



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

Мирко Васиљевић, Вук Радовић, Теоријске основе права несагласних акционара —————	7
Марко Павловић, Канцел параграф Видовданског устава — —	28
Радован Д. Вукадиновић, Штетно дејство арбитражног решавања спорова из интерних споразума Европске уније о заштити страних инвестиција на правни поредак Европске уније —————	50
Божидар Бановић, Нормативни оквир за супротстављање трговини људским органима —————	70
Татјана Јевремовић Петровић, Ништавост оснивања привредног друштва: упоредноправна теорија и право Европске уније —————	98
Милош Станковић, Да ли је завештање било нормирано у Хамурабијевом закону? —————	124
Никола Селаковић, Корени латинског типа нотаријата — — —	153
Марко Перовић, Новација као начин престанка облигација —————	167

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

Милијана Трифковић, Повреда права на суђење у разумном року пред органима управе —————	188
Наталија Живковић, Тужилачка истрага – предности и мане —————	207

ПРИКАЗИ

William Domnarski, <i>Richard Posner</i> , Oxford University Press, New York 2016, 293. (Ана Одоровић) -----	226
Joseph Stiglitz, <i>The Euro</i> , Allen Lane, London 2016, 496. (Никола Илић) -----	231
Упутство за ауторе -----	237

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Mirko Vasiljević, Vuk Radović, Theoretical Foundations of Shareholders' Right To Appraisal – — — — —	7
Marko Pavlović, Kanzel Paragraph of St. Vitus Constitution – —	28
Radovan Vukadinović, Harmful Effect of Arbitration Dispute Settlement Eu Intra Bits to the Legal Order of the European Union – — — — —	50
Božidar Banović, Normative Framework for Combating Trafficking in Human Organs – — — — —	70
Tatjana Jevremović Petrović, Nullity of the Company – — — — —	98
Miloš Stanković, Was Last Will Prescribed in the Code of Hammurabi? – — — — —	124
Nikola Selaković, Roots of the Latin Type of The Notary Public Service – — — — —	153
Marko Perović, Novation as a Method of Termination of Obligations – — — — —	167

STUDENT CONTRIBUTIONS

Milijana Trifković, Violation of the Right to Trial within a Reasonable Time in Administrative Proceedings – — — — —	188
Natalija Živković, Prosecutorial Investigation – Pros and Cons – — — — —	207

BOOK REVIEWS

William Domnarski, *Richard Posner*, Oxford University Press,
New York 2016, 293.
(Ana Odorović) ----- 226

Joseph Stiglitz, *The Euro*, Allen Lane, London 2016, 496.
(Nikola Ilić) ----- 231

Instructions to Authors ----- 237

Др Мирко Васиљевић*

Др Вук Радовић, LL.M. (University of Pittsburgh)**

ТЕОРИЈСКЕ ОСНОВЕ ПРАВА НЕСАГЛАСНИХ АКЦИОНАРА***

Право несагласних акционара представља контроверзан институт права акционарских друштава, због чега га прихвата релативно мали број држава. У овом раду аутори прво анализирају циљеве који се желе постићи увођењем института права несагласних акционара. У том погледу, прво су приказана традиционална, а након тога и модерна објашњења за увођење, односно задржавање тог института. У другом делу рада се право несагласних акционара посматра критички, и то превасходно из угла проблема које ствара акционарском друштву. Након тога је идентификовано и неколико потенцијалних узрочника неефикасности коришћења тог права. Сагледавање предности и недостатака права несагласних акционара је посебно значајно за Србију како би се извео закључак о томе у којој мери су наша решења усклађена са основним постулатима на којима тај институт треба да почива.

Кључне речи: Акционарско друштво. – Акционар. – Право мањинских акционара. – Фундаментална корпоративна промена.

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

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

*** Рад је настао као резултат рада на пројекту *Идентитетски преображај Србије* (2017), чији је носилац Правни факултет Универзитета у Београду.

1. ЦИЉЕВИ ПРАВА НЕСАГЛАСНИХ АКЦИОНАРА

Данас је у страној теорији компанијског права спорно који су циљеви увођења права несагласних акционара.¹ Недоумице у погледу прецизног одређења сврхе тог института, а по некима и немогућности да се у модерним околностима она утврди, представљају Ахилу пету,² која прети да доведе или до укидања тог права или до прихватања различитих варијација у његовом законском уобличењу. За Србију је одговор на то питање веома значајан из најмање два угла: прво, на основу њега се може извести закључак о оправданости задржавања тог института, односно потреби његовог брисања из позитивног права,³ и друго, за случај да се утврди да се тим институтом остварују легитимни и општекорисни циљеви, неопходно је анализирати у којој мери је српска регулатива адекватна и усклађена са вредностима које тај институт треба да промовише.⁴

1.1. Традиционална објашњења – накнада за губитак права вета и отклањање приговора неуставности

Историјски посматрано, право несагласних акционара је настало у праву Сједињених Америчких Држава у веома специфичним околностима. Наиме, изворно су компаније осниване одлуком државе. Њихов оснивачки акт је представљао не само уговор између државе и компаније, већ и уговор између свих акционара.⁵ Одатле се изводио закључак да се права акционара нису могла променити ни на други начин ограничити ако се са тим нису сагласили сви акционари.⁶ Фактички посматрано, сваки акционар је имао право вета на

¹ Barry M. Wertheimer, „The Purpose of the Shareholders’ Appraisal Remedy“, *Tennessee Law Review* 65/1998, 661–662.

² Упор. Mary Siegel, „An Appraisal of the Model Business Corporation Act’s Appraisal Rights Provisions“, *Law and Contemporary Problems* 74/2011, 85.

³ За позитивноправну српску регулативу права несагласних акционара вид. Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон и 5/2015, чл. 474–477.

⁴ За критику српских решења више вид. Мирко Васиљевић, „Привреда и судска и арбитражна пракса“, *Право и привреда* 4–6/2017, 34–36; Вук Радовић, „Услови за остваривање права несагласних акционара“, *Право и привреда* 4–6/2017, 49–70; Јована Величковић, „Права несагласних акционара – досадашња искуства у пракси“, *Право и привреда* 4–6/2017, 158–178.

⁵ Norman D. Lattin, „Minority and Dissenting Shareholders’ Rights in Fundamental Changes“, *Law and Contemporary Problems* 23(2)/1958, 307; William J. Carney, „Fundamental Corporate Changes, Minority Shareholders, and Business Purposes“, *American Bar Foundation Research Journal* 1/1980, 78; Elliott J. Weiss, „The Law of Take Out Mergers: A Historical Perspective“, *New York University Law Review* 56/1981, 627; B. M. Wertheimer, 664.

⁶ W. J. Carney, 78; B. M. Wertheimer, 664.

сваку одлуку којом се предлаже нека фундаментална корпоративна промена.⁷ Према томе, за одлуке попут спајања, припајања, промене оснивачког акта, продаје целокупне имовине друштва и сл. увек се захтевала једногласност.⁸ Било је то време владавине теорије стечених права у компанијском праву,⁹ у којој су се акционарска друштва више посматрала кроз призму ортаклука.¹⁰

Временом се показало да је такво решење неодрживо. Услов једногласности је представљао препреку за развој привредних друштава јер је спречавао благовремену и адекватну реакцију на промене околности у привредном амбијенту.¹¹ На тај начин се наносила штета не само компанији, него и друштву у целини. Воља једног акционара, ма колико ситног и у економском смислу ирелевантног, могла је да буде одлучујућа да се не усвоји нека одлука, без обзира на то што је корисна за привредно друштво и што је подржавају сви други акционари.¹² Како у великим акционарским друштвима готово да није могуће обезбедити подршку сваког акционара, то значи да су крупне корпоративне промене представљале само теоријску могућност.¹³ Већински акционари су у том погледу били немоћни. Због тога и не чуди што је такво правило било све учесталије критиковано, и то не само због тога што представља кочницу прогреса, већ и да је неправично и противно општем интересу.¹⁴ Као одговор, компанијско право је принцип једногласности заменило принципом већинског одлучивања, при чему се по правилу

⁷ William F. Looney, Jr., „Dissenting Minority Stockholder’s Right of Appraisal“, *Boston College Industrial and Commercial Law Review* 4/1962, 85; Joseph Eliot Magnet, „Shareholders’ Appraisal Rights in Canada“, *Ottawa Law Review* 11/1979, 100; David Cohen, „Valuation in the Context of Share Appraisal“, *Emory Law Journal* 34/1985, 119; Mary Siegel, „Back to the Future: Appraisal Rights in the Twenty-First Century“, *Harvard Journal of Legislation* 32/1995, 86; George S. Geis, „An Appraisal Puzzle“, *Northwestern University Law Review* 105/2011, 1642.

⁸ J. Steven Rogers, „The Dissenting Shareholder’s Appraisal Remedy“, *Oklahoma Law Review* 30/1977, 629. Једина могућност да се заобиђе услов једногласности је била сагласност државе. Вид. N. D. Lattin, 308. У теорији се сматра да је увођење сагласности државе за промену оснивачког акта акционарског друштва био први корак ка ерозији принципа једногласности. Вид. M. Siegel (1995), 86.

⁹ E. J. Weiss, 626; Michael R. Schwenk, „Valuation Problems in the Appraisal Remedy“, *Cardozo Law Review* 16/1994, 653.

¹⁰ J. E. Magnet, 100. Упор. M. R. Schwenk, 653.

¹¹ Robert B. Thompson, „Exit, Liquidity, and Majority Rule: Appraisal’s Role in Corporate Law“, *Georgetown Law Review* 84/1995, 13; James D. Cox, Thomas Lee Hazen, F. Hodge O’Neal, *Corporations*, Aspen Law & Business, New York 1997, 595; B. M. Wertheimer, 664.

¹² Економским речником, овде је био изражен тзв. *hold-out* проблем. Вид. G. S. Geis, 1642. Упор. M. R. Schwenk, 654.

¹³ Упор W. F. Looney, Jr., 85.

¹⁴ Више вид. W. J. Carney, 79–82. Упор. J. S. Rogers, 630.

захтевало да већина за фундаменталне одлуке буде квалификована.¹⁵ Тако је спречена „тиранија мањине над већином“, али је омогућена „тиранија већине над мањином“.

Промене у компанијском праву су за последицу имале увођење права несагласних акционара. Тим правом се акционарима компензује губитак права вета који су до тада имали.¹⁶ Поједини акционар више нема право да спречи фундаменталну корпоративну промену коју подржава већина, али зато има право да иступи из друштва уз обавезу друштва да му накнади вредност његових акција. То је традиционално објашњење којим је правдано увођење института права несагласних акционара, које је у том тренутку одговарало стварности.¹⁷

У том периоду је најпроблематичније било оправдати правне последице статусне промене припајања, услед којих акционарима друштва припојеника (друштва преносиоца) престаје то својство, а они постају акционари друштва припојеоца (друштва стицаоца). Имајући у виду да се та одлука доноси квалификованом већином, мањински акционар припојеника може постати акционар припојеоца против своје воље.¹⁸ Да ли је такав исход у складу са основним постулатима права својине? Ако је једно лице уложило капитал у куповину акција друштва А, може ли га воља већине натерати на постане акционар друштва Б? У стварном праву је незамисливо да једно лице, које има право својине на компјутеру, буде приморано да се одрекне својине на компјутеру у корист својине на музичком стубу. Могуће је да се то лице убеди да прода свој компјутер или да га размени за музички стуб, али није могуће да се оно принуди на размену. Традиционално компанијско право је на сличан начин посматрало право својине на акцијама и право својине на другим стварима и правима, те као што није била дозвољена размена ствари без сагласности власника, тако није била дозвољена ни принудна размена акција.¹⁹ Право несагласних акционара је фаворизовало право својине у односу на већинско одлучивање, односно примат је давало индивидуалним спрам колективних вредности.²⁰ Имајући у виду да су устави

¹⁵ G. S. Geis, 1642; M. Siegel (1995), 93. Наравно, акционарска друштва имају опцију да се интерним актима врате на принцип једногласности, што је замисливо само у друштвима са малим бројем акционара. Вид. M. Siegel (1995), 93.

¹⁶ Hideki Kanda, Saul Levmore, „The Appraisal Remedy and the Goals of Corporate Law“, *UCLA Law Review* 32/1985, 434; M. Siegel (2011), 93–94.

¹⁷ О неадекватности тог објашњења у модерним условима више вид. M. Siegel (1995), 93–94.

¹⁸ На тај начин је акционар натеран да инвестира у ново друштво. Вид. Peter V. Letso, „The Role of Appraisal in Corporate Law“, *Boston College Law Review* 39/1998, 1122.

¹⁹ Више вид. Bayless Manning, „The Shareholder’s Appraisal Remedy: An Essay for Frank Coker“, *Yale Law Journal* 72/1962, 246.

²⁰ Упор. J. E. Magnet, 102.

садржали, а и данас садрже, попис фундаменталних правних начела, међу којима посебно место заузима и јемчење мирног уживања својине и других имовинских права стечених на основу закона, не чуди што је постојало још једно историјско објашњење давања тог права акционарима – обезбеђивање уставности законских одредаба које су омогућавале доношење одлука према већинском принципу.²¹

1.2. Модерна схватања

Данас је већински принцип у компанијском праву неприкосновен,²² те објашњавати институт права несагласних акционара као противнакнаду за губитак права вета или као модус за отклањање приговора неуставности више нема никаквог оправдања.²³ Због тога је за опстанак тог института неопходно пронаћи модерна објашњења, која би оправдала његово задржавање у правним системима.

Основно начелно оправдање за права несагласних акционара проналази се у потреби заштите мањинских акционара.²⁴ Ако је увођење већинског одлучивања за доношење фундаменталних одлука требало да заштити већину од мањине, гарантовање права несагласним акционарима требало је да заштити мањину од већине. У том погледу се то право и посматра као део корпуса права мањинских акционара,²⁵ а тиме и као начин умањења другог агенцијског проблема.²⁶ Тим институтом треба да се успостави баланс између права већинског акционара да реорганизује акционарско друштво и права мањинских акционара који се са том променом не слажу.²⁷

Права несагласних акционара треба да остваре тзв. накнадну правичност. Наиме, њима се мањинским акционарима омогућава да „напусте брод онда када га је господар усмерио у другом правцу“.²⁸

²¹ B. Manning, 246; J. D. Cox, T. L. Hazen, F. H. O’Neal, 596.

²² О принципу већине у праву акционарских друштава више вид. Мирко С. Васиљевић, *Компанијско право – право привредних друштава*, Удружење правника у привреди Републике Србије, Београд 2015⁹, 303–304.

²³ Упор. M. Siegel (2011), 94; J. D. Cox, T. L. Hazen, F. H. O’Neal, 595.

²⁴ H. Kanda, S. Levmore, 434; M. Siegel (1995), 97; J. D. Cox, T. L. Hazen, F. H. O’Neal, 596; Frank H. Easterbrook, Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, Cambridge – London 1996, 145.

²⁵ М. С. Васиљевић (2015), 307–309.

²⁶ Вук Радовић, „Утицај агенцијских проблема на право акционарских друштава и корпоративно управљање“, *Корпоративно управљање – зборник радова* (ур. Мирко Васиљевић, Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008, 255–256; Мирко Васиљевић, „Корпоративно управљање и агенцијски проблеми (I део)“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2009, 20–21.

²⁷ Alfred F. Conard, „Amendments of Model Business Corporation Act Affecting Dissenters’ Rights (Section 73, 74, 80, and 81)“, *The Business Lawyer* 33/1978, 2592.

²⁸ H. Kanda, S. Levmore, 431.

Акционар је имао у виду једну „дестинацију“ и са том идејом је уложио капитал. Променом дестинације су изневерена основана очекивања акционара. На тај начин се спречава да се мањински акционари „приморају да учествују у драстично промењеном предузећу, у које они више немају поверење“.²⁹ У односу на традиционално схватање права на акцијама као права својине, новија схватања све мање посматрају акционара као власника, а све више као инвеститора. Инвестирањем у одређени пословни подухват акционар *implicite* прихвата да његова инвестиција следи правну судбину тог подухвата, што, између осталог, обухвата и могућности промене његовог права на акцијама, односно права која произлазе из акција. На тај начин схваћено, право несагласних акционара се може оправдати само у случајевима најкрупнијих корпоративних промена.

Један од најчешће истицаних аргумената у прилог увођења права несагласних акционара јесте обезбеђивање ликвидности.³⁰ Може се десити да након спровођења одлуке већине мањински акционари више не могу да продају своје акције, тј. њихова инвестиција постаје неликвидна. Тај аргумент је посебно снажан када је реч о нејавним друштвима. Управо због тога није ретко да се акционарска друштва, чијим се акцијама тргује на регулисаном држишту, изузимају од примене института права несагласних акционара.³¹ У праву САД аргумент ликвидности се сматра историјским аргумен- том јер се данас готово сва спајања остварују у форми тзв. готовин- ских спајања, при чему већински акционар спајање користи као ме- ханизам за истискивање мањинских акционара.³² Код готовинских спајања се не може говорити о проблему ликвидности јер мањински акционари добијају најликвиднија средства. Но, за разлику од аме- ричког права, српско право не дозвољава готовинска спајања, што значи да се код нас аргумент ликвидности може користити у сврхе правдања задржавања института права несагласних акционара.

Професор Денијел Фишел (*Daniel Fischel*) развио је теорију присвајања богатства као начин модерног објашњења тог права акционара.³³ Према тој теорији, цена која се мора платити несаглас-

²⁹ Melvin Aron Eisenberg, „The Legal Roles of Shareholders and Management in Modern Corporate Decisionmaking“, *California Law Review* 57(1)/1969, 80.

³⁰ R. B. Thompson, 11; B. M. Wertheimer, 662 и 681; М. Васиљевић (2009), 21.

³¹ Више вид. М. Siegel (1995), 96–97.

³² Та врста спајања се остварује тако што се акционарско друштво припаја свом зависном друштву, при чему већински акционар добија акције у зависном друштву, док мањински акционари добијају одређени износ новца у замену за акције. Вид. Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations*, West Group, St. Paul, Minn. 2000⁵, 621–622.

³³ Више вид. Daniel R. Fischel, „The Appraisal Remedy in Corporate Law“, *American Bar Foundation Research Journal* 8(4)/1983, 875–902.

ним акционарима гаранција је да већински акционари неће покушавати да присвоје богатство које припада мањинским акционарима, већ да ће приликом предлагања крупних промена у друштву имати у виду првенствено максимизирање вредности друштва. На тај начин посматрано, право несагласних акционара смањује вероватноћу корпоративних промена које воде умањивању вредности. Професор Фишел то право разуме као прећутну одредбу оснивачког акта акционарског друштва која претпоставља да се скупштинском одлуком увећава вредност свих акција. За разлику од већине аутора, који су до тада право несагласних акционара сагледавали у *ex post* перспективи, тј. након најаве корпоративне промене, Фишел се фокусира на улогу тог права *ex ante*, тј. пре најаве корпоративне промене. Такође, он то право не посматра само из угла мањинских (несагласних) акционара, већ из угла свих акционара.

Професори Хидеки Канда (*Hideki Kanda*) и Саул Левмор (*Saul Levmore*) развили су три објашњења права несагласних акционара.³⁴ Прво објашњење је познато под називом „инфрамаргиналност“ (*inframarginality*). Оно се везује за чињенице да акционари различито вреднују своје акције и да тржишна цена може бити испод просечне цене коју акционари приписују својим акцијама. Из тога Канда и Левмор закључују да правична цена која се плаћа несагласним акционарима може да заштити инфрамаргиналне процене акционара. Основни проблем овог објашњења је у томе што није јасно због чега законодавац треба да заштити те процене и на који начин би се одредила цена акција која уважава различите инфрамаргиналне процене. За друго објашњење професори Канда и Левмор користе термин *reckoning*, који би се могао превести као утврђивање, процена, израчунавање и сл. Превасходно се мисли на потребу акционара да врше надзор над радом чланова управе. Процена учинка је посебно значајна у случају када друштво намерава да предузме значајне корпоративне промене јер тада наступа конфузија у поступку надзора. Управо гарантовање права несагласних акционара представља институт који омогућава да се изврши евалуација претходног учинка, која ће представљати основ за будућу евалуацију. Коначно, треће и најзначајније објашњење које нуде професори Канда и Левмор, тиче се поступка откривања информација (*discovery*). Чињеница је да интереси чланова управе и акционара никада нису потпуно усклађени, а фундаменталне корпоративне промене управо наглашавају ту разлику. Оне креирају амбијент у коме је већи потенцијал за преварно и незаконито поступање чланова управе. Уместо да преговарају са циљем да обезбеде што повољније услове за своје акционаре, чланови управе ће у значајном броју случајева водити рачуна доминантно о својим интересима (задржавање постојећих позиција, обећање ви-

³⁴ Више вид. Н. Kanda, S. Levmore, 429–473.

соких накнада и слично). Тако посматрано, право насагласних акционара представља инструмент путем кога акционари могу да открију разне видове преварног поступања чланова управе, нарочито у вези са правним послом који иницира настанак овог права. Том логиком се закључује да право несагласних акционара треба обезбедити у свим ситуацијама када постоји разлог за забринутост да чланови управе неће водити рачуна о интересима акционара и када они имају информације о скривеним вредностима друштва (на пример, будућим приликама друштва).³⁵ Могућност откривања информација у поступку који иницирају несагласни акционари остварује значајно превентивно дејство, те смањује вероватноћу преварног поступања директора. Једним делом, тај аргумент своди право несагласних акционара на механизам додатне контроле правних радњи у којима постоји лични интерес чланова управе.³⁶ У српском праву, приказани аргумент нема велики значај јер су ограничене могућности спровођења поступка откривања информација у поступку утврђивања вредности правичне цене.³⁷

Основно ограничење три објашњења која су развили професори Канда и Левмор тиче се чињенице да су они пошли од конкретних законских решења у америчким државама, те су претпоставили да садржина закона треба да одговара сврси тог института. Према томе, они се нису бавили теоријским моделом тог института већ су полазили од примењених правила, због чега су и њихови закључци били у теорији критиковани.³⁸ Но, без обзира на бројна ограничења, стављање нагласка на превенцију представља значајан допринос тих аутора.

Правило је да мањински акционари, због малог учешћа у основном капиталу, немају довољно подстицаја да врше надзор над радом управе, за разлику од већинских акционара, чији значајни економски интереси повезани са друштвом оправдавају већи ангажман у вршењу контроле. Институт права несагласних акционара је у том погледу особен јер подстиче све акционаре да врше надзор над радом управе, тј. да посебно пажљиво преиспитују предлоге управе у правцу спровођења фундаменталних корпоративних промена. Економско објашњење за то треба тражити у непостојању проблема слепог путника јер се у праву несагласних акционара један акционар не може користити надзором који врше други акционари.³⁹ Сваки ак-

³⁵ Н. Kanda, S. Levmore, 460.

³⁶ J. D. Cox, T. L. Hazen, F. H. O'Neal, 596.

³⁷ Сличан закључак важи и за јапанско право. Више вид. Alan K. Koh, „Appraising Japan's Appraisal Remedy“, *American Journal of Comparative Law* 62/2014, 448–449.

³⁸ Више вид. P. V. Letsou, 1130–1137; B. M. Wertheimer, 670–672.

³⁹ A. K. Koh, 456.

ционар који жели да користи то право мора претходно да испуни одређене процесне услове, који претпостављају самосталну анализу последица предложене корпоративне промене. Поступци које воде несагласни акционари су индивидуалног карактера и везују се само за однос друштва и конкретног акционара. Осим контроле коју врше несагласни акционари, значајно је поменути и контролу коју врше сагласни акционари. Институт права несагласних акционара подстиче већинске акционаре да сагледају све ефекте предложене промене како се не би десило да коришћење права на излазак из друштва буде противно њиховим интересима.⁴⁰ Из реченог се може закључити да је аспект контроле, односно надзора свих акционара над радом чланова управе интегрални део института права несагласних акционара. Коначно, ризик да ће велики број акционара користити право на излазак подстиче чланове управе да предлажу корпоративне промене које би биле у интересу свих акционара.⁴¹ На тај начин се, због умрежених интереса несагласних акционара, сагласних акционара и чланова управе, гарантује својеврсна трострука контрола, која треба да обезбеди да фундаменталне промене у акционарском друштву стварају вредност за све акционаре.⁴²

Професор Питер Летсоу (*Peter Letsou*), преиспитујући улогу права несагласних акционара у праву акционарских друштава, развио је „теорију помирења преференци“ (енгл. *preference reconciliation theory*) којом тај институт посматра као модалитет помирења различитих интереса акционара.⁴³ Потреба за помирењем се јавља само у оним случајевима када долази до промене ризика повезаних са поседовањем акција у одређеном акционарском друштву. Како акционари имају различите преференце у односу на ризике, право несагласних акционара умањује конфликте између акционара у ситуацијама када друштво усвоји одлуку којом иницира корпоративну промену која може довести до тога да акцијски капитал буде мање или више ризичан.

Право несагласних акционара се може посматрати и као сигурносна кочница која каналише незадовољство мањинских акционара, тако да оно не утиче на спровођење фундаменталних корпоративних промена.⁴⁴ Ако акционари знају да имају право на излазак из друштва уз исплату правичне цене, они ће бити много мање заинтересовани да оспоравају промену другим правним средствима. Из тог угла посматрано, тај институт може имати подстицајан ефекат

⁴⁰ A. K. Koh, 457.

⁴¹ Franklin A. Gevurtz, *Corporation Law*, West Group, St. Paul, Minn. 2000, 649.

⁴² F. H. Easterbrook, D. R. Fischel, 145.

⁴³ Више вид. P. V. Letsou, 1121–1174.

⁴⁴ J. D. Cox, T. L. Hazen, F. H. O’Neal, 596.

на спровођење корпоративних реструктурирања. Такође, имајући у виду да право несагласних акционара умањује значај коришћења других права, не чуди да многа законодавства уводе принцип ексклузивитета, који акционарима који се определе за излазак из друштва онемогућава да користе права којима могу да оспоравају корпоративну промену.

Потреба за увођењем института права несагласних акционара у значајној мери произлази из доступности и ефикасности других правних средстава која стоје на располагању акционарима. Правни системи који нуде бројне могућности мањинским акционарима да оспоравају фундаменталне корпоративне промене по различитим основама немају потребу за тим институтом, односно она је мање изражена. Сагледавањем српских компанијских решења може се констатовати да је заштита мањинских акционара недовољна јер ће се у многим случајевима она свести на право на побијање скупштинске одлуке. Отуда, посматрано из угла корпуса права мањинских акционара, право несагласних акционара, макар у одређеном опсегу, има оправдања у правним системима попут српског.⁴⁵

Приказ лепезе модерних објашњења института права несагласних акционара не значи да постоји нужност опредељивања за конкретан *ratio*. Напротив, тај институт, због своје законодавне полиморфности, може и треба да остварује више циљева у једном правном систему.⁴⁶ Такође, имајући у виду разнолика упоредна решења, може се очекивати да се циљеви права несагласних акционара у правним системима значајно разликују.

2. КРИТИЧКИ ПОГЛЕД

Право несагласних акционара се у теорији често критикује као реликт прошлости, који нема оправдања у новим друштвено-економским околностима. Професор Менинг, најоштрији противник тог института у САД, пореди га са египатским пирамидама, које су саграђене са идејом величања одређених вредности, које су се у међувремену промениле.⁴⁷

Из угла привредног друштва могу се навести два основна проблема која су последица гарантовања тог права несагласним акционарима. Први проблем се везује за околност да друштво има обавезу

⁴⁵ Исти закључак се изводи и за јапанско право. Више вид. А. К. Koh, 454–456.

⁴⁶ Неки аутори га због тога фигуративно пореде са мултифункционалним швајцарским војним ножем. Вид. А. К. Koh, 458.

⁴⁷ B. Manning, 246.

да исплати правичну вредност акционарима који не желе изгласану корпоративну промену. Практично посматрано, сваки несагласни акционар који оптира за коришћење тог права има право на накнаду. Збир свих тих права акционара представља укупну новчану обавезу друштва. Контрадикторно је да право које треба да обезбеди ликвидност за акционаре има супротан ефекат на друштво. Чак и када то право користи низак проценат акционара, за друштво могу наступити велики проблеми са ликвидношћу. Све то је појачано чињеницом да су акционарском друштву непосредно након спровођења фундаменталне корпоративне промене, по правилу, потребна ликвидна средства, а баш тада се активира право акционара које та средства може потпуно да исцрпи.⁴⁸

Из наведеног се изводи закључак да акционарско друштво које планира фундаменталну корпоративну промену мора да поседује ликвидна средства, која би служила за измирење антиципираних обавеза исплате правичне накнаде несагласним акционарима. Обавеза обезбеђивања перманентне финансијске ликвидности карактеристика је отворених инвестиционих фондова, али не и акционарских друштава. Перманентна ликвидност отворених инвестиционих фондова последица је законске обавезе те специфичне категорије привредних субјеката да откупљују инвестиционе јединице од чланова фонда, и то у кратком року од дана поношења захтева за откуп.⁴⁹ Да би могли да одговоре тој својој обавези, законом су уведена ограничења улагања имовине отвореног инвестиционог фонда (на пример, фонд не може да улаже у непокретности, уделе у друштвима са ограниченом одговорношћу или акције којима се не тргује на организованом тржишту).⁵⁰ Тражити од акционарских друштава да обезбеде висок ниво ликвидности значи захтевати од њих да послују као отворени инвестициони фондови, што ће у великом броју случајева бити или немогуће или економски нерационално.⁵¹

У модерним компанијским правима се за доношење скупштинске одлуке о фундаменталној корпоративној промени, по правилу, захтева нека квалификована релативна већина. Ублажавање проблема неликвидности, које може изазвати коришћење права на излазак великог броја несагласних акционара, могуће је поштравањем услова за доношење тих скупштинских одлука. То се може постићи условом да за одлуку мора да гласа већи проценат присутних акционара (на пример, да се уместо дворећинске већине захтева трочетвртинска

⁴⁸ В. Manning, 234.

⁴⁹ Закон о инвестиционим фондовима – ЗИФ, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, 51/2009 и 31/2011, чл. 47, ст. 1.

⁵⁰ ЗИФ, чл. 43 и 29.

⁵¹ В. Manning, 240.

већина) или да се постојећа квалификована већина веже не за присутне већ за све акционаре (претварањем захтева релативне у захтев апсолутне већине). На тај начин би се смањио број потенцијалних несагласних акционара, што значи да би и финансијски удар тих захтева био ублажен. Међутим, таква законодавна или корпоративна стратегија ће у ретким случајевима бити прихватљива јер би она отежавала спровођење реструктурирања акционарских друштава.

Чињеница је да право несагласних акционара тим лицима даје преговарачку позицију која је диспропорционална њиховом учешћу у основном капиталу.⁵² Ако претпоставимо да је одлуку о статусној промени подржао изразито висок проценат акција са првом гласа (на пример, 90%) и да је предложена промена економски оправдана и у интересу друштва, преостали акционари могу да је угрозе коришћењем права на излазак. Због тога неки правни системи тај проблем ублажавају тако што прописују да, ако је за одлуку гласао одређен висок проценат гласова (на пример, 80% или 90%), преосталим акционарима се ускраћују права по основу несагласности.⁵³ Такво решење веома ефикасно решава проблем диспропорционалне преговарачке позиције мањинских акционара, али на другој страни, подрива основе на којој цео институт почива.⁵⁴

Други проблем за акционарско друштво огледа се у чињеници да управа никада не може са сигурношћу знати колико акционара ће имати право на исплату правичне вредности.⁵⁵ Неку представу друштво може имати након усвајања одлуке о спровођењу фундаменталне корпоративне промене јер се тада поуздано зна колико акционара је гласало за одлуку, а та лица не могу имати право на правичну накнаду. У том тренутку је једино извесно колико акционара то право нема. Како остваривање тог права зависи од воље сваког несагласног акционара, тек истеком рока за његово коришћење висина обавезе акционарског друштва постаје позната. Због тога је неопходно да се друштву обезбеде информације о тој обавези довољно времена пре коначног спровођења фундаменталне промене. Заправо, обавеза исплате правичне накнаде несагласним акционарима мора се посматрати као имовинскоправна последица предложене корпоративне промене, те мора бити благовремено узета у обзир. Према томе, из угла друштва најповољније би било оно решење које би обавезивало акционаре да у одређеном року пре седнице скупштине најаве друштву да неће гласати за предложену одлуку. На тај начин

⁵² B. Manning, 236.

⁵³ Вид. Fred I. Zabriskie, „Appraisal Statutes – An Analysis of Modern Trends“, *Virginia Law Review* 38/1952, 917.

⁵⁴ B. Manning, 236, фн. 31.

⁵⁵ B. Manning, 234.

би управа, у случају високог процента најављених несагласних акционара, могла на време да повуче предлог за спровођење одређене корпоративне промене.⁵⁶ Такође, објављивање те информације, макар и на самој седници, може бити релевантно осталим акционарима приликом доношења одлуке о томе како ће гласати.⁵⁷ Према томе, благовремена најавна коришћења права на излазак, као нужан услов за остваривање права несагласних акционара,⁵⁸ омогућава управи и другим акционарима да утврде максималне трошкове који могу настати због обавезе исплате правичне цене, што умањује неизвесност коју тај институт иманентно креира.⁵⁹

За разлику од друштва, акционарима би одговарало супротно решење, тј. оно које би им омогућавало да то право користе у одређеном року по окончању седнице на којој су били несагласни. На тај начин би они имали довољно времена да се информишу и сагледају све правне последице предложене промене, као и да установе да ли им је више у интересу да наставе да „плове бродом који је променио курс“ или можда желе да „изађу на првој станици“. Компанијско право мора да пронађе баланс између интереса друштва за што ранијом најавом коришћења права (*ex ante* приступ) и интереса акционара да то буде након гласања, што је могуће касније у поступку (*ex post* приступ). Имајући у виду да је цео концепт права несагласних акционара усмерен ка њиховој заштити, чини се да више оправдања има нека варијанта *ex ante* приступа.⁶⁰

Осим обавезе најаве, управа треба да заштити друштво тако што неће спровести корпоративну промену ако за њу није гласао одговарајући број акционара. Управа би то право могла да има само ако се у уговор (на пример, уговор о статусној промени), чији је нацрт одобрила скупштина, унесе клаузула која би управи давала право да одустане у случају недовољне подршке акционара или у случају да је одређени проценат акционара најавио коришћење права на излазак из друштва.

Право на излазак из друштва и исплату правичне накнаде установљено је у корист акционара. Међутим, законска разрада тог института може га учинити недовољно атрактивним за акционаре, те се парадоксално може десити да нешто што је замишљено као далекосежно право акционара буде „мртво слово на папиру“. У том

⁵⁶ В. Радовић (2017), 61.

⁵⁷ Moritz Bälz, „Appraisal Rights in Japanese Corporate Law“, *Zeitschrift für japanisches Recht* 13/2002, 160.

⁵⁸ Више о овом услову вид. В. Радовић (2017), 61–62.

⁵⁹ Више вид. P. V. Letsou, 1157–1158.

⁶⁰ Вид. В. Радовић (2017), 62.

погледу постоји неколико потенцијалних узрочника неефикасности тог правног средства.

Први узрочник се тиче тешкоћа у вези са утврђивањем правичне цене.⁶¹ Код отворених инвестиционих фондова постоји једноставан начин за утврђивање откупне цене инвестиционе јединице. Наиме, имаоцима инвестиционих јединица се не обећава исплата правичне вредности, већ се цена одређује преко нето вредности имовине отвореног фонда по инвестиционој јединици на дан подношења захтева.⁶² То омогућава брзо утврђивање вредности, а имајући у виду велику ликвидност имовине, и брзу исплату. Супротно томе, утврђивање правичне цене у акционарским друштвима повезано је са бројним тешкоћама, а веома често је и предмет спорења. Према томе, акционарска друштва споро и непоуздано утврђују вредност правичне накнаде, а и када се она утврди, наступа проблем непостојања довољних ликвидних средстава за исплату акционарима. У сваком случају, предуслов за ефикасно коришћење права несагласних акционара јесте лакоћа и поузданост утврђивања правичне накнаде.⁶³

Други узрочник неефикасности тог права јесу бројни компликовани процедурални услови које мора да испуни акционар који жели да користи право на излазак из друштва и исплату правичне накнаде.⁶⁴ Ту, пре свега, спадају обавеза најављивања коришћења права пре седнице скупштине, гласање на седници против предложене одлуке и подношење одговарајућег захтева друштву у одређеном року по окончању скупштинске седнице на којој је донета одлука о корпоративној промени.⁶⁵ Ти услови су строго постављени, те неиспуњење неког од њих води губитку права. Приликом њиховог формулисања треба водити рачуна о томе да преуско дефинисани услови имају дестимулативан ефекат на коришћење тог права, док прешироко постављени услови појачавају ефекат правне неизвесности за друштва. Комплексан поступак једним делом објашњава због чега акционари недовољно користе то право.⁶⁶

⁶¹ Више вид. D. Cohen, 126–155; M. R. Schwenk, 658–698.

⁶² ЗИФ, чл. 47, ст. 2.

⁶³ Упор. B. Manning, 240.

⁶⁴ Упор. W. F. Looney, Jr., 91; Richard M. Buxbaum, „The Dissenter’s Appraisal Remedy“, *UCLA Law Review* 23/1976, 1234–1239; F. A. Gevurtz, 649; P. V. Letsou, 1157; A. F. Conard, 2592; Edward Rock, Paul Davies, Hideki Kanda, Reinier Kraakman, „Fundamental changes“, *The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach* (eds. Reinier Kraakman et al.), Oxford University Press, New York 2009², 201.

⁶⁵ Више о процедуралним условима вид. В. Радовић (2017), 60–66.

⁶⁶ Joel Seligman, „Reappraising the Appraisal Remedy“, *George Washington Law Review* 52/1984, 857.

Трећи узрок се тиче практичних тешкоћа са којима се суочавају несагласни акционари који сматрају да цена понуђена од друштва није правична или они којима друштво не жели да исплати цену. У том случају се акционарима гарантује судска заштита. Међутим, она се у пракси често показује као недовољно ефикасна, и због дужине трајања и због високих трошкова.⁶⁷ Посебно се мора обратити пажња на то ко сноси трошкове поступка јер наметање те обавезе акционарима значи да се то право неће ни користити, односно да ће се користити само у екстремним случајевима,⁶⁸ док би наметање те обавезе друштву отворило врата злоупотребама од стране акционара. Та проблематика у великој мери подсећа на дискусије о неефикасности деривативне тужбе.⁶⁹

Тематику сношења трошкова треба посматрати и кроз призму одговора на питање да ли акционарско друштво има обавезу исплате износа који је неспоран (нижи износ) или се исплата читавог износа одлаже до коначне одлуке суда. У првом случају акционар од суда тражи да утврди правичан износ акције, који је по његовом мишљењу виши од износа који је платило друштво, те да наложи друштву да вишак плати акционару. У другом случају акционар тражи од суда да утврди вредност акције око које се не слажу акционар и друштво. Премда и у једном и у другом случају суд утврђује правичну вредност акција, из угла сношења трошкова постоји разлика. Наиме, у првом случају акционар може поступак да изгуби или да добије, што умањује подстицај за његово иницирање. Супротно томе, у другом случају акционар увек барем нешто добија јер има право на правичну накнаду, само је питање да ли добија онолико колико је желео.⁷⁰ Очигледно је да у државама у којима важи принцип да се трошкови намирују сразмерно успеху у поступку приказана дистинкција има велики практичан значај.

Потенцијал за злоупотребе права несагласних акционара постоји у системима који заштиту тог права посматрају кроз призму заштите колективних права. Индивидуалистичка философија заштите дестимулише мале акционаре да иницирају судске поступке, као и активности професионалних заштитника права мањинских акционара.⁷¹ Српско право се у том погледу налази на пола пута између два система јер пресуда има дејство и у односу на друге несагласне

⁶⁷ О неким проблемима судске заштите несагласних акционара у српском праву више вид. Ј. Величковић, 169–175.

⁶⁸ Упор. F. I. Zabriskie, 937; Julian Velasco, „The Fundamental Rights of the Shareholder“, *University of California Davis Law Review* 40/2006, 423.

⁶⁹ M. Bälz, 166.

⁷⁰ Упор. A. K. Koh, 450.

⁷¹ Упор. A. K. Koh, 448.

акционаре исте класе, при чему сваки од њих има обавезу да поднесе тужбу надлежном суду којом тражи исплату разлике до пуне вредности акција која је утврђена том пресудом (тзв. хоризонтално дејство пресуде).⁷²

3. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Акционарско друштво – уговор (класика), акционарско друштво – институција (савременост). На основици та два поља поларности лежи и теоријска расправност питања права несагласних акционара на излазак из друштва. Наиме, ако се то право веже за уговор (класика), измена уговора било којом формом већине у смислу класичних правила облигационог права није могућа, осим ако за то постоји основ у самом уговору. Модерно акционарско право, међутим, у основи и не даје оснивачком акту тог друштва уговорну природу јер му изричито не дозвољава промену, а такође изреком „*ex lege*“ чини га обавезним и за чланове друштва који након оснивања друштва постају његови чланови (акционари). Отуда, оправдавање евентуалног права несагласних акционара на излазак из друштва у законном дефинисаним случајевима, са обавезом друштва да им накнади „правичну“ вредност њихових акција, уговорном природом друштва нема чврсто правно утемељење. Удаљавајући се од своје уговорне природе савремено акционарско друштво упловило је пуним једрима у институционалне воде, функционишући по специфичним правилима једне институције са правним субјективитетом. На тој основи „одвојености од правног *per se*“ питање права несагласних акционара може се више препустити укусима економије, тржишта капитала и неким (организационо-правним) аспектима корпоративног управљања.

Економски гледано, са становишта интереса акционарског друштва, чини се да нема спора да су таква права несагласних акционара неприхватљива – извршење стратешке одлуке за развој и конкурентност друштва може бити блокирано због таквог економског бремена. Са становишта тржишта капитала, с друге стране, таква гаранција тзв. права изласка из друштва несагласних акционара може водити расту инвестиционог интереса за већи избор инвестиционе алтернативе за улагање у акције (емпиријски непотврђеног и тешко доказивог). Коначно, то питање дотиче, као што је то истакнуто, бројне аспекте корпоративног управљања који имају биполарну организационо-правну природу (*једни иду у прилог гаранције таквих права*: спречавање злоупотребе већине; превентивни надзор

⁷² Вид. Ј. Величковић, 172.

над управом друштва да таквим одлукама не прикрива личне интересе; спречавање пада вредности акција несагласних акционара и умањење њихове ликвидности узроковано одлукама већине које дају основ за та права; подстицање и других акционара, посебно контролних и већинских, да више надзиру управу како би предлагала и те одлуке само кад су у интересу свих акционара и слично; *док други иду у прилог негације таквих права*: ликвидност акција несагласних акционара може водити неликвидности самог друштва узрокованог извршењем те обавезе; одлуке које потенцијално активирају права несагласних акционара доносе се квалификованом већином акционара, уз редовно учешће и акционара који имају значајно и/или контролно капитал учешће, а који су по самом закону дужни да такве одлуке доносе „у интересу акционарског друштва“ – темељни принцип акционарског права, као синтетичком интересу свих акционара, па дакле и оних који су потенцијално несагласни; сви основи потенцијалних права несагласних акционара у зони су одлука скупштине акционарског друштва, а не управе друштва, те је предлог управе под „правим“ интересним надзором; законска гаранција таквих права несагласних акционара супротстављала би се и другом темељном принципу акционарског права – принципу равноправности акционара исте класе).

Српски законодавац у сусрет променама закона који уређује привредна друштва у уређењу тог питања мора свакако бити далеко рестриктивнији од постојећих решења. Рестрикција постојећих основа, прешироко постављених, права несагласних акционара, чини се, ни у ком погледу није упитна. У окружењу неспутаности постојањем било којих обавезујућих решења регионалне или друге природе, чини нам се такође да утемељење тих права не би требало да буде у зони императивности у постојећој форми, али ако би се законодавац определио за неку форму императивности, чини се да би кључни аргумент потребе неке форме минималне законске гаранције тих права, који се састоји у последичном губитку ликвидности акција несагласних акционара, могао бити „задовољен“ уређењем тог питања на истој основи на којој је законодавац уредио права мањинских акционара зависних друштава код закључења уговора о контроли и управљању са матичним друштвом у делу права на исплату гарантоване просечне дивиденде по акцији утврђени број година. Гаранција других и додатних права несагласних акционара у случајевима законом дефинисаних минималних основа, уз могућност аутономног проширења, могла би да буде у зони аутономије акционарских друштава.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Bälz, M., „Appraisal Rights in Japanese Corporate Law“, *Zeitschrift für japanisches Recht* 13/2002.
- Buxbaum, R. M., „The Dissenter’s Appraisal Remedy“, *UCLA Law Review* 23/1976.
- Carney, W. J., „Fundamental Corporate Changes, Minority Shareholders, and Business Purposes“, *American Bar Foundation Research Journal* 1/1980.
- Cohen, D., „Valuation in the Context of Share Appraisal“, *Emory Law Journal* 34/1985.
- Conard, A. F., „Amendments of Model Business Corporation Act Affecting Dissenters’ Rights (Section 73, 74, 80, and 81)“, *The Business Lawyer* 33/1978.
- Cox, J. D., Hazen, T. L., O’Neal, F. H., *Corporations*, Aspen Law & Business, New York 1997.
- Easterbrook, F. H., Fischel, D. R., *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, Cambridge – London 1996.
- Eisenberg, M. A., „The Legal Roles of Shareholders and Management in Modern Corporate Decisionmaking“, *California Law Review* 57(1)/1969.
- Fischel, D. R., „The Appraisal Remedy in Corporate Law“, *American Bar Foundation Research Journal* 8(4)/1983.
- Geis, G. S., „An Appraisal Puzzle“, *Northwestern University Law Review* 105/2011.
- Gevurtz, F. A., *Corporation Law*, West Group, St. Paul, Minn. 2000.
- Hamilton, R. W., *The Law of Corporations*, West group, St. Paul, Minn. 2000.⁵
- Kanda, H., Levmore, S., „The Appraisal Remedy and the Goals of Corporate Law“, *UCLA Law Review* 32/1985.
- Koh, A. K., „Appraising Japan’s Appraisal Remedy“, *American Journal of Comparative Law* 62/2014.
- Lattin, N. D., „Minority and Dissenting Shareholders’ Rights in Fundamental Changes“, *Law and Contemporary Problems* 23(2)/1958.
- Letsou, P. V., „The Role of Appraisal in Corporate Law“, *Boston College Law Review* 39/1998.
- Looney, W. F. Jr., „Dissenting Minority Stockholder’s Right of Appraisal“, *Boston College Industrial and Commercial Law Review* 4/1962.

- Magnet, J. E., „Shareholders’ Appraisal Rights in Canada“, *Ottawa Law Review* 11/1979.
- Manning, B., „The Shareholder’s Appraisal Remedy: An Essay for Frank Coker“, *Yale Law Journal* 72/1962.
- Радовић, В., „Утицај агенцијских проблема на право акционарских друштава и корпоративно управљање“, *Корпоративно управљање – зборник радова* (ур. М. Васиљевић, В. Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008. (Radović, V., „Uticaj agencijskih problema na pravo akcionarskih društava i korporativno upravljanje“, *Korporativno upravljanje – zbornik radova* (ur. M. Vasiljević, V. Radović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2008)
- Радовић, В., „Услови за остваривање права неслагасних акционара“, *Право и привреда* 4–6/2017. (Radović, V., „Uslovi za ostvarivanje prava nesaglasnih akcionara“, *Pravo i privreda* 4–6/2017)
- Rock, E., Davies, P., Kanda, H., Kraakman, R., „Fundamental changes“, *The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach* (eds. R. Kraakman et al.), Oxford University Press, New York 2009.²
- Rogers, J. S., „The Dissenting Shareholder’s Appraisal Remedy“, *Oklahoma Law Review* 30/1977.
- Schwenk, M. R., „Valuation Problems in the Appraisal Remedy“, *Cardozo Law Review* 16/1994.
- Seligman, J., „Reappraising the Appraisal Remedy“, *George Washington Law Review* 52/1984.
- Siegel, M., „Back to the Future: Appraisal Rights in the Twenty-First Century“, *Harvard Journal of Legislation* 32/1995.
- Siegel, M., „An Appraisal of the Model Business Corporation Act’s Appraisal Rights Provisions“, *Law and Contemporary Problems* 74/2011.
- Thompson, R. B., „Exit, Liquidity, and Majority Rule: Appraisal’s Role in Corporate Law“, *Georgetown Law Review* 84/1995.
- Васиљевић, М., „Корпоративно управљање и агенцијски проблеми (I део)“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2009. (Vasiljević, M., „Korporativno upravljanje i agencijski problemi (I deo)“, *Analī Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2009)
- Васиљевић, М. С., *Компанијско право – право привредних друштава*, Удружење правника у привреди Републике Србије, Београд 2015.⁹ (Vasiljević, M. S., *Kompanijsko pravo – pravo privrednih*

društava, Udruženje pravника u privredi Republike Srbije, Beograd 2015⁹)

Васиљевић, М., „Привреда и судска и арбитражна пракса“, *Право и привреда* 4–6/2017. (Vasiljević, M., „Privreda i sudska i arbitražna praksa“, *Pravo i privreda* 4–6/2017)

Величковић, Ј., „Права несагласних акционара – досадашња искуства у пракси“, *Право и привреда* 4–6/2017. (Veličković, J., „Prava nesaglasnih akcionara – dosadašnja iskustva u praksi“, *Pravo i privreda* 4–6/2017)

Velasco, J., „The Fundamental Rights of the Shareholder“, *University of California Davis Law Review* 40/2006.

Weiss, E. J., „The Law of Take Out Mergers: A Historical Perspective“, *New York University Law Review* 56/1981.

Wertheimer, B. M., „The Purpose of the Shareholders’ Appraisal Remedy“, *Tennessee Law Review* 65/1998.

Zabriskie, F. I., „Appraisal Statutes – An Analysis of Modern Trends“, *Virginia Law Review* 38/1952.

Mirko Vasiljević, PhD

Full Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

Vuk Radović, PhD, LL.M. (University of Pittsburgh)

Associate Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

THEORETICAL FOUNDATIONS OF SHAREHOLDERS’ RIGHT TO APPRAISAL

Summary

Shareholders’ right to appraisal represents a controversial topic of corporation law, which is why a relatively small number of countries accept it. In this article, the authors analyze the goals that are supposed to be achieved with the introduction of shareholders’ appraisal rights. In this respect, traditional and modern explanations for the introduction or maintaining of this right have been presented. In the second part of this article, shareholders’ right to appraisal has been critically examined, mostly from corporations’ perspective. Afterwards, several potential causes of ineffi-

ciency of using this right have been identified. Perceiving pros and cons of shareholders' right to appraisal is of particular importance for Serbia, in order to draw a conclusion about harmonization of our legislative solutions with the theoretical foundations of this right.

Key words: *Corporation. – Shareholder. – Rights of minority shareholders. – Fundamental corporate change.*

Article history:

Received: 28. 6. 2017.

Accepted: 4. 9. 2017.

Др Марко Павловић*

КАНЦЕЛ ПАРАГРАФ ВИДОВДАНСКОГ УСТАВА

*Канцел параграф је пропис о забрани злоупотребе предикаонице. Он се као §130а налазио у Кривичном законнику Немачке царевине од 1871. године. Канцел параграф је унет у Видовдански устав као став 7 члана 12. Између њега и немачког узора било је разлика на које се указивало у Одбору Уставотворне скупштине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца. У Пленуму и Уставном одбору наведени су бројни случајеви злоупотребе предикаонице. У једном случају, свештеник је изашао из олтара „да прозбори с Господом“, а кад се вратио, рекао је верницима: „Господ вам препоручује да бирате овога!“ Посланици Уставотворне скупштине су изнели бројне разлоге за и против канцел параграфа. Међу разлозима против уношења у Устав овог института навођено је да је у проповедима немогуће заобићи политичка питања; да црква има својеврсну екстериторијалност и да свештеници подлежу суду своје организације; да би канцел параграф представљао основ за увођење полиције у цркву. Главни разлог за канцел параграф био је тај што су свештеници имали статус државних чиновника *sui generis*. Без канцел параграфа, појединац који би био нападнут са предикаонице остао би незаштићен и без права на одговор. Највећа историјска вредност канцел параграфа лежи не у искуству његове примене, него у његовом стварању – у свестраној расправи у којој су изнети бројни ставови за и против ове установе.*

Кључне речи: Слобода вероисповести. – Однос цркве и државе. – Злоупотреба духовне власти. – Канцел параграф. – Разлози за и против.

1. УЗОР

Немачка реч *Kanzel* означава предикаоницу (проповедаоницу) у римокатоличким црквама. Канцел параграф је пропис којим се забрањује злоупотреба предикаонице. Захваљујући Бизмарковом

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

залагању, он је 10. децембра 1871. године, као §130а, унет у Кривични законик Немачког царства. Параграф 130а је гласио: „Свештеник или други верски службеник који у вршењу или поводом вршења свога звања јавно пред мноштвом људи или у цркви или на месту које је одређено за верске обреде пред више људи учини предметом своје проповеди или расправе државна питања и почне тумачити их на начин који угрожава јавни мир, казниће се тамницом или затвором до две године. Истој казни подвргнуће се и онај свештеник или други верски службеник који при вршењу или поводом вршења свога звања издаје или распростире саставе у којима је државна питања учинио предметом проповеди или расправе и тумачења на начин да се тиме угрожава јавни мир.“¹

Канцел параграф је био један од елемената *Kulturkampf*-а („културне борбе“) који је имао за циљ да се Немачко царство изгради као „протестантско царство“. Верске и културне вредности протестаната, који су чинили око две трећине становништва, требало је да буду уткане у идентитет немачке нације. Према пројекту Бизмарка и либерала, римокатолици би били асимиловани у немачку протестантску нацију. Канцел параграф је требало да послужи уклањању римокатолика из политичке сфере, првенствено из парламента и образовања, а уз то и њиховом превођењу у немачку протестантску нацију.² Означени као државни непријатељи и рушитељи реда и мира, римокатолици су пак пружили разне видове јаког отпора, од демонстрација, преко бојкота репресивних закона, до стварања потпорних фондова за жртве прогона. Мере *Kulturkampf*-а биле су неуспешне. Већ 1878, Бизмарк је променио курс и притисак власти почео је да попушта. До Бизмаркове оставке 1890, готово сви репресивни закони били су укинута или се престало са њиховом применом.³

На основу Бизмарковог канцел параграфа направљена је одредба ст. 7 чл. 12 Видовданског устава, која је према свом узору названа канцел параграф. Канцел параграф Видовданског устава гласио је: „Верски представници не смеју употребљавати своју духовну власт преко верских богомоља или преко написа верског карактера или иначе при вршењу своје званичне дужности, у партијске сврхе.“ И канцел параграф Видовданског устава и његов узор били су, у Уставном одбору, подвргнути оштрој критици од стране неколико римока-

¹ *Материјали для пересмотра нашего уголовного законодательства*, С-Петербург 1880, 149.

² У марту 1872, пруски парламент је успоставио државни уместо црквеног надзора над свим школама. Законима од маја 1873. регулисана је унутрашња организација цркве и успостављена је државна контрола над постављенима свештеника. Stathis Kalyvas, *The Rise of Christian Democracy in Europe*, London 1996, 213.

³ *The Cambridge History of Christianity: World Christianities c. 1815 – c. 1914*, vol. 8, Cambridge 2006, 293–295.

толичких посланика. Др Јанко Ширак је говорио да „1871. године Бизмарк након делиријума једне радости, што је сломио Француску и ујединио Немачку, мислио је да може државу поставити као једно божанство, као један кумир, коме се мора све клањати. Будући да су католици вазда бранили унутра ову духовну слободу а и хришћани тако исто, зато се Бизмарк обара на најјачу организацију, на католичку цркву и издаје против ње једну обзнану...“. Др Анте Дулибић је тврдио да „Немци су хтели са канцел параграфом да помогну секти старокатолика. Око године 70. појавио се је такозвани старокатолички покрет у Немачкој. И онда је Бизмарк мислио, ако забрани на овај начин делатност католичког свештенства, да ће старокатолици тада добити маха и да ће он тако потпуно угући католичку веру и католичко свештенство.“ Дулибић је помињао и канцел параграф у Пруској, који је ова „увела да угуши народну свијест Пољака“. Увиђајући да католички свештеници у цркви „бране свој народ, да га упућују да истраје у својој народности, да се не да понемчити“, пруска влада је „хтјела да онемогући тај рад свештенства. Пруска је зато створила овај параграф, али ни он јој није помогао, јер се народ пољски вођен од свештенства борио за своју народност против Немаца и одржао се“.⁴

Ширак је наводио да ће увођење канцел параграфа у Краљевини СХС бити употребљено против Хрвата под италијанском влашћу. По њему, „у Истри, која је окупирана од Италијана, и у оном делу који је дошао под италијанску власт“, црква је била и треба да буде „чувар наше националне јакости и наше националне свести“. У овим крајевима црква је очувала националну свест „против латинизма и против талијанизма, који је с тим латинизмом упоредо ишао, наша глаголица била је једно моћно оруђе. И данас наш народ, 500.000 нашег народа у Истри и у окупираној Далмацији нема никакве друге националне одбране сем цркве“. Због тога, ако би се у устав Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца унео канцел параграф, онда би италијанска влада пред читавим светом рекла да се у Истри „не сме служити старо-словеначким језиком јер ће то значити да се ради у партијске сврхе противу Италије. ... Црква је за наш народ једина прилика где се народу може слободно говорити и кад ви данас уводите у цркву један полицијски систем, онда ће нам и Италија рећи: кад ви можете код своје куће уводити овакав систем, зашто да га ја за вас не могу увести“.⁵

Југословенски канцел параграф изгледао је „сто пута гори него Бизмарков“. Према Шираку, „Бизмарк расправља државна питања а не говори о партији и партијским сврхама. Шта значи то овде:

⁴ Рад Уставног одбора, XLV седница, 5. април 1921, 34.

⁵ Рад Уставног одбора, XLIV седница, 4. април 1921, 27.

‘и иначе при вршењу своје дужности у партијске сврхе’. Бизмарк каже: ‘Ко угрожава јавни мир’, а овде се просто у духовну службу увађа једна гадна жандарска ствар...’⁶ На Шимрака се надовезао А. Дулибић износећи да ако се прихвати „злогласни канцел-параграф онда би се наша држава искључила из заједнице цивилизованог света“. Јер, није било устава на свету који је садржавао „такву једну одредбу“. Канцел параграф је постојао у два „просвећеним државама“, Немачкој и Пруској, али је спадао у законску материју, што је по Дулибићу чинило битну разлику: „Ми имамо само у Немачкој канцел-параграф али и ту је канцел-параграф унесен у казни закон и удешен је на такав начин да морамо признати да је права намера барем прикривена са смоквиним листом. Ту нема говора о партијским интересима, нити изгледа као да закон хоће да штити партијске интересе него државне.“ Насупрот томе, одредба чл. 12 будућег Видовданског устава је „неразборита, јер није нигде дефинисано шта је то партијски интерес“. Најзад, по Дулибићу одредба последњег става члана 12 уперена је „привидно против свију вероисповести, јер она садржи једну генералну забрану. Али, ако узмемо у обзир повод и амбијент у коме је она настала, ако узмемо у обзир њену сврху онда нема никакве двојбе да је наперена само против католичке цркве и против католичког свештенства“.⁷ Посланик уставотворне коалиције, Већеслав Вилдер, као католик, износио је да канцел параграф „није против католика нити католичке цркве, него против једне мале групе људи, против клерикалаца који хоће цркву да изабљују у политичке сврхе“.⁸ За „клерикалце“ канцел параграф је био средство напада „либерализма и православлa“ на католицизам, и то по моделу Бизмарковог *Kulturkampf*-а.⁹

⁶ Шимрак је додао да је за њега „жандарска ствар“ исто што и „балканска ствар. Ми нисмо господо научили на овакве балканске ствари“. Ове Шимракове речи изазвале су „ларму и протесте“. У стенографским белешкама стоји: „Гласови: одузмите му, господине Председниче, реч, јер вређа. Председник др. М. Нинчић: Господине Посланиче, ја вас опомињем на ред овде. Ви не смете да вређате никога. (Жагор – др. Јањић: То је лаж. У српском уставу, то није било никад. То су они донели – опет жагор.)“ – Рад Уставног одбора, XLIV седница, 4. април 1921, 27, 28.

⁷ Рад Уставног одбора, XLV седница, 5. април 1921, 33.

⁸ Вилдер је навео да су оснивачи Клерикалне странке у Хрватској до потпису бискупа Штросмајера за свој оснивачки проглас дошли на превару. Оснивачи су Штросмајеру наводно рекли да оснивају „једно побожно верско друштво које ће издавати молитвенике и сл.“. Касније се испоставило да се „под том верском ознаком и под ознаком католицизма крије један политички покрет“. Тада се Штросмајер пожалио једном пријатељу каноника да „су му *furtim*–крадом отели потпис“. Због овога су и добили „име *fуртимаша* у Хрватској“. – Рад Уставног одбора, XLV седница, 5. април 1921, 36.

⁹ Viktor Novak, *Magnum Crimen*, Zagreb – Beograd 1986, 138, 139. Указујући на случај свештеника „г. архијереја Доситеја који је... у новије време путовао на државни трошак по горњој Угарској и био у Чешкој, да међу тамошњим католицима

2. „ГОСПОД ВАМ ПРЕПОРУЧУЈЕ ДА БИРАТЕ ОВОГА!“

Дискусија о канцел параграфу у Уставном одбору обилувала је примерима свештеничких злоупотреба духовне власти. Едбин Кристан је навео посебно упечатљив случај из Истре „када се жупник није само задовољио да у цркви препоручује кандидата, него је рекао, сада браћо у Исусу, причекајте да и ја прозборим са Господином Богом, па је изишао из олтара, тамо се неко време задржао, повратио се и рекао: Господ вам препоручује да бирате овога!“¹⁰

На разне случајеве свештеничких злоупотреба указао је Грегор Жерјав, износећи став да је у тим случајевима требало да дође „казна за свештенике који злоупотребе своју духовну власт. Кад на целој литији пре избора са проповедаонице сви свештеници говоре да је једино словенска пучка-људска странка права и добра странка, а сви који бирају за посланике људе из друге странке, они су противу Бога и Христа и доћи ће у пакао. ... Обични верник, који стоји у цркви, а који припада другој странци, не сме да каже ништа, јер у моменту кад он протестује против тог говора свештениковог, он дође под казнени параграф ради хуљења вере.“

У време избора 1920, једна сеоска породица била је изопштена због партијске припадности. Наиме, пре избора, сељакова жена и ћерка дошле су код свештеника „ради исповести, али свештеник каже: Ја не могу да вам дам апсолуцију јер је ваш супруг у противној странци и ако ви њега придобијете нашој странци ја ћу вам дати апсолуцију ... Супруга онда одговори му: Ја немам с вама више посла и оде, а кћери овога сељака он (свештеник) да апсолуцију. Али другог дана кад су дошли у цркву и кад је требало дати свету комунију, а то је причешће, он постоји код ове мало и онда јој пред целим

шири проселитску мисао и да се ради о томе да се из Чешке доведе 20 богослова...“, Шимрак је тврдио да Срби имају прозелитске планове. Уз то, он је тврдио да влада намерава да подржави школе и тако искључи цркве из образовања: „Говори се о слободи вере, а господин министар Прибићевић је једним актом подржао све конфесионалне школе у Бачкој и Барањи...“ – Рад Уставног одбора, VI седница, 9. фебруар 1921, 51. И наводни наговештај „прозелитизма“ и стављање неких школа под државну контролу „клерикалце“ су подсећали на Бизмарков „културкамф“.

¹⁰ Рад Уставног одбора, XLIV седница, 4. април 1921, 30. В. Вилдер је наводио да у Словенији „седе кандидати за општинске изборе у цркви и поп да упише прстом: ево овај овде је прави, зато га имаш гласовати, а не за онога тамо другог. Зар да се допусти да једна каста са једним верским осећањем може онако маневрирати и то у самој богомољи, у самој цркви а да се томе нитко не сме успротивити“. Наводећи да клерикалцима „црква служи више у страначко политичке сврхе него за службу божију“, Вилдер је тражио исти третман за његову политичку групу: „Допустите и ви да ми једнако држимо у вашим црквама политичке скупштине, па да одемо мало иза олтара, да се поразговоримо мало са Богом, па да онда кажемо народу за кога треба да гласује.“ – *Ibid.*, 36.

светом и народом одрече причест. Кад год су избори – напомињао је Жерјав – онда се у свима црквама проповеда и моли Богу само за корист словенске пучке странке.“ Међу случајевима злоупотребе духовне власти свештеника био је и случај крштења при коме је свештеник удаљио кума који је био противник његове странке: „Он му каже ви сте либерал, вас не преузимам за кума, идите.“ Затим, „у уредима где треба свештеник да да уверење о сиромаштву, он му не да ако је члан кметијске или демократске странке“.

Према сведочењу „кметијца“ Јосипа Дрофеника, свештеник је једног самртника, приликом давања „задње утехе“, уценио да своју кућу не уступи за одржавање збора Самосталне кметијске странке. Потом, пошто нису имали затворен простор за збор, кметијци су се окупили пред црквом. Свештеник је онда злоупотребио звона: звонио је пола сата да би спречио одржавање збора. Најзад, један жупник је са проповедаонице агитовао „као с праве политичке трибине“: „Ви морате бити за Словенску људску странку зато што ми хоћемо да будемо одвојени од Срба. Самостална кметијска странка хоће да вас стави под српску капу.“ Пошто је завршена божја служба, жупник је повео своје вернике на Дрофеников збор и покушао да га растури.¹¹

У Уставном одбору, Г. Жерјав је навео случајеве злоупотреба духовне власти од љубљанског бискупа, и то и пре и после Рата. Пред Рат, овај бискуп је издао „пастирски лист“ у коме је „проповедао да се је вратио из Палестине, где се молио за свету католичку цркву... и молио се ‘за нашу Аустрију’“. Пошто се вратио у време „љуће изборне борбе“, љубљански бискуп је још изнео да се у „земљама где су либералне странке... цркве затварају, да се свећеници гоне, црквена имања одузимају, а бракови руше и у школама се не сме чути име Исуса Христа и Бога. Тамо се, вели бискуп, спешује превара и безобразност.“ Говорећи о самим изборима, бискуп је износио „да либерали и социјал-демократи бију бој директно противу Исуса Христа и противу Бога. Они Исуса Христа мрзе и Бога таје“. Следствено, према бискупу, бирачи су дужни према „Богу да изаберу муже верне католичкој цркви. Но хвала Богу – закључивао је бискуп – ‘ми не треба да тражимо ових мужева, ми имамо словенску људску странку. Ову подупирем ја и подупиру је наши свећеници. Њезине вође су

¹¹ Дрофеник је навео и да један свештеник није хтео да му сахрани дете. – Стенографске белешке Уставотворне скупштине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца (даље: Уставотворна скупштина / пленум), XXXIV редовни састанак, 20. мај 1921, 14. Случај жупника П. Павлича, који је покушао да растури Дрофеников збор, наводи В. Новак и коментарише о злоупотребама у којима „као моћно средство игра видну улогу проповедаоница, заштићена од ма какве одговорности пред надлежним властима. Одатле и толика вика клерикалаца против канцелпараграфа, јер се боје да ће изгубити с канцелпарграфом веома моћно политичко упориште, проповедаоницу.“ – V. Novak, 142.

поставиле кандидате за скупштину, који су се заклели на католичку и словенску пучку заставу”¹² Своје пастирско писмо, љубљански бискуп је завршио напоменом да ће он гласати за Словеначку пучку странку, а да верници морају да „дају свој глас истој странци на свима биралиштима. Очекујем да нећете бити против Бога и против нашег Христа...”.

У новоствореној Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца, љубљански бискуп је наставио да злоупотребљава своју духовну власт. По наводу Г. Жерјава, „већ у 1919. години издао је бискуп свима свештеницима заповест, службену заповест, да сваки свештеник у своме селу мора организовати организацију словеначке пучке странке, а осим тога да мора организовати католичку омладинску организацију, Маријино удружење и теловежбачки одсек. Свештеник, који то не би урадио, мора да води рачуна да ће га бискуп прогнати. ... Оба бискупа у Словенији, а то је бискуп у Марибору и у Љубљани, издали су поводом избора за Конституанту нарочите пастирске листе, које су се читале у свима црквама. Бискуп Напотник у Марибору издао је пастирски лист и позвао све вернике да бирају кандидате клерикалне странке и заповедио сваком свештенику да мора овај пастирски лист на последњу недељу пре избора прочитати верницима са проповедаонице. Прве недеље пре избора морало се молити у цркви рожни венац и литаније за победу клерикалаца“. У октобру 1920, такође пре избора, љубљански бискуп издао је једно пастирско писмо „верницима, у коме каже да изборни закон не заповеда да сваки мора изаћи на биралиште, али то тражи сам Бог и ко би изостао сигурно ће имати греха. Верници су дужни бирати само кандидате клерикалне странке“.¹³

У погледу злоупотребе власти у партијске сврхе, Југословенска муслиманска организација (ЈМО) представљала је случај за себе. На изборима за Уставотворну скупштину, распаљујући верски фанатизам, ЈМО је наступала под паролом „ислам је у опасности“ и добила максималан број мандата. За њу су тада, као што ће то бити и касније, гласали готово сви муслимани у Босни и Херцеговини. Главни део

¹² Рад Уставног одбора, XLIV седница, 4. април 1921, 31.

¹³ Г. Жерјав је још навео да се о Св. Стевану у свима црквама чита пастирско писмо љубљанског бискупа, у коме се верницима налаже да „одбаце све новинство које није клерикално. Сваки свештеник мора организовати нарочити одбор у корист клерикалног новинства и мора до 31. марта јавити колико је добио нових присталица, а тако исто колико их има противних у дотичном селу“. На једну упадицу „има ли власти тамо?“, Г. Жерјав је одговорио да „има је, али оне не раде, ако пак појединац протестује у цркви онда дође у затвор“. Жерјав је напоменуо да је у интересу свештенства да се црквена агитација сузбије, односно установи канцел параграф, јер нису „сви свештеници тога мишљења да то треба са проповедаонице водити партијску политику. Има их не мало који /не/ мисле овако како ми овде мислимо, али они стоје под насиљем бискупа“. – Рад Уставног одбора, XLV седница, 5. април 1921, 32.

посла у агитацији за ЈМО обављале су хоће, које су чиниле мрежу верско-политичких активиста. Народ, веома привржен вери, гласао је онако како му хоће кажу.¹⁴ На образац партијског деловања хоћа указао је Дулибић на примеру хоће који би проповедао „да муслимани имаду остати верни верским начелима, да имаду штовати верске институције, те се држати људи који су вери одани“.¹⁵ Заснована на вери и мрежи верских агитатора, ЈМО је сама по себи представљала негацију било ког облика канцел параграфа.

3. РАЗЛОЗИ ПРОТИВ КАНЦЕЛ ПАРАГРАФА

Најистакнутији, иако не и најговорљивији противник канцел параграфа био је доктор теологије Антон Корошец. За њега је канцел параграф био дискриминаторски и супротан позиву римокатоличке цркве. „Шта је са канцелпараграфом? Ми отворено кажемо – говорио је Корошец – да се греша и у католичкој цркви и у предикаоници и као што се и у овоме сталежу греша, тако се и у сваком другом сталежу греша, па кад професор греша пред својим ђацима, или кад греша судски чиновник, онда, господо, њему суди његово тело, његове колеге из његове организације. Међутим, ви бисте хтели једном новом установом да метнете свештеника не под суд његове организације, него под суд, који не припада његовој организацији. То је једно изнимно стање, које не даје слободе и ради тога се и бранимо да би овакве ствари дошле у наш Устав.“¹⁶

Право црквене јурисдикције, које је истицао Корошец, произлазило је из права црквене екстериторијалности на које се позивао Јосип Клекл. Клекл је изнео теорију да су црква и држава своју власт и делокруг послова добили од Бога, па су зато једна од друге независне.¹⁷ Канцел параграф је, по Клеклу, постојао од давнина, од

¹⁴ Atif Purivatra, *Jugoslovenska muslimanska organizacija u političkom životu Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, Sarajevo 1974, 12–114. Муслимански достојанственици агитовали су у свакој прилици. Један ефендија је објашњење сељацима „шта су то управо кандидатске листе и како се гласа по кутијама“ искористио за агитацију. Он је ставио „три празне тикве на кафецијин сто па поче да говори: ‘Ето, браћо муслимани, ове три тикве, да рекнемо да су те три кутије. Ова прва је, речемо влашка (радикалска), ова друга је Швабина (демократска), а ова трећа је, бива, за Султана (муслимана, франковаца). Безбели, сваки од нас мора у Султанову кутију бацити кутицу!’“ – „Пред изборе“, *Политика*, 7. новембар 1920.

¹⁵ Рад Уставног одбора, XLV седница, 5. април 1921, 34.

¹⁶ Уставотворна скупштина / пленум, XV редовни састанак, 15. април 1921, 19.

¹⁷ „Obedružbi, cerkev in država, sta suvereni in postavljeni od Boga, in sicer cerkev neposredno, država pa posredno, potom sloveške narave, katere stvarnik je Bog in katero neka gotova sila goni, da ustvari državo. Obe družbi sta prejeli od Boga svoj lastni

Исуса Христа. Христова заповест „идите и проповедајте Јеванђеље“ значила је да се не проповеда ништа друго осим Јеванђеља.¹⁸ Ову Христову заповест, црква је вековима уносила у разне своје каноне, али је било и неких духовника који су „негирали норме црквеног канцелпараграфа“. Због тога је, 1917, папа Бенедикт XV издао енциклику *Humani generis redemptionem* са новим црквеним канцел параграфом којим је изричито забрањено „политизирање у цркви“. Због кршења прописа о забрани вођења политике у цркви, духовнику су се могле изрећи разне казне, од ускраћивања слободе кретања, преко одузимања парохије, до лишења звања. Према Клекловом мишљењу, примена одредаба црквеног канцел параграфа чини непотребним политички канцел параграф.

Као други разлог против канцел параграфа навођено је то што је „у католичкој цркви јако развијено проповедање и више него и у муслиманској и у православној цркви“. Римокатолички свештеници имају дужност да „сваке недеље и сваког празника“ држе беседе. У тим беседама немогуће је заобићи политичка питања јер „у политичком животу има питања, за која се црква мора интересовати“. Рецију Корошца, црква није само „апстракција“ него је „основа читавог реалног живота“¹⁹, па се поводом свештеничких говора не сме „стварати унутрашњи конфликт између закона и дужности“; то не би било у духу демократије „него је једна противност, једна аверзија противу католичке цркве“.

Понајважнији разлог против канцел параграфа лежао је у томе што је он представљао извор сукоба са римокатолицима, и изнутра и споља. Корошец је износио да је „у интересу нашег читавог народа и у интересу наше државе, ако имамо миран, леп савез са Св. Оцем“.²⁰

delokrog: država zadeve prirodnega reda, cerkev pa zadeve nadnaravnega reda. Ta dva delokroga, določena od Boga za cerkev in državo, si nikakor ništa med seboj v nasprotju ampak drug drugega podpirata. Obe družbi, cerkev in država, sta v svojem od Boga jima določenem delokrogu druga od druge neovisni: obe ste pa zavisni od Boga in obe sta podrejeni njegovi volji. Cerkev ima to prednost, da je ena po vseh državah; držav je pa več.“ – Уставотворна скупштина / пленум, XXXVIII редовни састанак, 25. мај 1921, 23.

¹⁸ Ј. Клекл је у пленуму Уставотворне скупштине (25. маја 1921) рекао: „Prvi kancelparagraf je razglasil Kristus z besedami: ‘Ite et praedicate euangelium.’ Idite in oznanjujte evangelij. Nič drugega, samo evangelij. (Ploskanje v centru. – Klici: Delajte tako.)“ – *Ibid.*, 24.

¹⁹ Блашко Рајић је напомињао да „пошто конфесија у своме деловању осврће се и на земаљску добробит својих чланова, њезина је дужност, да употреби и политичке, дакле државне одношаје својих чланова, да ову сврху достигне“. Упитан од Милана Прибићевића „како се то односи на свето Писмо“, он је одговорио: „У св. Писму Христ Господ каже: ‘Чувајте се од лажних пророка, који долазе у овчјој кожи, а унутра су грабежљиви вуци.’“ – Уставотворна скупштина / пленум, XXXVIII редовни састанак, 25. мај 1921, 10.

²⁰ Уставотворна скупштина / пленум, XV редовни састанак, 15. април 1921, 18, 19.

Корошчеву напомену допунио је алармантном критиком Србијанац др Момчило Иванић. Приклањајући се тези да је канцел параграф уперен против римокатоличке цркве, Иванић је наглашавао да „борба против католичке цркве може се изврћи у једну тешку унутрашњу политичку борбу“. Оправдање да се не ради ни о каквој „борби против католичке цркве него против оних представника цркве, који се евентуално усуде нешто неприлично казати са предикаонице“, не може опстати. Јер, важно је „како они, на које је уперена та одредба, схватају саму ствар. И када нама представници католичке цркве кажу: да то они осећају као неку изузетну меру против њих“, онда се с тим мора озбиљно рачунати и не „изазивати осећање једног великог дела нашег народа“. Уз то, Иванић је упозоравао „на то, да је католичка црква једна од највећих, ако не највећа, организација у историји света, и да ће католици на страни бити сагласни са католицима овде, те да због тога морамо добро да одмеравамо, да ли ћемо ми католицима, који су у свету у огромној већини, у другим земљама давати разлога да кажу, да се у нашој земљи католици не третирају онако, како то правда захтева“. Речју, Иванић није видео никаквог разлога да се у Устав уноси нешто „што може изазвати тешке раздоре у нашој земљи и што може на страни много да нам нашкоди“.²¹

Противници канцел параграфа су у њему видели основ да се „у цркву уводи полиција“, да се цркве претварају „у жандармеријске касарне и да због тога у народу буде све веће и веће незадовољство!“ Сматрало се да „само кад наш жандарм и наш полицајац прочита“ уставну одредбу о канцел параграфу, он ће „чинити највише експецсе“. Шимрак је наводио како „у Бачкој и Барањи на служби литургији полицајци увек пазе какву одежду има свештеник при вршењу литургије и ако има зелену одежду протерају га преко границе. Полицајац долази стално у цркву на службу и надзирава како свештеници проповедају народу, да ли је та проповед духовна. И по томе се ређају разне демонстрације“. Све у свему, Шимрак је закључивао да се не може дозволити да се „полицајци мешају у цркву и црквене ствари и то тражимо и за католичку цркву, и за муслиманску, и за православну“. Црква „мора да буде светиња“ и никакви полицијски органи не могу вршити „надзор над духовном службом у цркви“.²² Против канцел параграфа изјаснио се и Велија Садовић, и то из бојазни „да ће се овим параграфом отворити широм врата свакојаким денунцијацијама“.²³

²¹ Уставотворна скупштина / пленум, XXXVIII редовни састанак, 25. мај 1921, 3, 4.

²² Рад Уставног одбора, XVI седница, 22. фебруар 1921, 55.

²³ Садовић је закључивао по аналогiji са параграфом о увреди Његовог Величанства: „Тај се параграф код нас у Босни толико злоради да на сваком кораку и сваки час имамо пријаве о увреди Његовог Величанства. Ко год има зуб на некога,

Изјашњавајући се против канцел параграфа, Шимрак је наводио да би тако требало да се изјасне и православци јер се и у православним црквама држе политички, односно партијски говори. Иако у православној цркви није уобичајено да се „сваке недеље држи проповед“, десило се „да се у православној београдској саборној цркви ту скоро говорио један чисто политички говор о једном француском политичару“. Један од посланика је на ово направио упадицу да се говорило „о једном Французу који је радио за нашу земљу“ и да „ту нема ничега партијског кад се говори о једном Французу, који је учинио услуге овој земљи“. Шимрак је, пак, напоменуо да нема ништа против таквог говора, али је приметио да док се у православној цркви говори „о партијским стварима“, поједини посланици православци не допуштају „да свештеници у католичким црквама бране слободу своје вере“. Једном приликом, вођа комуниста Сима Марковић је напоменуо да „у свим православним црквама се држе говори против комунизма“.²⁴

Једна од теза римокатоличких посланика била је да је канцел параграф супротан слободи вере и савести. Наиме, ако је римокатолицима и другим верницима дата потпуна слобода вере, онда је *contradictio in adjecto* да се индиректно пропише забрана одбране те слободе. Човек „не може бити слободан ако га неко нападне, а он не може да се брани“. Канцел параграф, пак, садржи забрану да се црква брани од евентуалних партијских напада. Тако, на пример, „једна странка постави начело и унесе га у свој програм да брачне спорове суде цивилни судови, а духовни судови немају никаква посла са тим стварима“. Такође, према речима Шимрака, „демократска странка има у свом политичком партијском програму да код женидба не може црква имати никаква посла. Е, е, добро! Сад дође свештеник у цркву и говори против овога.“ Међутим, том свештенику се „може казати да говори против ове или оне партије, он за то може бити и кажњен“.²⁵ Све у свему, сматрало се да је сасвим природно да

и хоће да му се освети, пријави га полицијској области да је увриједио Величанство, нађе обично два до три неваљалца као што је и он, да му то пресведоче и она жртва денунцијације буде одмах ухапшена и он бива жртвом денунцијације. Док акта спроведу у Министарство и докле се из Министарства нареди хоће ли се дотични човек предати суду или не, прође три до четири месеца и на крају кад се преда дотични суду, у огромној већини случајева суд испита ствар и на крају се осведочи да на сриједи нема ништа и пусти човека на слободу пошто је већ 3–4 месеца одлежао у затвору. Ни један од оних његових денунцијаната ни оних лажних свједока не позива се на одговорност за своје клевете. Таквих случајева било је више у моме месту, Требињу.“ – Уставотворна скупштина / пленум, XXXVII редовни састанак, 24. мај 1921, 4.

²⁴ Уставотворна скупштина / пленум, XVII редовни састанак, 18. април 1921, 28.

²⁵ Шимрак је наводио и једно школско питање: „Ви стојите код школског питања и имате у свом програму да треба оделити потпуно школска питања од

црква, односно свештеници подрже своје политичке истомишљенике и устану против својих противника. А. Дулибић је наводио да „када вера игра код странака тако велику улогу, како се може сада створити одредба која хоће да забрани једноме делу наших грађана сваки рад у прилог оне странке која стоји на становишту хришћанском, те само за њих ствара одијозну изнимку“. Следствено, због канцел параграфа не би могао „један свештеник, ни католички, ни православни, ни муслимански у вршењу свога звања рећи људима: чувајте се браћо незнабожаца, пазите добро, да се не одметнете од ваше вере, пазите да ваше поверење поклоните људима који верују у Бога, који су одани својој вери итд.“. Другим речима, канцел параграфом би свештенику у многим случајевима било забрањено да ради оно што треба да ради.²⁶

Свештеник Блашко Рајић је износио да „може се догодити и догађа се, да која политичка партија у свој програм узме рецимо културни бој, који каже да је црква једна установа, која није потребна људима“, или да је вера приватна ствар па да црквену зграду присвоји држава „и да ју изнамљује члановима и организацијама верским и да смеју само онда држати службу итд., када то држава дозвољава. Е, господо, кад дође један пророк па овако говори мојим верницима, онда да ми ви вешала метнете пред цркву или да ставите гиљотину, ја не могу прећутати, а да не упачим прстом и не кажем, чувајте се оваквих лажних пророка“. Рајић је закључивао да „ако који свећеник, то јест верски слуга врши који обред или придику говори, ако узима на своја уста чисто партијске ствари и о њима говори у својој цркви, онда је он већ одиграо своје и сам народ неће га слушати. Али, ако свештеник види, да је оно што је њему најсветије, што је садржај његовога живота, угрожено, онда је њему не само слободно, него и дужност под ма коју цену да он устане на обрану тога“.²⁷

Према једном гледишту, канцел параграф је унет у Уставни нацрт захваљујући томе што је локална словеначка политика уздигнута на ниво целе државе. Наиме, мала Словеначка кметијска странка је канцел параграфом хтела да се заштити, али и да нашкоди моћној клерикалној Словенској људској странци. Чим су постали

цркве. Ви стојите на томе становишту, а ми стојимо на становишту, да што се тиче школовања деце да родитељи имају прву реч, а не држава, а то су потпуно два супротна мишљења... И сад, ако свештеник вршећи своју духовну службу са проповедаонице каже, а то је део његове службе, или у приватном животу буде говорио за ово хришћанско становиште, јер он мора стајати на црквном становишту, а против овога атеистичког или либералног становишта, онда ће се казати, да је говорио у партијске сврхе.“ – Рад Уставног одбора – XLIV седница, 4. април 1921, 29.

²⁶ Рад Уставног одбора, XLV седница, 5. април 1921, 34.

²⁷ Уставотворна скупштина / пленум, XXXVIII редовни састанак, 25. мај 1921, 10.

део владајуће уставотворне коалиције, кметијци су тражили да се у владин Нацрт унесе канцел параграф и у томе су успели уз помоћ словеначких демократа.²⁸ Било је и мишљења да је канцел параграф унет под утицајем француских масона.²⁹

Полазећи од тога да канцел параграф нису тражили посланици из Србије, него словеначки кметијци и демократи, посланик др Стјепан Барић је „апеловао на Србијанце да добро размисле шта ова установа може изазвати и чему нас она може одвести ако се она прими и уђе у устав“.³⁰ Барић је упозоравао да ће, због канцел параграфа, „сав одиум пасти на Србијанце“ јер ће незадовољници у Словенији и Хрватској сматрати „као да се из Београда води културна борба против њих“.

Србијанац Милош Московљевић изјаснио се баш за канцел параграф. За њега је канцел параграф био средство борбе и превентива против клерикализма: „Ми нисмо за то због тога што је то наперено само против злоупотребе католичких свештеника, јер је ово наперено против сваке злоупотребе. Католички клерикализам постоји, јер ви сами у својим листовима пишете о католичком клерикализму и објашњавате шта је клерикализам. Православни клерикализам није постојао, али има изгледа да ће се и код нас развити православни клерикализам, под утицајем вашим, а да тога не би било, ми смо унели ту одредбу овде и стојимо за то.“³¹ Према јавном сведочењу једног од секретара Уставотворне скупштине, др Војислава Јањића, при крају уставотворне дебате готово сви Србијанци били су за то да се канцел параграф избаци из Устава. Међутим, „непомирљиво држање Словенаца и Хрвата из владине већине обавезало је владу да прими тај предложени члан у целости“. Јањић је још изнео да канцел параграф није требало унети у Устав због тога што он „неће имати никакве практичне вредности“.³²

²⁸ Рад Уставног одбора, XLIV седница, 4. април 1921, 29.

²⁹ Јосип Клек је напоменуо: „Jaz tudi ne mislim in ne bi mogel trditi, da je kanceliparagraf sugeriran po odloku pariškega framasonskega velikega zbora.“ – Уставотворна скупштина / пленум, XXXVIII редовни састанак, 25. мај 1921, 23.

³⁰ „Господа Словенци који су овде у Београду – говорио је др Стјепан Барић – искоришћавају сваку прилику да денунцирају све друге, да их направе црно-жути. Међутим, код своје куће они сасвим друкчије раде: тамо они агитују с тим да је Коросец продао Словенију Србији, да ју је продао краљу Петру. Тамо нас клеветају, а овде нас денунцирају.“ – Рад Уставног одбора, XLV седница, 5. април 1921, 34, 35.

³¹ *Ibid.*, 39.

³² V. Novak, 147.

4. РАЗЛОЗИ ЗА КАНЦЕЛ ПАРАГРАФ

Са правнотеоријског становишта, главни разлог за прихватање канцел параграфа налазио се у томе што је свештенство имало положај чиновника *sui generis*. Наиме, с обзиром на то да идеја о потпуном раздвајању цркве од државе није била зрела, црква је морала остати „у некаквој вези са државом. Из ове везе произлази да је свештеник нека врста јавног намештеника. Он прима из државне благајне нешто плате“, а држава у свом буџету предвиђа издатке за цркву. С обзиром на то да је свештеник имао статус чиновника *sui generis*, он као обичан чиновник није смео „злоупотребљавати кадгод службу у корист своје партије“. ³³ По *argumentum a contrario*, изнето је схватање да би канцел параграф изгубио разлог свог постојања ако би цркве биле потпуно одвојене од државе, тј. ако у државном буџету не би било „ништа предвиђено за верске сврхе“. Као приватно удружење, црква и њени органи могли би да се политички ангажују за шта хоће и за кога хоће. ³⁴ Овде се пак постављало питање да ли црква, као традиционална установа, може добити правни статус приватног удружења. ³⁵

³³ Говор др Грегора Жерјава, Рад Уставног одбора, XLIV седница, 4. априла 1921, 31. Сличну напомену је ставио и др Лазар Марковић: „Ми смо господа унели у нацрт Устава једну одредбу да је чиновницима забрањено злоупотребљавање свога службеног положаја у политичку партијску сврху и да је обратно забрањено, старешинама, оним вишим државним органима, да тај свој положај злоупотребљавају и утичу на ниже органе у томе политичком партијском правцу.“ Став 7 члана 12 (канцел параграф) је „један сличан пропис... Он не говори о верама, он не тангира верска питања као таква, он говори о појединим људима, он има посла са органима извесних вероисповести или има посла са човеком. Иако један орган ма које вероисповести учини један злочин, иако тај орган буде кажњен, зар онда државна власт прогања веру, и ко сме да идентификује рад једнога човека макар он био највећи орган црквени са самом вероисповешћу“. Од органа појединих верских организација „свих без разлике“ тражи се и очекује да „врше само своју дужност“. – Рад Уставног одбора, XLV седница, 5. април 1921, 38.

³⁴ Ј. Шимрак је напомињао да „комунисте, н пр. сматрају цркву једном обичном организацијом, једном партијом. Њиховом становишту се приближују и социјалисти...“. Е. Кристан је говорио: „Ја бих признао цркви толику слободу, да се она може сама да побрине за све оно што је њојзи потребно за њезину егзистенцију. Ако њезини чланови, ако њезини верници хоће да ту своју цркву имаду, они нека је издржавају онако, како им је самима боље, нека је имаду сиромашну онако као што је Исус Христос био сиромашан, нека ју имају богату, као што је папа римски богат, то је њихова ствар. Али да држава мора да принаша за издржавање црквене сврхе, господа, то не иде, ако сте једанпут прихватили ове принципе, а поготову не ако ви чините разлику између вера признатих и вера непризнатих. Може један човек имати сасма своју веру и кад сте признали слободу савести, онда му морате признати да по њојзи и живи, да ју онако како ви велите исповеда...“ – Рад Уставног одбора, XLIV седница, 4. априла 1921, 29, 30.

³⁵ У Уставном одбору о овоме се није расправљало. На посебан статус Српске православне цркве указао је, пак, Б. Вошњак: „Читајте стари српски Устав

Правнотеоријски разлог за установљење канцел параграфа видео се и у државној суверености, односно у немогућности да црква ужива екстериторијалност. Речју Богумила Вошњака, одбацивање канцел параграфа садржавало је у себи тврђење „да државна власт нема посла у цркви, него да се ствара екстериторијалност за једну другу власт у држави, за црквену власт“. Међутим, држава „има право у свима пословима“ па се не може „допустити да влада овакав један екстериторијалитет“.³⁶ Најзад, В. Вилдер је изнео својеврстан теолошки аргумент у прилог канцел параграфа: „Ми хоћемо и са овом установом да подигнемо религију на њену праву висину и хоћемо да очистимо религију од политичких кортеша и агитатора. И ако хоћемо да то поредимо са еванђељем, онда је господо ова установа она камција са којом је Исус Христос терао из божијега храма фарисеје.“³⁷

За канцел параграф се изјаснио и посланик ЈМО Фехим Курбеговић: „Много се приговарало канцел параграфу, оној установи која каже да се богомоље не смеју употребљавати у политичке сврхе. Ја сам то као Муслиман мирне душе усвојио, и није џамија и нису цркве за политику. Ту треба да се вера проповеда, ту треба да се проповедају верски принципи, али она не сме да се профанише у свакодневној политичкој борби.“³⁸ Курбеговић је указао на везу између употребе духовне власти и борбе за верско-просветну аутономију под Аустро-Угарском. Подела на оне који су били за и оне који су били против верско-просветне аутономије довела је до тога „да се хоће мешају у политику и да нису дозвољавале да се поред једних који нису били припадници једне странке моле Богу близу њих и други који тој странци нису припадали“. Не помињући „мешање хоца у политику“ на изборима за Уставотворну скупштину, Курбеговић је закључивао да не треба „да претварамо наше богомоље за партијско-политичке сврхе! Зашто да се дозволи муфтијама да се мешају у политичке агитације! Џамија треба да остане само џамија и из које треба политика да изиђе. Политика и вера немају ништа заједничког“.³⁹ Погађајући се с Владом о гласању за Устав, ЈМО није

па ћете видети, државна црква је православна црква. ... Све је то пало у нашем Уставном нацрту. Ово је чудо. Нигде се није догодило да је црква раздржавила, како се догодило овдје. Она православна црква, која је толико урадила да се ослободи југословенски народ, она црква која је имала хисторичку оправданост да остане државна црква, једнога дана наједанпут је престала бити државна црква и допустила је једнакоправност свим другим црквама.“ – Рад Уставног одбора, XLV седница, 5. априла 1921, 36.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*, 37.

³⁸ Уставотворна скупштина / пленум, XVII редовни састанак, 18. април 1921, 5.

³⁹ Рад Уставног одбора, XLV седница, 5. април 1921, 32, 33.

ни поменула канцел параграф, вероватно рачунајући с тим да због њене верске специфичности на њене чланове он неће бити примењен или да неће бити примењен уопште.⁴⁰

Најупечатљивији заговорник канцел параграфа у Уставотворној скупштини био је Едо Лукинић. Он је оправдавао канцел параграф како са верског, тако и са демократског становишта. Полазио је од тога „да баш за једнога свештеника је врло опасно говорити о канцел-параграфу и побијати га. Нема сумње, да је црква храм Божји, одређен само за верске чине и за веру. Зашто онда да се тражи, да се у њој могу вршити извесни чини, који не спадају на веру? ... У интересу саме вере, која се у осталом боље брани него је бране лоши попови, јесте, да се у верске ствари не меша ништа светскога а најмање политичкога и партијскога. Вера је само вера, а за вернике су у цркви само верске функције“. Следствено, немају право они који траже „да у цркви и на светоме месту свештеник сме да се бави осим верских ствари и другим стварима“.

Са демократског становишта, Лукинић је наводио да они који „захтевају један демократски Устав, онда или не смеју бити за то да се канцел-параграф укине, или онда нису искрено за демократски Устав“. Обраћајући се свештенику Керубину Шегвићу, Лукинић је износио: „Господине Шегвићу, узмимо да ово није данас парламентарно него црква. Ви држите проповед а ми слушамо. Ви ћете казати: ‘Браћо у Крistu, ја вам кажем, д-р Лукинић је купљен од Срба да говори за народно јединство Срба, Хрвата и Словенаца.’ Слично се догодило у жупи новиградској са свештеником Николом Грбиним који је тако још за време Аустро-Угарске говорио вам о мени. И сад ја слушам то, Господин Шегвић врло добро зна, да у цркви по кривичном закону не сме нико ништа да учини и да говори, него само свештеник и ако ко само мрдне у цркви, већ је учинио светогрђе и бива строго кажњен. Ви сте као представник божји у цркви у свећеничком орнату, а друго, кривични закон Вас тамо штити. Да тога нема, ја не би имао ништа против тога да се канцел параграф брише. Кад би ја вама у цркви у таквом политичком нападају на мене смео казати: ‘Ти попе лажеш’, кад би се смео успети на проповедаоницу: бранити се, онда не би никада као демократа тражио канцел параграфа.“

Лукинић је своје залагање за канцел параграф поткрепио и конкретним примером злоупотребе духовне власти. Прочитао је текст о „хушкању са олтара у Сињу“ о „жупнику Деламерићу, који је преко велике мисе на дрзак и гадан начин замијенио ријеч Кристове љубави у просто изазивање, те се свијет у чуду пита: Јели Синска црква храм

⁴⁰ А. Purivatra, 123–128. Изјашњавајући се за канцел параграф, Курбеговић се изјаснио и за то да хоће могу да буду партијски људи: „Ако хоће оца да припада једној политичкој странци и да тера партијску политику, нека иде на плац на мегдан па тамо нека проповеда какву хоће политику, али то не сме да ради у цамији.“ – Рад Уставног одбора, XLV седница, 5. априла 1921, 32.

божји, или фратарска политичка говорница. Тема је жупникова била неки индиценат са глазбарима. Жупник је маси приказивао како су глазбари на тргу дочекани тољагама, и да их демократи зато мрзе, јер музика носи име дјевице Марије и т.д. Сплитски 'Живот' с правом пита власт, какови привилегији штите жупника да може с највишег места да се служи оваквим хушкањем и ко ће бити одговоран ако људи на овакве дрске изазове неће моћи остати хладни.“ На основу наведеног примера, Е. Лукинић је закључивао „да је најсретније решење овога питања то, да црква остане Богу и вјерницима, а политика нека изађе из цркве, па ћемо онда остати и добри и вјерници и добри пријатељи. Ако то нећете него хоћете привилегиј, да као намјештеници Христови на земљи, са штолом око врата и распелом у руци вршите у цркви политичке и страначке акте, онда треба да вам се стане за врат канцел параграфом као Мајка Божија змији, јер се огрешујете о веру“.⁴¹

5. НАУКА, ПРАКСА, ЗАКЉУЧАК

Тумачење канцел параграфа Видовданског устава дала су два стручно најпозванија професора. Конституционалиста Слободан Јовановић изнео је мишљење да „употребу духовне власти у партијске сврхе требало је забранити само у толико у колико би она била противна слободи избора. На пр. свештеник запрети бирачу да ће га одбити од причешћа, ако не гласа за клерикалну листу. То је исто тако притисак на бирача, као и претња послодавца раднику да ће га отпустити из службе, ако не гласа за једну одређену листу. Изборни закон предвиђа само ову другу, али не и ону прву врсту притиска. ... Иначе, партијску употребу духовне власти, која би се кретала у границама закона и не би била противна слободи избора, Устав је требало да допусти, када је једном дао вероисповедним удружењима карактер аутономних заједница.“⁴² Кривичар Михаило Чубински је навео да „у савременим правним државама преовлађује гледиште да духовна власт, вршећи своју високу мисију оплемењивања духова и учвршћавања (на религијском темељу) моралних начела, мора у исто време да се држи по страни од вршења *политичких* страсти и од борбе *политичких партија*. Другим речима, представницима цркве није допуштено да воде *политичку агитацију*, искоришћавајући у ту сврху свој ауторитет и утицај на вернике.“⁴³

⁴¹ Уставотворна скупштина / пленум, XVII редовни састанак, 18. април 1921, 21, 22.

⁴² Слободан Јовановић, *Уставно право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, Београд 1924, 439.

⁴³ Михаило Чубински, *Научни и практични коментар кривичног законика Краљевине Југославије од 27. јануара 1929. год*, Београд 1930, 577.

Иако је било „безброј“ случајева који су под њега потпадали⁴⁴, канцел параграф за време важења Видовданског устава ниједном није примењен, пошто о њему није донет законски пропис. Услови за његову примену стекли су се 1929, односно 1. јануара 1930, када је ступио на снагу југословенски Кривични законик, а са њим и његов §400. Тај параграф је представљао преузету одредбу ст. 7 чл. 12 Видовданског устава којој је додата казна, и то према немачком узору. Параграфом 400 прописано је да „верски представници који употребљују у партијске сврхе своју духовну власт преко верских богомоља или преко написа верског карактера или иначе при вршењу своје званичне дужности, казниће се затвором до 2 године или новчано“.

Коментаришући §400 југословенског Кривичног законика, М. Чубински је навео да он „не забрањује верским представницима ни лично учешће у политичком животу, нити давање савета па чак ни вршење директног политичког утицаја на вернике у приватном животу“. За кривичну одговорност верских представника због злоупотребе духовне власти у партијске сврхе било је потребно да се дело учини: „1) преко верских *богомоља*, тј. код ма каквог чинодејства које улази у појам култа (миса, парастос, верска процесција и тд.); 2) преко *написа* верског карактера (књиге, чланци у штампима, прогласи, плакати, тзв. ‘посланија’ и т. сл.) и 3) преко *којих других* радњи, које су учињене при вршењу званичне духовне *дужности*. У овом последњем случају нарочито је важна *проповед*, која може послужити и служи најчешће као оруђе политичке агитације“.⁴⁵ Све у свему, канцел параграфом „свештенство није деполитизовано“. Речју Лазе М. Костића, свештеницима не само да „није одузето активно бирачко право него чак ни пасивно (којега су лишени државни чиновни-

⁴⁴ V. Novak, 147. На изборима у марту 1923. године, сарајевски срески начелник је приметио један строго поверљиви начин агитације који су водиле хоце и хације. Радило се тако да „извесна поверљива особа поручи на дан два раније неком угледном муслиману дотичног села да ће му те и те вечери доћи и на конак и ‘мухабет’ па нека позове неке своје ‘ахбабе’ и ‘достове’ из села, што се све до ситница и изврши. Заказаног дана дотично поверљиво лице је на месту и прва му је дужност да са свима присутним ‘клања’, а иза свршеног овог чина држе поверљив говор такозвани ‘ваз’. Ово се слуша са таквом пажњом као да сам Алах на њихова уста говори.“ Оваква агитација је била врло успешна с обзиром на то да је „муслиманска тежачка маса већим дијелом врло наивна“. Срески начелник из Вишеграда је, 1923, закључивао да „док се год буде пријетило откривањем жена и обарањем авлија муслимани ће гласати за онога који им чува те њихове светиње“. Уместо одговорности по одредбама канцел параграфа, било је случајева прекршајне одговорности. Тако, на пример, у Градаццу „двојица хоца кажњена су са по 250 динара зато што су препоручивали народу да иду на Спахину скупштину“. – Husnija Kamberović, *Mehmed Spaho 1883–1939, Politička biografija*, Sarajevo 2009, 62, 64.

⁴⁵ М. Чубински, 577.

ци). Свештеници могу, дакле, да се баве политиком али као приватни људи а не свештеници“.⁴⁶

Одредба канцел параграфа Видовданског устава дословце је пренета у Септембарски устав из 1931. С обзиром на конституционализацију предуставних прописа, и Кривични законик који је донет пре Септембарског устава остао је на снази⁴⁷ и после овог устава, па и његов §400. Судаћи према извештајима одлично обавештеног Британског посланства у Београду, канцел параграф је и даље остао мртво слово на папиру. Британско посланство је навело само један случај који је опомињао на канцел параграф. Радило се о претресу резиденције крчког бискупа, „који је објавио памфлет под називом *Слобода цркве*“. Поводом овог случаја, у новембру 1932, у Загребу је одржана конференција римокатоличких бискупа на којој је одлучено да се у Ватикан пошаље специјални изасланик са молбом да Папа „уколико влада не упути извињење опозове свог нунција из Београда“. Затим, 1935. је било општепознато да „језуити у Хрватској“ под вођством Степинца „подржавају др Мачека у борби за федералистичко преуређење државе“.⁴⁸ Ово је представљало случај отворене злоупотребе духовне власти у политичке, односно партијске сврхе. Међутим, ни Степинац, ни бискупи, ни римокатолично свештенство нису гоњени по канцел параграфу. Политичке прилике у хрватским крајевима и потреба за dobrим односима са Ватиканом и за склапањем југословенског конкордата потиснули су у страну могућност примене канцел параграфа.⁴⁹

Канцел параграф је имао сличну судбину као и његов немачки узор. О томе је у Уставном одбору било неколико „пророчких“ прогноза. Шимрак је износио како југословенски Бизмарк није „железни“, као онај прави немачки, „него дрвени“, а убрзо је имало да се види „како тај наш Бизмарк стоји на стакленим ногама“. Заиста, југословенски „Бизмарк“ био је „дрвени“, барем због тога што није било репресије. Под мерама *Kulturkampf*-а одузимана је црквена имовина, протерани су језуити, а готово 1.800 римокатоличких свештеника завршило је у затвору или у изгнанству.⁵⁰ У југословенској краљевини, није било жртава примене канцел параграфа. А. Дулибић је указивао на то да канцел параграф у Немачкој не само да није имао успеха „него је дапаче резултат био сасвим противан“ јер се

⁴⁶ Лаза М. Костић, *Коментар Устава Краљевине Југославије од 3 септембра 1931 (југословенско уставно право)*, Београд 1934, 42.

⁴⁷ Марко Павловић, *Српска правна историја*, Крагујевац 2005, 715, 716.

⁴⁸ Živko Avramovski, *Britanci o Kraljevini Jugoslaviji, Godišnji izveštaji britanskog poslanstva u Beogradu, 1921–1938*, knj. II, Beograd – Zagreb 1986, 112, 352.

⁴⁹ Марко Павловић, *Југословенска држава и право 1914–1941*, Крагујевац 2000, 296–298.

⁵⁰ *The Cambridge History of Christianity*, 295; S. Kalyvas, 213.

под њим „очеличио католички елеменат и дошло се до тога да је центар у Немачкој постао силно јак тако да је свака влада морала с њиме да рачуна“.⁵¹ У југословенској краљевини, канцел параграф је „деловао“ као мртво слово на папиру, док је политички утицај римо-католичке цркве јачао.

Највећа тековина канцел параграфа није у његовој примени него у његовом стварању. Савременик и учесник Н. Дивац је приметио да у Уставотворној скупштини 1921. „ни једно питање није било предмет жучније дискусије него што је канцел параграф“.⁵² Та дискусија није била само „жучна“, него и изузетно богата. У расправама у Уставотворној скупштини Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, и ван ње, изнета су гледишта која чине грађу знатно богатију од грађе која је настала уз немачки изворник. Као таква, она је незаобилазан елеменат за сваку анализу правног односа између верских заједница и државе, као и питања вербалног политичког деликта. Уз то, она је веома користан елеменат за анализу методологије стварања права уопште.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Avramovski, Ž., *Britanci o Kraljevini Jugoslaviji, Godišnji izveštaji britanskog poslanstva u Beogradu, 1921–1938*, knj. II, Beograd–Zagreb 1986.
- Чубински, М., *Научни и практични коментар кривичног законика Краљевине Југославије од 27. јануара 1929. год*, Београд 1930. (Cubinski, M., *Naučni i praktični komentar krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije od 27. januara 1929. god*, Beograd 1930)
- Јовановић, С., *Уставно право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, Београд 1924. (Jovanović, S., *Ustavno pravo Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, Beograd 1924)
- Kalyvas, S., *The Rise of Christian Democracy in Europe*, London 1996.
- Kamberović, H., *Mehmed Spaho 1883–1939, Politička biografija*, Sarajevo 2009.
- Костић, М. Л., *Коментар Устава Краљевине Југославије од 3 септембра 1931 (југословенско уставно право)*, Београд 1934. (Kostić, M. L., *Komentar Ustava Kraljevine Jugoslavije od 3 septembra 1931 (jugoslovensko ustavno pravo)*, Beograd 1934)

⁵¹ Рад Уставног одбора, XLVседница, 5. април 1921, 33.

⁵² Уставотворна скупштина / пленум, XVII редовни састанак, 18. април 1921, 27.

Материјали за пересмотра нашег уголовнаг законодавства, С-Петербург, 1880.

Novak, V., *Magnum Crimen*, Zagreb – Beograd 1986.

Павловић, М., *Југословенска држава и право 1914–1941*, Крагујевац 2000. (Pavlović, M., *Jugoslovenska država i pravo 1914–1941*, Kragujevac 2000)

Павловић, М., *Српска правна историја*, Крагујевац 2005. (Pavlović, M., *Srpska pravna istorija*, Kragujevac 2005)

„Пред изборе“, *Политика*, 7. новембар 1920. („Pred izbore“, *Politika*, 7. novembar 1920)

Purivatra, A., *Jugoslovenska muslimanska organizacija u političkom životu Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, Sarajevo 1974.

Рад Уставног одбора Уставотворне скупштине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, Београд 1921. (Rad Ustavnog odbora Ustavotvorne skupštine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, Beograd 1921)

Стенографске белешке Уставотворне скупштине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, Београд 1921. (Stenografske beleške Ustavotvorne skupštine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, Beograd 1921)

The Cambridge History of Christianity: World Christianities c. 1815 – c. 1914, Vol. 8, Cambridge 2006.

Marko Pavlović, PhD

Full Professor

University of Kragujevac, Faculty of Law

KANZEL PARAGRAPH OF ST. VITUS CONSTITUTION

Summary

Kanzel paragraph is the regulation which bans priests to discuss political matters from the pulpit. It was inserted as Article 130a in Penal Code of German Empire (1870). After this Article, as a model, kanzel paragraph was created as paragraph 7 of article 12 St. Vitus Constitution. In Constitutional Assembly and Committee there were presented many cases of misuse of pulpit and spiritual power on whole. In one case, a priest got out of altar to have a talk with God and after he came back and said: ‘The God recommend you to vote for this one.’ Deputies also

pointed out many reasons for and against the *kanzel* paragraph. Among reasons against was an allegation that priests delivering sermon could not avoid political and party issues; that priest have his own jurisdiction; that *kanzel* paragraph would enable the police to get into churches; that *kanzel* paragraph would be a source of conflicts with millions of Roman Catholics inside and outside of the country. Main reason for *kanzel* paragraph was the fact that priests had status of *sui generis* public officials. Also, it served as a protection for citizens who could be slandered by misuse of pulpit. The most historical importance of *kanzel* paragraph was not in its enforcement and practice but in comprehensive debate during its creation which comprise analyses of permanent values.

Key words: *Freedom of religion. – Relationship between the Church and State. – Misuse of spiritual power. – Kanzel paragraph. – The reasons for and against.*

Article history:

Received: 2. 2. 2017.

Accepted: 30. 6. 2017.

Др Радован Д. Вукадиновић*

ШТЕТНО ДЕЈСТВО АРБИТРАЖНОГ РЕШАВАЊА СПОРОВА ИЗ ИНТЕРНИХ СПОРАЗУМА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ О ЗАШТИТИ СТРАНИХ ИНВЕСТИЦИЈА НА ПРАВНИ ПОРЕДАК ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Заштита страних инвестиција се, по правилу, обезбеђује билатералним споразумима о заштити страних инвестиција (БИТ) које закључују заинтересоване државе. У њима се страним инвеститорима пружају материјалноправне и процесноправне гаранције. У материјалном смислу, страним инвеститорима се гарантује стандард заштите против директне и индиректне експропријације. У процесном смислу, нуди им се могућност да против државе домаћина непосредно покрену арбитражни поступак, тј. да користе механизам за решавање спорова између држава и инвеститора, који се скраћено означава као ИСДС механизам. ИСДС механизам је у почетку сматран ефикасним начином да се превазиђе неповерење у непристрасност судова државе домаћина. Пракса је, међутим, показала да су арбитражни трибунали често широким тумачењем сагласности страна на ИСДС механизам практично ширили своју надлежност и могућност да БИТ-ове квалификују као међународне уговоре, чиме је поново покренуто питање односа права Европске уније и међународног права. Арбитражним одлукама, у којима су предност давали међународном праву, доведени су у питање јединство права ЕУ и његов аутономни карактер. Стога је Европска комисија сматрала да би у тумачењу спорних одредаба БИТ-ова предност требало дати праву ЕУ и њихову пуноважност оцењивати у складу са правом ЕУ. Питање је посебно актуелизовано након великог таласа проширења, 2004. године, посебно код тзв. интерних БИТ-ова.

У раду аутор полази од тезе да интерни БИТ-ови као међународни уговори спадају у изворе права ЕУ и да би надлежност за њихово тумачење требало поверити Суду правде, како се не би угрозили јединство правног поретка ЕУ и његов аутономни карактер. Са тим циљем је у уводном делу рада анализирана правна природа билатералних споразума као извора и оквира заштите

* Академик АНУРС, редовни професор Правног факултета у Крагујевцу, radevuk2010@gmail.com

страних инвестиција и њихово место у праву ЕУ. У другом делу су анализирани ставови органа ЕУ и инвестиционих арбитражних трибунала и дејство арбитражних одлука на начело аутономије и правно јединство права ЕУ.

Кључне речи: *Заштита инвестиција. – Билатерални споразум. – Начело аутономије. – Начело правног јединства. – Механизам решавања спорова између државе и инвеститора.*

1. СПОРНА ПИТАЊА

После ступања на снагу Римског уговора о оснивању Европске економске заједнице (у даљем тексту: ЕЕЗ), државе чланице су закључиле бројне споразуме о заштити страних инвестиција и између себе и са трећим државама, тзв. интерне и екстерне БИТ-ове. Пријемом централноевропских држава и држава југоисточне Европе у ЕУ, 2004. и 2007. године, велики број дотадашњих екстерних споразума постали су интерни, а у њиховом тумачењу и примени појавила су се одређена спорна питања. Основно спорно питање је било да ли би одредбе БИТ-ова, тј. у њима преузете обавезе, требало тумачити у складу са правилима међународног (јавног) права или у складу са правом ЕУ.

Како Лисабонски споразум, као ни уговори о оснивању Европских заједница који су му претходили, не садрже изричито решење у том погледу, у раду је одговор на њих тражен у анализи постојећих одредаба Оснивачких уговора, у судској пракси (пракси судова ЕУ и међународних арбитражних трибунала), у ставовима органа ЕУ и у правној теорији.

Уговор о функционисању ЕУ (у даљем тексту: УФЕУ), у чл. 351, ст. 1, садржи одредбу према којој одредбе Уговора не утичу на права и обавезе из споразума закључених пре ступања на снагу Римског уговора о оснивању ЕЕЗ, а у односу на државе које су накнадно приступиле, на споразуме који су закључени пре датума њиховог приступања. У ст. 2, међутим, Уговор обавезује државе чланице да у обиму у коме такви споразуми нису у складу са Уговорима, „преузму све неопходне мере за отклањање постојеће неусклађености“.

Према мишљењу Европске комисије (у даљем тексту: Комисија), одредбе БИТ-ова којима се страним инвеститорима гарантује неограничено право располагања капиталом и одредбе о коришћењу ИСДС механизма за решавање спорова нису у складу са одредбама чл. 64 УФЕУ, тј. са правом ЕУ. Стога су, према мишљењу Комисије, државе чланице дужне да ту неусклађеност отклоне изменом постојећих БИТ-ова или да њихову примену откажу. У супротном, Комисија сматра да је након ступања на снагу Лисабонског споразума примена

таквих споразума аутоматски суспендована.¹ У погледу ИСДС механизма, Комисија предлаже да се уведе нови међународни судски механизам заштите који би заменио постојећи.

С обзиром на то да се прва примедба Комисије односи на материјалну садржину БИТ-ова и на опасност да би примена таквих одредаба довела у неравноправан положај такве инвеститоре у односу на инвеститоре из осталих држава чланица, треба нешто рећи о сврси и садржини БИТ-ова и у њима предвиђеног механизма заштите.

Основна сврха билатералних споразума о заштити инвестиција је да дефинишу стандарде материјалног третмана страних инвестиција на домаћој територији и да омогуће посебан механизам заштите који ће стране инвеститоре осигурати од штетних последица настанка политичких ризика у држави домаћину.² Отуда су БИТ-ови слични, без обзира на извесне разлике,³ закључују се према унапред предложеном моделу⁴ и углавном регулишу следећа питања: појам инвестиција и инвеститора; приступ и услови за страно инвестирање; механизам решавања спорова; одредбе о фер и правичном третману инвеститора и њихових инвестиција и правила о накнади штете у случају експропријације. Међутим, новији модели, као што је предлог индијског модела, рестриктивнији су у погледу „покривених“

¹ У Извештају под називом *The Free Movement of Capital, Note for the Economic and Financial Committee*, 2627, Комисија је навела да је највећи број БИТ-ова замењен, али и да њихов правни карактер након пријема није јасан. Јаснији је био Економски и финансијски одбор, који је у свом Извештају за 2006. годину позвао државе чланице да испитају потребу за таквим БИТ-овима и информишу Комисију о предузетим акцијама. Вид. *Annual EFC Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and the Freedom of Payments*, 15 November 2006, 7.

² Више вид. Мирко Васиљевић, „Страна улагања у српску привреду и одговорност државе“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније* (ур. В. Радовић), Београд 2014; Aleksandar Ćirić, Predrag Cvetković, „Karakteristike pravnog režima stranih direktnih investicija u pravu EU“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 68/2014, 678–696; Марко З. Јовановић, *Одговорност државе за заштиту страних директних улагања*, докторска теза, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014.

³ Carrie E. Anderer, „Bilateral Investment Treaties and the EU Legal Order: Implications of the Lisbon Treaty“, *Brooklyn Journal of International Law* 35/2010, <http://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol35/iss3/9>, 859, 20. децембар 2016.

⁴ Модели постоје у великом броју држава. У САД је први модел БИТ био сачињен 1981, који је касније више пута мењан; на пример, 1994, 2004, 2012. У Француској од 2006, Италији од 2003, Немачкој, од 2008, белгијско-луксембуршки модел, у Канади од 2004. године. Вид. www.italaw.com. Више вид. Martin A. Weiss et al., *International Investment Agreements (IIAs): Frequently Asked Questions*, Congressional Research Service, May 15, 2015; <https://fas.org/sgp/crs/misc/R44015.pdf>, 24. децембар 2016. За Републику Србију вид. <http://mtt.gov.rs/sektori/sektor-za-multilateralnu-i-regionalnu-ekonomsku-i-trgovinsku-saradnju/porazumi-o-uzajamnom-podsticanju-i-zastiti-ulaganja>.

ризика и изостављају клаузулу највећег повлашћења или пореске клаузуле, док се за коришћење права инвеститора да покрене поступак против државе домаћина захтева исцрпљивање домаћих правних средстава.

Кад је реч о *заштити*, стране директне инвестиције се, у генералном смислу, могу штитити дипломатским, судским и арбитражним путем. Уговорне стране су у принципу слободне да одаберу начин заштите у границама конкретног извора и меродавног права.⁵ Правила о заштити страних инвестиција могу бити садржана у међународним изворима, као што су међународни инвестициони споразуми, и у националним (унутрашњим) изворима права у форми законских и подзаконских прописа. Под међународним инвестиционим споразумима (*IIA International Investment Agreements*) подразумевају се разне врсте мултилатералних и билатералних споразума, као што су споразуми о слободи трговине и пловидбе, трговински споразуми, и споразуми „нове генерације“, као што је свеобухватни споразум о трговини са Канадом (*CETA, EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement*)⁶ и између ЕУ и Сингапура (*EU-Singapore Free trade Agreement*)⁷.

У ЕУ те споразуме су до ступања на снагу Лисабонског споразума закључивале државе чланице са трећим државама као тзв. екстерне споразуме и са државама чланицама, као тзв. интерне ЕУ споразуме (или унутрашње ЕУ споразуме). Екстерни ЕУ споразуми су потпуно регулисани правилима међународног јавног права. Први такав билатерални споразум је 1959. године закључила Немачка са Пакистаном. Интерне ЕУ споразуме чине споразуми између две државе чланице и споразуми између државе чланице ЕУ и треће државе која је касније постала држава чланица. У прву групу спадају само два споразума: између Немачке и Португалије и Немачке и Грчке.⁸ Других споразума је много више, а њихов број је значајно повећан након пријема десет држава у ЕУ, 2004. године, али и након ширења ЕУ 2007. и 2013. године. Данас је на снази 3.281⁹ међународни ин-

⁵ Christoph Schreuer, „Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration“, *McGill Journal of Dispute Resolution* 1/2014, 1.

⁶ EU–Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), консолидована верзија од 26. септембра 2014; trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf, 20. октобар 2016.

⁷ Текст Споразума вид. на <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961>, 24. јун 2017.

⁸ Вид. Hanno Wehland, „Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: Is European Community Law an Obstacle?“, *The International and Comparative Law Quarterly* 58(2)/2009, 297, фн. 3.

⁹ *World Investment Report*, 2016, 104. http://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2016ch3_en.pdf, 10. јануар 2017. Податке за ЕУ вид. у: Tony Cole et al., *Legal*

вестициони споразум, од којих су 2.929 билатерални споразуми (на снази их је 2.286), од чега је 198 интерних ЕУ споразума.¹⁰ Што се тиче Србије, она је или наследила од претходне Југославије или је сама закључила 50 споразума. Један број тих споразума је закључен и са државама које су након закључивања примљене у ЕУ¹¹, па такви споразуми могу након евентуалног пријема Србије у ЕУ да постану интерни споразуми.¹²

За предмет овог рада су значајни само тзв. ЕУ интерни билатерални споразуми о заштити инвестиција.

2. АРБИТРАЖНИ НАЧИН ЗАШТИТЕ СТРАНИХ ИНВЕСТИТОРА

Готово сви међународни инвестициони споразуми садрже клаузулу о ИСДС механизму за решавање спорова (*Investor-State Dispute Settlement*). ИСДС механизам пружа могућност страном инвеститору да своје спорове повери на решавање судовима државе домаћина, *ad hoc* или институционалним арбитражама, које су најчешће организоване према правилима Комисије УН за међународно трговинско право (УНЦИТРАЛ правила) или према Правилима Међународног центра за решавање инвестиционих спорова (ИКСИД центар). Сагласност за коришћење арбитражног механизма може бити дата на различите начине.¹³ Пракса показује да у највећем броју случајева уговорне стране дају сагласност да спор буде решен у оквиру ИК-

Instruments and Practice of Arbitration in the EU, Study, EP Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs, Study, PE 509.988 (IPOL_STU(2015)509988), 230, <http://www.europarl.europa.eu/studies>, 20. новембар 2016.

¹⁰ Вид. IPOL_STU(2015)509988, 232.

¹¹ Са Румунијом, Словачком, Бугарском, пољском, Македонијом, Мађарском, Чешком, Хрватском, Словенијом. Вид. <http://mtt.gov.rs/download/Pregled%20Zemalja.pdf>.

¹² Листу споразума које је Србија закључила вид. на интернет страници Министарства за трговину, туризам и телекомуникације, <http://mtt.gov.rs/sektori/sektor-za-multilateralnu-i-regionalnu-ekonomsku-i-trgovinsku-saradnju/sporazumi-o-uzajamnom-podsticanju-i-zastiti-ulaganja/>.

¹³ Вид. *UNCTAD Dispute Settlement*, 2.3. Consent to Arbitration, NCTAD/EDM/Misc.232/Add.2. 2003; Andrea Marco Steingruber, *Notion, Nature and Extent of Consent in International Arbitration*, Thesis, London 2009; Christoph Schreuer, „Consent to arbitration“, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (eds. P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer), Oxford 2008, 830–867; C. Schreuer, *The ICSID Convention, A Commentary*, CUP 2009, 190, мапр. бр. 374–456; Petar Đundić, „Pristanak države na arbitražu sa stranim ulagačem – modaliteti pristanka, ograničenja i merodavno pravo“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, Novi Sad 47(3)/2013, 359–375.

СИД центра применом ИКСИД правила.¹⁴ У односу на класичне комерцијалне арбитраже, ИКСИД инвестиционе арбитраже се разликују по странкама у спору, меродавном материјалном праву, правним лековима којима се располаже против арбитражне одлуке и по поступку признања и извршења донетих одлука.¹⁵

Што се тиче странака у спору, ИСДС механизам омогућава страном инвеститору да против државе домаћина (држава пријема) покрене спор било као уговорне стране из уговора о улагању (због уговорног спора) или због кршења међународних обавеза, кад држава пријема није уговорна страна, а страни инвеститор тврди да је нарушила његова права као инвеститора.¹⁶ Пре покретања поступка страни инвеститор није дужан да се на било који начин обрати својој држави и тражи њено посредовање или медијацију нити да претходно исцрпи правна средства која му стоје на располагању пред домаћим судовима.

Уколико постоји повреда споразума, арбитражни трибунал решава о накнади штете, па се одлукама налаже исплата одређеног новчаног износа. Арбитражном одлуком се не може тражити од државе домаћина да измени или укине пропис којим је наводно учињена повреда. Проблеми настају када се плаћање новчаног износа који је досуђен арбитражном одлуком не третира као начин извршавања међународних обавеза, већ као недозвољена државна помоћ којом се нарушавају правила конкуренције а страни инвеститори доводе у повољнији положај на тржишту у односу на домаће улагаче.¹⁷ У погледу извршења, одлука ИКСИД арбитражног трибунала сматра се извршном, не може се оспоравати, против ње није дозвољена жалба нити је подложена другом правном леку.¹⁸ Стога су државе уговорнице дужне да је признају као обавезну и да на својој територији изврше новчане обавезе које су одређене одлуком као да је у питању правноснажна пресуда суда на територији те државе.¹⁹

¹⁴ Вид. Johan Billiet, *International Investment Arbitration: A Practical Handbook*, Maklu 2016, 30.

¹⁵ Детаљније вид. Karl-Heinz Boeckstiegel, „Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today? The Lalive Lecture 2012“, *The Journal of the London Court of International Arbitration* 28/2012, 579.

¹⁶ Вид. Мaja Stanivuković, „Arbitraža između države i ulagača na osnovu dvostranih sporazuma o zaštiti i unapređenju ulaganja“, *Zbornik radova u spomen prof. dr Miodraga Trajkovića*, Правни факултет, Београд 2007, 517.

¹⁷ Вид. одлуку ИКСИД трибунала у предмету *Ioan Micula, Viorel Micula, S.c. European Food s.a, s.c. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Final Award, 11 December 2013.

¹⁸ Вид. чл. 53 Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава – ИКСИД Конвенција, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 2/06.

¹⁹ Чл. 54. ИКСИД Конвенције.

3. МЕСТО СПОРАЗУМА О ЗАШТИТИ СТРАНИХ ИНВЕСТИЦИЈА У ПРАВНОМ ПОРЕТКУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

У унутрашњим правима држава чланица место и природа споразума о заштити страних инвестиција регулисани су уставним одредбама о потврђеним међународним уговорима.²⁰ Осим унутрашњих прописа, на место и значај БИТ-ова утичу и два општа начела из права ЕУ: начело лојалности и начело примата права ЕУ у односу на национална права.

Према начелу лојалности државе чланице су преузеле обавезу и да „...у пуном узајамном поштовању, помажу једни другима у испуњавању задатака који произилазе из Уговора“ и да „...предузму мере које су неопходне да би се обезбедило испуњење обавеза које произилазе из Уговора или из аката институција Уније“.²¹

Према начелу примата или супериорности, право ЕУ има већу правну снагу од националних права држава чланица и, у случају сукоба, национални судови су дужни да примене прописе ЕУ, а да по страни оставе национална правила. Из тога произилази и да БИТ-ови, као међународни споразуми и делови унутрашњег права, не смеју бити у колизији са правом ЕУ.²² У том смислу ваља разумети и тумачити одредбе чл. 351(2) УФЕУ и обавезу држава чланица да раније споразуме (и БИТ-ове) ускладе са правом ЕУ. Како о усклађености националних права са правом ЕУ, у поступку тумачења и одлучивања о претходном питању, одлучује Суд правде ЕУ, намеће се логичан закључак да Суд правде има последњу реч и у погледу тумачења БИТ-ова.

У праву ЕУ се ти споразуми у принципу сматрају „туђим“, али не и „ирелевантним из перспективе права ЕУ“²³ јер их није закључила ЕУ, већ државе чланице. У генералном смислу, међународни уговори у које спадају и БИТ-ови, у хијерархији извора у праву ЕУ налазе се између секундарних и примарних извора права.²⁴ Након што су Лисабонским споразумом државе чланице на ЕУ пренеле надлежности

²⁰ Вид. Rudolf Dolzer, „The Impact of International investment treaties on Domestic Administrative Law“, <http://www.ijl.org/wp-content/uploads/2016/08/Dolzer-The-Impact-of-International-Investment-Treaties-on-Domestic-Administrative-Law-2005.pdf>, 24. јун 2017.

²¹ Вид. чл. 4(3) УЕУ.

²² У овом смислу и Wenhua Shan, Sheng Zhang, „The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy“, *The European Journal of International Law* 21, 4/2010, 1049–1073, 1954, тумаче одлуке Суда у предмету против Финске.

²³ Allan Rosas, „The Status in EU Law of International Agreements Concluded by EU Member States“, *Fordham International Law Journal* 34(5)/2011, 1304.

²⁴ Радован Вукадиновић, Јелена Вукадиновић Марковић, *Увод у институције и право Европске уније*, Крагујевац 2016, 114–116.

у области страних директних инвестиција, и интерни БИТ-ови као део права ЕУ, морају бити у складу са тековинама ЕУ (*EU acquis*).

Мишљења су, међутим, у теорији и судској и арбитражној пракси, подељена.

4. СТАВОВИ ОРГАНА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

4.1. Став Суда правде

Суд правде је сматрао да права и обавезе из споразума између државе чланице и треће државе који је закључен пре пријема те државе у ЕЗ/ЕУ нису погођени одредбама Уговора о оснивању.²⁵ Суд је исти став поновио и у предметима против Аустрије²⁶, Шведске²⁷ и Финске²⁸, у којима је нашао да су те државе својим екстерним БИТ-овима повредиле одредбе чл. 351 УФЕУ.²⁹ У правној теорији влада мишљење да би *mutatis mutandis* на исти начин требало третирати и интра БИТ-ове.³⁰

И у погледу форума који је надлежан да тумачи усклађеност интерних БИТ-ова, постоје значајне разлике. При томе се различито тумаче одредбе чл. 344 УФЕУ, према којима су државе чланице обавезне да спорове који се односе на тумачење или примену Уговора не решавају на начин који није предвиђен Уговорима. Суд правде је о сличној ситуацији расправљао у предмету *MOX Plant*.³¹ У питању је била тужба Комисије против Републике Ирске због тога што је покренула арбитражни поступак против Уједињеног Краљевства, због наводне повреде Конвенције УН о праву мора. Суд је сматрао да је реч о тумачењу и примени права ЕУ и, позивајући се на одредбе чл. 344 УФЕУ, заузео став да је он искључиво надлежан.³² Међутим, у

²⁵ C-812/79 *Burgoa* [1980] ECR 2787, тач. 8; C-84/98 *Commission v. Portugal* [2000] ECR I-5215, тач. 53; и C-216/01 *Budějovický Budvar* [2003] ECR I-13617, тач. 144 и 145.

²⁶ C-205/06, *Commission v. Austria* [2009] I-1301, ECLI:EU:C:2009:118, тач. 37

²⁷ C-249/06, *Commission v. Sweden* [2009] I-1335, ECLI:EU:C:2009:119, тач. 38.

²⁸ C-118/07, *Commission v. Finland*, [2009] ECR I-10889, ECLI:EU:C:2009:715, тач. 31.

²⁹ У случају Финске, тач. 27.

³⁰ Freidl Weiss, Silke Steiner, „The investment regime under Article 207 of the TFEU – a legal conundrum: the scope of ‘foreign direct investment’ and the future of intra-EU BITs“, *Investment Law within International Law Integrationist Perspectives* (ed. Freya Beatens), Cambridge University Press, 2013, 355–374, 358–359.

³¹ C-459/03, *Commission v. Ireland* [2006] I-4635, ECLI:EU:C:2006:345

³² Тач. 123.

правној теорији и пракси међународних инвестиционих арбитража подељена су мишљења о томе да ли се такав став Суда може применити и на интра БИТ-ове.³³

Арбитри у међународним инвестиционим арбитражама су БИТ-ове третирали као међународне уговоре који су регулисани Бечком конвенцијом о уговорном праву од 1969. године, чије се тумачење и примена могу тражити од међународних судова и трибунала: од Сталног међународног суда или од Суда за људска права у Стразбуру. За разлику од таквог става, Комисија се у више случајева, као пријатељ суда, изјашњавала у прилог искључиве јурисдикције Суда правде и позивала се на одредбе чл. 344 УФЕУ и обавезу држава чланица да „спорове који се односе на тумачење или примену Уговора, не решавају на начин који није предвиђен Уговорима“.³⁴

4.2. Став Европске комисије

Према схватању Комисије, интра БИТ-ови су инкомпатибилни са ЕУ правом због тога што омогућавају дискриминацију између инвеститора и што могу довести до паралелне надлежности (Суда правде и инвестиционих арбитража) о питањима која су регулисана правилима ЕУ, без ангажовања Суда правде коме је онемогућено да изврши своју улогу чувара јединства ЕУ правног система.³⁵ Стога је од држава чланица захтевала или да их ускладе са правом ЕУ или да их раскину.

Поменута дискриминација се огледа у томе што БИТ-ови дају више права страним инвеститорима него што је одређено правом ЕУ јер садрже одредбе о потпуној слободи кретања капитала и неограничено право страних инвеститора да њиме располажу, док је у праву ЕУ Савет овлашћен да из посебних разлога ограничи ту слободу (чл. 64 УФЕУ). Самим тим, такви БИТ-ови, према мишљењу Комисије, стављају у привилегован положај њихове инвеститоре, па је сугерисала њихово усклађивање или отказивање. Поједине државе су прихватиле сугестије па су измениле или отказале конкретне БИТ-ове, што је дало повода страним инвеститорима да против њих покрену поступак пред инвестиционим арбитражама. Друге држа-

³³ Tahmina Sahibli, „The relationship of EU law and bilateral investment treaties“, <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:903370/FULLTEXT01.pdf>, 20, 14. јун 2017.

³⁴ Интересантно је да Немачки савезни суд у свом захтеву за одлуку о претходном питању, у коме је од Суда, између осталог, тражио и да се изјасни о усклађености одредаба чл. 344 УФЕУ са арбитражним споразумима закљученим у унутрашњим БИТ споразумима, није подржао такав став Комисије и њено тумачење члана 344 УФЕУ.

³⁵ Commission Staff Working Document, Capital Movements and Investments in the EU, SWD (2012) 6 final, 3 February 2012, 3

ве, као што су Аустрија³⁶, Шведска³⁷ и Финска,³⁸ нису прихватиле сугестије Комисије, па је Комисија против њих покренула поступке пред Судом правде.³⁹

Осим тога, Комисија је сматрала да су и одредбе у БИТ-овима о ИСДС механизму у колизији са одредбама чл. 344 УФЕУ јер обавезују државе чланице да спорове који се односе на тумачење или примену Уговора не решавају на начин који није предвиђен Уговорима, тј. пред инвестиционим арбитражама, а не пред Судом правде. Према мишљењу Комисије, такве арбитражне клаузуле представљају директну дискриминацију инвеститора из других држава чланица јер немају могућност да поступак покрену пред арбитражом.⁴⁰ Такав став Комисија је навела у формалним нотама државама чланицама,⁴¹ саопштењима Савету и као пријатељ суда (*amicus curiae*), пред инвестиционим трибуналима. Тако је у предметима *US Steel v. Slovakia*⁴² и *EURAM v. Slovakia*⁴³, као *amicus curiae*, истакла да ИСДС механизам у интра БИТ-овима представља повреду ЕУ принципа недискриминације, а у предмету *Micula v. Romania*⁴⁴ истакла је примат права ЕУ над интра БИТ-овима.

5. СТАВОВИ ИНВЕСТИЦИОНИХ АРБИТРАЖА

У поступцима који су покренути пред различитим међународним инвестиционим арбитражама, арбитри су, у погледу њихове неусклађености са правом ЕУ, правили разлику између тумачења и

³⁶ C-205/06, *Commission v. Austria* [2009] I-1301, ECLI:EU:C:2009:118

³⁷ C-249/06, *Commission v. Sweden* [2009] I-1335, ECLI:EU:C:2009:119.

³⁸ C-118/07, *Commission v. Finland*, [2009] ECR I-10889, ECLI:EU:C:2009:715.

³⁹ European Commission press release, „Commission asks Member States to terminate their intra-EU bilateral investment treaties“, Brussels 18 June 2015.

⁴⁰ Response to letter of formal notice regarding the Agreement between the Government of the Kingdom of Sweden and the Government of Romania on the promotion and reciprocal protection of investments (COM ref SG-Greffe 2015D/6898, matter number 2013/2207), Sweden, Ministry of Foreign Affairs, Legal Affairs Division, 19 October 2015, тач. 27.

⁴¹ Вид. Commission Press Release, „Commission asks Member States to terminate their intra-EU bilateral investment treaties“, Brussels, 18 June 2015, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_en.htm, 20. јун 2017.

⁴² *U.S. Steel Global Holdings I B.V. v. Slovak Republic*, UNCITRAL (PCA Case No. 2013–16).

⁴³ *European American Investment Bank AG (EURAM) v. Slovak Republic*, UNCITRAL, (PCA Case No. 2010–17). Award on Jurisdiction, тач. 118–120.

⁴⁴ *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20.

примене БИТ-ова који су закључени са трећим државама пре и после пријема у ЕУ.⁴⁵

Ако су БИТ-ови закључени са трећим државама пре пријема у ЕУ (екстерни БИТ-ови), предност је дата обавезама из БИТ-ова.⁴⁶ У случају интра БИТ-ова Комисија је сматрала да предност и супериорност има право ЕУ, не само у односу на национална права већ и у односу на билатералне уговоре између држава чланица.⁴⁷ Такав став је подржао и Суд правде, почев од предмета Комисија против Италије из 1961. године⁴⁸, преко предмета Комисија против Луксембурга из 1996. године⁴⁹ и Комисија против Аустрије⁵⁰ из 2005. године. И арбитражни трибунал је у предмету *Elektrabel* (који се односио на Уговор о енергетској повељи – *Energy Charter Treaty*) заузео став да право ЕУ има примат не само над уговорима између држава чланица који су закључени пре пријема у ЕУ већ и уговорима који су закључени после пријема.⁵¹ Међутим, у предмету *Eastern Sugar B.V. v. Czech Republic*⁵² трибунал је одбио навод Комисије да право ЕУ аутоматски има примат над БИТ-овима, након пријема државе у ЕУ.⁵³ Арбитражни трибунал је сматрао да је Чешка повредила поменути БИТ и наложио плаћање накнаде штете. Арбитри нису прихватили приговор тужених да су унутрашњи прописи измењени у складу са захтевима и правилима ЕУ нити да арбитражни суд није надлежан јер је БИТ престао да важи пријемом Чешке у ЕУ.

Инвестициони трибунали нису били спремни ни да прихвате став Комисије да је Суд правде искључиво надлежан да тумачи право ЕУ и интра БИТ-ове као део права ЕУ. У поменутом предмету *Electrabel*, арбитражни трибунал је своје одбијање образложио уверењем да је такав став „заснован на хијерархији правних

⁴⁵ Edward Borovikov, Bogdan Evtimov, Anna Crevon-Tarassova, *The International Arbitration Review*, 7th edition, June 2016 (ed. James H. Carter), Ch. 15 European Union, 190.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Вид. Мишљење Комисије од 7. јула 2010 у *Eureko v. Slovak Republic*, PCA Case No. 2008–13, Award on jurisdiction, arbitrability and suspension, 26. октобар 2010, тач. 180

⁴⁸ C-10/61 *Commission v. Italy* [1962] ECR 1, ECLI:EU:C:1962:2

⁴⁹ C-473/93 *Commission v. Luxembourg* [1996] ECR I-3207, ECLI:EU:C:1996:263, тач. 40.

⁵⁰ C-147/03, *Commission v. Austria*, [2005] ECR I-5969, ECLI:EU:C:2005:427, тач. 58.

⁵¹ *Elektrabel v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on jurisdiction, applicable law and liability, 30 November 2012, paragraph 4.186, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1071_clean.pdf, 20. мај 2017.

⁵² Partial Award, 27. март 2004, SCC No 088/2004.

⁵³ Вид. аргументе тужених у тач. 117, 118 и 119 и став арбитра у тач. 180.

правила схваћених само из перспективе ЕУ правног поретка који се примењује у ЕУ“.⁵⁴ ИКСИД арбитража је, међутим, „сместена у контекст међународног јавног права“ и регулисана је „искључиво међународним правом...“.⁵⁵ Није прихваћен ни приговор Комисије да су државе чланице у складу са одредбама чл. 344 УФЕУ дужне да своје спорове решавају искључиво пред Судом правде, у чију корист је установљен такав „интерпретативни монопол“.

Разлике у схватањима између арбитражних трибунала и Комисије постоје и у погледу карактера извршења тако донетих арбитражних одлука. Док арбитражни трибунали очекују да се, у складу са одредбама чл. 53–55 ИКСИД конвенције, странке „повинују арбитражној одлуци“ и да њено испуњење третирају као извршење међународних обавеза, Комисија је неке исплате накнаде штете третира као недозвољену државну помоћ. Илустративни пример тих разлика је одлука донета у предмету Микула (*Micula*),⁵⁶ у којој је ИКСИД арбитражни трибунал нашао да је Румунија повредила обавезе и легитимна очекивања инвеститора из БИТ-а закљученог са Шведском и донео одлуку о накнади штете у износу од 82 милиона евра.

У поступку пред арбитражним трибуналом Комисија је као *amicus curiae* упозорила трибунал да би одлука којом се од Румуније тражи да врати раније подстицаје била у колизији са правилима ЕУ о државној помоћи. У том смислу је арбитрама препоручила да БИТ тумаче у складу са правом ЕУ и да, у складу са одредбама члана 30(3) Бечке конвенције о уговорном праву, на спорна питања примени право ЕУ о државној помоћи, уместо одредаба БИТ-а које су у колизији са правом ЕУ.⁵⁷ Арбитражни трибунал је, међутим, усвојио

⁵⁴ Тач. 4.112.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20. У питању је била инвестиција коју су браћа Микула (Јон и Виорел), шведски држављани румунског порекла, реализовали 1998. године преко одговарајућих фирми. Ради подстицања страних инвестиција у недовољно развијена подручја, Влада Румуније је у то време страним инвеститорима одобрила бројне погодности, као што су државне субвенције, пореске и царинске олакшице и ослобођења (*The Emergence Government Ordinance 24/1998* (EGO 24)). У фебруару 2000. године, Румунија је почела приступне преговоре у склопу којих је 2005. године укинула те олакшице и подстицаје страним инвеститорима на основу одлуке одговарајућих конкуренцијских власти које су нашле да су неким подстицајима повређена правила о заштити конкуренције, тј. да представљају недозвољену државну помоћ.

Сматрајући да су укидањем тих подстицаја оштећени, тужиоци су 28. јула 2005. године покренули арбитражни поступак против државе Румуније због наводне повреде БИТ-а између Шведске и Румуније и тражили накнаду тако настале штете.

⁵⁷ Тач. 317. Вид. и *Eastern Sugar v. Czech Republic*, Partial Award, 27. март 2007; *AES v. Hungary and Electrabel v. Hungary*, Award, 23. септембар 2010.

тужбени захтев и обавезао Румунију да накнади штету. Након безуспешног покушаја да спречи извршење арбитражне одлуке, Комисија је отворила истрагу и наложила Влади Румуније да суспендује сваку акцију извршења или делимичног спровођења такве арбитражне одлуке, наводећи да би извршење арбитражне одлуке представљало нову недозвољену државну помоћ.⁵⁸

6. ДЕЈСТВО ИСДС МЕХАНИЗМА НА АУТОНОМНИ КАРАКТЕР ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И ЊЕГОВО ЈЕДИНСТВО

Под правним системом или правним поретком ЕУ у позитивномправном смислу подразумева се скуп прописа и других правила које су донеле државе чланице и органи ЕЗ, а касније ЕУ, којима су регулисани међусобни односи држава чланица, однос држава чланица према органима ЕУ, односи између органа ЕУ и однос ЕУ према појединцима. По начину настанка и садржини, та правила потичу из правила међународног права и унутрашњег права држава чланица и подсећају на њих, али се не могу изједначити са њима, тако да треба испитати њихов међусобни однос.

Однос права ЕУ према међународном праву и праву држава чланица није регулисан Уговорима о оснивању, већ га је постепено дефинисао Суд правде ЕЗ/ЕУ, посебним начелима, као што су начело примата, директног дејства, директне примене, корисног тумачења, делотворне примене и заштите. За ова разматрања су од значаја два начела која могу бити угрожена применом ИСДС арбитражног механизма: начело аутономије и начело јединства права ЕУ.

Према начелу аутономије или самосталности, право ЕУ је независан или аутономни правни поредак чија се независност огледа у настанку, тумачењу и примени посебних правила, различитих од правила међународног права и унутрашњег права држава чланица⁵⁹. Већ у предмету *Van Gend en Loos*, Суд правде је констатовао да

⁵⁸ Тач. 330. и даље. Вид и А. Delgado Casteleiro, „Four cases for 2015(III): Case T-646/14, Micula v. Commission – State aids and International Dispute Settlement Systems“, <https://delilawblog.wordpress.com/2015/02/06/andres-delgado-casteleiro-four-cases-for-2015-iii-case-t-64614-micula-v-commission-state-aids-and-international-dispute-settlement-systems/>, 23. новембар 2016

⁵⁹ Rene Barents, *The Autonomy of Community Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2004; Bruno de Witte, „European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?“, *Zeitschrift für öffentliches Recht* 31/2010, 141–155; Nicholas Tsagourias, „Conceptualizing the autonomy of the European Union“, *International Organizations and the Idea of Autonomy. Institutional Independence in the International Legal Order* (eds. R. Collins, B. D. White), Oxford 2011, 339–351; Jeno Czuczai, „The autonomy of the EU le-

„...Заједница представља *нови* правни поредак међународног права у чију корист су државе чланице, иако само у ограниченим областима, ограничиле своја суверена права, чији су субјекти не само државе чланице. Независно од права држава чланица, право Заједнице не само што ствара обавезе за појединце него има за циљ да им пружи одређена права која постају део њиховог правног наслеђа...“.⁶⁰ Тај став Суда је за ова разматрања значајан у делу у коме констатује да је реч о „*новом правном поретку*“. Ипак, будући да такав поредак чини део „међународног права“, могуће је говорити о аутономији само у односу на унутрашња права (законодавства) држава чланица („...независно од права држава чланица, право Заједнице ствара обавезе...“). Таква аутономија се може означити као *унутрашња*.⁶¹ Независност (аутономију) права ЕЗ/ЕУ и у односу на међународно право, Суд је наговестио већ 1964. године, у одлуци донетој у предмету *Коста (Costa v. ENEL)*, а посебно у више мишљења, закључно са Мишљењем број 2/13.⁶² У одлуци донетој у предмету *Коста*, Суд је поновио став о праву Заједнице као „новом правном систему“, али је изоставио одредницу да припада међународном праву, тј. да чини део међународног права. Напротив, према схватању Суда: „За разли-

gal order and the law-making activities of international organizations. Some examples regarding the Council most recent practice“, *Yearbook of European Law* 31/2012, 452–472; Lando Kirchmair, „The ‘Janus Face’ of the Court of Justice of the European Union: A Theoretical Appraisal of the EU Legal Order’s Relationship with International and Member State Law“, *Goettingen Journal of International Law* 4/2012, 677–691; Ramses A. Wessel, Steven Blockmans, „Between Autonomy and Dependence: The EU Legal Order Under the Influence of International Organisations – An Introduction“, *Between Autonomy and Dependence. The EU Legal Order Under The Influence of International Organisations* (eds. R.A. Wessel, S. Blockmans), T.M.C. Asser Press – Springer, The Hague 2013, 1–9; Jan Willem van Rossem, „The Autonomy of EU Law: More is Less?“, *Between Autonomy and Dependence. The EU Legal Order Under The Influence of International Organisations* (eds. R.A. Wessel, S. Blockmans), T.M.C. Asser Press – Springer, The Hague 2013, 13–46; Jed Odermatt, „When a Fence Becomes a Cage: The Principle of Autonomy in EU External Relations Law“, MWP 2016/07, Max Weber Programme, EUI Working Papers, 2016. У домаћој теорији Маја Д. Лукић, *Аутономија права Европске уније у светлу новије праксе европских судова*, дисертација, Београд 2013; Бранко Ракић, „Фрагментација међународног права и европско право – на западу нешто ново“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2009, 122.

⁶⁰ *Van Gend en Loos*, 25.

⁶¹ Вид. Christina Eckes, „International Rulings and the EU Legal Order: Autonomy as Legitimacy?“, *CLEER Papers* 2/2016, 12; Tamas Molnar, „The Concept of Autonomy of EU Law from the Comparative Perspective of International Law and the Legal Systems of Member States“ August 15, 2015, *Hungarian Yearbook of International Law and European Law* 2015 (The Hague, Eleven International Publishing, 2016), 433–459, <https://ssrn.com/abstract=2807572>, 435–436.

⁶² Opinion 2/13, Draft agreement providing for the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Opinion of the Court (Full Court) of 18 December 2014, ECLI:EU:C:2014:2454.

ку од уобичајених међународних уговора, Уговор о оснивању ЕЕЗ је створио сопствени правни систем који је након ступања Уговора на снагу постао саставни део правног система држава чланица који су њихови судови дужни да примењују“. У поступку тумачења и примене тако створених прописа, аутономија права ЕУ се манифестује у забрани судовима и другим управним органима да њихову пуноважност и дејство оцењују према унутрашњем праву. У одлуци донетој у предмету *Internationale Handelsgesellschaft*⁶³ Суд у том смислу истиче да би „ослањање на правна правила и појмове из националног права, како би се оценила пуноважност мера које су донели органи Заједнице, штетно деловало на јединство и делотворност комунитарног права. Пуноважност таквих мера се може ценити једино у светлу комунитарног права. У суштини, право које потиче из Уговора, као независни извор права, не може због своје природе бити ‘прегажено’ правилима националног права....“⁶⁴ Аутономни карактер права ЕУ Суд правде је у свом Мишљењу 2/13 синтетизовао у ставу⁶⁵ да „право Уније карактерише чињеница да је (у питању) аутономни извор права успостављен Уговорима, да је надређено у односу на право држава чланица⁶⁶ и (да је признато) директно дејство низу одредби које се примењују на њихове држављане и њих саме“.⁶⁷

Арбитражни трибунал је, међутим, у одлуци донетој у предмету *AES Summit Generation Ltd and AES-Tisza Erőmű Kft v. Republic of Hungary*,⁶⁸ право ЕУ „утопио“ у унутрашња права држава чланица и подвргао га примату међународног права.

Јединство права ЕУ се, према схватању Суда правде и правне теорије, обезбеђује искључивом и затвореном надлежношћу судова ЕУ да тумаче право ЕУ директно или индиректно, путем механизма одлучивања о претходном питању и правом да одлучују о њиховој пуноважности.⁶⁹ Суд је у Мишљењу 2/13 то изразио ставом „да би се обезбедило очување посебних својстава и аутономије тог прав-

⁶³ C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* [1970] ECR 1125.

⁶⁴ Тач. 3.

⁶⁵ Тач. 166.

⁶⁶ Вид. у том смислу пресуде *Costa*, EU:C:1964:66, 1159 и 1160, као и *Internationale Handelsgesellschaft*, EU:C:1970:114, тач. 3; Мишљење 1/91, EU:C:1991:490, тач. 21; 1/09, EU:C:2011:123, тач. 65 и пресуду *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107, тач. 59.

⁶⁷ *Van Gend & Loos*, EU:C:1963:1, 23. и Мишљење 1/09, EU:C:2011:123, тач. 65.

⁶⁸ ICSID Case No ARB/07/22, Award, таč. 7.6.5. и 7.6.12; https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0014_0.pdf, 22. јун 2017.

⁶⁹ Opinion 1/76 re Inland Waterways [1977] ECR 741; Opinion 1/91 on the creation of the European Economic Area [1991] ECR I-6079, Opinion 2/94 Accession to the

ног поретка, Уговори су успоставили правосудни систем намењен осигурању усклађености и јединства у тумачењу права Уније⁷⁰ који угрожава сваки спољни систем надзора. Међутим, то је угрожено признавањем надлежности ИКСИД арбитражним трибуналима да самостално и независно од судова ЕУ одлучују не само о субјективним захтевима страних инвеститора него и да тумаче право ЕУ. Посебно и због тога што Суду правде није омогућено да се укључи у процес приватног одлучивања ни путем поступка претходног одлучивања⁷¹, будући да се приватни арбитражни судови не сматрају „трибуналима“ из чл. 267 УФЕУ. У једном делу правне теорије такво дејство ИСДС механизма окарактерисано је као штетно или отровно.⁷²

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Barents, R., *The Autonomy of Community Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2004.
- Basedow, J., „EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice“, *Journal of International Arbitration* 32(4)/2015.
- Billiet, J., *International Investment Arbitration: A Practical Handbook*, Maklu 2016.
- Boeckstiegel, K/H., „Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today? The Lalive Lecture 2012“, *The Journal of the London Court of International Arbitration* 28/2012.
- Borovikov, E. Evtimov B. Crevon-Tarassova, A., *The International Arbitration Review* 7th ed., June 2016 (ed. J. H. Carter), Ch. 15 European Union, 190.
- Carrie, E. A., „Bilateral Investment Treaties and the EU Legal Order: Implications of the Lisbon Treaty“, *Brooklyn Journal of International Law* 35/2010.

ECHR [1996] ECR I1759; Opinion 1/09 *Creation of a unified patent litigation system* [2011] ECR I-1137, Opinion 2/13 *Accession to the ECHR* ECLI:EU:C:2014:2454.

⁷⁰ Opinion 2/13 *Accession to the ECHR* ECLI:EU:C:2014:2454, тач. 174.

⁷¹ Juergen Basedow, „EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice“, MPI for International Private Law Research Paper Series, No 15/16, *Journal of International Arbitration* 32(4)/2015, 367–386, <http://ssrn.com/abstract=2642805>, 20. септембар 2016. Radovan Vukadinović, „Primena komunitarnog prava konkurencije u postupcima pred arbitražama i ustanovama sličnim arbitražama“, *Liber Amicorum Dobrosav Mitrović*, Beograd 2007, 673.

⁷² Вид. Marta Latek, European Parliamentary Research Service, 13071REV2, Briefing 21/01/2014, 1, <http://www.eprs.ep.parl.union.eu>; <http://epthinktank.eu>, 20. новембар 2016.

- Casteleiro, D.A., „Four cases for 2015(III): Case T-646/14, Micula v. Commission – State aids and International Dispute Settlement Systems“, <https://delilawblog.wordpress.com/2015/02/06/andres-delgado-casteleiro-four-cases-for-2015-iii-case-t-64614-micula-v-commission-state-aids-and-international-dispute-settlement-systems/>
- Cole, T. et al., *Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU*, Study, EP Directorate General for Interenal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs, Study, PE 509.988 (IPOL_STU(2015)509988), <http://www.europarl.europa.eu/studies>.
- Czuczai, J., „The autonomy of the EU legal order and the law-making activities of international organizations. Some examples regarding the Council most recent practice“, *Yearbook of European Law* 31/2012.
- Ćirić, A., Cvetković, P., „Karakteristike pravnog režima stranih direktnih investicija u pravu EU“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 68/2014.
- de Witte, B., „European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?“, *Zeitschrift für öffentliches Recht* 31/2010.
- Dolzer, R., „The Impact of International investment treaties on Domestic Administrative Law“, <http://www.iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Dolzer-The-Impact-of-International-Investment-Treaties-on-Domestic-Administrative-Law-2005.pdf>.
- Đundić, P., „Pristanak države na arbitražu sa stranim ulagačem – modaliteti pristanka, ograničenja i merodavno pravo“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, Novi Sad 47, 3/2013.
- Eckes, C., „Interenational Rulings and the EU Legal Order: Autonomy as Legitimacy?“, *CLEER Papers* 2/2016.
- Јовановић, З. М., *Одговорност државе за заштиту страних директних улагања*, докторска теза, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014. (Jovanović, Z. M., *Odgovornost države za zaštitu stranih direktnih ulaganja*, doktorska teza, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014)
- Kirchmair, L., „The ‘Janus Face’ of the Court of Justice of the European Union: A Theoretical Appraisal of the EU Legal Order’s Relationship with International and Member State Law“, *Goettingen Journal of International Law* 4/2012.
- Latek, M., European Parliamentary Research Service, 13071REV2, Briefing 21/01/2014, 1. <http://www.eprs.ep.parl.union.eu>.

- Лукић, Д. М., *Аутономија права Европске уније у светлу новије праксе европских судова*, дисертација, Београд 2013. (Lukić D. M., *Autonomija prava Evropske unije u svetlu novije prakse evropskih sudova*, disertacija, Beograd 2013)
- Martin A. W. et al., *International Investment Agreements (IIAs): Frequently Asked Questions*, Congressional Research Service, May 15, 2015, <https://fas.org/sgp/crs/misc/R44015.pdf>.
- Molnar, T., „The Concept of Autonomy of EU Law from the Comparative Perspective of International Law and the Legal Systems of Member States“ (August 15, 2015), *Hungarian Yearbook of International Law and European Law* 2015 (The Hague, Eleven International Publishing, 2016).
- Odermatt, J., „When a Fence Becomes a Cage: The Principle of Autonomy in EU External Relations Law“, MWP 2016/07, Max Weber Programme, EUI Working Papers, 2016.
- Ракић, Б., „Фрагментација међународног права и европско право – на западу нешто ново“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2009. (Rakić, B., „Fragmentacija međunarodnog prava i evropsko pravo – na zapadu nešto novo“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2009)
- Rosas, A., „The Status in EU Law of International Agreements Concluded by EU Member States“, *Fordham International Law Journal* 34(5)/2011.
- Sahibli, T., „The relationship of EU law and bilateral investment treaties“, <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:903370/FULLTEXT01.pdf>.
- Schreuer, C., „Consent to arbitration“, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (eds. P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer), Oxford 2008.
- Schreuer, C., „Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration“, *McGill Journal of Dispute Resolution* 1/2014, 1.
- Schreuer, C., *The ICSID Convention, A Commentary*, CUP 2009.
- Shan, W. Zhang, S., „The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy“, *The European Journal of International Law* 21(4)/2010.
- Stanivuković, M., „Arbitražа između државе и улагача на основу дво-страних споразума о заштити и унапређењу улагања“, *Zbornik radova u spomen prof. dr Miodraga Trajkovića*, Beograd 2007.
- Steingruber, M. A., *Notion, Nature and Extent of Consent in International Arbitration*, Thesis, London 2009.

- Tsagourias, N., „Conceptualizing the autonomy of the European Union“, *International Organizations and the Idea of Autonomy. Institutional Independence in the International Legal Order* (eds. R. Collins, B. D. White), Oxford 2011.
- UNCTAD *Dispute Settlement*, 2.3. Consent to Arbitration, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.2. 2003.
- van Rossem, W.J., „The Autonomy of EU Law: More is Less?“, *Between Autonomy and Dependence. The EU Legal Order Under The Influence of International Organisations* (eds. R.A. Wessel, S. Blockmans), T.M.C. Asser Press – Springer, The Hague 2013.
- Васиљевић, М., „Страна улагања у српску привреду и одговорност државе“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније* (ур. В. Радовић), Београд 2014. (Vasiljević, M., „Strana ulaganja u srpsku privredu i odgovornost države“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije* (ur. V. Radović), Beograd 2014)
- Vukadinović, R., „Primena komunitarnog prava konkurencije u postupcima pred arbitražama i ustanovama sličnim arbitražama“, *Liber Amicorum Dobrosav Mitrović*, Beograd 2007.
- Букадиновић, Р., Букадиновић Марковић, Ј., *Увод у институције и право Европске уније*, Крагујевац 2016. (Vukadinović, R., Vukadinović Marković, J., *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Kragujevac 2016)
- Wehland, H., „Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: Is European Community Law an Obstacle?“, *The International and Comparative Law Quarterly* 58(2)/2009.
- Weiss, F. Steiner, S., „The investment regime under Article 207 of the TFEU – a legal conundrum: the scope of ‘foreign direct investment’ and the future of intra-EU BITs“, *Investment Law within International Law Integrationist Perspectives* (ed. Freya Beatens), Cambridge University Press, 2013.
- Wessel, A. R., Blockmans, S., „Between Autonomy and Dependence: The EU Legal Order Under the Influence of International Organisations – An Introduction“, *Between Autonomy and Dependence. The EU Legal Order Under The Influence of International Organisations* (eds. R.A. Wessel, S. Blockmans), T.M.C. Asser Press – Springer, The Hague 2013.

Radovan D. Vukadinović, PhD

Full Professor

University of Kragujevac, Faculty of Law

HARMFUL EFFECT OF ARBITRATION DISPUTE SETTLEMENT EU INTRA BITS TO THE LEGAL ORDER OF THE EUROPEAN UNION

Summary

The issue of interpreting and applying intra BITs, especially in cases where their solutions conflict with EU law or international law, are a reflection of the still unresolved relationship between EU law and international law. Despite the exceptional theoretical significance, the issue of hierarchy is, first and foremost, a political issue. The answer to it defines the legal nature of the EU and the direction of its further development: as a sui generis federal community or a regional community of a confederal type. In the legal theory, the opinion on sui generis and the autonomous legal order of the EU is prevalent. This was also confirmed by the Court of Justice in a series of cases. However, the analyzed decisions of investment arbitrations engaged on the basis of the ISDS mechanism call into question such a position. Arbiters believe that the rights and obligations of the BIT should be interpreted in accordance with the rules of international law and that, in the event of a conflict with EU law, priority should be given to the rules of international public law. For this reason, the European Commission and the Court of Justice only see the existence of ISDS clauses in the BITs as a threat to the preservation of the unity and autonomy of the EU legal order, because their activation is jeopardized by the „interpretative monopoly“ of the Court of Justice entrusted with the decision of previous issues to ensure unity of rights EU.

The fact that the question of the effect of the ISDS mechanism is not only of theoretical importance is testified by the fact that the EU negotiations on a new generation of trade and investment agreements are examining proposals to establish a more democratic and transparent multilateral international judicial mechanism in place of the existing mechanism.

Key words: *Protection of investments. – Bilateral agreement. – Intra EU BIT. The principle of autonomy. – The principle of legal unity. – Investor-State-Dispute Settlement.*

Article history:
Received: 21. 2. 2017.
Accepted: 4. 9. 2017.

Др Божидар Бановић*

НОРМАТИВНИ ОКВИР ЗА СУПРОТСТАВЉАЊЕ ТРГОВИНИ ЉУДСКИМ ОРГАНИМА

Трговина људским органима је специфична и сложена криминална појава, која се одвија у више фаза, уз учешће већег броја актера, често обухватајући неколико јурисдикција. За ефикасно супротстављање тој појави неопходни су појмовно и термилошко разграничење трговине органима од других сличних појава, научно фундирано истраживање њених облика и динамике, те изградња адекватног нормативног оквира, и на националном и на међународном нивоу. У овом раду прво је анализиран појмовно-термилошки оквир у коме се крећу истраживања трговине органима, а затим је изложен преглед и анализан развој етичких и нормативних међународних стандарда усмерених на спречавање и сузбијање те појаве. На крају су анализирана актуелна решења у домаћем законодавству. Данас паралелно постоје два нормативна режима која регулишу материју трговине органима. Један трговину органима третира искључиво као модалитет транснационалног кривичног дела трговине људима, а други, новији, као забрањену (инкриминисану) делатност којом се крши нормативни систем који регулише трансплантацију органа (ткива, ћелија).

Кључне речи: Трговина људима. – Трговина органима. – Трансплантација. – Нормативно-етички стандарди. – Организовани криминал.

1. УВОД

Појава трговине људским органима (ткивима и ћелијама) заокупља све већу пажњу и лаичке и стручне и научне, али и политичке јавности широм света. И док се у средствима информисања та појава често третира сензационалистички, уз мноштво непроверених информација и гласина, у стручној и научној јавности, али и међу

* Аутор је редовни професор Факултета безбедности Универзитета у Београду, bbvsup@yahoo.com

политичким актерима, још увек влада поприлична појмовна и термилошка конфузија, што уз недостатак егзактних и веродостојних информација и недовољан број научно фундираних истраживања, производи неадекватну и ограничено ефикасну социјалну реакцију. Томе, у великој мери, доприноси и сама природа трговине органима, као незаконите, а најчешће и криминалне појаве, која се генерише захваљујући константном постојању и развоју одређених фактора. Реч је, пре свега, о све већој потражњи за људским органима намењеним трансплантацији¹, поготово у економски развијеним државама, с једне стране, те о развоју медицине, првенствено биомедицине, која је учинила могућом фрагментацију људског тела у већи број заменивих органа дефинисаних својом функцијом и створила основу за њихово одстрањивање са једног људског тела са циљем трансплантације на друго.² Осим тога, ако је инкриминисана, трговина органима у великом броју случајева има карактер консензуалног кривичног дела (ако искључимо случајеве експлицитне принуде, преваре и злоупотребе овлашћења, поверења и зависности), дакле кривичног дела без жртве у традиционалном смислу те речи, упркос многим схватањима да је онај ко продаје (или му се одузима) орган увек жртва³, а да и примаоца органа најчешће треба третирати као жртву.

Потражња за људским органима намењеним трансплантацији у константном је порасту од прве успешне трансплантације бубрега извршене у Бостону 1954. године између једнојајчаних близанаца.⁴ Десетак година након тога, добитник Нобелове награде за генетику Џошуа Ледерберг (Joshua Lederberg) пророчки је констатовао да ће напредак медицине наметнути „неодољиве економске притиске на трансплантационе ресурсе“.⁵ Развој у тој области показао је да

¹ Вид. R. R., Kishore, „Human Organs, Scarcities, and Sale: Morality Revisited“, *Journal of Medical Ethics* 31(6)/2005, 362; National Rapporteur on Trafficking in Human Beings, *Human trafficking for the purpose of the removal of organs and forced commercial surrogacy*, BNRМ, The Hague 2012, 12.

² Margaret Lock, Vinh-Kim Nguyen, *An Anthropology of Biomedicine*, Wiley-Blackwell, West Sussex 2010, 31.

³ Вид. Silke Meyer, „Trafficking in human organs in Europe: A myth or an actual threat?“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 14(2)/2006, 222–223; Martin Gunnarson, Susanne Lundin, „The Complexities of Victimhood: Insights from the Organ Trade“, *Somatechnics* 5(1)/2015, 32–51.

⁴ John P. Merrill *et al.*, „Successful homotransplantation of the human kidney between identical twins“, *The Journal of American Medical Association* 160(4)/1956, 277–282. Треба нагласити да је прва неуспешна трансплантација бубрега од умрлог пацијента извршена у бившем Совјетском Савезу 1936. године, а прва успешна трансплантација срца 1967. године у Јужној Африци. Вид. Curtis Harris, Stephen Alcorn, „To Solve a Deadly Shortage: Economic Incentives for Human Organ Donation“, *Issues in Law & Medicine* 16(3), 2001, 214.

⁵ Вид. Russell Scott, *The body as property*, The Viking Press, New York 1981, 182.

систем заснован на алтруистичким методама донације органа није успео да задовољи растућу потражњу.⁶ Насупрот томе, други методи обезбеђења органа за трансплантацију сукобљавају се са етичким, религиозним, медицинским и правним баријерама, што резултира смрћу знатног броја људи који чекају на трансплантацију.⁷

Када би се људски органи могли третирати као и свака друга роба, могли бисмо да говоримо о понуди и потражњи, те о тржишту људских органа. Очигледно је, међутим, да данас постоје и потражња и понуда људских органа. Поједини аутори оповргавају тезу да искључиво несташица органа генерише формирање тог тржишта, тврдећи да се то односи само на развијени део планете, док у другим регионима постоји вишак органа али и „нестاشица пацијената за трансплантацију који су спремни да плате за понуђене органе“.⁸

⁶ Иако се у литератури могу наћи веома разноврсни квантитативни подаци (у апсолутним и релативним бројевима) о трансплантацијама широм света и по регионима и појединачним државама, може се закључити да њихова веродостојност и поузданост варирају, зависно од извора и субјекта који формира базе података. Према процени *Global Observatory on Donation and Transplantation* (GODT), коју су 2005. године основали Министарство здравља Шпаније и Светска здравствена организација (*World Health Organization* – WHO), у свету су (на основу расположивих података из 107 држава) 2014. године укупно извршене 119.873 трансплантације органа, што представља мање од 10% глобалних потреба. У структури трансплантираних органа доминирају бубрези, са око 80.000 трансплантација, затим јетра са око 26.000 трансплантација и срце са око 6.500. Према подацима поменуте организације, у Србији је 2014. године извршено 125 трансплантација органа, од чега 104 бубрега, 17 јетри и четири трансплантације срца, углавном од умрлих донора. Вид. <http://www.transplant-observatory.org/data-reports-2014/>, 9. август 2016.

Аустрија, Белгија, Хрватска, Немачка, Мађарска, Холандија и Словенија основале су *Eurotransplant International Foundation*, према чијим су се подацима за територије поменутих земаља листе чекања у периоду 2011–2014. кретале између 14.500 и 15.500 пацијената годишње, од чега бубреге чека око 10.500 пацијената годишње, док се са листе годишње брише укупно око 11.000 пацијената, од чега око 70% због успешне трансплантације. Вид. <https://www.eurotransplant.org/cms/index.php?page=newsitems&oid=458&action=viewitem&id=11474>, 9. август 2016.

⁷ Вид. C. Harris, S. Alcorn, 227. Мада се чланак односи пре свега на стање у САД, овај закључак се показао као референтан на глобалном нивоу. Такође, према подацима које је прикупио Савет Европе, 2007. године, више од 4.000 пацијената је умрло на простору Европске уније чекајући трансплантацију бубрега, јетре, срца или плућа, што значи да је свакодневно у просеку умирало њих 12. Вид. Council of Europe, Committee of experts on the organisational aspects of co-operation in organ transplantation, *International Figures on Organ Donation and Transplantation – 2007*, Newsletter Transplant 2008 (ed. Rafael Matesanz), 2008, <http://www.transplant-observatory.org/download/newsletter-transplant-2008/>, 9. август 2016.

⁸ Nancy Scheper-Hughes, „The Global Traffic in Human Organs“, *Current Anthropology* 41(2)/2000, 199. Сличан став износи и Debra Budiani-Saberi, тврдећи да постоји глобална дистинкција између богатих земаља, у којима постоје листе чекања за примаоце потенцијалне органа, и сиромашних земаља, где се понекад формирају листе чекања за особе које желе да донирају или продају органе. Вид. Debra Budi-

С друге стране, с обзиром на то да је трговина људским органима забрањена и релевантним међународним прописима и највећим бројем националних законодавастава⁹, можемо говорити само о „црном тржишту“ људских органа.¹⁰ То тржиште функционише, попут легалних, по општепознатим економским принципима, осим што га, уместо државних органа и међународних организација, односно прописа и добрих пословних обичаја, регулишу и усмеравају други актери, по правилу из криминалног миљеа, а по многим мишљењима и криминалне организације.

Логику формирања таквог тржишта илуструје Nancy Scheper-Hughes ставом да „кретање људских органа прати свремене руте кретања капитала“, односно да исте глобалне структуре које омогућују компанијама развијеног дела света да користе природне ресурсе и јефтину радну снагу „трећег света“, подстичу и трговину људским органима. У ери модерне „неолибералне глобализације“ и њене „глобалне економије“, тела сиромашних све више се претварају у робу подобну да циркулише на међународном тржишту.¹¹

„Црно тржиште“ се развија не само ако се нуде роба и услуге чији је промет ограничен или забрањен, већ и ако постоји несташица оних чији је промет слободан и дозвољен, под условом да потражња значајно надмашује понуду. У том смислу постоје препоруке да се злоупотреба „црног тржишта“ људских органа (бубрега) превенира не само забранама и ограничењима, већ нормативним регулисањем таквих тржишта, односно његовом ограниченом и контролисаном легализацијом.¹² У истом правцу иду и ставови да безусловна забрана трговине органима (попут других криминалних и социопатолош-

ani-Saberi, „Facilitating Organ Transplants in Egypt: An Analysis of Doctors Discourse“, *Body and Society* 13(2)/ 2007, 126.

⁹ Иран је једина држава која је легализовала и правно уредила тржиште људских органа намењених трансплантацији, чиме је отклоњена несташица органа, а тиме и листа чекања на трансплантацију, а донорима (продавцима) и примаоцима органа омогућена је одговарајућа заштита, уз посредовање државних агенција, уместо приватних посредника. Једино ограничење је да страни држављани не могу бити актери тог тржишта. Вид. Lisa M. Derco, „America’s Organ Donation Crisis: How Current Legislation Must be Shaped by Successes Abroad“, *Journal of Contemporary Health Law & Policy* 27(1)/2010, 163–167; Tahereh Malakoutian *et al.*, „Socioeconomic Status of Iranian Living Unrelated Kidney Donors: A Multicenter Study“, *Transplantation Proceedings* 39(4)/2007, 824–825.

¹⁰ Jacqueline Bowden, „Feeling empty? Organ trafficking & Trade: the black market for human organs“, *Intercultural Human Rights Law Review* 8/2013, 451–495.

¹¹ N. Scheper-Hughes, 193. Вид. и N.Scheper-Hughes, „Mr Tati’s Holiday and João’s Safari – Seeing the World through Transplant Tourism“, *Body & Society* 17(2–3)/2011, 55–92.

¹² James Stacey Taylor, „Black markets, transplant kidneys and interpersonal coercion“, *Journal of Medical Ethics* 32(12)/2006, 698.

ких појава, које се развијају на основу растуће потражње, као што су злоупотреба психоактивних супстанци, коцкање, проституција и сл.) води повећању цена на „црном тржишту“ и криминалног профита, померању криминалне делатности у друге регионе или ка још дубљој илегалу, резултирајући на крају повећаним стопама криминала и виктимизације.¹³

2. ПОЈМОВНО РАЗГРАНИЧЕЊЕ ТРГОВИНЕ ОРГАНИМА И СЛИЧНИХ ПОЈАВА

За означавање ове појаве у литератури, али и правној регулативи, коришћени су различити термини попут трговина људима са циљем одузимања или одстрањивања органа, трговина органима, куповина и продаја органа, одузимање органа, комерцијализација органа, трансплантациона комерцијализација, трансплантациони туризам, медицински туризам и сл.¹⁴ При томе, дешава се да се ти термини користе као синоними, али и да се прави, мање или више, јасна дистинкција међу њима.¹⁵ Терминолошкој збрци у последње време доприноси и чињеница да, осим људских органа, и ткива и ћелије постају предмет промета.¹⁶

Општи појам „трговина органима“ обухвата бројне нелегалне активности чији је циљ комерцијализација људских органа и ткива који су потребни за терапеутску трансплантацију.¹⁷ За појмовно

¹³ Frederike Ambagtsheer, Willem Weimar, „A criminological perspective: why prohibition of organ trade is not effective and how the Declaration of Istanbul can move forward“, *American Journal of Transplantation* 12(3)/2012, 572.

¹⁴ Вид. Shaun D Pattinson, „Organ Trading, Tourism, and Trafficking within Europe“, *Medicine and Law* 27(1)/2008, 191–202. Аутор разликује следеће термине: *organ trading* (куповина или продаја људских органа), *organ trafficking* (куповина или продаја органа и туризам уз употребу принуде и преваре) и *organ tourism* (куповину или продају органа која обухвата више од једне јурисдикције).

¹⁵ Frederike Ambagtsheer, Willem Weimar, 571. О појмовној конфузији у међународним правним документима види Тијана Шурлан, „Трансплантација и трговина људским органима, ткивима и ћелијама – међународноправни и националноправни нормативни оквир“, Фондација Центар за јавно право, 3, http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Tijana_Surlan.pdf, 10. август 2016. Ауторка констатује да је то последица „неусклађености брзине развоја медицине са (не)могућношћу осталих наука и дисциплина да истим ритмом прате, објасне и регулишу ове појаве“.

¹⁶ Вид. Peter Halewood, „On Commodification and Self-Ownership“, *Yale Journal of Law & the Humanities* 20(2)/2008, 131–162. Аутор разматра трансформацију људског тела, органа, ткива и ћелија у робу, односно предмет трговине.

¹⁷ European Parliament, Directorate-general for external policies, Policy department, „Trafficking in human organs (Study)“, EP/EXPO/B/DROI/FWC/2013–08/Lot8/03, 2015, 16.

прецизирање можда је најважније разграничити појмове „трговина људима ради одузимања органа или дела тела“ и „трговина органима“. Као основни критеријум разграничења могло би да послужи разликовање објекта кривичног дела. У првом случају објекат кривичног дела је лице (човек) којим се „тргује“ са специфичним циљем (уклањање, одузимање органа), а у другом случају сам људски орган (ткиво, ћелија).¹⁸

Трговина органима дуго је третирана у литератури, али и нормативно, искључиво као облик организованог криминала, односно као модалитет трговине људима ради одузимања органа или дела тела, уз употребу принуде, отмице, преваре, злоупотребе овлашћења, поверења, односа зависности или тешких прилика другог лица. То је, пре свега, последица таквог третирања трговине органима у Протоколу УН о превенцији, сузбијању и кажњавању трговине људским бићима, нарочито женама и децом (у даљем тексту: Протокол УН о трговини људима)¹⁹, који је био први обавезујући међународни правни акт о трговини људима. Суштина таквог дефинисања је истицање експлоатације жртве трговине људима, њено искоришћавање, у облику уклањања (одузимања) органа (или дела тела).²⁰ Органи се уклањају без пристанка жртве, а регулисано је и да се пристанак жртве, у таквим ситуацијама, сматра ирелевантним ако су употребљена средства наведена у тексту Протокола (чл. 3б Протокола).

Другачији приступ појмовном одређивању трговине људским органима (ткивима и ћелијама) заснован је на начелу забране остваривања финансијске или друге користи или других погодности од људског тела или његових делова.²¹ У светлу савремених,

¹⁸ Council of Europe and United Nations, „Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs“, 2009, 93, <http://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168066b2b0> 10. август 2016.

¹⁹ United Nations, Protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children, supplementing the UN Convention on Transnational Crime, resolution A/RES/55/25 of 15 November 2000. – Закон о потврђивању конвенције Уједињених нација против транснационалног организованог криминала и допунских протокола, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 6/2001.

²⁰ У тексту Протокола употребљен је термин „уклањање“ органа као облик експлоатације, док Кривични законик Србије употребљава термин „одузимање“ органа, а осим органа инкриминацијом је обухваћено и одузимање „дела тела“ (чл. 388 Кривичног законика РС).

²¹ То начело је правна тековина Савета Европе, установљена Резолуцијом Комитета министара Савета Европе о хармонизацији законодавства држава чланица које се односи на уклањање и трансплантацију супстанци људског порекла (Resolution on harmonisation of legislations of member states relating to removal, grafting and transplantation of human substances, Res. (78)29, 11 May 1978) (чл. 9 који се односи на живе даваоце и чл. 14 који се односи на умрле даваоце), да би, као правно обавезујуће начело било уграђено у Конвенцију Савета Европе о људским правима

међународних и националних прописа о трансплантацији, трговина органима могла би да се дефинише и као поступање са било којим људским органом, ткивом или ћелијом које није у складу или је супротно нормативном систему који регулише трансплантацију органа.

Такво појмовно одређење трговине органима обухвата знатно шири опсег активности од оних које се подводе под појам трговине људима ради уклањања (одузимања) органа.²² У центру недозвољених активности је људски орган (ткиво, ћелија) и његово прибављање и употреба на било који илегалан начин.²³

У литератури се често употребљава и појам „трансплантациони туризам“ или „туризам људских органа“, који је фокусиран првенствено на пацијента који, путујући ван своје државе, на комерцијалној основи, што значи илегално, прибавља људски орган који му је потребан за трансплантацију. У званичним, правно обавезујућим међународним документима, тај термин није коришћен.²⁴ У таквим ситуацијама претпоставља се да је орган за трансплантацију обезбеђен мање или више прикривеном финансијском трансакцијом, те да је давалац својевољно пристао на одстрањивање органа из свог

и биомедицини (чл. 21) (Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine – Convention on Human Rights and Biomedicine, ETS No.164, Oviedo, 4. 4. 1997). Проширење тог начела на људска ткива и ћелије установљено је чл. 22 Допунског протокола о трансплантацији органа и ткива људског порекла (Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin, ETS No. 186, Strasbourg, 24. 1. 2002).

²² Вид. Sean Columb, „Beneath the organ trade: a critical analysis of the organ trafficking discourse“, *Crime Law Social Change* 63(1)/2015, 22.

²³ Може се, рецимо, јавити као куповина и продаја органа (ткива, ћелија) од живе особе, али и као одузимање са умрлих људи, без њихове претходне, или напредне сагласности сродника, као крађа са умрлих током обдукције, у мртвачници и сл.

²⁴ Један од најзначајнијих, правно необавезујућих, званичних докумената који је дефинисао те појмове јесте Истамбулска декларација (The Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplant Tourism, convened by The Transplantation Society and International Society of Nephrology in Istanbul, Turkey, April 30 – May 2, 2008, <http://www.declarationofistanbul.org/>, 11. август 2016). У делу те декларације, одмах након Преамбуле, дефинисани су појмови и то: *трансплантацијски комерцијализам* (Transplant commercialism) је политика или пракса којом се орган третира као роба која се продаје и купује или користи за материјални добитак; *путовање ради трансплантације* (Travel for transplantation) је транспорт или путовање органа, даваоца, примаоца или здравствених професионалаца преко јурисдикционих граница, са циљем трансплантације. Путовање ради трансплантације постаје *трансплантацијски туризам* (transplant tourism) ако укључује трговину органима и/или *трансплантацијски комерцијализам* или уколико су ресурси (органи, професионалци и трансплантацијски центри) посвећени осигуравању трансплантације за болеснике изван државе, смањујући тако способност државе да омогући трансплантацију за своје сопствене грађане.

тела. У том смислу, таква активност се не би могла подвести под дефиницију трговине људима ради уклањања (одузимања) органа. Међутим, на основу сазнања која потичу из обелодањених случајева „трансплантационог туризма“²⁵ поставља се оправдано питање у којој мери је воља даваоца органа заиста слободна, а у којој мери је то ипак експлоатација, у ситуацијама када је реч о потпуно осиромашеним, обесправљеним или на други начин рањивим лицима, када су та лица обманута у погледу медицинских ризика одстрањивања органа, када су преваре у вези са плаћањем договорног износа за уступање органа учестале, а посебно у случајевима потпуног изостајања адекватног медицинског третмана и неге након уклањања органа.²⁶

3. АКТУЕЛНИ НОРМАТИВНИ ОКВИР ЗА СУПРОТСТАВЉАЊЕ ТРГОВИНИ ОРГАНИМА

Полазећи од сложене и прикривене²⁷ природе трговине органима, која представља „тамну страну легалног система трансплантације“²⁸, као делатности која се одвија у више фаза, уз учешће већег броја актера²⁹, често обухватајући неколико јурисдикција, супротстављање тој појави захтева системски мултиагенцијски приступ, а нормативно уређење је први корак у том правцу.

Анализа нормативних решења која су пратила појаву трговине органима показује да у актуелном тренутку постоје два норматив-

²⁵ Вид. N. Scheper-Hughes, 2000, 191–224; C. Harris, S. Alcorn, 231; S. Columb, 21–47.

²⁶ Вид. Susanne Lundin, *Organs for Sale: An Ethnographic Examination of the International Organ Trade*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2015; J. S. Taylor, 698.

²⁷ Комбинација стида, страха и кривице спречавају даваоца и примаоца органа да пријаве случај, а остали који нешто знају дубоко су укључени, што ту врсту криминала чини тешким за истраживање и процесуирање – Council of Europe and United Nations, 95.

²⁸ Ramee Khooshie Lal Panjabi, „The Sum of a Human’s Parts: Global Organ Trafficking in the Twenty-First Century“, *Pace Environmental Law Review* 28(1)/2010, 3.

²⁹ Форум Глобалне иницијативе УН за бробу против трговине људима, одржан у Бечу 2008. године, саставио је листу стручњака (професионалаца) који су укључени у било коју делатност трансплантације и покренуо питање о улози корупције у вези са трговином органима. У таквим операцијама, по правилу учествују: медицински директори трансплантационих јединица, болничко и медицинско особље, техничари у лабораторијама, дупле хируршке екипе које раде у тандему, нефролози, постоперативне медицинске сестре, туристичке агенције и туроператори који организују путовања, пасоше и визе, службеници здравственог осигурања, „ловци на органе“ (који регрутују донора), верске организације и добротворни фондови и организације за заступања пацијената, који понекад играју улогу посредника. Вид. Vienna Forum to Fight Human Trafficking, *Human Trafficking for the Removal of Organs and Body Parts*, U.N. DOC. GIFT B.P.: 011, Vienna, Austria, Feb. 13–15, 2010.

на режима. Хронолошки посматрано, трговина органа, у почетку, третирана је искључиво као модалитет транснационалног кривичног дела трговине људима. У последњих десетак година, почевши од необавезујућих докумената усвајаних, првенствено, на међународном нивоу, преко обавезујућих међународних правних докумената, до националних законодавастава, трговина органа третира се и као забрањена (инкриминисана) делатност којом се крши нормативни систем који регулише трансплантацију органа (ткива, ћелија). Данас паралелно егзистирају оба поменута нормативна режима, што би требало да омогући инкриминисање већине забрањених делатности у вези са трговином органа.³⁰

3.1. Трговина органа као облик експлоатације у оквиру инкриминације трговине људима

Како је већ напоменуто, Протокол УН о трговини људима први је документ на универзалном, међународноправном нивоу који је инкриминисао уклањање људских органа, али као један од облика експлоатације, у оквиру широке инкриминације трговине људима. Услов за постојање те инкриминације је да лице чији се орган уклања није на то својевољно пристало, односно пристанак се сматра ирелевантним ако је употребљено било које од следећих средстава: претња силом или употреба силе или других облика принуде, отмица, превара, обмана, злоупотреба овлашћења или тешког положаја³¹ или давање или примање новца или користи да би се добио пристанак лица које има контролу над другим лицем.

Имајући у виду да су, према расположивим подацима, доминантни облици експлоатације у оквиру ове инкриминације сексуална експлоатација и принудни рад, уклањање органа као облик експлоатације веома је тешко издвојено идентификовати и пратити.³²

³⁰ „Трговина органа, ткивима и ћелијама почива на два базична прохибитивна принципа: (1) забрањено је насилно одузимати делове људског тела, (2) забрањено је продавати и куповати делове људског тела. Ови принципи налазе се у фундусу свих норми којима се регулише одузимање органа, присилом или довођењем у заблуду, добровољно за новац или неку другу корист и оне заправо представљају његову разраду.“ Вид. Т. Шурлан, 2.

³¹ Према образложењу Протокола УН о трговини људима, „злоупотреба тешког положаја“ лица (жртве) постоји „у свакој ситуацији у којој лице нема реалну и прихватљиву алтернативу осим да се повинује злоупотреби“. Вид. „Interpretative notes for the official records (travaux préparatoires) of the negotiation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto“, A/55/383/Add.1, 3 November 2000, https://www.unodc.org/pdf/crime/final_instruments/383a1e.pdf, 12. август 2016.

³² У Глобалном извештају о трговини људима из 2014. године, који садржи податке за период 2010–2012, констатује се да је од 88 држава које су послале податке о различитим облицима експлоатације у оквиру инкриминације трговине људима, у

На глобалном нивоу треба споменути и Факултативни протокол о продаји деце, децјој проституцији и децјој порнографији, уз Конвенцију УН о правима детета³³, који захтева од држава потписница да, у контексту продаје деце, инкриминишу нуђење, испоруку или прихватање, било којим средствима, неког детета у сврху пребацивања органа детета ради остваривања профита, без обзира на то да ли су таква дела извршена у земљи или транснационално, односно на индивидуалној или организованој основи (чл. 3(1)(а) и (б)).

Упркос напорима да се на универзалном нивоу правно уреди, односно инкриминише што већи број делатности у вези са уклањањем, продајом и куповином људских органа, још увек не постоји интегрални нормативни оквир који инкриминише трговину људским органима као посебну криминалну делатност, ван инкриминација трговине људима.

Када су у питању обавезујући документи на тлу Европе, свакако треба споменути Конвенцију Савета Европе против трговине људима из 2005. године.³⁴ Та конвенција задржава приступ трговини органима само у контексту сврхе трговине људима, као једног од облика експлоатације, али је домашај њених одредаба проширен, у односу на Протокол, на све облике трговине људима, и националне и међународне, без обзира на то да ли је или није повезана са организованим криминалом (чл. 2). Као и у Протоколу, пристанак жртве трговине људима на планирану експлоатацију нема значаја ако су коришћена средства поменута у дефиницији трговине људима. Конвенција је приоритетно фокусирана на људска права жртава трговине људима јер је читав низ чланова (чл. 10–17) посвећен обавезама држава потписница у односу на њихову заштиту.

Нормативном оквиру успостављеном том конвенцијом може се приговорити да не третира трговину органима као засебну криминалну делатност, односно да не покрива све аспекте комерцијализације

12 држава је откривено уклањање органа као специфичан облик експлоатације, а број жртава тог облика експлоатације износи око 0,2% од укупног броја од 30.592 детектоване жртве трговине људима. Вид. UNODC, „Global Report on Trafficking in Persons 2014“, New York 2014, 33–35.

³³ *Optional protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography*, A/RES/54/263 25 March 2000. Вид. Закон о потврђивању Факултативног протокола о продаји деце, децјој проституцији и децјој порнографији, уз Конвенцију о правима детета, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/2002.

³⁴ *Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, CETS No.197, Warsaw 16. 5. 2005, Entry into Force 1. 2. 2008, Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о борби против трговине људима, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 19/2009.

људских органа. Осим тога, ни поступање са људским ткивима и ћелијама није предмет њеног регулисања.

Сличан нормативни приступ трговини људским органима постоји и на нивоу Европске уније. Повеља ЕУ о основним правима³⁵ предвиђа забрану трговине људима (чл. 5), а Стратегија унутрашње безбедности ЕУ³⁶ препознаје трговину људима као облик тешког и организованог криминала, који представља претњу унутрашњој безбедности ЕУ.

Од обавезујућих докумената, Оквирна одлука о борби против трговине људима³⁷ прати дефиницију и критеријуме Протокола УН о трговини људима. Међутим, ограниченог је домета јер се њене одредбе односе, првенствено, на трговину људима у сврху сексуалне и радне експлоатације, а уклањање органа није помињано као свха трговине људима.

Оквирна одлука је замењена Директивом о сузбијању и борби против трговине људима и заштити жртава из 2011. године.³⁸ Том директивом ништа није промењено у генералном приступу проблематици трговине органима, али, за разлику од Оквирне одлуке, дефиницијом је обухваћена трговина људима у сврху одстрањивања органа (чл. 1, ст. 3), што, по одредбама Директиве, представља тешку повреду људског достојанства и физичког интегритета. Новина је и прописивање минималних казни за кривично дело трговине људима (чл. 4). Треба имати у виду да се Директива не односи на кривична дела чија је сврха одстрањивање органа од умрлих лица и да не обухвата одстрањивање људских ткива и ћелија.

На крају, Европска унија је донела и Стратегију за искорењивање трговине људима за период 2012–2016. године³⁹, чији је циљ да се обезбеди кохерентан оквир за постојеће и планиране иницијативе, да се одреде приоритети, попуне празнине и допуни претходно помену-та Директива. Стратегија се директно не бави ни трговином људима

³⁵ *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Consolidated version, Official Journal of the European Union C 202, 7. 6. 2016.

³⁶ *Communication from the Commission to the European parliament and the Council The EU Internal Security Strategy in Action: Five steps towards a more secure Europe*, COM(2010) 673 final, Brussels, 22. 11. 2010.

³⁷ *Council Framework Decision on combating trafficking in human beings*, 2002/629/JHA, 19 July 2002, Official Journal L 203, 01/08/2002 P. 0001–0004, http://eur-lex.europa.eu/eli/dec_framw/2002/629/oj, 12. август 2016.

³⁸ Directive on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, 2011/36/EU, 5 April 2011, *OJ L* 101/1, 80–90.

³⁹ *Communication from the Commission to the European parliament, the Council, the European economic and social committee and the Committee of the regions The EU Strategy towards the Eradication of Trafficking in Human Beings 2012–2016*, COM/2012/0286 final.

ни трговином органа, али успоставља пет приоритета, који се сви, мање или више, посредно тичу те проблематике.⁴⁰

3.2. Нормативно уређење трговине органа (ткивима и ћелијама) као посебне криминалне појаве

Нормативно регулисање трговине органа (ткивима, ћелијама), независно од контекста криминалног феномена трговине људима, заснива се на систему медицинских и етичких правила, правних прописа и норми, којима се регулише трансплантација органа (ткива, ћелија).⁴¹ Заправо, трговина органа (ткивима, ћелијама) представља кршење тих прописа и правила.

Формулисање медицинскоетичких стандарда трансплантације одвијало се, првенствено, под окриљем Светске здравствене организације (*World Health Organization*, у даљем тексту: СЗО), односно њене скупштине (*World Health Assembly*). Као један о кључних, издваја се докуменат под називом „Водећи принципи о трансплантацији људских органа“⁴² из 1991. године, који је фокусиран на основне проблеме попут слободног и добровољног информисаног пристанка⁴³ за донацију органа, потребу постојања генетских релација између при-

⁴⁰ Приоритети наведени у Стратегији су: идентификација, заштита и помоћ жртвама трговине људима; интензивирање превенције трговине људима; појачано кривично гоњење трговаца људима; унапређење координације и сарадње међу кључним актерима и кохерентност политика; повећање знања и ефикасан одговор на растућу забринутост у вези са свим облицима трговине људима.

⁴¹ „Трансплантација органа је медицински поступак одстрањења ткива или органа из тела живе или преминуле особе како би се они пресадили у тело примаоца, да би му се тиме омогућило продужење или спасавање живота“ – James N. Parker, Philip M. Parker (eds.), *Organ Transplant, A Medical Dictionary, Bibliography and Annotated Research Guide to Internet References*, San Diego 2003. „Трансплантација органа или делова органа јесте медицински поступак узимања органа, односно делова органа са живог или умрлог лица због пресађивања у тело другог лица ради лечења, укључујући све процедуре за припрему, обраду, очување, праћење озбиљних нежељених појава и озбиљних нежељених реакција, као и дистрибуцију органа, односно делова органа“ – Закон о трансплантацији органа (ЗТО), *Службени гласник РС*, бр. 72/2009, чл. 3, тач. 1. Треба напоменути да се у литератури повремено изједначавају термини (поступци) трансплантација и донација (даривање) органа. Донирање органа је етички или правни поступак којим се донатор слаже да се на њему изврши медицински поступак одстрањивања органа и пресади у тело друге особе. Вид. Linda Wright, Kelley Ross, Abdallah S. Daar, „Organ transplantation“, *The Cambridge Textbook of Bioethics* (eds. Peter Singer, Adrian Viens), 145–152; „Донирање органа јесте поступак давања органа без накнаде са живог или умрлог лица ради пресађивања у тело другог лица ради лечења“ – ЗТО, чл. 3, тач. 7.

⁴² World Health Organization, *Guiding principles on human organ transplantation*, Forty-fourth World Health Assembly, Geneva 6–16 May 1991, WHA44/1991/REC/1.

⁴³ О условима за пуноважан информисани пристанак вид. више Dragica Živojinović, Nina Planojević, Božidar Banović, „Terms of clinical research consent's validity“, *Vojnosanitetski preglad* 71(6)/2012, 588–595.

малаца и донатора, давање предности преминулим над живим донаторима органа и спречавање комерцијализације људских органа. Развој у тој области медицине диктирао је модификацију поменутих принципа и њихово проширење и на људска ткива и ћелије, што је резултирало доношењем ажуриране верзије овог документа 2010. године.⁴⁴ У тој верзији је промовисано донирање људских ћелија, ткива и органа, оснажени су принципи информисаног пристанка и забране продаје и куповине људских органа (ткива, ћелија), изједначени су живи и преминули донори, истакнута је забрана узимања органа од деце, забрана финансијске надокнаде, како за доноре, тако и за здравствене раднике, осим нужних трошкова, наглашена је посебна одговорност здравствених радника и медицинских установа у поступцима трансплантације, уз потребу постојања високог нивоа стручности и бриге за оба пацијента.

Један од најзначајнијих међународних докумената за учвршћивање постојећих медицинскоетичких и успостављање нормативних стандарда у овој области је Истамбулска декларација, којом су формулисани основни етички принципи за управљање донацијом и трансплантацијом органа и практични предлози за ограничавање, спречавање и сузбијање трговине људским органима. Бројност и научни и стручни ауторитет учесника конференције, на којој је једногласно усвојена поменута декларација, утицали су да принципи на којима се она заснива буду широко прихваћени, упркос њеној необавезујућој природи.⁴⁵

На подручју Европе усвојено је неколико међународноправних докумената, при чему је Савет Европе доминантно усмеравао начин правног регулисања те материје. Осим већ споменуте Резолуције о хармонизацији законодавства која се односи на уклањање и трансплантацију супстанци људског порекла, од необавезујућих докумената треба споменути Препоруку о трговини органима у Европи⁴⁶, којом се препознаје постојање повећаног ризика од трго-

⁴⁴ World Health Organization, *Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation*, Sixty-third World Health Assembly, 21 May 2010, Resolution WHA63.22.

⁴⁵ Томе је знатно допринела посебно формирана Група за надзор над применом Истамбулске декларације (Declaration of Istanbul Custodian Group), чији је задатак да промовише, спроводи и подржава принципе декларације, те да се подстакне усвајање ефикасних и етички прихватљивих трансплантацијских пракси широм света. Од свог оснивања 2010. године, та група успела је да подстакне велике промене у систему донације органа и трансплантационој политици и пракси држава које су биле препознате као средишта трговине органима. Вид. Francis L. Delmonico, „The implications of Istanbul Declaration on organ trafficking and transplant tourism“, *Current Opinion in Organ Transplantation* 14(2)/2009, 116–119.

⁴⁶ Recommendation 1611 *Trafficking in organs in Europe*, adopted by the Parliamentary Assembly on 25 June 2003, <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HT-ML-en.asp?fileid=17125&lang=en>, 12. август 2016.

вине органима на тлу Европе и препоручује предузимање мера за минимализацију поменутог ризика.⁴⁷ Осим тога, потврђено је да начело забране остваривања финансијске или друге користи или других погодности од људског тела или његових делова представља правну тековину Савета Европе и препоручена је чвршћа међународна сарадња држава чланица, посебно на нивоу министарстава здравља, унутрашњих и спољних послова.

Следећи необавезујући документ Савета Европе је Препорука о трговини органима из 2004. године.⁴⁸ Та препорука, позивајући се на претходне документе Савета Европе, прописује да се њене одредбе примењују и на све живе и на недавно умрле доноре, затим, осим људских органа и на ткива и ћелије, укључујући и матичне ћелије, а не односи се на крв и деривате крви. Препоручује се државама чланицама да усвоје прописе којима ће бити забрањене трговина људима ради трансплантације органа и ткива и сама трговина органима и ткивима. Препоручује се и да поменути прописи забране и уклањање и имплантацију органа и ткива, осим у медицинским центрима и под околностима које медицински радници, са одговарајућом обуком и искуством, препознају као неопходне и дозвољене, затим остваривање финансијске добити од људског тела или делова тела намењених за трансплантацију, рекламирање са намером да се обезбеде лица или органи (ткива) за трговину или за остваривање финансијске добити и организовање или вођење организације или службе која је укључена у трговину органима или ткивима. Такође, од држава чланица се захтева да санкционишу свако понашање супротно одредбама те препоруке. Препоручују се и међународна сарадња у супротстављању трговини органима и потпуно извештавање генералног секретара Савета Европе о сваком случају трговине органима.

Значајан је и допринос заједничке студије Савета Европе и Уједињених нација, која дефинише трговину органима, ткивима и ћелијама као посебну, специфичну, забрањену делатност.⁴⁹ На крају студије, у виду закључака и препорука, представљено је неколико

⁴⁷ Препоручене мере су: смањење потражње, ефикасније промовисање донације органа, одржавање строгих прописа који се односе на живе неповезане доноре, гарантовање транспарентности националних регистара и листе чекања, успостављање правне одговорности медицинских професионалаца за праћење неправилности и размену информација.

⁴⁸ *Recommendation Rec (2004)7 on organ trafficking*, Adopted by the Committee of Ministers on 19 May 2004, 124, [www.coe.int/t/.../INF_2014_5_vol_1_textes_%20CoE_%20bioéthique_E%20\(2\).pdf](http://www.coe.int/t/.../INF_2014_5_vol_1_textes_%20CoE_%20bioéthique_E%20(2).pdf), 12. август 2016.

⁴⁹ Израз трговина органима, ткивима и ћелијама за потребе студије одређује се као трговина која настаје када постоји незаконито уклањање, припрема, чување, складиштење, понуда, дистрибуција, брокерска активност, превоз или имплантација органа, ткива или ћелија; поседовање или куповина органа, ткива или ћелија са циљем спровођења једне од претходно наведених активности; искључиво ради

значајних принципа: потреба прецизног појмовног разграничења трговине органима, ткивима и ћелијама од трговине органима као облика трговине људима, забрана стицања финансијске користи за људско тело или његове делове, промовисање донирања органа, организационих и техничких мера за повећање легалне понуде органа и развој потенцијала за трансплантацију, креирање база података, неопходност усвајања јединствене међународне дефиниције трговине органима, ткивима и ћелијама и непотребност увођења нових правних инструмената, уз побољшање ефикасности постојећег нормативног оквира у материји трговине људима ради уклањања органа.⁵⁰

На нивоу ЕУ у нормативно-етички стандарди поступка донирања ткива и ћелија успостављени су прво Директивом за успостављање стандарда квалитета и безбедности за донације, набавке, тестирања, обраду, чување, складиштење и дистрибуцију људских ткива и ћелија из 2004. године.⁵¹ Чак шест година након тога донета је и Директива о стандардима квалитета и безбедности људских органа намењених за трансплантацију.⁵² Та директива није експлицитно фокусирана на сузбијање или спречавање трговине органима, али у Преамбули је истакнуто да, иако је њен основни циљ безбедност и квалитет органа за трансплантацију, Директива индиректно доприноси борби против трговине органима путем оснивања надлежних органа, овлашћења центара за трансплантацију, успостављања услова набавке и могућности праћења (лоцирања) органа (тач. 7 Преамбуле).

Од обавезујућих, широко прихваћених међународних докумената треба истаћи Конвенцију Савета Европе о заштити људских права и достојанства људског бића у погледу примене биологије и медицине: Конвенција о људским правима и биомедицини.⁵³ Посебно су значајна шесто (Узимање органа и ткива од живих давалаца у сврху пресађивања) и седмо поглавље (Забрана новчане добити и располагања делом људског тела) конвенције. Тако, прописано је да

финансијске или друге економске користи (у корист те или треће особе) – Council of Europe and United Nations, 12.

⁵⁰ *Ibid.*, 93–98.

⁵¹ Directive 2004/23/EC of 31 March 2004 on setting standards of quality and safety for the donation, procurement, testing, processing, preservation, storage and distribution of human tissues and cells, *OJ L* 102, 7. 4. 2004.

⁵² Directive 2010/53/EU of the European Parliament and of the Council of 7 July 2010 on standards of quality and safety of human organs intended for transplantation, *OJ L* 207, 6. 8. 2010.

⁵³ *Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*, ETS No. 164, Oviedo, 4. 4. 1997. Вид. Закон о потврђивању Конвенције о заштити људских права и достојанства људског бића у погледу примене биологије и медицине: Конвенција о људским правима и биомедицини, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/2010.

се „узимање органа или ткива од живог даваоца у сврху пресађивања спроводи искључиво у сврху лечења примаоца и када не постоји одговарајући орган или ткиво преминулог лица, те не постоји други, приближно једнак метод лечења. Пристанак⁵⁴ даваоца органа мора бити дат изричито и јасно, у писаном облику“ (чл. 19). Осим тога, забрањено је узимање органа или ткива од лица које није способно да да пуноважан пристанак у складу са одредбама Конвенције. Изузетак су само регенеративна ткива, и то под условима прописаним Конвенцијом (чл. 20). У погледу спречавања трговине органима, можда су најважније одредбе чл. 20 и 21, којима се прописује да „људско тело и његови делови не смеју, као такви, бити извор новчане добити“, те да „кад се приликом неког захвата одстрани неки део људског тела, он се може чувати и употребити у сврху различиту од оне ради које је узет једино кад се то учини у складу с одговарајућим поступком информисања и давања пристанка“.

Од четири додатна протокола уз Конвенцију, анализу заслужује Допунски протокол о трансплантацији органа и ткива људског порекла.⁵⁵ На почетку тог протокола наглашава се да су са људским органима изједначена и ткива, али и ћелије (чл. 2 ст. 2). У другом поглављу се прописује да се органи распоређују само пацијентима који су на службеној листи чекања, у складу са транспарентним, објективним и оправданим правилима, утврђеним према медицинским критеријумима. У случају међународне размене органа, процедура мора да обезбеди медицински оправдану и ефикасну дистрибуцију, узимајући у обзир принцип солидарности у свакој земљи. Систем трансплантације обезбедиће прикупљање и евидентирање информација потребних за ефикасну могућност праћења органа и ткива (чл. 3). Такође, прокламовано је и право на одговарајуће информације о ризицима и последицама које су укључене у систем донације и трансплантације, као и на пружање адекватне накнадне медицинске неге и за примаоца и донатора органа (чл. 5 и 7). За спречавање и инкриминисање трговине органима посебно је значајна одредба према којој се узимање органа од живог даваоца може вршити у корист примаоца са којим давалац има бли-

⁵⁴ „Захват који се односи на здравље може се извршити само након што је лице на које се захват односи о њему информисано и дало слободан пристанак на њега. Том се лицу претходно дају одговарајуће информације о сврси и природи захвата као и његовим последицама и ризицима. То лице може слободно и у било које време повући свој пристанак“ (чл. 5 Конвенције). Члановима 6–9 Конвенције детаљније се регулише заштита лица која по закону нису способна да дају пуноважан пристанак, поступање у хитним ситуацијама и уважавање раније датог пристанка.

⁵⁵ *Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin*, ETS No.186, Strasbourg 24. 1. 2002. Србија је потписала тај протокол 9. фебруара 2005. године, али га још увек није ратификовала.

зак лични однос дефинисан законом (одговарајући степен сродства) или, у недостатку таквог односа, само под условима утврђеним законом и уз одобрење одговарајућег независног тела (чл. 10). Изричито је забрањена трговина људским органима (чл. 22), а од држава потписница захтева се да обезбеде одговарајућу судску заштиту и санкционисање понашања којима се крше принципи и правила установљени протоколом, као и накнаду штете која произађе из поступка трансплантације (чл. 24–26).

Упркос бројним међународним документима, од којих су најважнији овде споменути и анализирани, чини се да би највећи утицај на супротстављање трговини органима, као засебном криминалном феномену, требало да има Конвенција Савета Европе против трговине људским органима.⁵⁶ Процедура усвајања конвенције, која је трајала нешто више од две и по године, праћена је значајним примедбама на текст предлога.⁵⁷

Уводни чланови јасно указују на то да Конвенција чини отклон од постојећег нормативног оквира који је, скоро искључиво, био усмерен на концепт „трговине људима ради одстрањивања органа“. Овде је доминантан концепт „нелегалног одстрањивања органа“ са живог или умрлог лица, који није ограничен само на лица који су жртве трговине људима. Такође, људски орган је дефинисан на такав начин⁵⁸ да се под тај појам никако не могу подвести ткива и ћелије људског порекла.

⁵⁶ *Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs*, CETS No.216, Santiago de Compostela, 25. 3. 2015. До момента писања овог рада 16 држава чланица Савета Европе потписало је ову конвенцију, а једина држава која ју је и ратификовала је Албанија.

⁵⁷ Једна од главних примедба је да Конвенција не обухвата поступање са људским ткивима и ћелијама, што представља корак уназад у односу на друге међународне документе и захтеваће доношење додатног протокола. Затим, недовољно је истакнут проблем несташице органа за трансплантацију, што је по многима кључни узрок трговине органима. Приговори су се тicali и сувише наглашеног кривичноправног усмерења одредаба Конвенције, без адекватног разматрања питања превенције и међународне сарадње, али и непостојања одредаба које би елиминисале услов „двоструке кажњивости“ у кривичном гоњењу трговаца органа, што би могло подстаћи трансплантацијски туризам. Прилично широко су постављени заштита и помоћ жртвама, али се не дефинише кога би, у том контексту, требало сматрати жртвом. Осим тога, сматрало се да има превише компромисних *opt-out* клаузула, а у складу са тим државама потписницама је препуштено да саме одлуче да ли ће, под којим условима и на који начин кажњавати даваоце (добављаче) и примаоце органа који су укључени у трговину органима или ће их сматрати жртвама. Види нпр. Council of Europe, Parliamentary Assmebly, *Report* (Doc. 13082, 20 December 2012); Council of Europe Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development, *Committee opinion on the Draft Convention* (Doc. 13289 of 30 September 2013); Council of Europe Committee on Legal Affairs and Human Rights, *Committee opinion on the Draft Convention* (Doc. 13354 of 8 November 2013).

⁵⁸ Конвенција дефинише људски орган као посебан део људског тела састављен од различитих ткива, која одржавају његову структуру, васкуларизацију

Полазећи од тог концепта, од држава потписница захтева се да у своје законодавство унесу одредбе којима би се инкриминисало умишљајно нелегално одстрањивање органа, са живих или умрлих лица. Нелегално је свако одстрањивање органа без пуноважног пристанка или уз нуђење односно примање финансијске или неке друге користи. Такође, унета је и општа одредба по којој је нелегално одстрањивање органа оно које се врши ван нормативног оквира националног система трансплантације или је у супротности са основним принципима националних закона и правила о трансплантацији. Међутим, та одредба је за државе потписнице факултативног карактера („Each Party shall consider...“), што практично значи да не морају инкриминисати такву делатност.⁵⁹

Следеће одредбе Конвенције захтевају да се, у националним законодавствима, инкриминишу употреба нелегално одстрањених органа, затим трансплантација органа супротно националним прописима о систему трансплантације⁶⁰, потом проналажење донатора и примаоца органа уз нуђење или давање финансијске надокнаде и на крају припрема, очување, складиштење, транспорт, пребацивање, пријем, увоз и извоз нелегално одстрањених људских органа. На тај начин поље инкриминације знатно је проширено, а само је одстрањивање органа посебно инкриминисано у односу на употребу нелегално одстрањеног органа.

Посебно је значајно што се захтева и инкриминисање коруптивних радњи попут обећавања, нуђења, давања, захтевања и примања било какве користи за медицинско особље и службенике, државне службенике и службенике који руководе или раде у приватном сектору, који предузимају или омогућавају (олакшавају) радње нелегалног одстрањивања или имплантације органа. Такво решење је мотивисано потребом да се инкриминацијом обухвати учешће што већег броја актера те криминалне делатности, а посебно да наизглед споредне улоге појединих актера не остану ван домашаја кривич-

и способност развоја физиолошких функција са значајним нивоом аутономије. Дефиниција појма „људски орган“ преузета је из Директиве Европског парламента и Савета ЕУ о стандардима квалитета и безбедности људских органа намењених трансплантацији (Directive 2010/53/EU of the European Parliament and of the Council of 7 July 2010 on standards of quality and safety of human organs intended for transplantation, *OJ L* 207/14, 6. 8. 2010). Вид. Explanatory Report to the Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs, 4, <http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/216>, 16. август 2016.

⁵⁹ Међу државама потписницима постоје знатне разлике у погледу нормативног регулисања система трансплантације органа, па се није могао постићи договор о обавезности проглашавања кривичним делом сваког понашања које није у складу или којим се крши национални нормативни систем трансплантације. – *Ibid.*, 7.

⁶⁰ Та одредба је, такође, факултативног карактера за државе потписнице. Образложење је исто као у претходној фусноти.

ноправне реакције. Током расправе о нацтру Конвенције остала су подељена мишљења о томе да ли инкриминацијама обухватити и даваоца и примаоца органа, па је закључено да то питање свака држава потписница реши својим законодавством.⁶¹

На крају, Конвенцијом се захтева инкриминисање и подстрекавања, помагања и покушаја било ког кривичног дела установљеног у складу са одредбама конвенције.

Материјалне кривичноправне одредбе конвенције предвиђају и установљавање одговорности правних лица и њихових представника. Конвенција захтева прописивање ефикасних, пропорционалних и одвраћајућих санкција, посебно казне затвора не мање од оне која омогућава екстрадицију, а за правна лица новчане казне и мере трајне или привремене забране обављања делатности правног лица, стављања под судски надзор и на крају престанак правног лица. Од држава потписница захтева се и прописивање привременог и трајног одузимања користи прибављене било којим кривичним делом установљеним на основу Конвенције, али и мера привременог или трајног затварања установа коришћених за вршење поменутих кривичних дела, односно привремене или трајне забране учиниоцу обављања професионалне делатности која је била у вези са вршењем било којег од поменутих кривичних дела.

Интересантно је да Конвенција таксативно набраја околности које би, приликом одмеравања санкције, требало квалификовати као отежавајуће, под условом да нису већ предвиђене као елементи бића кривичног дела, и то: проузроковање смрти или озбиљног оштећења физичког или менталног здравља жртве; извршење дела злоупотребом положаја; извршење дела у оквиру криминалне организације; ранија осуђиваност учиниоца за кривична дела установљена на основу Конвенције; извршење дела против детета или било којег другог нарочито рањивог лица.

Кривичнопроцесне одредбе Конвенције односе се на захтев за ефикасно гоњење, по службеној дужности, кривичних дела установљених на основу Конвенције, уз примену свих облика међународне кривичноправне сарадње, до екстрадиције. Посебно је значајно решење којим се предвиђа да држава која прими захтев за неки од облика међународне сарадње, па и за екстрадицију, од друге државе са којом нема закључен споразум о таквој сарадњи, може, у вези са кривичним делима установљеним на основу Конвенције, у складу са својим обавезама према међународном праву, користити Конвенцију као правни основ за сарадњу (екстрадицију).

Конвенција прилично екстензивно регулише материју заштите и помоћи жртвама трговине органима, као и њиховог положаја

⁶¹ *Ibid.*, 5.

у кривичном поступку, а посебно и заштиту сведока (чл. 18–20). Међутим, упркос бројним критикама, и даље је задржана концепција да се Конвенцијом не дефинише ко се може сматрати жртвом већ је то препуштено државама потписницама.

На крају, Конвенцијом је предвиђено и предузимање адекватних мера превенције на националном и међународном нивоу (чл. 21–22), чија је суштина успостављање транспарентног и правичног националног система трансплантације, уз једнака права свих пацијената, те прикупљање, анализа и размена информација између релевантних субјеката о активностима за које постоји сумња или је доказано да представљају кривична дела у складу са Конвенцијом.

3.3. Трговина органама у домаћем законодавству

Анализом домаћег нормативног оквира може се закључити да и у нашем законодавству постоји паралелизам у нормативном третману трговине органама, односно да се трговина органама третира у Кривичном законик у као облик експлоатације у оквиру инкриминације трговине људима⁶², али и да се од 2009. године трговина органама (ткивима и ћелијама) забрањује и инкриминише у посебним законима који регулишу проблематику трансплантације људских органа (ткива, ћелија).

Кривичним закоником из 2005. године⁶³ трговина људима инкриминисана је у групи кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом, а формулација којом се дефинише експлоатација у сврху трговине органама гласи: „ради одузимања органа или дела тела“. Таква формулација је остала до сада, а измене Кривичног законика из 2009. године, које су пратиле међународне стандарде, тицале су се проширења бића тог дела (пристанак лица на експлоатацију не искључује противправност), поопштравања казни и додавања нових облика тог кривичног дела. За трговину органама посебан значај имају новоуведени квалификовани облици који се тичу искоришћавања положаја жртве трговине људима јер се тиме знатно шири круг могућих извршилаца на лица која учествују у процесу нелегалног одузимања или одстрањивања органа и њихове трансплантације, како је то утврђено бројним међународним документима.⁶⁴

⁶² Та инкриминација уведена је у кривично законодавство 2003. године Законом о изменама и допунама Кривичног закона Србије (чл. 111.б), *Службени гласник РС*, бр. 39/03. Занимљиво је да се као један од облика експлоатације не спомиње одузимање људских органа већ „одузимање дела тела за пресађивање“, дакле наведена је сврха одузимања дела тела, што је у каснијим текстовима изостало.

⁶³ Кривични законик Републике Србије – КЗРС, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014.

⁶⁴ „Ко зна или је могао знати да је лице жртва трговине људима, па искористи њен положај или другоме омогући искоришћавање њеног положаја ради

Инкриминисање трговине органа, независно од инкриминације трговине људима, делимично је започело 2003. године, решењем којим је у Кривични закон, у групу кривичних дела против живота и тела, уведена нова инкриминација под називом „насилно узимање људских органа или делова тела“.⁶⁵ Делимично, јер је инкриминисана само активност недозвољеног прибављања органа или дела тела. Наиме, инкриминисани су сви недозвољени начини узимања органа или дела тела од другог лица, а апострофирани су сила, претња и обмана. Ту би се свакако могло подвести и нуђење, односно давање материјалне или друге користи.

Квалификовани облици се односе на довођење у опасност живота лица коме је узет орган или део тела, његову трајну неспособности за рад или трајно или тешко нарушавање здравља или унакаженост, као и наступање смрти, затим на организовано вршење кривичног дела, те на прибављање имовинске користи за извршиоца или друго лице. Као елеменат бића кривичног дела није предвиђена сврха насилног узимања органа или дела тела, али несумњиво је да се под инкриминацију могу подвести случајеви трговине органима, у којима би то била прва фаза процеса, који по својој природи садржи већи број координираних активности. Иако извршилац може бити свако лице, инкриминација обухвата само лица која на недозвољен начин, а најчешће насилно, узимају органе или делове тела од другог лица, а не и све остале актере који учествују у недозвољеним радњама у вези са процесом трговине органима.

Потпуније инкриминисање трговине органа (ткивима, ћелијама), ван контекста трговине људима, везује се за доношење Закона о трансплантацији органа (ЗТО)⁶⁶ и Закона о трансплантацији ћелија и ткива (ЗТЋТ).⁶⁷ Правни основ за доношење оба закона налази се у чл. 224 Закона о здравственој заштити.⁶⁸ „Област ћелија и ткива

експлоатације предвиђене ставом 1 овог члана“ (чл. 388, ст. 8), односно „ако је поменуто искоришћавање положаја жртве трговине људима учињено према лицу за које је учинилац знао или је могао знати да је малолетно“ (чл. 388, ст. 9).

⁶⁵ Закон о изменама и допунама Кривичног закона Србије (чл. 54а), *Службени гласник РС*, бр. 39/03. Занимљиво је да се у образложењу тих измена и допуна КЗ, у ствари, ништа не говори о мотивима за увођење нове инкриминације: „Чланом 2. Предлога закона предложено је кривично дело које до сада није постојало у нашем Кривичном закону. И у међународним размерама све су присутнији појавни облици извршења овог кривичног дела. Висина запрећене казне може одвратити евентуалног учиниоца од вршења овог кривичног дела.“ Такође, те инкриминације нема у Кривичном закону из 2005. године.

⁶⁶ ЗТО, *Службени гласник РС*, бр. 72/2009.

⁶⁷ Закон о трансплантацији ћелија и ткива – ЗТЋТ, *Службени гласник РС*, бр. 72/2009.

⁶⁸ „Органи, ткива и ћелије, као делови људског тела, могу се узимати и пресађивати само ако је то медицински оправдано, односно ако је то најповољнији

уређена је посебним законом, у доносу на људске органе, у складу са Препоруком Комисије ЕУ да се област трансплантације ћелија и ткива уређује посебним законом независно од Закона о трансплантацији органа.⁶⁹

У ЗТО, у делу под насловом „Значење израза“ (чл. 3), у ствари, појмовно се разграничавају термини који се често употребљавају у теорији али и пракси.⁷⁰ Начелима поступка трансплантације⁷¹, на индиректан начин, указује се и на могуће забрањене или инкриминисане активности. Од значаја за материју која је предмет овог рада су и одредбе чл. 18–20 ЗТО, којима се прописује да је поступак давања органа добровољан, односно да се услуге у вези са трансплантацијом органа обављају као недобитне услуге и да се поступак трансплантације може обављати само ако је то медицински оправдано, односно ако је то најповољнији начин лечења, уз поштовање начела поступка трансплантације. Тај закон даље изричито прокламује забрану давања односно примања користи од донирања и примања органа, односно трансплантације, између даваоца и примаоца (чл. 25), забрану оглашавања, односно рекламирања потреба за органима, здравствених установа и здравствених радника који обављају поступак трансплантације, као и оглашавања донирања, са изузетком промоције добровољног давалаштва органа (чл. 26), те забрану трговине органима, уз изричиту обавезу здравствених радника да одбију учешће у поступку трансплантације и да без одлагања, усмено и писмено обавесте надлежне државне органе и Управу за биомедицину уколико посумњају да је орган који се трансплантира предмет комерцијалне трговине (чл. 27).

Посебан значај за супротстављање трговини органима (ткивима, ћелијама) имају казнене одредбе оба поменута закона, по-

начин лечења лица и ако су испуњени услови прописани законом. Начин, поступак и услови за узимање и пресађивање органа, ткива и ћелија, као делова људског тела... *утврђују се посебним законом.*“ – Закон о здравственој заштити, *Службени гласник РС*, бр. 07/2005, 72/2009 – др. закон, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012, 45/2013 – др. закон, 93/2014, 96/2015 и 106/2015.

⁶⁹ Вид. Образложење ЗТО, стр. 2, и Образложење ЗТТТ, стр. 2.

⁷⁰ Појмови трансплантација и пресађивање често се користе као синоними, али их законодавац разликује. „*Трансплантација* органа или делова органа јесте медицински поступак узимања органа, односно делова органа са живог или умрлог лица због пресађивања у тело другог лица ради лечења, укључујући све процедуре за припрему, обраду, очување, праћење озбиљних нежељених појава и озбиљних нежељених реакција, као и дистрибуцију органа, односно делова органа. *Пресађивање* органа јесте медицински поступак којим се узети орган уноси, односно инплантира у тело другог живог лица ради лечења.“

⁷¹ Начела на којима ЗТО темељи поступак трансплантације су: солидарност, медицинска оправданост, заштита интереса и достојанства, доступност и забрана дискриминације и безбедност (чл. 4–8 ЗТО)

себно оне којима се прописују кривична дела, па их третирамо и као делове помоћног кривичног законодавства (чл. 78–81 ЗТО; чл. 98–100 ЗТФТ). Инкриминације садржински спајају елементе трговине људима и елементе трговине органима (ткивима, ћелијама) као самосталне појаве.⁷² „Инкриминаторне одредбе дизајниране су тако да покривају све аспекте сложеног дела одстрањивање – одузимање – пресађивање органа, било од живог било од почившег донора, са или без пристанка. Радње које су побројане као разнородни модалитети ових дела покривају и све потенцијалне учеснике у ланцу трансплантације.“⁷³ Осим тога, у оба закона су исте квалификаторне околности за све три инкриминације: малолетно лице као пасивни субјекат, тешка телесна повреда и смрт даваоца органа (ткива, ћелија), као теже последице, и на крају бављење вршењем тих кривичних дела или извршење дела од организоване групе.

4. ЗАКЉУЧАК

Трговина људским органима, несумњиво, представља сложену криминалну појаву која садржи бројне координиране нелегалне активности уз учешће већег броја актера, чији узроци се, првенствено, налазе у већ хроничном нескладу између недовољне понуде легално прибављених органа намењених трансплантацији и огромне потражње за таквим органима широм света, а пре свега у развијеним државама, што генерише развијање „црног тржишта“ људских органа и ствара прилику појединцима и криминалним групама да управљају тим тржиштем и развијају и шире криминалну делатност. Убрзани развој медицине, посебно у области трансплантације органа, ткива и ћелија, осим прогресивности, има и своју „тамну страну“, која проистиче из недовољне доступности медицинских услуга свима којима су потребне, а манифестује се у њиховој нелегалној

⁷² Инкриминисана је принуда над лицем како би оно дало пристанак да се његови органи или органи другог лица за живота дају ради трансплантације, под условом да узимање органа буде и обављено, као и принуда над лицем како би оно дало сагласност за узимање сопствених или органа другог лица, после смрти. Затим, инкриминише се лице које уз било какву накнаду да или нуди свој или орган другог лица ради трансплантације, или врбује, превози, пребацује, предаје, продаје, купује, посредује у продаји или посредује на било који други начин у трансплантацији органа или учествује у поступку трансплантације органа који је предмет комерцијалне трговине, као и онај ко обави пресађивање органа или учествује у поступку пресађивања органа лицу које није дало писмени пристанак за пресађивање органа или узме орган од умрлог лица, односно учествује у узимању органа од умрлог лица код кога није дијагностикована и утврђена мождана смрт, или ако обави узимање органа или учествује у поступку узимања органа од лица које је за живота забранило давање органа у случају своје смрти.

⁷³ Т. Шурлан, 12.

комерцијализацији, односно криминализацији. Људски органи, ткива и ћелије почињу да се третирају као роба, чија се цена формира на илегалном тржишту, на основу економских закона. А пацијенти којима је потребна услуга трансплантације, уз помоћ посредника који своје услуге „папрено“ наплаћују, заобилазећи званичне листе чекања, у потрази за здравим органом који ће им продужити живот, мање или више свесно постају актери опасне криминалне делатности. С друге стране, здрави људи, пре свега у неразвијеним деловима света, притиснути сиромаштвом, незапосленошћу, оружаним сукобима, бесперспективношћу и осталим социјалним, економским и политичким недаћама, једини излаз из таквих неприлика виде у продаји својих органа, па често, уз помоћ већ поменутих посредника, улазе у ланац трговине органима.

Јасно је да је примена било какве принуде или преваре, односно злоупотребе положаја у прибављању људских органа намењених трансплантацији, вид експлоатације и самим тим криминални акт. Међутим, све је више информација, од којих су многе и резултат научних истраживања, да се трговина органима догађа и ван тог контекста, у ком случају можемо говорити о консензуалном деликту, условно речено о деликту без жртве. Управо таква реалност је диктирала потребу да се, пре свега у међународноправним, а затим и националним правним актима јасно дефинише појава трговине органима и разграничи од других сличних криминалних и социопатолошких појава.

Захваљујући универзалним правним документима Уједињених нација, трговина органима је дуго, и у литератури и нормативно, третирана искључиво као облик експлоатације у оквиру широке инкриминације трговине људима, која има карактер организоване транснационалне криминалне делатности, што је знатно сужавало могућност сузбијања свих облика трговине органима. Другачији нормативни приступ трговини органима, као криминалној делатности *per se*, која у основи представља кршење медицинскоетичких и нормативних стандарда поступка трансплантације, све више се успоставља као доминантан приступ тој проблематици, за шта су пре свега заслужни документи СЗО и правне тековине Савета Европе, закључно са новом Конвенцијом Савета Европе против трговине људским органима.

Упркос скромним резултатима у трансплантацији органа и непостојању регистрованих случајева трговине органима, Србија је пратила међународне стандарде и уграђивала их релативно благовремено у своје законодавство. У актуелном тренутку у домаћем законодавству постоји паралелизам у нормативном третману трговине органима, односно трговина органима се у Кривичном закону

третира као облик експлоатације у оквиру инкриминације трговине људима, али се трговина органима (ткивима и ћелијама), као посебна криминална делатност, забрањује и инкриминише у посебним законима који регулишу проблематику трансплантације људских органа (ткива, ћелија).

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Ambagtsheer, F., Weimar, W., „A criminological perspective: why prohibition of organ trade is not effective and how the Declaration of Istanbul can move forward“, *American Journal of Transplantation* 12(3)/2012.
- Bowden J., „Feeling empty? Organ trafficking & Trade: the black market for human organs“, *Intercultural Human Rights Law Review* 8/2013.
- Budiani D., „Facilitating Organ Transplants in Egypt: An Analysis of Doctors' Discourse“, *Body and Society* 13(2)/2007.
- Columb, S., „Beneath the organ trade: a critical analysis of the organ trafficking discourse“, *Crime Law Social Change* 63(1)/2015.
- Council of Europe, Committee of experts on the organisational aspects of co-operation in organ transplantation, „International Figures on Organ Donation and Transplantation – 2007“, *Newsletter Transplant 2008* (ed. Rafael Matesanz), 2008.
- Council of Europe and United Nations, *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs*, 2009.
- Delmonico F. L., „The implications of Istanbul Declaration on organ trafficking and transplant tourism“, *Current Opinion in Organ Transplantation* 14(2)/2009.
- Derco, L. M., „America's Organ Donation Crisis: How Current Legislation Must be Shaped by Successes Abroad“, *Journal of Contemporary Health Law & Policy* 27(1)/2010.
- European Parliament, Directorate-general for external policies, *Trafficking in human organs* (Study), Policy department, EP/EXPO/B/DROI/FWC/2013–08/Lot8/03, 2015.
- Gunnarson, M., Lundin, S., „The Complexities of Victimhood: Insights from the Organ Trade“, *Somatechnics* 5(1)/2015.
- Halewood, P., „On Commodification and Self-Ownership“, *Yale Journal of Law & the Humanities* 20(2)/2008.

- Harris, C. E., Alcorn, S. P., „To Solve a Deadly Shortage: Economic Incentives for Human Organ Donation“, *Issues in Law & Medicine* 16(3)/2001.
- Kishore, R. R., „Human Organs, Scarcities, and Sale: Morality Revisited“, *Journal of Medical Ethics* 31(6)/2005.
- Lock, M., Nguyen V.K., *An Anthropology of Biomedicine*, Wiley-Blackwell, West Sussex 2010.
- Lundin, S., *Organs for Sale: An Ethnographic Examination of the International Organ Trade*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2015.
- Malakoutian, T. et al., „Socioeconomic Status of Iranian Living Unrelated Kidney Donors: A Multicenter Study“, *Transplantation Proceedings* 39(4)/2007.
- Merrill J. P., Murray J. E., Harrison J. H., Guild W. R., „Successful homotransplantation of the human kidney between identical twins“, *The Journal of American Medical Association* 160(4)/1956.
- Meyer, S., „Trafficking in human organs in Europe: A myth or an actual threat?“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 14(2)/2006.
- „National Rapporteur on Trafficking in Human Beings“, *Human trafficking for the purpose of the removal of organs and forced commercial surrogacy*, BNRM, The Hague, 2012.
- Panjabi, R. K. L., „The Sum of a Human’s Parts: Global Organ Trafficking in the Twenty-First Century“, *Pace Environmental Law Review* 28(1)/2010.
- Parker, J., Parker, P. (eds.), *Organ Transplant, A Medical Dictionary, Bibliography and Annotated Research Guide to Internet References*, San Diego 2003.
- Pattinson, S. D., „Organ Trading, Tourism, and Trafficking within Europe“, *Medicine and Law* 27(1) 2008.
- Scheper-Hughes, N., „Mr Tati’s Holiday and João’s Safari – Seeing the World through Transplant Tourism“, *Body & Society* 17(2–3)/2011.
- Scheper-Hughes, N., „The Global Traffic in Human Organs“, *Current Anthropology* 41(2)/2000.
- Scot, R., *The body as property*, The Viking Press, New York, 1981.
- Шурлан, Т., „Трансплантација и трговина људским органима, ткивима и ћелијама – међународноправни и националноправни нормативни оквир“, Фондација Центар за јавно право, http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Tijana_Surlan.pdf (Šurlan, T., „Transplantacija i trgovina ljudskim organima, tkivima

- i ćelijama – međunarodnopravni i nacionalnopravni normativni okvir“, Fondacija Centar za javno pravo)
- Taylor J. S., „Black markets, transplant kidneys and interpersonal coercion“, *Journal of Medical Ethics* 32(12)/2006.
- UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2014*, New York 2014.
- Vienna Forum to Fight Human Trafficking, *Human Trafficking for the Removal of Organs and Body Parts*, U.N. DOC. GIFT B.P.: 011, Vienna, Austria, Feb. 13–15, 2010.
- World Health Organization, *Guiding principles on human organ transplantation*, Forty-fourth World Health Assembly, Geneva, 6–16 May 1991, WHA44/1991/REC/1.
- World Health Organization, *Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation*, Sixty-third World Health Assembly, 21 May 2010, Resolution WHA63.22.
- Wright, L. Ross, K., Daar A. S., „Organ transplantation“, *The Cambridge Textbook of Bioethics* (eds. P. A. Singer, A. M. Viens), Cambridge University Press, New York 2008.
- Živojinović D., Planojević, N, Banović, B., „Terms of clinical research consent’s validity“, *Vojnosanitetski preglad* 71(6)/2014.

Božidar Banović, PhD

Full Professor

University of Belgrade, Faculty of Security Studies

NORMATIVE FRAMEWORK FOR COMBATING TRAFFICKING IN HUMAN ORGANS

Summary

Trafficking in human organs is a specific and complex criminal phenomenon that takes place in several phases, with the participation of a large number of actors, often covering several jurisdictions. To effectively countering are necessary conceptual and terminological demarcation of organ trafficking from other similar phenomena, fundamental scientifically research of its shape and dynamics, and the construction of an adequate legislative framework, both at the national and international level. This paper first analyses the conceptual – terminological framework in which research of organ trafficking is range, and then presents a review and analysis of the development of ethical and normative international stand-

ards aimed at prevention and suppression this phenomenon. In the end, we analysed the current solutions in the domestic legislation. Nowadays, there are two parallel legislative regime that regulate the matter of organ trafficking. The first legislative regime that organ trafficking treated exclusively as a modality of transnational crime of human trafficking, and a second, recent, that organ trafficking treats as forbidden (incriminating) activity that violates a regulatory system of organ (tissue cells) transplantation.

Key words: *Human trafficking. – Organ trafficking. – Transplantation. – Normative and ethical standards. – Organized crime.*

Article history:

Received: 11. 1. 2017.

Accepted: 4. 9. 2017.

Др Татјана Јевремовић Петровић*

НИШТАВОСТ ОСНИВАЊА ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА: УПОРЕДНОПРАВНА ТЕОРИЈА И ПРАВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Аутор се у раду бави проблемима ништавости оснивања привредног друштва. У први план су истакнути разлози постојања посебног режима ништавости оснивања у упоредноправној теорији и постојећи рестриктивни режим који је предвиђен у праву Европске уније. Осим тога, анализирани су теоријски концепти ништавости у односу на појмове ништавости друштва, ништавости оснивања друштва, ништавости правног основа (оснивачког акта) и ништавости регистрације или уписа привредног друштва. Указано је на постојеће недоумице и проблеме у практичној примени могућих решења. Нарочито је наглашено да ништавост мора да буде крајње средство заштите интереса заинтересованих лица, ради чега је нужно унапређење постојећег система контроле (оснивања) привредних друштава.

Кључне речи: *Ништавост. – Оснивачки акт. – Оснивање. – Регистрација. – Контрола.*

1. УВОД

Ништавост у компанијском праву разликује се значајно од општег режима ништавости у грађанском праву услед појачане потребе заштите сигурности у правном промету.¹ Тај концепт је нарочито важан у вези са оснивањем друштва. Заснива се на интересу учесника

* Ауторка је ванредна професорка Правног факултета Универзитета у Београду, tatjana.jp@ius.bg.ac.rs

¹ Вид. у српском праву нпр. чл. 6, 13, 14, 33 Закона о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015. Примере вид. и у немачком праву код Karsten Schmidt, „Fehlerhafte Verschmelzung und allgemeines Verbandsrecht: Eine Analyse nach geltendem und kommandem Recht“, *ZGR* 3/1991, 379.

у правном промету да друштво које постоји и послује не може једног тренутка да „нестане“, што би се десило када би се на њега доследно примењивао концепт ништавости.² Тиме би „...*концепт ништавости примењен на привредна друштва (био) нека врста правне опсене. Сад га видиш – сад га не видиш!*“³ Стога се компанијскоправна заштита нарочито односи на *постојеће фактичко стање и сигурност и поверење у правном промету*, којом се штите интереси трећих лица, тачније, оних који су у правном односу са привредним друштвом које обавља одређене привредне активности.⁴

Посебна заштита тих интереса применом специфичног концепта ништавости компанијског права иде руку под руку са системом регистрације и објављивања података о привредним субјектима, тачније са начелима јавности и поуздања у регистроване и објављене податке. Отуда у тој сфери постоји и изражена потреба да једно фактичко стање буде прихваћено као правно, чак и у случају када за настанак правног односа – привредног друштва (субјекта права) нису испуњени сви услови.⁵ Стога чак и тада привредно друштво настаје и постоји не само фактички већ и правно. Уосталом, овде и није реч о типичном правном послу ни о класичном уговору, већ о настанку субјекта права – привредног друштва. Само оснивање друштва „даје живот правном лицу... (те би) његов поништај значио његову осуду на смрт“.⁶

Ипак, иако врло изражена, заштита поверења и сигурности у правном промету није у питању оснивања друштва (као ни у већини других питања) апсолутна, већ релативна, што значи да у појединим случајевима ипак трпи одступања у оквиру врло ограниченог, али ипак могућег режима ништавости оснивања и регистрације друштва.⁷ У тим случајевима није само (па чак ни претежно) реч о правној

О особеном режиму ништавости у односу на одлуке скупштине вид. нпр. Jakša Barbić, *Pravo društava, Knjiga druga: Društva kapitala*, Organizator, Zagreb 2007⁴, 813.

² Robert Drury, „Nullity of Companies“, *European Company Laws: A Comparative Approach* (eds. R. Drury, P. Xuereb), Dartmouth, Aldershot – Brookfield USA – Hong Kong – Singapore – Sydney 1991, 247.

³ R. Drury (1991), 247.

⁴ Такве аргументе у немачког теорији вид. код Karsten Schmidt, „Fehlerhafte Gesellschaft und allgemeines Verbandsrecht: Grundlagen und Grenzen eines verbandrechtlichen Instituts“, *Archiv für die civilistische Praxis* 5/1986, 425; Marian Paschke, „Die fehlerhafte Korporation: Zwischen korporationsrechtlicher Tradition und europarechtlicher Rechtsentwicklung“, *ZHR* 155/1991, 3.

⁵ Uwe Hüffer, *Aktiengesetz*, Verlag C.H.Beck, München 2008⁸, 1379–1380.

⁶ Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence Deboissy, *Droit des sociétés*, Lexis Nexis Litec, Paris 2009²², 69.

⁷ Нека друга питања, попут ограничења овлашћења заступника или статусних промена, имају сличан режим, који у појединим правним системима иде и

доследности, већ је у првом реду реч о правнополитичној процени – опортуности да се установи ништавост (оснивања) друштва када то неизоставно захтевају угрожени интереси и када су они заиста озбиљни.

Имајући у виду изузетну правнополитичку осетљивост питања ништавости оснивања друштва, циљ аутора овог рада је да укаже на основна теоријска схватања која се односе на то питање и на режим ништавости који је предвиђен у упоредном, домаћем и праву ЕУ. Циљ таквог изучавања лежи у разумевању тог важног института који се често примењује у српској пракси. Ипак, узимајући у обзир комплексност питања, на овом месту биће преваходно речи о теоријском оквиру ништавости (оснивања) друштва.⁸

2. ПОЈАМ НИШТАВОГ (ОСНИВАЊА) ДРУШТВА

Појам ништавости најчешће се приликом оснивања друштва везује за неколико појмова. Тако се говори о *ништавости друштва* као субјекту права и о *ништавости оснивања* друштва као скупу услова под којима настаје субјект права. Такође је могуће говорити и о *ништавости оснивачког акта* који представља правни основ за настанак друштва. Најзад, могуће је и да поступак који има конститутивно дејство на стицање субјективитета привредног друштва буде са недостацима, када се говори о *ништавости регистрације* (односно уписа). Ништавост такође може да се односи и на појединачне изјаве воље које (заједно) воде настанку друштва, с тим што и оне саме могу да буду у сфери компанијског права – када вољу изјављује правно лице, те у том случају у обзир долази и могућност ништавости таквих изјава (на пример, одлуке скупштине).

У сваком случају, ништавост представља санкцију у случају да је правно лице – привредни субјект настао а да за то нису били

до апсолутне заштите постојећег стања. Вид. Marian Paschke, „Die fehlerhafte Korporation: Zwischen korporationsrechtlicher Tradition und europarechtlicher Rechtsentwicklung“, *ZHR* 155/1991, 6. Више о специфичностима ништавости регистрације статусне промене вид. Татјана Јевремовић Петровић, „Ништавост статусне промене након регистрације“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2016, 79 и даље.

⁸ Стога овај рад представља само део истраживања о ништавости друштва, те су резултати у односу на ништавост оснивачког акта у српском праву објављени у раду Татјане Јевремовић Петровић, „Ништавост оснивачког акта у српском праву“, *Право и привреда* 4–6/2017, 71–94; док је део истраживања који се односи на ништавост регистрације оснивања у српском праву, под насловом „Nullity of Companies’ Registration in Serbian Law Under the Influence of European Legal Systems“, прихваћен за објављивање у зборнику радова *Право и транзиција* (ур. Б. Милисављевић, Т. Јевремовић Петровић, М. Живковић), у издању Правног факултета Универзитета у Београду, које се очекује у току 2017. године. Тај рад представља теоријску основу за поменута два рада.

испуњени сви услови. Будући да су ти услови бројни, материјални и формални, у сфери грађанског, али и управног – јавног права, да су у већем делу у императивном, али су и у диспозитивном режиму, јасно је због чега постоји више различитих појмова и да није једноставно концепцијски одредити у односу на који од њих се поставља питање ништавости.

Проблем је још комплекснији узимајући у обзир правни режим који је у великом броју правних система данас предвиђен када постоје наведени недостаци. Наиме, основна идеја компанијског права је да се ништавост у што је могуће већем броју случајева избегне. То се постиже врло рестриктивним режимом ништавости у погледу разлога због којих се може истичати, ограниченим временом у коме се то чини, уз узак круг лица која су овлашћена да иницирају преиспитивање ваљаности оснивања. Но, најзначајније одступање у случају да су испуњени услови за ништавост представљају последице које тада наступају.

Узимајући у обзир све те недоумице, прво ће бити размотрено да ли се уопште може говорити о ништавости друштва, а затим које друге могућности у погледу ништавости приликом оснивања друштва постоје, да би након тога било речи о правном режиму за опредељени концепт ништавости.

2.1. Ништавост у правом смислу речи (непостојеће или фактичко друштво)

Ништавост друштва, гледана очима класичног цивилисте, подразумева да за настанак друштва нису испуњени основни услови, па стога такав правни посао не испуњава елементарне услове да настане и буде пуноважан.⁹ Он ствара привид правног посла и не може да производи правно дејство.¹⁰ Стога би у том случају једино исправно било сматрати да друштво заправо није ни настало.

Такав концепт су познавала старија права која су садржала појам привида друштва, односно непостојећег друштва (*Schein-*

⁹ Ништавост друштва такође подразумева и могућност да се разлози за ништавост појаве не само иницијално – у тренутку настанка друштва, већ и касније – током његовог трајања. Иако ваљано настало, друштво може неког тренутка да изгуби све нужне елементе за своје постојање. Основни разлози који воде ништавости друштва односе се на суштинске елементе нужне за његов настанак, те стога њихов изостанак редовно покреће питање апсолутне ништавости. Најчешће за постојање друштва нису релевантни разлози који воде релативној ништавости.

¹⁰ О општим правилима неважности у грађанском праву вид. нарочито Слободан Перовић, *Облигационо право*, Службени лист СФРЈ, Београд 1981⁵, 447 и даље; Владимир Водинелић, *Грађанско право: Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Правни факултет Универзитета Унион, Службени гласник, Београд 2012, 456 и даље.

gesellschaft).¹¹ Касније теоријске концепције, суочене са чињеницом да друштво ипак постоји (барем неко време), иако са недостацима, стављају акценат на тзв. фактичко друштво (*société de fait, faktische Gesellschaft, de facto corporation*).¹² Последице примене концепта непостојећег, па и фактичког друштва најчешће су подразумевале примену класичних правила уговорног права у случају ништавости, укључујући и дејство *ex tunc*. Положај трећих лица био је изразито неповољан, будући да се сматрало да друштво није ни настало, те су у погледу намирања својих потраживања та лица имала непривилегован положај поверилаца чланова друштва.¹³ Узимајући у обзир неприхватљивост таквог решења, у таквим ситуацијама најчешће се говорило о фикцији постојања друштва, пре свега у односу на трећа савесна лица.¹⁴

Чињеница предузимања правних послова у правном промету и заснивање различитих интерних односа условили су да данас буде прихваћен концепт постојања или, прецизније речено, *признања* друштва са недостацима.¹⁵ Дакле, превасходно због успостављених чланских, статусних односа није могуће сматрати да друштво никад није ни постојало, већ се мора прихватити да је оно настало.¹⁶ Правни основ за то неки аутори заснивају и на чињеници да се стицање правног субјективитета везује за тренутак оснивања друштва, што је најчешће државни акт, што доводи до фактичког, али и правног постојања друштва.¹⁷ Стога о концепту ништавог – непостојећег

¹¹ K. Schmidt (1986), 422–424.

¹² Вид. R. R. Drury, „Nullity of Companies in English Law“, *Modern Law Review* 48/1985, 654. О разликама између фактичког друштва и привида друштва у немачкој теорији вид. K. Schmidt (1986), 422–424. О концептима непостојећег и фактичког друштва у америчкој теорији и пракси вид. Thilo von Bodungen, „The Defective Corporation in American and German Law“, *The American Journal of Comparative Law* 15(12)/1966–1967, 316.

¹³ Вид. Hugh Ault, „Harmonization of Company Law In The European Economic Community“, *The Hastings Law Journal* 20/1968, 111.

¹⁴ У погледу концепта фактичког друштва, теорија је сматрала да фактички однос постоји не само у односу на трећа лица, већ и у унутрашњим односима, поредећи их са уговорима са трајним обавезама, у којима није релевантно само тренутно испуњење нечије обавезе – попут уношења улога, већ се ствара трајни лични однос, који, као и код уговора са трајним дејством, подразумева посебне услове за престанак, као што је отказ. Стога је и разумљиво да се многа општа правила грађанског права морају модификовати и у унутрашњим односима у фактичком друштву са циљем „заштите континуитета“ који право узима у обзир у таквим случајевима. Вид. T. von Bodungen, 328.

¹⁵ M. Paschke, 3.

¹⁶ K. Schmidt (1986), 426.

¹⁷ *Ibid.*, 428. Примена концепта друштва са недостацима не важи само за недостатке у погледу оснивања, већ се у старијој немачкој теорији такође сматрала применљивом и на приступање и иступање, као и на искључење чланова (махом оних

друштва у правом смислу речи заправо не може бити речи. О томе не може бити речи ни доцније, када услови за постојање друштва буду испуњени приликом оснивања, али касније нестану, будући да је тада адекватна нека друга санкција, а не ништавост.¹⁸

Ипак, и даље се често користи термин ништавости друштва да би се најједноставније указало на проблем о коме је реч, који у центар посматрања ставља недостатке који се односе на привредно друштво – субјект права.¹⁹ У том смислу је термин *ништавог друштва* нужно схватити као посебан и ни у ком случају једнак појму ништавости у грађанском праву.

2.2. Условна ништавост (друштво са недостацима) – разлози за ништавост који воде (обавезном) престанку друштва

Без обзира на националне разлике, режим ништавости углавном почива на потреби заштите правног промета, у коме се макар из перспективе правних послова са трећим лицима сматра да друштво које приликом настанка има одређене недостатке *правно постоји*.²⁰ Стога, друштво које је настало, а да за то нису били испуњени сви услови, постоји не само фактички већ и правно. Међутим, недостаци друштва су у тој мери изражени да не могу оправдати даље постојање друштва, чак ни због заштите интереса правне сигурности, те је оправдано да доведу до престанка друштва. Ништавост је стога примењена у „сведеној – умањеној форми“.²¹

друштava у којима је њихова одговорност неограничена), уз недостатке, поштујући притом правила везана за регистроване податке и њихово дејство у односу на трећа лица. Вид. *ibid.*, 435–436. Касније је у судској пракси такав приступ напуштен. Ипак, близак је режиму ништавости одлука скупштине. Вид. М. Paschke, 2, 12–13.

¹⁸ R. Drury (1991), 260.

¹⁹ То, на пример, чини право ЕУ, али и национална права. Примера ради, вид. чл. 12 Директиве о координацији правила земаља чланица која се односе на привредна друштва, неопходим ради једнаке заштите интереса чланова и трећих лица, Directive 2009/101/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and third parties, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 48 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent (Text with EEA relevance), OJ L 258, 1. октобар 2009. (у даљем тексту цитирана као Директива о ништавости). У том тексту су консолидоване и замењене одредбе Прве директиве компанијског права. О ништавости друштва говори, на пример, и хрватско право. Вид. чл. 384а–384ц и чл. 472а хрватског Закона о трговачким друштвима, *Народне новине* 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15, <https://www.zakon.hr/z/546/Zakon-o-trgovu%C4%8Dkim-dru%C5%Altivima>, 4. март 2017.

²⁰ T. von Bodungen, 317. Стога је и искључена могућност да ништавост истичу повериоци друштва.

²¹ Adolf Baumbach, Alfred Hueck, *GmbHG*, Verlag C. H. Beck, München 2013²⁰, 2091.

То је основни концепт ништавости који је предвиђен у савременом компанијском праву и заправо је концепцијски уобличен у правном систему ЕУ, а доцније је прихваћен у великом броју националних права. Изричито је предвиђен у швајцарском праву одредбом према којој друштво стиче субјективитет уписом у регистар, *чак и у случају да за то нису испуњени сви услови*.²² У том случају постоји могућност да, у случају озбиљних недостатака приликом оснивања који угрожавају интерес поверилаца или чланова, суд на основу њиховог захтева спроведе поступак којим друштво престаје да постоји. Стога је и немачко право прецизније назвало такво друштво не ништавим, већ друштвом са недостацима (*fehlerhafte Gesellschaft*), сматрајући да такво значење „даје легитимитет“ друштву које упркос недостацима у оснивању није аутоматски ништаво.²³ Такав теоријски концепт прихваћен је и у српском праву, те се истиче да је ништавост изједначена са престанком друштва, узимајући у обзир ваљаност предузетих радњи и послова друштва.²⁴

2.3. Ништавост оснивачког акта (уговорни концепт)

Оснивачки акт (уговор или одлука о оснивању) може, као и сваки други правни посао, да има недостатака, иако у специфичном виду који је својствен режиму ништавости аката друштва.²⁵ Оснивачки акт представља основ за настанак и постојање друштва, те његови недостаци изазивају важне последице које утичу на постојање и ваљаност самог друштва. Често се, стога, између ништавости оснивачког акта и ништавости друштва прави паралела или поставља знак једнакости, будући да друштво не може ваљано да настане нити постоји ако му недостаје правни основ. Стога је ништавост оснивачког акта основ за ништавост друштва.²⁶

Међутим, између ништавог оснивачког акта и ништавости друштва нема знака једнакости јер друштво није изједначено са уговором на основу кога настаје нити његова ништавост аутоматски повлачи ништавост друштва. За његов настанак и постојање нуж-

²² Чл. 643 швајцарског Законика о облигацијама (*Codes des obligations*), <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19110009/index.html>, 5. април 2017.

²³ Чл. 275, ст. 1 немачког Закона о акционарским друштима (*Aktiengesetz*), <https://dejure.org/gesetze/AktG>, 1. фебруар 2017, и чл. 75 немачког Закона о друштвима са ограниченом одговорношћу (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*), <http://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg>, 1. март 2017. М. Paschke, 4.

²⁴ Мирко С. Васиљевић, *Компанијско право*, Удружење правника у привреди Републике Србије, Београд 2015⁹, 88.

²⁵ Вид. К. Schmidt (1986), 426.

²⁶ Вид. нпр. такву изричиту одредбу у чл. L235–1 француског Трговачког законика (*Code de commerce*), <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006229586&cidTexte=LEGITEXT000005634379>, 1. фебруар 2017.

ни су и други елементи, међу којима се истиче чињеница уписа или регистрације друштва која има конститутивно дејство. Стога и престанак субјективитета захтева одговарајући поступак уписа или регистрације који има једнако конститутивно дејство.

Осим што се у уговорној теорији друштва условљава веза између ништавости оснивачког акта и ништавости друштва, она је последица и околности да у оним правима у којима постоји само један оснивачки акт представља правни основ настанка – регистрације друштва. То, међутим, није случај у оним правима у којима је уговор између чланова праћен још једним актом који служи за регистрацију и настанак друштва, те неважност уговора међу члановима нема директне последице на настанак и постојање друштва.²⁷

У контексту ништавости оснивања који почива на оснивачком акту као правном основу, што је концепција континенталних права, укључујући и српско, тешко је концентрисати режим само (или искључиво) око оснивачког акта, будући да, ако постоје, озбиљни недостаци битно угрожавају основне правне принципе у настанку друштва – те је стога и логично да се друштво или оснивање сматрају ништавим (условно према концепту ништавости компанијског права). Стога је у случају постојања разлога ништавости који се односе на правни основ и даље највећа пажња усмерена не на постојање недостатка основа као таквог, већ на чињеницу да постојећи недостатак онемогућава опстанак друштва које се сматра основаним. Примера ради, уколико правном послу недостаје неки битни елемент – такав посао био би ништав у компанијском праву само онда када друштво не може или не сме да опстане без предвиђеног елемента. Стога нису сви битни елементи оснивачког акта истовремено и разлози за његову ништавост према савременој теорији компанијског права. Сходно томе, погрешно је режим ништавости везати само за ништавост оснивачког акта, а не и за ништавост оснивања привредног друштва. Будући да управо то чини српско право, концентришући разлоге за ништавост око оснивачког акта, сматрамо да тиме ставља у други план основну сврху ништавости оснивања и истиче уговорни концепт (настанка) друштва, који иначе није својствен српском праву нити треба да буде изражен у примени института ништавости оснивања.²⁸

Најзад, усмерење ка ништавости оснивачког акта занемарује његову најважнију карактеристику – да је осим правног посла он, заправо, на првом месту и претежно организациони акт друштва, губећи готово потпуно везу са уговором оснивача друштва. Оснивање привредног друштва, осим класичног грађанског односа (правног по-

²⁷ Вид. Т. von Bodungen, 315.

²⁸ Вид. чл. 13 ЗОПД.

сла), у себи има и значајне *статусне (институционалне) елементе*.²⁹ Ако одређени односи који се успостављају након закључења оснивачког акта могу да се посматрају као класични грађанскоправни послови, који у случају ништавости у крајњој линији могу да воде повраћају у пређашње стање, то свакако није случај са чланским односом насталим у вези са привредним друштвом.³⁰ Управо тај однос, осим потребе заштите трећих лица, указује на особеност која у тој материји мора да постоји у случају ништавости привредног друштва као целине, а не правног основа на коме је друштво настало.³¹

2.4. Ништавост регистрације или уписа и ништавост оснивања (формално-институционални концепт)

Иако у великој мери одређени аутономијом воље и правилима грађанског права, друштво и његово оснивање, а у неким формама у значајном обиму и функционисање друштва, прелазе оквир приватног и у великој мери улазе у област јавног права. Између осталог, за настанак и постојање друштва нужна је регистрација или упис друштва, што представља својеврсну „претпоставку грађанскоправног односа“. ³² Конститутивно дејство уписа подразумева претходну контролу испуњености услова настанка друштва, која се у упоредном праву разликује према обиму и надлежности. Организована је или у виду провере свих услова за настанак друштва (материјалних и формалних), када по правилу подразумева упис друштва у одговарајуће регистре, или просту регистрацију која се врши на основу поднете пријаве и докумената које предвиди законодавац. У случају регистрације контрола се, по правилу, своди само на формалне претпоставке оснивања. Такав приступ је усвојен и у српском праву.³³

Без обзира на који су начин организовани контрола и стицање субјективитета друштва, изостанак неког услова отвара могућност ништавости самог поступка оснивања на основу ништавости упи-

²⁹ О специфичним статусним – институционалним дејствима оснивачког акта вид. М. Васиљевић, 56–57.

³⁰ К. Schmidt (1986), 426.

³¹ Сличним аргументима објашњава и Пашке основу института „друштва са недостацима“, сматрајући да то није ни одступање од класичних правила грађанског права ни последица примене правила поверења у регистровано стање већ двострука правна природа оснивачког акта као облигационог и организационог акта, на основу кога настаје друштво које своје правно постојање дугује признању на основу закона и представља особени правни институт. Вид. М. Paschke, 5–6.

³² Вид. Андрија Гамс, Љиљана Ђуровић, *Увод у грађанско право: општи део*, Научна књига, Београд 1981, 49.

³³ Вид. начела регистрације у чл. 3 Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, *Службени гласник РС*, бр. 99/2011, 83/2014.

са или регистрације оснивања. Зависно од прихваћеног система оснивања, може да се односи на испуњеност свих или само неких (по правилу само формалних) услова. Такође је, у оквиру специфичности режима ништавости оснивања друштва, усмерена само на најважније недостатке или неправилности у настанку друштва.

Имајући у виду све то, опредељење за терминолошко (али и концепцијско) одређење ништавости односи се на *ништавост оснивања*, као најшири али и адекватан појам. Наиме, он обухвата све пропусте приликом настанка друштва, а притом се не ограничава ни на правни основ (оснивачки акт) ни на сам поступак оснивања – регистрације. Он такође искључује могућност накнадне ништавости, указујући на то да се накнадни недостаци морају другачије санкционисати. Најзад, избегава теоријски проблематичан појам ништавости друштва. У том смислу ваља схватити избор и употребу термина ништавости оснивања у овом раду.

3. МЕСТО НИШТАВОСТИ У ПРАВНОМ СИСТЕМУ ЕУ

Узимајући у обзир изузетан правнополитички значај ништавости у правном систему, то питање није остало без утицаја права ЕУ, које је поставило изузетно важна општа рестриктивна правила за режим ништавости оснивања, успостављајући на тај начин извесну хармонизацију тог питања у свим земљама чланицама ЕУ. Од значаја је и за српско право, узимајући у обзир да је под утицајем комунитарних правила то питање уређено и код нас.

Престанак друштва услед разлога за ништавост друштва који постоје од оснивања изричито је регулисан правилима (раније Прве) Директиве компанијског права ЕУ.³⁴ Стога је, за разлику од других разлога и услова за престанак друштва, које је било предложено али не и регулисано на комунитарном нивоу, материја ништавости друштва уређена на самом почетку хармонизације компанијског права ЕУ. Први документ у којем су хармонизована поједина важна питања из области компанијског права обухватио је неколико важних питања у заштити и поверењу трећих лица у правном промету.³⁵ Стога је садржао општи оквир за регистровање и објављивање

³⁴ Вид. о општим питањима ништавости у праву ЕУ: Stefan Grundmann, *European Company Law: Organization, Finance and Capital Markets*, Intersentia, Antwerpen – Oxford 2007, 742.

³⁵ Вид. Директиву о ништавости. Детаљно о њеним одредбама у српској литератури вид. Вук Радовић, „Ништавост, објављивање информација и пословање друштава капитала“, *Компанијско право Европске уније* (ур. М. Васиљевић, В. Радовић, Т. Јевремовић Петровић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 89 и даље.

најзначајнијих података о друштвима и предвидео начело јавности и поуздања у те податке. Посебно је наглашено и уређено питање одговорности за обавезе преузете у име привредног друштва, а међу тим одредбама неколико чланова је посвећено питању ништавости.³⁶ Материја која је обухваћена том директивом хармонизована је само у најзначајнијим питањима, стварајући предуслове за правну сигурност на унутрашњем тржишту, док је њихов значајан део и поред тога препуштен регулисању националних права.³⁷ Већа усаглашеност међусобно различитих права, систем заштите поверења трећих лица на унутрашњем тржишту, али и „потенцијал ништавости да доведе до хаоса“, разлози су интервенције европског законодавца посебно у односу на питање ништавости.³⁸

Општи оквир ништавости приликом оснивања друштва у праву ЕУ односи се на разлоге који „...у тренутку оснивања онемогућавају друштву способност да стекне или ужива права, односно испуњава своје обавезе“.³⁹ Они почивају на основним начелима према којима је важно обезбедити што ефикаснију контролу оснивања, а затим ограничити услове за ништавост. Дакле, поштовање услова нужних за настанак друштва постиже се или озбиљнијом претходном контролом или санкционисањем ништавошћу у случају да најзначајнији услови оснивања нису поштовани. Што је та контрола значајнија приликом оснивања привредног друштва, нарочито када подразумева преиспитивање материјалних услова оснивања, укључујући и механизме за уклањање пропуста, ништавост има мање значаја. Супротно, слабија контрола или она ограничена на испитивање испуњења формалних услова отвара шири простор за ништавост, која у том случају служи као механизам остваривања услова оснивања.⁴⁰

Основно правило које је предвиђено у Директиви о ништавости подстиче *контролу* приликом оснивања друштва, чиме заправо настоји да превентивно отклони разлоге због којих би оснивање могло да буде ништаво. Стога је у компанијском праву ЕУ предвиђена или обавезна превентивна судска или управна контрола поступка оснивања друштва, или обавезна овера пред надлежним органом (бележник или друго овлашћено лице, зависно од националног права) свих оснивачких аката, статута и њихових измена.⁴¹ Иако је регулисање контроле било под јаким утицајем немачког права, које подразумева озбиљну контролу и материјалних и формалних услова

³⁶ Поглавље 4 у члановима 11–13 Директиве о ништавости.

³⁷ S. Grundmann, 137.

³⁸ R. Drury (1991), 247.

³⁹ S. Grundmann, 137.

⁴⁰ R. Drury (1991), 262.

⁴¹ Чл. 11 Директиве о ништавости.

оснивања, слабија контрола је остала могућа и у неким чланицама је била само формалне природе, најчешће услед потребе ефикаснијег оснивања друштава.⁴² Дакле, компанијско право ЕУ налаже озбиљну контролу да би избегло санкционисање непоштовања услова за ваљано оснивање друштва путем ништавости и тиме *даје предност контроли* у односу на све друге инструменте заштите интереса за-интересованих лица.

Следећа најзначајнија карактеристика режима ништавости односи се на врло строге услове под којима се она може утврдити, с тим што је таксативним набрајањем услова и режима ништавости успостављен њен *максимални обим*, те није могуће утврдити ништавост у другим случајевима, сем оних предвиђених, нити са другачијим последицама или под других условима.⁴³ То значи да национални режим може да сузи понуђени оквир и услове ништавости или да је потпуно онемогући, али не сме да установи режим ништавости који би прелазео рестриктивно постављене границе. Важно је, стога, имати на уму тај општи оквир у разумевању појединих правила која се односе на услове и правни режим ништавости (оснивања) друштва. Тај режим има посебан значај у оним правима у којима контрола има мањи значај и отвара шири простор за примену правила о ништавости, као што је то случај са српским правом.

4. ПРАВНИ РЕЖИМ НИШТАВОСТИ ДРУШТВА

Правни режим ништавости оснивања друштва разликује се у многим детаљима у упоредном праву. Ипак, хармонизација права ЕУ успоставила је заједнички оквир за услове и поступак ништавости оснивања, о коме ће бити речи. Правни режим је посебно уређен у односу на специфичне и лимитативне разлоге за ништавост, основна правила о поступку у случају преиспитивања неког од наведених разлога, као и у односу на последице које наступају услед утврђених разлога за престанак друштва.

4.1. Разлози ништавости

Имајући у виду специфичност ништавости и далекосежне последице које може да има, сви разлози ништавости таксативно су наведени и по природи су такви да представљају нужне елементе за

⁴² О контроли оснивања у француском праву које је махом формалне природе вид. Peter Jung, „Vers une convergence des droits allemand et français des sociétés?“, *Revue internationale de droit comparé* 4/2008, 866.

⁴³ То је изричито предвиђено чл. 12 Директиве о ништавости, која предвиђа основне услове и режим ништавости.

настанак друштва, без којих оно не може (нема довољно података да би се идентификовало, нема довољно одредаба о члановима и улозима да би се одредили унутрашњи односи, нема капитал...) или не сме да постоји (забрањена делатност).⁴⁴ Стога су они „...делом засновани, а делом супротни основним правилима...“ грађанског права.⁴⁵ У првобитном предлогу Директиве била су предвиђена, од постојећих шест, само прва два, али су даљи услови накнадно допуњени.⁴⁶ При том, идеја лимитираних услова била је истинска хармонизација којом би се ограничили услови ништавости само на оне најважније, а не набрајање постојећих услова према стању у националним правима, од чега се у коначној верзији текста ипак одступило.

Разлози ништавости таксативно су наведени, што је не само уједначено мишљење у теорији, већ и став Суда ЕУ, који је истакао да ништавост друштва није могућа у другим случајевима.⁴⁷ Тиме се сви случајеви који би довели до ништавости према општим правилима грађанског права, али не и компанијског права, не могу истицати, већ их је могуће решити коришћењем других правних института.⁴⁸ То је разлог да у погледу разлога ништавости немачки аутори нарочито истичу постојање „појачаног принципа јавности“ у компанијском пра-

⁴⁴ Вид. чл. 12, ст. 1, тач. б) Директиве о ништавости.

⁴⁵ T. von Bodungen, 325.

⁴⁶ Вид. чл. 13 оригиналног и измењеног нацрта Прве директиве компанијског права, објављеног у: M. C. Berkhouwer, *Rapport fait au nom de la commission du marché intérieur sur la proposition de la Commission de la Communauté économique européenne au Conseil (doc. 10/1964–1965) relative à une directive tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58, alinéa 2, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers*, Parlement européen, Documents de séance 1966–1967, Document 53, 9 mai 1966.

⁴⁷ Вид. пара. 12 Пресуде у случају *Marleasing v La Comercial Internacional de Alimentación* (C-106/89). Теоријске ставове вид. нпр. код: Vanessa Edwards, *EC Company Law*, Clarendon Press, Oxford 1999, 46; Erik Werlauff, *EU Company Law: Common business law of 28 states*, 2nd edition, DJØF Publishing, Copenhagen 2003, 76; R. Drury (1991), 251; Mathias Habersack, *Europäisches Gesellschaftsrecht: Einführung für Studium und Praxis*, Verlag C. H. Beck, München 2006³, 100.

⁴⁸ Вид. у том смислу: V. Edwards, 49. Тако се, на пример, у немачком праву, према чл. 275 немачког Закона о акционарским друштвима, ништавост омогућује само у случају незаконитог оснивања, када оснивачки акт (статут) акционарског друштва нема одредбе о висини оснивачког капитала или када су изостале или ништаве одредбе о циљу друштва. У случају осталих неправилности оставља се накнадни рок, након чијег протека је могућа ликвидација друштва. Вид. чл. 266 немачког Закона о акционарским друштвима и чл. 399 немачког Закона о поступку у породичним и другим ванпарничним стварима (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit – FamFG*), <https://dejure.org/gesetze/FamFG/397.html>, 1. фебруар 2017; као и Welf Müller, Thomas Rödder (Hrsg.) *Beck'sches Handbuch der AG: Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Börsengang*, Verlag C. H. Beck, München 2009², 168–170.

ву.⁴⁹ Стога је једна од последица таквог приступа и домаћај одредбе о ништавости, која се односи пре свега на она друштва која постоје у очима трећих лица, онако како је то према стању из регистра, и ради заштите сигурности у правном промету.⁵⁰ Ван оквира режима ништавости остају, дакле, они случајеви када друштво није регистровано. Примери таквих ситуација подразумевају не само разне проблеме у вези са друштвом у настанку (попут преддруштва у немачком праву), већ и у оним случајевима у којима трећа лица верују да друштво постоји, иако за то нема основа према правилима о настанку и регистрацији друштва.

Разлози ништавости односе се на организационе елементе друштва без којих оно не може да постоји, уговорне и елементе оснивачког акта и забрањену делатност. Такође је могућа у случају да је изостала контрола оснивања.⁵¹ Ипак, сви лимитативни разлози ништавости не морају да буду нити су прихваћени у свим националним правима.

Та разлика у разлозима ништавости је нарочито пре хармонизације указивала на она различита *питања која се*, према виђењу националног законодавца, *налазе у основи концепта привредног друштва и његове правне природе*.⁵² Стога нису сва права познавала пре хармонизације, као ни након ње, све предвиђене разлоге ништавости, а у неким од њих није чак била ни предвиђена могућност ништавости оснивања привредног друштва. Истакнуто је да примена разлога ништавости чудном коинциденцијом расте ка југу ако се национална права посматрају на географској карти: док је врло ретка или чак не постоји на северу, ништавост се значајније користи

⁴⁹ K. Schmidt (1991), 378.

⁵⁰ Суд ЕУ је изнео мишљење о примени одредаба о ништавости на она друштва за која трећа лица, према стању из регистра, сматрају да постоје. Вид. пар. 14 Пресуде у случају *Ubbink Isolatie BV* (C-136/87), Judgement of the Court of 20 September 1988. Каже се, наиме, да се правила Директиве о ништавости примењују само у случају да трећа лица према правилима о објављивању верују да друштво постоји („... *the rules concerning the nullity of companies laid down in Section III of the First Directive apply only where third parties have been led to believe by information published in accordance with Section I that a company within the meaning of the First Directive exists*“). Вид. и V. Edwards, 47–48.

⁵¹ Према чл. 12, ст. 1, тач. б) Директиве о ништавости разлози ништавости постоје само 1) уколико је изостао оснивачки акт, превентивна контрола оснивања или друге предвиђене формалности; 2) када је предвиђена делатност друштва забрањена или супротна јавном поретку; 3) када оснивачки акт или статут не наводи име друштва, износ појединачних улога, укупан износ уписаног капитала или делатност друштва; 4) у случају повреде одредби о минималном уплаћеном оснивачком капиталу које је предвидело национално право; 5) у случају правне неспособности свих оснивача; 6) када је, супротно одредбама националног права, број оснивача мањи од два.

⁵² R. Drury (1991), 247.

на југу Европе, те, на пример, у француском праву подразумева и одређене разлоге у вези са уговорном природом друштва, док се у Италији и Грчкој томе придружују и бројни други разлози.⁵³ Разлика у националним правима очигледна је, према Друријевом мишљењу, у две равни: према првој равни, у разлозима ништавости, која се везује или за практичне разлоге изостанка императивних услова за оснивање друштва или за разне друге околности које су у највећој мери у вези са уговорном природом друштва; док се према другој равни ништавост разликује у односу на њену комплементарну улогу у поступку контроле поступка оснивања.⁵⁴

4.1.1. Разлози ништавости нужни за постојање друштва

Таксативно наведени разлози ништавости углавном се односе на оне без којих друштво не може ни ваљано да настане, а уколико се то ипак деси, не може ни да постоји у правном промету. Такав смисао дају разлозима ништавости нека национална права, у којима је, попут немачког права, јасна граница између ништавости правних послова у грађанском праву и друштва – које улази у сферу компанијског права.⁵⁵

Ти разлози се пре свега односе на изостанак пословног имена друштва, износ појединачних улога, укупан износ уписаног капитала или делатност друштва у оснивачком акту или статуту друштва. Међутим, иако у том случају оснивачки акт не садржи те елементе, није реч о мањкавостима акта као таквог већ о немогућности идентификације друштва и његових чланова, односно његових суштинских елемената. У случају изостанка наведених одредби неопходно је да се оне уопште не могу, чак ни посредно, наћи у тексту оснивачког акта.⁵⁶

Исто се односи и на случај повреде одредаба о минималном уплаћеном оснивачком капиталу који је предвиђен у националном праву и то је заправо један од елемената на коме су поједина национална права посебно инсистирала приликом настанка друштва. Ипак, овде није реч о неизвршењу обавезе уношења или уплате улога већ о

⁵³ R. Drury (1991), 248–249.

⁵⁴ *Ibid.*, 249.

⁵⁵ M. Paschke, 1.

⁵⁶ Тако је, на пример, у случају изостанка одредаба о укупном износу уписаног капитала неопходно да се тај износ не може ни посредно одредити (примера ради, у случају када су предвиђени појединачни улози и њихова вредност али не и њихов збир) – дакле у случају потпуног одсуства одредбе којом би могао да се одреди основни капитал друштва. Вид. такво мишљење у немачкој литератури код Holger Fleischer, Wulf Goette (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Band 3: §§53–85*, C. H. Beck, München 2016², 885.

уговарању супротно одредбама о минималном оснивачком капиталу који је неопходно унети у друштво – будући да се неизвршење презумете обавезе санкционише на други начин.⁵⁷

Најзад, ништавост може да се истиче и услед непостојања минималног броја оснивача, када је он мањи од два. Ипак, каснијом хармонизацијом компанијског права ЕУ омогућено је оснивање једночланог друштва у некој форми која оснивачу обезбеђује ограничену одговорност за обавезе друштва.⁵⁸ Ипак, одредба важи у вези са оним формама друштава за које се и даље, према одредбама националних права, тражи више оснивача, а доцније и чланова.⁵⁹ Ипак, национална права уобичајено тај случај не санкционишу ништавошћу већ накнадним роком у коме друштво може да прими нове чланове, а у супротном обавезном ликвидацијом.⁶⁰

4.1.2. Разлози ништавости у вези са оснивачким актом

Оснивачки акт друштва неспорно представља конститутивни елемент друштва без кога оно не може да настане нити да даље послуже. Стога је јасно да је један од разлога ништавости потпуни изостанак оснивачког акта или случај када је он донет у случају правне неспособности свих оснивача. Међутим, и сам оснивачки акт је један од нужних елемената постојања друштва, па се и он у том смислу може подвести под разлоге ништавости нужне за постојање друштва.

Ипак, нека национална права (и даље) инсистирају на уговорној природи друштва, те недостатак одређених битних – конститутивних елемената уговора сматрају ваљаним разлогом за ништавост друштва.⁶¹ Очигледан пример за то су не само неспособност уговорних страна, већ и мане воље. Ипак, чак и такав утицај уговорног концепта настанка друштва постоји у релативном – специфичном контексту, будући да се на оснивачки акт не могу доследно применити правила уговорног права.⁶²

⁵⁷ Вид. исто и Paul Le Cannu, Bruno Dondero, *Droit des sociétés*, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris 2009³, 245.

⁵⁸ Вид. чл. 2, ст. 2, под б) Директиве компанијског права о једночланим друштвима, Directive 2009/102/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 in the area of company law on single-member private limited liability companies, *OJ L* 258, 1. октобар 2009. (даље у фуснотама цитирана као Директива компанијског права о једночланим друштвима), у којој је консолидован текст раније тзв. Дванаесте директиве компанијског права.

⁵⁹ Исто: М. Habersack, 100.

⁶⁰ Тако је, између осталог, поступило и српско право. Вид. чл. 546 ЗОПД.

⁶¹ R. Drury (1991), 249.

⁶² *Ibid.*, 249.

Типичан пример даје француско право, које у режиму престанка друштва као један од разлога предвиђа и престанак путем обавезне ликвидације због ништавости оснивачког акта. Међутим, и у Грађанском и Трговачком закону предвиђена је примена *посебних правила о ништавости друштва*, као и правила која регулишу *ништавост уговора*, с тим што они код друштава чија је одговорност ограничена не могу наступити услед мана воље или неспособности свих уговорних страна.⁶³ Дакле, режим ништавости је двострук у мери у којој је регулисан или повредом (императивних) одредаба права која уређују привредна друштва, с тим што је разлог ништавости изричито предвиђен; или произлази из примене одредаба о ништавости уговора (и општих одредаба у вези са уговорима и оних посебних у вези са оснивачким актима), што завређује посебну пажњу. И у самој француској теорији се сматра да уноси несигурност у област ништавости друштава, будући да обухвата традиционалне разлоге ништавости уговора, као што су воља, способност, циљ и кауза уговора.⁶⁴ Такође се у обзир узима и превара.⁶⁵ Сматраће се да сви други недостаци оснивачког акта који су у супротности са императивним одредбама, а нису изричито предвиђени као разлози ништавости, нису ни предвиђени.⁶⁶ Тај традиционални режим ништавости редовно се преиспитује и пореди са рестриктивним режимом правила Директиве о ништавости, будући да значајно прелази њене границе.⁶⁷

4.1.3. Контрола и пропусти у контроли

Један од важних разлога ништавости јесте изостанак превентивне контроле оснивања или других предвиђених формалности приликом оснивања. Међутим, за разлику од свих других наведених разлога, та одредба пружа највише простора за разлике у погледу режима контроле, који се, како је то већ наведено, значајно разликује у националним правима. Стога је могуће и различито уредити када је контрола изостала, односно повредом којих формалности би долазила у обзир могућност ништавости друштва.

⁶³ Чл. 1844–7, ст. 3 и 1844–10 француског Грађанског законика (Code civile), <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;?idArticle=LEGIARTI000028724345&cidTexte=LEGITEXT000006070721>, 1. фебруар 2017; и чл. L. 235–1 француског Трговачког законика.

⁶⁴ Jean-Paul Valuet, Alain Lienhard, Pascal Pisoni (commentaires et annotations), *Code des sociétés et des marchés financiers*, Édition 2010, Dalloz, Paris 2009²⁶, 120–121.

⁶⁵ Philippe Merle, *Droit commercial: Sociétés commerciales*, Dalloz, Paris 1998⁶, 82.

⁶⁶ Чл. 184410, ст. 2 француског Грађанског законика.

⁶⁷ Став о супротности са правом ЕУ највише је изражен код нпр. P. Le Cannu, B. Dondero, 242–245. Вид. и: P. Merle, 82.

Тако, на пример, немачко право познаје врло строгу контролу оснивања друштва, која, стога, у великој мери отклања потребу ништавости друштва и дозвољена је само изузетно. Пре свега, контрола подразумева да нотар обавезно оверава оснивачки акт, а затим суд проверава испуњеност услова за оснивање друштва, што такође обухвата и оснивачки акт.⁶⁸ Сличну контролу има и енглеско право, у коме се приликом регистрације издаје потврда, која представља неопорив доказ да је друштво основано уз поштовање свих услова нужних за његову регистрацију и да је регистрација извршена у складу са законом.⁶⁹ Стога у енглеском праву није ни предвиђена могућност ништавости, иако је предвиђена могућност испитивања регистрације друштва ради његовог брисања као изузетак, и то само када поступак покрене држава у случају озбиљног нарушавања јавног поретка.⁷⁰ Ипак, таква изузетна могућност се односи искључиво на околност да је друштво основано ради обављања недозвољених делатности, па се у теорији сматра да ниједан други разлог не би могао да води ка ништавости.⁷¹

⁶⁸ Чл. 23 и 38 немачког Закона о акционарским друштвима. Судска контрола оснивачког акта је потпуна (неограничена) у погледу формалних услова, док је ограничена у погледу његових материјалних одредаба. Тако суд може да ускрати упис друштва у регистар само у случају да одредбе оснивачког акта нису у складу са законом, а реч је о таквим одредбама које су искључиво или претежно предвиђене са циљем заштите поверилаца или ради заштите јавног интереса, као и у случају погрешно утврђене процене новачаних улога или таквих одредаба оснивачког акта које би водиле његовој ништавости. Као последица тога, сви формални недостаци се не могу више истицати након регистрације друштва, а међу њима, осим форме оснивачког акта (уз пуноважну оверу јавног нотара), сматрају се, такође и такви недостаци попут (не)овлашћеног заступања или изостанка у поступку пред нотаром, али и недостаци у изјавама или мане воље приликом уписа акција. Ипак, то се не односи и на пословну неспособност уписника акција, на пример. Вид. детаљно: W. Müller, T. Rödder, 165–166. Ипак, готово да је невероватно да дође до регистровања друштва када постоје такве околности, будући да суд о њима води рачуна приликом регистрације и да врши неограничену контролу свих наведених формалних услова. За разлику од конвалидације регистрацијом у погледу формалних недостатака, недостаци у садржају оснивачког акта могу се истицати и након регистрације друштва, иако за поједине постоји могућност да се накнадно уклоне, док су неки везани за одређени рок.

⁶⁹ Вид. чл. 15, ст. 4 енглеског Компанијског закона (Companies Act 2006), <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>, 1. април 2017. Исту одредбу је садржао и претходни Компанијски закон, о чему вид. детаљно: R. Drury (1985), 645 и даље.

⁷⁰ V. Edwards, 46.

⁷¹ R. Drury (1991), 272. Аутор наводи случај друштва које је као своју делатност навело „проституцију“, што је био озбиљан разлог поништаја друштва. Вид. и Paul Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, London 2008⁸, 95. Ипак, други наводе да у том случају није реч о ништавости услед недостатака у оснивању, за које је потврда о регистрацији неопорив доказ испуњености свих услова, већ о недозвољеној

4.1.4. Незаконита делатност

Најзад, ништавост друштва постоји и када је предвиђена делатност друштва забрањена или супротна јавном поретку. За разлику од других разлога ништавости, у којима постоје различити ставови у националним правима, од самог почетка регулисања тог питања било је неспорно да друштво не може да постоји у случају да је делатност друштва противна правно допуштеним циљевима. Делатност друштва која је супротна закону или поретку јасан је услов ништавости, у коме нема никаквих разлога да се заштити настало фактичко и правно стање. Правни поредак не сме да дозволи постојање друштва чији је циљ противан закону или јавном поретку, без обзира на могућност постојања одређених интереса трећих лица. Стога и не чуди то што су у првом нацрту Прве директиве компанијског права која је обухватала ништавост међу условима били предвиђени само недопуштени циљ оснивања и пропусти у поступку оснивања.⁷²

Међутим, у погледу тог услова Суд ЕУ је прецизирао да није реч о стварној – фактичкој делатности друштва, већ само о оним делатностима које су наведене у оснивачком или другим актима друштва, а које су забрањене или супротне јавном поретку.⁷³ У теорији је ипак остало спорно да ли се такав основ везује само за делатност која је предвиђена приликом оснивања друштва или и накнадне измене делатности. Узимајући у обзир остале разлоге ништавости, али и смисао правила која су на првом месту усмерена на недостатке у оснивању друштва, склони смо да прихватимо да је реч само о делатности у тренутку оснивања друштва, будући да тај тренутак представља оквир за регулисање овог института.⁷⁴

активности друштва, о чему потврда о регистрацији није необориви доказ. Вид. Charles Wild, Stuart Weinstein, *Smith and Keenan's Company Law*, Pearson Education Limited – Longman 2009¹⁴, 57.

⁷² H. Ault, 112.

⁷³ Пар. 11–12 пресуде у случају *Marleasing* (Case C-106/89), Judgment of the Court of 13 November 1990. Сугерише се да тај услов не подразумева незаконите циљеве због којих се оснива друштво већ само оне у актима друштва који нису у складу са прописима и јавним поретком. Вид. P. Van Ommeslaaghe, „La première directive du conseil du 9 mars 1968 en matière de sociétés“, *Cahiers de droit européen* 1969, 660, наведено према: V. Edwards, 50. Детаљно о том питању, укључујући и другачије интерпретације до доношења пресуде, вид. J. Stuyck, P. Wytinck, „Case C-106/89, *Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, Judgment of 13 November 1990 (Sixth chamber), not yet reported“, *Common Market Law Review* 28/1991, 218 и даље.

⁷⁴ Супротно вид. код: V. Edwards, 50.

4.2. Утврђење ништавости

Ништавост која је предвиђена у компанијском праву ЕУ значајно је ограничена и правилом да не сме да наступи аутоматски, по сили закона, већ на основу *судске одлуке* у случају да је испуњен најмање један таксативно наведен разлог ништавости.⁷⁵ Против те одлуке трећа лица имају могућност жалбе само у границама националног права, које је ограничено на краatak рок од шест месеци од објављивања одлуке.

Директивом нису предвиђени рокови у којима се може утврдити ништавост друштва, што је оставило простор не само за разлике у националним правима већ и неизвесност у односу на трећа лица, чија је заштита била основна идеја одредаба ове директиве.⁷⁶

4.3. Последице ништавости

Из наведених разлога ништавости јасно је да би класична теорија грађанског права сматрала да правни посао не може да настане, што значи да би у таквом случају редовно била искључена могућност конвалидације. Ипак, режим који је успостављен у случају да постоје таксативно наведени разлози ништавости представља, заправо, суштину режима условне ништавости. Тај режим обавезује да друштво које је настало са недостацима не сме да нестане већ је једини начин његовог „уклањања“ из правног система *престанак друштва* у поступку његове обавезне ликвидације. Тај механизам пружа сигурност трећим лицима која су се поуздали у постојање друштва, те је њихов положај исти као и у било ком другом случају ликвидације постојећег, ваљано основаног друштва.

Дакле, ништавост не води аутоматском нестанку друштва нити подразумева повраћај у пређашње стање (као да друштво никад није ни настало), већ води обавезној ликвидацији, што омогућава да не утиче на ваљано преузете обавезе које је до тада друштво преузело.⁷⁷ То значи да је дејство ништавости у том случају само за будућност – *ex nunc* и да нема ретроактивно дејство. У томе је, заправо, специфичност режима ништавости који не само да делује за будућност већ и обавезује чланове на уношење неунетих улога уколико је то неопходно да би се намирили повериоци.⁷⁸ То је нарочито истакнуто и

⁷⁵ Чл. 12 и 13 Директиве о ништавости.

⁷⁶ R. Drury (1991), 252.

⁷⁷ Чл. 12, ст. 2 и 3 Директиве о ништавости. Ипак, Грундман истиче да одлука о ништавости има дејство *ex nunc* у односу на способност пружања обавеза од тренутка када се иначе може истаћи према трећим лицима (дакле, регистрација), док у погледу одговорности за преузете обавезе наступа тек ликвидацијом и престанком друштва. S. Grundmann, 139.

⁷⁸ Вид. чл. 13 Директиве о ништавости.

обавезном ликвидацијом, чији је циљ да се оконча постојање друштва и омогући испуњење свих његових обавеза према трећим лицима.⁷⁹

Национална права имају могућност да уреде другачије последице ништавости само у односу на интерна питања у друштву – пре свега између његових чланова, док, напротив, у односу на трећа лица имају обавезу да предвиде одговорност чланова за уговорене а неуплаћене улоге, који су неопходни за намирење поверилаца.⁸⁰ То би значило да је односе међу члановима могуће уредити на различите начине, попут питања формирања имовине, обавезности одлука скупштине, располагања уделима, подели добити и слично, зависно од националног права. Или ће и за такве односе важити концепт друштва са недостацима, што је концепт савременог компанијског права; или је могуће да важи концепт према коме се сматра да такво друштво у унутрашњим односима није ни настало.⁸¹ Неспорно је да је заштита трећих лица на првом месту, те циљ правила које успоставља поверење у постојеће друштво подразумева и постојање посебне имовине у односу на коју трећа лица могу да остваре своје захтеве.⁸² Ипак, не сме се занемарити заштита интереса лица у оквиру друштва, једном када оно настане, те је важно заштитити интересе чланова адекватним окончањем међусобних имовинских односа.⁸³ Тиме је, упркос слободи уређења унутрашњих односа у случају ништавости, већина права ипак и та питања уредила применом правила о престанку друштва и обавезној ликвидацији.

Иако то није предвиђено правом ЕУ, многа национална права омогућавају да разлози за ништавост буду отклоњени, те тиме спречавају обавезни престанак друштва. Дакле, могуће је отклонити разлоге ништавости који најчешће подразумевају доношење одлуке скупштине или други адекватни начин отклањања недостатака који воде ка ништавости. У том смислу се сматра да управа друштва има дужност да захтева измену оснивачког (или другог) акта или да предузме друге мере које воде отклањању разлога ништавости, док чланови имају дужност (лојалности) да се са таквом одлуком

⁷⁹ Вид. М. Habersack, 102.

⁸⁰ Чл. 12, ст. 4 и 5 Директиве о ништавости.

⁸¹ Види, између осталог, аргументацију за оба концепта код: Т. von Bodungen, 317. У прилог концепту друштва са недостацима и за унутрашње односе вид. К. Schmidt (1986), 424.

⁸² М. Paschke, 17. То је, између осталог, разлог другачијег односа у немачкој теорији према оним формама друштава која одликује неограничена одговорност чланова, јер правни промет није у тој мери угрожен ништавошћу те и не мора да се штити у истој мери правилима о ограничењу ништавости, будући да трећа лица своје захтеве ионако могу да остваре од чланова друштва који одговарају и својом личном имовином за обавезе друштва.

⁸³ S. Grundmann, 137; U. Hüffer, 1379.

сагласе.⁸⁴ Тиме се, заправо, доприноси очувању поверења и сигурности у правном промету и још једним додатним правилом обезбеђује усклађивање са свим захтевима нужним за постојање друштва.

5. ЗАКЉУЧАК

Правни режим ништавости оснивања друштва разликује се у бројним детаљима у упоредном праву. Ипак, хармонизација права ЕУ успоставила је заједнички оквир за услове и поступак ништавости оснивања, који одликује рестриктивност и узак круг утврђених разлога који воде обавезном престанку друштва.

Најзначајнија карактеристика разлога ништавости је да по природи представљају нужне елементе за настанак и постојање друштва, те оно без њих не може или не сме да постоји. И данас се национална права разликују у избору разлога које дозвољава европски законодавац као (максималне – једине могуће) разлоге ништавости, будући да они указују на прихваћени концепт у схватању природе привредног друштва и основних предуслова за његов настанак и постојање. Најчешће се разлике у националним правима огледају у ограничењу разлога на оне у погледу изостанка императивних услова за оснивање друштва, за разлику од разних других околности које су у највећој мери у вези са уговорном природом друштва.

Режим ништавости оснивања друштва заправо и не представља ништавост у правом смислу речи већ једну „условну“ или „релативну“ ништавост, под којом се подразумева скуп правила која регулишу ситуацију у којој је привредно друштво настало, а да за то нису били испуњени сви услови, те упркос томе постоји не само фактички, већ и правно. Стога суштинска особеност тако схваћене ништавости лежи у потреби да друштво које је настало али са суштинским недостацима не сме да нестане, чиме би се угрозили интереси великог броја лица. Напротив, једини начин његовог уклањања из правног промета представља режим *престанка друштва* у поступку његове обавезне ликвидације.

Ипак, основ разумевања режима ништавости оснивања привредних друштава јесте у месту тог института у (компанијско)правном систему. Ништавост је, наиме, само један од института чији је циљ заштита интереса заинтересованих лица у правном промету, и то изузетно и као крајње средство. Због тога ништавост представља само последицу несавршености контроле оснивања. Што је контрола ефикаснија и свеобухватнија, то је могућност ништавости смањена.

⁸⁴ W. Müller, T. Rödder, 167.

Узимајући у обзир да јачање и поштравање контроле оснивања може негативно да утиче на ефикасност таквог поступка, основни је задатак сваког законодавца да дефинише правила о контроли оснивања која пружају довољно сигурности за учеснике у правном промету, али која не ограничавају ефикасност нити суштински утичу на економичност оснивања привредних друштава. У том оквиру ништавост мора да има улогу крајњег средства, а њена практична примена не сме да буде честа.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Ault, H., „Harmonization of Company Law In The European Economic Community“, *The Hastings Law Journal* 20/1968.
- Barbić, J., *Pravo društava – knjiga druga: Društva kapitala*, Organizator, Zagreb 2007⁴.
- Baumbach, A., Hueck, A., *GmbHG*, Verlag C. H. Beck, München 2013²⁰.
- Berkhouwer, M. C., *Rapport fait au nom de la commission du marché intérieur sur la proposition de la Commission de la Communauté économique européenne au Conseil (doc. 10/1964–1965) relative à une directive tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58, alinéa 2, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers*, Parlement européen, Documents de séance 1966–1967, Document 53, 9 mai 1966.
- Cozian, M., Viandier, A., Deboissy, F., *Droit des sociétés*, Lexis Nexis Litec, Paris 2009²².
- Davies, P., *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, London 2008⁸.
- Drury, R., „Nullity of Companies in English Law“, *Modern Law Review* 48/1985.
- Drury, R., „Nullity of Companies“, *European Company Laws: A Comparative Approach* (eds. R. Drury, P. Xuereb), Dartmouth, Aldershot – Brookfield USA – Hong Kong – Singapore – Sydney 1991.
- Edwards, V., *EC Company Law*, Clarendon Press, Oxford 1999.
- Enriques, L., „EC Company Law Directives and Regulations: How Trivial are They?“, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 27(1)/2006.
- Fleischer, H., Goette, W. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Band 3: §§53–85*, C. H. Beck, München 2016².

- Foster, N., „Company Law Theory in Comparative Perspective: England and France“, *The American Journal of Comparative Law* 4/2000.
- Гамс, А., Ђуровић, Љ., *Увод у грађанско право: општи део*, Научна књига, Београд 1981. (Gams, A., Đurović, Lj., *Uvod u građansko право: opšti deo*, Naučna knjiga, Beograd 1981)
- Grundmann, S., *European Company Law: Organization, Finance and Capital Markets*, Intersentia, Antwerpen – Oxford 2007.
- Habersack, M., *Europäisches Gesellschaftsrecht: Einführung für Studium und Praxis*, Verlag C. H. Beck, München 2006³.
- Hüffer, U., *Aktiengesetz*, Verlag C. H. Beck, München 2008⁸.
- Јевремовић Петровић, Т., „Ништавост статусне промене након регистрације“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2016. (Jevremović Petrović, T., „Ništavost statusne promene nakon registracije“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2016)
- Jung, P., „Vers une convergence des droits allemand et français des sociétés?“, *Revue internationale de droit comparé* 4/2008.
- Le Cannu, P., Dondero, B., *Droit des sociétés*, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris 2009³.
- Матковић Стефановић, Т., „Осврт на поједина питања и дилеме у вези ништавости оснивачког акта и ништавости регистрације оснивања привредног друштва“, Врховни касациони суд, *Билтен* 3/2015. (Matković Stefanović, T., „Osvrt na pojedina pitanja i dileme u vezi ništavosti osnivačkog akta i ništavosti registracije osnivanja privrednog društva“, Vrhovni kasacioni sud, *Bilten* 3/2015)
- Müller, W., Rödder T. (Hrsg.), *Beck'sches Handbuch der AG: Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Börsengang*, Verlag C. H. Beck, München 2009².
- Paschke, M., „Die fehlerhafte Korporation: Zwischen korporationsrechtlicher Tradition und europarechtlicher Rechtsentwicklung“, *ZHR* 155/1991.
- Перовић, С. *Облигационо право*, Службени лист СФРЈ, Београд 1981⁵.
- Roth, G., Kindler, P., *The Spirit of Corporate Law: Core Principles of Corporate Law in Continental Europe*, C. H. Beck – Hart – Nomos, München 2013.
- Schmidt, K., „Fehlerhafte Gesellschaft und allgemeines Verbandsrecht: Grundlagen und Grenzen eines verbandsrechtlichen Instituts“, *Archiv für die civilistische Praxis* 5/1986.
- Спасић, С., „Ништавост регистрације оснивања привредног друштва“, Врховни суд Србије, *Билтен судске праксе* 2/2008. (Spasić,

- S., „Ništavost registracije osnivanja privrednog društva“, Vrhovni sud Srbije, *Bilten sudske prakse* 2/2008)
- Станић, Б., „Ништавост оснивачког акта и ништавост регистрације оснивања привредног друштва“, Врховни касациони суд, *Билтен* 3/2015. (Stanić, B., „Ništavost osnivačkog akta i ništavost registracije osnivanja privrednog društva“, Vrhovni kasacioni sud, *Bilten* 3/2015)
- Stuyck, J., Wytinck, P., „Case C-106/89, *Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, Judgment of 13 November 1990 (Sixth chamber), not yet reported“, *Common Market Law Review* 28/1991.
- Von Bodungen, T. „The Defective Corporation in American and German Law“, *The American Journal of Comparative Law* 15(1-2)/1966–1967.
- Valuet, J-P., Lienhard, A., Pisoni P., (commentaires et annotations), *Code des sociétés et des marchés financiers*, Édition 2010, Dalloz, Paris 2009²⁶.
- Васиљевић, М., *Компанијско право*, Удружење правника у привреди Републике Србије, Београд 2015. (Vasiljević, M., *Kompanijsko pravo*, Udruženje pravnika u privredi Republike Srbije, Beograd 2015⁹)
- Водинелић, В., *Грађанско право: Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Правни факултет Универзитета Унион, Службени гласник, Београд 2012. (Vodinelić, V., *Građansko pravo: Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Službeni glasnik, Beograd 2012)
- Wild, C., Weinstein, S., *Smith and Keenan's Company Law*, Pearson Education Limited – Longman 2009¹⁴.

Tatjana Jevremović Petrović, PhD

Associate Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

NULLITY OF THE COMPANY

Summary

This paper deals with the nullity of a company. It emphasizes why it is necessary to establish a special restrictive regime with regard to the nullity of a company, and what complementary mechanisms need to be introduced in order to accomplish legal certainty. In this respect the existing regime of the nullity of companies within EU Company Law is examined and different conditions for nullity, including possible consequences are presented.

Different theoretical concepts of the nullity of a company were examined and compared in this paper, in particular nullity of the company's incorporation, invalidity of the articles of incorporation, as well as registration procedure. Comparative law concepts, including *de facto company*, *société de fait* or *fehlerhafte Gesellschaft* are also examined in order to define nullity in Serbian Company Law, as well as to resolve some existing concerns and problems in Serbian case law.

Finally, it is underlined that nullity of a company must be regarded within the existing system of control of the incorporation of the company. It is emphasized that, in order to achieve legal certainty, nullity must be the ultimate means of protecting the interests of persons concerned, which is why it is necessary to improve the existing control system of incorporation of companies.

Key words: *Nullity. – Articles of incorporation. – Incorporation. – Registration. – Control.*

Article history:

Received: 9. 5. 2017.

Accepted: 30. 6. 2017.

УДК 347.67”.../04”
34(354)

CERIF: H210, H300, S130

Др Милош Станковић*

ДА ЛИ ЈЕ ЗАВЕШТАЊЕ БИЛО НОРМИРАНО У ХАМУРАБИЈЕВОМ ЗАКОНИКУ?

Предмет истраживања у овом раду је питање да ли се корен уставне тестаментне може пронаћи у Хамурабијевом закону. Аутор се служи историјским и упоредним методом, као и језичким, циљним и систематским тумачењем делова текста те кодификације.

У уводном делу анализирају се поједине одредбе које својим смислом асоцирају на гарантовање слободе једностраног располагања имовином за случај смрти, али се закључује да, осим члана 182 Хамурабијевог закона, у коме се посвећеницама бога Мардука даје овлашћење да своју имовину оставе коме желе, све нормиране установе по својој правној природи представљају или поклон за случај смрти или их треба тумачити у контексту мираза у корист ћерке, односно брачних располагања у корист супруге.

Потом се, полазећи од типолошке класификације зборника права, историјском и упоредном анализом закона Ур-Наму, Липит-Иштар, Средњо-асирских закона, Хетитског закона и Мојсијевих закона закључује да у њиховим текстовима није постојала норма која би бар посредно указивала на зачетке слободе завештања сличне онима у чл. 182 Хамурабијевог закона, што аутор објашњава Хамурабијевом иноваторском улогом у доношењу тог кодекса.

У наредном одељку је приказан правни статус храмовских посвећеница, ритуал „светог брака“ и испитује се постојање и смисао религиозне проституције, те се констатира да она у правом смислу речи није ни постојала, мада се то често помиње у литератури. Рад се завршава анализом и опредељивањем

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

Основни закључци из рада представљени су на Десетој међународној научној конференцији „Антика као инспирација и предмет истраживања кроз миленије“, која је у организацији Друштва за античке студије – антика и савремени свет, одржана на Правном факултету Универзитета у Београду 17. и 18. децембра 2016. године, у саопштењу под називом „Да ли је постојао тестамент у вавилонском праву?“.

правне природе чл. 182 Хамурабијевог законика, као саставним делом корпуса одредаба регулисаних одредбама чл. 178–182 кодификације. Аутор закључује да су оне имале циљ да, зависно од конкретних околности, регулишу издржавање, а не слободу тестирања тих посвећеница.

Кључне речи: Члан 182 Хамурабијевог законика. – Тестамент. – Посвећенице у храму бога Мардука. – Издржавање.

1. УВОД

У савременој науци је скоро општеприхваћено гледиште да су завештање, као једнострани правни посао за случај смрти којим једно лице себи именује наследника (универзалног сукцесора), савременој правној цивилизацији у аманет оставили тек Римљани. Иако у начелу тачно, такво гледиште допушта двоструку релативизацију.

С једне стране, и сам римски правни поредак је требало да извајају векови, кроз различита схватања и утицаје, да би се дошло до појма и правне природе тестаментa какав познају и савремена права.¹ Тако је за ране фазе римског завештања заправо карактеристична његова двострана правна природа, оличена у манципационом, односно тестаменту *per aes et libram*, што је примену тог правног посла све до доношења Каракалиног едикта 212. године² чинило по својим правним особинама сличнијим уговорном наслеђивању.³

С друге стране, аутор ових редова је и у неким претходним радовима бранио гледиште да тумачење древних правних установа на основу критеријума и искустава савремене правне науке и модерних правних појмова представља анахронизам.⁴ Прогрес идеја, па и правних, односно напредак законодавне технике и постепено развијање способности стварања правних апстракција не би требало

¹ Истина, именовање универзалног сукцесора је у римском праву било *capit et fundamenti totius testamenti*, док садржина модерних завештања може да се састоји и само у именовању легатара (испорукопримаца), основању задужбина, опроштају дуга, па и у ексхередицији наследника у тзв. негативним тестаментима.

² Самир Аличић, „Шта Гај није рекао о форми тестаментa *per aes et libram*“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2006, 73.

³ Опширније: Милош Станковић, *Уговорно наслеђивање између супружника*, докторска дисертација, Београд 2015. (дактилографисано), 30. Слично римском праву, поклон за случај смрти је као двострани правни посао представљао зачетак слободе располагања за случај смрти и претечу легатског тестаментa у праву грчких полуса. – Sima Avramović, *Evolucija slobode testiranja u antičkom grčkom pravu*, doktorska disertacija, Beograd 1981. (daktilografisano), 10, 33–37, 83–87, 123–124, 141, 154–155, 217–222, 262–274.

⁴ Милош Станковић, „Правна природа афатомије“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2015, 182–184.

мешати са „језгром“, суштином једне идеје која временом добија на својој прецизности, иако то неретко бива праћено њеним различитим формалним уобличавањем.

То значи да су и у Хамурабијевом законнику несумњиво постојале правне установе којима се могао изменити законом и обичајима утврђен редослед позивања на наслеђе или је бар било могуће неком лицу оставити мањи или већи део заоставштине од онога који би му иначе припао по тим утврђеним правилима. Уз свест да је на размеђу трећег и другог миленијума пре Христа, у природним условима у долинама река Тигра и Еуфрата и у цивилизацији каква је била акадска, располагање непокретностима *de facto* представљало исто што и одређивање универзалног сукцесора у римском праву, поставља се питање да ли је Хамурабијев законик, осим поклона за случај смрти, као двостраног правног посла *mortis causa*, познавао можда и неки корен завештајног располагања, као самосталног и једностраног располагања сопственом имовином за случај смрти? Та дилема се заснива на садржини појединих одредаба Хамурабијевог законика, а нарочито на анализи његовог чл. 182, у коме је, између осталог, великим посвећеницама вавилонског бога Мардука остављена слобода да својим иметком располажу како оне желе.

Да би се у предстојећим редовима одговорило на то питање, користиће се историјски и упоредни метод и анализа садржаја језичким, циљним и систематским тумачењем норми Хамурабијевог законика, док ће се предмет истраживања ограничити на анализу текста Хамурабијеве кодификације. Испитивање садржине глинених плочица које сведоче о вавилонској правној пракси овога пута неће бити у фокусу, јер не само да би се тиме превазишао задати обим овог рада, већ би се и отворила питања временски веома дуге примене тог законика, те следствено и одступања и различитих тумачења у таквој његовој примени.

2. ОДРЕДБЕ ХАМУРАБИЈЕВОГ ЗАКОНИКА КОЈЕ УКАЗУЈУ НА МОГУЋЕ ПОСТОЈАЊЕ ЗАВЕШТАЈНИХ РАСПОЛАГАЊА

Нема дилеме да је вавилонски цар Хамураби гарантовао слободу располагања за случај смрти на различитим местима у свом законнику. У чл. 150 и 165 дато је право човеку (авилуму) да „у запечаћеној исправи“ додели супрузи или „омиљеном наследнику (омиљеном сину) поље, воћњак или кућу“. Када је реч о располагању у корист сина, јасно је речено да он остатак заоставштине дели на једнаке делове са преосталом браћом, док је у случају располагања у корист супруге истакнуто да она оно што добије може да остави

искључиво „најмилијем детету“, чиме се њена слобода располагања ограничавала.⁵ Према схватањима у савременој правноисторијској науци, таква располагања по својој правној природи представљају поклон за случај смрти.⁶

На могућност сличног тумачења, које отвара простор и да се располагања илку војника окарактеришу као располагања за случај смрти, на први поглед остављају чл. 38 и 39 Хамурабијевог законика. Правећи разлику између илку поседа и добара која би илку војник или закупац државне земље стекао независно од илку поседа, у чл. 38 је речено да „тешко или лако наоружани (илку) ратник, или државни закупац нека исправом не преписује жени или ћерки ни део поља, воћњака или куће (које је добио) за вршење својих обавеза, нити то може учинити да би подмирио неки неподмирени дуг“, док се у наредном члану наводи да „он може да исправом препише жени или ћерки или да дајући намири неки неподмирени дуг, само поље, воћњак, или кућу које је сам стекао и прибавио“.⁷ Располагање илку војника или закупца у тим члановима законика означено као *marti-ši*, појмом *преписати* (*препише*) на српски језик преводe

⁵ За тумачење и превод ових одредаба Хамурабијевог законика, преузет је најновији превод текста законика на српски језик који је учинио Војислав Станимировић. Војислав Станимировић, „Нови поглед на Хамурабијев законик (I део)“, *Анали Правног факултета* 1/2011, 133–159; Војислав Станимировић, „Нови поглед на Хамурабијев законик (II део)“, *Анали Правног факултета* 2/2011, 91–121. Ипак, суштина превода наведених одредаба не разликује се ни у старијим преводима Хамурабијевог законика на српски језик, нпр. *Хамурабијев законик*, превео Чедомир Марковић, Београд 1925, 47, 49; *Zakonići drevne Mesopotamije, zakonike s engleskog preveo, studiju i komentare sačinio Marko Višić*, Београд 2003, 161, 163; *Хамурабијев законик*, превео Обрад Полић, Београд 2005, 35, 38. Идентично је и у неким преводима на стране језике, нпр. *The Code of Hammurabi*, by Rosamond E. Mack, Baghdad 1979, 29, 31; *The Code of Hammurabi*, translated by L. W. King, <http://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>, 11. avgust 2017; *La loi de Hammourabi (vers 2000 AV. J.-C.)* par V. Scheil, Paris 1904², 29, 32; Pierre Cruveilhier, *Commentaire du Code d'Hamourabi*, Paris 1938, 151, 165; *Die Gesetze Hammurabis, Königs von Babylon um 2250 v. Chr. – Das älteste Gesetzbuch der Welt*, übersetzt von Hugo Winckler, Leipzig 1903, 25, 27; *Die Gesetze Hammurabis und Verhältnis zur mosaischen Gesetzgebung sowie zu den XII Tafeln*, Von David Heinrich Müller, Wien 1903, 40–41, 44. Према мишљењу неких аутора, располагање мајке у корист „најмилијег детета“, заправо је представљало еуфемизам за избор сина који ће мајку издржавати када она остари, а она ће заузврат њега даривати добрима која је добила. – Raymond Westbrook, „Old Babylonian Period“, *A History of Ancient Near Eastern Law I* (ed. Raymond Westbrook), Brill, Leiden – Boston 2003, 399. Ако би се прихватила ова претпоставка, такав правни посао би онда представљао уговор о доживотном издржавању или теретни уговор о наслеђивању.

⁶ В. Станимировић (2011b), 99, фн. 23, 101, фн. 28; Janko Oberški, *Socijalni položaj žene po Hamurabiju u odnosu prema Mojsijevom zakonu*, Zagreb 1940, 15.

⁷ Преводи чл. 138 и 139 Хамурабијевог законика наведени су према: В. Станимировић (2011a), 151–152.

Станимировић,⁸ Марковић⁹ и Полић,¹⁰ док Вишић користи појам *datu*.¹¹ Слично томе, у преводима на енглески језик Мек (*Mack*) и Кинг (*King*) користе појам *assign* (доделити, пренети, одредити),¹² док су се у преводима на француски језик одомаћили појмови *transmettre* (пренети, уступити)¹³ и *écrire* (написати, преписати).¹⁴ Најзад, и у класичним преводима те формулације на немачки језик, Винклер (*Winckler*) употребљава појам *verschreiben*¹⁵, а Милер (*Müller*) термин *verschreibt*¹⁶, а оба се преводе као прописати или преписати.

Ниједан од тих превода појма *marti-šu* на први поглед не искључује могућност да такво располагање осим правним послом *inter vivos* буде учињено и неким једностраним правним послом *mortis causa*. Међутим, систематско тумачење Хамурабијевог законика ту другу могућност искључује. Наиме, у чл. 38 и 39 говори се о (не)могућности илку војника или закупца да располаже у корист веома уско одређеног круга лица, а то су његова супруга или његова ћерка. Из целине текста Хамурабијевог законика познато је да је муж и отац у корист ћерке могао да располаже само миразом (шерикту) који је представљао супститут за њен законски наследни део, док је у корист супруге могао да располаже или брачним поклоном (нудуну) или поклоном за случај смрти, у већ поменутом чл. 150 тако да би у контексту тих норми требало тумачити и евентуална располагања илку војника.

На потенцијално постојање корена завештајног наслеђивања у Хамурабијевом законик у највише указује његов чл. 182 у коме се каже: „Ако отац не додели мираз својој кћери која је велика посвећеница бога Мардука у граду Вавилону или га не попише за њу у запечаћеној табlici, пошто отац оде за својим усудом она ће при деоби очевине с браћом узети једну трећину наследства, али неће имати никакве даље обавезе (према њима); велика посвећеница бога Мардука оставиће свој иметак коме хоће.“¹⁷ Последњу реченицу тог члана, *SAL ME (ilu) Marduk wa-ar-ka-za e-ma e-li-sa ta-bu i-na-addi-in*

⁸ В. Станимировић (2011a), 152.

⁹ Ч. Марковић, 39.

¹⁰ О. Полић, 17.

¹¹ М. Višić, 150.

¹² R. E. Mack, 16; L. W. King.

¹³ V. Scheil, 10–11.

¹⁴ P. Cruveilhier, 76–77. Чињеница да аутор тог текста не познаје клинопис, компензује се настојањем да се упоређивањем превода на различитим језицима од стране оних којима је то писмо ближе правноисторијским приступом покуша доћи до одређених закључака.

¹⁵ H. Winckler, 15.

¹⁶ D. H. Müller, 19.

¹⁷ Превод је дат према: В. Станимировић (2011b), 105.

(иначе кључну за потврду тврдње о могућем постојању завештајног располагања у Вавилону), Марковић је превео тако да „Мардукова жена може своју заоставштину оставити коме хоће“, ¹⁸ Полић да „Мардукова жена може да поклони своје имање коме жели“, ¹⁹ а Вишић да „посвећеница Мардуку своје наслеђство може дати коме хоће“. ²⁰ Мек је рекао да ће „Мардукова свештеница вредност своје заоставштине дати оном коме жели (*the priestess of Marduk shall give the charge of her estate to whom she pleases*)“, ²¹ Кинг да „Мардук може оставити њену заоставштину коме год жели (*but Marduk may leave her estate to whomsoever she wishes*)“, ²² Шил (*Scheil*) „да ће их (покретна добра из очинске куће) Мардукова свештеница дати коме жели“ (*la prêtresse de Marduk le donnera à qui lui plaira*), ²³ а Кривеје (*Cruvelhier*) да ће „Мардукова свештеница дати своје наследство где он нађе за сходно“ (*la prêtresse de Marduk donnera sa succession où il lui semblera bon*). ²⁴ Винклер је искористио превод да је „Мардукова жена могла да учини са својом заоставштином шта је желела“ (*Das Weib Marduts fann ihren Nachlaß wem ihr gefällt vermachen*), ²⁵ а Милер да ће „Мардукове посвећенице завештати своју имовину коме желе“ (*Die Geweihte des Marduk vermacht ihren Nachlaß wem ihr gefällt*). ²⁶

Имајући пре свега, у виду ту, али и неке друге (нпр. чл. 150), неки аутори су их оквалификовали као „зачетке тестаменталног наслеђивања“, ²⁷ односно „зачетак тестамента“, али уз важну напомену да су и такви евентуални зачеци „још веома далеко од институције класичног тестамента, какав познаје римско право“. ²⁸

¹⁸ Ч. Марковић, 51.

¹⁹ О. Полић, 44.

²⁰ М. Višić, 166.

²¹ R. E. Mack, 34.

²² L. W. King.

²³ V. Scheil, 38.

²⁴ P. Cruvelhier, 76–77. О тзв. клаузули *ana qabê* и примеру уговора и услова под којима надиту свештеница, у складу са чл. 178 Хамурабијевог законика, даје у ренту земљу коју је као мираз добила од оца (јер јој браћа која су заправо власници те земље нису обезбедила ону количину уља, вуне и жита коју би јој земља плододуживањем дала), а у *ana qabê* клаузули се као гарант уговора и његовог извршења јавља њен брат (после смрти оца) или отац (који за свог живота тиме практично потврђује плододуживаоцу да ће предметну земљу пренети својој кћери), који на тај начин имплицитно одустају од каснијег поништавања таквог уговора, вид. Emile Szlechter, „La nature juridique de la clause *ana qabê* en droit babylonien“, *Revue internationale des droits de l'antiquité*, tome VI, Bruxelles 1959³, 90–91, 99–100.

²⁵ H. Winckler, 31.

²⁶ D. H. Müller, 52.

²⁷ Albert Vajs, Ljubica Kandić, *Opšta istorija države i prava*, Beograd 1986, 41.

²⁸ Сима Аврамовић, Војислав Станимировић, *Упоредна правна традиција*, Београд 2015, 76.

Поједини аутори су у том одређењу били још експлицитнији, па су, упркос констатацији да последња реченица из чл. 182 Хамурабијевог законика представља „некакав зачетак тестамент“, били одлучни у ставу да „законик не познаје тестаментално наслеђивање“.²⁹ Чини се да се и на постојање завештања у Хамурабијевом законнику аналогно може применити аргументација у погледу (не)постојања религиозног карактера закључења брака у том кодексу. Наиме, то што се нигде изричито не помиње нужност религијске церемоније приликом закључења брака, као што се ни експлицитно не допушта сачињавање завештања, не значи да је пропуштањем да забрани или бар прецизно одреди религијски карактер брака или форму сачињавања завештања њих законодавац имплицитно одобрио и увео у правну праксу, али то исто тако не значи ни да их је самом чињеницом непомињања уједно и забранио.³⁰

Ипак, изнете тврдње нису до сада у домаћој науци биле продубљено анализирани, односно није се развила детаљнија аргументација *pro et contra* констатације о коренима завештајног наслеђивања у Хамурабијевом законнику. Такав приступ том питању не може се превише критиковати. Већ је речено да није спорно да је и у Вавилону постојала могућност располагања за случај смрти, која је у правном животу *de facto* представљала супститут завештајног наслеђивања. Стога је анализа о евентуалним коренима једностраног уређивања правне судбине сопствене заоставштине више научног него практичног карактера, али то ипак не умањује њен значај. Да би се дошло до одговора на постављено питање, најпре је неопходно сачинити упоредноправни преглед не само просторно и временски сродних законика Хамурабијевом, већ и оних који су доношени много касније, у другим крајевима света, али су у степену развитка датих правних поредака и друштвено-економског тренутка у којима су доношени слични условима у којима је настао законик вавилонског цара.

²⁹ Драган Николић, *Историја права – Стари и Средњи век*, Ниш 2014, 58–59. Слично: Срђан Шаркић, *Опита историја државе и права*, Београд 1995, 57. Став да у вавилонском праву није постојало завештање, што је у духу целокупног система наслеђивања постављеног у Хамурабијевом законнику, истина, уз ограду да се јављају зачеци располагања породичног старешине делом породичне имовине и за случај смрти у корист омиљеног сина, супруге или кћери која ће се удати, заступају и страни аутори. Међутим, чак и када је породични старешина чинио располагања којима је увећавао или умањивао породичну имовину, то је могао да чини само до одређене мере, и то само у корист чланова своје породице, а једини начин на који је могао да хонорише неко лице изван породице било је усвојење. – John Miles, „Some Remarks on the Origins of Testacy, with Some References to the Old-Babylonian Laws“, *Revue Internationale des droits de l'antiquité*, tome I, Bruxelles 1954³, 122–124.

³⁰ J. Oberški, 4.

3. УПОРЕДНИ ИСТОРИЈСКОПРАВНИ ПРЕГЛЕД И ПОРЕКЛО ЧЛАНА 182 ХАМУРАБИЈЕВОГ ЗАКОНИКА

Приступ који се користи у овом раду подразумева да се, полазећи од такозване типолошке класификације првих зборника права, коју је утврдио још Дајмонд (*Diamond*), анализира постојање одређеног правног института у оним раним кодексима који су садржински, тј. по достигнутом степену правног развоја, а не по времену настанка, блиски са оним законом у којем је нормирана правна установа која представља предмет истраживања. У конкретном случају, чини се целисходним да се чл. 182 Хамурабијевог закона, за који се може аргументовати да представља наговештај афирмације слободе једностраног располагања заоставштином, упореди са евентуално сличним одредбама Ур-Намуовог закона, Закона Липит-Иштара и Асирског закона, који се сви по Дајмондовој подели сврставају у „касне кодексе“.³¹ Оправданост такве методологије још је више изражена у конкретном случају јер су поменути зборници права не само међусобно слични по достигнутом нивоу правног развоја, већ представљају и делове једног ширег, географски и културно јединственог сумерско-акадског простора.

Међутим, ако се пажљиво анализирају сачувани текстови Ур-Намуовог закона, закона, Закона Липит-Иштара, Средњоасирских закона, па и Хетитског закона,³² видеће се да ниједан од њих ни изблиза не садржи тако експлицитну одредбу као Хамурабијев закон, која би се могла протумачити као норма која представља зачетак тестамена. При таквом упоређивању није од значаја да ли је и у храму ког божанства посвећена свештеница, односно да ли је уопште реч о посвећеници, па чак и жени, већ да ли законодавац оставља слободу једном лицу „да остави имовину коме хоће“.³³

³¹ Детаљније: Arthur Sigismund Diamond, *Primitive Law, Past and Present*, London: Methuen & Company 1971, 1–154; Алберт Вајс, „Неке карактеристике старих кодекса“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/1969, 139; С. Аврамовић, В. Станимировић, 53.

³² Текстови тих правних споменика у српском преводу доступни су у: Vojislav Stanimirović, *Hrestomatija za uporednu pravnu tradiciju*, Beograd 2012, 11–101.

³³ Истини за вољу, у чл. 22 Закона Липит-Иштара је наведено: „Ако, током очеве живота, његова кћи постане посвећеница, велика посвећеница или *qadištu*, они (њена браћа) нека поделе имање подразумевајући је као равноправног наследника.“ Међутим, та одредба много више подсећа на чл. 180 Хамурабијевог закона, који представља део целине у којој је регулисан правни положај очеве ћерке која постане посвећеница, односно свештеница, с том разликом што поменута норма Хамурабијевог закона прецизира да ће по очевој смрти ћерка, којој отац није оставио мираз, добити део заоставштине једнак делу који добијају њена браћа, али само као плодоуживалац, док ће по њеној смрти њен наследни део припасти њеној браћи. С друге стране, у чл. А46 Средњоасирских закона се каже: „Ако жена

Одредбе која би допуштала слободу завештања или макар указивала на њен настанак нема ни у Мојсијевим законима, односно у Старом завету Светог писма. Поједини аутори су, додуше, били склони закључку да је јеврејско право прошло кроз специфичан развој, у коме су трагови тестаментарног располагања постојали у првој фази његовог развоја, доба законодавства патријарха (до 13. века пре нове ере) и у последњој фази његове еволуције, постмојсијевској фази (почевши од 4. или 3. века пре нове ере), док је у средишњем периоду, који су оличавали Мојсијеви закони, било немогуће утицати на редослед позивања на наслеђе или на висину наследног дела неког лица.³⁴ Ипак, чини се да ни јеврејско право није ни у једној од три фазе своје еволуције, осим спорадичних примера, показало несумњиву тенденцију давања овлашћења располагања имовином за случај смрти или макар могућност измене законима и обичајима утврђеног редоследа позивања на наслеђе и висине наследних квота.³⁵ То поређење је, упркос чињеници да настанак сумерско-акадских и јеврејских закона деле векови, узето у обзир не само због тога што је у многим питањима друштвени и правни положај жене по Хамурабијевом и по Мојсијевим законима био сличан, већ и зато што су друштвене околности које су довеле до стварања и једних и других корпуса правила биле блиске.³⁶

Имајући све то на уму, може се поставити следеће питање: да ли одредба којом је Хамураби гарантовао Мардуковим свештеницама да могу „оставити имовину коме хоће“ представља потврду неког већ постојећег акадског обичаја или нама данас непознате појединачне или опште правне норме, или је пак реч о новом прав-

чији је супруг умро не оде из своје куће по смрти свога мужа, ако је њен супруг (за живота) није оставио ништа у писменој исправи, она ће пребивати у кући (једног од) њених синова по њеном избору.“ Иако се из дела у коме се види да је супруг овлашћен да *жени нешто остави у писменој исправи* извлачи закључак да су и Средњоасирски закони познавали начине за заобилажење законског наследног реда, по духу кодификација са тих простора, чини се да је *in concreto* ипак реч о поклону за случај смрти, као и у чл. 150 и 165 Хамурабијевог законика. За превод тих норми коришћен је превод који је дао Станимировић у: V. Stanimirović (2012), 19, 89.

³⁴ Georges Albert, *La liberté de tester*, Paris – Angers 1895, 169. Слично: Tikva Frymer-Kenski, „Israel“, *A History of Ancient Near Eastern Law II* (ed. Raymond Westbrook), Brill, Leiden – Boston 2003, 1018.

³⁵ Опширније: G. Albert, 156–169.

³⁶ Детаљније: J. Oberški, 1–25. Слично: А. Вајс (1969), 151. О блискости вавилонског и старог јеврејског права сведоче и правне позајмице, односно такозвани правни транспланти које је Алан Вотсон (*Alan Watson*) пронашао поредећи текст Хамурабијевог законика и Друге књиге Мојсијева. На пример, веома су сличне одредбе којима су регулисане правне последице ситуације у којој во убоде неко лице, а његов власник је претходно био обавештен да је реч о опасној животињи. Алан Вотсон, *Правни транспланти – Приступ упоредном праву*, превела Силва Митровић, Београд 2010, 55–57.

ном правилу које је законодавац желео да уведе у правни живот? Да ли је то само потврда нормативног стила Хамурабијевог законика који одликује непостојање апстрактних норми, што је била последица не само недовољно развијене правне културе,³⁷ већ и „делимично последица чињенице да они просто нису марили за апстрактне, теоријске идеје, што је тако типично за месопотамски интелектуални живот“,³⁸ или та норма ипак има дубљи смисао?

Насупрот старијим гледиштима о архаичним кодексима као збиркама обичајног права или већ донетих судских одлука, које су постале сувише обимне да би људи оног времена могли да их упамте, концепција да су прве кодификације настале у периодима значајних, обимних друштвених промена, када је савременије право требало да одмени животну превазиђена обичајна правила и да да ауторитет оним обичајима који су били још недовољно учвршћени или различито тумачени, може да се брани са много више аргумената.³⁹ Хамурабијев законик за то нуди сасвим конкретне примере.⁴⁰

³⁷ С. Аврамовић, В. Станимировић, 67; Д. Николић, 53.

³⁸ Pol Krivaček, *Vavilon – Mesopotamija i rađanje civilizacije*, prevela Jelena Bojić, Beograd 2010, 189.

³⁹ А. Вајс (1969), 142–147. Чињеница да Хамурабијев законик, као уосталом и неки други каснији кодекси, након уводног дела започиње одредбама чији је циљ етаблирање и учвршћење судова и судског поступка, као неопходног средства у изградњи државе и осигурању примене новодонетих норми, говори у прилог изреченом ставу.

⁴⁰ Тако је у прологу Хамурабијевог законика (I 27–49) речено: „У то доба, богови Ану и Енлил, да бих се изборио за добробит људи, зазваше ме именом мојим: Хамураби – мене, побожног владара, пуног страхопоштовања према боговима, да учиним да правда превлада на земљи, да уништим развратне и зле, да спречим јаке да науде слабима, да се као бог сунца, Шамаш, вином изнад људи и обасјам земљу.“ Исто тако, на самом крају уводног дела законика (V 14–24), владар истиче и ово: „Када је Мардук заповедио да праведношћу натерам људе да се долично опходе, ја утемељих истину и правду широм земље, и (тима) увеличах благостање свог народа.“ Превод је наведен према: В. Станимировић (2011a), 140, 145. Чини се да се већ по овим одредбама може закључити да Хамураби жели да утемељи и афирмише нека нова правила у односу на до тада постојећа на кунеиформном правном простору. Међутим, слични закључци се могу извести и из Епилога законика. Тако се у (XLVII 1–8) каже: „Ово су правичне одлуке које је Хамураби, способни владар, прописао и тиме земљу извео на пут истине и исправног живљења“. Затим, у (XLVIII 59–94): „Нека ма који владар који се појави сутра, занавек поштује објаве правде које урезих у моју стелу. Нека се не усуди да мења моје одлуке које прописих и пресуде које донех, нити да уклања мој утиснути лик. Ако такав човек буде уман и (довољно) умешан да одржава (успостављени) правични поредак у земљи, нека обрати пажњу на законе које урезих у моју стелу, и нека му стела открије (светлу) традицију, долично владање, наредбе које прописих и пресуде које донех, и нека и он, такође, обезбеди владавину правде за све људе над којима бди. Нека им да правду, нека им суди, нека искорени разврат и зло с лица земље и нека влада на добробит свога народа.“ – В. Станимировић (2011b), 113, 115.

Иако су освајачи сумерско-акадског простора као кохезивни фактор у новој, великој држави са етнички шареноликим становништвом, неговали напреднију сумерску културу и сећање на сумерску традицију, те су сви, без обзира на своје порекло, васпитавани на поштовању сумерских легенди, митова и историје,⁴¹ потпуно нове друштвене околности које су настале продором Аморита значиле су и бар делимични нестанак старе сумерско-акадске традиције каква је до тада постојала, а која је подразумевала и осећај јединства, заједничког порекла и равноправности, потенциране чињеницом да се дотадашњи живот одвијао у засебним градовима-државама. Хамурабијевим освајањима не само да се јавио концепт једне јединствене и територијално далеко веће државне целине, већ је тај древни *melting pot* по свој прилици водио и судару животних стилова, обичаја и језика, који су доводили до сукоба.⁴² Једном речју, „губитак етничке јединствености водио је ка нестанку друштвене солидарности“, идеју колективизма је заменила идеја индивидуализма,⁴³ а све то је било могуће само ауторитативно разрешити, снагом законика иза кога ће стајати и световни владар и божанства. Чињеница да је вавилонски цар, као освајач и ујединитељ земаља на широком, културно разноликом сумерско-акадском простору, осим политичког, желео да утемељи и правно уједињење и да му прибави ауторитет, сликовито је дочарана и симболичком слике на врху камене стеле на којој је исписан Законик, на којој га Хамураби прима од бога Шамаша.⁴⁴ Иако Хамурабијев законик, у поређењу са неким другим кодексима, садржи мањи број сасвим нових прописа, тј. многе његове одредбе представљају афирмацију старијих норми које су постојале на простору Сумера и Акада,⁴⁵ чини се да би се одсуство норми које би бар у траговима наговестиле постојање тестамена на простору клинописне правне традиције могло пре објаснити квалитативно-иноваторском улогом Хамурабијевог законика, као најразвијенијег и најкомплекснијег плода у развоју сумерско-акадског права.⁴⁶ Ово тим пре што су норме које су биле плод иновација Хамурабија, „норме које доприносе развоју друштва, уносе нове концепте и вредности и развијају право Вавилонa“, највећим делом норме приватног

⁴¹ Р. Krivaček, 177–178.

⁴² *Ibid.*, 169.

⁴³ *Ibid.*, 170.

⁴⁴ А. Вајс (1969), 144–145. У литератури није дат коначан одговор на хипотезу да ли је та чувена сцена на врху стеле можда представљала Хамурабија како даје Законик божанству на потврду. Прихватање једне или друге хипотезе подразумева важну консеквенцу о божанском или људском пореклу Законика.

⁴⁵ А. Вајс (1969), 146.

⁴⁶ В. Станимировић (2011а), 134.

права.⁴⁷ У прилог аргументације о слободи Мардукових посвећеница да своју имовину оставе коме желе као новуму, треба скренути пажњу и на то да се, не само као ново већ и као врховно вавилонско божанство и заштитник града Вавилона, у сумерски пантеон богова уводи Мардук, који ће на крају сасвим потиснути и преузети значај и особине бога Енлила.⁴⁸ Иако то не искључује могућност да је овлашћење које је дато Мардуковим посвећеницама раније било признато и посвећеницама неког другог култа, доступни законски извори о томе ипак ништа не говоре.

Ван сваке сумње је чињеница да је то било изузетно значајно питање које је требало посебно нагласити или је можда оно било разрешено у пракси недуго пре доношења законика, па је било важно учврстити га у свести тадашњих људи.⁴⁹

5. ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ХРАМОВСКИХ ПОСВЕЋЕНИЦА

Да би се понудио одговор на питање о правној природи и домаћају овлашћења која су у чл. 182 Хамурабијевог законика дата Мардуковим свештеницама, али и разлозима због којих су оне, како се чини, биле изузетно законски привилеговане у односу на друге категорије лица, треба кратко указати на резултате досадашњих истраживања у науци о статусу храмовских посвећеница на сумерско-акадском простору.

Према једном схватању, основна разлика у статусу између различитих врста посвећеница (уз све нужне апроксимације које су потребне због недовољних сазнања о детаљима њиховог статуса) састојала се у томе што су храмовске девице своју службу божанству у храму обављале истрајавајући у свом завету чедности, на који иначе не би биле обавезне у браку, док су храмовске проститутке то чиниле стављајући своје тело на располагање онима који би долазили у храм (најчешће посвећен богињи плодности Иштар), јер се чин зачећа сматрао учешћем и помагањем божанствима у њиховој стваралачкој снази.⁵⁰

⁴⁷ В. Станимировић (2011b), 118, 119.

⁴⁸ Р. Krivaček, 177–178.

⁴⁹ Виктор Корошец, „Садашње стање проучавања правних извора писаних клинастим писмом“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/1957, 25.

⁵⁰ Ј. Oberški, 18–19. Ипак, то не значи да би те жене, посебно *kadišum* и *zērmašitum* (ову другу категорију жена су такође могле да чине Мардукове свештенице), требало сматрати „негативним личностима“. – D. D. Luckenbill, „The Temple Women of the Code of Hammurabi“, *The American Journal of Semitic Languages and Literatures* 34(1)/1917, The University of Chicago Press, 4, 8, 12.

Према нешто другачијем гледишту, статус *qadištu*, *nadītu*, *kulmašītu* и *ugbabtu* жена био је регулисан правним правилима и све су оне биле посвећенице мушким божанствима, те је њихова сексуалност била уређена или кроз брак или кроз целибат.⁵¹ „Посвећенице“ или, према неким транскрипцијама, *qdshm* (појам *qadishtu*, који означава „посвећенице“, има заједничко етимолошко прекло са хебрејским појмом *qedeshah*), не само што су могле да се удају, већ су и биле жене високог друштвеног статуса, те нема доказа о њиховом учешћу у „религиозној проституцији“.⁵² То што се од њих није очекивало да рађају децу, говори да је њихов друштвени статус био сасвим супротан било каквој врсти проституције⁵³ и да се исцрпљивао или у удаји без рађања деце или у целибату.⁵⁴

Готово је идентичан опис високог, племићког или краљевског друштвеног статуса, уз обавезу чувања чедности и без доказа о религиозној проституцији, и групе жена називаних *naditu*.⁵⁵ Надиту су у Вавилону могле да се удају (о чему сведочи и чињеница да су од оца добијале мираз, тј. шерикту), али не и да рађају, већ само да усвајају децу, што значи да је њихов задатак заправо био да чувају чедност, чак и у браку.⁵⁶ Зато је посебна група жена, називаних шугиту, које су биле млађе или усвојене сестре надиту, рађале децу мужевима надиту, које су их у ту сврху и обезбеђивале својим мужевима.⁵⁷ Иако се у литератури истиче да се правни положај надиту свештеница које су у Сипару биле посвећене богу Шамашу не може

⁵¹ Joan Goodnick Westenholz, „Qēdešā, Qadištu, and Sacred Prostitution in Mesopotamia“, *The Harvard Theological Review* 82(3)/1989, 251.

⁵² Edwin M. Yamauchi, „Cultic Prostitution: A Case Study in Cultural Diffusion“, *Orient and Occident: Essays Presented to Cyrus H. Gordon* (ed. H. Hoffner), 1973, 219. Neukirchen-Vluyn, „Germany“, наведено према: Johanna H. Stuckey, „Sacred Prostitutes“, *MatriFocus, Cross-Quarterly for the Goddess Woman Samhain* 5(1)/2005, <http://www.matrifocus.com/SAM05/spotlight.htm>, 11. август 2017.

⁵³ Stephanie L. Budin, „Sacred Prostitution in the First Person“, *Prostitutes and Courtesans in the Ancient World* (eds. Christopher A. Faraone, Laura K. McClure), The University of Wisconsin Press, Madison 2006, 81.

⁵⁴ Истина у старовавилонском периоду, оне су могле не само да рађају децу, већ и да доје децу других жена, а свакако су имале различите улоге при храмовима. – Saana Terpo, *Women and their agency in the neo-assyrian empire*, Assyriologia Pro gradu, 2005, 94–95, <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.694.1332&rep=rep1&type=pdf>, 11. август 2017.

⁵⁵ H. Stuckey; Амели Курт, *Стари Исток од 3000. до 330. године п. н. е.*, I (на српском прир. Данијела Стефановић), Београд 2012, 113. Такво гледиште је супротно ставу, који је био искристалисан у старијој литератури, према коме се веровало да се појам надиту користио за описивање жена које су се бавиле религиозном проституцијом. – В. Станимировић (2011a), 152, фн. 114.

⁵⁶ R. Westbrook, 424–425; S. L. Budin, 80.

⁵⁷ В. Станимировић (2011b), 96, фн. 14 и 15; А. Курт, 113. Различите животне и правне ситуације које настају када се човек ожени великом посвећеницом, а она

сасвим изједначити са положајем свештеница чији је статус регулисан Хамурабијевим законом, чини се да се на основу чињенице да Мардук постепено преузима улогу врховног вавилонског божанства могу установити и неке аналогije. Те жене су се у Сипару сматрале „зарученим и развијале су посебно тесну везу са његовом дружбе-ницом Ајом“, а „у манастир су доносиле своје свадбене дарове“. ⁵⁸ Истина, оне се нису удавале, јер су сматране млађим женама богова (чије су примарне жене биле богиње), могле су да имају значајну имовину и да учествују у судским процесима. ⁵⁹ Живеле су са послу-гом у кућама у оквиру манастира и њихова улога је превасходно била усмерена на молитву за своје породице. ⁶⁰

За разлику од њих, кулмаситу посвећенице не само да су могле да имају децу, већ постоје индиције да су се можда бавиле храмов-ском проституцијом. ⁶¹

Посебну групу жена су чиниле *harimtu*, *šamhatu* и *kezertu* жене, чији статус није био уређен кодификацијама на простору Месопотамије. Оне су биле посвећене женским божанствима и њихова сексуалност није била унапред и прецизно регулисана. ⁶² *Harimtu* су се најчешће у крчмама професионално бавиле световном проституцијом у замену за сребро (слично тако и *šamahtu*). Богиње Инана и Иштар биле су заштитнице крчми и њихових посетилаца, али је из расположивих доказа тешко утврдити да ли је бављење тим послом било у некој вези са религијским и храмовским култом. ⁶³ Оне су представљале највећу групу жена које су живеле и радиле ван институција. Највећи број њих био је сиромашан, иако су неке могле да буду и солидног материјалног статуса и да поседују знатну имовину (чак и непокретну), а могле су и да се удају, иако због посла који су обављале нису сматране пожељним супругама. Ипак, изгледа да харимту статус није био доживотан, односно да се могао мењати током жениног живота. ⁶⁴

Kezertu су могле да буду посвећене различитим божанствима, што је вероватно укључивало, иако не искључиво, и пружање сексу-алних услуга. ⁶⁵

му обезбеди потомство подводећи му робинју, или то не учини те муж узме шугиту да би му родила децу, регулишу чл. 144–146 Хамурабијевог закона.

⁵⁸ А. Курт, 113.

⁵⁹ R. Westbrook, 424.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ В. Станимировић (2011b), 104, фн. 36.

⁶² J. G. Westenholz, 251.

⁶³ *Ibid.*, 262.

⁶⁴ S. Teppo, 97–99.

⁶⁵ J. G. Westenholz, 251, фн. 24.

Рот (*Roth*) сматра да једино *entu* посвећенице, од свих других врста храмовских посвећеница (она изричито наводи *kezertu*, *qadištu*, *šugītu*), нису учествовале ни у каквим сексуалним ритуалима у оквирима својих култова. Енту су (у неким документима означавање и као *nu-gig*), с друге стране, учествовале у ритуалу такозваног „светог брака“, који је подразумевао симболично спајање богова и људи и који је био организован једанпут годишње, током прослава Нове године у другој половини трећег миленијума и почетком другог миленијума пре нове ере. Циљ „светог брака“ између владара и богиње Инане (којој су енту биле посвећене) био је да укаже на легитимитет и божју заштиту коју владалац ужива, али и да учврсти осећај побожности у ширим друштвеним слојевима.⁶⁶ Представљао се ритуалним спајањем краља и богиње Инане као световних и духовних господара, а богиња је била „представљана“, односно симболизована учешћем свештеница које су ступале у сексуалне односе са владарем,⁶⁷ па је отуда и сумерски назив за те посвећенице гласио „госпођа Богиња“ или „госпођа која је Богиња“.⁶⁸ Идентитет жене у том ритуалу, као „заступнице“ богиње Инане, чије је тело са њеном сагласношћу богиња доводила у екстазу и потом „користила“ у сексуалном чину са владаром, био је безначајан јер се она као посвећеница и није сматрала људским бићем, већ самом богињом Инаном.⁶⁹ Имајући то у виду, ни *entu* свештенице се не могу третирати као проститутке, тим пре што су и оне биле жене вишег друштвеног статуса, од којих се очекивало да се понашају у складу са одређеним моралним начелима. Стога су, захваљујући чињеници да су богиње баш њих изабрале, уживале велико поштовање у друштву.⁷⁰ Енту или *nu-gig* су зато могле и да се удају и да имају децу, док се њихова јавна делатност у контексту њиховог односа према богињи састојала у учешћу у женским ритуалима у вези са рађањем, тј. прокреацијом, и са пружањем неге.⁷¹

Марта Рот сматра да, осим ритуала „светог брака“, који је био прецизно уређен и врло рестриктиван, институционализована проституција која би имала везе са храмовима и религијом у

⁶⁶ Martha T. Roth, „Marriage, Divorce, and the Prostitute in Ancient Mesopotamia“, *Prostitutes and Courtesans in the Ancient World* (eds. Christopher A. Faraone, Laura K. McClure), The University of Wisconsin Press, Madison 2006, 23; J. G. Westenholz, 257.

⁶⁷ J. G. Westenholz, 257.

⁶⁸ Richard A. Henshaw 1994. *Female & Male, the Cultic Personnel: The Bible and the Rest of the Ancient Near East*, Allison Park, PA: Pickwick, наведено према: J. H. Stuckey.

⁶⁹ J. H. Stuckey.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ J. G. Westenholz, 260.

Месопотамији није постојала, независно од тога да ли су посвећеници били мушкарци или жене.⁷² Пошто је зарада од такве „проституције“, чак и ако је постојала, бивала посвећена божанствима плодности, и други аутори закључују да тај ритуал није ни представљао проституцију у правом смислу речи, већ чин исказивања поштовања и љубави према божанствима.⁷³ Вестенхолц (*Westenholz*), супротно томе, сматра да се ритуал „светог брака“ не може подвести под ритуални промискуитет, тј. да се сексуалност у вези са култовима није одвијала изван граница светих брачних ритуала, баш зато што храмови од такве активности нису добијали никакву новчану надокнаду.⁷⁴ Тепо (*Teppo*) такође истиче да ни у новоасирским изворима није пронашла ниједан доказ који би говорио у прилог постојања религиозне проституције у то време.⁷⁵ Међутим, то отвара једно суштинско питање: шта у ствари значи и шта подразумева проституција, па и религиозна проституција у Вавилону?

Ако проституција представља пружање сексуалних услуга у замену за материјалну надокнаду, могло би се рећи да је религиозна проституција представљала уступање сопственог тела зарад сексуалног задовољства корисника у замену за новац који је у целини или делимично био даван божанствима, што су на тим просторима по правилу биле богиње Иштар или Астарте.⁷⁶ Према класичним изворима, наводи се да је прву врсту такве, „свете проституције“, представљало жртвовање полне чистоте, невиности, у корист богова. Друга врста је подразумевала да су се жене, а можда и мушкарци, професионално бавили проституцијом као посвећеници одређених божанстава, а трећа, да су се жене и евентуално мушкарци бавили проституцијом само неко одређено време, или пре брака или за време тачно одређених ритуала у браку.⁷⁷ Међутим, Вестенхолц истиче да се под проституцијом могла подразумевати само она упражњавана сексуалност која је превазилазила тадашња правна и културна схватања о „контролисаној сексуалности“, из чега закључује да „контролисани коитус у оквиру сфере сакралног није проституција“.⁷⁸ Дакле, треба направити разлику између ритуалног ступања у сексуалне односе, с једне стране, и ступања у сексуалне односе у замену за новац, с друге стране. Првонаведена врста сексуалности се не може сматрати

⁷² M. T. Roth, 23–24.

⁷³ M. Yamauchi, 213. Neukirchen-Vluyn, „Germany: Kevelaer“, наведено према: J. H. Stuckey.

⁷⁴ J. G. Westenholz, 262.

⁷⁵ S. Teppo, 94.

⁷⁶ S. L. Budin, 78.

⁷⁷ *Ibid.*, 78–79.

⁷⁸ J. G. Westenholz, 262.

проституцијом чак и ако је њен саставни део био приношење дарова или новца храму након обављеног сексуалног чина, јер је то била само споредна последица, док је примарни циљ таквог ступања у полне односе било одавање почasti и љубави боговима.⁷⁹

Несумњиво је да сачувани извори из Месопотамије говоре да у то време није било лако направити јасну разлику између проституки, с једне стране, и жена склоних промискуитетном понашању, с друге стране, па су многе жене карактерисане као проститутке иако то уистину нису биле.⁸⁰ Разлог сврставања у правним документима у исту категорију и проституки и прељубница и жена израженог промискуитета ипак нема порекло у моралним, већ превасходно у правно-економским разлозима који се тичу утврђивања редоследа наследника. Такве жене, ван контроле својих мужева, лако су могле не само да наруше стабилност бракова и породице, већ и да услед неконтролисане сексуалности проузрокују прелазак мужевљеве заоставштине на децу која нису била његова.⁸¹ Неспоразум у схватању појма религиозне проституције имао је свој основ у не увек прецизном раздвајању секуларне и духовне сфере, што је било потенцирано чињеницом да су храмови често одржавали блиске везе са маргиналним друштвеним групама.⁸² Најзад, што је можда најважније, клинописни извори не дају простор за тумачење да је религиозна проституција уопште постојала јер докази о тој пракси не потичу од самих учесника у таквим ритуалима већ од класичних аутора, превасходно од Херодота.⁸³

Нема дилеме да су велике посвећенице, односно свештенице у храмовима имале пословну способност, што сведочи сам текст Хамурабијевог законика.⁸⁴ Уосталом, свештенице посвећене богу

⁷⁹ J. H. Stuckey.

⁸⁰ Laura K. McClure, „Introduction“, *Prostitutes and Courtesans in the Ancient World* (eds. Christopher A. Faraone, Laura K. McClure), The University of Wisconsin Press, Madison 2006, 8.

⁸¹ L. K. McClure, 9; M. T. Roth, 32, 35.

⁸² J. G. Westenholz, 261–263.

⁸³ S. L. Budin, 81, 90; J. G. Westenholz, 261–263.

⁸⁴ У чл. 39 се наводи да илку војник или државни закупац „може да исправом препише жени или ћерки или да дајући намири неки неподмирени дут, само поље, воћњак, или кућу које је сам стекао и прибавио“, док се у чл. 40 каже да „велика посвећеница, дамкар или ма који држалац поља који има своје посебне дужности, може да прода своје поље, воћњак или кућу...“ Превод је наведен према: В. Станимировић (2011а), 152. Како законодавац на овом месту говори уопштено о великим посвећеницама, не прецизирајући овом приликом (што на неким другим местима у законнику чини) да ли је реч о Мардуковим свештеницама или неким другим, може се закључити да су све посвећенице, независно од храма у коме су служиле, а можда чак и статуса, имале пословну способност. О пословној способности жена говори и чл. 150 Хамурабијевог законика, у коме је жена најпре означена као поклонопримац поља, воћњака, куће или покретних ствари које би јој

Шамашу у Сипару су врло активно предузимале различите правне послове и неретко се њихов мираз, који су доносили у манастир, после њихове смрти увећан враћао њиховим породицама, премда су неке од њих усвајале кћери којима би завештавале своју имовину, што су у пракси њихове породице често покушавале да оспоре.⁸⁵

Старији аутори су сматрали да је веома тешко одговорити на питање да ли је „Мардукова жена“ представљала храмовску девицу или храмовску проститутку, иако су сматрали да има индиција да је њихов статус био ближи статусу храмовских проституки јер су се у храмовима бога Мардука развијали и различити ласцивни култови.⁸⁶ Но, чак и ако оставимо по страни претходно изнету дилему о томе да ли је храмовска проституција уопште постојала, све то још увек не разрешава дилему да ли су Мардукове свештенице могле једнострано да располажу заоставштином. Ипак, независно од тога да ли су учествовале у ритуалу „светог брака“ или неком сличном ритуалу, то су свакако биле жене високог порекла, чији су друштвени статус и улога при храмовима, а посебно у храму врховног вавилонског божанства, Мардука, високо вредновани, те је и њихов правни статус било потребно нарочито истаћи.

5. АНАЛИЗА ЧЛАНА 182 ХАМУРАБИЈЕВОГ ЗАКОНИКА

Иако старији законодавци начелно нису имали способност апстрактног формулисања правних норми, већ су спорна питања регулисали казуистички, везујући их за конкретне примере и догађаје, што Вајс назива „законитошћу постепене апстракције“,⁸⁷ чини се да је у чл. 182 Хамурабијевог законика ипак реч о нечему другом.

Пре свега, превасходни циљ целине одредаба Хамурабијевог законика, од чл. 178 до чл. 182, није да регулише имовинскоправна питања *en general*, већ да уреди издржавање четири различите групе жена. Очигледно је реч о женама које спадају у круг храмовских посвећеница званих *kedeše*, које су могле да се удају, али не и да имају децу, што проистиче из два аргумента *ex silentio*. Најпре, да није тако, не би било потребе за нормирањем тих пет чланова по-

запечаћеном исправом даривао муж за случај смрти, док се у другом делу одредбе потенцира њена улога поклонодавца у поклону за случај смрти у корист најмилијег детета. Исто тако, у чл. 151 и 152 се прави разлика у одговорности супружника као дужника, зависно од тога да ли је дуг настао пре или након ступања у брак човека и жене.

⁸⁵ А. Курт, 113.

⁸⁶ J. Oberški, 18–20.

⁸⁷ Albert Vajs, „Neke specifične zakonitosti u istorijskom razvoju prava“, *Zbornik radova iz pravne istorije posvećen Albertu Vajsu*, Beograd 1966, 17–18.

ред већ постојећих одредаба чл. 162–164 Хамурабијевог законика, у којима је већ регулисана правна судбина ћеркиног мираза након смрти њеног оца.⁸⁸ С друге стране, у одредбама којима се регулише издржавање посвећеница након смрти њиховог оца, нема ни помена о могућности из чл. 162 Хамурабијевог законика, односно, о ситуацији у којој после женине смрти мираз који је добила од оца припада њеној деци. Ако се пажљивије погледа, читав корпус одредаба чл. 178–182 Хамурабијевог законика регулише две могуће ситуације.

Прва, нормирана у чл. 178 и 179, односи се на могућност да је отац посвећеници, великој посвећеници или секрету-жени доделио мираз и то констатовао у запечаћеној глиненој табlici, при чему је он том приликом могао да предвиди да она „свој иметак може дати коме зажели“ (чл. 179), без могућности да је браћа због тога туже и било шта потражују од ње. Чини се да то треба тумачити у смислу да она заправо може теретно да отуђи свој иметак, тј. да га прода (можда и да у закуп коме жели, иако таква могућност није јасно истакнута у чл. 179 као у чл. 178) и тако обезбеди сопствено издржавање. То се види и из тога што би и независно од општих правила о располагању жене миразом (према којима он припада њеној деци или се враћа породици њеног оца), према чл. 178 Законика, у ситуацији у којој отац „није дао писмено одобрење да даје свој иметак коме год зажели и није јој дао (над тим дорима) пуно овлашћење“, посвећеница обезбеђивала своје издржавање тако што би јој браћа са поља и воћњака који су саставни део њеног мираза давала „хране, уља и руха у складу са њеним наследним делом“; ако браћа то не би чинила, доживотно би је издржавао купац од плодова са „поља, воћњака и ма чега другог што јој је отац дао“. Ипак, у оба случаја би се њен мираз после њене смрти враћао њеној браћи. Поједини аутори не негирају те могућности, али тврде како би посвећеница, у складу са чл. 179, могла и да одреди наследника на добрима која је добијала од оца,⁸⁹ а њен наследник би потом прихватио обавезу да је издржава и обезбеђује јој иста она добра која су браћа била дужна да јој обезбеде на основу чл. 178.⁹⁰ Међутим, ако би се и прихватила та хипотеза о правној природи располагања посвећенице, такав правни посао би представљао уговор о доживотном издржавању или теретни уговор о наслеђивању јер је завештање увек добротин правни посао. Такву претпоставку не би требало *a priori* одбацити јер су нека наша ранија

⁸⁸ Према општим правилима која су предвиђена чл. 162–164 Хамурабијевог законика, женин мираз је после њене смрти припадао њеној деци, а ако не би имала децу, мираз се враћао њеном оцу у целини ако би таст вратио зету терхату, а делимично, у разлици вредности шерикту и терхату ако таст не би вратио зету терхату.

⁸⁹ R. Westbrook, 424.

⁹⁰ P. Cruveilhier, 180.

истраживања показала да, уз све нужне апроксимације, нудуну и поклон за случај смрти у вавилонском праву могу да се третирају као клице уговорног наслеђивања,⁹¹ али се онда овлашћење из чл. 179 законика „да (она) свој иметак може дати коме год зажели“ свакако не би могло тумачити као корен једностраног располагања заоставштином, односно као зачетак тестаментa.

Друга могућност, предвиђена чл. 180–182 Хамурабијевог законика, представља решење за случајеве у којима отац није пре своје смрти доделио мираз својој ћерки – великој посвећеници, посвећеници, секрету-жени, кулмаситу или великој посвећеници бога Мардука у граду Вавилону, која, за разлику од ситуација нормираних у чл. 178–179, живи у храму.⁹² Но, и овде треба разликовати две даље могућности.

Према првој, регулисаној у чл. 180 Законика, очева ћерка, која је велика посвећеница или секрету-жена,⁹³ послата у манастир као свештеница или монахиња (*išippat gâgûm*) или у краљевску палату (*zikrum*), односно велика посвећеница, посвећеница или кулмаситу, тј. свештеница која није стално боравила у манастиру (*kadištum* или *zërmašîtum*), сагласно чл. 181, издржавала се само од плодова са вредности њеног наследног дела који је био једнак делу њене браће (чл. 180), односно износио је 1/3 очевине (чл. 181),⁹⁴ али се после

⁹¹ М. Станковић (2015a), 17–20.

⁹² Но, како таква посвећеница тим пре није у стању да самостално обрађујући поље себе издржава, то у погледу обезбеђивања њених средстава за живот важе исте могућности као за ћерку која као посвећеница не живи у храму, што је регулисано чл. 178 Хамурабијевог законика. – P. Cruveilhier, 181–182.

⁹³ Истраживачи су, проучавајући неоасирске изворе, сазнали веома мало о секрету-женама и њиховом тачном статусу, правима и обавезама. Познато је да су живе у оквиру палата, где су имале своја следовања вина и хране и где су биле под надзором *rab isâti*. Мogle су да учествују у правним пословима (нпр. сачувани су извори у којима купују људе или непокретности), а најчешће се помињу као део ратног плена асирских краљева, заједно са другим особљем које је живело у палатама, али није познато у којој мери су одржавале контакт са осталим особљем које је живело у палатама. Могуће је да су оне биле нека врста „секундарних жена краљева“, што проистиче и из чињенице да су имале следовања вина, које је као луксузни производ било доступно само лицима вишег друштвеног статуса. Међутим, исто тако је извесно да се њихов *sekretu* статус могао мењати током живота. – S. Terro, 73–82. Изгледа да је у средњоасирском периоду постојала хијерархија између жена које су живе у палати, за коју неки аутори користе и појам „харема“. На врху лествице се налазила краљица мајка, а затим су следиле жене краљевског порекла и статуса (*aššât šarri*), „даме у палатама“ (*sinnišâti ša ekallim*), жене нижег ранга и слушкиње. – Sophie Lafont, „Middle Assyrian Period“, *A History of Ancient Near Eastern Law I* (ed. Raymond Westbrook), Brill, Leiden – Boston 2003, 535.

⁹⁴ Мањи део који припада посвећеницама из чл. 181 у односу на део који им припада по чл. 180 Хамурабијевог законика, старији аутори објашњавају њиховим нижим друштвеним статусом, односно тиме што је у чл. 181 реч о храмовским проститукама. – P. Cruveilhier, 183.

њене смрти у оба случаја њен иметак у вредности њеног наследног дела свакако враћао њеној браћи.

У другој солуцији, велика посвећеница бога Мардука у граду Вавилону је, сагласно чл. 182 Хамурабијевог законика, при деоби очевине са браћом добијала 1/3 наследства и могла је да „остави свој иметак коме хоће“, без икакве обавезе према браћи, што би, чини се, такође требало тумачити у смислу да може да га прода коме жели и на тај начин обезбеди сопствено издржавање. Међутим, старији аутори не сматрају да се ту завршава обим овлашћења свештеница у храму бога Мардука. Они аргументују да су оне, баш као и у чл. 179, могле да дају своју земљу на обрађивање и неким трећим лицима, што не искључује могућност и да је дају својој браћи (иако те опције нису изричито поменуте у тексту законика), али да су оне, за разлику од других посвећеница, имале и једну додатну могућност, а то је да располажу од оца добијеном имовином и за случај смрти онако како желе и то, за разлику од посвећеница из чл. 179, и без очеве сагласности.⁹⁵ Таква тврдња је у духу језичког тумачења чл. 179 и 182 Хамурабијевог законика, према којима су посвећеница, велика посвећеница или секрету-жена, односно свештеница у храму бога Мардука, стицале право својине на иметку који им је отац остављао, док су посвећенице, велике посвећенице, секрету-жене или кулмасити из чл. 178, 180 и 181 стицале само право плодоуживања на делу који би добиле од оца.⁹⁶

На први поглед, не узимајући у обзир наведене чињенице, стварно би се могло рећи како је слобода велике посвећенице бога Мардука готово неограничена, чак много шира и од овлашћења жене из чл. 150 Хамурабијевог законика, која је могла оставити своју имовину само најмилијем сину и никоме више. Међутим, овде треба имати у виду неколико околности. Најпре, Мардукова посвећеница је могла да се удаје, али није могла да рађа децу,⁹⁷ а друго, њена овлашћења у погледу могућности располагања иметком су заправо идентична могућностима које су у чл. 179 стављане на вољу посвећеницама, великим посвећеницама или секрету-женама, којима је отац у запечаћеној табlici доделио мираз и изричито се писмено сагласио да оне својим иметком могу располагати по сопственој вољи. То значи да би се из тога пре могли извући неки други закључци.

⁹⁵ P. Cruveilhier, 184; D. D. Luckenbill, 11.

⁹⁶ J. Oberški, 21.

⁹⁷ P. Cruveilhier, 184. Разлог због кога је свештеница у храму бога Мардука добијала 1/3 дела свога брата, а не наследни део једнак његовом, треба тражити у чињеници да је она, баш као и свештеница у храму бога Шамаша, могла да се уда и да живи у заједници живота са својим мужем. – D. D. Luckenbill, 11.

Најпре, изгледа да Мардукове свештенице нису издржавали храмови у којима су обитавале. Ако би им храмови пружали потребно издржавање, онда ни посвећенице, ни велике посвећенице, ни секрету-жене којима је отац остављао мираз, ни велике посвећенице бога Мардука којима отац није остављао мираз, не би морале да продају или дају у закуп имовину добијену миразом да би обезбедиле сопствено издржавање. Међутим, како оне нису могле да имају деце, а у чл. 179 и 182 је јасно назначено да њихова имовина по њиховој смрти није припадала њиховој браћи, поставља се питање коме је онда следовала таква имовина или оно што би од ње остало након подмиривања трошкова издржавања. Једини логичан одговор би био да је припадала држави или храму,⁹⁸ као некој врсти последњих законских наследника којима припада вакантна заоставштина свештеница које нису имале сопствено потомство а добијени иметак се није враћао њиховим породицама. Посебно истицање свештеница у храму врховног вавилонског божанства Мардука говори у прилог тој хипотези, али не да би им се доделило једно овлашћење које није било дато посвећеницама у другим храмовима, јер је оно чл. 179 било признато и посвећеницама, великим посвећеницама и секрету-женама, без навођења божанства коме су биле посвећене. Пре ће бити да је Хамураби, не само као законодавац, већ и као освајач и ујединитељ, посебно желео да истакне бога Мардука, као ново и кохезивно врховно божанство на сумерско-акадском простору. Ипак, ни у том случају не би могло бити речи о слободи завештања, већ о некој врсти уговорног располагања у корист државе или храма у коме су те жене биле посвећене, а које су евентуално вршиле таква располагања.⁹⁹

6. ЗАКЉУЧАК

Хамурабијев законик не познаје одредбе које би се могле квалификовати макар као трагови формирања завештања, као правног посла којим једно лице које испуњава унапред прописане услове непосредно и једнострано, у законом предвиђеној форми, бестеретно и са могућношћу опозивања, располаже својом имовином за случај смрти, у смислу измене обичајима или законом предвиђеног круга својих наследника или измене висина њихових наследних квота. Најпре, ограничавање круга лица која би имала активну завештајну способ-

⁹⁸ Марта Рот изричито помиње као једно од овлашћења храмовских посвећеница „да располажу заоставштином у корист других сестара посвећеница“. – М. Т. Roth, 23.

⁹⁹ Таква располагања су се јављала нарочито у средњем веку, па и у повељама многих Немањића. – М. Станковић (2015а), 62–67.

ност само на храмовске посвећенице, а посебно на посвећенице у храму бога Мардука, независно од привилегованог друштвеног и правног статуса који су оне уживале, недовољно је да би се до-нео општи закључак о могућности тестирања. Такође, чињеница да ничим није прецизиран начин, тј. није прецизно уређена форма за евентуално располагање за случај смрти у Хамурабијевом закону у чл. 179 и 182, као и дилема да ли су таква располагања била добро-чина или теретна, нису у сагласности са правном природом теста-мента. Најзад, непомињање могућности да се све до тренутка смрти једнострано измени или опозове такво располагање представља још један аргумент за тврдњу да идеја слободе завештања још увек није била ни у зачетку.

Иако би инсистирање на постојању свих или макар већине по-ребних елемената правне природе теста-мента у Хамурабијевом за-кону на први поглед изгледало као анахронизам, не треба заборавити да та, савремена обележја правне природе завештања познаје римско право још од својих првих завештајних форми, али да их у већини познаје и грчко право, у виду легатског теста-мента и теста-ментарне адопције. Имајући у виду целину Хамурабијевог закона, пре би се могло рећи да он познаје зачетке уговорног наслеђивања (прецизније, уговорних легата), тј. споразумног уређења судбине тачно одређених делова заоставштине појединих категорија лица после њихове смрти, за шта као доказ превасходно служе нудуну и поклон за случај смрти. То је сасвим у духу хипотезе да је готово у свим цивилизацијама двострано располагање имовином за случај смрти претходило једностраном.¹⁰⁰

Упркос иноваторској улози при стварању чл. 182 Хамурабијевог закона, одсуство теста-мента у овом кодексу потврдили су комби-нована примена упоредног и историјскоправног метода, као и циљно и систематско тумчење самог Хамурабијевог закона. Ниједан од просторно и цивилизацијски блиских закона Хамурабијевом и ниједан од оних који су му сродни по степену достигнутог друшт-веног и правног развоја, попут Ур-Намуовог закона, Закона Липит-Иштара, Средњоасирских закона, Хетитског закона или Мојсијевих закона не познаје зачетке правног посла који би се мо-гао оквалификовати као тестамент. Имајући у виду да је сам садржај Хамурабијевог закона комбинација постојећих обичаја на простору између Тигра и Еуфрата и иноваторских амбиција законодавца, непостојање јасних назнака о слободи појединца да једнострано уре-ди судбину своје имовине за случај смрти говори о томе да вавилон-ско право цара Хамурабија још увек није достигло степен потребног цивилизацијског развоја за афирмисање таквог правног посла.

¹⁰⁰ Oliver B. Antić, *Sloboda zaveštanja i nužni deo*, doktorska disertacija, Beograd 1983. (daktilografisano), 22–50.

С друге стране, не би требало превидети чињеницу и да је Хамурабијев законик имао одговарајућу систематику, истина, не у духу савремених, али свакако у маниру оновремених схватања о начину излагања правне материје. Ако се ствари сагледају на такав начин, видеће се да и чл. 182 и чл. 179 тог законика заправо представљају део корпуса норми којима се желело обезбедити издржавање храмовских посвећеница, зависно од тога да ли су добијале мираз од својих очева или нису, како оних које су живеле при храмовима, тако и оних које су обитавале ван храмова. Чини се да у том, породичноправном, а не наследноправном контексту, тј. у смислу гаранције обезбеђења средстава за живот, а не несметаног једностраног уређивања наследноправних последица сопствене смрти, треба посматрати не само овлашћење дато свештеницама у храму бога Мардука које је у чл. 182 кодификације изражено речима да ће „велика посвећеница бога Мардука оставити свој иметак коме хоће“, већ и слично овлашћење које је у чл. 179 кодекса гарантовано посвећеницама, великим посвећеницама и секрету женама тако „да свој иметак могу дати коме год зажеље“. Разлог због кога је у законнику посвећена посебна пажња Мардуковим свештеницама треба тражити не само у чињеници да су те посвећенице биле жене вишег друштвеног статуса које су уживале велики углед због посла којим су се бавиле, већ и зато што је Мардук био врховно, аутентично вавилонско божанство које је потиснуло она стара и коме је и законски требало прибавити ауторитет.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Albert, G., *La liberté de tester*, Paris – Angers 1895.
- Аличич, С., „Шта Гај није рекао о форми тестаментa *per aes et libram*“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2006. (Aličić, S., „Šta Gaj nije rekao o formi testamenta *per aes et libram*“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2006)
- Antić, O. B., *Sloboda zaveštanja i nužni deo*, doktorska disertacija, Beogradu 1983. (daktilografisano).
- Avramović, S., *Evolucija slobode testiranja u antičkom grčkom pravu*, doktorska disertacija, Beograd 1981 – (daktilografisano).
- Аврамовић, С., Станимировић, В., *Упоредна правна традиција*, Београд 2015. (Avramović, S., Stanimirović, S., *Uparedna pravna tradicija*, Beograd 2015)

- Budin, S. L., „Sacred Prostitution in the First Person“, *Prostitutes and Courtesans in the Ancient World* (eds. C. A. Faraone, L. K. McClure), The University of Wisconsin Press, Madison 2006.
- Cruveilhier, P., *Commentaire du Code d'Hamourabi*, Paris 1938.
- Diamond, A. S., *Primitive Law, Past and Present*, Methuen & Company, London 1971.
- Die Gesetze Hammurabis und Verhältnis zur mosaischen Gesetzgebung sowie zu den XII Tafeln*, Von David Heinrich Müller, Wien 1903.
- Die Gesetze Hammurabis, Königs von Babylon um 2250 v. Chr. – Das älteste Gesetzbuch der Welt*, übersetzt von Hugo Winckler, Leipzig 1903.
- Frymer-Kenski, T., „Israel“, *A History of Ancient Near Eastern Law II* (ed. R. Westbrook), Brill, Leiden – Boston 2003.
- Хамурабијев законик, превео Обрад Полић, Београд 2005. (*Hamurabijev zakonik*, preveo Obrad Polić, Beograd 2005)
- Хамурабијев законик, превео Чедомир Марковић, Београд 1925. (*Hamurabijev zakonik*, preveo Čedomir Marković, Beograd 1925)
- Корошец, В. „Садашње стање проучавања правних извора писаних клинастим писмом“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/1957. (Korošec, V., „Sadašnje stanje proučavanja pravnih izvora pisanih klinastim pismom“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/1957)
- Krivaček, P., *Vavilon – Mesopotamija i rađanje civilizacije*, prevela Jelena Bojić, Beograd 2010.
- Курт, А., *Стари Исток од 3000. до 330. године п. н. е.*, I, на српском прир. Данијела Стефановић, Београд 2012. (Kurt, A., *Stari Istok od 3000. do 330. godine p. n. e.*, I, на српском прир. Danijela Stefanović, Beograd 2012)
- La loi de Hammourabi (vers 2000 AV. J.-C.)* par V. Scheil, Paris 1904².
- Lafont, S., „Middle Assyrian Period“, *A History of Ancient Near Eastern Law I* (ed. R. Westbrook), Brill, Leiden – Boston 2003.
- Luckenbill, D. D., „The Temple Women of the Code of Hammurabi“, *The American Journal of Semitic Languages and Literatures* 34(1)/1917, The University of Chicago Press.
- McClure, L. K., „Introduction“, *Prostitutes and Courtesans in the Ancient World* (eds. C. A. Faraone, L. K. McClure), The University of Wisconsin Press, Madison 2006.
- Miles, M., „Some Remarks on the Origins of Testacy, with Some References to the Old-Babylonian Laws“, *Revue Internationale des droits de l'antiquité*, tome I, Bruxelles 1954³.

- Николић, Д., *Историја права – Стари и Средњи век*, Ниш 2014. (Nikolić, D., *Istorija prava – Stari i Srednji vek*, Niš 2014)
- Oberski, J., *Socijalni položaj žene po Hamurabiju u odnosu prema Mojsijevom zakonu*, Zagreb 1940.
- Roth, M. T., „Marriage, Divorce, and the Prostitute in Ancient Mesopotamia“, *Prostitutes and Courtesans in the Ancient World* (eds. C. A. Faraone, L. K. McClure), The University of Wisconsin Press, Madison 2006.
- Станимировић, В., „Нови поглед на Хамурабијев законик (I део)“, *Анали Правног факултета* 1/2011. (Stanimirović, V., „Novi pogled na Hamurabijev zakonik (I deo)“, *Anali Pravnog fakulteta* 1/2011)
- Станимировић, В., „Нови поглед на Хамурабијев законик (II део)“, *Анали Правног факултета* 2/2011. (Stanimirović, V., „Novi pogled na Hamurabijev zakonik (II deo)“, *Anali Pravnog fakulteta* 2/2011)
- Stanimirović, V., *Hrestomatija za uporednu pravnu tradiciju*, Beograd 2012.
- Станковић, М., „Правна природа афатомије“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2015. (Stanković, M., „Pravna priroda afatomije“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2015)
- Станковић, М., *Уговорно наслеђивање између супружника*, докторска дисертација, дактилографисано, Београд 2015. (Stanković, M., *Ugovorno nasleđivanje između supružnika*, doktorska disertacija, daktilografisano, Beograd 2015)
- Stuckey, J. H., „Sacred Prostitutes“, *MatriFocus, Cross-Quarterly for the Goddess Woman Samhain* 5 – 1/2005.
- Szlechter, E., „La nature juridique de la clause *ana qabê* en droit babylonien“, *Revue internationale des droits de l'antiquité*, tome VI, Bruxelles 1959³.
- Шаркић, С., *Општа историја државе и права*, Београд 1995.
- Teppo, S., *Women and their agency in the neo-assyrian empire*, Assyriologia Pro gradu, 2005.
- The Code of Hammurabi*, by Rosamond E. Mack, Baghdad 1979.
- The Code of Hammurabi*, translated by L. W. King, <http://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>.
- Vajs, A., „Неке специфичне законитости у историјском развоју права“, *Zbornik radova iz pravne istorije posvećen Albertu Vajsu*, Beograd 1966.

- Бајс, А., „Неке карактеристике старих кодекса“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/1969. (Vajs, A., „Neke karakteristike starih kodeksa“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/1969)
- Vajs, A., Kandić, Lj., *Opšta istorija države i prava*, Beograd 1986.
- Вотсон, А., *Правни трансплантаци – Приступ упоредном праву*, превела Силва Митровић, Београд 2010. (Votson, A., *Pravni transplanti – Pristup uporednom pravu*, prevela Silva Mitrović, Beograd 2010)
- Westbrook, R., „Old Babylonian Period“, *A History of Ancient Near Eastern Law I* (ed. R. Westbrook), Brill, Leiden – Boston 2003.
- Westenholz, J. G., „Qēdešā, Qadištu, and Sacred Prostitution in Mesopotamia“, *The Harvard Theological Review* 82(3)/1989.
- Zakonici drevne Mesopotamije*, zakonike s engleskog preveo, studiju i komentare sačinio Marko Višić, Beograd 2003.

Miloš Stanković, PhD

Assistant Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

WAS LAST WILL PRESCRIBED IN THE CODE OF HAMMURABI?

Summary

The Code of Hammurabi does not include any provisions that could be qualified at least as the traces of the formation of last will as a legal transaction by which a person fulfilling the prescribed requirements, directly and unilaterally, in the form envisaged by the law, without consideration and with the possibility of revoke, disposes of his/her estate in case of death, in terms of the changing of the custom or law-intended scope of his/her heirs or changing the amount of their inheritance quota. First of all, the limitation of the scope of persons who could have an active testamentary capacity to God-devoted temple-maids and temple-virgins only, in particular to the devoted temple-maids and temple-virgins of the temple of the Marduk of Babylon, regardless of the privileged social and legal status they had, is not enough to draw a general conclusion about the possibility of bequesting. Secondly, the absence of any precisely arranged form for possible disposal in the case of death in the Code of Hammurabi Articles 179 and 182, as well as the dilemma whether such

disposals were with or without consideration, are not in concordance with the legal nature of the last will. Finally, the failure to mention the possibility to unilaterally modify or revoke such disposal until the moment of death, is another argument for the assertion that the idea of the freedom of testation was still not in its infancy at the time.

Although the insistence on the existence of all, or even most of the necessary elements of the legal nature of the last will in the Code of Hammurabi, would at first glance appear to be an anachronism, one should not forget that these contemporary features of the legal nature of last will are familiar with the Roman law from their very first testamentary forms – most of them being familiar with the Ancient Greek law as well, through the testamentary legacy and the testamentary adoption. Bearing in mind the entirety of the Code of Hammurabi, it can be said that it is more familiar with the beginnings of the contractual inheritance (contractual legacies, to be more precise), i.e. the consensual arrangement of the legal destiny of precisely certain parts of the estate of certain categories of persons after their death, for which, as a proof, there primarily are *nudunu* and *donatio mortis causa*. It is quite in accordance with the hypothesis that in almost all civilizations the bilateral disposal of property in the case of death has preceded the unilateral ones.

Despite the innovative role in creating Article 182 of the Code of Hammurabi, the absence of last will in this codex was confirmed both by the combined application of the comparative and historical method, as well as the systematic interpretation and the interpretation by purpose of the Code of Hammurabi itself. None of the codes, spatially and civilizationally speaking, close and similar to the Code of Hammurabi, as well as none of the codes that are related to it in terms of the level of social and legal development, such as the Ur-Namu Code, the Lipit-Ishtar Code, the Central Syrian Laws, the Hittite Laws, or the Law of Moses, are familiar with the roots of a legal transaction which could be qualified as a last will. Bearing in mind that the very content of the Code of Hammurabi is a combination of existing customs in the area between Tigris and Euphrates and the innovating ambitions of the legislator, the absence of clear indications of the freedom of an individual to unilaterally regulate the future of his/her estate in the case of his/her death, indicates that the Babylonian law of the emperor Hammurabi had not yet reached the level of the necessary development for the affirmation of this legal transaction.

On the other hand, we should not overlook the fact that the Code of Hammurabi had an appropriate systematics – truly enough, not in the spirit of the modern time, but certainly in the manner of understanding the way of how to present legal matters in the time the Code was created. If things are perceived in this way, it is clear that both Article 182 and Article 179 actually constitute a part of the corpus of norms that sought

to ensure the maintenance to devoted temple-maids and priestesses, depending on whether they received the dowry from their fathers or not, regardless to the fact of their living in the temples or somewhere else. It seems that in this family-law context, not in an inheritance-law one, in the sense of guaranteeing the provision of livelihoods and not unilateral management of the inherent legal consequences of one's own death, it is necessary to consider not only the authority of the priestesses in the temple of the Marduk of Babylon, which in Article 182 of codification is expressed in words that „Marduk may leave her estate to whomsoever she wishes“, but also the similar authority that is guaranteed in the article 179 of the Code, which states: „If a „sister of a god,“ or a prostitute, receive a gift from her father, and a deed in which it has been explicitly stated that she may dispose of it as she pleases, and give her complete disposition thereof: if then her father die, then she may leave her property to whomsoever she pleases.“ The reason for the special attention paid in the Code to Marduk's priestesses should be sought not only in the fact that these God-devoted women were women of a higher social status who enjoyed great reputation for the work they did, but also in the fact that Marduk was the supreme authentic Babylonian deity that pushed out the previous gods, and was in need to legally obtain authority.

Key words: *Art. 182 of The Code of Hammurabi. – Last will. – Devotees in the temple of Marduk of Babylon. – Maintenance.*

Article history:
Received: 15. 8. 2017.
Accepted: 4. 9. 2017.

Никола Селаковић, мастер^{*}

КОРЕНИ ЛАТИНСКОГ ТИПА НОТАРИЈАТА

У раду се разматра настанак установе нотаријата латинског типа и покушава разоткрити његов прави корен, тренутак обликовања и прерастања из приватног бележничтва у јавно. Пратећи генезу бележничтва латинског типа и његов развој оповргавају се тезе о његовој утемељености у римском праву, а указује на немали допринос византијског права. У трећем делу рада указује се на кључну улогу француске правне традиције у обликовању нотаријата латинског типа и коначном формирању јавног бележника. Ипак, недовољна научна обрада везе између позновизантијског права и француског средњовековног права, а сличности у решавању правних ситуација остављају простор за даље проучавање и разраду.

Кључне речи: *Латински нотаријат. – Табелион. – Епархова књига. – Француско средњовековно право.*

1. НОТАРИЈАТ И ПРАВНИ ИДЕНТИТЕТ СРБИЈЕ

Нотаријат, а поготово тзв. латински тип нотаријата, тешко се може сматрати институцијом која представља део историјскоправног идентитета Србије. У својој вишевековној правној историји Србија је познавала неке специфичне правне установе које би се могле, мање или више успешно, поредити са нотаријатом (нарочито средњовековни пристав, номик итд.¹). Додуше, Србија се накратко упознала са латинским типом нотаријата у првој половини прошлог

^{*} Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *nikola.sela-kovic@ius.bg.ac.rs*

¹ Вид. више: Марко Костренчић, *Fides publica (јавна вера) у правној историји Срба и Хрвата до краја XV века*, Београд 1930, 68; Ђорђе Бубало, *Српски номиси*, Београд 2004.

века, уочи Другог светског рата. Закон о јавним бележницима (нотарима) из 1930. године је, осим у Србији, важио на целој територији државе, укључујући и оне њене делове у којима се нотаријат и раније примењивао под утицајем аустријског права (Војводина, Славонија, Далмација, Словенија) и у основи је у највећем делу садржавао кључне елементе латинског типа нотаријата. Но, та епизода је уз доста потреса који су пратили њено увођење трајала тек неколико година, да би са стварањем нове заједничке домовине словенских народа у облику комунистичко/социјалистичке државне творевине, она била потпуно заборављена. У новој, послератној Југославији нотаријата више није било за све време њеног трајања.

Тако се тек почетком XXI века, током његове прве деценије, када су друге државе које су настале настале распадом СФРЈ већ увелико увеле јавно бележништво, српски правни систем нашао пред важним избором. Приликом трансформисања и формирања свог новог правног идентитета, на ред је дошла и правно-политички незаобилазна установа нотаријата. Порођајне муке у вези са нотаријатом су у Србији трајале дуго, најпре кроз два пропала пројекта закона, почев од 1996. године, у тада још Савезној Републици Југославији, а потом и 2002. у Републици Србији. Трагања за најповољнијим моделом уређења су настављена 2007. године, који је прерастао у закон тек после више од четири године. У свим тим настојањима ослонац, или макар инспирација, у доброј мери се проналазио и у Закону о јавном бележништву Краљевине Југославије из 1930. године. Тако је наш новонастали Закон о јавном бележништву из 2011. године у основи ослоњен на идеју латинског типа нотаријата, у којој је нотар носилац јавних овлашћења и где његова исправа има карактер извршног наслова, мада су надлежности јавног бележника ограниченије него у многим другим државама са оваквим типом нотаријата.

Због тога је прилично необично то што се латинском типу нотаријата у нашој литератури није посветила већа пажња. Излишно је истицати колико је значајно да се пажња академске заједнице у већем обиму усмери и ка историјату и специфичностима тог облика нотаријата. Ово утолико пре што је добрим делом његов костур постао део нашег савременог правног система, после бројних и дуготрајних порођајних мука, најпре при конципирању законске регулативе, а потом приликом примене новог Закона о јавним бележницима и оформљењу ове јавне службе. Да је било више радова у којима би се претходно расветлили многи спорни и деликатни аспекти нотаријата и анализирали историјскоправно и упоредноправно искуство, несумњиво је да би они олакшали и вероватно убрзали те мучне процесе (нпр. питање односа нотаријата и адвокатуре). То је добар пример до које мере је важно да се увођење једне нове прав-

не установе припреми и пропрати, између осталог, и одговарајућом претходном научном обрадом.

Наиме, у нашој литератури постоји веома мали број радова који анализирају настанак и особине нотаријата уопште, а поготово латинског типа нотаријата. Један од првих је полумонографски текст који је настао као плод првог курса за припрему будућих кандидата за нотаре организованог на Правном факултету Универзитета у Београду, у време када је Србија почела законодавне припреме за увођење нотаријата у наш правни систем.² У том тексту, а и у другим малобројним важнијим текстовима који су се бавили овом темом,³ посвећена је одређена пажња и настанку латинског типа нотаријата, али су с обзиром на махом прагматичне потребе због којих су ти радови писани (првенствено упознавање шире јавности и полазника курса са основним појмовима нотаријата), изостале детаљније историјскоправне анализе.

Међутим, ни стање у иностраној литератури није много боље. Осим у Француској, у другим земљама питање рађања латинског нотаријата није привлачило превише пажње. Вероватни разлог лежи у томе што је та тема постала релативно незанимљива, пошто се нотаријат тамо већ вековима стабилизовао и пажња литературе се углавном оријентисала на проблеме које је наметала свакодневна пракса.⁴ У нашим условима, међутим, када није савим јасно ни да ли се новонастали, постојећи модел јавног бележничтва може сматрати најближим латинском типу нотаријата, чини се корисним да се овој теми посвети више пажње.⁵

² Сима Аврамовић, „Правноисторијски аспекти нотаријата“, *Јавнобележничко право* (прир. Д. Хибер), Београд 2005, 35–83.

³ Небојша Шаркић и др., *О јавном бележнику – нотару*, Београд 2004.

⁴ Ипак, постоје и часописи који се претежно баве само историјом нотаријата, нпр. *Le Gnomon, Revue internationale d'histoire du notariat*, који издаје *Institut international d'histoire du notariat*. Међутим, колико су и у државама са дугом нотарском традицијом бројна питања која траже доктринарне одговоре, указује то што се један француски аутор релативно скоро заложио за установљивање посебне гране права – нотарологије, Jean-Paul Poisson, *Essais de notarologie*, Paris 2002. Није чудо што се данас мање пажње поклања историјату латинског нотаријата, а више теоријским и практичним темама, јер се у Европи прилично агресивно актуелизују питања његове либерализације и англосаксонизације. О томе вид. врло аргументован текст, Драгана Кнежић Поповић, „Европски јавни бележници на ветрометини“, *Правни живот* 2/2016, 230–270.

⁵ Бар двадесетак држава у Европи у основи има систем који је близак француском-латинском нотаријату. То су Аустрија, Мађарска, Италија, Грчка, Чешка, Словачка, Словенија, Бугарска, Белгија, Холандија, Швајцарска (у француском и италијанском делу), Шпанија, Португал, Естонија, Летонија, Литванија, Луксембург, Малта. Наравно да сваки од њих има неке своје дистинктивне особине, али у основи имају много заједничких црта са латинским типом нотаријата. У том контексту раз-

2. ДА ЛИ ЈЕ НОТАРИЈАТ ТЕКОВИНА РИМСКОГ ПРАВА?

У француској, али и литератури на другим језицима, постоји скоро неподељено мишљење да корени латинског нотаријата про-излазе још из римског права. Ипак, како је то код нас показао Аврамовић, није савим јасно на који се начин у римском праву изграђивала ова установа и да ли је ње уопште било са атрибутима које ће касније имати нотаријат. Наиме, ниједан од института које је познавало римско право се не може у потпуности упоредити са каснијом, средњовековном, а поготово са модерном установом јавног бележничтва. Његово је становиште да се почеци професије која наликује нотарској код Римљана нису много разликовали од сличних установа код других народа (Египћана, Грка, нарочито у хеленистичком периоду) и да су Римљани у ствари преузели своје прве писаре од Грка из хеленистичког света. У склопу тога је у Рим прод-рла и идеја да су исправе које су саставили такви професионални писари-бележници имале већу доказну снагу него да су их сачиниле саме странке, али ништа више од тога. Главни допринос Римљана он види у томе што су исправе које је састављала посебна врста пи-сара, тзв. табелиони, у дугом временском еволутивном процесу који је трајао све до пред крај постојања Римске империје у IV веку н.е., добили и нешто већу формалну пробативну вредност, па се стога та-белиони сматрају зачетком модерног нотаријата. Међутим, он јасно показује да табелиони још увек нису имали статус особе јавне вере која саставља јавне исправе које представљају извршни наслов, те да су они до краја постојања римске државе у основи представљали само приватне бележнике. Он јасније од многих других аутора, не само у нашој литератури, указује на постојање неколико сличних професија и различитих назива, а за које се неретко погрешно ве-зивало порекло савременог нотаријата (*scriba*, *notarius*, *tabullarius* и *tabellion*). Тек када се појављују табелиони (*tabelliones*), о којима говори је посвећен већи број одредаба у Јустинијановим *Новелама*,⁶ може се говорити о посебној, „лиценцираној“ професији. Они се већ јасно профилишу као посебна професија приватних бележника који су своје услуге пружали на форуму и на јавном месту сачињавали исправе које би од њих тражиле странке, тако да почињу да донекле

новрсности би се могло рећи да и новоуведени нотаријат у Србији у основи припада тој истој породици, уз одређене своје специфичности.

⁶ Притом не треба сметнути с ума да су Јустинијанове *Новеле* последњи део његове кодификације који је писан на грчком језику и који није садржао делове класичног римског права попут *Дигеста*, већ је углавном регулисао новонастале односе из тог времена, у једној друштвено-економски већ прилично другачијој држави – Византији (без обзира на то што је себе сматрала наследницом Римске империје као РOMEЈСКО царство и што је своје становнике називала РOMEЈИМА).

лично на notare. Ипак, ни они још увек нису били државни службеници од јавног поверења на које држава преноси део својих овлашћења. Ипак, њихове исправе су имале већу доказну вредност, али не и карактер јавних исправа. Оне се нису користиле као апсолутно доказно средство, о чему сведочи и околност да се у случају смрти табелиона садржина докумената морала потврђивати сведоцима.⁷

Овакво становиште се у приличној мери одваја од старог клишеа где се истиче да је посао табелиона већ био веома сличан послу модерних нотара.⁸ Оно у чему Аврамовић одступа од прежег става у литератури односи се на чињеницу да се тек даљом трансформацијом улоге табелиона, али не више у римској држави него у Византији, постепено профилише прави ембрион из кога настаје латински тип нотаријата. Тек од VI века н.е. и Јустинијановог права (када римска држава више није постојала) табелиони су почели да полажу заклетву пред префектима да ће непристрасно обављати свој посао, после чега је префект табелиону додељивао печатни прстен, којим је овај печатао документа. На тај начин им је држава исказивала посебно поверење и почела је да их контролише, јер су за свој посао добијали *одобрење* државних органа. Тек такве табелионе чувени средњовековни правник из XVI века Жак Киж (Jacques Cujas), један од оснивача школе елегантне јуриспруденције, дефинише на следећи начин: „*Tabelliones sunt publici contractuum scriptores vel testamentorum*“, тј. да су табелиони били јавни писци уговора или тестамената. Међутим, табелиони ипак ни тада нису представљали особе јавне вере на које држава *преноси јавна овлашћења*, чије би исправе имале снагу и аутентичност јавне исправе. Тај став Аврамовић доказује чињеницом да је Јустинијан једном својом новелом (73) предвидео компликовану процедуру како се доказује аутентичност табелионске исправе,⁹ што указује на то да табелиони још увек нису били особе јавне вере и да њихове исправе нису имале онако велики степен веродостојности какве ће касније имати нотарске.

Додајмо овоме занимљив пример превода на латински једне друге Јустинијанове новеле (44) са коментарима које даје Киж. Ту се анализира пример и поставља питање аутентичности нотарског акта у једној спорној ситуацији, што је и био разлог због кога је Јустинијан донео ову новелу. Наиме, у једном случају је била оспорена ваљаност уговора неписмене жене који је био закључен код табелиона и његовог помоћника. У поступку се поставило питање колико је верно тај документ изразио њену вољу, јер је она тврдила

⁷ С. Аврамовић, 49.

⁸ Вид. нпр. W. W. Smithers, „History of the French Notarial System“, *University of Pennsylvania Law Review* 60(19)/1911, 20.

⁹ В. детаљно М. Костренчић, 88.

да неке одредбе у уговору нису у складу са њеним инструкцијама. Судија који је решавао овај случај покушао је да установи истину од табелиона кога је позвао на суд, који је потврдио да је у питању акт из његове канцеларије, али није био у стању да потврди садржину уговора, јер је уговор сачинио његов помоћник док је он био одсутан. Судија је потом позвао табелионовог помоћника, који је изјавио да није ни он саставио спорни уговор, а да особу која га је писала не може да пронађе. Тим поводом овом новелом Јустинијан наређује да убудуће табелиони морају обавезно бити лично присутни када се саставља неки правни акт. Овај пример јасно показује да табелиони Јустинијановог времена још ни изблиза нису били онако добро и строго организовани нити су имали онакву одговорност какву су имали у време *Епархове књиге* настале у Цариграду у X веку.

Због тога Аврамовић закључује да права колевка латинског нотаријата није у Риму, него у Византији, али из познијег времена. Јер, из *Новела* је јасно да табелиони Јустинијановог времена немају ни приближно јавна овлашћења нити њихови акти имају велику доказну вредност. Тај свој став потврђује детаљном анализом византијских табелиона у тзв. *Епарховој књизи* из X века, у којој се веома прецизно регулише низ питања везаних за рад табелиона, где они постају знатно озбиљнија институција, са одговарајућом професионалном организацијом која контролише рад нотара.¹⁰ У то се може однедавно осведочити и наша шира научна јавност, пошто је превод *Епархове књиге* постао доступан и на српском језику.¹¹ У њеном чл. 24 табелион се паралелно назива и грчким термином *symbolaiographos* (буквално: писац уговора, а овај термин се задржао до данас у модерном грчком језику за означавање савремених нотара). Особине византијских табелиона одн. сумвулографа у *Епарховој књизи* показују већ знатно зрелији стадијум ове установе, који се по многим елементима приближава особинама каснијих латинских јавних бележника.¹² Нове табелионе су бирали и примали у корпорацију већ

¹⁰ Мада је настала као део богатог законодавства царева из Македонске династије, ова збирка прописа којима се регулише рад различитих професија настала је у време Лава VI Мудрог. Њу је формално објавио епарх, одн. префект – управник града Константинопоља 912. године, последње године владавине Лава VI. Ова збирка прописа је била у примени и касније, па је и проширена у време цара Нићифора Фоке, због чега неки писци мисле да је *Епархова књига* настала 960. године, вид. Фјодор Успенски, *Историја византијског царства I*, Београд 1998, 64.

¹¹ Зоран Симоновић, *Епархова књига – Византијски зборник правила из занатства и трговине Лава VI Мудрог*, Ниш 2004.

¹² Тако су, на пример, табелиони-сумвулографи били организовани у „нотарске коморе“ – корпорације на чијем челу је стајао председник (*primicerius*). За пријем у нотарску службу постављао се низ услова у погледу беспрекорне прошлости и личног поштења, захтевало се да буду „вешти у говору и писму“, као и да добро познају право, што се доказивало тако што су морали знати напамет

постојећи табелиони и њихов „председник коморе“, али уз сагласност државних власти. Наиме, о избору табелиона „комисија за избор“ извештава управника града, префекта Цариграда – епарха, који има коначну реч при избору нових табелиона и који им својим ауторитетом даје значај државно одговорних службеника. Њему се табелиони из „комисије за избор“ заклињу да су избор новог табелиона извршили непристрасно и објективно, а потом сви табелиони одлазе у цркву по благослов, после чега следи гозба (чл. 3). Новоизабрани табелион је дужан да примицеријусу („председнику коморе“) да три номизме (златника), сваком табелиону по једну, а за „сто за којим ће обављати посао“ (који се обично налази испред цркве) мора платити још шест номизми (чл. 14).¹³

На овај начин је Аврамовић дао прилично оригинално и важно виђење предисторије стварања тзв. латинског нотаријата, које се ни у светској литератури није детаљније елаборирало, већ су се корени латинског нотаријата по правилу директно изводили из римске традиције. Значај Византије у развоју нотаријата је, чини се, знатно већи него што се то до сада примећивало. Међутим, ту као да му је понестало снаге и за детаљнију анализу каснијих процеса кроз које је римско-византијски расад појавио на западу Европе и изродио до данас један од најраширенијих модела јавног бележништва.

3. ПАРАЛЕЛНА ГЕНЕЗА НА ИСТОКУ И ЗАПАДУ

Претежни део литературе која се бавила питањем настанка нотаријата пратио је линију развоја Јустинијанова кодификација – глосатори и постглосатори – средњовековно законодавство, наравно све време третирајући је као део рецепције римског права и скоро сасвим заобилазећи Византију. Врло је вероватно да такав приступ може бити оправдан, поготово због утицаја који су нарочито глосатори и коментатори (а међу овим другима су се нарочито истицали француски постглосатори) имали на развој правних установа у XIII и XIV веку. Ово утолико пре што су многи водећи глосатори и коментатори и сами били нотари, дајући свој допринос профилисању ове установе и у доктринарној сфери, кроз бројне коментаре о нотаријату. Уосталом, за припаднике те две школе је карактеристично да су се упоредо бавили и проучавањем и применом права. Међу њима је свакако најпознатији био постглосатор *Bartolus de Saxoferrato*, који

зборник византијског права *Енехирон* византијског цара Василија Македонског с краја IX века и још много обимнији зборник права *Василике* од 60 књига, које је издао Василијев син Лав VI Мудри на самом крају IX века.

¹³ С. Аврамовић, 55.

је о нотаријату доста и писао, а нотарским послом су се бавили и други, нешто мање познати припадници тих школа, као *Rainerius de Perusio*, *Petrus de Ungola*, *Petrus Boaterius*, *Salathiel* и *Petrus de Vinea*, кога је за „протоногара“ поставио Фридрих II.¹⁴ Међутим, и у њиховим радовима постоји прилична конфузија, нарочито у погледу тачног значења појмова *notarius* и *tabellio* и других сличних појмова (*tabelliones*).¹⁵

То је лако објашњиво чињеницом да је скоро немогуће тачно одредити разлике између појединих професија које су се означаваале различитим називима поред већ поменутих, а притом су сви они обављали сличан посао (*amanuenses*, *cancellarii*, *domestici*), и то од времена Јустинијана (а и нешто пре њега), па кроз цео рани средњи век. Током раног средњег века донекле су се разликовали тзв. нотари који су састављали документа, од табелиона (а потом и табуларија) који су бележили оно што би од њих странке захтевале и о томе им издавали аутентичну копију. Притом су постојале и разлике у погледу тога ко је давао овлашћење нотарима, тако да су упоредо постојали краљевски нотари, нотари које постављају поједини феудалци, црквени (епископски, апостолски) нотари, итд. Карло Велики је на западу својим капитуларима из 803. и 805. године покушао да уведе ред у ове послове, да уједначи разлике и формира јединствену професију, те је наредио својим овлашћеним државним службеницима који су путовали по земљи и спроводили његове налоге (*missi dominici*) да успоставе нотаре у појединим местима као делегирана лица, која ће они касније надгледати.

Ипак, разлике су остале чак и у називима тих професија. Тако се на северу Француске, где је преовлађивало обичајно право (*pays de droit coutumier*) они још дуго дефинишу као *cancellarii*, а на југу где је римска традиција била јача (*pays de droit écrit*) називају се *notarii*, да би на крају у целој Француској преовладао назив из јужних крајева.¹⁶ Наравно, остаје питање како је нотаријат доспео у јужну Француску. По свој прилици утицај се ширио из Италије, у доброј мери захваљујући и ставовима глосатора и постглосатора у процесу доктринарне рецепције.¹⁷ Као и у Византији, пракса састављања аката са већом правном снагом од обичних приватних исправа, остваривала је континуитет и у другом трговински најдинамичнијем делу

¹⁴ James Cowie Brown, „The Origin and Early History of the Office of Notary“, *Juridical Review* 47(201)/1935, 205 фн. 2.

¹⁵ *Ibid.*, 207.

¹⁶ W. W. Smithers, 21.

¹⁷ Детаљно о развоју нотаријата у Италији вид. Mario Amelloti, Giorgio Costamagna, *Alle origini del notariato italiano*, Roma 1975.

Медитерана тог времена, а пре свега у италијанским градовима,¹⁸ као и градовима на источној обали Јадрана.¹⁹ Ту се, паралелно са Византијом, одвијала пракса састављања докумената од овлашћених професионалаца, која је несумњиво наслеђена из Јустинијановог права, мада су тада „нотари“ још увек по својим овлашћењима углавном били приватни бележници који су записивали оно што су странке од њих захтевале.²⁰ Чини се да у томе лежи разлог због кога се верује да нотаријат вуче корене из римског права, мада садржински ова институција тек у дугом временском процесу у Француској добија и нека нова, битна својства.

Најчешће се сматра да је нотаријат какав ће француски правни систем касније изградити и по коме ће бити препознатљив настао у време Луја IX Светог из династије Капета који је 1270. године именовао 60 овлашћених краљевских нотара у Паризу, и то из редова свештеника. Многи аутори сматрају да се ту налазе почети савременог нотаријата због тога што су исправе које су такви нотари издавали имале важност аутентичног документа са карактером обавезујуће јавне исправе. Краљ Филип IV Лепи је почетком XIV века именовање нотара учинио трајним, а убрзо после тога је 1315. године краљ Луј X Кавгација чврсто установио да услуге нотара плаћају странке, али је наставио са праксом да се за нотаре бирају свештеници, што ће се задржати још скоро цео један век (јер су се

¹⁸ Сачувани подаци говоре да је почетком XII века у италијанским градовима нотаријат још увек функционисао тако да је нотарска исправа обезбеђивала лакше доказивање, да још увек није имала апсолутну пробативну вредност, али да је имала карактер јавноправног акта. Она је представљала „l' elemento di prova più evidente della pubblica fides“. – Maria Gigliola di Renzo Villata, „Per una storia del notariato nell' Italia centro-settentrionale“, *Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Traditionen* (ed. Mathias Schmoeckel, Werner Schubert), Nomos, Baden-Baden 2009, 25.

¹⁹ У том облику се нотаријат развијао и у далматинским градовима. Већ од XII века ту у већем броју пристижу лица која су се у Италији школовала за нотаре, а од XIII века приморски градови све више доводе како царске (*imperiali auctoritate*), тако и папске нотаре (*sacri palatii*). Вид. више: М. Костренчић, 72. Нотар је имао обавезу да саставља нотарске исправе за све грађане који од њега то затраже. Он издаје странки нотарску исправу оверену његовим нотарским знаком (*signum notarii*), са посебним декоративним потписом нотара. Скоро сви средњовековни статуту приморских градова на источној обали Јадрана прилично детаљно су регулисали ову материју. – С. Аврамовић, 60–63. Вид. детаљно Branka Grbavac, *Notarijat na istočnojadranskoj obali od druge polovine 12. do kraja 14. stoljeća*, doktorska disertacija, Filozofski fakultet Sveučilišta u Zagrebu (2010). О нотаријату у Котору в. Ненад Фејић, „Которска канцеларија у средњем веку“, *Историјски часопис* 27/1980, 5–63, а о нотарима у Будванском статуту вид. поглавља LXXIII–LXXIV, *Средњовековни Статут Будве* (прир. Жика Бујуклић, Мирослав Лукетић), Будва 1988, 31.

²⁰ Franck Roumy, „Histoire du notariat et du drouit notarial en France“, *Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Traditionen* (ed. Mathias Schmoeckel, Werner Schubert), Nomos, Baden-Baden 2009, 125–168.

документа још увек писала на латинском језику који су свештеници најбоље знали).²¹ Тек је краљ Шарл VII Победник из династије Валоа средином XV века увео правило да се нотари не морају више бирати из редова свештеника, а крајем тог века је Шарл VIII Валоа потпуно укинуо могућност да свештеници буду нотари и сасвим лаицизирао ову професију. Најзад, краљ Франсоа I Валоа 1539. године уводи пропис да се акти које састављају нотари пишу на француском, а не на латинском језику, да кандидати за нотаре морају бити у добром менталном стању и изузетних моралних својстава, као и да њихова писмена имају снагу извршног наслова у целој Француској,²² што је, чини се, круцијална новина која је створила модерни нотаријат. Коначно је 1597. године краљ Анри IV, оснивач Бурбонске династије, установио да је нотаријат наследна професија, која се може и продати. Његов унук Луј XIV, краљ Сунце, наредио је да сва нотарска документа широм Француске морају имати печат са краљевским овлашћењем, пошто су до тада нотари ван Париза на документа која издају стављали печат са обележјем надлежног сениора или управника провинције. Нотари тако постају лица која врше јавна овлашћења у име краља, а пробативна вредност њихових исправа добија значај јавног документа на целој државној територији. У условима веома интензивираних економског промета, бујања трговине широм земље и динамичног општег развоја, увођење нотарске исправе као извршног наслова у целој држави коју издаје лице овлашћено од самог краља, представљао је важан фактор за остварење правне сигурности и несметаног правног промета. На тај начин је латински нотаријат коначно добио своју физиономију и велики значај у правном систему. Коначно, у време када се већ припремала Француска револуција, Луј XVI је донео чувени закон којим је објединио све прописе о нотаријату, са важењем у целој држави (уз неколико не много важних изузетака).²³

4. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Све у свему, може се закључити да је француски нотаријат тек почев од XIV века почео да стиче своју особену физиономију и да је тај процес трајао неколико столећа. У том процесу постепеног израстања латинског нотаријата су се решавали неки специфич-

²¹ W. W. Smithers, 24.

²² *Ibid.*, 26. Овим захтевима се на извршан начин утврђују захтеви везани за личност нотара веома слично као што је то предвиђала *Епархова књига* у Византији знатно раније.

²³ *Ibid.*, 27.

ни, актуелни проблеми тог времена, поготово с обзиром на промене односа централне и локалне власти, а упоредо са све снажнијом централизацијом државе. Стога би се пре могло рећи да је латински тип нотаријата обележен не толико римским утицајем, колико постепеним вишевековним трансформацијама једне ембрионалне римско-византијско-италијанске институције која је имала знатно другачије одлике. Та трансформација у нову правну установу је представља само далеки рефлекс различитих професија које је познавало римско-византијско право.

С друге стране, Византија је већ у X веку, у време наследника Карла Великог, када латински нотаријат још није био ни у повоју, имала сасвим оформљену нотарску професију и организацију нотаријата коју су у неким елементима карактерисале оне особине које ће почети да се уводе у француско право почев од XIV века. Наравно, врло је вероватно да је додир глосатора и постглосатора са византијским моделом табелиона-симвулографа био минималан, уколико је уопште и постојао, имајући у виду њихов примарно егзегетички метод анализе римских изворних текстова из Јустинијанове кодификације. Када су их и интересовале Јустинијанове *Novellae*, које су често у знатној мери одступале од класичног римског права, уносиле новине и трансформисале старе правне установе, они су их по правилу користили преко латинских превода. Каснији, постјустинијановски византијски правни текстови су били ван главног фокуса њиховог интересовања. Једном речју, њих није много интересовало упоредно право њиховог времена, него некадашње римско право које је било пре више векова. Њихов приступ је био махом казуистичан, а нарочито су их занимала практична решења која су се у изворима из тог времена могла проналазити. Тек је Жак Киж, као водећи представник тзв. школе елегантне јуриспруденције, откривајући законитост континуитета права, схватио да византијско право представља еволутивни продужетак римског права. Киж је сам сакупио збирку од око 500 рукописа правних текстова у својој личној библиотеци, и дао је замах интересовању за изворне текстове из Цариграда.²⁴ Ипак, све до нашег времена чини се да нису довољно испитане могуће везе и додири између позног византијског права и средњовековне француске нотарске праксе. Све у свему, чини се прилично оправданим став да су у Јустинијаново време улога и положај табелиона били још увек веома рудиментарни у односу на симвулографе у Византији у X веку и, наравно, прве француске нотаре у каснијим столећима.

Међутим, оно што нарочито привлачи пажњу је чињеница да су те две правне породице – византијска и средњовековна француска

²⁴ Сима Аврамовић, Војислав Станимировић, *Упоредна правна традиција*, Београд 2015, 21.

– очигледно решавале слична питања на сличан начин (са или без међусобног додира). До фактичког сусрета те две традиције је дошло у време Латинског царства, када је Византија пала под власт западних освајача током четвртог Крсташког похода (1204–1261. године). Да ли је тај додир и у таквим околностима оставио неког трага на правна гледишта и установе на западне освајаче или обрнуто, може се само нагађати, с обзиром на то да поуздани извори недостају и отуд се у литератури о том питању аутори нерадо изјашњавају.²⁵

Ток историјских околности је био такав да је пропашћу Византије и њеним падом под турску власт византијска нотаријална традиција замрла, мада је као Феникс оживела после ослобођења од Турака у XIX веку у модернизованом облику латинског нотаријата, али под старим византијским називом симвулографа. С друге стране, француски – латински тип нотаријата је имао јасан и непрекинути континуитет. Иако је и он имао успоне и падове, нарочито у време Француске револуције, латински тип нотаријата је коначно прецизно уређен чувеним Наполеоновим законом из 1803. године. Та легислатива чини срж савременог латинског нотаријата и у тој форми се наметнуо као један од најпопуларнијих модела јавног бележничтва, постајући расадник за многе правне системе у савременим европским државама са континенталноправном традицијом. Боље познавање историјске укоренености, вредности и корисности уставне латинског нотаријата у вишевековном процесу развитка правних система, могло би допринети одбрани ове древне јавне службе од све снажнијих настојања да се сужава надлежност нотара, да се ова професија либерализује и у крајњој линији англосаксонизује. Тиме би био угрожен не само идентитет ове професије, већ и идентитет целе континенталноправне традиције.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Amelloti, M., Costamagna, G., *Alle origini del notariato italiano*, Roma 1975
- Аврамовић С., „Правноисторијски аспекти нотаријата“, *Јавнобележничко право* (прир. Д. Хибер), Београд 2005. (Avramović S., „Pravnoistorijski aspekti notarijata“, *Javnobeležničko pravo* (pripr. D. Hiber), Beograd 2005)
- Аврамовић С., Станимировић В., *Упоредна правна традиција*, Београд 2015. (Avramović S., Stanimirović V., *Uparedna pravna tradicija*, Beograd 2015)

²⁵ Helen Saradi-Mendelovici, „A History of the Greek Notarial System“, *Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Traditionen* (ed. Mathias Schmoekel, Werner Schubert), Nomos, Baden-Baden 2009, 523–558.

- Brown J. C., „The Origin and Early History of the Office of Notary“, *Juridical Review* 47(201)/1935.
- Бубало Ђ., *Српски номици*, Београд 2004. (Bubalo, Đ., *Srpski nomici*, Beograd 2004)
- di Renzo Villata Maria Gigliola, „Per una storia del notariato nell’ Italia centro-settentrionale“, *Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Traditionen* (ed. M. Schmoeckel, W. Schubert), Nomos, Baden-Baden 2009.
- Фејић, Н., „Которска канцеларија у средњем веку“, *Историјски часопис* 27/1980. (Fejić, N., „Kotorska kancelarija u srednjem veku“, *Istorijski časopis* 27/1980)
- Grbavac B., *Notarijat na istočnojadranskoj obali od druge polovine 12. do kraja 14. stoljeća*, doktorska disertacija, Filozofski fakultet Sveučilišta u Zagrebu (2010).
- Кнежић Поповић Д., „Европски јавни бележници на ветрометини“, *Правни живот* 2/2016. (Кнежић Поповић Д., „Evropski javni beleznici na vetrometini“, *Pravni život* 2/2016)
- Костренчић М., *Fides publica (јавна вера) у правној историји Срба и Хрвата до краја XV века*, Београд 1930. (Kostrenčić M., *Fides publica (javna vera) u pravnoj istoriji Srba i Hrvata do kraja XV veka*, Beograd 1930)
- Poisson J. P., *Essais de notarologie*, Paris 2002.
- Roumy F., „Histoire du notariat et du droit notarial en France“, *Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Traditionen* (ed. M. Schmoeckel, W. Schubert), Nomos, Baden-Baden 2009.
- Saradi-Mendelovici H., „A History of the Greek Notarial System“, *Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Traditionen* (ed. M. Schmoeckel, W. Schubert), Nomos, Baden-Baden 2009.
- Симоновић, З., *Епархова књига – Византијски зборник правила из занатства и трговине Лава VI Мудрог*, Ниш 2004. (Simonović Z., *Eparhova knjiga – Vizantijski zbornik pravila iz zanatstva i trgovine Lava VI Mudrog*, Niš 2004)
- Smithers, W. W., „History of the French Notarial System“, *University of Pennsylvania Law Review* 60(19)/1911.
- Средњовековни Статут Будве* (прир. Ж. Бујуклић, М. Лукетић), Будва 1988. (*Srednjovekovni Statut Budve* (prir. Ž. Bujuklić, M. Luketić), Budva 1988)
- Шаркић Н. и др., *О јавном бележнику – нотару*, Београд 2004. (Šarkić N. i dr., *O javnom beležniku – notaru*, Beograd 2014)
- Успенски, Ф., *Историја византијског царства I*, Београд 1998. (Uspenski, F., *Istorija vizantijskog carstva I*, Beograd 1998)

Nikola Selaković, LL.M.

Lecturer

University of Belgrade, Faculty of Law

ROOTS OF THE LATIN TYPE OF THE NOTARY PUBLIC SERVICE

Summary

The Paper deals with consideration of creation of the institution of the Latin type of the Notary Public Service and attempts to discover its real roots, the moment of its forming and transformation from private to the Notary Public Service. Following the genesis of the Latin type of the Notary Public Service and its development, thesis on its origin in Roman law is denied relativized, while one points to a not inconsiderable stressing important contribution of the Byzantine Law which was quite neglected in the existing literature. The third part of the paper points to a key role of the French legal tradition in forming the Latin type of Notary Public Service and to a final formation of the Notary Public. Nevertheless, insufficient scientific elaboration of the connection between the Late Byzantine law and the French medieval law and similarities in resolving legal situations leave the space for further studies and elaboration.

Key words: *Latin type of the Notary Public Service. – Tabellion. – Book of the Prefect (Eparch). – French medieval law.*

Article history:

Received: 30. 7. 2017.

Accepted: 4. 9. 2017.

Марко Перовић, мастер *

НОВАЦИЈА КАО НАЧИН ПРЕСТАНКА ОБЛИГАЦИЈА

Закон о облигационим односима регулише бројне начине престанка једне пуноважне облигације. Међу њима се традиционално налази и новација (пре-нов) која подразумева сагласност воља повериоца и дужника да своју постојећу обавезу замене новом, и ако нова обавеза има различит предмет или различит основ. За разлику од других начина престанка облигација, новацијом се гаси постојећи облигациони однос између повериоца и дужника, али тако да истовремено међу њима настаје нови облигациони однос који се у односу на претходни, разликује у предмету или правном основу. Овим својствима новација се разликује од замене испуњења (datio in solutum) где се мења предмет једне исте обавезе без настанка нове облигације.

С друге стране, новација је у највећем броју савремених кодификација грађанског права добила уже поље примене у односу на класично римско право где је обухватала, не само предмет и основ, већ и промену субјеката у постојећем облигационом односу. То је случај и са нашим правом које промену субјеката регулише посебним установама које имају своје именоване услове и правна дејства. То су, цесија којом се врши уговорно уступање потраживања новом повериоцу, односно преузимање дуга где долази до промене на страни дужника које се врши уговором између старог дужника и преузимаоца, на који је пристао поверилац.

На тај начин, новација у нашем праву, као и у већини компаративних правних система, има уже поље примене, али и поред тога, она заузима значајно место у низу других начина престанка облигација. У прилог ове констатације, у раду су изложени одговарајући теоријски аргументи као и практичан значај новације.

Кључне речи: Облигација. – Новација. – Предмет. – Основ. – *Animus novandi*.

* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *marko.perovic@ius.bg.ac.rs*

1. УВОД

У правној теорији и упоредном законодавству, новација¹ као један од начина престанка облигација, ствара извесну нејасноћу, тачније она отвара простор за различита мишљења у погледу основног питања: да ли новацијом престаје облигациони однос између повериоца и дужника или се новацијом само мења постојећа облигација у неким њеним елементима или новација подразумева настанак нове облигације.²

Постоји, такође, и мишљење, које додуше није прихваћено од већег броја аутора, према коме се новација може објаснити помоћу замене испуњења (*datio in solutum*). Међутим, иако нам се на први поглед може учинити да су ово две идентичне ситуације, ипак суштинска разлика која постоји између ова два института у погледу њихове правне природе, указује само на сличност, али не и на њихову идентичност. Док *datio in solutum* подразумева испуњење једне исте облигације која се у свом правном трајању не мења, већ се мења само њен предмет, дотле се код новације, сагласношћу воља странака, гаси постојећа облигација и истовремено ствара нова облигација која се у односу на стару облигацију разликује у погледу предмета или правног основа (*aliquid novi*), а све под условом да странке имају намеру да сачине новацију (*animus novandi*). Према томе, за новацију је битно да постојећа облигација између повериоца и дужника престаје да постоји,

¹ Терминолошка напомена: израз *novatio* потиче из римског права; код нас у Закону о облигационим односима (чл. 348) означен је као *пренов* (новација); Српски грађански законик из 1844. године, параграф 847, употребљава израз *преиначење* (промена); Општи имовински законик за Црну Гору из 1888. године (чл. 622) употребљава израз *прометнуће*; хрватски Закон о обвезним односима из 2005. године (чл. 145) употребљава израз *обнова* (новација); словеначки Облигацијски законик из 2001. године (чл. 323) употребљава израз *prenovitev* (новација); македонски Закон за облигационите односи из 2001. године (чл. 337) употребљава израз *новација*; Закон о облигационим односима Црне Горе из 2008. године (чл. 357) употребљава израз *пренов* (новација); енглески: *substituted agreement, novation*; немачки: *Novation, Schuldumschaffung*; француски: *Novation*.

² Опширније вид. Михаило Константиновић, *Облигације и уговори, Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Правни факултет у Београду 1969, чл. 302–307, 96; Лазар Марковић, *Облигационо право*, Службени лист СРЈ, Београд 1997, 401; Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право*, Савремена администрација, Београд 1974, 590; Љубиша Милошевић, *Облигационо право*, Научна књига, Београд 1966, 204; Јаков Радишић, *Облигационо право*, Номос, Београд 2004, 358; Бранко Моравит, *Облигационо право*, Комесграфика, Бања Лука 2010, 135; Gabriel Marty, Pierre Raynaud, *Droit civil*, Tome II, *Les Obligations*, Sirey, Paris 1962, 839–845; Alex Weil, *Droit civil, Les Obligations*, Dalloz, Paris 1971, 948–957; Philippe Delebecque et Frederic-Jerôme Pansier, *Droit des Obligations Litec*, Paris 2005, 247–259; Marcel Planiol, Georges Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome II, Librairie generale de droit, Paris 1931, 195–202; François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Paris 2002, 1306–1324; Jean Carbonnier, *Droit civil*, volume II, Quadriga/PUF, Paris 2004, 2501–2509.

док код *datio in solutum* постојећа облигација и даље производи правна дејства само са измењеним предметом.³

У ширини поља поменутих схватања, за која слободно можемо рећи да обухватају две тачке крајности, наш Закон о облигационим односима⁴ усваја становиште по коме новација представља један од начина престанка облигација, што се види из законског текста који предвиђа да обавеза престаје ако се поверилац и дужник сагласе да постојећу обавезу замене новом и ако нова обавеза има различит предмет или различит правни основ.⁵

Као што се види, наше право прихвата становиште да је новација начин гашења облигације на основу уговора између повериоца и дужника који је израз њихове намере да њихова постојећа облигација престане, а да истовремено са њеним престанком настане нова облигација, која се разликује од претходне по предмету или правном основу.

Из овога, између осталог, следи констатација да новацију можемо посматрати како са гледишта преиначења старог облигационог односа, тако и са гледишта заснивања нове обавезе на место старе, што је израз намере странака. При томе, треба истаћи да постоје мишљења која у области новације као основа за промену права сматрају да израз *преиначење* права није добар, јер је овде заправо реч о престанку једног права и замени другим правом.⁶

Међутим, поред овог питања, предмет анализе овога рада биће и многа друга схватања и питања, на пример, да ли натурална облигација може бити предмет новације, тј. да ли се новом цивилном облигацијом може новирати натурална облигација; или, ако је постојећа облигација рушљива, да ли се онда и накнадна облигација сматра рушљивом; или ако је облигација ништава или непостојећа, да ли у том случају може или не може бити новације. Уопштено говорећи, у раду ће бити анализирана питања која се односе на услове и дејства новације, а то све после историјског развоја новације и њеног домена примене у савременом компаративном праву.

Као што можемо видети, широк је спектар схватања и питања која намеће појам новације,⁷ а ако свему овоме додамо и то да фран-

³ У том смислу: Михаило Константиновић, *Облигационо право* (скрипта), Београд 1959, 200; Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 590; Ј. Радишић, 359; F. Terre Ph. Simler, Y. Lequette, 1312; M. Planiol, G. Ripert, 198; G. Marty, P. Raynaud, 842.

⁴ Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља.

⁵ Закон о облигационим односима (чл. 348). Вид. и Богдан Лоза у *Коментару Закона о облигационим односима* (ред. Б. Благојевић и В. Круљ), књига I, друго издање, Савремена администрација, Београд 1983, 1104–1108.

⁶ Л. Марковић, 402.

⁷ Вид. Драгор Хибер, „Промена повериоца или новација и застарелост“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2013, 5–20.

цуски Грађански законик⁸ познаје и новацију са променом дужника и повериоца⁹, што представља једну од основних разлика у односу на наше¹⁰ и нека друга савремена законодавства, можемо се још једном уверити да су по овом питању мишљења у правном свету различита и да се често налазе раздвојена у погледу самог појма и суштине новације.

2. ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ

2.1. Римско право. – Поглед на историјски развој новације може допринети свестранијем разумевању њеног идентитета и улоге коју она има у савременом праву. Стога, треба поћи од појма и развоја новације у римском праву, тим пре, што је новација у римском праву имала шири домен примене у односу на многа савремена законодавства европске породице права. То се односи пре свега на околност да је новација у римском праву, између осталог, подразумевала и могућност да се њеним оквирима обухвате, не само промене предмета и основа облигације, већ и промене у личности субјекта једног облигационог односа, а што је и схватање француског Грађанског законика и француске правне доктрине.¹¹

Када је реч о новацији и њеном развоју у римском праву, треба рећи да постоје бројне интерпретације, почев од форме новације,

⁸ Уредба (Ordonnance) бр. 2016–131 од 10. фебруара 2016. садржи значајну реформу уговорног права француског Грађанског законика из 1804. године. У овом делу Законика извршене су измене и допуне у више од 350 чланова, са мотивом усаглашавања Законика са савременим потребама у области облигационих односа. Реформа није извршена у парламентарној процедури, већ поменутом Уредбом са законском снагом која је ступила на снагу 1. октобра 2016. Опширније вид. Thibault Douville *et al.*, *La réforme du Droit des contrats Commentaire article par article Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations*, Gualino éditeur, Lextenso éditions, 2016.

⁹ Француским Грађанским закоником, пре реформи из 2016, било је предвиђено да се новација врши на три начина: 1. кад се дужник повериоцу обавезе на нов дуг, који долази на место старог, који је угашен; 2. кад нов дужник ступи на место старог, кога је поверилац ослободио; 3. кад новим уговором нови поверилац ступи на место старог, према коме је дужник ослобођен (чл. 1271). Одговарајуће правило усвојено након реформи Законика, предвиђа да до новације може доћи на основу супституције обавезе између истих страна, на основу промене дужника или на основу промене повериоца (чл. 1329, ст. 2). Коментар важећег решења, вид. T. Douville *et al.*, 322 и даље.

¹⁰ Наш Закон о облигационим односима (чл. 436–450) промену субјеката у једном облигационом односу не сматра новацијом, већ или песијом (промена на страни повериоца) или преузимањем дуга (промена на страни дужника).

¹¹ У том смислу опширније вид. F. Terré, Ph. Simler, Yv. Lequette, 1309–1310; G. Marty, P. Raynaud, 841, 842; M. Planiol, G. Ripert, 198; J. Carbonnier, 2502–2503.

потребних услова, врсте и дејстава, све до њене природе и улоге коју је имала у вишевековном развоју римског права.¹²

Према Улпијановом схватању, новација представља претварање и преношење раније облигације у нову цивилну или природну облигацију.¹³ У том смислу, свака облигација се могла новирати без обзира на њен извор (контрактне или деликтне природе), утуживост или неутуживост (природне облигације), али је нова облигација увек морала бити сачињена у форми новационе стипулације. Стара облигација се гасила *ipso iure* укључујући и сва акцесорна права која су за њу била везана (нпр. залога, камата).

Новација је у римском праву настајала сагласношћу воља повеориоца и дужника, па се зато и назива добровољном (*novatio voluntaria*) за коју су важили сви суштински и формални захтеви пуноважности једне тада важеће контрактуалне правне ситуације. Међутим, поред ове новације, у римском праву постојала је и новација по *сили закона* до које је нужно долазило самим дејством литисконтестације у парници. Наиме, првобитни повериочев захтев на *dare* или *facere* претварао се у процесну обавезу *condemnare*, а доношењем пресуде та обавеза престаје и прелази у обавезу *iudicatum facere*, што је значило да је дужник у обавези да изврши ону престажију која је била пресудом изречена. За разлику од вољне, ова новација се називала *novatio necessaria*, тј. нужна новација.¹⁴

У римском праву вољна новација (*novatio voluntaria*) је поред предмета првобитне облигације (*idem debitum*) могла подразумевати и промену лица на страни повеориоца или дужника (*novatio inter novas personas*), што се чинило путем делегације (*delegatio*), која је могла бити активна или пасивна. Уколико се мења дужник, у питању је пасивна делегација, а у случају промене повеориоца, реч је о активної делегацији.¹⁵ Све то у зависности од тога да ли се досадашњи дужник

¹² О новацији у римском праву вид. Драгомир Стојчевић, *Римско приватно право*, Савремена адиминистрација, Београд 1985, 233; Мирослав Милошевић, *Римско право*, Номос, Београд 2005, 307; Маријан Хорват, *Римско право*, Загреб 1967, 243; Анте Ромац, *Римско право*, Загреб 2007, 319; исти аутор, *Рјечник римског права*, Загреб 1983, 222; Обрад Станојевић, *Римско право*, Правни факултет у Београду 1997, 327; Виктор Корошец, *Римско право*, Љубљана 2002, 353; Антун Маленица, *Римско право*, Нови Сад 1995, 281; Невенка Богојевић Глушчевић, *Извори за римско облигационо право*, Подгорица 1997, 147; Жика Бујуклић, *Римско приватно право*, Београд 2013, 344.

¹³ *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio* (Ulp. D. – 46, 2. 1. pr.) – Новација је претварање и преношење раније цивилне или природне у нову. Овај фрагмент у ширем контексту гласи: новација је претварање (преливање) и преношење ранијег дуга у другу облигацију, било цивилну или природну, то јест када се из ранијег правног основа нова облигација заснива тако да се ранија укине.

¹⁴ Опширније вид.: Д. Стојчевић, 234; М. Хорват, 245; А. Ромац, 319; Јелена Даниловић и Обрад Станојевић, *Текстови из римског права*, Београд 2003, 96.

¹⁵ М. Хорват, 244; Д. Стојчевић, 233; А. Ромац, 223.

обавезује на исту чинидбу новом повериоцу или ако нови дужник преузме исту чинидбу према старом повериоцу или, најзад, може бити речи и о експромисији (*expromissio*) уколико поверилац пристане да му дугује неко треће лице, без налога или пристанка претходног дужника, јер у супротном би била реч о пасивној делегацији. С друге стране, кад субјекти у облигационом односу остају исти (*novatio inter easdem personas*), нова обавеза се ипак садржајно мора разликовати од старе, дакле, тај нови елемент (*aliquid novi*) се огледа, пре свега, у промени правног основа обавезе.¹⁶

Посткласично и Јустинијаново право у новацију уноси субјективни елемент, тачније, намеру странака да се изврши новација (*animus novandi*), за разлику од класичног права које је на основу објективних елемената процењивало да ли новација постоји. Поред овога, било је дозвољено и мењање предмета (објекта) чинидбе, чиме се проширила могућност новације, што ипак није био случај у класичном праву.¹⁷

После овог увида у појам и развој новације у римском праву може се закључити да је овај начин вољног гашења облигација у римском праву имао свој развојни пут који је континуирано значао да постојећа обавеза између дужника и повериоца престаје с тим да на њеном месту долази друга. Све то на основу сагласне воље између повериоца и дужника (*novatio voluntaria*), а могућа је била и *novatio necessaria* која је произилазила из дејства литисконтестације. Међутим, садржина или, тачније речено, услови за настанак новације мењали су се у различитим периодима римског права, тако да је, поред промене у предмету и каузи, новација у посткласичном Јустинијановом праву добила и услов *animus novandi* који се захтевао за пуноважност новације и који је остао све до савременог права. При томе, треба нагласити да се у римском праву вољна новација увек вршила у форми стипулације која је била строго формални вербални контракт који је настајао свечаним питањем повериоца и непосредним одговором дужника да ће извршити предвиђену обавезу.¹⁸

Међутим, када је у питању закључак о значају и домаћају новације у римском праву у односу на савремено право, треба посебно истаћи да је она у римском праву имала *шире поље примене* него што то она данас има. Наиме, као што смо видели, новација у римском праву обухватала је и могућност промене субјектата у облигационом односу, дакле, промену повериоца или дужника, што се

¹⁶ Опширније, А. Ромац, 222; М. Хорват 243; Д. Стојчевић, 233; М. Милошевић, 307; Ј. Даниловић и О. Станојевић, 96.

¹⁷ Опширније, О. Станојевић, 328; Д. Стојчевић, 234; М. Хорват, 244; А. Ромац, 223.

¹⁸ Првобитна форма стипулације изражавала се речима: „*spondesne mihi centum dare? spondeo*“. Опширније, М. Хорват, 352; Д. Стојчевић, 243; М. Милошевић, 321.

чинио путем активне или пасивне делегације. То је значило да је новација у римском праву, поред промене предмета и основа обавезе, обухватала и могућност промене повериоца и дужника (*expromissio*), чиме се знатно ширило поље њене примене.

Савремено право, као и наш Закон о облигационим односима, промену субјеката у облигационом односу регулисао је путем посебних правних средстава у виду цесије којом се, под одређеним условима, врши промена повериоца (уступање тражбине), или, такође, под одређеним условима, и промена дужника у виду преузимања дуга.¹⁹ На тај начин, у нашем праву, новација се, поред других услова, ограничава само на промену предмета или правног основа, чиме се скраћује њено поље примене у односу на римско право. С друге стране, код персоналне суброгације, такође долази до промене субјеката у облигационом односу (уговорна и законска суброгација чл.299 – 304. ЗОО), али, за разлику од новације, и поред извесне сличности, различити су услови и правна дејства ове две установе. Док се новацијом гаси стара и истовремено настаје нова облигација на основу изричите намере страна (*animus novandi*), дотле код персоналне суброгације испуњењем долази до преласка права на испуниоца и не ствара се нова облигација између повериоца и дужника, што представља основно обележје новације.

2.2. Рецепција римског права. – Даља еволуција новације после историјског окончања римског права, може се пратити кроз више векова касније у контексту рецепције римског права у радовима глосатора и постглосатора (од XI до XVI века) и њиховог утицаја на позитивно право многих европских земаља као што су Италија,

¹⁹ Закон о облигационим односима (чл. 436–445) предвиђа да поверилац може уговором закљученим са трећим пренети на овога своје потраживање, изузев оног чији је пренос забрањен законом или које је везано за личност повериоца, или које се по својој природи противи преношењу на другог. Када је у питању промена дужника, Закон о облигационим односима (чл. 446–450) предвиђа да се преузимање дуга врши уговором између дужника и преузимаоца, на који је пристао поверилац. Надаље, када је реч о преносу и права и обавеза из једног уговора, што се назива уступање уговора, Закон о облигационим односима (чл. 145–147), предвиђа да свака страна у двостраном уговору може, ако на то пристане друга страна, уступити уговор неком трећем лицу, које тиме постаје носилац свих њених права и обавеза из тог уговора. С друге стране, Закон о облигационим односима (чл. 348) код пренова (новације) предвиђа да новација, поред других услова, обухвата промену предмета или основа постојеће обавезе, а не и промену повериоца и дужника. Самим тим, домен примене новације у савременом праву је ужи у односу на новацију римског права (што се не односи и на француски Грађански законик, чл. 1329, 1332, 1333. после реформи Законика из 2016. године, чл. 1271. који је важио до реформи), али то не значи да је новација данас изгубила значај, што доказује и судска пракса која у овом погледу није занемарљива. Реч је само о томе да је у савременом као и у нашем праву новацији дато уже поље примене, чије су границе обележене само променом предмета и основа обавезе, а не и променом повериоца и дужника, која је регулисана посебним установама.

Француска, Немачка, Холандија, у одређеној мери и у другим европским земљама.²⁰

Рецепција римског права у поменутом периоду снажно је утицала на доношење великих модерних кодификација грађанског права у XIX и XX веку, тако да су многе установе римског приватног права, у нешто измењеном, а често и у изворном смислу, биле репродуковане у модерним европским кодификацијама грађанског права. По себи се разуме, да се ова констатација односи и на облигационо право и то у обухватности његових категорија, где се налази и новација као један од начина престанка облигација.²¹

3. ПОТРЕБНИ УСЛОВИ

3.1. Збирно одређење

Упоредно, као и наше законодавство, предвиђају потребне услове за пуноважност новације и ширину поља њене примене. Тако, уколико се новација простире и на могућност замене повериоца и дужника у једном облигационом односу, онда су и услови за њену пуноважност бројнији и сложенији у односу на схватање да се новација ограничава само на промену предмета и правног основа обавезе.²² С друге стране, пошто новација подразумева сагласност воља повериоца и дужника, очигледно је да њихов уговор мора испунити све опште услове за настанак облигационог уговора, али овде ће бити речи само о оним условима који су карактеристични за новацију. Са овим напоменама, ево услова који су неопходни за настанак новације у нашем праву: 1. постојање старе облигације; 2. стварање нове облигације; 3. постојање разлике између старе и нове облигације у погледу предмета и правног основа и 4. намера странака да изврше новацију (*animus novandi*).²³

²⁰ О рецепцији римског права, вид. нарочито: Никола Мојовић, *Римско право*, књига I, *Историја римског права*, Правни факултет Бања Лука 2008, 509–526.

²¹ У том смислу, грађански законици европске фамилије права: француски ГЗ из 1804. (чл. 1271–1281 пре реформи из 2016); аустријски ГЗ из 1811. (§§ 1376–1379); српски ГЗ из 1844. (§§ 849–854); Општи имовински законик за Црну Гору из 1888. (чл. 622); немачки ГЗ из 1900, пренос тражбине и преузимање дуга (§§ 398–419); швајцарски ГЗ из 1911. (чл. 116–117); италијански ГЗ из 1942. (чл. 1230–1235); југословенски ГЗ из 1978, који је и данас на правној снази у Србији (чл. 348–352).

²² Опширније вид. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, 1309–1310; J. Carbonnier, 2502–2503; M. Planiol, G. Ripert, 198.

²³ За наше право, опширније вид. М. Константиновић, 200–201; Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 590; Ј. Радишић, 359; Љ. Милошевић, *Облигационо право*, 204.

3.2. Постојање старе облигације

Ово је први и неопходни услов за настанак новације, јер ако нема постојеће облигације, не може бити речи о новацији, пошто она увек подразумева престанак старе и истовремено настанак нове облигације.

Овај услов покреће бројна питања везана за постојећу облигацију. Пре свега, поставља се питање пуноважности новације ако је ранија обавеза била ништава (апсолутно ништава) или рушљива (релативно ништава). Разлика је велика. Опште особине ништавих и рушљивих уговора²⁴ одражавају се и на правну судбину новације. Тако, уколико је стара облигација ништава, новација је без правног дејства и сматра се да је није ни било.²⁵ Напротив, уколико је стара облигација само рушљива, новација је пуноважна ако је дужник знао за недостатак раније обавезе.²⁶ У суштини, овде је реч о могућој конвалидацији рушљивог уговора (*negotium claudicans*) од оног уговорника који, под законом одређеним условима, може да се изрично или прећутно одрекне од права на поништај рушљивог уговора и да га на тај начин накнадно правно оснажи.

Даље, може се поставити питање да ли је уговор о новацији пуноважан уколико је претходна облигација закључена под одређеним условом у смислу будуће неизвесне околности. Одговор на ово питање зависи од врсте услова и њиховог дејства на пуноважност уговора. Уколико је услов недопуштен са становишта правног и моралног поретка односно ако је противан принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима,²⁷ његовим наступањем уго-

²⁴ Вид. Закон о облигационим односима, ништави уговори (чл. 103–110), рушљиви уговори (чл. 111–117); вид. и Владан Станковић у *Коментару Закона о облигационим односима*, књига прва (ред. С. Перовић, Д. Стојановић), Правни факултет, Крагујевац 1980, 358–382. У погледу шире правне литературе вид. М. Константиновић, 73; Ж. Ђорђевић и В. Станковић, 231–247; Ј. Радишић, 170–176; Слободан Перовић, *Забрањени уговори*, Београд 1975, 225–250; Божидар Марковић, „Поштење и морал у праву“, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд 1922, 332; Драгољуб Стојановић, „Слобода уговарања и јавни поредак“, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд 1968, 385; Alain Simon, *L'ordre public en droit privé*, Rennes, 1941; Philippe Malaurie, *L'ordre public et le contrat*, Reims 1953; Jacques Saignet, *Le contrat immoral*, Paris 1939; G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris 1949.

²⁵ Законом о облигационим односима предвиђено је да се сматра, када је уговор о преносу поништен, да није ни било пренова и да ранија обавеза није ни престала постојати (чл. 352).

²⁶ Закон о облигационим односима (чл. 351, ст. 2). Вид. Б. Лоза у *Коментару Закона о облигационим односима*, 1107.

²⁷ Законом о облигационим односима предвиђена је ништавост уговора у коме је постављен услов који је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима (чл. 75). У ствари, то је конкретизација ограничења аутономије воље страна у облигационим односима (чл. 10).

вор је погођен санкцијом апсолутне ништавости, што значи да је и новација без правног дејства. Новације такође не може бити ако је стара облигација условљена наступањем чистог потестативног услова који искључиво и у потпуности зависи од воље једног уговорника (нпр. „платићу ако хоћу“), због чега се сматра да је такав уговор апсолутно ништав.²⁸ Међутим, уколико је стара облигација настала под допуштеним условом, новациона облигација биће пуноважна, разуме се, уколико је то воља уговорних страна. С друге стране, ако је новација закључена под немогућим одложним условом, уговор о новацији је ништав (чл. 75, ст. 2 ЗОО).

Најзад, када је у питању постојање старе облигације, поставља се и питање да ли она мора бити цивилна или може бити и природна (натурална) облигација. Ако може бити и натурална, онда је и додатно питање да ли само натурална у смислу несавршене цивилне или натурална у смислу моралне дужности.²⁹ И најзад, питање да ли се натурална облигација путем новације може трансформисати у цивилну или ранија натурална обавеза повлачи за собом и натуралну природу нове облигације. Што се тиче првог и основног питања да ли је природна облигација подобна да испуни захтеве новације, одговор се налази још у римском праву где је новација подразумевала претварање раније цивилне или природне облигације у нову облигацију.³⁰ У том смислу, изјашњава се и савремена правна доктрина, мада има и другачијих мишљења.³¹ С обзиром на извор и правна својства натуралних облигација, чини се да нема никаквих препрека да се вољом уговорних страна постојећа натурална облигација путем новације трансформише у нову цивилну облигацију која у својој

²⁸ Према француском Грађанском закону пре реформи из 2016. године (чл. 1170), потестативни услов је онај који извршење уговора чини зависним од неког догађаја, чије је наступање или осујећење у власти једне или друге уговорне стране. Ништава је свака облигација, кад је закључена под потестативним условом од стране онога који се обвезује (чл. 1174). Према решењу усвојеном након реформи Законика (чл. 1304, ст. 2), ништава је облигација уговорена под условом да њено извршење зависи само од воље дужника. Не може се позивати на ту ништаост кад је облигација извршена уз познавање каузе. Вид. G. Marty, P. Raynaud, 757–770; A. Weill, 845–854; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, 1131–1148. Коментар важећег решења, вид. T. Douville *et al.*, 265 и даље.

²⁹ Опширније вид. Michelle Gobert, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Paris 1957; Henri Massol, *De l'obligation naturelle en droit romain et en droit français*, Paris 1958; Marty, Raynaud, 595, 840; Adolphe Cendrier, *Les effets de l'obligation naturelle à l'encontre des créanciers civiles*, Paris 1932; Слободан Перовић, *Облигационо право*, Службени лист Југославије, Београд 1986, 79–86; Драгољуб Аранђеловић, *Основи облигационог права, општи део*, Београд 1936, 6; Арсен Чубински, „Природне обавезе и њихова суштина“, *Бранич* 6/1925, 105.

³⁰ *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio* (Ulpianus, D. 46, 2, 1, pr.). Новација је претварање и преношење раније цивилне или природне облигације у нову.

³¹ Опширније вид. M. Planiol, G. Ripert, 196.

даљој правној судбини опет може бити натурална, пре свега, услед застарелости потраживања. Све је то у домену аутономије воље странака и њених ограничења у виду императивних прописа, јавног поретка и добрих обичаја. У том смислу, може се бранити и становиште да се натуралне облигације, као допуштена могућност новације, имају схватити, не само у ужем смислу као несавршене цивилне, већ и у смислу оних моралних дужности које су заштићене правним и моралним поретком одговарајуће друштвене средине.

3.3. Стварање нове облигације

Овај услов је од посебног значаја у погледу саме суштине новације, јер се у њему огледају правна дејства новације. Настанком нове облигације стара облигација се гаси, што значи да су оне међусобно условљене.³² Самим тим, као што стара облигација не сме бити ништава, тако и нова облигација мора бити пуноважна. Уколико је нова облигација ништава, а стара облигација је пуноважна, нема новације и стара облигација наставља да важи. У том смислу се изјашњава и наша судска пракса: чињеница да уговор о преносу не испуњава услове за своју пуноважност, не води престанку раније обавезе из првобитно закљученог уговора.³³ С друге стране, уколико је нова облигација само рушљива, примењују се правила о конвалидацији рушљивости, о чему је већ било речи код излагања претходног услова. На нову облигацију, примењују се и правила о условљеним облигацијама, као и правила о натуралним облигацијама, о чему је, такође, већ било говора код претходног услова.

3.4. Постојање разлике између старе и нове облигације

Између старе и нове облигације мора постојати одређена разлика (*aliquid novi*). С обзиром на то да једна облигација може имати бројне елементе који имају различита дејства, почев од битних (*essentialia negotii*), па преко природних (*naturalia negotii*) све до споредних (*accidentalia negotii*), поставља се питање који елементи могу, а који не могу бити обухваћени новацијом, тачније, у којим елементима треба да постоји разлика између старе и нове облигације. Одмах да кажемо да ћемо у одговору на постављено питање применити метод елиминације.

Историјски извори новације и њена еволуција и кодификација у савременим европским правним системима, као и у нашем Закону о облигационим односима, очигледно указују на решење да

³² У том смислу: Marty, Raynaud, 840; Alex Weill, 950; Terré, Simler, Lequette, 130; Б. Лоза у Коментару Закона о облигационим односима, С. Перовић, Д. Стојановић, 887.

³³ Вид. Билтен Вишег суда у Београду, бр. 84, „Интермекс“, Београд 2014, 59.

се новација не може односити на све елементе једне облигације, а посебно се не може односити на природне елементе (на пример, место, начин, време испуњења) или на споредне елементе (на пример, уговорна казна и друга средства обезбеђења).³⁴ Разуме се да странке сагласношћу својих воља у оквиру дозвољеног уговарања могу мењати поменуте елементе свог уговорног односа, али то није новација, већ модификација постојећег правног односа која не претпоставља узајамно условљавање у смислу престанка старе и настанка нове облигације.

Наш Закон о облигационим односима на један синтетички начин формулише одредбу о томе који све елементи уговора не могу бити предмет новације. Тако, споразум повериоца и дужника којим се мења или додаје одредба о року, о месту, или о начину испуњења, затим накнадни споразум о камати, уговорној казни, обезбеђењу испуњења или о којој другој споредној одредби, као и споразум о издавању нове исправе о дугу, не сматрају се преновом. Издавање менице или чека због неке раније обавезе не сматра се преновом, изузев кад је то уговорено.³⁵

После изложених ограничења, остаје питање шта онда представља *aliquid novi* између старе и нове облигације. Већ смо указали на чињеницу да је француски Грађански законик, по угледу на класично римско право, усвојио ширу концепцију новације која, између осталог, предвиђа да се новацијом може вршити и промена субјеката у облигационом односу.³⁶ При томе, већина европских кодификација грађанског права, где спада и наше позитивно право, промену субјеката у облигационом односу регулише као посебне установе у смислу цесије (промене повериоца) и преузимања дуга (промене дужника), чиме се поље примене новације знатно сужава.³⁷

Најзад, тако долазимо до основног питања шта је, према нашем и савременом праву, још остало за оквир новације као начина

³⁴ Српски Грађански законик из 1844. године предвиђао је: „Ако би се само првашња обвеза тачније определила, нпр. где, кад и како да се Српски Грађански законик испуни, то се не може сматрати као пренов но стара обвеза остаје поред тога у својој сили и важности“ (параграф 852). У истом смислу и Општи имовински законик за Црну Гору из 1888. године предвиђао је: „разумије се да о такome укидању ни збора бити не може, кад се узгредним углавцима, као: о начину намиривање главнога, о повременом плаћању добити, или му се domeћу какви узгредни додатци. Не само да се тиме дотадашњи уговор не промеће у нови, него се он сам још боље утврђује“ (чл. 948).

³⁵ У том смислу швајцарски Законик о облигацијама (чл. 116 и 117).

³⁶ Вид. француски Грађански законик који предвиђа да новација обухвата и могућност замене дужника или повериоца (чл. 1271, 1274–1279 пре реформи, чл. 1329, ст. 2 после реформи Законака).

³⁷ Закон о облигационим односима посебно регулише цесију (чл. 456–445) и преузимање дуга (чл. 446–450).

гашења старе и настанка нове облигације. Одговор гласи: то су ипак два широка поља примене која обележава различитост *предмета* и/или различитост правног *основа*. У том смислу, Закон о облигационим односима предвиђа да обавеза престаје новацијом ако се поверилац и дужник сагласе да постојећу обавезу замене новом и ако нова обавеза има различит предмет или различит правни основ.³⁸ Из овога произилази да се разлика између старе и нове облигације не може односити на нешто друго, већ само на предмет и правни основ обавезе. При томе, разлика се може испољити алтернативно у предмету или правном основу, а могућа је и кумулативна промена и предмета и правног основа.

Промена у предмету постоји када се странке сагласе да се уместо дугованог предмета преда друга одређена ствар, с тим да се стара обавеза угаси и да истовремено настане нова обавеза са другим предметом. Као што смо раније истакли, битна разлика према *datio in solutum* огледа се у томе што се ту не ствара нова облигација, већ се само мења постојећа облигација у погледу идентитета дугованог предмета. Када је реч о новацији предмета обавезе, треба приметити да нема новације ни у случају да странке договоре смањење или повећање дугујућег предмета, што представља само модификацију постојеће облигације, а не и њену новацију.

Међутим, када је реч о новацији путем замене дугованог предмета, поставља се питање која својства мора да има предмет обавезе да би био релевантан са становишта новације. Не упуштајући се овом приликом у теоријску расправу о томе шта је садржина, а шта предмет уговорне обавезе,³⁹ задржаћемо се на законским одредбама којима се одређује: какав мора бити предмет обавезе, ништавост уговора због предмета, кад је предмет обавезе недопуштен, кад је предмет обавезе одређен односно одредив.

Посматрано са становишта уговорног права, предмет сваке уговорне обавезе се састоји у давању, чињењу, нечињењу или трпљењу (*dare, facere, non facere, pati*). У смислу настанка новације путем разликовања предмета старе и нове облигације, можемо рећи да, на пример, *dare* може да се замени са *facere* и обрнуто, јер у оба случаја реч је о предмету уговорне обавезе. При томе, уговарање веће или мање количине или вредности дуговане ствари, не чини новацију.⁴⁰

³⁸ Закон о облигационим односима, чл. 348. Иста формулација је предложена и у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије из 2015. (чл. 551).

³⁹ Опширније, вид. О. Станојевић, „Садржина и предмет облигационог односа“, *Анали Правног факултета у Београду* 5–6/1971, 519.

⁴⁰ У том смислу: Богдан Лоза, *Облигационо право, Општи дио*, Сарајево 1981, 79. О предмету уговорне обавезе уопште вид. М. Константиновић, 34; Ј. Радишић, 79; Љ. Милошевић, 53; Marty, Raynaud, 150; J. Carbonnier, 2008.

Предмет уговорне обавезе мора бити могућ, допуштени одређен, односно одредив; у супротном, уговор је ништав. Ове опште особине предмета уговорне обавезе сходно се примењују и код новације. Нарочито је значајан захтев да предмет мора бити допуштен јер ако је недопуштен (противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима), уговор је ништав и као такав не може бити обухваћен новацијом. Када је реч о могућности предмета уговорне обавезе, треба истаћи да могућност односно немогућност може бити субјективна и објективна, фактичка и правна немогућност, а у односу на моменат закључења уговора немогућност може бити почетна и накнадна.⁴¹

Према Закону о облигационим односима, код накнадне немогућности, уговор закључен под одложним условом или роком пуноважан је ако је предмет обавезе који је у почетку био немогућ постао могућ пре остварења услова или истека рока.⁴² У сваком случају, када је реч о објективној, почетној и правној или фактичкој немогућности примењује се правило да таква уговорна обавеза не производи правна дејства (*Impossibilium nulla obligatio est*). Када се ово примени на новацију, то би значило да судбина настанка, а можемо рећи и опстанка новације, прати судбину предмета, новиране облигације. Најзад, захтев да предмет уговора мора бити одређен или одредив значи да је ствар или чињење (*dare, facere, non facere*) у потребној и разумној мери одређено тако да не ствара сумњу у погледу свог идентитета. Довољно је да предмет буде и одредив, а то значи да уговор садржи податке помоћу којих се може одредити или су стране оставиле трећем лицу да га одреди. Ако треће лице неће или не може да одреди предмет обавезе, уговор је ништав па, следствено томе, не може ни ући у поље новације.

Као што смо већ раније нагласили, према нашем позитивном праву, разлика између старе и нове облигације мора бити испољена различитим предметом и/или различитим правним основом. Као што се општа правила о предмету сходно примењују и на новацију, тако се и општа правила о правном основу такође сходно примењују и на новацију. Међутим, овде код правног основа, који се често у литератури именује каузом уговорне обавезе, постоје бројна теоријска схватања о појму и домену примене каузе у облигационим односима, што чини сложенијим питање њене примене у материји новације.⁴³

⁴¹ Опширније вид. Ђорђе Павловић, *О обвезностима и уговорима уопште*, Београд 1869, 305–318.

⁴² Закон о облигационим односима, чл. 48. Вид. и цитиране *Коментаре Закона о облигационим односима*.

⁴³ Појам каузе је предмет бројних теоријских расправа и различитих законодавних решења у упоредном праву. Што се тиче значаја побуда (мотива) у односу на каузу која објашњава циљ уговарања, Закон о облигационим односима (чл. 53) предвиђа да побуде из којих је уговор закључен не утичу на његову пуноважност.

Не упуштајући се у теоријску расправу о појму каузе, што и није предмет овога рада, чини се да је за потребе новације довољно задржати се на одредбама Закона о облигационим односима којима се предвиђа да свака уговорна обавеза мора имати допуштен основ. Основ је недопуштен ако је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима. Претпоставља се да обавеза има основ иако није изражен. Међутим, ако основ не постоји или је недопуштен, уговор је ништав, што је од значаја за новацију која не може бити пуноважна ако је у питању ништав уговор.

3.5. Намера странака да изврше новацију (*animus novandi*)

Новација се не претпоставља, те ако стране нису изразиле намеру да угасе постојећу обавезу кад су стварале нову, ранија обавеза не престаје, већ постоји и даље поред нове.⁴⁴ Из овога произилази да може постојати пуноважна стара, и пуноважна нова облигација између истих лица, али да, уколико нема намере странака да угасе стару и заснују нову облигацију, онда не може бити новације. То значи да је *animus novandi* битан услов новације који свој историјски извор налази још у римском посткласичном праву и који је прихваћен у савременим кодификацијама грађанског права.⁴⁵ Намера странака да изврше новацију не мора бити изражена формом *ad solemnitatem*, али она у сваком случају мора бити извесна. У том смислу, она се у судском поступку може доказивати као и свака друга релевантна чињеница. У том контексту поставља се и питање да ли се код извесних хартија од вредности, као што су меница и чек, самим потписом истих, испољава и *animus novandi*, разуме се, уз друге потребне услове. Према нашем Закону о облигационим односима, издавање менице или чека због неке раније обавезе не сматра се новацијом, изузев кад је то уговорено.⁴⁶ То значи, да се у овом случају, намера мора јасно изразити кроз сагласност воља повериоца и дужника.

Али, ако је недопуштена побуда битно утицала на одлуку једног уговорника да закључи уговор и ако је то други уговорник знао или морао знати, уговор ће бити без дејства. Уговор без накнаде нема правно дејство и кад други уговорник није знао да је недопуштена побуда битно утицала на одлуку његовог саговорника.

⁴⁴ Закон о облигационим односима (чл. 349). Вид. и *Коментар* 300, Б. Благојевић и В. Круљ, 1105; С. Перовић и Д. Стојановић, 890.

⁴⁵ Вид. француски Грађански законик (чл. 1330 после реформи, односно чл. 1273 пре реформи), према коме се новација не претпоставља већ је потребно да воља странака у смислу новације буде јасно изражена; швајцарски Законик о облигацијама (чл. 116), такође, код новације предвиђа да се не претпоставља гашење старог дуга заснивањем новог; Општи имовински законик за Црну Гору из 1888. године предвиђао је: никад се не претпоставља да је новим уговором дотадашњи укинут (чл. 622), него треба да је о томе јасна намера страна (чл. 948).

⁴⁶ Закон о облигационим односима (чл. 348, ст. 3).

4. ДЕЈСТВА НОВАЦИЈЕ

4.1. Примарна дејства

Дејства новације произилазе из њене дефиниције: сагласном вољом странака постојећа облигација се гаси и истовремено настаје нова која је различита у предмету и/или у правном основу. Из овога произилазе двострука примарна дејства. С једне стране, дејство новације се огледа у престанку постојећег облигационог односа између повериоца и дужника, с друге стране, дејство новације се огледа у истовременом настанку нове облигације између истих лица. О условима за правно успешну новацију већ је било речи у овом раду, тако да ћемо се на овом месту задржати само на дејствима новације. Тако, једанпут угашена стара облигација остаје без правног дејства и у случају да нова пуноважна облигација не буде извршена из било ког разлога, вољног или невољног (на пример, услед неоснованог одбијања испуњења, односно услед немогућности испуњења). Престанком старе облигације престаје и залога и јемство, изузев ако је са јемцем или залогодавцем друкчије уговорено. Исто важи и за остала споредна права која су била везана за ранију обавезу. Престанком старе облигације долази и до престанка доцње уколико је она постојала. Све ово, нагласимо још једном, спада у диспозитивне одредбе, што значи да вољом странака ова питања могу бити и друкчије регулисана, али увек у оквирима аутономије воље која је ограничена принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима.

4.2. Секундарна дејства

Секундарним дејством новације називамо онај посредни утицај новације који она може имати на постојање и правно дејство других облигационих односа, посебно на остале начине престанка облигација у случају обавеза са више предмета и обавеза са више дужника и поверилаца.⁴⁷

5. ЗАКЉУЧАК

1. Новација је уговор између повериоца и дужника којим се гаси постојећа облигација и истовремено ствара нова облигација која се од претходне разликује у погледу предмета обавезе и/или правног основа обавезе. За пуноважност новације потребно је сходно испунити све опште услове који се односе на закључење облигационог уговора: способност уговарања, сагласност воља, предмет и основ.

⁴⁷ Вид. Закон о облигационим односима, одредбе са више дужника или поверилаца (чл. 412–435) и са више предмета (чл. 403–411).

2. Престанак старе и настанак нове облигације узајамно су условљени: једна без друге не чини новацију. Временска тачка њиховог сусрета, означава и свршетак и почетак њиховог облигационог односа, заснованог на опредељеној намери повериоца и дужника.

3. *Animus novandi*, послужимо се речима посткласичног римског права, означио је довршени интегритет новације која се кроз стипулацију развијала у класичном праву. Имала је широко поље примене. Поред промене правног основа (*iusta causa*), новација је била и средство промене личности повериоца и дужника (*novatio inter novas personas*).

4. У нешто измењеном оквиру, новација је у XIX и XX веку, све до данас, доживела рецепцију, у виду одговарајућих одредаба, европских кодификација грађанског права.

5. У већини савремених правних система, она је, у поређењу са својим првобитним изворима, добила уже поље примене, јер су је напустиле могуће промене субјеката облигационог односа, које су данас регулисане као посебна правна средства изван новације у виду цесије и преузимања дуга. Све то битно не умањује улогу новације коју она има у савременом праву. Напротив, *aliquid novi*, који се данас састоји у могућности промене предмета и правног основа, довољно отвара значајне просторе на којима се новација примењује.

6. И поред извесне сличности новације и замене испуњења (*datio in solutum*), ипак постоји значајна разлика, јер код замене испуњења не настаје нова облигација, већ се постојећа мења само у погледу предмета обавезе тако да постојећа обавеза наставља да производи своја правна дејства. Поред тога, новација подразумева и промену правног основа, док се *datio in solutum* односи само на промену предмета обавезе.

7. Новација се никад не претпоставља, она мора бити јасно и недвосмислено изражена сходно потребним условима за њену пуноважност.

8. Новација подразумева испуњење следећих услова: постојање пуноважне старе облигације; стварање нове пуноважне облигације; постојање разлике између старе и нове облигације у погледу предмета и/или правног основа; намере странака да се изврши новација.

9. Дејства новације могу се поделити на примарна и секундарна дејства. Примарна дејства произилазе из саме дефиниције новације која има двоструко дејство: престанак постојеће облигације и истовремени настанак нове облигације између истих лица. Престанком старе облигације престају и сва споредна права, ако није друкчије уговорено.

10. Секундарна дејства новације огледају се у утицају новације на постојање других облигационих односа, нарочито оних са више

субјеката на дужничкој или поверилачкој страни. Утицај новације тада зависи од питања да ли је новација извршена само са једним субјектом (*in personam*) или са свим субјектима дуговане престације (*in rem*).

11. Имајући у виду изложене закључке, на крају се може констатовати да у савременом праву новација има уже поље примене у односу на римско право, али и поред тога она и данас има значајну улогу у области престанка облигација и у том смислу заузима своје посебно место у читавом низу других начина престанка облигација.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Аранђеловић, Д., *Основи облигационог права, Општи део*, Београд 1936. (Arandelović, D., *Osnovi obligacionog prava, Opšti deo*, Beograd 1936)
- Благојевић Б., Круљ В. (ред.), *Коментар Закона о облигационим односима*, књига I, Савремена администрација, Београд 1983². (Blagojević B., Krulj V. (red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, knjiga I, Savremena administracija, Beograd 1983²)
- Богојевић Глушчевић, Н., *Извори за римско облигационо право*, Подгорица 1997. (Bogojević Gluščević, N., *Izvori za rimsko obligaciono pravo*, Podgorica 1997)
- Бујуклић, Ж., *Римско приватно право*, Београд 2013. (Bujuklić, Ž., *Rimsko privatno pravo*, Beograd 2013)
- Carbonnier, J., *Droit civil*, volume II, Quadrige/PUF, Paris 2004.
- Cendrier, A., *Les effets de l'obligation naturelle a l'encontre des créanciers civiles*, Paris 1932.
- Чубински, А., „Природне обавезе и њихова суштина“, *Бранич* 6/1925. (Čubinski, A., „Prirodne obaveze i njihova suština“, *Branich* 6/1925)
- Даниловић, Ј., Станојевић, О., *Текстови из римског права*, Београд 2003. (Danilović, J., Stanojević, O., *Tekstovi iz rimskog prava*, Beograd 2003)
- Delebecque, P., Pansier, F. J., *Droit des Obligations Litec*, Paris 2005.
- Douville, T. et al., *La réforme du Droit des contrats Commentaire article par article Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations*, Gualino éditeur, Lextenso éditions, 2016.
- Ђорђевић, Ж., Станковић, В., *Облигационо право*, Савремена администрација, Београд 1974. (Đorđević, Ž., Stanković, V., *Obligaciono pravo*, Savremena administracija, Beograd 1974)

- Gobert, M., *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Paris 1957.
- Horvat, M., *Rimsko pravo*, Zagreb 1967.
- Константиновић, М., *Облигације и уговори, Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Правни факултет у Београду, Београд 1969. (Konstatinović, M., *Obligacije i ugovori, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 1969)
- Константиновић, М., *Облигационо право* (скрипта), Београд 1959. (Konstatinović, M., *Obligaciono pravo* (skripta), Beograd 1959)
- Корошец, В., *Римско право*, Љубљана 2002. (Korošec, V., *Rimsko pravo*, Ljubljana 2002)
- Лоза, Б., *Облигационо право*, општи дио, Сарајево 1951. (Loza B., *Obligaciono pravo*, opšti dio, Sarajevo 1951)
- Malaurie, P., *L'ordre public et le contrat*, Reims 1953.
- Маленица, А., *Римско право*, Нови Сад 1995. (Malenica, A., *Rimsko pravo*, Novi Sad 1995)
- Марковић, Б., „Поштење и морал у праву“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1922. (Marković, B., „Poštenje i moral u pravu“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 1922)
- Марковић, Л., *Облигационо право*, Службени лист СРЈ, Београд 1997. (Marković, L., *Obligaciono pravo*, Službeni list SRJ, Beograd 1997)
- Marty, G., Raynaud, P., *Droit civil*, Tome II, *Les Obligations*, Sirey, Paris 1962.
- Massol, H., *De l'obligation naturelle en droit romain et en droit français*, Paris 1958.
- Милошевић, Љ., *Облигационо право*, Научна књига, Београд 1966. (Milošević, Lj., *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd 1966)
- Милошевић, М., *Римско право*, Номос, Београд 2005. (Milošević, M., *Rimsko pravo*, Nomos, Beograd 2005)
- Мојовић, Н., *Римско право*, књига I, *Историја римског права*, Правни факултет Бања Лука 2008. (Možović, N., *Rimsko pravo*, knjiga I, *Istorija rimskog prava*, Pravni fakultet Banja Luka 2008)
- Мораит, Б., *Облигационо право*, Комесграфика, Бања Лука 2010. (Morait, B., *Obligaciono pravo*, Komesgrafika, Banja Luka 2010)
- Павловић, Ђ., *О обвезностима и уговорима уопште*, Београд 1869. (Pavlović, Đ., *O obveznostima i ugovorima uopšte*, Beograd 1869)
- Перовић, С., *Забрањени уговори*, Београд 1975. (Perović, S., *Zabranjeni ugovori*, Beograd 1975)

- Перовић С., Стојановић Д. (ред.), *Коментар Закона о облигационим односима* књига I, Правни факултет, Крагујевац 1980. (Perović S., Stojanović D. (red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, knjiga I, Pravni fakultet, Kragujevac 1980)
- Перовић, С., *Облигационо право*, Службени лист Југославије, Београд 1986. (Perović, S., *Obligaciono pravo*, Službeni list Jugoslavije, Beograd 1986)
- Planiol, M., Ripert, G., *Traité élémentaire de droit civil*, Tome II, Librairie générale de droit, Paris 1931.
- Радишић, Ј., *Облигационо право*, Номос, Београд 2004. (Radišić, J., *Obligaciono pravo*, Nomos, Beograd 2004)
- Ripert, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris 1949.
- Ромач, А., *Римско право*, Загреб 2007. (Romac, A., *Rimsko pravo*, Zagreb 2007)
- Romac, A., *Rječnik rimskog prava*, Zagreb 1983.
- Saiget, J., *Le contrat immoral*, Paris 1939.
- Simon, A., *L'ordre public en droit privé*, Rennes 1941.
- Станојевић, О., *Римско право*, Правни факултет у Београду, Београд 1997. (Stanojević, O., *Rimsko pravo*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 1997)
- Станојевић, О., „Садржина и предмет облигационог односа“, *Анали Правног факултета у Београду* 5–6/1971. (Stanojević, O., „Sadržina i predmet obligacionog odnosa“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 5–6/1971)
- Стојановић, Д., „Слобода уговарања и јавни поредак“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1968. (Stojanović, D., „Sloboda ugovaranja i javni poredak“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 1968)
- Стојчевић, Д., *Римско приватно право*, Савремена адиминистрација, Београд 1985. (Stojčević, D., *Rimsko privatno pravo*, Savremena administracija, Beograd 1985)
- Terré, F., Simler, P., Lequette Y., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Paris 2002.
- Хибер, Д., „Промена повериоца или новација и застарелост“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2013. (Hiber, D., „Promena poverioca ili novacija i zastarelost“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2013)
- Weill, A., *Droit civil, Les Obligations*, Dalloz, Paris 1971.

Marko Perović, LL.M.

Lecturer

University of Belgrade, Faculty of Law

NOVATION AS A METHOD OF TERMINATION OF OBLIGATIONS

Summary

The paper presents an analysis of the issue of novation in contract law. Novation is a contract between the creditor and debtor in order to replace its existing obligation with a new one. Unlike the other methods of termination of obligations (e.g. fulfillment, compensation, remission of debt), novation extinguishes existing contractual relationship between the creditor and the debtor, so that among them arise a new contractual relationship, which in relation to the previous one, differs on the case or legal basis.

In most of the modern codifications of civil law, novation obtained a particular use in relation to the classical Roman law, which included a change of persons in obligations. In Serbian law, novation also has took the particular use and it takes an important place among many other termination methods of obligations. The analysis made in this paper, focused to the theoretical arguments and practical significance of the novation, brings the author to the conclusions and recommendations relevant to the novation in the theory and practices of contract law.

Key words: *Obligation. – Novation. – Subject. – Legal basis. – Animus novandi.*

Article history:

Received: 3. 3. 2017.

Accepted: 4. 9. 2017.

УДК 35.077.3

342.722:347.962.6

342.736

CERIF: S111, S142

Милијана Трифковић*

ПОВРЕДА ПРАВА НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ ПРЕД ОРГАНИМА УПРАВЕ

У раду се указује на повреде права на суђење у разумном року пред органима управе. Пажња је усмерена на управне поступке јер у тим поступцима, осим у неколико изузетака, није ограничено колико пута другостепени орган може да поништити првостепену одлуку и да врати предмет на поновни поступак.

Питање је постало нарочито значајно након доношења Закона о заштити права на суђење у разумном року, који пружа заштиту само странкама у судским поступцима. Полазећи од праксе Европског суда за људска права и Уставног суда Србије, у раду ће бити размотрено на који начин би могла да се обезбеди заштита права на суђење у разумном року и пред органима управе и зашто је потребно да се и у њиховом поступању уведе забрана вишеструког поништавања одлука у поступку по жалбама.

Кључне речи: *Европски суд за људска права. – Суђење у разумном року. – Управни поступак. – Уставна жалба.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Гарантовање одређеног права може бити обесмишљено уколико се његово уживање одгађа унедоглед и управо у томе се огледа значај права на суђење у разумном року. Међутим, и само право на суђење у разумном року може бити обесмишљено ако надлежни органи у више наврата испитују исти предмет, пребацујући га са једне инстанце на другу,¹ а не постоји делотворно правно средство подобно да убрза поступак у таквим ситуацијама. У овом раду ће

* Ауторка је студенткиња докторских студија на Правном факултету Универзитета у Београду, milijana.trifkovic@gmail.com

бити анализирана управо два поменута питања (упућивање предмета са једне инстанце на другу и заштита у случају да таква пракса доведе до кршења права на суђење у разумном року) и то на примеру управних поступака у Републици Србији. Пажња је усмерена на органе управе јер у њиховом поступању, осим у неколико ограничених изузетака, не постоји забрана вишеструког поништавања одлука приликом разматрања жалби. При томе, реч је о поступцима у којима се остварују бројна права која могу бити од егзистенцијалног значаја за појединца.

У раду ће најпре бити анализиран члан 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (даље: Европска конвенција) и релевантна пракса Европског суда за људска права (даље: Европски суд), и то превасходно са циљем утврђивања обима заштите коју Европски суд пружа у управним поступцима и у случајевима вишеструког укидања одлука. У раду је показано и како домаће право настоји да спречи повреде права на суђење у разумном року. Приликом анализе Закона о заштити права на суђење у разумном року,² који је ступио на снагу 1. јануара 2016. године, уведена решења упоређена су са праксом Европског суда и Уставног суда Србије. Показано је да тај закон, у погледу управних поступака, гарантује мању заштиту права на суђење у разумном року од оне коју пружа Европски суд и коју је Уставни суд пружао у поступцима по уставним жалбама – правном леку који је, у домаћем праву, донедавно представљао једини вид заштите у случају повреде права на суђење у разумном року.

Будући да је Србија недавно добила нови Закон о општем управном поступку,³ у раду ће бити дат осврт и на поступак усвајања тог прописа, који је представљао пропуштену прилику да се отклони озбиљан недостатак у пракси управних органа. Иако је Радна верзија Нацрта закона о општем управном поступку⁴ предвиђала забрану поновљеног укидања одлука, такво решење није усвојено. Како би се утврдила озбиљност тог пропуста, анализиране су одлуке Уставног суда Србије којима је, у периоду од 1. новембра 2015. до 1. априла 2017. године, утврђена повреда права на суђење у разумном року у управним поступцима. Пракса Уставног суда потврдила је да је један од најчешћих узрока неразумне дужине управних поступака управо сукцесивно враћање предмета на поновно разматрање.

¹ Вид. *Svetlana Orlova v. Russia*, Европски суд за људска права, представка бр. 4487/04, пресуда од 30. јула 2009, пар. 4с7.

² Закон о заштити права на суђење у разумном року, *Службени гласник РС*, бр. 40/2015.

³ Закон о општем управном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016. Закон је ступио на снагу 9. марта 2016, а примењује се од 1. јуна 2017, осим чланова 9, 103 и 207, који су почели да се примењују 8. јуна 2016. године.

⁴ Радна верзија Нацрта закона о општем управном поступку доступна је на <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, 1. април 2017.

2. ЧЛАН 6, СТАВ 1 ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА

Право на суђење у разумном року заштићено је чл. 6, ст. 1 Европске конвенције којим је предвиђено да свако током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама има право на расправу у разумном року пред судом. Иако се у Конвенцији говори о суду и не помиње се изричито управни поступак, чл. 6 може бити примењив и на управне фазе поступка које претходе отпочињању судског поступка.⁵ На основу чл. 6 Конвенције, свако има право на правичну и јавну расправу у разумном року, и у управним стварима.⁶ Када је у питању временски период релевантан за процену дужине поступка, време које се узима у обзир у грађанскоправним предметима почиње да тече од тренутка покретања поступка, *управног* или судског, зависно од врсте предмета (курзив наш).⁷ Иако је уобичајено да се као почетак тог периода узима тренутак покретања поступка пред надлежним судом, тај период може да се односи и на управни поступак, ако је пре покретања судског поступка обавезно обраћање управним органима.⁸

Приликом утврђивања да ли је било повреде права на суђење у разумном року, дужина трајања поступка процењује се у светлу околности конкретног предмета, са ослоном на критеријуме који су већ утврђени у пракси Европског суда, а посебно имајући у виду сложеност поступка, понашање страна у спору и значај предмета спора за подносиоца представке.⁹ Међу околностима које могу допринети закључку да је поступак неоправдано дуго трајао јесте и сукцесивно враћање предмета нижој инстанци. Према пракси Европског суда, вишекратно враћање предмета на поновни поступак може представљати озбиљну отежавајућу околност у процењивању да ли је било повреде права на суђење у разумном року¹⁰ и може, само

⁵ Нула Мол, Катарина Харби, *Право на правично суђење – Водич за примену члана 6 Европске конвенције о људским правима*, Приручник о људским правима, бр. 6, Савет Европе, Канцеларија у Београду, Београд 2007, 13.

⁶ Tina Sever, Ana Đanić, Polonca Kovač, „Effective Legal Protection against the Excessive Length of Administrative Decision-Making: The Cases of Slovenia and Croatia“, *The NISPAcee Journal of Public Administration and Policy* 9(1)/2016, 135.

⁷ Н. Мол, К. Харби, 48.

⁸ Више о томе, као и о тренутку који се узима као крај релевантног периода, вид. Council of Europe, *Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (civil limb)*, European Court of Human Rights, 2013, 50–51.

⁹ Вид., на пример, Милан Пауновић, Борис Кривокапић, Ивана Крстић, *Међународна људска права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 177.

¹⁰ Вид. Dovydas Vitkauskas, Grigoriy Dikov, *Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe human rights handbooks, Council of Europe, Strasbourg 2012, 77.

по себи, указивати на недостатак у правном систему тужене државе. То становиште потврђује одлука у поступку *Светлана Орлова против Русије*. О праву подносиоце представке одлучивано је у шест наврата пред две различите инстанце у унутрашњем поретку. Европски суд је нашао да је одуговлачење превасходно узроковано налозима да се предмет поново испитује пред првостепеним судом. Истакнуто је да се право појединца да о његовом захтеву буде одлучено благовремено потпуно обесмишљава уколико домаћи судови у више наврата испитују предмет и пребацују га с једне инстанце на другу, чак и ако укупна дужина поступка не делује прекомерно.¹¹

У предмету *Цветковић против Србије*¹² потврђено је становиште да поновљено разматрање једног предмета после враћања на нижу инстанцу може само по себи открити озбиљан недостатак у правном систему тужене државе. У том поступку донето је укупно 14 одлука,¹³ а виšekратно разматрање предмета допринело је томе да је поступак у тренутку доношења одлуке Европског суда трајао 17 година. Утврђена је и повреда чл. 13, у вези са чл. 6, ст. 1 Конвенције, због тога што у релевантном тренутку, према домаћем праву, подносилац представке није имао на располагању делотворан правни лек у погледу дужине поступка.¹⁴

За питања која ће овде бити размотрена и за примењивост чл. 6 Конвенције на управне поступке изузетно је значајна пресуда у предмету *Божич против Хрватске*.^{15, 16} У том поступку, управни органи су донели седам одлука, при чему нису увек поштовани законски рокови. Суд је закључио да је продужени карактер поступка само делимично био резултат тога што ти органи нису донели одлуке на време. Према мишљењу Европског суда, главни узрок одуговлачења био је процесни недостатак у правном систему који

¹¹ *Svetlana Orlova v. Russia*, пар. 47.

¹² *Cvetkovic v. Serbia*, Европски суд за људска права, представка бр. 17271/04, пресуда од 10. јуна 2008. Уставни суд Србије се, у поступцима у којима је утврдио повреду права на суђење у разумном року због виšekратног разматрања предмета, често позивао управо на одлуку Европског суда у предмету *Цветковић против Србије*, као и на одлуку у случају *Павлиулинетс против Украјине (Pavlyulynets v. Ukraine)*, Европски суд за људска права, представка бр. 70767/01, пресуда од 6. септембра 2005).

¹³ *Cvetkovic v. Serbia*, пар. 10.

¹⁴ *Ibid.*, пар. 59.

¹⁵ *Bozic v. Croatia*, Европски суд за људска права, представка бр. 22457/02, пресуда од 29. јуна 2006.

¹⁶ За више детаља о тим случајевима вид. Марија Крилећ, *Одлучивање у разумном року у управним стварима према пракси Европског суда за људска права*, Управно право – актуалности управног судовања и управне праксе, Инжинјерски биро d.d., Загреб 2007, доступно на: <http://www.upravnisudrh.hr/radovi.html>, 1. април 2017.

је омогућио сукцесивна враћања предмета на поновљени поступак. Та одлука је значајна и због тога што је Европски суд потврдио да приликом рачунања дужине поступка треба укључити и поступак пред управним органима. Истакнуто је да, када на основу домаћег законодавства подносилац представке мора исцрпити претходни управни поступак пре него што се може обратити суду, поступак пред управним органима треба укључити у израчунавање укупног трајања поступка за потребе члана 6 Конвенције.¹⁷

Пресуда у предмету *Смоје против Хрватске*¹⁸ значајна је не само због тога што потврђује примењивост чл. 6 Конвенције на управне поступке, него и због односа са правилом о исцрпљености домаћих правних лекова. У том предмету, Влада је тражила да се представка одбаци као неприхватљива јер подносилац представке није искористио правни лек којим је располагао у туженој држави, односно зато што није поднео уставну тужбу због дужине поступка.¹⁹ Међутим, Европски суд се, у складу са правилом да треба искористити само доступна и делотворна правна средства, осврнуо на праксу Уставног суда у односу на дужину управног поступка.²⁰ Приметио је да из праксе произлази да Уставни суд сматра да је само неактивност *судских* власти меродавна за повреду права на суђење у разумном року. Будући да је у том предмету подносилац представке приговарао дужини управног поступка који је у току пред *управним* властима, Европски суд је нашао да се уставна тужба не може сматрати делотворним правним средством у смислу чл. 35, ст. 1 Конвенције. Одбијен је предлог тужене државе да тај суд одбије представку због тога што нису исцрпљена домаћа правна средства и утврђена је повреда права на суђење у разумном року.²¹

Најзад, треба имати у виду и чл. 13 Конвенције којим се гарантује право на делотворан правни лек пред националним властима свакоме коме су повређена права и слободе предвиђени Конвенцијом. Почевши од пресуде *Кудла против Пољске*,²² Европ-

¹⁷ *Bozic v. Croatia*, пар. 33. Вид., такође, М. Krletić.

¹⁸ *Smoje v. Croatia*, Европски суд за људска права, представка бр. 28074/03, пресуда од 11. јануара 2007. Вид., такође, М. Krletić.

¹⁹ За више детаља о правилу обавезног исцрпљивања локалних правних лекова и о изузецима од тог правила, вид. Сања Ђајић, *Међународно правосуђе*, Службени гласник, Нови Сад 2012, 187–189.

²⁰ *Smoje v. Croatia*, пар. 34.

²¹ *Ibid.*, пар. 42. Вид. и М. Krletić.

²² *Kudla v. Poland*, Европски суд за људска права, представка бр. 3021/96, пресуда од 26. октобра 2000. Детаљније о начину на који је тај суд довео у везу члан 13 са чл. 6, ст. 1, вид. David Harris et al., *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2014, 777–778.

ски суд је стао на становиште да делотворно правно средство мора бити обезбеђено и у случајевима прекомерно дугог трајања поступка јер су у недостатку таквог средства појединци приморани да се обраћају том суду због повреда које би морале бити отклоњене у оквиру домаћег правног система.²³

3. ЗАШТИТА ПРАВА НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Право на суђење у разумном року гарантовано је и Уставом Републике Србије.²⁴ За заштиту тог права најпре је била предвиђена могућност подношења уставне жалбе. Закон о Уставном суду²⁵ је, у чл. 82, ст. 2, предвиђао да се уставна жалба може изјавити и ако нису исцрпљена сва правна средства, ако је повређено право на суђење у разумном року. Уставна жалба је била делотворно правно средство у случајевима прекомерне дужине поступка.²⁶ У управним поступцима, приликом утврђивања разумног рока, у обзир је узиман и ток поступка пред органима управе, што је у складу са праксом Европског суда.²⁷

²³ *Kudla v. Poland*, пар. 155. Суд користи чл. 13 како би предупредио превелики број представки и утицао на државе да своје правне системе уреде тако да се повећа вероватноћа да ће повреде људских права бити отклоњене пред домаћим органима. – Laurence R. Helfer, „Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime“, *European Journal of International Law* 19/2008, 146. Државе које нису обезбедиле делотворно правно средство у случају кршења права на суђење у разумном року морају то учинити или у противном ризикују утврђење двоструког кршења Конвенције пред Европским судом. – D. Harris *et al.*, 778 фн. 125.

²⁴ Чл. 32, ст. 1 Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

²⁵ *Службени гласник РС*, бр. 109/2007, 99/2011, 18/2013 – одлука УС, 103/2015 и 40/2015 – др. закон.

²⁶ Детаљније о томе од ког тренутка и у којим поступцима се уставна жалба сматрала ефикасним правним средством у случајевим повреде права на суђење у разумном року вид. Образложење Закона о заштити права на суђење у разумном року, http://www.parlament.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/926-15.%20lat.pdf, 1. април 2017. Вид., такође, Љубица Милутиновић, „У сусрет примени Закона о заштити права на суђење у разумном року“, *Заштита права на суђење у разумном року*, Врховни касациони суд, Савет Европе – Канцеларија у Београду, Београд 2015², 9–10.

²⁷ Тако у образложењу одлуке УЖ-7112/2012 од 23. децембра 2015. године, Уставни суд констатује да је период у коме тај суд има надлежност да оцењује повреду права на суђење у разумном року започео 8. новембра 2006. године. Међутим, полазећи од тога да управни поступак и управни спор представљају јединствену целину, суд је заузео становиште да се за утврђивање оправданости трајања поступка мора узети у обзир и стање предмета на дан 8. новембра 2006. године, те да је за оцену постојања повреде права релевантно укупно време трајања

Међутим, преоптерећеност Уставног суда утицала је на измене у начину заштите права на суђење у разумном року.²⁸ Најпре су, у новембру 2013. године, у Закон о уређењу судова²⁹ додати чланови 8а–8в³⁰ и уведено је ново правно средство – захтев за заштиту права на суђење у разумном року. Било је предвиђено да странка у судском поступку може непосредно вишем суду поднети захтев за заштиту права на суђење у разумном року. Потом је, у мају 2015. године, усвојен посебан Закон о заштити права на суђење у разумном року.³¹ Сврха закона је да пружи судску заштиту права на суђење у разумном року, а да се истовремено омогући растерећење Уставног суда.

Даном ступања на снагу Закона о заштити права на суђење у разумном року престале су да важе одредбе члана 8а–8в Закона о уређењу судова. У истом тренутку престао је да важи и члан 82, ст. 2 Закона о Уставном суду којим је била предвиђена могућност подношења уставне жалбе и пре него што буду исцрпљена сва правна средства, ако је реч о повреди права на суђење у разумном року.

Поступак у коме се штити право на суђење у разумном року почиње подношењем приговора ради убрзавања поступка (даље: приговор). Приликом утврђивања круга лица која су овлашћена да поднесу приговор закон наводи само странке у судским поступцима,³² а странке у управним поступцима остају изван домаћаја закона.³³ И у образложењу закона наводе се само странке у управном спору, а не и странке у управним поступцима.³⁴ Да су странке у управним поступцима искључене, показује и правни став Врховног касационог суда да се „почетак рока за потребе утврђивања разумног рока рачуна од момента подношења тужбе управном суду, при чему се време

предметног поступка. Као тренутак покретања поступка узет је дан подношења захтева првостепеном органу управе. И у образложењу одлуке УЖ-3567–2013 од 13. јануара 2016. године, Уставни суд истиче да управни поступак и управни спор представљају једну целину, а почетком периода битног за оцену о повреди права на суђење у разумном року сматран је датум када је први пут изјављена жалба у управном поступку.

²⁸ Љ. Милутиновић, 13.

²⁹ Закон о уређењу судова, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 101/2009, 31/2011 – др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – др. закон и 13/2016.

³⁰ Поменути чланови додати су чланом 2 Закона о изменама и допунама Закона о уређењу судова, *Службени гласник РС*, бр. 101/2013, а почели су да се примењују у мају 2014. године.

³¹ За више детаља разложима који су претходили доношењу закона вид. Љ. Милутиновић, 9–10. Вид., такође, образложење Закона о заштити права на суђење у разумном року.

³² Вид. члан 2 Закона о заштити права на суђење у разумном року.

³³ Љ. Милутиновић, 13.

³⁴ Образложење Закона о заштити права на суђење у разумном року.

трајања поступка пред органима управе не узима у обзир³⁵. Осим тога, усвојен је правни став да се „захтев за заштиту права на суђење у разумном року, који је поднет након што је у управном спору поништено решење органа управе, одбацује [се] зато што је поступак, а то је у овом случају управни спор, окончан“³⁶. Врховни касациони суд је и раније заузео становиште да странке у управном поступку нису имале право на заштиту права на суђење у разумном року на основу чланова 8а–8в Закона о уређењу судова. Тако је одбачен као недозвољен захтев због повреде права на суђење у разумном року од другостепеног органа управе, уз образложење да подносилац захтева није странка у судском поступку, „те по налажењу Врховног касационог суда, подносилац захтева нема право на заштиту предвиђену одредбом члана 32. став 1. Устава Републике Србије“³⁷.

Иако се у образложењу Закона истиче усклађеност тог прописа са праксом Европског суда, тај акт није у складу са праксом тог суда када је у питању круг лица која могу тражити заштиту и време које се узима у обзир у процени разумног трајања поступка. За разлику од Европског суда, заштита права на суђење у разумном року у управним поступцима може се тражити само у току управног спора, а приликом утврђивања да ли је поступак неразумно дуго трајао, не узима се у обзир период током којег је поступак вођен пред органима управе, пре покретања управног спора.

4. ВРАЋАЊЕ ПРЕДМЕТА НА ПОНОВНИ ПОСТУПАК ПРЕД ОРГАНИМА УПРАВЕ И ПРАКСА УСТАВНОГ СУДА СРБИЈЕ

Закон о парничном поступку садржи забрану виšekратног враћања предмета првостепеном суду на поновни поступак³⁸. И Законик о кривичном поступку предвиђа обавезу другостепеног суда да сам пресуди, ако је у истом предмету првостепена пресуда већ једанпут укидана³⁹. Међутим, ограничење вишеструког поништавања одлука не постоји у управном поступку, и одлуке Уставног суда Србије, у

³⁵ Правни ставови и закључци донети на Петој седници Одељења за заштиту права на суђење у разумном року, правни став 1, доступно на <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/u-za%C5%A1titi-prava-na-su%C4%91enje-u-razumnom-roku>, 1. април 2017.

³⁶ *Ibid.*, правни став 3.

³⁷ Сентенца из решења Врховног касационог суда Р4у 66/2014 од 7. новембра 2014, утврђена на седници Одељења за заштиту права на суђење у разумном року 19. марта 2015. године. Нав. према Љ. Милутиновић, 74–75.

³⁸ Чл. 387, ст. 3 Закона о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014.

³⁹ Чл. 455, ст. 2 Законика о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

којима је утврђено кршење права на суђење у разумном року управо због вишекратног разматрања предмета пред нижом инстанцом, указују на то да постоји озбиљан недостатак у тој области. У периоду од новембра 2015. године, Уставни суд је донео 93 одлуке којима је, у управним поступцима, утврђена повреда права на суђење у разумном року,⁴⁰ а у 56 поступака до неоправданог кашњења дошло је због поништавања одлука и враћања предмета нижој инстанци.⁴¹ У 13 случајева, поновно разматрање пред нижом инстанцом нису налагали другостепени органи, него судови који су одлучивали у управним споровима. У 20 предмета, другостепени орган управе је најмање три пута враћао предмет на поновни поступак првостепеном органу.⁴²

Република Србија је недавно добила нови Закон о општем управном поступку који је представљао прилику да се тај недостатак отклони. Радна верзија текста Нацрта закона предвиђала је обавезу другостепеног органа да приликом одлучивања по жалби донесе мериторну одлуку у случају да је предмет већ био враћен на поновни поступак. Иако је било повољније за странке и остављало је мање простора за кршење права на суђење у разумном року,⁴³ такво решење није усвојено. Нови Закон о општем управном поступку углавном је задржао решење из претходног закона у погледу могућности враћања предмета на поновно одлучивање првостепеном

⁴⁰ Како би се утврдило у којој мери вишекратно укидање одлука у једном предмету доприноси повредама права на суђење у разумном року пред органима управе, ауторка је анализирала одлуке Уставног суда Србије којима је утврђена повреда права на суђење у разумном року у управним поступцима, а које су донете и објављене у периоду од 1. новембра 2015. до 1. априла 2017. године. Треба имати у виду да нису обухваћене све одлуке донете у том периоду него само одлуке које су и објављене на интернет страници Уставног суда, закључно са 1. априлом 2017. године, <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, 1. април 2017.

⁴¹ Иако су многобројни случајеви у којима је поновљено разматрање предмета пред нижом инстанцом превасходни или једини узрок кашњења поступака, овде су урачунати и они случајеви у којима су, осим вишекратног разматрања предмета, кашњењу донекле допринели и други узроци, као, на пример, споро одлучивање надлежних органа.

⁴² Ти подаци су засновани на образложењима одлука Уставног суда којима су утврђене повреде права на суђење у разумном року у управним поступцима након 1. новембра 2015. године. Вид. и напомену 45.

⁴³ Чл. 131, ст. 8 Радне верзије Нацрта закона о општем управном поступку гласио је: „Другостепени орган је дужан да сам реши ствар када је раније првостепено решење истог органа већ једном било поништено, као и у случају поновљеног ћутања првостепеног органа.“ Детаљније о жалби и одлучивању по жалби према решењима Радне верзије Нацрта закона о општем управном поступку вид. С. Лилић, „Жалба и приговор у Нацрту закона о општем управном поступку Србије“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије* (ур. С. Лилић), књига IV, Правни факултет у Београду, Београд 2014, 11–28, 18 и 20–21.

органу. Осим у случају поновљеног ћутања управе⁴⁴ и неколико специфичних ситуација,⁴⁵ није ограничено колико пута је приликом одлучивања по жалбама могуће вратити предмет на поновни поступак првостепеног органа. Наиме, предвиђено је да другостепени орган, уколико не одбаци и не одбије жалбу, може поништити решење у целини или делимично и сам одлучити о управној ствари или може поништити решење и вратити предмет на поновни поступак или га изменити.⁴⁶ Дакле, као и у претходном закону,⁴⁷ другостепеном органу је дата могућност да сам одлучи о управној ствари уколико поништи првостепено решење. Међутим, другостепеном органу је остављена и слобода да предмет врати првостепеном органу на поновни поступак, уколико нађе да ће недостатке првостепеног решења брже и економичније отклонити првостепени орган. Управо је у том овлашћењу другостепеног органа узрок одуговлачења у управним поступцима. Другостепени органи често налазе да ће недостатке првостепеног решења лакше отклонити првостепени орган, а странка не располаже ефикасним средством захваљујући коме би „издејствовала“ мериторну другостепену одлуку и у оним ситуацијама у којима је очигледно да првостепени орган неће брже и економичније отклонити недостатке у поступку. У пракси се показује да другостепени органи предмет враћају првостепеном органу и у случајевима када је било донето пет или чак и више незаконитих одлука, па би морало бити јасно да недостатке првостепеног поступка неће брже и економичније отклонити првостепени орган.

Илустративно је образложење одлуке Уставног суда из априла 2016. године којом је утврђено да је подносиоцу уставне жалбе повређено право на суђење у разумном року.⁴⁸ Уставни суд је оценио да је погрешно и неделотворно поступање првостепеног и дру-

⁴⁴ Позитивна новина, предвиђена у члану 173, ст. 3 Закона о општем управном поступку из 2016. године, јесте обавеза другостепеног органа да сам реши ствар у случају поновљеног ћутања управе.

⁴⁵ Према чл. 172, ст. 5 новог закона, другостепени орган је у обавези да сам мериторно реши управну ствар ако нађе да је у побијаном решењу погрешно примењено материјално право или да су докази погрешно оцењени или да је из утврђених чињеница изведен неправилан закључак о чињеничном стању или да није правилно примењено овлашћење за одлучивање по слободној оцени. Идентично решење садржао је и претходни закон, у чл. 233, ст. 1, али то није утицало на распрострањену праксу вишеструког укидања одлука и враћања предмета на поновни поступак другостепеном органу. Вид. чл. 233, ст. 1 Закона о општем управном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 33/97 и 31/2001 и *Службени гласник РС*, бр. 30/2010.

⁴⁶ Чл. 167, ст. 2 Закона о општем управном поступку из 2016. године.

⁴⁷ Вид. чл. 232 Закона о општем управном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 33/97 и 31/2001 и *Службени гласник РС*, бр. 30/2010.

⁴⁸ Уставни суд Србије, одлука бр. УЖ-10791/2013 од 14. априла 2016.

гостепеног управног органа превасходно довело до недопустиво дугог трајања оспореног поступка. Првостепени орган је донео шест решења којима је одбио захтев подносиоца уставне жалбе као неоснован, у којима је наизменично понављао исте разлоге за одлучивање, као и два закључка којима је исти захтев одбацио због ненадлежности, а другостепени орган је пет пута предмет вратио првостепеном органу. Уставни суд је указао и на то да је другостепени орган имао могућност да сам отклони недостатке првостепеног поступка, али то није учињено.⁴⁹ Поступак је трајао седам и по година.

Законом о општем управном поступку предвиђено је да другостепени орган, уколико врати предмет на поновни поступак, мора дати упутства првостепеном органу на који начин треба да отклони недостатке, а првостепени орган је дужан да у свему поступи према датим упутствима.⁵⁰ Таква одредба је постојала и у претходном закону, али се ипак дешавало да првостепени органи не поштују обавезујућа упутства више инстанце и да то и даље не буде довољно да другостепени орган закључи да недостатке неће брже и лакше отклонити првостепени орган. То потврђује одлука Уставног суда у поступку који је, у тренутку подношења уставне жалбе, трајао чак 21 годину и још увек није био окончан. Уставни суд је нашао да је „превасходни узрок недопустиво дугог трајања предметног поступка враћање предмета првостепеном управном органу ради поновног одлучивања, из разлога што тај орган није поступао по налозима из решења другостепеног органа. С тим у вези, Уставни суд указује на став Европског суда за људска права да понављање таквих налога у оквиру једног поступка указује на недостатке у процесном систему (...)“.⁵¹

Из тога произлази да другостепени органи могу у недопустиво дугом временском периоду враћати предмет нижој инстанци уз образложење да ће првостепени орган брже и лакше отклонити недостатке у поступку, чак и када ти недостаци нису отклоњени дуже од две деценије, па и у ситуацијама када се првостепени орган не придржава обавезујућих упутстава више инстанце. При томе, странке немају ефикасно процесно средство којим би спречиле да се њихов предмет унедоглед враћа нижој инстанци, те утврђивање да је дошло до повреде права на суђење у разумном року може представљати једини начин да се у таквим случајевима обезбеди да странке добију мериторну одлуку о својим захтевима.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Чл. 171, ст. 3 Закона о општем управном поступку из 2016. године.

⁵¹ Уставни суд Србије, одлука бр. УЖ-1199/2014 од 26. маја 2016.

Чак и ако захтев буде предмет разматрања пред управним судом, то не значи да странке могу очекивати скорије доношење мериторне одлуке. И управни суд има могућност да поништи побијану одлуку и предмет врати туженом органу или да сам реши правну ствар у спору пуне јурисдикције.⁵² Међутим, ако усвоји тужбу, и управни суд често предмет враћа туженом органу.⁵³ Према томе, и након управног спора се дешава да странке очекује само нови круг преупућивања предмета са више инстанце на нижу. Неспремност Управног суда да одлучује у спору пуне јурисдикције уочљива је у одлуци Уставног суда којом је утврђено да је М. Ћ. повређено право на суђење у разумном року. Уставни суд је истакао да је „за девет година у предметном поступку донето једно првостепено решење, седам решења другостепеног органа, те да је вођено седам управних спорова, из чега се може закључити да није било дужих периода неактивности у поступању надлежних органа, односно судова. Уставни суд је, међутим, утврдио да су надлежни судови у управном спору чак шест пута поништавали коначне управе акте и налагали поновно одлучивање“.⁵⁴

Према томе, проблем вишекратног враћања предмета нижој инстанци изражен је и у поступку пред Управним судом. Ипак, овде је пажња усмерена на поступање органа управе јер је тај део поступка изузет из домаћаја Закона о заштити права на суђење о разумном року. У којој мери такво решење може бити проблематично уочљиво је у случају Ј. С., којој је надлежни центар за социјални рад, као првостепени орган, седам пута одбио или одбацио захтев за материјално обезбеђење породице, а другостепени орган седам пута вратио предмет на поновни поступак.⁵⁵ У тренутку одлучивања о уставној жалби Ј. С., поступак поводом захтева за новчану социјалну помоћ трајао је пет година, а правоснажна одлука није била донета. Уставни суд је утврдио повреду права на суђење у разумном року. Иако је у овом случају уочљива драстична неефикасност надлежних органа, према тренутно важећим прописима, странке које би се затекле у ситуацији попут Ј. С. уопште не би имале могућност да траже заштиту права на суђење у разумном року – јер се о њиховом захтеву не одлучује у судском поступку. Подношење приговора било би могуће тек уколико би био покренут управни спор и тек уколико ни управни суд не би донео одлуку у разумном року. У описаном

⁵² Чл. 43 Закона о управним споровима, *Службени гласник РС*, бр. 111/2009.

⁵³ Не чуди, стога, то што се управни спор пуне јурисдикције означава и као раритет у нашој судској пракси. Комитет правника за људска права – YUCOM, *YU-COM 2013 – Извештај о раду*, број 1, децембар 2013, 23.

⁵⁴ Уставни суд Србије, одлука бр. 5956–2013 од 10. фебруара 2016.

⁵⁵ Уставни суд Србије, одлука бр. 6193–2013 од 10. фебруара 2016.

примеру, током пет година колико је трајао поступак пре подношења уставне жалбе, предмет ниједном није доспео до разматрања пред управним судом.

5. ОБЕЗБЕЂЕЊЕ ЗАШТИТЕ ПРАВА НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ ПРЕД ОРГАНИМА УПРАВЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Може се закључити да је доношењем Закона о заштити права на суђење у разумном року положај странака у управним поступцима погоршан јер им није омогућено подношење приговора у ситуацијама у којима њихови поступци неразумно дуго трају. Њихов положај је додатно погоршан јер више не постоји могућност да се поднесе уставна жалба због повреде права на суђење у разумном року и пре него што су исцрпљена сва друга правна средства.

Несумњиво је да се у тим поступцима мора обезбедити заштита у случајевима неразумне дужине поступка, посебно имајући у виду бројна права која се у тим поступцима остварују.⁵⁶ У крајној линији, неопходно је обезбедити ефикасно правно средство у домаћем праву, како би се спречио потенцијално већи број представки против Србије пред Европским судом.

Једна могућност су измене Закона о заштити права на суђење у разумном року⁵⁷ или заузимање другачијег става Врховног касационог суда. Тај закон би требало да обезбеди заштиту и од неделотворног поступања органа управе, а приликом процене разумног трајања поступка, у обзир би морала да се узме и дужина поступка пред управним органима.⁵⁸

Док се такве измене не десе, требало би узети да уставна жалба представља правно средство у погледу неразумно дугих поступака пред органима управе. Будући да је престао да важи чл. 82, ст. 2 Закона о Уставном суду (који је омогућавао подношење уставне жалбе и пре него што су исцрпљена сва правна средства, ако је реч о

⁵⁶ Када је у питању управни поступак, несумњиво је да представља јавни интерес да се обезбеди брзо и ефикасно одлучивање. Вид. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), CDL-AD(2006)036rev-e, *Report on the effectiveness of national remedies in respect of excessive length of proceedings adopted by the Venice Commission at its 69th Plenary Session* (Venice, 15–16 December 2006), Strasbourg, April 2007, 39, пар. 195.

⁵⁷ Управном суду би могла да се повери надлежност за одлучивање по приговорима за убрзање поступка пред органима управе.

⁵⁸ Вид., на пример, Folke Bernadotte Academy and Office for Democratic Institutions and Human Rights, *Handbook for Monitoring Administrative Justice*, Warsaw, September 2013, 70.

повреди права на суђење у разумном року), уставна жалба би могла да се поднесе само у складу са чл. 82, ст. 1 (ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства). Поставља се питање како би Уставни суд могао да оцени прихватљивом уставну жалбу ако пре тога нису исцрпљена сва правна средства предвиђена Законом о општем управном поступку и Законом о управним споровима.

Према пракси Европског суда у погледу чл. 35, ст. 1 Европске конвенције, потребно је да странке искористе само делотворна правна средства. Из тога произлази да би странке сада, да би могле успешно да поднесу уставну жалбу, требало да докажу да уобичајена правна средства у управном поступку – а то су жалба због ћутања управе, захтев за доношење решења по већ изјављеној жалби („пожурница“) и управни спор – нису ефикасно правно средство у погледу прекомерне дужине укупног поступка. Судећи према пракси Европског суда, то би било могуће доказати.

Жалба због ћутања управе може се поднети другостепеном органу уколико првостепени орган не донесе решење у законском року. Ако другостепени орган не поступи по жалби, могуће је поднети накнадни захтев за доношење решења по већ изјављеној жалби, односно „пожурницу“, а потом покренути управни спор подношењем тужбе Управном суду. Међутим, то су правна средства која могу допринети бржем одлучивању у случају неактивности органа у *одређеној фази поступка*, када постоји ћутање управе пред другостепеним или првостепеним органом,⁵⁹ али не и средства која би могла да обезбеде благовремено окончање поступка као целине. У случају узастопног поништавања одлука, та средства не могу издејствовати доношење мериторне одлуке и спречити даље враћање предмета на нижу инстанцу. У прилог томе да би, у случајевима сукцесивног враћања предмета нижој инстанци, Уставни суд могао сматрати да су испуњени услови за подношење уставне жалбе (јер нису предвиђена друга *делотворна* средства) говори пресуда Европског суда у помињаном предмету *Божич против Хрватске*.⁶⁰ У том поступку, Суд је утврдио да је продужени карактер поступка само делимично био резултат тога што управни органи нису донели одлуке на време, а главни узрок одуговлачења био је недостатак у процесном систему који је омогућио виšekратна враћања предмета на поновни поступак. Закључено је да „ни жалба, ни тужба због ћутања администрације нису намењене за исправљање тог недостатка, нити

⁵⁹ До прекомерног трајања поступака не долази само због неблагоприятног одлучивања. Напротив, органи се могу придржавати законских рокова, али поступак може неразумно дуго да траје због неделотворности органа који изнова разматрају исти предмет.

⁶⁰ *Bozic v. Croatia*.

то оне могу учинити“.⁶¹ Истовремено, Суд је закључио да се уставна тужба није могла сматрати делотворним правним средством јер приликом разматрања дужине поступка није узимала у обзир укупно трајање управног поступка и искључивала је период пред управним органима, пре покретања управног спора.⁶² Ако се, полазећи од те одлуке Европског суда, осврнемо на ситуацију у праву Републике Србије и правни став Врховног касационог суда у односу на повреду права на суђење у разумном року пред органима управе, јасно је да би Уставни суд морао да настави да пружа заштиту тог права у управним поступцима. Требало би сматрати да нису предвиђена друга делотворна правна средства и да су стога испуњени услови за подношење уставне жалбе на основу чл. 82, ст. 1 Закона о Уставном суду. У противном, због непостојања делотворног правног средства у домаћем праву,⁶³ странке би у тим поступцима могле директно да се обраћају Европском суду.

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Решења Закона о заштити права на суђење у разумном року и становиште Врховног касационог суда према којима странке у управним поступцима немају право на заштиту права на суђење у разумном року, само због тога што није реч о судским поступцима, нису одржива. Такво становиште је неприхватљиво због последица које би могле да уследе уколико домаће право не обезбеди делотворно правно средство у случају неефикасног поступања управних органа. Јер, супротно решењима поменутог закона, Европски суд је заузео становиште да повреде чл. 6 Конвенције могу настати и пред

⁶¹ *Ibid.*, пар. 36. Вид. и М. Kriletić.

⁶² Након доношења пресуда у предметима *Bozic v. Croatia*, *Smoje v. Croatia* и *Vajagic v. Croatia*, Уставни суд Хрватске променио је становиште о рачунању разумне дужине управних поступака и почео је да узима у обзир укупно трајање управних и управносудских поступака. Такође, промењено је правно становиште о жалби и тужби због ћутања, те је, у складу са праксом Европског суда, и Уставни суд Хрватске утврдио да правна средства намењена заштити против ћутања управе сама по себи не представљају делотворно домаће правно средство за ситуације виšekратног враћања предмета на поновни поступак. За више детаља вид. Alan Uzelac, „Legal remedies for the violations of the right to a trial within a reasonable time in Croatia: in the quest for the holy grail of effectiveness“, *Revista de Processo* 180/2010, 173–175. Вид., такође, М. Kriletić.

⁶³ Европски суд сматра да је правно средство доступно странци у поступку пред домаћим органима за улагање приговора о дужини поступка делотворно у смислу чл. 13 и 35, ст. 1 Конвенције само ако је способно покрити све стадијуме поступка којима се приговара и тако, на исти начин као и одлука коју донесе Суд, узети у обзир њихову укупну дужину. – *Bozic v. Croatia*, пар 32.

управним властима и да се период током којег је поступак вођен пред органима управе узима у обзир приликом процене дужине поступка. У образложењу Закона о заштити права на суђење у разумном року, као један од циљева тог прописа наведена је потреба да се смањи број притужби Европском суду за повреду права на суђење у разумном року. Међутим, недостаци који су овде описани могли би да доведу до супротног ефекта због кашњења у поступцима пред управним органима. Да би се такав исход спречио, потребне су измене Закона о заштити права на суђење у разумном року или измена становишта Врховног касационог суда, према којима се трајање управног поступка пре покретања управног спора не урачунава у укупно трајање поступка. Друга могућност је да правно средство у таквим случајевима буде уставна жалба, на основу чл. 82, ст. 1 Закона о Уставном суду – због непостојања другог делотворног средства. Предложено решење чини се нужним како би се повреде у тој области исправљале у домаћем правном систему, уместо пред Европским судом.

Осим што је неопходно обезбедити ефикасну заштиту у случају да већ настану повреде права на суђење у разумном року пред органима управе, подједнако је важно спречити настајање нових повреда. Стога је нужно изменити правила поступка која очигледно доприносе учесталости таквих повреда. Иако се забрана виšekратног укидања одлука по жалби може учинити превеликим оптерећењем за другостепене управне органе, очигледно је да је такво решење неопходно јер је у пракси обесмишљена одредба којом се другостепеним органима оставља слобода да сами процењују колико је пута оправдано враћање предмета на поновни поступак. Околности као што су недовољан број извршилаца у другом степену⁶⁴ не могу бити разлог да се и даље одгађа увођење забране вишеструког укидања одлука. Јер државе уговорнице Европске конвенције морају да организују свој правни систем на такав начин да свакоме гарантују право на остваривање грађанских права и обавеза у разумном року, а преоптерећеност њених органа или судова не ослобађају је те обавезе.⁶⁵

⁶⁴ Такав аргумент је могао да се изнесе и у погледу судова, па се ипак показало да је могуће увести обавезу другостепених судова да сами пресуђују ако је у истом предмету пресуда већ била укинута у поступку по жалби.

⁶⁵ Тако, према мишљењу Европског суда, хронична пренатрпаност предметима није ваљано објашњење за прекомерно одгађање поступка. Вид., на пример, *Ilic v. Serbia*, Европски суд за људска права, представка бр. 30132/04, пресуда од 9. октобра 2007, пар. 86 и 87.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Council of Europe, *Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (civil limb)*, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2013.
- Ђајић, С., *Међународно правосуђе*, Службени гласник, Нови Сад 2012 (Ђајић, S., *Međunarodno pravosuđe*, Službeni glasnik, Novi Sad 2012)
- European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *CDL-AD(2006)036rev-e, Report on the effectiveness of national remedies in respect of excessive length of proceedings adopted by the Venice Commission at its 69th Plenary Session (Venice, 15–16 December 2006)*, Strasbourg, April 2007.
- Folke Bernadotte Academy and Office for Democratic Institutions and Human Rights, *Handbook for Monitoring Administrative Justice*, Warsaw, September 2013.
- Harris, D., et al., *Law of the European Convention on Human Rights Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2014.
- Helfer, L. R., „Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime“, *European Journal of International Law* 19/2008.
- Kriletić, M., „Одлучивање у разумном року у управним стварима према пракси Европског суда за људска права“, *Управно право – актуалности управног судовања и управне праксе*, Инжинјерски биро d.d., Zagreb 2007.
- Лилић, С., „Жалба и приговор у Нацрту закона о општем управном поступку Србије“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије* (ур. с. Лилић), књига IV, Правни факултет у Београду, Београд 2014. (Lilić, S., „Žalba i prigovor u Nacrtu zakona o opštem upravnom postupku Srbije“, *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (ur. S. Lilić), књига IV, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2014)
- Милутиновић, Љ., „У сусрет примени Закона о заштити права на суђење у разумном року“, *Заштита права на суђење у разумном року*, Врховни касациони суд, Савет Европе – Канцеларија у Београду, Београд 2015². (Milutinović, Lj., „U susret primeni Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku“, *Zaštita prava na suđenje u razumnom roku*, Vrhovni kasacioni sud, Savet Evrope – Kancelarija u Beogradu, Beograd 2015²)

- Мол, Н., Харби, К., *Право на правично суђење, Водич за примену члана 6 Европске конвенције о људским правима*, Приручник о људским правима, бр. 6, Савет Европе, Канцеларија у Београду, Београд 2007 (Mol, N., Harbi, K., *Pravo na pravično suđenje, Vodič za primenu člana 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Priručnik o ljudskim pravima, br. 6, Savet Evrope, Kancelarija u Beogradu, Beograd 2007)
- Пауновић, М., Кривокапић, Б., Крстић, И., *Међународна људска права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016 (Paunović, M., Krivokapić, B., Krstić, I., *Međunarodna ljudska prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016)
- Sever, T., Đanić, A., Kovač, P., „Effective Legal Protection against the Excessive Length of Administrative Decision-Making: The Cases of Slovenia and Croatia“, *The NISPAcee Journal of Public Administration and Policy* 9(1)/2016.
- Uzelac, A., „Legal remedies for the violations of the right to a trial within a reasonable time in Croatia: in the quest for the holy grail of effectiveness“, *Revista de Processo* 180/2010.
- Vitkauskas, D., Dikov, G., *Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe human rights handbooks, Council of Europe, Strasbourg 2012.

Milijana Trifković

PhD Student

University of Belgrade, Faculty of Law

VIOLATION OF THE RIGHT TO TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME IN ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS

Summary

This paper analyzes violation of the right to trial within a reasonable time in administrative proceedings. Attention is paid to administrative proceedings because the second-instance administrative authority, apart from a few limited exceptions, can remit a case to a lower instance for unlimited number of times.

The issue has gained significance particularly after the adoption of the Law on Protection of the Right to Trial within a Reasonable Time which protects only parties in court proceedings. Relying on the practice of the European Court of Human Rights and Serbian Constitutional Court, this paper points to the possible ways of protection of the right to trial within a reasonable time in administrative proceedings, but also to the need to ban repeated remittals of a case for re-examination in appellate review.

Key words: *ECtHR. – Trial within a reasonable time. – Administrative proceedings. – Constitutional appeal.*

Article history:

Received: 12. 4. 2017.

Accepted: 30. 6. 2017.

Наталија Живковић*

ТУЖИЛАЧКА ИСТРАГА – ПРЕДНОСТИ И МАНЕ

У свету постоји више модела истраге, а у пракси земаља углавном су заступљени судски и тужилачки модел истраге. Тужилачки модел је карактеристичан за земље англосаксонског правног система, док је судска истрага својствена европскоконтиненталним земљама. У новије време уочљив је тренд увођења тужилачке истраге и у европским земљама, са намером повећања ефикасности кривичног поступка. У Србији је био заступљен судски концепт истраге још од 1890. године, а доношењем новог Законика о кривичном поступку 2011. године (ЗКП/2011) прекинута је дотадашња традиција и прешло се на тужилачку истрагу. У овом раду ће бити представљене и анализиране предности и мане тужилачке истраге у односу на судску, са освртом на решења у ЗКП/2011 Републике Србије. Аутор ће покушати да нађе одговор на питање који је од та два модела истраге заиста ефикаснији, односно да ли је оправдан прелазак са судског на тужилачки концепт истраге у смислу доприноса квалитетнијем и бржем кривичном поступку или је посреди само усаглашавање националног кривичнопроцесног законодавства са компаративним решењима.

Кључне речи: *Истрага. – Тужилачка истрага. – Судска истрага. – Јавни тужилац. – Истражни судија.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Истрага је прва фаза кривичног поступка и њен значај је вишеструк.¹ Са аспекта органа који води кривични поступак, истрага је значајна јер се у тој фази прикупљају докази. Тако прикупљени

* Ауторка је студенткиња основних студија на Правном факултету Универзитета у Београду, nataly.zivkovic@gmail.com.

¹ Треба напоменути да истрази претходи предистражни поступак, који је неформална фаза кривичног поступка, док кривични поступак формално започиње доношењем наредбе о спровођењу истраге.

докази служе најпре јавном тужиоцу да донесе одлуку о (не) подизању оптужнице, а затим уколико оптужница буде подигнута и потврђена, ти исти докази биће коришћени на главном претресу ради утврђивања чињеничног стања на коме се заснива пресуда. Са аспекта окривљеног тј. лица против кога се води, истрага је значајна јер се у тој фази окривљеном намећу одређене обавезе попут обавезе доступности, обавезе да се одазове на позив органа поступка, обавезе да обавести орган поступка о промени адресе пребивалишта или адресе боравишта итд. Такође, отпочињањем истраге окривљеном се ограничавају Уставом зајемчена основна људска права и слободе, као што су слобода кретања, неповредивост стана, право на слободу и безбедност, а то је последица одређивања притвора, претресања, забране прилажења, састајања и комуницирања са одређеним лицем и других мера процесне принуде. Осим тога што се окривљеном намећу обавезе и ограничавају основна људска права и слободе, окривљени у поступцима у којима постоји већа заинтересованост јавности „долази на лош глас“ без обзира на претпоставку невиности. Чак и када се кривични поступак обустави или оконча повољно по окривљеног, он бива упамћен као лице са насловница и захваљујући медијима његова част и углед у великом броју случајева бивају трајно нарушени.

С обзиром на те околности, истрага треба да буде конципирана тако да с једне стране стоје јака овлашћења органа поступка како би на исправан начин прикупио што више доказа. С друге стране, окривљеном морају да буду пружени механизми заштите његових права и слобода. Како наш законодавац брзину поступка прокламује лимитираним начелом истине, којим је заменио материјално начело истине², истрага као фаза кривичног поступка треба такође да задовољи критеријуме ефикасности. Квалитет, брзина и заштита права окривљеног треба истовремено да буду карактеристике истраге и, као такве, идеје водиле законодавцу приликом формулисања истражног концепта. И ту се јавља проблем. Када се говори о било ком поступку, задатку, па тако и о истрази, постоји опасност да се квалитет и брзина остварују једно на уштрб другог. Такође, заштита права окривљеног може да буде у супротности са квалитетом истраге јер јака овлашћења органа поступка неминовно задиру у основна права

² Под начелом материјалне истине, суд је имао дужност да истинито и потпуно утврди чињенице које су важне за доношење законите одлуке. Председник већа је сам одлучивао које ће се чињенице утврђивати и који ће се докази изводити. Сада странке предлажу и изводе своје доказе, а утврђују се само чињенице које су спорне међу странкама. Изузетно, суд може доказно интервенисати ако су изведени докази нејасни, противречни или је то потребно да би се предмет свестрано расправио. Више о томе вид. Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд 2014, 83 и даље.

и слободе окривљеног и, обрнуто, јака заштита права окривљеног ограничава овлашћења органа поступка. Поставља се питање како уравнотежити те вредности. Главни циљ истраге – прикупљање доказа – јесте опредељујући, па с обзиром на то, јака овлашћења органа коме је истрага поверена не смеју изостати како би се та фаза спровела што квалитетније, али остаје питање у којој мери и на који начин заштитити права окривљеног и до које границе и како убрзати поступак.

У свету су најзаступљенија два концепта истраге, судски и тужилачки, са својим бројним варијацијама.³ Главна разлика између та два система истраге огледа се у врсти органа коме је истрага поверена. Из самих назива није тешко правилно закључити да је судска истрага у надлежности суда тј. истражног судије као његовог функционалног облика, док тужилачку истрагу води државни односно јавни тужилац као репрезент државне власти. Као главна предност судске истраге наводи се да су у таквој истрази боље обезбеђени права и слободе окривљеног лица, док се за тужилачку истрагу истиче да поступак чини бржим и ефикаснијим.

Тужилачка истрага, традиционално посматрано, својствена је земљама са англосаксонским правним системом на супрот судској истрази која карактерише европскоконтиненталне земље. Међутим, и у Европи се у новије време јавља тренд преласка са судске на тужилачку истрагу. Међу пионирима таквог подухвата је Немачка, која је 1974. године извршила реформу свог кривичнопроцесног законодавства, па је уместо истражног судије ту надлежност поверила државном тужиоцу и тако прешла са судског на тужилачки концепт истраге.⁴ Сличан корак су учиниле и Италија, Аустрија, Данска, нама суседне земље Босна и Херцеговина, Хрватска, Македонија, Црна Гора и друге европске земље.⁵ За нешто другачији потез определила се Француска, која истрагу није поверила државном тужиоцу, али је увела судију за слободе и притвор који се хијерархијски налази

³ О упоредним карактеристикама адверзијалног и европскоконтиненталног кривичнопроцесног система (формална и неформална истрага као карактеристика та два система) вид. М. Шкулић, „Основи упоредног кривично процесног права и основни проблеми реформе кривичног поступка Србије“, *Казнена реакција у Србији* (ур. Ђ. Игњатовић), Београд 2011, 54 и даље.

⁴ Више о томе вид. Александар Бошковић, *Тужилачко полицијски концепт истраге и ефикасност кривичног поступка*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2010, 254 и даље.

⁵ Вид. више Станко Бејатовић, „Тужилачка истрага као обележје реформи кривично процесног законодавства земаља региона (криминално политички разлози озакоњења, стање и перспективе)“, *Тужилачка истрага регионална кривично процесна законодавства и искуства у примени* (ур. Иван Јовановић, Ана Петровић Јовановић), Београд, 2014, 21–27.

изнад истражног судије и надлежан је за одлучивање о задржавању, притвору, претресању, улажењу у стан и одузимању предмета, као и о неким питањима изван кривичног поступка.⁶

Што се наше земље тиче, и Србија спада у круг земаља у којима је дуго био заступљен судски систем истраге. У Србији је судска истрага уведена још 1890. године Законом о истражним судијама и такав судски концепт истраге са одређеним изменама одржан је све до доношења новог ЗКП/2011 којим је уведена тужилачка истрага.⁷ Треба напоменути да је покушај увођења тужилачке истраге учињен и 2006. године такође доношењем новог законика који никада није примењиван. Његова примена је одгађана два пута због неспремности јавног тужилаштва, односно његове кадровске и техничке неопремљености, да би на крају тај законик био стављен ван снаге.⁸ У ЗКП/2006 био је предвиђен блажи концепт тужилачке истраге у којем је остављен истражни судија „али само као судска контрола јавног тужиоца, јер је он могао обуставити истрагу коју је започео јавни тужилац, када прихвати жалбу окривљеног или његовог браниоца“.⁹ С друге стране, у ЗКП/2011 уведена је чиста тужилачка истрага са изузетно великим и јаким овлашћењима јавног тужиоца, што најбоље осликава чињеница да на његову наредбу о спровођењу истраге није дозвољена жалба нити је обезбеђен други вид судске контроле. Стога се може рећи да је Србија потпуно усвојила тренд замене судске истраге тужилачком.

Може се поставити питање да ли је тужилачка истрага заиста супериорна у односу на судску, да ли је заиста толико ефикасна и брза или је само реч о пуком преузимању страних кривичнопроцесних решења. Критичари често наводе ово друго, истичући неприкладност таквог решења јер концепт тужилачке истраге потиче из англосаксонског права, где је заступљен адверзијални тип кривичног поступка, за разлику од мешовитог типа кривичног поступка који постоји у Европи. Међутим, како није нужно да тужилачку истрагу прати и адверзијални тип главног претреса¹⁰ јер су то две одвојене фазе кривичног поступка, може се закључити да је тај аргумент неадекватан, али свакако треба признати да, приликом увођења новог института или другачије концепције фазе поступка, такво решење

⁶ Горан Илић, „Положај и улога полиције у преткривичном и претходном кривичном поступку у француском кривичном процесном праву“, *Полиција и преткривични и претходни кривични поступак*, ВШУП, Београд 2005.

⁷ О историјату истраге у српском праву вид. А. Бошковић, 24 и даље.

⁸ О разлозима суспензије Законика вид. Милан Шкулић, Горан Илић, *Нови законик о кривичном поступку Србије – Репформа у стилу један корак напред – два корака назад*, Београд 2012, 31.

⁹ М. Шкулић, Г. Илић (2012), 47.

¹⁰ *Ibid.*, 40.

треба прилагодити правном систему у који се уводи. На крају напоменуто да су дате и примедбе да је прелазак са судске на тужилачку истрагу резултат политичких фактора, што прелази границе чисто правног разматрања.

Као што се види, у теорији постоје супротна мишљења и о разлозима увођења тужилачке истраге и о њеној оправданости. У даљем делу текста биће представљене карактеристике и анализирани аргументи у корист и против тужилачке истраге са посебним освртом на концепцију тужилачке истраге у српском праву.

2. ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ИСТРАГЕ ПРЕМА ЗКП/2011 И КРИТИЧКИ ОСВРТ НА ПОЈЕДИНА РЕШЕЊА

Постоји више основних карактеристика тужилачке истраге према ЗКП/2011 и њених разлика у односу на судску истрагу према ЗКП/2001 Републике Србије. Прво, истрага је у надлежности јавног тужиоца, а не истражног судије. Он је главна фигура те фазе кривичног поступка. Он руководи истрагом, што значи да одлучује о покретању истраге, предузимању истражних радњи, завршетку истраге и другим питањима која се јављају у тој фази поступка. За разлику од истражног судије, коме је поверена функција истраживања, јавни тужилац је носилац двоструке функције – и функције гоњења и функције истраживања. Друго, истрага се води против одређеног лица када постоје основи сумње да је учинило кривично дело и против непознатог учиниоца када постоје основи сумње да је учињено кривично дело¹¹, што је новина јер се до доношења новог законика истрага могла водити само против познатог учиниоца. Такво решење трпи критику јер лицу које ће добити статус окривљеног онемогућава да остварује своје право на одбрану. И у истрази која се води против непознатог учиниоца испитују се сведоци и вештаци и спроводе друге доказне радње, а како учинилац није познат, логично је да не може бити ни позван да присуствује таквим радњама.¹² Тиме је битно нарушено његово право на одбрану јер се касније ти докази презентују суду. Треће, истрага се сада води поводом основа сумње, а не основане сумње. С обзиром на то да је основ сумње скуп чињеница које посредно указују на то да је учињено кривично дело или да је одређено лице учинилац кривичног дела, јавни тужилац може много лакше покренути истрагу јер је круг чињеница које посредно указују шири од круга чињеница које непосредно указују на то да је лице

¹¹ Законик о кривичном поступку – ЗКП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014, чл. 295, ст. 1.

¹² Више о начину извођења доказних радњи када се истрага води против непознатог учиниоца вид. у чл. 300 ЗКП/2011.

учинилац кривичног дела, а то се тражи за основану сумњу. Нелогично је да се исти степен сумње тражи и за вођење предистражног поступка па се сада не види практична потреба за раздвојеношћу та два поступка, поготово ако узмемо у обзир да се скоро све радње које се предузимају у истрази могу предузети и у предистражном поступку.¹³ Четврто, уведен је судија за претходни поступак чији је главни задатак да се стара о заштити права окривљеног. Осим тога што се стара о заштити права окривљеног, поверено му је одлучивање о мерама процесне принуде и посебним доказним радњама. Ако упоредимо његова овлашћења са овлашћењима која је имао истражни судија, видећемо да је суд у тој фази поступка далеко мање ангажован. Пето, уведени су елементи паралелне истраге. Окривљеном и његовом браниоцу је омогућено да под одређеним условима прикупљају изјаве и обавештења од других лица, да улазе у приватне просторије или просторе који нису отворени за јавност, да преузму предмете и исправе од физичког или правног лица. Такође, овлашћени су да од јавног тужиоца захтевају да спроведе одређене доказне радње, а ако се он не изјасни у року од осам дана или одбије предлог, окривљени и његов бранилац могу поднети исти предлог судији за претходни поступак када ће он, уколико усвоји предлог, наложити јавном тужиоцу да предузме доказну радњу. Међутим, не постоје никакве процесне последице ако јавни тужилац не предузме доказну радњу по одлуци судије за претходни поступак, нити ако је предузме али неефикасно. Тиме то право окривљеног лица губи смисао. Шесто, сврха истраге – према чл. 295, ст. 2 ЗКП/2011, у истрази се прикупљају докази и подаци који су потребни да би се могло одлучити да ли ће се подићи оптужница или обуставити поступак, докази који су потребни да се утврди идентитет учиниоца, докази за које постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу или би њихово извођење било отежано и други докази који могу бити корисни за поступак, а чије се извођење, с обзиром на околности случаја, показује целисходним.¹⁴ Таквим дефинисањем сврхе истраге отвара се питање да ли је било неопходно редефинисати сврху истраге и као њен циљ навести прикупљање доказа који неће моћи да се изведу на главном претресу или би њихово извођење било отежано јер на тај начин долази до одступања од начела непосредности и повреде права окривљеног на одбрану.¹⁵ Било би боље прописати да такве доказе

¹³ Тако и Војислав Ђурђић, „Уређење претходног кривичног поступка Србије – *de lege lata de lege ferenda*“, *Кривично законодавство – de lege lata et de lege ferenda* (ур. Марко Павић), Приједор 2015, 79.

¹⁴ ЗКП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

¹⁵ Тако ће се на главном претресу користити искази сведока дати јавном тужиоцу у истрази, када су та лица у међувремену умрла, душевно оболела, не могу се пронаћи или је њихов долазак пред суд немогућ или знатно отежан. О томе вид.

изводи судија за претходни поступак уместо јавног тужиоца, а није неопходно мењати сврху истраге.

У кратким цртама ћемо указати и на поједина решења ЗКП/2011 која се тичу јавнотужилачке истраге, а у теоријским расправама трпе критику и стварају проблеме у пракси.¹⁶ Прво, подела на предистражни поступак и истрагу није довољно оправдана јер оба стадијума кривичног поступка води јавни тужилац, а притом се и предистражни поступак и истрага воде поводом основа сумње. У судској истрази истрагу води истражни судија, док је преткривични поступак несудска делатност па самим тим и подела има више смисла. Дрго, правило *ne bis in idem* не важи у тој фази поступка, што значи да уколико је истрага обустављена наредбом јавног тужиоца, истрага против истог окривљеног се касније опет може покренути, а окривљени поводом тога не може уложити приговор *res iudicata*. Треће, на наредбу јавног тужиоца о спровођењу истраге не постоји жалба ни други вид судске контроле. Такво решење је неуставно (чл. 32, ст. 1 Устав РС), о чему ће касније бити речи. Четврто, у кривичнопроцесном односу требало би да се успостави однос између три стране, односно између суда, јавног тужиоца и окривљеног. С обзиром на то да не постоји жалба на наредбу о спровођењу истраге, однос се успоставља само између јавног тужиоца и окривљеног. Уколико се истрага води против непознатог учиниоца, тај проблем се додатно увећава. Пето, наредба о спровођењу истраге доноси се пре или непосредно после прве доказне радње коју су предузели јавни тужилац или полиција у предистражном поступку, а најкасније у року од 30 дана од када је јавни тужилац обавештен о првој доказној радњи коју је полиција предузела (чл. 296, ст. 2 ЗКП/2011¹⁷). Такво решење трпи критику да полиција може да има превелик утицај на покретње истраге. Шесто, наредба о спровођењу истраге доставља се осумњиченом и његовом браниоцу, ако га има, заједно са позивом, односно обавештењем о првој доказној радњи којој могу присуствовати (чл. 297, ст. 1 ЗКП/2011¹⁸). И то решење трпи критику јер као што се види, не постоји обавеза јавног тужиоца да достави наредбу о спровођењу истраге окривљеном одмах по њеном доношењу.

Вања Бајовић, „Положај суда и тужилаштва у новоусвојеном расправном моделу кривичног поступка“, *Реформа кривичног права* (ур. Горан Илић), Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд 2014, 149–152.

¹⁶ Шире о томе вид. Александар Бошковић, Зоран Павловић, „Проблемски осврт на организацију претходног кривичног поступка у Републици Србији и Републици Хрватској“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу* 1/2016, 192–197.

¹⁷ ЗКП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

¹⁸ *Ibid.*

С обзиром на то да окривљени не може присуствовати свим доказним радњама, јавни тужилац има простора да тактизира те да радње о којима окривљени мора да буде обавештен остави за крај, а да до тада води тајну истрагу. На тај начин се окривљеном онемогућава да благовремено почне да спрема своју одбрану. Седмо, један од циљева истраге је извођење доказа за које постоји опаност да се неће моћи поновити на главном претресу или би њихово извођење било отежано. Било би боље да такве доказе изводи судија за претходни поступак уместо јавног тужиоца, о чему је већ било речи када се говорило о сврси истраге. Осмо, такође се замера и решење по коме јавни тужилац полицији може да повери извршење било које доказне радње, па чак и оних радњи које полиција не може самостално да предузима у предистражном поступку (нпр. саслушање сведока).¹⁹ Девето, бројна решења која се односе на права одбране током истраге такође трпе критику.²⁰

3.1. Анализа аргумената у корист судске истраге

Први и главни аргумент који се истиче у корист судске истраге јесте објективност истражног судије наспрам необјективности јавног тужиоца. Наиме, како је јавни тужилац у тужилачком моделу истраге орган коме су поверене две функције, функција истраживања кривичног дела и функција гоњења, истиче се супротстављеност те две функције јер истраживање подразумева прикупљање чињеница и на штету и у корист окривљеног, док гоњење, по природи ствари, подразумева прикупљање доказа против окривљеног лица. По окончању истраге, односно на главном претресу, улога јавног тужиоца као истражитеља ће се преобратити и основни задатак јавног тужиоца ће постати осуда окривљеног лица, па се не може очекивати да ће јавни тужилац током истраге посветити довољну пажњу прикупљању доказа у корист окривљеног. Није незамисливо ни да тужилац намерно прибави доказе у корист окривљеног, али на начин који није правно ваљан, и да тиме онемогући суд да заснује пресуду на таквим доказима. Такво резонување се заснива на чињеници да људској психи односно деловању човека, по природи ствари, није иманентно да предузима радње супротне своме циљу, што у том случају јесте осуда окривљеног. У суштини ти аргументи и закључци нису погрешни, али губе из вида неколико ствари. Тужилац најпре прикупља доказе како би донео правилну одлуку о (не)подизању оптужнице, а за так-

¹⁹ Тако и Горан Илић *et al.*, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд 2012, 640.

²⁰ О тој теми вид. Југослав Тинтор, „Одбрана као страна у поступку у тужилачкој истрази (анализа новог ЗКП Србије)“, *Тужилачка истрага регионална кривично процесна законодавства и искуства у примени* (ур. Иван Јовановић, Ана Петровић Јовановић), Београд 2014, 243 и даље.

ву одлуку треба да прибави све доказе који се могу извести. Док се одређени докази прикупљају, тужилац унапред и не зна да ли ће се приликом њиховог извођења испоставити да су на штету или у корист окривљеног. На пример, не зна се какав ће тачно исказ дати сведок. Такође, ниједном тужиоцу се не исплати да гони лице када зна за одређене чињенице које указују на то да он није крив јер уколико сам тужилац не изнесе такве доказе, постоји вероватноћа да их изнесе окривљени односно његов бранилац. У сваком случају, може се очекивати да ће се тужилац као државни орган при гоњењу водити и начелом материјалне истине и друштвеним интересима.

Право окривљеног на одбрану је једно од његових најбитнијих права, па га треба адекватно поставити. Ради тога ЗКП/2011 уводи елементе паралелне истраге, о чему је већ било речи. Међутим, такав вид паралелне истраге није боље обезбеђење права окривљеног на одбрану јер материјал који окривљени и његов бранилац прикупе нема непосредан доказни значај, а не постоје ни санкције за јавног тужиоца уколико не поступи по налогу судије за претходни поступак. Штавише, на тај начин поступак се само беспотребно одуговлачи јер позитивног ефекта на одбрану нема, а предузимање таквих радњи изискује одређено време. С друге стране, увођење потпуне паралелне истраге, за коју би окривљени практично ангажовао приватног детектива, немислииво је из много разлога.²¹

Иако смо закључили да не можемо беспоговорно тврдити да ће тужилац бити необјективан јер постоје и разлози који указују на то да ће се водити начелом материјалне истине, право окривљеног на одбрану треба и на други начин обезбедити, а не само прописивањем дужности тужиоца да прикупља доказе који иду окривљеном у прилог јер, као што се види, реч је о дискреционој дужности тужиоца.

Друго, осим необјективности јавног тужиоца, тужилачкој истрази се замера и већа склоност тужиоца ка злоупотреби положаја, услед чега долази до повреда права и слобода окривљеног. Напоменимо још једном да се у истрази предузимају многе радње, попут претресања стана, претресања лица, одређивања притвора, забране напуштања стана, забране посеђивања одређених места или комуникације са одређеним лицима, којима се окривљеном ограничавају основна људска права и слободе. Према самом Уставу, о таквим правима и слободама мора одлучивати суд, а не јавни тужилац, тј. орган управе или неки други орган. Управо због тога у српском праву тужилачки концепт истраге подразумева постојање судије за претходни поступак, чија је основна функција да штити основна људска права и слободе. Тако судија за претходни поступак доноси наредбу о претресању стана и других просторија, наредбу о

²¹ О томе вид. М. Шкулић, Г. Илић (2012), 56 и даље.

претресању лица, доноси решење о одређивању притвора, решење о забрани напуштања стана, али доноси и наредбе о предузимању посебних доказних радњи, одлучује о споразуму о признању кривичног дела и споразуму о сведочењу, одлучује о давању статуса заштићеног сведока... Као што се види, о многим битним питањима која се тичу права и слободе окривљеног не одлучује јавни тужилац већ суд. Напоменимо да окривљеном лицу и његовом браниоцу, уколико дође до одређених неправилности у раду јавног тужиоца, на располагању стоји и могућност подношења приговора непосредно вишем тужиоцу, односно супсидијарно притужбе судији за претходни поступак, мада та два механизма нису од неког великог значаја јер не постоји санкција за јавног тужиоца ако не поступи по обавезном упутству вишег јавног тужиоца, тј. налогу судије за претходни поступак.²²

Главна замерка у вези са повредом права окривљеног јесте заправо то што према нашем ЗКП/2011 на наредбу јавног тужиоца о спровођењу истраге није могуће поднети жалбу нити постоји други вид судске контроле. Такво решење је неуставно јер, према чл. 32, ст. 1 Устава Републике Србије, „свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим обавезама, основано-сти сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега“.²³ С обзиром на то, далеко су прихватљивија решења у ЗКП/2006, где је на наредбу јавног тужиоца о спровођењу истраге дозвољено изјавити жалбу судији за претходни поступак, и у ЗКП/2001, где тужилац подноси захтев истражном судији за покретање истраге, о коме он одлучује решењем, а на такво решење је такође могуће уложити жалбу ванпретресном већу.²⁴

Може се закључити да приговор тужилачком концепту истраге да не обезбеђује довољно права и слобода окривљеног није оправдан. Ипак, оправдана је критика да је непостојање судске контроле наредбе о спровођењу истраге противуставно.

Треће, списи који се у тужилачкој истрази достављају суду заједно са оптужницом носе тужиочев печат, што отежава суду да

²² Окривљени и његов бранилац најпре подносе приговор непосредно вишем јавном тужиоцу. Он може решењем да усвоји приговор и да изда обавезно упутство јавном тужиоцу ради отклањања начињених неправилности. Тек уколико непосредно виши тужилац одбије приговор, окривљени и бранилац добијају могућност да у року од осам дана поднесу притужбу судији за претходни поступак, који може, ако нађе да је притужба оправдана, наложити јавном тужиоцу да предузме одговарајуће мере.

²³ Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

²⁴ У неким законодавствима, попут немачког или италијанског, није ни потребно доношење наредбе да би се истрага покренула, али исто тако у Немачкој и Италији ни не постоје две фазе претходног поступка као код нас, већ су обједињене у једну фазу.

буде непристрасан арбитар.²⁵ Ако се ослонимо на већ донет закључак да постоји одређен степен сумње да тужилац неће бити објективан и у истој мери се посветити прикупљању доказа на штету и у корист окривљеног, тај аргумент је тачан.

Четврти аргумент који се истиче у корист судске истраге је то што је јавно тужилаштво самосталан, али не и независан орган државне власти, те као такав не може ни деловати независно, што онемогућава правилно вођење истраге. Према Закону о јавном тужилаштву²⁶, јавне тужиоце бира Народна скупштина, на предлог Владе, док Државно веће тужилаца може Влади да поднесе листу са предлогом кандидата. Разлози за разрешење су широко постављени, а одлуку о разрешењу са функције такође доноси Народна скупштина на предлог Владе. О постојању разлога за разрешење одлучује Државно веће тужилаца, као орган чији је задатак да се стара о самосталности јавног тужилаштва. Имајући у виду та решења, јасно је да је јавно тужилаштво више потчињено законодавној и извршној власти од суда.²⁷ Такав положај тужиоца доводи, барем делимично у питање његову објективност.

Осим недостатка независности, јавном тужилаштву се приговара и лоша организација, у смислу претеране зависности нижих јавних тужилаца према вишем тужиоцу, што се огледа у издавању обавезних упутстава и непостојању самосталних овлашћења заменика тужилаца, већ искључиво поверених. Јавно тужилаштво је уређено монократски, што значи да јавни тужилац одговара за рад целокупног тужилаштва, док су заменици одговорни само њему. Тужилашвом руководи један јавни тужилац који поседује одређени број заменика, а тужилаштво већину послова тј. предмета из своје надлежности обавља управо путем заменика, а не директним поступањем јавног тужиоца. Тужилачка истрага би сигурно била мање критикована да су изнети проблеми у вези са организацијом јавног тужилаштва решени на адекватнији начин.

Када се разматра питање независности јавног тужилаштва, не треба занемарити ни „чињеницу да су ти органи састављени од људи и да се на њих може подједнако утицати били они судски или управни органи“.²⁸ У сваком случају, требало би обезбедити независност јавног тужилаштва побољшањем система избора и разрешења са функције јавног тужиоца и унутрашњом реорганизацијом тужилашт-

²⁵ О томе вид. В. Бајовић (2014), 148–149.

²⁶ Закон о јавном тужилаштву, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008.

²⁷ Суд је самосталан, а за разлику од јавног тужилаштва, и независан орган. Такође, одлуку о разрешењу судије са судске функције доноси Високи савет судства, а не Народна скупштина, што умањује утицај законодавне власти на судство.

²⁸ А. Бошковић, 40.

ва са циљем ефикаснијег рада. Пример уређења тужилаштва, где оно није ни зависно од законодавне и извршне власти ни строго централизовано и хијерархијски уређено, можемо наћи у правном систему САД.²⁹ У Србији, међутим, свако решење мора бити усклађено са постојећим парламентарним моделом власти.

Пети аргумент против тужилачке истраге је да тужиоци недовољно познају област криминалистике и да немају знање за предузимање одређених доказних радњи. Тај аргумент је сасвим неоправдан јер као што јавни тужилац не поседује одређена стручна знања, не поседује их ни истражни судија у судском моделу истраге. Обојица су по струци правници и обојица ће по потреби ангажовати вештака и поверити му предузимање одређене доказне радње, о чему ће вештак дати налаз и мишљење. На крају ће тако прикупљен доказ, односно налаз и мишљење вештака, оценити суд по својој слободној оцени, а не тужилац. На тужиоцу је само да прикупи одређени доказ, односно да изведе доказну радњу, а када не буде у могућности да то и учини због недостатка стручног знања, ангажоваће вештака. Као што се види, овде проблем заправо и не постоји, а у сваком случају до исте ситуације долази и у судском моделу истраге.

Шесто, докази изведени у судској истрази могу мање проблематично да се користе на главном претресу јер их је извео истражни судија, што јесте функционални облик суда. Мада је то тачно, у таквим случајевима се одступа од начела непосредности, што значи да не постоји решење без недостатака, тј. решење које може избећи све проблеме.

3.2. Анализа аргумената у корист тужилачке истраге

Прво, јавни тужилац је боље упознат са предметом поступка. У тужилачком моделу истраге, господар истраге је јавни тужилац, за разлику од судског модела, где та улога припада истражном судији. У судском моделу истраге, истражни судија је најпре овлашћен да одлучује о покретању истраге, када му такав захтев упути јавни тужилац. Уколико, на основу кривичне пријаве, списка и записника који су му достављени уз захтев, нађе да је то оправдано, истражни судија доноси решење о покретању истраге. Даље, истражни судија руководи истрагом, одлучује које ће се истражне радње спровести, којим редоследом и хоће ли их поверити полицији. Јавни тужилац има право да присуствује спровођењу истражних радњи и да предложи извођење других истражних радњи, о чему такође одлучује истражни судија. Када стекне утисак да је стање ствари довољно разјашњено тако да јавни тужилац може да донесе одлуку о подизању оптуж-

²⁹ О уређењу тужилаштва у САД вид. Вања Бајовић, „Положај и овлашћења тужиоца у САД-у“ *Бранич* 1/2009, 134–135.

нице, односно о одустанку од кривичног гоњења, истражни судија доноси решење којим окончава истрагу. Јавни тужилац, уколико сматра да је потребно, може затражити да се истрага допуни. Као што се види, истражни судија у сваком смислу господари истрагом, он одлучује и о покретању истраге и о њеном току, односно о истражним радњама које треба спровести, о окончању истраге и о њеној допуни. Иако јавни тужилац има право да присуствује спровођењу истражних радњи и да предлаже њихово спровођење, он је ипак споредна фигура јер о свему одлучује истражни судија.³⁰

У тужилачком концепту истраге, овлашћења и задаци су другачије распоређени. Уместо истражног судије, уведен је судија за претходни поступак, чији је главни задатак да штити права и слободе окривљеног, док јавни тужилац потпуно преузима функцију руководиоца истраге. Резултат боље упућености јавног тужиоца у предмет поступка омогућава правилније одлуке о подизању или неподизању оптужнице. Такође, када је јавни тужилац од почетка поступка активан и добро упознат са кривичном ствари, он ће и на главном претресу квалитетније обављати своју функцију гоњења, што је од значаја за исход поступка.

Може се закључити да тужилачка истрага, у односу на судску, доприноси подношењу квалитетнијих оптужница, самим тим и растерећењу суда, а и омогућава јавном тужиоцу да квалитетније и потпуно остварује своју функцију гоњења, што олакшава суду његов основни задатак, а то је донешење правилне одлуке.

Друго, принцип поделе власти који постоји у модерним државама говори у прилог тужилачке истраге. У правним системима заснованим на традицији, исти државни орган је обављао и функцију гоњења и функцију суђења. Таква кумулација функција у рукама судске власти очигледно не одговара принципу поделе власти као ни правилном дозирању обима судске власти. Тужилачка истрага измешта руковођење истрагом која је у функцији гоњења из надлежности суда и омогућава му да се концентрише на функцију пресуђивања. То такође омогућава растерећење суда. Данас, када је стопа криминалитета изузетно висока и када се суд суочава са великим бројем предмета, то је веома значајно.

Осим тога што се растеређује, суд на тај начин бива изузет од прикупљања доказа јер то чини јавни тужилац а не одређени функционални облик суда, што је био случај са истражним судијом. Такође, суд је на главном претресу доказно пасиван, уз одређене изузетке.³¹ С

³⁰ Више о овлашћењима тужиоца и истражног судије у судском моделу истраге вид. А. Бошковић, 31–32.

³¹ Суд може доказно да интервенише ако оцени да су изведени докази противречни, нејасни или ако је то неопходно да би се предмет поступка свестрано

обзиром на то, логично је одговорност за пресуду пребацити са суда на јавног тужиоца јер је он тај који прикупља и презентује доказе, а суд доноси одлуку на основу доказа које му презентују одбрана и тужилац. Међутим, у пракси јавност, када није задовољна пресудом, и даље приписује одговорност суду, што је последица непознавања прописа односно овлашћења којима суд и тужилац располажу, али и старе навике.

Треће, истиче се активан рад јавног тужиоца наспрам кабинетског рада истражног судије. Истражном судији се замера да је недовољно активан у прикупљању доказа, односно да се ангажује само на прикупљању личних доказа попут исказа сведока, вештака и изјава окривљеног. Што се тиче других доказа, замера му се да се сувише ослања на рад полиције у преткривичном поступку и да у самој истрази несразмерно често полицији поверава њихово прикупљање. Контрааргумент је да „то није концепцијска слабост истраге, већ слабост у конкретном случају. Битна ствар која се заборавља је да истражни судија може ако хоће да има већу улогу у доказивању и у томе је суштина и кључ проблема, он одлучује о доказима, а не полиција“.³² Тај аргумент јесте тачан, али није ствар само у томе ко има колика овлашћења, већ и у томе какве су објективне могућности да се овлашћења користе. Такође се поставља питање да ли би активна улога истражног судије одговарала природи саме судске функције.

Четврто, у судској истрази долази до непотребног понављања доказа. Истражни судија по правилу изводи све доказе који ће касније на главном претресу опет морати да се изведу, чиме се поступак одуговлачи. Неки аутори дуплирање посла истичу за предност, а не ману, јер се на тај начин обезбеђује објективнија одлука о томе да ли окривљеног треба извести пред суд, додајући да двоструко извођење доказа није штетно.³³ Тачно је да се на тај начин обезбеђује објективнија одлука о подизању оптужнице, али тако нешто заправо и није неопходно. Довољно је да јавни тужилац буде добро упознат са предметом поступка, што му је у тужилачком моделу истраге омогућено, а како само извођење окривљеног пред суд не значи и његову осуду, чини се да за дуплирањем посла нема суштинске потребе. Што се тиче аргумента да двоструко или чак троструко испитивање окривљеног није штетно већ корисно за одбрану, сматрамо да је та тврдња сувише уопштена да би могла да се прихвати без резерве.

расправио. У том случају суд може наложити странци да предложи допунске доказе или изузетно сам одредити да се такви докази изведу.

³² Ђорђе Лазин, „Судска истрага – дилеме и проблеми“, *Ревивија за криминологију и кривично право* 2/2006, 83.

³³ Ђ. Лазин, 86.

Пето, увођењем тужилачке истраге доприноси се усаглашавању кривичнопроцесног законодавства једне државе са савременим компаративним кривичнопроцесним законодавством. У последњих неколико деценија готово све европске земље напустиле су судски модел истраге и прешле на тужилачки, тако да није спорно да одређена земља, кад начини тај корак, доприноси усаглашавању свог кривичнопроцесног законодавства са компаративним решењима. Међутим, право питање је да ли се тужилачки концепт истраге уклапа у целокупан правни систем једне земље, односно да ли ће у таквом систему допринети ефикаснијем одвијању кривичног поступка.

4. ЗАКЉУЧАК

Сваки законодавац тежи да кривични поступак уреди на такав начин да он може да обезбеди кључне друштвене вредности као што су слобода грађанина, правна сигурност, законитост, мир, ред и правда. Истрага је једна од кључних фаза кривичног поступка и као таква битно доприноси крајњем исходу поступка, што значи да је веома важно да буде што боље конструисана. Закључили смо да добар модел истраге треба истовремено да омогући три ствари. Прво, довољно брз поступак, да би се судови изборили са великим бројем предмета који им се стављају у надлежност. Друго, јака овлашћења органа поступка који је надлежан за гоњење, како би своју функцију обавио на задовољавајући начин и, треће, заштиту права и слобода окривљеног лица.

Анализом одређених решења у тужилачкој и судској истрази, видели смо да оба модела истраге имају врлине и мане. Најпре, у судској истрази је мање проблема са заштитом права окривљеног јер истрагу води истражни судија као непристрасан истражитељ, док је у тужилачкој истрази стање ствари компликованије. Основне слободе и права окривљеног јесу под гаранцијом јер о њима одлучује судија за претходни поступак као функционални облик суда, а не јавни тужилац. Међутим, проблем се јавља са правом на одбрану јер се јавни тужилац прокламује за непристрасну странку, која је дужна да обраћа пажњу на све релевантне чињенице те прикупља доказе и на штету и у корист окривљеног, што смо закључили да није реално увек очекивати. Дакле, обавезивањем јавног тужиоца да прикупља доказе и у корист окривљеног у конкретном случају не може бити ништа више од прокламације, а ни елементи паралелне истраге нису ништа више од паралелизма форме. Што се тиче функције гоњења, тужилачка истрага далеко више доприноси њеном остварењу јер јавни тужилац поседује већа овлашћења па самим тим и шири спектар средстава да учиниоца кривичног дела приведе правди. На тај

начин поступак се чини ефикаснијим у квантитативном и у квалитативном смислу, а управо то је један од основних разлога преласка са судске на тужилачку истрагу. Из свега наведеног проистиче да је тужилачка истрага прихватљивији модел истраге јер је погодна за сва три главна актера кривичног поступка. Суд растерећује непотребног посла и омогућава му да се концентрише на пресуђивање, што јесте његова основна функција, јавном тужиоцу даје слободу да истражује како би остварио функцију гоњења, а уз мале измене прихватљива је и за окривљеног. Насупрот томе, судска истрага у свему одговара окривљеном, али ни суд ни јавни тужилац не могу потпуно да јој се посвете, односно остваре своје задатке. Друштвена потреба за заштитом права окривљеног мора да буде у равнотежи са потребом за ефикасним гоњењем и осудом учинилаца кривичних дела. То што су поједина решења у нашем ЗКП/2011, према мишљењу критичара, проблематична не оспорава адекватност целог концепта тужилачке истраге. Тако је, на пример, могуће размотрити увођење жалбе на доношење наредбе о спровођењу истраге, подићи степен сумње који је потребан за отварање истраге, извођење доказа у истрази препустити у надлежност судији за претходни поступак, учинити јавно тужилаштво независнијим органом.

Стиче се утисак да земље које су прешле са судске на тужилачку истрагу нису погрешиле већ су унапредиле свој кривични поступак, те да традиционална решења нису увек и најбоља, односно да не треба избегавати увођење нових решења чак ни кад је реч о осетљивој материји као што је кривични поступак.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Бајовић, В., „Положај и овлашћења тужиоца у САД-у“, *Бранич* 1/2009. (Bajović V., „Položaj i ovlašćenja tužioca u SAD-u“, *Branič* 1/2009)
- Бајовић, В., „Положај суда и тужилаштва у новоусвојеном расправном моделу кривичног поступка“, *Реформа кривичног права* (ур. Г. Илић), Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, 2014. (Bajović V., „Položaj suda i tužilaštva u novousvojenom raspravnom modelu krivičnog postupka“, *Reforma krivičnog prava* (ur. G. Ilić), Udruženje javnih tužilaca iamenika javnih tužilaca Srbije, 2014)
- Бејатовић, С., „Тужилачка истрага као обележје реформи кривично процесног законодавства земаља региона (криминално политички разлози озакоњења, стање и перспективе)“, *Тужилачка истрага регионална кривично процесна законодавства и иску-*

- ства у примени (ур. И. Јовановић, А. Петровић Јовановић), Београд 2014. (Bejatović S., „Tužilačka istraga kao obeležje reformi krivično procesnog zakonodavstva zemalja regiona (kriminalno politički razlozi ozakonjenja, stanje i perspektive)“, *Tužilačka istraga regionalna krivično procesna zakonodavstva i iskustva u primeni* (ур. I. Jovanović, A. Petrović Jovanović), Beograd 2014)
- Бошковић, А., *Тужилачко полицијски концепт истраге и ефикасност кривичног поступка*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2010. (Bošković A., *Tužilačko policijski koncept istrage i efikasnost krivičnog postupka*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac 2010)
- Бошковић, А., Павловић, З., „Проблемски осврт на организацију претходног кривичног поступка у Републици Србији и Републици Хрватској“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу* 1/2016. (Bošković A., Pavlović Z., „Problemski osvrt na organizaciju prethodnog krivičnog postupka u Republici Srbiji i Republici Hrvatskoj“, *Hrvatski ljetopis za kazнено право i praksu* 1/2016)
- Ђурђић, В., „Уређење претходног кривичног поступка Србије – de lege lata de lege ferenda“, *Кривично законодавство – de lege lata et de lege ferenda* (ур. М. Павић), Приједор 2015. (Đurđić V., „Uređenje prethodnog krivičnog postupka Srbije – de lege lata de lege ferenda“, *Krivično zakonodavstvo – de lege lata et de lege ferenda* (ур. М. Pavić), Prijedor 2015)
- Илић, Г., „Положај и улога полиције у преткривичном и претходном кривичном поступку у француском кривичном процесном праву“, *Полиција и преткривични и претходни кривични поступак*, ВШУП, Београд 2005. (Ilić G., „Položaj i uloga policije u pretkrivičnom i prethodnom krivičnom postupku u francuskom krivičnom procesnom pravu“, *Policija i pretkrivični i prethodni krivični postupak*, VŠUP, Beograd 2005)
- Илић, Г. et al., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд 2012. (Ilić G., Majić M., Beljanski S., Trešnjev A., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Beograd 2012)
- Лазин, Ђ., „Судска истрага – дилеме и проблеми“, *Ревизија за криминологију и кривично право* 2/2006. (Lazin Đ., „Sudska istraga – dileme i problemi“, *Revija za kriminologiju i krivično право* 2/2006)
- Шкулић, М., „Основи упоредног кривично процесног права и основни проблеми реформе кривичног поступка Србије“, *Казнена реакција у Србији* (ур. Ђ. Игњатовић), Београд 2011. (Škulić M.,

„Osnovi uporednog krivično procesnog prava i osnovni problemi reforme krivičnog postupka Srbije“, *Kaznena reakcija u Srbiji* (ur. Ђ. Ignjatović), Beograd 2011)

Шкулић, М., *Кривично процесно право*, Београд 2014. (Škulić M., *Krivično procesno pravo*, Beograd 2014)

Шкулић, М., Илић, Г., *Нови законик о кривичном поступку Србије – Реформа у стилу један корак напред – два корака назад*, Београд 2012. (Škulić M., Ilić G., *Novi zakonik o krivičnom postupku Srbije – Reforma u stilu jedan korak napred – dva koraka nazad*, Beograd 2012)

Тинтор, Ј., „Одбрана као страна у поступку у тужилачкој истрази (анализа новог ЗКП Србије)“, *Тужилачка истрага регионална кривично процесна законодавства и искуства у примени* (ур. И. Јовановић, Ана Петровић Јовановић), Београд 2014. (Tintor J., „Odbrana kao strana u postupku u tužilačkoj istrazi (analiza novog ZKP Srbije)“, *Tužilačka istraga regionalna krivično procesna zakonodavstva i iskustva u primeni* (ur. I. Jovanović, A. Petrović Jovanović), Beograd 2014)

Natalija Živković

Student

University of Belgrade Faculty of law

PROSECUTORIAL INVESTIGATION – PROS AND CONS

Summary

Since 1890, Serbia had judicial investigation, but in 2011 a new law was brought. That was the way of transition from judicial to prosecutorial investigation. The author tried to find which of this two types of investigation is more efficient. By comparing pros and cons of judicial investigation and prosecutorial investigation author made a conclusion that prosecutorial investigation is more efficient than judicial investigation. Prosecutorial investigation provides possibility to the court to concentrate on his basic function-judgement. It also provides possibility to the prosecutor to research more than he could in judicial investigation. Prosecutorial investigation proclaims prosecutor as unbiased party in criminal procedure. It also obligates him to collect proofs at the expense and in favour of the defendant and that is problem. In addition to the analysis of the advantages and disadvantages of the judicial investigation and prosecutorial investigation author also presented features of the prosecutorial investigation under the Serbian Criminal Procedure Code from 2011. and the problems that arise there.

Key words: *Investigation. – Prosecutorial investigation. – Judicial investigation. – Public prosecutor. – Inquisitor.*

Article history:

Received: 11. 8. 2016.

Accepted: 30. 6. 2017.

Ана Одоровић, мастер*

William Domnarski, *Richard Posner*, Oxford University Press, New York 2016, 293.

Да ли је место приказу једне биографије у стручном правном часопису? Није ли то књижевно, а не научно штиво? Нису ли биографије резервисане за уметнике, писце, научнике и државнике, често коју деценију или век након њихове смрти? Књига Вилијама Домнарског је неубичајена биографија у мери у којој је Ричард Познер крајње атипичан судија Апелационог суда Седмог округа у Чикагу. Најцитиранији правник свих времена задужио је право и правну науку са преко три хиљаде правних мишљења, педесет књига и пет стотина чланака. Ипак, како књига сведочи, Познер за себе сматра да није био створен за право.

Мноштвом детаља прикупљених из различитих писаних извора, али и интеракције са Познером лично и бројним личностима из његовог окружења, ова биографија нуди непристрасан и свеобухватан опис његове личности, развојног пута и стваралаштва. И више од тога. У мери у којој је „фаустовска“ жеља за знањем Познера одвела у истраживање невероватно широког спектра тема, књига дотиче многа занимљива питања којима се бавио као судија, као професор на Универзитету у Чикагу (*University of Chicago*), али и као јавни интелектуалац који је често учествовао у важним друштвеним дебатама у Сједињеним Америчким Државама. Сасвим очекивано, незаобилазан део биографије приказује његов утицај на развој економске анализе права као дисциплине и њену примену у пракси америчких судова. Друге препознатљиве Познерове сфере интересовања којима се у књизи посвећује посебна пажња обухватају критику правосуђа, интерпретацију права и образовање правника. Као и у свакој другој биографији, теме и догађаји приказани су хронолошки, међутим, с обзиром на свестраност Познерове личности, Домнарски се одлучио

* Ауторка је асистенткиња Правног факултета Универзитета у Београду, *ana.odorovic@ius.bg.ac.rs*.

да сваку епоху организује у неколико целина које се односе на посебне сфере његовог професионалног живота.

У првом делу књиге подробно је описано првих тридесет година Познеровог живота: период детињства, формалног образовања и првог радног искуства. У том делу читалац сазнаје да Познер, који ће касније постати бескомпромисни класични либерал, потиче из имућне породице комунистичких уверења, која је била у прилици да му омогући похађање квалитетних школа. Сведоци те епохе Познеровог живота описују га као „занесеног учитеља геометрије“, скромног и одмерених манира. Већ са шеснаест година уписује се на студије енглеске књижевности на Јејлу, што ће трајно обележити његов потоњи рад као правника, који, према сопственим речима, захтева исти вид маштовитости и дубине. Ипак, Познер истиче да су студије права на Харварду биле највредније образовање које је стекао у животу. Иако је ту као студент остварио вансеријске резултате, његов бунтован карактер утицао је на то да му по завршетку студија не буде понуђено место предавача. Уместо тога, Познер је започео правничку каријеру као приправник у Врховном суду, а затим „се тражио“ у пословима при Федералној трговинској комисији (*Federal Trade Commission*) и у једној реномираној адвокатској канцеларији. Заједничко свим тим пословима било је то што је „морао да брани ставове у које често сам није веровао“. Жеља за независношћу коначно је определила његову одлуку да се окрене истраживачком позиву.

Иако је своју академску каријеру започео на Стенфорду (*Stanford University*), Познер врло брзо прелази на Чикаго, где је провео свој академски радни век. Ту је имао прилику да сарађује са неким од највећих економиста тог времена: Ароном Дајректором, Роналдом Коузом, Џорџом Штиглером и Геријем Бекером, који су имали одлучујући утицај на његово интересовање за економску анализу права. Њихов утицај је заправо био толико снажан да је све што је Познер радио на Чикагу, према речима Домнарског, у крајњој инстанци било усмерено на развијање те дисциплине и помагање другима да овладају њеним језиком. За Познера економски метод није представљао апстрактну теорију одвојену од стварности већ, напротив, практично оруђе за разумевање и унапређивање правног система. Сматрао је да студије права уче будуће правнике двома важним вештинама – да идентификују правна питања и да предвиде како ће судови одговорити на питања која се нису појавила у претходних сто сличних случајева, у чему економска анализа заузима важно место. Његова основна премиса да је логика правног резонувања у основи економска била је, међутим, страна бројним академским правницима који су у томе видели покушај припадника других дисциплина да узурпирају њихову област. Домнарски истиче да је предмет

најчешћих полемика била концепција максимизације благостања, према којој се свака вредност у друштву може изразити кроз индивидуалну спремност за плаћање. Међутим, Познер се вешто носио са критиком и, према речима аутора, често модификовао или ублажавао своје ставове сходно томе. И сам је говорио о непостојању критике као о опасности да истраживач заврши у „рају за будале“. То вероватно објашњава зашто је био врло нетактичан у критици туђег рада. Провокативност и одсечност његових питања дискусанти су неретко схватили као арогантност или мањак поштовања.

После дванаест година академског рада, Познер је увидео да жели да оствари директнији утицај на развој права у пракси, због чега прихвата понуду Реганове администрације да постане судија. Међутим, никада није престао да пише чланке и књиге, будући да је судијска позиција била само место са кога се његов „академски“ глас могао даље чути. Његове одлуке и мишљења одражавају запажање да је „право, попут политике, уметност могућег која често подразумева несавршене компромисе“. Проналажење тих несавршених компромиса, према Познеровом мишљењу, захтева окретање прагматизму и тумачење права (прецедената) које је пре свега засновано на сврси норме коју је законодавац имао на уму и околностима конкретнoг случаја. Он је оштро критиковао језичко тумачење, истичући да су речи адекватан метод комуникације само ако саговорници подједнако добро разумеју сложен контекст одређене ситуације који је неопходан да се попуне празнине у експлицитној комуникацији. Будући да је овде реч о комуникацији између законодавца и оног који треба да примени право, јасно је да саговорници, ако ништа друго због временске дистанце, немају исто разумевање контекста. У свету у коме се околности стално усложњавају, право више не може да буде независно од осталих научних дисциплина. Место економске анализе у тумачењу права Домнарски најсликовитије представља путем Хендове формуле (*The Hand Formula*), коју је Познер силовито заговарао у различитим областима права. У случају одштетног права, у коме је она иницијално и настала, полази се од претпоставке да је сврха одштетног права спречавање наступања штете, а не накнада штете у корист оштећеног. Стога, ефикасна примена правила о накнади штете налаже да штетник надокнади штету само уколико је у околностима конкретнoг случаја за њега терет спречавања настанка штете био мањи од вредности штете која је наступила помножене вероватноћом да до ње дође. Ипак, како се из књиге сазнаје, Познерово строго окретање прагматизму у тумачењу права неретко га је довело у ситуацију да одлучи мимо прецедената, због чега би одлука била поништена или преиначена на вишој инстанци. Његова жеља да направи пробој у примени економске анализе у пракси судова најбоље се огледа у судским одлукама у којима се позива на сопствене

не одлуке без навођења ауторитета. Ипак, према изворима Домнарског, његов утицај на примену економске анализе у пракси судова остао је ограничен или макар мањи од његових претензија. С тим у вези, аутор детаљно анализира све одлуке Врховног суда у којима се изјаснио о Познеровим аргументима.

Познерова заокупљеност економским методима анализе превазилази правну проблематику. Он је једнако примењује на теме попут тероризма и безбедности, проституције, *AIDS*-а, старења и др. Интересовање за теме које апсолутно превазилазе сферу права је у вези са његовом улогом јавног интелектуалца. Иако сам није ни најмање зазирао од учешћа у јавним дебатама, чак и када су у питању веома контроверзне политичке теме (попут Клинтоновог импичмента), био је веома критичан према многим појединцима који су претендовали на ту улогу. Познер је указивао на опасност да појединци који су стекли одличну репутацију у одређеној професији, што им даје изванредан ауторитет у јавним дискусијама, али чије је опште образовање врло оскудно, имају одлучујући утицај на креирање политике. Та критика, међутим, није била нужно заснована на личном анимозитету већ, пре свега, на мањкавостима америчког образованог система из Познеровог угла. Главна идејна нит у неколико књига које је посветио реформи образовања јесте да специјализација доводи до кратковиде визије друштвених проблема. На истој линији аргументације, Познер је и оштар критичар федералног правосуђа у САД, укључујући рад Врховног суда. Очигледно није много марио за хијерархију када је за судије Врховног суда САД говорио да обесмишљавају креативну улогу судија у стварању права својим недовољним интересовањем за (не)правну науку и статистику, које је Познер сматрао основом доброг правничког расуђивања у савременом добу. Његови афинитети према статистици подстакли су га да се залаже за већу квантификацију квалитета судијског рада, тако што би, на пример, број цитата играо улогу у реизбору.

Помало несвакидашње за једну биографију, занимљиво је да Домнарски у неколико наврата приказује како Познер види сам себе. Посебно су упечатљива два описа. Када говори о свом карактеру, себе пореди са својом мачком. Обоје су „хладни, тајновити, враголасти, себични и помало сурови“. Када говори о томе како би себе волео да види, ставља се у улогу „прометејског интелектуалног хероја“. Док је сличност са мачком неспорна, макар у погледу „девет живота“ који су потребни да би се неко приближио његовом опусу, остаје на читаоцу ове биографије и Познерових дела да просуди о томе у којој мери је заиста успео да једном новом ватром осветли правничку професију.

Домнарски је у питком и речитом маниру умешно увео читаоца у Познеров лични и професионални живот. Ослобођена факто-

графске сувопарности, стилски посматрано, ова биографија одговара свим стандардима тог књижевног жанра. Нажалост, највиши стандарди нису достигнути у квалитету садржине. Критика се пре свега може упутити на рачун површног познавања Познерових књига и чланака. Понекад се чини да је аутор највећи део научне садржине прикупио из већ готових критика и рецензија уместо из оригиналних дела. У том смислу, ова књига више интригира у погледу наслова које треба касније потражити него што јасно износи Познерово виђење одређене проблематике или научни допринос. Када су бројне судске одлуке у питању, преглед је далеко богатији и обрађен много дубље, али се ту читалац из земаља континенталног правног система с времена на време суочава са потешкоћама у разумевању одређених правних института у САД. Ипак, ове критике треба узети са резервом јер се поставља питање у којој мери се од једне биографије уопште може очекивати потпунији сажетак Познеровог научног опуса, као и да ли је било начина да се судске одлуке прикажу са више детаља који би омогућили боље разумевање контекста. Неспорно је да ова књига покреће многа интересантна и релевантна питања за сваког ко размишља о унапређењу појединих правних професија или правосудног система у целини. Треба је прочитати без превеликих очекивања.

Никола Илић, мастер*

Joseph Stiglitz, *The Euro*, Allen Lane, London 2016, 496.

Путник који је почетком миленијума кренуо из Београда, намеравајући да види успутне европске градове и као крајњу дестинацију посети Лисабон, користио је више различитих националних валута: форинте, шилинге, марке, франке, пезете и на самом крају путовања, португалски ескудо. Морао је да плати не баш занемарљиву накнаду како би разменио валуте које поседује за валуту која му је у датом тренутку била потребна. Уз то, путник је изгубио доста времена и новца тражећи место где се размена може извршити.

У књизи добитника Нобелове награде Џозефа Стиглица постављају се питања од суштинског значаја за свакодневни живот становника Европске уније, али и за живот путника намерника који потичу из држава које нису чланице. Да ли је евро олакшао свакодневни живот људи и учинио га једноставнијим? Или пак заједничка валута отежава свакодневни живот? Одговори на та питања нису једноставни, па чак и када долазе из пера једног нобеловца, захтевају висок ниво пажње и концентрације. Срећом, читаоцима неће бити тешко да размишљају о економским питањима јер ће врло брзо схватити да су последице увођења евра видљиве и у њиховом новчанику. Макроекономска теорија на први поглед може да делује апстрактно, међутим, значајки примењена на случај евра, она постаје практична, занимљива и блиска читаоцу.

Стиглиц у првом делу књиге основано констатује да је Европска унија погођена економском кризом. Међутим, у поређењу са другим земљама и регионима које је задесила економска криза из 2008. године, Европска унија се опоравља знатно спорије, уз остваривање „жалосног економског учинка“. Тај учинак, у великој мери, Стиглиц објашњава практичном применом основних макроекономских модела. Када би, на пример, Швајцарска имала знатно већи увоз од из-

* Аутор је студент докторских студија на Правном факултету Универзитета у Београду, nikola.ilic@ius.bg.ac.rs.

воза, вредност њене валуте би пала у односу на евро и друге валуте, чиме би извоз из те земље постао атрактивнији, а увоз мање атрактиван. На тај начин, девизни курс омогућава прилагођавање целокупне привреде и очување уравнотеженог спољнотрговинског биланса, што подразумева релативно мали диспаритет између оствареног увоза и извоза. Оснивањем монетарне уније и Европске централне банке, све земље чланице изгубиле су контролу над девизним курсом, а самим тим и могућност уравнотежења увоза и извоза. Држава која бележи спољнотрговински дефицит, након одређеног периода, неће имати друго решење и мораће да се задужи. Проблем ће бити додатно усложен када дуг буде доспео за наплату, а спољнотрговински дефицит и даље није отклоњен. Стиглиц истиче да преношење дела надлежности на Европску централну банку блокира и друге битне тржишне механизме. Тако, државе у еврозони, осим девизног курса, не могу слободно да одређују каматне стопе које представљају језичак на националној ваги штедње и инвестиција. Европска централна банка води монетарну политику и одређује количину новца у оптицају за подручје целе монетарне уније, што има различите последице по привреде деветнаест држава чланица. Тај недостатак прилагодљивости већег броја националних привреда допринео је да економска криза из 2008. године има мултипликовано дејство и да еврозона излази из кризе знатно спорије у поређењу са другим регионима и државама.

Посебно је размотрена и истакнута улога Немачке у монетарној унији. Њене економске преформансе оцењене су као релативно слабе, и поред тога што је Немачка у очима европске јавности виђена као стабилна и успешна држава. Тај став поткрепљен је чињеницом да је у Немачкој од 2007. до 2015. године забележен просечан годишњи раст бруто домаћег производа од само 0,8 одсто, што је приближно стопи забележеној у Јапану током двадесетогодишње стагнације.¹ Аутор наводи и податак да коефицијент неједнакости у Немачкој (енг. *Gini index*) бележи константан раст, мада није објаснио на који начин, у конкретном случају, функционише узрочно-последична веза између равномерности расподела дохотка и нивоа или раста бруто домаћег производа.² Постојећи привредни раст у Немачкој објашњен је израженим спољнотрговинским суфицитом који, према

¹ Криза у Јапану је изазвана колапсом на тржишту некретнина 1991. године. Последице те кризе биле су уочљиве све до 2010. године, због чега је читав тај период назван двадесетогодишња стагнација.

² Цини коефицијент представља меру равномерности расподеле дохотка. Вредност коефицијента се креће између 0 (потпуно егалитарна расподела) и 1 (це­локупан доходак присваја један појединац). Уобичајено је да високу вредност Цини коефицијента бележе латиноамеричке и афричке земље, преко 0,50. САД и Русија бележе коефицијент у вредности од 0,40 до 0,45, док је у Немачкој, 2013. године, забележена вредност 0,29. Више информација на: <http://stats.oecd.org>, 10. јун 2017.

речима аутора, није и не може бити достижан за све државе чланице монетарне уније. Као основну једнакост Стиглиц истиче да збир свих спољнотрговинских суфицита мора бити једнак збиру свих спољнотрговинских дефицита у еврозони. Као последица, забележени спољнотрговински суфицит у једној држави чланици монетарне уније неминовно би значао спољнотрговински дефицит у другој. На тај начин се лоши економски резултати појединих држава чланица монетарне уније, у великој мери, оправдавају успехом Немачке и *vice versa*. Међутим, аутор је потпуно пренебрегнуо чињеницу да једнакост спољнотрговинских суфицита и дефицита важи на светском нивоу, а не на нивоу региона. Разлог због кога су поједине државе у еврозони успешније од других јесте, пре свега, стабилност и конкурентност реалног сектора.

Творци еврозоне сигурно су имали у виду бројне потенцијалне проблеме који би могли да настану као последица увођења и употребе заједничке валуте. Економска теорија оптималног валутног подручја (енг. *Optimal currency area theory*) опште је позната и прихваћена још од половине XX века, због чега су (између осталог) приликом оснивања еврозоне прописани стриктни критеријуми конвергенције.³ Ипак, Стиглиц закључује да строга контрола буџетских дефицита и јавних дугова не може заменити прилагодљивост коју би појединачне привреде у еврозони имале у случају употребе националних валута. Доказе за изнету тврдњу он налази у Шпанији и Ирској, земљама које немају дефицит и имају релативно мали јавни дуг, а ипак су у економској кризи. Аутор додатно истиче да критеријуми конвергенције не могу да спрече појаву рецесије у једном делу монетарне уније, истовремено са појавом експанзије у другом. У том случају, без обзира на предузете мере и добре намере Европске централне банке, да би се одређене државе чланице економски опоравиле, друге морају да западну у економску кризу.

Између држава у еврозони постоје и друге битне разлике које нису економске природе, али у великој мери могу да утичу на излазак из економске кризе. Велики број тих разлика Стиглиц набраја једноставним поређењем једне савезне америчке државе и државе у еврозони. У средишту хипотетичког случаја настанка економске кризе је појединац, просечан човек, који рационално реагује на кризу. Могућност сељења људи и капитала у другу државу услед кризе, језичке баријере, осећај припадности у новој држави, разлике у правима, политичке и културне разлике и слично. Потпуно је јасно да би Американац много лакше потписао уговор о раду у другој савезној држави САД него, на пример, Грк у Француској. О разликама у

³ Мастрихтским уговором из 1992. године прописано је да државе које приступају Европској монетарној унији морају имати буџетски дефицит мањи од 3%, а јавни дуг мањи од 60% БДП-а.

језику, осећају припадности и политичким правима није потребно дискутовати. Уколико се томе дода и могућност Савезне владе САД да делотворно помогне држави која је погођена кризом, постаје очигледно колико фактора може да утиче на функционалност еврозоне у условима економске кризе и како се све то може одразити на живот становника држава чланица.

Након указивања на несавршености јединственог валутног подручја, Стиглиц се усредсређује на мере одрицања (познатије као мере штедње) које пропагирају лидери еврозоне, а које су усмерене на смањење државне потрошње и повећање фискалних прихода. Аутор констатује да штедња неминовно узрокује успоравање привредног раста, мање плате и веће социјалне издатке као што су: пензијско и здравствено осигурање, осигурање за случај незапослености, социјална помоћ и слично. Државу пореди са предузећем, уз опаску да најбитније информације о предузећу садржи биланс стања. Једноставно, нико није заинтересован за обавезе предузећа већ за његову нето вредност, због чега је за државу (и за предузеће) додатно задуживање добро, све док се нето вредност увећава. Мање улагања у инфраструктуру, образовање и технологију краткорочно је веома лоше јер увећава незапосленост, а дугорочно зато што смањује привредни раст. Истовремено, Стиглиц се не задовољава нормативном економском анализом и закључцима, он заузима бројне позитивне ставове и критикује политике које се спроводе у оквиру еврозоне, често их називајући контрапродуктивним.

На рачун функционалности еврозоне изнете су бројне критике, међутим, када је у питању будућност Европске уније, Стиглиц не крије оптимизам. Наравно, поставља се питање у којој мери је тај оптимизам основан и шта се нуди као решење проблема, или барем као алтернатива. Једно од конкретнијих решења за које се аутор залаже јесте флексибилан евро, то јест валута чија би вредност могла да варира од земље до земље у оквиру еврозоне. То решење на први поглед може да делује привлачно и није спорно да би тиме све националне привреде постале прилагодљивије, односно да би девизни курсеви и каматне стопе били оптимално одређени. Међутим, поставља се сасвим логично питање – у чему је разлика између марке и франка, с једне стране, и евра који има једну вредност у Немачкој а другу у Француској, с друге стране. Када би узрок проблема лежао у називу валуте, све државе би се радо одрекле сопствене валуте, то јест, у складу са предлогом аутора, промениле би назив валуте (у евро, наравно).

Кључни проблем који умањује функционалност Европске уније као целине, а посебно еврозоне, лежи у институцијама, тачније у недостатку адекватних институција које би обезбедиле већу кохезију унутар валутног подручја, а самим тим и опстанак заједничке валуте.

У том смислу, Стиглиц предлаже већи број реформи, тачније, шест структурних и две кључне политичке реформе. Као и у случају евра са различитим вредностима у различитим државама, те реформе би се најкраће могле описати у две речи – санак пусти. Већ и на саму помисао да је могуће створити банкарску унију и објединити дугове, што су прве две структурне реформе, активира се црвена лампица моралног хазарда. На јави би те реформе функционисале тако што би се све државе додатно задужиле, знајући да ће дугове (барем делимично), у крајњем ефекту, сносити неко други. Те реформе би у почетку заиста донеле просперитет, али то би била само краткотрајна Пирова победа. Преостале четири структурне реформе односе се на формирање заједничког фискалног оквира и посвећеност заједничком просперитету. На самом почетку књиге, Стиглиц сам себе скромно пореди са Алексисом де Токвилем (*Alexis de Tocqueville*), који је имао бољи увид у демократију у Америци управо због тога што долази из друге државе. Међутим, након предложених структурних реформи, постаје јасно да поређење није потпуно адекватно. Тешко је замислити да особа која има добар увид у прилике на европском континенту може предложити делимично или потпуно одрицање од суверенитета у домену фискалне политике. Још увек ни близу нису испуњени услови који би омогућили конституисање унитарног демократског уређења на целокупној територији Европске уније. Тренутно би унитарност могла бити успостављена једино на бази свемоћи појединих великих држава, а: „Свемоћ ми се чини сама по себи лошом и опасном [...]“.⁴ Кључне политичке реформе које Стиглиц предлаже односе се, пре свега, на стварање услова за имплементацију предложених структурних реформи. Притом је наглашена потреба за политичком вољом за реструктурирање и отпис јавних дугова, поново, без иједне речи о моралном хазарду.

У једној тврдњи Стиглиц је неспорно у праву – Европска унија не може опстати непромењена: „Мора да дође или до веће економске и политичке интеграције или до распада еврозоне у садашњем облику.“ Изнета тврдња може подсетити читаоце на древну пророчицу која је, у Делфима, ништа мање виспрено, одговарала на питање војника да ли ће се вратити из рата: „*Ibis redibis, nunquam, peribis in bello*.“⁵ У једном суседном полису-држави, били су нешто искренији према својим војницима: „*Aut hunc, aut super hoc*.“⁶ Очигледно је

⁴ А. де Токвил, *О демократији у Америци*, превео Живојин Живојиновић, Сремски Карловци 2002, 219.

⁵ Зависно од места на коме се налази знак интерпункције, реченица може имати различита значења: „Ићи ћеш, вратити се, нећеш у рату погинути“ или „Ићи ћеш, вратити се нећеш, у рату погинути“. У сваком случају, пророчица Аполоновог храма је била у праву.

⁶ „Или (врати) овај (штит) или (нека те) на овоме (донесу).“

да Стиглиц подстиче Европљане да отпочну реализацију плана који подразумева већи степен интеграције и унификације. Међутим, без имало сумње у добре намере аутора књиге, ако је судити по предложеним структурним и политичким реформама, делује извесно да се Европљани неће вратити са штитом.

На самом крају, да се вратимо на случај нашег путника намерника, који је почетком овог миленијума напустио Београд и кренуо ка Лисабону. Њему је увођење евра, без сумње, олакшало свакодневни живот. Док путује, он ужива у позитивним екстерним ефектима заједничке валуте, без обавезе да плаћа трошкове које та валута ствара. Иако делује парадоксално, могла би се бранити теза да највише користи од монетарне уније имају државе изван еврозоне. Као неко ко долази из државе која није чланица Уније, Стиглиц је свакако могао то да уочи, али из непознатог разлога он то није учинио (или нас, барем, о томе није обавестио). Домаћини који су угостили нашег путника подједнако уживају у свим благодетима које собом носи заједничка валута а које се, из перспективе појединца, пре свега, огледају у мањој асиметрији информација и знатно мањим трансакционим трошковима. Међутим, поставља се питање да ли су Европљани заиста спремни да се одрекну националне суверености у домену монетарне политике зарад уживања у благодетима заједничке валуте.

Без обзира на то да ли ће читалац имати разумевања за предложене реформе или не, није спорно да је аутор зналачки указао на најбитније несавршености јединственог валутног подручја, које су настале као непосредна последица увођења евра. Због тога Стиглиц заиста заслужује велико признање и сваку препоруку за читање!

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Чланци предати за објављивање у часопису *Анали Правног факултета у Београду* подлежу обавезној анонимној рецензији два рецензента којима није познат идентитет аутора, као што ни аутору није познат идентитет рецензената.

Радови се предају у електронском облику на адресу *anali@ius.bg.ac* или путем платформе за електронске публикације Правног факултета Универзитета у Београду на <http://ojs.ius.bg.ac.rs/>.

Текстови се куцају ћирилицом и по правилу не треба да буду дужи од једног табака. Изузетно, максималан 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.

Уколико текст пређе дозвољени обим, биће одмах враћен аутору на неопходно скраћивање. Рецензенти неће бити одређени све док дужина текста не задовољи предвиђени обим.

У горњем левом углу, пре наслова рада, наводе 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. Додатно, потребно је навести и списак литературе, фонт Times New Roman 11. Списак обухвата уџбенике, монографије и чланке цитиране у раду, као и интернет адресе на којима су доступни. Приликом навођења литературе, прво се наводи презиме, затим прво слово имена цитираног аутора, а потом остали подаци у складу са правилима цитирања.

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 италик словима (фонт 12) итд. са мањим фонтом.

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 може да прекине сваку будућу сарадњу с аутором.

Етички кодекс је доступан на интернет страници *Анала*.

Редакција задржава право да прилагођава рад општим правилима уређивања часописа и стандарду српског језика у погледу правописа, граматике и стила.

Рок за достављање радова за први број часописа је 1. април, док је рок за објављивање првог броја крај јуна.

Рок за достављање радова за други број часописа је 30. јун, док је рок за објављивање другог броја крај септембра.

Рок за достављање радова за трећи број, међународно издање, је 30. септембар, док је рок за објављивање трећег броја крај календарске године.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. **Књиге** се наводе на следећи начин: прво слово имена (после чега следи тачка) и презиме аутора, назив курзивом, место издања курентом – обично, година издања. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Ако се наводи и број стране, он се пише без икаквих додатака (попут стр., р., рр., ff., dd. и слично). После места издања не ставља се зарез.

Уколико се наводи и издавач, пише се курентом – обично, пре места издања.

Навођење назива издавача није обавезно, али је пожељно.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Савремена администрација, Београд 1994, 35.

Уколико књига има више издања, може се навести број издања у суперскрипту (нпр. 1994³).

Уколико се упућује на фусноту, после броја стране пише се скраћеница „фн.“.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Београд 1994, 35 фн. 3.

Уколико се у књизи помиње више места где је издата, наводе се прва два раздвојена цртом.

Пример: S. Boshammer, *Gruppen, Rechte, Gerechtigkeit*, Walter de Gruyter, Berlin – New York 2003, 34–38.

2. **Чланци** се наводе на следећи начин: прво слово имена (са тачком) и презиме аутора, назив чланка курентом – обично под наводницама, назив часописа (новина или друге периодике) курзивом, број и годиште, број стране без икаквих додатака (као и код цитирања књига).

Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора. Уколико је назив часописа дуг, приликом првог цитирања у загради се наводи скраћеница под којом ће се периодика надаље појављивати.

Пример: М. Петровић, „Ефекти посредног опорезивања“, *Анали Правног факултета у Београду* (Анали ПФБ) 3/1995, 65.

3. Уколико постоји више аутора књиге или чланка (до три), раздвајају се зарезом.

Пример: М. Петровић, М. Поповић, В. Илић,

Уколико се цитира књига или чланак са више од три аутора, наводи се прво слово имена и презиме само првог од њих, уз додавање скраћенице речи *et alia* (*et al.*) курзивом. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Пример: М. Петровић *et al.*,

4. Уколико се у раду цитира само један текст одређеног аутора, приликом поновљеног цитирања тог текста, после првог слова имена и презимена аутора, следи само број стране и тачка (без додатака *op. cit.*, нав. дело и сл.).

Пример: М. Петровић, 53.

Уколико се цитира више радова истог аутора, било књига или чланака, а пошто је први пут назив сваког рада наведен у пуном облику, после првог слова имена и презимена аутора, ставља се у загради година издања књиге или чланка. Уколико исте године аутор

има више објављених радова који се цитирају, уз годину се додају латинична слова a, b, c, d, итд., после чега следи само број стране.

Пример: М. Петровић (1995a), 67.

5. Уколико се цитира текст са више страна које су тачно одређене, оне се раздвајају цртицом, после чега следи тачка. Уколико се цитира више страна које се не одређују тачно, после броја који означава прву страну наводи се „и даље“ с тачком на крају.

Пример: М. Петровић, 53–67.

Пример: М. Петровић (1995a), 53 и даље.

6. Уколико се цитира податак с исте стране из истог дела као у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница за *ibidem* у курзиву, с тачком на крају (без навођења презимена и имена аутора).

Пример: *Ibid.*

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти, али с различите стране, користи се латинична скраћеница *ibid*, наводи се одговарајућа страна и ставља тачка на крају.

Пример: *Ibid.*, 69.

Када се цитира чланак у зборнику радова на енглеском или другом страном језику, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводе имена уредника. Уколико их је више ставља се назнака „eds.“ пре њихових имена, а ако је само један уредник, назнака пре његовог имена је „ed.“, односно одговарајућа скраћеница у другом језику (нпр. у немачком „Hrsg.“). Када се цитира чланак у зборнику радова на српском или другом језику овог говорног подручја, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводи име или имена уредника са 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. пишу се курзивом.

11. Цитирање текстова с интернета треба да садржи назив цитираног текста, адресу интернет странице исписану курзивом и датум приступа страници.

Пример: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, [http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD\(2007\)004-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp), 24. мај 2007.

12. Инострана имена се транскрибују на ћирилици на српском језику како се изговарају, а приликом првог помињања у тексту њихово презиме се наводи у загради у изворном облику на страном језику курзивом, нпр. Годме (*Gaudemet*).

13. За „видети“ користи се скраћеница „Вид.“, а за „упоредити“ се користи скраћеница „Упор.“

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 : Belgrade Law review : Journal of Legal
and Social Sciences / главни уредник Мирко Васиљевић. –
[Српско изд.]. – Год. 1, бр. 1 (1953)– . – Београд : Правни
факултет, 1953– (Београд : Службени гласник). – 24 cm
Тромесечно. – Сваки 4. број у години на енгл. језику
– Друго издање на другом медијуму: Анали Правног
факултета у Београду (Online) = ISSN 2406-2693. –
ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду
COBISS.SR-ID 6016514