољу се могу приметити разлике између појединих правних система, будући да круг овлашћених подносилаца уставне жалбе може бити проширен. Тако, правом на подношење уставне жалбе у Немачкој располажу општине и општински савези (тзв. комунална уставна жалба – *Kommunalverfassungsbeschwerde*), уколико сматрају да им је савезним или земаљским законом повређено уставом зајемчено право на самоуправу.³¹ Слично решење, за разлику од Шпаније, предвиђа и Аустрија. Са друге стране, како пример Шпаније указује, круг овлашћених подносилаца уставне жалбе може бити проширен омбудсманом и државним тужиоцем.

Да би се уставна жалба користила као инструмент за заштиту уставом зајемчених права, жалилац треба да покаже легитиман правни интерес. Наиме, уставна жалба се, по правилу, може поднети само од стране лица које је непосредно погођено оспораваним актом. На тај начин, повлачи се јасна разлика између уставне жалбе и популарне тужбе. Може се запазити да ово правило трпи изузетке у оним правним системима који круг могућих жалилаца пред уставним судом проширују омбудсманом или државним тужиоцем.

Компаративно посматрано нема великих одступања од институционалних решења која предвиђају уставни системи Немачке, Аустрије и Шпаније. Најрестриктивнији модел у погледу доступности уставне жалбе предвиђа Македонија у којој је ово правно средство установљено искључиво у корист грађана. Са друге стране, уставни системи Словачке и Чешке, очигледно инспирисани немачким институционалним решењем, уставну жалбу установљавају и у корист јединица локалне самоуправе. Специфично решење садржи Устав

²⁹ W. Sadurski, 8.

³⁰ G. Dannemann, 147.

³¹ В. Ђурић, 154.

Србије који предвиђа жалбу за заштиту покрајинске аутономије и локалне самоуправе о којој одлучује Уставни суд.³² Прецизирајмо да је реч о правном средству које по својој природи није супсидијарног карактера, будући да се овлашћени орган аутономне покрајине, односно локалне самоуправе непосредно обраћа Уставном суду уколико је дошло до повреде њиховог уставом прокламованог делокруга надлежности.

Појединим уставотворцима и шпански институционални модел послужио је као узор, с обзиром на то да је у Словенији, Србији и Црној Гори круг овлашћених подносилаца уставне жалбе проширен омбудсманом. Ипак, како је предвиђено поменутиим уставним системима, омбудсман је овлашћен на подношење уставне жалбе искључиво уз сагласност лица чија уставом зајемчена права треба да буду заштићена. Дакле, омбудсман може бити мотивисан општим интересима на подношење уставне жалбе, али му је за реализовање тог циља неопходна сагласност лица чија су уставна права повређена што ово правно средство удаљава од популарне тужбе.

2.3. Предмет заштите уставне жалбе

Изузетан и супсидијаран карактер уставне жалбе сугерише да се овај институт не може сматрати општим правним средством за заштиту свих људских права, већ само оних која су уставом зајемчена. Уосталом, без изузетка, један од неизоставних елемената форме уставне жалбе је да жалилац изричито наведе које му је уставно право повређено оспораваним актом јавне власти. Међутим, поједини уставни системи прецизирају која се то уставна права могу штитити путем уставне жалбе. Тако је у Немачкој изричито предвиђено да се уставна жалба може поднети само због повреде основног права (чл. 1–19) или права изједначеног са основним правима (чл. 20(4), 33, 38, 101, 103, 104). Наведена основна права у немачком уставу су „неповредива“ и „неотуђива“ и представљају неопходан предуслов за функционисање демократског поретка, услед чега она имају виши уставни ранг у односу на остале уставне одредбе и уживају посебну уставноправну заштиту.³³ У Шпанији је такође прецизно омеђен круг уставних права која се могу штитити уставном жалбом (чл. 14–30). Како истиче Руиз (*Gerardo Ruiz-Rico Ruiz*), уставном жалбом се може затражити заштита само оних права која „чине суштински део демо-

³² Вид. Боса Ненадић, „Уставни суд Србије као `жалбени суд`,“ *Правна ријеч* 10/2007, 192. О односу уставне жалбе и жалбе Уставном суду вид. Оливера Вучић, Владан Петров, Дарко Симиовић, *Уставни судови бивших југословенских република*, Београд 2010, 208 209; Ратко Марковић, *Уставно право*, Београд 2010, 550 551; Стеван Лиљич, „Да ли је уставна жалба ефикасни правни лек за суђење у разумном року?“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2007, 68 69.

³³ Р. Марковић, (1973), 68.

кратске правне државе“, а не „баш сваког права које је записано у тексту Устава“. ³⁴ На тај начин, додатно се подвлачи изузетан карактер уставне жалбе која треба, као један допунски правни механизам, да послужи заштити основних људских права када сви остали механизми изневере. Насупрот ова два уставна система, у Аустрији су сва уставом зајемчена права предмет заштите уставне жалбе.

Уколико се анализира накнадно конституционализована институционална решења може се закључити да се уставна жалба, по правилу, установљава као правно средство за заштиту свих уставом прокламованих права. Супротно тој преовлађујућој тенденцији у Македонији је изузетно рестриктивно установљена уставна жалба, будући да је ово правно средство предвиђено искључиво у циљу заштите људских права и слобода које се односе на слободе убеђења, савести, мисли и јавног изражавања мишљења, право на политичко удруживање и деловање, као и на забране дискриминације међу грађанима по основу пола, расе, религије, националне, друштвене или политичке припадности. Остаје дилема којим се критеријумом руководио македонски уставотворац када је предвидео да се само ова, таксативно наведена, уставна права могу штитити путем уставне жалбе. Са друге стране, поменимо пример Словеније у којој се могу чути речи критике великодушности уставотворца који је свим уставним правима и основним слободама зајемчио заштиту путем уставне жалбе. Тако је изнето мишљење да ова неодређеност објекта заштите путем уставне жалбе, одвлачи Уставни суд од његове примарне надлежности: заштите уставног поретка. ³⁵

2.4. Рок за подношење уставне жалбе

Имајући у виду изузетан карактер овог института разумљиво је да се за подношење уставне жалбе, ради очувања правне сигурности и извесности, предвиђају прецизни и кратки рокови. Компаративно посматрано, у погледу рока у коме се може изјављивати уставна жалба, решења су разнолика и крећу се од 20 дана до три месеца, а ређе је тај рок дужи. ³⁶ Тако се у Немачкој уставна жалба изјављује у року од месец дана рачунајући од достављања решења или одлуке суда. Међутим, уколико се уставна жалба подноси против закона или акта против којег нема редовног правног пута, рок у коме се може искори-

³⁴ Gerardo Ruiz Rico Ruiz, „Уставно судство у Шпанији надлежност и уравнотежење активности Уставног суда“, *Правни живот* 11/1997, 934.

³⁵ Renata Treneska Deskoska, „Constitutional complaint“, *Правни живот* 14/2009, 856.

³⁶ У упоредном праву не постоји једнообразно решење у погледу почетка рачунања рока, вид. Дражен Церовић, *Управна ствар и уставна жалба*, Подгорица 2004, 135.

стити ово правно средство је годину дана од дана ступања на снагу закона, односно од доношења другог акта. У Шпанији се, такође, у зависности од врсте оспораваног правног акта, прави разлика у погледу дужине рока у коме се може изјавити уставна жалба. Уколико се уставна жалба односи на акте парламента рок за њено подношење је три месеца, а у осталим случајевима 20 дана од достављања судске одлуке. У Аустрији уставна жалба се подноси у року од шест недеља од достављања коначног управног акта.

За немачки институционални модел уставне жалбе карактеристично је и то што је у њему 1993. године установљен институт повраћаја у пређашње стање (*restitutio in integrum*). Наиме, жалиоцу који без своје кривице није био у могућности да се у року предвиђеном за подношење уставне жалбе жали Уставни суд, на његов захтев, може одобрити повраћај у пређашње стање. Захтев за повраћај у пређашње стање мора бити поднет у року од две недеље од престанка препреке. Апсолутни рок за подношење уставне жалбе је годину дана након истека рока за подношење уставне жалбе.

У погледу рокова за подношење уставне жалбе у упоредном праву нема неких значајнијих одступања од изнетих институционалних решења. Природа и обим овог рада не допуштају да се упознамо се свим нијансама компаративних решења, али најуопштеније се може рећи да су рокови из већ изнетих разлога кратки и да се крећу од 30 дана (Србија, Хрватска) до 60 дана (Мађарска, Словенија, Црна Гора, Чешка) односно два месеца (Македонија, Пољска, Словачка). Дуже рокове од уобичајених предвиђају уставни системи Албаније и Летоније у којима је рок за подношење уставне жалбе шест месеци. Додајмо да, компаративно посматрано, постоје уставни системи који по узору на Немачку предвиђају институт *restitutio in integrum*. Као примери могу бити поменути уставни системи Словеније, Србије, Хрватске и Црне Горе.

2.5. Супсидијарност уставне жалбе

Правило је, од којег у упоредном праву има изузетака, да је уставна жалба допуштена тек по исцрпљивању расположивих механизма управноправне и судске заштите људских права. На тај начин уставна жалба заиста постаје изузетно и допунско правно средство непосредне уставносудске заштите људских права, будући да је њено коришћење условљено исцрпљивањем свих расположивих и допуштених правних путева за заштиту повређених уставних права. Претпоставка исцрпљености правног пута је испуњена када више нема могућности истицања правних средстава (*Dieter Dörr*), односно правни пут постоји докле год жалиоцу на располагању стоји (макар

још једно правно средство (*Rüdiger Zuck*).³⁷ Зато се са пуним правом истиче да је начело супсидијарности једно од суштинских обележја институционалне природе уставне жалбе. Поткрепимо ове речи ставом Уставног суда Немачке: „Уставна жалба је конципирана као ванредно правно средство које омогућава испитивање правоснажне судске одлуке само изузетно... Она није допуштена ако жалилац има на располагању пут којим се може постићи уклањање повреде основног права без призивања Савезног уставног суда“.³⁸ Ипак, немачки модел уставне жалбе, о коме је до сада било највише речи, истовремено предвиђа и изузетке од начела супсидијарности. Изузетно, и пре него што су исцрпљена сва правна средства, Уставни суд може решавати по уставној жалби уколико је то од општег значаја или ако би за жалиоца настала тешка и непоправљива штета.

Одступање од начела супсидијарности предвиђа и шпански уставни систем, јер је уставна жалба допуштена против аката и радњи законодавца и без исцрпљивања претходног поступка. Међутим, појављује се логична дилема ко би изузев уставног суда могао да цени уставност аката легислативе, па се оправдано може поставити питање да ли је то заиста одступање од начела супсидијарности или је реч о непостојању правних путева мимо уставног суда који би били у функцији заштите уставних права према законодавцу.

Уставни систем Аустрије не предвиђа овакве изузетке, али се на овом пољу одликује специфичношћу која заслужује да буде поменута. Наиме, аустријски модел уставне жалбе претпоставља да је жалилац исцрпео сва правна средства која му стоје на располагању имајући у виду највише управне инстанце, али не и управни суд. Зато се управни акти могу побијати како пред Уставним, тако и пред Управним судом. Надлежност се одређује према тврдњи жалиоца да ли су повређена његова уставом зајемчена права или друга субјективна права. Могуће је да се против оспореног управног акта истовремено покрене поступак пред оба органа. Уколико Уставни суд сматра да оспораваним управним актом није повређено уставно право, на захтев жалиоца је могуће уступити предмет Управном суду који ће одлучивати о томе да ли је повређено неко законом зајемчено право. Обрнути поступак није допуштен, на основу чега се може закључити да је грађанин очигледно усмерен на оспоравање управног акта пред Уставним судом.³⁹

Упркос институционалној логици овог института, упоредно-правно посматрано новији модели уставне жалбе такође предвиђају одступања од начела супсидијарности о чему сведоче примери

³⁷ В. Ђурић, 123.

³⁸ BVerfGE 74, 102 (113). Вид. Д. Стојановић, О. Вучић, 886.

³⁹ Д. Стојановић, 370.

Летоније, Словачке, Словеније, Србије, Хрватске, Чешке.⁴⁰ Овакав тренд у развоју овог института сугерише закључак да уставна жалба постепено поприма елементе редовног правног средства, што је тенденција која значајно поткопава и урушава делотворност овог правног института.

2.6. Претходна селекција уставних жалби

Без обзира на све врлине које се приписују уставној жалби, овај институт веома лако може бити злоупотребљен, па тако и претворен у неделотворно „редовно“ правно средство за заштиту људских права којим се загушује рад уставног суда. Отуда, да би се предупредило претварање уставног суда у „форум за проветравање општег незадовољства“,⁴¹ уставна жалба мора бити минуциозно правно уобличена па тако поједини уставни системи предвиђају механизме филтрирања с циљем растерећивања уставног суда од фриволног коришћења овог изузетног правног средства.

Сасвим очекивано, механизам претходне селекције уставних жалби настао је у Немачкој 1956. године будући да су екстензивно постављене могућности њеног подношења оставиле простор за неосновано и олако коришћење овог правног средства. Тако, свака уставна жалба пролази кроз претходни поступак пред комитетом од три судије Уставног суда који може једногласном одлуком одбацити сваку уставну жалбу уколико сматра да она нема довољно изгледа на успех или не води разјашњавању једног уставноправног питања. Колико је овај претходни поступак растеретио Уставни суд, најбоље сведочити податак да су од 1957. године комитети одбацивали више од 95% поднетих уставних жалби сваке године.⁴² Сличан механизам уведен је и у уставни систем Аустрије 1981. године када је Уставни суд добио овлашћење да одбије уставну жалбу уколико не постоји реалан изглед за њен успех. Како поменути институционална новина није дала очекиване резултате, само три године касније (1984), Уставни суд је, по угледу на немачки узор, добио овлашћење да одбије уставну жалбу када се не може очекивати да одлука о њој допринесе разјашњавању неког уставноправног питања. У том случају, након одбијања уставне жалбе, Уставни суд може да упути предмет Управном суду. Шпанија такође није изузетак, јер је 1988. године уведен

⁴⁰ О изузетцима од начела супсидијарности у Србији и Хрватској, вид. С Лилић, 67-85.

⁴¹ Р. Марковић, (1973), 70.

⁴² Michael Singer, „The Constitutional Court of the German Federal Republic: Jurisdiction over Individual Complaints“, *International and Comparative Law Quarterly*, 31, 1/1982, 335.

„систем недопустивости“, на основу кога се елиминише значајан број уставних жалби којима недостаје „тобожњи уставни садржај“. ⁴³

Оваква институционална решења, очигледно створена ради заштите институционалне логике уставне жалбе и очувања њене делотворности послужила су као узор уставотворцима појединих посткомунистичких земаља. Као примери могу бити издвојени Словенија и Хрватска. Прикривенији вид претходне селекције уставних жалби предвиђен је у Чешкој. Наиме, чешки законодавац је предвидео да се по приспећу у Уставни суд уставна жалба поверава једном од судија који, поред мањкавости процесноправног карактера, уставну жалбу може одбити и уколико је она „очигледно неоснована“. ⁴⁴

Уставна жалба се, на тај начин, као последњи и допунски правни механизам заштите људских права, непримерено чини зависним од прешироко постављене дискреционе оцене мањег броја судија Уставног суда, којима је несумњиво у најнепосреднијем интересу да се рад овог државног органа што више растерети. Тако би се објективно правно дефинисана уставна жалба, као супсидијаран и строго формалан правни механизам заштите људских права, преобразио, на субјективној процени заснованој изузетности, у крајње неизвесно и непоуздано правно средство. Дакако, путем претходне селекције уставних жалби омогућује се нормалан рад уставног суда, но, истовремено, постоји опасност да се овај институт у пракси значајно релативизује и изузетно рестриктивно постави, због чега он може да изгуби свој значај. Поступак претходне селекције би требало да елиминише само оне уставне жалбе које не испуњавају формалне услове за подношење, будући да свако друго решење може да води злоупотреби овог механизма и произвољности у поступању.

2.7. Дејство подношења уставне жалбе

Подношење уставне жалбе не суспендује примену оспораваног акта јавне власти. Ипак, анализа уставних система Немачке, Аустрије и Шпаније, наводи на закључак да уставни суд може да доноси привремене мере у циљу заштите уставних права жалиоца. Разуме се, поменуте одлуке Уставни суд доноси искључиво на предлог подносиоца уставне жалбе.

Како се, компаративно посматрано, може претпоставити у погледу дејства подношења уставне жалбе готово да нема неких специфичности које би заслуживале посебну пажњу и зато овај елемент институционалне физиономије уставне жалбе није посебно

⁴³ G. Ruiz Rico Ruiz, 934.

⁴⁴ Вид. Karel Klima, „Уставно судство у Републици Чешкој“, *Правни живот* 11/1997, 1047.

инспиративан за анализу. Због своје особености вредно помена је чешко институционално решење које предвиђа изузетак од правила да изјављена уставна жалба нема суспензивно дејство уколико се у својству жалиоца појављује политичка странка чији су рад или активности забрањене. Овакво решење има пуно оправдање имајући у виду да би на овом пољу уставна жалба могла бити злоупотребљена у политичкој борби.

2.8. Дејство одлуке уставног суда

Одлуке уставног суда одликује обавезност, коначност и извршност. С обзиром на карактер уставне жалбе јасно је да се одлука уставног суда на пољу обавезности одликује неким специфичностима. Наиме, правило је да одлука уставног суда делује према свима, тј. да је општеобавезна (дејство *erga omnes*). Но, имајући у виду да је уставна жалба конституисана као правно средство које треба да служи, по правилу, појединцу у циљу заштите његових уставних права према држави, јасно је да сама природа спора по уставној жалби тражи уже дејство одлуке.⁴⁵ У том смислу, разумљиво је да одлука уставног суда у овим случајевима има дејство *inter partes*, односно да делује само на странке у спору. Ипак, уколико је предмет уставне жалбе закон или други нормативни акт, што је у пракси далеко ређи случај, одлука уставног суда делује *erga omnes*.

Чини се да се ту не завршавају особености одлуке уставног суда при решавању уставних жалби. Наиме, одлуке уставних судова су коначне, што значи да се против њих не може изјавити ниједан правни лек, као и да се о истој ствари не може водити нови поступак пред уставним судом. Посматрано са становишта унутрашњег правног поретка одлуке уставног суда су заиста коначне, будући да је овај орган последња инстанца која одлучује о уставом зајемченим правима. Међутим, процес интернационализације људских права постепено измешта коначност одлуке о повреди људских права из националног правног поретка. Осврнимо се само на супранационални механизам заштите људских права установљен Европском конвенцијом о људским правима и основним слободама из 1950. године. Наиме, након исцрпљивања свих расположивих правних путева који постоје држави потписници ове конвенције, постоји могућност обраћања Европском суду за људска права, па тако и одлуке уставног суда, условно речено, подлежу преиспитивању. Ипак, Европски суд за људска права није суд „четвртог степена“, јер он нема компетенције преиначавања односно укидања одлука уставног суда, будући да је његова власт сведена на констатовање повреда права зајемчених Ев-

⁴⁵ Вида Чок, *Врсте и дејство одлука уставних судова*, Београд 1972, 42.

ропском конвенцијом о људским правима.⁴⁶ Но, без обзира на садржину одлуке уставног суда, потписнице ове конвенције су се обавезале да се повинују правоснажној пресуди Европског суда за људска права у сваком предмету у коме су странке.

Одлука коју доноси уставни суд у поступку по уставној жалби има касаторно дејство, односно ставља ван снаге акт јавне власти којим је извршена повреда уставног права жалиоца. У том смислу, уставни суд својом одлуком не преиначује правне акте чију је неуставност утврдио нити их замењује сопственим одлукама.

3. ЗАКЉУЧНО РАЗМАТРАЊЕ

Досадашња упоредноправна анализа уставне жалбе је већ исцртала теоријске обресе овог правног института, док би наредни редови требало само да их додатно потврде и јасније засенче.

Прво, уставна жалба је супсидијарно средство правне заштите уставом зајемчених права. Та њена одлика олакшава отклањање толико присутне дилеме да ли се уставна жалба може сматрати правним леком. Чини се да поменуто питање заслужује негативан одговор имајући у виду да се супротно институционалној логици уставне жалбе правни лек подноси с циљем испитивања законитости оспораваног акта од органа вишег степена који поред његове касације може донети и мериторну одлуку. У том смислу, примереније је уставну жалбу сврстати у ширу и неодређенију категорију правних средстава. Међутим, изнова се поставља дилема, али овог пута да ли је реч о редовном или ванредном правном средству. Преовлађује став да је уставна жалба по својој природи ванредно правно средство. Чини се да се због њене особености треба клонити традиционалне дихотомне поделе на редовна и ванредна правна средства, јер је уставна жалба, једно додатно, допунско правно средство, чија институционална природа претпоставља да се оно користи тек у другом реду, по исцрпљивању дотадашњих расположивих правних путева. Уосталом, различити модели уставне жалбе не допуштају давање једног изричитог одговора о њеној правној природи, као ни сврставање у једну од две поменуте категорије. Тренд проширивања могућности за изјављивање уставне жалбе истовремено подразумева и све већи обим одступања од начела супсидијарности овог правног института, што само додатно оправдава његово изузимање из категорије ванредних правних средстава. Зато се уставна жалба може сматрати особеним, *sui generis* правним средством, које је по својој природи дру-

⁴⁶ Вид. Маја Настић, „Улога Европског суда за људска права и домаћих уставних судова у заштити људских права“, *Правни живот* 14/2009, 933-948.

горазредни, коригујући механизам заштите уставних права у случају када сви остали механизми изневере.

Друго, у поступку по уставној жалби уставни суд се задржава само на разматрању уставног питања, односно одлучује о томе да ли је оспораваним актом јавне власти дошло до повреде уставом зајемченог права. Уставни суд се не упушта (или, барем, не би требало да се упушта) у разматрање предмета о коме је редовни суд већ донео одлуку. Дакле, он није суд пуне јурисдикције који преиспитује примену материјалног права од стране редовног суда на конкретан случај, и који оцењује чињенично стање. У супротном, уставни суд би био трансформисан у суперапелациони суд који се не би задржавао само на контроли уставности. Његов задатак је да преиспитује схватање уставом зајемчених права од стране редовног суда ради њихове додатне заштите. На тај начин, уз доминирајућу функцију „негативног законодавца“, у поступку по уставним жалбама долази до изражаја позитивна функција уставног суда контроле, будући да уставни суд „не само да интерпретира уставне норме већ, у потребној мери, попуњава њихову правну садржину и конкретизује њихову функцију“.⁴⁷

Треће, без обзира на то што је устав зајемчује на исти начин као и друга права која штити, уставна жалба се не може сматрати субјективним правом. Како су услови за допуштеност уставне жалбе изузетно рестриктивно постављени, нема дилеме да је реч о једном првенствено допунском правном средству за којим се само изузетно посеже. Уколико би се прихватило становиште да је уставна жалба субјективно право то би значило да је за уставни суд установљена обавеза да одлучује по уставној жалби, разуме се, уколико су испуњене све формалноправне претпоставке за њено изјављивање. Међутим, уколико таква обавеза не постоји, не може бити речи о томе да је право на уставну жалбу субјективног карактера. У супротном, уставна жалба би од супсидијарног правног средства постала последња инстанца редовног правног пута заштите уставом зајемчених права. Истовремено, у највећем броју случајева уставотворац само прокламује надлежност уставног суда да одлучује о уставним жалбама, препуштајући законодавцу да детаљније разради најчешће штуру уставну дефиницију и уреди услове под којима се она може користити. То је разлог више да се уставна жалба не може сматрати субјективним правом јер, како досадашња компаративна пракса указује, носиоци законодавне власти, ради очувања делотворности уставног суда, остављају овом органу дискреционо право да у претходном поступку одбаци велики број изјављених уставних жалби.

⁴⁷ Ирена Пејић, „Гаранције људских права у националном поретку: уставно судска заштита“, *Уставне и међународноправне гаранције људских права* (ур. З. Радивојевић), Правни факултет у Нишу, Ниш 2008, 266.

Четврто, као допуштени предмет уставне жалбе првенствено се јављају појединачни акти јавне власти. Разуме се да ова одлика уставне жалбе произлази из институционалне природе овог правног средства која подразумева да за њим може посегнути само лице које има непосредан правни интерес да се оспоравани акт јавне власти укине. Мање је вероватно да ће општи правни акт на непосредан начин изазвати повреду нечијих уставом зајемчених права. Уосталом, уставносудска пракса оних правних система који уставну жалбу допуштају и у односу на закон то потврђује. Такође, ограничавање предмета уставне жалбе на појединачне правне акте доприноси јасном разликовању овог правног средства од популарне тужбе.

Пето, за изјављивање уставне жалбе је неопходна жалбена легитимација. Уз незнатне изузетке у упоредном праву, уставна жалба се може изјавити само од стране лица које сматра да му је повређено неко од уставом зајемчених права. Другим речима, подносилац уставне жалбе мора бити непосредно погођен оспораваним актом. Ова одлика уставне жалбе има обележје особене разлике (*differentia specifica*) у односу на популарну тужбу.

Шесто, разматрајући уставну жалбу, уставни суд мериторно одлучује и у случају основаности навода жалиоца, без права преиначења, касира оспоравани акт јавне власти.

Напоследку, наведене одлике уставне жалбе допуштају да се она дефинише на следећи начин. Уставна жалба је особено супсидијарно средство правне заштите уставом зајемчених права, првенствено од појединачних аката јавне власти, које субјекту који сматра да му је неко уставно право повређено, омогућава да пред уставним судом покрене поступак о уставности оспораваног акта и издејствује његово касирање.

Dr. Darko Simović

Associate Professor

Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

THEORETICAL AND LEGAL FRAMEWORK OF CONSTITUTIONAL COMPLAINT

Summary

The expansion of constitutional complaint through the landscape of European constitutionalism in the last decade of the XX century, as

well as its implementation in the Serbian constitutional system in 2006, have increased the interest of Serbian legal scholars in this legal instrument. Comparative law does not provide a uniform institutional model of constitutional complaint, and experience of the Republic of Serbia with respect to this institute is very short. As a result, many questions regarding constitutional complaint have been raised in Serbian legal theory so far. This paper offers a theoretical and legal framework of the instrument of constitutional complaint. The author firstly examines the institutional models of three countries – Germany, Austria and Spain, and, secondly, deals with some specific characteristics of other constitutional systems which have subsequently introduced this legal instrument.

Key words: *Constitutional complaint. – Legal instrument. – Human rights. – Constitutional court.*

Др Драгиша Дракић*

„СУДСКО УТВРЂИВАЊЕ ЧИЊЕНИЦА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ“ УСПОСТАВЉАЊЕ СТВАРНОСТИ ИЗВРШЕНОГ ДЕЛА

У раду се обрађује комплексна проблематика судског утврђивања чињеница у кривичном поступку, које се односе на елементе законског описа кривичног дела. Аутор указује на потешкоће с којима се судија суочава приликом обављања овог сегмента свог посла. Разматрајући с теоријскоправног гледишта квалитет доказног материјала којег судија цени, као и методолошке поступке које примењује приликом ове оцене, аутор доноси одговарајуће закључке у погледу истине којој се тежи у кривичном поступку. С тим у вези, како се чињенично стање кривичног дела, како каже аутор, не „утврђује“, већ се „устоставља“, то се се ни истина којој се тежи у кривичном поступку не може назвати „материјална“. Аутор је назива „форензичком истином“. На крају закључује да и оваква истина може водити праведном одлучивању, те је морамо прогласити за меродавну, јер се на пољу процесне истине принципијелно више од тога не може постићи.

Кључне речи: *Судија. Утврђивање чињеница. Кривично дело. Кривични поступак. Успостављање чињеничног стања. Судска истина.*

Уобичајено је у правној литератури да се судијска активност поједностављено описује и своди на две операције – утврђивање

* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, ddragic@pf.uns.ac.rs.

У тренутку када је основна верзија рада поднета Редакцији часописа, још није био донет нови Законик о кривичном поступку Републике Србије, који је ступио на снагу у 2011. години, а већим својим делом примењиваће се тек од 15. јануара 2013. године. Стога је рад писан на темељу одговарајућих одредаба пређашњег Законика, а на нова решења Законика из 2011, тамо где је то било нужно, осврнули смо се укратко, углавном у виду напомена у фуснотама, у последњој фази припремања рада пред његово објављивање.

чињеница¹ и примену права.² С тим у вези, док се о примени права, која као претходну делатност у себи обухвата и процес сазнавања правне норме односно одређивања њене садржине, нарочито у иностраној кривичноправној теорији доста расправљало,³ утврђивању чињеница готово да није посвећена никаква пажња.⁴ Оваква ситуација изазива чуђење, посебно када се констатује да од правилног утврђивања чињеница зависи и правилна примена права, дакле доношење законите и правилне судске одлуке, а потом и изрази став појединих аутора да је овај сегмент судијске делатности „најсложенији, најтежи и најодговорнији“, а у исто време и „најбитнији за суђење“.⁵ Ако је то заиста тако, а без сумње јесте, поставља се питање који су разлози запостављања предметне проблематике у кривичноправној литератури.

Сматрамо да има више разлога за то. Као прво, вршење оног дела судијске функције која се односи на утврђивање чињеница у суштини не зависи од тога колико судија добро познаје материјално и процесно кривично право. Другим речима, за квалитетно обављање судијске функције нису довољна кривичноправна знања, јер се „кривични процес не темељи само на правним правилима, већ и на пси-

¹ Занимљиво је да Законик о кривичном поступку из 2011. године одговарајућим својим решењима фактички промовише доказну пасивност кривичног суда. Он, наиме, утврђивање чињеница у виду терета доказивања и правила која се односе на формални редослед извођења доказа на главном претресу, примарно поверава странкама. Улога суда се, према мишљењу појединих аутора, сада своди на контролу исправности доказног поступка и његово арбитражање која странка је била успешнија у доказном „дуелу“. Вид. Милан Шкулић, Погрешна концепција Нацрта Законика о кривичном поступку Србије, *Ревизија за криминологију и кривично право*, 48, 2/2010.

Ипак, мишљења смо да чињеница, што се новим Закоником терет доказивања пребације са суда на странке, не умањује актуелност нашег рада, који има задатак да са теоријскоправног становишта утврди квалитет истине до које се може доћи у кривичном поступку, без обзира на то на чијој страни се налази терет доказивања у погледу утврђивања чињеница.

² Поједини аутори процес примене правне норме разлажу на четири елемента: сазнање норме, тумачење норме, утврђивање фактичке ситуације и примену норме. О томе детаљније вид. Радомир Лукић, *Теорија државе и права*, II, Научна књига, Београд 1958³, 277 279.

³ Код нас овом комплексном питању, сасвим неоправдано, није посвећена готово никаква пажња. Ипак, у последње време приметно је повећање интересовања за ову проблематику. Вид. Група аутора, *Тумачење казненоправне норме и адекватност њене примене*, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд 2009. Такође Бранислав Ристивојевић, *Тумачење у српској науци кривичног права*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2010.

⁴ Овде не мислимо на ону димензију утврђивања чињеница која се уобичајено подводи под појам „доказно право“ односно „процесне радње доказивања“.

⁵ Тако Тихомир Васиљевић, „Размишљања о стручном усавршавању судија“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право* 3/1968, 367.

холошким, медицинским, техничким, физичким, хемијским и другим датостима“.⁶ С тим у вези, кривично право даје каталог могућих кривичноправно релевантних чињеница, а процесно право још одређује и начин, форму и место њиховог утврђивања, али они не дају одговор на питање да ли чињеница постоји или не постоји и са којом конкретном садржином постоји. То у потпуности остаје изван области регулисања кривичног права⁷. Пошто, дакле, ваљано утврђивање чињеница у кривичном поступку зависи у првом реду од животног искуства, познавања правила логике као и поседовања основних знања из напред наведених, али и других, некривичноправних и уопште неправних дисциплина,⁸ то су кривичари очигледно закључили да овим питањем не треба да се бави теорија кривичног права. У којој мери је овај закључак опасан не треба посебно наглашавати. Овде нам неће помоћи ни латинске изреке – *veritatis simplex oratio est*, јер *veritas temporis filia*,⁹ када знамо да се за нас релевантна чињенична „истина“, каква год она била, крије у *res iudicata*. Другим речима, како се мора проћи „путем кривичноправно релевантних чињеница“ да би се изашло на „пут примене кривичног права“ и доношења коначне судске одлуке о предмету суђења, то не постоји нико позванији од кривичара ко би требало да се бави односним питањем.

На незаинтересованост правника за ову проблематику могла би да утиче и околност да данас не постоји једна јединствена дефиниција појма чињенице. Штавише, изразу „чињеница“ придају се сасвим различита значења.¹⁰ То је и разумљиво уколико се узме

⁶ Karl Peters, *Strafprozess*, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe 1952, 237.

⁷ Слично, Т. Васиљевић, 367.

⁸ Слично и Грубач: „Суђење се не састоји само у примени правних норми, већ претпоставља и претходно сложено утврђивање чињеница и околности случаја који је предмет суђења, а тај посао судија не обавља ослањајући се на право, већ на друга многобројна и разноврсна знања, вештине и нарочито на животно искуство. Због тога закон условљава избор судија и одређеним радним (подразуме се и животним) искуством“, Момчило Грубач, *Кривично процесно право – увод и општи део*, Службени гласник, Београд 2004, 109. Поједини аутори штавише виде судије у будућности као „правнике изузетне ерудиције и осећаја за културна и уопште друштвена национална и интернационална кретања“, након чега судија „више не би био ‘слуга’ законодавца, већ тумач постојећих и детерминатор предстојећих културних кретања“, Миодраг Мајић, „Начело легалитета – нормативна и културна еволуција (II део)“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2009, 49.

⁹ „Говор истине је једноставан јер се на крају ионако све сазна“. Касније и Хегел слично тврди да „морамо гајити уверење да је оно што је истинито по својој природи такво да мора успети када буде дошло његово време, и да се оно појављује само када је то време дошло, те се због тога никада не појављује сувише рано, нити наилази на публику која за њ није сазрела“ Георг Вилхелм Фридрих Хегел, *Феноменологија духа* (превод са немачког), Београдски издавачко графички завод, Београд 1979², 41 42.

¹⁰ Више о томе, Владимир Водинелић, „Проблеми чињеница у доказној теорији кривичног процесног права“, *Анали Правног факултета у Београду* 5/1992, 370 371.

у обзир да овај појам не припада интерном нормативитету ниједног појединачног знања и не спада у искључиву надлежност само једне науке, научне области или области знања уопште. Зато и не може постојати једна јединствена дефиниција појма „чињенице“. Ако би морали дати односну дефиницију могло би се рећи да је чињеница нешто што је присутно или се већ догодило, те је као такво било, или јесте предмет опажања, посматрања и утврђивања.¹¹ Такође, могло би се рећи и да је чињеница „мисаоно-чулном делатношћу утврђено објективно-реално постојање извесне ствари, појаве, процеса, дешавања, особине или односа“.¹² Иако су несумњиво корисне, ове дефиниције нам много не помажу, јер су сувише неодређене и за наше потребе нефункционалне. Ипак, то не треба да плаши правнике кривичаре. Оно што њих интересује није чињеничност уопште, а ни сва чињеничност која би могла имати неке везе са догађајем који је предмет суђења. Сонда кривичног правосуђа управљена је на онај сегмент чињеничности дешавања који се односи на „чињеничност“ онога што је у закону предвиђено као кривично дело, као и онога што је материјално и процесно битно за разјашњавање тог дела.¹³ Само је то предмет нашег интересовања.¹⁴ Додуше, ми овим нисмо дефинисали кривичноправно релевантну „чињеничност“. Овде нека опште обавезујућа дефиниција појма чињенице у кривичном поступку, која би у себи садржавала елементе који би били заједнички укупној појмовности овог феномена, и није нужна. За наше потребе биће довољно што смо одредили њене могуће границе.

Коначно, на игнорисање ове проблематике од теоретичара кривичног права могла би да утиче и околност што кривични догађај који је предмет суђења није онтолошка, већ превасходно гносеолошка категорија. Он не представља фрагмент објективне стварности који постоји независно од наше спознаје, већ наш исказ о овој стварности који се базира на њеној спознаји. Из тога се извлачи закључак да је свака спознаја релативна, јер је везана и зависна од субјекта сазнања. Из овог претераног скептицизма је и могао настати „дефетизам“ кривичара – бежање од проблема утврђивања чињеница у кривичном поступку. Наиме, ако је сазнање чињеница у кривичном поступку увек релативно, јер је субјективно, да ли то значи да је и

¹¹ *Речник филозофских појмова* (превод са немачког), БИГЗ, Београд 2004, 704.

¹² Богдан Шешић, *Општа методологија*, Научна књига, Београд 1971³, 270.

¹³ Слично, Winfried Hassemer, „Grenzen des Wissens im Strafprozess“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Heft 4, Berlin 2009, 837.

¹⁴ То је онда дакле истовремено и индиција да би ова стварност могла од говарати кривичноправно релевантној стварности из норме на коју би се као правно нужан след могла надовезати кривична санкција. О елементима правне норме видети нпр. Ernst von Hippel, *Einführung in die Rechtstheorie*, Vierte Auflage, Verlag Aschendorff, Münster 1955, 23 35.

битак – оно што се сазнаје, увек релативан? А ако је оно што се сазнаје – у нашем случају криминални догађај из прошлости који је предмет суђења, увек релативно, из тога би могло да се закључи да ми никад не долазимо до истине у кривичном поступку. Тиме бисмо доспели у зачарани круг апсолутног релативизма, па и нихилизма. Он би био противречност по себи. Дакле, не стоји тврдња да се не може никада ништа апсолутно, онако како се заиста дешава или се десило, сазнати. „Нешто од апсолутности предмета мора ући у свако сазнање. На тај начин се само признаје један ограничени гносеолошки релативизам“.¹⁵ Питање је само да ли и како се овај субјективитет сазнања, уопште па и у кривичном поступку, може превладати да би се у њему (сазнању) у што је могуће већој мери осликала објективна датост. На ово питање се враћамо у каснијем излагању.

Пре тога одређена прецизирања. Наиме, у кривичнопроцесној литератури уобичајено је да се све чињенице које се морају утврдити у конкретном кривичном поступку, а на које непосредно упућују правни прописи који се имају применити конкретном приликом, називају правно релевантним или одлучним чињеницама.¹⁶ Правно су, дакле, релевантне све чињенице на којима се непосредно темељи примена, како материјалног, тако и процесног кривичног права. Тако у материјално релевантне чињенице спадају чињенице које представљају обележја општег односно посебног појма кривичног дела, чињенице које представљају основе за искључење противправности и кривице, као и оне од којих зависи одмеравање казне. С друге стране, процесно релевантне чињенице могу бити оне које представљају процесне претпоставке и процесне сметње од којих непосредно или посредно зависи судска одлука, али и чињенице на којима се темељи одлука о трошковима поступка односно одлука о имовинскоправном захтеву.¹⁷ Скуп правно релевантних чињеница уобичајено се назива и „правно релевантно чињенично стање“.¹⁸

Поред напред наведених чињеница некада се у кривичном поступку морају утврдити и чињенице на основу којих се логички и према животном искуству може донети закључак о постојању правно релевантних чињеница. Исте се у кривичнопроцесној литератури

¹⁵ Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie im Wandel*, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main 1972, 59. Слично и Х. Георг Гадамер, „Истина у духовним наукама“, у: *Похвала теорији* (превод са немачког), Октоих, Цетиње 1996, 51.

¹⁶ Тако нпр. Bogdan Zlatarić, Mirjan Damaška, *Rječnik krivičnog prava i postupka*, Informator, Zagreb 1966, 247.

¹⁷ Mladen Grubiša, *Činjenično stanje u krivičnom postupku*, Informator, Zagreb 1980², 54.

¹⁸ Vladimir Bayer, *Jugoslavensko krivično procesno pravo*, II *Pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku*, Informator, Zagreb 1978², 5. Једнако и у грађанскопроцесној литератури, нпр. Борислав Старовић, Ранко Кеча, *Грађанско процесно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 1995, 212.

називају индицијама. Помињу се такође и тзв. помоћне чињенице, које служе проверавању доказа као извора сазнања о правно релевантним чињеницама или индицијама.¹⁹

Предмет нашег интересовања у раду нису све наведене чињенице, већ само материјалноправно релевантне чињенице које се одnose на битне елементе законског описа кривичног дела које је предмет суђења.

С тим у вези, у наредном излагању најпре ћемо одредити ове чињенице, а затим расправити, на који начин и са којим степеном уверења их утврђује судија на главном претресу, да би одговорили на напред постављено питање, да ли и како се може превладати субјективитет сазнања судије да би се у њему (сазнању) што верније осликала објективна датост криминалног догађаја. Другим речима, можемо ли у том контексту доћи до неког „надсубјективитета“ субјекта сазнања? Теорија кривичног права као да једнодушно даје потврдан одговор на ово питање – односне чињенице морају се утврдити са највећим степеном извесности у поступку.²⁰ И Законик о кривичном поступку који се већим својим делом примењује до 14. јануара 2013. године заузима исту позицију.²¹ Дакле, што се њих тиче мора бити утврђена „материјална истина“.²² Међутим, када треба пронаћи путеве и начине како да се дође до ове „материјалне истине“, како да се превлада озбиљна препрека у виду субјективитета

¹⁹ О индицијама и тзв. помоћним чињеницама вид. детаљније нпр. V. Bayer, 5 8.

²⁰ Тако и М. Грубиша, (1980), 54.

²¹ „Пресуду или решење које одговара пресуди суд може засновати само на чињеницама у чију извесност је потпуно уверен“ чл. 18, ст. 1 ЗКП. Такође, „суд и државни органи који учествују у кривичном поступку дужни су да истинито и потпуно утврде чињенице које су од важности за доношење законите одлуке“ чл. 17, ст. 1 ЗКП. (Законик о кривичном поступку ЗКП, *Службени лист СРЈ*, бр. 70/01 и 68/02 и *Службени гласник РС*, бр. 58/04, 85/05, 85/05 др. закон, 115/05, 49/07, 122/08, 20/09 др. закон, 72/09 и 76/10).

²² Занимљиво је да наш нови Законик о кривичном поступку, који је недавно ступио на снагу, више не садржи већ поменуто одредбу. Он једино у чл. 16, ст. 4 прописује да „пресуду, или решење које одговара пресуди, суд може засновати само на чињеницама у чију је извесност уверен“. С тим у вези, ова законска одредба могла би се двоструко протумачити. С једне стране, може се заузети став да је тиме законодавац на реалистичнији начин сагледао и конципирао начело истине у кривичном поступку, јер је избегавањем да употреби „компромитовану“ реч „истина“ наговестио напуштање начела истраживања „материјалне истине“, али не и начело истине уопште. С друге стране, међутим, ова, али и неке друге одредбе новог Законика, према мишљењу појединих аутора, говоре у прилог закључка, да, све и да се наш нови Законик није одрекао начела истине, оно је у њему несумњиво у потпуности девалвирано. Тако Милан Шкулић, Нацрт Законика о кривичном поступку Србије као израз лоше концепције и погрешних нормативних решења, *Бранич часопис Адвокатске коморе Србије*, 123, 3 4/2010, 9 42. Вид. такође у целини Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/11.

субјекта сазнања, тада се кривичари оглашавају ненадлежним да дају одговор на ово питање. Но, они истовремено начело истраживања материјалне истине стављају на пиједестал и проглашавају врховним начелом и вредношћу,²³ намећући на тај начин судијама осећај гриже савести кад год у себи осете сумњу у погледу тога, да ли се чињенично стање баш тако одиграло како је то утврђено у кривичном поступку.

Напред смо рекли да су предмет нашег интересовања у раду – материјално правне релевантне чињенице које представљају битне елементе законског описа кривичног дела које је предмет суђења. Ради појмовне јасноће овде је потребно нагласити да то нису чињенице које представљају елементе законског описа одређеног кривичног дела²⁴ и које су дакле саставни део предвиђености дела у закону, већ проузроковање чињеничног стања дела које одговара законском опису неког кривичног дела, којим се крши норма из бића дела. Другим речима, законски описи кривичних дела су појмовне слике којима су описани могући људски облици забрањеног понашања.²⁵ То су апстрактно типизирајући смислени садржаји који се односе на „стања ствари“ која је законодавац себи представио као могућа, а под која може да се припише неко конкретно стање ствари.²⁶ Док је прво „стање ствари“ генерално – апстрактно, друго стање ствари је индивидуално – конкретно.²⁷ Како је прво стање ствари „апстрактно типизирајућа, сврховито кохерентна могућност једне стварности“, а

²³ Каже се да као што је праведност парадигма материјалног кривичног права, тако је и истина парадигма кривичног процесног права. Тако, W. Hassemer, 831.

²⁴ Угледни процесуалиста М. Грубиша својевремено је део свог научног опуса посветио критици учења о „чињеничном стању“ законског описа кривичног дела, тврдећи да све што се налази у неком правном пропису може бити само правно, а никако чињенично. Вид. нпр. његов рад: „Rješ enje problema razlikovanja i razgraničenja činjeničnih od pravnih pitanja“, *Naša zakonitost*, 1, 2/1960, 29-49. Поменути аутор је међутим предимензионирао проблем и изгубио из вида да су изрази „чињенично стање“, „стање ствари“ као и „стварност“ законског описа кривичног дела уобичајене термилошке одреднице које су преузете из немачке доктрине, пре свега теорије права. При томе, ово термилошко одређење нема амбицију да по каже како су елементи законског описа неког кривичног дела нешто чињенично, а не правно, већ се истоветним језичким квалификацијама, онога што се налази у неком пропису и онога што се десило у стварности, а може се подвести под односни пропис, хоће нагласити њихова смислена и циљна повезаност у односу рода и врсте, општег и индивидуалног, апстрактног и конкретног, типичног и специјалног.

²⁵ С тим у вези, о потреби да кривичноправне норме буду у високом степену одређене и прецизне, као и о начелу законитости уопште, корисно је видети, М. Шкулић, „Начело законитости у кривичном праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2010.

²⁶ Тако, Günther Winkler, *Raum und Recht – dogmatische und theoretische Perspektiven eines empirisch rationalen Rechtsdenkens*, Forschungen aus Staat und Recht 120, Springer Verlag, Wien – New York 1999, 139.

²⁷ *Ibid.*, 140.

друго – „индивидуално конкретна, циљно кохерентна стварност“,²⁸ само друго стање ствари је предмет доказивања у поступку у својој конкретној чињеничности.²⁹ И само то друго стање ствари може бити противправно, јер противправно не може бити „чињенично стање“ као појмовна слика, већ само проузроковање чињеничног стања,³⁰ наравно под условом да не постоји неки општи или посебни основ који би у конкретној ситуацији одузео делу карактер противправности.³¹

После свега могли би да резимирамо да је предмет нашег интересовања и испитивања у овом раду – чињенични супстрат, као конкретна потенцијално кривично-противправна стварност, за који постоји основана сумња да би се могао транспортовати у систем јуриспруденције подвођењем под одређену чињенично-апстрактно типизирајућу појмовну слику из законског описа конкретног дела.

Дакле, владајући је став да је задатак судије да на главном претресу са највећим степеном извесности донесе закључак о томе, руковођен начелом истраживања „материјалне истине“, да ли одређена напред наведена материјалноправно релевантна чињеница постоји или не постоји.

При том, суд може утврђивати само оне чињенице које су саставни део законског описа дела које је предмет оптужбе. Суд је у том смислу везан описом догађаја који је предмет оптужбе а који се може подвести под одређену законску квалификацију кривичног дела,³² с тим што није везан правном квалификацијом под коју је чињенично стање подвео тужилац.³³ Судска везаност односи се само на ове

²⁸ *Ibid.*, 145.

²⁹ С тим у вези, расправљајући о примени позитивног права на „стварни живот“ Фојербах је својевремено рекао да преко правних прописа „закон треба да буде представљен у својим састојцима и примењен на услове под којима човек постоји у искуству, на емпиријске односе његовог живота и деловања“. Вид., Ан селм Фојербах, *Однос филозофије и емпирије према позитивној правној науци* (превод са немачког), Досије, Београд 2008, 13.

³⁰ Тако, Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht eine systematische Darstellung*, Walter de Gruyter, Berlin 1958⁶, 47.

³¹ С тим у вези, Велцл тврди да би идентификација законских описа кривичних дела и њихове противправности довела до појмовне збрке. Због тога предлаже да се пође од тога да је законски опис дела конкретан опис забрањеног понашања као појмовне слике из кривичноправне норме, док је противправност противност конкретног понашања једној забрањеној норми у правном поретку као целини. О од носу предвиђености дела у закону и противправности видети детаљније, H. Welzel, 45 47.

³² С тим у вези, „пресуда се може односити само на лице које је оптужено и само на дело које је предмет оптужбе садржане у поднесеној, односно на главном претресу измењеној или проширеној оптужници“, чл. 351, ст. 1 ЗКП.

³³ Тако, „суд није везан за предлоге тужиоца у погледу правне оцене дела“, чл. 351, ст. 2 ЗКП.

чињенице, али не и на друге које су правно релевантне за тако описано дело. Њих судија мора утврђивати и по властитој иницијативи, односно по службеној дужности. Поред тога што је везан описом криминалног догађаја из прошлости који је предмет оптужбе, суд је везан и законом прописаним каталогом извора информација о односним чињеницама, као и начинима њиховог „искоришћавања“ у поступку за потребе суђења. Другим речима, да би се чињеница из прошлости која је предмет суђења трансформисала у доказну чињеницу на којој се једино може засновати судска одлука, неопходно је да је извориште информације о односној чињеници – законом прописани доказни извор (нпр. сведок, вештак и тд.), употребљен на начин и у поступку како је то законом прописано (нпр. начин и процес саслушања сведока и вештака и тд.). Изузетно, то могу бити и други доказни извори, под условом да они сами, као и начин њиховог прибављања односно употребе, нису у супротности са правним поретком у целини, основним начелима поступка и потврђеним међународним уговором. Јер, чињеница извршења дела мора се, према строгим правилима процесног поретка, претворити у чињеницу доказа, да би судија на то могао надовезати правну последицу.³⁴ Уколико је судија дошао до сазнања о релевантној чињеници из прошлости која међутим не чини садржину оптужбе, или путем неких других извора информација, односно на начин и у поступку који нису предвиђени законом, или се противе правном поретку, основним начелима поступка или потврђеном међународном уговору – то није доказна чињеница и на њој судија не може да заснује своју одлуку, па макар се радило о чињеници која се заиста одиграла у прошлости и као таква требало је да буде предмет пресуђења. Ова, али и нека друга процесна правила³⁵ очигледно не служе потпуном разјашњењу стања ствари у кривичном поступку и следствено томе – проналажењу „материјалне истине“. Ипак, то је у складу са фундаменталним принципом кривичног процесног права који се може свести на следећу констатацију: „Све што можемо, ми истовремено и не смемо“.³⁶ То је уосталом „и принцип сваког права, сваке етике, као и сваке нормативне конституције људског саживота“.³⁷ Но, без обзира на то, данас је ситуација свакако много боља него што је била пре законског акцептирања тзв. слободне оцене доказа, када су постојала одређена законска правила која су

³⁴ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Springer Verlag, Wien 1960, 245.

³⁵ Вид. нпр. М. Грубиша, „Материјална истина у судском поступку“, *Наша законитост*, 3, 4/1964, 97; М. Шкулић, „Начело правичног вођења кривичног поступка и начело истине у кривичном поступку“, *Правни живот* 9/2010, 592–595; Вања Бајовић, Начело утврђивања материјалне истине, *Правни живот* 9/2010, 664, 665.

³⁶ С тим у вези, Шкулић каже да „истина, ма колико у кривичном поступку била важна, не може и не сме бити таква вредност која се мора достигати по сваку цену“, М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Правни факултет, Београд 2010², 80, 81.

³⁷ W. Hassemer, 832.

прописивала број, врсту и квалитет доказних извора који су били неопходни да би се нека чињеница сматрала истинитом и самим тим утврђеном у кривичном поступку. Уколико таквих доказних извора није било, чињеница се сматрала непостојећом, и обрнуто, без обзира на став и мишљење судије о томе. Судија данас није везан таквим ограничењима,³⁸ већ доказни материјал, до којег се дошло на начин како смо напред рекли, цени по свом слободном уверењу поштујући „законитости логике, мишљења и искуства“.³⁹

У наредном излагању ћемо размотрити квалитет доказног материјала којег судија цени по свом слободном уверењу, као и методолошке поступке које судија примењује, или би требало да примењује, приликом ове оцене да би на најбољи могући начин добијени доказни материјал могао довести у везу са „стварношћу“ извршеног дела које је предмет суђења. Ова анализа би требало да нам одговори на напред већ постављено питање, да ли се у сазнању судије може верно осликати датост предметног криминалног догађаја, или је пак „материјална истина“ у смислу у којем ми овај израз користимо у раду⁴⁰ једна криминално-политичка флоскула која је још подигнута и на ранг врховног начела кривичног поступка. Да ће достизање овог идеала бити веома тешко види се и из тога што је судија већ у старту „индиспониран“ напред поменутиим односним законским ограничењима.

Најбоље би било када би судија на главном претресу могао властитим опажањем констатовати предметне чињенице које би се могле подвести под законски опис неког кривичног дела. Ипак, како се криминални догађај који је предмет суђења по правилу⁴¹

³⁸ С тим у вези, „закон судији препушта да на основу свог личног нахођења и искуства, савести и знања, као и оспособљености за обављање оваквог задатка, донесе одлуку о чињеницама у поступку“, К. Peters, 237. Такође, наш Законик о кривичном поступку прописује да „изведене доказе који су од значаја за доношење судске одлуке суд оцењује по слободном судијском уверењу“, чл. 18, ст. 1 ЗКП.

³⁹ Heinrich Henkel, *Strafverfahrensrecht*, W.Kohlhammer Verlag, Stuttgart Köln 1953, 402.

⁴⁰ У делу процесне литературе израз „материјална истина“ употребљава се као антипод изразу „формална истина“ до које се наводно долазило у поступцима када је још важила тзв. законска оцена доказа. У том смисли, „материјална истина“ је истина до које се долази на бази тзв. слободне оцене доказа, ту судија приликом оцене доказа није оптерећен никаквим законским доказним правилима. Ипак, ми под овим изразом подразумевамо идеал достизања потпуне, објективне истине у кривичном поступку, дакле могућност да судија утврди чињенице дела у поступку са потпуном сигурношћу, са највећим степеном извесности која гарантује потпуну подударност извршеног дела из прошлости и судијске спознаје његовог извршења у свим кривичноправно релевантним појединостима.

⁴¹ Изузетно, може се догодити да неки учесник поступка на самом главном претресу изврши кривично дело. С тим у вези вид. чл. 301, ст. 2 и чл. 342, ст. 1 ЗКП. О поступању председника судског већа у таквој ситуацији у новом Законику вид. чл. 376, ст. 1, 2.

десио у прошлости⁴² то судија редовно на овај начин не сазнаје чињенице. До њиховог сазнања он долази посредно, преко других извора информација о њима. Пошто судија не констатује чињенице, он их дакле, као нешто што је прошло, не може „тражити“ и на крају „пронаћи“ у садашњости, већ само може „трагати“ за њима. Ако би сада „истину“ за наше потребе дефинисали као сагласност сазнања са својим предметом⁴³ полазећи од класичне формуле – *adequatio intellectus et rei*, а с тим у вези „материјалну истину“ унапред наведеном смислу – као подударност судијског сазнања о кривичном делу у садашњости са чињеничним садржајем самог дела из прошлости, могли би закључити да ми никада не долазимо до „материјалне истине“.⁴⁴ Стиче се утисак да би до овакве истине могао да дође само математичар⁴⁵ или природњак,⁴⁶ сваки у својој струци, а никако правник – судија.

Такође, мора се уважити реалност да „различите науке имају различите концепте и инструменте сопственог сазнања“,⁴⁷ из чега посредно следи да свака наука тежи некој „сопственој истини“. То је случај и са правном науком, а посебно кривичноправном науком, која поседује сопствени систем задатака, парадигми, метода и инструмената. „Шта једна наука предвиђа као своје задатке, каква темељна убеђења она прихвата, које методе и инструменте она употребљава а које одбацује, спада у њену аутономију и за то је сама одговорна“.⁴⁸ А од тога у одређеној мери зависи и карактер „истине“ којој се тежи у свакој од њих. То би биле, условно речено, формално-објективне границе „истине“ у свакој појединој науци, па и појединој научној области. С тим у вези, видели смо напред да кривично-процесно право познаје одређена процесна правила која отежавају потпуно разјашњење чињеничног стања у кривичном поступку и „подмећу ногу“ истраживању „истине“. Ову истину, која је скучена различитим програмима и границама које кривично право уопште ставља пред судију, могли бисмо назвати „судском истином“.

⁴² С тим у вези, „историјско је заувек одсутно из своје властите садашњости. Тиме хоћемо да кажемо да историјско ишчезава иза својих појављивања... Оно је феномен реалност без реалности“, Емануел Левинас, *Тоталитет и бесконачност* (превод са француског), Јасен, Београд 2006, 50.

⁴³ Тако и Имануел Кант, *Логика* (превод са немачког), Невен Феникс, Београд 2008, 59.

⁴⁴ Зато Вукадиновић за потребе теорије права и дефинише појам истине као „људско сазнање које релативно адекватно одговара објективној стварности“, Горда на Вукадиновић, *Оните учење о праву*, Нови Сад 2003, 207.

⁴⁵ Willi Nef, *Die Philosophie Wilhelm Wundts*, Verlag von Felix Meiner, Leipzig 1923, 55.

⁴⁶ Тако, А. Kaufmann, 57.

⁴⁷ W. Hassemer, 846.

⁴⁸ *Ibid.*, 847.

Иако се из одредаба кривичног права, а нарочито процесног права, може извести закључак о „формалним границама истине“ којој се тежи у кривичном поступку, њен садржај и квалитет зависи од делатности онога који примењује право, пре свега судије. Стога је она у првом реду „субјективна“, јер зависи од целокупне снаге његовог субјективног индивидуалитета. Како је рекао Хумболт (*Humboldt*): „Човек се том чисто објективном подручју не може другачије приближавати до према свом начину спознавања и осећајности, дакле субјективним путем“.⁴⁹ Или, другачије речено: „Пошто сазнање настаје из међусобног дејства субјекта и предмета, отуда је неизбежно да је оно нужно субјективно“.⁵⁰ Да је сазнање нужно субјективно констатовали смо још на почетку рада. И то није спорно. Међутим, то сазнање нема никакав значај за нас, не производи никаква кривичноправна дејства, све док се није изразило на одговарајући начин. Ово изражавање најчешће се остварује у кривичном поступку у форми језичког исказивања. Када је у питању суд, језичко изражавање је обавезно. Да се сада вратимо на предмет нашег рада: суд је дужан да језичким конструкцијама донесе коначан суд и да коначну реч о томе, да ли чињенично стање одређеног дела постоји и са каквом садржином постоји. Из тога следи да није најпрецизније рећи да је истина у кривичном поступку подударност сазнања о делу и самог дела. Наиме, битно је да ово сазнање изађе на светлост дана. Може се све знати о делу, а да то сазнање не дође до суда. Такође, може ово сазнање доћи пред суд, али због намерне или случајне погрешне интерпретације односно реинтерпретације учесника поступка оно може изгубити сопствену аутентичност. Коначно, може судија имати праву слику о почињеном делу из прошлости, а да је његово језичко изражавање верно не осликава. Стога се у контексту истине може говорити једино о подударности стварности, у нашем смислу – чињеничног стања дела из прошлости, и изјаве о тој стварности,⁵¹ у нашем смислу – језичког изражавања судије у судској одлуци које у потпуности осликава предметно чињенично стање.⁵² Сматра се да је ову кореспонденцију, у смислу истине, изјаве о стварно-

⁴⁹ Нав. према Karl Otto Apel, *Transformacija filozofije* (превод са немачког), Veselin Masleša, Sarajevo 1980, 107.

⁵⁰ А. Kaufmann, 57.

⁵¹ С тим у вези, поједини аутори квалификацију „истинитости“ односно „не истинитости“ погрешно везују за појам чињенице. Тако нпр. Зауер тврди да „само чињенице могу бити истините или неистините, а вредносни судови тачни или не тачни“, вид. Wilhelm Sauer, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin 1961², 145.

⁵² С тим у вези, још је Аристотел рекао да су мишљења и говор истинити „по томе што збиља постоји“, а не „по томе што је збиља истинита“. Мисао преузета из Toma Akvinski, *Izbor iz djela*, I, (превод са латинског), Naprijed, Zagreb 1990, 212.

сти и саме стварности први установио Аристотел.⁵³ Дакле, „истина представља особину људских изјава о стварности“,⁵⁴ „само изјавом обухваћена тврдња о сазнатом предмету има квалитет истинитости или неистинитости“.⁵⁵

Сходно свему што смо напред рекли, да би судија истинито утврдио чињенично стање које је проузроковано у прошлости и које је предмет суђења он би морао да категорије поретка мишљења и језика различитих субјеката кривичног поступка сакупи и доведе у међусобну везу, потом на основу на тај начин процесно дозвољено прикупљеног као и оцењеног материјала изгради сопствено мишљење о томе шта се заиста десило у прошлости, и на крају односно дешавање опише речима, при чему би тај опис морао верно да осликава кривичноправно релевантну стварност извршеног дела. Овај судијски посао чувени теоретичар права Енгиш (*Engisch*) упоредио је са радом историчара: „Чисто логички посматрано утврђивање чињеница у судском поступку сродно је историјском утврђивању чињеница. Као што историчар утврђује чињенице на основу извора који му стоје на располагању, тако се у судском поступку на основу исказа окривљеног и уз помоћ тзв. доказних средстава долази до правно релевантних чињеница. Као и историчар, тако и судија стално има пред очима да се његово знање прошлости у суштини темељи на предању једног или више људи, као и да је ово знање подвргнуто једном процесу, дакле не може се састојати из елементарних и неперсоналних атома који су непроменљиви“.⁵⁶ Свакако, за нас нимало оптимистична опсервација.

Како се ипак делатност судије унапред наведеном контексту не може у потпуности поистоветити са радом историчара,⁵⁷ а тим пре ни са радом припадника других наука и научних дисциплина, то је дало повода појединим ауторима да, полазећи од специфичности судијске функције, изнесу само наизглед претенциозан али у суштини исправан став, „да је судовање у својој укупности само за себе ‘држава’“.⁵⁸

⁵³ Вид. више нпр. Käte Hamburger, *Istina i estetska istina* (превод са немачког), Svijetlost, Sarajevo 1982, 23 26.

⁵⁴ Wolfgang Käßer, *Wahrheitsforschung im Strafprozess Methoden der Sachverhaltsaufklärung*, J. Schweitzer Verlag, Berlin 1974, 9.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ К. Engisch. Наведено према: W. Käßer, 68. Полазећи од истих позиција пољски историчар Гајштор својевремено је надахнуто изјавио да историја „каткад осећа да је друге друштвене науке позивају да им изнесе феномене који омогућавају разумевање аналогија између предмета испитивања садашњости и прошлости“, Александер Гајштор, „Историчар и науке о човеку“, *Човек у модерним наукама* (превод са немачког), Књижевна заједница Новог Сада, Нови Сад 1986, 58.

⁵⁷ О критици овог поређења вид., W. Käßer, 71.

⁵⁸ Тако E. von Hippel, „Richterstellung und Richtergesetz“, *Mechanisches und moralisches Rechtsdenken*, Verlag Anton Hain K.G, Meisenheim am Glan 1959, 435.

Да се сада вратимо на претходну констатацију, да судија „има посла“ са категоријама поретка мишљења и језика различитих учесника поступка. Он пред собом некада има читав конгломерат најразличитијих реченичних конструкција насталих као производ увиђаја, реконструкције догађаја, вештачења,⁵⁹ саслушања сведока, оштећених, окривљених и сл. Да невоља буде већа, често се догађа да реченичне изјаве не одговарају стварности предметног дешавања. Поставља се питање због чега је тако? С тим у вези, потребно је нагласити да свака реченица или скуп реченица одређеног субјекта поступка носи собом и одговарајућу менталну слику чињенице односно чињеница из прошлости. Та ментална слика темељи се на категоријама мишљења да се нешто догодило и веровања да се баш то догодило. Уколико се сада обратимо за помоћ психологији и констатујемо да мишљење не настаје простим преузимањем чулно опаженог материјала, већ, ако и занемаримо могуће грешке у самом опажању, селекцијом⁶⁰ и мисаоном прерадом⁶¹ односног материјала, док „по својој унутрашњој природи, веровање, или осећај реалности, представља врсту осећаја који је ближи емоцијама, него било чему другом“⁶² и на којег у великој мери утичу темперамент и несвесни вољни процеси,⁶³ биће нам јасно са каквим се тешкоћама судови који одговорно и савесно хоће да обаве свој задатак сусрећу приликом анализе и оцене прикупљеног материјала. Ипак, не би требало ни ићи у другу крајност па тврдити да је сваки догађај у мишљењу човека измењен до непрепознатљивости, нити да се свако веровање у потпуности темељи на емоцијама. Веровање се некада у већој или мањој мери свакако образује и као интелектуално, рационално-свесно и мисаоно збивање.

Но, тиме се муке са доказним материјалом не завршавају. Када је свако за себе формирао мишљење и уверење да се нешто догодило на одређени начин у одређено време и на одређеном месту, сада је потребно да то усмено или писмено језички артикулише на исправан

⁵⁹ Само у вези са једним кривичним делом некада се може јавити потреба за великим бројем вештачења. Тако, ако узмемо неко копликовано кривично дело почињено у саобраћају могућа су саобраћајно техничка вештачења, вештачења трагова стакла, лака, боје, честица гуме, прљавштине, тканина, расутог или просутог терета, дактилоскопска вештачења, испитивања докумената, избрисаних знакова слова и бројева, серолошка, алкохолметријска, комплексна криминалистичка и ауто техничка вештачења, криминалистичко судско-медицинска, судско психијатријска односно психолошка вештачења, пожарно техничка, ботаничка и слична вештачења. Тако В. Водинелић, 375.

⁶⁰ Вид. W. Käfer, 88.

⁶¹ В. Водинелић, 378.

⁶² Берtrand Расел, *Анализа духа* (превод са енглеског), Откровење, Београд 2008, 235.

⁶³ W. Käfer, 77.

начин, тако да оно што он зна и колико зна буде доступно и знању судије. Поред тога што је ово „знање“, како смо напред видели, често проблематично, не настају мале тешкоће ни када њега треба „пренети на друге“. Некада су необразованост или недовољна образованост сведока или окривљеног, односно њихова неписменост или неспособност да се језички исправно и у потпуности изразе,⁶⁴ а понекад и њихова намера да прикрију оно што се заиста десило, непремостиве препреке да се дође до коначног циља. Стога су неки аутори с правом указали на „зависност знања о прошлости и историјске спознаје од коришћених језичких и литерарних средстава“.⁶⁵ То свакако важи и за знање о прошлости криминалног дешавања.

Дакле, судија има пред собом скуп различитих текстова, мноштво различитих језичких знакова, формираних у складу са напред поменутих субјективним условљеностима и ограничењима. Другим речима, он пред собом има скуп различитих интерпретација онога што се заиста десило. Судија би сада требало да поднеги језички материјал организује, међусобно доведе у везу и усклади.

Уколико се изјаве различитих учесника поступка међусобно поклапају, уколико су дакле различити интерпретативни склопови стварности извршеног дела садржински идентични односно међу собом усклађени, ситуација је јасна. У таквој ситуацији судији не преостаје ништа друго него да интерпретативне склопове акцептира и ову опште идентичну представу о делу прогласи за „очигледну“. Ипак, „срећа нам се и овде само ретко осмехне“.⁶⁶ Најчешће се догађа да, управо супротно, нема овакве „очигледности“, па је потребно много труда да се она успостави како би добила легитимитет на опште важење.

Дакле, редовно се дешава да судија мора приступити напред поменутом упоређивању, селектирању и усклађивању међу собом неусклађених а понекад и сасвим супротстављених интерпретација предметног криминалног догађаја. Он то чини већ поменутом апаратом логике, мишљења и искуства, којом покушава да интерпретира већ изречене интерпретације других, и појединачно и у општем значењу. С друге стране, он овај посао мора обавити брзо, јер кривични поступак не сме трајати у недоглед.

С тим у вези, поставља се питање, када се може рећи да је интерпретативни склоп заокружен а процес успостављања чињеничног

⁶⁴ Не би требало прецењивати ни језичко литерарну „надареност“ осталих учесника поступка.

⁶⁵ Валтер Грасник, „Право знакова у знаку права“, *Ка новој теорији права* (превод са немачког), Издавачка књижевница Зорана Стојановића, Сремски Карловци Нови Сад 2001, 220.

⁶⁶ *Ibid.*, 240.

стања окончан. Овде нам теорија права покушава помоћи: „Оцена доказа достигла је могућу меру објективитета ако би и ‘просечан грађанин’, ‘нормални разумни човек’, дошао до истог сазнања као и конкретни судија. Више се од тога не може очекивати ни од судије“.⁶⁷ Ипак, како се не може установити теоријски конструкт „просечног“ односно „нормално разумног“ човека, што дискредитује односни „критеријум помоћи“, прешло се на даље „корективне критеријуме“. Тако, као „гаранција квалитета“ обављеног посла временом је „испливало“ мерило „просечног судије“. Ово мерило полази од тога „да је судија задовољи своју обавезу истраживања истине када је исти толико далеко отишао у разјашњењу криминалног дешавања како би то урадио и судија са ‘просечним’ способностима“.⁶⁸ Међутим, на одговоре на питања, из којег круга судија би тражили „просек“, као и, које способности унутар судијског позива би се узеле за „просечне“, ова теорија није у стању да одговори. Зато су „у оптицају“ и друге теорије. Према њима, судија је у погледу утврђивања чињеница ваљано обавио задатак ако је исти у процесу формирања убеђења искористио све своје способности, искуства и знања која су му индивидуално стајала на располагању. Као и обрнуто.⁶⁹ Одмах упада у очи да је односни критеријум логички противречан, јер је према истом мерило поређења идентично са самим предметом поређења, што му одузима било какав значај за практично решавање нашег проблема. Коначно, познат нам је и критеријум „разборитог“ односно „увиђавног“ судије.⁷⁰ За овај тип, према којем би судијско утврђивање чињеница требало да се орјентише, може се рећи да је то „знање судије употпуњено знањем вештака“, при чеми „ми замишљамо најбоље способности које би судије и вештаци могли имати“. Ни овај критеријум нема већи практични значај, већ само може евентуално подстицајно да делује на појединачне судије да се приликом обављања својих послова што више приближе овом теоријском конструкту „идеалног судије“, као и да се никада не задовољавају мерилима просека.

Може се приметити да сви напред поменути нормативни типови имају ту слабост што су удаљени од стварности, јер не узимају у обзир реалне могућности. Поред тога, они не дају корисне савете судији у погледу тога, које би критеријуме исти требало да употреби приликом оцене доказног материјала и коначног успостављања чињеничног стања да би се то чињенично стање у највећој мери подударило са стварношћу извршеног дела из прошлости. Напротив, на тај начин жели се створити мисаоно – теоријски конструкт

⁶⁷ W. Kāver, 57.

⁶⁸ Вид. *ibid.*, 62.

⁶⁹ *Ibid.*, 59.

⁷⁰ *Ibid.*, 64 66.

„идеалног судије“, као личности, што односне нормативне типове чини неупотребљивим за потребе праксе судијског „утврђивања“ чињеница.

Ипак, напред поменуте теорије у једноме не греше, а то је да критеријуми које би требало применити ради успостављања чињеничног стања – у ствари и не постоје. Нема неке општеважеће, за све случајеве употребљиве „чаробне формуле“. Једино „оруђе за рад“ судије су напред већ неколико пута поменуте законитости логике, мишљења и искуства, уз узгредно суделовање индивидуалне кривично-правне и друге релевантне стручности и личне савести. Дакле, када је неки делић стварности прошао „сито“ логике и мишљења, да би добио коначну вредност стварности потребно је да још и „задовољи постулат непротивречне сагласности са укупношћу искустава“.⁷¹ На овој бази судија треба да организује и аргументовано образложи онај језички материјал који износе учесници поступка и до којег сам долази, на тај начин што ће претходно интерпретације које се међу собом разликују упоредити једну са другом с циљем међусобног усаглашавања. На крају одлучује укупно вредновање целокупног материјала.⁷² Тек након тога може се рећи да је процес успостављања чињеничног стања окончан, а кривичноправно релевантно чињенично стање, као делић стварности, конституисано.⁷³ Али не „за сва времена“, већ како је рекао Валтер Грасник (*Grasnick*) „само за чувену логичку секунду. Јер, прича се наставља. Ако не у некој другој судници, која нас, заједно са свим актерима, једино занима, онда ван ње. Интерпретирању нема краја“.⁷⁴

Тиме смо истовремено дали и одговоре на напред постављена питања: не постоји „надсубјективитет“ субјеката сазнања; материјалноправне чињенице које улазе у законски опис неког кривичног дела судија на главном претресу не може да „утврди“ са потпуном

⁷¹ Тако Вилхелм Вунт: „она појава која има амбицију да добије вредност стварности треба да задовољава постулат непротивречне сагласности са укупношћу искустава“, *W. Nef*, 54.

⁷² Тако и В. Грасник, 241.

⁷³ Посебна проблематика јавља се у вези са „доказивањем“ умишљаја односно нехата као субјективних елемената бића кривичног дела односно облика кривиче, те се у овом раду нећемо упуштати у разјашњење овог веома комплексног питања које свакако заслужује да му се посвети нарочита пажња у неком другом научном делу. Тежину „доказивања“ односних субјективних елемената најбоље илуструје следеће Хусерлово разматрање о „психичком бићу“ уопште: „Шта психичко биће ‘јесте’ то нам не може рећи искуство у оном истом смислу који важи за физичко. Психичко, дакако, није сазнато као оно што се појављује; оно је ‘дживљај’, и то дживљај сагледан у рефлексији; појављује се кроз само себе, у апсолутном току, као нешто што је садашње и већ ‘нестајуће’, на видљив начин стално падајући у нешто што је било“, вид. Едмонд Хусерл, *Философија као строга наука* (превод са немачког), Култура, Београд 1967, 26.

⁷⁴ В. Грасник, 243.

извесношћу и безусловним убеђењем; у кривичном поступку се никада не долази до „материјалне истине“ унапред наведеном контексту.

Сходно томе, судија, као и остали учесници поступка, не може превладати сопствена субјективна ограничења која су условљена несавршеношћу људске конституције и доспети на терен замишљено-пожељног „надсубјективитета“. Такође, судија, као неко ко интерпретира нешто што је други интерпретирао и ово још и исказао несавршеном језичко-литерарном апаратуром, као дакле неко ко „рони у мору сумње“, никада са „потпуном извесношћу“ не проналази чињенице, већ на бази сопствене мисаоне слике само верује да се нешто десило како је изрекао у судској одлуци.⁷⁵ Стога се чињенице и не могу, након што би се пронашле – „утврдити“, већ се чињенично стање у кривичном поступку једино може реконструисати.

Може ли се после свега још говорити о „истини“ у кривичном поступку? Сматрамо да може. Назваћемо је „судском истином“. Вилхелм Вунт (*Wundt*) би је с правом назвао „стварношћу“.⁷⁶ Мада је она релативна⁷⁷ и субјективна, она не сме бити произвољна и самовољна. Та самовољност се лако може јавити из убеђења да не постоји „објективна истина“. Да се сада вратимо на мисао Артура Кауфмана (*Kaufmann*) с почетка рада, да „нешто од апсолутности предмета мора доћи у свако сазнање“, па и у сазнање судије. То значи да је за очекивати да и „мањи“, „већи део истине“, или изузетно „цела истина“ криминалног дешавања из прошлости ипак дође до сазнања судије, коју он затим у форми језичког изражавања „транспортује“ у правно-извршно дејствујући акт – судску одлуку. Међутим, како је у питању догађај из прошлости, нашем знању остаје недоступно да ли је истина нашла свој језички израз у судској одлуци и у којој мери.⁷⁸ Па уколико у то судија само верује, уколико има интуицију да се нешто баш тако десило,⁷⁹ а та интуиција се још налази под окриљем логике, као и његовог мишљења и искуства, наравно уз постојање претпоставке

⁷⁵ С тим у вези, Левинас песимистички констатује: „...сазнање је истовремено и идолатрија чињеница, то јест призивање нечега што не говори, и непревладиво мноштво значења и мистификација“. Вид., Е. Левинас, 50.

⁷⁶ W. Nef, 54 55.

⁷⁷ С тим у вези, „за разлику од математичког апсолутног појма истине, појам стварности који се темељи на искуству је релативан“, *ibid.*, 55.

⁷⁸ Због тога је и називамо „релативном истином“.

⁷⁹ Уобичајено је у кривичнопроцесној па и делом теоријскоправној литератури да се ово веровање односно интуиција, како смо га ми назвали, означава као „убеђење“. Сматрамо да је оваква квалификација непрецизна, због тога што не може неко бити убеђен у нешто што можда постоји, односно за шта немамо „чврст доказ“ да постоји и са каквом садржином постоји, јер се десило у прошлости. С тим у вези, Ниче је рекао: „...јер свако поседовање истине у основи је само вера да се истина поседује“, вид. Фридрих Ниче, *Књига о филозофу* (превод са немачког), Службени гласник, Београд 2010, 108.

поседовања савести и личне оспособљености за обављање овог дела судијског посла,⁸⁰ за судију је посао ваљано завршен. А ако у погледу неке чињенице има дилему да ли се она десила или није, и са каквом садржином се појавила, он не треба да брине да ће окривљеног можда неоправдано оштетити. Њему тада на располагању стоји процесно начело *in dubio pro reo*⁸¹ – чињеницу ће репродуковати онако како је то повољније за окривљеног.⁸²

На основу свега напред реченог може се закључити да „судска истина“, као основ судског одлучивања, може такође водити праведном одлучивању.⁸³

На крају ћемо цитирати дивну мисао Карла Енгиша која иде у прилог нашим ставовима: „Правник се креће по дивљини сумње и различитости мишљења, унутар које се лагано и опрезно мора кретати да би нашао прави пут. Поступи ли он у проналажењу своје одлуке строго логички, методски тачно и уверљиво, упусти ли се он без предрасуда отворено и стрпљиво у дискусију, свако мишљење с разумевањем узме у обзир и размотри, али и размисли о консекванцама и позадинама сваког вредносног гледишта да би на крају донео онакву одлуку која се њему чини исправном, тада би могли рећи, без обзира на њену само релативну исправност или обичну могућност такве исправности, да таква одлука има снагу убедљивости која чува од грешака“.⁸⁴

На пољу процесне истине принципијелно – више се не може постићи. А такву истину ми морамо прогласити за меродавну, као и мериторну. У супротном, право се не би могло примењивати.⁸⁵

⁸⁰ Закон о судијама је ову претпоставку подигао на ранг формалног услова за избор у судијско звање. С тим у вези, „за судију може бити изабран“ онај ко је „оспособљен и достојан судијске функције“ чл. 43 (Закон о судијама, *Службени гласник РС*, бр. 116/08, 58/09 одлука УС, 104/09 и 101/10).

⁸¹ Петерс тврди да је ово начело познавало и римско кривично право, а да га је познавало и канонско право. Тако, К. Peters, 240.

⁸² Вид. чл.18, ст. 3 Законика о кривичном поступку. Нови Законик у чл. 16, ст. 5 нешто другачије дефинише поменуто начело. Ипак, ово није од утицаја на наш закључак, те се нећемо ни упуштати у дубљу анализу разлике у дефиницији.

⁸³ Тако и W. Hassemer, 838.

⁸⁴ Karl Engisch, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, Max Hueber Verlag, München 1963, 22.

⁸⁵ Тако и Драган Митровић, *Теорија државе и права*, Досије, Београд 2010, 508.

Dr. Dragiša Drakić

Assistant Professor

University of Novi Sad Faculty of Law

JUDICIAL DETERMINATION OF FACTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary

This paper examines a complex system of judicial determination of facts in criminal proceedings, which relate to the elements of statutory definition of criminal offence. The author points out the difficulties a judge faces when performing this segment of his work. When examining, from a theoretical point of view, the quality of evidence to be evaluated by the judge, as well as methodological procedures to be undertaken during this evaluation, the author makes some conclusions as to the truth which is yearned-for in criminal proceedings. Namely, since the facts of a criminal offence are not 'determined' but rather 'established' by the court, as put forward by the author, the truth that is sought-for in the criminal proceedings cannot be qualified as the 'material' truth: the author rather names it the 'forensic' truth. The forensic truth may serve as the basis for just and impartial decision-making, and should be regarded as authoritative, since it actually is the maximum of truth that may be acquired before the courts.

Key words: *Judge. – Determination of Facts. – Criminal Offence. – Criminal Proceedings. – Establishment of Facts. – Forensic Truth.*

Др Марија Караникић Мирић*

ОГРАНИЧЕЊА ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ У СРПСКОМ ПРАВУ

У савременим европским правним системима шири се круг правом при знатих основа одговорности за проузроковану штету. Судови досуђују накнаде у већим износима него раније, а оштећеници су спремнији да накнаду штете захтевају судским путем. Европска права познају различите инструменте којима се растући домашај и обим установе одговорности држи у разумним границама. Тим инструментима врши се фина корекција ефеката примене на чела потпуне накнаде, с идејом да се интереси оштећеника и штетника односно одговорног лица доведу у правичан баланс. Под правичном равнотежом интереса не мисли се на редистрибуцију добара с циљем исправљања друштвених неједнакости, него на то да, када се узму у обзир све околности конкретног случаја, треба остварити потпуну накнаду штете коју трпи оштећеник, али не по цену да се пређе граница оправданог и да се одговорно лице неосновано оптерети. Најтеже питање које се у том контексту поставља јесте где је та граница оправданог односно како препознати да су интереси оштећеника и одговорног лица у равнотежи.

Предмет овога рада су различити механизми којима се у српском праву може ограничити, или чак искључити, одговорност за причињену штету. Реч је о случајевима када су испуњени сви услови да се одговорност заснује, па ње ипак нема или је нема у обиму у којем би редовно требало да је буде. Разматрају се правом признати разлози на којима се у српском праву заснивају различита ограничења одговорности за штету. У том смислу аутор испитује: 1. вољно, судско и законско ограничење одговорности, 2. временско ограничење, а потом ограничења у погледу 3. основа одговорности, 4. идентитета оштећеника и одговорног лица, 5. врсте штете и 6. износа дуговане накнаде, као и 7. посебне случајеве искључења одговорности и 8. повреду дужности обавештавања, која се санкционише губитком права на накнаду штете.

Кључне речи: *Врсте ограничења одговорности за штету. Временско ограничење одговорности. Посебни случајеви искључења одговорности. Повреда дужности обавештавања.*

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

1. УВОД

У средишту одштетног права налази се питање ко треба да сноси коначне имовинскоправне последице штетног догађаја односно ко, у крајњем исходу, треба да трпи имовинскоправно дејство чињенице што је оштећеник претрпео штету.

1. На првом месту то може да буде сам оштећеник, то јест лице које је штетом погођено. У великом броју случајева штета остаје управо на ономе кога је задесила, јер се за њу по правилима одштетног права не може засновати ничија одговорност. За однос одговорности потребна су два субјекта, оштећеник и њему одговорно лице. Када одговорно лице постоји, то је по правилу штетник, то јест онај ко је штету проузроковао. Поред тога, за штету може бити одговоран и онај ко за штетника одговара по правилима о одговорности за другога. Међутим, када се штетник и оштећеник стекну у једној личности, односно када по правилима одштетног права штета остаје на самом оштећенику јер не постоји други који би му за ту штету био одговоран, онда не настаје ни обавеза да се штета поправи. По правилу, оштећеник није дужан да поправља штету која га је задесила. Штавише, оштећеник није дужан ни да захтева накнаду од одговорног лица када такво постоји. Он је слободан да се помири са претрпљеним губитком.

2. У посебним случајевима, имовинскоправне последице штетног догађаја не остају на оштећенику, већ он има право да накнаду штете коју је претрпео захтева од другога. Тај други, који је по праву дужан да уместо оштећеника поднесе коначне имовинскоправне последице штетног догађаја, назива се одговорним лицем. Међутим, правни поредак пребацује коначни губитак са оштећеника на одговорно лице само изузетно, односно само када за то постоји оправдани разлог. Тај правом признати разлог да штета у крајњем исходу не остане на оштећенику, него да падне на одговорно лице, назива се основом одговорности. Када постоји основ одговорности и када су испуњени сви услови који се за њено заснивање кумулативно захтевају, онда је одговорно лице дужно да оштећеника обештети. То подразумева постављање оштећеника у имовинскоправну позицију у којој би се он налазио да му није причињена материјална штета, односно пружање сатисфакције у виду новчаног износа који би омогућио да, прибављањем неког другог добра, оштећеник лакше поднесе дефинитивни морални губитак.

Предмет овога рада су различити механизми којима се у српском праву може ограничити или чак искључити одговорност за причињену штету. Реч је о случајевима када су испуњени сви усло-

ви да се одговорност заснује, па ње ипак нема, или је нема у обиму у којем би редовно требало да је буде. Одговорно лице не побија испуњеност услова за заснивање одговорности за причињену штету – оно, примера ради, не обара претпоставку кривице код субјективне, односно претпоставку узрочности код објективне одговорности, већ негира властиту одговорност, односно одбија захтев оштећеника, управо у присуству свих услова за заснивање одговорности, то јест упркос томе што су сви ти услови задовољени.

Право признаје да поједини разлози могу да претегну над тиме што су у конкретном случају испуњени сви услови за заснивање одговорности. Друштвена сврха ограничавања одговорности из правом признатих разлога може да буде разнолика. 1. Примера ради, правни поредак спреман је да толерише пасивно држање повериоца доспеле обавезе једно ограничено време. Након тог времена повериочево право застарева и он губи захтев према дужнику. Иза тога стоје одређене потребе друштва, међу којима су контрола трајања судских поступака, санкционисање повериочевог небрижљивог односа према властитим потраживањима, као и заштита основаног поуздања других да је поверилац који дуго не предузима кораке ка остваривању свога права за то право изгубио интерес.¹ 2. Даље, ограничење одговорности може имати за циљ социјализацију ризика од штете па се тако, под законом прописаним условима, при одмеравању накнаде коју је одговорно лице дужно да плати оштећенику у обзир узима имовно стање обојице. 3. У истом духу, према штетнику који је штету изазвао радећи нешто у корист оштећеника примењује се нижи стандард основано очекиване пажње у поступању.² 4. Поред тога, до ограничења одговорности за проузроковану штету може да дође и споразумом, у границама које постављају императивни прописи и јавни поредак и то међу странама које се већ налазе у неком правом

¹ О правно политичким разлозима из којих законодавац санкционише пропуштање повериоца да од свога дужника захтева испуњење обавезе које би иначе могао да захтева: Reinhard Zimmermann, Jens Kleinschmidt, „Prescription: General Framework and Special Problems Concerning Damages Claims“, *European Tort Law 2007* (eds. H. Koziol, B. C. Steininger), Springer, Wien New York 2008, 31–32. Вид. такође Јосип Студин, „Застарелост (чл. 360–292)“, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Б. Т. Благојевић, В. Круљ), Савремена администрација, Београд 1983, 1119; Драгољуб Стојановић, „Одељак 4. Застарелост“, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. С. Перовић), Савремена администрација, Београд 1995, 769; Обрен Станковић, „Протек времена као правна чињеница“, *Увод у грађанско право* (Обрен Станковић, Владимир Водинелић), Номос, Београд 1996, 209–210.

² Члан 191, Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља. Вид. више Марија Тороман, „Снижење накнаде (чл. 191)“, *Коментар Закона о облигационим односима* (1983), 708–710.

уређеном односу. Такво ограничење има за циљ контролу ризика од одговорности којем се потенцијални штетник тим, постојећим, правним односом излаже.³

У савременим европским правним системима шири се круг правом признатих основа одговорности за проузроковану штету, судови досуђују накнаде у већим износима него раније, а оштећеници су спремнији да накнаду штете захтевају судским путем. Европска права познају различите инструменте којима се растући домашај и обим установе одговорности држи у разумним границама.⁴ Тим инструментима врши се фина корекција ефеката примене начела потпуне (интегралне) накнаде, са идејом да се интереси оштећеника и штетника односно одговорног лица доведу у правичан баланс.⁵ При том, под правичном равнотежом интереса не мисли се на редистрибуцију добара с циљем исправљања друштвених неједнакости,⁶ него на то да, када се узму у обзир све околности конкретног случаја, треба остварити потпуну накнаду штете коју трпи оштећеник, али не по цену да се пређе граница оправданог и да се одговорно лице неосновано оптерети. Најтеже питање које се у том контексту поставља јесте где је та граница оправданог, односно како препознати да су интереси оштећеника и одговорног лица у равнотежи.

На крају, треба приметити да постојање механизма којима се „поправљају“ последице примене општих правила о одговорности почива на схватању да правном нормом треба обезбедити правичан исход људских интеракција, а не правичне услове под којима ће се људи у те интеракције упуштати. Другим речима, не сматра се да је сваки однос оштећеника и одговорног лица у складу са захтевима правичности самим тим што представља последицу примене општих правила одштетног права, него да у појединим случајевима општа правила треба модификовати, како би се обезбедила правична равнотежа интереса ових субјеката.

³ Ulrich Magnus, „Limitations of Liability under EC Tort Law“, *Tort Law of the European Community* (eds. H. Koziol, R. Schulze), Springer, Vienna New York 2008, 274.

⁴ W.V. Horton Rogers, Jaap Spier, Genevieve Viney, „Preliminary Observations“, *The Limits of Liability: Keeping the Floodgates Shut* (ed. J. Spier), Kluwer Law International, The Hague London Boston 1995, 1 3, Jaap Spier, Olav Haazen, „Preliminary Observations“, *The Limits of Expanding Liability: Eight Fundamental Cases in a Comparative Perspective* (ed. J. Spier), Kluwer Law International, The Hague London Boston 1998, 3 17.

⁵ U. Magnus, 274.

⁶ Pierre Widmer, „Détermination et réduction de la réparation en droit suisse“, *The Limits of Liability: Keeping the Floodgates Shut* (ed. J. Spier), 157.

2. МЕХАНИЗМИ КОЈИМА СЕ ОГРАНИЧАВА ОДГОВОРНОСТ

Заштита оштећениковог интереса да му се накнади сва штета коју је претрпео у неким случајевима може да доведе одговорно лице у неоправдано тежак положај. За такве прилике српско право резервише одређене механизме којима се може ограничити или чак искључити одговорност за причињену штету, упркос томе што су у конкретној ситуацији испуњени услови који су иначе довољни за заснивање одговорности у пуном обиму.⁷ Штавише, законодавац понекад модификује услове под којима се заснива одговорност, како би очувао горепоменућу равнотежу интереса оштећеника и одговорног лица, односно спречио неоправдано ширење установе одговорности. Шта је у том смислу оправдано једно је од тежих питања на која правни поредак треба да нађе одговор.

2.1. Вољно, законско и судско ограничење одговорности

У највећем броју случајева механизми којима се ограничава одговорност за причињену штету прописани су законом. Такав је случај са готово свим ограничењима одговорности која се помињу у овом раду, укључујући она о којима одлучује суд на основу овлашћења које му је дато законом. У начелу, законодавац задржава право да одреди ситуације у којима се може одступити од примене општих правила о заснивању и обиму одговорности за причињену штету, односно о износу накнаде која се досуђује. Ипак, природа темељних института одштетног права таква је да и судови могу да отежају или олакшају заснивање одговорности. Та моћ инхерентна је начину на који судови обављају своју друштвену функцију. Судови мењају своја схватања односно начин на који разумеју појмове попут штете, кривице или узрочности и тако шире или сужавају поље одговорности.

У српском праву судови не могу да проширују круг законом прописаних основа одговорности за штету, нити да уводе нове инструменте за њено ограничење или искључење. Тако нешто може се учинити једино законом. Међутим, на судовима је да испуне садржином правне стандарде, попут стандарда *разумног и пажљивог човека* који у одштетном праву заузима централно место. Такође, судови тумаче појмове које законодавац користи, од којих многе и не дефинише. У централне појмове одштетног права који нису ближе одређени законом спадају и сами услови за заснивање одговорности, као што су штета, узрочност и кривица. Наведене мисаоне активности омогућавају судовима да значајно прошире или ограниче домашај установе одговорности за причињену штету.

⁷ Када се у овом раду наводе механизми којима се у српском праву ограничава домашај установе одговорности за причињену штету, намера аутора није да без изузетка наброји све постојеће такве механизме, него да издвоји и читаоцу прикаже оне који су репрезентативни за одређени тип ограничења одговорности за штету.

Примера ради, законодавац условљава одговорност за причињену штету постојањем каузалне везе између штетникове радње као узрока и штете као последице. Према схватању домаћих судова штетникова радња сматра се узроком штете само ако је претходила штети, материјално учествовала у њеном настанку и ако штета до које је дошло представља нормалну, типичну последицу штетниковог поступка.⁸ Не постоји законска одредба која би налагала судовима да узрочну везу између штетникове радње и штете разумеју на овај начин, то јест у складу са теоријом адекватне узрочности. Па ипак, начин на који судови разумеју узрочну везу као општи и сталан услов одговорности за штету⁹ значајно утиче на домашај тог института.

Српско право није усамљено у томе. Један од облика ограничавања односно проширивања одговорности за причињену штету у правима европских земаља је и посредно, судско ограничавање односно проширивање круга услова за заснивање одговорности, њеног обима и износа дуговане накнаде. У том смислу Винеј (*Viney*) указује на склоност француских судова да, ради контроле домашаја установе одговорности за причињену штету, користе посредне, „квазиокултне“ методе.¹⁰ У посредне инструменте којима судови ограничавају

⁸ „Ако је штета настала услед деловања више услова, узрочан је онај услов који је *типичан* за настанак штете.“ Решење Врховног суда Србије, Рев. 1479/94 од 13. априла 1994. године, Судска пракса, 6/1995. „Проузрокована штета може сама да буде узрок нових штетних последица, из којих могу да настану даљи узроци и последице. У том низу узајамно повезаних збивања, узрочно је само оно што је адекватно почетном узроку, односно оно што по редовном току следи из првобитне последице. Оно што је атипично, нередовно, није ни узрочно. Из тога произлази да ће штетник почетне штете бити одговоран и за потоњу, ако је она настала као последица збивања која су по редовном току следила првобитну штету, под условом да нису изазвана својствима самог оштећеног, вишом силом, случајем или поступцима трећих лица.“ Решење Врховног суда Србије, Рев. 188/92 од 25. јуна 1992. године, База судских одлука *Propisi.net*. Вид. више: Марија Караникић Мирић, *Кривица као основ деликтне одговорности у грађанском праву*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 230-242.

⁹ Карбоније сматра штету и узрочну везу константама грађанскоправне одговорности. Jean Carbone, *Droit civil*, II, *Les biens, Les obligations*, P.U.F., Paris 2004, 2269. У српском праву захтев да постоји узрочна веза релаксиран је код уста нове одговорности више лица за исту штету. Наиме, када је ван сваке сумње да је штету проузроковало неко од одређених лица која су међусобно повезана, а не може се утврдити које је од њих штету проузроковало, та лица одговарају солидарно. Вид. чл. 206, ст. 4 ЗОО. Другим речима, може се засновати одговорност било којег од ових лица, а ни за једно од њих не може се доказати да је проузроковало штету. Ова лица нису нужни јединствени супарничари. Тако: Пресуда Вишег суда у Ваљеву, Гж. 839/2010 од 16.6.2010. године.

¹⁰ „Toutefois, en y regardant de plus près, on s'aperçoit sans peine que ce droit n'est pas resté insensible aux objurgations de ceux qui souhaitaient restreindre l'impact des responsabilités. Mais, pour y parvenir, il a privilégié l'emploi de méthodes indirectes et quasi occultes.“ Geneviève Viney, „Modération et limitation des responsabilités et des indemnisations: Rapport sur le droit français“, *The Limits of Liability: Keeping the*

домашај одговорности Винеј убраја њихово слободно поступање приликом процене висине штете и износа накнаде која треба у потпуности да обештети оштећеника, затим слободу судова приликом утврђивања узрочне везе и доприноса оштећеника, а на терену уговорне одговорности, слободну судску оцену предвидљивости штете из чл. 1150 француског Грађанског законика.¹¹

Да би се уредило разматрање различитих видова судског ограничавања одговорности у случају испуњености услова који се иначе захтевају за заснивање одговорности у пуном обиму, треба на првом месту направити разлику између 1. ограничења о којима одлучује суд на основу овлашћења које му је дато законом и 2. ограничења која су последица природе неких темељних појмова одштетног права, као што су кривица или узрочност, односно правних стандарда, попут брижљивог поступања или пажње доброг стручњака.

Само ова потоња ограничења могла би се назвати посредним или прикривеним, у смислу у којем то чини Винеј. У тим случајевима промене у схватањима судова о томе шта то значи бити крив односно проузроковати штету могу да буду засноване на различитим правно-политичким разлозима, међу којима може да фигурира и неизговорена потреба да се ограничи неоправдана експанзија уставне одговорности за проузроковану штету, односно да се не допусти заснивање одговорности у прешироком кругу ситуација. С тим у вези, теорија одштетног права увелико је скинула табу са тезе да је начин на који судови разумеју законом постављене услове одговорности условљен, између осталог, потребом да се подигне брана која би зауставила поплаву одштетних захтева у једном друштву (тзв. *floodgates argument*).¹²

Floodgates Shut (ed. J. Spier), 128. Међутим, на другом месту Винеј инсистира на томе да приликом утврђивања одговорности у сваком појединачном случају, француски судови не воде рачуна о потенцијалном последичном порасту броја судских поступака. „Cet argument me paraît dangereux car il manque totalement de rigueur. Il n'a guère d'impact actuellement sur la jurisprudence française.“ Geneviève Viney, „Le 'Wrongfulness' en Droit Français“, *Unification of Tort Law: Wrongfulness* (ed. H. Koziol), Kluwer Law International, The Hague London Boston 1998, 60.

¹¹ *Ibid*, 130 133. Према правилу из чл. 1150 француског Грађанског законика дужник одговара за штету причињену повредом уговорне обавезе само ако је ту штету предвидео или могао да предвиди у време закључења уговора. Изузетак постоји у случају намерне повреде уговорне обавезе, када дужник одговара за сву штету. У српском праву поверилац има право на накнаду укупне штете која му је причињена повредом уговорне обавезе у случају преварне, намерне и повреде из крајње непажње. Право повериоца на накнаду штете од неиспуњења ограничено је на накнаду предвидљиве штете само када је до повреде уговорне обавезе дошло обичном непажњом дужника. Упор. Чл. 266, ст. 2 ЗОО. Вид. још Младен Драшкић, „Границе одговорности дужника за штету причињену повредом уговорних обавеза“, *Анали Правног факултета у Београду* 3 4/1985, 365 370.

¹² W. V. H. Rogers, J. Spier, G. Viney, 1 15.

Насупрот томе, нема ничег прикривеног у случајевима када суд поставља границе одговорности у погледу њеног заснивања или обима, а на основу овлашћења садржаног у закону. У српском праву такав је а) институт снижења накнаде из чл. 191, ст. 1 ЗОО, затим ту је б) могућност да суд, ако то налаже захтев правичности, под условима из члана 169 ЗОО осуди штетника на накнаду штете за коју тај штетник није одговоран по општим правилима одштетног права, као и в) могућност да суд, ако то захтева правичност, ослободи одређено лице одговорности за ускраћивање неопходне помоћи из чл. 182 ЗОО. Реч је о случајевима када, по изричитом законском овлашћењу, суд треба да препозна тачку у којој су правом признати интереси оштећеника и одговорног лица у равнотежи, односно правну ситуацију у погледу постојања и обима одговорности за причињену штету, којом се може остварити друштвена сврха тог института.¹³

Према једној од утицајних струја у теорији одштетног права у Европи, установа одговорности управо се темељи на идеји да онај ко је повредио туђи правом заштићени интерес треба да поднесе одређени терет, то јест да сноси одређене последице. Повреда туђег правом заштићеног интереса и последице које треба да сноси онај ко је ову повреду учинио, утврђују се одмеравањем различитих, често сукобљених, вредности и принципа. Под принципима и вредностима овде се, пре свега, мисли на одговорност за скривљено поступање, одговорност за створени ризик, комутативну правду, превенцију и однос имовинског стања штетника и оштећеника.¹⁴

Поред законског и судског, ограничење одговорности може да буде и вољно, односно засновано на споразуму између страна. Ту треба разликовати барем три случаја.

1. На првом месту, оштећеник у својству повериоца доспеле обавезе накнаде штете може свог потраживања да се одрекне у споразуму са дужником. Обавеза накнаде штете у српском праву сматра се доспелом од тренутка настанка штете (чл. 186 ЗОО). На отпуштање дуга лицу које је одговорно за штету треба применити општа правила о отпуштању дуга. Домаћи законодавац остао је неопредељен у погледу форме у којој се поверилац накнаде штете може одрећи свога потраживања. Код правила о форми споразума о отпуштању дуга, законодавац је имао у виду само дугове из правног посла (чл. 344 ЗОО), па је прописао да тај споразум не мора бити закључен у истој форми као посао из којег потиче дуг. С тим у вези треба се

¹³ Вид. такође ЗОО чл. 185, ст. 3; чл. 188, ст. 2; чл. 189, ст 4; чл. 190, ст. 2; чл. 199 201; чл. 208, ст. 2.

¹⁴ Вид. Helmut Koziol, „Fault under Austrian Law“, *Unification of Tort Law: Fault*, (ed. P. Widmer), Kluwer, The Hague, London, New York 2005, Walter Wilburg, *The Development of a Flexible System in the Area of Private Law*, translated by Herbert Hausmaniger, Manz, Wien 2000.

присетити да, када захтева паралелизам форми, законодавац то по правилу чини изричито.¹⁵ Примера ради, законско правило да уговор мора да буде закључен у одређеној форми под претњом ништавости, важи и за све доцније измене или допуне тог уговора (чл. 67, ст. 2 ЗОО). Законодавац је из тога изричито изузео споразум о отпуштању дугова из формалних уговора. Насупрот томе, законодавац ћути о форми споразума о одустанку од права на накнаду причињене штете, баш као што ћути о форми преузимања дуга. У домаћој теорији сматра се да је поверилац у начелу слободан да изабере форму у којој ће дати пристанак на преузимање дуга. Изузетно, када преузималац ступа у туђи дуг који потиче из формалног уговора, исти захтев форме односи се на пристанак повериоца.¹⁶ У том смислу треба узети и да пуноважност споразума о отпуштању дуга који се састоји у накнади причињене штете не зависи од форме у којој је тај споразум сачињен, односно да се споразум о одустанку од права на накнаду штете може постићи у било којој форми. Поред свега наведеног, оштећеник може просто да одлучи да не захтева накнаду штете коју је претрпео, односно да се не користи правом које је већ стекао. Ако се одговорно лице с тим не саглашава, оно може преко суда да испуни свој дуг према повериоцу који је истрајан у томе да исплату дуга не прими (вид. чл. 327 ЗОО).

2. Други случај односи се на споразумно ограничење одговорности у границама императивног правила из чл. 265, ст. 1 ЗОО, према којем се одговорност дужника за намеру или крајњу непажњу не може унапред уговором искључити. То правило важи међу странама које се већ налазе у неком правном односу.¹⁷ Његова сврха је контрола ризика од одговорности. Реч је о ризику којем се потенцијални штетник излаже тим, већ постојећим, правом уређеним односом. Ту се, по правилу, ради о споразумном искључењу уговорне одговорности, то јест одговорности за штету проузроковану повредом уговорне обавезе. Другим речима, старији правом уређени однос релативног карактера између потенцијалног оштећеника и одговорног лица по правилу је уговорни однос. Међутим, то може да буде и сваки други већ зачети облигациони однос. Потоњи, такође правом уређени, однос одговорности за причињену штету настаје између одговорног лица и оштећеника тек када настане штета, будући да је постојање штете један од општих и сталних услова сваке грађанскоправне одговорности. Ако нема штете, нема ни односа одговорности између два одређена лица. У том смислу не може се разумно говорити о насумич-

¹⁵ Упор. Чл. 45, ст. 2 (форма предуговора) или чл. 67 ЗОО (раскид формалног уговора неформалним споразумом).

¹⁶ Вид. Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право*, Научна књига, Београд 1987, 625.

¹⁷ G. Viney, 130 131.

ним споразумима о ограничењу одговорности између потенцијалних штетника и оштећеника, изван неког другог, старијег правног односа који би те субјекте повезивао. Општа обавеза уздржавања од nanoшења штете другима, која је у српском праву садржана у чл. 16 ЗОО, не ствара оквир у којем би се могло говорити о споразумном ограничењу одговорности. За такав споразум неопходно је да се две стране већ налазе у неком односу релативног карактера – начелна повезаност двају лица општом забраном проузроковања штете није довољна.¹⁸

У домену потрошачког права, одговорност произвођача за штету од производа са недостатком не може се ограничити нити искључити уговором.¹⁹ Ово правило односи се на барем две животне ситуације. а) У првој, произвођач је истовремено продавац свога производа и настоји да одредбом уговора о продаји ограничи властиту одговорност за штету од недостатка за који не мора знати, било према купцу, било према трећем евентуалном оштећенику. б) У другој ситуацији, произвођач покушава да једностраном изјавом воље, по

¹⁸ У том погледу ништа се не мења ни прихватањем неке од теорија о јединству кривице. Најутицајнија таква теорија је Планиолова (*Planiol*), вид. Marianne Faure Abbad, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, L.G.D.J., Paris 2003, 161. Планиол је сматрао да се одговорност може засновати само на кривици, а кривицу је разумео као повреду постојеће обавезе. Та ранија, повређена обавеза може да потиче из закона или из уговора. Упор. „La faute est un manquement à une obligation préexistante dont la loi ordonne la réparation quand il a causé un dommage à autrui.“ Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Pichon, Paris 1900, 266. Када је реч о кривици која се састоји у повреди неке старије законске обавезе, Планиол није сматрао да до ње долази самом повредом опште забране проузроковања штете (*neminem laedere*). Напротив, он је покушао да сачини листу законских обавеза чије непоштовање конституише кривицу. М. Planiol, 267. О критикама Планиола вид. више М. Караникић Мирић (2009), 82 и даље.

¹⁹ Чл. 65, Закон о заштити потрошача ЗЗП, *Службени гласник РС*, бр. 73/10. Ово правило преузето је из Директиве о одговорности за штету од производа са недостатком. Вид. Article 12, Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, *OJ L 210*, 7.8.1985, 29 33 (Directive 85/374/EEC). Ступањем на снагу ЗЗП престао је да важи Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком, *Службени гласник РС*, бр. 101/05 и на тај начин отклоњене су мањкавости у начину на који је у српско право била транспонована поменута потрошачка Директива. О тим мањкавостима вид. Марија Караникић Мирић, „Правни капацитет Србије за евроинтеграције у области одговорности произвођача ствари с недостатком“ Предлог за измену Закона о одговорности произвођача ствари с недостатком“, *Правни капацитет Србије за евроинтеграције 3* (ур. С. Лилић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008, 121 138. Комисија за израду грађанског законика разматра увођење овакве одредбе у будућу грађанску кодификацију, чиме би њено дејство престало да буде ограничено на потрошачки контекст. Вид. Комисија за израду Грађанског законика, *Преднарт. Грађански за коник Републике Србије. Друга књига. Облигациони односи*, Влада Републике Србије, Београд 2009, 73.

правилу на амбалажи производа, ограничи властиту одговорност за штету од недостатака које производ може да има. У овој потоњој конструкцији, произвођач по правилу тврди да оно што пише на амбалажи представља део уговора о продаји и да је купац на то пристао, односно да свако треће лице користи производ под условима са амбалаже, те да оно пристаје на ризике које употреба производа собом носи. При том, упозорење на амбалажи не односи се на опасно својство исправног производа, већ на недостатак због којег производ није безбедан у мери која се с правом може очекивати (вид. чл. 59 ЗЗП). У свим наведеним ситуацијама произвођач покушава да ограничи властиту вануговорну објективну одговорност за штету од производа с недостатком према сваком потенцијалном оштећенику, средством које је за то неподесно према општим правилима одштетног права, а када је оштећени физичко лице онда и према изричитој одредби чл. 65 ЗЗП.

3. У вољна ограничења одговорности треба сврстати и установу пристанка оштећеника. Лице које другоме допусти предузимање неке радње на властиту штету не може од њега захтевати накнаду штете причињене том радњом. Пристанак на законом забрањену радњу не производи правно дејство, односно не ограничава одговорност за тако причињену штету (чл. 163 ЗОО). Услови под којима пристанак оштећеника важи, поред општих услова за пуноважност сваке изјаве воље, јесу свест о опасности од штете и допуштеност располагања оним добром које може бити повређено.²⁰ За ову ситуацију важи исто што је речено за споразумно ограничење одговорности за штету: неопходно је да се два лица нађу у одређеном односу релативног карактера да би потенцијални оштећеник могао пуноважно да пристане на штету која може у том односу да настане. Другим речима, пристанак оштећеника увек се односи на штету у оквирима неког другог правом уређеног односа релативног карактера. Домаћа судска пракса прихвата је случајеве пристанка оштећеника током бесплатног превоза, медицинске интервенције, као и учествовања у спортској игри.²¹ У новије време судови разматрају пристанак оштећеника на терену уговорне одговорности и радноправних односа.²²

²⁰ Вид. више Стојан Цигој, „Пристанак оштећеника (чл. 163)“, *Коментар Закона о облигационим односима* (1983), 588–589.

²¹ Вид. судске одлуке које наводи С. Цигој, *ibid.* Вид. такође Пресуду Окружног суда у Ужицу, Гж. 1393/08 од 18. јуна 2008. године.

²² Тако је, према схватању Врховног суда Србије, наручилац посла прихватио ризик штете у смислу чл. 163 ЗОО када је, противно упозорењу посленика, инси стирао на томе да се смеша концентрата за исхрану пилића припреми другачије од онога што је уобичајено, па су пилићи уинули. Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 5310/02 од 16. јуна 2003. године. Исти суд сматрао је да радник који је пристао да ради на радном месту са нижим степеном стручне спреме, не може тражити разлику до пуног износа зараде предвиђене за стручну спрему коју има. Суд је у овоме видео

2.2. Временско ограничење одговорности

Под временским ограничењем одговорности за проузроковану штету мисли се пре свега на институт застарелости и његов утицај на утуживост оштећениковог права на накнаду претрпљене штете. Време застарелости тече само ако је поверилац у могућности да захтева испуњење обавезе,²³ па то ипак не чини. Правни поредак спреман је да толерише пасивност оштећеника једно ограничено, законом одређено време. По протеклу тог времена право на накнаду штете застарева и оштећеник губи захтев према лицу одговорном за штету. Ипак, суд може да узме у обзир ову промену у квалитету оштећениковог права само ако се одговорно лице на њу позове. Одговорно лице које оштећенику не приговори застарелост него исплати накнаду, нема право на повраћај датог ни ако није знао да може да одбије да изврши своју обавезу.

Наплативост застарелог потраживања указује на то да правни поредак види у установи застарелости убојито средство за контролу трајања судских поступака, али не спори да је приговор застарелости веома слаб аргумент у моралном смислу. На овај начин удовољава се захтеву правне сигурности, односно штити основано поуздање других да је оштећеник који дуго не предузима кораке ка остваривању свога права на накнаду за то право изгубио интерес.

Према императивном правилу српског права (чл. 364 ЗОО) време које је законом одређено за застарелост потраживања не може се мењати правним послом, нити се на тај начин могу мењати законска правила о прекиду и застоју застарелости.²⁴ Право на накнаду проузроковане штете застарева за три године од када је оштећеник дознао за штету и за лице које је штету проузроковало, а у сваком случају за пет година од када је штета настала (чл. 376, ст. 1 и 2 ЗОО).²⁵ Овај

пристанак оштећеника из чл. 163, ст. 1 ЗОО. Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 6380/98 од 3. децембра 1998. године. Вид. такође Пресуду Врховног суда Србије, Рев. II 1039/04 од 23. фебруара 2005. године. (Све овде наведене одлуке домаћих судова преузете су из базе *ParagrafLex*, осим ако је изричито наведен други извор.)

²³ Под овим мисли се на постојање права повериоца да захтева судску заштиту свога потраживања. Тако: Ole Lando, Eric Clive, André Prüm, Reinhard Zimmerman (eds.), *Principles of European Contract Law*, Part III, Kluwer Law International, The Hague 2003, 168, François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris 2005⁹, 1402.

²⁴ То није тако у свим правима. Вид. више Марија Караникић Мирић, „Застарелост потраживања накнаде штете проузроковане кривичним делом“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2011, 181.

²⁵ Субјективни рок од три године почиње да тече од дана када су оштећеном били доступни потпуни подаци о лицу које је штету причинило, као и подаци о свим елементима на основу којих се, поред сазнања да је штета настала, могао утврдити обим настале штете. Под сазнањем оштећеника за штету, у правном смислу, подразумева се не само сазнање о настанку штетног догађаја, већ и сазнање о обиму

потоњи, петогодишњи рок узима се у обзир тек ако субјективни, трогодишњи рок истиче за више од пет година од настанка штете.²⁶ Посебно правило важи када је штета проузрокована кривичним делом (чл. 377 ЗОО). У таквом случају, ако је за кривично гоњење предвиђен дужи рок застарелости од рокова прописаних општим правилом о застарелости права на накнаду штете, законодавац прописује да потраживање накнаде штете према одговорном лицу застарева када истекне време одређено за застарелост кривичног гоњења.²⁷

Објективни рок застарелости потраживања накнаде штете од производа са недостатком продужен је ради усклађивања домаћег потрошачког права са правом Европске уније,²⁸ и то у случајевима када се трговац налази у улози одговорног лица, а оштећеник је физичко лице у својству потрошача. Одредбом чл. 64 ЗЗП прописано је да потраживање накнаде штете од производа са недостатком застарева за три године од када је оштећени дознао за штету, недостатак и идентитет произвођача, а у сваком случају за време од десет година од дана када је произвођач ставио у промет производ са недостатком. Ту је објективни рок застарелости двоструко дужи него што је то предвиђено Законом о облигационим односима.²⁹ Поред тога, овај рок не тече од када је штета настала – како прописује ЗОО, него од дана када је произвођач пустио производ у промет.

штете, односно елементима на основу којих се може утврдити њена висина. Сазнање о штетнику подразумева и сазнање о условима под којима одређени субјекат одговара за штету према позитивном материјалном праву. Тако: Решење Привредног апелационог суда, Пж. 7344/10 од 29.4.2010. године.

²⁶ „Субјективни рок од три године увек се креће у оквиру објективног рока од пет година.“ Решење Вишег трговинског суда, Пж. 231/07 од 7.3.2007. године. Вид. више о застарелости потраживања накнаде штете: М. Караникић Мирић (2011), 182-185.

²⁷ Вид. више: М. Караникић Мирић (2011), 185-196.

²⁸ Основ за то су чл. 90 Устава Републике Србије (*Службени гласник РС*, бр. 83/06), у којем стоји да Република Србија штити потрошаче, те да су забрањени нечасно поступање на тржишту и радње усмерене против здравља, безбедности и приватности потрошача, као и чл. 78 Закона о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању (*Службени гласник РС*, бр. 83/08), који налаже сарадњу Републике Србије са европским заједницама и државама чланицама, ради усглашавања стандарда заштите потрошача у Србији са европским стандардима.

²⁹ До усвајања ЗОО објективни рок застарелости права на накнаду штете трајао је колико и општи рок застарелости, а то је десет година. Вид. Чл. 14 и чл. 19, ст. 2, Закон о застарелости потраживања, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 40/53 и 57/54. Ни у првој верзији ЗОО није прављена разлика између поменутих рокова, али су у њој оба рока скраћена на по пет година. Тек изменама и допунама ЗОО из 1993. године, општи рок застарелости продужен је на десет година, а објективни рок застарелости потраживања накнаде штете није мењан – он је и даље пет година. Вид. *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93. Комисија за израду Грађанског законика разматра продужење овог потоњег рока на десет година, то јест повратак на решење старог Закона о застарелости потраживања. Вид. Комисија за израду Грађанског законика, 142-143.

Упркос томе што је новим законом продужено време за које застарева потраживање накнаде штете од производа с недостатком, нова одредба може у одређеним ситуацијама да погодује произвођачу, тако што ће га заштитити од одговорности за недостатаке који имају одложено дејство. До тога долази управо зато што је новом одредбом померено време од када тече апсолутни рок застарелости, па то више није настанак штете, него време пуштања производа у промет. Штетне последице појединих производа као што су лекови могу да се испоље и десет година након пуштања у промет и конзумације.³⁰

У случајевима када одговорно лице исплати оштећенику накнаду штете по правилима о одговорности за другога, а има право да од штетника захтева накнаду плаћеног износа, то право му застарева у року од шест месеци од дана исплаћене накнаде штете (чл. 171 и 172 ЗОО). Законодавац је овде нарочито нетолерантан према пасивности повериоца, остављајући му само шест месеци за истицање регресног захтева према штетнику.

Временско ограничење одговорности за причињену штету везује се не само за застарелост права на накнаду штете, него и за дејство института преклузије. Примера ради, право на накнаду штете по Бечкој конвенцији о грађанској одговорности за нуклеарне штете престаје ако се не поднесе тужба у року од десет година од дана кад се догодио нуклеарни удес. Ако је нуклеарна штета изазвана нуклеарним удесом у вези са нуклеарним материјалом који је у време удеса био украден, изгубљен, бачен с брода или напуштен, тај рок се рачуна од дана нуклеарног удеса, али не може бити дужи од 20 година од дана крађе, губитка, бацања с брода или напуштања.³¹ Као други пример могао би да послужи преклузивни рок из чл. 35 Конвенције о обједињавању извесних правила за међународни превоз ваздушним путем. Ту оштећеник губи право на накнаду штете ако тужба није поднета у року од две године од дана доласка ваздухоплова на одредиште, односно од дана када је ваздухоплов требало да стигне на одредиште, односно од дана када је превоз обустављен.³²

³⁰ Време пуштања производа у промет значајно је не само за питање застарелости потраживања, већ и зато што се многе околности од значаја за постојање одговорности произвођача цене према времену када је производ пуштен у промет. На пример, произвођач не одговара ако докаже да он није пустио производ у промет, односно да је недостатак којим је проузрокована штета настао након што је производ пуштен у промет. Не може се сматрати да производ има недостатак само зато што је касније пуштен у промет квалитетнији производ. Сматра се да производ има недостатак ако није безбедан у мери коју потрошач с правом очекује, узимајући у обзир и време када је тај производ пуштен у промет. Вид. чл. 59 и 62, ЗЗП.

³¹ Вид. чл. VI Конвенције, Закон о ратификацији бечке конвенције о грађанској одговорности за нуклеарне штете, *Службени лист СФРЈ Међународни уговори*, бр. 5/77.

³² У закону којим Србија потврђује ову конвенцију, губитак права на накнаду штете услед протекла рока за подношење тужбе означен је као *застарелост*. Вид.

2.3. Ограничења у погледу основа

Један од механизма којима се у одштетном праву ограничава домашај установе одговорности јесте отежавање услова који треба да буду задовољени како би се одговорност уопште могла засновати. Међу услове за заснивање одговорности треба убројати постојање основа, односно разлога из којег се одговара.³³ Ограничење у погледу основа могуће је на терену субјективне одговорности, захваљујући томе што се кривица као основ овог вида одговорности јавља у више облика то јест степенова. Степеновање кривице омогућава, између осталог, да се отежа заснивање одговорности за причињену штету, тако што се одговорност условљава постојањем кривице штетника односно одговорног лица у вишем степену од оног који је нормално довољан за постојање одговорности.

У начелу, за заснивање субјективне одговорности у одштетном праву довољан је најнижи степен кривице, а то је обична непажња.³⁴ Штавише, законска претпоставка кривице из чл. 154 ЗОО односи се управо на степен обичне непажње.³⁵ Међутим, законода-

чл. 35 Конвенције, Закон о потврђивању Конвенције о обједињавању извесних правила за међународни превоз ваздушним путем, *Службени гласник РС Међународни уговори*, бр. 38/09. Ипак, ту је реч о институту преклузије. Упор. „The right to damages shall be extinguished if an action is not brought within a period of two years, reckoned from the date of arrival at the destination, or from the date on which the aircraft ought to have arrived, or from the date on which the carriage stopped.“ Article 35, Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, Montreal, 28 May 1999. Исто: U. Magnus, 277. Правила Монреалске конвенције које се односе на одговорност авио превозника за штету коју претрпе путници, укључујући штету на пртљагу, имплементирана су, уз извесне допуне, у право Европске уније. Уједно, примена тих правила проширена је на унутрашњи превоз ваздушним путем у свакој од земаља чланица. Вид. Article 1, Regulation (EC) No 889/2002 of the European Parliament and of the Council of 13 May 2002 amending Council Regulation (EC) No 2027/97 on air carrier liability in the event of accidents, *OJ L 140*, 30.05.2002, 2 5. Више о Монреалској конвенцији: Bernhard A. Koch, „Other Strict Liabilities“, *Tort Law of the European Community* (eds. H. Koziol, R. Schulze), 140 148.

³³ Вид. Михаило Константиновић, „Основ одговорности за проузроковану штету“, *Анали Правног факултета у Београду* 3 4/1982, 507 518.

³⁴ *In lege aquilia et levissima culpa venit*. Ulpianus 42 ad sab., *Digestae* 9.2.44. Вид. више Михаило Константиновић, *Облигације и уговори. Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Службени лист, Београд 1996, 90 91, Миодраг Орлић, „Субјективна деликтна одговорност у српском праву“, *Правни живот* 10/2010, 809 840, Миодраг Орлић, „Есеј о кривници у грађанском праву“, *Правни живот* 1 2/2009, 179 198, М. Караникић Мирић (2009), 187 220, Марија Караникић Мирић, „Претпоставка кривице“, *Правни живот* 11/2009, 941 958. У француском праву: „L'application de l'art. 1382 n'exige pas l'existence d'une intention de nuire.“ Civ. 2e, 2 avr. 1997: Bull. civ. II, no 113, D. 1997. 411, note Edelman.

³⁵ „По правилу о претпостављеној кривници (чл. 154 ст. 1 ЗОО) претпоставља се само најблажи степен кривице учиниоца штете (обична непажња). Тежи степен кривице (груба непажња и намера) претпоставља се само ако је таква претпоставка

вац у одређеним случајевима условљава заснивање одговорности постојањем крајње непажње или чак намере на страни штетника, или прописује квалификовани облик кривице штетника као услов за настанак регресног захтева на страни одговорног лица, или везује неке друге правне последице за постојање појачаног облика кривице.

Тамо где српски законодавац прави разлику између крајње и обичне непажње, крајња непажња се по својим правним последицама изједначава са намером, у складу са начелом *Culpa lata dolo aequiparatur*.³⁶ Примера ради, 1. када послодавац исплати накнаду штете коју је његов запослени проузроковао трећем лицу на раду или у вези са радом, има право на регрес једино ако је запослени штету проузроковао намерно или крајњом непажњом (чл. 171, ст. 2 ЗОО), 2. до снижења накнаде из чл 191, ст. 1 ЗОО не може доћи ако је штета причињена намерно или крајњом непажњом, 3. императивним правилом из чл. 265, ст. 1 ЗОО прописано је да се одговорност за намеру и крајњу непажњу не може унапред искључити уговором.³⁷ ЗОО ни на једном месту не прописује посебне правне последице крајње непажње, то јест правне ефекте које би крајња непажња имала за разлику од обичне непажње и намере.³⁸

ЗОО ретко прописује специјалне правне последице намере – последице које не важе у случају проузроковања штете крајњом непажњом. Пример за овакву ситуацију представљају 1. директна

законским правилом изричито утврђена, или ако из смисла односног законског правила то недвосмислено произлази. Изван тих случајева степен кривице доказује се према општим правилима доказног поступка.“ Закључак XIV заједничке седнице Савезног суда, републичких и покрајинских врховних судова и Врховног војног суда од 25 и 26. марта 1980. године, *Збирка судских одлука*, књ. V, св. 1, 18. О идеји да треба претпоставити намеру, која се јавила у кратком периоду од доношења ЗОО до овог закључка домаћих судова, вид. М. Караникић Мирић (2009b), 944 946. Вид. још Тодор Ачански, „Претпостављена кривица као општи основ одговорности за штету“, *Анали Правног факултета у Београду* 1 4/1983, 59 73.

³⁶ Вид. више о овом начелу у Jean Limpens, Robert M. Kruithof, Anne Meinertzhagen Limpens, „Liability for One’s Own Act“, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume XI, (André Tunc, ed.), Part I, 32 35.

³⁷ Вид. такође чл. 172, ст. 2, чл. 265, ст. 4, чл. 266, ст. 2, чл. 671, чл. 672, ст. 1, чл. 674, чл. 733, чл. 870 ЗОО.

³⁸ Судаћи по томе, наш законодавац не сматра да би морална осуда коју на мерно проузроковање штете евентуално завређује, могла да оправда изузетан правни статус намере: у нашем одштетном праву у намери се не препознаје снажан морални елемент, који би требало јасно раздвојити од сваког непажљивог поступања. За разлику од таквог становишта, они који критикују начело *Culpa lata dolo aequiparatur* по правилу полазе од идеје да посебне правне последице намерног проузроковања штете треба да означе вредносну разлику између намере да се другоме нашкоди и свих оних случајева у којима таква намера не постоји – ма како непажљиво штетник поступао. Вид. више Aline Vignon Barrault, *Intention et responsabilité civile*, Presses Universitaires d’Aix Marseille, Aix en Provence 2004, 80 85, М. Караникић Мирић (2009), 181 183.

одговорност запосленог за штету коју је на раду или у вези с радом намерно проузроковао трећем лицу (чл. 170, ст. 2 ЗОО) и 2. немогућност да пребијањем престане потраживање настало намерним проузроковањем штете (чл. 341, ст. 3 ЗОО).³⁹

У појединим случајевима законодавац ограничава домашај установе одговорности, односно сужава круг ситуација у којима се она може засновати, тако што ублажава стандард основано очекиване пажње, то јест снижава основана очекивања у погледу пажљивости у поступању одређене категорије штетника. Такав је случај штетника који штету проузрокују чинећи нешто зарад користи оштећеника. Од њих се очекује брижљивост какву показују у властитим пословима (чл. 191, ст. 2 ЗОО). Законодавац је овај институт сместио под наслов *Снижење накнаде*, мада се ту не ради о снижењу накнаде на коју оштећеник има право, него о снижењу стандарда према којем се цени штетничково поступање.

2.4. Ограничења у погледу идентитета оштећеника односно одговорног лица

Као механизам за ограничавање домашаја установе одговорности за проузроковану штету домаћи законодавац у неким случајевима сужава појам оштећеника, односно ограничава круг лица која могу да се квалификују као поверилац накнаде претрпљене штете.

Законско ограничење одговорности за штету у погледу оштећеника постоји код неких облика одговорности из скупине института која се у ЗОО назива *Посебним случајевима одговорности*.⁴⁰ Ту скупину чини пет облика одговорности који се међусобно разликују по основу и условима, идентитету одговорног лица, разлозима из којих се може ослободити одговорности, па чак и врстама штете за коју се одговара. Реч је о резидуалној категорији, то јест о посебним случајевима одговорности којима је заједничко само то што се не могу без компромиса сврстати у било коју раније формирану категорију.⁴¹ Међутим, прва три међу посебним случајевима

³⁹ Вид. такође чл. 114 и чл. 929, ст. 2 ЗОО.

⁴⁰ Вид. Чл. 180 184, ЗОО. Реч је о следећим институтима: (1) одговорност услед терористичких аката, јавних демонстрација или манифестација, (2) одговорност организатора приредби, (3) одговорност због ускраћивања неопходне помоћи, (4) одговорност у вези са обавезом закључења уговора, и (5) одговорност у вези са вршењем послова од општег интереса. Ови облици одговорности нису били предвиђени Скицом за законик о облигацијама и уговорима.

⁴¹ Поједини аутори сматрају да је овим облицима одговорности заједничко то што штета настаје у околностима које налажу да се грађанима пружи појачана заштита. Вид. Владан Станковић, „Члан 180“, у: Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић (ур.), *Коментар Закона о облигационим односима*, Културни центар у Горњем Милановцу, Правни факултет у Крагујевцу, 1980, 534 535. Међутим, заштита која је

одговорности, а то су одговорност услед терористичких аката, јавних демонстрација или манифестација (чл. 180), одговорност организатора природби (чл. 181) и одговорност због ускраћивања неопходне помоћи (чл. 180), имају заједничку особину да се у позицији оштећеника може наћи само физичко лице.

На нешто општијем нивоу, када је реч о претрпљеној моралној штети, у српском праву се као оштећеник може квалификовати искључиво физичко лице.⁴²

Поред тога, према поменутих правилима новог српског ЗЗП о одговорности произвођача за штету од производа с недостатком (чл. 59–65), положај оштећеника може имати једино физичко лице. Ова правила специјална су у односу на чл. 179 ЗОО и примењују се само у потрошачком контексту. Од усвајања посебног режима одговорности који је прописан новим ЗЗП, треба узети да се старија правила ЗОО о одговорности произвођача за штету од ствари с недостатком, као и припадајућа схватања домаћих судова, примењују само када се у позицији оштећеника налази правно лице.⁴³

гарантована овим правилима понекад је слабија од заштите коју пружају општа правила о вануговорној одговорности. Примера ради, одговорност због ускраћивања неопходне помоћи заснива се на доказаној, а не на претпостављеној кривици. Поред тога, у посебним случајевима одговорности у вези са обавезама закључења уговора и вршења послова од општег интереса, појам оштећеника односно лица коме се пружа заштита није ограничен на грађане односно физичка лица.

⁴² У току је расправа о проширењу одговорности за штету у српском праву тако да се право на накнаду појединих видова моралне штете призна и правним лицима. Комисија за изradу Грађанског законика разматра признање правним лицима права на накнаду у вези са повредом угледа и других вредности које произлазе из природе њиховог субјективитета. Вид. Комисија за изradу Грађанског законика, 82.

⁴³ Нова правила потрошачког права која се тичу одговорности произвођача за штету од производа с недостатком усвојена су из два разлога. Први је усклађивање српског права са правом Европске уније у овој области, а други стварање повољнијег режима за оштећеника у потрошачком контексту у односу на положај који му је гарантован одредбама чл. 179 ЗОО и припадајућом судском праксом. Ту се мисли на схватања судова о томе шта је недостатак, ко се квалификује као произвођач и томе слично. Парадоксално, ЗОО и на њему настала пракса домаћих судова у појединим аспектима нуде јачу правну заштиту оштећенику него што то чини специјални режим новог српског ЗЗП. До тога је дошло зато што Директива о одговорности за штету од производа са недостатком, која је новим ЗЗП транспонована у српско право, по одређеним питањима слабије штити оштећеника него затечена правила ЗОО. Примера ради, ЗЗП ограничава врсте штете за које произвођач одговара по овом основу (вид. одредбу чл. 5, ст. 1. тач. 25 ЗЗП, којом се појам штете редукује на последње смрти, телесне повреде, односно уништења или оштећења имовине коју је оштећени обично лично користио или трошио), док ЗОО не познаје такво ограничење. Могуће је, дакле, да оштећенику у појединим случајевима буде повољније да накнаду захтева позивајући се на ЗОО него на специјални режим. Треба сачекати став који ће с тим у вези заузети српски судови. Према последњим схватањима Европског суда, Директива о одговорности за штету од производа са недостатком спада у ред такозваних максималних директива, што значи да држава чланица није слобод

Ограничење одговорности у погледу одговорног лица подразумева постојање посебних правила којима се од одговорности за штету изузимају неки субјекти о чијој би се одговорности по општим правилима могло расправљати. Један од разлога из којих законодавац понекад томе прибегава јесте контрола броја потенцијално тужених.

Тако за штету од производа са недостатком одговара једино произвођач као непосредни творац ризика, а не читав низ лица у продајном ланцу, преко којих је дефектни производ на крају стигао до коначног корисника.⁴⁴ Поред тога, за штету коју запослени проузрокује трећем лицу на раду или у вези с радом одговара послодавац, под условима из чл. 170 ЗОО. Према општим правилима о одговорности за штету, запослени би требало да буде одговоран ако на његовој страни постоји макар обична непажња. Међутим, законодавац је ограничио одговорност запосленог на случајеве када је штета проузрокована намерно. Терет доказивања намере пада на оштећеника. Затим, када је имаоцу одузета опасна ствар на противправан начин за шта он није одговоран, за штету која потиче од те ствари не одговара ималац, него онај ко је ствар противправно одузео (чл. 175 ЗОО).

Поред контроле броја потенцијално тужених лица законодавац у свим наведеним случајевима мора имати и друге правно-политичке разлоге да ограничи домашај установе одговорности у погледу идентитета дужника накнаде. Наиме, овај облик ограничења одговорности ускраћује оштећенику могућност избора између више дужника накнаде штете, што је облик заштите од неплатежности било којег од њих.⁴⁵ Због тога је неопходно да се ограничење одговорности у погледу идентитета одговорног лица увек заснује на ваљаним правно-политичким разлозима.

2.5. Ограничења у погледу врсте штете

У одређеним случајевима законодавац ограничава домашај установе одговорности тако што сужава круг штета за које се може захтевати накнада. Примера ради, у српском праву држава одговара како за имовинску, тако за моралну штету до које је дошло услед терористичког акта, односно приликом јавних демонстрација или

на да својим унутрашњим прописом оштећенику пружи јачу заштиту од оне која је предвиђена директивом. Упор. С 52/00, Judgment of 25/04/2002, Commission v. France (Rec. 2002, p. I 3827), С 183/00, Judgment of 25/04/2002, González Sánchez (Rec. 2002, p. I 3901), С 154/00, Judgment of 25/04/2002, Commission v. Greece (Rec. 2002, p. I 3879). Вид. више М. Караникић Мирић (2008), 131-132.

⁴⁴ У. Magnus, 284. У српском праву, појам прозводјача у контексту његове објективне одговорности за штету од дефектног производа уређују одредбе чл. 5, ст. 1, тач. 15 и чл. 62, ст. 2 ЗЗП.

⁴⁵ *Ibid.*

манифестација (чл. 180 ЗОО).⁴⁶ Међутим, држава не одговара за све облике моралне и имовинске штете, већ само за штете које настају у случају смрти, телесне повреде, као и уништења или оштећења имовине физичког лица.⁴⁷ Ако оштећеник изабере да уместо државе тужи познатог му штетника, то јест да према општим правилима о одговорности захтева накнаду непосредно од лица које му је проузроковало штету, општа правила о одговорности важе и у погледу врста штете за коју такав штетник одговара.⁴⁸

Домаћи законодавац редуковао је појам штете и у случају одговорности организатора приредбе. Наиме, организатор окупљања већег броја људи у затвореном или на отвореном простору не одговара за сваку штету која настане као последица гибања маса, општег нередица или других посебних околности до којих може да дође на једној приредби, већ само за штету насталу смрћу или телесном повредом (вид. чл. 181 ЗОО).

Исти метод ограничења домашаја установе одговорности примењен је у потрошачком контексту, па произвођач ствари са недостатком не одговара за сваку штету од тог недостатка, већ само за

⁴⁶ Вид. В. Станковић, 535. Вид. Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2937/05 од 13. априла 2006. године, Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2222/05 од 28. септембра 2005. године. Домаћи аутори сматрају да држава одговара и за ону штету коју законитим и правилним вршењем службе проузрокује радник надлежног државног органа у покушају да спречи штету од аката терора или насиља, јавних демонстрација или манифестација, будући да и такво поступање радника државних органа представља адекватну последицу ових дешавања. Тако: Ђорђе Николић, „Илан 180“, у: *Коментар Закона о облигационим односима*, (1995), 415. Треба нагласити да држава одговара за штету и ако је поступање радника надлежног државног органа у супротстављању актима тероризма, односно у настојању да сузбије јавне демонстрације или манифестације, било незаконито или неправилно. Такво поступање радника државног органа не може се сматрати адекватном последицом терористичког акта, јавних демонстрација или манифестација. Међутим, тада одговорност државе може бити заснована на посебном пропису (вид. чл. 166 Закона о полицији, *Службени гласник РС*, бр. 101/05 и 63/09 одлука УС), а у сваком случају на одредбама чл. 172 ЗОО.

⁴⁷ Законодавац на овом месту не помиње штете до којих долази нарушавањем здравља, али треба узети да су такви случајеви обухваћени појмом штете настале телесном повредом. Ђ. Николић, 414.

⁴⁸ То уједно значи да би и правно лице у својству оштећеника могло да захтева накнаду материјалне штете. Према схватању домаћих судова, правно лице не може имати право на накнаду моралне штете. Упор. Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 611/01 од 25. децембра 2002. године, Решење Врховног суда Србије, Прев. 127/97 од 26. марта 1997. године. Ове одлуке односе се на повреду доброг пословног угледа правног лица. У случају смрти, повреде тела или нарушавања здравља до којих је дошло услед терористичког акта, односно приликом јавних демонстрација или манифестација, могло би се, макар на теоријској равни, отворити питање материјалне штете коју правно лице у својству послодавца односно наручиоца одређеног посла трпи због смрти или повреде запосленог односно посленика, који обавља високо специјализоване послове или послове везане за личност.

ону која је настала смрћу, телесном повредом, односно уништењем или оштећењем имовине коју је оштећени обично користио за личну употребу или потрошњу (чл. 5, ст. 1. тач. 25 ЗЗП).

Поред наведених примера законодавне активности сужавања круга штета за које се по одређеном основу може одговарати, на општијем нивоу може се уочити да сам правни појам штете, па и правни појам узрочне везе, имају нормативну функцију. Прописујући која се релација може сматрати каузалном и која се повреда може сматрати штетом, грађанско право поставља сопствене лимите, то јест границе у којима се може утврђивати нечија одговорност.⁴⁹

2.6. Ограничење у погледу износа дуговане накнаде

Домашај и друштвени ефекти установе одговорности за причињену штету могу се ограничити, између осталог, 1. прописивањем највишег износа накнаде, тако да укупан износ накнада штете свим оштећеницима за који се терети једно лице поводом једног штетног догађаја или у једном периоду не може да премаши одређени износ, као и 2. прописивањем најмањег износа штете поводом којег се може засновати одговорност према појединачном оштећенику.

У првом случају, обично је реч о масовним штетама, мада то не мора бити случај. Прописивање максималног износа накнаде коју поводом једног штетног догађаја, или у једном периоду, може да дугује једно одговорно лице, представља уступак захтеву правне сигурности. Овим ограничењем постиже се социјализација одговорности у ширем смислу, тако што се ризик штете расподељује између одговорног лица и потенцијалних оштећеника. Поред тога, долази до социјализације ризика у ужем смислу, будући да прописивање максималног износа за који се може одговарати олакшава потенцијално одговорном лицу да се осигура од одговорности.

У другом случају, друштвена сврха прописивања минималног износа испод којег појединачни оштећеник не може да оствари право на накнаду претрпљене штете састоји се у контроли броја поступака по захтевима за накнаду штете, то јест у избегавању масовног парницења око минималних износа.

На пример, поменутом Директивом о одговорности за штету од производа са недостатком прописан је минималан износ штете на имовини од 500 евра.⁵⁰ Ризик од штета које су мање од прописаног

⁴⁹ М. Караникић Мирић (2009), 119.

⁵⁰ Вид. Art. 9, Directive 85/374/ЕЕС. У Директиви се као доња граница одговорности произвођача поставља 500 ECU (*European Currency Unit*). Од 1. јануара 1999. године еки је замењен евром у односу један према један. Истим чланом Директиве искључена је вануговорна одговорност произвођача за штету на самом дефектном производу. Директива не дира у његову евентуалну уговорну одговорност

износа остаје на оштећенику. Ако штета премашује прописани износ, одговорно лице дужно је да плати све преко тог износа. Другим речима, првих 500 евра материјалне штете увек сноси оштећеник.⁵¹ У преамбули Директиве недвосмислено је опредељена сврха овог ограничења, а то је да се избегне масовно парницење.⁵²

Према схватању Европског суда правде, државе чланице дужне су да својим унутрашњим прописима на овај начин ограниче одговорност произвођача. Одредба Директиве којом се искључује одговорност произвођача за штете испод 500 евра не може се тумачити као опциона.⁵³ Ипак, српски законодавац определио се за то да у домаће право још увек не уведе овај вид ограничења одговорности у погледу износа дуговане накнаде.⁵⁴ Србија не би могла да испуни обавезу која је поменутом Директивом наметнута државама чланицама на тај начин што би изабрала одређени износ испод којег произвођач не одговара а који би одговарао њеним унутрашњим приликама. Другим речима, ограничење одговорности произвођача по себи није довољно – неопходно је да се граница одговорности постави управо на оном износу који је прописан Директивом. Међутим, прописани износ од 500 евра чини се неоправдано високим из перспективе економске моћи потрошача у Србији, па је највероватније због тога ово ограничење изостављено приликом доношења новог Закона о заштити потрошача. Поред тога, сврха овога ограничења била би, како је преамбулом Директиве јасно опредељено, да се спречи претерано парницење. Држава која се обавезала да своје законе усклади са правом Европске уније није у позицији да испитује сврховитост сваког

за материјалне недостатке продате и предате ствари. Међутим, по том основу се на одговорност може позвати само онај произвођач који је истовремено продавац или дистрибутер, а на одговорност га може позвати једино купац.

⁵¹ У енглеском тексту Директиве, минимални износ штете означен је као *a lower threshold of 500 ECU*, што може да упути на закључак да оштећеник којем је причињена штета у износу мањем од 500 ECU нема право ни на какву накнаду, док онај ко је претрпео штету у већем износу од тога, има право на потпуну накнаду укупне претрпљене штете. Међутим, из текста Директиве на другим језицима (на пример, *sous déduction d'une franchise de 500 Écus*), као и из преамбуле Директиве, јасно је да се прописани износ одбија од сваке накнаде, односно да првих 500 евра штете увек сноси оштећеник. Вид. више Jane Stapleton, *Product Liability*, Butterworths, London 1994, 54. Одредба о минималном износу у литератури често се препознаје као спорна односно двосмислена. Упор. Miquel Martin Casals, „Spanish product liability today – adapting to the „new“ rules“, (ed. D. Fairgrieve), *Product Liability in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, 62 65.

⁵² „[...] damage to property [...] should nevertheless [...] be subject to a deduction of a lower threshold of a fixed amount in order to avoid litigation in an excessive number of cases;“ Recitals, Directive 85/374/EEC.

⁵³ Упор. С 52/00, Judgment of 25/04/2002, Commission v. France (Rec. 2002, p. I 3827), С 154/00, Judgment of 25/04/2002, Commission v. Greece (Rec. 2002, p. I 3879).

⁵⁴ Вид. чл. 5, ст. 1, тач. 25 и чл. 59 65, ЗЗП.

појединачног правила комунитарног права. Ипак, овде треба истаћи да у Србији не постоји опасност од масовног парничења у потрошачком контексту. Управо супротно, трећи за редом закон у области заштите потрошача не живи у судовима. У грађанским парницама судови и даље примењују одредбе ЗОО у стварима које су посебно уређене новим ЗЗП.⁵⁵ У том смислу, правило да првих 500 евра штете увек пада на оштећеника у Србији би само продубило проблем.

У Директиви о одговорности за штету од производа са недостатком постоји пример и за ограничење одговорности у погледу максималног дугованог износа накнаде. Наиме, одредбом чл. 16 (1) Директиве остављена је могућност државама чланицама да укупну одговорност једног произвођача за штету од смрти или телесне повреде изазване истом врстом производа са истим недостатком ограниче на износ који не може бити мањи од 70 милиона ЕCU.⁵⁶ Српски законодавац није искористио ову опцију, односно није ограничио одговорност произвођача у погледу највећег износа накнаде коју би могао да дугује поводом истог недостатка на производима исте врсте.

На општијем нивоу од наведених (и осталих) конкретних ограничења одговорности у погледу износа дуговане накнаде, налази се институт одштетног права који је овде већ поменут, а носи назив снижење накнаде и уређен је одредбом чл. 191, ст. 1 ЗОО и припадајућом праксом домаћих судова.⁵⁷ Реч је о законском прави-

⁵⁵ Више о томе: Marija Karanikić Mirić, „Tentative Explanations of the Enforcement Failure of Consumer Legislation in Serbia“, Paper presented at the Thirteenth Mediterranean Research Meeting, Florence and Montecatini Terme 21-24 March 2012, organized by the Robert Schuman Centre for Advanced Studies at the European University Institute, у припреми.

⁵⁶ У Европској унији расправљало се у подизању ове границе на 140 милиона евра. Упор. Recommendation for second reading on the common position adopted by the Council with a view to adopting a European Parliament and Council Directive amending Council Directive 85/374/EEC on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (12872/1/98 C4 0016/99 97/0244(COD)).

⁵⁷ „Имовинско стање онога ко другоме одговара за проузроковану нематеријалну штету узима се у обзир као социјална категорија само у случају када би овај због плаћања накнаде сам дошао у такву оскудицу да би тиме био угрожен његов социјални положај, односно социјална стабилност. Зато се имовинско стање правног лица које одговара за штету не узима у обзир при одмеравању накнаде за нематеријалну штету.“ Закључак са саветовања Савезног суда, врховних судова република и аутономних покрајина и Врховног војног суда од 15. и 16. октобра 1986. године у Љубљани, Закључак број 18, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 2/1987. Вид. такође: Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2112/04 од 9.12.2004. године, Пресуда Окружног суда у Ваљеву, Гж. 920/04 од 30.9.2004. године. Треба имати на уму да се одредбе ЗОО о подељеној одговорности и снижењу накнаде које важе за имовинску, сходно примењују на неимовинску штету. Вид. чл. 205 ЗОО. Комисија за израду грађанског законика разматра проширење ове одредбе на сходну примену правила о одређивању накнаде по правичности. Вид. Комисија за израду

лу које даје овлашћење суду да, водећи рачуна о имовном стању оштећеника, осуди одговорно лице да исплати мању накнаду него што износи штета, ако је одговорно лице слабог имовног стања у мери да би га исплата потпуне накнаде довела у оскудицу, а штета није причињена ни намерно ни крајњом непажњом. На тај начин конституисан је изузетак од општег правила да суд, узимајући у обзир и околности након проузроковања штете, досуђује накнаду у износу потребном за довођење оштећеника у имовно стање у каквом би био да је изостала штетна радња или пропуштање (чл. 190 ЗОО).

У начелу, имовна стања оштећеника и одговорног лица нису од правног значаја и не могу бити разлог да се одговорност за штету у погледу дугованог износа накнаде било прошири било ограничи. То не значи да судије *de facto* не разматрају и податак о имовинском статусу ових лица, на начин на који разматрају остале околности које су са становишта права тривијалне, али се човек, ако за њих зна, тешко може одупрети томе да и о њима размисли, већ само да питање сиромаштва или богатства учесника у штетном догађају у начелу нема правне последице. Имовно стање оштећеника има информативну вредност, утолико што се стварна штета коју оштећеник може да претрпи начелно креће у оквирима његове активе. С друге стране, имовно стање одговорног лица не говори апсолутно ништа о висини обавезе накнаде штете која на страни тог лица може да настане.

Аргумент имовног стања како оштећеника, тако одговорног лица, може се увести у расправу о висини дуговане накнаде само изузетно, под условима које је законодавац изричито поставио. Уз наведени институт снижења накнаде, српско право познаје још неке ситуације у којима су судови овлашћени да, приликом утврђивања накнаде на коју оштећеник има право, узму у обзир имовински статус страна у спору. Такви су случајеви одговорности по основу правичности из чл. 169 ЗОО. Реч је о ситуацијама када се накнада не може остварити по редовним правилима, зато што онај ко би требало да одговара за причињену штету није у стању да ту штету накнади. То може да буде малолетник који је способан за расуђивање или лице које је било дужно да надзире штетника који није способан за расуђивање. У таквим случајевима суд може, по изричитом законском овлашћењу, да на потпуну или делимичну накнаду штете осуди лице чија одговорност се по редовним правилима не би могла засновати. То може да буде штетник који је неспособан за

Грађанског законика, 84. Институт подељене одговорности из чл. 192 ЗОО не разматра се у овом раду, будући да су предмет рада инструменти којима се одговорност ограничава у присуству свих услова за њено заснивање. Насупрот томе, позивањем на правило о подељеној одговорности одговорно лице на терену узрочности негира испуњеност услова за заснивање одговорности за онај део штете чијем настанку је допринео сам оштећеник.

расуђивање или родитељ малолетника способног за расуђивање на чијој (родитељевој) страни нема кривице. Одлучујући о овоме, суд је по закону дужан да узме у обзир имовно стање оштећеника и штетника, односно одговорног лица.⁵⁸

2.7. Посебни случајеви искључења одговорности

Установе нужне одбране, крајње нужде и отклањања штете од другога, затим дозвољене самопомоћи и пристанка оштећеника, квалификују се у делу домаће правне теорије као чињенице које искључују противправност.⁵⁹ Ту се мисли на противправност штетне радње, која у овој теоријској конструкцији представља имплицитан услов за заснивање одговорности за причињену штету. Као нормативни основ за то узима се одредба чл. 16 ЗОО, којом се у начелу забрањује сваки поступак којим се може другоме проузроковати штета.⁶⁰ Према другима, нужна одбрана и пристанак оштећеника искључују недопуштенош штетног догађаја и штете, док стање нужде искључује недопуштенош штетног догађаја али не и недопуштенош штете.⁶¹ Поједини аутори узимају у обзир околност што се одредбе о побројаним установама налазе у одсеку ЗОО којим се уређује одговорност по основу кривице, па закључују да искључење противправности у овим случајевима нужно доводи до искључења кривице.⁶² Неки правни писци разумеју нужну одбрану, стање нужде, дозвољену самопомоћ и пристанак оштећеника као разлоге за искључење одговорности, не инсистирајући на томе да искључење одговорности наступа због тога што је штетна радња противправна.⁶³ У иностраној литератури среће се став да нужна одбрана и стање

⁵⁸ „Правилно је становиште нижестепених судова да тужена, као лице зао сталог умног развоја, због неспособности за расуђивање не одговара за штету коју другоме проузрокује, у смислу чл. 159 ЗОО. Међутим, ово основно правило кори говано је у чл. 169 ЗОО, по коме у случају штете коју је проузроковало лице које за њу није одговорно а накнада се не може добити од лица које је било дужно да води надзор над њим суд може, када то правичност захтева, а нарочито с обзиром на материјално стање штетника и оштећеника, да осуди штетника на накнаду штете потпуно или делимично.“ Одлука Врховног суда Србије Рев 539/99 од 25. новембра 1999. године, Судска пракса 3/2000. Вид. такође Пресуда Окружног суда у Чачку, Гж. 1195/05 од 12.10.2005. године, Решење Окружног суда у Нишу, Гж. 2387/05 од 20.12.2005. године.

⁵⁹ Вид. чл. 161 163 ЗОО. О изложеном схватању вид. Јаков Радишић, *Обли гационо право. Општи део*, Номос, Београд 2004, 223 и даље.

⁶⁰ Критику тог схватања вид. у М. Караникић Мирић (2009), 281 286.

⁶¹ Стојан Цигој, „Нужна одбрана, крајња нужда, отклањање штете од другога (чл. 161)“, *Коментар Закона о облигационим односима* (1983), 585 587.

⁶² Оливер Антић, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Бео граду и Службени гласник, Београд 2007, 440 и даље.

⁶³ Слободан Перовић, *Предговор, Закон о облигационим односима*, Службени лист, Београд 1995, 48 49.

нужде не искључују противправност штетникове радње, већ приписивост штетног догађаја: то су чињенице које спречавају да се штетни догађај припише штетнику, а не да се штетникова радња квалификује као противправна.⁶⁴

У овом раду, поменути институти посматрају се као правом признати разлози за искључење одговорности у случајевима када би се та одговорност по редовним правилима могла засновати, то јест када су испуњени услови који се за њено заснивање иначе захтевају. Другим речима, позивајући се на неки од института из чл. 161–162 ЗОО, одговорно лице не негира испуњеност услова за заснивање одговорности, већ у једначину уводи нову околност, која по изричитој законској норми претеже над чињеницом испуњености услова одговорности и спречава да се та одговорност заснује. Та нова околност може да буде нужна одбрана, крајња нужда, отклањање штете од другога, дозвољена самопомоћ и пристанак оштећеника. Овај последњи случај у раду је већ обрађен у оквиру вољног ограничења одговорности за штету.

Ту је, дакле, реч о изричитом законском искључењу одговорности: 1. лица које у нужној одбрани проузрокује штету нападачу (осим у случају прекорачења нужне одбране),⁶⁵ 2. лица које проузрокује штету у стању нужде (при чему може да постоји одговорност онога ко је крив за настанак опасности, односно онога од кога је отклоњена штета – до висине користи коју је од тога имао),⁶⁶ 3. лица које отклањајући повреду права проузрокује штету ономе ко је створио потребу самопомоћи, ако је таква заштита била нужна и ако је начин отклањања повреде био сразмеран претећој непосредној опасности,⁶⁷ 4. лица које причини штету радњом коју је оштећеник дозволио и која није законом забрањена. На крају, у случају отклањања опасности од

⁶⁴ Ludo Cornelis, *Principes du droit belge de la responsabilité extra contractuelle. L'acte illicite*, Bruylant, Maklu, Bruxelles 1990, 779.

⁶⁵ На пример: „Нижестепени судови несумњиво су утврдили да је туже ни проузроковао штету у нужној одбрани, бранећи се од истовременог против правног напада тужиоца, који га је ударио у пределу лица. У његовој радњи нема прекорачења, јер је узвраћање било адекватно, будући да је тужиоца само одгурнуо, а околност да је он при том пао на жичану ограду и задобио лаке телесне повреде, ствар је амбијента који тужени, као нападнути, није бирао.“ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1797/02/1 од 9.5.2002. године. „Поступање у нужној одбрани у потпуности искључује одговорност за штету коју је оштећени у одбрани нанео нападачу.“ Пресуда Окружног суда у Ваљеву, Гж. 1719/05 од 24.11.2005. године.

⁶⁶ На пример: „Ако у датим околностима пас није деловао као опасна ствар, нема ни крајње нужде.“ Пресуда Окружног суда у Ваљеву, Гж. 170/06 од 27.1.2006. године.

⁶⁷ На пример: „Ретенција је средство законске самозаштите права и дозвољене самопомоћи, па када неко поступа у случају дозвољене самопомоћи и њоме проузрокује штету лицу које је изазвало потребу самопомоћи, није дужан да је надокнади.“ Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 406/05 од 23.11.2005. године.

другога, одговорност онога од кога је штета отклоњена ограничена је на штету којој се лице које му је помагало разумно изложило.

2.8. Дужност обавештавања и губитак права на накнаду штете

У домену одговорности за штету која је проузрокована неизвршењем уговорне обавезе постоје случајеви да законодавац санкционише поједина оштећеникова пропуштања губитком одређених права, међу којима је и право на накнаду штете. Реч је о пропуштању оштећеника да свога саговорника обавести о материјалном недостатку испуњења, које (пропуштање) има за последицу губитак права на накнаду штете која од тог недостатка потиче. У начелу, уговорна страна која је дужна да обавести другу страну о чињеницама које су од утицаја на њихов међусобни однос, одговара за штету коју претрпи друга страна због тога што није била на време обавештена (чл. 268 ЗОО).⁶⁸ На конкретнијем нивоу, када се утицај прећутане чињенице на однос уговорних страна огледа у томе што за страну која се оглушила о обавезу обавештавања настаје штета за коју би по општим правилима могла да захтева накнаду од свог необавештеног саговорника, законодавац прибегава томе да повреду обавезе обавештавања санкционише губитком права на накнаду штете. Примера ради, купац који не обавести закупаца о недостатку закупљене ствари, односно о непредвиђеној опасности по ту ствар, а за које овај није знао, губи право на накнаду штете коју одатле трпи и дужан је да накнади штету коју закупавац претрпи због тога (вид. чл. 577 ЗОО).⁶⁹

⁶⁸ Вид. више Добросав Митровић, „Одговорност због пропуштања обавештења (чл. 268)“, *Коментар Закона о облигационим односима* (1983), 943-944.

⁶⁹ Вид. такође (код уговора о продаји, делу и грађењу) чл. 481, 617 и 645 ЗОО. Вид. Решење Вишег трговинског суда, Пж. 3895/02 од 19.3.2002. године, Решење Врховног суда Србије, Прев. 244/05 од 8.3.2006. године, Пресуда Врховног суда Србије, II Рев. 77/97 од 26.3.1997. године, Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 425/96 од 20.8.1996. године, Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 5730/04 од 1.6.2005 године, Пресуда Вишег привредног суда, Пж. 3213/2000 од 27.7.2000. године, Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 224/97 од 3.6.1997. године. Вид. нарочито: „У ситуацији када продавац купцу уместо продате ствари испоручи ствар коју није продао, не постоји обавеза купца да поступа на начин одређен чл. 481, ст. 1. ЗОО јер продавац уопште није извршио уговорну обавезу, будући да није предао ствар која је предмет продаје, него другу ствар о чијим видљивим или невидљивим недостацима купац није уопште дужан да обавештава продавца. Непоступањем у оваквој ситуацији на начин одређен чл. 481, ст. 1. ЗОО купац не губи своја права одређена чл. 262, ст. 1 ЗОО. Међутим, у ситуацији када је продавац испоручио купцу ствари које су предмет уговора о продаји, али не у уговореној количини, купац је дужан да поступи по чл. 481 ЗОО и о мање испорученим продатим му стварима благовремено обавести продавца, јер у противном сноси законске последице пропуштања.“ Одговор Вишег трговинског суда на постављено питање са саветовања трговинских

3. ЗАКЉУЧАК

Установа одговорности за проузроковану штету доживела је експанзију у модерном праву. Оно је обележено плурализмом основа одговорности, све већим бројем различитих облика објективне одговорности, објективизацијом кривице, ширењем правног појма штете, а у практичној равни све већом спремношћу оштећеника да заштити потраже пред судом и склоношћу судова да досуђују накнаде у већим износима него раније.

О потреби да се овај процес успори и стави под контролу отворено се расправља у научним и стручним публикацијама. Одштетно право развило је механизме који имају за циљ да се домаћај установе одговорности за штету задржи у разумним границама, односно да се обезбеди правичан баланс између интереса оштећеника и лица одговорног за штету. Савремено право прихвата да у одређеним случајевима принцип потпуне накнаде доводи одговорно лице у неоправдано тежак положај и познаје инструменте који треба да обезбеде да се оно оптерети у мери у којој је то оправдано. Шта је у том смислу оправдано, то јест када су то интереси оштећеника довољно заштићени а терет који је наметнут одговорном лицу оправдано тежак, једно је од најзахтевнијих питања одштетног права.

Српско одштетно право у овоме у целости припада породици европских права. Оно је развило читав низ механизма који имају за циљ да ограние одговорност за штету када је то оправдано. Ти механизми су у овоме раду груписани у следеће категорије: 1. вољно, судско и законско ограние одговорности, 2. временско ограние, 3. ограние у погледу основа, 4. идентитета оштећеника и одговорног лица, 5. врсте штете и 6. износа дуговане накнаде, затим 7. посебни случајеви искључења одговорности, као и 8. губитак права на накнаду штете услед повреде дужности обавештавања.

На апстрактном нивоу, сви ови инструменти имају за циљ постизање равнотеже између оправданих интереса лица које трпи штету и лица које за ту штету одговара. Поред тога, свако од поменутих ограние одговорности засновано је на нешто конкретнијим правно-политичким разлозима. Циљ овога рада није био да се исцрпно поброје сви механизми којима се ограние одговорност, већ да се изложе они који су репрезентативни за одређени тип ограниења.

На крају, постојање инструмената којима се „поправљају“ последице примене општих правила о одговорности, индикатор је схватања да правном нормом треба да се осигура правичан исход

судова Републике Србије, одржаног на Златибору 24 27.6.2003. године, утврђен на седници Одељења за привредне спорове, која је одржана 10.10.2003. године.

људских интеракција, а не тек правични услови под којима ће се људи у те интеракције упуштати. Другим речима, не сматра се да је однос оштећеника и одговорног лица у складу са захтевима правичности самим тим што је уређен општим правилима одштетног права, већ да постоје ситуације у којима општа правила треба модификовати, како би се обезбедила правична равнотежа у интересима ових субјеката.

Dr. Marija Karanikić Mirić

Assistant Professor

University of Belgrade Faculty of Law

LIMITATIONS OF LIABILITY FOR DAMAGE UNDER SERBIAN LAW

Summary

Modern European tort law systems are marked by multiplication of the heads of damages, increase in the possibilities for the injured parties to pass on the damage they incurred, raise in the amount of the awarded damages, and an increasing claim-consciousness of possible plaintiffs. These systems have developed different mechanisms of keeping liability in torts within reasonable limits. They provide tools for fine corrections of the effects of the principle of full compensation, the purpose of such tools being to ensure fair balance of the interests of injured party and tortfeasor. This means that, when all circumstances of the case are taken into consideration, the tortfeasor's burden of liability should be reduced in the event that the principle of full compensation fails to produce fair and reasonable results in the case at hand. The purpose of these instruments is not to rectify social or economic differences, but to make certain that, taking all circumstances into account, liability is not unjustifiably burdensome for the tortfeasor. What is justified with respect to the limits of liability for damage is one of the most tasking questions of tort law.

The main concern of this paper are different instruments of Serbian law intended for keeping tortious liability within reasonable limits, that is, the mechanisms which limit, or exclude liability under Serbian tort law, though the general conditions of liability are satisfied. These include 1. statutory, judicial and voluntary limitations of liability, 2. limitations in time, 3. limitations with respect to the grounds of liability, 4. limitations concerning the identities of injured party and tortfeasor, 5. limitations regarding the heads of damages, as well as 6. those in respect of

the amounts of compensation, 7. special instances of the exclusion of liability, and 8. breach of information duties which may lead to a loss of right to compensation.

Key words: *Kinds of liability limitations. – Limitations of liability in time. – Special instances of exclusion of liability. – Breach of information duties.*

Др Бојан Милисављевић*

ИСЦРПЉЕЊЕ УНУТРАШЊИХ ПРАВНИХ СРЕДСТАВА КАО УСЛОВ ЗА ПРИМЕНУ ДИПЛОМАТСКЕ ЗАШТИТЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ

*Рад анализира правила о обавезном исцрпљењу унутрашњих правних средстава као неопходни услов за примену дипломатске заштите у међународном праву. Пре него што се постави питање одговорности државе на међународном плану, за повреду права страног држављанина или предузећа неопходно је покушати постићи правну заштиту пред унутрашњим органима државе. Аутор на почетку обрађује специфичну еволуцију дипломатске заштите, од мере међудржавне интервенције, до једне од правно допуштених активности коју држава може да примени ради заштите права сопственог држављанина. Истражује се формирање овог правила на универзалном нивоу, као и арбитраж на пракса, с посебним освртом на праксу Међународног суда правде у овој области. Такође се анализира рад Комисије за међународно право Уједињених нација у погледу Нацрта о дипломатској заштити и наведени су неки основни изузеци од примене правила о обавези исцрпљења унутрашњих правних средстава заштите. Посебно се скреће пажња на погрешне закључке аутора, поготово оних који се баве људским правима, о формирању правила о директној надлежности међународних тела. Истина је да се државе у пракси понекад одричу могућности вођења поступака на националном нивоу, али тако настају само обавезе *inter partes*, а никако оне које су *erga omnes* природе, какво је несумњиво правило о обавезном коришћењу унутрашњих средстава заштите.*

Кључне речи: *Исцрпљење унутрашњих средстава. Дипломатска заштита. Комисија за међународно право. Међународни суд правде.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Дипломатска заштита је веома стар институт у међународном јавном праву, али је протеком времена доживео значајне промене,

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

започевши као једна од мера интервенције,¹ па све до данас, када подразумева читав сет прихватљивих мера чији је циљ заштита права сопствених држављана или правних лица када дође до њихових повреда у иностранству. Примена мера дипломатске заштите није постављена безусловно. Уобичајено је да се приликом излагања о дипломатској заштити наводе неопходни услови да би она могла бити предузета. Тако се наводе исцрпљење правних средстава државе штетника, постојање активне државне припадности на страни државе која је користи и повреда правила међународног права. Ове услове могли бисмо назвати и процесним условима.²

Може се, такође, поставити питање због чега се покреће примена дипломатске заштите. У правној теорији је било уобичајено да се тада говори о повреди права страних држављанина, а данас се говори о повреди права појединца. Разлика је у томе што је основ за гарантовање права био другачији. Раније је сматрано да сви страни држављани треба да имају једнак правни статус јер је то последица њиховог припадништва другој држави.³ Насупрот томе данас се основна права подразумевају у вези са сваким људским бићем. Добар пример за то је да и лица без држављанства – апатриди имају право на признавање основних људских права иако иза њих не стоји нити једна друга држава. У контексту ове теме поставља се питање да ли су они ипак остављени без права на дипломатску заштиту?

Традиционална или класична теорија сматрала је да сви страни држављани имају, нека основна, минимална права. Тако су наводили: 1. право на улазак из државе и излазак из ње као и право на боравак; 2. право на слободу кретања; 3. имовинска права.⁴

Иако се ради о минималним правима странаца, чак су и она могла бити ограничена или потпуно искључена. Тако Вател наводи: „Суверен може забранити улазак на своју територију свим страним држављанима или само некима од њих, или у одређеним случајевима или за одређену сврху када то захтева добробит одређене државе“.⁵ На сличан начин закључивао је и Опенхајм „Пријем страних држављана

¹ Вид. Frederick Sherwood Dunn, *The Protection of Nationals*, The Johns Hopkins Press, Baltimor 1932, 46; Бојан Милисављевић, „Развој института дипломатске заштите у међународном праву“, *Међународна политика* 62/2011, 80 94.

² Вид. *Draft articles on Diplomatic Protection*, 2006, Official Records of the General Assembly, Sixty first Session, Suppl. No. 10 (A/61/10).

³ Richard B. Lillich, „The Diplomatic Protection of National Abroad: An Elementary Principle of International Law Under Attack“, *American Journal of International Law (AJIL)*, 69, 2/1975, 359 365.

⁴ Biswanath Sen, *A Diplomat's Handbook of International Law and Practice*, Martinius Nijhoff Publishers, London 1988, 340.

⁵ Emerich De Vattel, *Law of Nations*, I, T & J. W. Jonson, Law Booksellers, 1844, 125.

је ствар дискреције и свака држава из разлога територијалне супремације има право да искључи стране држављане са дела или са целе своје територије“.⁶ Минимална права странаца су настала као природно обичајно право и аутоматски су повлачила питање дипломатске заштите. Тако су се мере дипломатске заштите активирале у случајевима да је долазило до повреде минималних права странаца.⁷

Данас се ово право држава не посматра на тако апсолутан начин. Наиме постоји велики број међународних конвенција које предвиђају обавезу државама да дозволе пролазак, па чак и боравак страним држављанима на својој територији. Такви су општи уговори о статусу избеглица, апатрида, као и други међународни уговори. Са друге стране државе нису више потпуно слободне на искључење проласка или боравка лица и када нема конкретних уговорних ограничења. Тако државе не смеју да повређују опште правило о забрани дискриминације када ограничавају улазак лица на своју територију. Поред тога постоје и уговорни механизми на регионалном нивоу којима се гарантује право слободног кретања као у оквиру основних слобода Европске уније.⁸

Ипак и поред обавеза држава да поштују слободу кретања страних држављана она се увек може ограничити или чак и суспендовати. Тако насупрот права која су стекли странци су имали и јасне обавезе у смислу поштовања правила унутрашњег права државе где се налазе. Као оправдани разлози за суспензију минималних права наводе се јавни интереси, здравствени разлози или разлози безбедности. Друго право странаца на слободу кретања у доброј мери је обухваћено првим па овде није потребна никаква посебна елаборација у том смислу.

Право на имовину је традиционално било признавано као једно од основних права која су везана за странце. Ово право је шире од признања самог права на власништво над имовином која се поседује и обухвата и право на обављање слободних професионалних активности. Као једно од права које је у пракси међународне заједнице било најчешће разматрано јесте право на стицање непокретности од стране страних држављана. Постоје државе које не признају такво право, али већи број држава које га признају наводе бројна ограничења. Пошто је јасно да не постоји униформна пракса у том погледу онда државе веома често закључују билателарне уговоре којима међусобно

⁶ Lassa Francis Lawrence Oppenheim, *International Law*, I Oxford University Press, Oxford 2008, 677.

⁷ Guy I. F. Leigh, „Nationality and Diplomatic Protection“, *The International and Comparative Law Quarterly*, 20, 3/1971, 455.

⁸ Вид. оснивачке уговоре Европске уније, посебно чл. 2 Уговора о европској економској заједници.

признају услове и начин стицања непокретности или имовине уопште од стране њихових држављана.⁹ Код признања права странаца на поседовање имовине посебно је јак утицај принципа реципроцитета. На регионалном нивоу су у смислу признања права на стицање и гаранцију имовине признати и одређени механизми,¹⁰ као у Савету Европе где Протокол 1. уз Конвенцију о људским правима и основним слободама од 1950. године гарантује право на имовину.¹¹

Право на имовину је у смислу примене института дипломатске заштите веома важно јер су у вези с њим настајали бројни спорови када је долазило до повреде права странаца. Најчешће су разлози били национализација имовине странаца противно правилима било унутрашњег права, било одсуством било какве компензације што је обавеза према међународном праву.¹²

Питање утврђивања правила која се тичу национализације су на дневни ред међународног права дошла услед чињенице да су колонијални режими који су били присутни на великом броју територија довели до тога да новонастале државе нису у могућности да самостално управљају својим природним ресурсима. Тако је у оквиру Уједињених нација дошло до усвајања одређених аката у том смислу.¹³

Нетачно би било закључити да су национализације доводиле само до настајања спорова између држава. Тако постоје и бројни примери када је дошло до закључења билателарних уговора о исплати компензације на име национализоване имовине у одређеним државама.¹⁴ Примери поменутих уговора најбоље показују да су они

⁹ Чл. 7 Уговора о пријатељству, трговини и саобраћају између САД и Италије.

¹⁰ Вид. Европску конвенцију о оснивању из 1955. године.

¹¹ Monica Carss Frisk, *Pravo na imovinu, Vodič za primenu člana 1 Protokola br. 1 Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Savet Evrope, Beograd 2004; Бојан Милисављевић, *Право на имовину кроз праксу Европског суда за људска права*, Зборник Удружења за међународно кривично право, Београд 2011.

¹² То је потврђено и одлукама Међународног суда правде: *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, 1926, P. C. I. J., Series A. No. 7, *Serbian and Brazilian Loans Case*, 1929, P. C. I. J., Series A. No. 20, *Norwegian Shipping Claims*, U.S.A. v. Norway, Permanent Court of Arbitration, 1922.

¹³ Резолуција Генералне скупштине о трајној суверености над природним ресурсима из 1962. године, Декларација о економским правима и дужностима држава из 1974. године и Декларација о новом светском економском поретку из 1974. године.

¹⁴ Тако је 1983. године закључен уговор којим се Танзанија обавезала на исплату 12,500.000 \$ Великој Британији на име национализације 18 компанија из 1978. године, даље је Етиопија 1984. године прихватила да једној Британској компанији исплати 2,600.000 фунти због национализације њене имовине, као и да САД у исплати 7,000.000 \$ 1986. године због национализације њених компанија.

результат притиска и могу се подвести под мере дипломатске заштите. Са етичке стране државе које су више векова биле експлоатисане морале су да плате последњу велику цену за своју слободу. Биле су дужне да, иако су се формално осамосталиле, сада купују сопствену слободу, руднике, имовину. Тако је стицање независности било велики корак за свест грађана таквих територија, али су дугогодишња економска одрицања била пресудна да економије таквих држава које су у повоју додатно посрну.

У данашњој међународној заједници државе у развоју су веома интересантне за стране инвеститоре јер могу да им обезбеде веће и брже профите, али су такође то и високоризичне инвестиције. Из тих разлога државе закључују уговоре којима покушавају да гарантују својим инвеститорима правну сигурност за деловање.¹⁵

2. ИСЦРПЉЕНОСТ УНУТРАШЊИХ ПРАВНИХ СРЕДСТАВА ДРЖАВЕ ШТЕТНИКА

Права појединца могу бити повређена у унутрашњим порецима било које државе и то само по себи не рађа и аутоматско право на покретање института дипломатске заштите. Разумна је претпоставка, која је често и потпуно на месту да, ће страни држављанин моћи да у поступку, пред надлежним органима државе штетника, заштити своја права и обезбеди право на одговарајућу одштету. Тек уколико је страни држављанин искористио све правне могућности ради обезбеђења заштите својих права пред унутрашњим органима и није на адекватан начин стекао сатисфакцију, може се, уз испуњеност осталих услова, покренути механизам дипломатке заштите и поступак пренети на међудржавни ниво. Тако је према правилима међународног обичајног права сваки страни инвеститор (мисли се на физичко или правно лице) обавезан да за решавање спора који је настао између њега и државе домаћина прво обрати судовима ове државе.¹⁶ Тако је Џесап коментарисао „Постоји добро установљено, али недовољно прецизно одређено правило да странац мора да ис-

Даље се Чехословачка обавезала да исплати 81,500.000 \$ САД у 1982. године због национализације и експропријације имовине њених држављана. Сличан уговор је САД закључила и с Кином још 1976. године, Велика Британија с Румунијом и Ма роком, према подацима В. Сен, 359.

¹⁵ Пример је Велика Британија која је 1980. године закључила такве уговоре са Белизеом, Камеруном, Костариком, Египтом, Јорданом, Лесотом, Малезијом, Па намом, Папуом новом Гвинејом, Парагвајем, Корејом, Сенегалом, Сијера Леонеом, Шри Ланком, Тајландом и Новим Јеменом, вид. В. Сен, 362.

¹⁶ UNCTAD, *Dispute Settlement: Investor State*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Geneva 2003, 5.

црпи сва средства унутрашњег поретка пре употребе дипломатске заштите¹⁷. На такав начин функционишу и нека регионална тела данас као што је Европски суд за људска права¹⁸ који не може да заснује надлежност по правилу уколико нису исцрпљена сва средства заштите унутар поретка државе која је тужена. Овај процесни услов се не односи на институт дипломатске заштите, али може се навести као аргумент у прилог формирања општег обичајног правила о првенственој надлежности домаћих судских органа у смислу успостављања одговорности државе на међународном плану. Исти су услови прихватљивости и у вези са Комитетом за људска права који је уговорно телу уз Пакт о грађанским и политичким правима.¹⁹ Тако је исправан закључак да је према општим принципима међународног права исцрпљење унутрашњих средстава заштите процедурални предуслов за коришћење дипломатске заштите.²⁰

На такав начин се у специфичном међународном поретку обезбеђује са једне стране поштовање суверенитета држава, а са друге стране на овај начин се успоставља и постојање двостепености у смислу правне заштите. Да би се могла успоставити примена дипломатске заштите неопходно је да је нека држава својом радњом, било да је то учинила активном радњом или само пропуштањем, повредила права неког страног држављанина. Уколико се по окончању поступка пред унутрашњим државним органима испостави да она није желела или могла да обезбеди поштовање права која припадају страном држављанину онда је оправдано да се покушај правне заштите са унутрашњег поретка пренесе на међународни. Једина је разлика што се онда у улози тужиоца јавља друга држава, а не само лице, било оно физичко или правно, чија су права повређена.

3. РАЗВОЈ ПРАВИЛА

Правило о исцрпљењу унутрашњих правних средстава заштите настало је као обичајна норма још кроз XIX век где је „Калво клаузула“²¹ управо и наводила употребу поступака унутар државе као

¹⁷ Philip C. Jessup, *A Modern Law of Nations*, Macmillan, New York 1956, 104.

¹⁸ Чл. 26 Конвенције о правима човека и основним слободама из 1950. године.

¹⁹ Чл. 41 Пакта о грађанским и политичким правима из 1966. године.

²⁰ *Resolution No. 5/2006*, став 1, International Law Association.

²¹ Творац теорије која је наведена је аргентински теоретичар Калво који је још 1868. године изложио веома аргументовану правну концепцију усмерену против интервенционизма које је било општекоришћено на подручју Латинске Америке. Калво је приметио да европске државе у међусобним односима не примењују такве мере када дође до повреде права њихових држављана, па би се аналоган третман

једино правно средство заштите странаца. С временом је настало правило да се ради о првом поступку који је предуслов за прелазак на међународни ниво заштите. У том смислу можемо посматрати прелазак на међународни ниво као супсидијарну меру уколико није остварена адекватна заштита на националном нивоу. Када долази до инвестирања страних држављана у већем обиму у данашњој пракси правило је да се закључују и споразуми који предвиђају други степен заштите права страног држављанина²² у случају да му право буде повређено, а да не пронађе задовољење пред органима државе штетника. Тако је према изјави одсека за правна питања швајцарског министарства иностраних послова указано је да у случају да њени држављани доспеју у затвор морају да искористе сва средства унутрашњег поретка пре него што се предузме мере дипломатске заштите.²³

У раном периоду развоја заштите сопствених држављана примењивале су се мере реторзије као нека врста санкције уколико дође до повреде права држављана на територији друге државе. Радило се о деловању по принципу реципроцитета када је после повреде права неког нашег држављанина на располагању стајала иста или слична мера, али у супротном смеру. Тако су и неки уговори предвиђали могућност примене реторзија. Пример је Англо-Шпански уговор из 1667. године према коме је у случају непотребног одлагања у погледу покушаја да се оствари сатисфакција после протекла од шест месеци могло да дође до реторзионих мера.²⁴ Важно је напоменути да се у овој фази развоја заштите права странаца радило о приватноправним реторзијама, дакле у почетку нису државе деловале у њихову заштиту већ се сматрало да они сами могу да на тај начин штите своја права.

Касније су све мере биле пребачене на страну државе које су почеле да штите сопствене држављане, али је увек остао исти услов у погледу обавезе исцрпљења унутрашњих правних средстава заштите у поретку државе штетника. С временом су правила о обавезном коришћењу унутрашњих правних средстава постала део правних правила која су се кроз XIX век конституисала у вези с дипломатском заштитом. Тако је већ пред Друштвом народа било јасно да се ово правило усталило у односима држава што видимо у иступању француског представника када је категорично одбио да се

могао очекивати и на другим подручјима. Свако друго поступање значило би давање већих права страним држављанима у односу на домаће у истим односима што би било недопустиво. Таква схватања наишла су на велику подршку на подручју овог региона па је постала и саставни део спољне политике неколицине држава.

²² Вид. *UNCTAD, Dispute Settlement: Investor State*, 29.

²³ Преузето из Chitharanjan Félix, Amerasinghe, „Local remedies in international law“, *Cambridge Studies in International and Comparative Law*, Cambridge 2004², 3.

²⁴ *Ibid.*, 27

питање одговорности државе може поставити пре него што се исцрпе унутрашња правна средства државе штетника.²⁵

Поводом исцрпљења унутрашњих правних средстава која стоје на располагању држави неопходно је поново указати на Калво доктрину која је била основ за ограничење интервенција у Латинској Америци. У процесу ојачавања држава у том региону дошло је до увођења поменутих клаузула чија је сврха била да се правни поредак држава не заобилази већ да се субјекти који инвестирају у њима практично унапред обавезу на прихватање одлуке националних органа и тако одрекну мера дипломатске заштите. Ова доктрина је настала као природна реакција на постојање интервенционизма који је био примењиван без обзира на ток поступка пред националним органима тих држава током XIX века. Колики је значај ове доктрине показује и чињеница да чак и устави неких држава из овог региона, а и други национални прописи предвиђају примену правила из Калво доктрине када је реч о прописима о инвестирању страних компанија или појединаца.²⁶ На тај начин ове државе штите своју сувереност над природним ресурсима и економским активностима. Иако је настала још у XIX веку Калво доктрина је почивала на неким прихватљивим принципима. Теорија је била заснована на следећој премиси: странци који улажу у државу (или закључују уговор о позајмици са државом) би требало да имају иста права у погледу заштите као и држављани те државе и они не би требало да имају већи обим заштите. Уколико претрпе извесну штету они би требало да потраже заштиту од судова те државе где инвестирају.²⁷

Са друге стране пракса САД-а током XIX века није била у складу са напред наведеним правилом, па се због тога за тај период не може тврдити да је постојало опште правило о обавезном коришћењу унутрашњих правних средстава заштите. САД је у складу са прихваћеном Монроовом доктрином сматрала да у својој интересној сфери може да слободно интервенише ради заштите својих интереса без обзира на унутрашњи поредак односних држава. Тако је државни секретар Фиш 1873. године изјавио да држављанин САД-а у страни држави није дужан да користи унутрашња средства поретка државе када је јасно да тако не би постигао задовољење.²⁸ Тек касније током XX века су САД прихватиле обавезу употребе

²⁵ *Acts of the Conference for the Codification of International Law*, Minutes of the Third Committee, LN Doc. C351cM145c 1930. V, vol 4.

²⁶ Такав је случај са следећим државама: Боливија, Колумбија, Еквадор, Перу и Венецуела.

²⁷ Jan Paulsson, *Denial of justice in international law*, Herch Lauterpacht Memorial Lecturers, Cambridge 2005, 20.

²⁸ John Bassett Moore, *International Law*, Washington 1906, 677.

унутрашњих правних средстава као општи принцип међународног јавног права.²⁹ Поред САД и Канада је прихватила правило о обавези коришћења унутрашњих правних средстава што се може видети на основу изјаве заменика секретара за спољне послове у односу на примену дипломатске заштите према источно-европским државама из 1967. године. У тој изјави је истакнуто да је неопходно претходно исцрпити сва средства заштите унутрашњег поретка па тек онда прећи на мере дипломатске заштите.³⁰ Овакво правило потврђено је у бројним случајевима пред Сталним међународним судом правде где се о њему расправљало и где је овај суд констатовао његову правну природу као универзалног правила.³¹

Данас је правило о потреби искоришћења унутрашњих средстава заштите део општег међународног права и то се може видети кроз бројне међународне инструменте. Тако ово правило као претходни услов за коришћење међународних механизма надзора и контроле над поштовањем одредаба предвиђају Пакт о грађанским и политичким правима, Допунски протокол уз овај пакт, Афричка Повеља о људским правима, Америчка конвенција о правима човека. Поводом примене овог прописа постоји и богата пракса пред Европским судом за људска права који је још у случају *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium* из 1971. године потврдио да се ради о правилу које је општеприхваћено у међународном праву.³²

Каснија пракса међународних судских тела није била једногласна у погледу примене овог правила изван оквира дипломатске заштите. Наиме било је доста случајева у којима су покретани арбитражни поступци, а да није било ни говора о потреби искоришћења унутрашњих правних средстава заштите. Тако да се не би могло рећи да је обавеза употребе свих унутрашњих средстава заштите постала општеобичајно правило у свим случајевима када се поставља питање одговорности на међународном плану. Уколико је реч о типичним међудржавним споровима, дакле када се не примењује механизам

²⁹ Вид. Ernest L. Kerley, *Contemporary Practice of the United States Relating to International Law*, AJIL 56/1962, 166.

³⁰ Преузето из С. Ф. Amerasinghe, 32.

³¹ *Mavrommatic Palestine Concessions Case*, PCIJ Series A No 2, 1924; *The German Interests in Upper Silesia Case*, PCIJ Series A No 7, 1926; *The Corzow Factory Case*, PCIJ Series A No 9, 1927; *The Serbian and Brazilian Loans Cases*, PCIJ Series A Nos 20-1, 1929; *The Administration of the Prince Von Pless Case*, PCIJ Series A/B No 52, 1933; *The Affaire Losinger and Co., Order of 1939*, PCIJ Series A/B No 67; *The Borchgrave Case*, PCIJ Series A/B No 72, 1937; *The Phosphates in Morocco Case*, PCIJ Series A/B No 74, 1938; *The Panavezys Saldutiskis Railway Case*, PCIJ Series A/B No 76, 1939.

³² *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, Judgment of 18 June 1971, Series A no. 12.

супституције, онда искоришћеност унутрашњих правних средстава заштите није предуслов.

Током развоја правила о исцрпљености унутрашњих средстава заштите није увек било јасно која се средства имају искористити, то јест када се може сматрати да су она искоришћена. Тако је као прво настало правило да се морају користити сва доступна судска средства унутрашњег поретка државе.³³ Поред тога и коришћење свих средстава пред административним судовима долазило је у обзир.³⁴ Суд је у овом поступку јасно истакао да се испуњење услова о исцрпљењу унутрашњих правних средстава може сматрати: иако оно произлази из правних празина у организацији унутрашњих судова или због одбијања извршне власти или због посебних метода обештећења који су установљени да би попунили очигледне недостатке у организацији.³⁵ На овај начин Суд је још у ранијем периоду развоја правила о исцрпљењу унутрашњих средстава показао да ће веома широко тумачити овај услов, па чак и у случајевима када су пропусти у организацији довели до немогућности заштите неког приватног права у држави.

4. ПРАКСА ДРЖАВА ПОВОДОМ ИСЦРПЉЕЊА УНУТРАШЊИХ ПРАВНИХ СРЕДСТАВА

Уколико упоредимо поступке на међународном плану и на унутрашњем плану можемо закључити да се примећују предности у погледу ових потоњих. Тако поједини аутори закључују да је коришћење унутрашњих поступака често брже, јефтиније и ефикасније него коришћење међународних инструмената. Они могу бити ефективнији у смислу да виши суд може да врати поступак на поновно одлучивање нижем суду, што међународни суд није у прилици да учини.³⁶ На такав начин је могућност отклањања неправилности у поступцима већа.

У одређеним случајевима постојала је тежња да се на неки начин заобиђе деловање унутрашњих органа држава па је била предвиђана директна могућност примене дипломатске заштите. Тако је надлежност унутрашњих органа била искључивана имплицитно или изричито међународним уговором, као што је то учињено

³³ Вид. International Law Assosiation, Resolution No 5/2006, став 2.

³⁴ Вид. Phosphates in Morocco Case, PCIJ Series, A/B No 74, 1938.

³⁵ Phosphates in Morocco Case, PCIJ Series, A/B No 74, 1938, 28.

³⁶ Nsongurua Udombana, *So Far, So Fair: The Local Remedies Rule in the Jurisprudence of the African Commission on Human and Peoples Rights*, 2003, 97 AJIL, 1, 9.

Конвенцијом о решавању инвестиционих спорова између држава и странаца, као и многим билателарним уговорима о улагањима.³⁷

Такви уговори нису могли да угрозе егзистенцију правила о коришћењу унутрашњих механизма ради заштите које је део општег обичајног права. Оправдање за постојање таквог правила може се наћи у самој правној природи међународног права које почива на коегзистенцији већег броја равноправних субјеката. Дозволити да се само по себи заобилази деловање унутрашњих органа за догађаје који су се одиграли на територији односне државе значило би негацију неких когентних правила која су у самој основи међународног права. Тако је основни принцип који произлази из самог суверенитета над сопственом територијом принцип територијалне надлежности. Због тога је природно да унутрашњи органи имају право да доносе правно обавезујуће одлуке за све радње на територији ма ко се јављао у конкретном поступку. Овакве ставове потврђује и судија Кордова у свом одвојеном мишљењу поводом случаја *Интерхендел*: „Ово правило (мисли се на правило о исцрпљености унутрашњих средстава) проналази свој основ и оправданост у разлозима који су можда и важнији од прости могућности исцрпљења компликованих правних процедура и одлука. Главни разлог за његово постојање јесте апсолутна неопходност успостављања равнотеже у погледу националне и међународне јурисдикције – поштовања суверене надлежности државе – према којој домаћи држављани и странци јесу субјекти права и примене дипломатске заштите где су објект заштите само страни држављани. Ова равнотежа и поштовање суверености државе обезбеђује се давањем првенствене надлежности домаћих судова државе у случајевима када страни држављани имају захтеве у вези с активностима законодавних или извршних органа те државе. Такво првенство може се гарантовати само обавезним поштовањем да се исцрпе сва унутрашња правна средства заштите“.³⁸

Овакав редослед је потпуно логичан јер се не може стварати презумпција повреде права појединца, или уколико му је неко право и заиста повређено на територији државе штетника неопходно је пружити правну могућност да та односна држава исправи противправну ситуацију и пружи одговарајућу сатисфакцију страном држављанину. На овај начин се поштују основни принципи и унутрашњих поредака, али и међународног права. Ако се на адекватан начин искористе правни инструменти државе штетника онда је испуњен један од основних услова за предузимање мера дипломатске заштите. Даље активности зависе искључиво од воље матичне државе штетника.

³⁷ C. F. Amerasinghe, 6.

³⁸ ICJ Reports, Separate Opinion of Judge Cordova in the *Interhandel Case*, 1959, 45.

Према традиционалном схватању везаном за институт дипломатске заштите матична држава је аутономна у таквој одлуци и „она није ни по ком основу у обавези да оправдава своју одлуку на било који начин, то је у потпуности у оквиру потреба њене спољне политике“.³⁹

Понекад неће бити јасно шта се сматра потпуним искоришћењем унутрашњих средстава заштите државе штетника. Као једна општа смерница може се узети упућивање на релевантне ставове према Резолуцији Удружења за међународно право где је наведено: коришћење унутрашњих средстава заштите подразумева а) вођење поступка заштите права пред свим органима државе домаћина, б) представљање потраживања у својим битним елементима пред наведеним органима, в) употреба свих процесних механизма заштите с циљем постизања потраживања.⁴⁰

Приликом процене да ли пред органима државе штетника дошло до исцрпљења свих предевиђених правних средстава ради обештећења не улази се у то да ли је реч о повреди права појединца које има свој основ у унутрашњим прописима те државе, или му је повређено право које му је загарантовано неким међународним инструментом. Услед сталне изградње међународног права могуће је да до повреде дође и у контексту унутрашњег и међународног права. Дакле могуће је да иступање матичне државе буде инспирисано и услед прекршаја неке норме која постоји само у унутрашњем поретку државе штетника. У крајњој инстанци потпуно би могао доћи пред Међународни суд правде и водити се у вези с обезбеђењем поштовања унутрашњих правила поретка државе штетника.

У пракси поводом инвестирања у различите државе може се приметити да су предузећа закључивала уговоре којима су искључивале претходну употребу унутрашњих правних средстава у погледу евентуалне заштите у држави у којој обављају делатност. Оваква пракса је и прагматична јер се на тај начин обезбеђује директна могућност да страни инвеститор евентуално потражи правну заштиту од потпуно непристрасног и објективног арбитра који је изван круга субјеката који могу бити природно субјективни. Пошто је јасно да је елемент обичајног правила у вези с дипломатском заштитом и исцрпљење унутрашњих правних средстава онда је у одсуству другачијег споразума евидентна обавеза на покушај решења пред унутрашњим судским инстанцама. Да ли једну државу обавезује уговор који је њен инвеститор закључио са неком државом у овом случају није релевантно питање.

³⁹ Georges Berlia, „Contribution a l'etude de la nature de la protection diplomatique“, *Annuaire français de droit international* 3/1957, 63 64.

⁴⁰ *International Law Association*, Resolution No. 5/2006, став 3.

Међународни суд правде⁴¹ је разматрао да ли је амерички инвеститор дужан да предходно исцрпи унутрашње правне лекове у одсуству споразума који би то искључио. Суд је ово питање морао да реши да би проценио да Америка има право да тужи Италију и тиме користи институт дипломатске заштите због повреде права њеног држављанина. Основ за надлежност суда у овом случају налазио се у Уговору о пријатељству, трговини и пловидби.⁴² Суд је овде закључио да уколико не постоји одредба уговора којом се држава домаћина унапред одрекла обавезе предходног испуњења правних средстава онда се никако не може сматрати да је могуће без тога покренути институт дипломатске заштите.

Кроз праксу у међународној заједници отворила су се и нека питања која су везана за стварање претпоставке о испуњености услова коришћења средстава у унутрашњем поретку. Тако је одбијање да се пружи адекватна заштита странцу у кругу разлога који стварају претпоставку о томе да су исцрпљена средства унутрашњег поретка.⁴³

Према правилима о међународним потраживањима Велике Британије из 1985. године предвиђено је у правилу бр. 7 да се мере потраживања од стране спољних органа у редовним околностима не предузимају док се не искористе сва средства правне заштите државе штетника. Правило бр. 8 предвиђа да се ипак може интервенисати у случају ускраћивања правде ако се у току поступка вређају британског држављанина.

Међународни суд правде је још у једном случају разматрао примену института дипломатске заштите где је кроз њега морао да да одговоре на питања исцрпљености средстава унутрашњег поретка. То је случај у вези с поступањем према браћи Ла Грант, по којима се овај случај најчешће наводи, где је Немачка тужила САД због непоштовања одредаба Конвенције о конзуларним односима из 1963. године.⁴⁴ Наведена одредба Конвенције предвиђа обавезу државе да када у притвору задржи лице које није њен држављанин има обавезу, да на његов захтев, омогући састанак са конзулом његове државе који би ми пружио неопходну помоћ у даљем поступку пред органима државе пријема. Таква обавеза, дакле, није установљена аутоматски већ тек после захтева лица које је притворено. У пракси су се поводом концепције ове одредбе догађали бројни спорови од којих је један и случај Ла Гранд. Овде се може поставити питање каква је правна природа одредбе, то јест да ли се она може сматрати

⁴¹ ICJ Reports, (1948), *Elletronica Sicula S. p. A. (ELSI)*, пара. 50.

⁴² Чл. 26 поменутог уговора.

⁴³ Alwyn Vernon Freeman, *International Responsibility of States for Denial of Justice*, Longmans, Green and Co. Belgium 1938, reprint 1970, 406.

⁴⁴ Ради се о примени чл. 36 поменуте конвенције.

људским правом које припада лицима када се налазе у иностранству. Тако је Међуамерички суд на захтев Мексика⁴⁵ изнео своје тумачење односне одредбе у поступку Право на информацију о конзуларној помоћи у смислу мреже правила о гаранцијама на фер поступак.⁴⁶ Суд је овде закључио да у ствари постоји право на информисаност у вези с конзуларном помоћи које мора бити признато и схваћено као минимум гаранција потребних да се страном држављанину омогући адекватна припрема сопствене одбране и тако обезбеди правично суђење.⁴⁷ Ово право би морало да се активира аутоматски и то тако да државе имају обавезу на обавештење односног конзула у случају да је било који држављанин у притвору. Такво право се, према одредбама Конвенције о конзуларним односима, најалост не активира аутоматски. Управо из тих разлога државе предвиђају у билателарним уговорима такву узајамну обавезу.

Међународни суд правде се у још једном поступку бавио питањем дипломатске заштите. Мексико је у овом поступку тужио САД због тога што је повређено право на пружање конзуларне заштите за чак педесет и два лица која су мексички држављани а нашла су се у америчком притвору.⁴⁸ Мексико је овде тврдио да је повредом наведених правила из конвенције и чл. 36, ст. 1 и 2 дошло до повреда права њених држављана, али и права државе Мексико. Веома често ће се догодити да се у случају примене мера дипломатске заштите споје елементи повреде права државе и права појединаца. Овакав навод Мексика је у начелу тачан, али одлука Међународног суда правде може само да констатује такву повреду и да наложи држави у спору да исправи последице такве одлуке. Онда се поставља право питање. Да ли је до изрицања смртне пресуде у овим, али и у другим сличним случајевима, дошло услед непостојања помоћи у поступку од стране конзула? Најчешће то неће бити случај већ ће се радити о тачно утврђеном чињеничном стању. Покушај да се помоћ тражи пред Међународним судом правде може бити само један од последњих начина одбране да се избегне извршење смртне казне. Због тога се у овим поступцима најчешће ради управо о тражењу правног основа међу правилима међународног права, да се избегне или макар што је више могуће одложи, извршење изречене пресуде. На то указује и чињеница да је од педесет и два мексичка држављана само троје од њих у потпуности исцрпило унутрашња правна средства прав-

⁴⁵ Мексико је и сам више пута предузимао мере дипломатске заштите јер су њихови држављани били ускраћени за посету конзула у САД.

⁴⁶ Advisory Opinion OC 16/99, IACHR Series A, no. 16 (1999).

⁴⁷ *Ibid.*, para 122.

⁴⁸ ICJ Reports, Case Concerning Avena and other Mexican Nationals, Judgment 2004, 36.

ног система САД, што је један од услова за употребу дипломатске заштите.⁴⁹

У данашњој међународној заједници такође налазимо елементе о потврди колико је јако засновано обичајно правило о потреби исцрпљења унутрашњих правних средстава. Ово правило није само повезано са деловањем држава међусобно већ укључује и међународне организације. Тако се Међународни суд правде бавио овим питањем у Саветодавном мишљењу из 1988. године под називом Примена обавезе на подвргавање арбитражи према одељку 21 Споразума о седишту од 26. јуна 1947. године. Тако је суд закључио да је очигледно да правна природа одредбе у члану 21 Споразума о седишту није таква да се може захтевати исцрпљење унутрашњих правних средстава као услов за њену примену.⁵⁰ Ова одредба је у ствари искључила надлежност домаћих судова САД – а у случајевима спора са Уједињеним нацијама и предвидела директно решавање путем арбитраже. Чињеница да је потребно закључити споразум да би се евентуално отклонила надлежност домаћих судова говори несумњиво у прилог томе да би у недостатку такве одредбе таква надлежност засигурно постојала.

Поред ових случајева Међународни суд правде се бавио дипломатском заштитом и у случају Дијало у спору између Републике Гвинеје и Демократске Републике Конго. Он је овде разматрао повреду чл. 9, 12 и 13 Афричке Повеље о људским правима, повреди релевантних чланова Пакта о грађанским и политичким правима, чл. 36 Конвенције о конзуларним одлосима као и о оправданој примени мера дипломатске заштите.⁵¹

Посебну пажњу заслужује ускраћивање права страном држављанину на заштиту јер се тиме ствара претпоставка исцрпљења унутрашњих правних средстава. Тако рецимо устав Хондураса предвиђа право на пружање дипломатске заштите у случајевима ускраћивања права на вођење поступка пред унутрашњим органима те државе.⁵² Овакви случајеви су у складу са Калвовом доктрином јер предвиђају лимитативне изузетке за могућност примене дипломатске заштите. Међународно право посматра унутрашњи поредак споља и због тога међународно право препознаје недоступност заштите на унутрашњем плану као системски неуспех који је незамислив.⁵³ Ускраћивање заштите на унутрашњем плану је по-

⁴⁹ *Ibid.*, 27.

⁵⁰ Вид. ICJ Reports, 1988, 29.

⁵¹ Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo, (Republic Of Guinea v. Democratic Republic Of The Congo), Judgment, Judgment of 30 November 2010.

⁵² Donald Shea, *The Calvo Clause – A Problem of Inter American and International Law and Diplomacy*, University of Minnesota Press, Minneapolis, MN 1955, 36.

⁵³ J. Paulsson, 36.

себно опасно уколико се претходно закључи уговор којим се субјект инвестирања одриче права на дипломатску заштиту као у случају Калво клаузуле. Тада би његово поверење било потпуно изиграно, и због тога се ускраћивање заштите пред унутрашњим органима увек сматра оправданим основом за покретање мера дипломатске заштите. Да би се могло сматрати да постоји ускраћивање заштите на унутрашњем плану потребно је доказати да су постојали покушаји заштите, или макар доказати да би сваки покушај био узалудан.⁵⁴ Овај други део је много компликованији за доказивање у пракси. Понекад ће доћи до ситуације да је повређено правило унутрашњег права али не и међународног права па би тада настала међународна одговорност одређене државе само у случају да постоји ускраћивање заштите пред унутрашњим органима.⁵⁵ Држава би тада одговарала за нечињење на које је била дужна. Исцрпљеност унутрашњих правних средстава није неопходна и уколико се у конкретном случају докаже да су поступци такве врсте у унутрашњем поретку очигледно политички мотивисани или очигледно пате од пристрасности, као и када опште не постоји адекватна могућност заштите права странаца.⁵⁶

У литератури је веома присутан став да се код исцрпљења унутрашњих правних средстава ради у ствари о ускраћивању судске заштите. Овакав став се узима као потврда да је дошло до прекршаја норме међународног права о томе да сваки страни држављанин мора имати право на судску заштиту. Међутим, овакав став веома чуди јер је очигледно да се у случају када је страни држављанин незадовољан одлуком националног суда неке друге државе у питању управо коришћење механизма судске заштите те државе, а не ускраћивање исте. У ширем смислу се може прихватити оправдање да је реч о ускраћивању правде, али то је релативан појам. Оно што је за некога правда то је за другог неправда. Појам правде је више метафизички постављен, а право је логички склоп правних правила којим се само тежи остварењу елемената правде. Тако Амариш исправно закључује када констатује: „чињеница да је поступак пред унутрашњим органима резултовао одлуком која је супротна правилима међународног права или међународно правним обавезама државе не значи аутоматски и не може бити окарактерисана као ускраћивање правде“.⁵⁷ О ускраћивању правде може се говорити и када је искоришћен неки механизам дипломатске заштите једнако оправдано као и пре него што је он употребљен у конкретном случају.

⁵⁴ *Ibid.* 49.

⁵⁵ International Law Commission, Second Report of Diplomatic Protection, UN Doc. A/CN.4/514, 2001, 30.

⁵⁶ J. Paulsson, 39.

⁵⁷ C.F. Amerasinghe, 98.

5. ИЗУЗЕЦИ ОД ПРАВИЛА О ИСЦРПЉЕЊУ УНУТРАШЊИХ ПРАВНИХ СРЕДСТАВА ЗАШТИТЕ ПРАВА

Према правилима у Нацрту о дипломатској заштити Комисије за међународно право Уједињених нација није увек неопходно да се исцрпе унутрашња средства ради заштите права држављанина. То се не захтева у следећим случајевима: „а) када се на основу унутрашњих правних средстава не може очекивати ефикасно обештећење; б) када постоји неоправдано одуговлачење процеса ради заштите, а може се приписати држави на чијој територији се води; в) када се наводно одговорна држава одрекла захтева да се исрпе унутрашња правна средства; г) када је лице чије је право повређено очигледно спречено да користи доступна средства заштите својих права“.⁵⁸

Поједини од наведених изузетака су се искристалисали кроз праксу протеком времена и имају сасвим јак правни основ, мада се у конкретном случају могу појавити потешкоће током његове примене. Увођењем изузетака правило о обавезном коришћењу унутрашњих правних лекова не губи на снази, они само помажу да се процедура у унутрашњем поретку спроведе на адекватан начин. Посматрано збирно ови изузеци представљају разумна ограничења суверенитета од којих су неки засновани вољно, док су други егзистирају независно од воље државе. Изузеци сами по себи не представљају негацију суверенитета државе штетника јер су управо и конципирани тако да узимају у обзир поступање органа те државе.⁵⁹

У међународном праву су и неке друге инстанце елаборирале изузетке од правила коришћења унутрашњих правних средстава заштите. Тако је Удружење за међународно право изнело своју листу изузетака: 1. када из било ког разлога не постоји ефективно правно средство погодно за задовољење услед повреде права, 2. када је оштећени фактички спречен да користи средства заштите, 3. када се на основу успостављене праксе унутар државе не може очекивати да ће оштећени странац моћи да обезбеди заштиту свог права, 4. када се тужена страна одрекла употребе унутрашњих средстава ради заштите права, 5. када је тужена страна изгубила право на коришћење унутрашњих правних средстава.⁶⁰ На основу наведених изузетака може се закључити да су они, у општим оквирима, слични разлозима које је навела и Комисија за међународно право, у свом нацрту из 2006. године, о Нацрту правила о дипломатској заштити.

⁵⁸ Чл. 10 Нацрта Комисије за међународно право Уједињених нација.

⁵⁹ Chittharanjan Félix Amerasinghe, *Diplomatic Protection*, Oxford University Press, Oxford 2008, 149-190.

⁶⁰ *International Law Association*, Resolution No. 5/2006, став 4.

6. ЗАКЉУЧАК

Правило о обавезном коришћењу унутрашњих средстава заштите је једно од основних принципа међународног права. Оно има знатно шире поље примене од овога које је наведено у раду јер је изведено из самог појма суверености као основног права државе. Зато се не би могло рећи да је оно само процедуралне природе (претходни услов за примену мера дипломатске заштите) већ има и своју материјалну снагу која је наслоњена на сам појам државе као основног субјекта у међународном праву. Иако постоје бројни аутори, поготово они који се баве људским правима, који сматрају да је ера обавезног коришћења унутрашњих средстава заштите прошлост и да би требало увести могућност директног обраћања међународним телима, пракса држава не иде на руку формирања овог правила као општег. Насупрот томе постоје не тако ретки случајеви када се државе саме уговором одричу такве могућности, али је дејство таквог одрицања искључиво *inter partes*, и никако не може послужити као основ за формирање универзалног правила. Постојање овог правила у пракси значи примену двостепености у погледу заштите која је значајна због неизграђености међународног судства. Због тога употреба унутрашњих средстава заштите има своје незаобилазно место као опште правило међународног права чија употреба никако не може да значи искључивање накнадне провере такве одлуке и на међународном нивоу.

У оквиру примене мера дипломатске заштите ово правило је незаобилазно јер је уједно и претпоставка за њену примену. Уколико се постигне одговарајућа сатисфакција пред органима државе штетника онда се примена дипломатске заштите и не доводи у обзир. Правило о искоришћености унутрашњих средстава заштите постоји и у погледу грађанске одговорности државе као неопходан услов, као и у погледу заштите личних права појединца пред регионалним или универзалним телима.

Пракса држава у погледу примене овог правила је већ довољно богата па је и Комисија за међународно право њега уврстила у текст Нацрта правила о дипломатској заштити. Правило о коришћењу унутрашњих средстава заштите је уједно и средство које служи за заштиту интереса свих држава, па се зато наведени изузеци од његове примене морају веома уско тумачити.

Dr. Bojan Milisavljević

Assistant Professor

University of Belgrade Faculty of Law

THE EXHAUSTION OF INTERNAL REMEDIES AS A
CONDITION FOR THE APPLICATION OF DIPLOMATIC
PROTECTION IN INTERNATIONAL LAW

Summary

The author analyses the so-called ‘rule of exhaustion of local remedies’ as a necessary condition of diplomatic protection. State must be given the opportunity to redress the alleged wrongdoing within the framework of its own domestic legal system, before its international responsibility may be examined at the level of international community. The paper starts off with an overview of the historical development of diplomatic protection in international law, and then focuses on the question of legal development of the ‘rule of exhaustion of local remedies’, the existing practices before the arbitral courts and the International Court of Justice, and the issue of whether or not the approach of the Court to diplomatic protection has become more human-rights oriented in the last few years. The author offers different theoretical views of development of the rule on the universal level, and considers this rule as one of the necessary conditions of diplomatic protection in international law. The author emphasizes the work of International Law Commission of United Nations on Draft Article on Diplomatic Protection, and analyzes some of the exceptions from the rule of exhaustion of local remedies. Furthermore, he examines the development of universal and regional mechanisms to protect human rights and highlights the impact of those mechanisms on the traditional measures of diplomatic protection and the ‘rule of exhaustion of local remedies’. A state may waive, by means of an international agreement and in relation to another contracting party, the right to use the internal systems of legal protection. Still, such agreement does not apply universally, nor it implies the existence of an universal rule of the same content.

Key words: *Exhaustion of local remedies. – Diplomatic protection. – International Court of Justice. – International Law Commission.*

Мр Ненад Тешић*

КО ПЛАТИ ДУКАТ ДА У БРАК УЋЕ, НУДИ ДВА ДА ИЗ БРАКА ИЗАЋЕ

Породични закон (2005) враћа у српско право могућност да супружници уговором уреде брачно имовинске односе на начин који одговара њиховим потребама. Норме о имовинским последицама брака постају тако диспозитивна правила, која се имају применити, само ако супружници нису уговорили другачије. Два су могућа приступа ваљаности брачних уговора. Према једној концепцији, брачни уговор је ништав по својој природи. Овај институт је као такав противан јавном поретку и моралу, јер води комерцијализацији брака, охрабрује развод и нарушава равноправност полова (општа ништавост). Према другом становишту (које прихвата и српски законодавац), евентуална ништавост брачног уговора мора се ценити од случаја до случаја (конкретна ништавост). Дакле, брачно имовинско уговарање је законом допуштено, али је могуће утврдити ништавост таквог уговора, односно неке његове одредбе, in concreto.

Аутор из угла српског права анализира споразуме супружника чија је пуноважност и извршивост спорна и у уговорној пракси САД, нпр. клаузуле о брачној верности и клаузуле о учесталости сексуалних односа супружника. Ови споразуми су по својој природи мешовити, јер везују имовинске последице за одређени начин вршења личних права супружника. Као противне јавном поретку, аутор нарочито наводи погодбе којим се уговорне стране трајно одричу права на репродукцију или из верских разлога ускраћују заједничкој деци медицински индиковано лечење.

Брачни уговор је уговор међу ближњима, па суд мора приступити његовом тумачењу са посебном обазривошћу. Приватно право је овде прожето јавним интересом. Стога пажња суда код закључења брачног уговора и проце не његове ваљаности, мора бити нешто већа него код других уговора имовинског права. Суд мора водити рачуна о заштити основних вредности и суштине брачне заједнице, а нарочито о најбољем интересу деце.

Кључне речи: *Брачни уговор. Ништавост. Лични односи супружника. Верско васпитање деце. Уговор међу ближњима.*

* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *nenad.tesic@ius.bg.ac.rs*.

1. УВОД

У свом претходном раду у овом часопису, навели смо и објаснили разлоге због којих је у српском праву напуштено становиште о неприхватљивости брачно-имовинског уговарања.¹ Ово, међутим, не искључује дужност суда да води рачуна о томе да ли је одређени брачни уговор или нека његова одредба противна јавном поретку или моралу.² Чини се да су покушаји уговорног преобликовања саме суштине брака у новије време нарочито изражени у праву САД. Стога ће се, нарочито на примерима из праксе америчких судова, трагати за критеријумима за препознавање ништавости таквих погодби супружника и у српском праву.

Најпре, неопходно је нагласити да смо синтагму „брачни уговор“ у овом (и претходном раду) користили у ширем значењу од значења које јој придаје наш законописац,³ по коме:

„Супружници, односно будући супружници могу своје имовинске односе на постојећој или будућој имовини уредити уговором (брачни уговор). Брачни уговор мора бити закључен у писменом облику и мора бити оверен од стране судије, који је дужан да пре овере супружницима прочита уговор и упозори их да се њиме искључује законски режим заједничке имовине“.⁴

Чини се да се упориште за овде прихваћени (шири) приступ може наћи у нашој правној традицији. Српски грађански законик у глави која носи наслов „О уговорима брачним“,⁵ дефинише брачни уговор као „уговор који би између мужа и жене, или између женика и невесте у одношењу на брак о имању закључен био“ (чл. 759). Уговор овај може гласити о миразу (чл. 760), „може и муж жени први дан какав дар учинити“ (чл. 770), али овим уговором може и заручник својој заручници (или ова ономе) шта поклонити, или обећати на случај брака (чл. 778). Према овоме изгледа да појам „уговор брачни“ за имовинска давања супружника поводом брака није уведен у српско право 2005. године, већ још 1844. године, а по узору на (и данас важећи) Аустријски грађански законик. Према АГЗ брачни уговори (*Ehepakte*) се закључују у намери да се склопи брак, уређујући

¹ Ненад Тешић, „Љубав на први потпис о моралности брачних уговора“, *Анали Правног факултета у Београду (Анали ПФБ)* 2/2009, 229–246.

² Тако је и амерички суд у једном случају закључио да будући супружници могу уговорити њихова права у погледу имовине (*in relation to property*); „предбрачни уговор који предвиђа поделу имовине је пуноважан, ако није супротан моралу или јавном поретку“ (*good morals or public policy*). Вид. *Holliday v Holliday* (1978, La) 358 So 2d 618.

³ Породични закон ПЗ *Службени гласник РС*, бр. 18/05.

⁴ Чл. 188, ст. 1, 2 ПЗ.

⁵ Вид. XXVIII §§ 759–788 СГЗ.

имовинске односе и тичу се нарочито (дакле не искључиво): мираза, узмирајза, јутарњег дара, заједнице добара, управљања и уживања властите имовине, реда наслеђивања или доживотног уживања имовине једног супружника за случај смрти оног другог и удовичког издржавања.⁶

У праву САД, брачни уговор је сваки уговор супружника (односно вереника) који потврђује или на било који начин мења редовне имовинске последице престанка брака.⁷ Судићи по богатој судској пракси у САД, у брачне уговоре се, поред одредби о расподели имовине у случају престанка брака и издржавању, интегришу и погодбе о начину контроле рађања, о последицама брачног неверства, о начину одгајања деце и др.⁸

Сходно томе, сматрали смо да је генерички појам „брачни уговор“ (у ширем смислу) прикладнији за расправу о различитим брачно-имовинским аранжманима који се јављају у упоредном праву,⁹ па сходно томе и о ништавости уговорног везивања имовинске користи или уштрба за личноправне односе супружника.¹⁰ При том није

⁶ Вид. § 1217 АГЗ. У праву Шпаније, брачним уговором уговорници могу уговорити измену имовинског режима у браку, али и сва друга располагања из разлога брака. „En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo“, чл. 1325 ШпГЗ.

⁷ Вид. § 7.01 (1) (a),(b) *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, American Law Institute Washington, D.C. 2002.

⁸ Тако о садржини брачних уговора у САД вид. Tatiana Seliazniova, „Marital Agreements: Comparative Analysis of legal regulations in the USA and in some post socialist countries“, *Правни живот* 9/2004, 944 945. Можда је таква учесталост лично имовинског уговарања условила став проф. Драшкић по коме ни љубав није могућа без имовинске компоненте: „моје је мишљење, да су напротив, имовински односи интегрални део свих људских односа, укључујућу и љубавни однос“, на који се надовезује закључак: „Конечно ако је могуће заљубити се у нешто вредно („роман сирати камен“), зашто онда није могуће заштитити саму љубав кроз добровољан и узајаман финансијски аранжман („финансирати романсу“)?“. Вид. Марија Драшкић, „Financing the Romance: Marriage Contract in the Serbian Family Act“, *Family Finances* (ed. B. Verschraegen), Vienna 2009, 393.

⁹ Тако се у француском праву брачни уговори тичу брачних режима (*du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux*), чл. 1387 1399 ФГЗ, али се исти термин користи и за споразум супружника о пригодном дару (чл. 1091 1094 ФГЗ). У руском праву, брачни уговор (*брачный договор*) је споразум вереника или супружника којим се дефинишу имовинска права и обавезе супружника у браку и (или) у случају развода (чл. 40 Породичног закона Руске Федерације ПЗРФ). Супружници могу брачним уговором изменити законски режим заједничке имовине установљавајући режим заједничке имовине, сувојине или посебне имовине у погледу целокупне имовине супружника, у погледу одређених добара или у погледу имовине неког од супружника. Супружници, такође могу брачним уговором дефинисати права и обавезе у погледу узајамног издржавања. Вид. чл. 42, ст. 1, тач. 3 ПЗРФ.

¹⁰ Тако Беговић дели брачне уговоре на уговоре личне природе и уговоре имовинске природе. „На тај начин муж и жена могу изменити донекле своје личне

спорно да се брачни уговор (у ужем смислу), по последицама које креира у имовинским фондовима супружника, мора јасно разликовати од других (грађанскоправних) уговора,¹¹ те да је *prima causa* тако схваћеног брачног уговора – *causa bonorum modificandi*.¹²

2. НИШТАВОСТ НЕКИХ ЛИЧНО-ИМОВИНСКИХ ПОГОДБИ СУПРУЖНИКА

Поред индивидуалне слободе предузимања правних послова, правни поредак штити и друге друштвене интересе који заслужују заштиту.¹³ У брачном уговору породична заједница односно заједничка деца су „трећа лица“, која не учествују у уговарању, али овај уговор често утиче и на њихову судбину. Друштво мора сачувати суштину брака и обезбедити одговарајућу заштиту деце од неразумних располагања њихових родитеља. Суду је стога остављено да, узимајући у обзир све релевантне околности, оцени пуноважност конкретног уговора. Покушај обједињавања свих појединачних случајева ништавости лично-имовинских погодби у један целовит и затворен систем, чини се не може уродити плодом. Стога ће се указати само на неке такве погодбе о чијој ваљаности се расправљало и у праву САД, у намери да њихову (не)допуштеност сагледамо и из угла нашег позитивног права.

2.1. Задирање у лична права и односе супружника

Према једном моделу, супружници не могу мењати права и дужности које произилазе из брака.¹⁴ Уговором се могу регулисати само имовински односи супружника, односно будућих супружника, а никако њихови лични односи.¹⁵ С друге стране, постоји и станови-

и имовинске односе у браку“, Мехмед Беговић, *Шеријатско брачно право*, Београд 1936, 96-97.

¹¹ У аустријском праву, брачни уговор уређује имовинске односе (*Vermögenverhältnisse*) супружника. Међутим, није сваки уговор између супружника брачни уговор, нпр. продаја, размена, закуп. Вид. Helmut Koziol, Rudolf Welsler, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht*, II, Wien 2000, 431.

¹² Тако је у аустријској пракси најважнији брачни уговор споразум о заједници добара (*Gütergemeinschaft*). Међутим, „уговорна слобода оставља уговорницима могућност да постојеће врсте уговора модификују или развију нове“, Н. Козиол, Р. Велсер, 431.

¹³ Дејан Ђурђевић, *Апсолутна ништавост завештања* (докторска дисертација), Београд 2004, 22.

¹⁴ Вид. чл. 1388 ФГЗ.

¹⁵ Вид. Марија Игњатовић, „Имовински уговор брачних другова у праву Републике Србије“, Несклад теорије и праксе, *Правни живот* 10/2008, 496.

ште да је савремена породица ослобођена државног модела. „Права и обавезе субјеката породичних односа данас свој извор све више налазе у индивидуалној вољи. Укратко један објективни оквир породичног права узмиче пред снагом субјективног права и налетом индивидуалне воље“.¹⁶ Степен ове приватизације мери се увођењем уговорног модела у породицу, где супружници својом вољом не само заснивају брак, него и уређују његову садржину.¹⁷ Према Поњавићу, уговори којима се регулишу лични односи супружника су „инструменти за очување породичног мира“.¹⁸ Породични живот је пун таквих ситуација, на пример споразум о презименима супружника, споразум о имену детета, као и други споразуми кроз које се конкретизује вршење родитељског права.

Закон каже да супружници споразумно одређују и место становања.¹⁹ Међутим, поставља се питање могу ли супружници неку имовинску корист или губитак, уговором везати за обавезу једног супружника да следи оног другог, на пример, ако овај због промене посла мора да промени и боравиште. По једном приступу овој дилеми такво уговарање је противно императивној норми и својеврсно враћање на правило СГЗ, по коме муж одређује место становања.²⁰ Према другом становишту, нема разлога да ови углавци буду генерално забрањени. Један од стубова брака је пуна морална подршка супружника.²¹ Емотивна сигурност коју доноси актуелно присуство супружника је у неким случајевима услов за професионални успех. Сходно томе, ако у конкретном случају није нарушена равноправност супружника, или неки други принцип породичног права изостаје јавни интерес да се овај споразум огласи ништавим.

Брачни другови договарају место становања, али и стан у коме ће живети.²² Чини се да дужност вођења заједничког живота не значи да супружници морају живети у истом стану.²³ Они неко време могу

¹⁶ О тенденцији „контрактуализације“ породичног права вид. Зоран Поњавић, „Ново породично законодавство Процес приватизације породичног права“, *Ново породично законодавство НПЗ* 2006, 7.

¹⁷ Зоран Поњавић, „Уговори којим се уређују лични односи у породичном праву“, *Правни живот* 9/1998, 671.

¹⁸ З. Поњавић (1998), 671.

¹⁹ Вид. чл. 27. ПЗ.

²⁰ Вид. § 110 СГЗ. Жена је дужна са мужем „ићи где он за добро нађе, с њим онде живети...“ уз одређене изузетке. Она може да одбије да иде тамо где би за њу то било немогућно или штетно са гледишта њенога доброга гласа, сигурности живо та или здравља, вид. и Живојин Перић, *Лично брачно право, по Српском Грађанском Законику*, Београд 1934, 65 66.

²¹ „Жена има да дели судбину свога мужа као и муж своје жене свуда тамо где им њихова брачна обавеза моралне потпоре то наређује“, Ж. Перић (1934), 66.

²² З. Поњавић (1998), 679.

²³ Вид. чл. 25 ПЗ.

живети одвојено из објективних разлога (нпр. издржавање затворске казне) или субјективних разлога (нпр. жеља за пресељењем у „већу средину“).²⁴ Ипак, супружници не могу закључити уговор којим се један од њих ослобађа дужности вођења заједничког живота.²⁵ У једном случају из америчке судске праксе је пресуђено да је уговор који искључује суштинске аспекте брака закључен зарад изигравања имиграционих прописа и као такав противан јавном поретку (*public policy*).²⁶ На овом месту се рађа и недоумица: да ли су сексуални односи супружника суштинска одлика брака. Другим речима, да ли је пуноважан споразум којим се супружници трајно одричу сексуалних односа или прецизирају њихову учесталост. СГЗ је, на пример, прописивао дужност полног општења супружника.²⁷ Перић се тим поводом пита: „Каква је то дужност? Да ли је само морална?“²⁸ „Одржавање полних односа међу људима и женама је по државу корисно, а оно је корисно ако се врши кроз брак, што опет појачава снагу државе и њен међународни значај.“²⁹ Ова обавеза је дакле законска, не само морална,³⁰ али је њена особеност, према Перићу, у томе што санкција није непосредна, посредством принуде од стране власти, као што је, по правилу, случај са законским обавезама, него посредна – тражење раскида брачне заједнице услед невршења брачне дужности.³¹ Породични закон РС не прописује дужност полног општења супружника, али је извесно да је одрицање супружника од сексуалних односа у браку супротно његовој природи. Остваривање заједнице живота поред узајамног поштовања и помоћи подразумева и полно општење супружника. Сходно томе, не може се сматрати пуноважним уговор којим се овај аспект брачних односа вољно искључује.³² Да ли то онда важи и за уговорну одредбу којом се нека имовинска корист или уштрб везује за редовност сексуалних односа у браку?

²⁴ Ако међу брачним друговима нема сагласја о овим питањима, посредан излаз из такве ситуације је у разводу брака, пошто државни орган не може наметнути решење, као што то чини у случају недостатка споразума о личном имену заједничког детета. Вид. чл. 344, ст. 4 ПЗ.

²⁵ Вид. Марија Драшкић, *Породично право и право детета*, Београд 2009, 409.

²⁶ Вид. *Heilbut v. Heilbut*, 746 N.Y.S.2d 294 (App. Div. 1st Dep't 2002).

²⁷ Вид. § 108 СГЗ.

²⁸ „...и у том случају не би било друге санкције до савести супругове“, Ж. Перић (1934), 49.

²⁹ Ж. Перић (1934), 59.

³⁰ „Како држава може другачије схватити полне односе без којих не би било људи, а без ових не би било ни ње државе“, Ж. Перић (1934), 60.

³¹ Ж. Перић (1934), 51.

³² Уговор који је у супротности са природом брака и брачних односа не може егзистирати. Вид. Марина Јањић Комар, Радоје Кораћ, Зоран Поњавић, *Породично право*, Београд 1999, 354.

Иако је генерално одрицање од полног општења супротно при-
роди брака, узајамна сагласност мора постојати за сваки појединачни
сексуални чин.³³ Обљуба супружника која није заснована на саглас-
ности воља је, штавише, санкционисана као кривично дело.³⁴ У сав-
ременом праву се, дакле, напушта концепција о брачној дужности
полног општења и приклања схватању о сексуалним односима су-
пружника заснованим на консензусу. Само по себи се намеће питање
– шта је онда кауза (разлог обвезивања) код таквог уговора?³⁵ Чини се
да је кауза сексуалног чина објективно-субјективне природе. Отуд је
готово немогуће дефинисати је, пре свега зато што је ова биолошко-
социолошка активност људи нераскидиво повезана са двоструким
моралом.³⁶ „Неморалност уговора може непосредно проистацати из
садржине његове, а може се налазити и у циљу који хоће да се по-
стигне дотичном чинидбом“.³⁷ Суд, дакле, мора пажљиво приступи-
ти сагледавању каузе којом се уговорници руководе, испитујући на-
рочито да ли је разлог обвезивања једне стране на сексуални однос
имовинска накнада коју даје друга страна.³⁸ Ако се поклон учињен
конкубини, да би се придобила или одржала њена наклоност тра-

³³ Сексуални однос, у својој правној суштини, несумњиво има уговорну при-
роду. Вид. Слободан Панов, *Право на родитељство*, Београд 1998, 229.

³⁴ Према Кривичном законнику Србије, учинилац и пасивни субјект кри-
вичног дела силовања могу бити и лица која живе у брачној заједници. Кри-
вично дело силовања чини онај ко принуди другог на обљубу или са њом
изједначен чин употребом силе или претњом да ће непосредно напасти на жи-
вот и тело тог или њему блиског лица. Радња извршења кривичног дела јесте
принуда на обљубу у ширем смислу, а то је вагинални, анални и орални коитус.
Вид. Коментар уз чл. 178 КЗ, Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Бео-
град 2006, 434 437.

³⁵ Опширније о појму и правној природи каузе вид. Оливер Антић, *Облига-
ционо право*, Београд 2011, 244 281.

³⁶ „Ако игде оно у полним (и можда политичким) односима важи двостру-
ки морал – једно се прича, захтева и јавно усваја, а друго се тајно ради“, Радомир
Лукић, *Социологија морала*, Сабрана дела, VII, Београд 1995, 556.

³⁷ Лазар Марковић, *Облигационо право*, Београд 1997, 209. Правна историја
бележи различите циљеве нормирања редовности сексуалних односа. Да се не би
угасила породица пуноправног грађанина, у старој Атини, кћерка наследница (епа-
клера) се удавала за стрица или другог најближег сродника по очевој линији. Како је
главни циљ ове установе било рођење мушког детета, Плутарх тврди да је, ако муж
епиклера не општи са њом бар три пута месечно, епиклера (али и било ко трећи)
могла поднети посебну врсту јавне тужбе – графе и захтевати развод. Вид. Сима
Аврамовић, Војислав Станимировић, *Упоредна правна традиција*, Београд 2008,
120; Сима Аврамовић, „Епиклера, *kadestai* и *epibalontes* – спорне установе античког
грчког права“, *Анали ПФБ* 5 6/1979, 475 490.

³⁸ Тако је амерички суд разматрајући случај две жене које су уговориле да
ће једна (материјално) подржавати другу закључио да је такав уговор извршив
(*enforceable*). Без обзира што закон не прописује било каква права и обавезе за ова
лица, не постоје препреке да се стране у ванбрачном односу договоре о одређеним
правима и обавезама. Такав уговор је извршив, осим ако је разлог уговарања недвос

диционално сматра неморалним (ништавим),³⁹ онда нема разлога да се уговарање имовинске награде за сексуални однос у браку сматра моралним и производи другачије последице. За правни поредак је свако новчано подстицање сексуалног чина неприхватљиво,⁴⁰ па макар уговорне стране биле и супружници.⁴¹ Међутим, Гамс о правним пословима који су у супротности са полним моралом пише да је то „једна група правних послова који се додуше не сматрају природним облигацијама, али се у неку руку изједначују по свом дејству са њима: не заштићују се судски али се толеришу, и ако се добровољно изврше не може се тражити повраћај датог“.⁴² Ако кроз призму овог становишта Гамса посматрамо уговор којим се нека имовинска корист или уштрб везује за учесталост сексуалних односа у браку, може се извести закључак да и у овом случају има места сходној примени правила о натуралним облигацијама. Ако таква погодба не вређа императивна правила о издржавању супружника или брачној равноправности, не постоји јавни интерес да се утврди њена ништавост.⁴³ Учињено

мислено заснован на сексуалним услугама. (*inseparably based upon illicit consideration of sexual services*). Вид. *Posik v. Layton*, 695 So.2d 759 (Fla. 5th DCA 1997).

³⁹ Слободан Перовић, „Правне последице неморалних уговора“, *Анали ПФБ* 2/1966, 205.

⁴⁰ Свако изнуђивање сексуалног чина, па и новчано, сматра се нарушавањем интегритета. „Равноправни односи између жена и мушкараца у питањима полних односа и репродукције, укључујући и пуно поштовање интегритета особе, захтевају међусобно поштовање, разумевање и дељење одговорности за полно понашање и његове последице.“ Вид. пара. 96 Платформе за акцију донете уз Пекиншку декларацију (1995) на Четвртој Светској конференцији о женама, 15 септембра 1995.

⁴¹ Подвођење супружника трећим лицима уз накнаду се у правној књижевности такође наводи као пример неморалног посла. Вид. Марко Младеновић, Слободан Панов, *Породично право*, Београд 2003, 204.

⁴² Андрија Гамс, „Повраћај у пређашње стање код неморалних правних послова“, *Анали ПФБ* 2/1958, 209.

⁴³ У једном случају амерички суд (*Louisiana Court of Appeals*) није прихватио уговорну одредбу која се односила на учесталост сексуалних односа супружника, вид. *Favrot v. Barnes*, 332 So. 2d 873 (La. Ct. App. 1976), *rev'd on other grounds*, 339 So. 2d 843 (La. 1976). У овом случају стране су на инсистирање мужа унеле у предбрачни уговор одредбу о лимитирању сексуалних односа (*limiting sexual relations to once per week*). У поступку развода муж је тврдио да је супруга повредила уговор (*violating the agreement by wanting to have relations three times a day*). Суд је одлучи стао на страну супруге држећи да стране не могу уговором одступити од брачних дужности заснованих на разумним очекивањима (*a party cannot contractually modify the marital obligation to „fulfill the reasonable and normal sex desires of each other“*). Опширније Jonathan E. Fields, „Forbidden Provisions in Prenuptial Agreements: Legal and Practical Consideration for the Matrimonial Lawyer“, *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers* 21/2008, 431 432. Ипак, у правној књижевности постоји и супротно становиште, Laura P. Graham, Comment, „The Uniform Premarital Agreement Act and Modern Social Policy: The Enforceability of Premarital Agreements Regulating the Ongoing Marriage“, *Wake Forest Law Review* 28/1993, 1039.

обећање овде није остатак неке цивилне облигације, али ни морална дужност лишена било какве правне санкције.⁴⁴ Ово из разлога што уговору верна страна увек може захтевати развод због поремећаја брачних односа. Ако неморалност таквог уговора, није очигледна, правни поредак га трпи, али му одриче непосредну санкцију.⁴⁵ Брачна обзирност налаже супружницима да поштују дату реч, тако да се једном испуњена престација не може натраг тражити.⁴⁶ Другим речима, не сматра се неоснованим обогаћењем оно што је учињено на име дуга савести.⁴⁷ Тако заснована облигација има карактер неправне (квази-) натуралне облигације.⁴⁸

Може се казати да је везивање имовинских ефеката за вршење неког личног права супружника релативно често у уговорној пракси САД. Брачни уговори познатих личности, по правилу, садрже обавезу мање познатог супружника да се уздржи од писања о браку и учешћа у телевизијским емисијама на ову тему (тзв. *confidentiality clause*).⁴⁹ Забележен је чак и углавак којим се супруга обвезује да телесну тежину утврђену на дан венчања неће повећати у току брака за више од 20 фунти и да ће, ако ово обећање не одржи, њеном

⁴⁴ О теорији по којој су натуралне облигације у ствари несавршене (неуспеле) цивилне облигације и схватању које објашњење натуралних облигација преноси у домен морала (тзв. теорији о моралним дужностима), Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд 1990, 81 85.

⁴⁵ „Можемо казати да је законодавац радње појединца моралу противне по делио на две велике групе, на оне којима он управља (неморалне радње које су кажњиве, тј. кривична дела) и оне које оставља влади морала и савести (неморалне радње које трпи), стога што су ове последње...тако људима природне... да би свако законодавство које би те радње апсолутно забрањивало и кажњавало било бесциљно, оно се не би могло извршити јер му се појединци не би повиновали.“ Вид. Живојин Перић, „Утицај судије на јавни морал“, *Приватно право Скупљене расправе из Грађанскога Права*, Београд 1912, 271.

⁴⁶ Према Закону о облигационим односима, не може се тражити оно што је дато или учињено на име извршења неке природне обавезе или неке моралне или друштвене дужности. Вид. чл. 213 Закон о облигационим односима ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 Уставна повеља.

⁴⁷ Према проф. Константиновићу: „Не може се тражити натраг оно што је дато или учињено на име извршења неке природне обвезе или неке моралне или друштвене дужности, или *дуга савести*“, чл. 172 Скица за Законик о облигацијама и уговорима.

⁴⁸ Ова облигација је увек двострано личне природе. Само изворни поверилац може примити испуњење и само изворни дужник може извршити уговорену обавезу. Тражбина и дуг, у овом случају, настају с обзиром на лична својства уговорника (*intuitu personae*), па нису подобни за уговорни пренос и наслеђивање. О подели облигација према интензитету везе између престације и дужника, вид. О. Антић, 93 95.

⁴⁹ Вид. Jan Hoffman, „The Rich, How They Keep It“, *The New York Times (NY)*, Sunday, November 19, 1995, sec. 6, 104.

супругу припасти одговарајуће имовинско добро.⁵⁰ Отвара се питање, да ли је такво уговарање прихватљиво у српском праву? Марковић пише: „Ако би дужник преузео обавезу која би потчинила туђој власти макар један део његове личне сфере активности у толикој мери да би његов живот или тело или његова лична и економска слобода или његова част... били спутани и везани на начин који би био у противности са појмом слободне личности и њеног достојанства, или са начелом правне једнакости такав уговор, као неморалан, био би без икакве правне важности“.⁵¹

Заиста, ако повреда морала вређа јавни интерес, правни поредак је дужан да је санкционише. Међутим, ако се супружници самоограничавају, тако да део приватности не износе у јавност, тада се наспрам слободе једног супружника да породични живот подели са светом, налази једнако такво право другог супружника да његова интима остане скривена. Слично је и ако су супружници уговорили да се током брака не „запусте“, па за то вежу одговарајући имовински подстицај. Јавни интерес ни у једном од ова два случаја није нужно повређен, а страна која сматра да је њен правни интерес доведен у питање може захтевати поништај уговора у складу са општим правилима. Ако у конкретном случају један супружник не користи „стање нужде“ другог супружника, чини се да би и у српском праву могла бити допуштена погодба по којој је одређени начин уживања неког личног добра утаначен као будућа неизвесна околност од чијег наступања или ненаступања зависи дејство брачног уговора.⁵² Супружник чије је лично добро у питању тако се не одриче свог права, већ само прихвата одређени начин његовог вршења.⁵³ Ово лично право мора по својој природи бити такво да супружник може њиме располагати.⁵⁴ При том, уговорени услов не сме угрожа-

⁵⁰ Изјава адвоката Ј. Барнета (*J. Barnett*), у *Lisa W. Foderaro*, „Prenuptial Contracts Find New Popularity“, *The New York Times (NY)* August 21, 1997, В.

⁵¹ Вид. Л. Марковић (1997), 208.

⁵² Нпр. одредба брачног уговора да ће 20 % зараде једног супружника сваког месеца ући у посебну имовину другог супружника под условом да овај престане са „конзумирањем дрога“ (одложни услов), или да 20 % зараде једног супружника улази у посебну имовину другог супружника, све док се овај уздржава од уступања својих фотографија модним часописима (раскидни услов).

⁵³ Супружник таквим уговарањем само прилагођава свој животни стил потреба заједнице. Отуда се у уговорној пракси САД ове уговорне одредбе и називају „lifestyle clauses“. Shanna Hogan, „Conditional love“, *Times Publications*, <http://www.timespublications.com/mar08/feature1.asp>, посећено 24. маја 2010.

⁵⁴ По својој природи такав услов је потестативан, дакле зависи од воље оног супружника, чије је лично право у питању. Супружник се нпр. може „одрећи права на објављивање дневника“. Слобода располагања начелно зависи од тога да ли је „аутономија воље већа вредност од личног добра којим се располаже, не сужава ли се претерано слобода лица и не коси ли се са моралом“. Тако о фактичком и

вати достојанство и интегритет супружника, нити водити његовом економском или сексуалном искоришћавању.⁵⁵

2.2. Задирање у правила о разводу

Заједничка воља супружника није само услов заснивања, већ и опстанка брака.⁵⁶ Сходно томе, није допуштен споразум којим се супружнику привремено или трајно ускраћује право да захтева развод.⁵⁷ С друге стране, у САД је уобичајно уговарање тзв. „клаузуле о заласку“ (*sunset clause*), по којој брачни уговор у целини или неке његове одредбе остају без дејства неколико година по закључењу брака.⁵⁸ Потребне супружника се с временом мењају. Они се везивањем дејства брачног уговора за раскидни рок штите од изненађења на почетку, да би се када брак уђе у „мирније воде“ препустили у руке законодавца.⁵⁹ Иако такво уговарање можда, на први поглед, „провоцира“ развод пре престанка дејства уговора, чини се да ова одредба ни у српском праву није нужно противна јавном поретку.

У сличном контексту се намеће и питање могу ли супружници стипулисати обавезу неверног супружника да плати одређену новчану суму,⁶⁰ односно да ће удео у заједничкој имовини овог супружника бити мањи од оног који припада супружнику на чијој страни нема кривице за развод. Према Породичном закону РС евентуална кривица супружника за поремећај брачних односа није релевантна код тужбе за развод.⁶¹ Другим речима, кривица за развод се у савременом праву не утврђује.⁶² Међутим, то још увек не значи да супружници не могу уговором везати одређене имовинске последице за прељубу

правном располагању личним добрима, Владимир Водинелић, у Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд 2007, 124 125.

⁵⁵ Вид. чл. 23, чл. 25, чл. 26 Устава Републике Србије *Службени гласник РС*, бр. 98/06.

⁵⁶ З. Поњавић (2006), 8.

⁵⁷ Вид. Дарко Радић, *Имовинскоправне последице развода брака* (магистарски рад), Београд 2006, 200.

⁵⁸ Вид. Katherine E. Stoner, Shae Irving, „Prenuptial Agreements: How to Write a Fair And Lasting Contract“, 2008, 11, *books.google.com/books*, 10. март 2009.

⁵⁹ Чини се уговор овде није модификован само роком, него и условом јер за престанак дејства уговора неопходно да супружници остану у браку до истека рока.

⁶⁰ О тзв. *bad boy* или (*bad girl*) клаузули која подразумева имовинску корист за превареног супружника (*requiring financial compensation if one party is caught cheating on the other*), вид. К. Е. Stoner, S. Irving, 11.

⁶¹ Олга Цвејић Јанчић, „Брак и развод“, *НПЗ* 2006, 154.

⁶² Озбиљна и трајна поремећеност брачних односа и објективна немогућност остварења заједнице живота супружника су општи и нескривљени бракоразводни узроци, М. Драшкић (2009), 146 148.

(браколомство).⁶³ Прељуба је један од најстаријих разлога за развод, који помиње и Свето писмо.⁶⁴ Уговарање обавезе верности у брачном уговору може се посматрати као узајамна заклетва супружника, па имовински губитак оног који такав завет повреди није „противан здравом осећају правичности и морала“.⁶⁵ Ако се прихвати став да се слобода човека мора афирмисати не само у закључењу брака, већ и у његовом трајању и развргнућу,⁶⁶ онда не постоје препреке да се верност супружника уговори као неизвесна околност од чијег ће наступања и ненаступања зависити дејства правног посла.⁶⁷ Морална заповест за сваког супружника која се интуитивно препознаје је да чува углед своје породице. Супротно резонување би значило да је онај ко се огрешио о дужност верности фаворизован.⁶⁸ Ништавост таквог углавка би представљала посредну награду за неверство и подстрек за чињење браколомства.⁶⁹ Нико не може уживати у правној позицији у коју је доспео на начин који је у супротности са моралним захтевом верности, јер би то онда значило позивање на сопствену срамоту (*exemptio doli generalis*).⁷⁰

⁶³ Према Перићу, брачна верност обухвата два појма: полну, телесну верност и верност духовну или психичку. Прекршење телесне верности назива се браколомство (прељуба), Ж. Перић, (1934), 51. Чини се да развој технике и Интернета доводи у питање традиционални приступ верности. Британка Еми Тејлор је тако затражила развод брака због виртуелног неверства пошто је затекла супруга у загрљају друге жене у виртуелном свету „Second Life“, (компјутерској игри са више од 15 милиона корисника). Вид. „Преварена у виртуелном свету тражи развод“, Извор: *Bema*, 21. новембар 2008, <http://www.emportal.co.rs/vesti/svet/70157.html>, 19 фебруар 2009.

⁶⁴ Свето писмо Новог завета наводи прељубу као једини разлог за развод: „Ко отпусти жену своју, осим за прељубу, и ожени се другом, чини прељубу“. (Мт, 19, 9).

⁶⁵ „Уопште може се рећи да је неморалан и сраман онај правни посао, чијем се правном признању противи здрави осећај правичности и морала.“ Вид. Б. Т. Благојевић, „Да ли је питање моралности уговора правно или фактичко питање“, *Правосуђе* 19 20/1933, 785.

⁶⁶ Зоран Поњавић, „Брачни уговор“, *Анали ПФБ* 5/1995, 521.

⁶⁷ Вид. Д. Радић, 199.

⁶⁸ У неким случајевима, суд је одбио захтев за издржавање узимајући у обзир управо ове аргументе: „У конкретном случају супруга је одржавала ванбрачно односе са другим мушкарцем што представља разлог за искључење права на издржавање“, вид Рев. 587/90 од 2. 03. 1990. године, *Билтен судске праксе Врховног суда* 1 2/1990. Према Породичном закону супружник нема право на издржавање ако би прихватање његовог захтева за издржавање представљало очигледну неправду за другог супружника. Вид. чл. 151, ст. 3 ПЗ.

⁶⁹ Према Општем имовинском законнику за Црну Гору ОИЗ правила благонаравља и поштења су „она правила обичне људскости и правичности, на поковање којима Власт у опште не може свагда управо да принуди, али за то народна савјест свагда осуђује оне који та правила престапају“, чл. 785 ОИЗ.

⁷⁰ „Судија ће бити одјек општих појмова о моралу, он ће у својим одлукама дати израза мишљењу које сам народ има о моралности или неморалности дотичне

Општа граница слободе уговарања се овде усклађује са практикованим моралом који има упориште у свакодневном животу.⁷¹ Суд приликом оцене пуноважности брачног уговора мора пре свега водити рачуна о природи и циљевима брака које уговорни завет верности не угрожава. Сматрамо да се везивањем имовинске користи или уштрба за обавезу верности на примерен начин мири аутономија личности са јавним интересом очувања породице и достојанства брака.

2.3. Задирање у правила о родитељству

2.3.1. О рађању

Трошкови рађања и подизања деце везани, пре свега, за њихово образовање, здравствену заштиту, бављење спортом и различитим хобијима, све више одвраћају супружнике од репродукције.⁷² Нарочито је ово случај код оних брачних другова који имају децу из претходног брака. Ова тенденција је у праву САД довела до погодби у брачним уговорима којим супружници уређују питање рађања заједничке деце (тзв. *future children clauses*).⁷³ Право на слободно одлучивање о родитељству је код нас загарантовано Уставом. Сходно томе супружници се овог права не могу одрећи, али се поставља питање могу ли одговарајућим споразумом уредити начин вршења овог права. Наша правна традиција је у том погледу недвосмислена. Према *Крмчији (Законоправили)* светог Саве: „Брак је благословена веза између мужа и жене ради потпуне заједнице у свим животним односима између њих која служи као средство за умножавање људског рода“.⁷⁴ За Перића „Само заједница којој је циљ полно општење као средство да се имају и добију деца може бити брак“.⁷⁵

радње... Судија ће овде бити репрезент народнога схватања о моралу“, Ж. Перић (1912), 272.

⁷¹ Свако друштво ствара свој морал, тако да морал има временску и просторну димензију. Пракса Европског суда за људска права (даље: ЕСЉП) показује да још увек није изграђен „европски концепт морала“, па се „ставови о моралу разликују у зависности од времена и места“. ЕСЉП је изнео ово мишљење утврђујући повреду чл. 10 Европске конвенције о људским правима поводом представке издавача књиге „Мала црвена читанка“ (*The Little Red Schoolbook*) која је подстицала младе људе на слободнији приступ сексу (*to take a liberal attitude in sexual matters*), *Handyside v. the United Kingdom* (5493/72) [1976] ECHR 5 (Decembar 7, 1976).

⁷² Вид. Мирјана Рашевић, „Зашто је идеја о рестрикцији абортуса погрешна“, *Правни живот* 10/2008, 361.

⁷³ Опширније Joline F. Sikaitis, „A New Form Of Family Plannig? The Enforceability Of No Child Provisions In Prenuptial Agreements“, *Catholic University Law Review* 54/2004, 335 372.

⁷⁴ Нав. према Чедомиљ Митровић, *Црквено право*, Београд 1929, 126.

⁷⁵ Ж. Перић (1934), 9.

Једна од најважнијих функција брака је подизање деце.⁷⁶ Брак доприноси друштву као целини и природно је окружење за остваривање права на родитељство. Инсистирање супружника на браку без деце или са ограниченим бројем деце је, по правилу, резултат њихове неспремности да психолошки и економски улажу у потомство. Отуда, суд при оцени пуноважности неког уговора мора водити рачуна не само о потребама појединаца, него и о општим интересима. Јавни интерес за рађањем и подизањем деце је на језгровит начин формулисан у СГЗ: „Уговори брачни, који би се на зло и штету деце клонили, немају силе и важности“ (чл. 788) Другим речима, јавни интерес за браком се, пре свега, огледа у рађању и васпитању деце од којих се очекује да постану корисни чланови друштва.⁷⁷

Расправа на ову осетљиву тему не допушта јединствен одговор, па је потребно направити одређену разлику између уговарања стерилизације (трајно лишење права на родитељство) и контрацепције (привремено лишење права на родитељство). Уговарање трајног (неповратног) лишење права на родитељство вређа јавни интерес⁷⁸ и као такво не производи правно дејство.⁷⁹ С друге стране, када је стицање неког имовинског права условљено коришћењем средстава за контрацепцију, која не угрожавају здравље корисника, такво уговарање се може разумети као споразумно уређење начина вршења личног права партнера које не вређа нужно јавни интерес.⁸⁰ Ако се коришћење средстава за контрацепцију у неким случајевима чак препоручује ради заштите репродуктивног здравља, зашто би онда било супротно јавном поретку на овај начин планирати породицу.⁸¹ Отуд би се под „уговорно планирање породице“ могла подвести и лично-имовинска погодба, по којој је пропуштање коришћења контрацептивних средстава раскидни услов, тако да страна која својим нечињењем доведе до остварења услова губи одређено имовинско право.

⁷⁶ У том смислу и једна одлука америчког суда, да је такво уговарање ништаво јер је стицање потомства примарна сврха брака (*marriage exists primarily for begetting offspring*). *Height v. Height* 187 N.Y.S.2d 260 (Sup. Ct. 1959).

⁷⁷ Вид. Karen Servidea, „Reviewing Premarital Agreements to Protect the State’s Interest in Marriage“, *Virginia Law Review* 91/2005, 555.

⁷⁸ Упориште за такав став се релативно лако налази у разлозима хуманости. Према Брачним правилима Српске православне цркве, за развод је крива жена која хотимице побаци свој плод или трајно спречава своје оплођење. Вид: чл. 94. Брачних правила СПЦ.

⁷⁹ Вид. J. Sikaitis, 365.

⁸⁰ „Право на слободно родитељство подразумева рађање здравог и жељеног потомства“, Зоран Поњавић, „Право на прекид трудноће“, *Правни живот* 9/1995, 112, фн. 30.

⁸¹ О планирању породице као свесној, промишљеној и слободној активности човека, С. Панов (1998), 130-137.

Није тешко замислити ни споразум у коме супружници везују одређене имовинске последице за трајну немогућност добијања деце – стерилитет (*impotentia generandi*) или полну немоћ – ерективну дисфункцију (*impotentia coeundi*).⁸²

Насупрот споразуму којим супружници прихватају обавезу уздржавања од репродукције, налазе се споразуми који забрањују прекид трудноће или искључују могућност коришћења средстава за контрацепцију.

У савременој правној књижевности доминира становиште да је само жена законом овлашћена да одлучи о томе да ли ће трудноћу изнети до краја или не.⁸³ „Право на абортус је део корпуса репродуктивних права и слобода, и по својим обележјима је лично, диспозитивно, неотуђиво, и неимовинско право које припада искључиво трудници.“⁸⁴ Ипак, неки аутори одредбе закона којим је устоличено искључиво право жене да одлучује о прекиду трудноће сматрају полном дискриминацијом.⁸⁵ Очеви су лишени права да одлучују о судбини свог нерођеног детета, а да им се, с друге стране, намеће одговорност по рођењу.⁸⁶ Законодавац, дакле, даје примат биолошком факту

⁸² Занимљива је Богишићева белешка ради припреме Закона о браку Црне Горе: „Импотенција ако се догоди да, са увјерењем доктора, не може човек бити са женом и од вјенчања пошто прођу 3 године, слободан је развод брака. Био је случај назад 10 година у Његушима да је жена 7 година стајала са домаћином и по уверењу докторовом била је ђевојка“. Вид. Томица Никчевић, „Богишићеве припреме за Закон о браку у Црној Гори“, *Анали ПФБ* 4/1958, 476.

⁸³ Вид. чл. 2 Закона о поступку прекида трудноће у здравственим установама, *Службени гласник РС*, бр. 16/95 и 101/05 др. закон. Овакав приступ је у складу са документима ОУН који говоре о праву жене да одлучује о свом репродуктивном здрављу на коме је засновано и право жене да одлучује о абортусу. Вид. и Декларацију УН од 5. марта 2005. године.

⁸⁴ Невена Петрушић, „Европски суд за људска права у заштити репродуктивних права“, *Правни живот* 10/2007, 328. У правној науци се наводе: медицинске, еугеничке, кривичне и социјалне индикације за абортус, С. Панов (1998), 178 182. Побачај ни према брачним правилима СПЦ није хотимичан кад се изврши на основу одлуке лекарске комисије у сврху очувања живота матере, Димшо Перић, *Црквено право*, Београд 1999, 295.

⁸⁵ Ако се не дозволи мушкарцу да одлучује о побачају, тиме је угрожено његово право на репродукцију, вид. Станка Стјепановић, „Ускраћивање права мушкарцу на учествовање у планирању породице“, *Правни живот* 10/2008, 335. Ово питање је постављено и пред ЕСЉП, у случају у коме је муж покушао да спречи прекид трудноће своје супруге уз тврдњу да је тиме повређено право фетуса на живот. По схватању Суда чл. 2. Европске конвенције није примењив и на фетус. „То би значило да је сваки абортус забрањен, па чак и ако је трудноћа ризична по живот труднице, а не може се тврдити да нерођени живот (фетус) има већу вредност у односу на живот труднице.“ Вид. *Paton v. United Kingdom*, App. No. 8416/78 (1980), Eur. Comm. H.R., 3 E.H.R.R. 408.

⁸⁶ „После рођења дете је правно везано за оба родитеља. Зашто би било другачије пре рођења?“, З. Поњавић (1995б), 117, фн.53.

да је дете у утроби мајке,⁸⁷ у односу на уставну норму, по којој су родитељи (отац и мајка) субјекти права на слободно родитељство.⁸⁸ Очева права су нешто сигурнија у поступку вештачке оплодње, где он може повући своју сагласност до тренутка имплантације ембриона у тело жене.⁸⁹ Тим поводом, ЕСЉП је недвосмислено потврдио да појам приватног живота обухвата и право на личну аутономију, која се манифестује у праву сваке личности да успостави и развија односе са другим људским бићима, те да то право у себи садржи како право да се буде родитељ, тако и право да се лиши родитељства.⁹⁰ Чини се да је посебну заштиту мајке могуће ускладити са правом детета на живот од самог зачећа, само превентивним и систематским деловањем. Ако је неки народ суочен са претњом биолошког нестанка, разумљиво је ангажовање цркава и верских заједница усмерено на развој свести о томе да је живот „божији дар“. Међутим, држава је та која кроз едукацију у погледу планирања породице, развој система здравствене заштите и одговарајуће мере економске помоћи младим родитељима, мора створати услове да остваривање права на родитељство буде заиста резултат слободне воље субјекта овог права, а не последица економских и других друштвених фактора.

На основу свега наведеног може се закључити да је недопуштен и не може имати било каква правна дејства уговор у коме се нека имовинска корист или уштрб везује за одрицање од права на прекид трудноће или коришћења средстава за контрацепцију.⁹¹ Овакво уговарање вређа равноправност полова, јер је улога жене по природи таква да само она може изнети трудноћу и порођај.

⁸⁷ „Може се са сигурношћу рећи да је дете у мајчиној утроби потпуно одвојен организам, који је мајци дат на привремено обитавање у њеној утроби ради исхране“, Илија Шугајев, *Једном за цео живот*, Београд 2007, 59.

⁸⁸ „Свако има право да слободно одлучи о рађању деце. Република Србија подстиче родитеље да се одлуче на рађање деце и помаже им у томе“, чл. 63, ст. 1 и ст. 2. Устава РС.

⁸⁹ Вид. *Evans v. The United Kingdom*, App. No. 6339/05 од 7. марта 2006. године. У овом случају, Суду се обратила госпођа Еванс (*Evans*), која је суочена са медицинском индикацијом одстранила јајнике, претходно започевши поступак *in vitro* оплодње са тадашњим партнером. Нешто касније пар се разишао па је партнер повукао своју сагласност на оплодњу. Евансова је, и поред тога, супротно британском Закону о хуманој фертилизацији и ембриологији захтевала да ускладиштене ембрионе, искористи за зачеће. ЕСЉП је нашао да упркос специфичним животним околностима госпође Еванс право на породични живот загарантовано чл. 8 Европске конвенције о људским правима није јаче од права њеног партнера да своју сагласност повуче.

⁹⁰ Марија Драшкић, „Право на поштовање породичног живота у пракси Европског суда за људска права“, *НПЗ* 2006, 106.

⁹¹ „Уговор закључен под немогућим одложним условом је ништав, а немогућ раскидни услов се сматра непостојећим“, чл. 75, ст. 2 ЗОО.

2.3.2. О поверавању и издржавању заједничке деце

Ако оставимо по страни „рат око заједничке имовине“, старатељство над малолетном децом је, по правилу, главна тема брачних спорова. Недостатак добре воље да се „заостали рачуни“ из партнерског односа јасно разлуче од родитељског односа често доводи до злоупотребе деце у поступку развода.⁹² „Родитељи се не могу одрећи родитељског права, нити га уговором пренети на друго лице. Сваки споразум који би се тицао постојања самог права и обавеза био би ништав“.⁹³ Ипак, родитељи који не живе заједно могу постићи споразум о заједничком или самосталном вршењу родитељског права.⁹⁴ Овде је реч о преносу вршења права, а не о уступању права као таквог.⁹⁵ У жеку економске кризе није тешко замислити ситуацију у којој један родитељ у замену за уговорену корист уступа другом вршење родитељског права. Стога, сваки споразум о вршењу родитељског права мора бити прихваћен од стране суда који *ex officio* цени и његову ништавост.⁹⁶ Ако најбољи интерес детета (*best interests of the child*) то налаже, суд је овлашћен да измени споразум супружника.⁹⁷ При оцени једног уговора не испитује се само садржина уговорног односа, већ и његово дејство на трећа лица.⁹⁸ Једно од права детета је право на личне односе са родитељима.⁹⁹ Из тог разлога не производи дејство ни уговор по коме супружник на

⁹² Опширније о овој врсти ривалитета између родитеља вид. Драгана Батић, „Развод као породична транзиција Дисфункција или нормативни процес“, *Правни живот* 10/2008, 536.

⁹³ Зоран Поњавић, „Уговорно вршење родитељског права“, *Правни живот* 10/2008, 237. С друге стране, у САД су релативно честе и извесно се не проти ве јавном поретку одредбе брачног уговора којим се за случај развода супружника уређује поверавање и поступање са породичним љубимцима. (тзв. *pet clauses*), J. Hoffman, 104.

⁹⁴ З. Поњавић (2008), 240.

⁹⁵ З. Поњавић (2008), 244.

⁹⁶ Занимљива је Богишићева белешка у погледу поверавања деце у тадашњој Црној Гори: „Што се дјече тиче, она обично остају код оца, а ако је дијете при сиси, онда му се одређује дио очинства за издржавање“, вид. Т. Никчевић, 477. О супротној склоности савремених судова да, у случају развода родитеља, децу поверавају мајкама, Мирко Живковић, „Поверавање деце на чување и васпитање после развода брака и принцип једнакости родитеља“, *Анали ПФБ* 3/90, 327 332.

⁹⁷ Тако у праву САД, вид. *Griffith v. Griffith*, 860 So.2d 1069 (Fla. 1st DCA 2003); *Feliciano v. Feliciano*, 674 So.2d 937 (Fla. 4th DCA 1996); *Kennedy v. Kennedy*, 583 So.2d 415 (Fla. 5th DCA 1991). У српском праву споразуми о заједничком или самосталном вршењу родитељског права могу призводити дејство само ако суд процени да су у најбољем интересу детета, чл. 76 78 ПЗ.

⁹⁸ Драгољуб Стојановић, „Слобода уговарања и јавни поредак“, *Архив за правне и друштвене науке* 3/1968, 393.

⁹⁹ Тако Конвенција о правима детета предвиђа право детета које је одвојено од једног или оба родитеља да редовно одржава личне и непосредне контакте с оба

чијој је страни кривица за развод губи право на личне контакте са дететом.¹⁰⁰

Ништава је и одредба уговора којом се искључује обавеза издржавања детета.¹⁰¹ Уговорници, такође, не могу фиксирати висину издржавања на које ће дете имати право.¹⁰² Суд би на захтев супружника коме је дете поверено или самог детета могао изменити дејства таквог уговора.¹⁰³ „Приликом оцене предлога брачних другова за споразумни развод брака у делу који се односи на издржавање малолетне деце, суд може испитивати чињенице и спроводити доказни поступак ради оцене да ли је такав споразум у интересу малолетне деце. Суд утврђује укупан износ средстава потребан за издржавање малолетне деце предлагача, материјалне могућности оба родитеља и њихов радни статус јер од свих ових чињеница зависи да ли је споразум о висини накнаде за издржавање малолетне деце, у њиховом интересу“.¹⁰⁴ Право детета на издржавање не може бити погођено уговором његових родитеља. „Ако је поверилац издржавања дете, висина издржавања треба да омогући најмање такав ниво животног стандарда за дете какав ужива родитељ дужник издржавања“.¹⁰⁵ Може се закључити да у погледу споразума којим се дира у права детета на издржавање или личне односе са родитељима у нашем праву и праву САД постоји својеврсни конзензус да је такво уговарање ништаво и у супротности са јавним поретком.¹⁰⁶

родитеља, осим ако је то супротно интересима детета. Вид. чл. 9, ст. 3 Конвенције о правима детета (1989) и чл. 61 ПЗ.

¹⁰⁰ У случају *Mengal v. Mengal*, суд је оценио да је противна јавном поретку одредба предбрачног уговора, по којој син, из претходног брака, једног од супружника неће живети са супружницима. Вид. *Mengal v. Mengal*, 108 N.Y.S.2d 992, 995 96 (1951).

¹⁰¹ Норме о издржавању детета (*child support*) имају императивну природу и у праву САД. Вид. § 7.06 ALI Principles и § 3(b) *Uniform Premarital Agreement Act* (UPAA).

¹⁰² Michael Kosnitzky, Keith J. Blum, „Antenuptial Agreements, Drafting Marriage Contracts in Florida“, Ch. 2, *The Florida Bar*, 2006, 18.

¹⁰³ Тако је, на пример, у једном случају из америчке судске праксе, суд огласио ништавим предбрачни уговор којим се ограничава (на \$300) висина издржавања за дете, чије је признање део споразума уговорника да се венчају и одмах потом раздвоје (*arrangement to marry and then immediately separate*). Прихватајући захтев за издржавање по тужби за раставу од стола и постеље, суд је објаснио да јавни поредак вређа то што су супружници уговорили да занемарују дужности за чије остварење друштво има јасан интерес. Вид. *Campbell v. Moore*, (1939) 189 SC 497, 1 SE2d 784.

¹⁰⁴ Решење Округног суда у Београду, Гж. 5107/03 од 12. 6. 2003. године, Параграф. нет.

¹⁰⁵ Чл. 162, ст. 3 ПЗ.

¹⁰⁶ *Provisions in a prenuptial agreement purporting to affect the rights of the parties' children are void as against public policy. Provisions limiting child support are un*

2.3.3. О верском васпитању

Религијски идентитет је од нарочитог значаја за породични живот. У савременом праву верска разноликост није брачна сметња,¹⁰⁷ тако да брачни другови задржавају своју духовну независност и индивидуалност.¹⁰⁸ Чак и ако млада и младожења постигну договор о промени вере ради закључења брака према црквеном обреду, то обично нема негативну конотацију као „верско преубеђивање“ (прозелитизам),¹⁰⁹ већ се такав појединачни прелазак из једне вере у другу посматра као последица слободе вероисповести.¹¹⁰

Религија има важну улогу и за вршење родитељског права, јер снажно утиче на формирање вредносних ставова код деце.¹¹¹ По правилу, родитељи деле задовољство и одговорност у погледу верског образовања и васпитања заједничке деце.¹¹² Религијско уверење родитеља може одлучујуће утицати на живот и здравље детета. Познато је, на пример, да Јеховини сведоци одбијају трансфузију крви, чак и по цену живота.¹¹³ Сматрамо да се суд, у таквом случају, мора

enforceable, as are provisions that seek to dictate the custody of a child or a parenting schedule unless the disposition is also in the best interests of the child, J. Fields, 426

¹⁰⁷ Према Брачним правилима СПЦ, два лица различите вере не могу склопити брак, док је разлика у вероисповести отклоњива брачна сметња, Д. Перић, 284.

¹⁰⁸ Једнакост грађана пред брачним законом може се осигурати на један једини начин, а то је лаицизирањем брака. Вид. Милан Бартош, „Брачна правила појединих цркава“, *Архив за правне и друштвене науке XXVIII*, 1/1934, 59.

¹⁰⁹ О праву на јавно манифестовање верских осећања које подразумева и „агитовање“ за своју веру у односу на право на очување постојећег верског уверења, Сима Аврамовић, „Верска слобода и њена злоупотреба историјски и актуелни правни аспекти“, *Анали ПФБ*, 4 6/1998, 350 353.

¹¹⁰ Право на слободу мисли, савести и вероисповести помиње и чл. 18 Међународног пакта о грађанским и политичким правима (1966). Ипак, чини се да постоји злоупотреба слободе исповедања вере у ситуацији, када је припаднику секте забрањено да полно општи са супружником који није припадник секте, па се на тај начин „препреденом методом уцене и супружник утерује у секту“. Опширније Блажа В. Марковић, „Слобода вероисповести и породица“, *Правни живот* 9/1997, 644.

¹¹¹ Одлучујући је утицај вере на образовање морала, па самим тим и породице као заједнице утемељене на моралним начелима, Б. В. Марковић (1997), 652.

¹¹² Конвенција о правима детета прописује да ће државе уговорнице поштовати право детета на слободу мисли, савести и вероисповести, као и право и обавезу родитеља да дете у томе усмеравају, на начин који је у складу са његовим развојним способностима. Вид. чл. 14 Конвенције о правима детета (1989).

¹¹³ Ова околност је руководила неке судове код доношења одлуке о поверавању детета. Тако је у једном случају Општински суд у Великој Плани донео одлуку да се дете додели оцу на основу мишљења Центра за социјални рад. У образложењу мишљења да се дете повери оцу се наводи да „следбеници Јехове не смеју да дају нити да приме туђу крв, па би мајка, ако детету буде потребна трансфузија, могла његов живот да доведе у опасност“, „За Центар за социјални рад Јеховини сведоци неподобни за родитељство“ *Данас*, 16/08/2007, Београд, <http://www.danas.rs/vesti/hronika/>

приклонити ставу да родитељ који из верских уверења одбија медицинску индикувану интервенцију у погледу детета злоупотребљава родитељско право.¹¹⁴ „Здравље и живот детета родитељ не сме жртвовати ниједном свом интересу или уверењу“.¹¹⁵ Слобода родитеља да одлучују о властитом лечењу је неограничена, али је слобода одлучивања о лечењу деце ограничена интересима детета.¹¹⁶ Одлука родитеља којом се одбија предложена медицинска мера нема правну снагу ако испољавање њихове верске слободе угрожава претежнији друштвени интерес – очување живота и здравља детета.¹¹⁷ Ако је пацијент дете које није стекло способност да доноси одлуке о пристанку на лекарску интервенцију, сагласност његовог законског заступника мења одговарајућа судска одлука.¹¹⁸ Хитна медицинска

za centar za socijalni rad jehovini svedoci nepodobni za roditeljstvo.3.html?news id 119460, 24. мај 2012. Расправа о утицају верског опредељења родитеља на одлуку о поверавању деце је вођена и пред ЕСЉП: „Ценећи интересе деце, Врховни суд Аустрије је размотрио какве би последице по њихов друштвени живот могла имати повезаност с једном одређеном верском мањином и опасност коју представља тотално одбацавање трансфузије крви карактеристично за подносиоца представке, и то не само трансфузије крви њој, већ у одсуству судског налога и њеној деци; другачије речено, узете су у обзир могуће негативне последице њене припадности верској заједници Јеховиних сведока.“

ЕСЉП стога прихвата тврдњу да је дошло до разлике у третману и да та разлика почива на разлозима вероисповести; тај закључак је подржан и тоном и формулацијама образложења пресуде Врховног суда у вези с практичним последицама вероисповести подносиоца представке. Таква разлика у третману је дискриминаторна с обзиром да за њу нема „објективног и разумног оправдања“, то јест, она није оправдана „леgitимним циљем“ па самим тим не постоји „оправдани однос пропорционалности између примењених средстава и циља чијем се остварењу тежило.“

ЕСЉП је закључио (с пет гласова према четири гласа) да је прекршен чл. 8 (право на поштовање породичног живота) у вези са чланом 14 Конвенције; који гласи: „Уживање права и слобода предвиђених у овој Конвенцији обезбеђује се без дискриминације по било ком основу, као што су пол, раса, боја коже, језик, вероисповест, политичко или друго мишљење, национално или социјално порекло, веза с неком националном мањином, имовно стање, рођење или други статус“. Вид. *Hoffmann v Austria*, 17 E.H.R.R. 293. (1994); App. No. 12875/87.

¹¹⁴ Олга Јовић, „Злоупотреба родитељског права у контексту права детета на лечење“, *Правни живот* 10/2008, 461.

¹¹⁵ Јаков Радишић, „Непристајање на лечење деце из верских побуда“, *Правни живот* 9/2001, 88.

¹¹⁶ Ј. Радишић (2001), 92.

¹¹⁷ Када надлежни здравствени радник сматра да законски заступник пацијента не поступа у најбољем интересу детета или лица лишеног пословне способности дужан је да о томе одмах обавести орган старатељства, чл. 35, ст. 2 Закона о здравственој заштити, *Службени гласник РС*, 107/05.

¹¹⁸ Тако је у једном случају британски суд одобрио медицинску интервенцију у погледу десетогодишње девојчице, болесне од леукемије, чији су родитељи одбијали

мера у складу са лекарском етиком и начелима медицинске науке, може предузети и на основу конзилијарног налаза.

С тим у вези, поставља се питање да ли је пуноважан споразум родитеља којим се један од њих обавезује на нечињење (уздржаност) у праву да децу подиже у складу са својим верским убеђењем? Ако је по својој слободној вољи могуће прихватити другу веру, не постоје правне препреке за споразум по коме се један или оба родитеља обавезују да неће вршити верски утицај на децу. Родитељи се, у овом случају, не одричу своје вере нити религијских уверења, већ једног овлашћења да своје учење преносе на заједничку децу.¹¹⁹ У пракси нису ретки договори о уздржавању родитеља од било каквог религијског утицаја на дете, све док оно не достигне одговарајућу психичку зрелост да самостално одлучи о верском опредељењу.¹²⁰ Изгледа да код таквог споразума, али и у случају када један родитељ добровољно препушта верско васпитање заједничке деце другом родитељу, уговорници заснивају квазинатуралну облигацију коју правни поредак трпи али је могуће само добровољно извршити.¹²¹ Санкција за неизвршење је посредна и огледа се у могућности развода.¹²²

трансфузију из религијских разлога, *Re R (a Minor Blood Transfusion)* [1993] 2 F.L.R. 757, [1993] 2 F. C. R. 544.

¹¹⁹ „Родитељи и законски стараоци имају право да својој деци обезбеде верско и морално образовање у складу са својим уверењима“, чл. 43, ст. 5 Устава РС и чл. 71, ст. 2. ПЗ.

¹²⁰ Ови, као и неформални споразуми родитеља да једно дете крсте у једној, нпр. православној цркви, а друго дете у складу са верским правилима друге, нпр. католичке цркве се појављују у пракси, код тзв. „мешовитих“ бракова. Став СПЦ је да се деца из мешовитог брака морају крстити у православној вери ако је један од родитеља православне вере. „Противан уговор родитеља о крштењу деце нема никакве важности за Православну Цркву“, Д. Перић, 298.

¹²¹ Тако је у једном случају, амерички суд (*Pennsylvania Superior Court*) одбио извршење одредбе предбрачног уговора о начину верског васпитања заједничке деце (*refused to enforce a verbal provision of a prenuptial agreement stipulating the religious upbringing of children from the marriage*), *Zummo v. Zummo*, 574 A.2d 1130 (Pa. Super. Ct. 1990). Међутим, суд у Њу Јорку је случају *Ramon v. Ramon* прихватио уговор који је намегао обавезу одгајања деце у католичкој вери, *Ramon v. Ramon*, 34 NYS 100 (Fam. Ct. 1942); На сличан начин је поступљено и код неких споразума о престанку брака (*separation or divorce agreements*), *Stevenot v. Stevenot*, 520 N.Y.S.2d 197, (App. Div. 1987) и *Mester v. Mester*, 296 N.Y.S.2d 193 (Sup. Ct. 1969). Опширнију расправу о бројним случајевима у којим су судови у САД сматрали клаузуле о верском васпитању деце допуштеним или супротно ништавим, те критеријумима којим су се при том руководили, вид. Martin Weiss, Robert Abramoff, „The Enforceability of Religious Upbringing Agreements“, *John Marshall Law Review* 25/1992, 655; Jocelyn Strauber, „A Deal is a Deal: Antenuptial Agreements Regarding the Religious Upbringing Agreements Should be Enforceable“, *Duke Law Journal* 47/1998, 971.

¹²² Суд мора задржати „неутралност“ у односу на овај споразум и у случају развода. Код доношења одлуке о поверавању детета, не сме дати предност једном

3. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Подела имовине стечене у браку на једнаке делове има и симболичан значај, јер је у складу са библијским учењем „и биће двоје једно тело“.¹²³ Ипак, могућност избора у погледу уређења имовинских односа супружника доноси нови квалитет у наше породично право. Приликом нормирања законодавац пред собом има слику просечне породице, што у неким ситуацијама води деоби брачне тековине која се не може баш назвати правичном. Брачни уговор допушта да се правила о расподели заједничке имовине скроје по мери конкретних супружника. У брак се често путује са одушевљењем, а стиже у разочарење, па је боље имовинске односе уредити док постоји хармонија, него у условима поремећености брачних односа. Наша јавност је недовољно информисана о могућности закључења брачног уговора. Такво уговарање се и даље сматра авангардом – забавом за богате и славне, што, на неки начин, спутава овај институт да добије ширу примену и у потпуности заживи у српском праву.

Слобода уговарања је и у овом случају ограничена. Правни поредак одриче дејство уговору који није човечан (људски).¹²⁴ Један правни посао не може бити ваљан ако није поштен и закључен у доброј вери.¹²⁵ Судија врши контролу усклађености брачног уговора са јавним поретком и моралом.¹²⁶ Он, дакле, штити јавни поредак по службеној дужности,¹²⁷ и даје оцену, да ли је садржина одређеног брачног уговора у складу са моралним схватањима средине или пак изазива колективну моралну осуду.¹²⁸

верском убеђењу наспрам другог, већ искључиво мора водити рачуна о најбољем интересу детета.

¹²³ „...И биће двоје једно тело. Тако да нису више двоје него једно тело; а што је бог саставио човек да не раставља“. (Мт., XIX, 9).

¹²⁴ Према Лукићу морал се садржински најбоље може одредити појмом човештво (или чојство), на основу чега би се могла пронаћи одговарајућа српска реч за морал (рецимо човечност, чојственост, чојственица, чојковање, чојствовање или људскост, људскоћа и слично), Р. Лукић, 111.

¹²⁵ Према Општем имовинском законнику за Црну Гору: „ништав је уговор који би се углавио о нечем што ... је забрањено законом, или је противно поштењу и благонарављу“, чл. 513 ОИЗ.

¹²⁶ „Предмет уговора може бити све што није законом забрањено и што није противно јавном поретку и моралу“, чл. 22 Скице за Законик о облигацијама и уговорима. Константиновић користи синтагму „јавни поредак и морал“ и када говори: о ништавости уговора због предмета (чл. 25, ст. 1 Скице), о дозвољености основа уговорне обавезе (чл. 31, ст. 1 Скице) и недозвољеној победи за закључење уговора (чл. 32, ст. 2 Скице за Законик о облигацијама и уговорима).

¹²⁷ Јавни поредак је синтеза друштвених интереса која омогућава смислено разумевање мноштва законских норми, Д. Стојановић, 396.

¹²⁸ „Правни поредак не може штитити посао, који се противи моралном схватању друштва“, Иван Букљаш, „Уговори противни праву и моралу“, *Наша за конитост* 1 2/1957, 108.

Уговорно везивање имовинских последица за личне односе супружника, по правилу, вређа јавни интерес.¹²⁹ Међутим, санкција ништавости не погађа нужно сва лично-имовинска уговарања у браку. Тако, на пример, споразуми супружника којим се нека имовинска корист или губитак везује за брачну верност (*fidelity clause*),¹³⁰ за учесталост сексуалних односа (*intimacy clause*),¹³¹ или коришћење средстава за контрацепцију као начин планирања породице (*no diaper clause*),¹³² чини се улазе у поље породичне аутономије и неприкосновене брачне интимае. Ако овим уговарањем није угрожена равноправност супружника нити право на слободно родитељство, настају квази-натуралне облигације, које правни поредак трпи, али не могу бити принудно извршене. Друго је питање, да ли се такве погодбе, које се у праву САД честе у брачним уговорима, могу и у нашем позитивном праву појавити као споредни елементи (*accidentalia negotii*) у неком брачном уговору? Према чл. 188, ст. 2 ПЗ брачни уговор је она сагласност двају воља која „искључује законски режим заједничке имовине“. Ипак, ову норму би требало системски тумачити, пре свега у вези са чл. 188, ст. 1 ПЗ,¹³³ по коме „супружници своје имовинске односе могу *уредити* брачним уговором“. Другим речима, брачни уговор, у српском праву, треба разумети као договор о имовини којим супружници прецизирају однос заједничке и посебних имовина, али могу једновремено уредити и нека друга

¹²⁹ Тако и Породични закон Руске Федерације, изричито предвиђа ништавост одредби брачног уговора којим се ограничава правна и пословна способност супружника, њихова могућност обраћања суду за заштиту права, регулишу лични неимовински односи супружника (*личные неимущественные отношения между супругами*), њихова права и обавезе у погледу деце; одредбе којим се ограничава право радно неспособног супруга да добије издржавање и друге одредбе које доводе једног супружника у крајње неповољан положај (*в крайне неблагоприятное положение*) или су противне основним принципима породичног права. Вид. чл. 44, ст. 2 у вези са чл. 42, ст. 3 ПЗРФ.

¹³⁰ Верује се да је Кетрин Зита Џонс (*Catherine Zeta Jones*) унела такву одредбу у брачни уговор са Мајкл Дагласом (*Michael Douglas*), вид. „With This Ring (and This Contract), I Thee Wed“, *New York*, <http://nymag.com/relationships/features/16470/index2.html>, 24. мај 2012.

¹³¹ Вид. S. Hogan, „Conditional Love“, *Times Publications*, <http://www.timespublications.com/mar08/feature1.asp>, 24. мај 2012.

¹³² Вид.: J. Chatzky, *CNNMoney.com*, March 21, 2006, http://money.cnn.com/2006/03/16/pf/prenup/moneymag_0604/index.htm, 8. јун 2010.

¹³³ При том узимајући у обзир чл. 29, ст. 2 ПЗ: „Супружници могу, под условима одређеним овим законом, своје имовинске односе *уредити* брачним уговором“, али и чл. 171 ПЗ „Имовина коју су супружници стекли радом у току трајања заједнице живота у браку представља њихову заједничку имовину. Супружници могу брачним уговором другачије *уредити* своје имовинске односе.“ При томе, фразу да се брачним уговором „искључује законски режим заједничке имовине“ треба читати тако да се овде вољом уговорника мењају *диспозитивна законска правила о имовинским фондovima* супружника.

брачно-имовинска питања, на пример, угасити обавезу враћања „вредних“ поклона у случају развода или поништења брака.¹³⁴

Ако се прихвати становиште да се дејства правног посла у српском праву могу везати за услов или рок,¹³⁵ настаје дилема да ли се одређени начин уживања неког личног добра може уговорити као будућа неизвесна околност од чијег наступања или ненаступања зависе дејства брачног уговора и да ли на овај начин лично-имовинске погодбе супружника посредно могу добити судску заштиту. Побуде које су уговорници имали, на пример, жеља супружника да сачува брак или да његова деца одрасту у бицефалној породици не морају, саме по себи, бити супротне моралу, те да је начин њиховог остварења правно недопуштен. Суд, стога, мора ценити друштвену прихватљивост таквих лично-имовинских погодби *in concreto*, одмеравајући породичне околности под којима је одређени уговор сачињен, с једне стране, и јавне интересе који заслужују заштиту, с друге стране.¹³⁶ Брачни уговор не може негирати вредности на којим почива једна правно организована заједница.¹³⁷ Уговорени услов, и у овом случају, мора бити: разумљив, могућ,¹³⁸ допуштен и

¹³⁴ „Враћају се поклони чија је вредност несразмерно велика у односу на вредност заједничке имовине супружника, а које су супружници учинили један другом у току трајања заједничког живота у браку“, чл. 190, ст. 2 ПЗ. Тако и Слободан Панов, „Предмет брачног уговора“, *Правни живот* 10/2009, 902. Сматрамо да брачним уговором (на једном месту) супружници могу стипулисати и начин управљања и располагања заједничком имовином, а по потреби и друге одредбе ради лакше и „правичније“ расподеле имовине: нпр. уговорити права прече куповине или заснивање личних службености. Тако и Бојан Пајтић, *Брачно имовински уговор*, Нови Сад 2008, 118-123. Изгледа да се, и поред норми о трајању издржавања (чл. 163 ПЗ), у брачни уговор може унети и погодба по којој један супружник, по престанку брака, има право на новчану ренту (на период дужи од пет година без обзира да ли ради и да ли постоје оправдани разлози који га спречавају да ради). На пример, један супружник препусти удео у заједничком (двочланом) привредном друштву другом супружнику, с тим да му стицалац удела у наредних десет година, сваке године исплаћује 20 % од укупне добити компаније.

¹³⁵ Према Породичном закону Руске Федерације, права и обавезе утврђене брачним уговором могу бити везане за рок или за наступање, односно ненаступање, одређеног услова, чл. 42, ст. 2. ПЗРФ.

¹³⁶ „Појам неморалних уговора је обележен већим степеном релативности него што је то нпр. случај са противзаконитим уговорима“, С. Перовић (1966), 198.

¹³⁷ На пример, за брачне уговоре у шпанском праву важи правило да су ништава уговорања супротна закону и моралу или она која нарушавају равноправност супружника. чл. 1328 ШГЗ. У холандском праву одредбе брачног уговора не могу бити супротне императивним нормама, добрим обичајима и јавном поретку, чл. 1:121 (1) ХГЗ. Поре тога, уговорници не могу искључити права која произилазе из родитељства и права која по закону припадају супружнику оставиоца. Вид. чл. 1:121 (3) ХГЗ.

¹³⁸ С тим да је уговор закључен под немогућим одложним условом је ништав, а немогућ раскидни услов сматра се непостојећим, чл. 75, ст. 2 ЗОО.

моралан.¹³⁹ Ако је одређени начин уживања неког личног добра будућа неизвесна околност од чијег наступања или ненаступања зависе дејства брачног уговора, суд ће такву модификацију правног посла ценити с обзиром на природу и сврху брака, водећи рачуна о општим ограничењима слободе уговарања и уставним начелима равноправности супружника, заштите породице, мајке и интереса детета.¹⁴⁰ Иако се брачни уговор тиче имовине, његово тумачење не може бити искључиво имовинско, зато што се уговорне стране већ налазе у личном односу. Емотивна веза претходи имовинском уговарању, па је „лична нота“ инхерентна брачном уговору. Одредбе брачног уговора треба посматрати кроз призму друштвене солидарности, при чему је доборобит породице примерен етички путоказ.

Nenad Tešić, LL.M.

Assistant Lecturer

University of Belgrade Faculty of Law

ONE WHO GIVES A PENNY TO ENTER THE MARRIAGE, PAYS A FORTUNE TO EXIT

Summary

Family Law of 2005 has reintroduced to the Serbian legal system the rule that existed in the Serbian Civil Code (1844) which enables spouses, prospective spouses and extramarital partners to agree on their actual and future property relations according to their needs.

The author points out to two possible approaches to the issue of validity of marital (nuptial) agreement. According to the first (older) conception, a marital agreement is void by its sole nature. It is against public policy and good usages since it allegedly leads to commercialization of marriage, it encourages the divorce and destroys the equity of spouses (general nullity). According to the second (lawful) standpoint, a marital agreement is not void (*per se*). Its potential nullity should be judged on case by case basis. Consequently, the contractual distribution of marital property is generally permitted by the Law, but this does not preclude the

¹³⁹ Нарочиту врсту забрањених услова представљају неморални услови, такви услови који својом садржином или природом вређају моралне обзире, о којим право води рачуна. Вид. Лазар Марковић, *Грађанско право*, Београд 1927, 257.

¹⁴⁰ Чл. 62 и чл. 66 Устава РС.

court from finding that the contract at hand is null and void (nullity *in concreto*).

The author analyses from the Serbian law perspective the specific terms of marital agreements whose validity and enforceability are often disputed in the United States case-law, e.g. fidelity clause and intimacy clause. One could claim that the nature of these promises is hybrid, since they combine spouses' personal rights and duties with proprietary consequences. In that context, author expressly identifies as null and void, by reason of public policy, provisions by which parties agree to permanently waive their reproductive rights, as well as the clauses by which parents, for their religious belief, restrict indicated medical intervention on their mutual children.

Given that marital agreement is the contract between loved ones, the court should interpret it with special caution. Private law here is intertwined with public interest. Hence, the attention of the court in evaluation of validity of marital agreements should be on the higher level than in the case of other contracts. The court must protect the basic human values, essence of marital relations and pay utmost regard to the best interests of children.

Key words: *Marital (Nuptial) Agreements. – Nullity. – Lifestyle clauses. – Religious Upbringing of Children. – Contract between Loved Ones.*

Др Атила Дудаш*

ОД НАЧЕЛА ЕВРОПСКОГ УГОВОРНОГ ПРАВА ДО НАЦРТА ОКВИРНИХ ПРАВИЛА

Аутор даје приказ различитих могућих метода хармонизације и унификације грађанског права у Европској унији, с посебним освртом на процес настанка Нацрта оквирних правила (*Draft Common Frame of Reference*), најновијег развојног пројекта којем је циљ формулисање једног заједничког нормативног текста из области облигационог права који би могао да представља основ израде будућег заједничког, европског грађанског законика. Процес настанка Нацрта оквирних правила трајао је нешто мање од једне деценије, за почет је 2001, а окончан 2008. године. Упркос квалитету нормативних решења Нацрта оквирних правила, и садржини која је шира од Начела европског уговорног права (*Principles of European Contract Law*), он још није нашао на тако широку и скоро безусловну прихваћеност у стручним круговима као Начела. Рад на Нацрту оквирних правила би требало да настави Европски правни институт основан у јуну 2011. године. Институт, као невладино, стручно удружење правника практичара и истраживача које ужива подршку политичке и академске јавности као ниједно до сада, би требало да утврди да ли су садржинске примедбе упућене на рачун текста Нацрта основане и, ако јесу, предложи јавности побољшану или унапређену, дорађену верзију Нацрта. Такође, имајући у виду општу подршку коју ужива, и до сада најширу легитимацију за предлагање нормативних *soft law* текстова која из ње произилази, Институт би требало да отклони непостојање политичке воље да се Нацрт оквирних правила (*DCFR*), у постојећој или унапређеној садржини, усвоји као коначни текст Оквирних правила (*CFR*). Упркос томе што је недавно основан, изгледа да је он тренутно једино стручно тело које би било способно да оствари оба услова неопходна да би Нацрт добио општу прихваћеност.

Кључне речи: *Оквирна правила. Нацрт оквирних правила. Common Frame of Reference. Draft Common Frame of Reference. Европски правни институт.*

* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, *a.dudas@pf.uns.ac.rs*. Рад је настао у оквиру научноистраживачког пројекта бр. 179079 под називом *Биомедицина, заштита животне средине и право* који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ О КОМУНИТАРНОМ ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ У ОБЛАСТИ УГОВОРНОГ И ОДШТЕТНОГ ПРАВА

Стварање и ефикасно функционисање унутрашњег тржишта Европске уније, слободан проток људи, роба, услуга и капитала један је од основних циљева европских интеграција, почев од оснивања Европских заједница педесетих година XX века до дан-данас.¹ Овај циљ неминовно намеће и питање уједначавања националних правних поредака, како колизионих правила, тако и материјалноправних норми, пре свега норми уговорног права. Већи део стручне јавности сматра да је за ефикасно функционисање заједничког тржишта уједначавање колизионих правила недовољно, већ је неопходно и уједначавање материјалног права.²

Према постављеном циљу, опсегу и начину уједначавања унутрашњег права држава чланица Европске уније, у суштини се може говорити о два метода конвергенције националних правних поредака; о унификацији и хармонизацији права.

Појам *унификације права* подразумева стварање јединствених правних норми које се непосредно примењују на целој територији Европске уније, односно унификација права постоји „када два или више ентитета одлуче да формирају правну заједницу“.³ У комуни-тарном праву унификована правила представљају уредбе Савета и Парламента које се непосредно примењују у свим државама чланицама без поступка ратификације. У литератури је познат и појам *униформизације права* који подразумева већи степен једнообразности правних правила. Наиме, у случају унификованих правила постоје једнообразна правила која се непосредно примењују од стране органа држава чланица, што значи да је регулатива једнообразна, али да њихова примена може донекле да буде различита, јер их примењују органи држава чланица. Униформизација права постоји када није само регулатива једнообразна, већ се постиже једнообразност и у примени права. Такав је случај, на пример, с правом конкуренције у Европској унији. Област права конкуренције је уређена уредбама, чиме је свакако постигнута унификација права, међутим, ова правила примењује непосредно Комисија (или национални органи за заштиту

¹ Атила Фењвеш, „О стању хармонизације уговорног права у ЕУ“, *Анали Правног факултета у Београду* 3 4/2003, 532.

² Jürgen Basedow, „A Common Contract Law for the Common Market“, *Common Market Law Review* 33/1996, 1172; А. Фењвеш, 535.

³ Christian Kirchner, „A „European Civil Code“: Potential, Conceptual and Methodological Implications“, *Davis Law Review* 31/1998, 685.

конкуренције, али по делегираној надлежности од стране Комисије), чиме се постиже једнообразност и у примени права.⁴

За разлику од унификације, *хармонизација права* подразумева метод зближавања националних правних поредака који оставља одређену слободу законодавним органима држава чланица, односно хармонизација постоји када „два или више независних ентитета одлуче да ускладе своја правна правила“.⁵ Хармонизација права у Унији се постиже директивама које се сматрају основним изворима комуни-тарног права. Директива поставља само циљ који треба да постигне држава чланица ЕУ, док је избор форме и средстава за постизање тог циља остављен националној легислативи.⁶ У области грађанског права, пре свега уговорног права и права заштите потрошача, почев од средине осамдесетих година донето је више директива које се односе на одговорност произвођача за штету насталу дејством производа са маном, на уговоре о купопродаји који се закључује ван пословних просторија продавца, на уговоре о купопродаји на даљину (између правно одсутних лица), уговоре о пружању услуга који се закључују ван пословних просторија пружаоца услуге, на уговоре о временски подељеном коришћењу непокретности (*time-sharing*), итд. Директиве⁷ из ове области се у стручној литератури помињу једноставно као *consumer-acquis*,⁸ како би се кратко и језгровито означио онај део

⁴ Giannantonio Benacchio, *Diritto privato della Comunità Europea. Fonti, modelli, regole*, Padova Cedam 2001², у преводу на мађарски језик *Az európai közös ség magánjoga*, Osiris kiadó, Budapest 2003 (прев. А. Földi, N. Csizmadia), 30-33.

⁵ С. Kirchner, 685.

⁶ Чл. 249. ст. 3. (некадашњи чл. 189.) Уговора о Европској заједници из 1957. године, <http://eur.lex.europa.eu/en/treaties/index.htm>, 1. јун 2012.

⁷ Најзначајније директиве из ове области, по хронолошком реду њиховог усвајања су: Директива Савета о усаглашавању закона и других прописа држава чланица о одговорности за штету насталу услед недостатака у производима (бр. 85/371/ЕЕЗ и 99/34/ЕЗ), Директива Савета о заштити потрошача у уговорима који се закључују ван пословних просторија (бр. 85/577/ЕЕЗ), Директива Савета о усаглашавању закона држава чланица о samozапосленим трговачким заступницима (бр. 86/653/ЕЕЗ), Директива о усаглашавању закона и других прописа држава чланица о потрошачким кредитима (бр. 87/102/ЕЕЗ и бр. 90/88/ЕЕЗ), Директива Савета о туристичким уговорима (бр. 90/314/ЕЕЗ), Директива Савета о елементима уговора закључених са потрошачима којима се врећа начело савесности и поштења (93/13/ЕЕЗ), Директива Савета о заштити купаца у погледу одређених елемената уговора о купопродаји непокретности с правом коришћења у одређеним временским периодима (бр. 94/47/ЕЗ), Директива Парламента и Савета о заштити потрошача у уговорима који се закључују на даљину (бр. 97/7/ЕЗ), Директива Парламента и Савета о одређеним аспектима продаје робе по трошачима, одговорности за физичке недостатке робе и гаранцији за њено исправно функционисање (бр. 99/44/ЕЗ), Директива Савета о сузбијању кашњења у плаћањима у трговинским уговорима (бр. 2000/35/ЕЗ), итд.

⁸ Horst Eidenmüller *et al.*, „The Common Frame of Reference for European Private Law Policy Choices and Codification Problems“, *Oxford Journal of Legal Studies* 4/2008, 694.

заједничке правне тековине Европске уније (*acquis communautaire*)⁹, који се односи на правну заштиту потрошача.

Будући да је временом повећан број комунитарних извора права из ове области, с једне, и да је уочена њихова релативна неусклађеност, с друге стране, поставило се питање њихове инкорпорације у јединствени текст који би се у истој форми и значењу примењивао на целој територији Европске уније, нека врста савременог *ius commune europaeum*.¹⁰

2. РАЗВОЈНИ ПРОЈЕКТИ ЗА УЈЕДНАЧАВАЊЕ ГРАЂАНСКОГ ПРАВА У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

Постоје два начина на који се може постићи унификација или хармонизација уговорног права или, евентуално, целокупног грађанског права у Европској унији. Суштина првог могућег приступа решењу овог задатка састоји се у томе да стручна и академска јавност сама треба да формулише одговарајућа правна правила, формално необавезујућа, која би временом стекла ауторитет и добила примену у пракси као нека врста савременог *lex mercatoria*. За разлику од првог, према другом приступу једнообразна правила не би требало да ствара стручна и академска јавност, већ би требало да их усвајају носиоци власти, легислативни органи Европске уније. За означавање првог метода унификације уобичајено се користи израз „одоздо“ (*bottom-up*), док се за други метод употребљава израз „одозго“ (*up-to-the-bottom*). Поред тога, срећу се и изрази „инвазивни“ или „централистички“, односно „неинвазивни“ или „нецентралистички“ концепт уједначавања права.¹¹ У последње време се употребљавају и нови изрази *imperio rationis* и *ratione imperii*¹² који у правој мери одражавају суштинску разлику између ова два концепта. Наиме, развојни пројекти стручних и академских група у уједначавању грађанског права у Европској унији свој ауторитет стичу не снагом

⁹ Не постоји јединствен став у теорији шта све тачно спада у заједничку комунитарну тековину, али свакако примарно (оснивачки уговори ЕЗ/ЕУ) и секундарно (уредбе, директиве, одлуке и остали општи правни акти органа заједнице) комунитарно право, одлуке Европског суда правде и правна правила настала у оквиру развојних пројеката. Paul Craig, Gráinne de Búrca, *EU Law Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford 2003³, 23.

¹⁰ Mel Kenny, „Case Law: Constructing a European Civil Code: Quis Custodiet Ipsos Custodes?“, *Columbia Journal of European Law* 12/2006, 777; Владимир Вулетић, „*Ius commune europaeum* нови термин за старо решење“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2011, 164.

¹¹ Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад 2008⁹, 76.

¹² H. Eidenmüller et al, 660.

закона, већ разложношћу нормативних решења садржаних у њима (*imperio rationis*), док хармонизовани или уједначени прописи донети од стране овлашћених легислативних органа Заједнице своју обавезност намећу снагом свог ауторитета, с позиције власти доносиоца (*rationae imperii*). Први израз у потпуности изражава садржински карактер, суштинску вредност предложених унификованих правила, док други указује на формалноправну обавезност општих аката усвојених од стране комунитарних органа, не улазећи у разложност самих норми.

Уочавајући хетерогеност правила којима се уређује грађанско право у Европској унији, с циљем да се у некој мери превазиђу разлике у националним правним порецима ради ефикасног функционисања унутрашњег тржишта, Парламент је 1989. године усвојио *Резолуцију о раду на уједначавању приватног права држава чланица*.¹³ На основу ове резолуције предвиђено је формирање једне комисије која би обавила припремне радове за доношење европског грађанског законика. С временом је постало јасно да је постављени циљ преамбициозан, те је 1994. године Парламент донео нову резолуцију, *Резолуцију о хармонизацији одређених сектора приватног права држава чланица*.¹⁴ Ове резолуције јасно сведоче о тадашњем секторском приступу хармонизацији грађанског права у Унији.¹⁵ Од доношења наведених резолуција Европског парламента постоји спремност на нивоу комунитарних органа за уједначавање грађанског права у Европској унији, додуше активности су се на овом плану временом мењале како у погледу постављених циљева, тако и у погледу динамике којом треба да буду остварени. Најзначајнији међу развојним пројектима намењеним стварању униформних правила из области грађанског имовинског права су свакако Начела европског уговорног права.

2.1. Начела европског уговорног права

Начела европског уговорног права (*Principles of European Contract Law*) представљају пројекат групе научника и правника практичара, окупљених у Комисију за европско уговорно право ради израде скупа материјалноправних норми у области уговорног права које би могле представљати доктринарни основ за доношење

¹³ *Resolution of the European Parliament on Action to Bring into Line the Private Law of the Member States*. Резолуција је донета 26. маја 1989. године и објављена је у ОЈ ЕС бр. С158.

¹⁴ *Resolution on the Harmonization of Certain Sectors of the Private Law of the Member States*. Резолуција је донета 6. маја 1994. године и објављена у ОЈ ЕС С205/457.

¹⁵ В. Вулетић, 166.

једног законика о уговорима у Европској унији. Начела свакако представљају добру основу која сада имају карактер тзв. меког права (*soft law*). Под покровитељством Олеа Ландоа (*Ole Lando*) из Копенхагена први неформални сусрети ради израде Начела започети су још седамдесетих година XX века, да би током осамдесетих година Комисија за европско уговорно право и формално могла почети са радом, уз основну финансијску подршку Комисије Европске уније. Посебан подстрек у изради Начела представљале су две споменуте резолуције Европског Парламента из 1989. и 1994. године. Као резултат овог значајног научног подухвата, 1995. године објављена је прва књига Начела европског уговорног права која садржи правила о испуњењу и неиспуњењу уговора, као и о санкцијама за повреду уговора. Друга књига је објављена 1999. године и садржи правила о питањима као што су настанак уговора, заступање, важење, тумачење, садржај и дејство уговора. Трећа књига се појавила 2003. године и садржи правила о множини субјеката у уговорном односу (уговори са више лица на истој страначкој позицији), преносу потраживања, преузимању дуга, уступању уговора, поравнању, застарелости потраживања, забрањеним уговорима, појму услова, каматама и сл.¹⁶

Начела европског уговорног права су била од нарочитог значаја за настанак Нацрта оквирних правила, те су она у овом раду издвојена од осталих развојних пројеката. Начела су доступна и у преводу на српски језик.¹⁷

2.2. Други развојни пројекти

Питањем уједначавања грађанског права или појединих његових сектора није се бавила само Комисија за европско уговорно право. Постоји још неколико развојних пројеката који се разликују како по постављеним циљевима, тако и по примењеним методама.

а) *Пројекат Европског законика о уговорима.*– Године 1990. године формирана је радна група у Павији, у окриљу Академије европских цивилиста са Ђузепем Гандолфијем (*Giuseppe Gandolfi*) на челу, с циљем израде преднацрта једног европског грађанског законика који би обухватао област уговорног права. Радна група је 1995. године објавила први део преднацрта, а 1996. године и други део. Као основа за израду преднацрта послужили су IV књига

¹⁶ *Principles of European Contract Law* (eds O. Lando, H. Beale), Kluwer Law International, the Hague, I II, 2000; III, 2003.

¹⁷ Начела је на српски језик превела Маја Станивуковић и објавила у зборнику *Начела европског уговорног права и југословенско право* (ур. Радован Вукадиновић), Крагујевац 2001.

Италијанског грађанског законика и нацрт *Contract Code*-а Енглеске правне комисије.¹⁸

б) *Пројекат заједничког језгра европског приватног права – Тренто пројекат.* – Под руководством Уга Матеја (*Ugo Mattei*) и Маура Бусанија (*Mauro Bussani*) на Правном факултету Универзитета у Тренту формирана је радна група којој је циљ био да утврди постојеће заједничке основе (језгро) европског уговорног права,¹⁹ примењујући метод рада познат као *common-core approach*, развијен од стране Рудолфа Шлезингера (*Rudolf Schlesinger*), шездесетих година XX века у САД,²⁰ који се састоји од доктринарног објашњења и упоредно-правне анализе правних института по појединим правним порецима, с циљем утврђивања постојања сличних нормативних решења, али без предлагања неког општег нормативног текста. Резултати рада Тренто-групе се огледају у бројним монографијама или тематским зборницима²¹ посвећеним одређеним питањима грађанског права. Према томе, рад Тренто-групе је више доктринарне природе и није јој циљ предлагање неког нормативног текста, скупа модел-правила, који би могао послужити као основа за доношење једног европског грађанског законика или законика о уговорима.

в) *Пројекат европског грађанског законика.*– Задатак израде нацрта једног европског грађанског законика поверен је посебној радној групи, Студијској групи за европски грађански законик (*Study Group on European Civil Code*) којом руководи Кристијан фон Бар (*Christian von Bar*). Студијска група свој рад обавља у оквиру посебних тимова, формираних за поједине области грађанског права, односно по одређеним секторима имовинског права.²² Овај пројекат је у непосредној вези са израдом Нацрта оквирних правила, што је централна тема овог рада.

¹⁸ Детаљније о овом пројекту вид. Душан Николић, *Хармонизација и унификација грађанског права, елементи за стратегију развоја правне регулативе*, Правни факултет Центар за издавачку делатност, Нови Сад 2004, 115 116.

¹⁹ *Ibid.*, 118.

²⁰ Резултати рада Шлезингера су објављени у монументалном делу *Formation of Contract* на чијем стварању је учествовао велики број истакнутих аутора из области компаратистике. *Formation of Contracts – A Study of the Common Core of Legal Systems*, (ed R. Schlesinger), Oceana Publications, Inc. Stevens & Sons, New York London 1968.

²¹ Вид. на пример Reinhard Zimmermann, Simon Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2000; James Gordley, *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2001, итд. О осталим публикацијама објављеним у оквиру пројекта *The Common Core of European Private Law* вид. на интернет адреси <http://www.commoncore.org/books.html>, 1 јун 2012.

²² Д. Николић (2004), 117 118.

3. ПРАВНОПОЛИТИЧКА ПОЗАДИНА РАДА НА УЈЕДНАЧАВАЊУ ЕВРОПСКОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА У ПЕРИОДУ ПОСЛЕ ОБЈАВЉИВАЊА НАЧЕЛА ЕВРОПСКОГ УГОВОРНОГ ПРАВА

Након објављивања прве и друге књиге Начела европског уговорног права у другој половини деведесетих година XX века, стручна јавност је пред собом имала један нормативни текст који је у сваком случају представљао добру основу даљем раду на уједначавању уговорног права у Заједници, али се с разлогом постављало питање у ком правцу треба да се одвија процес хармонизације грађанског права.

И сама Комисија Европске уније је покушала да дâ оцену дотадашњег рада на уједначавању грађанског права у Европској унији и да одреди правац којим би ствари даље требало да се развијају. Тако је Комисија 2001. године упутила *Саопштење* Савету и Европском парламенту у којем се детаљно анализирају правнополитички разлози хармонизације грађанског права, у целини или само појединих његових грана, и предлажу се одређени правци којима би радови на хармонизацији даље могли да теку.²³

Циљ Саопштења је био да се подстакне стручна расправа о могућем правцу даље консолидације релевантних директива Европске уније. У Саопштењу је Комисија предложила четири алтернативе:²⁴

1. Не чинити ништа на плану хармонизације, тј. не мењати постојеће стање разноликости регулативе уговорног права у државама чланицама.
2. Даље развијање необавезних *soft law* правила, на основу Начела европског уговорног права или *UNIDROIT* Начела међународних трговачких уговора.²⁵

²³ Саопштење Комисије Савету и Европском парламенту о европском уговорном праву (*Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law*) бр. COM (2001) 398 final од 11. јула 2001. године, објављено у О.Ј. 2001. (С 255) 1, 23. септембра 2001. године.

²⁴ *Ibid.*, 11 17.

²⁵ *UNIDROIT* Начела међународних трговачких уговора (*UNIDROIT Principles of international commercial contracts*) су плод вишегодишњег рада истакнутих научника окупљених у оквиру Међународног института за унификацију приватног права (*UNIDROIT*) са седиштем у Риму. *UNIDROIT* Начела представљају врло утицајну збирку правила уговорног права која се као *lex mercatoria* све учесталије примењује у пракси закључења уговора са међународним елементом. Прва верзија *UNIDROIT* Начела је објављена 1994. године. Међутим, већ неколико година касније почели су радови на њиховој ревизији, те је 2004. године уследило објављивање нових *UNIDROIT* Начела (који се, додуше, осим донекле различите нумерације чланова, суштински много не разликују од верзије из 1994. године у нормативном делу текста измене су незнатне, измене су се више тицале текстова коментара и примера

3. Оцена, усавршавање и консолидација постојећих комуни-тарних извора права.
4. Усвајања нових комуни-тарних извора права којима би се извршила интеграција права у овој области и заменила постојећа хетерогена регулатива.

У стручној јавности је Саопштење Комисије доживело критику због тога што је антиципирало сопствене резултате: прва алтернатива се у потпуности може одбацити, док трећа алтернатива заправо и није алтернатива, јер је свако право подложно непрестаном процесу оцељивања, усавршавања и усклађивања.²⁶

Следећи корак Комисије је представљало усвајање новог саопштења 2003. године којим се Европском парламенту и Савету предлаже *Акциони план*²⁷ у којем су, осим прве, подржане све алтернативе из Саопштења из 2001. године, с тим да је Акционим планом покушано да се детаљније разради свака алтернатива, односно да се предвиђене алтернативе попуне садржином. Ипак највећу подршку у стручној јавности су добиле друга и трећа алтернатива.²⁸ Стога Акциони план предвиђа усвајање једног зборника правила уговорног права (*Common Frame of Reference – CFR*), налик на Начела европског уговорног права, која би могла да побољшају примену *acquis*-а и допринесу јединственом тумачењу уговорног права. *CFR* би, поред тога, могао да представља и прилику да се прецизирају фундаментални појмови уговорног права у јединственом тексту.²⁹

После Акционог плана идеја о кодификацији грађанског права у Европској унији, или појединих његових грана, добија другачију конотацију и динамику. Изгледа да се променило расположење у академским круговима према овом питању. Наиме, док је деведесетих година подршка кодификацији грађанског права, или појединих његових грана, у Европској унији готово била еуфорична и безизузетна,³⁰ након

уз поједине чланове). Консолидовани текст *UNIDROIT* Начела из 2004. године, са коментарима и примерима, доступан је на интернет адреси организације: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.html>, 1. јун 2012.

²⁶ М. Kenny, 787 788.

²⁷ Саопштење Комисије Европском парламенту и Савету о кохерентнијем европском уговорном праву *Акциони план (Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on a More Coherent European Contract Law – An Action Plan)*, бр. COM (2003) 68 final од 15. марта 2003. године, објављено у О.Ј. 2003. (С 63) 1. Детаљније о реакцијама стручне јавности на Акциони план вид. Dirk Staudenmayer, „The Commission Action Plan on European Contract Law“, *European Review of Private Law* 2/2003, 113 127.

²⁸ А. Фењвеш, 538

²⁹ Акциони план, 32 36.

³⁰ Један од малобројних аутора који су деведесетих година XX века били из ричито против кодификације грађанског права у Европској унији био је Пјер Ле гран (*Pierre Legrand*). Он је тврдио да би једна таква кодификација била подухват

Акционог плана је приступ стручне и академске јавности овом питању умеренији, чак би се у неком смислу могло рећи да је и рационалнији. Више нема идеје да се изврши кодификација по сваку цену. Тако, на пример, Јирген Базедов (*Jürgen Basedow*) 2004. године износи став да кодификацију треба извршити корак по корак, сектор по сектор. Наиме, прво треба развити *CFR*, секторска оквирна правила уговорног права која би била необавезујућа, али би их државе чланице могле усвојити и на тај начин учинити обавезујућим на својој територији (принцип *opt-in*). У следећој фази би ова правила добила обавезујућу снагу у свим државама чланицама, с тим да би имале право да искључе њихову примену на својој територији (принцип *opt-out*). Најзад, кроз дужи период, од око 20–30 година, *CFR* би постепено добио хоризонталну примену у свим државама чланицама.³¹

Саопштење Комисије из 2004. године³² прихвата сличну по-степеност и секторски приступ уједначавања грађанског права у Европској унији. Предвиђа трогодишњи период од почетка 2005. до краја 2007. године у којем би се обавила неопходна истраживања, да би се у наредном периоду од 2008. до 2009. године израдила Оквирна правила (*CFR*), што би коначно довело до њиховог усвајања 2009. године,³³ при чему Комисија препоручује да за нормативни основ

пун недостатака, назадан, непрактичан, чак би представљала акт пун ароганције, јер је у Европи спонтано настало стање плуралитета правних поредака (*European plurijuralty*) које представља културолошку вредност, те оно мора бити сачувано по сваку цену. Вид. Pierre Legrand, „Against a European Civil Code“, *The Modern Law Review*, 60/1997, 44–63. Легранове ставове је научна јавност оштро критиковала. Вид. Mark von Hoecke, „The Harmonisation of Private Law in Europe: Some Misunderstandings“, *The Harmonisation of European Private Law*, Hart Publishing, Oxford Portland Oregon 2000, 1–20; Burkhard Schäffer, Zenon Bankowski, „Mistaken Identities: The Integrative Force of Private Law“, *The Harmonisation of European Private Law*, Hart Publishing, Oxford Portland Oregon 2000, 21–45; Geoffrey Samuel, „English Private Law in the Context of the Codes“, *The Harmonisation of European Private Law*, Hart Publishing, Oxford Portland Oregon 2000, 47–61, итд.

³¹ Jürgen Basedow, „Ein optimales Europäisches Vertragsgesetz opt in, opt out, wozu überhaupt?“, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1/2004, 1–4. Базедов се 1996. године залагао за доношење Европског грађанског законика, у форми уредбе на основу члана 95 (100А према претходној нумерацији) Уговора о оснивању ЕЗ, одредбе која овлашћује легислативне органе Заједнице да уређују било које питање које је неопходно ради ефикасног функционисања унутрашњег тржишта, као једини начин да се оствари унификација уговорног права у Европској унији. J. Basedow (1996), 1190. Сада сматра пожељнијим секторско и постепено уједначавање права путем *CFR* а, тј. уједначавање грађанског права у Европској унији путем необавезујућих оквирних правила.

³² В. Саопштење Комисије Европском парламенту и Савету Европско уговорно право и ревизија *acquis a*: правац развоја (*Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on a More Coherent European Contract Law European Contract Law and the Revision of the Acquis: the Way Forward*), бр. (2004) 651 final од 11. октобра 2004. године, објављено у О.Ј. 2003 (С 63).

³³ Саопштење (2004), 13.

њихове израде буду узете три књиге Начела европског уговорног права.³⁴

4. НАЦРТ ОКВИРНИХ ПРАВИЛА (*DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE*)

Почетком 2008. године Студијска група за европски грађански законик (*Study Group on European Civil Code*) и Истраживачка група за постојеће приватно право Европских заједница (*Research Group on Existing EC Private Law – Acquis Group*) објавиле су Нацрт оквирних правила.³⁵ Редактори сами истичу да је *DCFR* само један од могућих предлога текста за *CFR*³⁶ и да је у питању „академски, а не политички ауторизован текст“.³⁷ Да Нацрт оквирних правила представља првенствено производ правне науке, а не политички мотивисан текст, говори и не мали број чланака о значају пројекта *CFR*, о методологији рада на Нацрту из времена пре његовог званичног објављивања почетком 2008. године.³⁸

³⁴ Саопштење (2004), 14 16.

³⁵ Christian von Bar, Eric Clive, Hans Schulte Nölke, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition*, Sellier European Law Publishers, München 2008. Годину дана после објављивања скраћене верзије Нацрта оквирних правила, објављена је потпуна верзија у шест томова, на скоро 7000 страна. Christian von Bar, Eric Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Sellier European Law Publishers, München 2009.

Није лако превести са енглеског на српски језик синтагму *common frame of reference*, односно *draft common frame of reference*. Преводи Душана Николића „оквирна правила“, односно „нацрт оквирних правила“ најближи су значењу израза на енглеском, зато ће они бити у употреби и у овом раду. Душан Николић, *Европско приватно право у контексту глобализације*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1 2/2008, 424.

³⁶ C. Bar, E. Clive, H. Nölke (2008), 6.

³⁷ C. Bar, E. Clive, H. Nölke (2008) 5. „an academic, not a politically authorised text“, превод Душан Николић, Д. Николић (2008), 424.

³⁸ Вид. Hugh Beale, „The Future of the Common Frame of Reference“, *European Review of Contract Law* 3/2007, 245 256; Ole Lando, „The Structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference (CFR)“, *European Review of Contract Law* 3/2007, 257 276; Ewa Letowska, Aneta Wiewiórowska Domagalska, „The Common Frame of Reference – The Perspective of a new Member State“, *European Review of Contract Law* 3/2007, 315 331; Marieke Oderkerk, The CFR and the Method(s) of Comparative Legal Research, *European Review of Contract Law*, 3/2007, стр. 332 349; Hans Schulte Nölke, „EC Law on the Formation of Contract – from the Common Frame of Reference to the ‘Blue Button’“, *European Review of Contract Law*, 3/2007, 332 349; Christian von Bar, „Coverage and Structure of the Academic Common Frame of Reference“, *European Review of Contract Law* 3/2007, 350 361.

4.1. Кратак приказ садржине Нацрта оквирних правила

Нацрт оквирних правила се састоји од десет књига и анекса. Прва књига садржи заједничка правила која се односе на област коју DCFR уређује (предвиђени домен примене Нацрта, дефиниције и значења употребљених израза, основна правила о рачунању времена у грађанском праву, итд.). Друга књига обухвата област тзв. општег дела уговорног права и других правних послова. Она се састоји од девет поглавља у којима се уређују питања о настанку уговора (закључење уговора, преговори, дужност чувања поверљивих података, дужност сарадње страна пре и после закључења уговора, форма уговора), опозиву уговора, заступању, неважности уговора, тумачењу, садржини и правном дејству уговора, итд. Трећа књига садржи правила о дејству и престанку облигационих односа и подељена је у седам поглавља. Она уређује питања о испуњењу обавеза, неиспуњењу и санкцијама за случај неиспуњења, множини поверилаца или дужника у облигацији (подељена одговорност, активна и пасивна солидарна одговорност), пренос права и обавеза (пренос права и уступање уговора, преузимање дуга и приступање дугу), престанку облигационих односа услед пребијања или сједињења, као и правила о застарелости потраживања.

Предмет четврте књиге су поједини именовани уговори. Ова књига се састоји од осам поглавља која су посвећена одређеној врсти или групи уговора: уговору о купопродаји, уговору о закупу, уговорима о пружању услуга (уговор о делу са својим подврстама – уговори са *facere* престацијом), уговору о налогу, уговорима о трговинском заступању, франшизингу и дистрибутерству, уговору о зајму, уговорима којима се стварају лична средства обезбеђења потраживања, као и уговору о поклону.

Пета књига уређује област пословодства без налога (незваног вршења туђих послова), док је предмет шесте књиге област деликтног права, одговорности за штету. У седмој књизи је уређен институт стицања без основа (правно неоснованог обогаћења). Осма и девета књига су посвећене различитим начинима стицања и губитка својине, односно појединим реалним средствима обезбеђења потраживања која имају за предмет покретне ствари. У десетој књизи се предлажу правила о различитим облицима трастова (*trust*), институту који је релативно стран европско-континенталној правној мисли. Анекс садржи дефиницију појмова употребљених у DCFR-у, што олакшава тумачење његове нормативне садржине.

Нацрт оквирних правила обухвата, према томе, знатно шири круг питања од планираног опсега *CFR*-а, како је то било предвиђено у Саопштењу Комисије из 2004. године.³⁹ По свом обухвату *DCFR*

³⁹ C. Bar, E. Clive, H. Nölke (2008), 33.

је много ближи опсегу *CFR*-а како је он био замишљен према Резолуцији Европског парламента из 2001. године.⁴⁰

4.2. Извори који су послужили као основ за израду Нацрта оквирних правила

Редактори Нацрта оквирних правила су за основни нормативни узор узели *Начела европског уговорног права (PECL)*, како је то било и предвиђено Саопштењем Комисије из 2004. године. Утицај Начела европског уговорног права на Нацрт оквирних правила је фундаменталан, шта више, Нацрт се може сматрати дорадом и допуном Начела. Према томе, Начела су основни извор који су редактори користили у свом раду, о чему најупечатљивије говори чињеница да на почетку Нацрта постоји табеларни приказ којем конкретном модел-правилу из Начела одговара одређено правило из Нацрта.⁴¹

Нацрт је, међутим, по домену регулативе шири од Начела. Тако, с једне стране, док су у Начелима обрађена питања из области општег дела уговорног права, дотле је у Нацрту уређено и деликтно право (вануговорна одговорност за штету), пословодство без налога и стицање без основа, као и нека питања која спадају у домен стварног права. У Нацрту су нека појмовна разграничења прецизније извршена него у Начелима. Тако, у Нацрту је постављена јасна разлика између појма „уговора“ и „облигационог односа“ који на основу њега настаје. Ово је, иначе, било неминовно, будући да текст Нацрта обухвата и остале чињеничне изворе облигација, док се Начела тичу само једног извора облигација, уговора. Даље, постављена је дистинкција између уговора, као једне врсте правних послова, и других правних послова. Иначе, ова појмовна разграничења постоје и у Начелима, произилазе из њиховог смисла, али нису јасно утврђена.⁴²

Поред Начела европског уговорног права, редактори Нацрта признају да су у текст унели и нека решења из *Начела европског права*.⁴³ Начела европског права су настала у оквиру делатности Студијске групе за европски грађански законик која је започела са радом 1998. године. Студијска група се сматра неком врстом следбеника Комисије за европско уговорно право, јер у време када је она формирана, Комисија за европско уговорно право већ је објавила I и II том Начела европског уговорног права и увелико радила на III тому који је објављен свега неколико година касније. Како је свој

⁴⁰ Резолуција Европског парламента од 15. новембра 2001. године објављена у ОЈ С 140Е од 13. јуна 2002. године, 538.

⁴¹ С. Var, E. Clive, H. Nölke (2008), 51-70.

⁴² *Ibid.*, 24.

⁴³ *Ibid.*, 26.

задатак полако приводила крају, Комисија је временом уступала место Студијској групи, у чији рад су се укључили еминентни чланови Комисије.⁴⁴ Студијска група је рад обављала у секцијама, свака секција је била задужена за одређену област грађанског права. Резултати рада Студијске групе су објављени током 2006. и 2007. године. До сада је објављено укупно пет томова који се односе на уговоре о купопродаји, уговоре о пружању услуга (уговор о делу и разне његове подврсте), уговоре о трговачком заступању, франшизингу и дистрибутерству, уговоре којима се стварају лична средства обезбеђења, као и на област незваног вршења туђих послова.⁴⁵

Трећим извором Нацрта оквирних правила могу се сматрати *Acquis-начела*, која представљају резултате рада Истраживачке групе за постојеће приватно право Европске заједнице (*Research Group on Existing EC Private Law – Acquis Group*). Истраживачка група је основана 2002. године и тренутно окупља преко 40 стручњака из скоро свих земаља чланица Европске уније. Њен основни задатак је био да изврши анализу постојећег *consumer acquis*-а, тј. скупа комунитарних извора права, који се односе на правну заштиту потрошача ради утврђивања заједничког језгра ове гране права.⁴⁶ Истраживачка група је прелиминарне резултате свог дотадашњег рада објавила на својој интернет страници под насловом Нацрт *Acquis-начела*, који је 2007. године издат и у штампаном облику под насловом Уговор I,⁴⁷ и садржи модел-правила о обавезама које настају пре закључења уговора, о закључењу уговора и о уговорним клаузулама које су противне начелу савесности и поштења.

Најзад, редактори Нацрта оквирних правила признају да су приликом израде одређених модел-правила узели у обзир и дотадашње резултате рада Пројектне групе за уједначавање европског уговорног права у области осигурања (*Project Group for the Restatement of European Insurance Contract Law*), која ради на доношењу *Начела европског уговорног права у области осигурања*. Будући да у моменту када је Нацрт изашао из штампе, Пројектна група још није званично објавила своја Начела права осигурања, редактори су оставили отво-

⁴⁴ *Ibid.*, 26 27.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Детаљније о овој групи вид. <http://www.acquis-group.org/>, 1. јун 2012.

⁴⁷ Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), *Contract I: Pre contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, Sellier European Law Publishers, München 2007. Други део *Acquis* начела под насловом *Contract II General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services* садржаће модел правила о општим питањима уговорног права, испоруци робе, туристичким уговорима и уговорима платног промета. Више о раду *Acquis* групе вид. Gerhard Dannemann, *Consolidating EC Contract Law: an Introduction to the Work of the Acquis Group*, Contract I, XXIII.

реним питање како ће уврстити његова правила у IV књигу потпуног текста Нацрта.⁴⁸

5. ЗАКЉУЧАК У КОМ ПРАВЦУ ТРЕБА ДАЉЕ ДА СЕ РАЗВИЈА ПРОЦЕС УЈЕДНАЧАВАЊА ГРАЂАНСКОГ ПРАВА У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ?

О Нацрту оквирних правила (*DCFR*), у форми у којој је објављен почетком 2008. године, стручна јавност има подељен став. Неки чак и сматрају да Нацрт оквирних правила није испунио очекивања и да, у тренутној форми и са оваквом садржином, не сме да буде усвојен као Оквирна правила (*CFR*).⁴⁹ Критике упућене Нацрту оквирних правила су разноврсне. Увек је целисходно посебно се осврнути на критике предложених нормативних текстова, јер оне указују на могуће правце њиховог унапређења. Нацрт је био предмет критике пре свега због непрецизне терминологије. Истиче се, на пример, да дефиниције у Анексу I нису конзистентне, да се у формулацијама дефиниција врло често користи синтагма „ако околности другачије не захтевају“, чиме дефиниција губи прецизност, тј. појам који се дефинише постаје нејасан, релативизиован.⁵⁰ Даље, сматра се да Нацрт показује недостатке и на плану систематизације одредаба, јер садржи пуно сувишног материјала, а да су понављања и упућивања превише учестала.⁵¹

Поред опаски у погледу терминолошке недоречености и не-савршене систематизације одредаба, Нацрт је критикован и због садржине нормативних решења. Тако, истиче се да су врло често дефиниције правних института непрецизне, јер се Нацрт обилато користио правним стандардима, као што је стандард „разуман“, на пример. Претерано позивање на правне стандарде отвара врата „снажној експанзији неконтролисане судске власти“.⁵² Даље, Нацрт показује озбиљне структуралне недостатке, фундаментална питања нису њиме уређена, а највећи пропуст представља чињеница да Нацртом није извршена критичка ревизија *consumer-acquis-a*,⁵³ што је био један од основних циљева рада на Оквирним правилима утврђених у Саопштењима Комисије. У погледу регулативе *consumer-acquis-a*,

⁴⁸ C. Bar, E. Clive, H. Nölke (2008), стр. 28.

⁴⁹ Вид., на пример, H. Eidenmüller et al., 706; Wolfgang Ernst, „Der „Common Frame of Reference“ aus der juristischen Sicht“, *Archiv für die civilistische Praxis* 2 3/2008, 249-282.

⁵⁰ H. Eidenmüller et al, 702.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*, 707.

⁵³ *Ibid.*

сматра се да Нацрт заправо представља само дорату Начела европског уговорног права, употпуњену неким правилима из области *consumer-acquis*-а, али „суштинска и интелектуално задовољавајућа интеграција“ ове правне области није извршена.⁵⁴ *Acquis-nачела* још увек најпотпунији текст модел-правила о заштити потрошача.⁵⁵

Поставља се питање у ком правцу би даље требало да се развија уједначавање грађанског права у Европи, посебно имајући у виду неке негативне реакције на текст Нацрта оквирних правила од кога се очекивало да ће представљати основу за израду нацрта грађанског законика Европске уније, који би обухватао целу област грађанског права или поједине његове гране (пре свега имовинско право). Отвореност овог питања потврђује полемика која се развила на међународној научној конференцији *Which European Contract Law for the European Union*, одржаној у октобру 2008. године на универзитету Сорбона у Паризу, која је указала на то да не постоји политичка воља да Нацрт добије обавезујући карактер.⁵⁶

Све чешиће се заговарала идеја о потреби формирања једног Европског правног института, налик на Амерички правни институт (*American Law Institut*) који би израдио нека заједничка правила грађанског права, слична Ристејтментима америчког права. Ристејтмент (*Restatement*) је уједначена збирка правних начела и института у одређеној области права, издата од стране Америчког правног института, која даје приказ начела и института у датој области права и прати њихов даљи развој.⁵⁷ Постоји посебан Ристејтмент који обухвата правила из области уговорног права.⁵⁸

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Д. Николић (2008), стр. 425.

⁵⁷ Ристејтменти се не сматрају формалним изворима права, те правно нису обавезујући и судије нису обавезне да поступају по њима, али је њихов практичан значај и утицај врло велики. Судска пракса прихвата ставове из Ристејтмента. Ристејтменти су донети у следећим областима права: заступништво, сукоб закона (међународно приватно право), уговорно право, право међународних односа САД, пресуде, право које регулише рад правника, стварно право, право реституције, хартије од вредности, јемства и гаранције, проузроковање и накнада штете, право *trust* ова, право конкуренције, и сл. *Black's Law Dictionary* (ed. G. A. Bryan), West Group, St. Paul Minnesota USA 1999⁷, 1314-1315. Детаљније о појму Ристејтмента уопште вид. Сања Ђајић, Ристејтменти права Америчког правног института, *Европски правник* 3/2007, 133-138. У српској правној терминологији се назив *Restatement* по правилу не преводи већ се користи његова транскрипција на српски језик (ристејтмент), мада су учињени (иначе врло успешни) покушаји да се да његов превод на српски језик, као што су синтагме „зборник права“ (Маја Станивковић, Миодраг Живковић, *Међународно приватно право*, Службени гласник Републике Србије, Београд 2006, 369-370) или „збирка правних правила“. С. Ђајић (2007).

⁵⁸ Први Ристејтмент уговора је донет 1932. године, који је у неколико наврата био предмет новелирања, почев од 1962. године, да би 1981. године био објављен

Идеја о стварању Европског правног института није нова. Још је 2001. године Европски парламент указао на сврсисходност оснивања једног европског института, налик на Амерички правни институт.⁵⁹ Таква организација би могла да има улогу центра који би објединио резултате рада досадашњих развојних пројеката и „каналисала даљи рад на уједначавању одређених сектора грађанског права у Европи“,⁶⁰ стварањем својеврсних ристејтмента европског права. Такви зборници правила би били правно необавезујући, али би снагом свог ауторитета утицали на тумачење грађанскоправних норми у Европској унији, како националних, тако и комунитарних. Све би то допринело стварању неког „европског демоса“, „прекограничне заједнице европских правника“,⁶¹ који тумаче и примењују грађанскоправне норме у истом или врло сличном смислу.

Европски правни институт је коначно основан 1. јуна 2011. године у Паризу.⁶² Оснивачка скупштина је одржана у две сесије, једна на Универзитету Пантеон, а друга на Сорбони. Циљеви Института су одређени на општи начин, обухватају настојање да се интегришу достигнућа различитих правних култура, подржавање вредности упоредних знања и прихватање истинске паневропске перспективе.⁶³ Први од задатака који је Институт себи поставио ради постизања наведених циљева је давање предлога за даљи развој *acquis communautaire*-а, што свакако подразумева рад на уједначавању приватноправне материје. Европски правни институт је невладино, стручно удружење правника практичара и истраживача које ужива подршку политичке и академске јавности као ниједно до сада. Он би требало да настави рад на предложеном тексту Нацрта оквирних правила. С једне стране, Институт би требало да утврди да ли су садржинске примедбе упућене на рачун текста Нацрта основане и, ако јесу, предложи јавности побољшану или унапређену, дорађену верзију Нацрта. С друге стране, имајући у виду општу подршку коју ужива, и до сада најширу легитимацију за предлагање нормативних *soft law* текстова која из ње произилази, Институт би требало да от-

Други ристејтмент уговора, под руководством једног од најпознатијих професора уговорног права у САД тих времена, Алена Фарнсворта (*Allan Farnsworth*). Hugh G. Beale, Bishop, W.D., Furmston, M.P., *Contract, Cases and Materials*, Butterworths, London 1985, 59-60.

⁵⁹ Резолуција Европског парламента бр. А 0384/2001 од 15. новембра 2001. године.

⁶⁰ H. Eidenmüller et al, 708.

⁶¹ Cristoph U. Schmid, „Pattern of Legislative and Adjudicative Integration of Private Law“, *Columbia Journal of European Law* 8/2002, 439.

⁶² Олга Цвејић Јанчић, „У Паризу основан Европски правни институт“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2011, 434.

⁶³ *Ibid.*, 435.

клони непостојање политичке воље да се Нацрт оквирних правила (*DCFR*), у постојећој или унапређеној садржини, усвоји као коначни текст Оквирних правила (*CFR*). Упркос томе што је Институт недавно основан, изгледа да је он тренутно једино стручно тело које би било способно да оствари оба циља неопходна да би Нацрт добио општу прихваћеност.

Attila Dudás, LL.M

Assistant Lecturer

University of Novi Sad Faculty of Law

FROM THE PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW TO THE DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE

Summary

The author describes different possible means of harmonization and unification of private law in the European Union, with special regard to the process of formation of the Draft Common Frame of Reference (*DCFR*), the latest of the soft-law legislative projects aimed at creating a common and unified set of rules pertaining to the law of obligations, that could serve as a basis for preparing a draft of the European civil code. The evolution of the *DCFR* lasted less than a decade (2001–2008). It is broader in scope than the Principles of European Contract Law (*PECL*), but was not received by scholars and practitioners with such wide and enthusiastic acceptance as the latter. Numerous and diverse criticisms have been presented with respect to the *DCFR*, which put under question its adequacy to serve as the basis for the prospective Code. The author points to the role of the European Law Institute, founded recently in June 2011, claiming that it seems to be the only entity capable to foster adopting the *DCFR* in the form of *CFR*.

Key words: *Draft Common Frame of Reference. – Common Frame of Reference.– European Law Institute.*

Андреја Катанчевић, мастер права*

ПОВРЕДА ТЕЛА И НАДОКНАДА ШТЕТЕ У СТАРОМ РИМУ

Чланак испитује границе између деликата *iniuria* и *damnum iniuria datum*, кроз језичко, системско и историјско тумачење одломака *D.9.2.5.3*, *D.9.2.7.pr*, *D.19.2.13.4*, *D.9.2.27.17* и *Coll. 2.4.1* и њихову интерполационистичку анализу. Аутор покушава да одговори на три питања. Прво, да ли су имовинске последице телесних повреда биле укључене у појам *damnum iniuria datum* пре Јустинијанове реформе? Друго, која тужба се користила за надокнаду те штете, уколико то није била *actio legis Aquiliae (utilis)*? Најзад, уколико су Јустинијанови компилатори проширили појам *damnum* и на трошкове лечења и изгубљену зараду због неспособности за рад, шта их је навело да изведу такву реформу?

Кључне речи: *Damnum*. *Sumptus*. *Lex Aquilia*. *Iniuria*. *Damnum iniuria datum*.

1. УВОД

Римско право, за разлику од савременог, није познавало генералну тужбу. Да би један однос био правно заштићен било је потребно да је странкама које се налазе у њему дата тужба којом би могле да штите своје интересе. Тек уколико би неко имао право да свој интерес заштити тужбом, он би био титулар неког субјективног права. Римски правни систем зато није био каталог субјективних права, већ списак тужби које су се могле користити у одређеним случајевима.

Средином V века пре н.е. Римљани су увели тужбу која се могла користити за случај телесне повреде. То је била *actio iniuriarum*¹.

* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *andreja.katancevic@gmail.com*.

¹ О телесним повредама и деликту инјурије дуго је једини рад у домаћој романистици био Пуханов чланак из 1955, вид. Иво Пухан, „Инјурија Закона дванаест

Њоме се у прво време могла захтевати композиција или алтернативно талион. Најкасније од II века пре н.е. њоме се захтевала новчана сума која је процењивана у сваком конкретном случају. Нема сведочанстава о томе да ли је овом тужбом досуђивана и имовинска штета настала телесном повредом. По мишљењу већине романиста 286. године пре н.е. Аквилијевим плебисцитом уведена је *actio legis Aquiliae*.² Овим законом, односно тужбом, је први пут у историји права успостављен институт противправно проузроковане штете³ (*damnum iniuria datum*). Да би ова тужба могла бити примењена требало је да буду испуњена два основна услова. Прво, требало је да противправно настане оштећење на некој ствари (објекту својине). Поред тога било је потребно да по власника ствари настане имовинска штета (*damnum*). Постојање штете је до краја еволуције римског права остало предуслов аквилијанксе тужбе. Услов оштећења ствари је у Јустинијановој кодификацији знатно ублажен.

Већ у класичном периоду се поставило питање да ли људско тело може бити *res* (ствар) у смислу Аквилијевог закона односно да ли се телесна повреда може сматрати оштећењем ствари. У римском праву човек односно људско тело је могло да буде предмет својине. Рим је био најразвијеније робовласничко друштво у историји. Роб је третиран на исти начин као и била која друга ствар. Повреда роба је сматрана оштећењем ствари, баш као да је реч о било ком другом предмету својине. Међутим, повреда слободног човека није третирана на исти начин:

таблица“, *Годишник на Правно економскиот факултет во Скопје* 2/1955. Последњих година о тој теми су брањена чак два рада, Андреја Катанчевић, *Инјурија преткла сичног права*, Београд 2009 (мастер рад) и Огњен Вујовић, *Инјурија*, Београд 2010 (магистарска теза). О овом деликту су недавно у овом часопису објављена два чланка: А. Катанчевић, „*Iniuria alteri facta* преткласичног римског права“, *Анали Правног факултета у Београду (Анали ПФБ)* 1/2010, 288 и Огњен Вујовић, „Корени деликата *iniuria* и *convicium*“, *Анали ПФБ* 2/2010, 260.

² О проблему значења речи *damnum* Аквилијевог закона, као и о томе шта тај појам обухвата, води се интересантна расправа. Аквилев закон је тема која привлачи пажњу чак неколико домаћих аутора, што је реткост у српској романистици, вид. Милена Полојац, „*Lex Aquilia* у интерпретацији класичне јуриспруденције“, *Правни капацитети Србије за европске интеграције IV* (ур. Стеван Лилић), Београд 2009, 94; Милена Полојац, *Actio de pauperie and Liability for Damage Caused by Animals in Roman Law*, Београд 2003; Драгољуб Поповић, „Систем Аквилијевог закона“, *Анали ПФБ* 1/1987, 63; Самир Аличић, *Класично схватање речи damnum у поглављу Дигеста Ad legem Aquilianam (9.2)*, Београд 2011 (докторска дисертација).

³ Треба поменути да то још увек није био институт *надокнаде* штете. Овај институт је вероватно уведен прво у уговорном праву у оквиру контраката *bonae fidei*.

*D.9.2.13.pr. Ulpianus libro 18 ad edictum. Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur.*⁴

Дакле, слободан човек није могао да подигне аквилијанску тужбу у случају повреде сопственог тела. У ту сврху му је претор из разлога корисности давао тужбу по угледу на *actio legis Aquiliae*, јер је тело слободног човека непроцењиве имовинске вредности. Повреда тела слободног човека се није сматрала повредом имовине. У том случају су једино трошкови лечења и пропуштена зарада могуће имовинске последице.⁵ Овакав режим тужбе је последица њене дуге еволуције. Наиме, у III веку пре н.е. тужбом за противправну штету се тражила највећа вредност оштећење ствари у последњих месец или годину дана (*quanti ea res erit*). Како вредност тела слободног човека није било могуће проценити, тужбом се није имало шта захтевати. У Јустинијановом праву осуда је гласила на онолико колико је власник оштећен (*id quod interest*). Дакле, није више било важно колика је вредност оштећење ствари и да ли је она уопште процењива. Једино је власникова штета била од значаја.

3. УЛПИЈАН

Постоји неколико имовинских последица телесних повреда. У данашњем праву то су пропуштена зарада због неспособности за рад и трошкови лечења. Може се са сигурношћу рећи да су и римски правници познавали ове облике штете. Њихов најранији помен је у *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*. Поред изгубљене зараде и медицинских трошкова, у римском праву постоји још једна имовинска последица телесних повреда. Како је људско тело у римском праву објект права, када се ради о робу, његово оштећење подлеже грађанскоправној одговорности. Пошто је оштећење тела роба третирано на исти начин као оштећење било које друге ствари, о томе на овом месту неће бити речи.

О овим облицима штете Улпијан говори у једној од својих књига о едикту. Она је сачувана у два извора. То су Дигеста и *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*. Док се у Дигестама ова књига

⁴ „Слободан човек има у своје име аквилијанску тужбу из разлога корисности: директну, наиме, нема, будући да је јасно да нико није власник свог тела“, превод С. Аличић, 179. Витман тврди да је овај фрагмент интерполисан, док Аличић то негира, в. Roland Wittmann, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München 1972, 76; С. Аличић, 179.

⁵ Ови облици штете у римском праву се овде анализирају на општи начин. То значи да неће детаљно бити речи о посебним случајевима, као што су квазиделикти и *actio de pauperie*. О томе вид. М. Полојац (2003).

помиње као осамнаеста књига о едикту, у *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* се наводи као деветнаеста. Поређењем два текста се може лако закључити да се они односе на исти Улпијанов одломак. Међутим, ови извори не наводе Улпијана на исти начин:

Coll.2.4.1 Ulpianus libro 19 ad edictum. Rupisse eum utique accipiemus, qui vulneraverit, vel virgis vel loris vel pugnīs caedit, vel telo quove alio vis genere sciderit hominis corpus vel tumorem fecerit: sed ita demum, si damnum datum est. Ceterum si nullo servum pretio viliores deterioresve fecerit, Aquilia cessat iniuriarumque erit agendum. Ergo et si pretio quidem non sit deterior factus servus, verum sumptus in salutem eius et sanitatem facti sunt, in haec nec mihi videri damni Aquilia lege agi posse.

D.9.2.27.17 Ulpianus libro 18 ad edictum. Rupisse eum utique accipiemus, qui vulneraverit, vel virgis vel loris vel pugnīs cecidit, vel telo vel quo alio, ut scinderet alicui corpus, vel tumorem fecerit, sed ita demum, si damnum iniuria datum est: ceterum si nullo servum pretio viliores deterioresve fecerit, Aquilia cessat iniuriarumque erit agendum dumtaxat: Aquilia enim eas ruptiones, quae damna dant, persequitur. Ergo etsi pretio quidem non sit deterior servus factus, verum sumptus in salutem eius et sanitatem facti sunt, in haec mihi videri damnum datum: atque ideoque lege Aquilia agi posse.

Дакле, док у Дигестама Улпијан тврди да се за трошкове због здравственог стања може користити аквилијанска тужба,⁶ дотле се у *Collatio* та могућност негира. Ова разлика у текстовима може да се објасни на три начина: или је реч о интерполацији у Дигестама, или у *Collatio*, или су оба текста интерполирана. Није могуће одредити се са сигурношћу за неко од ових решења. Ипак, знамо да су састављачи Дигеста били склони интерполацијама ради уношења новина. Састављач *Collatio* није за циљ имао новелирање, па је вероватно био мање склон интерполацијама. С друге стране, *Collatio* је настао око 80, а Дигеста око 300 година после Улпијанове смрти.⁷ Чини се зато да је вероватније *Collatio* вернији оригиналу. Из *Collatio* произлази да у време његовог писања (крај III, почетак IV века) није било могуће подићи аквилијанску тужбу поводом трошкова лечења

⁶ „Свакако, сматрамо да је уништио и онај ко је ранио, или шибама или бичевима или песницама ударао, или оружјем или нечим другим, да би расекао нечије тело или начинио оток, али само уколико је учињена противправна штета; али уколико вредност роба није умањена нити је он обезвређен, Аквилија се не примењује и треба тужити само за инјурију; Аквилија, наиме, кажњава она оштећења којима се причињава штета. Дакле и уколико роб у погледу цене заправо није учињен мање вредним, али су начињени трошкови због његовог здравља и здравственог стања, у овоме (случају) ми се чини да је причињена штета; као и да се према томе може тужити по основу Аквилијевог закона“, превод С. Аличић, 191.

⁷ Обично се узима да је Улпијан умро на самом почетку владавине Александар Севера (222-235) *Collatio* је највероватније написан крајем III или почетком IV века. Дигеста су писана почетком тридесетих година VI века.

и пропуштене зараде.⁸ После доношења Дигеста (VI век) то јесте било могуће. Дакле, правило је измењено у периоду између писања два текста. Како је Јустинијанова кодификација подразумевала и опсежне правне реформе, највероватније је до ових измена дошло баш приликом састављања Дигеста.⁹ О претходним реформама ове правне материје немамо никаквих података.

Уколико тада није било могуће аквилијанском тужбом тражити надокнаду трошкова због повреде роба, тим пре је то било немогуће када је у питању био слободан човек. Вероватно је она прво употребљавана за надокнаду штете приликом рањавања робова, па тек онда слободних.¹⁰

4. ЈУЛИЈАН

О овом проблему остала су још два Улпијанова одломка, у којима он цитира Јулијана:

D.9.2.5.3 Ulpianus libro 18 ad edictum Si magister in disciplina vulneraverit servum vel occiderit, an Aquilia teneatur, quasi damnum iniuria dederit? Et Iulianus scribit Aquilia teneri eum, qui eluscaverat discipulum in disciplina: multo magis igitur in occiso idem erit dicendum. Proponitur autem apud eum species talis: sutor, inquit, puero discenti ingenuo filio familias, parum bene facienti quod demonstraverit, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur. Dicit igitur Iulianus iniuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendae iniuriae causa percusserit, sed monendi et docendi causa: an ex locato, dubitat, quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti: sed lege Aquilia posse agi non dubito.¹¹...

⁸ Аличих сугерише да је можда текст у *Collatio* скраћен и да се није дозвољавала директна тужба, али јесте она из разлога корисности. У Јустинијановом праву је, каже он, нестало разликовања између *actio directa* и *actio utilis* па су његови компилатори само поједноставили текст, С. Аличих, 192.

⁹ Тако мисле и Фон Липтов, Виакер, Јарон, Герке и Берендс: Ulrich von Lübtow, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin 1971, 128; Franz Wieacker, *Textstufen klassischer Juristen*, 1960, 223; Reuven Yaron, „Semitism in Ulpian?“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 55/1987, 14; Theodor Joseph Gerke, „Geschitliche Entwicklung der Bemessung der Ansprueche der „lex Aquililia“ (Mit einem vergleichenden Ausblick auf die geschichtliche Entwicklung der Ansprueche aus Furtum)“, *Studia et documenta historiae et iuris (SDHI)* 23/1957, 97; Okko Behrends, „La nuova traduzione tedesca dei Digesta e la critica interpolazionistica“, *INDEX* 25/1997, 43 54. Против в. Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, München 1971, 622 фн. 43. О старијој литератури вид. U. von Lübtow, 129 фн. 200.

¹⁰ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*, Oxford 1996, 1015.

¹¹ „Ако учитељ за време подучавања рани или убије роба, поставља се питање да ли он одговара по Аквилијевом закону, као да је противправно учинио штету. Јулијан

*D.9.2.7.pr.Ulpianus libro 18 ad edictum Qua actione patrem consecuturum ait, quod minus ex operis filii sui propter vitiatum oculum sit habiturus, et impendia, quae pro eius curatione fecerit.*¹²

*D.19.2.13.4 Ulpianus libro 32 ad edictum Item Iulianus libro octagesimo sexto digestorum scripsit, si sutor puero parum bene facienti forma calcei tam vehementer cervicem percusserit, ut ei oculus effunderetur, ex locato esse actionem patri eius: quamvis enim magistris levis castigatio concessa sit, tamen hunc modum non tenuisse: sed et de Aquilia supra diximus. Iniuriarum autem actionem competere Iulianus negat, quia non iniuriae faciendae causa hoc fecerit, sed praecipendi.*¹³

Последњи извор, који говори о овом примеру је египатски пергамент из III или IV века.¹⁴

*PSI XIV 1449 (recto) .g. [... esse actionem ex] locato pa[tri eius Iul(ianus)] dicit, iniu[r]iarum a(u)t(em) ne]gat, quia no[n iniuriariae fa]ciendae c(ausa) id [fecerit] sed praeci[piendi. se] d et de Aquil[ia quid sen]tiamus alio [(com)m(en)tario tradi] dimus.*¹⁵

Дакле, реч је највероватније о истом месту код Јулијана, у коме он разматра случај рањавања ученика од стране његовог мајстора.¹⁶

пише да онај ко ученику избије око у току подучавања одговара по Аквилејевом закону. То више треба рећи ако дође до убиства. Код њега је наведен слећи пример: обућар је дечака, каже он, ученика, слободног *filius familiae*, који је лоше направио оно што му је показао, тако ударио калупом по глави да је ученику избио око. Јулијан каже да ту не долази у обзир примена *actio iniuriarum*, јер га он није ударио у намери да учини инјурију, него ради опомињања и учења; Јулијан сумња да би могла доћи у обзир *actio locati*, јер је учитељу дозвољен само лакши облик кажњавања. Ја уопште не сумњам да се у овом случају може водити спор по основу Аквилејевог закона“, превод М. Полојац, *Практикум за римско право*, Београд 2009, 283.

¹² „Овом тужбом отац ће добити онолико, колико буде имао мање од рада свог сина због уништеног ока и трошкове које је имао за његово лечење“, превод С. Аличић, 184.

¹³ „Такође Јулијан пише у осамдесетшестој књизи Дигеста, ако обућар дечака који је нешто недовољно добро израдио тако жестоко удари по врату, да му избије око, његов отац има тужбу *ex locato*: наиме, иако је учитељу допуштено лако кажњавање, ипак се није држао ограничења: а то смо и о Аквилеји горе рекли. Међутим, Јулијан негира да му припада тужба по основу инјурије, јер то није учињено да би нанео инјурију, већ ради подучавања“, превод *ibid.*, 180.

¹⁴ *Papiri della Societa Italiana XIV*, 1957 1449, које је издао *Arangio Ruiz*. Реч је о египатском папирусу из VI века.

¹⁵ „Јулијан каже да његов отац има тужбу *ex locato*, док (тужбу) из инјурије негира, јер то није учинио да би нанео инјурију, већ ради подучавања. А и оно што смо чули о Аквилеји пренели смо у другом тому“, превод С. Аличић, 181.

¹⁶ Интересантно је да Улпијан у првом одломку случајеве рањавања роба и слободног *filius familiae* разматра истовремено. О могућим интерполацијама вид.

Од ова три извора само трећи није из Дигеста. Он се датира на прекретници из III у IV век, што значи да је старији од Дигеста око 130 година. Интересантно је да он не предвиђа изричито могућност да се подигне аквилијанска тужба у случају трошкова лечења и пропуштене зараде. То у сваком случају говори у прилог тези да аквилијанска тужба није могла да се подигне поводом те врсте штете све до Јустинијанове реформе.

Поред тога, треба обратити пажњу на то шта су Улпијанови, а шта Јулијанови ставови, које Улпијан само преноси. У Јулијановим речима, које Улпијан наводи (или парафразира), помен аквилијанске тужбе јавља се само у првом фрагменту. У њему Јулијан дозвољава њену употребу. Салвије Јулијан је умро вероватно 172. године. Текст из *Collatio*, који је настао више од два века после тога, искључује *actio legis Aquiliae*. Можемо очекивати да је Јулијанов текст интерполисан. Остаје питање да ли је Јулијан уопште разматрао употребу ове тужбе.

У романистици постоји размимоилажење око тога да ли се поводом повреда слободних људи могла користити аквилијанска тужба. Већина писаца сматра да то није било могуће. Тако Волф (*Wolff*) сматра да анализа сва три текста даје негативан одговор.¹⁷ Шулиц (*Shulz*) такође сматра да је мало вероватно да се у класичном праву давала ова тужба за повреде слободног човека.¹⁸ Прингсхајм (*Pringsheim*) тврди да су речи *sed lege Aquilia posse agi non dubito* из D.9.2.5.3 интерполација и да Улпијан уопште није разматрао употребу тужбе у овом случају. По његовом мишљењу у класичном праву је владао принцип *quanti ea res erit*.¹⁹ Аличич се супротставља овом ставу. Он сматра да би тада требало да се одбаце као интерполисани сви извори који говоре о употреби аквилијанске тужбе у случајевима повреде слободног човека.²⁰ Међутим, текстови у истом поглављу Дигеста (9.2) који говоре о тој тужби и повреди слободног човека су D.9.2.13.pr и D.9.2.7.4. Оба су изложена јакој интерполационистичкој критики²¹. О повреди роба говори D.9.2.27.17, за који постоји јасан доказ да је интерполисан, јер не одговара старијем извору *Coll.* 2.4.1.

Ginesta Amargos, „La responsabilidad del maestro zapatero por las lesiones causadas a sus discipulos. (Algunas consideraciones a D.9.2.5.3 Ulp. 18. Ad. Ed.; D.19.2.13.14 Ulp. 32. Ad.ed. y PSI XIV, 1449 R. II 1 9.)“, *Revue internationale des droits de l'antiquité* 39/1992, 141 160. О начину на који је повреда натета вид. Max Schubert, „Der Schlag des Schusters“, *Zeitschrift der Savigny Stiftung* 92/1975, 267.

¹⁷ Hans Julius Wolff, *IURA* 10/1959.

¹⁸ Fritz Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1969, 591.

¹⁹ Fritz Pringsheim, „Die Verletzung Freier und die 'lex Aquilia'“, *SDHI* 28/1962, 1 13.

²⁰ С. Аличич, 183.

²¹ U. von Lübtow, 118 120.

Фон Липтов (*von Lübtow*) сматра да је чак и текст *D.19.2.13.4* интерполисан, јер се у њему каже *sed et de Aquilia supra diximus*, уместо правилног *sed et lege Aquilia posse agi, ut supra diximus*.²² Насупрот томе, Витман (*Wittmann*) сматра да је већ у класичном праву активна легитимација тужбе толико проширена, да је вероватно да је *pater familias* могао имати аквилјанску тужбу у случају повреде његовог сина под влашћу.²³

Ова три фрагмента су значајна за давање одговора на друго питање овог рада: Уколико у овом случају пре Јустинијана није могла да се подигне *actio legis Aquiliae*, која тужба јесте? Чини са да на то питање даје одговор сам Јулијан.

Он искључује могућност подизања контрактне *actio locati*, којом као *actio bonae fidei* може да се захтева надокнада штете. С друге стране, чак и да дозвољава употребу контрактне *actio bonae fidei*, то не би решило проблем на општи начин. Да би се та тужба подигла, странке треба да буду у уговорном односу. Најчешћи случај, повреда од стране неког са ким није закључен контракт, би остао ван домашаја тужбе.

Витман сматра да се у случају (нехатне) повреде лица *alieni iuris* могла подићи *actio legis Aquiliae utilis*,²⁴ те да се фрагменти односе само на *actio directa*. Овај став, међутим, нема никакву потпору у изворима, а и не објашњава шта се дешава у случајевима повреде лица *sui iuris*.

Интересантна је Јулијанова аргументација против *actio iniuriarum*. Он каже да је њена употреба у овом случају немогућа, јер мајстор није ударио шегрта *iniuriae faciendi causa* односно не постоји *animus iniuriandi*, што је услов постојања деликта инјурије. Међутим, поставља се питање, шта у случају када таква намера постоји. Јасно је да би у том случају могла да се подигне *actio iniuriarum*. Од II века пре н. е. то је у потпуности тужба са проценом. Колико је осуђени дужан да плати, процењује се у сваком спору посебно. Шта су били критеријуми по којима се процењивао износ казне не можемо поуздано утврдити. Како је тужба у Јустинијаново време постојала већ дуже од миленијума, нема сумње да су се начини процене казне мењали. С друге стране, да би дошло до надокнаде трошкова лечења и пропуштене зараде, треба да постоји повреда. У случају повреде подиже се *actio iniuriarum*. Казна по тој тужби се процењује у сваком конкретном случају. Истовремено не постоји други начин надокнаде медицинских трошкова и неостварене зараде. Врло је вероватно да је судија приликом одмеравања казне узимао и ту штету у обзир. То

²² *Ibid.*, 117.

²³ R. Wittmann, 90 и даље.

²⁴ *Ibid.*, 63.

објашњава и чињеницу да је она тек тако касно ушли у аквилијански појам *damnum*.

Не треба занемарити ни чињеницу да се у оној верзији Јулијановог фрагмента (D.9.2.5.3), који је доспео до нас преко Дигеста и Улпијанових коментара, питање повреде роба и слободног човека разматра на истом месту. Аквилијев закон није под појмом *res* подразумевао слободног човека. Међутим, тужба из инјурије се подизала и у случају повреде роба и у случају повреде слободног човека. Чак се и у Закону XII таблица оне систематизују једна поред друге. Зато није случајно што Јулијан помиње *actio iniuriarum* кад разматра имовинске последице повреда роба и слободног човека.

На крају, уколико погледамо облике инјурије у Закону XII таблица, *os fractum* и *membrum ruptum*, видећемо да они представљају различите степене телесне повреде. Телесна повреда онеспособљава човека за две најважније привредне активности Рима у V веку пре н. е. – рат и физички рад. Можемо да претпоставимо да су децемвири, када су прописивали казне за ова дела, имали у виду и имовинске последице повреда. Сасвим је јасно да се ради о два облика инвалидитета, од којих је вероватно бар један (ако не и оба) трајни. Породичној заједници или држави у којој влада сиромаштво и у којој је глад честа, непродуктивни члан представља велики проблем. Због тога није тешко замислити да се надокнада штете због неспособности за рад и трошкова лечења досуђивала по основу тужбе из инјурије. Чак је могуће да је управо ова штета била главни мотив прописивања овог деликта.

5. ЈУСТИНИЈАН

Последње питање којим се овај рад бави је питање зашто је оваква реформа била потребна. Наиме, може се закључити да су римски правници дуго пре Дигеста знали за имовинску штету насталу услед телесне повреде. Механизам надокнаде ове штете је вероватно био успостављен преко *actio iniuriarum aestimatoria*. И поред тога, компилатори су сматрали да њега треба заменити и да се надокнада ове штете убудуће може захтевати преко *actio legis Aquiliae*. Постоји неколико могућих разлога за то.

Римски правници нису били склони систематизацијама. Ипак, сигурно је да су разликовали појам имовинске и неимовинске штете. Могуће је да им је било логичније да се једна тужба користи за једну, а друга за другу врсту штете. Тако се аквилијанска користила за имовинску, а тужба из инјурије за неимовинску штету. О томе нам сведоче и Дигеста:

*D.9.2.5.1 Ulpianus libro 18 ad edictum Iniuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit: et ideo interdum utraque actio concurrat et legis Aquiliae et iniuriarum, sed duae erunt aestimationes, alia damni, alia contumeliae. Igitur iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit.*²⁵

Проблем са овим аргументом је у томе што, у строгом смислу те речи, аквилијанска тужба никад није имала реиперсекуторни, већ пенални карактер. С друге стране, за накнаду штете су се користиле *actio doli*, као и контрактне тужбе *bonae fidei*. То значи да на пољу одговорности за имовинску штету *actio legis Aquiliae* није била једина тужба. Поред тога, ми не можемо потпуно да изједначимо римске појмове *damnum* и *contumelia* са савременим појмовима имовинске и неимовинске штете.²⁶ Ипак, оваквим променама у режиму две тужбе се дошло до строжијег разграничења њиховог садржаја.

Други, далеко вероватнији мотив Јустинијанових компилатора лежи у условима примене тужби. Тужба из инјурије се користи само уколико постоји *animus iniuriandi*. С друге стране, аквилијанска тужба може да се подигне чак и уколико постоји нехат: *In lege Aquilia et levissima culpa venit.*²⁷ Тако су кодификатори проширили одговорност и на ону штету која је проузрокована непажњом.²⁸ Овај аргумент нарочито има смисла ако знамо да су они посебно уносили новине у појам грађанскоправне кривице и да су на том пољу новелирана дотадашња правна правила. Степени кривице које познаје данашње право настали су у Јустинијановој кодификацији и изум су оних који су на тој кодификацији радили. Стога, не треба да чуди да им је засметало то што се за *нехатно* проузроковане трошкове лечења и изгубљену зараду није одговарало.

²⁵ „Међутим, под „противправним“ (*iniuriam*) треба да подразумевамо не оно што се под тиме подразумева код тужбе за инјурију због повреде части, већ оно што није учињено у складу са правом, што значи против права, то јест ако неко својом кривицом убије; и стога се понекад стичу обе тужбе и она из Аквилијевог закона и по основу инјурије, али ће постојати две процене, једна имовинске штете (*damni*) друга повреде части (*contumelia*). Стога, као противправну прихватамо ону штету која је учињена нехатом, чак и од стране оног који није хтео да нашкоди“, превод С. Аличић, 61.

²⁶ Иако их Аличић у поменутом раду изједначава, 62. О значењу речи *contumelia* вид. Е. Polay, *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest 1986, 181-184.

²⁷ D.9.2.44. пр. *Ulpianus libro 42 ad Sabinum*.

²⁸ Витман тврди да су се управо у Јустинијановом праву коначно оформили *dolus* и *culpa* као услови аквилијанске и тужбе из инјурије, R. Wittmann, 59. Полојац види правну празнину у случајевима нехотичног рањавања слободног човека, М. Полојац (2009а), 104.

На крају, проширење аквилијанске тужбе на пропуштену корист и трошкове који су последица повреде, треба тражити и у продору начела *id quod interest*. Док се у време доношења Аквилијевог закона тужбом захтевала највећа вредност ствари у протеклих месеца или годину дана, у Јустинијановом праву се узима у обзир укупан имовински интерес оштећеног. То значи да су сада утуживи сви трошкови настали поводом оштећења ствари. У романистици је спорно када је овај принцип уведен у режим аквилијанске тужбе.²⁹ Текст *Coll. 2.4.1* свакако говори у прилог томе да, у време када је он писан, овај принцип није био у потпуности на снази, јер тај текст не дозвољава утужење трошкова насталих „због здравља и здравственог стања“ аквилијанском тужбом. Међутим, за тему овог рада није битно то када је начело *id quod interest* настало или уведено, већ само то да је оно у Јустинијановом праву било примењено:

*D.9.2.21.2 Ulpianus libro 18 ad edictum Sed utrum corpus eius solum aestimamus, quanti fuerit cum occideretur, an potius quanti interfuit nostra non esse occisum? Et hoc iure utimur, ut eius quod interest fiat aestimatio.*³⁰

То је свакако био један од мотива његове комисије да уведе промене у режим имовинских последица повреда.

6. ЗАКЉУЧАК

Тело слободног човека није сматрано делом имовине у римском праву. Имовинске последице његове повреде су медицински трошкови и изгубљена зарада због трајног или привременог инвалидитета.

Текстови *D.9.2.27.17* и *Coll. 2.4.1*, које цитира исти Улпијанов фрагмент, се различито изјашњавају о могућности употребе аквилијанске тужбе за надокнаду ове врсте штете. Чини се да је веродостојнији *Coll. 2.4.1*, који даје негативан одговор, јер је хронолошки ближи оригиналу и јер су састављачи Дигеста били склони интерполацијама и новелирању. Текст *PSI XIV 1449 (recto)* потврђује ту тезу, јер не помиње изричито могућност употребе тужбе у помнутом случају. Јулијан нигде³¹ чак и не узима у обзир ту могућност.

²⁹ Више о томе вид. С. Аличкић, 155.

³⁰ „Али, да ли процењујемо само колико је његово тело вредело када је убијен, или, радије, колико је био наш интерес да не буде убијен? И користимо ово право, да ће се процењивати колики је интерес“, превод *ibid.*

³¹ Додуше, кроз Улпијанове цитате (парафразе) који су нам једино доступни.

У свим текстовима који помињу имовинске последице телесних повреда се разматра употреба *actio iniuriarum*. Текстови *Coll.* 2.4.1, *D.9.2.5.3*, *D.19.2.13.4* и *PSI XIV 1449 (recto)* имплицитно дозвољавају њено коришћење у тим случајевима. *Actio iniuriarum* је дуго била тужба с проценом. Не постоје сведочанства о томе шта је све улазило у ту процену. С друге стране, немамо никаквих сведочанства о начину надокнаде ове врсте штете пре Јустинијана. Највероватније се она досуђивала као део процене у оквиру тужбе из инјурије. То сугеришу чак и облици инјурије које је познавао Закон XII таблица.

Јустинијанови компилатори су извршили систематизацију тужби за надокнаду имовинске и неимовинске штете. Увели су различите степене кривице, па су и одговорност за трошкове лечења и пропуштenu зараду проширили и на непажњу, на тај начин што су у том случају тужбу из инјурије заменили аквилијанском тужбом. На крају, ту промену су увели и због придржавања начела *id quod interest*, које је било примењено у режиму *actio legis Aquiliae* у кодификацији.

Andreja Katančević, LL.M

Assistant Lecturer

University of Belgrade Faculty of Law

BODILY HARM AND DAMAGES IN THE ANCIENT ROME

Summary

This paper examines the boundaries between two Roman delicts, *iniuria* and *damnum iniuria datum*, through linguistic, systematic and historical interpretation and interpolative analysis of the following texts: *D.9.2.5.3*, *D.9.2.7.pr*, *D.19.2.13.4*, *D.9.2.27.17* and *Coll.* 2.4.1.

The author is trying to answer three questions. Firstly, were the financial consequences of bodily injuries included in the term *damnum iniuria datum* before the Justinian's reform? Secondly, which action was used for exacting damages in such cases, if it was not *actio legis Aquiliae (utilis)*? Finally, if Justinian's compilers included financial consequences of bodily injuries into *damnum iniuria datum*, what prompted them to carry out such a reform?

Key words: *Damnum. – Sumptus. – Lex Aquilia. – Iniuria. – Damnum iniuria datum.*

Мр Вељко Влашковић*

ПРОБЛЕМ ОДРЕЂИВАЊА САДРЖИНЕ „НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА“

Имајући у виду степен распрострањености и опсег примене, начело „најбољег интереса детета“ данас представља један од најзначајнијих правних принципа, како унутар националних правних система, тако и на међународном плану. Иза наведеног правног стандарда крије се некрунисани владар свих правних правила којима се на било који начин уређују односи који се тичу деце, односно главни критеријум за доношење било које одлуке која је од непосредног или посредног значаја за децу. Међутим, када се овај узвише ни циљ преведе на терен права искрсава крупан проблем неодређености или недовољне одређености садржине „најбољег интереса детета“. У раду се управо обрађују различити приступи и механизми којим се наведени проблем може ублажити, ако се већ не може у потпуности превазићи. Проблем садржине „најбољег интереса детета“ се посебно посматра у контексту нашег правног поретка, који у одсуству јасног културолошког модела путем судске праксе посеже за решењима енглеског законодавства. Даље тенденције се могу уочити у Преднацрту закона о деци из 2011. године, где се предлаже конкретан приступ проблему садржине „најбољег интереса детета“, комбинавањем решења из енглеског Закона о деци (Children Act) из 1989. године са одређеним утицајним правним теоријама.

Кључне речи: „Најбољи интерес“ детета. Спољни чиниоци. Унутрашњи чиниоци. „Најмање штетна алтернатива“. Динамично самоодређење.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Принцип „најбољег интереса детета“ се, по правилу, везује за Конвенцију Уједињених Нација о правима детета из 1989. годи-

* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, vvlaskovic@jura.kg.ac.rs.

не, као међународни уговор глобалног значаја.¹ Оваква представа није без разлога, јер премда Конвенција није родно место начела „најбољег интереса детета“, поменути међународним уговором се „најбољи интерес детета“ устолочио као врхунски правни принцип у свим односима који се на непосредан или посредан начин тичу деце.² Тако се наведеном Конвенцијом прокламује како ће „у свим поступцима који се тичу деце, без обзира да ли их предузимају јавне или приватне установе социјалног старања, судови, административни органи или законодавна тела, најбољи интерес детета бити од првенственог значаја“.³ На овакав начин домашај начела „најбољег интереса детета“ је и квалитативно и квантитативно добио на ширини у односу на дотадашње оквире поменутог принципа. Доношењем Конвенције „најбољи интерес детета“ је уздигнут на ранг начела у једном другачијем контексту, где се дете третира као ималац, а не објект права, као што је био случај у неким ранијим документима.⁴ Са друге стране, „најбољи интерес детета“ се престаје ценити само у случајевима вршења родитељског права, већ се његов домен проширује на све активности које се тичу деце.⁵ При томе, поједини национални правни системи принципу „најбољег интереса детета“ дају већи значај и од саме Конвенције о правима детета. Такав је случај управо с нашим правом, које у „најбољем интересу детета“ види принцип „врхунског“, уместо „првенственог“ значаја, што на-

¹ Конвенција је усвојена резолуцијом 44/25 Генералне Скупштине Уједињених Нација од 20. новембра 1989. године, а наша држава ју је ратификовала већ наредне године. Вид. Закон о ратификацији Конвенције Уједињених Нација о правима детета КПД, *Службени лист СФРЈ Међународни уговори*, бр. 15/90 и *Службени лист СРЈ Међународни уговори*, бр. 2/97.

² Концепт „најбољег интереса детета“ јавља се готово два века пре доношења КПД, мада не увек са доследном терминологијом. Примера ради, у обичајном праву северног дела Француске (*le droit coutumier*) је још пре доношења Француског грађанског законика био укоренен став како је очинска власт установљена у „најбољем интересу деце“, вид. Jacqueline Rubellin Devichi, „The Best Interests Principle in French Law and Practice“, *International Journal of Law and Family* 8/1994, 261. Слични примери се могу наћи и у Енглеској, где је од посебног значаја било усвајање Закона о старању над децом (*Guardianship Act*) из 1925. године. Према овом Закону суд је, доносећи одлуку која се тиче вршења родитељског права или чувања и подизања деце, морао најпре узети у обзир „добробит детета“ (*welfare of the child*), којој се давао „врхунски значај“ (*paramount consideration*). Вид. Gillian Douglas, *An Introduction to Family Law*, Oxford University Press, Oxford 2004, 161.

³ Чл. 3, ст. 1 КПД.

⁴ Белгијски теоретичар Еуген Верхелен као пример за заокрет од третирања детета као објекта до детета као имаоца права наводи формулацију из Декларације Уједињених Нација о правима детета из 1959. године, где се каже: ...“детету се има омогућити...“, уместо „дете има право“. Вид. Eugene Verhellen, „Children’s rights in Europe“, *The International Journal of Children’s Rights*, 1/1993, 358.

⁵ Philip Alston, „The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights“, *International Journal of Law and Family* 8/ 1994, 4.

ведени правни принцип приближава концепцији Европске комисије за породично право (CEFL).⁶

Међутим, с новим домашајем и оквиром у коме делује принцип „најбољег интереса детета“, на површину избија крупан проблем. Немајно се намеће питање како одредити садржину поменутог принципа и да ли је то уопште могуће. Концепт људских права, примењен на породичноправне односе, покренуо је тектонске промене у области права „сатканој од крви и меса“, како сликовито каже белгијска правница Молдерс-Клајн.⁷ Индивидуализација породице с аспекта детета, наметнула је потребу за снажнијом државном интервенцијом у породичне односе и преображајем родитељског права.⁸ За разлику од прошлих времена, принцип „најбољег интереса детета“ овога пута није био у сенци очинске, односно родитељске власти. Тако познавање „најбољег интереса детета“ престаје бити „ексклузивно право“ родитеља. Улога главног тумача поменутог израза у суштини прелази с родитеља детета на државу и друштво у целини.⁹ Принцип „најбољег интереса детета“ постаје главни основ, мотив и покретач државне интервенције у породичне односе. При томе, дете се не посматра само као члан породице, већ у знатно ширем контексту, који превазилази оквире родитељскоправних односа.¹⁰

У мери у којој се принцип „најбољег интереса детета“ измешта изван граница породичног дома, јача и потреба да се његова садржина ближе и јасније одреди у мери у којој је то могуће. Питање на који начин удахнути садржину „најбољем интересу детета“ представља главну тему овог рада. Након уводног дела, најпре ће се указати на готово магијску привлачност овог принципа за оне који га примењују, односно за велики маневарски простор који „најбољи интерес“ детета пружа приликом доношења одлука које се тичу деце. Овако широк и неодређен оквир носи одређене проблеме и опасности, због чега

⁶ Вид. Гордана Ковачек Станић, „Autonomy of the child in contemporary family law“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2010, 144. Овакву концепцију „најбољег интереса детета“ познаје и енглески Закон о деци из 1989. године (*Children Act*), где се „најбољем интересу детета“ даје „врхунски значај“ (*paramount consideration*). Вид. Part I (1) (b) *Children Act* (1989) CA.

⁷ Marie Therèse Meulders Klein, „Towards a European Civil Code on Family Law? Ends and Means“, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe* (ed. K. Voelke Woelki) Intersentia, Antwerpen Oxford New York 2003, 109.

⁸ Вид. Зоран Поњавић, *Приватизација породице и породичног права*, Службени гласник, Београд 2009, 17.

⁹ Марина Јањић Комар, *Расправа о принципима породичног права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008, 25 је мишљења да поменуто на чело „оставља родитеље као пуке учеснике породичних односа“.

¹⁰ Вид. Олга Цвејић Јанчић, *Породично право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2009, 247.

ће се срж рада посветити различитим приступима у теорији и законодавству који имају за циљ да очувају идеал „најбољег интереса детета“.

2. „НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА“ КАО „МАГИЧНА ФОРМУЛА“

Најбољи интерес детета“ није ни први ни последњи правни стандард у бесконачној и несагледивој лепези друштвених односа које уређује право. Ипак, много тога га чини посебним и различитим од сличних правних конструкција. Познато је да је основна сврха правних стандарда да правни поредак учине свежијим, еластичнијим и самим тим дуговечнијим. На тај начин се праву омогућава да буде, што је могуће више, верна сенка животних односа и непрекидних промена које их прате. Сваки правни стандард је тако оличење живог, стваралачког права, којим се надомешћује неизбежни недостатак временски окамењене позиције законодавца. Сходно томе, овакав начин правног нормирања даје извесну слободу ономе ко је овлашћен примењивати право. Међутим, у случају „најбољег интереса детета“ као правног стандарда, та слобода има и једну другу димензију. Наведени правни стандард нема за циљ само да правни систем учини еластичним и прилагоди га постојећим друштвеним променама, већ и да мења односе у друштву, односно да у одређеној мери и друштво прилагођава праву. Правни стандард „најбољег интереса детета“ се тако креће танком границом између оквира које поставља правни поредак и правног волунтаризма и арбитрерности.¹¹

Велика слобода коју „најбољи интерес детета“ као правни стандард пружа судовима, односно органима надлежним за примену права, произилази из његове исувише велике неодређености.¹² Када се неодређеност пренесе на терен личних и породичних односа, указује се проблем одређивања јединствених критеријума који би се могли примењивати на утврђивање „најбољег интереса детета“ у различитим ситуацијама, срединама и друштвима. У фокусу се налази читав низ нематеријалних вредности утканих у појам добробити детета, а

¹¹ Један од оштријих критичара начела „најбољег интереса детета“, амерички правник Мартин Гугенхајм, сматра да се у случају „најбољег интереса детета“ не ради чак ни о правном стандарду, јер правни стандарди имају смислене и докучиве границе. Вид. Martin Guggenheim, „Ratify the U.N. Convention on the Rights of the Child, but don't expect any miracles“, *Emory International Law Review*, 1/2006, 63.

¹² О одређивању садржине правног стандарда „најбољи интерес детета“ и једну могућу дефиницију, вид. у овом броју часописа Марија Драшкић, „Обавезно лишење родитељског права приликом одлучивања суда о вршењу родитељског права: спорно становиште Врховног суда“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2012, 354-355.

које се опирау било каквој унификацији која је достигла завидан ниво на пољу имовинскоправних односа. Одлучити у складу с „најбољим интересом детета“ представља један од најлегитимнијих и, без сумње, најузвишенијих циљева, али и најтеже остваривих у пракси. Чувени француски професор Карбоније правни стандард „најбољег интереса детета“ поредио је с магичном формулом, указујући на сву моћ и немоћ овог принципа.¹³ Чини се као да одговарајућа примена наведеног правног стандарда од судија и других овлашћених лица тражи готово алхемичарске способности, јер се захтева остваривање једног савршеног циља у околностима и са средствима која нису, нити ће икад бити савршене. „Одлучити шта је најбоље за дете поставља питање ништа мање значајно од сврхе и вредности самог живота“, говорио је амерички правник Мнукин.¹⁴ Како је на поменуто питање готово немогуће дати универзалан и јединствен одговор, оставља се простор да се применом правног стандарда „најбољег интереса детета“ долази до сасвим супротних исхода у случајевима који су по својим карактеристикама врло слични.

Другим речима, „најбољи интерес детета“ може послужити као легитиман основ за доношење различитих одлука заснованих на готово идентичном чињеничном стању. У том смислу, британска правница Цилијен Даглас (*Gillian Douglas*) анализира трагични случај из енглеске судске праксе о коме је одлучивао Апелациони суд 2001. године.¹⁵ Наведени суд се нашао у изузетно тешком и незахвалном задатку да одлучи о судбини сијамских близнакиња. Како се хируршким раздвајањем могао сачувати живот само једне девојчице, суд је донео одлуку да је један живот достојан човека у овом случају вреднији од два живота која би доносила неизрециву патњу. Осврћући се на овај случај, Дагласова истиче како би други суд могао донети сасвим супротну одлуку с једнако оправданом аргументацијом која би почивала на „најбољем интересу детета“.¹⁶ Управо се ова неодређеност и недоследност може у исти мах посматрати као највећа снага, али и највећа слабост правног стандарда „најбољег интереса детета“.¹⁷ Снага се огледа у могућности да судија испољи своју креативност и осећај правичности у ситуацијама када све остале правне норме затаје. Слабост је што лично и субјективно осећање правде и правичности није могуће учинити заједничким за све људе.

¹³ Вид. Jean Carbonnier, *Droit civil Introduction, Les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, Quadrige/PUF, Paris 2004, 833.

¹⁴ Robert Mnookin, „Child custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy“, *Law and Contemporary Problems* 3/1975, 260.

¹⁵ *Re A (Children) (Conjoined Twins: Surgical Separation, England and Wales Court of Appeal*, B1/2000/2969, 22nd September 2000), вид. G. Douglas, 172.

¹⁶ *Ibid.*, 173.

¹⁷ *Ibid.*

Дакле, без обзира на то да ли га доживљавали као „магичну“ или „мистификовану празну формулу“,¹⁸ јасно је да правни стандард „најбољег интереса детета“ даје велику слободу онима који га примењују. Како је свака слобода подложна злоупотребама, у правној теорији има ставова да наведени правни стандард треба примењивати само у одсуству неког другог правног правила које би се могло применити на конкретну ситуацију.¹⁹ Ипак, без обзира на прагматичну вредност оваквог становишта, њиме се проблем одређивања садржине правног стандарда „најбољег интереса детета“ не решава, већ ублажава.

У недостатку јаснијег правног одређења „најбољег интереса детета“ схватање наведеног правног стандарда се тесно преплиће с моралним вредностима онога ко одлучује шта је најбоље за дете у конкретном случају. Стога у правној теорији има ставова да одлука о „најбољем интересу детета“ не почива на конкретном чињеничном стању, већ се ради о питању морала.²⁰ Другим речима, иза правног стандарда „најбољег интереса детета“ крију се морални критеријуми.²¹

Укључивање моралних принципа у позитивноправна правила обично се у правној философији означава као „деформализација права“.²² Правни стандард „најбољег интереса детета“ представља, без сумње, пример за наведени процес деформализације. Силе које стоје иза доктрине природног права измениле су представу о наведеном правном стандарду и преобликовале правну конструкцију „најбољег интереса детета“. Због тога се у литератури наводи да је поменути правни стандард суштински допринео консолидацији правне културе „дискреције“,²³ која представља слободно доношење одлука о томе шта је најбоље за одређеног правног субјекта. При томе се не тражи да се аргументи на којима одлука почива оправдају у циљу њене легитимизације.²⁴

¹⁸ Katharina Parr, *Das Kindeswohl in 100 Jahren BGB*, Inaugural Dissertation der Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius Maximilians Universität, Würzburg 2006, 187.

¹⁹ J. Rubellin Devichi, 263.

²⁰ David Archard, *Children: Rights and Childhood*, Routledge, London New York 2009, 62.

²¹ М. Јањић Комар, 21.

²² Jürgen Habermas, Law and Morality, <http://www.tannerlectures.utah.edu/lectures/documents/habermas88.pdf>, 233, 3. март 2012.

²³ Emilio García Méndez, *Protecting the World's Children: Impact of the Convention on the Rights of the Child in Diverse Legal Systems*, UNICEF, Cambridge University Press, Cambridge 2007, 106.

²⁴ *Ibid.*, 107.

Међутим, то што правни стандард „најбољег интереса детета“ омогућава дискрецију лицу које је надлежно за његово тумачење и примену, не значи да је таква дискреција неограничена. Чувени амерички правник Роналд Дворкин наводи како је свака дискреција релативан концепт.²⁵ Поменути аутор на сликовит начин говори да је дискрециона одлука „попут рупе у крофни, која не постоји, изузев једног празног поља унутар граничног појаса који је окружује“.²⁶ Тако се, упркос својој неодређености, „најбољи интерес детета“ не може посматрати ван правног и друштвеног контекста коме припада. Правна конструкција „најбољег интереса детета“ представља део, како међународног права, тако и унутрашњег правног поретка и тиме мора бити подложна одређеним ограничењима. У супротном, „магична формула“ правног стандарда „најбољег интереса детета“ претварала би оне који право примењују у неспутане творце права, ослобођене од поштовања закона или било каквог утицаја судске праксе. Због свега тога, настојање да се „најбољи интерес детета“ дефинише у мери у којој је то могуће, делује као нужан задатак да би овај узвишени правно-политички циљ могао заживети на истински начин.

3. ПРИСТУП ПРОБЛЕМУ САДРЖИНЕ „НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА“

3.1. Спољни и унутрашњи фактори који формирају садржину „најбољег интереса детета“

Настојања да се ближе одреди садржина „најбољег интереса детета“ имају два основна циља. С једне стране, судовима и другим надлежним органима олакшава се примена наведеног принципа. Истовремено, конкретизацијом „најбољег интереса детета“ постављају се одређена ограничења самовољном и волунтаристичком тумачењу поменутог начела. Правна теорија и пракса препознали су одређене факторе или чиниоце који служе наведеним циљевима. У зависности од тога да ли се као полазиште узима шири друштвени контекст или односи унутар породице, могу се разликовати спољни и унутрашњи чиниоци који обликују садржину „најбољег интереса детета“. Спољни чиниоци су брана могућности да се наведени принцип тумачи на јединствен или приближан начин у свим друштвима где се начело „најбољег интереса детета“ примењује. Због тога се у литератури у спољним факторима препознаје партикуларни ка-

²⁵ Ronald Dworkin, „The Model of Rules“, *The University of Chicago Law Review*, 1/1967, 32.

²⁶ *Ibid.*

рактер „најбољег интереса детета“.²⁷ Тако се као фактори који врше спољни утицај на формирање садржине наведеног принципа могу навести културни релативизам и ресурси с којима одређено друштво располаже.²⁸ С друге стране, на садржину „најбољег интереса детета“ утичу и неки унутрашњи чиниоци који се тичу личних својстава самог детета и његовог породичног окружења. У том смислу на садржину наведеног принципа утичу фактори попут жеља и осећања детета, дететовог узраста и пола, као и физичке, психичке и емотивне потребе детета.²⁹ Истовремено, „најбољи интерес детета“ цени се и кроз родитељску подобност да се потребе детета задовоље.³⁰ Као што се може приметити, наведени унутрашњи чиниоци су апсолутно подређени личности детета као субјекта породичноправних односа. Родитељска подобност се посматра у светлу родитељске дужности или одговорности, а не родитељског права према детету.

За разлику од спољних чинилаца, унутрашњи фактори који формирају „најбољи интерес детета“ крећу од сваког појединачног детета или родитеља. Сходно томе, наведени чиниоци имају за циљ да уједначе у мери у којој је то могуће тумачење „најбољег интереса детета“ унутар различитих друштава. Међутим, унутрашњи фактори могу пружити само једнако, односно универзално полазиште за процену наведеног принципа. Околности случаја диктирају смисао који ће се у свакој појединачној ситуацији удахнути „најбољем интересу детета“. Све ово указује да се проблему садржине поменутог начела мора приступити уз уважавање како спољних, тако и унутрашњих фактора. Културни релативизам је нужан за сагледавање „најбољег интереса детета“, јер дете није, нити може бити „самодовољно биће које није у социјалној, емотивној и духовној корелацији са својом породицом и друштвом“.³¹ С друге стране, садржина наведеног прин-

²⁷ Вид. Урош Новаковић, „Најбољи интерес детета заједничко вршење родитељског права“, *Правни живот* 10/ 2011, 116. Исти аутор истиче како, са друге стране, принцип „најбољег интереса детета“ поседује и универзални карактер, који се огледа у формалноправној прихваћености овог начела, како у националним правним системима, тако и на међународном нивоу, *ibid*. Овом приликом треба нагласити како је за садржину „најбољег интереса детета“ значајна само партикуларна компонента поменутог принципа. Сликвито речено, универзални карактер наведеног начела представља кров, док партикуларни елемент представља материјал од којег је здање „најбољег интереса детета“ сачињено.

²⁸ Вид. Eva Brems, „Children’s Rights and Universality“, *Developmental and Autonomy Rights of Children* (ed. J.C.M. Williems) Intersentia, Antwerpen Oxford 2007, 31.

²⁹ Најпознатију листу унутрашњих фактора који обликују „најбољи интерес детета“ даје енглески Закон о деци из 1989. године (*Children Act*). Вид. Део први, 1 (3а d) СА.

³⁰ Вид. Део први, 1 (3f) СА.

³¹ Слободан Панов, *Породично право*, Правни факултет Универзитета у Београду ЈП „Службени гласник“, Београд 2008, 250-251.

ципа не зависи само од одговарајућег правног и друштвеног система коме дете припада, већ и од карактеристика конкретног детета.³² Због тога су се као најутицајније показале оне теорије које обједињују обе групе чинилаца који утичу на одређивање садржине „најбољег интереса детета“. У том смислу од нарочитог значаја су две теорије поникле на англо-саксонском правном подручју. Једна покушава објаснити „најбољи интерес детета“ као „најмање штетну алтернативу“ за дете, док се друга заснива на учењу о „динамичном само-детерминизму“. Ипак, пре осврта на њих, нужно је позабавити се укратко спољним, односном унутрашњим чиниоцима који обликују садржину „најбољег интереса детета“.

3.2. Културни релативизам и расположиви ресурси као спољни фактори

Као што је већ речено, садржину „најбољег интереса детета“ не условљавају само околности конкретног случаја, већ и одређени спољни фактори који делују на шири друштвени контекст у коме се породични односи одвијају. Реч је, пре свега, о културолошким, религијским и моралним вредностима које преовлађају у одређеном друштву,³³ као и механизмима кроз које се такве вредности остварују. У првом случају, говоримо о културном релативизму, а у другом, о расположивим ресурсима као чиниоцима који утичу на обликовање појма „најбољег интереса детета“ у сваком конкретног случају.

Културни релативизам представља оквир за тумачење „најбољег интереса детета“, постављен обичајима и веровањима који су се развијали унутар једног друштва чинећи његову традицију.³⁴ И у самој КПД је приметна извесна нота уважавања културолошких разлика, премда основно полазиште Конвенције представља модел нуклеарне породице унутар модерног либералног друштва.³⁵ Тако се, између осталог, у КПД наводи да ће „стране уговорнице поштовати одговорности, права и дужности родитеља, или, где је такав случај, чланова шире породице или заједнице, како је предвиђено локалним обичајима, законских старатеља или других особа законски одговорних за дете, да би се омогућило, на начин који је у складу с развојним могућностима детета, одговарајуће усмеравање и саветовање у

³² Вид. Г. Ковачек Станић, 144.

³³ Вид. Katharina Boele Woelki *et al.*, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Intersentia, Antwerpen Oxford 2007, 36.

³⁴ Michael Freeman, „The morality of cultural pluralism“, *The International Journal of Children's Rights* 3/1995, 9.

³⁵ Вид. Wibo van Rossum, „The clash of legal cultures over the ‘best interests of the child’ principle in cases of international parental abduction“, *Utrecht Law Review* 2/2010, 36.

остваривању права признатих овом Конвенцијом³⁶. Ипак, културолошке разлике утичу на обликовање „најбољег интереса детета“ захваљујући дискреционом простору којег имају доносиоци одлука о деци у одговарајућем друштву. У том смислу, аустралијски правник Филип Алстон (*Philip Alston*) пореди улогу културног релативизма код „најбољег интереса детета“ с функцијом коју има „поље слободне процене“ (*margin of appreciation*) у пракси Европског суда за људска права у Стразбуру.³⁷ Тако, културни релативизам, као спољни фактор, у исти мах и ограничава и обогаћује садржину „најбољег интереса детета“. Међутим, основни проблем који прати културни релативизам јесте питање његовог односа с правима деце. Тако се преко начела „најбољег интереса детета“ у индивидуалистички свет права деце уводи и категорија друштвеног интереса.³⁸ Како Алстон истиче, начело „најбољег интереса детета“ поседује значајан потенцијал за одбрану обичаја којима се крше права деце.³⁹ Због тога је потребно, у мери у којој је могуће, изградити услове за уважавање и прихватање културолошких разлика приликом тумачења „најбољег интереса детета“. Другим речима, потребно је омеђити дискрециони простор неспутане примене културног релативизма под плаштом добробити детета.

Могу се уочити два основна услова под којима културолошке разлике и традиција могу легитимно утицати на садржину „најбољег интереса детета“. Први услов је позитиван и захтева да одговарајући обичаји, односно културолошки модел буду доминантни у једном друштву или средини. Дакле, потребно је да постоји друштвени образац понашања, чије би напуштање имало негативне последице по дете.⁴⁰ Други услов је да уважавање културолошких разлика кроз примену обичаја и одговарајућих вредносних модела не нарушава развојна права детета, а пре свих, право на живот и здравље.⁴¹

Снажно присуство културног релативизма као спољног фактора који обликује „најбољи интерес детета“, данас се, пре свега, везује за одређена ваневропска друштва (афричке и исламске земље).⁴² Доминација обичаја или одређених вредносних модела у

³⁶ Чл. 5 КПД.

³⁷ Вид. P. Alston, 20.

³⁸ Вид. Милош Станковић, „Правна природа и остваривање права и дужно сти родитеља на васпитање и образовање детета у Србији“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2011, 239.

³⁹ *Ibid.*, 20 21.

⁴⁰ E. Brems, 30.

⁴¹ О категоризацији права детета вид. Марија Драшкић, *Предговор за збирку прописа за област породичног права и права детета*, ЛП „Службени гласник“, Београд 2006, 12 13.

⁴² E. Brems, 30 31.

Европи углавном узмиче под налетом идеологије и система заснованог на поштовању људских права.⁴³ Наиме, културни релативизам и права детета, као посебна категорија људских права, не леже у истој правно-философској равни. Доминантно присуство одређеног културолошког модела подразумева колективни дух и колективизам у многим аспектима друштвеног живота сваког човека. С друге стране, људска права су по својој природи везана за појединца, односно индивидуалистичка. Због тога се напоредо с уздизањем идеје о људским правима одиграва и процес разградње колективних вредности утканих у појам културног релативизма. Што се нашег друштва тиче, тешко би се могло рећи како су одређени културолошки модели опстали у таквом облику који би могао утицати у значајнијој мери на схватање „најбољег интереса детета“. Штавише, постепено напуштање некадашњих друштвених образаца довело је до својеврсне конфузије различитих вредносних модела, што, међутим, превазилази оквире овог рада. У таквој ситуацији одређивање садржине „најбољег интереса детета“ превасходно почива на личним вредностима и осећању морала у сваком конкретном случају.

Ипак, културни релативизам није једини спољни фактор у чијем контексту ваља тумачити „најбољи интерес детета“. Све државе и друштва не располажу истим економским и друштвеним ресурсима, па се и садржина „најбољег интереса детета“ мора прилагодити поменути чиниоцима. Тога су били свесни и творци КПД, када су прописали како ће државе – уговорнице предузети мере ради остваривања економских, социјалних и културних права детета признатих Конвенцијом максимално користећи своја расположива средства.⁴⁴ При томе, „најбољи интерес детета“ превасходно треба остваривати у домену здравља и образовања деце, а нарочито ако је реч о деци с посебним потребама.⁴⁵ Међутим, у случајевима крајње оскудности ресурса, „најбољи интерес детета“ ће се тумачити у светлу развоја система примарне здравствене заштите, којим би се развила култура исхране, хигијене и јавног здравља.⁴⁶

Између културног релативизма и расположивих ресурса као спољних чинилаца који обликују „најбољи интерес детета“, постоји одређена веза. Наиме, што су ресурси обилнији и доступнији, снага традиционалних друштвених образаца је углавном слабија. Супротно

⁴³ Ретки су изузеци, попут ирског друштва, где културни релативизам и даље представља веома значајан фактор приликом одређивања садржине „најбољег интереса детета“ у сваком конкретном случају.

⁴⁴ Чл. 4 КПД.

⁴⁵ Вид. Закључне препоруке Комитета Уједињених Нација за права детета упућене Гани од 18.06.1997. године (CRC/C/15/add.73, para 31).

⁴⁶ Закључне препоруке Комитета Уједињених Нација за права детета упућене Етиопији од 24.01.1997. године (CRC/C/15/add. 67, para 28).

томе, што су економски и социјални ресурси оскуднији, јача потреба за колективизмом и колективним духом који своје упориште налази управо у обичајима и старим вредносним моделима. Због тога се, по правилу, у високо индустријализованим државама „најбољи интерес детета“ тумачи у правцу политике подстицања самосвојности и индивидуалности детета у највећем могућем обиму.⁴⁷ Насупрот томе, у друштвима где је процес индустријализације мање одмакао, „најбољи интерес детета“ се посматра више кроз призму ширих породичних веза и друштвених интереса.⁴⁸ Ипак, и од овако уочене тенденције има изузетака, условљених колективним моралним кодексима или снажним утицајем религије.⁴⁹

3.3. Унутрашњи фактори

Као што је већ речено, спољни фактори у значајној мери обликују садржину „најбољег интереса детета“, али је поменути принцип нужно сагледати и изнутра, односно с позиције конкретног детета и његовог најближег породичног окружења. У том смислу законодавства или судска пракса наводе листу унутрашњих фактора који служе као путоказ приликом одлучивања о „најбољем интересу детета“. Породични закон Србије не наводи унутрашње чиниоце који би се генерално узимали у обзир код одређивања садржине „најбољег интереса детета“.⁵⁰ Поменуте чиниоце, међутим, препознали су наши судови. Тако се у нашој судској пракси, као елементи за процену „најбољег интереса детета“, наводе: узраст и пол детета, жеље и осећања детета с обзиром на узраст и зрелост, потребе детета (васпитне, у вези становања, исхране, одевања, здравствене бриге) и способност родитеља да задовољи утврђене потребе детета.⁵¹ Наведена формулација наших судова одсликава крајње индивидуалистичко и, како би чувени француски правник Карбоније рекао, педоцентрично схватање „најбољег интереса детета“.⁵² Сви унутрашњи фактори подређени су детету, а способност родитеља се цени индивидуално, према сваком родитељу засебно, мада родитељи најчешће врше родитељско право заједнички и споразумно.⁵³

⁴⁷ P. Alston, 5.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Пример Јапана и одређених исламских држава, односно Републике Ирске у Европи.

⁵⁰ Породични закон ПЗ, *Службени гласник РС*, бр. 18/05.

⁵¹ Пресуда Другог општинског суда у Београду П.бр. 5569/05 од 13. јуна 2006. године и пресуда Округног суда у Београду Гж. бр. 13945/06 од 31. октобра 2006. године, Билтен Округног суда у Београду 74/2006.

⁵² Вид. J. Carbonnier, 833.

⁵³ У наведеном примеру из судске праксе, као елемент за процену „најбољег интереса детета“ наводи се „способност родитеља да задовољи утврђене потребе

Наведена листа елемената за процену „најбољег интереса детета“ није последица нарочите стваралачке улоге наших судова. У том смислу, приметан је снажан утицај енглеског Закона о деци из 1989. године, чије су формулације, у овом случају, очито служиле као узор. Поменути Закон даје се списак фактора (*statutory checklist*) који ће олакшати судовима примену принципа „најбољег интереса детета“.⁵⁴ Тако енглески законодавац као факторе за процену поменутог принципа наводи: докучиве жеље и осећања конкретног детета (у светлу дететовог узраста и разумевања), дететове физичке, емотивне и образовне потребе, вероватно дејство промењених околности на дете, дететов узраст, пол, окружење или било које друго својство детета које суд нађе релевантним, штета коју је дете претрпело или ризик од наношења штете, способност било ког од родитеља детета или другог лица, кога суд сматра значајним у смислу задовољења потреба детета и опсег овлашћења која суду стоје на располагању у конкретном поступку.⁵⁵ Може се приметити како је листа унутрашњих фактора које наводи енглески законодавац исцрпнија у односу на поменуте факторе које је преузела наша судска пракса. Овде нарочито треба поменути вероватни утицај промењених околности на дете, као и штету коју је дете претрпело, односно за коју постоји ризик да ће је у конкретном случају претрпети. Поменути фактори су нарочито значајни у случајевима раздвајања детета од родитеља, односно код заснивања хранитељског односа или доношења одлука поводом захтева сродника детета за одржавање личних односа с дететом.⁵⁶

3.4. „Најбољи интерес детета“ у *Преднацрту закона о правима детета*

Наше законодавство, дакле, не нуди опште елементе за процену „најбољег интереса детета“, који би представљали заједничко полазиште за све односе од непосредног или посредног значаја за децу.⁵⁷ Ипак, таква ситуација би се могла у будућности промени-

детета“, уместо „способности родитеља да задовоље одређене потребе детета“. Дакле, као субјект породичноправног односа јавља се родитељ, а не родитељи. Ако то налаже најбољи интерес детета, у САД је суд овлашћен да измени споразум супружника, вид. Ненад Тешић, „Ко плати дукат да у брак уђе, даје два да из брака изађе“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2011, 309.

⁵⁴ Вид. Judith Masson, Rebecca Bailey Harris, Rebecca Probert, *Principles of Family Law*, Sweet & Maxwell, London 2008, 668.

⁵⁵ Вид. Nigel Lowe, Gillian Douglas, *Bromley's Family Law*, Oxford University Press, Oxford 2007, 468 469.

⁵⁶ Вид. J. Masson, R. Bailey Harris, R. Probert, 673, 677.

⁵⁷ Насупрот томе, одређени општи правни акти садрже посебне критеријуме за процену „најбољег интереса детета“ у нарочитим ситуацијама. На пример, Правилником о хранитељству ПХ, *Службени гласник РС*, бр. 36/08, предвиђају се

ти. Наиме, крајем 2011. године, под покровитељством Заштитника грађана, представљен је *Преднацрт Закона о правима детета*. Творци Преднацрта су као један од основних циљева поставили управо успостављање јединствених критеријума и стандарда за остваривање „најбољег интереса детета“ у свим областима живота и развоја детета.⁵⁸ Сходно томе, у Преднацрту се предлаже детаљна листа унутрашњих, али и спољних чинилаца који се требају узети у обзир приликом одређивања садржине „најбољег интереса детета“.⁵⁹

Може се приметити како концептом „најбољег интереса детета“ из Преднацрта доминирају две чувене теорије, потекле с англосаксонског правног подручја. На првом месту то је теорија о „најбољем интересу детета“ као „најмање штетној алтернативи“ (*the least detrimental alternative*).⁶⁰ Основно полазиште наведене теорије је да се интерес детета може разматрати одвојено од интереса његове породице једино ако породица не успе обезбедити негу и заштиту детета у складу с минималним социјалним стандардима.⁶¹ До тада држава треба да остави родитеље да васпитавају и подижу своје дете како налазе за сходно. Међутим, уколико је држава принуђена да интервенише у породичне односе, „нема идеалног решења за дете, већ једино оног које је најмање штетно“.⁶² При томе, нарочито се мора водити рачуна о безбедности и сигурности детета, континуитету и стабилности односа између детета и лица која су овлашћена старати се

посебни стандарди за остваривање „најбољег интереса детета“ код хранитељског односа. Вид. чл. 6. ПХ.

⁵⁸ Невена Вучковић Шаховић, „Закон о правима детета“, *Правни живот* 2/2011, 48.

⁵⁹ Вид. чл. 18 Преднацрта Закона о правима детета од 09. новембра 2011. године. Преднацрт уместо термина „најбољи интерес детета“ у једнини, без икакве потребе користи израз „најбољи интереси детета“. Оваква формулација не само да је страна духу нашег језика, већ представља својеврсни *contradictio in adiecto*. Дете у одређеном временском тренутку, у зависности од околности случаја, може имати више конкурентских интереса, али се једном интересу мора дати предност у односу на остале, јер у супротном такав интерес детета не би био „најбољи“. Признавање могућности да дете има више „најбољих интереса“ водило би потпуној конфузији приликом примене овог, ионако, у знатној мери неодређеног појма. „Најбољи интерес“ конкретног детета се може мењати током времена, услед развоја психо физичких способности детета или наступања нових околности, али се овде ради о трансформацији, а не плуралитету „најбољег интереса детета“.

⁶⁰ Поменуту теорију су, седамдесетих година прошлог века под покровитељством Правног факултета у Јелу (*Yale Law School*), формулисали Џозеф Голдштајн (*Joseph Goldstein*), Алберт Солнит (*Albert Solnit*) и Ана Фројд (*Anna Freud*), као трио истакнутих стручњака из различитих научних области (право, дечија психијатрија, клиничка психологија).

⁶¹ Joseph Goldstein *et al.*, *The Best Interests of the Child: The Least Detrimental Alternative*, The Free Press, New York 1998, xv.

⁶² *Ibid.*

о њему,⁶³ као и дететовом осећају за време.⁶⁴ Управо ове критеријуме за процену „најбољег интереса детета“ преузима и *Преднацрт Закона о правима детета*. Тако се у поменутом Преднацрту инсистира на потреби осигурања безбедности детета, дугорочним ефектима односа које је дете успоставило с родитељем или другом особом, као и уважавању дететовог доживљаја времена и последица које одлагање доношења одлуке може имати на дете.⁶⁵

Друга теорија, чији се печат примећује у Преднацрту, је учење о динамичном самоодређењу (*dynamic self-determinism*).⁶⁶ Према поменутој теорији „најбољи интерес детета“ има динамичну садржину, која се мења у складу с психо-физичким развојем детета. Због тога треба установити најбоље окружење за дете где ће оно моћи да се развија као личност и исказује сопствено мишљење и жеље.⁶⁷ У том смислу, доношење одлука о деци се може окарактерисати као усаглашавање прохтева деце с тренутним и будућим друштвеним окружењем.⁶⁸ У складу с концептом динамичног самоодређења, Преднацрт предлаже да се приликом процене „најбољег интереса детета“ у обзир узимају потребе физичког, сазнајног, емоционалног и социјалног развоја детета.⁶⁹ Такође, мишљење и жеље детета наводе се као једно од основних полазишта приликом утврђивање „најбољег интереса детета“.⁷⁰

Једном речју, може се закључити да Преднацрт с правом нуди концепцију која настоји да обједини спољне и унутрашње чиниоце приликом утврђивања „најбољег интереса детета“. Само на такав начин ће принцип „најбољи интерес детета“ моћи да оправда своју истинску сврху и смисао.

⁶³ Континуитет личних односа између детета и лица које се о њему стара се мора имати и виду јер се дете везује за родитељску фигуру из психолошких, а не биолошких разлога. Вид. *ibid.*, 9.

⁶⁴ Дететов доживљај времена се разликује од осећаја за време одраслих лица. У том смислу толеранција детета према неизвесности је мања, те дете тежи што пре задовољити своје инстинктивне и емотивне потребе. Како дете расте, његова толеранција се нагло увећава. Вид. *ibid.*, xv.

⁶⁵ Вид. чл. 18, ст. 2, тач. 3, 4, 9 Преднацрта Закона о правима детета.

⁶⁶ Творац наведене теорије је познати енглески правник јужноафричког по рекла Џон Ејкелар (*John Eekelaar*).

⁶⁷ John Eekelaar, „The interests of the child and child’s wishes: the role of dynamic self determinism“, *International Journal of Law and the Family* 8/ 1994, 54.

⁶⁸ *Ibid.*, 52.

⁶⁹ Вид. чл. 18, ст. 2, тач. 2 Преднацрта Закона о правима детета.

⁷⁰ Вид. чл. 18, ст. 2, тач. 8 Преднацрта Закона о правима детета.

4. ЗАКЉУЧАК

У „најбољи интерес детета“ се морају уткати како колективне културне и друштвене вредности, тако и посебност и карактеристике сваког засебног детета. Због тога, поменути принцип обухвата наизглед непомирљиве елементе. Ипак, „најбољи интерес детета“ не треба посматрати у светлу сукоба између интереса породице као установе и интереса детета као индивидуалног субјекта породичних односа. Напротив, наведени правни стандард треба тумачити као мост између дететовог друштвеног и породичног окружења и самог детета. То је спона којом се детету преносе колективне вредности једног друштва и индивидуалне вредности једне породице, али и простор у коме ће дете развити сопствене вредности које ће једног дана преносити другима. Градитељи тог моста, творци поменуте споне између спољашњих и унутрашњих елемената „најбољег интереса детета“, јесу, пре свих, родитељи детета.

Родитељи су, природно, најнепосредније заинтересовани да се принцип „најбољег интереса детета“ примени на одговарајући начин. Њима би се морало омогућити поље слободне процене, попут онога које имају државе у контексту права на поштовање породичног живота пред Европским судом за људска права у Стразбуру. Због тога примену начела „најбољег интереса детета“ треба везивати за ситуацију конфликта, распада породице и пре свега, нужну заштиту деце. Такво схватање одговара „најбољем интересу детета“ као „најмање штетној алтернативи“ за дете, које *Пренацрт Закона о правима детета* у приличној мери усваја. Концепт „најбољег интереса детета“ из Преднацрта нуди исрпну и савремену листу елемената за примену наведеног правног стандарда те би, без сумње, представљао значајан искорак у том смислу.

Међутим, како би се додатно умањила могућност злоупотребе принципа „најбољег интереса“ детета, потребно је предложене критеријуме у одређеној мери рангирати, с обзиром на то да нису сви истога значаја. Као примарне критеријуме изричито треба издвојити заштиту живота и здравља и осигурање безбедности детета. Поменути критеријуми представљају апсолутне елементе за процену „најбољег интереса детета“, односно оне елементе којима се у колизији с другим критеријумима увек мора дати предност. Као другоранжирани критеријум требало би предвидети значај обезбеђења стабилности и континуитета односа с родитељима, док би се остали елементи могли сврстати у трећи ранг елемената за процену „најбољег интереса детета“. Оваква категоризација би, чини се, допринела побољшању иначе квалитетног и свеобухватног приступа твораца Преднацрта проблему садржине „најбољег интереса детета“. Истовремено, заштитила би се и значајна већина оних родитеља којима је љубав према својој деци изнад сваког правног принципа и правила.

Veljko Vlašković, LL.M

Assistant Lecturer

University of Kragujevac Faculty of Law

„THE BEST INTEREST OF THE CHILD“ PROBLEM OF CONTENT DETERMINATION

Summary

“The best interests of the child” notion is one of the most significant legal principles in the contemporary national legal systems, as well as in the international law, particularly due to its wide application. That legal standard is „uncrowned ruler“ of all provisions regulating the relationships concerning children, and the main criterium for reaching any decision influencing them directly or indirectly. However, when this noble goal is transferred to the field of interpretation in legal practice the problem of its not completely clear contents arises. The author analyses different approaches and means that can ease the difficulty, since it is not possible to solve it definitely. The problem of “the child’s best interests” is particularly analysed in the context of Serbian legal system which, in the absence of defined cultural model, reaches for the solutions given in the British legislation. The Preliminary draft of the Law on the Rights of the Child of 2011, in suggesting “the best interests of the child” contents, mainly follows the English Children Act (1989) solutions, combined with impact of certain influential legal theories. The author argues that the mentioned concept should include collective social and cultural values. He also advocates that different criteria should be ranked within its content, so that protection of life, health and security of the child should be the principal ones.

Key words: *“The best interests of the child”*. – *External factors*. – *Internal factors*. – *„The least detrimental alternative“*. – *Dynamic self – determinism*.

Др Марија Драшкић*

ОБАВЕЗНО ЛИШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА
ПРИЛИКОМ ОДЛУЧИВАЊА СУДА О ВРШЕЊУ
РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА: СПОРНО СТАНОВИШТЕ
ВРХОВНОГ СУДА СРБИЈЕ

1. ЧИЊЕНИЧНО СТАЊЕ

Брак Г. Ј. и М. Ф. је разведен и њихова заједничка малолетна ћерка Н. Ј. поверена је мајци пресудом Општинског суда у Сремској Митровици П. 337/02 од 27. маја 2002. године. Мајка се у међувремену удала и, како је намеравала да заједно са дететом промени пребивалиште и настави живот у Белгији, затражила је од оца детета сагласност за овакву промену. Он је одбио сагласност и поднео тужбу са захтевом да се измени пресуда Општинског суда у Сремској Митровици П. 337/02 од 27. маја 2002. године, и то тако што би се након става два и три изреке поменуте пресуде додао нови став, који би гласио да се одвођење Н. Ј. у иностранство од стране мајке може реализовати уз претходну писмену сагласност и одобрење оца, те да се пресуда достави СУП-у Сремска Митровица – Одељење за путне исправе ради евиденције овог ограничења. Мајка је одговорила противтужбом, затраживши од суда да усвоји њен захтев и обавезе тужиоца да се сагласи са променом пребивалишта малолете Н. Ј, односно са њеним одвођењем у иностранство, коју изјаву о сагласности ће у случају противљења односно одбијања оца малолетне Н. Ј. заменити судска пресуда, која ће послужити као основ за све радње везане за промену пребивалишта малолетног детета одвођењем у иностранство, као што је издавање путне исправе за путовање у иностранство малолетне Н. Ј, односно за упис малолетне Н. Ј. у путну исправу мајке М. Ф.

* Ауторка је редовна професорка Правног факултета Универзитета у Београду и судија Уставног суда Републике Србије, *maja@ius.bg.ac.rs*.

2. ПРВОСТЕПЕНА И ДРУГОСТЕПЕНА ПРЕСУДА

Пресудом Општинског суда у Сремској Митровици П. 914/05 од 17. марта 2006. године, ставом првим изреке одбијен је као неоснован тужбени захтев тужиоца Г. Ј; ставом другим изреке је усвојен противтужбени захтев тужене М. Ф; док је ставом трећим изреке обавезана тужена да омогући одржавање контакта тужиоца са заједничким дететом, малолетном Н. Ј, месец дана у току летњег распуста, половину зимског распуста, за време верских празника сагласно новим приликама у којима ће дете живети у Белгији, а поштујући вољу и потребе детета.

Одлучујући о жалби тужиоца Окружни суд у Сремској Митровици је пресудом Гж.1146/06 од 14. јуна 2006. године одбио жалбу као неосновану и потврдио првостепену пресуду.

Против наведене другостепене пресуде тужилац је благовремено изјавио ревизију због битних повреда одредаба парничног поступка и погрешне примене материјалног права.

3. РЕШЕЊЕ ВРХОВНОГ СУДА СРБИЈЕ

Одлучујући о ревизији, Врховни суд Србије је нашао да је ревизија основана, па је донео решење Рев. 2557/06 од 1. марта 2007. године којим је укинуо пресуду Окружног суда у Сремској Митровици Гж.1146/06 од 14. јуна 2006. године и пресуду Општинског суда у Сремској Митровици П. 914/05 од 17. марта 2006. године и предмет вратио првостепеном суду на поновно суђење.

У образложењу овог решења Врховни суд Србије је навео:

„По становишту Врховног суда, суд није овлашћен да уместо родитеља одлучује о пребивалишту малолетног детета или да доноси одлуке које замењују заједничке одлуке родитеља о битним питањима вршења родитељског права – која утичу на живот малолетног детета, као што је образовање детета, предузимање већих медицинских захвата над дететом, промена пребивалишта детета или располагање имовином детета велике вредности, а превентивни и корективни надзор над вршењем родитељског права обавља орган старатељства а не суд.

Суд је, зависно од околности случаја, овлашћен да у поступку одлучивања о вршењу родитељског права, између осталог, делимично лиши родитеља који не врши родитељско право да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета, ако несавесно врши права или дужности из садржине родитељског права.

Ревизијом се основано указује да су нижестепене одлуке захваћене битном повредом одредба парничног поступка из чл. 361, ст. 2, тач. 12 Закона о парничном поступку (ЗПП), јер су разлози нижестепених пресуда нејасни и противречни и да је због погрешне примене материјалног права чињенично стање непотпуно утврђено, обзиром да побијане одлуке не садрже разлоге о свим битним чињеницама за оцену основаности захтева тужбе за измену одлуке о вршењу родитељског права, односно делимичном лишавању родитељског права тужиоца у смислу чл. 82, тач. 1 и 4 у вези са чл. 273, тач. 2 Породичног закона (ПЗ), ако би то био захтев противтужбе, којима је прописано да родитељ који не врши родитељско право може бити лишен права на одржавање личних односа са дететом и права да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета, ако несавесно врши права или дужности из садржине родитељског права.

Имајући у виду све наведене околности Врховни суд је укинуо обе нижестепене пресуде и на основу чл. 406, ст. 1 и чл. 407, ст. 2 ЗПП одлучио као у изреци.

У поновном поступку првостепени суд ће отклонити речене недостатке, наложити уређење тужбе у погледу захтева противтужбе који може бити усмерен на делимично лишавање родитељског права, а не на доношење одлуке која замењује сагласност родитеља за одвођење малолетног детета у иностранство или о делимичном лишавању родитељског права одлучити по службеној дужности – у спору који се води поводом вршења родитељског права, у изложеном смислу употпунити чињенично стање и донети закониту и правилну одлуку“.¹

4. ВРШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА

4.1. Заједничко вршење родитељског права

Родитељско право, будући да припада оцу и мајци заједно, врше оба родитеља заједнички и споразумно у погледу свих права и дужности које чине његову садржину. То је случај када родитељи и дете живе у брачној или ванбрачној породичној заједници, па оба родитеља чувају и васпитавају дете, заступају га, старају се о његовом образовању и издржавању и управљају његовом имовином. Уколико, ипак, дође до неслагања родитеља у погледу вршења родитељског права, иако је таква могућност прилично невероватна за родитеље

¹ Вид. решење Врховног суда Србије Рев. 2557/06 од 1. марта 2007. године. Из архиве Суда.

који живе заједно, интервенисаће орган старатељства мерама превентивног или корективног надзора, а уколико се појави спор међу родитељима, предвиђено је да одлуку доноси суд.²

Родитељи, међутим, могу наставити да врше родитељско право заједнички и споразумно и након што престану да воде заједнички живот ако закључе писмени споразум о заједничком вршењу родитељског права и ако суд процени да је тај споразум у најбољем интересу детета.³ Овакав споразум родитеља има многобројне предности. На првом месту, он показује да су родитељи спремни да наставе да деле задовољство и одговорност одгајања детета и након што престану да живе заједно у браку или ванбрачној заједници. У односу на дете, њихов споразум је порука детету да је и даље једнако вољено од оба родитеља – чиме се у великој мери спречава трауматични осећај губитка због раздвајања мајке и оца⁴ – те да трајност и чврсти-

² Вид. чл. 75, ст. 1, чл. 79 и чл. 261 273 Породичног закона ПЗ (*Службени гласник РС*, бр. 18/05). Ипак, случајеви интервенције органа старатељства због сукоба родитеља који су у браку и живе заједно изузетно су ретки у пракси центара за социјални рад..

³ Вид. чл. 75, ст. 2, чл. 76, ст. 1 и чл. 272, ст. 1 ПЗ. То је институт који је под називом „заједничко старање“ (*joint custody*), добро познат у упоредном праву. При том, највећи број законодавстава уводи принцип заједничког вршења родитељског права брачних родитеља као правило, од кога постоје само законски допуштени изузеци, док се заједничко старање ванбрачних родитеља по правилу условљава и неким додатним разлозима. Тако, рецимо, после најновије реформе родитељског права у Шведској, суд је овлашћен да одреди заједничко старање над дететом чак и када се један од родитеља томе противи ако је то решење у најбољем интересу детета, иако се у литератури и коментарима наводи да судови у оваквим ситуацијама поступају са великим опрезом. Видети Закон о старању, пребивалишту и приступу Шведске (1998) и Ake Saldeen, „Paternity and Custody“, *The International Survey of Family Law*, 2000, 353 356. У немачком праву заједничко вршење родитељског права представља правило од кога постоје само два допуштена изузетка. Наиме, сваки родитељ може поднети захтев да му буде додељено право на самостално вршење родитељског права под условом да се други родитељ са тим сложи, осим ако се дете које је навршило 14. годину живота томе противи, или се може очекивати да је одустанак од заједничког вршења родитељског права у најбољем интересу детета. Видети пар. 1671 Немачког грађанског законика. Мањи број законодавстава препушта само родитељима иницијативу о заједничком вршењу родитељског права (на пример, швајцарско право). Опширније о заједничком вршењу родитељског права у упоредном праву видети Гордана Ковачек Станић, *Упоредно породично право*, Нови Сад 2002, 231 270.

⁴ Главни разлог због кога је раздвајање родитеља толико тешко за децу јесте тај што деца имају мало искуства да би могла да схвате разлоге рушења породичног нуклеуса. Због тога терапеути озбиљно препоручују родитељима да деци дају детаљна и једноставна објашњења о томе шта значи раздвајање и зашто је до њега морало доћи. То је такође погодан тренутак да се дете разувери како разлог због кога родитељ напушта породични дом није то што је оно нешто рекло, урадило или мислило. Вид. опширније Marija Draškić, „Mediation in Family Matters“, University of Bologna, www.uniadriun.unibo.it. 3.

на родитељске привржености детету нису угрожени поремећајима у њиховом међусобном односу. Родитељи су у прилици да наставе да заједнички врше сва права и дужности из садржине родитељског права, избегавајући тиме непријатељство и незадовољство према судској одлуци којом се за вршиоца родитељског права одређује само један од њих.⁵ Најзад, овакво решење има и практичне предности, јер оставља родитељима могућност да свој живот планирају лишени свакодневног и непрестаног притиска одговорности са којом се суочава родитељ који самостално врши родитељско право.⁶ При том, оба родитеља налазе се у једнаком правном положају према детету, али то не значи да нужно оба и фактички врше родитељско право и воде свакодневну бригу о детету. Важно је само да они могу да се и даље споразумевају у погледу вршења родитељског права на начин на који су то чинили док су водили заједнички живот. Стога је посебно прописано да саставни део споразума о заједничком вршењу родитељског права мора бити и споразум о томе шта ће се сматрати законским пребивалиштем детета.⁷ То значи да се родитељи могу споразумети да дете део времена фактички живи са једним, а потом са другим родитељем (рецимо, ако родитељи живе у близини, или је дете сувише мало да би имало развијене социјалне контакте са околином, или је дете одрасло и може самостално да преваљује раздаљину

⁵ Амерички аутор Ahrons категорисао је пет типова построзводног односа између супружника: савршени партнери, кооперативне колеге, љути сарадници, жестоки непријатељи и растављени пар. Прве две категорије називају се „функционалним са родитељством“ и њима би споразум о заједничком вршењу родитељског права био потребан правни оквир, следеће две су дисфункционални односи у којима се може у најбољем случају водити „паралелно родитељство“, а последња категорија су самохрани родитељи, што је решење које је увек штетно за децу. *Ibid.*

⁶ У литератури је остало прилично усамљено искључиво становиште једног броја аутора о вишеструкој штетности заједничког вршења родитељског права. Оно се своди на указивање на опасност да заједничко родитељско старање угрожава по требу детета за стабилношћу, која се сматра принципом који надилази најбољи интерес детета. Вид. J. Goldstein, J. A. Freud, A. Solnit, *Beyond the Best Interest of the Child*, New York 1979, 120.

Слично се о заједничком вршењу родитељског права, истина ретко, изјашњавала и судска пракса у време када наши законски прописи нису познавали овај правни институт: „Искључена је могућност да се малољетно дијете повјери на чување и одгој једном родитељу, а истодобно и другом родитељу ‘барем један тједан мјесечно, и то непрекидно’. Ово не само због тога што би таква одлука била у супротности с интересима правилног уздизања и одгоја малољетника (стално сељење), већ и због тога што наше породично право не дозвољава такву парцијалну повјеру дјетета.“ Вид. одлуку Округног суда у Дубровнику Гж. 667/83 од 10. јануара 1984, Збирка судских одлука из породичног права, Загреб 1988, одлука бр. 15.

⁷ Вид. чл. 76, ст. 2 ПЗ. Не би требало да ово правило у пракси створи било какве проблеме. Ситуација је, заправо, врло слична оној која постоји када родитељи воде заједнички живот у браку, али немају заједничко пребивалиште.

између стана једног и другог родитеља и комуницира са вршњацима на обе локације, итд.), односно да све време живи само са једним родитељем (на пример, ако на дете узнемирујуће делује ситуација да има „две куће“, или је становање детета везано за задовољавање неких посебних здравствених, школских, спортских или других потреба, или родитељи живе на великој удаљености итд.). И у овом случају, пролазне неспоразуме родитеља приликом заједничког вршења родитељског права отклањаће мерама превентивног или корективног надзора орган старатељства, а у оним случајевима у којима родитељи никако не могу постићи сагласност о појединим одлукама из садржине родитељског права одлучиваће суд у посебном поступку за заштиту права детета.

4.2. Самостално вршење родитељског права.

Нажалост, и поред свих многобројних предности заједничког вршења родитељског права, неки родитељи не могу да постигну споразум о томе или – што се догађа знатно ређе у животу – суд процени да споразум родитеља о заједничком вршењу родитељског права није у најбољем интересу детета. Тада одлуку о томе ко од родитеља ће вршити родитељско право доноси суд.⁸ То значи да ће родитељско право вршити родитељ коме је дете поверено одлуком у брачном спору, када суд донесе пресуду којом се брак разводи или се поништава, или се одбија тужбени захтев за утврђење да брак постоји,⁹ као и у свим преосталим ситуацијама када се ради о ванбрачним родитељима, у којима је за доношење одлуке о поверавању детета некада био надлежан орган старатељства.

Критеријуми на основу којих ће суд одлучивати о поверавању детета су разноврсни. Суд је, међутим, дужан да се увек руководи *најбољим интересом детета* као основним и најважнијим критеријумом.¹⁰ Интерес детета је правни стандард чија се садржина различито одређује у теорији и законодавству, на њега утичу многобројне и различите објективне околности, али и субјективни и индивидуални систем вредности судије који доноси одлуку о поверавању.¹¹ Ипак, узимајући у обзир сва различита схватања, мож-

⁸ Вид. чл. 77, ст. 3 4 ПЗ. Суд је обавезан да у том случају донесе не само одлуку о поверавању детета, него и одлуку о висини доприноса за издржавање које плаћа други родитељ те о начину одржавања личних односа детета са другим родитељем. Вид. чл. 272, ст. 2 ПЗ.

⁹ Вид. чл. 210, ст. 1 и чл. 226 ПЗ.

¹⁰ Видети чл. 266, ст. 1 и чл. 268, ст. 1 ПЗ.

¹¹ Управо у намери да се фактор субјективности што више ограничи приликом процене интереса детета, овом се појму у литератури и законодавству најчешће додају атрибути „највећи“, „објективни“ или „најбољи“. Неретко, предлаже се и термин „добробит“ детета, као примеренији и свеобухватнији, јер добро

да би се могло најопштије рећи како је највећи интерес детета да живи у породици у којој ће моћи непрекидно да се развија, од бића у потпуној иницијалној зависности од својих родитеља до индивидуе која је самостална, зрела и одговорна у личном, економском и социјалном смислу. Све што доприноси таквом развоју у интересу је детета, а све оно што такав развој омета или онемогућава супротно је најбољем интересу детета. Другим речима, највиши интерес детета јесте у томе да живи у породичној атмосфери која је оптимална за његов свеукупни развој, али таква идеална породица није она у којој нема никаквих проблема и сукоба – јер таква породица не постоји – већ она у којој су односи детета са члановима породице засновани на узајамној привржености, поверењу и сарадњи, што омогућава да се проблеми решавају и сукоби превазилазе. При том, предмет оцене суда треба да буду све околности које могу бити значајне за доношење одлуке о поверавању детета. То су, на пример: жеље родитеља и жеља детета у вези са вршењем родитељског права, стамбене, здравствене и имовинске прилике обају родитеља, њихове могућности да непосредно одгајају дете, понашање и карактерне особине родитеља, узраст детета итд.¹² Суд је, надаље, обавезан да затражи налаз и стручно мишљење од органа старатељства, породичног саветовалишта или друге установе специјализоване за посредовање у породичним односима¹³ како би од одговарајућих стручњака – пре свега од психолога, а по потреби и од психијатра – добио стручно

бит претпоставља оптимални статус детета, како у односу на њега самог, тако и у односу на друге субјекте, док је интерес синоним за одредиву, али не увек одређену потребу детета у сваком конкретном случају. Опширније о различитим теоријским схватањима правног стандарда интереса детета видети Гордана Ковачек Станић, *Правни израз родитељства*, Нови Сад 1994, 51 55, Mira Alinčić *et al.*, *Obiteljsko pravo*, Zagreb 2011, 245 248. Према једној дефиницији Високог комесаријата УН за избеглице, појам „најбољи интерес“ широко описује добробит детета. Та добробит је одређена мноштвом индивидуалних околности, као што су узраст, зрелост, присуство или одсуство родитеља, дететово окружење и искуство. Вид. *UNHCR Guide lines on Determining the Best Interest of the Child*, 2008.

¹² Опширније о критеријумима за поверавање деце у домаћем и страном праву, који обухватају узраст и пол детета, жеље детета, интегрисаност детета у одређену социјалну средину и моралне квалитете и понашање родитеља, видети Мирко Живковић, *Поверавање деце на чување и васпитање у међународном приватном праву*, Ниш 1991, 22 30. Један амерички аутор издвојио је чак 19 критеријума којима се руководе судови приликом доношења одлуке о поверавању деце у америчкој судској пракси: предност мајке (тзв. *tender years doctrine*), расположиво време које родитељ може провести са дететом, време које дете проводи са родитељем за време трајања поступка, континуитет и стабилност односа детета са породицом у којој живи, алкохолизам и наркоманија родитеља, ментална лабилност родитеља, склоност лагању и кривоклетство родитеља, честе промене боравишта родитеља, мешање у посете детета другом родитељу, хетеросексуалне и хомосексуалне везе родитеља, жеље детета итд. Вид. Jeff Atkinson, „Criteria for Deciding Child Custody in the Trial and Appellate Courts“, *Family Law Quarterly*, 18, 1/1984, 8 36.

¹³ Видети чл. 270 ПЗ.

мишљење о томе какве су личности један и други родитељ и колико су спремни да одговорно преузму бригу о свом детету. Најзад, пре доношења одлуке суд је дужан да саслуша и мишљење детета и да његовом мишљењу посвети дужну пажњу у складу са годинама и зрелошћу детета, водећи при том рачуна да дете буде испитано на адекватан начин, са свом обазривошћу коју такав разговор налаже и уз стручно познавање дечје психе, понашања и реакција.¹⁴

4.3. Правни положај родитеља који не врши родитељско право

Одлука суда о томе да само један од родитеља врши родитељско право према детету никако, међутим, не значи да други родитељ нема више никаква права из садржине родитељског права. Напротив, положај родитеља који привремено или трајно не врши родитељско право такође је уређен законом. Другим речима, други родитељ, онај коме дете није поверено и са којим он не живи у породичној заједници, такође је титулар родитељског права. Да родитељу који не врши родитељско право и даље припада родитељско право види се по томе што он наставља да врши нека права и дужности из садржине родитељског права.

Најпре, родитељ који не врши родитељско право дужан је да издржава своје дете.¹⁵ Висина доприноса за издржавање одређује се споразумом родитеља о вршењу родитељског права односно, у одсуству таквог споразума, одлуком суда.

Друго, како је за правилан развој детета и његово формирање у зрелу и стабилну личност неопходно присуство оба родитеља, законом је утврђено да дете има право да одржава личне односе са родитељем са којим не живи у породичној заједници,¹⁶ а тиме и родитељ са којим дете не живи остварује један важан део садржине свог родитељског права. Као и када је реч о вршењу родитељског права уопште, споразум родитеља о начину вршења овог права и дужности је добродошао, како дете никада не би имало утисак да је престанком заједничког живота изгубило једног родитеља. У недостатку родитељског споразума, о начину одржавања личних односа

¹⁴ Вид. чл. 65 ПЗ. Исто и чл. 12 Конвенције о правима детета. У шведском праву дете има право да буде саслушано пред судом ако за то постоје посебни разлози и ако је несумњиво да дете неће бити повређено таквим актом. Вид. пар. 6, чл. 19, ст. 3 Законика о родитељима, стараоцима и деци. У припремним радовима за доношење овог закона било је препоручено да дете млађе од 12 година не буде саслушавано у споровима који се односе на поверавање или одржавање личних односа. Исти узраст од 12 година за изјашњавање детета предвиђају и данско, холандско и шпанско право. Вид. пар. 29 данског Закона о старању, чл. 162а холандског Грађанског законика и чл. 92 Шпанског грађанског законика.

¹⁵ Вид. чл. 78, ст. 3 ПЗ.

¹⁶ Вид. чл. 61 ПЗ.

детета и родитеља с којим дете не живи одлучује суд. Споразумом односно одлуком о одржавању личних односа детета са родитељем са којим не живи у породичној заједници најчешће се фиксирају време, место и трајање заједничких сусрета те недељних и годишњих одмора родитеља и детета.

Надаље, о питањима која битно утичу на живот детета одлучује и родитељ који не врши родитељско право заједнички и споразумно са родитељем који врши родитељско право.¹⁷ Питањима која битно утичу на живот детета сматрају се нарочито: образовање детета, предузимање већих медицинских захвата над дететом, промена пребивалишта детета и располагање имовином детета велике вредности.¹⁸ Из стилизације законског текста, међутим, недвосмислено произилази да је ово набрајање само *exempli causa* те да суд њиме није везан, односно да увек може да оцењује као фактичко питање шта су то питања од битног значаја за живот детета у сваком конкретном случају.

Родитељ код кога дете не живи и који, у складу с тим, не врши родитељско право може тражити измену одлуке о поверавању детета на чување и васпитавање другом родитељу, ако су се промениле прилике због којих је дете поверено другом родитељу (на пример, ако је родитељ коме дете није било поверено стекао запослење, обезбедио стан, вратио се из иностранства, итд.), односно када више није у интересу детета да остане код родитеља који је до тада вршио родитељско право (на пример, због тешке болести тог родитеља, неуредног живота, лишења пословне способности, итд.). Разуме се, захтев за доношење нове одлуке може поставити и родитељ који врши родитељско право.¹⁹

Потом, у случају смрти родитеља који је сам вршио родитељско право, родитељско право почиње да врши други родитељ. Отуда други родитељ има законско право да захтева да му особа код које се дете налази преда дете на чување и васпитавање.²⁰ У случају спора између

¹⁷ Вид. чл. 78, ст. 3 ПЗ.

¹⁸ Вид. чл. 78, ст. 4 ПЗ.

¹⁹ Вид. чл. 264, ст. 1 ПЗ.

²⁰ Ово правило последица је апсолутног карактера родитељског права, који налаже поштовање претпоставке да родитељи имају право на вршење родитељског права пре него била која друга особа *in loco parentis*. Стога, ако умре родитељ коме је дете било поверено на чување и васпитавање, преживели родитељ по самом закону преузима вршење родитељског права. Исти став заузео је и Врховни суд Словеније у необјављеној одлуци У. 228/79 5 од 9. августа 1979. За супротно становиште, да се у наведеној ситуацији не може говорити о преношењу права на вршење родитељског права на преживелог родитеља *ipso iure*, вид. Karel Zupančič, „Izvrševanje roditeljske pravice po smrti roditelja, kateremu je sodišče ob razvezi zakonske zveze zaupalo otroka v varstvo in vzgojo“, *Pravnik* 4 6/1980, 141. Конвенција о правима детета посебно

преживелог родитеља и трећег лица одлуку доноси суд. Уколико суд, ипак, поводом спора родитеља и особе код које се дете налази, одлучи да дете повери неком другом лицу или институцији, таква одлука неминовно има и карактер одлуке о лишењу родитељског права. Будући, дакле, да дете има право да живи са родитељима и право да се родитељи о њему старају пре свих других, одлука о одвајању детета од родитеља може се донети само ако постоје разлози да се родитељ потпуно или делимично лиши родитељског права или у случају насиља у породици и тек након прибављеног мишљења органа старатељства, породичног саветовалишта или друге установе специјализоване за посредовање у породичним односима.²¹ У сваком случају, када суд једном донесе одлуку о вршењу родитељског права, а дете се не налази код родитеља који треба да га врши, суд ће наредити да се дете одмах преда родитељу који треба да врши родитељско право.²²

Најзад, родитељ који не врши родитељско право због тога што је дете на основу споразума родитеља или на основу одлуке суда поверено другом родитељу, има право на давање сагласности са усвојењем свог детета.²³

5. ЛИШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА

5.1. Потпуно лишење родитељског права

У нашем праву предвиђена су два основна разлога за потпуно лишење родитељског права. Дакле, родитељ који злоупотребљава права или грубо занемарује дужности из садржине родитељског права може бити потпуно лишен родитељског права.²⁴

Злоупотреба родитељског права значи такво штетно понашање родитеља, када поступци родитеља противрече интересима детета у тој мери да је озбиљно угрожен његов физички, морални и интелектуални развој. Законским одредбама је, опет само *exempli causa*, наведено да родитељ злоупотребљава права из садржине родитељског

прокламује да родитељи имају главну и првенствену одговорност за подизање и развој детета. Вид. чл. 18, ст. 1 и чл. 27, ст. 2 Конвенције о правима детета.

²¹ Вид. чл. 60 и чл. 270 ПЗ.

²² Вид. чл. 272, ст. 3 ПЗ.

²³ Закон је, наиме, прописао да се дете може усвојити само уз сагласност родитеља, а да сагласност родитеља није потребна само ако је он потпуно лишен родитељског права или пословне способности, односно када је лишен права да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета. Вид. чл. 95, ст. 1 и чл. 96 ПЗ.

²⁴ Вид. чл. 81, ст. 1. ПЗ.

права ако физички, сексуално или емоционално злоставља дете, ако изабљује дете силећи га на претеран рад или на рад који угрожава морал, здравље или образовање детета, односно на рад који је забрањен законом, ако подстиче дете на вршење кривичних дела, ако навикава дете на одавање рђавим склоностима или на неки други начин злоупотребљава права из садржине родитељског права (на пример, показује окрутност, суровост, потпуно ограничава слободу кретања детета, свесно упропашћава имовину детета, итд.).²⁵ Злоупотреба родитељског права подразумева свесно и вољно понашање родитеља и, по правилу, значи да се злонамерни поступци родитеља понављају. Ипак, могло би се говорити о злоупотреби родитељског права и у случају само једног поступка родитеља, који је толико опасан за дете да се, заправо, и не сме чекати понављање (на пример, покушај убиства детета, наношење тешке телесне повреде, сексуална злоупотреба, итд.).

Грубо занемаривање родитељских дужности постоји када родитељ уопште не брине о детету нити подмирује неке његове основне животне потребе (не води рачуна о исхрани детета, хигијенски га запушта, не лечи га, ускраћује му издржавање, итд.). Законодавац је међутим и овде, опет само примера ради, навео неке конкретне поступке родитеља који су јасан основ за потпуно лишење родитељског права због грубог занемаривања дужности из садржине родитељског права: ако је родитељ напустио дете, ако се уопште не стара о детету са којим живи, ако избегава да издржава дете или да одржава личне односе са дететом са којим не живи, односно ако спречава одржавање личних односа детета и родитеља са којим дете не живи, ако с намером и неоправдано избегава да створи услове за заједнички живот са дететом које се налази у установи социјалне заштите или на други начин грубо занемарује дужности из садржине родитељског права.²⁶ Док родитељ који злоупотребљава своје родитељско право обично делује активно, предузимајући нешто чиме штети интересима детета, родитељ који грубо занемарује дужности обично пропушта, делимично или потпуно, оне радње које су обавезни саставни део родитељских дужности. И овде долази у обзир само скривљено понашање родитеља.

Судска одлука о потпуном лишењу родитељског права лишава родитеља свих права и дужности из садржине родитељског права,

²⁵ Вид. чл. 81, ст. 2 тачке 1 5 ПЗ.

²⁶ Вид. чл. 81, ст. 3, тач. 1 5 ПЗ. И у упоредном праву прописују се често конкретни разлози због којих се родитељу одузима родитељско право, као што су напуштање детета или понашање родитеља којим он очигледно показује да се не брине о детету. Вид, на пример, чл. 154. Породичног закона Федерације Босне и Херцеговине и чл. 116 Закона о браку и породичним односима Словеније.

што значи да родитељ више нема право и дужност да дете чува, подиже, васпитава, заступа, стара се о његовом образовању или управља имовином детета. Од таквог родитеља не тражи се ни пристанак за усвајање детета.²⁷ Изричито је, међутим, прописано да се родитељ који је потпуно лишен родитељског права не ослобађа дужност да издржава дете.²⁸ Најзад, одлука о потпуном лишењу родитељског права мора се забележити у магичну књигу рођених, а ако дете има права на непокретностима, и у одговарајући јавни регистар права на непокретностима.²⁹ Овакви уписи потребни су ради обезбеђења правне сигурности, како би свака заинтересована особа била обавештена да родитељ нема родитељско право према свом детету, те да га не може ни вршити (на пример, родитељ нема право да заступа дете, није потребан његов пристанак за усвојење детета, не може управљати имовином детета, итд.), односно да нема способности за заснивање правних односа ни са туђом децом (на пример, нема активну адоптивну способност, не може бити старатељ, итд.).

5.2. Делимично лишење родитељског права.

Родитељ који несавесно врши права и дужности из садржине родитељског права може бити делимично лишен родитељског права. При том, родитељ може бити лишен једног или више права, у зависности од тога да ли он у том тренутку врши или не врши родитељско право, али такође никада не може бити лишен дужности да издржава дете.³⁰

Делимично лишење родитељског права родитеља који врши родитељско право значи да родитељ може бити лишен права и дужности на чување, подизање, васпитавање, образовање и заступање детета, те на управљање и располагање имовином детета.³¹ Другим речима, одлука ће зависити од тога да ли је родитељ поступао несавесно у погледу више права и дужности из садржине родитељског права или у погледу само неких од њих (на пример, родитељ показује пропусте само у начину на који заступа дете приликом давања са-

²⁷ Вид. чл. 96, тач. 1 ПЗ. У том смислу, родитељског права може бити потпуно лишен и родитељ који родитељско право тренутно не врши због тога што је дете по верено на чување и васпитавање другом родитељу, уколико вршећи она овлашћења на која има право злоупотреби родитељско право (на пример, остварујући право на одржавање личних односа са дететом искористи те сусрете да дете наводи на извршавање кривичних дела) или грубо занемари родитељске дужности (на пример, избегава да издржава дете, избегава да одржава личне односе са дететом, итд.). Тако и Ана Prokop, *Porodično pravo – Odnosi roditelja i djece*, Zagreb 1972, 190.

²⁸ Вид. чл. 82, ст. 1 2 ПЗ.

²⁹ Вид. чл. 87 ПЗ.

³⁰ Вид. чл. 81, ст. 1 ПЗ.

³¹ Вид. чл. 82, ст. 3 ПЗ.

гласности за предузимање неопходне медицинске интервенције над дететом),³² али родитељ никада неће моћи бити делимично лишен родитељског права у погледу свих права и дужности из садржине родитељског права. Несавесност родитеља у вршењу родитељског права представља други диференцијални критеријум у односу на потпуно лишење родитељског права, будући да подразумева мањи степен одговорности од злоупотребе права односно грубог занемаривања родитељских дужности.

Делимично лишење родитељског права родитеља који не врши родитељско право односи се на могућност да родитељ буде лишен права на одржавање личних односа са дететом или права да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета.³³ Опет, дакле, долази у обзир одузимање једног или другог права родитеља, као санкција за његове поступке који нису резултат злоупотребе права односно грубог занемаривања дужности, већ су последица веће или мање несавесности у вршењу родитељског права.

Судска одлука о делимичном лишењу родитељског права лишава родитеља једног или више права и дужности из садржине родитељског права, а обим лишења зависиће од судске процене околности сваког појединог случаја. Од родитеља који је лишен права да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета не тражи се ни пристанак за усвајање детета.³⁴ Изричито је, међутим, исто као и у случају потпуног лишења родитељског права, прописано да се родитељ који је делимично лишен родитељског права не ослобађа дужност да издржава дете.³⁵ Правноснажна судска одлука о делимичном лишењу родитељског права уписује се у матичну књигу рођених и у јавни регистар права на непокретностима из истих разлога који вреде и за потпуно лишење родитељског права.

³² За правно уређење делимичног лишења родитељског права законодавца је инспирисао добро познати институт „штићеника суда“ (*a ward of court*) англо америчког права, који се најчешће примењује управо у одлукама из области медицинског права. У једној од свакако најпознатијих таквих одлука, родитељима је одузето право да одбију сагласност да се њихово новорођенче оболело од Дауновог синдрома подвргне хитној операцији на гастроинтестиналном тракту. Вид. *Baby Alexandra Case (Wardship: Medical Treatment)*, 1982, FLR 117. Опширније вид. Andrew Bainham, *Children: The Modern Law*, Bristol 1998, 260.

³³ Вид. чл. 82, ст. 4 ПЗ. Занимљиву одредбу у овој материји познаје македонско право, према којој је орган старатељства овлашћен да ограничи право родитеља на одржавање личних односа са дететом ако више од три месеца не даје издржавање за дете, ако више од три пута заредом прекрши правило о начину одржавања личних односа садржано у решењу органа старатељства или ако не врати дете у року који му је одређен решењем органа старатељства, односно ако одведе дете у непознатом правцу. Вид. чл. 87, ст. 2 5 новелираног македонског Закона о породици.

³⁴ Вид. чл. 96, тач. 2 ПЗ.

³⁵ Вид. чл. 82, ст. 2 ПЗ.

6. ЗАКЉУЧАК

Одлука о лишењу родитељског права – макар и делимичном – по мом мишљењу, није потребна да би суд одлучио о вршењу родитељског права у случају када нема сагласности родитеља, а ради се о свим оним ситуацијама у којима о вршењу права и дужности из садржине родитељског права родитељи одлучују заједнички. Тако, на пример, ако родитељ коме дете није поверено сматра да је висина износа за издржавање детета одређена тужбеним захтевом превисока, о томе ће се водити спор, а коначну одлуку донеће суд, ценећи све релевантне околности на страни повериоца и дужника издржавања. Другим речима, то што један родитељ сматра да износ који плаћа на име издржавања свог детета треба да буде мањи, никако не значи да он несавесно врши родитељско право и да га треба лишити родитељског права! Такође, уколико родитељи не могу постићи сагласност о начину на који ће дете одржавати личне односе са оним родитељем са којим не живи, о томе ће опет одлучивати суд, водећи рачуна о најбољем интересу детета. И у овом случају, то што родитељ са којим дете не живи сматра да дете треба да виђа сваки дан, никако га не може означити као родитеља који несавесно врши родитељско право – због чега га треба делимично лишити родитељског права – иако је суд, руководећи се најбољим интересом детета, утврдио да ти сусрети треба да се одвијају само једном недељно. Само изузетно, имајући у виду да је одржавање личних односа са родитељем право детета, оно се може ограничити судском одлуком када је то у најбољем интересу детета, а то значи када постоје озбиљни разлози да се родитељ потпуно или делимично лиши родитељског права или у случају насиља у породици.³⁶ Најзад, на исти начин суд треба да одлучује и када међу родитељима нема сагласности о питању које битно утиче на живот детета, без обзира на то да ли родитељи заједнички врше родитељско право или родитељско право самостално врши један од њих, а други има право да (су)одлучује о битним питањима за живот детета. Дакле, то што један родитељ сматра да његово дете не треба да промени пребивалиште и пресели се са мајком у Белгију, никако не значи да је он несавестан родитељ и да га суд мора претходно лишити родитељског права да би донео одлуку о тужбеном захтеву мајке, како произилази из цитиране одлуке Врховног суда Србије. Напротив, отац малолетног детета има сасвим легитиман интерес да истакне свој став, одлучујући о питању које битно утиче на живот његовог детета, као што је то несумњиво промена пребивалишта детета, износећи аргументе у прилог томе да је у најбољем интересу детета да остане да живи у Србији (на при-

³⁶ Вид. чл. 61, ст. 3 ПЗ.

мер, наводећи да је његово дете тешко адаптибилно, да је изузетно везано за њега и његову породицу те да промена средине у таквим околностима може довести до емоционалног поремећаја, да ће дете живети у знатно лошијим материјалним и стамбеним условима, да му је дете саопштило да не жели да живи у Белгији, итд.). Таквог родитеља суд никако не би смео да дисквалификује лишвајући га родитељског права; напротив, суд је дужан да све овакве аргументе озбиљно размотри са становишта највеће добробити детета и потом донесе одлуку о усвајању тужбеног захтева мајке и дозволи промену пребивалишта детета, односно да одбије тужбени захтев мајке, процењујући да је у најбољем интересу детета да ипак не промени пребивалиште. У овом другом случају, мајка би морала да одлучи да ли ће одустати од одласка у Белгију и наставити да живи са дететом у Србији, или ће покренути нови судски поступак за измену одлуке о поверавању детета, предлажући да због новонасталих промењених околности родитељско право убудуће врши отац девојчице.

Овакво тумачење темељи се на начелном ставу да нема довољно оправдања за тако озбиљно мешање државе у породични живот учесника у овом поступку, као што је делимично лишење родитељског права. Европски суд за људска права је такође у више наврата реafirмисао принцип да је у најбољем интересу детета да везе са природном породицом буду очуване увек када је то могуће, као и да се те везе смеју прекидати само у изузетним околностима, односно да се мора учинити све како би се те везе обновили увек када је то могуће.³⁷ Стога, свако ограничавање права на поштовање породичног живота мора бити схваћено само као привремена мера, која треба да престане чим околности то допусте, а свака судска одлука мора бити у складу са највишим циљем, а то је вршење свих породичних права и дужности у неограниченом обиму. Другим речима, судови морају у сваком тренутку водити рачуна да постигну оптималну равнотежу између, са једне стране, остварења најбољег интереса детета и, са друге стране, обезбеђења услова да родитељски капацитет обају родитеља буде у што је могуће већој мери очуван. Такав тест сразмерности захтева да се процени да ли постоји разумни однос сразмерности између примењених средстава и циља чијем се остварењу тежило. Врховни суд Србије је у праву када каже да мере превентивног и корективног надзора над вршењем родитељског права спроводи орган старатељства, али погрешно отклања сопствену надлежност управо тамо где се она мора засновати када мере органа старатељства нису више делотворне. То значи, сматрамо, да у овом конкретном случају детету може бити допуштено да промени

³⁷ Вид., уместо свих других, пресуду у случају *Case of Gnahoré v. France, No. 4003/98*, од 19. септембра 2000. године.

пребивалиште и буде смештено у окружење за које је процењено да боље доприноси развоју и добробити детета, али то никако не значи да је отац детета, процењујући најбољи интерес детета различито од суда, несавесно вршио једно овлашћење из садржине родитељског права те да би због тога требало да буде погођен озбиљном породичноправном санкцијом као што је лишење родитељског права. Другим речима, морале би неопходно постојати и друге околности које би указивале на несавесно поступање оца, због којих би му било одузето право да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета, а тиме и једног важног аспекта права на породични живот. У одсуству таквих чињеница, судови у Србији управо су позвани да, применом одредаба о поступку у спору за заштиту права детета – који се може водити у погледу свих права која су детету призната Породичним законом, а нису заштићена неким другим поступком³⁸ – одлучују о томе шта је у сваком конкретном случају у најбољем интересу детета, не посежући за мером лишења родитељског права, која у овом случају није ни потребна ни корисна.

³⁸ Вид. чл. 263 ПЗ.

Др Момир Милојевић*

Нада Варничих Донжон, *Француски језик у праву*, Правни факултет, Београд 2011, 154.

Правни факултет Универзитета у Београду је објавио књигу професорке Наде Варничих Донжон која представља уџбеник за студенте права који су се определили за француски као страни језик који су дужни да полажу на првој години студија. У Уводној напомени се каже да је то првенствена намена књиге, али се додаје да је она упућена и „свим правницима који користе стручну литературу на француском језику као и онима који желе да обнове раније стечено знање језика струке“ (стр. 7). Имајући у виду садржину и начин представљања текстова, чини нам се да ће ова књига највише користити последњима, иако писац истиче да има у виду уџбеник који је подељен на девет целина из широке области државног и међународног права.

Писац полази од претпоставке да се студенти опредељују за страни језик који су највише учили у претходном школовању и да зато нису потребна никаква граматичка упутства. Та претпоставка може да буде оправдана ако се има на уму да је страни језик обавезан предмет и да зато не постоји потреба за више курсева према степену тежине као што је било у време када је страни језик био факултативан предмет, па се на Факултету могао учити од почетка. Тако је дошло не до класичног уџбеника из страног језика, већ до збирке одабраних текстова на том језику. Текстови су наведени углавном из француских уџбеника и служе као илустрација начина излагања материје на том језику. Са становишта језика то изгледа најлогичније и најсигурније. Употреба француског језика је олакшана тиме што је француско право у великој мери кодификовано и с изграђеном терминологијом, што олакшава налажење значења у нашем праву. То је важно зато што је прецизност предуслов за правилно разумевање, а тиме и за правилну примену права. Ако је тако, може се поставити питање зашто је највише текстова из француског

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду.

права, ма колики био његов допринос општој правној култури. Студенти треба да науче француски правнички језик, за шта је довољно дати им одабране текстове не само устава и закона, већ и одлука Државног савета и говора најпознатијих правника. Томе би се могли додати акти најважнијих међународних организација и одлуке међународних судова. То је важно за студенте који учествују не само на такмишењима у говорништву већ и у познавању појединих грана права (арбитражног, привредног, хуманитарног и др.).

На француском језику има сјајних предавања (на пр. у Хашкој академији за међународно право¹) и чланака у часописима и зборницима не само Француза, јер је француски језик, до Другог светског рата, био највише употребљаван у дипломатији и у међународном општењу у најширем смислу. Французима може само да служи на част што су њихов језик неговали, ширили и употребљавали и многи који никада у Француској нису били. Сви су на разне начине доприносили награђни и усавршавању стручног језика, „израза и конструкција“. Данашњи француски језик је, попут многих других, загађен туђицама и зато је потребна велика пажња у погледу избора текстова. Вероватно је писац овог уџбеника то најбоље осетио. Имајући у виду данашње стање француског језика склони смо мишљењу да је писац веровао да ће најбоље учинити ако за уџбеник француског језика највише користи француско право (шест делова), па је и део посвећен међународном јавном праву преузет из француског уџбеника уместо (на пример) из Повеље Уједињених нација, Статута Међународног суда правде или Бечке конвенције о уговорном праву, ако се задржава тематски приступ.

Декларација о правима човека и грађанина од 26. августа 1789. године је очекивано на почасном месту (стр. 9–10), али би било логичније да је у делу посвећеном уставном праву, поготово што се у поднаслову (стр. 9) каже да је она „затим стављена у прочеље Устава од 1791. године“, а у белешци 1 да је служила као основ за тај устав. На први поглед то може да изгледа тако, али у стварности није. Устав од 3. септембра 1791. године има први део с насловом: „Основне одредбе које гарантује Устав“ у коме су препричане и нешто измењене одредбе Декларације. Зато се може рећи да је она основ устава у коме се помиње доношење „зборника грађанских закона заједничких за целу краљевину“.² Декларација о правима чо-

¹ A. Verdross, *Idées directrices de l'Organisation des Nations Unies*, „Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye“, 1953, t. 83, pp. 1 77; S. Bastid, *Les tribunaux administratifs internationaux et leur jurisprudence*, „Recueil des cours“, 1957, t. 92, pp. 303 517; C. A. Colliard, *Evolution et aspects actuels du régime juridique des fleuves internationaux*, „Recueil des cours“, 1968, t. 125, pp. 337 442; P. Weil, *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier*, „Recueil des cours“, 1969, t. 128, pp. 95 240.

² M. A. Thiers, *Histoire de la Révolution française*, t. 4, quinzième édition, Paris 1851, pp. 356 357; L. Duguit et H. Monier, *Les Constitutions et les principales lois*

века и грађанина (1789) има посебно место не само у Француској уставности него и у свести политичког и јавног мњења више зато што је била први акт те врсте, а не зато што је најпотпунији у погледу садржине. Много су потпуније декларације у уставима из 1793. и 1795. године.³ Због историјског значаја Декларацију из 1789. године помињу у уводним одредбама устава из 1946. и 1958. године.

Француски устав од 4. октобра 1958. године је представљен одредбама о Уставном савету (стр. 13–14). Са становишта његове улоге су значајни само чланови 58–62, а чланови 56–57 представљају „статику“, па није важно да ли ће студенти знати да одговоре на питања бр. 1–2 која се односе на састав Савета. Било би корисније да је увршћен чл. 55 који говори о односу између устава и међународног уговора. Писцу уџбеника нису на то скренули пажњу наставници са „стручним језичким искуством“ којима захваљује за сугестије. Наравно да је значајан и чл. 16 који се односи на изузетан случај (ванредне прилике), али се придаје важност одредбама које треба да спрече злоупотребу председничког овлашћења.⁴ Међутим, није јасно зашто се од студената тражи да одговоре шта је тачно а шта није у набрајању функција председника републике (стр. 19) о чему се једва нешто може наслутити из текста (стр. 16–17). То још више важи за појам „ванредног овлашћења“ (стр. 19). Постоје само ванредно стање и ванредне прилике. Не треба збуњивати студенте.

Француска се с правом поноси административним (управним) правом, које има дужу традицију од уставног права и велики број сјајних писаца из те области. Зато није јасно зашто се писац уџбеника определио да из те широке области одабере елементе једностраног управног акта (стр. 21),⁵ или врсте управних спорова (стр. 25). Жан Риверо је најбољи француски стручњак за управно право и још бољи говорник, и могао се наћи део од општег значаја који би студентима остао у дужем памћењу.

Радно право, иако звучи скромно, заслужује далеко већу пажњу него што му је до сада поклањана. И у тој области има доста писаца који су писали на француском језику, а и одлука Сталног суда међународне правде. Колективни уговори као извори права заиста спадају међу најважнија питања радног права и социјалне заштите и није довољно да се само укаже на њихово разликовање од колективних споразума. Седам питања која се постављају студентима (стр.

politiques en France depuis 1789, troisième édition, Paris 1915, pp. 4–5. Диги и Моние стављају Декларацију изнад Устава од 1791. Исто, стр. 1–3.

³ M. A. Thiers, *op. cit.*, 389–392, 415–417; L. Duguit et H. Monier, *op. cit.*, pp. 66–69, 78–80.

⁴ Због овлашћења председника Републике, Уставног савета и Народне скупштине, није јасан наслов на стр. 16.

⁵ Највећи број тих аката су једностранни.

30) то потврђује. Међутим, други текст о „моралном узнемиравању на раду“ (стр. 31), може да личи на савремено помодарство које се стишава, а односи се на дискриминацију у говору колега. У том тексту наилазимо на појмове „присталице менаџмента“. То је потврда изнете тврдње о кварењу француског језика, без обзира на то ко их је увео и недовољне поузданости модерне француске литературе. Од студената се тражи да објасне разлику између дискриминације и оговарања, а у речнику (како на стр. 32, тако и на крају књиге) нема француске речи за узнемиравање. Ваљда се претпоставља да студенти знају. Много је значајнији текст о дискриминацији заснованој на годинама старости, која може да буде непосредна и посредна (стр. 33), иако се не каже да ли је реч о дискриминацији у корист (само се наговештавају случајеви) или на штету запосленог (што се посредно може закључити из казних одредаба због отпуштања с посла). Ово питање је важно, јер међународни акти не забрањују дискриминацију због година старости.

Највећа пажња је оправдано поклоњена грађанском праву, коме је посвећено седам текстова. Писац уџбеника каже да је то учињено „с обзиром на обимност материје коју ова област обухвата и на значај који *француско (подвукао М. М.)* грађанско право има за развој грађанског права уопште“ (стр. 7). Потпуно се слажемо с том оценом, уз напомену да наши студенти не уче француско, већ српско грађанско право, које такође има можда највећу примену у свакодневном животу људи. Несумњиво је да у грађанском праву средишњо место има право својине, које је Жан Карбоније дефинисао као право коришћења и располагања ствари на најпотпунији начин (стр. 37), с објашњењима сваке употребљене речи (стр. 37–39). Исто је поступљено и у погледу ограничења права својине (стр. 39–40). У складу с тим, студентима је постављено више питања, али није јасно зашто се тражи да објасне појмове закона и уредбе, што припада уставном праву. Затим следе текстови о плодоуживању и службено-стима (стр. 44–49). Остала четири текста су из облигационог права, које представља динамику права.

Правну динамику представља и пословно право које је свуда, па и у Србији, изведено из грађанског права, најпре као трговачко, а затим као привредно право. Нажалост, посвећена су му само два текста: један делимично одговарајући (о друштву с ограниченом одговорношћу) и један неодговарајући (о клаузули највећег повлашћења), који припада међународном праву што потврђује текст преузет из уџбеника из међународног јавног права (стр. 69). Томе је придодато интернетско право (стр. 70–74), које припада праву интелектуалне својине. Ваљда по инерцији или класичном схватању система права, после пословног права се наводи међународно приватно право, које има значај у решавању међународних привредних споро-

ва, али и ван пословног права у грађанскоправним односима са страним елементом. Нажалост, и овој важној области су посвећена само два текста (стр. 77–84). Први текст представља велико освежење и заслужује најсрдачнију честитку за избор. Реч је о Конвенцији о једнообразном закону о облику међународног тестаментa (1973).⁶ Освежење је што после текстова писаца из позитивног права читалац наилази на међународни уговор који је значајан због разрађених обавеза држава (чл. 1) и детаљно уређеног предмета уговора. Писац уџбеника је то добро осетио и поставио питање шта државе морају да учине у року од шест месеци по ступању Конвенције на снагу (питање под ред. бр. 3 на стр. 81). Познавање овог текста је посебно важно за оне који буду учествовали у решавању спорова из наследног права пред међународним судовима (иако је изостављен Прилог са правилима о међународном тестаменту) не само на такмичењима студената, него и у пракси пред правим судовима. Они који проучавају питање примене међународног права у унутрашњем праву имају прилику да провере како су одредбе ове Конвенције представљене у нашим законима о наслеђивању донетим после 1977. године. Зато је велика штета што текст Конвенције на француском језику није пренет из југословенског *Службеног листа*. У овој групи је и текст о удаљавању с државне територије, очигледно одломак судећи по непотпуном наслову (стр. 83). Вероватно зато што спада у област права странаца, која је дуго сматрана за део приватног права. Међутим, права на улазак у државу и боравак на њеној територији нису приватна, већ јавна права и зато је овом питању место у јавном праву.

Међународно јавно право је „заступљено“ са свега три текста, иако има све већи значај у животу држава и народа. Већ први текст је с неодговарајућим насловом: „Међународни поступак“ (стр. 103). Опет је то исечак из ширег текста, који можда има такав поднаслов. Реч је о поступку за закључивање међународних уговора, што се каже у последњој реченици првог става (стр. 103). Све је речено кратко и јасно. Наведени наслов је указивао на поступак за решавање спорова, о чему се говори у другом тексту („Арбитражни поступак“, стр. 108). Ако је ишта могло да прође без француских писаца, то је у овој области, иако је и међу Французима било добрих писаца из области међународног права. Освежење овде представља Свеопшта декларација о људским правима (1948), али је штета што овај несумњиво најпопуларнији међународни документ није дат у целини већ у изводима, иако није дугачак. У изводима је требало дати, на пример, делове из Повеље Уједињених нација (увод и чланове 1–4, 33, 39–42, 55–56, 92–94, 102–103) и Статута Међународног суда

⁶ Ратификовала га је Југославија 3. јуна 1977. године, а текст на француском језику је објављен у *Службеном листу СФРЈ*, Међународни уговори и други спорови зуми 3/1977, 258–264.

правде (чланове 2, 19, 38, 59–60, 65), а да се не помињу најважније одредбе међународних пактова о људским правима.

У данашњем сложеном друштву је оправдано посвећена пажња регионалној сарадњи држава, у којој је сада Европска унија у првом плану (стр. 115–130). Међутим, њен правни поредак, који није добар као што се представља, је још лошије представљен у овој књизи. Грешке почињу од наслова („Лисабонски уговор: Институционалне промене“, стр. 115) у коме су оба појма непотпуна. Иако се обично говори о Лисабонском уговору, то није исправно. Не постоји један уговор, већ два уговора који представљају измене два раније закључена уговора: Уговор о Европској унији (измена и допуна уговора из Мастрихта, 1992) и Уговор о функционисању Европске уније (измене и допуне Римског Уговора о оснивању Европске економске заједнице, 1957). Одредбе о органима су у првом уговору (чл. 13–19, 36). Студентима треба препоручивати изворне документе у највећој могућој мери, а избегавати разне популарне водиче и коментаре. У датом тексту се не види какве су промене извршене на које указује други део наслова. У тој светлости је потпуно депласиран текст о „комунитарном правном поретку“ (стр. 119–121), о коме је писано и код нас у време постојања *заједница*, када су интелектуално лењи „стручњаци“ кварили наш језик, не налазећи придев који би означавао припадност заједници. Зато се више не може говорити ни о систему правне заштите „Европске заједнице“ (стр. 123–125) који је задржан у Уговору о функционисању Европске уније с другачијим означавањем одредаба. У складу с важећим правом је само текст о Европи слободе, безбедности и правде (стр. 129–130). Међутим, ако се има у виду да је реч о шенгенском систему, нашим студентима је добро познато како им је тај систем онемогућавао или отежавао улазак у државе, под лажним изговорима борбе против криминала, чему је посвећена иначе корисна сарадња у области правосуђа. Када се расправља о Европи, боље је говорити о европском праву које се ствара у оквиру других, по броју чланова далеко ширих европских организација. Довољно је поменути Европску конвенцију о људским правима (1950) која већ скоро једну деценију омогућава грађанима Србије да се обраћају Европском суду за људска права у Стразбуру, када сматрају да је повређено неко право које им признаје Конвенција.

Студентима и свима који се користе француским језиком биће веома користан речник на крају књиге (стр. 133–154), као и после сваког одељка. Међутим, у њему недостају неке речи из наслова и поднаслова, које су неопходне чак и ако се претпостави да су студентима познате. Наслови морају да одговарају садржини текста, што не мора бити случај када се користе одломци ширих текстова. Исто

тако, текстови морају садржати кључне речи чије се идентификовање тражи, а за речи само значење које оне имају у тексту. Навођење више значења (иначе неопходно нарочито у енциклопедијским речницима) може понекога да збуни и наведе на погрешан избор.⁷ Ако је то у општем речнику на крају књиге могуће, мора се избећи у појединим текстовима у којима једна реч има само једно значење, било да је реч о правним прописима или о стручној правној литератури на француском језику. Отуда је ова књига више од уџбеника за студенте права и француског језика у праву, плод великог напора, вредан похвала и поред примедби које се могу учинити. А то може само добрим књигама као што је ова. Добра зато што је корисна и тешка, јер захтева велико предзнање, као уосталом универзитетске студије и научни рад сваке врсте.

⁷ На пример, роштво уместо службености, расправа уместо уговора, при нудна наплата или стрељање уместо извршења, особина или посед (државина) уместо својина, итд.

Др Борис Беговић*

Peter T. Leeson, *The Invisible Hook: The Hidden Economics of Pirates*, Princeton Oxford, Princeton University Press, Princeton NJ 2009, 271.

Шта је заједничко људима који чине следећу тројку: (1) Капетан Џек Спероу (*Jack Sparrow*), личност из маште; (2) Капетан Црнобради (*Blackbeard*, рођен као *Edward Teach*), историјска личност, погинуо 1718. године; (3) Едвард Кардел, нажалост историјска личност? Одговор је неочекиван: самоуправљање!

Управо је то основни закључак књиге Питера Лисона посвећене економској анализи пиратерије. Реч је о класичној пиратерији, која је свој врхунац доживела крајем XVII и почетком XVIII века, а не о овој данашњој, што компјутерској, то оној сомалијској. Класични пирати су били веома способни мореполовци, који су успевали да месецима плове отвореним океаном, још способнији ратници на мору и људи који су у доба једрењака успевали да делотворном организацијом реше читав низ фундаменталних проблема колективног живота на мору, у невероватно скученом простору тадашњих бродова. Да не буде забуне, књига се бави пиратима, људима који су били с оне стране закона, криминалцима најгоре врсте, а не гусарима (различите врсте: *corsairs, privateers, buccaneers*), онима који су се бавили истоветним пословима пљачке, али су то чинили у име државе, на основу владареве повеље, што би се, коришћењем модерног речника, могло окарактерисати као јавно-приватно партнерство. Наравно, гусари не само да нису сматрани криминалцима, него су били и остали национални хероји.

Пошто смо раздвојили жито од кукоља, да се вратимо пиратима, криминалцима. Они су, по мишљењу аутора, рационални људи, па решавању наведених проблема приступају на рационалан начин. На најзначајнији проблем организације колективне акције на

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду и председник Центра за либерално демократске студије.

мору одговорили су формирањем ООУП-а – основне организације удружене пљачке. Управо тако, на мору пљачка мора да буде удружена – усамљени пљачкаш на пучини не би могао ни да преживи, а камо ли да буде делотворан у свом послу. Због тога су односи на броду били самоуправљачки. Постојала је повеља о удруживању (злочиначког) рада, којом су сви чланови посаде пиратског брода, од команданта, до обичног морнара, преузимали радно-пљачкашке обавезе и на основу тога стицали права у подели плена. Радна снага је сматрана за основни производни фактор, док је капитал, отелотворен у пиратском броду био од секундарне важности. Тај брод је обично био прибављен крађом, па се тиме и питање власништва над капиталом било од секундарне важности – баш као код Кардеља. Онај који је у ООУП унео брод није могао да полаже никаква права на основу тога. Стога аутор говори од својеврсној демократији у којој су постојали први међу једнакима (командант и први официр). Овим је, на рационалан начин, што неминовно не значи и на ефикасан, решен проблем организације. Тиме се враћамо на основну полазну претпоставку аутора – пирати су рационална бића, која се рационално понашају и дају рационалне одговоре на основна економска питања.

На пример, на питање асиметрије информација – озлоглашена пиратска црна заставица са мртвачком главом (*Jolly Roger*) решава управо тај значајан економски проблем. Када се два брода сусретну на отвореном мору, није јасно ко је на другом броду и какве су му намере, па ни посада првог брода не зна како да се постави. Пиратском заставом се јасно шаље веродостојан сигнал сваком броду шта може очекује. Беспштедну пљачку, без трунке милости и, уколико је потребно (бар тако сматра аутор), насиље. На овај начин се шаље јасан сигнал да је свако узмицање осуђено на пропаст и да је сваки отпор узалудан. Дакле, овим се увећава информисаност учесника и стварају подстицаји да не дође до насиља. Уколико посада и путници брода жртве сарађују, уколико пиратима беспоговорно и у потпуности испоруче своје богатство, неће бити насиља. Будући да су се пирати разликовали по својој репутацији, по томе на какво су насиље били спремни, често се на саму црну заставу уноси и специфичан заштитни знак појединачног пирата (*brand*, данашњим језиком речено), како не би било забуне да ли се сусрећете са, на пример, Црнобрадим.

Решење проблема асиметрије информација путем заставе показује економску рационалност на делу. Аутор даље развија ову тезу на плану стварања пиратске репутације. Сходно томе, нормалном човеку непојмљиво насиље над жртвама, тамо где га је било, није последица психопатске природе пирата, већ сасвим рационалне одлуке да се створи репутација оних против којих је сваки отпор узалудан и, још горе, контрапродуктиван. Као последица, стварање

ове репутације и њено саопштавање сигналом који је отелотворен у црној застави, као и причама које су се шириле лучким крчмама, умањује укупно насиље. После јасно демонстриране силе и ефекта те демонстрације, силу не треба ни примењивати – економски ефикасно решење и то за обе стране. Пирати су и те како били свесни да је свака борба је ризикантна, на мору посебно; можете да погинете, да budete тешко рањени, без икакве могућности за медицинску негу итд. Надаље, казне за непослушне (некооперативне, модерним речником речено), додуше драстичне, биле су у функцији одвраћања од таквог понашања (генерална превенција). Дакле, ништа од уобичајене слике, стереотипа пирата као пијаних психопата, са плетеним балоном рума у једној руци, кратком сабљом (*cutlass*) у другој и папагајем на рамену.

Економски рационално се решавало и питање прибављања пиратске радне снаге – „људских ресурса“, модерним речником речено. То је чињено на тржишту радне снаге – пирати су били добровољци. Будући да се ради о поморцима, опције су им биле трговачка морнарица, у којој се јако добро знало ко је власник брода и ко је његов опуномоћеник на командном мосту, и ратна морнарица у којој су се те ствари знале још боље (сетите се брода „Баунти“). Отуда су многи имали подстицаје да се ослободе строге дисциплине и добровољно придруже самоуправљачима на пиратском броду. Због тога, сматра аутор, пада у воду мит о окрутним пиратима који отимају чланове посаде трговачких бродова које су заробили. Бар ће у Србији, земљи у којој још увек постоји носталгија за самоуправљањем, велики број људи да их разуме. А значајан извор пиратских људских ресурса били су гусари. Када истекне повеља, када се заврши рат против кога је већ био, нема више овлашћења за пљачку на мору, па се стечена практична знања (*know-how*, модерним речником речено), користе без овлашћења владара – приватна иницијатива на слободном тржишту на мору.

Пирати су, сматра аутор, били пионири у још нечему – расној равноправности. Не само да боја коже није била релевантна, него су забележени случајеви да су пирати ослобађали црне робове са бродова који су их превозили у Америку, како би попунили своје „људске ресурсе“. Вишком робова су, наравно, трговали. Питање родне равноправности је третирано на специфичан начин, вероватно због поморачких предрасуда (можда је и била нека емпиријска верификација – студија случаја) да жена на броду доноси несрећу. Чињеница је да су постојале пираткиње (најчувенија је Крвава Марија – *Marie Sanguine*), али су због наведених предрасуда, морале да се облаче као мушкарци. Аргументи у прилог оправданости тог модног стила могуће наћи и у практичним разлозима – тешко да су вечерње хаљине

прикладне за обављање пиратских послова. Мислим да би ове аргументе прихватила чак и Повереница за заштиту равноправности.

Наведена равноправност огледала се и у расподели плена, по старом самоуправном начелу расподела према резултатима рада, у овом случају резултатима пљачке. Колико ко учествује у пљачки, толике су му и припадљности из централног бродског трезора. А да нема дискриминације брину се сами самоуправљачи, па неко ко је прекршио договорено може да се пробуди без гркљана или да током ноћи једноставно нестане у мору.

Књига подстиче читаоца да размишља о рационалном понашању људи у необичним околностима. Међутим, аутор, желећи да се раскринка традиционални стереотип о пиратима као психопатама, превише инсистира на њиховом искључиво рационалном понашању, тако да је успоставио нови стереотип, који је у складу са новим холивудским трендом приказивања (карипских) пирата као романтичних јунака. Дакле, ови нови пирати су рационални, свесни самоуправљачи који, решавајући проблеме организовања колективне акције на мору, нуде решења која ће се касније прихватити на копну. Они су демократе у души, на нивоу свог брода додуше, предани самоуправљачи, немају расне предрасуде, заговорници мултиетничке толеранције, вешти менаџери коју управљају репутацијом своје пословне јединици. Толико су добри да постају неинтересантни.

Занимљиво је и следеће питање: а када су били тако напредни, где су данас? Пирати су нестали крајем прве половине XVIII века. То се догодило онда када су се озбиљни наљутили, тј. када је Велика Британија решила да употреби озбиљне ресурсе да спречи нарушавање слободне трговине светским морима. И тада је сцену ступила хијерархијски уређена морнарица у којој се, између осталог, знало ко је власник капитала. Једноставно, на сцену је ступила капиталистичка корпорација. У тој конкуренцији пирати-самоуправљачи нису имали никакве шансе. Као што се југословенско самоуправљање распало за трен ока са доласком капитализма, тако су и пирати отишли у (холивудску) легенду.

Књига чији је поднаслов „економска анализа пиратерије“ има две слабости. Њена економска анализа је површна, а њена анализа, односно историја пиратерије је сиромашна. Што се прве тиче, почетни ниво економске анализе, примењене на занимљивом феномену, може да послужи да привуче читаоце економској науци, да буде тек прва књига после које ће уследити многе друге, укључујући не толико занимљиве и не баш превише распеване уџбенике. Што се другог тиче, много дескрипције, мало историјских извора, прилично нагађања без доказа, честа понављања, све у функцији поткрепљивања основне тезе – практично новог стереотипа. Ипак, читање ове књиге

је лагодно задовољство, готово на нивоу лаке забаве. Ово није књига за озбиљне економисте и није књига за озбиљне историчаре пиратерије. Али је свакако књига за – све остале. И после читања књиге остаје још један закључак који прати читаоца. Историја никада не почиње од „нас“! Чак ни југословенски комунисти нису смислили самоуправљање. То је још давно учинио – Црнобради!

Др Бранко Радуловић*

Борис Беговић, *Институционални аспекти привредног раста*,
Службени гласник Центар за либерално-демократске студије,
Београд 2011, 420.

Систематизација већ добро утемељених области економске науке представља значајан изазов. У погледу књиге Бориса Беговића чини се да је тај изазов знатно већи, и то из два разлога. Први разлог огледа се у чињеници да је у протекле две деценије литература која разматра институционалне аспекте привредног раста била једна од најплоднијих у области економске науке, доносећи бројне нове теоријске и емпиријске налазе. Други разлог је што пре ове књиге нико није одговорио на изазов систематизације ове релативно комплексне области, бар не на сличан начин. На основу тога, може се закључити да је писање ове књиге вероватно изгледало као тражење излаза из лавиринта насталог услед мноштва економских модела и емпиријских резултата, са често опречним закључцима. Поред тога што је аутор с успехом нашао излаз из тог лавиринта, с временског аспекта ова књига излази у правом тренутку тренутку који обележава преиспитивање низа кључних институционалних аранжмана и, на жалост, доношење брзоплетих закључака. Аутор ће читаоце, ако не разуверити и убедити да су у криву, бар натерати да добро размисле пре него што заступају одређене ставове у погледу економских институција које су данас предмет оспоравања.

Непостојање сличне систематизације можда представља и одраз дуго присутног стања у економској науци. Било је потребно неколико деценија да се у економској науци на адекватан начин сагледа важност институција и сложеност узрочно-последичних односа институција и привредног раста. Окаснило сагледавање тог односа није било присутно само у економској теорији. Међународне финансијске организације, попут Светске банке и Међународног монетарног фонда, су веома дуго запостављале институције придавајући им само споредан значај који није битно мењао налазе и препоруке

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду.

ортодоксне економске теорије. Данас те организације своје програме експлицитно заснивају на развоју институција.

Пре него што се приступи детаљном приказу књиге, чини се да је потенцијалним читаоцима потребно пружити неколико основних информација. Књига је превасходно намењена академској јавности и студентима последипломских студија у области економије, права или политичких наука. Поред овог упозорења, читаоцима који су формирали очекивања на основу наслова књиге (попут писца ових редова), ваља поменути да књига не прилази проблему привредног раста искључиво са становишта „нове институционалне економије“ или само кроз призму ендогене теорије раста, већ представља еkleктички приступ, који комбинује доприносе различитих школа економске мисли.

Уводни део књиге посвећен је дефинисању основних појмова. Полазећи од устаљеног економског приступа институцијама као „правилима игре у друштву“ односно „људски осмишљеним ограничењима која обликују интеракције између људи“, аутор разматра њихове кључне карактеристике, пре свега у троуглу подстицаја које стварају, ограничења које намећу и постојаности. Посебну пажњу завређује преглед скорашње теоријске и емпиријске литературе у погледу разликовања (и мерења) *de jure* и *de facto* институција. Поред приказа текуће академске дебате у погледу правилног приступа мерењу институција, у овом делу јасно се разграничавају појмови попут институција, установа и организација и даје се критички осврт на неке од скорашњих покушаја редефинисања појма институција. Наведени појмови се (и у стручној литератури) често погрешно или недовољно прецизно користе, те ће њихов преглед помоћи читаоцима да такве грешке у будућности избегну. Након детаљног прегледа појмова који се тичу институција, аутор не прелази механички на дефинисање друге стране овог узрочно-последичног односа – привредни раст, већ то чини тако што мали, али садржајни део поглавља, посвећује односу институција и слобода. Такве (потребне) дигресије, којим се открива сва сложеност односа институција и привредног раста, свакако дају додатни, не само научни, већ и естетски квалитет делу. Утисак је да аутор, чини се с правом, дефинисању привредног раста придаје мању пажњу, избегавајући наметање непотребних дилема и усмеравајући пажњу читалаца на разлику привредног раста и развоја.

Читалац ће у поглављу које носи наслов „Зашто привредни раст?“ пронаћи једноставан и аналитички утемељен одговор. Већ самим насловом дела, опредељујући се да у њему стоји привредни раст, а не привредни развој, аутор имплицитно поручује да је однос институција и привредног раста сам по себи довољно занимљив и

сложен, те да би разматрање нешто ширег односа институција и привредног развоја учинила анализу непотребно компликованом, док би гранична корисност од додатног напора била релативно мала.

Аутор у самом уводу књиге чини једну грешку. Наиме, он опрезно позива правнике и политикологе да прескоче четврто поглавље посвећено прегледу теоријских модела привредног раста. Уколико поменути читаоци следе уводну напомену, учиниће себи ђаволу услугу. Зашто? Друге референце, пре свега стандардни уџбеници у овој области, на које се и сам аутор позива, чине то са много више економског жаргона и користећи комплексне математичке моделе, што ову област може учинити неразумљивом или одбојном. На супрот томе, у четвртом поглављу књиге читаоцима се на знатно једноставнији и разумљив начин пружа преко 60 година теорије привредног раста сажетих на педесетак страна – од неокласичних корена до ендогених модела раста. Додатни напор који се уложи приликом читања четвртог поглавља свакако ће се исплатити. Поред лакшег праћења преосталог дела књиге, поменути читаоци, уколико се оглуше о ауторов савет, свакако ће боље разумети своје колеге економисте и њихов методолошки приступ, и то не само у домену тема које обрађује ова књига. Економистима ово поглавље може да послужи не само као корисни преглед области, већ и као подсетник на релативно „спор“ развој економске мисли, којој су су биле потребне деценије да формализује улогу институција. Остаје утисак да је штета што у овом делу, на уштрб још неколико страна, на сличан начин није описано још неколико радова који су покушали да моделирају однос институција и привредног раста, поменутих у следећем поглављу.

Аутор се у петом поглављу враћа поменутом односу институција, подстицаја које оне стварају и ефеката по економску ефикасност. По много чему ово и следеће поглавље представљају централни део књиге. На основу анализе алтернативних објашењења кључних узрока привредног раста наводи се „својеврсна супериорност институционалне теорије привредног раста“. Ипак, доказивање узрочно-последичног односа између институција и привредног раста је веома сложено. Поред избора одговарајућих индикатора и економетријских модела, посебан изазов за истраживаче представља смер узрочно-последичне везе. Комплексности анализе доприноси и однос економских и политичких институција. Разматрајући теорије успостављања и одржавања економских институција, аутор доноси закључак да и приступ „одозго надоле“, односно приступ доминације политичких над економским институцијама, и приступ „одоздо нагоре“ у којој таква доминација не постоји, имају ограничену моћ објашњавања разматраних феномена. Ове теорије аутор не види као алтернативне, већ као комплементарне теорије порекла економских институција.

Богато коришћење последњих резултата стручне литературе и бројних примера (који готово да визуелизују ово поглавље) доприносе уверљивости наведеног става.

У шестом поглављу чине се и први кораци у разматрању ефеката институционалних разлика (у погледу владавине права и економских слобода) на привредни раст. Иако даје очекиван закључак о значају добре заштите својинских и уговорних права, ефикасности јавног сектора у пружању владавине права као јавног добра и економским слободама пре свега у контексту слободног уласка на тржиште, током доласка до таквог закључка, аутор сваку од наведених институција пажљиво сецира, наводећи непосредне и посредне ефекте на привредни раст. Насупрот закључка у погледу неопходности поменутих институција, путеви доласка до квалитетних институција (често поплочаних добрим намерама) стављају и аутора и читаоце пред бројне дилеме. Неке од дилема могу бити отклоњене коришћењем „границе институционалних могућности“, релативно новог концепта који је у сваком случају веома користан као оквир за *ex post* анализу и објашњење институционалних промена.

У случају да читалац треба да се определи само за један део књиге, наш избор би свакако било осмо поглавље, посвећено односу између демократије и привредног раста, односно механизмима којима демократија утиче или може да утиче на изворе привредног раста. Упозорење да не постоје једноставни, лаки и недвосмислени закључци у погледу утицаја демократије на привредни раст присутно је у целом поглављу. Анализирајући демократију (као политички режим одсуства репресије), током целог поглавља провејава питање да ли она доноси и већу „слободу од сиромаштва“. Значај одговора на ово питање расте пре свега у контексту нормативне теорије политичких институција, али и због све чешћег указивања на економски „успешне“ аутократије. Усудићу се да став аутор парафразирам на следећи начин: „Ако сте рационална особа уз нешто аверзије спрам ризика, увек ћете изабрати демократију“. Иако Беговић успева да прикаже комплексност узрочно-последичних веза демократије и привредног раста, чини се да је ово, иначе најобимније поглавље, могуће проширити и учинити га засебном целином.

У следећа два поглавља пажња се поклања односу економске неједнакости и привредног раста и ефектима стране помоћи на привредни раст. Поменуте теме донекле излазе из контекста претходног дела књиге. Ипак, имајући у виду тренутну дебату о потреби редефинисања одређених институционалних аранжмана (попут учесталих захтева за присилну прераспodelу дохотка) или дебату о пожељној улози стране помоћи, ови делови имају своју оправданост. Када се читањем претходног дела књиге читаоцу учини мало вероват-

ним да би неки узрочно-последични однос могао бити комплекснији од оног између демократије и привредног раста, Беговић нас разубеђава својом анализом односа неједнакости и привредног раста. И у овом случају аутор своје закључке непретенциозно ограничава на то да економска неједнакост (осим у екстремним околностима) није одлучујући фактор привредног раста, те да је њено дејство мањег интензитета у односу на економске институције, испољавајући се пре свега кроз онемогућавање производних фактора да допринесу привредном расту.

Посао систематизације чврсто утемељених основа и скорашњих доприноса у овој области свакако је подухват вредан хвале. Беговић је овом подухвату приступио са себи сопственом истраживачком страшћу која ни у једном тренутку не прелази границе вредносно неутралног приступа. Коначно, не може се отети једном посебном утиску који оставља ова књига. Ретко када се деси да док читате стручну литературу на српском језику помислите да је заправо реч о одличном преводу неког од водећих аутора, који је објавио неки од водећих светских издавача. Књига Бориса Беговића оставља такав ефекат, дајући јасан путоказ домаћим ауторима који намеравају да пишу на ове или сродне економске теме.

Др Драгица Вујадиновић*

Зорица Мршевић, *Ка демократском друштву родна равноправност*, Институт друштвених наука, Београд 2011, 175.

Зорица Мршевић је једна од ретких теоретичарки права која се бави феминистичком јуриспруденцијом, другачије речено, правном теоријом рода, и то на највишем нивоу квалитета. У недавно објављеној књизи *Ка демократском друштву – родна равноправност*, успешно је синтетизовала и систематски изложила своја сазнања о улози права у репродуковању патријархалне структуре односа, с једне стране, као и у успостављању родне равноправности, с друге стране.

Међу рецензентима ове књиге су друге две сјајне теоретичарке права и заступнице феминистичке јуриспруденције – Маријана Пајванчић и Невена Петрушић. Ове три ауторке су изградиле завидну академску каријеру и упорно раде на томе да се у јавном простору и у правничкој професији учини видљивим и чујним проблем родне неравоправности. Својим теоријским и практичним деловањем на пољу критичког преиспитивања правне теорије и праксе са становишта унапређења родне равноправности наметнуле су се као стубови родне сензибилизације права у Србији. И то што су удружиле снаге у случају ове одличне књиге – као списатељица и рецензенткиње, указује на висок ниво професионалности и солидарности засноване на квалитету и на пројекту заједничке борбе за унапређење права и његове примене, као и генерално борбе за еманципацију жена.

Зорица Мршевић се академски и истраживачки бави већ више деценија критичком теоријом права генерално узев (садржајем и генезом међународног и унутрашњег права са становишта људских права и права жена, као и питањем смисла и значаја родно сензибилисане примене права). Међутим, у оквирима своје правне струке, бави се конкретније и кривично-процесним правом, криминологијом, а у том контексту и феноменологијом и теоријом насиља, посебно узроци-

* Ауторка је редовна професорка Правног факултета Универзитета у Београду.

ма, превенцијом и санкционисањем родно условљеног насиља, превасходно насиља према женама. Она је током последњих неколико деценија активна и на невладиној феминистичкој сцени и у феминистичком покрету бивше Југославије и Србије.

У овој књизи ауторка полази од става да традиционално право носи печат патријархалне структуре односа и да „правна теорија рода представља критичку анализу права, закона и њихове примене као патријархалних институција“. Поента је да је право кроз историју стварано од мушкараца, да је правни субјективитет жена тек однедавно у историји успостављен; да је и у универзалним правним нормама жена била невидљива. Због тога је по ауторки био неопходан даљи развој права у правцу: прво, препознавања специфичних женских људских права, као што су право на абортус, заштита од насиља, правно регулисање инцеста, проституције, порнографије, брачних злоупотреба; друго, у правцу преиспитивања свих области права и правних регулатива из родне перспективе; треће, у правцу развоја међународних стандарда, правних норми и механизма за успостављање родне равноправности; четврто, у правцу унапређивања унутрашњег права појединачних земаља широм света, а у складу с највишим цивилизацијским међународноправним стандардима. Она говори о праву „као месту борбе“, у смислу да су у праву присутни родни стереотипи, да правни систем репродукује дискриминацију жена која је карактеристична за патријархалну структуру односа, и да је неопходна родна сензибилизација права. Наиме, правна теорија рода настоји да „развије трансформативне елементе и методе елиминисања патријархата анализирајући природу и обим женске подређености у разним правним областима“.

Критичка анализа права захтева, како она каже, реформе ради побољшања правног статуса жене кроз тежњу ка реформама права, у правцу правне превенције и санкционисања полно заснованог насиља и дискриминације по основи пола и генерално узев; у правцу унапређења заштите репродуктивних и здравствених права жена, заштите права маргинализованих жена, лезбејских права. Такође, родна теорија права анализира значај успостављања правно-институционалних механизма за унапређење политичке партиципације жена.

Ауторка даје систематску анализу међународног права које након Другог светског рата креће с убрзаним цивилизацијским искорацима по питању заштите права жена, посебно њихове заштите од насиља и дискриминације, и то посредством правно-институционалних међународних механизма. Ови међународноправни механизми прогресивно добијају примат над националним правима и намећу универзалне стандарде и обавезу држава да успостављају националне

стратегије и законодавства с циљем успостављања родне правне равноправности и родног партнерства између жена и мушкараца у политичком животу. У разним контекстима анализира међународно правне документе, који нуде стандарде и инструменте родне равноправности, као што су: Универзална декларација о људским правима (1948), Конвенција о политичким правима жена (1952), Међународни споразум о грађанским и политичким правима (1966), Међународни споразум о економским, социјалним и културним правима (1966), Декларација о елиминацији свих облика дискриминације према женама (1967), Декларација о заштити жена и деце у случају опасности и оружаном сукобу (19974), Конвенција о елиминацији свих облика дискриминације жена (1979), Декларација о елиминацији злостављања жена (1993), Интерамеричка конвенција за превенцију, кажњавање и елиминацију насиља над женама (1995), Универзална декларација о демократији (1997), Опциони протокол за Конвенцију о елиминацији свих облика дискриминације над женама (1999).

У вези с институционално-правним механизмима у појединачним државама, она указује на начелну неопходност реформисања партијског и изборног законодавства са системом квота, установљавања парламентарних и других тела за родну равноправност, националних акционих планова и стратегија за унапређење положаја жена, доношења закона о родној равноправности, увођења контролних независних механизма, омбуда, повереника/ца за родну равноправност. Наравно, о поменутиим државним инструментима се говори на нормативно-начелном и на практично-политичком плану, зависно од тога да ли су у питању развијеније земље либералне демократије, земље које су на путу консолидације демократије или многе земље у свету које су још увек далеко од поменутог циља.

Када говори критички о праву као месту репродукције мушке доминације, а затим и о праву као родном месту важних еманципаторских цивилизацијских помака, остаје недоречена или неизречена једна карика у ланцу аргументације. Наиме, модерно право је настало као резултат грађанских политичких револуција и америчке и француске декларације о универзалној једнакости свих људи. Епохална идеја универзалне једнакости људи, исказана апстрактним правничким дискурсом, иницијално је учинила невидљивим разне облике дискриминације по полу, раси, економском статусу и утолико је репродуковала хетерономне структуре моћи, укључујући и патријархалну. Међутим, истовремено је самом својом супстанцом представљала еманципаторску моторну снагу за унапређивање и конкретизацију идеје универзалне једнакости и за крупне кораке на путу успостављања родне равноправности у праву, политици и животу.

Наравно, као што ауторка детаљно описује и анализира, женама права нису подарена, оне су жестоко и дуго морале да се боре за добијање права гласа, а затим и за повећавање своје политичке партиципације и учешћа у јавном животу сваке врсте. У том контексту говори о сифражетском покрету у Великој Британији, у којој се од половине XIX века па надаље води главна битка за једнако право гласа жена; затим, о улози Првог и Другог светског рата у остварењу права гласа жена и изласку жена из куће и породице у јавни – економски и политички простор. Говори и о чињеници да тек од друге половине XX века креће масовни процес признавања једнаког права гласа за жене, уз опомињање да и данас постоје црне рупе неоствареног женског права гласа (рецимо, Саудијска Арабија). Говори о томе да се борба жена за сопствена права и против „мушке културе“ одвијала – осим на плану борбе за право гласа – и на плану борбе за право на високошколско образовање и борбе за право располагања над сопственом имовином. Дакле, ради се о правима која данас изгледају саморазумљива, а до недавне прошлости су била потпуно недоступна женама.

На случају енглеског покрета за женска права, као најразвијенијег, ауторка пластично показује спорост и постепеност, у ствари тежак и дуг процес борбе жена – богатих и образованих, сиромашних, жена радница – за остваривања еманципаторских корака. Тако, овај покрет је 1860. године паралелно водио четири кампање, за усвајање законодавства које би женама дозволило контролу над сопственом зарадом, што је постигнуто 1878. године, затим, за располагање сопственом имовином, што је постигнуто 1882. године. Бориле су се сифражеткиње за право на високошколско образовање, а у прилог томе су оснивале женске колеџе при најважнијим универзитетима, куповале колеџске зграде, припремале студенткиње за пријемне испите за Оксфорд и Кембриџ, где су први пут примљене 1870. године. Бориле су се и против Закона о заразним болестима, који је дозвољавао полицијску инспекцију венеричних болести код жена за које се сумњало да су проститутке, и у томе су успеле 1884. године. Наравно, бориле су се примарно за добијање права гласа, али у томе нису дуго имале успеха. Тек 1918. године Енглескиње старије од 30 година добијају право гласа, а од 1928. то право је проширено и на жене старости од 20 година. Такође, донет је 1919. године Закон о укидању полне дисквалификације, који је дозволио женама да буду адвокаткиње, поротнице, судије и чланице парламента. Ауторка помиње и да су у Британији од 1923. године услови за развод брака постали једнаки, а 1925. године су мајке стекле једнака права у подизању деце. Из свега се може уочити да је правна једнакост у виду избореног права гласа, права на образовање, на

правни субјективитет, представљала само нужну претпоставку, али не и довољан основ родне равноправности.

Даљи развој помињаних међународноправних и државних законодавстава је био следећа неопходна инстанца борбе. Међутим, и надаље су простори борбе против патријархалне структуре односа и њене уграђености у право и у друштво генерално отворени и стално присутни, као борба за примену родно сензибилисаног права, за родно освешћивање професионалних представника и представница струке – судија, тужиоца, поротника, адвоката, и као борба за промену патријархалне свести и жена и мушкараца, за развијање културе људских права, демократске политичке културе. О свему томе има речи и убедљиве анализе у овој књизи.

У наведеном контексту ауторка афирмативно говори о 8. марту, односно о рехабилитовању и деконструкцији значења тог празника, у смислу подсећања на историјску борбу жена – текстилних радница у Њујорку 8. марта 1857. године против нечовечних услова рада и ниских надница, затим, марша 15.000 жена у Њујорку 8. марта 1908. године са захтевима за право гласа, против ниских надница, за забрану дечијег рада, и у смислу даљег историјског хода борбе жена симболички често везиваног за овај датум. Такође, говори о симболичкој снази овог празника и у смислу подсећања на неопходност даље борбе против разних облика вишеструке дискриминације жена. Она подсећа да су УН почеле с обележавањем 8. марта као међународног дана жена 1975. године, а да је Генерална скупштина УН усвојила тек 1977. године Резолуцију којом се 8. март проглашава за Дан женских права.

Наслов књиге имплицира да је суштинско питање демократије успостављање родне равноправности. Могло би се критички приметити да је можда требало посветити посебно поглавље у књизи управо теми односа родне равноправности и демократије, и то с обзиром на понуђени наслов, као и значај поменуте теме. Генерална тема унапређења демократије као процеса растућег укључивања свих који су различити међу једнакима, укључујући и оне који су различити по основу пола и рода, указује да право гласа на изборима мора бити допуњено слободом говора (правом да се чује специфична перспектива свих мањинских или депривилегованих група, укључујући жене), као и обавезом политичке заједнице да одлучивање о друштвено важним питањима буде узима у обзир и све битне мањинске, као и родне перспективе.

Дакле, имплицирано је (а и показано на примеру анализе значаја система квота и других механизма за унапређење политичке партиципације жена), да је партнерско укључивање жена у одлучивање о свим питањима политичког и друштвеног живота не-

опходно за истинско успостављање демократије. При том, помиње се и то да није довољно да жене буду више укључене у политичко одлучивање, већ и да је неопходно да родна перспектива буде присутна у њиховом начину мишљења, као и у начину мишљења мушкараца. Такође, указује се да је неопходно родно сензибилисање законодаваца, свих који примењују право – судија, адвоката, тужилаца, државних службеника, затим, образовних наставних програма и уџбеника, јавног политичког и медијског простора, дискурса којим се професори обраћају студентима и ђацима, и у којем студенти и ђаци бивају подучавани. Неопходно је и родно сензибилисање језика, о чему говори на убедљив начин.

Књига је подељена у два дела, по узору на уџбенике права. Има општи део, који се бави разним аспектима међународног и домаћег права, критичком анализом права са становишта рода, генезом права и борбом за женска политичка права, за механизме за родну равноправност, категоријалним апаратом везаним за студије рода, за појмове пола и рода, за појам дискриминације и родне равноправности, за појмове мизогиније и „гендер маинстреаминга“, за родно сензитивни језик и родно сензитивну статистику, као и за стандарде Европске Уније усмерене ка родној равноправности и родном унапређивању правног и политичког система. У посебном делу се бави анализом положаја маргинализованих група жена – жена са инвалидитетом, старијих жена, жена проститутки, лезбејки, Ромкиња, жена у затвору (са дирљиво описаним примером прљавог штрајка жена у затвору у Ирској), жена у спорту, жена као сликарских инспирација (жена у музеју, на сликарским платнима).

Идеја о томе да легализација проституције није решење, већ да је криминализација клијената, потражилаца услуга проститутки неопходна и да представља право решење, затим, став ауторке да је третирање проституција као најстаријег заната и као добровољне жељене активности код већине простутки суштинска лаж и лицемерје, аргументовани су на веома убедљив начин. Може се слободно рећи да је то парадигматичан текст за анализу проблема проституције и његове правне регулације. Такве квалитете има и текст о лезбејкама на друштвеним маргинама. Све ове теме су обрађене на веома занимљив начин, систематски, аргументовано, поткрепљено емпиријским показатељима, аналитичким, али веома рафинираним језиком. Осећа се компетентност, јасна идеја и порука, посвећеност теми, интелектуално поштење и продирање у срж проблема.

У целини узев, књига је написана на квалитетан начин, компетентно, храбро, ангажовано, с интелектуалном и људском искреном посвећеношћу теми. Она може да служи на част академској

правничкој заједници и правничкој струци уопште узев. Наравно, не само правничкој. Јер, у питању је тема која цивилизацијски преиспитује односе између мушкараца и жена, родне улоге и њихову друштвену условљеност. Порука књиге је да је неопходно потпуно измештање родних улога из патријархалног оквира и окова и њихово уклапање у нове цивилизацијске трендове успостављања родне равноправности у праву и политици, као и генерално.

Модерно друштво је раскршће и стециште сукоба патријархалних дубоко укорењених тенденција, на једној страни, и еманципације у правцу превазилажења патријархалне дискриминаторне структуре односа међу половима, на другој. Као што је ауторка рекла да је модерно право место борбе, то се може рећи и за модерно друштво у целини – да је модерно друштво место борбе за превазилажење патријархата у друштву, породици, политици и праву. Ова књига значајно доприноси освајању простора еманципације на месту борбе, схваћеном и као процес унапређивања права и демократске политике, и као процес унапређивања правничке професије, али и као процес успостављања родне равноправности уопште.

Др Марко Божић*

Жан Боберо, Мишлин Мило, *Лаицитети без граница*, Карпос, Београд, 2011, 364.

Октобра 2010. године у Француској је изгласан закон којим је забрањено ношење бурки на јавним местима. Ова забрана није нарочито оригинална, не само зато што су је претходно увеле Белгија и, у ограниченом обиму, неке друге европске државе, већ и зато што француско законодавство још од 2004. године познаје сличну забрану: ношења исламског вела у државним школама. Обе забране следе исту идеолошку логику: ако је у лаичкој републици религија искључиво приватна ствар појединца, онда се, *per definitionem*, религијско неутрални карактер државе и њених институција мора заштитити ограничавањем изражавања личних верских уверења у јавном простору. Уз ово оправдање, забрану из 2004. године је иницирала тзв. Стазијева комисија. О политичком ауторитету предложеног решења сведочи чињеница да га је комисија усвојила готово једногласно. Жан Боберо, професор емеритус и почасни председник престижне париске *Ecole Pratique des Hautes Etudes*, био је једини члан комисије који је гласао против.

У том смислу и наслов који је пред нама, а који Боберо потписује заједно са канадском социолошкињом Мишлин Мило, треба читати као својеврстан манифест против овог новог тумачења лаицитета. Тако, већ у *Уводу* (стр 13–24) аутори излазе са својом, алтернативном дефиницијом лаицитета као „начина политичког организовања који има за циљ заштиту слободе савести и једнакости грађана“ (стр. 13). Тиме сврставају лаицитет уз линију либерално-демократске уставности, односно уз логику међу-условљености слободе и једнакости: само она држава која не (де)фаворизује ниједну верску заједницу посебно, може јемчити једнакост свих својих грађана, без обзира на

* Аутор је 2010. године одбранио докторску тезу „Лаичка држава као јемство слободе савести и вероисповести“ на Правном Факултету Универзитета у Београду. Тренутно на Универзитету *Paris X Nanterre* припрема докторску тезу о утицају француског социолошког позитивизма на српску теорију права у XX веку.

њихову верску припадност. Стога, премда је „раздвајање основно начело световног поретка, оно не представља и његов крајњи циљ“ (стр. 14), будући да се ради тек о инструменталном решењу у служби заштите, а не ограничења слободе вероисповести.

Заправо, већ сам избор наслова упућује на методолошку стратегију којој аутори прибегавају у циљу одбране своје тезе: лаицитет није тек француска особеност, већ универзална цивилизацијска тековина либерализма која се не може реинтерпретирати. Индикативно је већ то што у првом делу књиге *Историјска сидришта идеје лаицитета* (стр. 25–81) аутори корене овог појма налазе у англосаксонској политичкој традицији и либералним британским револуцијама XVII века које теже десакрализацији политичког легитимитета власти и лаичком оправдању суверености. Лајт мотив овог дела књиге је идеја о енглеском извозу лаичког политичког либерализма (стр. 37). Занимљиво је и истицање аутора да заговорници толеранције у Француској, на челу са Волтером, нису били присталице тезе о раздвајању цркве и државе, већ јачања државне контроле над црквом као протестантског модела владавине рационалне политике над догмом и празноверјем, па подсећају да је француска Академија 1842. године лаицитет дефинисала као доктрину која „слободњацима изнова поверава управу над црквом“ (стр. 30).

Исту линију аргументације пратимо и у другом поглављу, *Лаицитет као аналитички концепт* (стр. 83–32) у којем се предлаже шест идеал-типова лаицитета. И мада скрећу пажњу да се не ради о шест емпиријских облика лаичке државе, већ да „држава или одређени сегменти друштва могу се већински одредити за овај или онај тип лаицитета и/или комбиновати више типова“ (стр. 129), тешко је отети се утиску да за ауторе у ствари не постоји један, већ најмање шест облика лаицитета, од којих су неки и дијаметрално супротни њиховој дефиницији. Тиме уносе одређену пометњу. Јер, ако класификација препознаје први идеал-тип у моделу строге сепарације САД и Француске, она се наставља тзв. *ауторитарним лаицитетом* Ататуркове Турске, који у цркви препознаје претњу и стога јој ограничава аутономију и верске слободе. Слично је и са трећим идеал типом *антиклерикалног лаицитета*, који аутори доводе у везу са комунистичким државама званичног атеизма. Четврти идеал тип је *laïcité* схваћен као *грађанска религија*, дакле као посебна вредност, с позивом на коју се могу правдати одређене правне и политичке одлуке. *Лаицитет признања* је најближи почетној дефиницији аутора, док нас у форми шестог идеал типа, аутори упознају са *лаицитетом сарадње*, или тзв. *позитивним лаицитетом*, чији заговорници сепарацију религије и политике покушавају да замене институционализованим облицима дијалога и сарадње цркве и државе, пре

свега у вези са контроверзним етичким питањима. Аутори луцидно примећују комунитаристички предзнак последње идеје, где акценат није толико на заштити индивидуалне савести, колико на колективним верским правима, будући да „основна карактеристика лаицитета сарадње јесте верска слобода појединих верских група и њихово испојавање у јавној сфери“ (стр. 125).

Управо последњи идеал-тип представља својеврстан увод у трећи, у сваком смислу централни део књиге – *Јавна и приватна сфера: покретљиве границе слободе* (стр. 133–171). Реч је о полемичком претресу најактуелнијег проблема савремене политичке филозофије: комунитаристичке критике модерне, либералне и лаичке државе, која због своје аксиолошке неутралности и занемаривања колективистичких веза, ризикује свој опстанак. У том смислу аутори анализирају два, како сматрају, екстремна гледишта. С једне стране ригидно тумачење лаицитета, према којем јавни простор мора остати апсолутно неутралан у циљу заштите општих вредности од интегритетских тежњи групних идентитета, а с друге стране, гледиште тзв. позитивног лаицитета, са чијим заговорницима аутори полемишу. Наиме, они се супротстављају идејама *асоцијативне демократије* Индијца Бхаргава, затим Бадерове *институционализоване кооперације* и Воерлингове апологије конкордатског система. Тако, ако је за Бобероа и Мило апсолутна сепарација мит који не одговара емпиријској стварности, ни тезе „позитивног лаицитета“ нису одмерене. У закључку овог поглавља они наводе да се комунитаристички приговор може окренути против оних који се на њега позивају: ако пренаглашени индивидуализам угоржава националну кохезију, и афирмација колективне религиозности угрожава јединство, јер маргинализују све оне који не припадају већинском веровању.

Четврти део књиге, *Критички осврт на секуларизацију* (стр. 173–210) јесте тек наоко посвећен прегледу историјског развоја, домета и биланса социологије религије која гравитира око појма *секуларизације*. У ствари, аутори преиспитују кључне контроверзе и ове дисциплине и секуларизације као њене теме, како би преиспитали смисленост бинама секуларизам и лаицитет. Наиме, аутори испитују методолошку основаност универзализације лаицитета као научног појма којег главни токови социологије религије и даље посматрају као пре свега француски куриозитет.

У петом делу, *Три прага лаицизације* (стр. 211–268), историјски развој лаичке државе аутори не везују искључиво за француско искуство већ, треба ли наглашавати, покушавају да с мањим, ређе већим успехом, универзализују. Прва фаза се поклапа с почетком борбе либералних снага обожених антиклерикалним набојем против идеолошко-политичког монопола државне цркве, која доводи до успостављања

затвореног плурализма, односно увођења режима признатих верских заједница. Другу фазу обележавају процеси лаицизације друштва као уклањања институционалног утицаја религије у друштвеном животу. Школа и медицина се ослобађају религијског присуства и њихов легитимитет сада почива на науци и диктату њених норми, које се не косе са индивидуалним слободама, „јер, као што каже Огист Конт, када је реч о науци не постоји слобода вере“ (стр. 250). Коначно, трећа фаза преиспитује место лаицитета у савременом западном друштву чији је основни проблем претерани индивидуализам као феномен који је истоку Европе, па самим тим и савременом српском друштву (још увек) непознат. Позиција аксиолошки неутралне државе се чини све мање одбрањивом, што објашњава појаву алтернативних приступа и пружа оправдање тзв. позитивном лаицитету.

Последње поглавље *Лаицитет у Француској, раскид са неким општим местима* (стр. 269–321) је посвећено *le milieu naturel* лаичке уставности – француском правном и политичком искуству које гравитира око закона о сепарацији цркве и државе из 1905. године. Аутори у својој краткој анализи овог закона покушавају да објасне да се овде не ради о антиклерикалном пропису, како се то често види, већ о закону који је католичкој цркви омогућио да се саобрази с новим демократским поретком, чинећи јој бројне концесије. За ауторе је Закон из 1905. године темељ либералне лаичности, јер уводи праву меру у све оне дилеме које су евоциране током писања књиге па дух овог закона описују појмом *лаичког пакта* (стр. 295).

Овог се историјског компромиса вреди подсетити и у вези с комунитаристичком критиком либералног друштва и његовог лаичког начела. Управо с те позиције аутори се у кратком *Закључку* (стр. 323–328) супротстављају „екстремним“ гледиштима како позитивног лаицитета, тако и актуелног француског законодавства, и његовим забранама јавног изражавања верских уверења. Другим речима, аутори својим делом чине не само специфичан омаж лаицитету, већ и посебан допринос широј расправи комунитариста и либерала у оквиру које еволуција секуларног друштва и преображаји лаичке државе заузимају посебно место.

Др Милан Шкулић*

ЖИВОЈИН АЛЕКСИЋ (1931 2012)

Мали осврт на каријеру великог професора

Умро је професор др Живојин Алексић. Легендарни професор Правног факултета Универзитета у Београду нас је напустио ове године, 27. јануара.

Професор Алексић је умро на дан великог српског духовника и просветитеља светог Саве, оног дана који све школске установе у Србији, па и Правни факултет Универзитета у Београду, посебно обележавају и славе. Има у томе пуно симболике. Иако је тешко рећи за било коју смрт да је лепа, исто као што није лако за било који дан тврдити да представља „леп дан за умирање“, чини се да је св. Сава леп дан за коначан опроштај од једног великог професора.

Није лако увек наћи праве речи које би на најбољи начин осликале сву величину лика и дела професора Алексића.

Лако је навести његове основне биографске податке и говорити о његовој изузетно богатој и успешној каријери, али је веома тешко било коме ко није имао ту срећу да буде у свакодневном контакту са њим, осликати колико је био интересантна личност и заиста велики професор и човек.

Професор др Живојин Алексић је рођен 30. маја 1931. године у Београду, где је завршио гимназију и дипломирао на Правном факултету у Београду 1956. године. Магистрирао је и специјализирао криминалистику на Универзитету у Лозани 1962/63. Докторирао је 1964. године на Правном факултету у Београду са темом *Примена научних достигнућа код личних извора доказа у кривичном поступку*. Завршио је три курса за упоредно право на универзитетима у Пескари, Амстердаму и Стразбуру у оквиру Међународне академије за

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

упоредно право. У оквиру Уједињених нација специјализовао се и радио на борби против злоупотребе опојних дрога.

За асистента на Катедри за кривичне науке Правног факултета Универзитета у Београду изабран је 1958. године. После положеног усменог докторског испита хабилован је за испитивача за предмет Кривично процесно право 1959. године. Године 1962 прешао је у Институт за криминолошка и социолошка истраживања, где 1973. године добија звање вишег научног сарадника. На Правни факултет се вратио 1973. године, као ванредни професор за предмет Криминалистика, да би за исти предмет био изабран у звање редовног професора 1979. године. У два мандата био је шеф Катедре за кривичне науке. Поред тога, био је председник Југословенског удружења за кривично право и криминологију, председник Удружења правника Београда, генерални секретар Удружења правника Југославије, уредник часописа *Правни живот*, члан редакције *Архива за правне и друштвене науке*, а 1996. године изабран је за члана Српског научног друштва.

Као један од водећих стручњака из криминалистике, професор Алексић је држао предавања на свим правним факултетима у тадашњој СФРЈ, као и Факултету безбедности у Скопљу. Ппрктично сви тадашњи магистарски и докторски радови прошли су кроз његове оцене, а често и менторства, без обзира на ком су факултету брањени. Дуже од осам година предавао је по позиву на Правном факултету у Крагујевцу и на Правном факултету у Загребу, где је држао редовну наставу и предавања на постдипломским студијама.

О значајном међународном реномеу професора Алексића најбоље говори чињеница да је као гостујући професор држао курсеве или појединачна предавања у САД, Јапану, Кини, СССР, Филипинима, Аустралији, Немачкој, Енглеској, Пољској и другим државама. Поред тога, по позиву од стране међународних организација и Владе тадашње СФРЈ, често је обучавао стручњаке и вршио експертисе (Замбија, суђење усташким терористима у Стокхолму, вештачење авионске несреће и идентификација на Кипру, одељење за дроге VII састанцима *HONLE*-а и др.) Био је ко-председник Светског удружења професора права у оквиру организације Светски мир путем права (заједно са господином Џо Хазардом), као и представник Југославије у Међународном удружењу за кривично право.

О његовом ентузијазму, посвећености и љубави према предмету којим се бавио сведочи и то да је још као студент на Правном факултету основао Стручну групу за криминалистику, која ради већ више од 30 година. Његова јавна иступања на регулисању одређених друштвених проблема, попут супростављања легализацији марихуане, тражење решења о поступању према малолетницима и деци деликвентима и сл. привлачила су велику пажњу јавности, како стручне

и научне, тако и шире. За свој рад добио је низ плакета и признања, а 1971. године одликован је Орденом рада са златним венцем. Од стране Министарства правде Републике Србије, именован је за сталног судског вештака из области графоскопије, а до 2011. године је активно као вештак учествовао у бројним кривичним поступцима. У неколико наврата је успешно вештачио у поступку пред Хашким трибуналом.

Међу бројним делима професора Алексића тешко је издвојити она најзначајнија, али је ипак, неопходно скренути пажњу на неке монографије које представљају изузетан допринос не само нашој већ и међународној науци, попут: *Примена научних достигнућа код личних извора доказа у кривичном поступку*, (Београд 1965) која је преведена на немачки језик и издата 1969. године у Хамбургу-ДКГ, а поједина поглавља интерно су преведена и у криминолошким институтима Мађарске и тадашњег СССР-а; *Увиђај код пожара и паљевина*, Београд 1967; *Методика откривања малолетних делинквената*, Београд 1971; *Научно откривање злочина*, Београд 1973; *Криминалистика – уџбеник*, (пет издања – од 1979. до 1987); *Недозвољена доказна средства у кривичном поступку* (скрипта) Скопље 1984; *Стране криминалистичке полиције*, (скрипта) Скопље 1986; *Практикум из криминалистике*, Београд 1988; *Тасин дневник 1870–1906* (приређен и обрађен у штампи) Београд 1991. Учествовао је с већим бројем одредница у *Правној енциклопедији*, *Економској енциклопедији* и *Политичкој енциклопедији*, као и у низу елабората за Институт за упоредно право.

Професор др Живојин Алексић је објавио и преко 200 прилога у земљи и иностранству у часописима, зборницима радова и конгресним материјалима, а бројна писмена признања, повеље и плакете за минули рад, немогуће је и набројати. Поред објављених научних и стручних монографија и чланака, о његовој великој свестраности сведочи податак да је у оквиру изложбе Српске академије наука „Фотографија у Срба“ учествовао са својим прилогом и фотографијама под називом „150 година судске фотографије у Срба“.

Данас, када се с правом све више пажње обраћа на цитираност научника, нарочито у водећим страним часописима, те њихову „препознатост“, тј. прихваћеност и научни утицај у светским размерама, посебно је вредно истаћи да је професор Алексић био изузетно цењен, не само у Европи, већ и шире. Памтим какао сам својевремено, приликом свог првог боравка у Макс Планк институту за међународно и компаративно кривично право у Фрајбургу, био веома поносан када сам у каталогу богате библиотеке тог чувеног института, који за правнике кривичаре, представља својеврсну „Меку и Медину“, видео и неколико књига нашег професора, од којих су неке биле и на немачком језику.

Као стручњак за фотографију и криминалистичку идентификацију, професор је својевремено имао запажене медијске наступе, када је на темељу вештачења фотографија и проучавања ушне шкољке, доказивао да је Јосип Броз из млађих дана, идентична особа као и потоњи доживотни Председник СФРЈ. Тада је професор Алексић у медијима изјавио да је „Србима био довољан и један Тито“. И тиме је професор Алексић допринео, како сопственој великој репутацији у области криминалистике, али и знатно шире, тако и угледу Правног факултета, као и јачању свести у јавности о улози и значају криминалистичких знања.

Захваљујући професору Алексићу, криминалистика је на нашим просторима превазишла значај својеврсне „полицијске науке“, те постала незаобилазан сегмент образовања квалитетних правника. Данас, између осталог и захваљујући његовим бројним активностима, нико озбиљан не може да тврди да неко може бити не само квалитетан полицајац, већ и добар правник кривичар, независно од тога да ли се ради о судији, јавном тужиоцу или адвокату у функцији одбране, а да при том, у одређеној мери не влада и криминалистиком.

Наш професор је био један од пионира увођења детектора лажи односно полиграфа на просторима СФРЈ, а истакао се и другим значајним доприносима пракси, попут пружања помоћи приликом идентификације жртава авионских несрећа, те прикупљања доказа за суђење усташким терористима. Захваљујући њему Криминалистика је на Правном факултету Универзитета у Београду стекла статус посебног предмета.

Његов ведар дух је увек пленио студенте и помагао им да боље схвате и значај науке коју им је веома надахнуто предавао. На Правном факултету у Београду су и данас легендарна предавања професора Алексића: Многи његови ђаци, који су сада уважене судије, јавни тужиоци, полицајци, итд. и сада памте живописне примере свог учитеља, попут оних који се односе на велики значај непоистовећивања лажи окривљеног с његовом кривицом, јер како је то врло убедљиво и уз бројне веома живописне примере објашњавао професор Алексић, човек често и чак свакодневно избегава истину или није баш сасвим истинољубив, па то наравно, свакако чини и окривљени, али сама та чињеница ни у ком случају не представља ексклузивни доказ његове кривице.

Професор Алексић је, доследно инсистирајући на неопходности да криминалистика у пракси буде *нада за невине*, а *правда за кривце*, ефективно и битно допринео развоју свести о значају те важне кривичне науке, која иако није нормативног карактера, складно доприноси адекватнијој примени кривичноправних, материјалних и процесних норми. Успео је да у нашој јавности убедљиво пласира

став да „нема савршених злочина“, већ у ствари, „постоје само лоше истраге“. Стога се на нашим просторима, између имена професора др Живојина Алексића и криминалистике, ставља својеврсни знак једнакости.

Тешко је, скоро немогуће, о професору Алексићу писати само на уобичајен и нужно, донекле конвенционалан начин. Лако је објаснити да се ради о цењеном професору у пензији и научнику са озбиљном библиографијом и великим угледом у научним и стручним круговима, исто као што није сувише тешко набројати велики број његових значајних научних радова, али заиста није једноставно дочарати ономе ко није имао ту срећу да га боље упозна, да је он и много више од тога. Својим личним шармом, ведрим духом, ненаметљивом, а веома убедљивом интелигенцијом и наглашеном проницљивошћу, он је током своје радне каријере свуда пленио, представљајући изузетно упечатљиву појаву. Огроман је смисао за хумор професора Алексића и он му ја много помагао да и најтеже научне теме, изложи и објасни студентима на најбољи и за њих најзанимљивији и најприхватљивији начин.

За поштовање је и чињеница да професор Алексић, пишући бројне научне радове, стичући углед великог и међу студентима изузетно цењеног и омиљеног професора, систематски стварајући импресивну научну каријеру, никада није заборавио да „живи“ и ужива у животу. Живео је „пуним плућима“, пленећи не само предавањима и научним радовима, већ и начином комуникације са људима и својим великим личним шармом, који је заиста тешко реално описати и објаснити некоме ко није имао то задовољство да га упозна. За респект је и то што професор др Живојин Алексић, иако велики научник, сјајан професор и писац великог броја озбиљних научних и стручних радова, није заборавио да буде добар отац својој Ани и свом Вуку, добар супружник својој Зденки и најбољи деда својој унуци Жељани.

Излажући овај кратки осврт на дугачку, плодну, више него успешну и животворну каријеру великог професора, морам да истакнем свој осећај да сам имао велику срећу да своје прве кораке у свету науке започнем у сарадњи с њим и у ствари, под његовим својеврсним покровитељством. Имао сам ту срећу и велику привилегију да професора Алексића упознам не само као великог научника, већ и као великог човека. Често сам био дубоко импресиониран његовим изузетним осећајем да се и с најтежим темама, дилемама и проблемима, како научним, тако и уопште животним, сусретне и суочи на један изузетно елегантан начин, што је често било обележено шармантним гестовима и проткано веома симпатичним осећајем за хумор.

Зато свима који су познавали нашег драгог Жику неће звучати нимало чудно да смо он и ја често полушаљиво говорили баш о овом моменту, за који сам се ја у дубини душе, некако нереално надао да никада неће наступити, или да ће до њега доћи што је касније могуће. Причали смо о смрти као о неминовном исходу човековог живота и професор Жика је са надмоћним осећајем доброг човека који је часно живео и живот потпуно испунио, како на личном, тако и професионалном и сваком другом плану, често говорио да се смрти не плаши, баш зато што је лепо проживео и што нема осећај да је било шта важно у животу пропустио. И зато је имао снаге и воље да се елегантно и интелигентно шали и у односу на такав моменат. Ми смо често причали баш о овом за мене веома тешком тренутку, када треба да говорим на његовом одру, као о нечем што ипак, колико је могуће, не треба да буде сувише тужно.

Тако је Жика у шали говорио да ја треба свој говор за његовог живота да припремим, те га добро научим и пред њим изговорим, како би он могао да га на својеврстан начин „рецензира“ и по потреби, „коригује“. Наравно, нисмо то никада заиста учинили, али је мени таква врста разговора са својим драгим професором, помогла да још једном схватим колико је он био велик и када се ради о најтежим животним темама, иако иначе никоме није лако да мисли на смрт, која је ипак неизбежна сенка која прати сваки живот. Али човек који је као проф. Алексић имао тако испуњен живот, имао је снаге и воље и за такву причу. Зато се, свестан колико је имао богати и испуњен живота, смрти није плашио.

До самог свог физичког краја био је пун духа и живота, радно активан и заокупљен плановима о новим књигама и новим предавањима. Пре свега пар месеци, генерација последипломаца Правног факултета у Београду је имала такву изузетну почаст да им предаје професор Жика Алексић. Верујем да се они тиме поносе и да ће о томе са задовољством причати и својој деци и унуцима.

Коначно, када је за то дошло време, отишао је као стари велики храст који се није повијао пред безначајним поветарцима, није се сломио, нити је ишчупан из корена, већ је једноставно, мирно и достојанствено дочекао свој природни крај.

Професор Алексић до самог неминовног физичког краја очувао изузетну ведрину, огромну животну вољу, духовну крепкост и научну свежину. Био је и остао велико име наше криминалистике, али заиста, и много више од тога. За све који га познају, али и за многе од оних који су само чули за то велико име наше криминалистике, за нашег драгог Жику Алексића, за кога је још давно, једна простодушна особа рекла да је чудно да се „тако велики човек зове Жика“, професор Алексић је био и остао својеврсна легенда.

Нека је вечна слава професору Жики Алексићу.

Мр Ивана Ракић*

УТВРЂИВАЊЕ РЕЛЕВАНТНОГ ТРЖИШТА ОСВРТ НА ЗАБЛУДУ ИЗ СЛУЧАЈА *CELLORHANE*

*У раду се анализира примена теста претпостављеног монополисте приликом утврђивања релевантног тржишта у случајевима злоупотребе доминантног положаја. Примена теста у овим случајевима ствара одређене проблеме који се односе на тзв. заблуду у примеру целофана (*cellophane fallacy*), а због којих релевантно тржиште може бити прешироко одређено уколико тест покаже да је претпостављено повећање цена непрофитабилно. Тржишна моћ учесника на тржишту чије понашање се процењује у тим случајевима може због тога бити потцењена, с обзиром на то да се она процењује на основу тржишних удела одређених на тако дефинисаном релевантном тржишту.*

Проблем настаје због тога што се у анализи полази од постојећих цена које су резултат претходног искоришћавања тржишне моћи учесника на тржишту. Уколико су постојеће цене знатно више од цена које би одговарале равнотежном нивоу на тржишту савршене конкуренције, применом теста ће се обухватити производи који заправо не припадају истом релевантном тржишту пошто нису блиски супститути на нивоу „конкурентних цена“.

Кључне речи: *Целофанска заблуда. Претпостављени монополиста. Релевантно тржиште. Право конкуренције.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Утврђивање релевантног тржишта представља обавезну фазу у поступцима заштите конкуренције, будући да се на тај начин у сваком конкретном случају врши неопходна идентификација тржишних учесника који међусобно конкуришу један другом у погледу производа (добара и услуга) које нуде на одређеном географском подручју. Тиме се заправо одређују границе оног дела тржишта на

* Аутор је стипендиста Министарства просвете и науке, докторант Правног факултета Универзитета у Београду, ivanaracic12@gmail.com.

којем постоје конкурентски притисци са којима се суочавају привредни субјекти чије се понашање оцењује у конкретном поступку, и на којем се утврђује угрожавање конкуренције. Границе тржишта се одређују у предметном (стварном) смислу – према производима који се међусобно сучељавају и који за купце представљају супституте, јер на сличан начин задовољавају њихове исте потребе (релевантно тржиште производа), и у географском смислу – према територији на којој привредни субјекти конкуришу један другом у погледу производа које нуде (релевантно географско тржиште).

Одређивање релевантног тржишта је једно од најконтроверзнијих питања у праву конкуренције, пошто се ради о поступку који изазива бројне дилеме са становишта правне сигурности. С једне стране, уколико је тржиште сувише уско одређено, надлежни орган за заштиту конкуренције може преценити тржишну моћ привредних субјеката и донети погрешну одлуку која је неповољна за привредне субјекте. С друге стране, прешироким одређењем тржишта може се релативизовати тржишна моћ, па надлежни орган можда неће моћи да потврди да се понашањем привредних субјеката нарушава конкуренција.

Један од многих проблема који се јављају приликом утврђивања релевантног тржишта јесте могућност да у поступцима у вези са злоупотребом доминатног положаја надлежни орган погрешно у примени теста претпостављеног монополисте. Реч је о проблему који је први пут уочен у америчкој судској пракси, у случају *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.* (случај *Cellophane*),¹ а који се односи на тзв. заблуду у примеру целофана (енг. *cellophane fallacy*).

Заблуда се односи на погрешну примену критеријума заменивости и погрешну оцену супституције тражње, ако се као основ за примену теста претпостављеног монополисте узимају постојеће цене које су знатно више од конкурентних цена, односно од цена које би одговарале равнотежном нивоу на тржишту савршене конкуренције.² Ако се оваква грешка учини, релевантно тржиште ће бити прешироко одређено, а тржишна моћ привредних субјеката потцењена, тако да надлежни орган не може правилно да утврди да ли је повређена конкуренција.

¹ *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, vol. 351 U.S. Supreme Court, стр. 377 (1956).

² За потребе проучавања у раду, изразом *конкурентне цене* (енг. *competitive prices*) означавају се цене које постоје на тржишту на којем привредни субјекти немају тржишну моћ или на којем је њихова тржишна моћ мала. У условима савршене конкуренције, тржишна моћ не постоји и цене су тада једнаке граничним трошкови. Међутим, пошто савршена конкуренција не постоји у пракси, цене на тржишту одступају од граничних трошкова, па се под конкурентским ценама подразумевају и цене које су незнатно више од равнотежних цена које се успостављају на тржишту савршене конкуренције.

2. ТЕСТ ПРЕТПОСТАВЉЕНОГ МОНОПОЛИСТЕ

Тест претпостављеног монополисте (*hypothetical monopolist test*) је једна од квантитативних техника које се користе за утврђивање релевантног тржишта, а која је широко прихваћена у упоредном праву. Спровођењем теста се утврђује најуже тржиште за одређени производ на којем би претпостављени монополиста могао профитабилно да изврши мало, али значајно (5–10%) и трајно повећање цена (до једне године). Полазећи од претпоставке о постојању једног учесника на тржишту на страни понуде (претпостављени монополиста), тест се заснива на процени шта би се догодило ако би претпостављени монополиста извршио мало, али значајно и трајно повећање цена (енг. *Small but Significant Non-transitory Increase in Price*, даље у тексту: претпостављено повећање цена). Тест се због тога назива и *SSNIP* тест.³

Уколико би претпостављени монополиста повећањем цена остварио, односно увећао профит упркос смањењу обима продаје, релевантно тржиште би било одмах утврђено и обухватило би производ претпостављеног монополисте. Уколико би повећање цена за њега било непрофитабилно, полазном производу се додаје његов потенцијално најближи супститут, па се опет процењује да ли би монополиста могао профитабилно да изврши повећање цена. Поступак је итеративан, па се поново спроводи, а круг производа проширује све док се не утврди најуже тржиште за одређене производе на којем би претпостављени монополиста могао профитабилно да изврши повећање цена.

2.1. Процена еластичности тражње

Спровођење теста претпостављеног монополисте углавном се заснива на квантитативним методама, од којих се најважнијим сматра концепција ценовне еластичности тражње, која показује степен промене количине тражње до које долази због промене цене производа. Отуда се и утврђивање профитабилности претпостављеног повећања цена заправо заснива на процени нивоа опадања количине тражње посматраног производа у конкретном случају, који је изазван претпостављеним повећањем цена.⁴ Приликом утврђивања профитабилности морају се узети у обзир и раст трошкова изазваних падом износа тражње, односно продате количине и висина профита који се оствари након извршеног повећања цена.

³ Тест претпостављеног монополисте се на сличан начин примењује за одређивање релевантног тржишта производа и релевантног географског тржишта, па ће анализа у раду бити ограничена на релевантно тржишта производа.

⁴ Ценовна еластичност тражње показује за колико процената се промени тражња ако се за 1% промени цена производа.

Према општеприхваћеној дефиницији, релевантно тржиште производа представља скуп производа које потрошачи сматрају заменивим у погледу њиховог својства, уобичајене намене и цене, што значи да производи који сачињавају једно релевантно тржиште јесу производи који представљају блиске супституте. Због тога је за процену нивоа пада тражње посматраног производа потребно утврдити каква би била реакција потрошача на повећање цена и да ли би се они определили за куповину других производа који су замена за посматрани производ (супституција тражње).⁵ То значи да је потребно утврдити и унакрсну еластичност тражње, тј. у којој мери ће повећање цена утицати на смањење тражње посматраног производа, а у којој мери на увећање тражње за његовим супститутима.⁶

Уколико повећање цена посматраног производа доводи до умањења његове тражње, а до раста тражње за другим производом, коефицијент унакрсне еластичности тражње је позитиван и он указује да су ови производи супститути и да између њих постоји конкурентски притисак.⁷ Уколико повећање цена не доводи до промене тражње за другим производом, коефицијент унакрсне еластичности тражње је једнак нули и указује да та два производа нису повезана, односно да се не ради о супститутима и да између њих не постоји конкурентски притисак.⁸

Пошто се проценом унакрсне еластичности тражње, на основу реакција потрошача у погледу опредељења за један или други

⁵ Приликом процене нивоа пада тражње, нагласак се ставља на супституцију тражње, али се он може проценити и на основу могућности других привредних субјеката (произвођача) да у кратком року и без већих трошкова понуде на тржишту посматрани производ (супституција понуде). Тест претпостављеног монополисте се тада примењује на сличан начин, тако што се утврђује реакција других произвођача на претпостављено повећање цена, па се на основу њихових реакција процењује профитабилност повећања цена.

⁶ Унакрсна еластичност тражње показује за колико процената се промени количина тражње за једним производом ако се за 1% промени цена неког другог производа.

⁷ Виша вредност коефицијента унакрсне еластичности тражње указује на виши степен повезаности два производа и на то да се ради о блиским супститутима.

⁸ Два производа се сматрају супститутима ако повећање потрошње једног производа доводи до смањења потрошње другог производа, због чега повећање цена првог производа (услед смањења тражње за њим) доводи до повећања тражње за другим производом. Уколико повећање цена једног производа доводи до пада тражње другог производа због смањења тражње за првим производом, реч је о комплементарним производима. У том случају, коефицијент унакрсне еластичности тражње је негативан, а виша апсолутна вредност коефицијента указује на виши степен комплементарности два производа. Два производа се иначе сматрају комплементарним када повећање потрошње једног производа доводи до повећања потрошње другог производа. Вид. Б. Беговић, М. Лабус, А. Јовановић, *Економија за правнике*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008, 95-98 и 114-115.

производ, утврђује карактер повезаности тих производа, позитиван коефицијент унакрсне еластичности тражње показује да постоји супституција између посматраних производа и наговештава да они припадају истом релевантном тржишту. Међутим, то не мора бити тачно, будући да примена теста претпостављеног монополисте може ипак показати да би претпостављено повећање цена било профитабилно. То би значило да други производ не треба укључити у релевантно тржиште, иако он представља супститут посматраног производа.

2.2. Одређивање цена које служе као основ за примену теста

Основни недостатак теста претпостављеног монополисте који може да доведе до погрешног утврђивања релевантног тржишта јесте проблем одређивања цена које служе као основ за претпостављено повећање цена. Уколико се као основ узимају постојеће цене које су знатно изнад равнотежног нивоа на тржишту савршене конкуренције и које су резултат искоришћавања тржишне моћи претпостављеног монополисте, примена теста ће довести до погрешног закључка о супституцији тражње, што ће имати за последицу прешироко одређење релевантног тржишта. Ова грешка се у теорији назива заблуда у примеру целофана или целофанска заблуда и долази до изражаја у случајевима злоупотребе доминантног положаја. На њу су први указали амерички теоретичари након што је грешка учињена у случају *Cellophane*.

Када се претпостављено повећање цена изврши у односу на постојеће високе цене, процена супституције тражње ће показати да посматрани производ осећа снажан конкурентски притисак другог производа и да су они блиски супститути. То би значило да производи сачињавају исто тржиште, јер велики пад тражње услед повећања цене указује да претпостављени монополиста не би могао профитабилно да изврши претпостављено повећање цена. Зато би се релевантно тржиште морало проширити, обухватањем производа који се према спроведеном тесту показао као супститут посматраног производа.

Међутим, оно што се занемарује јесте чињеница да претпостављени монополиста у тренутку примене теста поседује знатну тржишну моћ и да ју је већ искористио тако што је повећао цене до нивоа до којег му је то било исплативо. Због тога ће његов производ бити суочен са конкурентским притисцима других производа у случају даљег раста цена, а повећање цена неће бити профитабилно, па надлежни орган може извести погрешан закључак да су ти производи супститути и да их треба укључити у исто тржиште.

Наведени закључци следе из анализе утицаја повећања цена на промену укупног прихода претпостављеног монополисте, који се по-

наша као и сваки други привредни субјект који жели да повећањем цена максимизује свој профит. Наиме, привредни субјекти који су у могућности да повећавањем цена увећају своје приходе то и чине, јер им је због нееластичне тражње то исплативо.⁹ Међутим, са повећањем цена се мења и ценовна еластичност тражње, па се привредном субјекту исплати да повећава цене све док се налази у зони нееластичне тражње, односно док не оствари максимални укупни приход, који се бележи при оној продатој количини при којој се постиже јединична еластичност тражње.¹⁰ Уколико би наставио да повећава цене, привредни субјект ће се суочити са еластичном тражњом и више неће моћи да користи погодности које пружа зона нееластичне тражње, јер када је тражња еластична,¹¹ повећање цена доводи до смањења укупног прихода.¹² Када примена теста покаже да повећање цена не би било исплативо, онда се на основу наведене анализе може закључити да је претпостављени монополиста већ искористио могућност да повећањем цена увећава свој укупни приход и да због тога није могуће наставити са повећањем цена. Пошто је претходним повећањем цена он већ максимизовао свој укупни приход, то значи да је поседовао знатну тржишну моћ и да ју је искористио.¹³

Због тога се као основ за примену теста не може узети постојећа цена, јер она није одређена у условима у којима је тржишна моћ мала и резултат је искоришћавања тржишне моћи претпостављеног монополисте. Када се на ту почетну превисоку цену дода „мало, али значајно и трајно повећање цена“ (5–10%), процена супституције тражње ће показати да су посматрани производи блиски супститути и да је претпостављено повећање цена неисплативо. То би значило да производе треба укључити у исто релевантно тржиште и довело би до неоправданог проширења релевантног тржишта производа.

⁹ Уколико је коефицијент ценовне еластичности тражње мањи од 1, реч је о нееластичној тражњи. То значи да повећање цена доводи до повећања укупног прихода, а смањење цена до смањења укупног прихода.

¹⁰ Уколико је коефицијент ценовне еластичности тражње једнак 1, говори се о јединичној еластичности тражње и у том случају промена цене нема утицаја на промену укупног прихода.

¹¹ Коефицијент ценовне еластичности тражње већи је од 1.

¹² Вид. W. M. Landes, R. A. Posner, „Market Power in Antitrust Cases“, *Harvard Law Review* 5/1981, 942 и 961; Б. Беговић, М. Лабус, А. Јовановић (2008), 111.

¹³ У теорији се тржишна моћ дефинише као способност привредних субјеката да утичу на цену својих производа, односно да одрживо подижу цену изнад граничних трошкова. У условима савршене конкуренције, цена је једнака граничним трошковима, па се тржишна моћ мери на основу интензитета одступања цене од граничних трошкова. Вид. M. Motta, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, New York 2004, 41; Б. Беговић, М. Лабус, А. Јовановић, 233; W. M. Landes, R. A. Posner, 939; A. Jones, B. Sufin, *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, New York 2008, 58.

3. СЛУЧАЈ *CELLOPHANE*

У случају *Cellophane*, компанија *Du Pont* је била оптужена за монополисање тржишта целофана, тако да је за Врховни суд од пресудног значаја било питање утврђивања релевантног тржишта. Суд је сматрао да релевантно тржиште обухвата све савитљиве материјале за паковање и на тај начин је потврдио претходну одлуку окружног суда, који је сматрао да компанија *Du Pont* нема тржишну моћ на тржишту савитљивих материјала за паковање и да због тога није прекршила чл. 2. Шермановог закона (*Sherman Antitrust Act*).

Компанија *Du Pont* је на територији САД имала учешће од 75% на тржишту целофана, а на тржишту савитљивих материјала за паковање учешће мање од 20%, тако да је у њеном интересу било да релевантно тржиште обухвати све савитљиве материјале за паковање. Зато је и тврдила да релевантно тржиште не може бити тржиште целофана, јер на то указује висок степен унакрсне еластичности тражње између целофана и других савитљивих материјала за паковање. Суд је прихватио ове наводе и применом критеријума заменљивости и концепције унакрсне еластичности тражње показао је да су целофан и остали савитљиви материјали супститути на нивоу постојећих цена. Суд је закључио да компанија *Du Pont* не би могла да подиже цене, јер би се због незнатног повећања цена много потрошача определило за остале савитљиве материјале. То је показало да је степен заменљивости између целофана и осталих савитљивих материјала висок, што је било довољно да се закључи да они припадају истом релевантном тржишту.¹⁴

Пресуде окружног и Врховног суда су критиковане у академским радовима, јер се сматрало да су судови погрешно закључили да целофан и остали савитљиви материјали за паковање чине једно тржиште, као и да су погрешно проценили да компанија *Du Pont*, због тога што нема могућност да подигне цене целофана, нема знатну тржишну моћ. Проблем је био у томе што Врховни суд није узео у обзир чињеницу да је компанија *Du Pont* већ искористила своју тржишну моћ и да је повећала цене целофана, па се процена заменљивости и унакрсне еластичности тражње вршила у односу на постојеће цене које су биле знатно више од конкурентних цена. На тај начин је учињена грешка, јер Суд није увидео да је компанија *Du Pont* већ продавала целофан по монополској цени и да је та цена одражавала тржишну моћ компаније, па је релевантно тржиште погрешно одређено.

Грешка се заснивала на непотпуној оцени унакрсне еластичности тражње, која је показала да су целофан и остали материјали

¹⁴ Вид. *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 351(1956) U.S. 377, 395 400.

за паковање супститути. Била је занемарена чињеница да је висок степен еластичности тражње показао да су производи супститути на нивоу *тренутних* цена, а не и да су са становишта купаца производи заиста супститути. Због претходног повећања цена, анализа је показала да су производи били супститути на нивоу толико високих цена, али није утврђено да ли су они били супститути и пре повећања цена – на нивоу *конкурентних* цена, односно у условима непостојања тржишне моћи. Зато висок степен унакрсне еластичности тражње није ни могао показати да целофан и остали савитљиви материјали за паковање чине јединствено тржиште, пошто је био само доказ да компанија *Du Pont* не може више профитабилно да подиже цене целофана.

Да би се правилно проценила заменљивост између посматраних производа, потребно је утврдити да ли су они супститути на нивоу конкурентних цена, јер када су цене изузетно високе, потрошачи су принуђени да пређу на куповину других производа, без обзира на то да ли се ради о блиским супститутима. Потрошачи се тада у великој мери опредељују за друге производе не зато што се ради о добрим супститутима, већ зато што су цене достигле највиши износ који су они спремни да плате за дати производ. То значи да је потребно утврдити да ли би потрошачи били спремни да пређу на друге производе када су цене конкурентне или макар ниже од постојећих.

Таква процена супституције тражње би задовољила услове које примена теста претпостављеног монополисте намеће у поступцима у вези са постојањем доминантног положаја, пошто се показало да процена супституције тражње и примена теста могу довести до погрешног закључка о релевантном тржишту ако се као полазне цене узимају цене које нису конкурентне. Проблем настаје управо због тога што применом теста није могуће препознати да ли је постојећа цена заправо монополска цена која је последица искоришћавања тржишне моћи,¹⁵ а тест се може успешно користити у овим поступцима само ако се као почетне цене узимају конкурентне цене посматраних производа.

4. ПРЕДЛОЗИ ЗА РЕШАВАЊЕ ПРОБЛЕМА

Пошто целофанска заблуда настаје због некоректних цена које служе као основ за примену теста, први могући начин да се ова грешка избегне јесте да се као почетне цене користе конкурентне цене и да се у односу на њих врши процена супституције тражње. Закључак о релевантном тржишту би се тада заснивао на оцени профитабилно-

¹⁵ A. Jones, B. Sufirin, 70.

сти претпостављеног повећања *конкурентних* цена, што је у складу са захтевом да се у већини поступака утврде они производи између којих постоје конкурентски притисци на нивоу конкурентних цена.

Ипак, оваквом начину решавања проблема упућује се приговор да је у пракси изузетно тешко и у већини случајева немогуће утврдити конкурентне цене. При томе, ако се ове цене и утврде, поставља се питање да ли је онда потребно одређивати релевантно тржиште, пошто се поређењем конкурентних и постојећих цена може директно проценити да ли претпостављени монополиста има тржишну моћ.¹⁶ У теорији је зато предложено да се уместо одређивањем релевантног тржишта, надлежни орган бави директном проценом тржишне моћи привредних субјеката и тако избегне све тешкоће које настају приликом одређивања релевантног тржишта.¹⁷ У том смислу се може користити неки од економетријских модела за директну процену тржишне моћи учесника на тржишту, као што је модел еластичности резидуалне тражње.¹⁸

Као специфичан начин директне процене тржишне моћи, предложена је и примена теста малог, али значајног (5–10%) и трајног смањења цена (*Small but Significant Non-transitory Decrease in Price – SSNDP* тест). Применом теста се анализира како би се претпостављени монополиста и његови конкуренти понашали да није извршена наводна монополизација (злоупотреба доминатног положаја) и поставља се питање да ли би у таквој ситуацији претпостављени монополиста смањио цене ако би његови конкуренти повећали производњу. Заправо, поставља се питање да ли би задржавање наводно искљученог конкурента из тржишне утакмице навело претпостављеног монополисту да изврши мало, али значајно и трајно смањење цена.¹⁹ Уколико се утврди да би претпостављени монополиста смањио цене, онда се сматра да он поседује тржишну моћ и да његово понашање угрожава конкуренцију. Сматра се да је на тај начин прећутно утврђено

¹⁶ Вид. S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law Concepts, Application and Measurement*, Sweet and Maxwell, London 2002, 101; G. J. Werden, „Market Delineation under the Merger Guidelines: Monopoly Cases and Alternative Approaches“, *Review of Industrial Organization* 2/2000, 215; R. O’Donoghue, A. J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, Portland 2006, 82 (нав. према: A. Jones, B. Sufrin, 73).

¹⁷ Вид. G. J. Werden, 216; P. B. Nelson, L. J. White, „Market Definition and the Identification of Market Power in Monopolization Cases: A Critique and a Proposal“, NYU Working Paper No. EC 03 26 (November 2003), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1292646, 16. фебруар 2011, стр. 3. Слично и P. Massey, „Market Definition and Market Power in Competition Analysis: Some Practical Issues“, *The Economic and Social Review* 4/2000, 309–326.

¹⁸ Више о овим моделима вид. M. Motta, 124–134; P. Massey, 323–324; S. Bishop, M. Walker, 318–321. и 421–433.

¹⁹ Вид. P. B. Nelson, L. J. White, 4. и 22–30.

и релевантно тржиште, иако се применом *SSNDP* теста релевантно тржиште не утврђује нити за тим има потребе.²⁰ Уколико се утврди да претпостављени монополиста не би смањео цене, сматра се да његово понашање не угрожава конкуренцију, јер се подразумева да је релевантно тржиште довољно велико да присуство конкурената на тржишту није од значаја. На овај начин се не утврђују границе тржишта ни тржишна моћ претпостављеног монополисте, јер то није потребно, будући да његово понашање не утиче на цене ни на тржишне преформансе.²¹

За разлику од овог теста који поставља питање да ли би претпостављени монополиста извршио смањење цена, постоји могућност да се анализира како би такво смањење цена утицало на повећање продаје претпостављеног монополисте и да се на тај начин процени његова тржишна моћ.²² Уколико би смањење цена довело до незнатног повећања продаје, сматра се да претпостављени монополиста има тржишну моћ и да ју је већ искористио.

Оваква анализа се може искористити и за одређивање релевантног тржишта, тако што ће се проценом утицаја смањења цена на продају утврдити да ли су постојеће цене конкурентне. Ако смањење цена доводи до релативно малог повећања продаје и ако неће значајно утицати на продају, цене су знатно више од конкурентних, па се може закључити да је релевантно тржиште одређено. Ако смањење цена значајно утиче на продају претпостављеног монополисте, постојеће цене су конкурентне, па је релевантно тржиште потребно проширити.²³

Међутим, и овим предлозима се упућују критике, пре свега, зато што постојеће цене не морају бити више од конкурентних за 5–10%, што би значило да претпостављени монополиста вероватно нема тржишну моћ. Затим, уколико су цене веће од конкурентних за 5–10%, то се не би могло само претпоставити, већ би се морало доказати. Ако би се то доказало, онда не би било потребно утврђивати релевантно тржиште, јер би „неконкурентни“ ниво цена значио да претпостављени монополиста има знатну тржишну моћ. На крају, ако након смањења за 5–10%, цене не би достигле конкурентни ниво, оне би и даље садржавале тржишну моћ, што значи да се целофанска заблуда није у потпуности избегла. Уколико би се у анализи пошло од тих цена, релевантно тржиште би поново обухватило производе који нису блиски супститути.²⁴

²⁰ *Ibid.*, 4, 23.

²¹ *Ibid.*, 4, 24.

²² T. G. Krattenmaker, R. H. Lande, S. C. Salop, „Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law“, *Georgetown Law Journal* 2/1987, 256 фн. 73.

²³ Вид. R. O'Donoghue, A. J. Padilla, 84 (нав. према A. Jones, B. Sufirin, 74).

²⁴ Вид. G. J. Werden, 215 216.

Постоји могућност и да се релевантно тржиште утврди поређењем са другим упоредивим тржиштима или проценом конкурентских реакција наводно доминантног тржишног учесника. Прва могућност се заснива на проверавању тржишних услова на тржиштима са сличном структуром која су конкурентнија од посматраног тржишта. Уколико цене на тим тржиштима нису значајно ниже од цена на посматраном тржишту, сматра се да су цене на посматраном тржишту конкурентне и да до целофанске заблуде не може доћи. Друга могућност полази од истраживања да ли доминантан учесник посматра промене цена и увођење нових производа својих конкурентата и да ли реагује на њих. Уколико се утврди да доминантан учесник реагује на промене цена и на нове производе, сматра се да су ти производи блиски супститути посматраном производу, а да је подручје на којем конкуренти послују део истог географског тржишта на којем послује доминантан учесник.²⁵

Из досадашњег излагања могућих решења проблема следи да се он може решити на више начина: директним методама процене тржишне моћи, проценом супституције тражње и применом теста полазећи од конкурентних цена, одређивањем релевантног тржишта на други начин, а не применом теста претпостављеног монополисте.

Директном проценом тржишне моћи целофанска заблуда се у потпуности избегава, јер се релевантно тржиште уопште не одређује, а истовремено се ограничава дискреционо одлучивање надлежног органа о релевантном тржишту које би могло утицати на коначну одлуку о повреди конкуренције. Тако се избегава изузетно сложено дефинисање релевантног тржишта, као и традиционални начин одређивања тржишне моћи који подразумева њену индиректну процену на основу бројних критеријума.

Ипак, примена квантитативних метода, односно економетријских модела за директну процену тржишне моћи условљена је постојањем и доступношћу података који омогућавају спровођење ових метода, па се због недостатака потребних података они често не могу применити. Зато надлежни органи за заштиту конкуренције прибегавају индиректном приступу процене тржишне моћи који се заснива на одређивању релевантног тржишта. То значи да је у већини поступака ипак потребно одредити релевантно тржиште, па се у ту сврху морају користити различити методи за утврђивање релевантног тржишта. Ови методи се могу користити и за решавање проблема целофанске заблуде, будући да се на тај начин избегава одлучивање о релевантном тржишту на основу процене еластичности тражње. Реч је бројним

²⁵ Вид. R. O'Donoghue, A. J. Padilla, 83-84 (нав. према A. Jones, B. Sufirin, 74).

квантитативним и квалитативним техникама које се заснивају на економетријским тестовима и квалитативним критеријумима.

Квалитативним тестовима се врши процена заменљивости између посматраних производа применом одређених критеријума, као што су физичке карактеристике производа, уобичајена намена производа, склоности потрошача, разлике у ценама и сл. Међутим, примена ових тестова није у потпуности у складу са економским приступом који преовлађује у модерном праву конкуренције, па њихову примену треба ограничити само на оне случајеве у којима се због недостатка неопходних података не могу употребити квантитативни тестови, као што су процена ценовне и унакрсне еластичности тражње, метод корелације цена, метод коинтеграционе анализе и др.²⁶ Отуда је у теорији изражено мишљење да када примена теста претпостављеног монополисте није могућа, релевантно тржиште би требало одредити на основу физичких карактеристика и намене производа.²⁷

Избор одговарајуће технике за утврђивање релевантног тржишта зависи од доступности података, па надлежни орган мора у сваком конкретном случају да се определи на који начин ће решити проблем целофанске заблуде, под условом да таква ситуација није уређена прописима.²⁸ У сваком случају, заблуда се не сме игнорисати, јер би у супротном надлежни орган донео погрешну одлуку о релевантном тржишту.

Према неким мишљењима, решавање овог проблема не значи да би требало у потпуности одустати од примене теста претпостављеног монополисте, јер суштину утврђивања релевантног тржишта чини процена конкурентских притисака између посматраних производа и географских подручја, а тест претпостављеног монополисте

²⁶ Непостојање потребних података не значи да треба одустати од метода за директну процену тржишне моћи или од квантитативних техника за утврђивање релевантног тржишта, јер се примена ових модела може омогућити прикупљањем неопходних података и стварањем одговарајућих база података. Вид. Б. Беговић, В. Павић, *Шта је то конкуренција и како се штити*, Центар за либерално демократске студије, Београд 2010, 24, 26.

²⁷ A. Lindsay, *EC Merger Regulation: Substantive Issues*, Sweet and Maxwell, London 2006, 105.

²⁸ У праву Европске уније и Велике Британије се указује на овај проблем, али не предвиђа се никакво решење, већ се само говори о могућности да постојеће цене буду знатно више од конкурентних и да се та чињеница мора имати у виду. Вид. чл. 19. Обавештења о дефинисању релевантног тржишта (Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, *Official Journal*, бр. С. 372/1997) и Market definition 2004, Office of Fair Trading, чл. 5.4-5.6. У српском праву, Уредба о критеријумима за одређивање релевантног тржишта (*Сл. гласник РС*, бр. 89/2009) више не предвиђа (обавезну) употребу теста претпостављеног монополисте, али је ипак потребно водити рачуна о овом проблему уколико се тест у појединим случајевима ипак примени.

обезбеђује појмовни оквир за такву процену. Дефиниција релевантног тржишта која се не ослања на процену супституције тражње и супституције понуде није добра основа за доношење коначне одлуке, јер би тржишни удели одређени на таквом тржишту били слаби показатељи тржишне моћи, а закључак о доминантном положају вероватно неадекватан. Зато се приликом решавања целофанске заблуде могу применити основни принципи теста претпостављеног монополисте, да би се у комбинацији са квалитативним критеријумима одредило релевантно тржиште, иако се на тај начин проблем не може избећи.²⁹ То значи да надлежни орган који одлучи да примени тест може, уз испуњавање одређених услова, искористити добијену дефиницију релевантног тржишта за доношење коначне одлуке.

Пре свега, потребно је проверити да ли су све могуће дефиниције доследне принципима супституције тражње и супституције понуде. Затим, потребно је утврдити да ли су производи обухваћени овим дефиницијама супститути бар на нивоу постојећих цена и тако елиминисати оне производе који то нису. Ово је важно, јер ако производи нису супститути на нивоу постојећих цена, неће бити супститути ни на нивоу конкурентних цена. На крају, потребно је обезбедити да све дефиниције буду уверљиве узимајући у обзир анализу физичких карактеристика и намераване употребе производа. На овај начин се обезбеђује укључивање само оних производа који се са становишта потрошача или других произвођача сматрају супститутима зато што карактеристике тих производа омогућавају задовољење одређених потреба потрошача. Није, дакле, одлучујуће да ли се карактеристике производа разликују, већ да ли те разлике утичу на коришћење производа. Због тога два физички слична производа не морају припадати истом тржишту ако их потрошачи не сматрају заменљивим, као што се и два релативно различита производа сматрају заменљивим ако имају исту намену.³⁰

Резултат наведеног приступа решавању проблема може бити утврђивање више вероватних дефиниција, што може отежати доношење коначне одлуке. Међутим, то може бити и корисно уколико се на основу свих дефиниција утврди да привредни субјекти чије се понашање оцењује имају мали тржишни удео на релевантном тржишту. Тада би надлежни орган могао одлучити да они немају знатну тржишну моћ и да њихово понашање не угрожава конкуренцију. Уколико се на основу појединих дефиниција утврди да су тржишни удели велики, тада се мора спровести свеобухватна анализа утицаја понашања привредних субјеката на конкуренцију.³¹

²⁹ Вид. S. Bishop, M. Walker, 102; R. O'Donoghue, A. J. Padilla, 82 (нав. према A. Jones, B. Sufirin, 73).

³⁰ Вид. S. Bishop, M. Walker, 102-103; R. O'Donoghue, A. J. Padilla, 83 (нав. према A. Jones, B. Sufirin, 73).

³¹ S. Bishop, M. Walker, 104.

5. ЗАКЉУЧАК

На основу наведеног излагања може се закључити да се целофанска заблуда не може увек избећи, као и да се комбинацијом различитих метода тај проблем може ублажити. Начин решавања проблема зависи искључиво од доступности података неопходних за процену релевантног тржишта, тако да се у сваком конкретном случају надлежни орган мора одредити за одговарајуће решење. Зато је тешко предложити један универзални метод чијом би применом проблем био решен, иако је јасно да закључак изведен применом теста претпостављеног монополисте не сме бити пресудан доказ да релевантно тржиште треба проширити уколико се утврди да би повећање цена било непрофитабилно за претпостављеног монополисту.³² У сваком случају, као што ниједну одлуку у поступку заштите конкуренције не сме да заснива на слободној дискреционој оцени, надлежни орган тако не сме ни одлуку о релевантном тржишту да заснива на слободној процени супституције тражње, јер би то умањило правну сигурност и изазвало сумње да надлежни орган не штити јавни интерес.

Основни проблем код целофанске заблуде је тај што се приликом примене теста претпостављеног монополисте занемарује могућност да тржишни учесник већ поседује тржишну моћ и да ју је искористио за повећање цена како би максимизовао профит. Ако се у анализи пође од тих високих, неконкурентних цена, примена теста ће довести до погрешног резултата, јер је претпостављено повећање цена свакако непрофитабилно за тог тржишног учесника. На основу процене супституције тражње, надлежни орган може погрешно закључити да је повећање цена непрофитабилно због заменљивости између посматраних производа, а не зато што се због претходног повећања цена претпостављени монополиста нашао у зони еластичне ценовне тражње, у којој повећање цена доводи до смањења укупног прихода.

Због тога релевантно тржиште не би требало да обухвати одређене производе само зато што је оцена супституције тражње показала да су ти производи супститути на нивоу постојећих цена. Укључивање тих производа у исто релевантно тржиште значило би његово проширење, па би тржишни удели одређени на том тржишту били мали. Тржишна моћ учесника на тржишту би на тај начин била потцењена, јер би се на основу закључка о малом тржишном уделу могло тврдити да је тржишна моћ учесника мала и да њихово понашање не угрожава конкуренцију. Зато примена теста претпостављеног монополисте може створити одређене тешкоће

³² M. Motta, 105.

приликом утврђивања релевантног тржишта у поступцима у вези са злоупотребом доминатног положаја, јер применом теста се не може утврдити да ли су цене од којих се у анализи полази конкурентне или су резултат искоришћавања тржишне моћи учесника на тржишту чије се понашање оцењује у конкретном случају. Отуда се приликом примене теста претпостављеног монополисте не сме игнорисати проблем целофанске заблуде и о њему се мора водити рачуна, како надлежни орган не би донео погрешну одлуку о релевантном тржишту.

Ivana Rakić, LL.M

PhD student

University of Belgrade Faculty of Law

RELEVANT MARKET DEFINITION AND THE CELLOPHANE FALLACY

The paper deals with the way in which the notion of relevant market is understood when applying the hypothetical monopolist test, in abuse-of-dominance competition cases. This test raises concerns known as *the Cellophane Fallacy*, as it may lead to an overly broad definition of the relevant market and, consequently, to underestimation of market shares of different market players.

The problem lies with the fact that prevailing market prices are not appropriate basis upon which to apply the hypothetical monopolist test, where there is a significant pre-existing market power. When the prevailing prices are already above the competitive level, the hypothetical monopolist test could likely lead to the inclusion of the products which do not belong to the same relevant market, as they are not close substitutes at competitive prices.

Key words: *Cellophane fallacy*. – *Hypothetical monopolist*. – *Relevant market*. – *Competition law*.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Текстови се куцају ћирилицом и по правилу не треба да буду дужи од једног табака. 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, пре наслова рада, наводи се академска титула, име и презиме аутора, а у пратећој фусноти која се означава звездицом, установа у којој је аутор запослен или друга афилијација, звање аутора 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. На крају текста се налази резиме (*summary*) приближног обима и до пет кључних речи, са насловом рада на енглеском језику.

У интересу аутора је да наслов и кључне речи што верније и концизније одражавају садржај рада. Цео рад, укључујући и резиме на страном језику, подлежу стручној лектури и анонимним рецензијама.

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 електронском облику.

За објављивање се предају искључиво оригинални радови, који не представљају део одбрањене тезе, објављене монографије или књиге, као и они који нису објављени или понуђени другом часопису. О томе аутор доставља изјаву приликом слања текста Редакцији.

У супротном Редакција задржава право да с аутором прекине сваку будућу сарадњу.

Редакција задржава право да прилагођава рад општим правилима уређивања часописа и стандарду српског језика у погледу правописа, граматике и стила.

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., pp., 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 а, 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 на-

знака „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 знаком „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. Иностранна 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 курсивом, нпр. Годме (*Gaudemet*).

13. За „видети“ користи се скраћеница „Вид.“, а за „упоредити“ се користи скраћеница „Упор.“

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Michael Bock, Explanation and Comprehension in Science: Nomothetic and Idiographic Approach -----	5
Jakov Radišić, Doctors' Liability for Death Caused by Negligent Omission – a View into German Legal Theory and Jurisprudence -----	20
Dejan Popović, Gordana Ilić-Popov, External Dimension of the Secondary EU Law on Direct Taxes -----	35
Marko Pavlović, The Question of Number of Members of the Parliament -----	56
Saša B. Bovan, Interpretation of Law as Evaluation Based on the Context – a Contribution to Constructive Theory of Interpretation -----	83
Slobodan I. Panov, Grounds for Divorce in Secular Law -----	107
Goran P. Ilić, On the Position of an Injured Party in Criminal Proceedings -----	137
Dejan B. Đurđević, Acknowledgement before the Notary Public -----	159
Jelena Perović, Change of Circumstances in Serbian and Uniform Contract Law -----	185
Darko Simović, Theoretical and Legal Framework of Constitutional Complaint -----	203
Dragiša Drakić, Judicial Determination of Facts in Criminal Proceedings -----	224

Marija Karanikić Mirić, Limitations of Liability for Damage under Serbian Law -----	244
Bojan Milisavljević, The Exhaustion of Internal Remedies as a Condition for the Application of Diplomatic Protection in International Law-----	274
Nenad Tešić, One Who Gives a Penny to Enter the Marriage, Pays a Fortune to Exit-----	293
Attila Dudás, From the Principles of European Contract Law to the Draft Common Frame of Reference -----	319
Andreja Katančević, Bodily Harm and Damages in the Ancient Rome -----	337
Veljko Vlašković, “The Best Interest of the Child” – Problem of Content Determination -----	349

COMMENTARIES ON COURT DECISIONS

Marija Draškić, Obavezno lišenje roditeljskog prava prilikom odlučivanja suda o vršenju roditeljskog prava: sporno stanovište Vrhovnog suda Srbije -----	366
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

BOOK REVIEWS

Nada Varničić Donžon, <i>Francuski jezik u pravu (French Language in Law)</i> , Pravni fakultet, Beograd 2011, 154. (Dr Momir Milojević)-----	382
Peter T. Leeson, <i>The Invisible Hook: The Hidden Economics of Pirates</i> , Princeton – Oxford, Princeton University Press, Princeton NJ 2009, 271. (Boris Begović) -----	389
Boris Begović, <i>Institucionalni aspekti privrednog rasta (Institutional Aspects of Economic Growth)</i> , Službeni glasnik – Centar za liberalno-demokratske studije, Beograd 2011, 420. (Branko Radulović)-----	394
Zorica Mršević, <i>Ka demokratskom društvu – rodna ravnopravnost (Towards Democratic Society – Gender Equality)</i> , Institut društvenih nauka, Beograd 2011, 175. (Dragica Vujadinović) -----	399

Žan Bobero, Mišlin Milo, <i>Laiciteti bez granica (Laicité without Borders)</i> , Karpos, Beograd, 2011, 364. (Marko Božić)-----	406
IN MEMORIAM	
Milan Škulić, <i>Živojin Aleksić (1931–2012)</i> -----	410
STUDENT CONTRIBUTIONS	
Ivana Rakić, Relevant Market Definition and the <i>Cellophane</i> Fallacy -----	416
Instructions to Authors -----	431

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